

RESPOSTA A IMPUGNAÇÃO

REFERENTE À PREGÃO ELETRÔNICO Nº 10.002/2023-SRP

Objeto: Registro de Preços para futura e eventuais aquisições de gêneros alimentícios destinados aos alunos assistidos pelo Programa de Alimentação Escolar do Município de Apuiarés.

IMPUGNANTE:

- SIAL COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA - CNPJ Nº 31.970.697/0001-57.

DAS INFORMAÇÕES:

A PREGOEIRA do Município de Apuiarés/CE, instada a se pronunciar acerca da Impugnação ao Edital de Pregão Eletrônico nº 10.002/2023-SRP, interposta pela empresa Sial Comércio de Alimentos Ltda - CNPJ nº 31.970.697/0001-57, ao final subscrito, passa a apresentar suas considerações, fazendo-as pelos fundamentos fáticos e de direito a seguir elencados:

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 teve efeito suspensivo conforme § 2º. considerando a necessidade de uma análise pela autoridade superior.

Decreto 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;

DA ADMISSIBILIDADE DA IMPUGNAÇÃO :

Os pressupostos de admissibilidade desta espécie de Impugnação Administrativa, cuja existência concreta deve ser preliminarmente aferida, são eles principalmente: a manifesta tempestividade, a inclusão de fundamentação e de pedido de retificação dos termos do edital, com a exclusão/modificação dos itens do lote 01 e 02 do instrumento convocatório.

A petição do inconformismo foi protocolada em atenção ao requisito extrínseco da tempestividade, uma vez que a abertura da sessão pública está marcada para o dia 15/01/2024, e a impugnação foi protocolada por e-mail no dia 10/01/2024. Logo, é evidente que fora cumprido o prazo previsto no edital do certame e no art.24 do Decreto Federal nº 10.024/2019.

DOS FATOS

Trata-se os autos sobre a impugnação ao Edital de Pregão Eletrônico nº 10.002/2023-SRP, tendo em como objeto o "Registro de Preços para futura e eventuais aquisições de gêneros alimentícios destinados aos alunos assistidos pelo Programa de Alimentação Escolar do Município de Apuiarés", interposto pela empresa Sial Comércio de Alimentos Ltda.

Insurge a Impugnante que o Termo de Referência apresenta vícios e compromete a disputa trazendo prejuízo aos licitantes e ao próprio órgão que fica impedido de analisar orçamentos que seriam mais vantajosas quanto ao Lote 01 – Item 07; Lote 02 – Item 05 e 10. Descreve também em sua inicial o direcionamento a determinada marca ou produto, que somente empresas específicas produzem os alimentos, o que macularia o processo, e que estes produtos não possuem comercialização livre e que a apresentação de amostras de um dos produtos, seria exigência absurda do Edital.

O impugnante alega também que a separação por lote limita a competição e requer ao final, o conhecimento da presente impugnação, retificação do Edital as exigências do Lote 01 – Item 07, Lote 02 – Item 05 e 10.

É o breve relatório

DO EXAME DO MÉRITO

No que tange às alegações apresentadas pela licitante, tem-se que a licitante vencedora deve apresentar amostras dos itens 07 lote 01 e item 5 e 10 do lote 02 e que os itens específicos limitam o caráter competitivo por serem itens de difícil acesso no mercado. Descrições dos itens conforme a seguir:

LOTE 01

7	Mistura para Preparo de Sopa: Mistura para preparo de sopa de carne, ervilha, jerimum e macarrão de letrinha, mistura heterogênea, de coloração amarelada e odor característico de farinha de milho pré gelatinizada, enriquecida com ferro e ácido fólico, arroz, macarrão de letrinha, proteína de soja, caldo de carne, sal refinado, óleo de palma, corante natural urucum, ervilha e jerimum desidratados, carne desidratada, alho desidratado e aroma artificial de carne. Embalagem em sacos de poliéster metalizado laminado, hermeticamente fechados, contendo 1kg do produto.	KG	1.000	R\$ 13,77	R\$ 13.770,00
---	--	----	-------	-----------	---------------

LOTE 02

5	Mingau tipo curau: Mingau tipo curau com flocos de milho e coco ralado. Embalagem em sacos de poliéster metalizado laminado, hermeticamente fechados contendo 1 kg do produto. Registro do ministério da Educação ou secretaria de Educação do Estado do Ceará. Validade mínima de 90 dias da data do recebimento.	PCT	800	R\$ 21,85	R\$ 17.480,00
---	---	-----	-----	-----------	---------------

