

**DECISÃO SOBRE DESISTÊNCIA DE FORNECIMENTO EM PROCESSO LICITATÓRIO**

PREGÃO ELETRÔNICO N.º 069/2020 – REGISTRO DE PREÇOS N.º 067/2020

PROCESSO LICITATÓRIO PRC N.º 158/2020

TIPO: “MENOR PREÇO POR ITEM” – MODO DE DISPUTA: “ABERTO E FECHADO”

OBJETO: CONTRATAÇÃO DE EMPRESA PARA FORNECIMENTO DE TESTE RÁPIDO QUALITATIVO PARA DETECÇÃO DE ANTÍGENO DA COVID-19 (SARS-COV-2), A FIM DE ATENDER ÀS NORMAS DE PREVENÇÃO ENFRENTAMENTO DA EMERGÊNCIA DE SAÚDE PÚBLICA DO RECENTE SURTO DO NOVO CORONAVÍRUS DO MUNICÍPIO DE SANTA RITA DO SAPUCAÍ / MG.

Relatório:

A empresa **LABORATÓRIO DE ANÁLISES CLÍNICAS MIRANDA REIS LTDA.** protocolou em 06 de Outubro de 2020, sob o número de protocolo 0100017819/2020, uma “*DECLARAÇÃO DE NÃO CUMPRIMENTO DE LICITAÇÃO*”, onde indica que *não poderá entregar o item para o qual sagrou-se vencedora no Processo Licitatório PRC N.º 158/2020*, a saber: kit de testagem rápida para coronavírus”, *uma vez que não detém personalidade jurídica legalmente autorizada à comercialização de produtos.*

Alegou duas situações destacáveis: na primeira afirma sua boa intenção em atender à necessidade do Município nas ações de enfrentamento ao COVID-19, sem atentar-se para o fato de que não era legalmente autorizada à venda de produtos. Na segunda, determinadamente imputa erro à Divisão de Licitação por ter aceito sua proposta e não conferido suas qualificações legais, juntando a afirmação de que “só por trabalhar nessa área, (tais servidores) tem muito mais experiência que nós (a desistente) e não percebeu nada”. Termina sua conclusão: “então também errou”.

De modo conclusivo a referida empresa postula o encerramento do Processo Licitatório em tela, propondo a doação de 22 (vinte e dois) testes objetos daquele Certame, como sanação a possíveis futuros ônus.

Pede e aguarda deferimento.

Esse é, em suma, o relatório.

Análise:

É necessária a análise acurada de alguns dos pontos apontados no pleito protocolado.

1- Da imputação de erro à Divisão de Licitação, a respeito da análise do CNAE da proponente.

Alega a empresa desistente que a Divisão de Licitação, mormente a Pregoeira do Certame, “então também errou” ao declará-la classificada, habilitada e vencedora naquele Processo.



Tal alegação precisa ser de imediato afastada e corrigida com base no posicionamento da egrégia Corte de Contas da União, que no ACÓRDÃO 2448/2019 – PLENÁRIO deu entendimento na mesma linha em que se deu a decisão da Pregoeira, apontando o critério de desclassificação fundamentada no CNAE como possível viés de restritividade à competição. Vejamos o texto:

46. Tal qual se extrai do sítio <http://receita.economia.gov.br/orientacao/tributaria/cadastros/cadastronacional-de-pessoas-juridicas-cnpj/classificacao-nacional-de-atividades-economicas-2013-cnae/apresentacao>, o CNAE (Classificação Nacional de Atividades Econômicas) é 'instrumento de padronização nacional dos códigos de atividade econômica e dos critérios de enquadramento utilizados pelos diversos órgãos da Administração Tributária do país'. Trata-se de um detalhamento, de caráter autodeclaratório, que se aplica a 'todos os agentes econômicos que estão engajados na produção de bens e serviços, podendo compreender estabelecimentos de empresas privadas ou públicas, estabelecimentos agrícolas, organismos públicos e privados, instituições sem fins lucrativos e agentes autônomos (pessoa física)'.

