



PARECER Nº 618/2023-AJDG

Referência: Processo Administrativo Eletrônico nº 1139/2023

Assunto: Consulta. Pregão Eletrônico nº 15/2023-TRE/RN. Indicação de marca/modelo equivocada. Descrição insuficiente do objeto. Exigência de laudo em desacordo com sua finalidade. Erro insanável. Anulação do certame.

1. Trata-se do Pregão Eletrônico nº 15/2023-TRE/RN, o qual tem como objeto o registro de preços para aquisições de equipamentos condicionadores de ar.

2. Aberta a sessão pública e suspenso o certame, vêm os autos a esta Assessoria Jurídica, por encaminhamento do Senhor Pregoeiro (fls 274-276), com fundamento no parágrafo único, art. 17, do Decreto nº 10.024/2019, para manifestação em relação a possíveis irregularidades no edital do referido Pregão.

3. Conforme consta do mencionado encaminhamento, face às alegações formuladas por um dos licitantes interessados no certame (fls. 262-265), aquele Pregoeiro, após manifestação da unidade técnica demandante (fls. 258-261), analisando a questão, pontuou:

a) no que tange ao item 16, ter restado constatada a incompatibilidade de uma das marcas/modelos de referência inseridas em relação à descrição do edital, verificado, portanto erro na elaboração do edital em relação a este item, cumprindo pontuar não constar dos autos informação quanto à assertividades das marcas/modelos de referência elencadas para os demais itens do certame;

b) em relação a todos os itens do certame, entende o Sr. pregoeiro pela existência de falhas na elaboração do Termo de Referência, anexo ao edital do referido pregão, no que concerne à insuficiência na especificação dos itens e à exigência de laudo nos termos em que se encontra no item 3.9 do edital.

4. Convém colacionar os seguintes pontos das alegações formuladas pelo licitante interessado (fls. 262-265), nos quais afirma ser insuficiente a descrição do objeto constante do edital; a incompatibilidade de uma das marcas de referência do item 16 em relação à descrição existente e a inadequação do laudo solicitado no item 3.9 do edital para os fins almejados pela Administração, pugnando, por fim, pelo cancelamento do certame:

“O ponto crucial deste e-mail é informar que a apresentação deste laudo é totalmente desnecessária visto que o catálogo do produto informa TODAS suas características ex: vazão, distância máxima e mínima de evaporadora para condensadora, matérias de composição, serpentina dentre outras informações.

Além do mais o único laudo ACREDITADO que pode ser fornecido pelos laboratórios, é referente a testes de consumo e segurança elétrica, nenhum laboratório irá informar e muito menos comparar características do produto como as informações citadas presente no catálogo. Exemplo disto é que a administração precise de um ar condicionado com distância de 15 metros de uma evaporadora para condensadora, o laudo acreditado NÃO irá servir para sanar as dúvidas dos senhores, uma vez que

apenas traz consigo informações de consumo e não dados técnicos e característicos.
“

[...]

“Após uma análise ao catálogo do modelo 42TFQA30CS da fabricante MIDEA constatamos que o modelo é muito divergente e inferior ao próprio termo de referência dos senhores.”

[...]

“Vejam senhores é importe que administração detalhe seu produto em TR para que nós fornecedores busquemos um modelo que atenda a todos os requisitos descritos, requisitos esses que também serão usados como critério de aceitação ou desclassificação da proposta. Vamos supor que novamente a administração precise de um ar com distância mínima de evaporadora e condensadora de 15 metros, e nosso modelo ofertado só alcance 12 metros, com qual critério o Sr pregoeiro desqualificaria nosso produto uma vez que nem mesmo essa informação segue presente no termo de referência ? Como novamente citamos, é onde deve constar todas as especificações necessárias ao produto solicitado.”

[...]

“o laudo por sua vez não irá servir como critério de similaridade já que não traz testes técnicos do produto, apenas seu consumo energético, que também pode ser aferido por catálogo e selo do inmetro que nossa empresa dispõe-se a fornecer.”

[...]

“Caso exista algum critério técnico específico que os senhores necessitem como: vazão, distancia, modos de operações e etc que não estão previstos no TR, sugerimos A administração que infelizmente cancele o certame uma vez que não é possível as empresas atenderem especificações que não foram informadas no edital.”

