Mauá, 23 de Dezembro de 2020

CI Nº 376/2020 / SSA

P.M.M
23 DEZ 2020
COMPRAS/CPI

À Secretaria de Finanças
Divisão de Compras
DD. Pregoeiro
Sr. Israel da Silva Júnior

Assunto: Pedido de impugnação realizado pela empresa Nutriport Comercial Ltda, referente ao Pregão Eletrônico 0018/2020 – Contratação de Empresa para fornecimento de gêneros alimentícios - Fórmulas Infantis e Alimentos para fins especiais, para atender os alunos com necessidades alimentares especiais, no programa de alimentação escolar.

DECISÃO

DOS FATOS:

Trata-se de pedido de impugnação impetrado pela **NUTRIPORT COMERCIAL LTDA.,** inscrita no CNPJ sob nº 03.612.312/0001-44, contra os termos e condições constantes no Edital do PE nº0018/2020, referente ao fornecimento de Fórmulas Infantis e Alimentos para fins especiais, para atender os alunos com necessidades alimentares especiais, no Programa de Alimentação Escolar do Município.

Em síntese, a impetrante informa que o instrumento convocatório em seu item 10 - JULGAMENTO menciona que julgamento das propostas comerciais será do tipo "MENOR PREÇO POR LOTE".

Informa que o Anexo I (Termo de Referência) possui diversos descritivos de linhas de gêneros alimentícios, onde determinadas empresas não conseguem atender em completo a todos os itens descritos, é de se concluir que a presente licitação está restringindo a ampla disputa, limitando a participação de diversas empresas do mercado, em desconformidade com a Lei de Licitações e Contratos Administrativos.

Informa que somente será possível a competitividade ampla neste certame, mediante a possibilidade de oferta de TODOS os participantes que tenham condições de atender a itens específicos e não apenas todos os itens em sua totalidade.

Que comercializa os produtos quem suprem as relevâncias dos descritivos dos itens 01 ao 11 (onze)

deste Edital, porém, se encontra impossibilitada de participar desta licitação devido à negociação ser do tipo menor preço por lote com 17 itens.

Cita que a finalidade do pregão eletrônico seja, precisamente, a de tornar objetivos os requisitos do Edital, possibilitando a participação de muitos interessados.

Manifesta que o instrumento convocatório em seu item **6. APRESENTAÇÃO DE FICHAS TÉCNICAS E LAUDOS DE ANÁLISE LABORATORIAL E CRITÉRIOS DE ANÁLISE,** menciona que a licitante deverá apresentar cópia do Laudo Bromatológicos emitido por laboratório oficial, (credenciados pelo Ministério da Saude/Universidades Federais/Estaduais e ainda pertencente a rede oficial para análise de alimentos) de todos os produtos.
A requerente solicita a autorização para apresentar, caso seja a vencedora o LAUDO emitido pelo fabricante dos produtos ofertados, pois LAUDO DO FABRICANTE, constam todas as informações importantes dos produtos.

E que considerando que a aquisição da Administração Pública deve se basear no alcance da oferta mais vantajosa e não na escolha de determinadas marcas, a empresa IMPUGNA o presente Edital, requerendo, assim, a sua revisão, para que outras empresas do mercado possam ofertar os produtos em referência, cotando apenas alguns itens do Anexo I, considerando desta forma a negociação pelo tipo menor preço unitário por item e que aceitem a apresentação do laudo emitido pelo fabricante dos produtos ofertados.

E ainda, caso não seja este o entendimento, requer que seja a presente impugnação, em conjunto com o Edital, remetidos à Instância Superior para análise e julgamento, com efeito suspensivo do certame licitatório até ser publicada a decisão definitiva.

Grosso modo é o relatório.

Preliminarmente, importante ressaltar que os autos do processo encontra-se justificado quanto ao critério do julgamento ser por lote e não por item, ao qual aqui corroboro:
Em que pese a recomendação para a licitação ser por item, nas aquisições para a contratação de obras, serviços e compras, e para alienações, onde o objeto for de natureza divisível, sem prejuízo do conjunto ou complexo, da adjudicação por itens e não pelo preço global, com vistas a propiciar a ampla participação dos licitantes que, embora não dispondo de capacidade para a execução,

fornecimento ou aquisição da totalidade do objeto, possam, contudo, fazê-lo com referência a itens ou unidades autônomas, devendo as exigências de habilitação adequarem-se a essa divisibilidade . Entretanto, há de mencionar a 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". (grifos nossos)***

