



De: **Procuradoria do Município**
Santiago Morelato
Procurador Municipal

Para: **Secretário Municipal de Assuntos Jurídicos**
Dr. Lucas Ferreira Leão

PA nº 762/2023

Assunto: Análise da legalidade no procedimento licitatório.

PARECER JURÍDICO

1 – RELATÓRIO

Trata-se de parecer jurídico relativo aos recursos interpostos pelas empresas **MATHEUS FONTANA SÃO CARLOS EPP** e **ZAIR APARECIDO BUENO DE OLIVEIRA ME**, as quais requerem a desclassificação da empresa **V.P. GALHARDO**, alegando que esta empresa não atendeu às exigências editalícias sobre o estado de capacidade técnica.

Sendo a síntese do necessário, passo à análise do recurso.

2 - PRELIMINARMENTE – PARECER JURÍDICO EM REGRA ATO ADMINISTRATIVO ENUNCIATIVO OPINATIVO

Inicialmente, cumpre frisar que o exame realizado no presente parecer se restringe aos **aspectos jurídicos formais**, excluindo-se da análise quaisquer pontos de caráter técnico ou econômico, uma vez que tais avaliações não são de competência desta Procuradoria.

Ressalta-se, também, que a análise é realizada tomando por base os documentos constantes nos autos, haja vista a presunção de veracidade e legitimidade das informações e documentos juntados pela Administração Pública.



Tais esclarecimentos se fazem necessários a fim de ficar claro que o parecer jurídico, conforme amplamente discutido na doutrina e na jurisprudência, é ato de natureza meramente opinativa não vinculante, de modo que cabe exclusivamente ao gestor tomar a decisão mais oportuna e conveniente, caso o ato seja discricionário.

3 – DA ANÁLISE JURÍDICA

3.1 - PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO – ÓRGÃO CONSULTIVO – IMPOSSIBILIDADE DE ADENTRAR NO MÉRITO

Inicialmente, é mister fazer alguns esclarecimentos para melhor análise do caso concreto.

A PGM é órgão consultivo, responsável, dentre outros, por analisar e emitir Parecer Jurídico quando houver questionamento jurídico objetivo, ainda que envolvendo casos concretos, visto que, em suas deliberações analisa-se apenas os aspectos jurídicos, excluindo-se da análise quaisquer pontos de caráter técnico, econômico ou de mérito.

Em geral, sempre que houver dúvidas na aplicação e interpretação da legislação, a atuação da Procuradoria Jurídica é imprescindível para prevenir a prática de atos ilegais aptos a gerar prejuízo ao bom andamento da Administração e ao erário público.

No presente caso, cabe à PGM analisar juridicamente se foram observados os princípios norteadores da Administração Pública na condução da licitação, em especial, no que diz respeito à fase recursal e aos poderes inerentes ao pregoeiro.

Dessa forma, não pode a Procuradoria Geral do Município se manifestar em relação ao **mérito** dos recursos apresentados pelos licitantes, já que o julgamento do mérito é de competência do pregoeiro, em atenção ao art. 17, inciso VII, do Decreto nº 10.024/2019.

3.2 – DOS RECURSOS INTERPOSTOS PELAS EMPRESAS LICITANTES

3.2.1 – Das razões recursais da empresa MF Motors AUTOMOTIVA



Em suas razões recursais, a empresa recorrente alega que V.P. GALHARDO, não apresentou toda documentação técnica no momento oportuno.

Fundamenta seu recurso no art. 43, § 3º, da Lei nº 8.666/93, *in verbis*:

“Art. 43. A licitação será processada e julgada com observância dos seguintes procedimentos: [...]

*3º É facultada à Comissão ou autoridade superior, em qualquer fase da licitação, a promoção de diligência destinada a esclarecer ou a complementar a instrução do processo, **vedada a inclusão posterior de documento ou informação que deveria constar originariamente da proposta**”.*

Sustenta que “... as diligências servem para esclarecer e complementar a documentação de licitante ...”, mas não poderia ser utilizada nos casos de falta de apresentação de documentos exigidos no edital.

