

RESPOSTA A IMPUGNAÇÃO DE EDITAL

Pregão nº PCS-01.210923-SEDUC - Resposta à Impugnação ao Edital de Pregão Eletrônico, protocolizada pelo e-mail: licitacaopregaosq@gmail.com, pela empresa FORT'UP DISTRIBUIDORA LTDA, inscrita sob o CNPJ: 30.570.908/0001-00, aos 05/10/2023, às 14h:20min.

DO PREÂMBULO:

Trata-se de impugnação interposta, intempestivamente, pela empresa **FORT'UP DISTRIBUIDORA LTDA**, inscrita no CNPJ/MF sob o nº **30.570.908/0001-00**, que interpôs aos **05 dias de outubro de 2023**, impugnação ao Edital de **Pregão Eletrônico nº PCS-01.210923-SEDUC**, em face do ato convocatório, que tem por objeto a **AQUISIÇÃO DE LIVROS DE APOIO PEDAGÓGICO DESTINADOS AO USO DOS ALUNOS DO ENSINO FUNDAMENTAL I E II DA REDE MUNICIPAL DE EDUCAÇÃO DO MUNICÍPIO DE SANTA QUITÉRIA-CE**.

Aduzimos que a presente impugnação foi interposta fora do prazo previsto no art. 24 do Decreto Federal nº. 10.024/2019, pois como a abertura do certame ocorrerá em **09/10/2023**, tem-se que o **terceiro dia útil anterior** seria o dia **04/10/2023**. Como o pedido foi enviado para o e-mail da Comissão de Licitação em **05/10/2023** que é o segundo dia útil anterior a abertura do certame, resta comprovado a **intempestividade do pedido de impugnação**.

Podemos concluir desta forma pelas recomendações no Decreto Federal 10.024/2019, senão vejamos:

Art. 24. Qualquer pessoa poderá impugnar os termos do edital do pregão, por meio eletrônico, na forma prevista no edital, **até três dias úteis anteriores à data fixada para abertura da sessão pública.**

§ 1º A impugnação não possui efeito suspensivo e caberá ao pregoeiro, auxiliado pelos responsáveis pela elaboração, do edital e dos anexos, decidir sobre a impugnação no prazo de dois dias úteis, contado da data de recebimento da impugnação.

§ 2º A concessão de efeito suspensivo à impugnação é medida excepcional e

deverá ser motivada pelo pregoeiro, nos autos do processo de licitação.

§ 3º Acolhida a impugnação contra o edital, será definida e publicada nova data para realização do certame.

Preliminarmente há que se esclarecer que a referida impugnação não tem efeito de recurso, portanto não há que se falar em suspensão das etapas do certame, tampouco sua remessa a autoridade superior, tem o Pregoeiro nesta fase processual, todos os poderes para averiguação de quaisquer contestações que se façam ao texto editalício, decidindo sobre cada caso, conforme determina o art. 17 do Decreto Federal nº. 10.024/2019:

Art. 17. Caberá ao pregoeiro, em especial:

[...]

II - **receber, examinar e decidir as impugnações** e os pedidos de esclarecimentos ao edital e aos anexos, além de poder requisitar subsídios formais aos responsáveis pela elaboração desses documentos;

O Art. 24, § 1º alíneas é taxativo, a comunicação de impugnação do edital não terá efeito de recurso, portanto, não haverá suspensão nas etapas do certame.

O prazo para que se possa apresentar razões de impugnação é de até 03 (três) dias úteis, anteriores à realização da sessão que está marcada para o dia **09/10/2023**. Desta forma, o pedido de impugnação ao edital se encontra **INTEMPESTIVO**.

DA SÍNTESE DA IMPUGNAÇÃO:

A impugnante acima epigrafada questiona sobre a **primeiro** a menção das obras literárias com suas respectivas editoras e autores estabelecidas no subitem 15.1 do Termo de Referência do edital de licitação e que tais exigências são irregularidades, pois direcionam de forma irregular as obras didáticas almejadas pela administração e o **segundo questionamento** foi a vedação à participação de licitantes em regime de consórcio.

