



RESPOSTA A IMPUGNAÇÃO
PREGÃO PRESENCIAL Nº 008/2023 – FMEDUCA

Objeto contratual: “REGISTRO DE PREÇOS PARA AQUISIÇÃO DE KITS ESCOLARES PARA ALUNOS E PROFESSORES DA REDE MUNICIPAL DE ENSINO.”

IMPUGNANTE – J D COMERCIO ATACADISTA LTDA

I. RELATÓRIO

Cuida-se do julgamento de impugnação apresentada pela empresa **J D COMERCIO ATACADISTA LTDA** que, basicamente, tendo interesse em prosseguir na licitação mencionada, interpôs impugnação ao Edital do referente Pregão, alegando em síntese, que a descrição do item estojo de canetinhas é restritiva a competitividade.

II. DOS PRESSUPOSTOS FORMAIS

Inicialmente, saliente-se que houve satisfação integral dos pressupostos formais da impugnação, com a formalização escrita da peça tempestivamente.

Isto posto, **CONHECE-SE** da impugnação.

III. DA ANÁLISE DO MÉRITO

Alega o impugnante as possíveis incongruências no edital, ocasião em que discorre nos seguintes fundamentos, *ipsis litteris*, a saber:

[...]

Esta licitante, com interesse em participar da licitação, obteve o edital em questão, e na preparação da proposta deparou-se com flagrante ilegalidade do procedimento licitatório, que intenta adquirir alguns itens com especificações que estão fora do padrão de mercado e possuem potencial de frustrar a competitividade do certame, além de aumentar de maneira considerável o custo dos materiais, sem justificativa ou relevância para o atendimento do interesse público.

[...]



PREFEITURA MUNICIPAL DE BOMBINHAS
COMISSÃO DE LICITAÇÃO
ESTADO DE SANTA CATARINA

Consultamos diversas fabricantes disponíveis no mercado brasileiro e nenhuma consegue atender todas as especificações solicitadas no edital. A marca FABER-CASTELL, atende parcialmente ao descritivo, já que não possui no corpo de cada caneta a informação de que é lavável, e além disso, seu custo é muito superior as demais marcas que, do mesmo modo, atendem parcialmente ao descritivo. Vejamos:

Assim como esta, outras marcas como: MASTER, BE ART e TRIS, atendem parcialmente ao descritivo – não possuem no corpo de cada caneta campo para preenchimento do nome do aluno e a informação de que é lavável (no entanto possuem a informação de que são laváveis na embalagem). Diante disso, a solução para viabilizar a competitividade seria retirar tais exigências do edital.

Por fim, requer que o edital seja suspenso para que seja retificado o descritivo do item, retirando a exigência de conter a escrita de lavável, bem como campo para preenchimento do nome do aluno em cada canetinha.

Apresentada a síntese das razões da impugnação, passo a decidir.

Inicialmente, cumpre-nos destacar que a elaboração do Instrumento Convocatório do Pregão em tela foi realizada com a solicitação e especificação elaborada pela Secretaria requisitante, que possui conhecimento a respeito do objeto a ser contratado pela Administração. Reitere-se que as decisões aqui prolatadas têm como fundamento a análise da área demandante.

De fato, é prerrogativa da administração promover a ampla disputa, porém respeitada as necessidades de atendimento à administração pública, perseguindo o melhor para o erário público, sempre respeitando a razoabilidade e promovendo a digna disputa, conforme disposto no art. 5º do Decreto 5.450/05:

Art. 5º A licitação na modalidade de pregão é condicionada aos princípios básicos da legalidade, impessoalidade, moralidade, igualdade, publicidade, eficiência, probidade administrativa, vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo, bem como aos princípios correlatos da razoabilidade, competitividade e proporcionalidade. Parágrafo único. As normas disciplinadoras da licitação serão sempre interpretadas em favor da ampliação da disputa entre os interessados, desde que não comprometam o interesse da administração, o princípio da isonomia, a finalidade e a segurança da contratação.

