

**PARECER JURÍDICO Nº. 153/2019 – L.C.
IMPUGNAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO**

Órgão Responsável: Município de Catalão, por meio da Secretaria Municipal de Administração.
Referência: Licitação na modalidade Pregão Presencial nº 036/2019.
Protocolo nº: 2019006292.
Recorrente/Impugnante: A Vanguarda Informática Ltda.
CNPJ/MF Recorrente: 28.975.551/0001-27.

EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO – LICITAÇÕES E CONTRATOS – PARECER JURÍDICO - LEI FEDERAL Nº 8.666/93 – ALEGAÇÃO DE FATORES RESTRITIVOS AO CARÁTER COMPETITIVO DO PROCESSO LICITATÓRIO.

1. RELATÓRIO

Adveio a esta Procuradoria Jurídica Municipal, a fim de se conferir análise e parecer, via do Departamento de Licitações e Contratos Administrativos, por sua chefia, o Processo Administrativo de nº 2019006292, que trata sobre licitação na modalidade Pregão Presencial, autuado sob nº 036/2019.

Anexo ao mesmo constou peça de Impugnação apresentada via correspondência entregue pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, com número de rastreamento DY0322931BR, recebida em 17 de abril de 2019.

Referida petição fora apresentada por A VANGUARDA INFORMÁTICA (CNPJ/MF nº 28.975.551/0001-27), que argumenta haver restrição ao caráter competitivo da licitação, porquanto o Lote 2 constante do Termo de Referência – Anexo I do Instrumento Convocatório, item 1, especificações mínimas constantes das alíneas “H”, “N”



e “Q”, demonstram hipotético direcionamento a uma marca específica do equipamento licitado.

Argumenta que:

“o Edital ora impugnado limita a competitividade e por consequência a igualdade entre os concorrentes, na medida em que faz exigência que se mostra sem sentido prático e/ou torna limitada a participação de um maior número de licitantes. Passa-se agora a atacar de forma impugnativa os pontos do Edital que se entende merecer exclusão do Edital. 7 – No detalhamento técnico do Lote 2, descrito no Anexo I – Termo de Referência, item 3 que trata das “Especificações técnicas mínimas dos equipamentos” está descrito:

h) Display Touchscreen Colorido mínimo de 3,7” com Swipe;

n) Função “Digitalizar para” mínimo: PC (arquivo, imagem, e-mail e OCR), impressão, FTP/SFTP;

q) Compatibilidade com dispositivos móveis mínimo iprint e Scan;

Ora, da forma como está descrita a especificação técnica dos scanners, existem trechos que indicam que apenas a fabricante Brother, mais especificamente o scanner de modelo ADS/2800W será capaz de atender integralmente as exigências editalícias...”

Diante disto, pede procedência da impugnação, para os fins de sejam alteradas referidas especificações mínimas do item indicado, indicando as especificações que entende como corretas e, subsidiariamente, que se subam os autos à Autoridade Superior para deliberação.

Em síntese, é o relato do que basta.

2. FUNDAMENTAÇÃO

2.1. –NATUREZA E EXTENSÃO DO PRESENTE PARECER:

Cogente digressão inicial quanto à natureza e extensão do presente ato, com o fim de que reste direcionado e alertado ao Gestor sua autonomia decisória sobre eventuais ponderações/recomendações aqui destacadas, que impeçam ou eventualmente obstaculizem o regular sequenciamento do feito.

Tem a referida atuação jurídica, quanto ao momento legal do presente procedimento, a incumbência de análise quanto à conformidade dos atos praticados durante o processo com as disposições legais e normativas incidentes.

É instrumento jurídico obrigatório que possui o condão de auxiliar no controle interno dos atos administrativos. Tem natureza consultiva, na medida em que a partir de seu conteúdo é que a Secretaria Municipal avaliará a extensão e gravidade de eventuais defeitos do processo ou sua integral conformidade com a legislação e, assim assessorado, bem defina o foco da Administração, quer pela continuidade do certame, quer por outra medida que o torne sem efeito, observada a autotutela administrativa.

2.2. DOS REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE:

Do compulsar dos autos, denota-se que a impugnação apresentada é cabível e tempestiva. Isso porque, a legislação de regência assim admite, nos termos do artigo 12 do Decreto Federal nº 3.555/2000, que detém a seguinte redação:

Art. 12. Até dois dias úteis antes da data fixada para recebimento das propostas, qualquer pessoa poderá solicitar esclarecimentos, providências ou impugnar o ato convocatório do pregão.

