DECISÃO ADMINISTRATIVA

PROCESSO LICITATÓRIO Nº 038/2023
PREGÃO ELETRÔNICO Nº 013/2023

Objeto: Aquisição de equipamentos, de acordo com o termo de convênio de saída nº 1261002049/2022/SEE, celebrado com o Estado de Minas Gerais, por intermédio da Secretaria de Estado da Educação, conforme as condições e especificações técnicas contidas no edital e seus anexos.

I - DOS FATOS E FUNDAMENTOS

Trata-se de recurso interposto pela licitante empresa HIGH LEVEL COMERCIAL LTDA, inscrita no CNPJ sob o n° 16.847.666/0001-10, protocolado em 06/06/2023 as 22:08h no sistema eletrônico BNC, manifestando inconformidade com a decisão proferida pelo Pregoeiro, que declarou habilitada a empresa SUPERAR LTDA.

A recorrente alega que a empresa SUPERAR LTDA não apresentou documentos de habilitação de qualificação técnica e de desempenho conforme exigido no edital; que a empresa recorrida não possui CNAE para comercializar equipamentos industriais; bem como desrespeitou o prazo para envio de documentação complementar conforme solicitação em chat.

Sendo assim, requer seja a empresa SUPERAR LTDA inabilitada para o lote 1.

Não houve apresentação de contrarrazões.

É o breve relato.

Preliminarmente, verifica-se que o recurso apresentado é regular quanto aos

requisitos de forma e também atende à condição de tempestividade.

Pois bem. A recorrente alega que a licitante SUPERAR apresentou dois atestados de capacidade de materiais que não condizem com o objeto do lote 1, ou seja, a empresa apresentou atestado de freezer, refrigerador, ar condicionado, enquanto o lote 1 se tratava de bebedouro.

Inicialmente, há de se esclarecer que o atestado de capacidade técnica é um dos documentos exigíveis para comprovação da qualificação técnica dos licitantes que pretendem fornecer para a Administração Pública, conforme disciplina o inciso II, artigo 30 da Lei de Licitações:

> Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a:
> (...)
> II – comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, e indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos; (...)

Segundo a revista do Tribunal de Contas da União "Atestados de capacidade técnica são documentos fornecidos por pessoa jurídica, de direito público ou privado, para quem as atividades foram desempenhadas com pontualidade e qualidade. É nesse documento que o contratante deve certificar detalhadamente que o contratado forneceu determinado bem, executou determinada obra ou prestou determinado serviço satisfatoriamente".[1]

O objetivo do atestado de capacidade técnica é comprovar a experiência da empresa licitante no ramo do objeto licitado a ser contratado.

[1] Licitações e contratos : orientações e jurisprudência do TCU – 4. ed. rev., atual. e ampl. – Brasília, 2010., pag. 407.

Dito isso, importante descrever a exata exigência do edital, vejamos:

> 4. QUALIFICAÇÃO TÉCNICA E DE DESEMPENHO
> 4.1. Comprovação de aptidão e desempenho anterior, por meio de 01 (um) ou mais atestado e/ou certidão de capacidade técnica, emitidos por pessoa jurídica de direito público ou privado, em nome da licitante, **comprovando ter fornecido <u>produtos compatíveis</u> em complexidade ao objeto desta licitação.**
> 4.1.1. A (s) certidão (s) e/ou atestado (s) apresentado (s) deverá (ão) conter as seguintes informações básicas:
> - Nome do contratado e do contratante;
> - Identificação do contrato ou Nota Fiscal (tipo ou natureza dos bens ou serviços);
> - Serviço executados ou bens fornecidos (discriminação e quantidades);
> - Prazo de vigência;
> - Valor do Contrato, Nota Fiscal e/ou Nota de Empenho;
> - Assinatura do emissor do atestado.

Ora, conforme previsto, **<u>o edital exigiu a comprovação por meio de atestado de capacidade técnica de produtos compatíveis e não idênticos</u>**. Os atestados apresentados pela empresa Superar, quais sejam freezer, refrigerador, ar condicionado mantem compatibilidade com o item 1 do edital, pois tratam-se de equipamentos compatíveis, afinal, bebedouro também é um refrigerador. Inabilitar a empresa por este motivo seria no mínimo desarrazoado.

