

PARECER JURIDICO

Trata-se de Processo encaminhado pelo Pregoeiro do Município, para edição de parecer jurídico sobre a impugnação apresentada ao Edital nº 015/2021.

A empresa RORIZ COMÉRCIO E IMPORTAÇÃO, pessoa jurídica de direito privado, inscrito no CNPJ nº 08.979.527/0001-11, sediada na Rua 1136, 644Quadra 244, Lote 18, Sala 3, Setor Marista, CEP 74180- 150, Goiânia (GO), apresentou impugnação alegando em apertada síntese os seguintes tópicos:

“1.1. DA EXIGÊNCIA DE AMOSTRAS SEM CRITÉRIOS OBJETIVOS

1.2. ESPECIFICAÇÃO TÉCNICA QUE IMOTIVADAMENTE VINCULA A FORNECIMENTO DE UMA MARCA

1.3. DA NECESSIDADE DE AJUSTE NA ESPECIFICAÇÃO TÉCNICA OU INCLUSÃO DAS EXPRESSÃO “SIMILAR” NA ESPECIFICAÇÃO TÉCNICA DO PRODUTO

1.4. DA NECESSIDADE DE SEPARAÇÃO DOS ITENS DE UM MESMO LOTE PARA ITENS UNITÁRIOS”

É o que há para relatar.

Passamos a análise dos itens apresentados.

1.1. DA EXIGÊNCIA DE AMOSTRAS SEM CRITÉRIOS OBJETIVOS

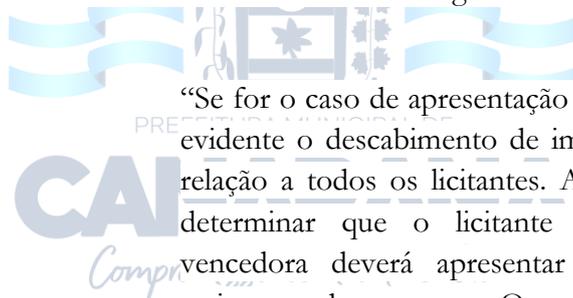
Conforme se sabe, decorre do art. 37, inc. XXI, da CF que somente serão admitidas em licitação exigências essenciais a assegurar o pleno atendimento da necessidade da Administração. Trata-se de diretriz que visa a evitar restrições indevidas à competitividade em prejuízo tanto do interesse do particular em ter amplo acesso aos certames, quanto da própria Administração em obter a proposta mais vantajosa. Assim, é a luz desse princípio que deve ser sopesado o cabimento de qualquer exigência, inclusive de amostra.

A finalidade da amostra é permitir a Administração aferir a compatibilidade material entre o objeto ofertado pelo licitante e a solução hábil a satisfazer sua necessidade. Nesse sentido, será cabível a exigência de amostra quando uma análise meramente formal da proposta *versus* edital não for suficiente para conferir segurança à

Administração quanto à adequação do objeto ofertado pelo particular. Seguindo essa mesma diretriz, explica Renato Geraldo Mendes:

“A finalidade da amostra é permitir que a Administração, no julgamento da proposta, possa se certificar de que o bem proposto pelo licitante atende a todas as condições e especificações técnicas indicadas na sua descrição, tal como constante no edital. **Com a amostra, pretende-se reduzir riscos e possibilitar a quem julga a certeza de que o objeto proposto atenderá à necessidade da Administração.**” MENDES, Renato Geraldo. **O processo de contratação pública:** fases, etapas e atos. Curitiba: Zênite, 2012. p. 171.

Assim, a exigência contida no Edital está de acordo com o entendimento doutrinário e jurisprudencial. A amostra deve ser exigida tão somente do primeiro colocado, a saber:



“Se for o caso de apresentação de amostras, afigura-se evidente o descabimento de impor-se a exigência em relação a todos os licitantes. A única alternativa será determinar que o licitante cuja oferta sagrar-se vencedora deverá apresentar a amostra antes da assinatura do contrato. Ou seja, os licitantes terão conhecimento de que, se saírem vencedores do certame, terão de encaminhar imediatamente a amostra do objeto ofertado” (cf. Marçal Justen Filho in Pregão – Comentários à Legislação do Pregão Comum e Eletrônico, 2ª ed., Dialética, São Paulo, 2003, p. 116).

