



Fundação
Cultural de Timbó

DECISÃO

A Fundação Cultural de Timbó lançou o Edital de Pregão Presencial nº. 14/2015, cujo objeto versa acerca da contratação de pessoa jurídica para fornecimento de bebidas durante a 25ª Festa do Imigrante.

Após a sua publicação a empresa Dikel e Correa & Fraga Comércio de Bebidas e Organização Ltda ME apresentou impugnação alegando que: -há cerceamento de participação na venda de refrigerante e água mineral; - a regionalização de participação no certame aos fabricantes de chope das cidades da AMMVI não deve se estender ao refrigerante e água, devendo possibilitar acesso aos revendedores, inclusive não regionalizados; - não há justificativa que na região existam produtores de refrigerante e água; - o ato é ilegal e motiva a alteração editalícia; - a limitação é medida restritiva; - as exigências devem ser as previstas na legislação; - os itens 3.1.1 e 7.3.4 apenas permitem que os fabricantes dos municípios da AMMVI apresentem proposta, o que viola o inciso I, §1º do art. 3º e art. 30 da Lei nº. 8.666/93 e art. 37, XXI da CF, e está em descompasso com entendimento do TCU, doutrinário e jurisprudencial; - o fornecimento de refrigerante e água não pode ser regionalizado; - a Oktoberfest permite que estes produtos sejam fornecidos por distribuidores; - a postura fere a competitividade e a isonomia; - o edital deve permitir a participação de produtor ou distribuidor de refrigerante e água; -a restrição deve ser justificada e de acordo com a lei; - a administração deve ampliar a participação.

Requer a procedência da impugnação retificando o edital para prever a participação de distribuidores de refrigerante e água em um item específico, de qualquer lugar do país.

Este na síntese é o relatório, passamos a DECISÃO.

Mesmo que mencionado na justificativa prévia (fls. 09 a 12), na resposta a Impugnação proposta pela empresa RD COMERCIO VAREJISTA DE BEBIDAS LTDA ME e reconhecido pela ora Impugnante em sua manifestação, cabe ressaltar que a limitação de participação no certame de fabricantes de chope artesanal dos municípios da AMMVI não fere a constituição ou a lei, pois foi inclusive objeto de específico julgamento pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina na Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 2011.014034-6 (Blumenau. Relator: Des. Newton Janke. Íntegra anexa).

O Edital estabelece em seu item 1.1 a “... contratação de pessoa(s) jurídica(s) para o fornecimento de bebidas (chope artesanal – pilsen e especial, cerveja sem álcool, refrigerante e água) durante a 25ª Festa do Imigrante, no período de 09 a 12 de outubro de 2015, de acordo com as condições previstas nos anexos do edital.”, no item 1.1.1 que “O objeto é individualizado em cinco pontos de fornecimento, os quais serão objeto, cada qual, de concorrência própria.”, e no item 1.2.1 que “Com exceção do chope artesanal (pilsen e especial), que deverá ser de fabricação da própria empresa participante da licitação, fica admitido o fornecimento de água, refrigerante e cerveja sem álcool, produzidos por terceiros.”

Por questões de organização e limitações físicas da Festa do Imigrante e considerando que um dos maiores atrativos da festa e de nossa região é o chope artesanal, decidiu-se que a disponibilização das bebidas secundárias (água e refrigerante) durante o evento seria de responsabilidade exclusiva daquele(s) que restar(em) vencedor(es) quanto ao fornecimento do chope, ou seja, cabe a este último empreender todas as medidas, inclusive compra de refrigerante e água e



Fundação Cultural de Timbó

seu acondicionamento, entrega no local e demais necessárias a atender o objetivos do certame, o que encontra inclusive expressa previsão no item 13 do Edital, senão vejamos:

“13 - CONDIÇÕES REFERENTES AO FORNECIMENTO

13.1 - Cada PROPONENTE VENCEDOR, quanto ao fornecimento, deverá proceder da seguinte forma:

13.1.2 - QUANTO AO REFRIGERANTE:

- Fornecer o REFRIGERANTE acompanhado de todos os acessórios, utensílios e equipamentos necessários à sua distribuição (inclusive mobiliário caso seja preciso);*
- Fornecer obrigatoriamente em latinhas, acompanhadas de copo plástico descartável transparente caso seja da vontade do consumidor;*
- Em cada ponto deverão ser oferecidos, no mínimo, 02 (dois) sabores tradicionais, além de 01 (um) sabor na versão diet ou light;*
- O REFRIGERANTE deverá ser servido obrigatoriamente gelado.*

13.1.3 - QUANTO À ÁGUA MINERAL (COM OU SEM GÁS):

- Fornecer a ÁGUA MINERAL acompanhada de todos os acessórios, utensílios e equipamentos necessários à sua distribuição (inclusive mobiliário caso seja preciso);*
- Fornecer obrigatoriamente em garrafas plásticas, acompanhadas de copo plástico descartável transparente caso seja da vontade do consumidor;*
- A ÁGUA MINERAL deverá ser servida obrigatoriamente gelada.”*

Esta tipologia de fornecimento e os requisitos lhe inerentes surgiram, dentre outros aspectos, da necessidade de atender o cidadão com maior rapidez e qualidade (todos os pontos fornecerão todas as bebidas, evitando filas e prejuízo/dificuldade na entrega), controle e apuração dos produtos vendidos (condensada em apenas um fornecedor por ponto), logística (compra, acondicionamento e entrega dos produtos sob a responsabilidade de apenas um fornecedor por ponto), tamanho dos pontos (permite apenas um fornecedor), localização dos pontos (distribuídos em locais estratégicos, onde deverão estar a disposição todos os produtos/bebidas).