Cumpre esclarecer que a jurisprudência pátria é uníssona no sentido de afastar interpretações que não encontram amparo no Edital, especialmente em atestados de capacidade técnica, primando o respeito à vinculação ao instrumento convocatório e ampla competitividade, vejamos:

> ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. PREGÃO ELETRÔNICO. **<u>APRESENTAÇÃO DE ATESTADO DE CAPACIDADE TÉCNICA DE ACORDO COM O EDITAL</u>**. COMPROVAÇÃO DE CAPACIDADE DE FORNECIMENTO DO PRODUTO LICITADO NO QUANTITATIVO NECESSÁRIO. **<u>DESARRAZOABILIDADE</u>**. SENTENÇA MANTIDA. 1. Hipótese em que a empresa impetrante, foi considerada inabilitada no Pregão Eletrônico nº 5/2017, tipo menor preço, promovido pela Superintendência de Polícia Rodoviária Federal no Tocantins, cujo

objeto é o fornecimento de 34.053 frascos de protetor solar FPS 60, sob o argumento de incapacidade técnica para o fornecimento de quantidade exigida no edital, em razão dos atestados de capacidade técnica apresentados referirem-se a materiais diversos do objeto licitado, bem como do somatória não atingir o limite total previsto no edital. 2. **O edital exige comprovação de aptidão para o fornecimento de bens em características, quantidades e prazos compatíveis com o objeto da licitação. Não foi exigido que os atestados fornecidos expressassem exatamente as quantidades e características dos objetos licitados que se pretende contratar**. 3. A exclusão da empresa autora do processo licitatório por tal fundamento foi desprovida de razoabilidade, vez que ela apresentou a documentação exigida em conformidade com o constante do edital, comprovando ter capacidade suficiente para fornecer os produtos licitados, na quantidade necessária. 4. Remessa oficial a que se nega provimento.
(TRF-1 - REOMS: 10002488620174014300, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL DANIELE MARANHAO COSTA, Data de Julgamento: 24/04/2019, QUINTA TURMA, Data de Publicação: 17/05/2019)

APELAÇÕES CÍVEIS E REEXAME NECESSÁRIO. LICITAÇÃO, NA MODALIDADE DE CONCORRÊNCIA. SERVIÇO MUNICIPAL DE COLETA DE RESÍDUOS SÓLIDOS. **INABILITAÇÃO DA IMPETRANTE SOB O FUNDAMENTO DE NÃO ATENDIMENTO ÀS EXIGÊNCIAS DO EDITAL ATINENTES À COMPROVAÇÃO DA CAPACITAÇÃO TÉCNICA**. PRELIMINAR. ALEGADA NULIDADE DA SENTENÇA POR CONTRADIÇÃO. AFASTAMENTO. TOGADO SINGULAR QUE, RESSALVANDO SEU ENTENDIMENTO PESSOAL, JULGA O MANDADO DE SEGURANÇA CONFORME DECISÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA, QUE REFORMOU INTERLOCUTÓRIA POR ELE PROFERIDA, NOS AUTOS, ANTES DA SENTENÇA. RESSALVA DE ENTENDIMENTO PESSOAL, COM JULGAMENTO CONFORME COMPREENSÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA A QUE SE ACHA VINCULADO O MAGISTRADO NÃO ACARRETA QUALQUER VÍCIO CAPAZ DE ANULAR A SENTENÇA, DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. MÉRITO. **INABILITAÇÃO DA IMPETRANTE POR NÃO TER COMPROVADO OS QUANTITATIVOS MÍNIMOS EXIGIDOS PELO EDITAL PARA COMPROVAÇÃO DA CAPACIDADE TÉCNICA. INTERPRETAÇÃO DA AUTORIDADE COATORA QUE NÃO ENCONTRA AMPARO NO EDITAL E VIOLA OS PRINCÍPIOS INFORMATIVOS DO PROCESSO LICITATÓRIO, NOTADAMENTE O DA VINCULAÇÃO AO EDITAL E O DA AMPLA COMPETITIVIDADE DOS CERTAMES PÚBLICOS.**

> **ATESTADOS DE CAPACITAÇÃO TÉCNICA APRESENTADOS PELA IMPETRANTE QUE COMPROVAM A CAPACITAÇÃO TÉCNICO-OPERACIONAL EXIGIDA PELO EDITAL.** REMESSA OFICIAL CONHECIDA. RECURSOS DE APELAÇÃO CONHECIDOS E DESPROVIDOS. SENTENÇA CONFIRMADA.
> (TJ-SC - APL: 03135797920178240008 Blumenau 0313579-79.2017.8.24.0008, Relator: Vera Lúcia Ferreira Copetti, Data de Julgamento: 24/10/2019, Quarta Câmara de Direito Público)

