



**TRIBUNAL DE CONTAS DO
ESTADO DO ESPÍRITO SANTO**

Comissão de Pregão – CPP

ANÁLISE DE IMPUGNAÇÃO DE EDITAL

PROCESSO TC Nº: 1486/2020

PREGÃO ELETRÔNICO Nº: 18/2020

OBJETO: Aquisição de material de expediente

ENTIDADE: Sieg Apoio Administrativo LTDA - ME

SIGNATÁRIO: Luiz Fernando de Oliveira

1 - DOS REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE:

A impugnação ao edital foi dirigida ao Pregoeiro, contemplando indicação do número do Pregão Eletrônico, com respectiva exposição de fatos/fundamentos e formulação do pedido de retificação do instrumento convocatório.

A impugnação ao edital foi formulada pela empresa em epígrafe, por meio do seu representante legal. A peça de impugnação contém endereço, endereço eletrônico e telefone da empresa.

Necessário esclarecer que a impugnação ao edital foi apresentada de forma tempestiva pela empresa impugnante, por meio de mensagem eletrônica recebida no e-mail da Equipe de Pregão no dia 26/11/2020 às 16:39, com a antecedência de até 03 (três) dias úteis anteriores à data fixada para abertura da sessão pública, agendada para o dia 02/12/2020.

Diante do exposto, verifica-se que a impugnante preencheu os requisitos de admissibilidade estabelecidos na Cláusula Terceira do instrumento convocatório.

2 - DAS RAZÕES DA IMPUGNAÇÃO E DO PEDIDO

2.1 - DA DISPUTA POR LOTE



+55 27 3334-7600



www.tcees.tc.br



@tceespiritossanto



Rua José de Alexandre Buaiz, 157 - Enseada do Suá | Vitória - ES | CEP: 29050-913



O edital em epígrafe visa à aquisição de diversos itens. Pensando no melhor custo/benefício do órgão, quanto à economia e qualidade dos objetos requeridos, requer-se desde logo que a disputa do Pregão Eletrônico 18/2020 deixe de ser por lote, e passe a ser por itens.

A recusa de separação dos itens do lote único não beneficia o ente público ou o fornecedor, pois o órgão estará sujeito a adquirir produtos de baixa qualidade, com valores altos, por conta da diversidade dos produtos requeridos.

Aprofundando a exigência de uma licitação equitativa, temos o artigo 23º, § 1º, da Lei nº 8.666/93 prevê:

As obras, serviços e compras efetuadas pela administração **serão divididas em tantas parcelas quantas se comprovarem técnica e economicamente viáveis**, procedendo-se à licitação com vistas ao melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e à ampliação da competitividade, sem perda da economia de escala. (GRIFO NOSSO)

Não bastasse isso, o entendimento dominante do TCU é pela excepcionalidade da aquisição por lotes, utilizada apenas quando houver divisibilidade do objeto, a fim de se permitir a ampla participação dos interessados, bem como a efetiva busca pela melhor proposta. É neste sentido a Súmula nº 247:

É obrigatória à 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. (GRIFO NOSSO)

Data vênia está claro que não haverá qualquer prejuízo à Administração Pública ao se realizar a divisão dos itens do Pregão Eletrônico 18/2020, seja em razão do conjunto em si, de sua complexidade, ou por perda de economia de escala.

Isso porque os interessados em apresentar propostas para mais de um produto poderão fazê-lo ainda que estejam separados por itens e, caso sejam capazes de oferecer o melhor preço em ambos os produtos, adjudicá-los.

Vale apenas ressaltar que estes equipamentos ora licitados são independentemente. Dessa forma, a necessidade de manutenção e garantia de cada um deles não será afetada em razão da licitação por itens. Isso porque “se” e “quando” um dos equipamentos apresentarem problema à





empresa contratada para aquele item será convocada à comparecer para prestar a devida assistência necessária.

É desnecessário que o órgão tenha requerido todos os objetos no mesmo lote, porque todos os serviços de manutenção, assistência, entre outros já estão inclusos no valor máximo de cada item, ou seja, não serão cobrados à parte. Logo, não haverá quaisquer encargos para a Administração Pública nas visitas que se farão para repor, manusear e corrigir eventuais falhas nos produtos. Assim, descartam-se possíveis argumentações a favor das aquisições por lotes em razão de uma (inexistente) facilitação da manutenção.

Por isso preferem-se as aquisições por itens nestes casos. Seria improvável encontrar empresas suficientes capazes de oferecer propostas vantajosas e tornar o certame competitivo. Ademais, repete-se: a aquisição por itens é a regra.