Dessa forma ao analisarmos a questão em foco nos nossos setores técnicos verificamos alguns impedimentos pertinentes para a contratação de empresa para o fornecimento de ser por item em vez de lote, vejamos:

1. A divisão do objeto em vários itens pode culminar na elevação do custo da contratação de forma fracionada, e ainda afetar a integridade do objeto pretendido ou comprometer a perfeita execução do mesmo. Isso porque a divisão do objeto pode desnaturá-lo ou mesmo mostrar-se mais gravosa para a Administração, visto que tratam-se de produtos alimentícios destinados a alimentação escolar.
2. Os quantitativos mínimos estabelecidos no edital, por sua vez, devem resguardar a economia de escala. No entanto, o que demonstra que a contratação é mais vantajosa sobre todos os aspectos (econômico, operacional).
3. Aquisição dos itens demonstra ser um conjunto para atender o programa como o todo, no caso de problemas de fornecimento de um item ou a deserção de interessados, certamente, comprometerá a finalidade da contratação
4. Ter empresas distintas para fornecer os gêneros alimentícios certamente elevaria o custo da contratação e assim por razões orçamentária e financeiras teria que a Administração Pública restringir a qualidade e quantidade da alimentação a ser oferecido, trazendo assim consequências impeditivas a finalidade do programa.

Por fim, importante mencionar os ensinamentos do Professor Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, no Parecer nº 2086/00, elaborado no Processo nº 194/2000 do TCDF:

"Desse modo a regra do parcelamento deve ser coordenada com o requisito que a própria lei definiu: só se pode falar em parcelamento quando há viabilidade técnica para sua adoção. Não se imagina, quando o objeto é fisicamente único, como um automóvel, que o administrador esteja vinculado a parcelar o objeto. Nesse sentido, um exame atento dos tipos de objeto licitados pela Administração Pública evidencia que embora sejam divisíveis, há interesse técnico na manutenção da unicidade, da licitação ou do item da mesma. Não é pois a simples divisibilidade, mas a viabilidade técnica que dirige o processo decisório. Observa-se que, na aplicação dessa norma, até pela disposição dos requisitos, fisicamente dispostos no seu conteúdo, a avaliação sob o aspecto técnico precede a avaliação sob o aspecto econômico. É a visão jurídica que se harmoniza com a lógica. Se um objeto, divisível, sob o aspecto econômico for mais vantajoso, mas houver inviabilidade técnica em que seja licitado em separado, de nada valerá a avaliação econômica. Imagine-se ainda esse elementar exemplo do automóvel: se por exemplo as peças isoladamente custassem mais barato, mesmo assim, seria recomendável o não parcelamento, pois sob o aspecto técnico é a visão do conjunto que iria definir a garantia do fabricante, o ajuste das partes compondo todo único, orgânico e harmônico. Por esse motivo, deve o bom administrador, primeiramente, avaliar se o objeto é divisível. Em caso afirmativo, o próximo passo será avaliar a conveniência técnica de que seja licitado inteiro ou dividido".

Sendo assim, esclarecemos que a aquisição por lote do fornecimento de gêneros alimentícios de FÓRMULAS INFANTIS E ALIMENTOS PARA FINS ESPECIAIS para atender o programa de alimentação escolar e secretarias do município e não por item, encontra-se respaldada pela Súmula nº 247 do Tribunal de Contas da União e pelos setores técnicos, resguardando a eficiência e economia pública.

Em continuidade a análise dos fatos em questão ao item **6. APRESENTAÇÃO DE FICHAS TÉCNICAS E LAUDOS DE ANÁLISE LABORATORIAL E CRITÉRIOS DE ANÁLISE,** informamos que é obrigatória a apresentação da ficha técnica, que deve ter os dados constantes no item 6.2 – Modelo de ficha técnica, sendo que deve ser apresentada em papel timbrado do fabricante ou da licitante (desde que este seja responsável técnico), ao qual o item 6.2.1 menciona que os itens que deverão constar na ficha técnica dos produtos, vejamos:

- Identificação do Produto, inclusive a marca.
- Nome, endereço, n.º de telefone do fabricante e da empresa proponente.
- Prazo de validade, em dias ou meses, correspondendo ao prazo estabelecido como padrão para o produto do fabricante.
- Componentes do Produto: ingredientes, inclusive os nomes, tipos e códigos dos aditivos, se utilizados.
- Declaração de alergênicos, se houver.