Nesse sentido, é a Súmula 263 do Tribunal de Contas da União:

> "Para a comprovação da capacidade técnico-operacional das empresas licitantes, e desde que limitada, simultaneamente, às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto a ser contratado, é legal a exigência de comprovação da execução de quantitativos mínimos em obras ou serviços **com características semelhantes**, **devendo essa exigência guardar proporção com a dimensão e a complexidade do objeto a ser executado**".

Sobre o tema, Marçal Justen Filho, assim, dispõe:

> "(...) **Vale insistir acerca da inconstitucionalidade de exigências excessivas, no tocante à qualificação técnica**. Observe-se que a natureza do requisito é incompatível com disciplina precisa, minuciosa e exaustiva por parte da Lei. É impossível deixar de remeter à avaliação da Administração a fixação de requisitos de habilitação técnica. Essa competência discricionária não pode ser utilizada para frustrar a vontade constitucional de garantir o mais amplo acesso a licitantes, tal como já exposto acima. **A Administração apenas está autorizada a estabelecer exigências aptas a evidenciar a execução anterior de objeto similar. Vale dizer, sequer se autoriza exigência de objeto idêntico**. (...)
> Também não se admitem requisitos que, restritivos à participação no certame, sejam irrelevantes para a execução do objeto licitado. Deve-se considerar a atividade principal e essencial a ser executada, sem maiores referências a especificações ou detalhamentos. Isso não significa afirmar que tais peculiaridades sejam irrelevantes. São significativas para a execução do objeto, mas não para a habilitação. "**Não cabe à Administração ir além do mínimo necessário à garantia do princípio da República. Logo, não se validam exigências que, ultrapassando o mínimo, destinam-se a manter a Administração em situação 'confortável'. A CF/88 proibiu essa alternativa**"
> A Lei nº 8.666 disciplinou de modo minucioso a matéria da qualificação

> técnica. Um dos caracteres mais marcantes da Lei nº 8.666 foi a redução da margem de liberdade da Administração Pública nesse campo e a limitação do âmbito das exigências. **Buscou evitar que exigências formais e desnecessárias acerca da qualificação técnica constituam-se em instrumentos de indevida restrição à liberdade de participação em licitação.** (...). A legislação vigente não proíbe as exigências de qualificação técnica, mas reprime as exigências desnecessárias e meramente formais"
> (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. São Paulo: Dialética. 11 ed)

Logo, considerando que o edital não exigiu que o objeto fosse idêntico ao licitando, e ainda que a Administração apenas está autorizada a estabelecer exigências aptas a evidenciar a execução anterior de objeto similar, vale dizer, sequer se autoriza exigência de objeto idêntico, e que os atestados apresentados pela empresa SUPERAR são compatíveis com o item 1, conclui-se que as alegações da recorrente se revelam em verdadeira extensão às regras do edital. Portanto, não há que se falar em inabilitação da empresa recorrida por este motivo. Afinal, não poderão ser impostas exigências excessivas ou inadequadas, que possam restringir indevidamente a ampla competitividade no certame.

A empresa recorrente aduz ainda que a licitante SUPERAR não possui no seu CNPJ o CNAE 4663-0/00, que é justamente o CNAE para "Comércio atacadista de Máquinas e equipamentos para uso industrial; partes e peças", vez que a licitante SUPERAR LTDA tem apenas seu CNAE para comércio varejista de eletrodomésticos equipamentos de áudio e vídeo.

De antemão, insta considerar que a Administração Pública não pode exigir que as empresas tenham um CNAE específico referente ao objeto do contrato a ser realizado, uma vez que, tal imposição vai de encontro com o ordenamento jurídico, principalmente no que tange aos princípios que regem estas relações jurídicas.

O Princípio da Competitividade que também tem relação com os Princípios

da Impessoalidade (art. 37 da C.F.) e da Isonomia, pode ser explicado, como o princípio que dirige os atos do administrador público, na direção de incentivar a maior concorrência entre os interessados em contratar com a Administração Pública. Já o Princípio da Vantajosidade, que por sua vez é um desmembramento do Princípio da República, nada mais é, do que o norteamento do servidor público, para que em todos os seus atos, objetivem trazer para a Administração Pública a proposta mais vantajosa.

