



3º FÓRUM >>>>  
**LICITAÇÕES  
E CONTRATOS  
ADMINISTRATIVOS**



>>>> 2023

# Vedação à contratação de marca ou de produtos reprovado em contratação préterita

## Noel Baratieri

- Doutor em Direito do Estado pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC);
- Membro Consultor da Comissão Especial de Direito Administrativo do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; e
- Autor das obras: Serviço Público na Constituição Federal; O Método de Negociação de *Harvard* na Administração Pública consensual; Coautor do livro Aspectos Polêmicos sobre a Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos = Lei n. 14.133/2021;
- Advogado publicista em SC e Brasília.



3º FÓRUM >>>>  
**LICITAÇÕES  
E CONTRATOS  
ADMINISTRATIVOS**  
>>>> 2023



# PRODUTOS INSATISFATÓRIOS

## Problema recorrente nas contratações públicas

- produtos de baixa qualidade (vícios ocultos/reduzida durabilidade);
- prejuízo para o ente contratante;
- não atendimento da necessidade do ente estatal; e
- frustração dos agentes públicos.

# FUNDAMENTO LEGAL

## A inovação legislativa oferecida pela Lei n. 14.133

- Art. 41. No caso de licitação que envolva o fornecimento de bens, a Administração poderá **excepcionalmente**:
- [...]
- III - vedar a contratação de marca ou produto, quando, mediante processo administrativo, restar **comprovado que produtos adquiridos e utilizados anteriormente** pela Administração **não atendem a requisitos indispensáveis** ao pleno adimplemento da obrigação contratual.

# FUNDAMENTO LEGAL

## Correlação com a avaliação prevista no § 3º e 4º do art. 88 da Lei 14.133

- ▶ Art. 88. [...]
- ▶ § 3º A atuação do contratado no cumprimento de obrigações assumidas será avaliada pelo contratante, que emitirá **documento comprobatório da avaliação realizada**, com menção ao seu **desempenho na execução contratual**, baseado em **indicadores objetivamente definidos e aferidos**, e a eventuais penalidades aplicadas, o que constará do registro em que a inscrição for realizada.
- ▶ § 4º A anotação do cumprimento de obrigações pelo contratado, de que trata o § 3º deste artigo, será condicionada à implantação e à regulamentação do cadastro de atesto de cumprimento de obrigações, apto à realização do registro de forma objetiva, em atendimento aos princípios da impessoalidade, da igualdade, da isonomia, da publicidade e da transparência, de modo a possibilitar a implementação de medidas de incentivo aos licitantes que possuírem ótimo desempenho anotado em seu registro cadastral.

# FUNDAMENTO LEGAL

## Correlação com o relatório final - alínea “d” do inciso VI do §3º do art. 174 da Lei 14.133

- Art. 174. [...]
- § 3º O PNCP deverá, entre outras funcionalidades, oferecer:
- [...]
- VI - sistema de gestão compartilhada com a sociedade de informações referentes à execução do contrato, que possibilite:
- [...]
- d) divulgação, na forma de regulamento, de **relatório final com informações sobre a consecução dos objetivos que tenham justificado a contratação e eventuais condutas** a serem adotadas para o **aprimoramento das atividades da Administração.**

# LÓGICA DA NOVA LEI DE LICITAÇÕES



## Traço distintivo da Lei n. 14.133

- Zelo em se aferir a efetividade do contrato após a sua execução;
- Colhimento de informações para o aprimoramento de uma próxima avença congênere;
- A atuação do contratado e o relatório final sobre a consecução dos objetivos podem servir de elemento que suscite, após regular processo administrativo, a vedação de marca ou produto;
- A ideia é a melhoria contínua das contratações públicas;
- PDCA - plan-do-check-act (planejamento-execução-verificação-ação corretiva)

# PROCESSO ADMINISTRATIVO



## Roteiro para pré-desqualificação do objeto contratado

- Administração deve ter adquirido ou utilizado anteriormente a marca ou produto;
- Processo administrativo - marcado pelo contraditório e pela ampla defesa (defesa/possibilidade de produção de provas/alegações finais);
- Comissão técnica designada para apurar a imprestabilidade da marca ou produto;
- Necessidade de parecer técnico; e
- A vedação é formalizada mediante ato administrativo da autoridade competente.

# A VEDAÇÃO COM BASE EM PROCESSO ADMINISTRATIVO DE OUTRO ÓRGÃO DA ADMINISTRAÇÃO



## Não poderão ser utilizados processos administrativos proibitivos de outros entes federativos

- ▶ A vedação a contratação de marca ou produto valerá para todos os órgãos da Administração;
- ▶ Não se pode utilizar processos administrativos de outros entes federativos para formalizar a vedação a marca ou produtos;
- ▶ A lei menciona Administração, e não Administração Pública (art. 41, III, da Lei n. 14.133);
- ▶ Necessidade de alteração legislativa, para incluir Administração Pública;
- ▶ Aproveitamento de parecer técnico e da experiência pretérita na aquisição ou fruição do objeto por parte de outro ente federativo;
- ▶ Isso serviria de essência motivadora para que outro ente afaste marca ou produto de uma licitação.

