



## RESPOSTA À IMPUGNAÇÃO ADMINISTRATIVA

Pregão 100/2018

Processo licitatório 1032/2018

Objeto: registro de preços para aquisição de material de limpeza e higiene.

Versam os autos sobre impugnação administrativa ao edital de licitação apresentada por DAIANI DE SOUZA CRUZ SILVA; VALE COMERCIAL EIRELI; PA DISTRIBUIDORA, alegando vícios no instrumento convocatório que podem macular a competitividade do certame.

Recebo a impugnação, pois tempestiva, nos termos do art. 41, §§ 1º e 2º, da Lei n. 8.666/93.

Alegam as impugnantes os seguintes vícios no edital: a) ausência de exigência de autorização de funcionamento; b) violação do princípio constitucional da inviolabilidade da proposta; c) ilegalidade da exigência de amostras; d) ausência de exigência de autorização sanitária como requisito de habilitação. É o relatório. Passo a decidir.

### **1. DA AUSÊNCIA DE EXIGÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO DE FUNCIONAMENTO E AUTORIZAÇÃO SANITÁRIA**

Nos termos da Constituição Federal, o processo de licitação pública somente permitirá as exigências de qualificações técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações (art. 37, XXI). A Lei 8.666/93 define a documentação que poderá ser exigida para comprovar habilitação jurídica, qualificação técnica e econômico-financeira, regularidade fiscal. A lei não prevê apresentação de licença ou alvará de funcionamento. Ademais, tal documento não se presta a comprovar qualificação técnica ou econômico-financeira ou regularidade fiscal.





A esse respeito, transcrevem-se algumas considerações de Joel de Menezes Niebuhr:

As exigências para habilitação não podem ser excessivas, desproporcionais ao objeto do futuro contrato, o que redundaria em afastamento artificioso e ilegal da licitação de pessoas e empresas efetivamente aptas a participarem dela, que poderiam oferecer excelentes propostas e cumprir a contento os termos do contrato. Exigências de habilitação demasiadas e impertinentes afetam os princípios da competitividade, da isonomia, da proporcionalidade e da razoabilidade. (Processo nº 873370 – Primeira Câmara – Natureza: Denúncia - Relator: Conselheiro Cláudio Terrão – Julgamento em: 4/12/12). (Destacou-se).

O § 6º do art. 30 menciona que: “*As exigências mínimas relativas a instalações de canteiros, máquinas, equipamentos e pessoal técnico especializado, considerados essenciais para o cumprimento do objeto da licitação, serão atendidas mediante a apresentação de relação explícita e da declaração formal da sua disponibilidade, sob as penas cabíveis, vedadas as exigências de propriedade e de localização prévia*”. Isso porque a jurisprudência do TCE/MG veda a exigência de alvará de funcionamento e autorização como condição de habilitação:

[...] De fato, a **exigência de apresentação de alvará de funcionamento para fins de habilitação é excessiva**, uma vez que a referida exigência não está prevista no rol dos documentos discriminados no art. 4º, XIII, Lei 10.502/02, afastando a participação dos potenciais interessados que não possuam de antemão a licença, mas tenham condições de providenciá-la se vencedores da licitação. [...] (Processo nº 873370 – Primeira Câmara – Natureza: Denúncia - Relator: Conselheiro Cláudio Terrão – Julgamento em: 4/12/12).

AGRAVO – PREFEITURA MUNICIPAL – PREGÃO  
PRESENCIAL – AQUISIÇÃO DE MATERIAL DE LIMPEZA –





EXIGÊNCIA DE ALVARÁ DE LOCALIZAÇÃO E FUNCIONAMENTO NA HABILITAÇÃO – VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA E DA COMPETITIVIDADE – REFERENDADA A DECISÃO MONOCRÁTICA QUE SUSPENDEU LIMINARMENTE O CERTAME – PRELIMINAR: ADMISSIBILIDADE – MÉRITO: AS RAZÕES DO AGRAVANTE NÃO MERECEM PROSPERAR – NEGADO PROVIMENTO – MANTIDA A DECISÃO RECORRIDA Negado provimento ao agravo, mantendo-se a decisão recorrida que determinou a suspensão do Pregão Presencial, tendo em vista a **afronta ao caráter competitivo do certame e à isonomia, em virtude da exigência de apresentação de alvará de licença para localização e funcionamento para fins de habilitação** (TCEMG, Agravo 912165). DENÚNCIA. PREFEITURA MUNICIPAL. PREGÃO PRESENCIAL. CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS DE TRANSPORTE DE PASSAGEIROS E ALUNOS DA REDE PÚBLICA DE ENSINO RESIDENTES NO MUNICÍPIO. AUSÊNCIA DE AMPLA PESQUISA DE PREÇOS. **EXIGÊNCIA DE ALVARÁ DE FUNCIONAMENTO NA FASE DE HABILITAÇÃO**. EXIGÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE DISPONIBILIDADE DE EQUIPAMENTOS E PESSOAL TÉCNICO ESPECIALIZADO PARA HABILITAÇÃO. IRREGULARIDADES. APLICAÇÃO DE MULTA AO PREGOEIRO E SUBSCRITOR DO EDITAL (...) **Vistos, relatados e discutidos estes autos, ACORDAM os Exmos. Srs. Conselheiros da Primeira Câmara, por unanimidade, em conformidade com a ata de julgamento, diante das razões expendidas no voto do Relator, em: I) julgar procedente a denúncia, considerando irregulares: a) a exigência de alvará de funcionamento na fase de habilitação; b) a exigência de comprovação de disponibilidade de equipamentos e pessoal técnico especializado para habilitação; e c) a ausência de ampla pesquisa de**