A busca pela melhor proposta é uma das finalidades da Licitação (art. 3º da lei 8.666/93). Por isso, não podem ser adotadas medidas que comprometam decisivamente o caráter competitivo do certame. Assim, as exigências de qualificação técnica e econômica devem se restringir ao estritamente indispensável para garantia do cumprimento das obrigações.

Portanto, **exigir que a empresa tenha um código CNAE específico é limitar, injustificadamente, o caráter competitivo da Licitação, e impor à Administração Pública um preço mais elevado, ferindo de morte os princípios da prevalência do Interesse Público e da Vantajosidade**.

O processo licitatório tem como objetivo, proporcionar a realização do negócio mais vantajoso para a Administração Pública e assegurar, em condições de igualdade, a participação dos administrados no certame.

Noutro norte, o objeto do Contrato Social da empresa prevalece sobre seu código CNAE. Para melhor entendimento, necessária se faz a conceituação do código CNAE. Para tanto, a Receita Federal do Brasil, em seu sítio, define da seguinte forma a CNAE:

> "A CNAE é o instrumento de padronização nacional dos códigos de atividade econômica e dos critérios de enquadramento utilizados pelos diversos órgãos da Administração Tributária do país".

Ao analisar a definição da CNAE, constata-se que nada mais é do que um método utilizado pela RFB para padronizar os códigos de atividade econômica no país, com a finalidade de melhor administrar as questões tributárias, nada tendo a ver com o objeto social da empresa.

Em outras palavras, tem-se que a CNAE é a classificação nacional de atividade econômica composta de dígitos, que descrevem qual é a atividade econômica exercida pela empresa.

Portanto a CNAE não se confunde com o objeto da empresa, que por sua vez, tem sua previsão legal no art. 997, inciso II, do Código Civil vigente.

Conclui-se então que as atividades que serão permitidas à sociedade empresária, são exatamente aquelas previstas no objeto de seu Contrato Social e não em código CNAE.

Deste modo não se pode confundir o código CNAE com o objeto social da sociedade empresária, sendo que o primeiro nada mais é do que um código identificador para a RFB e o segundo o que determina quais as atividades podem ser exercidas pela empresa.

A própria Receita Federal do Brasil já manifestou entendimento no sentido de que o objeto social da empresa dever prevalecer sobre o código CNAE, vejamos:

> "Diante disso, ressalta-se que não haveria a priori lesão e motivo para a exclusão da empresa por não apresentar todas as informações sobre a sua CNAE. Além disso, a empresa também poderá comprovar que possui especialização no ramo da atividade licitada por meio do seu contrato social" (Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Porto Alegre - 6ª Turma. Portal Fazenda do Governo Federal. Disponível).

Cumpre salientar ainda que, por meio dos acórdãos nºs. 1203/11 e 42/14, o

TCU entendeu pela impossibilidade de limitação de participação de licitantes em certame público em razão da CNAE.

Desta feita, pelas orientações do TCU, uma empresa não poderá ser excluída do certame, apenas por não ter o CNAI específico do objeto licitado na sua matriz social. Vejamos:

> De fato, não está expressamente consignado no contrato social o serviço de transporte de pessoas almejado pela CNEN. Porém, constam dos autos três atestados de capacidade técnica apresentados pela Egel que comprovam a prestação dos serviços desejados para três distintas pessoas jurídicas de direito público. (fls. 90, 99 e 100).
> **Se uma empresa apresenta experiência adequada e suficiente para o desempenho de certa atividade, não seria razoável exigir que ela tenha detalhado o seu objeto social a ponto de prever expressamente todas as sub atividades complementares à atividade principal.**" (Acórdão nº 571/2006 – 2ª Câmara) (g. n.)

Nesse sentido, cabe destacar a doutrina de Joel de Menezes Niebuhr (em **Licitação Pública e Contrato Administrativo.** Curitiba: Editora Zênite, 2008. p. 222.):

> (...) a Lei nº 8.666/93, pelo menos no que tange à habilitação jurídica, não exige que o documento constitutivo preveja expressamente que o licitante se dedique especificadamente à atividade correspondente ao objeto da licitação. (...)

Dessa sorte, **a Administração deve verificar apenas se as atividades desempenhadas pelos licitantes como dispostas em seus documentos constitutivos são compatíveis, em linha geral, com o objeto da licitação**.

