

## **À PREFEITURA MUNICIPAL DE ARTUR NOGUEIRA/SP**

**Pregão Eletrônico nº 003/2025**

**Proc. Administrativo nº 8574-4/2024**

**Objeto:** registro de preços para futura aquisição de gêneros alimentícios de panificação (pães tipo “hot dog”) visando atender o cardápio para suprir as necessidades nutricionais da alimentação escolar e para atender as secretarias municipais, conforme termo de referência – ANEXO I

**Sessão Pública 11/02/2025 às 09h00**

**CHRISTIAN DE SOUZA GONZAGA**, brasileiro, advogado regularmente inscrito na Ordem dos Advogado do Brasil, Secção de São Paulo, sob nº 409.692, casado, titular do CPF/MF sob nº 442.358.498-08, com domicílio profissional na Rua Quinze de Novembro, 156, CEP 17501-450, no município de Marília/SP, advchgonzaga@outlook.com, vem respeitosa e tempestivamente perante Vossa Excelência, com fundamento no art. 164 da Lei nº 14.133/2021 e Cláusula 23 do Edital, apresentar **IMPUGNAÇÃO C.C. PEDIDO DE SUSPENSÃO**, tendo em vista a ocorrência de irregularidades graves que impedem o devido processamento do certame licitatório do **Pregão Eletrônico nº 003/2025**, promovido pela **Prefeitura Municipal de Artur Nogueira/SP**, cujo objeto trata do “*registro de preços para futura aquisição de gêneros alimentícios de panificação (pães tipo “hot dog”) visando atender o cardápio para suprir as necessidades nutricionais da alimentação escolar e para atender as secretarias municipais*”, com sessão pública designada para o próximo dia 11/02/2025, as 09h00 pugnando seja recebido o petítório para determinar o sobrestamento do certame e, ao final, determinar sua retificação nos termos abaixo requeridos.

## 1 - DO PEDIDO DE SUSPENSÃO

Trata-se de edital de licitação destinado ao *registro de preços para futura aquisição de gêneros alimentícios de panificação (pães tipo “hot dog”)* visando atender o cardápio para suprir as necessidades nutricionais da alimentação escolar e para atender as secretarias do Município de Artur Nogueira, com sessão pública designada para o próximo dia 11/02/2025 às 09h00.

É fundamental observar que o processo licitatório é um procedimento administrativo que tem por objetivo selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração Pública, por meio de critérios objetivos previamente estabelecidos. Nesse sentido, a legalidade e a transparência são princípios fundamentais que devem ser rigorosamente respeitados em todas as fases da licitação, sob pena de nulidade do certame.

No caso em questão, a urgência em analisar os vícios apontados no edital de licitação, e a necessidade de suspender a sessão de julgamento da **Pregão Eletrônico nº 03/2025**, decorrem justamente da constatação de que tais princípios foram violados conforme ficará comprovado.

A presente impugnação almeja a análise (e futura reforma) das disposições editalícias de certame licitatório designado para os próximos dias, motivo pelo qual, de plano, pugna-se pela imediata determinação de suspensão do certame, visto a evidente presença dos requisitos do *FUMUS BONI IURIS* e do *PERICULUM IN MORA*.

Nesta situação, o **PERICULUM IN MORA** resta caracterizado pela proximidade da data da realização da sessão de abertura e entrega dos envelopes designada para as 09h00 do próximo dia 11 de fevereiro, e a evidente lesão à

competitividade e isonomia que a efetivação deste pode vir a causar, sendo, portanto, a medida mais adequada, a suspensão do certame.

O mesmo ocorre quanto ao **FUMUS BONI IURIS**, haja vista os pontos ilegais ora suscitados que trazem indícios de violação a orientações emanadas pelo E. TCE-SP e desalinho com a Lei de Licitações e Contratos Administrativos.

Diante disso, a concessão de medida liminar para **suspender** a Sessão de Abertura e Entrega dos envelopes marcada para 09h do próximo dia 11 de fevereiro é medida que se impõe.

## **2 - AUSÊNCIA DE ELABORAÇÃO/PUBLICAÇÃO DO ESTUDO TÉCNICO PRELIMINAR (ETP)**

Observa-se que o Edital e Termo de Referência deste Pregão não mencionam em nenhum momento a realização de estudo técnico preliminar (ETP) que tenha servido de base para delimitar qual(is) produto(s) seria(m) necessário(a) para atender às demandas da Prefeitura Municipal de Artur Nogueira. sequer há no site oficial do órgão informação quanto ao ETP, o que leva a conclusão de que **não foram elaborados estudos prévios** para se definir preços, critério de julgamento, modalidade de licitação, modo de execução e demais adequações para realização deste certame.

O ETP, como é sabido, integra a fase interna do procedimento licitatório e materializa o princípio do planejamento, assegurando que o Poder Público realize compras e contratações de maneira adequada e fundamentada. A esse respeito contamos com as seguintes orientações do TCU:

“O planejamento de cada contratação consiste em uma série de atividades realizadas internamente pelo órgão ou entidade, que **permitem identificar a necessidade da Administração, indicar a solução mais adequada para atendê-la, verificar a viabilidade da contratação, e definir como essa solução será contratada** (caso seja viável), executada e fiscalizada.

O nível de detalhamento das informações produzidas em cada artefato do planejamento deve ser proporcional ao nível de risco associado ao objeto contratado.

