

# NLLC: pré-qualificação, marca e preço substancialmente menor

13/12/2023

Já tivemos a oportunidade de escrever nesta **ConJur** sobre a necessidade de alteração da Súmula 270 do Tribunal de Contas da União, já que a escolha de marca tem previsão expressa na NLLC (nova Lei de Licitações e Contratos).

Também já nos manifestamos em nossa obra, abaixo referida (pág. 47/49) sobre o “*procedimento para vedação de marca*” que tem reflexos no âmbito da “escolha” de determinada marca.

Uma maneira prática de fazer a escolha de marca(s) é a pré-qualificação prevista no artigo 80 da NLLC.

Esse procedimento não é, exatamente, uma novidade, já que tem previsão no artigo 114 da moribunda Lei Federal nº 8.666/93.

A novidade reside no fato de que há um maior detalhamento na NLLC e há previsão expressa quanto à qualidade do produto.

Nesse sentido, prevê referida regra da NLLC:



*“Art. 80. A pré-qualificação é o procedimento técnico-administrativo para selecionar previamente:*

*I – licitantes que reúnam condições de habilitação para participar de futura licitação ou de licitação vinculada a programas de obras ou de serviços objetivamente definidos;*

*II – bens que atendam às exigências técnicas ou de qualidade estabelecidas pela Administração.”*

E ainda, no mesmo artigo 80:

*“§ 1º Na pré-qualificação observar-se-á o seguinte:*

*(...)*

*II – quando aberta a bens, poderá ser exigida a comprovação de qualidade.”*

A pré-qualificação deverá indicar a modalidade licitatória em que a pré-qualificação será utilizada, bem como o critério a ser utilizado para a seleção do bem (artigo 80, 3º, II).

Muito provavelmente, a modalidade será o pregão (que será a imensa maioria das licitações na NLLC) e o critério do menor preço, critério largamente utilizado, máxime quando o critério qualitativo estiver garantido pela indicação de marca(s) que atendam às exigências mínimas para a licitação.

A pré-qualificação também deve estar aberta em caráter permanente com atualização a qualquer momento, desde que a técnica assim exija (artigo 80, §8º, I).

Apesar de não haver previsão de marca nas regras da pré-qualificação há menção ao tema da qualidade do bem a ser adquirido.

Portanto, a interpretação sistemática do artigo 80 combinada com as regras do artigo 41 (que menciona “marca” em três oportunidades) leva-nos a concluir que a pré-qualificação pode ser o instrumento de padronização com a utilização de marca(s).

Alguns requisitos formais, porém, devem ser observados.

O primeiro deles é a necessidade de que os produtos que serão pré-qualificados devem constar do catálogo eletrônico de padronização da administração pública.

Nesse sentido é a previsão artigo 80 da NLLC:

*“Art. 80(..)*

*(...)*

*§5º – Os bens e os serviços pré-qualificados deverão integrar o catálogo de bens e serviços da Administração.”*

Essa exigência pode ser superada pelos entes políticos com a adoção do catálogo eletrônico do Poder Executivo federal.

Nesse sentido, prevê a NLLC:

*“Art. 19. Os órgãos da Administração com competências regulamentares relativas às atividades de administração de materiais, de obras e serviços e de licitações e contratos deverão:*

*I – instituir instrumentos que permitam, preferencialmente, a centralização dos procedimentos de aquisição e contratação de bens e serviços;*

*II – criar catálogo eletrônico de padronização de compras, serviços e obras, admitida a adoção do catálogo do Poder Executivo federal por todos os entes federativos;”*

Outro requisito que não está expresso no mencionado artigo 80 é a previsão do prazo mínimo entre a publicação do edital da pré-qualificação e a publicação do edital que utilizará os produtos previamente pré-qualificados.

O prazo previsto no §4º do artigo 80 não se aplica ao caso pois a referida regra refere-se à qualificação documental e não à qualificação dos bens e a aferição de sua qualidade mínima/marca(s).

A pré-qualificação deve respeitar, obviamente, os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Desta forma, após a decisão de qualificação/desqualificação efetivada pela administração pública deverá ser concedido prazo de 15 dias para recurso.

O prazo é o mesmo previsto para os recursos referentes às sanções dos artigos 156/157 já que a desqualificação do bem guarda semelhanças substanciais com sanções impostas aos licitantes.

Após a decisão do recurso (ou o transcurso do prazo sem que haja recurso) é que haverá a pré-qualificação propriamente dita.

Após o término do primeiro procedimento de qualificação é que poderá ser aberta licitação utilizando-se “exclusivamente” dos licitantes pré-qualificados, conforme previsão do artigo 80. Assim:

“Art. 80 (...)

(...)

§10. A licitação que se seguir ao procedimento da pré-qualificação poderá ser restrita a licitantes ou bens pré-qualificados.”

Outra exigência que pode ser feita pela administração pública nesse procedimento é a exigência de apresentação de amostras para aferição do preço “substancialmente menor”.

A NLLC criou a figura do “preço substancialmente menor” em detrimento do antigo “preço dissimuladamente menor” que favorecia o fornecimento de sucatas travestidas de produtos.

Os mecanismos de aferição das amostras estão previstos no artigo 42 da NLLC são:

1 Conformidade com normas da ABNT/Conmetro;

2 Certificação por instituição Oficial;

3 Declaração de suficiência por outro ente federativo.

A regra tem como finalidade a obtenção do preço “substancialmente menor” e, portanto, deve ser aplicada nesse diapasão da real aferição da qualidade.

Em síntese, a pré-qualificação permanente é o mecanismo mais prático à disposição da administração pública para a escolha de marca (s) e a observância da regra do preço



“substancialmente” menor.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2023-dez-13/nllc-pre-qualificacao-marca-e-preco-substancialmente-menor/>