2.2 - DO PRAZO DE ENTREGA

O presente edital exige que os objetos sejam entregues:

9.1 - A entrega dos produtos deverá ser efetuada no prazo de até 10 (dez) dias úteis, a contar do recebimento da Ordem de Fornecimento e cópia da Nota de empenho no Núcleo de Almoxarifado de Patrimônio (NAP) do CONTRATANTE, prorrogáveis por igual período, a critério da Administração;

Dessa forma é fato que somente os fornecedores da região, e oportunamente os que tenham adquirido antecipadamente estes materiais, poderão contemplar com satisfação tal exigência, frustrando e passando por cima do princípio da isonomia e da competitividade entre os licitantes. Para que estes princípios sejam obedecidos, seriam necessários mais dias para a entrega do produto de modo que os **licitantes sediados em locais próximos ao de entrega não sejam beneficiados e os licitantes sediados em locais mais distantes, como exemplo a Zona Franca de Manaus ou aqueles que necessitam importar o equipamento**, não sejam tratados de forma desigual, ferindo assim o princípio da isonomia.

Ademais, é de amplo conhecimento as condições de tráfego das rodovias brasileiras, assim como da Lei nº 13.103/2015 que impõe redução da jornada de trabalho para motoristas, aumentando assim o prazo para transportes de mercadorias.

A manutenção do prazo exíguo de 10 (dez) dias úteis para a entrega dos equipamentos somente se destina a limitar a competitividade da licitação, já que beneficiaria apenas aquelas licitantes que eventualmente já possuam os equipamentos em estoque com a exata configuração





exigida nas especificações técnicas, o que causaria tamanha estranheza já que para que isto seja possível tal empresa deverá ter conhecimento da licitação previamente a sua publicação.

Ademais, vivenciamos uma situação diferente: o enfretamento do COVID-19! Com isto, as rodovias apenas permitem tráfego livre de materiais de saúde e afins, as transportadoras também diminuíram sua frota, tendo em vista medidas de conter a transmissão do Coronavírus.

Cabe ainda trazer o período dado por Órgãos distintos, mas com o mesmo objetivo de garantir a livre participação no processo licitatório, Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, ao abrir o processo licitatório Edital nº93/2019 (20190919 - MPRJ-93.19), que deliberou um prazo de 80 (oitenta) dias para a entrega do produto; pelo COREN - Conselho Regional de Enfermagem do Amazonas – AM, no Edital nº003/2019 (20191003 – COREN-AM 003.19) que deliberou um prazo de 40 (quarenta) dias para a entrega do material; e pela Prefeitura Municipal de Santa Luzia D'Oeste – RO, no Edital nº120/2019 (20200116 – PM Santa L. D'Oeste 111.19) que atribuiu o prazo de 45 (quarenta e cinco) dias para a entrega do material.

Sendo assim, se em períodos normais são dados prazos que variam entre 40-80 dias, conforme demonstrado, por qual razão neste momento turbulento de pandemia não se pode ser tão generoso e conceder ao mínimo 30 (trinta) dias ao prazo?

Dessa forma requer que o prazo de entrega dos produtos, **seja alterado para 30 (trinta) dias, para que dessa forma, fornecedores do sul, sudeste, norte e centro oeste, não saiam prejudicados**, mas sempre com o intuito de entregar-lhes o quanto antes.

Em síntese, a empresa impugnante requer:

1. Que a disputa ocorra por item;
2. Que o prazo de entrega seja dilatado para 30 dias.

3- DA ANÁLISE DO MÉRITO E DA FUNDAMENTAÇÃO

É imprescindível argumentar que existe legitimidade por parte do TCEES diante do poder discricionário a ele concedido pela Constituição Federal, Constituição Estadual, Leis e demais normas, de estabelecer os requisitos de execução de suas contratações conforme sua realidade. Para tanto, O TCEES sempre se vale de critérios proporcionais nas instruções de suas contratações.





O renomado autor Marçal Justen Filho¹, leciona sobre proporcionalidade e discricionariedade em sua clássica doutrina, apresentando de maneira muito coerente os trechos abaixo:

O princípio da proporcionalidade apresenta tanto maior relevância quanto maior a liberdade do intérprete-aplicador do Direito. Assim se passa porque a liberdade na atividade de aplicação do Direito significa atribuição de poder jurídico para escolher a solução mais correta e adequada, em face das circunstâncias. **Nesses casos, a atividade do intérprete-aplicador será imediatamente informada pelo princípio da proporcionalidade porque o ordenamento jurídico não admite que o exercício do poder decisório seja incompatível com o atingimento, do modo mais racional, da finalidade protegida. A autonomia assegurada pela competência discricionária é um meio para garantir a produção mais satisfatória de um resultado prestigiado pelo ordenamento. (g.n.)**

(...)