Além de inexistir prejuízo a terceiro decorrente desta forma de fornecimento instituída pela Fundação, o Impugnante não demonstra a sua ocorrência a ponto de motivar a alteração editalícia.

Vale ressaltar que o chope artesanal constitui um dos maiores (senão o maior) atrativo das festas ítalo-germânicas de nossa região, estando todas as demais atividades (em especial o fornecimento das demais bebidas) indissociavelmente vinculadas ao mesmo, o que igualmente motivou a construção do edital nestes moldes.

Toda esta realidade demonstra que a postura adotada pelo ente público está inserida no âmbito da discricionariedade, a qual *“... é margem de “liberdade” que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos, cabíveis perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente uma solução unívoca para a situação vertente.”*(Celso Antônio Bandeira de Mello. Curso de Direito Administrativo. 14ª ed. Fls. 821)

Diferente não é o entendimento de Hely L. Meirelles(Direito Administrativo Brasileiro, 28ª ed., fls. 114/115), que conceitua Poder Discricionário como sendo *“o direito concedido à Administração Pública de modo explícito ou implícito, para a prática de atos administrativos com liberdade na escolha de sua conveniência, oportunidade e conteúdo... “....A faculdade discricionária distingue-se da vinculada pela maior liberdade de ação que é conferida ao administrador. Se para a prática de um ato vinculado a autoridade pública está adstrita à lei em todos os seus elementos formadores, para praticar um ato discricionário é livre, no âmbito em que a lei lhe concede essa faculdade”*.



Fundação Cultural de Timbó

A discricionariedade afeta a administração pública já foi objeto de apreciação pelo judiciário, conforme abaixo:

*“Processo: 2012.042227-2 (Acórdão) / Relator: Paulo Henrique Moritz Martins da Silva / Origem: Trombudo Central / Órgão Julgador: Primeira Câmara de Direito Público / Julgado em: 20/08/2013
Juiz Prolator: Maximiliano Losso Bunn / Classe: Apelação Cível em Mandado de Segurança*

Ementa:

ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. INSURGÊNCIA QUANTO ÀS CLÁUSULAS EDITALÍCIAS QUE PREVÊM: PROIBIÇÃO DE SUBCONTRATAÇÃO, EXIGÊNCIA DE LICENCIAMENTO AMBIENTAL EM NOME DA PROPONENTE E GRAU 0,5 DE ENDIVIDAMENTO. ALEGAÇÃO DE QUE HAVERIA OMISSÕES NO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO PORQUE NÃO FORAM EXIGIDOS: PLANO DE MEDICINA DE SEGURANÇA DO TRABALHO, PCMSO E PPRA, E TAMBÉM PORQUE NÃO FOI APRESENTADA PLANILHA DE COMPOSIÇÃO DOS CUSTOS. ILEGALIDADES NÃO VERIFICADAS. SENTENÇA DE DENEGACÃO DA ORDEM CONFIRMADA. RECURSO DESPROVIDO. “Não cabe ao Poder Judiciário ingressar na análise merital afeta à discricionariedade do ato, sobretudo quando do seu exercício não se vislumbra ilegalidade ou afronta aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade.” (AI n. 2007.021539-6, da Capital, Rel. Des. Luiz César Medeiros, j. 10.9.2007)”. (AC n. 2008.052310-0, de Rio do Sul, rel. Des. Pedro Manoel Abreu, Terceira Câmara de Direito Público, j. 4-8-2009).”

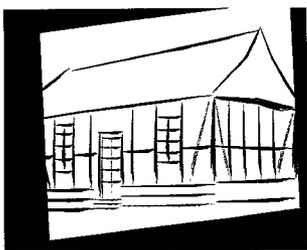
“Processo: 2011.084858-3 (Acórdão) / Relator: Nelson Schaefer Martins / Origem: Capital / Orgão Julgador: Segunda Câmara de Direito Público / Julgado em: 30/07/2013 / Juiz Prolator: Luiz Antônio Zanini Fornerolli / Classe: Apelação Cível / Ementa:

AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE ATO JURÍDICO CUMULADA COM PEDIDOS DE OBRIGAÇÃO DE FAZER E TUTELA ANTECIPADA. LICITAÇÃO. CONCORRÊNCIA PÚBLICA MUNICIPAL. PERMISSÃO PARA SERVIÇO PÚBLICO DE TRANSPORTE INDIVIDUAL POR TÁXI. PEDIDO DE DECLARAÇÃO DE NULIDADE DE ITEM DO EDITAL QUE ESTIPULA A CLASSIFICAÇÃO FINAL INDEPENDENTE DA NOTA OBTIDA NA PRIMEIRA ETAPA DO CERTAME. EDITAL QUE PREVÊ COM CLAREZA OS CRITÉRIOS PARA CLASSIFICAÇÃO E NÃO IMPUGNADO ANTES DA DIVULGAÇÃO DO RESULTADO FINAL DA CONCORRÊNCIA. CLASSIFICAÇÃO DEFINIDA COM ESTRITO CUMPRIMENTO DAS REGRAS EDITALÍCIAS PARA TODOS OS CANDIDATOS. ILEGALIDADE, IMORALIDADE ADMINISTRATIVA E TRATAMENTO ANTI-ISONÔMICO NÃO IDENTIFICADOS. IMPOSSIBILIDADE DE INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NO MÉRITO DO ATO ADMINISTRATIVO PRATICADO DE FORMA LEGAL DENTRO DOS LIMITES DA DISCRICIONARIEDADE. RECURSO DESPROVIDO. “A rigor, o critério de classificação estipulado em licitação, que desconsidera a primeira etapa do certame, conferindo pontuação somente para a segunda etapa, não fere o postulado constitucional da isonomia, desde que seja empregado a todos os candidatos indistintamente e, é claro, que sejam observadas as regras previamente definidas no edital de convocação e na lei de licitações” (Agravo de Instrumento n. 2011.003711-1, da Capital, rel. Des. Luiz César Medeiros, Terceira Câmara de Direito Público, j. 20.04.2011). (TJSC, Apelação Cível n. 2011.084858-3, da Capital, rel. Des. Nelson Schaefer Martins, j. 30-07-2013).”

O interessado em ter sua água ou refrigerante no evento pode promover a venda do mesmo diretamente ao responsável pelo ponto, inexistindo assim prejuízo ao Impugnante ou outro terceiro.

Existiria cerceamento de participação no certame se alguma condição impedisse injustamente o acesso de interessado ao objeto licitado, o que não ocorreu, pois a disponibilização de água ou refrigerante, pelos motivos já esposados, ficou sob a responsabilidade do fornecedor do chope, o que, salvo melhor juízo, não encontra óbice.

Não existe no certame a regionalização para a aquisição do refrigerante e água, nem qualquer revendedor está impedido de ofertar seu produto, desde que o faça ao(s) detentor(es) do(s) ponto(s) de venda da festa, cujo rol estará disponível a partir da conclusão do certame.



Fundação Cultural de Timbó

Não se trata de medida restritiva imposta pelo ente público.

Os itens 3.1.1 e 7.3.4 encontram plena consonância com a constituição e a lei, tanto que já foram, como mencionado alhures, objeto de apreciação e guarda do judiciário.

Não há violação ao inciso I, §1º do art. 3º e art. 30 da Lei nº. 8.666/93 e art. 37, XXI da CF, nem contrariedade ao entendimento do TCU, doutrinário e jurisprudencial, tampouco a Impugnante fez prova neste sentido.

O fato da Oktoberfest adotar determinada postura não constitui fator que obriga a Fundação a elegê-la como a adequada aos seus fins, até por que se tratam de festas de envergadura totalmente desproporcionais.

Não há prejuízo à competitividade ou a isonomia nem a Impugnante comprova tal realidade, pairando a questão o âmbito da argumentação.

Inexiste razão para a administração ampliar a participação, pois em nenhum momento a restringiu, definindo clara e objetivamente as condições a serem cumpridas para atender as suas necessidades.

A inclusão no certame de item para aquisição de refrigerante e água modifica, sem qualquer justificativa plausível, toda a estrutura física e organizacional previamente definida e que motivou a adoção das atuais posturas (as quais vão muito além dos pontos de venda fornecimento da bebida).

A aquisição direta, pela Fundação, do refrigerante e água para disponibilização nos pontos de venda de chope também não se torna viável, haja vista que o Edital já define que este último será o responsável por tal medida e em seu item 6.5 (abaixo) a forma de composição de valores (onde estão incluídos tais produtos):

“6.5 - Para efeito de julgamento das propostas, será levada em consideração a conjugação dos seguintes itens:

6.5.1 - Maior percentual de comissão sobre a venda geral dos produtos, partindo de 15% (quinze por cento).

6.5.2 - Repasse, a título de patrocínio, no valor fixo de R\$ 3.000,00 (três mil reais) por ponto;

6.5.3 - Fornecimento gratuito, de CADA PROPONENTE VENCEDOR, para a “sangria” que ocorrerá no momento da abertura de 25ª Festa do Imigrante, de 120 (cento e vinte) litros de CHOPE PILSEN e de 280 (duzentas e oitenta) latinhas de refrigerante a serem distribuídas aos funcionários e à equipe de trabalho.”

Ante o exposto, com supedâneo nas razões supra, conheço da impugnação e a ela nego provimento em todos os seus termos, determinado o prosseguimento do certame.

Publique-se. Intime-se

Timbó, 04 de agosto de 2015.


JORGE REVELINO FERREIRA

Diretor Presidente da Fundação Cultural de Timbó