LOTE 02

10	Leite em Pó: com no mínimo 25g de proteína para cada porção de 100g, enriquecido com 12 vitaminas, acondicionado em embalagem do tipo sachê, ácido fólico, cálcio, ferro, iodo e zinco. Embalagem primária de alumínio, em pacote de 500g, não furadas, estufadas, invioladas, livres de impurezas, umidade, insetos, microrganismos ou outras impurezas que venham a comprometer o armazenamento e a Educação humana. Registro do produto cotado emitido pelo serviço de inspeção federal, sif, do ministério da agricultura. Data de fabricação e validade expressas na embalagem e com validade de no mínimo 80% da data de entrega do produto.	PCT	5.000	R\$ 18,18	R\$ 90.900,00
----	---	-----	-------	-----------	---------------

Tambem faz menção ao item 6. do edital, vejamos:

6. DA AMOSTRA:

6.1 O licitante classificado em primeiro lugar após a fase de lances, antes da fase de habilitação, deverá apresentar amostras dos itens arrematados **(itens 02, 03, 05, 13, 14, 16, 18, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37)**, devendo ser apresentadas em até 48h (quarenta e oito) horas úteis, na sede da Secretaria de Educação situado à Rua 25 de Janeiro, nº S/N, Centro, Apuiarés, após convocação via chat pela Pregoeira, onde será submetido previamente à análise de especificações técnicas, sob pena de desclassificação caso o mesmo não apresente a amostra no prazo estabelecido, ou apresente em desconformidade com os termos deste termo de referência, podendo assim a Pregoeira convocar o licitante subsequente em ordem de classificação, a fim de atendimento ao solicitado.

Em atenção ao caráter técnico da exigência, esta pregoeira solicitou à Secretaria de Educação,

órgão licitante, informações sobre a necessidade da disposição editalícias transcritas acima, tendo sido instruído que o objetivo de tal exigência é adquirir produtos com valor nutricional, saborosos e avaliar a qualidade dos produtos que se pretende adquirir, aferindo se estão compatíveis com a demanda no edital e se estão próprios para consumo

Da análise da presente impugnação, quanto aos itens descritos, por tratar-se de ordem técnica, nos termos do Decreto Federal nº 10.024/2019, fora encaminhado a Dra. Ana Cristina de Sousa Oliveira – CRN nº 7242/11º Região, nutricionista responsável técnica da alimentação escolar do município de Apuiarés/CE para emissão da parecer técnico, vejamos:

“DECISÃO:

Analisadas as razões impugnadas venho por meio deste respeitosamente a empresa dizer que o pedido de impugnação não procede, tendo em vista que os produtos descritos em pauta existem em mais de um local para ser comprado. E de acordo com a LEI Nº 11.947, DE 16 DE JUNHO DE 2009, no Art. 2ª que se trata das diretrizes da alimentação escolar: mostra que no I - o emprego da alimentação saudável e adequada, compreendendo o uso de alimentos variados, seguros, que respeitem a cultura, as tradições e os hábitos alimentares saudáveis, contribuindo para o crescimento e o desenvolvimento dos alunos e para a melhoria do rendimento escolar, em conformidade com a sua faixa etária e seu estado de saúde, inclusive dos que necessitam de atenção específica;

VI - o direito à alimentação escolar, visando a garantir segurança alimentar e nutricional dos alunos, com acesso de forma igualitária, respeitando as diferenças biológicas entre idades e condições de saúde dos alunos que necessitem de atenção específica e aqueles que se encontram em vulnerabilidade social.

Coloquei tal e qual o que consta em lei para mostrar que as especificações biológicas estão sendo respeitadas de acordo com a idade do escolar em relação o mingau e seus hábitos alimentares, com a boa aceitação do alimento como curau de milho. Eu coloquei as especificações do mingau buscando qual seria o mais nutritivo e que tivesse mais aceitação pelos escolares. Que por meio de visitas técnicas realizadas nas escolas e com teste de aceitabilidade com os alunos e pesquisas com as merendeiras sobre desperdícios de alimentos esse tipo de alimento tem boa aceitação, sem desperdício.

Quanto ao preparo para sopa tem os condimentos que tem em nossa culinária, deixando assim as sopas mais saborosas. E em relação ao leite eu procurei o que tem mais qualidade nutricional. Na pauta que eu realizo eu não especifico marcas, dessa forma se torna incongruente essa impugnação, tendo em vista que as especificações dos produtos **têm não só em uma determinada empresa** como foi citado, como também a venda do produto pode ser realizada a quem quiser comprar.