Diz ainda, que a empresa vencedora do certame não teria preenchido os requisitos referente à cláusula 22.2.1 do Termo de Referência, vejamos:

*22.2.1. Atestado de Capacidade Técnica a ser apresentado na habilitação, **com no mínimo 03 anos ininterruptos de contrato e serviços similares e equivalentes, prestados no mesmo local, no percentual de 50% do aqui exigido**, conforme entendimento do TCESP.*

No entanto, o próprio Secretário Municipal de Serviços Públicos – Sr. Arnaldo Luiz Moraes – declara que a empresa V.P. Galhardo EPP, atende integralmente aos critérios estabelecidos no edital da licitação, conforme se segue:



PREFEITURA MUNICIPAL DE ITIRAPINA
Secretaria Municipal de Serviços Públicos

Rua 08, nº 605 – Vila Santa Cruz – Itirapina – SP – CEP 13530-000
CNPJ: 46.313.714/0001-50 – Inscr. Estadual: Isento
Fone: (19) 3575-3817 – 3575-1526

Itirapina, 21 de agosto de 2023.

Análise atestado de capacidade técnica.

Nome da Empresa Proponente: VP Galhardo EPP. CNPJ: 05.379.255/0001-20

Capacidade Técnica: Em atenção aos atestados apresentados no quesito de capacidade técnica, a empresa cumpre os requisitos estabelecidos no edital da licitação, para os lotes 01, 02 e 03.

Exigência de localização:



Conforme consulta ao Google Maps, a empresa esta localizada em percurso, a 33,4 km (trinta e três quilômetros e quatrocentos metros), portanto, atende este requisito.

Conclusão:

Após análise minuciosa dos atestados de capacidade técnica apresentados pela empresa proponente, constatamos que a mesma atende integralmente aos critérios estabelecidos no edital da licitação para a comprovação de experiência e capacidade técnica necessária para a execução dos serviços.

Diante disso, recomendamos que a empresa proponente seja considerada **apta** no quesito de capacidade técnica, cumprindo com sucesso todos os requisitos estabelecidos no edital da licitação.

Atenciosamente,

Aline de Sousa Nunes
Aline de Sousa Nunes
Auxiliar administrativo

Arnoldo Luiz Moraes
Arnoldo Luiz Moraes
Secretário Municipal de Serviços Públicos

A recorrente declara que “... *Erroneamente o I. Pregoeiro, abriu prazo para inclusão de novos documentos, e ainda, a Secretaria de Serviços Públicos endossou o erro.*”



Por fim, pede a inabilitação da empresa V.P. GALHARDO.

3.2.2 – Das razões recursais da empresa ZAIR APARECIDO BUENO DE OLIVEIRA - ME

Em síntese, em suas razões recursais sustenta que a empresa V.P. GALHARDO-ME, deve ser inabilitada por não ter preenchido os requisitos do Termo de Referência, em especial, quanto ao item 8, que dispõe sobre às condições mínimas do estabelecimento.

Alega também, que a empresa V.P. GALHARDO, não juntou a documentação de habilitação técnica no momento oportuno. Diz ainda:

Para piorar a situação a empresa V.P. GALHARDO-ME, apresentou atestado em nome de outra empresa (**GALHARDO & CIA DE BROTAS LTDA.-EPP, inscrito no CNPJ sob nº 49.634.256/0001-40**), sendo que quem atestou os serviços foi a empresa **MARCIA CRISTINA LOPES LEVORATO & CIA LTDA.**, com CNPJ sob nº 59.662.817/0001-78. Sendo que não possui data, vigência contratual, e ainda existem vários veículos

Rua Pedro Bianchi 261 Bairro jardim São Paulo - São Carlos-SP

Página: 807

ZAIR APARECIDO BUENO DE OLIVEIRA-ME
RUA PEDRO BIANCHI, 261- JD SÃO PAULO- SÃO CARLOS/SP
CNPJ 08.605.876/0001-73 INSC EST:637.293.985.115

repetidos, mas o que chama atenção é o número de veículos de um MAGAZINE. Mas o simples fato de não ser da empresa V.P. GALHARDO-ME, já deve ser desconsiderado.