Na primeira etapa, **a equipe de planejamento da contratação será constituída para realizar o estudo técnico preliminar (ETP) e a análise de riscos. Se não for constituída a equipe de planejamento, o ETP deverá ser elaborado por representantes da área requisitante e da área técnica.**

**O ETP e o documento que identifica o problema a ser resolvido (caracterizando o interesse público) e sua melhor solução**, e que permite a avaliação da viabilidade técnica e econômica da contratação, servindo de base para a elaboração do termo de referência, do projeto básico ou do anteprojeto, caso se conclua pela viabilidade da contratação.” (g.n.) (BRASIL, Tribunal de Contas da União. **Licitações e Contratos - Orientações e Jurisprudência do TCU**. 5ª Edição, Brasília: TCU, Secretaria-Geral da Presidência, 2023)

Nesse sentido, identificada uma necessidade ou um problema da Administração, o ETP serve como ferramenta preliminar para buscar suprir aquela demanda, definindo os meios adequados para atender a esta finalidade. É esta a definição do inciso XX, do art. 6º c.c. inciso I, do art. 18, ambos da NLLC:

Art. 6º Para os fins desta Lei, consideram-se:

XX - estudo técnico preliminar: **documento constitutivo da primeira etapa do planejamento** de uma contratação que caracteriza o interesse público envolvido e a sua melhor solução e dá base ao anteprojeto, ao termo de referência ou ao projeto básico a serem elaborados caso se conclua pela viabilidade da contratação;

Art. 18. A fase preparatória do processo licitatório é caracterizada pelo planejamento e deve compatibilizar-se com o plano de contratações anual de que trata o inciso VII do caput do art. 12 desta Lei, sempre que elaborado, e com as leis orçamentárias, bem como abordar todas as considerações técnicas, mercadológicas e de gestão que podem interferir na contratação, compreendidos:

**I - a descrição da necessidade da contratação fundamentada em estudo técnico preliminar que caracterize o interesse público envolvido.**

**A falta do estudo preliminar impede que a Administração tenha pleno conhecimento das suas necessidades e dos meios para supri-las.** Pular esta etapa do procedimento licitatório ocasiona um mal dimensionamento, tanto quantitativo quanto qualitativo, dos produtos e serviços, incorreções na cotação de preço e outras impropriedades que prejudicam o cumprimento do contrato.

A ausência do estudo preliminar inevitavelmente leva ao **insucesso do certame ou a prejuízos na execução do contrato**, considerando que esse documento contém os principais elementos norteadores para a solução da demanda pública, dentre eles:

Art. 18. A fase preparatória do processo licitatório é caracterizada pelo planejamento e deve compatibilizar-se com o plano de contratações anual de que trata o inciso VII do caput do art. 12 desta Lei, sempre que elaborado, e com as leis orçamentárias, bem como abordar todas as considerações técnicas, mercadológicas e de gestão que podem interferir na contratação, compreendidos:

**I - descrição da necessidade da contratação**, considerado o problema a ser resolvido sob a perspectiva do interesse público;

**IV - estimativas das quantidades para a contratação**, acompanhadas das memórias de cálculo e dos documentos que lhes dão suporte, que considerem interdependências com outras contratações, de modo a possibilitar economia de escala;

**VI - estimativa do valor da contratação**, acompanhada dos preços unitários referenciais, das memórias de cálculo e dos documentos que lhe dão suporte, que poderão constar de anexo classificado, se a

Administração optar por preservar o seu sigilo até a conclusão da licitação;

**VIII - justificativas para o parcelamento ou não da contratação;**

**XIII - posicionamento conclusivo sobre a adequação da contratação para o atendimento da necessidade a que se destina.**

**§ 2º O estudo técnico preliminar deverá conter ao menos os elementos previstos nos incisos I, IV, VI, VIII e XIII do § 1º deste artigo e, quando não contemplar os demais elementos previstos no referido parágrafo, apresentar as devidas justificativas.**

Assim, é questionável a validade do procedimento, uma vez que o Poder Público não cuidou de apurar a real necessidade da contratação, as estimativas quantitativas e qualitativas, a média dos preços e se haveria necessidade de parcelamento ou não da contratação. Dada a carência destas informações o procedimento é nulo de pleno direito, por falta dos pressupostos legais necessários a sua construção.

No tocante ao assunto em debate, a Colenda Corte Fiscalizadora do Estado de São Paulo (TCE-SP) já se pronunciou e destacou que a falta de elaboração do ETP ou falhas na sua edição importam em anulação do certame, pois comprometem todo o procedimento, na medida em que o referido documento é a base de toda a concorrência pública:

**“A ausência de Estudo Técnico Preliminar completo e nos termos do 18, §1º da Lei Federal nº 14133/21 fragiliza a descrição suficiente da necessidade de contratação, requisito fundamental do planejamento que caracteriza a fase preparatória da licitação, configurando vício de origem que impõe que se determine a anulação do certame na forma do artigo 71, inciso III da Lei 14.133/2021.” (TC-12227/989/24, Cons. DIMAS RAMALHO, Plenário, 03/07/2024) (g.n.)**

**Ferramenta estratégica essencial ao planejamento das contratações públicas, o Estudo Técnico Preliminar serve de subsídio para as demais etapas do procedimento licitatório, amparando as decisões do gestor. Ainda que possa ser simplificado ou até mesmo dispensado em determinadas situações, o ETP passou a constituir documento essencial aos certames licitatórios.**

No caso em exame, dado o vulto e a importância do objeto licitado, considero inegável a imprescindibilidade da elaboração de aludido documento, razão pela qual, ante a ausência admitida pelo ente licitante, proponho a este Egrégio Plenário a anulação do edital impugnado. [...]

Não bastasse, as consequências da falta de Estudo Técnico Preliminar se agravam pela deficiência de informações constantes no edital, sequer suprida no decorrer da instrução.

**Aludida insuficiência de elementos, além de caracterizar a falta de preenchimento de requisitos legais indispensáveis**, impossibilita avaliação de dois importantes aspectos suscitados pelos representantes: incorreção do processamento do certame por meio de Pregão (i); e uso inadequado do Sistema de Registro de Preços (ii). [...] (TC-12029/989/24/1, TC-12320/989/24/7 e TC-12329/989/24/8, Cons. MARCO AURELIO BERTAIOLLI, Plenário, 04/09/24) (g.n.)