§1º Caberá ao pregoeiro decidir sobre a petição no prazo de vinte e quatro horas.

§2º Acolhida a petição contra o ato convocatório, será designada nova data para a realização do certame.

B

O pedido da parte Interessada-Impugnante fora recepcionado, como relatado, em 17 de abril de 2019. Portanto, dentro do prazo estabelecido para o respectivo fim, haja vista que a sessão pública fora designada para o dia 24 de abril de 2019.

Quanto ao ponto, de se gizar que o artigo 110¹ da Lei de Licitações e Contratos, aplicável complementarmente ao caso, determina que, na contagem dos dias, serão excluídos os de início e incluídos os de final.

Embora o instrumento convocatório preveja prazo mais curto para apresentação de tais impugnações para os interessados no objeto do certame, não se tendo diferenciado os *Interessados e Qualquer Pessoa do povo*² a teor do artigo 41, §§ 1º e 2º da LLC, o que contraria a legislação de regência, tenho que, ressalvada tal impropriedade, deve prevalecer a legislação de regência. Portanto, própria e tempestiva a impugnação.

Embora seja própria (aspecto formal) e tempestiva a impugnação, compreendo que a mesma não está a se adequar às prescrições legais e ao Instrumento Convocatório.

¹ Art. 110. Na contagem dos prazos estabelecidos nesta Lei, excluir-se-á o dia do início e incluir-se-á o do vencimento, e considerar-se-ão os dias consecutivos, exceto quando for explicitamente disposto em contrário.

Parágrafo único. Só se iniciam e vencem os prazos referidos neste artigo em dia de expediente no órgão ou na entidade.

² Art. 41. A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada.

§ 1º Qualquer cidadão é parte legítima para impugnar edital de licitação por irregularidade na aplicação desta Lei, devendo protocolar o pedido até 5 (cinco) dias úteis antes da data fixada para a abertura dos envelopes de habilitação, devendo a Administração julgar e responder à impugnação em até 3 (três) dias úteis, sem prejuízo da faculdade prevista no § 1º do art. 113.

§ 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.



É que, apesar de própria e tempestiva, a mesma não fora aviada pela maneira como exige-se ao caso:

Eis, neste ponto, o teor da LLC:

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

§ 1º Qualquer cidadão é parte legítima para impugnar edital de licitação por irregularidade na aplicação desta Lei, **devendo protocolar o pedido** até 5 (cinco) dias úteis antes da data fixada para a abertura dos envelopes de habilitação, devendo a Administração julgar e responder à impugnação em até 3 (três) dias úteis, sem prejuízo da faculdade prevista no § 1º do art. 113.

§ 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.

O Edital, ao seu turno, prevê nos itens 4.3, 4.4, 4.5, 4.6 e 4.7 o quanto segue:

4.3. Em até 05 (cinco) dias úteis, antes da data fixada para recebimento das propostas, qualquer pessoa, física ou jurídica, poderá solicitar esclarecimentos, providências ou impugnar o ato convocatório do Pregão Presencial, **devendo protocolá-lo por escrito junto ao protocolo da Prefeitura Municipal, durante o horário de expediente ao público, de segunda a sexta das 8:00 as 11:00 e das 13:00 as 16:00 direcionado ao Núcleo de Editais e Pregões do Departamento de Licitações do Município de Catalão no endereço discriminado no preâmbulo deste Edital**, cabendo ao Pregoeiro decidir sobre a petição no prazo de até 03(três) dias, após o recebimento das alegações.

4.4. Qualquer pedido de esclarecimento em relação a eventuais dúvidas na interpretação do presente Edital e seus anexos poderá ser encaminhado, por

escrito, ao Pregoeiro, no prédio do Departamento de Licitações, ou pelo e-mail nucleoeditaispregoes@catalao.go.gov.br ou ainda pelo fone 64 – 3441-5081.

4.5. As dúvidas a serem dirimidas por e-mail ou telefone serão somente aquelas de ordem estritamente informal, sendo as demais formuladas por escrito, via protocolo.

4.6. Caso seja acolhida a petição contra o ato convocatório, será designada nova data para a realização do certame.

4.7. Decairá do direito de impugnar os termos deste Edital, por qualquer tipo de falhas, a licitante que não o fizer até o 5º (quinto) dia útil que anteceder à data de realização da Sessão Pública do Pregão, **impugnação esta que deverá ser protocolada por escrito no Departamento de Licitações da Prefeitura**, hipótese em que tal comunicação não terá efeito de recurso.