# AUSÊNCIA DE INTERSTÍCIOS LIMITES

## A Lei n. 14.133 não fixou um interstício limite

- ▶ A Lei n. 14.133 não fixou interstícios limites para a vedação de marca ou de produto;
- ▶ Omissão legislativa;
- ▶ Não se pode ter uma vedação perpétua;
- ▶ A revisão periódica da decisão de vedação, seja de ofício, seja mediante pleito do fornecedor ou revendedor, é prática a ser adotada pela Administração.

# AUSÊNCIA DE INTERSTÍCIOS LIMITES

## A experiência legislativa paulista - Lei Estadual n. 15.608, de 16 de agosto de 2007

- ▶ Art. 10. [...]
- ▶ § 2º A exclusão de marcas ou produto, a critério da Administração, é permitida quando:
- ▶ [...]
- ▶ III - mediante processo administrativo restar comprovado que os produtos adquiridos e utilizados anteriormente pela Administração não atestam a adequação e satisfatoriedade indispensáveis ao pleno adimplemento da obrigação contratual.
- ▶ **§ 3º Na hipótese do inciso III do § 2º, havendo requerimento do fornecedor, a Administração admitirá a possibilidade dos seus produtos a serem testados.**

# COMO EVITAR A CONTRATAÇÃO DE BENS IMPRESTÁVEIS?

## A utilização de amostras (medida preventiva)

- Art. 17. [...]
- § 3º Desde que previsto no edital, na fase a que se refere o inciso IV do **caput** deste artigo, o órgão ou entidade licitante poderá, em **relação ao licitante provisoriamente vencedor**, realizar **análise** e **avaliação da conformidade da proposta**, mediante **homologação de amostras**, **exame de conformidade** e **prova de conceito**, entre outros testes de interesse da Administração, de modo a **comprovar sua aderência às especificações** definidas no termo de referência ou no projeto básico.

# COMO EVITAR A CONTRATAÇÃO DE BENS IMPRESTÁVEIS?

## Procedimento de pré-qualificação (medida preventiva)

- ▶ Art. 41. [...]
- ▶ II - **exigir amostra ou prova de conceito do bem** no procedimento de **pré-qualificação permanente**, na **fase de julgamento das propostas ou de lances**, ou no **período de vigência do contrato** ou da **ata de registro de preços**, desde que previsto no edital da licitação e justificada a necessidade de sua apresentação;

# COMO EVITAR A CONTRATAÇÃO DE BENS IMPRESTÁVEIS?

## A utilização da certificação por organização independente (medida preventiva)

- Art. 17. [...]
- § 6º A Administração poderá **exigir certificação por organização independente acreditada** pelo Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia (Inmetro) como condição para aceitação de:
  - I - estudos, anteprojetos, projetos básicos e projetos executivos;
  - II - conclusão de fases ou de **objetos de contratos**;
  - III - material e corpo técnico apresentados por empresa para fins de habilitação.

# COMO EVITAR A CONTRATAÇÃO DE BENS IMPRESTÁVEIS?

## A utilização da pré-qualificação e amostras (medidas preventivas)

- ▶ O procedimento auxiliar da pré-qualificação de bens (requisitos técnicos/qualidade);
- ▶ Controle anterior da qualidade do bem a ser adquirido;
- ▶ A licitação é restrita aos bens pré-qualificados. Ex: ar-condicionado;
- ▶ A exigência de amostras do licitante declarado provisoriamente vencedores;
- ▶ A Administração poderá exigir a demonstração de qualidade do produto, inclusive apresentação de amostras;

# CONCLUSÕES

## O QUE A NOVA CONDUTA ATIVA DA ADMINISTRAÇÃO PODE AJUDÁ-LA?

- Altera o Mindset das Contratações Públicas - cultura da avaliação/monitoramento/correção/sanção;
- Evita a repetição de prejuízos com a renovação de contratações inexitosas;
- Melhora a imagem (confiança) da Administração;
- Afasta produtos ou marcas deficitárias/imprestáveis;
- Melhora a performance da Administração, atingindo melhores resultados; e
- Necessidade de regulamento da matéria no âmbito da Administração.
- Agradecimentos



3º FÓRUM >>>>  
**LICITAÇÕES  
E CONTRATOS  
ADMINISTRATIVOS**



>>>> 2023

Muito Obrigado

Noel Baratieri

+55 48 99662-1291

baratieri@baratieriadogados.com.br

www.baratieriadogados.com.br