EMENTA: EXAME PRÉVIO DE EDITAL. CONCORRÊNCIA. SERVIÇOS TÉCNICOS ESPECIALIZADOS DE NATUREZA PREDOMINANTEMENTE INTELLECTUAL. INADEQUAÇÃO DO CRITÉRIO DE JULGAMENTO PELO MENOR PREÇO PARA O OBJETO PRETENDIDO. VÍCIO DE ORIGEM. ANULAÇÃO DO CERTAME. DESCUMPRIMENTO DE DETERMINAÇÃO DO TRIBUNAL. **AUSÊNCIA DE ESTUDO TÉCNICO PRELIMINAR. PROCEDÊNCIA.** (TC-22832/989/23/0, Cons. DIMAS RAMALHO, Plenário, 28/02/24)

De maneira complementar, vale transcrever as lições da prof. Maria Tereza Fonseca Dias quanto a obrigatoriedade do ETP, que, concomitantemente, ressalta os motivos para que o documento não falte no procedimento:

Nota-se que a Nova Lei não apenas explicitou a **necessidade de elaboração desse estudo para instrução do processo licitatório**, como também tratou de detalhar o conteúdo exigido. Dentre os elementos do ETP, **são obrigatórios**: a descrição da necessidade da

contratação, considerando o problema a ser resolvido; as estimativas de quantidades e do valor da contratação, esta acompanhada de preços unitários, de memórias de cálculo e documentos de suporte; a justificativa para o parcelamento ou não da contratação e o posicionamento conclusivo sobre a adequação da contratação para a necessidade a que se destina.

Nesse ponto, destaca-se, criticamente, que **a melhor solução será aquela justificada tecnicamente a partir dos próprios estudos, comparativamente às demais soluções também estudadas. O posicionamento conclusivo sobre a adequação da contratação apenas pode ser elaborado dentro das perspectivas da etapa em questão, que é preliminar.** A intenção é que o ETP indique se a solução almejada é, com base nas análises realizadas, benéfica em termos de eficiência, eficácia, efetividade e economicidade. (DIAS, M. T. F. *A Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº 14.133/2021): principais inovações e desafios para sua implantação* – São Paulo: Editora Dialética, 2023, p.92) (g.n.)

Assim, diante da ausência de qualquer informação no Edital, no Termo de Referência ou no site oficial da Prefeitura de Artur Nogueira sobre a elaboração do ETP, o procedimento está comprometido e é nulo de pleno direito, pois carece de documento essencial (*sine qua non*) para sua validade.

### **3 - SUBJETIVIDADE DAS NORMAS RELACIONADAS A INEXEQUIBILIDADE E EXCESSO DE GARANTIA**

Depreende-se da cláusula 12, subitem 12.2.1 do Edital, a seguinte redação:

#### **12. DA ACEITABILIDADE DA PROPOSTA VENCEDORA**

12.2.1 - Em aquisição de produtos e/ou serviços, a análise de exequibilidade e sobrepreço considerará o seguinte:

**a) Por preço unitário, a caracterização do sobrepreço se dará pela superação do valor global estimado e pela superação de custo unitário tido como relevante;**

**b) Serão consideradas inexequíveis as propostas cujos valores forem inferiores a 75% (setenta e cinco por cento) do valor orçado pela Administração, independentemente do regime de execução.**

**c) Será exigida garantia adicional do licitante vencedor cuja proposta for inferior a 85% (oitenta e cinco por cento) do valor orçado pela Administração, equivalente à diferença entre este último e o valor da proposta, sem prejuízo das demais garantias exigíveis de acordo com a Lei.**

No entanto, a disposição de ambos carece de fundamento técnico, além de apresentarem textos confusos que dão margem para interpretações abstratas, também impõe obrigação desproporcional e onerosa para o(s) licitante(s) vencedor.

Conforme tratado no tópico anterior, **o procedimento carece de ETP, o que dificulta consideravelmente que se verifique se o parâmetro adotado para considerar a proposta inexequível está tecnicamente correto.** Desconsidera-se que, no caso concreto, determinados fornecedores estarão aptos a fornecer o objeto licitado, conquanto a proposta esteja abaixo de 75% do valor orçado pelo Poder Público.

Ademais, o referencial em questão foi emprestado do §4º, art. 59 da NLLC, que se aplica especificamente a **obras e serviços de engenharia**, os quais possuem suas características próprias e distintas<sup>1</sup>.

Uma interpretação teleológica do referido artigo indica que a norma foi elaborada para disciplinar exclusivamente as contratações dessa natureza. Portanto, **não se pode estender esse parâmetro a compras e serviços comuns, seja porque o texto legal se restringe expressamente ao setor de engenharia, seja**

---

<sup>1</sup> Art. 59. Serão desclassificadas as propostas que:

§ 4º **No caso de obras e serviços de engenharia**, serão consideradas inexequíveis as propostas cujos valores forem inferiores a 75% (setenta e cinco por cento) do valor orçado pela Administração.

**porque esses tipos de contratação possuem naturezas distintas e não podem ser tratados de forma equivalente<sup>2</sup>.**

A necessária distinção de tratamento quanto a (in)exequibilidade das propostas para compras e serviços comuns e para obras e serviços de engenharia, é reforçada pelo Colendo TCU. A Corte teve o cuidado de ressaltar que no âmbito do Governo Federal há instruções específicas a respeito do assunto que, sobretudo, precede de estudos concretos de cada caso. *In verbis*:

**Para obras e serviços de engenharia, a Lei 14.133/2021 delimitou a inexecuibilidade a valores inferiores a 75% do valor orçado pela Administração.** Sobre o assunto, cabe citar precedente de jurisprudência do TCU no sentido de que, nesse caso, “não há que se cogitar da realização de diligências para aferir a inexecuibilidade, pois o lance abaixo daquele percentual de 75% já é identificado pela própria Lei como inexecuível, devendo a proposta ser desclassificada”. No entanto, é importante notar que o julgado sobre essa disposição específica da Lei 14.133/2021 ainda é isolado, sendo aconselhável aguardar novas decisões para ter uma compreensão mais clara e definitiva sobre a aplicação desse dispositivo legal a partir de casos concretos.