A Referida licitante também alega que falta justificativa da necessidade para tal condição edilícia e que mesmo que houvesse não seria suficiente para a referida escolha específica das coleções

para o objeto do Pregão e que deveria ter sido promovido chamamento público para a escolhas das obras literárias.

Com isso faz menção a vedação estabelecida no art. 7º, § 5º, e no art. 15, § 7º, I da Lei de Licitações, que estabelece a vedação a restrição indevida à competitividade do certame, que não poderá haver a indicação de marca para o certame. Isso, por si só, justificaria a suspensão da licitação, para fins de correção da irregularidade apontada e, conseqüentemente, republicação do Edital.

Assim, requer que seja acolhida sua impugnação com a imediata suspensão do processo para as devidas adequações de direito, que os seus apontamentos sejam analisados e que o edital seja corrigido.

É o relatório.

DO MÉRITO

É de bom alvitre deixar claro que não foram preenchidos os requisitos legais para o recebimento da impugnação apresentada, haja vista a mesma ter sido interposta **intempestivamente**, entretanto, passa-se a analisar o mérito das alegações.

A definição do objeto licitado é indispensável ao bom andamento do certame, com especificações técnicas claras, objetivas e estritamente vinculadas ao interesse público.

No que norteia as especificações dos itens em licitação, há que se observar que estas são as que atendem de forma satisfatória as necessidades da Administração e com toda tramitação processual constante na Lei nº 10.520/2002.

Art. 3º A fase preparatória do pregão observará o seguinte:

I - a autoridade competente justificará a necessidade de contratação e definirá o objeto do certame, as exigências de habilitação, os critérios de aceitação das propostas, as sanções por inadimplemento e as cláusulas do contrato, inclusive com fixação dos prazos para fornecimento;

II - a definição do objeto deverá ser precisa, suficiente e clara, vedadas especificações que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, limitem a competição;

III - dos autos do procedimento constarão a justificativa das definições referidas no inciso I deste artigo e os indispensáveis

elementos técnicos sobre os quais estiverem apoiados, bem como o orçamento, elaborado pelo órgão ou entidade promotora da licitação, dos bens ou serviços a serem licitados; e

De acordo com a Súmula/TCU — Tribunal de Contas da União nº 270, "em licitações referentes a compras, inclusive de softwares, **é possível a indicação de marca**, desde que seja estritamente necessária para atender exigências de padronização e **que haja prévia justificção**".

Pelo que se observa é entendimento da jurisprudência sumulada em nosso país que em havendo a devida justificativa pode-se exigir marca nos editais de licitações para compras.

Em razão disso foi elaborado pelo setor pedagógico desta municipalidade, um parecer técnico justificando a escolha das obras de editoras na qual a Equipe Pedagógica e a Secretária de Educação chegaram ao resultado final com a aprovação das obras literárias constantes no termo de referência, conforme documentos acostados a presente resposta. Referido parecer técnico está anexando junto ao documento que formalizou a demanda, portanto constante do processo administrativo da contratação.

Nesse sentido a escolha das obras e respectivas editoras se deu tanto pelo estudo preliminar, quanto definição do objeto do certame, bem como de todos os seus itens, levando em consideração a realidade do município, definido adequadamente, com a observância dos princípios pedagógicos determinados pelo corpo docente da Administração Municipal, e com vistas a dar continuidade aos trabalhos realizados junto aos alunos.

Sobre esse tema, o renomado doutrinador Celso Antônio Bandeira de Mello em obra "Curso de Direito Administrativo", 26ª edição, Malheiros, 2009, p. 963, delimita acerca do tema, vejamos:

"Discricionariedade, portanto, é a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando,

por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente, uma solução unívoca para a situação vertente".