Outro atestado apresentado foi da **Secretaria da Segurança Pública – Polícia Militar do Estado de São Paulo – Comando de Policiamento do Interior Nove – Piracicaba**, sendo que o mesmo não possui vigência contratual, existe nele apenas 05 (cinco) ou 06 (seis) veículos, que não atinge o quantitativo mínimo estabelecido do no Edital.

Desta forma a empresa V.P. GALHARDO-ME, **não** tem condições de atender a nenhum dos **REQUISITOS DA CAPACIDADE TÉCNICO/OPERACIONAL** exigida no Instrumento Convocatório.





Quanto ao documento anexado acima, a Pregoeira permitiu posteriormente a juntada de documentos pela empresa V.P GALHARDO, a qual supriu às exigências do edital.

Aduz que a empresa V.P. GALHARDO-ME, deixou de apresentar documento que comprove espaço físico para alocar os veículos da licitante, e que “... *foi aceita a juntada de documentos após o vencimento dos prazos legais.*”

Por fim, pede que a empresa V.P. GALHARDO-ME, seja desabilitada.

4 – DA DEFESA APRESENTADA PELA EMPRESA BROTASPEÇA CENTRO AUTOMOTIVO

Em sua defesa, a empresa sustenta que atendeu às exigências da qualificação técnica/operacional previstas no edital, vejamos:

13.8. QUALIFICACAO TECNICA / OPERACIONAL 13.8.1. Apresentação de 01 (um) ou mais atestado de qualificação técnica em nome do empresário individual ou da empresa licitante emitida por pessoa jurídica de direito público ou privado, em papel timbrado da mesma, comprovando a aptidão na realização do fornecimento de materiais, equivalentes com as especificações do termo de referência. 13.8.1.1. Na análise do(s) atestado(s) apresentado(s) pelas licitantes, a Unidade Interessada levará em conta os produtos ou serviços fornecidos, assim considerados os produtos ou serviços similares de qualidade equivalente ou superior, independente da redação do(s) respectivo(s) atestado(s).

Ocorre que as empresas recorrentes alegam que há exigências previstas no Termo de Referência quanto à qualificação técnica, que são mais restritivas do que as previstas no Edital. Assim, se a empresa vencedora não cumpriu as exigências previstas no Termo de Referência, ela não poderia ser habilitada.

Por outro lado, a empresa vencedora em sua defesa assim alega:



Em síntese, para exigir que os atestados fossem apresentados com quantitativos mínimos de 50% e outras características conforme no subitem 22.2.1 do Anexo I, o mesmo texto deveria ter sido escrito no subitem 13.8.1 do Edital. Lembramos que o Anexo I, é parte integrante do Edital e deve determinar quais as características dos produtos ou serviços que estão sendo adquiridos, e não para determinar quais documentos serão exigidos para a habilitação das licitantes.

Ademais, em relação a alegação nos recursos de que a empresa vencedora não juntou todos os documentos necessários a habilitação, justifica em sua defesa:

O Edital norteador desse certame prevê a ação promovida pela Senhora Pregoeira e embasa a decisão, como correta e lícita.

13.14. A falta de qualquer dos documentos exigidos no edital implicará na inabilitação da licitante, sendo vedada, a concessão de prazo para complementação da documentação exigida para a habilitação, salvo motivo devidamente justificado e aceito pelo Pregoeiro. (grifo nosso)

Não houve ausência de documentos, pois, o atestado de capacidade técnica emitido pelo COMANDO DE POLICIAMENTO DO INTERIOR NOVE - CPI 9, apresentado e inserido antes da sessão, por si só já atende ao subitem 13.8.1 conforme já descrito anteriormente e, cujo entendimento sobre essa apresentação ser suficiente é muito claro.

A RECORRENTE ZAIR APARECIDO, equivocou-se ao dizer que a CONTRARRAZOENTE deixou de apresentar documentos. Todos os documentos necessários à habilitação foram devidamente apresentados, logo, invocar o subitem 13.14 do Edital para arguir contra a decisão acertada da Senhora Pregoeira é, no mínimo, cometer ato grave para retardar a contratação sem justificativa plausível e até passível de punição conforme prevê a legislação.



