



Ao
MUNICÍPIO DE APARECIDA DE GOIANIA
Por intermédio da SECRETARIA EXECUTIVA DE LICITAÇÃO
Stefany Linara A. Ramos
Pregoeira

Goiânia: 26 de maio de 2020

EDITAL DE LICITAÇÃO PREGÃO ELETRÔNICO No 057/2020 - SRP TIPO: MENOR PREÇO

IMPUGNAÇÃO

A empresa **PHB Comercio e Importação e Prestação de Serviços Ltda – ME**, CNPJ nº **07.999.525\0001-21**, com sede à Av. Perimetral N. 3617 Qd.172 Lt.02 Setor Bueno, CEP: 74215-017, Goiânia – Goiás, em concordância ao exposto na cláusula 9 do referido Edital de Licitação, vem, mui respeitosamente apresentar IMPUGNAÇÃO ao Edital e seus anexos, pelas razões que passa a expor.

1. Do objeto

Trata-se de pregão eletrônico, cujo objeto é o “Registro de Preços para futura e eventual locação de scanners de mesa, impressoras multifuncionais, incluindo fornecimento dos Equipamentos, suprimentos (toners) e peças, logística, e mão de obra, conforme condições e especificações estabelecidas no Edital e seus Anexos.”

A abertura das propostas está prevista para o dia 29 de maio de 2020, tornando essa impugnação TEMPESTIVA.

2. Da carta do fabricante

O edital exige, em seu ANEXO I, Termo de referência, que:

“5.7-A vencedora da licitação deverá apresentar juntamente com a proposta, declaração com firma reconhecida do (s) fabricante(s) dos equipamentos constante lote 01:

- a) Que a empresa participante é autorizada e credenciada a comercializar os equipamentos e prestar assistência técnica;
- b) que os equipamentos cotados são novos, de primeiro uso e em linha de fabricação.”

Na prática, tal exigência é desnecessária, e visa apenas restringir a livre concorrência, e a participação de vários licitantes. Se não, vejamos:

Declaração do fabricante que a empresa é autorizada e credenciada para prestar assistência técnica: qual a utilidade de tal instrumento? Os atestados de capacidade técnica são os instrumentos legais pertinentes a fim de aferirem se a licitante é apta a prestar os serviços. Esse instrumento é inserido em instrumentos convocatórios por empresas que querem se beneficiar dos chamados REGISTROS DE OPORTUNIDADE, prática utilizada por fabricantes para resguardar suas margens e as margens das revendas.

Consiste na identificação prévia de uma oportunidade (um órgão público ou cliente privado que necessita contratar um serviço de impressão). Normalmente se comunica o fabricante que se irá “trabalhar” essa oportunidade para que o referido fabricante possa não somente participar, mas se possível ser beneficiado com especificações em que ele leva vantagem sobre os demais.



Com esse registro, o fabricante sabe de antemão qual a revenda que está dentro do órgão e que agirá para que suas especificações lhe favoreçam num eventual processo licitatório, e protegerá o trabalho dessa revenda, dando-lhe preços especiais, e caso seja exigida uma carta do fabricante, este dará APENAS para a empresa que registrou a oportunidade primeiro.

Até aqui não há nada ilegal, exceto pelo fato que empresas se utilizam da boa fé dos órgãos demandantes para inserir essa exigência, normalmente nos termos de referência. O órgão não será beneficiado, pois apenas um fornecedor receberá esse documento, diminuindo a quantidade de empresas concorrentes, e aumentando o preço.

E a situação piora quando as especificações colocadas no termo de referência, geralmente por "SUGESTÃO" da área comercial da empresa que está auxiliando na elaboração do mesmo, favorecem determinado fabricante.

É o caso em questão. Nesse edital, as especificações são extremamente benéficas para os seguintes produtos:

Tipo I – Impressora Monocromática – MARCA OKI, modelo ES5112

Tipo II – Multifuncional Monocromática – MARCA OKI, modelo ES5162

Tipo III – Multifuncional Policromática – MARCA OKI, modelo MC573

Tipo IV- Multifuncional Grande Porte Laser ou Led Monocromática com as funções obrigatórias de impressão, cópia, digitalização e fax. – MARCA OKI, modelo MPS5502

Tipo V- Impressora Laser ou Led Policromática com as funções obrigatórias – MARCA OKI, modelo ES6405

Tipo VI- Scanner com as funções obrigatórias – MARCA BROTHER, modelo ADS2800W

Até existem outros produtos que podem atender a essas especificações, mas com produtos maiores e mais caros.