Dos dispositivos acima citados, emerge-se a conclusão de que apenas os pedidos de esclarecimentos de quesitos informais poderão ser feitos via de e-mail ou encaminhados por escrito, sem protocolo, junto ao Departamento de Licitações e Contratos deste Ente Federado.

Em sentido oposto, as impugnações haverão, necessariamente, de serem formalizadas por escrito, mediante protocolo junto ao Departamento respectivo, não se tendo permitido sua interposição via postal ou outro meio, como no caso em testilha, em que a Impugnante apresenta a impugnação pela via postal, consoante relatado.

Em razão do exposto, este Órgão de Procuradoria Jurídica, na pessoa do subscritor, compreende como impertinente o caminho escolhido pela Impugnante para o manejo de tal medida administrativa, porque tal contraria os mandamentos do Instrumento Convocatório.

Inobstante, escorados nos critérios de ampla defesa, contraditório e demais primados administrativos, para que seja evitado alegações de nulidades futuras do

processo, pertinente análise das razões de impugnação, postura que desde já oriento a Comissão de Licitação.

2.3. DA COMPREENSÃO JURÍDICA SOBRE AS RAZÕES DE IMPUGNAÇÃO:

Inobstante às digressões traçadas no tópico precedente, com o fito de se garantir maior eficiência aos primados da ampla defesa e contraditório, bem como aos critérios de transparência que, de modo cogente, submete a Administração Pública local, e, primordialmente os princípios inerentes ao processo licitatório a que alude o artigo 3º da LLC³, passamos a analisar as razões da impugnação apresentada.

Para tanto, partimos do pressuposto de que a Administração, tal como preconiza o artigo 41 da LLC “*não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada*”.

Questiona a Impugnante que o Instrumento Convocatório dispõe de quesitos restritivos à competitividade, na medida em que prevê, em um dos itens, especificações técnicas não comuns ao mercado, notadamente:

- h) Display Touchscreen Colorido mínimo de 3,7" com Swipe;
- n) Função “Digitalizar para” mínimo: PC (arquivo, imagem, e-mail e OCR), impressão, FTP/SFTP;
- q) Compatibilidade com dispositivos móveis mínimo iPrint e Scan;

³ 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.

Argumenta que é restritivo à competitividade o certame, *“na medida em que faz exigência que se mostra sem sentido prático e/ou torna limitada a participação de um maior número de licitantes”*.

Questiona referidas especificações pelo fato de que, sobre a supratranscrita alínea “H”, a redação mais apropriada haveria de ser *“Display LCD alfanumérico com controle touchscreen ou através de botões”*; que a redação da alínea “N” haveria de constar além de função de digitalizar para FTP e FTPS o sistema SFTP, sob a argumentação de que *“nosso equipamento possui a tecnologia FTPS que fornece uma camada extra de segurança como o SFTP, e como são equivalentes entendemos que serão aceitos equipamentos FTPS”* e, por fim, que a redação correta haveria de ser *“compatibilidade com dispositivos móveis”*, removendo os termos *iprint* e *scan*.

A extensão do presente, cabe frisar, é vinculada ao aspecto jurídico do processo administrativo, somente. Quer-se com isso dizer que nada que diga respeito à tecnicidade do objeto da contratação, bem assim a magnitude do que é licitado deva ser expedido juízo de valor jurídico, pressupondo ter o Gestor se municiado de toda capacidade técnica e conhecimentos específicos sobre o que é adquirido *latu sensu*, ao fim precípua de alcançar o interesse da Administração Pública.

Não obstante a isso, analisando detidamente as razões de impugnação, compreendo assistir razão, em partes, à Impugnante, notadamente quanto ao questionamento sobre o **ITEM 01 DO TERMO DE REFERÊNCIA – ANEXO 1 – LOTE 2 – ALÍNEA “Q”**.

Isso porque, a descrição *“compatibilidade com dispositivos móveis iprint e scan”*, no ponto que discrimina as terminologias *iprint* e *scan*, referenciam aplicativos específicos fornecidos no mercado por responsabilidade de determinada marca. Compreende-se, em concreto, que caso tal especificação mínima de compatibilidade com

dispositivos móveis assim o fosse nos padrões do aplicativo iprint e scan, tal caracterização, justificada no processo licitatório, haveria de se mostrar mais precisa, com os parâmetros de eventual marca referenciada, nos termos do que admite o TCU:

“[...] a indicação de Marca como parâmetro de qualidade pode ser admitida para facilitar a descrição do objeto a ser licitado, desde que seguida da expressão 'ou equivalente', 'ou similar', ou de 'melhor qualidade'” (ACÓRDÃO nº 2401/2006).