Nas contratações de obras e serviços de engenharia e arquitetura, deverão ainda ser considerados, na avaliação da exequibilidade e de sobrepreço, o preço global, os quantitativos e os preços unitários tidos como relevantes, observado o critério de aceitabilidade de preços unitário e global a ser fixado no edital.

**Para a contratação de bens e serviços, a Administração pode estabelecer, de acordo com caso concreto, um parâmetro, com base no orçamento estimado, como critério de presunção relativa de inexecuibilidade.** Assim, quando atingido esse limite, haverá inversão do ônus da prova, ou seja, será dada oportunidade ao licitante para que demonstre a exequibilidade da sua proposta.

---

<sup>2</sup> Em comentários à nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, o TCE-SP destaca que os percentuais do §4º e §5º do art. 59 se aplicam exclusivamente a obras e serviços de engenharia (<https://www.tce.sp.gov.br/legislacao-comentada/lei-14133-1o-abril-2021/59>)

No âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional do Poder Executivo, foram estabelecidos os seguintes limites para presunção relativa de inexecuibilidade:

a) em licitações para contratações de bens e serviços em geral, com critério de julgamento por menor preço, por maior desconto ou por técnica e preço, 50% do valor orçado pela Administração (IN - Seges/ME 73/2022, art. 34 e IN - Seges/MGI 2/2023, art. 29.); e

b) em licitações com critério de julgamento por maior retorno econômico, percentuais referentes à proposta de preços inferiores a 10%. (IN - Seges/ME 96/2022, art. 39). (BRASIL, Tribunal de Contas da União, Licitações & Contratos: Orientações e Jurisprudência do TCU / Tribunal de Contas da União. 5ª Edição, Brasília. 2023, p. 514/515) (g.n.)

Diante do exposto, **está demonstrado que o percentual de 75% como limite máximo das propostas carece de justificativa técnica, o que compromete a formulação dos lances e restringe a competição**, pois fornecedores que poderiam cumprir com a obrigação até mesmo com preço inferior a 75% do valor estimado, serão desestimulados, porquanto terão trabalho dobrado para demonstrar a exequibilidade, além do risco da desclassificação de ofício.

Não bastasse a imprecisão do percentual de 75%, observa-se que a **Prefeitura impõe que deverá haver o pagamento de GARANTIA ADICIONAL, caso a proposta seja inferior a 85% do valor estimado**, cuja quantia corresponderá a diferença entre o preço cotado pela Administração e o valor do lance. **Tal como a situação anterior, a exigência é infundada e onera desnecessariamente o licitante.**

**Como na fixação do percentual de 75%, a porcentagem prevista na letra “B” do subitem 12.2.1 do Edital empresta a redação do §5º do art. 59, da NLLC, que trata exclusivamente de obras e serviços de engenharia. A inadequação legal é idêntica, pois se tratam de negócios jurídicos distintos e com**

particularidades próprias, portanto, não podem ser tratados de maneira equivalente.

Nesse sentido:

“[...] pertinente apresentar alguns esclarecimentos complementares sobre a exigência de garantia adicional nas contratações de obras e serviços de engenharia em que o licitante vencedor ofereça proposta inferior a 85% do valor orçado pela Administração.” (BRASIL, Tribunal de Contas da União. *Licitações e Contratos - Orientações e Jurisprudência do TCU*. 5ª Edição, Brasília: TCU, Secretaria-Geral da Presidência, 2023) (g.n.)

A imposição de garantia adicional para propostas inferiores a **85% do valor orçado** pela Administração Pública, embora tenha a intenção de proteger o erário e garantir o cumprimento do contrato, apresenta uma série de desafios e questões que podem ser consideradas **subjetivas e potencialmente restritivas** à concorrência. Esse procedimento levanta dúvidas sobre sua adequação aos princípios da **isenção, transparência, competitividade e economicidade** que devem nortear todo o processo licitatório.

Evidentemente, **não se leva em consideração a especificidade** de cada proposta, do licitante e do objeto licitado. **O valor proposto, por si só, não necessariamente reflete a real capacidade da empresa vencedora de cumprir o contrato**, sendo possível que uma proposta mais baixa seja viável e exequível, desde que o licitante demonstre, por meio de **documentos técnicos e comprovações adequadas**, que possui a capacidade de entregar o serviço ou produto conforme o estipulado no edital.

No caso em exame a **garantia adicional** não está vinculada a uma análise objetiva da capacidade de execução do contrato, mas apenas ao **valor relativo** da proposta em comparação ao valor estimado pela Administração. Isso implica um risco de **desconsiderar o mérito das propostas**, privilegiando o preço como único critério, sem considerar a viabilidade técnica e operacional da execução contratual.

Considerando o tipo do objeto licitado, o seguro perseguido pela Administração poderá **afastar pequenas e médias empresas** do processo licitatório, limitando a competitividade e, conseqüentemente, a possibilidade de se alcançar a proposta mais vantajosa para a Administração. **A imposição de garantias adicionais, sem uma análise prévia da viabilidade e exequibilidade da proposta, pode também inibir propostas mais vantajosas e que, teoricamente, atenderiam de forma mais eficiente ao interesse público.**

Vale lembrar que o Tribunal de Contas Bandeirante, em diversas situações, tem reiteradamente condenado a imposição de exigências infundadas e excessivas, que restringem indevidamente o certame:

EMENTA: “Exame prévio de Edital. Exigência de apresentação de amostras para todos os tamanhos de numeração dos itens licitados. **Imposição de ônus excessivo aos proponentes. Restritividade competição.** Representação procedente” (TC-42388/026/07, Plenário, 13/02/08) (g.n.)