O órgão pode até argumentar que não tem nenhuma preferência por esses modelos, mas ao exigir uma carta do fabricante, tanto a OKI quanto a Brother somente darão à empresa que registrou a oportunidade.

Outros fabricantes poderão credenciar outras revendas, mas em condições adversas economicamente, tornando quase impossível alguém ofertar um preço menor do que a revenda que registrou o projeto cotando OKI e KYOCERA.

E como a lei de mercado é conhecida por todos, onde há pouca concorrência, o preço não é o menor.

Abolir a exigência da carta permitirá que empresas como a impugnante citem os mesmos produtos, dos mesmos fabricantes, mas que disputem diminuindo suas margens e forçando um preço mais interessante para o cliente, que vai ser amplamente beneficiado.

Declaração do fabricante que os equipamentos cotados são novos, de primeiro uso e em linha de fabricação: Essa declaração, além de desnecessária, porque elas informações sobre estar em linha de fabricação podem ser facilmente apuradas nos próprios sites do fabricante, é inócua, pois a revenda poderia entregar equipamentos usados sem o conhecimento do fabricante. É como se o fabricante pudesse controlar se o equipamento cotado fosse NOVO. Isso é impossível. Somente a revenda poderia atestar que está cotando equipamentos novos.



E caso a revenda descumpra essa exigência, o fabricante poderia ser penalizado? O fabricante de fato não entra como licitante, e suas declarações não têm efeito prático nenhum para o órgão, e somente beneficiam a revenda que possui o registro da oportunidade.

DO DIREITO

A jurisprudência do Tribunal de Contas da União – TCU assenta que os requisitos de habilitação dos licitantes, elencados nos arts. 27 a 31 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, devem ser interpretados restritivamente[1].

Com esse posicionamento, busca-se obstar limitações à ampla competitividade e à isonomia, zelo esse que encontra amparo nos seguintes dispositivos:

art. 37, inc. XXI, da Constituição Federal, que firma que a licitação pública somente permitirá “as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”;

art. 30, § 5º, da Lei nº 8.666/1993, que veda “a exigência de comprovação de atividade ou de aptidão com limitações de tempo ou de época ou ainda em locais específicos, ou quaisquer outras não previstas nesta Lei, que inibam a participação na licitação”;

art. 3º, § 1º, inc. I, da Lei nº 8.666/1993, que obsta ao agente público:

[...] admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato [...].

Na linha desse raciocínio, o Superior Tribunal de Justiça deliberou que “o interesse público reclama o maior número possível de concorrentes, configurando ilegalidade a exigência desfilhada da lei básica de regência e com interpretação de cláusulas editalícias impondo condição excessiva para a habilitação”[2].

Com lastro nas considerações acima expostas, o TCU entende que, em regra, a Administração Pública não pode demandar a declaração de fabricante, carta de solidariedade ou credenciamento como condição de habilitação do licitante[3].

A Corte ainda pondera que esse tipo de exigência confere ao fabricante o poder de decidir quais fornecedores poderiam participar do certame, tornando ainda mais tangível a restrição à ampla competitividade e a ofensa ao princípio da isonomia, em consequente redução à possibilidade de seleção da proposta mais vantajosa.

A Corte de Contas pondera, ainda, que a declaração do fabricante apresentada pelo licitante não impede que a contratada utilize produtos remanufaturados ou não licenciados no curso da execução contratual.

Em alguns julgados, analisa-se a questão sob a ótica do Código de Defesa do Consumidor – CDC. O raciocínio utilizado é o seguinte: ao contratar bens e serviços como destinatária final, a Administração caracteriza-se como consumidora, beneficiando-se das proteções inerentes ao CDC. Esse Diploma, por sua vez, dita que o fornecedor e o fabricante são solidariamente responsáveis pelos produtos que disponibilizam. Desnecessária, portanto, a apresentação de carta de solidariedade, haja vista que a responsabilidade solidária já é imposta por força de Lei.



