

ILUSTRÍSSIMO SENHOR PREGOEIRO DA PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE FAZENDA RIO GRANDE - PR

Ref.: PREGÃO ELETRÔNICO Nº 118/2023

PROTOCOLO Nº 55316/2023

PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 289/2023

IMPUGNAÇÃO AO EDITAL

E & E VILELA SERVIÇOS ADMINISTRATIVOS LTDA., inscrita no CNPJ/ME sob nº 30.060.090/0001-77, com sede na Rua Guindoval, nº 753, Vila Nova Bonsucesso, Guarulhos, SP, CEP 07176-570 (Doc. 01), vem, tempestiva e respeitosamente perante V. Sa., por seu representante legal, com fundamento no art. 41, § 1º da Lei Federal nº 8.666/93 e item 8 do instrumento convocatório, apresentar ***IMPUGNAÇÃO AO EDITAL*** pelas razões a seguir articuladas.

DOS FATOS

Esse I. Órgão publicou edital de licitação na modalidade pregão eletrônico para formação de registro de preços para aquisição de uniforme escolar para os alunos matriculados na rede municipal de ensino, do tipo menor preço global, conforme especificações constantes no instrumento convocatório e seus respectivos anexos, cuja abertura está prevista para o dia 18 de dezembro de 2023, às 9 h.

Entende a Impugnante que o disposto no instrumento convocatório não está em conformidade com os ditames da legislação que rege as licitações, como demonstrado a seguir.

DO PRAZO PARA APRESENTAÇÃO DE IMPUGNAÇÃO AO EDITAL

Prevê o 25.1 as condições de impugnação do instrumento convocatório:

“8. PROVIDÊNCIAS/IMPUGNAÇÃO AO EDITAL:

8.1. É facultada a qualquer interessado a apresentação de impugnação ao ato convocatório do PREGÃO e seus anexos, observado, para tanto, o prazo de até 03 (três) dias úteis anteriores à data fixada para recebimento das propostas..” (original sem destaques)

Nota-se claramente que referido restringe o prazo para formulação de impugnações a 3 (três) dias antes da abertura do certame.

Todavia, prevê o art. 41, § 2º da Lei Federal nº 8.666/93 que o prazo para apresentação de impugnação ao edital é de até 2 (dois) dias úteis antes da abertura nos seguintes termos:

“Art. 41. A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada.

(...)

§ 2º Decairá do direito de impugnar os termos do edital de licitação perante a administração o licitante que não o fizer até o segundo dia útil que anteceder a abertura dos envelopes de habilitação em concorrência, a abertura dos envelopes com as propostas em convite, tomada de preços ou concurso, ou a realização de leilão, as falhas ou irregularidades que viciariam esse edital, hipótese em que tal comunicação não terá efeito de recurso.” (original sem destaques)

Afronta o instrumento convocatório ao princípio da legalidade, insculpido no art. 37 da Constituição Federal e ao art. 41, § 2º da Lei Federal nº 8.666/93, devendo ser modificado passando a atender a legislação vigente, com nova data de abertura.

DA AUSÊNCIA DE PREVISÃO DE COTA PARA PARTICIPAÇÃO DE MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE

Dispõe a Lei Complementar nº 123/2006, que instituiu o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte nos arts. 47 e 48, III:

“Art. 47. Nas contratações públicas da administração direta e indireta, autárquica e fundacional, federal, estadual e municipal, deverá ser concedido tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte objetivando a promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional, a ampliação da eficiência das políticas públicas e o incentivo à inovação tecnológica.

Art. 48. Para o cumprimento do disposto no art. 47 desta Lei Complementar, a administração pública:

(...)

III - deverá estabelecer, em certames para aquisição de bens de natureza divisível, cota de até 25% (vinte e cinco por cento) do objeto para a contratação de microempresas e empresas de pequeno porte.” (original sem destaques)

O objeto do certame em debate é aquisição de uniformes escolares, que são itens evidentemente divisíveis.

A Administração Pública tem o dever de dividir a cota sempre que o objeto da licitação versar sobre bens de natureza divisível, como é o caso em discussão.

Trata-se de ato vinculado, não se configurando como faculdade da Administração prevê-la ou não.

É mandatória a previsão no instrumento convocatório a cota de até 25% (vinte e cinco por cento) do objeto para a contratação de microempresas e empresas de pequeno porte, com fundamento no art. 48, III da Lei Complementar nº 123/2006, devendo ser modificado para atender a referido dispositivo legal, em respeito ao princípio da legalidade.

