

Resposta ao pedido de impugnação da empresa **AURIMAR BARBOSA FERNANDES**

PREGÃO ELETRÔNICO Nº. 04.001/2020

O **Município de São Benedito-Ce**, lançou certame com vistas à SELEÇÃO DE MELHOR PROPOSTA PARA REGISTRO DE PREÇOS VISANDO FUTURAS E EVENTUAIS AQUISIÇÕES DE GÊNEROS ALIMENTÍCIOS DESTINADOS A COMPOSIÇÃO DA MERENDA ESCOLAR DE INTERESSE DA SECRETARIA MUNICIPAL DE EDUCAÇÃO DE SÃO BENEDITO-CE.

Foi o presente pedido de Impugnação enviado protocolado pela **AURIMAR BARBOSA FERNANDES**, em 15 de Janeiro de 2020 portanto **TEMPESTIVO**.

DO MÉRITO

O mérito não merece acatamento a impugnação apresentada, conforme passasse a demonstrar:

No mérito a impugnante solicita

DO PEDIDO

Vimos requer que Vossa Senhoria se digne a:

- Retirar do Edital as cláusulas inicialmente apontadas que não tem amparo legal a Lei das Licitações;
- Que o critério de julgamento estabelecido no Edital seja retificado para **MENOR PREÇO POR ITEM**, conforme comprovado obter mais vantajosidade para administração;
- Que retire a exigência onde obrigam os licitantes vencedores apresentarem **AMOSTRAS COM FICHA TÉCNICA DOS PRODUTOS, ASSINADAS POR PROFISSIONAL COMPETENTE**, e ainda solicitar amostras sem nenhum critério de avaliação para julgamento.

A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração, devendo ser processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhe são correlatos (Lei nº 8.666/93, no seu artigo 3º, caput).

Fazendo uma análise dos itens apontados, sem dúvida é **notória a correlação existente entre os objetos licitados, diante da sua natureza e características**, razões estas em que a fragmentação do lote acarretaria perda do conjunto ou da economia de escala, prejuízo à celeridade da licitação, além da excessiva pulverização de contratos ou ainda resultar em contratos de pequena expressão econômica e

dificuldades em gerenciamento dos mesmos, além de comprometer a composição do cardápio.

Ratifica-se que o parcelamento do objeto da licitação, somente é viável, quando não há possibilidade de prejuízo ao erário. Ainda assim, a manutenção do objeto menor preço por lote, garante a máxima competitividade do certame, visto que a definição do objeto da licitação buscou obter vantagens para a administração e toda a coletividade, proporcionando menores custos e melhor qualidade no atendimento.

Vejamos o entendimento em nossos tribunais acerca do assunto:

DIREITO ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. SUSPENSÃO DE PREGÃO. FRACIONAMENTO DO OBJETO. NÃO-OBIGATORIEDADE. ARTIGO 23, § 1º, DA LEI 8.666/93. MELHOR APROVEITAMENTO DOS RECURSOS E AMPLIAÇÃO DA COMPETITIVIDADE. PREVALÊNCIA DO INTERESSE PÚBLICO. DECISÃO MANTIDA.

1 - A REGRA DO PARCELAMENTO, ESTABELECIDADA PELO E. TCU, OBJETIVA GARANTIR A MÁXIMA COMPETITIVIDADE NAS LICITAÇÕES; ENTRETANTO, NÃO PODE SER TOMADA COMO INFLEXÍVEL, SOB PENA DE ONERAR-SE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.
2 - PARA QUE O PARCELAMENTO SEJA OBRIGATÓRIO, É NECESSÁRIO QUE CONCORRAM DOIS REQUISITOS: O MELHOR APROVEITAMENTO DOS RECURSOS DISPONÍVEIS NO MERCADO E A AMPLIAÇÃO DA COMPETITIVIDADE. AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO. [Processo: AGI 20070020128465 DF; Relator: Angelo Passareli; Julgamento: 09/04/2008; Órgão Julgador: 2ª Turma Cível; Publicação: DJU 23/04/2008]

A Súmula nº 247 do Tribunal de Contas da União – TCU determina que seja obrigatória a admissão da adjudicação por item e não por preço global, nos editais das licitações para a contratação de obras, serviços, compras e alienações, cujo objeto seja divisível, contudo reforça que:

É obrigatória a admissão da adjudicação por item e não por preço global, nos editais das licitações para a contratação de obras, serviços, compras e alienações, cujo objeto seja divisível, **desde que não haja prejuízo para o conjunto ou complexo ou perda de economia de escala, tendo em vista o objetivo de propiciar a ampla participação de licitantes** que, embora não dispondo de capacidade para a execução, fornecimento ou aquisição da totalidade do objeto, possam fazê-lo com relação a itens ou unidades autônomas, devendo as exigências de habilitação adequar-se a essa divisibilidade.

