

DECISÃO SOBRE A IMPUGNAÇÃO AO EDITAL DO PREGÃO ELETRÔNICO Nº 017/2023-EMAP

Trata-se de pedido de impugnação ao Edital do Pregão Eletrônico nº 017/2023 - EMAP, cujo objeto é a contratação de empresa especializada para o fornecimento de 20 (vinte) Notebooks com Sistema Operacional, a serem utilizados pela Empresa Maranhense de Administração Portuária (EMAP).

Sobre a matéria, prestam-se as seguintes informações e decisão:

I – DA ADMISSIBILIDADE

A previsão legal do instituto da impugnação de instrumento convocatório em processo licitatório jaz na Lei Federal nº 13.303/2016, §1, art. 87, conforme o excerto seguinte:

§ 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 ocorrência do certame**, devendo a entidade julgar e responder à impugnação em até 3 (três) dias úteis, sem prejuízo da faculdade prevista no § 2º. (grifo nosso)

Em semelhantes termos, consigna o item 2.1 do instrumento convocatório ora impugnado que:

2.1. Qualquer cidadão ou interessado poderá solicitar esclarecimentos ou impugnar o ato convocatório do Pregão, no prazo de **até 5 (cinco) dias úteis antes da data fixada para a ocorrência do certame**, devendo a impugnação ser julgada e respondida em até 3 (três) dias úteis, nos termos do art. 94 do Regulamento de Licitações e Contratos da EMAP. (grifo nosso)

A par dos regramentos de admissibilidade acima explicitados, em sucinto exame preliminar acerca do pedido de impugnação formulado, tem-se que:

1.1 LEGITIMIDADE: Entende-se que a empresa é parte legítima, por interpretação extensiva do §1º do artigo 87 da Lei Federal nº 13.303/2016.

1.2 FORMA: o pedido da recorrente foi formalizado pelo meio previsto no subitem 2.2 do Edital, com identificação da licitante (subscrito por pessoa indicada como representante legal da empresa), em forma de arrazoado com identificação do ponto a ser atacado e com fundamentação para o pedido.

1.3 TEMPESTIVIDADE: A data de abertura da sessão pública do certame, no sistema compras governamentais do Banco do Brasil (Licitações-e), está marcada para ocorrer em **04/05/2023**, conforme extrato publicado no Diário Oficial do Estado. Assim, conforme a condição decadente de lastro temporal, o pedido de impugnação em exame foi protocolizado **tempestivamente**, posto que recebido no meio eletrônico exigido no instrumento convocatório em 24/04/2023.

- 1 -

AUTORIDADE PORTUÁRIA

II – DAS ALEGAÇÕES

Em sua peça impugnatória, a reclamante procede com as seguintes alegações:

Destarte, traz-se à baila a regra estabelecida no item 6. ENTREGA DOS PRODUTOS

“11.3. – Prazo : A contratada terá o prazo de até 30 (Trinta) dias corridos, contados a partir da data de recebimento da Ordem de Fornecimento, para concluir a entrega dos equipamentos.”

Data máxima vênua, o prazo de 30 dias determinado no edital é excessivamente exíguo e vai de desencontro ao bom-senso e aos princípios informadores de toda e qualquer licitação, que determinam que a disputa seja ampla. Assim, solicita-se a avaliação e a compreensão desta Douta Comissão de Licitação.

A exigência de que os produtos sejam entregues em prazo exíguo após o recebimento da Autorização de Fornecimento/Nota de Empenho é irregular, uma vez que tal medida restringe o universo dos licitantes, privilegiando apenas os comerciantes locais.

Na fixação do prazo de entrega do produto, deve-se levar em consideração a questão da localização geográfica do órgão licitante, de forma a permitir que o maior número de interessados tenha condições de participar da licitação, garantindo a ampla concorrência e a isonomia entre as licitantes.

Deve-se observar, ainda, o tempo que o licitante vencedor disporá entre o recebimento da ordem de compra/empenho e a efetiva entrega dos materiais, considerando o seguinte sistema operacional: separação dos produtos licitados, carregamento e deslocamento da sede da empresa até a sede da Autoridade Demandante.

A título ilustrativo, o Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais se manifestou em decisão liminar:

“[...] se mostra desarrazoada e excessiva, comprometendo o caráter competitivo do certame, já que contribui para afastar potenciais fornecedores, incapazes de assumir tais obrigações em razão da distância entre suas sedes e o município, privilegiando apenas os fornecedores locais, o que contraria o disposto no inciso I do §1º do art. 3º da Lei nº 8.666/93.