A solução do caso concreto sempre envolve interpretação da norma abstrata e individualização de seus efeitos para a situação real. Essa operação terá de ser norteada pelo princípio da proporcionalidade. É que nenhuma lei exaure integralmente a liberdade do intérprete-aplicador, o que deriva da própria textura aberta da linguagem.

(...)

A atribuição de competência discricionária seria inviável transformar o procedimento licitatório numa atividade integralmente vinculada à lei. Isso acarretaria a necessidade de uma lei disciplinando cada licitação. A estrita e absoluta legalidade tornaria inviável o aperfeiçoamento da contratação administrativa. Uma vinculação assim ampla e exaustiva seria tão prejudicial e indesejável quanto a total liberação do administrador para formalizar o contrato que melhor lhe aprofundasse.

Então, a lei estabelece os limites gerais a serem observados pela Administração, atribuindo-lhe competência para exercitar escolhas dentro desses parâmetros predeterminados. A lei atribui competência para a Administração definir as condições da contratação administrativa. Por outro lado, a lei determina que a discricionariedade da Administração deverá ser progressivamente exaurida. **(g.n.)**

O eminente Procurador do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União, Dr. Lucas Rocha Furtado², apresenta em sua doutrina a conceituação de discricionariedade administrativa e seus pressupostos:

¹ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 16. ed. São Paulo: Dialética, 2014. p. 83-84.

² FURTADO, Lucas Rocha. Curso de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 564.





A discricionariedade administrativa pode ser apresentada como a liberdade conferida pela lei ao administrador público para a adoção da melhor solução para o caso concreto, com vista à realização das finalidades legais, em razão do juízo de conveniência e de oportunidade da Administração Pública.

(...)

O exercício da discricionariedade pressupõe que:

- Lei haja conferido liberdade ao administrador para a definição do conteúdo do ato;
- A liberdade seja exercida nos limites da lei;
- O administrador se utilize da liberdade legal com o propósito de melhor realizar as finalidades legais que justificaram a outorga da competência para o exercício da atividade;
- **A definição da solução mais adequada decorre do juízo de conveniência do administrador público. (g.n.)**

A obra do Dr. Lucas Rocha Furtado³, também nos auxilia no entendimento do princípio da razoabilidade, conforme o exposto:

O princípio da razoabilidade constitui o principal instrumento para o exercício do controle da legitimidade da atuação administrativa discricionária. É certo que nem sempre será fácil separar o juízo de conveniência ou de oportunidade do administrador da noção de conduta razoável.

(...)

A verdadeira função do princípio da razoabilidade no controle da discricionariedade administrativa é evitar soluções absurdas. Se, a partir do exame do caso concreto, a aplicação da norma resultar absurda, por mais subjetivo que se possa considerar esse processo, o princípio da razoabilidade deve entrar em ação e afastar referida solução por ser contrária ao Direito.

³ FURTADO, Lucas Rocha. Curso de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p.922-923.





Quanto a **divisão do certame em itens**, conforme solicitado pela empresa impugnante, consideramos que tal requerimento pode prejudicar a economia de escala da contratação e gerar outros custos relacionados à gestão de diversos contratos. Neste contexto, estaríamos potencializando riscos e dificuldades na gestão de uma pluralidade de possíveis contratos.

Convém destacar que no momento da elaboração do mapa comparativo de preços a equipe do Núcleo de Contratações esteve em contato com diversos fornecedores e em nenhum momento houve quaisquer questionamentos com relação à realização da licitação em um lote único.

Observamos que na instrução processual o agrupamento dos itens se deu pela afinidade de aquisição junto ao mercado, considerando suas características.

Em relação à **modificação do prazo de entrega**, neste ponto em específico enxergamos a possibilidade de flexibilização.

De fato, caso uma empresa fora do estado do ES apresente a melhor proposta o prazo estipulado para a entrega dos itens pode gerar certa dificuldade operacional, motivo pelo qual concordamos com a flexibilização do prazo solicitado pela empresa impugnante.

3 - CONCLUSÃO

Diante do exposto, CONHEÇO da impugnação, mas no mérito:

- 1 - INDEFIRO o requerimento formulado em relação a licitação por item;
- 2 - DEFIRO o requerimento formulado em relação a alteração do prazo de entrega dos itens.

Considerando a publicação promovida nesta data no Diário Oficial de Contas do TCEES, informo que o certame está suspenso para ajustes no termo de referência.

Vitória, 30 de novembro de 2020.

GUILHERME NUNES - Pregoeiro Oficial

Assinado eletronicamente - Instrução Normativa TC nº 35/2015