No mesmo sentido, o Professor Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, que no Parecer nº 2086/00, elaborado no Processo nº 194/2000 do TCDF, manifestou da seguinte forma:

"Desse modo a regra do parcelamento deve ser coordenada com o requisito que a própria lei definiu: só se pode falar em parcelamento quando há viabilidade técnica para sua adoção. Não se imagina, quando o objeto é fisicamente único, como um automóvel, que o administrador esteja vinculado a parcelar o objeto. Nesse sentido, um exame atento dos tipos de objeto licitados pela Administração Pública evidencia que embora sejam divisíveis, há interesse técnico na manutenção da unicidade, da licitação ou do item da mesma. Não é pois a simples divisibilidade, mas a viabilidade técnica que dirige o processo decisório. Observa-se que, na aplicação dessa norma, até pela disposição dos requisitos, fisicamente dispostos no seu

conteúdo, a avaliação sob o aspecto técnico precede a avaliação sob o aspecto econômico. É a visão jurídica que se harmoniza com a lógica. Se um objeto, divisível, sob o aspecto econômico for mais vantajoso, mas houver inviabilidade técnica em que seja licitado em separado, de nada valerá a avaliação econômica. Imagine-se ainda esse elementar exemplo do automóvel: se por exemplo as peças isoladamente custassem mais barato, mesmo assim, seria recomendável o não parcelamento, pois sob o aspecto técnico é a visão do conjunto que iria definir a garantia do fabricante, o ajuste das partes compondo todo único, orgânico e harmônico. Por esse motivo, deve o bom administrador, primeiramente, avaliar se o objeto é divisível. Em caso afirmativo, o próximo passo será avaliar a conveniência técnica de que seja licitado inteiro ou dividido". (grifou-se).

Assim, o gestor deve atentar-se para que o critério de menor preço por item seja realizado somente em benefício da Administração, **o que não ocorreria no caso em liça diante das inviabilidades técnicas**, tal fragmentação produziria efeito contrário, por exemplo, aumento de preços, sendo, portanto, mantida a unicidade do lote.

O TCU, no Acórdão nº 732/2008, se pronunciou no sentido de que "*a questão da viabilidade do fracionamento deve ser decidida com base em cada caso, pois cada obra tem as suas especificidades, devendo o gestor decidir analisando qual a solução mais adequada no caso concreto*".

O caráter geral inerente à lei deixou ao prudente arbítrio do gestor público dar concretude ao parcelamento ou não do objeto quanto aos aspectos técnicos e econômicos.

O modelo de contratação por lote é amplamente utilizado pela Administração Pública, a nível federal e estadual, e tem amparo na legislação, conforme Instrução Normativa/SLTI/MPOG nº 02/2008.

A busca pela qualidade de vida, em se tratando de alimentação representa a base de sobrevivência. Sendo a alimentação um assunto de suma importância, este deve ser explorado desde a infância, pois é nesse período que os escolares irão formar seus hábitos alimentares, contribuindo para um bom desenvolvimento físico, psíquico e motor.

A Secretaria de Educação, preocupada com a qualidade de vida e Segurança Alimentar dos alunos, promove a alimentação saudável englobando a inserção de bons hábitos e cuidados Higiênico-Sanitários, evitando a propagação de fatores ocasionais de intoxicações alimentares e Doenças Crônicas Não Transmissíveis, como Diabetes, Hipertensão e Obesidade, resultantes da transição nutricional. Esta caracteriza-se pela passagem de prevalência da desnutrição para obesidade, decorrentes do novo estilo de vida, pontuado por maus hábitos alimentares e sedentarismo, enfatizando, portanto, a importância de uma alimentação adequada.