DAS AMOSTRAS E LAUDOS TÉCNICOS

Preveem os itens 8.13.1 e 8.13.2 do instrumento convocatório:

“15. DAS AMOSTRA E LAUDOS

15.1. Para assegurar a qualidade dos produtos entregues, a(s) licitante(s) classificada(s) provisoriamente em primeiro lugar deverá(ão), em até 25 (vinte e cinco) dias após a convocação do Pregoeiro (a), apresentar para análise e avaliação da Comissão Permanente de Avaliação de Amostras, nomeados pela portaria nº 194/2021 alterada pela portaria nº37/2023, amostra dos seguintes itens:

15.2. Apresentar 01 (uma) amostra de cada ITEM no tamanho 12 (doze) - (ITEM 1 – Conjunto Verão masculino, ITEM II – Conjunto verão feminino e ITEM III – Conjunto Inverno). Junto com a amostra deverão ser entregues os laudos conforme item 5 do termo de referência, para aferição da qualidade dos produtos.

15.3. A ausência da entrega de algum laudo ou entrega em desacordo com o edital ficará a empresa automaticamente desclassificado.

(...)

15.6. Os laudos laboratoriais deverão ser apresentados juntamente com as amostras.

15.7. Todos os laudos apresentados deverão ser acreditados pelo INMETRO:” (original sem destaques)

Verifica-se que a licitante com o menor lance deve apresentar amostras e laudos técnicos no exíguo prazo de 25 (vinte e cinco) dias, o que redundará na diminuição da competitividade, pois os **licitantes interessados em participar do certame teriam que providenciar as amostras e respectivos laudos técnicos antes da abertura**, aumentando os custos em procedimento licitatório que obviamente sequer se sabe o ganhador.

Ademais, se o interessado deixar para fabricar as amostras e laudos técnicos após ter vencido o certame, estará sujeito a desclassificação e sanções pelo inadimplemento dessa obrigação.

O E. Tribunal de Contas da União há muito entende e determina que toda e qualquer exigência deve ser concebida de modo a não impor custos prévios à celebração do contrato, a teor da Súmula 272/2012:

*“Súmula nº 272/2012: No edital de licitação, **É VEDADA A INCLUSÃO DE EXIGÊNCIAS DE HABILITAÇÃO E DE QUESITOS DE PONTUAÇÃO TÉCNICA PARA CUJO ATENDIMENTO OS LICITANTES TENHAM DE INCORRER EM CUSTOS QUE NÃO SEJAM NECESSÁRIOS ANTERIORMENTE À CELEBRAÇÃO DO CONTRATO**”.*
(original sem destaques)

Quanto ao prazo de amostra e laudos técnicos, agiu com o costumeiro acerto o E. Tribunal de Contas da União, que culminou com a mesma postura dos Tribunais de Contas dos Estados, exarando entendimento no sentido de que a exigência de amostras e laudos técnicos em pregão somente pode ser admitida na fase das propostas e do licitante provisoriamente classificado em primeiro lugar e em **PRAZO RAZOÁVEL**.

Prazo razoável é aquele em que seja possível a apresentação das amostras e laudos técnicos, compatíveis com a aquisição dos bens, bem como sejam suficientes para a realização dos ensaios e consequente emissão do relatório técnico.

Exigir-se do licitante a apresentação das amostras em prazo inferior ao necessário para aquisição de matéria prima, fabricação, ensaios em laboratórios e entrega torna a obrigação impossível de ser cumprida.

O E. Tribunal de Contas do Estado do Paraná enfrentou o tema, vindo a publicar o Prejulgado nº 22 nos seguintes termos:

*“PREJULGADO Nº 22 - A **apresentação de amostra** do bem de consumo a ser adquirido poderá ser exigida pelo instrumento convocatório, mas **somente do licitante classificado provisoriamente em primeiro lugar**. O instrumento convocatório **deverá estabelecer**, além do **prazo razoável para apresentação da amostra**, as características que deverão ser comprovadas, os critérios e os métodos que serão empregados na análise. A apresentação da amostra não poderá ser exigida de forma prévia ou na fase de habilitação dos licitantes, mas somente na fase de julgamento das propostas. O instrumento convocatório deverá conter, de forma detalhada, porém objetiva, as características que a amostra deverá apresentar, além dos critérios e dos métodos que serão empregados na análise de suas características. Na hipótese de o*

licitante primeiro classificado não apresentar a amostra ou esta não atender os requisitos do edital, poderá a Administração, observada a legislação correlata à respectiva modalidade de licitação, convocar os licitantes remanescentes para fazê-lo. A Administração deverá dar publicidade aos relatórios, pareceres ou laudos decorrentes da análise realizada, firmados pelos responsáveis ou responsável pela análise, assegurando aos demais licitantes prazo razoável para o exercício do direito de eventual impugnação.” (original sem destaques)

É o mesmo entendimento que comunga o E. Tribunal de Contas do Estado de São Paulo:

“De outra parte, o posicionamento consolidado pelo enunciado nº 19 da súmula de jurisprudência deste Tribunal, construído basicamente a respeito de precedentes exarados ao longo dos anos no exame de licitações processadas sob a égide da Lei nº 8.666/93, não da Lei nº 10.520/02, vigora plenamente entre nós, haverá de ser obedecido sempre que a situação concreta assim se apresentar, naquilo que for compatível e, principalmente, de modo que o prazo de elaboração e entrega dos documentos não seja menor do que o prescrito expressamente na legislação de regência.

*Não obstante e respeitado entendimento diverso, considero que a licitação desenvolvida para registrar preços de uniformes escolares, com especificações próprias do objeto, mais bem representará a igualdade de oportunidades e a competitividade da disputa se a amostra do bem for exigida tão somente da licitante vencedora, no **PRAZO RAZOÁVEL** e como condição de contratação.*

Recordo que também assim se pronunciou este E. Tribunal, em sessão de 04 de agosto passado e nos autos do TC 026002/026/10, sob minha relatoria”. (TC/SP – TC 029858/026/10, Conselheiro Renato Martins Costa) (original sem destaques)

Em suma, nos moldes em que foi redigido o edital, o prazo para apresentação de amostras e laudos técnicos acaba por afrontar o princípio da ampla competitividade.

O que se objetiva com estipulação de **PRAZO RAZOÁVEL** para a apresentação de amostra e laudos técnicos ao colocado em primeiro lugar é a ampliação da competitividade do certame e diminuição do ônus ao particular.

Na condição em que o instrumento está elaborado, para entrega das amostras e laudos técnicos em prazo tão exíguo, teriam que ser providenciadas antes da abertura, o que não é razoável, pois evidentemente não é possível que se saiba quem será o vencedor.

Denota-se evidente **direcionamento** do certame para empresa que maliciosamente já tenha fabricado o produto, sendo detentora tanto das amostras quanto dos laudos técnicos, que em conluio com outros podem vir a simular a competição que na realidade é impossível e restrita.

Está incontestavelmente comprovada a impossibilidade de apresentação de amostras e laudos no exíguo prazo constante do instrumento convocatório, sendo imperiosa a necessidade de alteração de sua redação para que passe a contemplar prazo razoável para tal, em respeito ao princípio da ampla competitividade do certame e, por consequência, também ao princípio da legalidade.

DAS ESPECIFICAÇÕES TÉCNICAS

Indica o Anexo I – Termo de Referência do instrumento convocatório as características dos itens que serão licitados.

O procedimento licitatório em debate foi publicado indicando ser na modalidade pregão, com fundamento na Lei Federal nº 10.520/02, que dispõe no art. 1º, parágrafo único:

“Art. 1º Para aquisição de bens e serviços comuns, poderá ser adotada a licitação na modalidade de pregão, que será regida por esta Lei.

*Parágrafo único. **Consideram-se bens e serviços comuns, para os fins e efeitos deste artigo, aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado.**” (original sem destaques)*

Resta claro que os bens que serão adquiridos pela Administração devem ser comuns, ou seja, com especificações **usuais no mercado**, ou ainda, numa linguagem pouco técnica, bens de prateleira.

Ocorre que há itens do Anexo I que não são usuais de mercado, ferindo a disposição contida no art. 1º da Lei Federal nº 10.520/02.

Merece reflexão que o fato dos tecidos serem específicos e não usuais de mercado, afrontam o art. 1º da Lei Federal nº 10.520/02 e impossibilitam a entrega das amostras no exíguo prazo previsto no instrumento convocatório.