A Corte de Contas da União manifestou-se:

A exigência de apresentação de amostras em pregão presencial é admitida apenas na fase de classificação das propostas e somente do licitante provisoriamente classificado em primeiro lugar Representação de empresa acusou supostas irregularidades na condução do Pregão Presencial para Registro de Preços nº 20/SME/DME/2012, realizado

pela Secretaria Municipal da Educação de São Paulo, com aporte de recursos federais e que tinha por objeto a aquisição de suco de laranja integral pasteurizado congelado e de néctar de frutas congelado. Além da realização de pregão presencial em vez de sua forma eletrônica e a ausência de especificação de quantitativos dos itens a serem adquiridos, detectou-se suposta irregularidade consistente na “exigência de amostras de todas as licitantes”. Quanto a esse quesito do edital, a unidade técnica informou que “A jurisprudência consolidada do TCU é no sentido de que a exigência de apresentação de amostras é admitida apenas na fase de classificação das propostas, somente do licitante provisoriamente classificado em primeiro lugar e desde que de forma previamente disciplinada e detalhada no instrumento convocatório”. Mencionou, em seguida, deliberações que respaldam esse entendimento: Acórdãos 1.291/2011-Plenário, 2.780/2011-2ª Câmara, 4.278/2009-1ª Câmara, 1.332/2007-Plenário, 3.130/2007-1ª Câmara e 3.395/2007-1ª Câmara. O relator, em face desse e dos demais indícios de irregularidades apontados na representação determinou a suspensão cautelar do certame e a oitiva daquele órgão, decisão essa que mereceu o endosso do Plenário. Após a análise das respostas à oitiva realizada, ressaltou a unidade técnica que: “A exigência de amostras a todos os licitantes, na fase de habilitação ou de classificação, além de ser ilegal, pode impor ônus excessivo aos licitantes, encarecer o custo de participação na licitação e desestimular a presença de potenciais interessados”. Potenciais interessados de cidades próximas a São Paulo ou em outros Estados seriam submetidos a ônus maior, dada a necessidade de envio de representante para apresentar amostra, “quando sequer sabem se sua proposta será classificada em primeiro lugar”. Propôs, ao final, em razão dessa e das outras irregularidades identificadas no edital, a anulação do certame. O relator endossou a análise e as conclusões da unidade técnica. O Tribunal, então, em face dessa e de outras ocorrências, decidiu:

a) assinar prazo para que a Secretaria Municipal da Educação do Município de São Paulo adote providências com o intuito de anular o Pregão Presencial para Registro de Preços nº 20/SME/DME/2012; b) determinar a esse órgão também que, caso opte por promover nova licitação em substituição ao Pregão Presencial para Registro de Preços nº 20/SME/DME/2012: “(...) observe que a exigência de apresentação de amostras é admitida apenas na fase de classificação das propostas, somente do licitante provisoriamente classificado em primeiro lugar e desde que de forma previamente disciplinada e detalhada no instrumento convocatório”. Precedentes mencionados: Acórdãos nº 1.291/2011-Plenário, nº 2.780/2011-2ª Câmara, nº 4.278/2009-1ª Câmara, nº 1.332/2007-Plenário, nº 3.130/2007-1ª Câmara e nº 3.395/2007-1ª Câmara. **Acórdão nº 3269/2012-Plenário, TC-035.358/2012-2, rel. Min. Raimundo Carreiro, 28.11.2012.**

A exigência da amostra no presente caso é algo totalmente aceitável e fundamental, isso porque, não existem outras formas da Administração averiguar a boa qualidade do produto. A sugestão da empresa que essa análise seja feita através de catálogos é infactível.

Dessa forma, opino pela manutenção da exigência em todos os seus termos.

1.2. ESPECIFICAÇÃO TÉCNICA QUE IMOTIVADAMENTE VINCULA A FORNECIMENTO DE UMA MARCA

Dentro da administração alguns preferem dizer que as compras não correspondem à qualidade dos produtos devido ao fato da aquisição da modalidade pregão ser feita por menor preço, porem poucos sabem que existe uma lei que regulamenta as compras em âmbitos federal, governamental e municipal, a lei 8666/93 diz em seu 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.