Seu objetivo é atender as necessidades nutricionais dos alunos durante sua permanência em sala de aula, contribuindo para o crescimento, o desenvolvimento, a aprendizagem e o rendimento escolar dos estudantes, bem como promover a formação de hábitos alimentares saudáveis.

Dentre as entidades executoras do Programa, evidencia-se o Conselho de Alimentação Escolar (CAE), Órgão composto por representantes da sociedade que desempenham papel de supervisão, acompanhamento e aconselhamento das outras entidades executoras, emitindo parecer sobre a execução e prestação de contas dos municípios, bem como será o responsável pela análise das amostras apresentadas no presente processo licitatório.

Para o sucesso do Programa, é imprescindível a atuação das supervisoras e executoras de merenda escolar, pois a elas estão confiadas às preparações, e

distribuição da alimentação escolar. Além disso, possuem conhecimento e experiência que devem ser reconhecidos no processo de formação de comportamentos alimentares.

Entende-se que o alimento fornece a energia e os nutrientes necessários para formação de inúmeras substâncias que são fundamentais para o crescimento e sobrevivência dos seres vivos. Quando se trata de alimentação, é fundamental lembrar que a diversidade dos alimentos é imprescindível, devendo oferecer alimentos de alto valor nutritivo, fornecendo água, carboidratos, proteínas, lipídios, vitaminas, fibras e minerais.

A prática alimentar saudável deve priorizar alguns atributos básicos, tais como:

- Acessibilidade física e financeira;
- Sabor;
- Cores variadas dos alimentos;
- Segurança do ponto de vista higiênico-sanitária.

De acordo com a RESOLUÇÃO/CD/FNDE Nº 38 de 16 de julho de 2009, o cardápio da alimentação escolar, sob a responsabilidade dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, será elaborado por nutricionista habilitado, que deverá assumir a responsabilidade técnica do programa, com o acompanhamento do CAE, e ser programado, de modo a suprir as necessidades dos alunos de acordo com a Resolução.

Nenhuma das leis que disciplina as licitações no Brasil dispõe sobre a questão das amostras. O tema não despertou, no entanto, maiores disputas antes da introdução do pregão. A exigência de amostras era algo excepcional (e continua a sê-lo, no âmbito das licitações subordinadas à Lei nº 8.666). No entanto, a amostra tornou-se algo essencial no tocante ao pregão.

Assim se passa em virtude do sério problema da qualidade dos objetos adquiridos mediante pregão. A competição intensa e a redução contínua dos preços conduz ao fenômeno já referido da mutação qualitativa da proposta. Isso significa, como já exposto, a crescente redução da qualidade do produto proporcionalmente à redução do preço ao longo da disputa. Logo, o licitante cogitava, ao início da disputa, de um objeto dotado de determinado padrão de qualidade. À medida que o sujeito reduz o preço, também vai buscando formas de diminuir o seu custo.

Em termos práticos, isso conduziu a uma experiência muito negativa para a Administração. Multiplicaram-se os casos de contratações insatisfatórias, em que o sujeito fornecia produtos destituídos da qualidade mínima necessária a satisfazer as necessidades públicas.

A ausência de expressa previsão legislativa sobre as amostras não significa impedimento à sua exigência. Assim se passa porque a lei conferiu competência à Administração para estabelecer os requisitos de identidade e de qualidade mínima do objeto licitado. Mais ainda, determinou incumbir à Administração zelar pela adequação e satisfatoriedade da proposta formulada pelo licitante e da prestação executada pelo contratado. A exigência de amostra é um meio para o cumprimento de tal poder-dever. Se a Administração não dispusesse do poder de exigir amostras, estaria impedido o cumprimento de deveres que sobre ela recaem.

Nada impede que a Administração exija tanto amostras na fase de propostas como na etapa de execução do contrato. Mas é relevante tomar em vista as diferenças entre ambas as situações. Mais explicitamente, é necessário diferenciar os pressupostos de cabimento das duas alternativas.

A amostra de proposta deve ser exigida nos casos em que seja impossível determinar, por meio de regras abstratas e genéricas, o padrão de qualidade mínimo exigido. Nesse caso, exige-se a amostra como solução jurídica para verificar se a proposta corresponde à exigência prevista no edital." [03] (Grifamos).