Como se não bastasse, a especificação técnica com características incomuns no instrumento convocatório se revela absolutamente desnecessária tanto à Administração quanto ao usuário desses bens, o que leva a crer que sirva para restringir a participação de inúmeras empresas interessadas que atuam nesse segmento e que aumentariam a competitividade da disputa.

Seguindo o mesmo raciocínio, há evidente direcionamento do certame para empresa que de forma ardilosa já tenha o produto com características especiais e não usuais de mercado em estoque, redundando no fato que as esdrúxulas especificações somente poderão ser atendidas por esse fornecedor, que em ajuste com outros venham a fingir inexistente competição, em afronta ao princípio da ampla competitividade.

Ademais, uniformes escolares podem perfeitamente ser confeccionados com tecidos comuns, usuais de mercado, desde que atendam as especificações técnicas previstas no edital, que serão absolutamente compatíveis aos fins a que se destinam.

A confirmação de que referidos tecidos não são usuais de mercado pode ser verificada por meio de consulta à **Associação Brasileira da Indústria Têxtil e de Confecção (ABIT)**, que foi fundada em 1957 e é uma das mais importantes entidades dentre os setores econômicos do País.

Também é imperioso que a Municipalidade informe qual órgão e/ou pessoa que elaborou a especificação técnica dos bens previstos no instrumento convocatório, principalmente para que esse órgão e/ou profissional seja instado a apresentar suas justificativas sobre as esdrúxulas características técnicas incomuns e que nenhuma vantagem trazem ao destinatário final dos uniformes escolares.

Resta evidente que as especificações técnicas como foram redigidas claramente beneficiarão empresa que já detinha as informações antecipadamente, até mesmo antes da publicação do edital, que tem por objetivo apenas e tão somente afastar potenciais empresas interessadas na disputa em desrespeito a ampla competitividade prevista no art. 3º da Lei Federal nº 8.666/93.

Dessa forma, tendo em vista a afronta ao art. 1º da Lei Federal nº 10.520/02, aliado ao fato **de não haver justificativa técnica a manter as características constantes do Termo de Referência**, eis que os produtos disponíveis e usuais do mercado atendem plenamente as necessidades dos alunos da rede de ensino da Municipalidade, torna-se imperiosa a modificação do edital, o que aumentará a competitividade, eis que outras empresas

interessadas poderão participar da disputa, evidentemente reduzindo os preços à Administração Pública.

DA VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO JULGAMENTO OBJETIVO

Dispõem os art. 3º e 44 da Lei Federal nº 8.666/93:

*“Art. 3º - **A LICITAÇÃO** destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração 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.”*

*“Art. 44. No julgamento das propostas, **A COMISSÃO LEVARÁ EM CONSIDERAÇÃO OS CRITÉRIOS OBJETIVOS DEFINIDOS NO EDITAL ou convite, OS QUAIS NÃO DEVEM CONTRARIAR AS NORMAS E PRINCÍPIOS ESTABELECIDOS POR ESTA LEI.***

*§ 1º **É VEDADA A UTILIZAÇÃO DE QUALQUER ELEMENTO, CRITÉRIO ou fator sigiloso, secreto, SUBJETIVO ou reservado que possa ainda que indiretamente elidir o princípio da igualdade entre os licitantes.**” (original sem destaques)*

Ocorre que o instrumento convocatório contém redações subjetivas, que certamente levarão tanto os particulares quanto a Administração Pública a entendimentos interpretativos diversos, o que é vedado pela legislação vigente, como a seguir indicado.

Preveem os itens 11.7 e 11.8 do instrumento convocatório:

*“11.7. O(a) Pregoeiro(a) **poderá** encaminhar, por meio do sistema eletrônico, contraproposta ao licitante que apresentou o lance mais vantajoso, com o fim de negociar a obtenção de melhor preço, vedada a negociação em condições diversas das previstas neste Edital.*

*11.8. Também, nas hipóteses em que o(a) Pregoeiro(a) não aceitar a proposta e passar à subsequente, **poderá** negociar com o licitante para que seja obtido preço melhor.” (original sem destaques)*

O mesmo termo foi utilizado no item 11.4 do TERMO DE REFERÊNCIA - COMPLEMENTAR AO ANEXO I:

*“11.4 Constatada a existência de item que não atenda às especificações do objeto, estes **poderão** ser rejeitados, no todo ou em parte, sujeitando-se a Contratada às sanções previstas no Contrato e legislação pertinente.” (original sem destaques)*

Nota-se que a redação com os termos “**PODERÁ**” e “**PODERÃO**” são subjetivos, passíveis de interpretação de cada leitor, sem previsão de quando serão ou não aplicadas, o que afronta ao princípio do julgamento objetivo.