(Denúncia nº 862.524 – Relator: Conselheiro Cláudio Couto Terrão, sessão de julgamento para referendo pela Primeira Câmara em 1º/11/2011).

Ademais, a Egrégia Corte de Contas das União também consolidou entendimento, no Acórdão nº. 2441/2017, de que:

REPRESENTAÇÃO. POSSÍVEIS IRREGULARIDADES EM EDITAL DE LICITAÇÃO. CONCESSÃO DE MEDIDA CAUTELAR. ESCLARECIMENTOS INSUFICIENTES PARA ELIDIR PARTE DAS IRREGULARIDADES SUSCITADAS. PROCEDÊNCIA PARCIAL. RESTRIÇÃO DO CARÁTER COMPETITIVO. ANULAÇÃO DO CERTAME. REVOGAÇÃO DA MEDIDA CAUTELAR. CIÊNCIA.

ARQUIVAMENTO. **Cláusulas com potencial de restringir o caráter competitivo do certame devem ser objeto de adequada fundamentação, baseada em estudos prévios à licitação que indiquem a obrigatoriedade de inclusão de tais regras para atender às necessidades específicas do órgão, sejam de ordem técnica ou econômica.**

(ACÓRDÃO nº. 2441/2017 – PLENÁRIO – Data de Julgamento: 01/11/2017)

Ainda no mesmo sentido, conforme enunciado firmado no Acórdão nº. 3306/2014 – Plenário:

“A hipótese de restrição à competitividade não deve ser examinada somente sob a ótica jurídica e teórica, deve levar em conta também se as cláusulas

supostamente restritivas culminaram em efetivo prejuízo à competitividade do certame.”

Não se mostra razoável que a Administração Pública, a quem compete o exercício de suas obrigações pautada em mínimo planejamento, submetta empresas com quem contrata a súbitas necessidades, colocando-as em eterno estado de prontidão para atender a demandas em prazo demasiado exíguo.

A exigência retratada no, sem a menor dúvida, afronta a competitividade e a razoabilidade, sendo contrária, portanto, aos princípios insculpidos no artigo 3º da Lei nº. 8.666/93, da Lei nº. 10.520/02, da Lei nº. 10.024/19 e, ainda, no inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal.

“Lei nº. 8.666/93, 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.” “Lei nº. 10.024/19, Princípios **Art. 2º O pregão, na forma eletrônica, é condicionado aos princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade**, da publicidade, **da eficiência**, da probidade administrativa, **do desenvolvimento sustentável, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo, da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade e aos que lhes são correlatos.**

§ 1º O princípio do desenvolvimento sustentável será observado nas etapas do processo de contratação, em suas dimensões econômica, social, ambiental e cultural, no mínimo, com base nos planos de gestão de logística sustentável dos órgãos e das entidades.

§ 2º As normas disciplinadoras da licitação serão interpretadas em favor da ampliação da disputa entre os interessados, resguardados o interesse da administração, o princípio da isonomia, a finalidade e a segurança da contratação.”

“CF/88, art. 37, inc. XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública **que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes**, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.”

É costumeiro em licitações, por ser tempo justo, razoável, e que não prejudica a concorrência o prazo de 22 dias úteis para entrega dos materiais (prazo considerado como de entrega imediata).

Notório que o principal objetivo dos procedimentos licitatórios é a prevalência do interesse público, mormente em se levando em conta o Princípio da Indisponibilidade dos Interesses da Administração Pública. Assim, o Administrador Público deve buscar obter produtos de maior qualidade pelo menor preço possível, concedendo, pois, prazo razoável que permita um planejamento por parte da Administração de forma a nunca ocorrer a falta do material.

No caso em tela, o prazo concedido para entrega dos materiais é exíguo e seu cumprimento inexecutável. Tal prazo não comporta, sequer, o tempo de logística. Quando desproporcional, o prazo do Edital para a entrega da mercadoria resulta em diminuição da concorrência, visto que apenas os fornecedores localizados em extrema proximidade do local de entrega podem participar; ademais, os prazos

de entregas muito curtas importam em considerável aumento no custo de transporte.

Deve se considerar, ainda, o fato de que o órgão licitante têm de embutir no preço dos seus produtos os riscos decorrentes da aplicação de eventuais multas por atraso na entrega, visto que um prazo muito curto não permite que seja realizado o despacho com o devido cuidado, nem a ocorrência de eventualidades como interrupções nas estradas.