Oportuno esclarecer que a exigência de amostras não é matéria que está confinada em uma discussão doutrinária apenas. O Tribunal de Contas da União já se pronunciou por diversas vezes sobre a matéria:

“Ao estabelecer como condição de classificação das propostas a apresentação e aprovação de amostras, deverá ser definida com exatidão no que consiste a amostra, bem como especificado no edital os critérios que serão utilizados para apreciação delas, de modo a der fiel cumprimento ao disposto no art. 3º da Lei nº 8.666, de 1993. (...).” (Decisão 197/2000)

Em relação à exigência de ficha técnica, torna-se necessária e até imprescindível, na medida em que tal hipótese tem por objetivo verificar se o produto ofertado efetivamente atende às exigências do edital. Ou seja, a exigência de amostra ou ficha técnica vem a prestigiar o interesse público perseguido na lei de licitações, quer seja, a escolha da melhor proposta para o contrato de interesse da Administração.

Não é preciso maiores esforços de interpretação para se concluir que o fundamento jurídico da exigência de ficha técnica encontra-se fulcrado nas mesmas razões e dispositivos que autorizam a exigência de amostras.

Em palavras simples, a exigência de Ficha técnica traz à Administração a certeza de estar contratando aquilo que efetivamente necessita. Importa dizer, portanto, que a exigência de ficha técnica vai ao encontro do interesse público, revestindo-se, destarte, de licitude.

Para elaboração de ficha técnica a empresa não necessita efetivamente de possuir em seu quadro técnico profissional habilitado para tal, sendo suficiente apenas a elaboração pelo fabricante do produto, desde que atenda as exigências editalícias. Porém, causa estranheza que uma empresa que atue neste segmento, quer seja, gênero alimentício para composição de merenda escolar, não ter em seu quadro técnico profissional para atestar a qualidade dos produtos.

Ademais, em relação ao suposto direcionamento na compra de referidos itens, tais argumentos não merecem prosperar, visto que tais produtos são comercializados no mercado por diversos fornecedores, afastando, portanto, quaisquer, limitações ou descumprimento dos princípios licitatórios.

Art. 45. O julgamento das propostas será objetivo, devendo a Comissão de licitação ou o responsável pelo convite realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle.

I - a de menor preço - quando o critério de seleção da proposta mais vantajosa para a Administração determinar que será vencedor o licitante que apresentar a proposta de acordo com as especificações do edital ou convite e ofertar o menor preço; (grifou-se).

Sabe-se que a Administração tem a obrigação de detalhar de forma clara e objetiva o objeto da licitação, visando garantir a aquisição com qualidade. Mesmo

assim, em alguns casos, a Administração sente a necessidade de avaliar o objeto antes de adquiri-lo, sendo necessária a Amostra, em virtude das contratações insatisfatórias ocasionados de fornecimento de produtos incapazes de satisfazer as necessidades da Administração.

Quanto ao prazo para a apresentação das amostras, Corte de Consta da União já se manifestou:

“AMOSTRAS. DOU de 13.06.2008, S. 1, p. 106. (...) em certames licitatórios, se limitasse a exigir a apresentação de amostras ou protótipos dos bens a serem adquiridos ao licitante provisoriamente em primeiro lugar, nos termos dos incisos XII e XIII, art. 4º da Lei nº 10.520/2002 c/c art. 30 da Lei nº 8.666/1993, observando, no instrumento convocatório, os princípios da publicidade dos atos, da transparência, do contraditório e da ampla defesa (item 9.2.1, TC-017.246/2006-5, Acórdão nº 1.113/2008-TCU-Plenário)

A solicitação de amostra na fase de classificação apenas ao licitante que se apresenta provisoriamente em primeiro lugar, ao contrário, não onera o licitante, porquanto confirmada a propriedade do objeto, tem ele de estar preparado para entregá-lo, nem restringe a competitividade do certame, além de prevenir a ocorrência de inúmeros problemas para a administração.” (grifou-se)

A intenção da Administração é avaliar empresas que possuam, de fato, condições de ofertar produto de qualidade. Portanto, a solicitação de amostras e fichas técnicas para análise do Conselho de alimentação estudantil quanto ao atendimento não apenas é lícita, mas recomendável, pois o objetivo é evitar que o licitante vencedor ofereça produto incompatível com o solicitado no instrumento convocatório.