preços; II) deixar de aplicar multa pela ausência de ampla pesquisa de preços, nos termos da fundamentação; III) aplicar multa ao Senhor Diego José de Souza Moreira, pregoeiro e subscritor do edital, no valor de R\$1.000,00 (mil reais) pelas irregularidades discriminadas nos itens a e b, o que totaliza o montante de R\$2.000,00 (dois mil reais), a teor do disposto no inciso II do art. 85 da Lei Orgânica do Tribunal; IV) deixar de aplicar multa ao Senhor Marcelo Faria Pereira, prefeito municipal, por entender que as falhas apuradas nos presentes autos são de responsabilidade exclusiva do pregoeiro, mas recomendando-lhe que, nas próximas licitações, não restrinja a cotação de preços aos fornecedores locais, bem como realize ampla pesquisa nos sites dos órgãos públicos; V) determinar a intimação das partes, após a deliberação; VI) determinar o arquivamento dos autos, após promovidas as medidas legais cabíveis à espécie. (TCE-MG – DEN: 944779, Relator: CONS. CLÁUDIO TERRÃO, Data de Julgamento: 10/05/2016, Data de Publicação: 14/06/2016) (Destacamos)

(...)

Sendo assim, **exigir o alvará de funcionamento como condição de habilitação da licitante implica na imposição de cláusula ou condição que importe em frustração do caráter competitivo do certame.** Entende-se que, se a Lei nº 8666/93 veda a existência de qualquer cláusula ou condição que frustre o caráter competitivo, se o rol dos artigos 27 a 31 é taxativo, ou seja, não admite que a autoridade amplie suas exigências, e se a legislação específica que regulamenta a modalidade Pregão, Lei nº 10520/2002, sequer faz menção, em seu inciso XIII do artigo 4º, à exigência do alvará de funcionamento, à autoridade administrativa é vedado incluir no edital essa exigência. (Processo nº 877079 – Primeira Câmara – Relator: Conselheiro José Alves Viana – Julgamento em: 12/11/13) (Destacamos)





Portanto, restam improcedentes as alegações da licitante, uma vez que a exigência de alvará de funcionamento e localização viola a competitividade e é ilegal, devendo a mesma ser observada durante a execução contratual.

## **2. DA VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA INVIOABILIDADE DA PROPOSTA PELA EXIGÊNCIA DE PROPOSTA ELETRÔNICA**

De início, consigna-se que o edital **faculta** a apresentação de proposta na forma eletrônica, sendo estranha a alegação de violação ao princípio da inviolabilidade da proposta:

8.2.1. A proposta também **poderá** ser apresentada por meio eletrônico através do site <http://pousoalegre.atende.net> e deverá ser preenchida de acordo com as instruções do ANEXO VIII.

Além disso, o Município não tem acesso algum às propostas eletrônicas, uma vez que ao cadastrar sua proposta eletrônica, será gerado um número de protocolo e senha individuais; as propostas inclusive ficam disponíveis para alteração até a data do pregão; não há necessidade de salvar em pendrive ou CD, pelo fato de que ela é totalmente online e inviolável; a senha de acesso do protocolo fica de posse do licitante, sendo, portanto, indevassável.

Por fim, é cediço que o pregão eletrônico já é uma realidade no Brasil, sendo recomendado pelos Tribunais de Contas, que, no caso, apresentam sua proposta de maneira eletrônica:

Essa é a redação do artigo 1º do Decreto nº 5.504/05 dispõe que:

Art. 1º (...)