Importante trazer à baila os ensinamentos de Marçal Justen Filho acerca dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade aplicáveis à licitação:

A Administração está constrangida a adotar alternativa que melhor prestigie a racionalidade do procedimento e seus fins. Não seria legal encampar decisão que impusesse exigências dissociadas da realidade dos fatos ou condições de execução impossível. O princípio da proporcionalidade restringe o exercício das competências públicas, proibindo o excesso. A medida limite é a salvaguarda dos interesses públicos e privados em jogo. **Incumbe ao Estado adotar a medida menos danosa possível, através da compatibilização entre os interesses sacrificados e aqueles que se pretende proteger. Os princípios da proporcionalidade e razoabilidade acarretam a impossibilidade de impor conseqüências de severidade incompatível com a irrelevância dos defeitos. Sob esse ângulo, as**



PREFEITURA MUNICIPAL DE BOMBINHAS
COMISSÃO DE LICITAÇÃO
ESTADO DE SANTA CATARINA

exigências da Lei ou do Edital devem se interpretadas como instrumentais...” (Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. São Paulo: Dialética, 2000). Grifo nosso

Marçal Justen Filho ainda acrescenta que “não é cabível excluir propostas vantajosas ou potencialmente satisfatórias apenas por apresentarem defeitos irrelevantes ou porque o “princípio da isonomia” imporia tratamento de extremo rigor. **A isonomia não obriga adoção de formalismo irracional. Atende-se ao princípio da isonomia quando se assegura que todos os licitantes poderão ser beneficiados por idêntico tratamento menos severo.** Aplicando o princípio da proporcionalidade, poderia cogitar-se até mesmo de correção de defeitos secundários nas propostas dos licitantes.

No que se refere à alegação da impugnante que a administração cometeu direcionamento ao estabelecer descritivos e exigências restritivas, ocorre que no art. 37 da Constituição prevê:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

[...]

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. (Regulamento)

Todavia, a igualdade de condições a que alude o texto constitucional não pode ser vista como instrumento de conteúdo absoluto, que não admita a fixação de condições que, tendo em conta o objeto da Licitação, não admita a previsão de exigências compatíveis e que guardem correlação com o que se pretende contratar via licitação.

Nessa esteira de raciocínio podemos afirmar que é legítima e cabível a postura da Administração que, em razão do objeto que pretende licitar, delibera no sentido de não admitir a participação de todos quantos assim queiram, mas apenas daqueles que preencham requisitos compatibilizados ao objeto do Certame. O direito de participar de uma Licitação, pois, não constitui uma garantia absoluta e inquestionável de qualquer pessoa ou Empresa. Apenas os que atendam às exigências feitas justificadamente pela Administração podem invocar o seu direito subjetivo de ingressarem no Certame e formularem as suas propostas.

Por sua vez, a legislação aplicável não veda o estabelecimento de critérios de diferenciação entre os licitantes para os fins de julgamento das propostas apresentadas, desde que estas sejam compatíveis com as finalidades públicas perseguidas com a contratação. Vejamos o referido art. 3º, § 1º, I da Lei de Licitações que estabelece que:

“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



PREFEITURA MUNICIPAL DE BOMBINHAS
COMISSÃO DE LICITAÇÃO
ESTADO DE SANTA CATARINA

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.

§ 1º É vedado aos agentes públicos:

I - **admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo**, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância **impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato**, ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 deste artigo e no art. 3º da Lei no 8.248, de 23 de outubro de 1991;”(grifo nosso).

O referido dispositivo não pode ser lido e interpretado de uma maneira descontextualizada, no sentido de que não seria admitida na legislação qualquer forma de diferenciação entre particulares, mas sim de forma sistêmica, por meio do reconhecimento de que são sim permitidas diferenciações, desde que presente uma finalidade pública justificável.

O entendimento acima é transposto para o campo das licitações públicas, de forma precisa, pelo E. Tribunal de Contas da União no Acórdão nº 1631/2007-Plenário que estabelece que a invalidade não reside na restrição em si mesma, mas na incompatibilidade dessa restrição com o objeto da licitação. Assim, o que importa saber é se a restrição é desproporcional às necessidades da Administração, ou seja, se ela atende ou não ao interesse público, este considerado sempre indisponível.