“Não se há negar contar o administrador, no exercício de sua competência discricionária, com a possibilidade de exigir a apresentação de amostras para fins de classificação de proposta. Ainda assim, quando o fizer, **há de observar o princípio da razoabilidade, devendo evitar a imposição de exigências que, desmotivadamente, revelem-se potencialmente prejudiciais à ampla competitividade no certame.**” (TC-32229/026/09, Cons. CLAUDIO FERRAZ DE ALVARENGA, Plenário, 11/11/09) (g.n.)

Pelo exposto, dada a falta de justificativa técnica das exigências previstas no subitem 12.2.1, a subjetividade as exigências e possível excesso das obrigações estabelecidas, necessário que sejam revistas estas imposições a fim de assegurar a lisura da disputa, a ampla concorrência e o tratamento isonômico entre licitantes.

#### 4 - EMPRESAS EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL IMPEDIDAS DE PARTICIPAR DO CERTAME

Em sequência, temos flagrante irregularidade do Edital que impede a participação de empresas em recuperação judicial, fato que conflita diretamente com entendimento da Sumula 50 do TCE-SP. *In verbis*:

SÚMULA 50- Em procedimento licitatório, não pode a Administração impedir a participação de empresas que estejam em recuperação judicial, das quais poderá ser exigida a apresentação, durante a fase de habilitação, do Plano de Recuperação já homologado pelo juízo competente e em pleno vigor, sem prejuízo do atendimento a todos os requisitos de habilitação econômico-financeira estabelecidos no edital.

Ao longo do caderno convocatório **não é franqueada aos licitantes a possibilidade de habilitação com apresentação do plano de recuperação homologado por Juiz competente**, mas, tão somente a apresentação da citada certidão negativa, o que se torna um empecilho para empresas que estejam em fase de recuperação.

Trata-se de medida restritiva que prejudica severamente a competição, pois mitiga o número de participantes aptos a participar desta concorrência, além de conflitar com sólido entendimento deste E. TCE-SP.

[...] **Creio despiciendo aprofundar qualquer debate sobre a vedação à participação de empresas em processo de recuperação judicial (item 4.5.2 dos editais), devendo, portanto, a Administração readequar a redação de ambos os instrumentos convocatórios**, acrescentando condição no sentido de ser cabível o acesso daqueles que apresentem Plano de Recuperação homologado em Juízo, a fim de ajustá-los ao entendimento que ora prevalece nesta E. Corte, a partir da decisão Plenária proferida nos autos dos TCs

3987.989.15-9      4033.989.15-3      (TC-14996.989.16-6, Pleno, 26/10/2016) (g.n.)

“Por fim, a **exigência de certidão negativa de concordata, recuperação judicial ou extrajudicial ultrapassa o disposto no artigo 69 da Lei nº 14.133/2021, devendo ser excluída do edital.** Posto isto, circunscrito às questões analisadas, considero que o edital apresenta vício insanável relacionado à adoção do sistema de registro de preço, o que impõe a sua anulação.” (TC-020126.989.24-3, Pleno, 16/10/2024) (g.n.)

É evidente que a vedação à participação de empresas em recuperação judicial em processos licitatórios é incompatível com a legislação vigente e com os princípios que regem a Administração Pública. A NLLC não prevê, em nenhuma de suas disposições, a exclusão de empresas em recuperação judicial do certame licitatório. Pelo contrário, ao regular a documentação exigível para habilitação, **a norma limita-se a demandar comprovações de regularidade jurídica, fiscal e econômico-financeira, sem qualquer menção à condição de recuperação judicial como fator de inabilitação.**

Ademais, a recuperação judicial é um instituto que visa preservar a função social da empresa, conforme disposto no art. 47 da Lei n. 11.101/2005. Empresas em recuperação judicial, ao estarem em processo de reestruturação sob a supervisão do Judiciário, possuem condições de honrar suas obrigações e, frequentemente, são capazes de participar de processos licitatórios sem comprometer a execução do contrato. A restrição imposta pelo edital desconsidera esse contexto, prejudica a competitividade do certame e contraria o interesse público, pois limita a possibilidade de a Administração obter a proposta mais vantajosa.

Conclui-se, portanto, que a exclusão de empresas em recuperação judicial não apenas carece de respaldo legal, como também conflita com os princípios da razoabilidade, competitividade e economicidade. A Administração Pública deve

revisar as cláusulas editalícias para assegurar que os critérios de habilitação sejam claros, objetivos e em conformidade com a legislação aplicável, garantindo a lisura do processo licitatório e a obtenção da proposta mais vantajosa para o interesse público.

## **5 - AUSÊNCIA DA FASE DE HABILITAÇÃO TÉCNICA/OPERACIONAL - FASE INDEVIDAMENTE EXCLUÍDA**

Do exame do edital percebe-se que não há qualquer exigência de comprovação, por parte dos licitantes, de capacidade técnica/operacional, o que prejudica a escolha da Administração Pública no estabelecimento de um contrato, cujas exigências serão devidamente cumpridas, seja pela incerteza quanto a aptidão operacional da contratada.

Segundo o art. 62 da NLLC, a habilitação é a fase da licitação em que se verifica o conjunto de informações e documentos necessários e suficientes para demonstrar a capacidade do licitante em realizar o objeto da licitação, dividindo-se em jurídica, **técnica**, fiscal, social e trabalhista e econômico-financeira.

Esta análise reveste-se de especial relevância, pois afere **a capacidade operacional dos licitantes, indispensável para a execução dos serviços ou fornecimento dos produtos**, em conformidade com os critérios mínimos de qualidade estipulados pela Administração Pública. Esse processo é fundamental para garantir a aplicação eficiente e eficaz dos recursos públicos, prevenindo a contratação de fornecedores que não atendam aos padrões de qualidade exigidos, o que poderia acarretar prejuízos financeiros e operacionais para a Administração.