§ 1º Nas licitações realizadas com a utilização de recursos repassados nos termos do caput, para aquisição de bens e serviços comuns, **será obrigatório o emprego da modalidade pregão**, nos termos da Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, e do regulamento previsto no Decreto nº 5.450, de 31 de maio de 2005, **sendo preferencial a utilização de**





**sua forma eletrônica**, de acordo com cronograma a ser definido em instrução complementar.

§ 2º A inviabilidade da utilização do pregão na forma eletrônica deverá ser devidamente justificada pelo dirigente ou autoridade competente. (...).”

O artigo 4º do Decreto nº 5.450/05 prevê também a obrigatoriedade na utilização do pregão eletrônico, porém, como também no Decreto no 5.504/05, essa obrigatoriedade é relativizada. Dispõe o 4º do Decreto nº 5.450/05:

Art. 4º Nas licitações para aquisição de bens e serviços comuns será obrigatória a modalidade pregão, **sendo preferencial a utilização da sua forma eletrônica**.

§ 1º O pregão deve ser utilizado na forma eletrônica, salvo nos casos de comprovada inviabilidade, a ser justificada pela autoridade competente.

§ 2º Na hipótese de aquisições por dispensa de licitação, fundamentadas no inciso II do art. 24 da Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993, as unidades gestoras integrantes do SISG deverão adotar, preferencialmente, o sistema de cotação eletrônica, conforme disposto na legislação vigente.

Portanto, totalmente improcedentes as alegações de inviolabilidade das propostas.

### **3. DA EXIGÊNCIA DE AMOSTRAS**

Dispõe o edital que:

8.2.7.1. Nos itens solicitados no Termo de Referência (Anexo II), o licitante detentor da melhor proposta (**provisoriamente classificada em primeiro lugar**) será convocado para apresentar laudo(s) técnico(s) e/ou amostra(s) em relação ao item cuja marca não seja





conhecida pela área técnica da Secretaria competente para a verificação da compatibilidade do item com as especificações constantes do Anexo II e consequente aceitação da proposta. 8.2.7.2. O(s) laudo(s) técnico(s) e/ou amostra(s) deverão estar devidamente identificados com o nome do licitante e o número desta licitação e ser encaminhados ao local e ao servidor responsável indicado pelo(a) Pregoeiro(a) no ato da sessão pública.

É pacífico o entendimento do Tribunal de Contas da União no sentido de que as amostras devem ser exigidas da licitante classificada provisoriamente em primeiro lugar no certame antes da fase de habilitação:

**A exigência de apresentação de amostras em pregão presencial é admitida apenas na fase de classificação das propostas e somente do licitante provisoriamente classificado em primeiro lugar**

Representação de empresa acusou supostas irregularidades na condução do Pregão Presencial para Registro de Preços nº 20/SME/DME/2012, realizado pela Secretaria Municipal da Educação de São Paulo, com aporte de recursos federais e que tinha por objeto a aquisição de suco de laranja integral pasteurizado congelado e de néctar de frutas congelado. Além da realização de pregão presencial em vez de sua forma eletrônica e a ausência de especificação de quantitativos dos itens a serem adquiridos, detectou-se suposta irregularidade consistente na “exigência de amostras de todas as licitantes”. Quanto a esse quesito do edital, a unidade técnica informou que “A jurisprudência consolidada do TCU é no sentido de que a exigência de apresentação de amostras é admitida apenas na fase de classificação das propostas, somente do licitante provisoriamente classificado em primeiro lugar e desde que de forma previamente disciplinada e detalhada no instrumento convocatório”. Mencionou, em seguida, deliberações que respaldam esse entendimento: Acórdãos 1.291/2011-Plenário, 2.780/2011-2ª Câmara, 4.278/2009-1ª Câmara,