Não há que se falar sobre direcionamento do certame, pois as exigências do edital não restringem a competitividade do caráter licitatório de forma desmesurada. O princípio que refuta a restrição ao caráter competitivo não é absoluto, visto que as normas que disciplinam as licitações públicas devem ser interpretadas em favor da ampliação da disputa entre os interessados, desde que não comprometam o interesse da Administração (grifo nosso), o princípio da isonomia, a finalidade e a segurança da contratação. (Manual de Licitações e Contratos TCU 4ª Edição

A administração quando da elaboração do instrumento convocatório, segue uma ordem distribuída e conjugada de atos, cujo objetivo é atender de modo racional, adequado à demanda do município, todavia quando administração identifica possíveis falhas que comprometam o fornecimento do serviço, este deve ser severamente sanado.

Cabe salientar, que os processos licitatórios são um meio para atingir um fim, qual seja a de selecionar a proposta mais vantajosa. Todavia, mais vantajosa é a proposta que atende a todas as características, requisitos e exigências do edital e com melhor preço e qualidade, de modo que o menor preço por si só não é garantia de proposta mais vantajosa.

Vejamos o que diz o Tribunal de Contas da União no Enunciado nº 351, que assim diz:

A proibição de cláusulas ou condições restritivas do caráter competitivo não constitui óbice a que a Administração estabeleça os requisitos mínimos para participação no certame considerados necessários à garantia do contrato, à segurança e perfeição da obra ou do serviço, à regularidade do



PREFEITURA MUNICIPAL DE BOMBINHAS
COMISSÃO DE LICITAÇÃO
ESTADO DE SANTA CATARINA

fornecimento ou ao atendimento de qualquer outro interesse público.

Trata-se de ato discricionário da Administração Pública, que conhece mais que ninguém e suporta diariamente as demandas a que é submetida. Portanto, é a Administração Pública a legitimada a decidir a melhor maneira para a satisfação de seus interesses.

Neste sentido, socorremo-nos das lições do mestre Marçal Justen Filho:

*A atividade administrativa, ao longo da licitação, reflete o exercício de competências criadas e disciplinadas por lei. Mas pode a lei tanto disciplinar antecipadamente de modo exaustivo o conteúdo e as condições da atividade administrativa (competência vinculada) como **atribuir ao agente estatal uma margem de autonomia de escolha em face do caso concreto** (competência discricionária).*

(...)

*Já a competência discricionária envolve uma disciplina legal não-exaustiva. O agente recebe o poder jurídico **de escolher entre diversas alternativas**, incumbido-lhe realizar uma avaliação quanto à **solução mais satisfatória para o caso concreto**.*

(...)

*Reservou-se à Administração a liberdade de escolha do momento da 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 realizada 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. (JUSTEN FILHO, Marçal. Pregão: comentários à legislação do pregão comum e eletrônico. São Paulo: Dialética, 2013) (grifos nossos).*

Desta forma, cabe à Administração Pública, utilizando-se das prerrogativas que lhe são conferidas diante do poder discricionário, decidir qual a melhor maneira de alcançar seus objetivos institucionais, sendo de sua exclusiva competência a definição de todas as exigências do instrumento convocatório.

Pode-se afirmar que a Administração Pública, ao definir o objeto, a especificação, requisitos de participação ou os critérios de seleção do vencedor no instrumento convocatório exerce seu juízo de conveniência e oportunidade, conferido por Lei.

Neste sentido, merece prosperar tão somente a alegação da Impugnante no que tange a exigência da expressão “lavável” escrita em **CADA** canetinha, enquadrada como restritiva, visto que a finalidade perseguida com a referida exigência, trata-se exclusivamente de garantir que a canetinha é lavável.

As canetinhas devem ser laváveis a fim de promover ao usuário a garantia de sua remoção sem esforço, nos casos de contato com a pele ou com a roupa do usuário. Desta forma, sendo desnecessário constar a expressão “lavável” em cada canetinha, uma vez que constando na embalagem do estojo de canetinha a especificação “lavável” continua garantindo que o produto



PREFEITURA MUNICIPAL DE BOMBINHAS
COMISSÃO DE LICITAÇÃO
ESTADO DE SANTA CATARINA

possui a referida característica.