Ao proceder a uma análise rigorosa dos documentos elencados nos incisos I a VI do art. 67 da Lei 14.133/2021, a Administração minimiza os riscos de contratação de empresas inaptas, assegurando que apenas fornecedores qualificados

sejam selecionados. Dessa maneira, garante-se a entrega de produtos e serviços que atendam às necessidades da Administração Pública, com a qualidade esperada.

Note-se, pois, como **a avaliação técnica trata-se de fase indispensável à finalidade do processo licitatório**, qual seja: seleção da proposta mais vantajosa ao interesse público, observado o binômio menor preço e qualidade.

*In casu*, o edital em comento **NÃO** prevê a apresentação de qualquer atestado de capacidade técnica, o que (i) desatende não apenas a determinação da Lei de Licitações, ao atropelar uma de suas etapas, (ii) mas, sobretudo, prejudica a lisura do contrato e sua futura execução, na medida que não se assegura a contratação do fornecedor e produto apto à satisfação do interesse público.

Sobre o tema, importante citar os ensinamentos de Carlos Pinto Coelho Motta:

“Para efeito de qualificação técnica de empresas licitantes, a **Administração deve, com base na Lei 8.666/93, exigir atestados referentes à sua capacitação técnica, com vistas à ‘comprovação de aptidão para desempenho de atividade** pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação’ (art. 30,II).” (MOTTA, Carlos Pinto Coelho - Eficácia nas Licitações e Contratos, 1994, p. 149) (g.n.)

Alinhado as palavras do nobre jurista, não há outra conclusão se não a de que **a Administração deve exigir a comprovação da qualificação técnica**, posto que, ao não proceder dessa forma deixa de cumprir os termos da legislação, e, especificamente, violam os princípios esculpidos no art. 5º da NLLC, da eficiência, da eficácia e da economicidade, este último que se reflete pelo prejuízo da obtenção da proposta mais vantajosa, senão vejamos:

Art. 5º Na aplicação desta Lei, serão observados os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência, do interesse público, da probidade administrativa, da igualdade, do planejamento, da transparência, da eficácia, da segregação de funções, da motivação, da vinculação ao edital, do julgamento objetivo, da segurança jurídica, da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade, da celeridade, da economicidade e do desenvolvimento nacional sustentável, assim como as disposições do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro).

No caso em tela, a comprovação da qualificação técnica é de suma importância, primeiro porque a empresa contratada deverá possuir um sistema capaz de gerenciar todas as transações realizadas em sua rede para a aquisição e fornecimento dos respectivos produtos. Nesse sentido:

“GRUPO I – CLASSE VII – Plenário - TCU - TC 005.316/2018-9 - Natureza: Representação - Representante: Link Card Administração de Benefícios Ltda. Unidade: Tribunal Regional Eleitoral do Espírito Santo (TRE/ES) SUMÁRIO: REPRESENTAÇÃO COM PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR. TRE/ES. PREGÃO PARA FORNECIMENTO DE CARTÃO COMBUSTÍVEL. INEXISTÊNCIA, NO EDITAL, DA EXIGÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA CAPACIDADE TÉCNICA E DA SITUAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA DAS LICITANTES. SITUAÇÃO QUE PODE CONFIGURAR RISCO À ADMINISTRAÇÃO PELA SELEÇÃO DE EMPRESA INCAPAZ DE FORNECER O OBJETO. DETERMINAÇÃO PARA A SUSPENSÃO DOS PROCEDIMENTOS. OITIVA DA UNIDADE. (...) Em síntese, a impropriedade apontada pela empresa refere-se à inexistência, no edital do pregão, de exigência de comprovação da qualificação técnica das licitantes, por intermédio de atestado de capacidade técnica emitido por pessoa jurídica de direito público ou privado. **Ainda de acordo com a linha argumentativa apresentada pela representante, existiria o risco de a Administração contratar uma empresa que não seja capaz de fornecer os serviços demandados, ou que os preste de forma inadequada. Após analisar a matéria, a Secex/ES identificou que, além de não haver previsão no edital para que as licitantes comprovassem sua capacidade técnica, também não havia exigência de documentação acerca de sua situação econômico-financeira.** No final, a unidade técnica pronunciou-se pela existência de plausibilidade no direito invocado, uma vez que a falta de previsão de exigências de

qualificação técnica e econômico-financeira dos licitantes afrontaria os arts. 3º, caput; 27, inciso II e III; 30, inciso II; e 31 da Lei 8.666/1993. Além disso, a urgência na adoção da medida estaria evidente, em face da iminência da deflagração da fase competitiva do certame, programada para ser realizada amanhã, dia 01/03/2018.” (grifamos)

Desta forma, tendo em vista que o edital é silente quanto à fase de habilitação técnica, esquivando-se do rito processual licitatório, o que poderá comprometer a lisura do negócio jurídico futuro, necessária a retificação do Edital nos termos sugeridos, com a exigência da comprovação, através de atestados de capacidade técnica, de qualificação para o fornecimento pretendido.

## **6 - PRAZO DE VALIDADE DO PRODUTO EM DESACORDO COM A ORIENTAÇÃO DO TCE-SP**

O Termo de Referência fixa os prazos de validade dos produtos em desacordo com as orientações do TCE-SP e TCU, estabelecendo seu termo inicial mínimo a contar da data de entrega, vejamos:

### **3- CONDIÇÕES PARA EXECUÇÃO DOS SERVIÇOS**

**3.1. Deverá constar nas embalagens primárias, data de fabricação e/ou validade mínimo do produto 10 dias, contando a partir da data de entrega**, número do lote e hora, dados do fabricante (CNPJ, endereço completo e telefone) e informações nutricionais (tabela nutricional contendo: valor energético – kcal e kj, carboidratos - gramas, proteínas - gramas, gorduras totais - gramas, gorduras saturadas - gramas, gorduras trans - gramas, fibra alimentar - gramas e sódio - miligrama , quantidades para uma porção de 50 gramas – 1 unidade e contendo a porcentagem dos valores diários de referência com base em uma dieta de 2000 calorias ou 8400 kj.)