5. Por sua vez, transcreve-se os trechos pertinentes à análise constantes da Informação nº 25/2023-SENGE(fls. 258-261), por meio da qual a unidade técnica demandante se manifesta quanto às alegações formuladas:

“[...] a Administração ao publicar a marca e os modelos de referência, está informando diretamente que pretende adquirir equipamentos que detenham as qualidades técnicas equivalentes àquelas máquinas, ou seja, todas as informações técnicas pretendidas estão nas referências escolhidas e PUBLICADAS de forma que os licitantes pudessem estudá-las e propor equipamentos dentro das exigências editalícias.

8. A ideia da licitante em tentar desqualificar a necessidade do laudo não se sustenta, a exigência é perfeitamente legal, como a própria reconheceu, e visa dar segurança à Administração de compatibilidade entre marcas tendo em vista a diversidade de máquinas no mercado, e ainda que muitos licitantes informam modelos de forma genérica e às vezes fora de fabricação.

[...]

10. Acrescente-se aqui, que o laudo requerido no edital tem o cunho de demonstrar que o produto ofertado pela licitante se equipara com o requisitado no edital, cabendo ao contratante do laudo, no caso a licitante interessada, ao contratar o

laboratório, especificar o que precisa ser demonstrado, não cabendo esta afirmação de que laboratórios só informam testes de consumo e eficiência.

11. A despeito disso, todas as análises técnicas realizadas por esta Seção de Engenharia, sobre todas as propostas dos licitantes nos itens 1 a 22 do presente Pregão Eletrônico, foram pautadas e realizadas com base no edital que PUBLICOU, explicitando através das marcas e modelos de referência, as características necessárias que foram escolhidas com base na necessidade de substituição dos equipamentos existentes e em uso aqui no Edifício-Sede do TRE/RN, cujo projeto exige para o item 16, distâncias superiores a 30 metros (vinte metros) e alturas superiores a 10 metros.

12. Apontou adiante a licitante que uma das referências do Edital, no item 16, não é modelo do tipo inverter, o que de fato, ora reconhecemos como equívoco nosso, mas que se trata de apenas 01 (uma) das 04 (quatro) modelos de referência, fato que não invalida a análise quanto à compatibilidade quanto aos demais requisitos técnicos.

[...]

17. Por esta razão, a apresentação de modelos nem sempre encontrados facilmente na internet, é que se justifica a necessidade do LAUDO DE COMPATIBILIDADE. Aqui temos um exemplo clássico.

18. Requer ainda que: “Caso exista algum critério técnico específico (sic) que os senhores necessitem como: vazão, distância (sic), modos de operações e etc que não estão previstos no TR”. Em resposta à licitante, reafirmamos que todas as análises técnicas realizadas por esta Seção de Engenharia, sobre todas as propostas dos licitantes nos itens 1 a 22 do presente Pregão Eletrônico, foram pautadas e realizadas com base no edital que PUBLICOU, explicitando através das marcas e modelos de referência, as características necessárias que foram escolhidas com base na necessidade de substituição dos equipamentos existentes e em uso aqui no Edifício-Sede do TRE/RN.

19. Requer ao final que “cancelem o certame”, pretendendo com isso impugnar o Edital fora do prazo, algo inaceitável em vista da vinculação ao instrumento convocatório. [...](grifos acrescidos)

6. Inicialmente, importa frisar que, conforme apontado pelo Sr. Pregoeiro, embora não seja possível o recebimento das alegações formuladas pelo licitante enquanto impugnação, posto que inoportuna, a identificação de erro por omissão em edital de licitação com potencial para prejudicar o certame é fato superveniente que, devidamente comprovado, justifica a anulação da licitação por iniciativa da própria Administração, por motivo de ilegalidade.

7. Nos termos do verbete 473, da Súmula do Supremo Tribunal Federal, o vício resultante de lapso atribuído à própria Administração, a esta impõe o dever de exercitar a auto tutela, senão vejamos:

SÚMULA 473

A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial. [grifo acrescido]

8. Ultrapassado este ponto, não se trata de análise quanto à impugnação de licitante interessado ou à proposta por ele apresentada, mas sim de análise necessária em relação aos termos em que se encontra publicado o edital.