Ressalta-se aqui que Licitação não é um processo voltado para a obtenção do mais barato, como apresentado na lei é feita para a obtenção da proposta mais vantajosa para a administração. Para atender a efetividade da Lei, o município é obrigado a seguir regras para proceder a suas compras, a lei traz também modalidades e tipos de licitações que devem ser aplicadas a cada caso. Em elaboração aos processos de licitação, tornam-se necessários à apresentação da real necessidade da administração nas compras a serem realizadas. Na definição de tal conceito, diz a norma, art. 8, II do decreto 3.555:

Art. 8º A definição do objeto deverá ser precisa, suficiente e clara, vedadas especificações que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, limitem ou frustrem a competição ou a realização do fornecimento, devendo estar refletida no termo de referência.

A correta especificação do item é que vai determinar o atendimento das necessidades da compra ou não. É de fundamental importância que este esteja bem descrito para que não haja margem de dúvida por parte dos licitantes ou dos responsáveis pela aquisição.

Nesse momento podemos analisar a importância do conhecimento e da especificação do item, evitando aqui, especificações errôneas que levarão a insatisfação da aquisição no momento do recebimento do item já contratado futuramente.

A que a especificação incompleta do bem ou serviço a ser adquirido impede o licitante de fazer uma boa cotação e apresentar a melhor proposta e para a administração, desencadeará um conjunto de inconsistências técnicas, perdas econômicas, de tempo, qualidade e diversos outros que, sem dúvida, tornará o termo de referência passível de questionamentos ou até mesmo impugnação do processo licitatório.

Acreditamos que ocorreu por parte da empresa uma confusão ao analisar o Edital em virtude de existir uma diferença entre a indicação de marca e a menção a marca de referência ou mesmo a descrição minuciosa do objeto. Entre as duas primeira o TCU já se manifestou.

Sobre a diferença entre a vedação à indicação de marca e a menção à marca de referência, assim se manifestou o Tribunal de Conta da União no Acórdão 2.829/15 – Plenário:

“A diferença básica entre os dois institutos é que o primeiro (excepcionado pelo art. 7º, § 5º, da Lei 8.666/1993), admite a realização de licitação de objeto sem similaridade nos casos em que for tecnicamente justificável, ao passo que o segundo é empregado meramente como forma de melhor identificar o objeto da licitação, impondo-se a aceitação de objeto similar à marca de referência mencionada”.

Como visto, a vedação à indicação de marca em certames licitatórios não é absoluta. Há casos em que a restrição por determinadas marcas é lícita e até recomendável. Todavia, essa possibilidade não afasta a necessidade de o órgão licitante prévia e tecnicamente fundamentar sua decisão.

Assim, a **ESPECIFICAÇÃO TÉCNICA NÃO VINCULA A FORNECIMENTO DE UMA MARCA**, apenas descreve de forma técnica e minuciosa o produto a ser adquirido pelo município.

Dessa forma, opino pela manutenção da exigência em todos os seus termos.

1.3. DA NECESSIDADE DE AJUSTE NA ESPECIFICAÇÃO TÉCNICA OU INCLUSÃO DAS EXPRESSÃO “SIMILAR” NA ESPECIFICAÇÃO TÉCNICA DO PRODUTO

No que se refere à inclusão da expressão “similar” entendemos desnecessário, entendo que a aplicação literal do princípio da vinculação ao edital, que prescreve que quem descumprir as suas exigências deve ser inabilitado ou desclassificado, ou seja, seria um apego rigoroso ao instrumento convocatório que pode, a depender das especificidades do caso, ocasionar mais malefícios que benefícios, por isso faz-se necessária a ponderação entre eles, de forma a não prejudicar a Administração.