O Edital atende a legalidade. Estampa-se, sobretudo, a estreita simetria com os princípios gerais da administração pública, contidos no art. 37, XXI da Constituição Federal, e especificamente, os princípios norteadores da licitação e da administração pública em geral.

Importa ainda referir, que cabe ao administrador a tomada de ações que lhe são discricionárias, **sempre, e tudo, objetivando o interesse público, jamais o individual.**

Nesta esteira, leciona Marçal Justen Filho, em sua obra Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 13ª edição, São Paulo, Dialética, 2009, em fls 70:

Reservou-se à Administração a liberdade de escolha do momento de realização da licitação, do seu objeto, da especificação de condições de execução, das condições de pagamento etc. Essa competência discricionária exercita-se no momento preparatório e inicial da licitação. Uma vez realizadas essas escolhas, exaure-se a discricionariedade e não mais pode ser invocada – ou, mais corretamente, se a administração pretender renovar o exercício dessa

faculdade, estará sujeita a refazer toda a licitação. Assim, a Administração tem liberdade para escolher as condições sobre o contrato futuro. Porém, deverá valer-se dessa liberdade com antecedência, indicando exaustivamente suas escolhas. Tais escolhas serão consignadas no ato convocatório da licitação, que passará a reger a conduta futura do administrador. Além da Lei, o instrumento convocatório da licitação determina as condições a serem observadas pelos envolvidos na licitação. A vinculação ao instrumento convocatório complementa a vinculação à lei.

Em suma, o que percebe-se é que o Impugnante busca uma interpretação que lhe seja mais conveniente, embora de todo incompatível com os critérios previstos no edital, pois o objeto as exigências do produto são exigências editalícias que não ultrapassam os limites da razoabilidade ou restritivas ao caráter competitivo. Assim, o presente processo licitatório restringir-se apenas ao necessário para cumprimento do objeto licitado.

Não é demais lembrar que a exigência do edital visam a proteção do interesse público, sendo certo que os produtos exigidos devem ser entregues observando o que preceitua o edital..

No que concerne à vinculação às cláusulas do edital, e o tratamento isonômico que deve ser deferido aos licitantes, estabelece o art. 3º da Lei nº 8.666/93:

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e

será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

E ainda ao princípio da isonomia, bem como da legalidade, previstos no artigo 3º da lei nº 8.666/93, não há como privilegiar uma licitante em detrimento das outras, vez que o objeto e suas especificações exigidos no edital foram amplamente divulgados, bem como contém disposições claras e objetivas.

Vejam os entendimentos dos nossos Tribunais acerca da matéria ora discutida:

DIREITO ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO DO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO. Por força do princípio da vinculação do instrumento convocatório (art. 41 da Lei n. 8.666 /93), não pode a Administração deixar de cumprir as normas constantes no edital de licitação, nem o particular se abster de atender às exigências ali estabelecidas (...) (Processo: AI 70056903388 RS; Relator: João Barcelos de Souza Júnior; Julgamento: 04/12/2013; Órgão Julgador: 2ª Câmara Cível; Publicação: 10/12/2013) (grifou-se)

Assim sendo a esta julgador não pode analisar o objeto descrito no Edital **PREGÃO PRESENCIAL nº 04.001/2020 - SRP** de maneira a retirar/innovar as cláusulas contidas no instrumento convocatório, pois desse modo à Administração Pública estaria deixando de se vincular ao disposto no Edital, julgando a partir de critérios que foram, na realidade sugeridos pelos próprios licitantes da maneira que

Ihe seja mais conveniente, ferindo a ampliação da disputa entre os interessados e o princípio da isonomia.

Por todo o exposto, decide este Pregoeiro em receber a presente Impugnação, JULGANDO-A IMPROCEDENTE com base nos termos expostos, estando o presente edital cumprindo com todos os requisitos legais, atinentes a Lei nº 8.666/93, mantendo inalterados todos os termos do edital.

Sala das Comissões de Licitação – Comissão de Pregão.

São Benedito – CE, em 15 de Janeiro de 2020.



RONALDO LOBO DAMASCENA
PREGOEIRO DA PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO BENEDITO-CE