47. Como ensina Marçal Justen Filho (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 12ª Ed., Dialética, São Paulo, 2008, p. 388 e 389), no nosso ordenamento não mais vigora o 'princípio da especialidade da personalidade jurídica', que restringe o universo de atuação da pessoa jurídica aos limites de seu objeto social. Esse entendimento, obtemperado pelo princípio da liberdade de atuação econômica, insculpido em nossa Constituição, assegura que a sociedade de fins econômicos possa exercer quaisquer atividades econômicas, desde que lícitos seus objetos, não havendo razão para que o edital da licitação fixe expressamente os CNAEs que deveriam possuir os licitantes a fim de que fossem habilitados ou inhabilitados, até porque, sendo de natureza autodeclaratória, a informação constante deste cadastro pode ser alterada a qualquer tempo pelo empresário, podendo a fixação no edital de códigos específicos de CNAE servir mais para direcionar a contratação que para ampliar a concorrência do certame.

48. Nesse passo, a capacidade do licitante em atender às especificidades do objeto de contratação se deve aferir com a qualificação técnica referente à habilitação, não com mero enquadramento em código específico do CNAE, a menos que isto seja exigido pela lei, o que não é o caso do transporte escolar aquático.

49. Isso posto, considerando que o mero enquadramento neste ou naquele código CNAE seria indiferente para os fins de habilitar licitante, como visto, não caberia porque exigir a especificação desses códigos em edital, devendo-se, portanto, acatar as justificativas trazidas pela representada. **Irregularidade não constatada.** (sublinhados nossos)

A mesma macanuda Corte de Contas já havia consignado tal entendimento no ACORDÃO 1.203/2011 – PLENÁRIO, no qual também manifesta entendimento por não ser o CNAE critério classificatório ou de habilitação. Citamos:

Entendemos que o cadastro de atividades na Receita Federal do Brasil não é motivo suficiente para impedir a participação da empresa, ainda mais que tal cadastro não era totalmente discrepante do objeto do certame. É certo que esse cadastro é uma imposição legal e deve estar atualizado, porém em nenhum momento há previsão legal de impedir uma empresa de participar em virtude de uma discrepância desse cadastro. Caberia aos responsáveis a formação de juízo crítico com base em todas as informações apresentadas, especialmente a simples leitura do Contrato Social da empresa representante. Com base nessas informações, e considerando que em licitação as disposições editalícias devem ser interpretadas a fim de garantir a competitividade do certame, conforme preceitua o parágrafo único, art. 4º, Anexo I, Decreto nº 3.555/2000, não haveria motivos para impedir a participação da empresa Dantas, como acabou por ocorrer. (sublinhados nossos)



Por fim, mas não esgotando a extensa interpretação jurisprudencial nesse sentido, com o intuito de ilustrar ainda mais o acerto da Decisão tomada pela Pregoeira, destacamos a Decisão de Recurso dada pelo Consórcio Intermunicipal de Desenvolvimento Sustentável da Microrregião da Serra Geral de Minas – União Serra Geral, de Janaúba/MG, em situação muito semelhante à alegada, cujo teor acolhido pelo TCE / MG em Acórdão que decide sobre a Denúncia N.º 951345, e do qual extraímos o cerne:

Destarte, os requisitos habilitatórios devem ser elaborados nos estritos limites do art. 27 e seguintes da Lei nº 8.666/93. E tais dispositivos não amparam exigências habilitatórias pautadas nos códigos da CNAE. (grifos nossos)

Portanto, não é possível acatar a alegação de erro por parte da Divisão de Licitação e/ou da Pregoeira na situação apresentada, uma vez que, salvo melhor juízo, atendeu ao exato entendimento do que tem sido expresso pelos eminentes Julgadores de Contas.