Nesse sentido, vale citar entendimento de Lucas Rocha Furtado, representante do Ministério Público de Contas da União:

“É certo que, se o instrumento convocatório de uma licitação impõe determinado requisito, deve-se reputar como relevante tal exigência, arcando o licitante com as consequência de sua omissão. Essa é a regra. **Esse rigor não pode ser aplicado, no entanto, de forma a prejudicar a própria Administração.**”

Nesses termos, a Administração, **afastando o excesso de formalismo, deve preferir consagrar vencedora a proposta mais vantajosa, mesmo que para isso tenha de abrir mão de exigências previstas no Edital**, desde que isso não implique em

lesão e direito dos demais participantes. (Curso de Licitações e contratos administrativos. São Paulo: Atlas. 2001, p.31) (grifo nosso)”

Neste mesmo sentido escreve Ronny Charles Lopes de Torres:

Embora a determinação legal imponha à Administração o cumprimento das normas e condições previstas no edital, devemos lembrar que o **formalismo não é uma finalidade em si própria, mas um instrumento utilizado na busca do interesse público, o qual, na licitação, orienta-se pela busca da melhor proposta para a Administração**, resguardando o respeito a isonomia entre os interessados (Binômio: Vantagem e Isonomia). (Leis de Licitações Públicas Comentadas, 9ª Ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 566) (grifo nosso)

Assim, mesmo que não contenha a expressão similar, é dever do município aceitar produtos similares, não havendo a necessidade de sua inclusão.

Dessa forma, opino pela manutenção da exigência em todos os seus termos.

1.4. DA NECESSIDADE DE SEPARAÇÃO DOS ITENS DE UM MESMO LOTE PARA ITENS UNITÁRIOS

Buscando-se o aumento da competitividade, sendo tecnicamente possível e inexistindo prejuízo à economia de escala ou ao conjunto da contratação, as disputas licitatórias devem ser divididas em parcelas ou itens (adjudicação por itens), gerando certames autônomos, mesmo que em um mesmo edital, de forma a beneficiar o aumento da competitividade.

Ocorre que o raciocínio de parcelamento ou adjudicação por itens não deve ser levado a termos absolutos, pois a divisão da pretensão contratual, em alguns casos, pode prejudicar a economia de escala e gerar outros custos relacionados aos diversos contratos, além de potencializar riscos e dificuldades na gestão de uma pluralidade de contratos autônomos para atendimento da mesma pretensão contratual.

O próprio TCU já entendeu que seria legítima a reunião de elementos de mesma característica, quando a adjudicação de itens isolados onerar “o trabalho da administração pública, sob o ponto de vista do emprego de recursos humanos e da dificuldade de controle, colocando em risco a economia de escala e a celeridade processual”, o que pode comprometer a seleção da proposta mais vantajosa. Acórdão 5301/2013-Segunda Câmara. Rel. Ministro André Luis.

Repetimos, o TCU:

A aquisição de itens diversos em lotes deve estar respaldada em critérios justificantes Representação formulada por licitante deu conta de supostas irregularidades no Pregão Eletrônico, com registro de preços, nº 65/2011, realizado pelo Instituto

Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Paraná (IFPR), para futuras aquisições de conjuntos laboratoriais para o campus do Instituto em Foz do Iguaçu/PR. Na etapa processual anterior, houve determinação cautelar ao IFPR de que sobrestasse o certame, ante os indícios de restrição à competitividade, tendo em consideração a agregação de diversos equipamentos e materiais em lotes, que deveriam ser fornecidos integralmente pelo licitante vencedor do respectivo lote. Promovida a audiência da pregoeira, foi informado que o objeto da licitação não se trataria de um conjunto de peças avulsas, mas de um conjunto de materiais de laboratórios, os quais, de acordo com projetos técnicos, seriam indispensáveis à aplicação do ensino em sua forma didática. Por isso, a Administração manifestou seu interesse em optar pela forma de aquisição por lote. Ainda conforme a pregoeira, “para que a Administração optasse pela licitação por lote, buscou embasamento em um prévio estudo sobre as necessidades pedagógicas que instruíram o Termo de Referência e o Edital em consonância com as necessidades ali apontadas.” O relator, ao analisar os argumentos apresentados, registrou que, além do critério logístico concernente ao recebimento de mais de trezentos itens objeto da licitação, “a divisão por lotes (...) encontraria respaldo no critério pedagógico, segundo o qual a ausência de algum determinado equipamento ou outro material necessário tornaria inviável a atividade de aprendizado almejada com o uso do laboratório”. Ainda que tal agregação tenha juntado, em um mesmo lote, itens que não guardariam total correlação em seu processo produtivo, prosseguiu o relator em seu voto, teria trazido a vantagem de unir todos os itens imprescindíveis para a perfeita utilização laboratorial. Assim, sopesando as inegáveis vantagens operacionais e pedagógicas advindas desse agrupamento em cotejo com a competitividade necessária ao certame, entendeu não haver máculas ao procedimento examinado. Votou, então, pela revogação da cautelar anteriormente concedida, bem como pelo arquivamento do processo, no que foi acompanhado pelo Plenário. **Acórdão n.º 1167/2012-Plenário, TC 000.431/2012-5, rel. Min. José Jorge, 16.5.2012.**

2. A adjudicação por grupo ou lote não é, em princípio, irregular, devendo a Administração, nesses casos, justificar de forma fundamentada,

no respectivo processo administrativo, a vantagem dessa opção.