Licitante deve ser inabilitado apenas se houver incompatibilidade. **Repita-se que o documento constitutivo não precisa dispor expressa e especificamente sobre o objeto da licitação**.

Conforme ensinamentos de Marçal Justen Filho (em Comentários à Lei de licitações e Contratos Administrativos. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p.

553):

> " (...) **se uma pessoa jurídica apresenta experiência adequada e suficiente para o desempenho de certa atividade, a ausência de previsão expressa desta mesma atividade em seu contrato social não pode ser empecilho a sua habilitação** ".

A verdade é que não existe na Lei de Licitações nº 8.666/93, e nem em nosso ordenamento jurídico a exigência da atividade contida no ato constitutivo da empresa seja exatamente idêntica à registrada pela Administração no edital.

A existência de previsão, ainda que genérica com a atividade licitada, é suficiente para atender os requisitos de participação e habilitação jurídica impostos pela legislação, que tem como um de seus princípios basilares o da ampla concorrência, no qual o que deve ser avaliado pela comissão licitante é se o particular atua na área do objeto licitado.

Logo, considerando que a empresa apresenta tanto em seu objeto social quanto em seu CNAE atividade compatível com o objeto licitado, não há que se falar em inabilitação da empresa sobre este motivo.

Por fim, a recorrente alega ainda que a empresa Superar extrapolou o prazo para envio de documentos, após os 30min dispostos pelo Pregoeiro.

Da análise da ata, verifica-se que o Pregoeiro solicitou que a empresa Superar apresentasse o catálogo conforme exigido no edital no prazo de 30 minutos. De fato, a empresa apresentou os documentos após 40 minutos do prazo disposto pelo Pregoeiro.

Ocorre conforme se verifica, a sessão não havia sido encerrada, vez que o Pregoeiro estava ainda em sessão analisando os demais documentos deste processo licitatório. Logo, não seria razoável a desclassificação de tal empresa por um atraso de 40

minutos no envio dos documentos, vez que o Pregoeiro ainda estava em sessão conforme explanado.

Nesse sentido, importante considerar que, a Administração Pública prima pelo Princípio da Razoabilidade e, que decisão diversa caracterizaria excesso de formalismo. Há de se ressaltar que são frequentes as decisões do TCU que prestigiam a adoção do princípio do formalismo moderado e a possibilidade de saneamento de falhas ao longo do procedimento licitatório.

Em suma, o formalismo moderado se relaciona com a ponderação entre o princípio da eficiência e o da segurança jurídica, ostentando importante função no cumprimento dos objetivos descritos no art. 3º da Lei de Licitações, quais sejam, busca da proposta mais vantajosa para a Administração e garantia da isonomia.

Neste sentido, orienta o TCU no acórdão 357/2015-Plenário:

> **No curso de procedimentos licitatórios, a Administração Pública deve pautar-se pelo princípio do formalismo moderado, que prescreve a adoção de formas simples e suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados, promovendo, assim, a prevalência do conteúdo sobre o formalismo extremo, respeitadas, ainda, as praxes essenciais à proteção das prerrogativas dos administrados**.

No caso, a apresentação do catálogo com um pequeno atrasado, mas ainda dentro da sessão, vez que o Pregoeiro ainda estava analisando outros documentos do processo licitatório, supre a falha citada pelo recorrente. **Por trás dessa prerrogativa, encontra-se a finalidade da busca da proposta mais vantajosa pela Administração e ampla competividade, bem como a aplicação do formalismo moderado, ponderado com o princípio da vinculação ao instrumento convocatório. Logo, mais uma vez, não há que se falar em inabilitação da empresa Superar.**

II - CONCLUSÃO

Por todo o exposto, **OPINO** por **CONHECER** do recurso apresentado, para, no mérito, **JULGÁ-LO IMPROCEDENTE**, nos termos do art. 3º da Lei nº 8.666/93, à luz dos princípios que regem a atividade administrativa, dos quais se destacam a legalidade, a finalidade, a eficiência, o formalismo moderado, a competitividade e a busca pela proposta mais vantajosa, conforme esclarecimentos acima expostos, mantendo-se a habilitação da empresa Superar.

Planura - MG, 19 de junho de 2023.

ANTÔNIO LUIZ BOTELHO
Prefeito Municipal