O objeto, idêntico ao objeto licitado, foi objeto de impugnação e matéria de representação junto ao Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, que indeferiu o pedido, conforme TC-021201.989.18-3, de 16 de outubro de 2018, cuja parte da decisão está reproduzida a seguir:

"Com efeito, cabe à Administração, no exercício de sua competência discricionária, a escolha da obra que melhor atenda o plano pedagógico dos alunos da rede pública municipal de ensino. E, a indicação do ISBN dos livros - sistema que o identifica segundo o título, o autor, o país e a editora, individualizando-os inclusive por edição(1) - objetiva facilitar sua busca no mercado e garantir a competitividade do certame.

Assim, diante da característica do material a ser adquirido, a exigência editalícia está amoldada na legislação e na jurisprudência, não havendo motivo para alterá-la.

Há de se esclarecer que tal documentos (parecer técnico/pedagógico) embora não estivesse constando como anexo ao edital convocatório, tal documento pode ser requisitado, parte que lhe caiba quando tratar de planejamento da necessidade ou no caso em comento na fase preparatória do pregão. Momento este que ocorre antes da publicação do edital. Esclarecemos ainda que tal documento sempre esteve a disposição de todos os interessados, como forma de garantir a transparência e o livre acesso à informação, previsto na lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, em seu art. 6º, inciso VI, c/c art. 10 da mesma lei, senão vejamos:

Art. 6º Cabe aos órgãos e entidades do poder público, observadas as normas e procedimentos específicos aplicáveis, assegurar a:

[...]

VI - informação pertinente à administração do patrimônio público,

utilização de recursos públicos, licitação, contratos administrativos; e [...]

Art. 10. Qualquer interessado poderá apresentar pedido de acesso a informações aos órgãos e entidades referidos no art. 1º desta Lei, por qualquer meio legítimo, devendo o pedido conter a identificação do requerente e a especificação da informação requerida.

A Lei de Licitações já traz também previsões de que se deve justificar a devida exigência de marca.

Art. 7º...

§5º: É vedada a realização de licitação cujo objeto inclua bens e serviços **sem similaridade ou de marcas**, características e especificações exclusivas, **salvo nos casos em que for tecnicamente justificável**, ou ainda quando o fornecimento de tais materiais e serviços for feito sob o regime de administração contratada, previsto e discriminado no ato convocatório.

Art. 15...

§70: Nas compras deverão ser observadas, ainda: I — a especificação completa do bem a ser adquirido **sem indicação de marca;**

A jurisprudência do TCU é farta em indicar a necessidade de o gestor indicar as razões que motivam a decisão de restringir a disputa a determinadas marcas, como fora procedido:

A indicação de marca no edital deve estar amparada em razões de ordem técnica, de forma motivada e documentada, que demonstrem ser aquela marca específica a única capaz de satisfazer o interesse público. (Acórdão 113/16 — Plenário)

A restrição quanto à participação de determinadas marcas em licitação deve ser formal e tecnicamente justificada nos autos do procedimento licitatório. (Acórdão 4476/16 — 2ª Câmara).



Muito embora houvesse indicação de obra literária ou autor, no caso marca, **nada impede que a mesma seja fornecida por vários licitantes**, como de fato ocorre. Não sendo desse modo um produto exclusivo de uma única empresa.

Desse modo não restou comprovado que parte das especificações detalhadas dos serviços, apresentam qualquer indício que macule o caráter competitivo do processo, uma vez que tais especificações pela sua complexidade levou o setor competente deste órgão a pesquisar de forma muito detalhada e minuciosa tais características de acordo com os padrões de desempenho do mercado.

É imperioso ressaltar ainda, que a escolha dos livros da referida editora não representa direcionamento e muito menos restrição a competitividade, visto que há no mercado várias empresa que fornecem o material didático pretenso.

Tal fato não haverá de cercear a participação de outros licitantes no certame.