2- Do “encerramento” do Processo Licitatório:

A mero título de esclarecimento, cumpre-nos informar que o procedimento a ser adotado não é de encerramento de Processo Licitatório, uma vez que esse já foi encerrado com o Ato de Homologação. Trata-se aqui de uma desistência formulada pela proponente que teve seus preços devidamente registrados, agravado por uma inexecução contratual, sendo, *in casu*, o instrumento contratual substituído pela Ordem de Fornecimento (OF), já que obrigações contratuais estão conhecidas pela Ata de Registro de Preços celebrada entre essa Municipalidade e a empresa **LABORATÓRIO DE ANÁLISES CLÍNICAS MIRANDA REIS LTDA.**, e que há previsão legal para tal substituição, dada no Art. 62 da Lei Geral de Licitações.

3- Da proposta de “doação” de testes:

A empresa desistente propõe, de sua própria iniciativa, a doação de 22 (vinte e dois) testes objeto do Certame em tela, como sanção a possíveis futuros ônus.

Aqui é preciso esclarecer que a inexecução contratual na qual incorre a proponente gera penalidade, e que poder-dever de execução por parte da Administração Pública é imperativo.

Decisão:

Por tratar-se de procedimento no qual a desistente reconhece de antemão o erro em que incorreu, e por ter ela mesma proposto sua penalidade, a título de sanção a possíveis ônus, adotamos procedimento extremamente simplificado e passamos a DECIDIR:

É perfeitamente cabível o procedimento aqui adotado, uma vez que beira semelhança a Processo Administrativo Sancionatório, dispensando as formalidades, por ter sido toda a fundamentação, bem como a penalidade, propostas pela empresa que se sagrou vencedora do Certame e que por agora peticiona desistência.

Prefeitura Municipal de Santa Rita do Sapucaí - MG

Rua Cel. Joaquim Neto, 333 - Centro - CEP: 37540-000

Santa Rita do Sapucaí - Minas Gerais - Brasil

Telefone: +55 (35) 3473-3200



Cabe aqui decidir se a proposta apresentada pela desistente está de acordo com as penalidades previstas no Instrumento convocatório.

Considerada a expressa boa-fé da empresa e o seu manifesto e antecipado desejo de não causar prejuízos à Administração Pública; considerada a penalidade de inexecução contratual prevista em Edital, 10% (dez por cento); Considerada a quantidade contratada com a empresa, 250 (duzentas e cinquenta) unidades; e considerada a quantidade proposta como ressarcimento, 22 (vinte e duas) unidades; **ACOLHEMOS A PROPOSTA**, uma vez que é muito próxima de uma possível e eventual penalidade máxima a ser aplicada em Processo Administrativo Sancionatório. Contudo, faz-se mister corrigir o temo "doação", uma vez que não se trata disso, e sim de sanção onerosa.

Saliente-se que a boa-fé e iniciativa da empresa em corrigir o erro denota claramente que se tratou de lapso e desconhecimento e não de imputação de prejuízos intencionais. Isso, por si só, afasta a possibilidade de aplicação de sanções superiores à multa por inexecução contratual, quais sejam a suspensão do direito de licitar ou a declaração de inidoneidade. E assim sendo, retomamos o entendimento de que fica justificado o procedimento extremamente simplificado que aqui adotamos.

Consultada a Secretaria de Saúde e considerada a situação de calamidade ocasionada pela emergência de saúde pública decorrente do surto de COVID-19, entendemos que o Município estará melhor servido com a aceitação dos testes rápidos tão necessários, do que com a aplicação de multa pecuniária.

Decidimos igualmente por **AFASTAR A ALEGAÇÃO DE ERRO** por parte da Divisão de Licitação e/ou da Pregoeira do Certame proposta pela empresa desistente, uma vez que o entendimento adotado é consonante com a jurisprudência das Cortes de Contas.

E decidimos ainda, muito mais por formalidade do que por necessidade, **ADVERTIR** a empresa **LABORATÓRIO DE ANÁLISES CLÍNICAS MIRANDA REIS LTDA.**, sobre sua atual impossibilidade de fornecimento de produtos, para que não incorra novamente nessa situação.

Registre-se; intime-se e publique-se.

Santa Rita do Sapucaí / MG, 08 de Outubro de 2020.

José Leandro Gonçalves
Autoridade Competente em Licitação
(cf. competência delegada pelo Dec. Mun. N.º 13.636/2020)