Nesse sentido compreendo, tal como aduzido em sede de impugnação, que a melhor redação do Instrumento Convocatório, precisamente a constante no Termo de Referência, deve se restringir, quanto ao ponto, à previsão de “**compatibilidade com dispositivos móveis**”, merecendo procedência a impugnação neste quesito.

Quanto aos demais questionamentos apontados na impugnação, passamos ao enfrentamento, adiantando, contudo, não assistir razões jurídicas à Impugnante.

Sobre o tema, Marçal Justen Filho leciona:

“A oferta de vantagens ou benefícios não previstos ou superiores aos determinados no ato convocatório não prejudica o licitante. Se o benefício não for de ordem a alterar o gênero do produto ou do serviço, nenhum efeito dele se extrairá. Porém, se a vantagem configurar, na verdade, outra espécie de bem ou serviço, deverá ocorrer a desclassificação da proposta – não pela 'vantagem' oferecida, mas por desconformidade com o objeto licitado”. (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 14º Ed, São Paulo: Dialética, 2010.)

Há posicionamento inclusive judicial sobre a questão, em que o Superior Tribunal de Justiça assim se posiciona:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCORRÊNCIA DO TIPO MENOR PREÇO. ATENDIMENTO ÀS REGRAS PREVISTAS NO EDITAL. PRODUTO COM QUALIDADE SUPERIOR À MÍNIMA EXIGIDA. 1. Tratando-se de concorrência do tipo menor preço, não fere os princípios da isonomia e da vinculação ao edital a oferta de produto que possua qualidade superior à mínima exigida, desde que o gênero do bem licitado permaneça inalterado e seja atendido o requisito do menor preço. 2. Recurso ordinário não-provido (STJ MS 15817 RS 2003/0001511-4, 2ª T., rel. Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, DJ de 03.10.2005 p. 156).

Vejamos, quanto ao ponto, como se manifesta o TCU:

"É admissível a flexibilização de critério de julgamento da proposta, na hipótese em que o produto ofertado apresentar qualidade superior à especificada no edital, não tiver havido prejuízo para a competitividade do obtido, revelar-se vantajoso para a administração. Representação formulada por empresa noticiou supostas irregularidades no Pregão Eletrônico 21/2011, conduzido pelo Centro de Obtenção da Marinha no Rio de Janeiro – COMRJ, cujo objeto é o registro de preços para fornecimento de macacão operativo de combate para a recomposição do estoque do Depósito de Fardamento da Marinha no Rio de Janeiro. A unidade técnica propôs a anulação do certame fundamentalmente em razão de a proposta vencedora ter cotado uniformes com gramatura superior à da faixa de variação especificada no edital (edital: 175 a 190 g/m²; tecido ofertado na proposta vencedora: 203 g/m²), o que deveria ter ensejado sua desclassificação. O relator, contudo, **observou que o tecido ofertado "é mais 'grosso' ou mais resistente que o previsto no edital"** e que o COMRJ havia reconhecido **que o produto ofertado é de qualidade superior à prevista no edital.** A esse respeito, anotou que a Marinha do Brasil está habilitada a "emitir opinião técnica sobre a qualidade do tecido". Levou em conta, ainda, a manifestação do Departamento Técnico da Diretoria de Abastecimento da Marinha, no sentido de que o produto atenderia "à finalidade a qual se destina, tanto no que

se refere ao desempenho, quanto à durabilidade". Noticiou ainda que a norma técnica que trata desse quesito foi posteriormente alterada para admitir a gramatura 203 g/m² para os tecidos desses uniformes. **Concluiu, então, não ter havido afronta ao interesse público nem aos princípios licitatórios, visto que o procedimento adotado pela administração ensejará a aquisição de produto de qualidade superior ao desejado pela administração contratante, por preço significativamente inferior ao contido na proposta da segunda classificada.** Ressaltou também a satisfatória competitividade do certame, do qual participaram 17 empresas. E arrematou: "considero improvável que a repetição do certame com a ínfima modificação do edital (...) possa trazer mais concorrentes e gerar um resultado mais vantajoso ...". O Tribunal, então, ao acolher proposta do relator, decidiu julgar parcialmente procedente a representação, "em face da verificação de apenas de falhas formais na condução do Pregão Eletrônico 21/2011, que não justificam a sua anulação". (Acórdão 394/2013-Plenário, TC 044.822/2012-0, relator Ministro Raimundo Carreiro, 6.3.2013).