Terminologias subjetivas, que dão azo a interpretações, são vedadas pelos arts. 3º e 44 da Lei Federal nº 8.666/93.

Mencionados dispositivos legais exigem redação editalícia objetiva, com estabelecimento de parâmetros e critérios certos e definidos que são capazes de demonstrar se uma característica está ou não em conformidade com o pretendido pela Administração Pública.

Da forma como está redigido o instrumento convocatório, em afronta à legislação vigente, tanto os licitantes quanto a Administração Pública enfrentarão situações nefastas e que culminarão com inevitáveis discussões, que certamente prolongarão por demais o certame, inclusive não se descartando eventual a possibilidade de discussão judicial.

Assim, há que se rever a redação do instrumento convocatório, para que passe a respeitar ao princípio do julgamento objetivo previsto nos arts. 3º e 44 da Lei Federal nº 8.666/93.

DO DIREITO

O art. 3º, I, § 1º da Lei Federal nº 8.666/93, dispõe que o instrumento convocatório deve respeitar os princípios da isonomia, da ampla competitividade e da legalidade:

*“Art. 3º - **A LICITAÇÃO** destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração 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.*

*§ 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** 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;”* (original sem destaques).” (original sem destaques)

O mestre Helly Lopes Meirelles, na obra Direito Administrativo, 16ª edição, 1991, leciona:

*“Nesses atos a norma legal condiciona a sua expedição aos dados constantes em seu texto. Daí se dizer que tais atos são vinculados ou regrados, significando que, na sua prática, **O AGENTE PÚBLICO FICA INTEIRAMENTE PRESO AO ENUNCIADO DA LEI**, em todas as suas especificações.”* (original sem destaques)

Também o mestre Ivan Barbosa Rigolin, “in” Manual Prático das Licitações, Editora Saraiva, assevera:

*“Diz-se que a licitação é um procedimento vinculado, e o significado da afirmação é precisamente o de que a vontade da lei vincula a vontade do licitador, ou seja: **NENHUMA LIBERDADE TEM OU SEU GOSTO PARTICULAR, MAS APENAS PODE ATUAR NA ESTRITA CONFORMIDADE DO COMANDO DA LEI.**”* (original sem destaques)

A obediência ao princípio da legalidade também é exigência contida no art. 37 da Constituição Federal, nos seguintes termos:

*“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:” (original sem destaques)*

Imprescindível se trazer ainda à colação a Súmula nº 473 do E. Supremo Tribunal Federal:

“A Administração pode anular os seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, por que deles não se originam direitos; revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial”.

Assim, espera a Impugnante seja o instrumento convocatório modificado, com a designação de nova data de abertura, pelos motivos apresentados, passando a respeitar ao princípio da legalidade e da ampla competitividade.

DOS PEDIDOS

Diante do exposto, **REQUER** digno-se V. Sa. a conhecer das razões exaradas na presente **IMPUGNAÇÃO** por suas próprias fundamentações, procedendo ao reexame do edital ora combatido diante dos vícios apontados, para que passe a ser adequado e em conformidade com a legislação vigente, conforme as presentes razões, o que culminará com sua republicação livre dos vícios apontados.

REQUER também que a Municipalidade informe qual órgão e/ou pessoa elaborou a especificação técnica dos bens previstos no instrumento convocatório, principalmente para que esse órgão e/ou profissional seja instado a apresentar suas justificativas sobre as esdrúxulas características técnicas não usuais de mercado e que nenhuma vantagem trazem ao destinatário final dos uniformes escolares.

Porém, não sendo esse o entendimento de V. Sa., requer a Impugnante sejam os autos remetidos à autoridade superior competente para que, após sua análise, defira os pedidos ora exarados, informando também que encaminhará cópias deste expediente ao Tribunal de Contas do Estado de São Paulo e Ministério Público do Estado de São Paulo.

Termos em que,

Pede deferimento.

Guarulhos, 13 de dezembro de 2023.

E & E VILELA SERVIÇOS ADMINISTRATIVOS LTDA.

ELTON MARIANO VILELA