O Edital padece de irregularidade grave ao fixar **PRAZO DE VALIDADE MÍNIMO DO PRODUTO A PARTIR DA DATA DA ENTREGA**, seja porque

tal critério desconsidera as características próprias de cada produto e compromete a logística de fornecimento.

A exigência de que o **prazo de validade mínimo de produtos fornecidos à Administração Pública conte a partir da data de entrega**, de modo geral, configura uma violação grave aos princípios da isonomia, da razoabilidade e da proporcionalidade, que regem o processo licitatório. Tal cláusula se prevalecer poderá encarecer os custos e, por via reflexa, prejudicar a obtenção de uma proposta vantajosa para a Prefeitura Municipal, tendo em vista que o prazo **estipulado desconsidera o interregno entre fabricação e a disponibilização do produto no mercado**.

Nesse contexto, se restringe indevidamente a participação de fornecedores que, por exemplo, atuam em mercados onde a logística de estocagem e transporte torna inviável o cumprimento dessa condição. Há uma nítida barreira que beneficia apenas determinados fornecedores, desvirtuando a competitividade e, por consequência, frustrando os objetivos da licitação.

**O regramento do Edital vai de encontro com firme entendimento do TCE-SP** que, em diversas ocasiões e em casos mais complexos, norteia sua jurisprudência no sentido de ser irregular a fixação de prazo de validade mínimo a partir da data do fornecimento. Senão, vejamos:

Aliás, nesse aspecto, já decidiu este Plenário (TC-1694.989.22-9. Sessão Plenária de 09-03-2022. Relator Conselheiro ANTONIO ROQUE CITADINI) ser inadequada a estipulação de **prazo de validade mínima tendo como parâmetro a data da entrega dos produtos [...]** (TC-017260.989.22-3, Plenário, 24/08/2022)

“De igual forma, embora seja louvável a preocupação da Administração com a garantia do produto, a estipulação editalícia não

se justifica, notadamente em função de tratar-se de registro de preços, cuja ata tem validade de 01 (um) ano, **não sendo admissível restringir a aceitação de produtos com no máximo 06 (seis) meses de fabricação**, concepção que dificulta a participação de interessados que forneçam produtos importados, em virtude do tempo necessário para o cumprimento dos trâmites de desembaraço junto a Receita Federal, o que diminui a competitividade da disputa.” (TC-178/989/13-3, Pleno, 13/03/2013)

Com efeito, a Administração Pública deve buscar a proposta mais vantajosa, que represente também a aquisição/contratação mais adequada e de qualidade para atender à finalidade pública, **porém, não deve, para tanto, impor exigências que, embora aparentemente técnicas, geram impacto negativo no custo e reduzem a quantidade de fornecedores aptos a atender a demanda.**

Ademais, a cláusula que impõe que o prazo de validade mínimo a partir da entrega **não encontra respaldo técnico que comprove ser esse o único meio de assegurar a qualidade dos bens ofertados à Administração Pública.**

A exigência, além de carecer de fundamentação técnica específica, configura uma medida arbitrária que favorece alguns fornecedores em detrimento de outros, com indícios de direcionamento em prol de fornecedores que já contêm em estoque com os produtos.

Embora se concorde que a principal finalidade do prazo de validade de produtos é assegurar sua adequação para consumo ou utilização durante o período estimado, a exigência de que esse prazo seja a partir da entrega não está vinculada à qualidade intrínseca do produto, mas, sim a uma mera formalidade temporal que não considera o ciclo de vida do item ou sua durabilidade real.

Cabe aqui mencionar o parecer da **SDG** nos autos do **TC-2213.989.13-0**, que, embora trate de objeto diverso daquele abordado neste caso, traduz com precisão a essência da questão debatida neste Instrumento Convocatório. **A análise realizada nesse parecer evidencia como determinadas exigências editalícias**, quando desprovidas de uma justificativa técnica sólida e diretamente vinculada à qualidade ou à finalidade do produto, podem criar restrições indevidas à competitividade, comprometendo os princípios que norteiam os processos licitatórios. *in verbis*:

“não se justifica a restrição de aceitação de produtos com no máximo 06 (seis) meses de fabricação, uma vez que a data de fabricação dos pneus não garante sua serventia, mas sim o prazo de validade dos produtos, que é de 05 anos.”

Desta forma, mesmo que se pretenda assegurar a qualidade dos produtos, a exigência posta no Edital é inadequada e merece uma reanálise, a fim de aferir tecnicamente sua viabilidade, portanto imperioso para que também se preserve a competitividade do certame e a obtenção da proposta mais vantajosa, que o Caderno Convocatório seja retificado nos termos propostos, eliminando-se a validade mínima e fabricação máxima, cujo parâmetro é a data da entrega.

## **7 - EXIGUIDADE DO PRAZO PARA ENTREGA DAS AMOSTRAS E FALTA DE JUSTIFICATIVA TÉCNICA PARA CONTRAPROVA**

Depreende-se do subitem 14.3.5 do Edital que o prazo de **entrega das amostras deverá ser realizado em até 48 HORAS e em até 03 dias úteis apresentada a “contraprova”**, tudo a contar do dia da solicitação, vejamos:

14.3.5 – DECLARADA VENCEDORA, a empresa terá até 48 (quarenta e oito) horas contadas do anúncio da decisão para apresentar as AMOSTRAS e DOCUMENTOS abaixo:

**14.3.5.1 Apresentar 02 (duas) amostras, sendo uma para testes e outra para contraprova, em até 03 (três) dias úteis,** contados do dia seguinte da sessão, no Departamento de Compras, na Av. XV de novembro, 1400, para posterior envio ao Departamento de Nutrição da Secretaria Municipal de Educação.