Quanto aos argumentos trazidos pela impugnante no que tange a exigência de campo específico para preenchimento do nome do aluno, ser oriundas de ilegalidade e direcionamento, tampouco merecem prosperar, uma vez que o próprio Impugnante traz à baila o atendimento da marca FABER CASTEL, afastando quaisquer evidências de direcionamento a marca exclusiva.

Mister se faz ressaltar, que o campo para preenchimento do aluno é característica de extrema relevância, otimizando o tempo dos profissionais do ensino infantil, que nestes casos, são responsáveis pela guarda do material de cada aluno, bem como, em virtude de promover a mitigação de extravios das canetinhas, e por consequência, impacta na demanda necessária para atender os usuários, evitando desperdício do erário público.

Não é demais lembrar, que não cabe ao particular determinar o que melhor atende a Administração Pública. Cabe, sim, aos Administradores Públicos estabelecerem o que melhor satisfaz o interesse público, cumprindo, obviamente, com todos os princípios constitucionais e legais atinentes, o que se entende estar devidamente respeitado neste processo licitatório.

Neste caso, entendo que foi exatamente o que ocorreu, eis que a descrição do objeto não foi elaborada pensando em favorecer ou prejudicar nenhum licitante, mas resultou de pesquisas realizadas pela Administração e na ponderação feita por ela de que esta seria a melhor solução disponível.

A vantagem para a Administração também se traduz em benefício para a sociedade, não sendo salutar, com efeito, que o interesse privado de cada licitante seja maior ao interesse coletivo de obter uma contratação mais vantajosa.

A especificação do objeto e todas as demais exigências constantes do Edital foram amplamente debatidas pela Administração na fase interna, de maneira que a alteração de **TODAS** as especificações ora atacadas pela impugnante resultaria, por óbvio, em determinações não condizentes com a real necessidade da Administração, de acordo com o próprio órgão requisitante.

Deste modo, o que se verifica é que a empresa impugnante claramente requer que a municipalidade atue em plenitude com sua realidade. Certamente, não deixando aqui, de respeitar integralmente a peça administrativa da Impugnante, e consequentemente suas razões, porém, isto não significa que pareça ser prudente alterar a minuta editalícia a fim de adaptar as suas peculiaridades.

Por todo o exposto, considerando as alegações formuladas pelo requerente, conclui-se que deverá manter o campo para preenchimento do nome do aluno no item estojo de canetinhas, **ACOLHENDO** o pedido de aceitabilidade de constar somente na embalagem a especificação lavável, não sendo necessário constar a expressão lavável em cada canetinha do estojo, mantendo todas as demais cláusulas.

Diante dessa verificação, conclui-se que o critério questionado não afronta o disposto no art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, o art. 3º, § 1º, inciso I, da Lei n.º 8.666/93 e/ou qualquer outra previsão legal.

Sendo assim, **ACOLHO EM PARTE** o pedido de impugnação editalícia.



PREFEITURA MUNICIPAL DE BOMBINHAS
COMISSÃO DE LICITAÇÃO
ESTADO DE SANTA CATARINA

IV. DECISÃO

Face ao exposto no presente instrumento, a pregoeira municipal RESOLVE CONHECER DA IMPUGNAÇÃO, para no mérito **DEFERIR EM PARTE** o pedido formulado, determinando a alteração do descritivo do estojo de canetinha no que se refere a exigência da expressão “lavável” em cada canetinha, devendo ser alterado para a referida especificação constar na embalagem, dispensando a necessidade de constar em cada canetinha do estojo, e mantidas as demais exigências dispostas no instrumento editalício, por não vislumbrar ofensa aos princípios administrativos que regem as contratações públicas.

É nosso parecer salvo melhor juízo.

Bombinhas (SC), 11 outubro de 2023.

FLÁVIA NUNES ABRANTES DEMORI
Pregoeira

Firmo o presente, por manifestar-me **DE ACORDO**.

LUIZ HENRIQUE GONÇALVES
Secretário de Administração