Nesse passo, conclui-se que há ilegalidade e restrição de competitividade por exigência, indevida, de entrega dos materiais no exíguo prazo, trazendo como consequência prejuízo ao órgão, devido a diminuição da competitividade, dificultando ao Poder Público a oportunidade ter acesso à proposta, de fato, mais vantajosa.

Como sabido, os procedimentos licitatórios têm por finalidade precípua a obtenção da proposta mais vantajosa. Firme neste norte, a Administração Pública deve envidar esforços no sentido de não limitar a participação de competidores nos procedimentos licitatórios, observando neste os princípios que o regem, notadamente o da legalidade insculpido no inciso II do artigo 5º da novel Carta Magna.

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;”

Dada a prerrogativa da Administração Pública de, sempre que necessário, exercer seu poder de autotutela, podendo rever e reformar seus atos, a Impugnante sugere o aditamento da redação do Subitem do Edital, de forma a se aumentar o prazo de entrega do objeto, por parte dos licitantes.

Isso de forma a se permitir, em um viés ótimo, a viabilidade de realização do certame licitatório em prestígio ao máximo grau de competitividade entre os licitantes – “máximo grau” que não apenas se espera, mas que também é imposto ao pela Lei –, e isso, saliente-se, em respeito a toda as demais exigências e especificações técnicas constantes no Edital.

Veja bem, ilustre Pregoeiro: o que ora se propõe não é a mudança das exigências, mas tão somente um aditamento na redação do Subitem, de forma a suprimir-se exigência defesa em Lei, e reconhecida enquanto tanto pelas cortes de contas, de forma a se realizar a licitação de acordo com todas as balizas normativas pertinentes e vinculantes, quais sejam: os princípios da eficiência, da isonomia, do caráter competitivo e da captação da proposta mais vantajosa.

Isso levando-se em conta, principalmente, o fato de que, em que pesem os princípios da supremacia do interesse público e da indisponibilidade dos interesses da Administração Pública, não é possível enxergar e/ou conferir a tais princípios um viés de absolutismo autoritário, de forma a blindá-los no necessário e crucial cotejo para com toda a principiologia e arcabouço normativo (legal e constitucional) que guardam os administrados em suas relações e tratativas para com o Estado.

As disposições normativas legais e constitucionais, bem como os entendimentos jurisprudenciais colacionados in supra, são mais do que suficientes para evidenciar que a Autoridade Demandante, promotora da licitação, deve realizar esta de forma a possibilitar às empresas interessadas em participar do certame a oferta de produtos e/ou serviços não apenas em escorreita e fidedigna consonância para com as especificações do instrumento convocatório, mas,

também, em condições tais que permitam a exequibilidade das propostas apresentadas.

Cumprе destacar, ainda, que o presente certame está passível de ser anulado pelo Poder Judiciário, caso Vossa Senhoria mantenha, data máxima vênia, a indevida exigência. Caso não haja a supressão da exigência ora guerreada, – o que se admite apenas por cautela e amor ao debate –, o presente procedimento licitatório pode ser suspenso e/ou anulado, por meio de Ação Declaratória de Nulidade de Ato Administrativo no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (TJMG) e de Representação frente ao Tribunal de Contas do Estado do Paraná (TCE-MG), o que não se deseja, mas, se necessário, far-se-á.

Do exposto, requer o aditamento da redação de forma a se aumentar o prazo de entrega do objeto, por parte dos licitantes, para 30 dias úteis.

III - DA ANÁLISE DO MÉRITO

De conhecimento da impugnação apresentada, passa-se a analisar as alegações da Impugnante:

De início, cumprе esclarecer que a Administração procura sempre atender ao interesse público, respeitando todos os princípios basilares da licitação e dos atos administrativos, mormente o da legalidade, considerando-se, ainda, a finalidade total da aquisição ou serviço que se pretende, para o alcance dos objetivos motivadores da contratação e a produção dos benefícios pretendidos da forma mais eficiente e eficaz.

Submetido o presente questionamento ao conhecimento da área técnica requisitante, a fim de subsidiar a decisão da impugnação ora apresentada, a Coordenadoria de Suporte e Redes da EMAP (CORED), setor responsável pela elaboração do Termo de Referência e pesquisa de preços, prestou a seguinte informação:

Cumprе esclarecer, que o prazo supramencionado de 30 (trinta) dias é um tempo justo, razoável, e que não prejudica a concorrência, e, ainda, se a empresa vencedora do certame, no momento da entrega do objeto, ver um motivo contundente que impossibilite essa entrega dentro do prazo estabelecido, basta promover uma justificativa para dilatação de prazo de entrega.