Em Representação relativa a pregão eletrônico para registro de preços conduzido pelo Departamento de Polícia Federal – Superintendência Regional na Bahia (SR/DPF/BA), objetivando a aquisição de equipamentos de uso e de proteção individual para servidores policiais, a unidade técnica questionou o critério de julgamento adotado no certame, qual seja o de menor preço global com a adjudicação por lote, em detrimento da adjudicação por item. Segundo a unidade técnica, a modelagem adotada contrariaria a jurisprudência do TCU, consolidada na Súmula 247, permitindo a adjudicação de determinados itens a empresa que não ofereceu a melhor oferta pelo item, com potencial dano ao erário. Assim, propôs a unidade instrutiva que não sejam adquiridos os itens para os quais a respectiva licitante vencedora não tenha apresentado o menor preço, vedando ainda as adesões à ata. Ao discordar dessa tese, o relator anotou que o potencial dano apresentado, se comparado com o montante envolvido na licitação, “não justifica, por si só, a proposta inicial da unidade instrutiva de se determinar ao órgão que se abstenha de adquirir esses itens e, ainda, autorizar adesões” Explicou que “a existência de itens com preços superiores aos concorrentes não é algo estranho em uma licitação por agrupamento, com diversos itens em cada lote”, sendo razoável que “a empresa vencedora não detenha os menores preços em todos os itens ofertados, como ocorre no presente caso”. Ainda sobre a proposta da unidade instrutiva, ressaltou que a “empresa licitante, ao compor os preços dos lotes, pode ter trabalhado cada item com margens variáveis”, de forma que “a retirada de um ou outro item pode afetar o efetivo interesse da licitante vencedora em ser contratada”. Em relação à alegada afronta à Súmula 247 do TCU, destacou o condutor do processo entendimento expresso em julgado de sua relatoria, no sentido de que “a adjudicação por grupo ou lote não pode ser tida, em princípio, como irregular (...) a Súmula nº 247 do TCU estabelece que as compras devam ser realizadas por item e não por preço global, sempre que não haja prejuízo para o conjunto ou perda da economia de escala”. Nesse sentido, entendeu o relator que não houve a alegada afronta à jurisprudência do TCU, ressaltando que “a



interpretação da Súmula/TCU 247 não pode se restringir à sua literalidade, quando ela se refere a itens. A partir de uma interpretação sistêmica, há de se entender itens, lotes e grupos”. Por fim, dissentindo da unidade técnica, propôs o relator emitir determinação ao órgão para que “se abstenha de autorizar adesões à Ata de Registro de Preços, individualmente, no que diz respeito aos itens 3, 8, 13, 14 e 15 do Pregão Eletrônico (...), a menos que o aderente manifeste-se no sentido de contratar a totalidade do lote”. Adicionalmente, propôs “dar ciência ao órgão que, no caso de se licitar itens agrupados, no processo licitatório respectivo deve constar justificativa da vantagem da escolha, devidamente fundamentada”. O Tribunal, ao acolher o voto do relator, julgou parcialmente procedente a Representação. **Acórdão 5134/2014-Segunda Câmara, TC 015.249/2014-0, relator Ministro José Jorge, 23.9.2014.**

Dessa forma, opino pela manutenção da exigência em todos os seus termos.

Diante do exposto e pelas razões aqui apresentadas opina pelo indeferimento da impugnação apresentada pela empresa RORIZ COMÉRCIO E IMPORTAÇÃO, pessoa jurídica de direito privado, inscrito no CNPJ nº 08.979.527/0001-11.

Canarana, 05 de abril de 2021.

ALEX VINICIUS NUNES NOVAES MACHADO
ADVOGADO OAB/BA 18068