Ressalta-se que os livros não serão adquiridos pela via da inexigibilidade de licitação pelo fato de não atender os pressupostos básicos de exclusividade no mercado, em razão da existência de várias empresas que ofertam o mesmo material, de modo que restrição à competição e cerceamento à participação, ante a existência de inúmeros competidores no mercado.

Ademais, o aspecto impugnado diz respeito à própria liberalidade e escolha da Administração pelo material pedagógico que pretende adquirir.

Em situação análoga, vejamos o entendimento constante da ITC 01928/2022-2 (TCEES 01303/2022-1 e 01332/2022-8) que em caso análogo, ressaltou o aspecto da discricionariedade do órgão em escolher a melhor solução encontrada pela gestão com base em critérios técnicos, por equipe educacional da Secretaria Municipal de Educação, demonstrando assim sua adequação aos objetivos pretendidos pela Administração e que mais se adaptam à metodologia de ensino.

Traz, ainda, manifestação do Ministério Público de Contas nos mesmos processos:

É certo, portanto, que cabe à Secretaria de Educação, no exercício de sua competência discricionária, a escolha do material didático que

✓



melhor atenderá aos currículos dos alunos da rede pública de ensino do município.

[...]

Nesse aspecto, a própria disposição do art. 7º, § 5º, da Lei 8.666/1993 flexibiliza a possibilidade de haver objeto contratual com indicação de marcas, características e especificações exclusivas nos casos em que for tecnicamente justificável.

[...]

Ademais, foi igualmente constatado pela Unidade Técnica a presença de justificativa do interesse público na definição do objeto contratual (fls. 203-210 do evento 20). Houve, portanto, estudo e análise prévia do material didático a ser adquirido, culminando na consideração de que seu conteúdo era o mais adequado à organização curricular da nova disciplina para os alunos da rede de ensino municipal, no exercício de sua competência discricionária.

Em princípio, a escolha do material didático seu deu com base nas avaliações realizadas pela equipe pedagógica da Secretaria Municipal de Educação de Vitória, mediante ponderação especializada e isenta, representando, nesse sentido, a melhor solução encontrada pela gestora no momento da compra dos produtos, considerando o grau de subjetividade da seleção e a característica técnica particular do produto.

[...]

A escolha técnica feita pelos profissionais da Secretaria de Educação, se reveste de um alto grau de subjetividade, contudo é uma escolha discricionária do órgão que deve ocorrer com base na melhor solução encontrada pela gestão.

Desse modo afirmamos tecnicamente que as especificações foram definidas com o objetivo de atender as necessidades da Secretaria da Educação.

Assim, diante da característica do material a ser adquirido, a exigência editalícia está amoldada na legislação e na jurisprudência, não havendo motivo para alterá-la.

Em relação ao **segundo ponto impugnado no edital**, observa-se que a permissão de consórcio nos certames licitatórios visa ampliar a competitividade, dado que possibilita às empresas ou pessoas com estrutura pequena ou mediana que se reúnam para atender às demandas do Edital, **quando as circunstâncias do mercado e**

(ou) a complexidade do objeto tornam problemática a competição. Ou seja, se uma grande quantidade de empresas, isoladamente, não dispuser de condições para participar da licitação, o instituto do consórcio é a via adequada para propiciar ampliação do universo de licitantes capacitados a atender os requisitos para realização de tais serviços.

Para contratação do objeto que será licitado, cabe ressaltar, que tal dispositivo não se aplica, pois os materiais ora pretendidos não impedem que várias empresas atuantes no mercado possam atendê-los, isoladamente, sem maiores dificuldades. **Tal como não se trata de objeto de grande vulto e complexidade que justificaria a execução em consórcio de empresas.**

Tomando como base as informações expostas, quanto à possibilidade de formação de consórcio, substanciados nas justificativas supras, entendemos como improcedente o questionamento relativo à participação em regime de consórcio.

Ademais, a opção pela participação de empresas consorciadas configura ato discricionário da área solicitante, que entende, pelas razões acima expostas, incabível a permissão para admissão de consórcios, consubstanciando na busca da melhor e mais vantajosa proposta, assegurando assim a participação ampla de empresas não consorciadas.