A empresa alega que a mistura para sopa e o mingau de milho e coco só tem pela Forma Fácil, mas também se pode encontrar de outra marca que pode ser encontrada até no mercado livre, ou seja, não procede a informação de que tais produtos somente determinadas pessoas poderão comprar.

O leite pode ser também da marca Danky que contém as 12 vitaminas;

A mistura para sopa e o mingau de milho e coco pode ser encontrada na marca

SUSTENTARE. Basta as empresas que irão participar procurarem as marcas para a realização das compras, tendo em vista que eu como nutricionista não posso indicar fabricantes e ou marcas.

Dessa forma não se justifica a impugnação dos itens já que tem mais de um fabricante/marca desses mesmos produtos.

Eu Responsável Técnica da Alimentação Escolar do Município de Apuiarés/CE, sempre trabalho com pesquisas baseadas nas orientações do Programa nacional de Alimentação Escolar - PNAE, com seriedade e respeito com a lei.”

Igualmente, veja- que o Ministério da Educação, por meio do Conselho Deliberativo do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE) estabeleceu critérios importantes para a entrega de alimentação escolar segura e nutritiva às crianças e adolescentes que frequentam escolas públicas, tendo feito por meio da provação da Resolução nº 06, de 08 de maio de 2020, da qual extrai-se os seguintes dispositivos:

Art. 5º São diretrizes da Alimentação Escolar:

(...)

VI – O direito à alimentação escolar, visando garantir a segurança alimentar e nutricional dos alunos, com acesso de forma igualitária, respeitando as diferenças biológicas entre idades e condições de saúde dos alunos que necessitem de atenção específica e aqueles que se encontrem em vulnerabilidade social.

Art. 41 A EEx ou a UEx poderá prever em edital de licitação ou na chamada pública a apresentação de amostras pelo licitante classificado provisoriamente em primeiro lugar, para avaliação e seleção do produto a ser adquirido, as quais deverão ser submetidas a análises necessárias, imediatamente após a fase de homologação.

Art. 42 Cabe às EEx ou às UEx adotar medidas de controle higiênico-sanitário que garantam condições físicas e processos adequados às boas práticas de manipulação e processamento de alimentos na aquisição, no transporte, na estocagem, no preparo/manuseio e na distribuição de alimentos aos alunos atendidos pelo Programa.

Está claro que as normativas nacionais que dispõem sobre a alimentação escolar são no sentido de buscar assegurar às crianças destinatárias da alimentação, o melhor cenário possível de segurança alimentar, afastando tanto quanto possível, por todos os meios disponíveis, riscos de contaminação e prejuízo à saúde dessas crianças. tendo em vista que para os alunos de escola pública, a alimentação escolar, em muitos cenários, é composta pelas principais refeições que essas crianças vão consumir ao longo do dia, talvez a única. Logo, não é aceitável que o Poder Público adquira e ofereça às crianças alimentos com qualquer **descrição** ou grau de impropriedade.

Portanto, quanto ao suposto direcionamento, mantém a decisão inicial do Edital quanto a descrição dos itens, conforme Parecer Técnico da lavra da Dra. Ana Cristina de Sousa Oliveira.

Dada as devidas informações, o conteúdo e a extensão dos documentos requeridos está diretamente ligado ao que determina a lei, dados as devidas proporções quanto ao objeto da licitação, entretanto, ao ser publicado o Edital, nasce o direito de impugnar, questionar quaisquer atos, exigências, que, em cada caso, de serem analisadas nos termos da legislação vigente, conforme preconiza o art. 41 da Lei nº 8.666/93.

Antes de ponderar acerca dos argumentos expendidos pela Impugnante, é imperioso inserir no contexto o que dispõe a doutrina nas palavras do Professor Marçal Justen Filho sobre os documentos habilitatórios:

“Existe, portanto, uma margem de discricionariedade para a Administração configurar, **em cada caso**, as exigências e os requisitos de participação. Ao elaborar o ato convocatório, a Administração deverá avaliar a complexidade da futura contratação e estabelecer, como derivação, os requisitos de habilitação e as condições de participação. Essa margem de discricionariedade não se confunde com arbitrariedade. A escolha administrativa está delimitada não apenas pela Lei como também pela própria Constituição. Existe um mandamento constitucional, no já referido art. 37, inc. XXI da CF/88. A Constituição não admite exigências que superem o mínimo necessário **para assegurar a obtenção pela Administração de uma prestação de qualidade adequada.**” (Grifo nosso)

Abstrai-se, portanto, que a Administração dispõe de discricionariedade na escolha dos requisitos técnicos para melhor atender ao interesse público, bem como a compra de alimentos de melhor qualidade aos alunos da rede municipal de ensino conforme a Lei nº 11.947, de 16 de Junho de 2009.