- Peso líquido do produto nas embalagens primárias, podendo incluir também da embalagem secundárias.
- Condições de armazenamento, empilhamento máximo.
- Tipo de embalagem, primária e secundária, em que será entregue o produto.
- Tipo de rotulagem das embalagens primárias e secundárias em que será entregue o produto. Informação nutricional completa (de acordo com a Legislação vigente).
- Rendimento / percapita e peso unitário do produto.
- Dados sobre o responsável das informações contidas na Ficha Técnica: nome legível, cargo que ocupa na empresa, habilitação profissional, R.G., ou C.P.F., ou número de registro no conselho profissional"

Além da Ficha Técnica o referido edital solicita conforme item 6.3.1 a Cópia do Laudo Bromatológico de todos os produtos (Obs.: quando houver sabores diversos, deverá apresentar o laudo para cada um dos sabores descritos para o item), ao qual deverá ser expedido por laboratório oficial (credenciados pelo Ministério da Saúde, Ministério da Agricultura, Universidades Federais/Estaduais, e ainda os pertencentes a Rede Oficial para análise de Alimentos), com data de emissão nunca superior a 365 (trezentos e sessenta e cinco) dias da abertura da sessão de licitação; deverá conter descrição detalhada das características sensoriais, microscópicas, microbiológicas, físico-químicas e valores nutricionais detalhados, inclusive de vitaminas e minerais quando de alimentos considerados enriquecidos, e ainda acidez máxima quando indicado nas especificações".

Para tanto, se o licitante apresentar documento do fabricante que atenda ao exigido para este item dentro do prazo de 365 dias, o documento será aceito.

No que se refere a citação da solicitante "E que considerando que a aquisição da Administração Pública deve se basear no alcance da oferta mais vantajosa e não na escolha de determinadas marcas", não procede. Como bem destacado nos itens: 5.5.3.8 Caso a licitante classificada para a etapa de amostras apresente marcas que já foram pré-qualificadas através de testes internos ou daquelas que já foram aprovados nas licitações anteriores, conforme tabela a seguir, ficará isenta do teste de análise sensorial. 5.5.3.9.2 As marcas são apenas uma referência das já testadas pela Divisão de Alimentação Escolar, não constituem de forma alguma indicação de marcas a serem apresentadas, tampouco de todas disponíveis para o item".

Entretanto, há de mencionar a Súmula/TCU 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 justificação".

Apesar de possível, é preciso alertar que a indicação de marca em certames licitatórios não é a regra. Trata-se de hipótese excepcional permitida apenas quando tecnicamente justificável. A Lei de Licitações que tratam da vedação à indicação de marca como regra diz:

> *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, §7º: Nas compras deverão ser observadas, ainda: I – a especificação completa do bem a ser adquirido sem indicação de marca;*

No mesmo sentido, a jurisprudência do TCU é firme em indicar a necessidade de o gestor indicar as razões que motivam a decisão de restringir a disputa a determinadas marcas:

> *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).*

Por outro lado, não se deve confundir a impossibilidade de exigir marcas com a menção à marca de referência que ocorre quando, por exemplo, o órgão licitante insere a expressão "ou similar" após a descrição do objeto.

A menção à marca de referência é permitida e deriva do dever que a Administração possui de caracterizar o objeto licitado de forma adequada, sucinta e clara, de acordo com os arts. 14, 38, caput, e 40, inciso I, da lei nº 8.666/93.

Nesses casos, o órgão licitante "deve necessariamente acrescentar expressões do tipo "ou equivalente", "ou similar", "ou de melhor qualidade", podendo a Administração exigir que a empresa participante do certame demonstre desempenho, qualidade e produtividade compatíveis com a marca de referência mencionada." (Acórdão 113/2016 – Plenário)

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.

Diante de todo esclarecimento acima exposto, conheço posto que tempestivos a impugnação apresentada pela empresa **NUTRIPORT COMERCIAL LTDA,** para no mérito **INDEFERIR PROVIMENTO,** pelas razões de fato e de direito expostas.

Publique-se.

Sem mais para o momento, aproveitamos do ensejo para renovarmos nossos votos de estima e consideração.

João Carlos Fávaro
Secretário de Segurança Alimentar