Assim é o entendimento do doutrinador Marçal Justen Filho e de alguns julgados e manifestações do TCU, conforme transcrições abaixo:

"A formação de consórcios acarreta risco da dominação do mercado, através de pactos de eliminação de competição entre empresários. No campo das licitações, a formação de consórcios poderia reduzir o universo da disputa. O consórcio poderia retratar uma composição entre eventuais interessados: em vez de estabelecerem disputa entre si, formalizariam acordo para eliminar a competição". Marçal Justen Filho – Comentários à lei de licitações e contratos administrativos, art. 33."

"A lei abre amplo espaço à discricionariedade administrativa na matéria, seja quanto à decisão de permitir a participação, ou quanto às exigências da habilitação preliminar...". Jessé Torres Pereira Junior – Comentários à lei das licitações e contratações da administração pública, art.33"

"9.15. Quanto à admissão de consórcios em certames licitatórios, convém transcrever análise

constante do relatório do Ministro Relator Marcos Bemquerer na Decisão 486/2002-TCU-Plenário:

' Acórdão 1179/2014 – Plenário – TCU - Em regra, o consórcio não é favorecido ou incentivado em nosso Direito. Como instrumento de atuação empresarial, o consórcio pode conduzir a resultados indesejáveis. A formação de consórcios acarreta risco da dominação do mercado, através de pactos de eliminação de competição entre os empresários. No campo das licitações, a formação de consórcios pode reduzir o universo da disputa. O consórcio poderia retratar uma composição entre eventuais interessados: em vez de estabelecerem disputa entre si, formalizariam acordo para eliminar a competição. Mas o consórcio também pode prestar-se a resultados positivos e compatíveis com a ordem jurídica. Há hipóteses em que as circunstâncias de mercado e (ou) a complexidade do objeto tornam problemática a competição. Isso se passa quando grande quantidade de empresas, isoladamente, não dispuser de condições para participar da licitação. Nesse caso, o instituto do consórcio é a via adequada para propiciar ampliação do universo de licitantes. É usual que a administração pública apenas autorize a participação de empresas em consórcio quando as dimensões e complexidade do objeto ou as circunstâncias concretas exijam a associação entre particulares' (Marçal Justen Filho, 'Comentários à Lei de Licitação e Contratos Administrativos', 8ª Edição, pags. 369/370)

Cabe à administração, levando-se em consideração o objeto licitado e os potenciais concorrentes, decidir a respeito da participação de consórcios, o que, pelos posicionamentos acima transcritos, constitui-se exceção e não a regra. Não há porque se questionar, a priori, a opção da administração em não permitir a participação de consórcios.'

[...]

9.17. Percebe-se, portanto, que a aceitação de consórcios na disputa em certame licitatório situa-se no âmbito do poder discricionário da Administração contratante, consoante previsto no art. 33, caput, da Lei 8.666/1993, requerendo-se, todavia, que a opção escolhida seja sempre justificada. No caso concreto, a vedação à participação de consórcios no certame somente foi adequadamente justificada após ter sido acatada a sugestão da Conjur de prever a cotação parcial do objeto, implicando inferir que até aquele momento havia a decisão pela vedação de

participação de consórcio, mas sem a existência da fundamentação que a suportasse.”

DA CONCLUSÃO

Após análise, e com base na fundamentação supra, **decido não conhecer devido a INTEMPESTIVIDADE** e, no mérito, **INDEFERIR** a impugnação em epígrafe interposta pela empresa **FORT'UP DISTRIBUIDORA LTDA**, inscrita no CNPJ/MF sob o nº **30.570.908/0001-00**, mantendo-se, assim, todos termos constantes nos itens do Edital publicado.

Santa Quitéria-CE, em 06 de outubro de 2023.


CARLA MARIA OLIVEIRA TIMBÓ
Pregoeira Municipal