Imperioso destacar que a Administração, no seu poder de agir, dentro dos limites legais e constitucionais, as suas decisões seguem os princípios descritos no art. 3º da Lei 8.666/93 e CF/88.

Dito isso, na análise do mérito, resta evidenciado que não assiste razão a Impugante, conforma parecer técnico em anexo.

Do Objeto, a descrição dos produtos são claras, indispensável ao bom andamento do certame. Assim, necessário se faz adequada caracterização do objeto a ser licitado, com especificações técnicas claras, objetivas e estritamente vinculadas a necessidade apontada para que a licitação venha a ser bem sucedida. Vejamos a Súmula 177 do TCU:

“A definição precisa e suficiente do objeto licitado constitui regra indispensável da competição, até mesmo como pressuposto do postulado de igualdade entre os licitantes, do qual é subsidiário o princípio da publicidade, que envolve o conhecimento, pelos concorrentes potenciais das condições básicas da licitação, constituindo, na hipótese particular da licitação para compra, a quantidade demandada uma das especificações mínimas e essenciais à definição do objeto do pregão”.

Trazemos ainda, à baila os ensinamentos do doutrinador Marçal Justen Filho, na obra Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 5ª Ed., Dialética, que diz em relação ao art. 3º, §1º da Lei 8.666/93:

“O dispositivo não significa, porém, vedação à cláusulas restritivas da participação. **Não impede a previsão de exigências rigorosas. Nem impossibilita exigências que apenas possam ser cumpridas por específicas pessoas.** Veda-se cláusula desnecessária ou inadequada, cuja previsão seja orientada não a selecionar a proposta mais vantajosa, mas a beneficiar alguns particulares. Se a restrição for necessária *para* atender ao interesse público,

nenhuma irregularidade existirá em sua previsão. Terão de ser analisados conjuntamente a cláusula restritiva e o objeto da licitação. A inviabilidade não reside na restrição em si mesma, mas na incompatibilidade dessa restrição com o objeto da licitação. Aliás, essa interpretação é ratificada pelo previsto no art. 37, inc. XXI, da CF (... o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações)". (grifo nosso)

Da exigência de amostras, esta decorre do art. 37, inc. XXI, da CF que são admitidas em licitação exigências essenciais a assegurar o pleno atendimento da necessidade da Administração.

A finalidade da amostra é permitir a Administração aferir a compatibilidade do produto 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, segundo 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.” (O processo de contratação pública: fases, etapas e atos. Curitiba: Zênite, 2012. p. 171)

Ademais, nos casos em que efetivamente necessária a exigência de amostra, a omissão da medida potencializa os riscos de má-execução do contrato e até mesmo de desfazimento do vínculo, de modo que a aparente economia de tempo no procedimento resultaria em real atraso no atendimento da necessidade da Administração, caso configurada a inadequação do objeto.

Nessa seara, para a exigência de amostra, exige-se alguns requisitos, os quais a não observância resulta em prejuízos incalculável a Administração, bem como aos potenciais fornecedores que assim desejam contratar com o poder público.

É sabido em farta jurisprudência pátria que a exigência de amostras, somente será exigido do licitante provisoriamente classificado em primeiro lugar, senão vejamos:

Jurisprudência TCU:

“(...) 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 (Acórdãos 1.291/2011-TCU-Plenário, 2.780/2011-TCU-2ª Câmara, 4.278/2009-TCU-1ª Câmara, 1.332/2007-TCU-Plenário, 3.130/2007-TCU-1ª Câmara e 3.395/2007-1ª Câmara)”.

“(...) Nesse passo, entendeu o relator que a exigência de amostras, quando requerida apenas do licitante classificado em primeiro lugar, é perfeitamente compatível com as peculiaridades da modalidade pregão, já que “garante a presteza, a perfeição e a eficiência do procedimento sem comprometer a sua celeridade”. Ademais, no que

respeita à alegação de que o pregão eletrônico seria inviável na hipótese sob exame, consignou que “além de ampliar a competição, o pregão eletrônico não é incompatível com a exigência de amostras, caso o gestor considere-a indispensável, devendo, contudo, caso se trate de aplicação de recursos federais, exigi-la apenas do licitante provisoriamente classificado em primeiro lugar.” Nesses termos, o Tribunal, ao acolher a tese da relatoria, negou provimento ao recurso, mantendo inalteradas as determinações questionadas. TCU - Informativo de Licitações e Contratos nº 167: Acórdão 2368/2013-Plenário, TC 035.358/2012-2, relator Ministro Benjamin Zymler, 4.9.2013.”