Junta ainda, o acórdão 668/2005 – TCU – Plenário, vejamos:

*"9.4.3. ao inserir exigência de comprovação de capacidade técnica de que trata o art. 30 da Lei 8.666/93 como requisito indispensável à habilitação das licitantes, consigne, expressa e publicamente, os motivos dessa exigência e demonstre, tecnicamente, que os parâmetros fixados são adequados, necessários, suficientes e pertinentes ao objeto licitado, **assegurando-se de que a exigência não implica restrição do caráter competitivo do certame;**" (grifo nosso)*

No que tange a alegação da empresa recorrente ZAIR APARECIDO, de que a empresa vencedora não comprovou a estrutura necessária para a execução do contrato, deve-se analisar o teor da cláusula 9 do Edital, conforme se segue:

9. DA VISTORIA PRÉVIA DAS INSTALAÇÕES DA CONTRATADA

*9.1 - **Antes da assinatura da Ata de Registro de Preços** um representante da PMI, indicado pelo Secretário da Secretaria Municipal de Serviços Públicos, será responsável pela vistoria na(s) empresa(s) vencedora(s) do(s) lote(s) do certame, aprovando ou não o estabelecimento para a prestação dos serviços, verificando se o local atende as exigências previstas no presente Termo de Referência, devendo esta análise ser referendada pelo Secretário Município*

Assim, a verificação se o local atende as exigências previstas no Termo de Referência deve ser aferida ANTES da assinatura da Ata de Registro de Preços.

Por fim, requer sejam deferidas as razões de sua defesa.

5 – DA DIVERGÊNCIA PREVISTA NO TERMO DE REFERÊNCIA E NO EDITAL

Neste tópico, é importante destacar inicialmente que o edital não foi impugnado pelas recorrentes no momento oportuno, vejamos:



Cláusula 4.2.1. Qualquer pessoa poderá impugnar os termos do edital do pregão, **até 03 (três) dias úteis antes da data fixada para recebimento das propostas**, por meio eletrônico, na página eletrônica do **BBMNET – Licitações Públicas**: <https://www.novobbmnet.com.br> e nos emails: licitacao@itirapina.sp.gov.br; licitacao5@itirapina.sp.gov.br; licitacao6@itirapina.sp.gov.br; secsaude6@itirapina.sp.gov.br e hospadm2@itirapina.sp.gov.br.

4.2.2. A impugnação não possui efeito suspensivo e caberá ao Pregoeiro, auxiliado pelos responsáveis pela elaboração do termo de referência, decidir sobre a impugnação no prazo de 02 (dois) dias úteis, contado da data de recebimento da impugnação.

4.2.3. A concessão de efeito suspensivo à impugnação é medida excepcional e deverá ser motivada pelo Pregoeiro, nos autos do processo de licitação.

4.2.4. Acolhida a impugnação contra o edital, será definida e publicada nova data para realização do certame.

4.3. Em caso de não solicitação, pelas empresas licitantes, de esclarecimentos ou impugnações, pressupõe-se que os elementos fornecidos são suficientemente claros e precisos, não cabendo, posteriormente, o direito a qualquer reclamação.

Portanto, não tendo sido impugnado o edital pelos licitantes no momento oportuno, restou configurada a preclusão, conforme se segue:

ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL - AGRAVO DE INSTRUMENTO EM MANDADO DE SEGURANÇA - LICITAÇÃO - FASES - EXIGÊNCIA EDITALÍCIA - NÃO IMPUGNAÇÃO DO EDITAL - PRECLUSÃO. 1) O procedimento licitatório se desenvolve em etapas e a cada uma delas é aberta oportunidade para que os



concorrentes apresentem impugnações e recursos antes de se passar à fase seguinte. Assim, superada a etapa anterior, é vedada aos licitantes a discussão de assunto referente à fase licitatória pretérita, porquanto configurada a preclusão. 2) Agravo de instrumento não provido.

(TJ-AP - AI: 00007865920188030000 AP, Relator: Desembargador GILBERTO PINHEIRO, Data de Julgamento: 18/10/2018, Tribunal)

Deste modo, os recorrentes deveriam ter impugnado o edital no momento oportuno, alegando que a cláusula de atestado de capacidade técnica conforme previsto no Termo de Referência, não foi replicada no edital.