A obrigação em questão, muito embora se refira ao licitante provisoriamente classificado como vencedor, restringe em demasia a ampla concorrência deste certame, pois, por exemplo, empresas de outros estados ou mesmo de municípios mais distantes do Município de Artur Nogueira terão severas dificuldades em cumprir a obrigação em um período tão curto onde a documentação muitas vezes fica a cargo de terceiro responsável.

Sobre o tema, o TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO teve oportunidade de se pronunciar e reconheceu a ilegalidade de similar exigência, vejamos:

REPRESENTAÇÃO. INDÍCIOS DE IRREGULARIDADES. **EXIGUIDADE DO PRAZO PARA A APRESENTAÇÃO DE AMOSTRAS.** POSSÍVEL RESTRIÇÃO À COMPETIÇÃO. CONCESSÃO DE CAUTELAR SUSPENSIVA. OITIVA DOS RESPONSÁVEIS. CONHECIMENTO. PROCEDÊNCIA PARCIAL. DETERMINAÇÃO PARA ANULAÇÃO DOS ATOS LESIVOS. [...] 16. Com efeito, a despeito da baixa materialidade dos valores envolvidos em comparação com as propostas apresentadas por Servix e Mactecology, verifica-se que, especificamente em relação ao Grupo 5, a fixação de prazo de apenas dois dias úteis para a apresentação das amostras violou o princípio da razoabilidade com prejuízo para a competitividade do certame, em afronta ao art. 3º, § 1º, I, da Lei nº 8.666, de 1993.

17. Nesse sentido, deve-se destacar que a exiguidade do aludido prazo pode vir a resultar em óbice para que licitantes sediadas em outras unidades da federação possam apresentar as amostras tempestivamente.

18. Desse modo, deve-se determinar ao VI Comando Aéreo Regional que promova o cancelamento da ata de registro de preços exclusivamente em relação ao Grupo 5, bem como a anulação dos atos praticados após a etapa de lances, garantindo que se oportunize ao

licitante detentor da proposta mais vantajosa (Mactecology Comércio de Informática Ltda.) a apresentação de sua amostra em prazo razoável e que esta proposta seja regularmente analisada, consoante os critérios estipulados no edital. [...] (TCU, Acórdão 2161/2015, Rel. André de Carvalho, 26/08/2015)

Outrossim, adotando o mesmo pensamento o **TRIBUNAL DE CONTAS PAULISTA** determinou a retificação de Edital que previu curto prazo ao licitante (provisoriamente) vencedor para apresentar suas amostras, destacando que diante das inúmeras exigências documentais do Edital, seria inviável em pouco tempo cumprir com as determinações:

“(ii) prazo concedido para entrega dos materiais de 03 (três) dias é exíguo; e A instrução e a SDG entenderam que o prazo concedido para entrega de materiais é exíguo, o que poderia restringir a participação de empresas localizadas em outros municípios.

Ademais, a SDG argumentou que como a Administração não tem a obrigação de adquirir quantidades definidas por se tratar de Registro de Preços, não é razoável obrigar a contratada a manter um estoque. Desse modo, acompanho a posição da instrução e do MPC e entendo que o prazo para entrega de materiais deve ser readequado com razoabilidade.” (TC-411/989/13/0, Tribunal Pleno, 08/05/2013)

“De início embora a exigência de amostras seja direcionada somente ao vencedor do certame e sem a necessidade de personalização, exige-se que as amostras devem ser entregues acompanhadas de um “certificado de conformidade”, além da existência de alto grau de especificação dos produtos, o que, praticamente inviabiliza o prazo de 03 (três) dias previsto no edital.” (TC-18139/9899/16/4, Tribunal Pleno, 08/02/2017)

Ademais, deve se atentar a Administração quanto ao excesso de exigências, visto que **não apenas determina a apresentação de amostras, mas também de contraprova**, o que faz sem qualquer justificativa plausível, o que gera ônus desnecessários para o licitante e desestimula a concorrência.

Deste modo, a fim de assegurar a competição e que o licitante provisoriamente classificado como vencedor possa ter tempo hábil para juntar todos os documentos exigidos pela Edital, imprescindível que se estenda o prazo em questão para ao menos 5 dias úteis, excluindo-se a contraprova, tendo em vista também o funcionamento do Órgão Público somente na semana útil.

## **8 - CONCLUSÃO E PEDIDOS**

Ante o exposto, conforme ficou demonstrado ao longo desta representação, há irregularidades graves que impedem o devido processamento deste certame. Tratam-se de ocorrências insanáveis e que recomendam revisão por esta Prefeitura Municipal, dada a violação literal das normas e princípios da lei de licitações.

Impropriedades relacionadas a falta de elaboração do ETP, subjetividade e excesso de exigências para comprovar a exequibilidade da proposta, impedimento de participação de empresas em recuperação judicial, dentre outras, gerando riscos desnecessários para a Administração Pública e os administrados (potenciais licitantes).

Portanto, tendo em vista que as cláusulas do Edital como se encontram violam diversos princípios e regras que regem o processo de licitação, comprometendo a lisura da competição, a isonomia, o julgamento objetivo e a obtenção da proposta mais vantajosa, comprometendo por via reflexa o erário público, requer se digne Vossa Excelência a **SUSPENDER A SESSÃO PÚBLICA DO PREGÃO ELETRÔNICO Nº 003/2025**, prevista para ocorrer no próximo dia 11/02/2025, às 9h00 (horário de Brasília) para, ao final, no prazo legal, **DETERMINAR A RETIFICAÇÃO DO EDITAL** sanando as impropriedades apontadas nesta peça.

Nestes termos pede deferimento.

Marília - SP, 03 de fevereiro de 2025

**CHRISTIAN DE SOUZA GONZAGA**  
OAB/SP nº 409.692