9. **No que concerne ao item 16, importa destacar já restar constatado equívoco na elaboração do Termo de Referência, uma vez tendo sido inserida marca de referência incompatível com as especificações exigidas, restando prejudicada, portanto, a continuidade do certame para o referido item, respondendo-se assim ao questionamento de nº 2 (fl. 276), submetido à esta Assessoria Jurídica pelo Pregoeiro, no sentido de que a indicação de marca/modelo de referência que não atende ao que consta do Edital, em atenção aos princípios norteadores da licitação, implica na impossibilidade de continuidade do certame naqueles termos.**

10. Resta a análise a ser empreendida em relação à manutenção do certame quanto aos demais itens, abordando-se possível irregularidade pontuada pelo Sr. Pregoeiro (vide item 1 da fl. 276), neste ponto em relação à legalidade de que se indique **“marca/modelo de equipamento para complementar critérios técnicos”**.

11. Conforme consta no art. 3º da Lei 10.520/2002, a definição do objeto deverá ser precisa, suficiente e clara, vedadas especificações que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, limitem a competição.

12. Neste sentido é o teor da Súmula nº 177 do Tribunal de Contas da União:

A definição precisa e suficiente do objeto licitado constitui regra indispensável da competição, até mesmo como pressuposto do postulado de igualdade entre os licitantes, do qual é subsidiário o princípio da publicidade.

13. Justen Filho afirma catedraticamente:

“Nada poderá ser decidido além do constante no Edital. A descrição do objeto da licitação contida no edital não pode deixar margem a qualquer dúvida nem admite complementação a posteriori. Entre a opção de uma descrição sucinta e uma descrição minuciosa, não pode haver dúvida para a Administração Pública. Tem de escolher a descrição completa e minuciosa. Certamente, a descrição deve ser clara. Mas “minúcia” não significa “obscuridade”. Se a descrição do objeto da licitação não for completa e perfeita, haverá nulidade [...] São os princípios norteadores da licitação a “vinculação ao edital” e o “julgamento objetivo”. (JUSTEN FILHO, ano 2003, p. 217)

14. Por outro lado, em relação à possibilidade de que sejam indicadas marcas/modelos de referência para a aquisição, observa-se não haver vedação, desde que haja a devida justificativa técnica para tanto ou sejam utilizadas apenas como indicativas da qualidade mínima do material admitida para a aquisição, caso em que devem ser utilizadas as expressões “similares, compatíveis ou equivalentes”.

15. Compulsando-se os autos, inclusive, da fase de planejamento da contratação, não se vislumbra a aposição de justificativa de ordem técnica para a indicação de marca, inferindo-se, portanto, tratar-se de mero indicativo da qualidade mínima pretendida.

16. De todo modo, impõe-se constatar que em nenhuma das hipóteses nas quais se revela cabível a indicação de marca/ modelo, esta se presta a suprir lacuna na descrição do objeto,

cujas especificações devem sempre apresentar-se de forma completa e suficiente, pretendendo as marcas/modelos tão somente indicarem um padrão de qualidade perceptível pela sua exemplificação.

17. Compulsando-se o Termo de Referência (fls. 177-183), anexo ao edital publicado, observam-se as seguintes disposições pertinentes à análise:

3.1. Especificação dos equipamentos:

[...]

Descrição

“FORNECIMENTO de Ar condicionado tipo SPLIT HIGH WALL, modelo INVERTER, com capacidade 30.000 Btu’s completo (evaporadores + condensador), com controles remotos, incluindo garantia mínima de 1 ano, os aparelhos deverão utilizar gases refrigerantes R410A ou R407C, considerados ecológicos, selo de eficiência energética PROCELL A ou B, tensão 220V monofásico e condensador com serpentina de cobre.”

[...]

3.3. Caso solicitado, **a empresa licitante deverá apresentar catálogo técnico dos produtos ofertados, em língua portuguesa, com imagem dos materiais, especificando a referência do modelo ofertado e com nível de informação suficiente para avaliação do Pregoeiro e sua equipe técnica, demonstrando a adequação da linha de produtos da licitante às especificações requeridas neste Termo de Referência.**

[...]

3.8. A empresa licitante deve ofertar equipamento cujo fabricante esteja indicado na tabela abaixo com a descrição das marcas de referência para os equipamentos solicitados - ressalvado o disposto no subitem 3.8 – podendo ofertar modelo distinto desde que atenda às especificações contidas na tabela do subitem 3.1 deste Termo de Referência.

[...]