Por esse motivo, se mantém o prazo estipulado no edital.

In Casu, A impugnante insurge-se contra a exigência especificada no subitem 13.3 do Anexo I do edital – Termo de Referência do Edital, quanto ao prazo de entrega do produto, que deverá ser de 30 (trinta) dias corridos, contados a partir da data de recebimento da Ordem de Fornecimento, para concluir a entrega dos equipamentos.

Quanto a este ponto, importa ressaltar quanto ao poder discricionário da Administração a determinação de prazo para a entrega do objeto, sendo o prazo informado, o que atende às necessidades da Administração.

De acordo com as lições de Marçal Justen Filho:

" (...) O requisito previsto no edital se identifica como instrumento de assegurar (ou reduzir o risco de não se obter) o interesse público. Assim, o interesse público concreto a que se orienta a licitação se identifica como o 'fim' a ser atingido. Todas as exigências se caracterizam como 'meios' de conseguir aquele fim. Logo, **a inexistência de vínculo lógico entre a exigência e o fim acarreta a invalidade daquela. Somente se admite a previsão de exigência se ela for qualificável, em um juízo lógico, como necessária à consecução do 'fim'.**" (Justen Filho, Marçal Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 9. Ed. São Paulo: Dialética, 2002. p. 446). (*grifo nosso*)

Desse modo, se infere que é dever de Administração observar, por ocasião da elaboração do termo de referência, os requisitos que satisfaçam as necessidades da Administração, devendo o gestor público, no esteio de sua competência discricionária, decidir qual é a solução mais adequada ao caso concreto.

Conforme aludido na justificativa da contratação, a EMAP vem passando por momento de grande crescimento, havendo, inclusive, por força da Lei nº 11.909/2023, a inclusão dos serviços de transporte aquaviário intermunicipal no rol de suas competências institucionais, ocasionando, em consequência, a necessidade de aumento do quadro de pessoal.

Com efeito, a contratação pretendida visa, dentre outros, a melhoria e, sobretudo, a manutenção da própria gestão operacional, alinhado com o cenário atual.

Desta feita, repise-se, trata o prazo de entrega do objeto como previsão afeta ao agir discricionário, competindo à Administração, no caso concreto, sopesar o prazo oportuno, considerando-se, para tanto, a cominação de período que viabilize a participação de interessados.

Nesse sentido, cumpre sublinhar que na etapa de pesquisa de preços houve recebimento de propostas comerciais com a previsão de entrega tal qual é exigido no instrumento convocatório.

Dessa forma, o prazo de entrega estipulado no edital não visa, sob qualquer aspecto, a restrição à competitividade, nem fere os princípios norteadores do sistema jurídico vigente, mas o atendimento do interesse público.

Acerca das alegações apresentadas pela impugnante, não foi verificado pela área requisitante a indicação na peça impugnatória de qualquer justificativa técnica que demonstre que esse prazo de fato é exíguo, mas, tão somente, foi apresentada uma dificuldade operacional personalíssima da reclamante.

Oportuno ressaltar, ainda, como mencionado pela CORED, que o prazo de entrega admite prorrogação, desde que o pedido, contudo, esteja devidamente justificado e seja previamente autorizado pela Administração.

Destarte, não ficou demonstrado que o edital apresenta qualquer indício de falta de razoabilidade e proporcionalidade, e que o prazo acimado para entrega dos equipamentos não é hábil e adequado para o fornecimento do objeto licitado, não havendo, portanto, que se falar em prazo exíguo.

De todo o exposto, com base na manifestação da unidade técnica responsável pela elaboração do Termo de Referência, por entender que o prazo estipulado em edital se encontra dentro dos parâmetros legais e razoáveis de entrega, e ainda, que o prazo de 30 dias que atenderá a conveniência e oportunidade desta Administração, em que pesem as alegações, não merecem acolhimento as alegações da Impugnante.

IV – DA DECISÃO DO PREGOEIRO

Diante do exposto e pelas razões aqui apresentadas, **CONHECE**, em razão da tempestividade, para no mérito julgar **IMPROCEDENTE** a impugnação interposta, não havendo necessidade, no ponto aqui apresentado, de reformulação do Edital.

São Luís-MA, 25 de abril de 2023.

Maykon Froz Marques
Pregoeiro da EMAP