“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.” (TCU. RESENHA – área: LICITAÇÃO; tema: AMOSTRA OU PROTÓTIPO; subtema: Exigência de amostra ou protótipo. Consulta em 25.03.2014.)

Portanto, a exigência de amostras, encontra amparo legal, para o licitante classificado provisoriamente em primeiro lugar declarado vencedor.

Do critério de julgamento “menor preço global/lote”, no Edital em apreço, com fundamentos na Súmula 473 do STF, em obediência ao princípio da autotutela, considerando a obtenção da proposta de mais vantajosa e ampliação da competitividade, se faz necessário a alteração do critério de julgamento do Edital para “menor preço unitário”, nos termos da Súmula nº 247 do Tribunal de Contas da União, vejamos:

“É obrigatória a 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.”

Portando, a licitação por itens deve ser econômica e tecnicamente viável, ou seja, a divisão do objeto em vários itens/lotos não pode culminar na elevação do custo da contratação de forma global, nem tampouco afetar a integridade do objeto pretendido ou comprometer a perfeita execução do mesmo. Isso porque em determinadas situações a divisão do objeto pode desnaturá-lo ou mesmo mostrar-se mais gravosa para a Administração, fatos esses que devem ser verificados e justificados pela autoridade competente.

Colaciona-se o entendimento do Superior Tribunal de Justiça sobre a matéria:

“3. O fracionamento das compras, obras e serviços, nos termos do § 1º do art. 23 da Lei n. 8.666/93 somente pode ocorrer com demonstração técnica e econômica de que tal opção é viável, bem como que enseja melhor atingir o interesse público, manifestado pela ampliação da concorrência (STJ. RMS 34.417/ES. Segunda Turma)”.

Dito isto, considerando os recursos a serem aplicados, a cada item licitado, é uma disputa e julgamento independente, e considerando a ampliação da competitividade, o critério de julgamento “menor preço unitário”, reflete aos anseios na obtenção da proposta mais vantajosa.

Tendo em vista a análise técnica anexada aos autos e que os itens destacados pelo impugnante, correspondem sim ao cardápio nutricional e que esses itens são de suma importância. A pregoeira decide por manter os itens na pauta, mas muda o critério de julgamento de lote para item.

Da aplicação das normas de direito, a Administração deve obedecer estritamente as regras determinadas pela Constituição Federal, bem como as demais normas de direito e princípios aplicados, in casu, a aplicação das normas da Lei nº 8.666/93, princípios, jurisprudências e outros.

A narrativa da Impugnante quanto a fatos que tenta desvirtuar a Administração, não merece prosperar a medida em que todos os atos postulados pela Administração cumprem os mandamentos da legislação, a Lei nº 8.666/93 e seus princípios, em especial, aos princípios da moralidade, legalidade, igualdade, impessoalidade e da probidade administrativa.

O Edital de Pregão Eletrônico em apreço, no bojo do seu julgamento objetivo, em nada inovou ou criou figura nova de julgamento diferente da que foi postulada nos termos do Edital.

É de se destacar que a licitação é um procedimento de contratação pública, aberto a quaisquer interessados, desde que satisfaçam a todos as condições exigidas pela legislação, inclusive quanto aos documentos apresentados, preço compatível com o mercado, sempre na busca incessante da proposta mais vantajosa.

Ora, o Edital foi publicado dentro das normas da legislação vigente, obedecido os critérios determinados no art. 43 da Lei nº 8.666/93. Portanto, alegativas com o condão de macular a imagem da Administração merecem ser repudiadas, é uma afronta a Administração Pública e aos seus princípios.

DA DECISÃO

Isto posto, nos termos do art. 3º e 41 da Lei nº 8.666/93, a Sra. Pregoeira, decidi pelo improvimento da presente Impugnação, entretanto, em respeito ao princípio da autotutela, alterando o critério de julgamento para “menor preço unitário”.

Todas as demais cláusulas e condições do Edital permanecem inalteradas, entretanto, reaberto o prazo para a apresentação das propostas (art. 21, §4º da Lei nº 8.666/93).

Essa é a decisão.

Apuiarés/CE, 06 de fevereiro de 2024



Maria Josenara Alves Castro
Pregoeira do Município de Apuiarés