A definição de parâmetros mínimos do produto ou serviço é, em verdade, obrigação e não faculdade do Poder Público. Nesse sentido, a doutrina de Marçal Justen Filho ensina que:

"Como regra, toda e qualquer licitação exige que a Administração estabeleça, de modo preciso e satisfatório, as condições da disputa. Mais precisamente, a Administração tem de licitar aquilo que contratará – o que significa dominar, com tranquilidade, todas as condições pertinentes ao objeto a ser licitado" (JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 13 Ed. São Paulo: Dialética. 2009.)

Para Jorge Ulisses Jacoby Fernandes:

O novo diploma exige, em acatamento ao princípio fundamental que adota, - o princípio da isonomia - que todos os candidatos à contratação saibam com precisão os limites a que ficarão sujeitos se contratarem com o poder público

(...) A transparência exigida do Poder Público pela sociedade sepultou definitivamente a hipótese de se licitar um serviço em que o possível candidato sequer soubesse exatamente o que é pretendido, ou como realizar, num verdadeiro contrato aleatório no qual só se compraz o licitante em conluio com um agente da Administração. (FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Licitação - A nova dimensão do projeto básico nas licitações. RJ nº 221. Mar 1996.).

Não é diferente o posicionamento jurisprudencial do Tribunal de Contas da União, inclusive sumulando a matéria:

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.

Desta feita os questionamentos apontados – **ITEM 01 DO TERMO DE REFERÊNCIA – ANEXO 1 – LOTE 2 – ALÍNEAS “H” E “N”** –, na limitada compreensão jurídica do caso, em nada influenciam a competitividade do certame, haja vista tratarem-se de especificações técnicas mínimas sem qualquer identidade de marca. Retratam, a bem verdade, a demanda administrativa, puramente.

Ora, querer a Administração um equipamento dotado de Display Touchscreen Colorido mínimo de 3,7" com Swipe (função técnica de deslizar), adequando-se à melhor tecnologia ofertada na atualidade no mercado em nada limita competitividade. O mercado se adequa à demanda, *latu sensu*, não o contrário.

Da mesma maneira, perseguir a Administração por um equipamento dotado da tecnologia de transferência de dados FTP/SFTP, **como condição mínima** jamais tem

o condão de influenciar no caráter competitivo do certame, tampouco vilipendiar quaisquer dos demais primados administrativos de que trata a Lei Federal nº 8.666/1993.

Neste enfoque, caberá ao licitante interessado a demonstração técnica de que seu produto atende aos padrões mínimos exigidos no certame e, caso superior, concorrer em patamar de igualdade com os demais licitantes para os fins de tentar lograr êxito no resultado do objeto pretendido pela Administração.

3. CONCLUSÃO

De tudo o que se expôs, esta Procuradoria Jurídica do Município de Catalão/GO orienta, via do procurador que este a subscreve, pelo **CONHECIMENTO** da impugnação apresentada e seu **PROVIMENTO PARCIAL**, somente quanto às razões expendidas sobre o **ITEM 01 DO TERMO DE REFERÊNCIA – ANEXO 1 – LOTE 2 – ALÍNEA “Q”**, que se sugere passar a conter a seguinte redação:

“q) Compatibilidade com dispositivos móveis;”

ALERTO que, acaso se siga a orientação jurídica aqui tratada, deverá ser designada nova data para a realização do certame, tal como preconiza o item 4.6 do Instrumento Convocatório e as disposições do artigo 12, §2º do Decreto Federal 3.555/2000, conferindo a devida publicidade da retificação proposta.

Em tempo, considerando as razões aduzidas no item 2.2 deste parecer jurídico, **RECOMENDO** a retificação dos itens 4.3 e 4.6 do Instrumento Convocatório, apenas em relação ao número de dias previstos para impugnação ao certame, haja vista que a redação do artigo 12 do Decreto Federal 3.555/2000 é a de que *“até dois dias úteis antes da data fixada para recebimento das propostas, qualquer pessoa poderá solicitar*

esclarecimentos, providências ou impugnar o ato convocatório do pregão”, diferentemente do que ocorre na LLC.

SOLICITO, por derradeiro, a remessa do presente feito à Comissão de Licitação, a fim de que tome conhecimento e dê prosseguimento ao processo de acordo com a praxe local.

É o parecer.

Catalão, 22 de abril de 2019.


João Paulo de Oliveira Marra
Procurador-Chefe Administrativo
OAB/GO 35.133