3.9. A licitante que ofertar para os itens da tabela acima, material que possua fabricante distinto da marca sugerida como “marca de referência” (cláusula 3.7 deste Termo de Referência) deverá apresentar laudo/relatório de análise técnica expedido por laboratório de ensaio acreditado pelo INMETRO, pertencente à rede Brasileira de Laboratórios de Ensaio (RBLE), no período de 10 (dez) dias úteis, atestando a realização de ensaios comparativos do material que pretende fornecer com o de algum fabricante e modelo sugerido como “marca de referência”, de modo a se comprovar o desempenho, a qualidade e a produtividade equivalentes à marca de referência (em conformidade com o acórdão TCU 2300/2007 – Plenário).

18. Conforme consta do próprio edital, a avaliação a ser empreendida pela unidade demandante em relação à compatibilidade do item proposto pelo licitante deverá se pautar no comparativo entre o catálogo do produto e as especificações contidas na tabela do subitem 3.1 deste Termo de Referência.

19. **Ocorre que, conforme consta dos autos, ao analisar a compatibilidade dos produtos, a unidade demandante faz referência ao atendimento “às especificações contidas nas marcas de referência do item 3.8 do anexo I do Edital” e não às especificações em si definidas para o item que se pretende adquirir, constantes do item 3.1 do edital, utilizando-se, portanto, de forma equivocada a indicação de marcas/modelos, de forma a suprir a ausência de descrição suficiente do item.**

20. Na informação prestada, a unidade demandante registra ainda que “todas as informações técnicas pretendidas estão nas referências escolhidas e publicadas de forma que os licitantes pudessem estudá-las e propor equipamentos dentro das exigências editalícias”.

21. No entanto, nem a indicação de marca/modelo tem a função de fornecer as informações técnicas pretendidas pela Administração, nem parece razoável exigir que o licitante interessado no certame precise conhecer ou estudar as especificações da marca/modelo fornecido por concorrente a fim de, já em uma primeira análise, verificar se o seu produto atende à necessidade da Administração, submetendo-o para exame já com base na referida comparação.

22. A indicação das marcas de referência, s.m.j., não se presta a determinar os critérios objetivos a serem preenchidos para os materiais que a Administração pretende adquirir, de modo que não elide a necessidade de que os itens sejam suficientemente descritos de forma clara e objetiva.

23. Diante desse cenário, constatada a existência de falha na descrição dos itens constantes do edital e o potencial comprometimento do certame, esta Assessoria Jurídica não vislumbra outra alternativa a não ser a anulação do Pregão Eletrônico nº 15/2023 – TRE/RN, com fundamento no art. 49, § 2º, da Lei nº 8.666/1993, c/c o art. 50 do Decreto nº 10.024/2019:

Lei nº 8.666/1993:

“Art. 49. A autoridade competente para a aprovação do procedimento somente poderá revogar a licitação por razões de interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta, devendo anulá-la por ilegalidade, de ofício ou por provocação de terceiros, mediante parecer escrito e devidamente fundamentado.

§ 1º A anulação do procedimento licitatório por motivo de ilegalidade não gera obrigação de indenizar, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 59 desta Lei.

§ 2º A nulidade do procedimento licitatório induz à do contrato, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 59 desta Lei.

§ 3º No caso de desfazimento do processo licitatório, fica assegurado o contraditório e a ampla defesa.” [grifo acrescido]

Decreto nº 10.024/2019

“Art. 50. A autoridade competente para homologar o procedimento licitatório de que trata este Decreto poderá revogá-lo somente em razão do interesse público, por motivo de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar a revogação, e deverá anulá-lo por ilegalidade, de ofício ou por provocação de qualquer pessoa, por meio de ato escrito e fundamentado.”

24. Por fim, embora já se possa observar a necessidade de anulação do certame com base nos questionamentos já analisados, em relação ao questionamento de nº 3 (fl. 276), referente ao laudo exigido no subitem 3.9 do Termo de Referência, observa-se que este foi solicitado com fundamento no Acórdão TCU 2300/2007 – Plenário, conforme consta da própria redação daquele subitem.