TERMO DE REFERÊNCIA	EDITAL
22. ATESTADO DE CAPACIDADE TÉCNICA	13.8. QUALIFICAÇÃO TÉCNICA/OPERACIONAL
22.1. Quanto à qualificação técnica serão exigidos os seguintes documentos: 22.2. Atestado(s) fornecido(s) por pessoa jurídica de direito público ou privado, em nome da empresa, para fins de comprovação de capacidade técnico-operacional, que comprove o desempenho de atividades pertinentes e compatíveis com o objeto da licitação. 22.2.1. Atestado de Capacidade Técnica a ser apresentado na habilitação, com no mínimo 03 anos ininterruptos de contrato e serviços	13.8.1. Apresentação de 01 (um) ou mais atestado de qualificação técnica em nome do empresário individual ou da empresa licitante emitida por pessoa jurídica de direito público ou privado, em papel timbrado da mesma, comprovando a aptidão na realização do fornecimento de materiais, equivalentes com as especificações do termo de referência.



similares e equivalentes, prestados no mesmo local, no percentual de 50% do aqui exigido, conforme entendimento do TCESP.

22.2.2. Na análise do(s) atestado(s) apresentado(s) pelas licitantes, a Comissão levará em conta os produtos ou serviços fornecidos, assim considerados os produtos ou serviços similares de qualidade equivalente ou superior, independente da redação do(s) respectivo(s) atestado(s).

Conforme se depreende dos autos, podemos perceber claramente que o requisito previsto no Termo de Referência quanto à capacidade técnica/operacional é mais restritivo.

Sabendo disso, questiona-se: isso é causa de nulidade do edital?

Responderemos este questionamento no tópico abaixo.

6 – DA DESARMONIA ENTRE O TERMO DE REFERÊNCIA E O EDITAL

Conforme demonstrado acima, a cláusula 22 do Termo de Referência que faz menção ao atestado de capacidade técnica, é mais restritiva que o edital.

O Termo de Referência é uma peça de função acessória, cujo conteúdo aglutina os principais elementos da contratação e, por consequência, como o seu próprio nome já enuncia, contempla-os enquanto referências, para a futura elaboração do edital.

Por outro lado, o Edital é a fonte criadora de direitos e obrigações. Em suma, ele é considerado a própria lei interna da licitação.

À propósito do exposto, convém citar as considerações de Marçal JUSTEN FILHO:



“... o dito ‘termo de referência’ consiste na formulação documental das avaliações da Administração acerca de tudo isso. Nele se evidenciarão as projeções administrativas referentes à futura contratação, de molde a assegurar que a Administração tenha plena ciência sobre as exigências que serão impostas a si e ao participar que vier a ser contratado”. In: JUSTEN FILHO, Marçal. **Pregão: comentários à legislação do pregão comum e eletrônico**. 6. ed. Dialética: São Paulo, 2013. p. 85.

No mesmo sentido vide também as considerações de Joel de Menezes NIEBUHR:

“Pode-se dizer que o termo de referência é o documento que inicia a fase interna do pregão promovido por órgãos federais, em que o requisitante esclarece aquilo que realmente precisa, trazendo a definição do objeto, orçamento detalhado de acordo com os preços de mercado, métodos, estratégia de suprimentos e cronograma. Isto é, o termo de referência retrata o planejamento inicial da contratação, definindo seus elementos básicos”. In: NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação Pública e Contrato Administrativo**. 4. ed. Fórum: Belo Horizonte, 2015. p. 277-278.

Com vistas a enriquecer a conceituação vide as ilações de JUSTEN FILHO:

“O “instrumento convocatório” da licitação é o edital, ainda que as regras correspondentes possam constar do convite (quando adotada a referida modalidade). O edital é o instrumento de divulgação pública da existência da licitação, convidando os interessados a exercitarem seu direito de licitar, formularem suas propostas ou a requererem a extensão do convite aos não convidados. Basicamente, o edital apresenta duas funções jurídicas distintas. Por um lado, consiste num instrumento veiculador das normas que disciplinam o certame e a





contratação subsequente. Por outro, é o veículo para a divulgação da instauração do certame e dos eventos a ele relacionados. (...) O edital contém as regras fundamentais acerca da licitação, disciplinando as exigências que serão impostas aos interessados e as regras procedimentais que serão adotadas. Sob esse ângulo, edital e convite retratam o exercício de poderes discricionários que, uma vez exercitados, exaurem-se. A normatividade do ato convocatório não significa inovação no mundo jurídico, função privativa da lei. Consiste na seleção pela Administração das opções a que se vinculará posteriormente. A obrigatoriedade do ato convocatório não é dirigida propriamente aos terceiros, mas especificamente à Administração Pública. No ato convocatório, são fixadas as regras que nortearão a conduta da própria Administração. A lei é o fundamento normativo “externo” do ato convocatório. Os particulares sofrem indiretamente os efeitos das regras nele contidas. Tomam conhecimento de que a Administração selecionará a proposta mais vantajosa segundo características certas e definidas no ato convocatório. Para os particulares, cumprir tais parâmetros representa uma espécie de ônus. Terão a possibilidade de obter uma situação mais vantajosa na medida em que atendam às exigências previstas no edital. In: JUSTEN FILHO, Marçal. Op. cit., p. 834-835.

Outrossim, convém colacionar as ponderações de NIEBUHR:

“O instrumento convocatório rege a licitação pública, revestindo status de ato regulamentar, já que abstrato e geral e sempre abaixo da lei. Um dos princípios norteadores da licitação é o da vinculação ao instrumento convocatório, em virtude do qual a Administração Pública e os licitantes estão adstritos às disposições nele contidas, sem que se possa exigir mais ou menos do que está ali prescrito. A Administração Pública deverá consignar no instrumento convocatório o que pretende contratar, ou seja, qual o objeto do





contrato e, por dedução, da licitação pública, com todas as suas especificidades. (...) Cumpre afirmar que o sucesso da licitação, qualquer que seja a modalidade utilizada, depende da fase interna, da elaboração do instrumento convocatório, porque é nele que a Administração define todas as condições determinantes do processo licitatório. Tanto a Administração quanto os licitantes não podem se afastar do instrumento convocatório. Se ele for mal elaborado, se, por exemplo, nele houver exigências demasiadas, por certo a Administração colherá os prejuízos com a licitação e com o contrato que a segue. In: NIEBUHR, Joel de Menezes. Op. cit., p. 276-277.

Considerando as funções que cada um desempenha no processo licitatório, fica fácil perceber que o edital é o todo enquanto o termo de referência é apenas parte. Por isto, embora as diretrizes do termo de referência possam vincular os licitantes, porque parte integrante do edital, sua natureza meramente informativa e complementar, a impedirá de derogar as disposições editalícias, afinal, não poderia a parte se sobrepor ao todo.

É importante destacar que a questão da divergência existente entre o edital e o termo de referência deve ser analisada caso a caso.

Sobre a matéria, há interessantíssimo precedente do Tribunal de Contas da União (TCU), proferido no acórdão n. 3.139/14, vejamos:

(...)

*12. Com relação à exigência para apresentação de “pelo menos” 3 certificações dentre os tipos referidos no item 10 do Anexo I - Termo de Referência (peça 2, p. 6), verifico que: (I) não consta do edital tal exigência, mas apenas do Termo de Referência, e (II) não há previsão legal para que esse tipo de certificação seja exigido como requisito de qualificação técnica, podendo ser utilizado, eventualmente, como critério de pontuação (vide Acórdão 2053/2014 – Plenário). **Devem ser evitadas divergências entre o edital e o termo de referência. Quando***



detectadas, faz-se mister avaliar, caso a caso, a regularidade das regras objeto das divergências, e as consequências para o prosseguimento da licitação. No caso em tela, a regra constante do termo de referência (exigência de certificações para fins de qualificação técnica) vai de encontro com a jurisprudência do Tribunal. No entanto, muito embora essa peça sirva de fundamento para a elaboração do edital da licitação, este não replicou a exigência indevida, mas limitou-se a prever a apresentação de atestados de capacitação técnica. Cito excerto do Voto condutor do Acórdão 931/2009 – Plenário, da relatoria do Min. Weder de Oliveira:

“17. Em síntese, a prática adotada pela Administração no procedimento licitatório denota a existência de duas peças, quais sejam, termo de referência e edital, distintas uma da outra. E o termo de referência, publicado como anexo ao edital, é, como já mencionado, peça acessória, complementar do edital. Havendo incongruências entre seu conteúdo e o do edital, prevalecem as disposições deste. Na situação fática em análise, o termo de referência, anexo ao edital, constitui fonte de informações para esclarecimentos.”