1.332/2007-Plenário, 3.130/2007-1ª Câmara e 3.395/2007-1ª Câmara. O relator, em face desse e dos demais indícios de irregularidades apontados na representação determinou a suspensão cautelar do certame e a oitiva daquele órgão, decisão essa que mereceu o endosso do Plenário. Após a análise das respostas à oitiva realizada, ressaltou a unidade técnica que: “A exigência de amostras a todos os licitantes, na fase de habilitação ou de classificação, além de ser ilegal, pode impor ônus excessivo aos licitantes, encarecer o custo de participação na licitação e desestimular a presença de potenciais interessados”. Potenciais interessados de cidades próximas a São Paulo ou em outros Estados seriam submetidos a ônus maior, dada a necessidade de envio de representante para apresentar amostra, “quando sequer sabem se sua proposta será classificada em primeiro lugar”. Propôs, ao final, em razão dessa e das outras irregularidades identificadas no edital, a anulação do certame. O relator endossou a análise e as conclusões da unidade técnica. O Tribunal, então, em face dessa e de outras ocorrências, decidiu: a) assinar prazo para que a Secretaria Municipal da Educação do Município de São Paulo adote providências com o intuito de anular o Pregão Presencial para Registro de Preços nº 20/SME/DME/2012; b) determinar a esse órgão também que, caso opte por promover nova licitação em substituição ao Pregão Presencial para Registro de Preços nº 20/SME/DME/2012: “(...) observe que a exigência de apresentação de amostras é admitida apenas na fase de classificação das propostas, somente do licitante provisoriamente classificado em primeiro lugar e desde que de forma previamente disciplinada e detalhada no instrumento convocatório”. Precedentes mencionados: Acórdãos nº 1.291/2011-Plenário, nº 2.780/2011-2ª Câmara, nº 4.278/2009-1ª Câmara, nº 1.332/2007-Plenário, nº 3.130/2007-1ª Câmara e nº 3.395/2007-1ª Câmara. **Acórdão nº 3269/2012-Plenário, TC-035.358/2012-2, rel. Min. Raimundo Carreiro, 28.11.2012.**





Contratação pública – Pregão eletrônico – Planejamento – Exigência de amostra – Possibilidade – TCU O Plenário do TCU deixou assente que é possível a exigência de amostra em sede de pregão eletrônico “caso o gestor considere-a indispensável, devendo, contudo, caso se trate de aplicação de recursos federais, **exigi-la apenas do licitante provisoriamente classificado em primeiro lugar**”. (TCU, Acórdão nº 2.368/2013, Plenário, Rel. Min. Benjamin Zymler, j. em 04.09.2013.)

Contratação pública – Edital – Exigência – Amostra – Todos os licitantes – Impossibilidade – Momento da exigência – Classificação das propostas – TCU Representação de empresa licitante acusou supostas irregularidades na condução de licitação que tinha por objeto a aquisição de suco de laranja integral pasteurizado congelado e de néctar de frutas congelado. A suposta irregularidade consistia na “exigência de amostras de todas as licitantes”. Ao apreciar a referida exigência, a Unidade Técnica do TCU apontou que “**a jurisprudência consolidada do TCU é no sentido de que a exigência de apresentação de amostras é admitida apenas na fase de classificação das propostas, somente do licitante provisoriamente classificado em primeiro lugar** e desde que de forma previamente disciplinada e detalhada no instrumento convocatório.

Esse também é o posicionamento da jurisprudência do Tribunal de Contas de Minas Gerais, como se destaca da cartilha elaborada sob a titulação “PNEU - Principais irregularidades encontradas em editais de licitação”:

Contratação pública – Planejamento – Edital – Exigência de amostra – Momento adequado – TCE/MG Acerca do momento para se exigir amostras ou protótipos, o TCE/MG afirma que “em relação às modalidades da Concorrência, da Tomada de Preços e do Convite, é





vedada a exigência de apresentação prévia por todos os potenciais licitantes de amostras ou protótipos, uma vez que no momento da habilitação, o que se busca averiguar são as condições do licitante, com base nos documentos exigidos para tanto, e não perquirir quanto às condições do objeto a ser ofertado, devendo a obrigação ser imposta, portanto, somente ao licitante vencedor. E em relação à modalidade do Pregão, em que se verifica a inversão das etapas, sendo o julgamento das propostas antes da análise dos documentos referentes à habilitação, é vedada a exigência de apresentação de amostras ou protótipos antes da fase de lances, **devendo a obrigação ser imposta, portanto, somente ao licitante provisoriamente classificado em primeiro lugar**, quanto ao valor e objeto, quando caberá ao pregoeiro decidir motivadamente a respeito da aceitabilidade do objeto ofertado, o que se encontra em consonância com o disposto no inciso XI do art. 4º da Lei nº 10.520/2002. E para que o produto objeto da futura contratação seja aceitável, é preciso que ele atenda às especificações técnicas ou ao padrão mínimo de qualidade, nos termos e condições do ato convocatório. Para tanto, exige-se amostras ou protótipos". (TCE/MG. Principais irregularidades encontradas em editais de licitação. p. 31. Disponível em: Acesso em: 06 ago. 2013, às 10h.)

Portanto, não há nenhuma ilegalidade no edital, uma vez que o mesmo exige a apresentação de amostras somente do licitante classificado provisoriamente em primeiro lugar como condição para aceitação da proposta, em total obediência à jurisprudência das Cortes de Contas.





#### 4. CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, considerando as razões apresentadas, concluo por: conhecer e, no mérito, não prover a presente impugnação.

Pouso Alegre/MG, 06 de dezembro de 2018.

Daniela Luiza Zanatta

Pregoeira