25. Transcreve-se a ementa do referido Acórdão:

REPRESENTAÇÃO. SUPOSTAS IRREGULARIDADES NA REALIZAÇÃO DE PREGÃO ELETRÔNICO. ESPECIFICAÇÃO DE MARCA. CONHECIMENTO. PROCEDÊNCIA. FIXAÇÃO DE PRAZO PARA PROVIDÊNCIAS NECESSÁRIAS À ANULAÇÃO DO CERTAME. DETERMINAÇÕES. 1. É ilegal a indicação de marcas, nos termos do § 7º do art. 15 da Lei 8.666/93, salvo quando devidamente justificada por critérios técnicos ou **expressamente indicativa da qualidade**

do material a ser adquirido. 2. Quando necessária a indicação de marca como referência de qualidade ou facilitação da descrição do objeto, deve esta ser seguida das expressões “ou equivalente”, “ou similar” e “ou de melhor qualidade”, devendo, nesse caso, o produto ser aceito de fato e sem restrições pela Administração. **3. Pode, ainda, a administração inserir em seus editais cláusula prevendo a necessidade de a empresa participante do certame demonstrar, por meio de laudo expedido por laboratório ou instituto idôneo, o desempenho, qualidade e produtividade compatível com o produto similar ou equivalente à marca referência mencionada no edital.**

26. Compulsando-se a íntegra daquele acórdão, observa-se tratar-se de contexto diverso da situação posta, na qual a Administração pretendia adquirir tubulações para manutenção em instalações hidráulicas existentes de ferro galvanizado e fundido, em relação às quais havia justificativa técnica de que ainda que existissem diversas marcas no mercado que, em tese, apresentavam certificados de conformidade exigidos, não se adaptavam perfeitamente ao existente, devido às mínimas diferenças de diâmetro interno, prejudicando o funcionamento das instalações.

27. Naquele julgado, o TCU determinou que aquele órgão se abstivesse de restringir a competitividade do certame ao indicar marca específica, orientando para que a indicação da marca de referência se seguisse das expressões “ou equivalente”, “ou similar” e “ou de melhor qualidade”, possibilitando assim que outras marcas lograssem êxito no certame. Neste contexto, dadas as justificativas de ordem técnica já pontuadas, a fim de que o órgão não obtivesse tubulações incompatíveis com suas necessidades, orientou quanto à exigência de laudo a fim de aferir o desempenho, qualidade e produtividade compatível de marca similar ofertada.

28. Isto posto, s.m.j., a exigência de laudo para os produtos de marcas distintas daquelas indicadas na referência encontra amparo desde que se preste a garantir determinado “desempenho, qualidade ou produtividade” esperada pela Administração, não cabendo ao seu propósito, conforme visto naquele mesmo Acórdão do TCU utilizado para justificá-lo, verificar a mera compatibilidade de especificações técnicas objetivas com as marcas modelos de referência indicados.

29. Diante do exposto, identificado erro insanável no edital do certame, impõe-se a esta Assessoria Jurídica opinar nos seguintes termos:

a) pela ANULAÇÃO do Pregão Eletrônico nº 15/2023-TRE/RN, com fundamento no artigo 49, caput, da Lei n.º 8.666/93, e nos princípios da autotutela, da legalidade e da vinculação ao instrumento convocatório, em razão da ausência de descrição completa e objetiva dos itens a serem adquiridos;

b) pela concessão de prazo de 05 (cinco) dias úteis para recurso, com fulcro no artigo 109, inciso I, alínea c, da Lei nº 8.666/93;

c) pela revisão do edital de licitação, com as seguintes alterações visando à abertura de novo certame:

c.1) no item 3.1, seja inserida descrição completa dos itens, com todas as especificações necessárias à perfeita identificação do objeto a ser adquirido, dela constando todas as necessidades da Administração, de modo que o item a ser fornecido tenha sua aceitação analisada com fundamento naquela descrição objetiva;

c.2) seja revista a compatibilidade das marcas de referência indicadas com as especificações dos referidos itens, listando-as, preferencialmente, no subitem destinado à descrição das especificações seguidas da expressão “ou similares”;

c.3) face às considerações constantes dos parágrafos 25-28, entendendo-se necessária a manutenção da exigência de laudo descrito no subitem 3.9, seja especificada a característica encontrada nas marcas de referência, imprescindível ao atendimento da necessidade da Administração, cuja compatibilidade precise ser atestada por meio do referido laudo, caso não se mostre suficiente a especificação objetiva contida no item 3.1 para garantir sua obtenção, em relação ao “desempenho, qualidade ou produtividade” esperada.

É o parecer.

Natal/RN, 03 de maio de 2023.

Raquel de Freitas Andrade Potier
Analista Judiciário – AJDG

De acordo.
À consideração superior.

Arnaud Diniz Flor Alves
Assessor Jurídico da Diretoria-Geral