13. Deve ser ressaltado que, apesar de ser peça acessória, o termo de referência serve de fundamento para o edital da licitação e, a depender do grau das divergências detectadas, elas podem conduzir à nulidade do certame, porque podem indicar que o edital não está adequado para obter no mercado o objeto que de fato satisfaz às necessidades da Administração.

14. No caso em tela, vislumbro que a falha em questão não obsta o prosseguimento da licitação em análise, desde que prevaleça a regra constante do item 7.2.3 do edital, sem a exigência indevida de





certificações para fins de qualificação técnica. [5] (sem grifos no original).

Em que pese o Termo de Referência e o Edital não estarem em harmonia quanto à Cláusula de Capacitação Técnica, isso por si só não é causa de nulidade do edital.

Ademais, compulsando os autos, s.m.j., até aqueles documentos exigidos no Termo de Referência (mais restritivos) foram juntados pela empresa vencedora após as diligências da Pregoeira.

7 – DO ENTENDIMENTO DO TCU PROFERIDO NO ACÓRDÃO 1211/2021

O Tribunal de Contas da União, proferiu decisão no acórdão nº 1211/2021, fixando o entendimento de que “*não cabe interpretação literal para a vedação à inclusão de documento novo*”, e continua:

[...] destacou que, apesar de o dispositivo reproduzir a vedação à inclusão de novos documentos, prevista no art. 43, §3º, da Lei 8.666/1993, “deixa salvaguarda a possibilidade de diligência para a complementação de informações necessárias à apuração de fatos existentes à época da abertura do certame, o que se alinha com a interpretação de que é possível e necessária a requisição de documentos para sanear os comprovantes de habilitação ou da proposta, atestando condição pré-existente à abertura da sessão pública do certame.” (Grifei)

Nesse mesmo sentido:

Trata-se de precedente importante, alicerce para a Administração Pública em análises envolvendo saneamento de defeitos na documentação apresentada por licitantes que, aliás, reforça tese já defendida pela Consultoria Zênite ao longo dos últimos anos. Dentre outras oportunidades, em 30/09/2020, fizemos postagem no Blog da Zênite (<https://www.zenite.blog.br/decreto-no-10-024-2019-inclusao->



de-atestado-apos-a-fase-de-lances/), com o enfoque no saneamento visando a inclusão de atestado não apresentado. Concluimos:

*“A Consultoria Zênite, mesmo em face do art. 43, § 3º, da Lei nº 8.666/1993 – que reflete racionalidade similar àquela incorporada pelo Decreto nº 10.024/2019, defende que aspectos eminentemente formais, ou materiais que não prejudiquem a finalidade da condição imposta, não podem prejudicar a seleção da melhor oferta – **finalidade essencial da licitação**. Justamente por isso, em **determinadas circunstâncias**, entende-se possível a **inclusão de “documento novo”**, desde que tenha como objetivo esclarecer condição que o licitante já dispunha, **materialmente**, à época.*

No presente caso, a Pregoeira agiu em consonância com o entendimento do TCU ao **requerer documentos para sanear os comprovantes de habilitação técnica.**

8 - CONCLUSÃO

Pelo exposto, restrito aos aspectos jurídicos formais, opino pela legalidade do procedimento licitatório, lembrando que não cabe à Procuradoria se imiscuir no mérito da decisão dos recursos, mas sim, realizar a análise da legalidade a fim de subsidiar a decisão da Chefe do Executivo.

É o parecer.

Itirapina, 05 de setembro de 2023.

SANTIAGO MORELATO

Assinado de forma digital por SANTIAGO MORELATO
Dados: 2023.09.05 16:51:51 -03'00'

Santiago Morelato
Procurador do Município
OAB/SP 336.573