Outrossim, o Supremo Tribunal Federal – STF, em ação direta de inconstitucionalidade, deferiu medida cautelar para suspender a eficácia de dispositivo de portaria ministerial que ordenava o credenciamento dos licitantes em determinados certames. Veja-se excerto do Informativo do STF:

O Tribunal deferiu medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade para suspender a eficácia do § 3º do art. 5º da Portaria 2.814/98, do Ministério da Saúde, que exige que, nas compras e licitações públicas de medicamentos, realizadas pelos serviços próprios, e conveniados pelo SUS, as empresas distribuidoras apresentem declaração do seu credenciamento como distribuidora junto à empresa detentora do registro dos produtos, bem como termo de responsabilidade emitido pela distribuidora, garantindo a entrega dos mesmos em prazo e quantidade estabelecidos na licitação. [...] Em seguida, entendeu-se que as exigências constantes do dispositivo analisado, em princípio, limitariam a concorrência no certame, configurando verdadeiro aditamento da Lei de Licitações (Lei 8.666/93), em dissonância com o previsto no art. 37, XXI, da CF.[4]

DO ACÓRDÃO Nº 1.805/2015 – PLENÁRIO.

Para ilustrar a questão, passa-se a expor caso concreto fiscalizado pelo TCU.[5]

Analisava-se pregão cujo objeto era a prestação de serviços de impressão e reprografia corporativa, englobando fornecimento de equipamentos, instalação e configuração, serviços de manutenção, peças de reposição e materiais de consumo.

Questionou-se se a legalidade de exigência, como requisito de habilitação, de documento do fabricante declarando que o licitante poderia comercializar os equipamentos licitados, fornecer peças e insumos, além de prestar assistência técnica.

Os gestores alegaram que a referida regra objetivava garantir a padronização e qualidade dos produtos, evitando-se que a Administração se deparasse com bens falsificados, recondicionados ou remanufaturados. Argumentaram, ainda, que o documento demonstraria que a contratada teria condições de prestar assistência técnica, e que os insumos e suprimentos seriam da mesma marca das impressoras.

O TCU, entretanto, considerou que a determinação implicou cerceamento à ampla competitividade, determinando a anulação do pregão.

Notas/Citações

[1] Acórdãos do TCU nº 1.405/2006 e nº 354/2008 — ambos do Plenário; Acórdão nº 949/2008 — 2ª Câmara; e Acórdão nº 566/2006 — Plenário.

[2] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. MS nº 7814/DF — 1ª Seção. Relator: ministro Francisco Falcão. Brasília, 28 e agosto de 2002. Diário da Justiça Eletrônico [do] Superior Tribunal de Justiça, 21 out. 2002, p. 267.

[3] BRASIL. Tribunal de Contas da União. Processo TC nº 008.137/2015-3. Acórdão nº 1.805/2015 — Plenário. Relator: ministro-substituto Weder de Oliveira. Brasília, 22 de julho de 2015. Disponível em: <<http://portal.tcu.gov.br/>>. Acesso em: 01 jul. 2016. Nesse sentido: Decisão nº 486/2000 e acórdãos nos 808/2003, 423/2007, 1.729/2008 e 2.056/2008, do Plenário.

[4] STF. Pleno. ADI 4105 MC/DF, rel. Min. Marco Aurélio, 17.3.2010. Informativo STF nº 579. O mesmo assunto foi analisado pelo TCU por meio do Acórdão 1.350/2010, 1ª Câmara, rel. Min. Weder de Oliveira.

[5] Processo TC nº 008.137/2015-3. Acórdão nº 1805/2015 — Plenário. Relator: Ministro-Substituto Weder de Oliveira. Julgado em: 22.07.2015.



3. Do atestado de capacidade técnica

O edital também exige em seu item 8.5.1.1, letra “b” que o referido atestado deverá obrigatoriamente:

“b) Comprovar que a licitante possui capacidade e experiência em operar projetos de impressão do porte desta contratação. O atestado deverá comprovar que a licitante realizou, em um único contrato, a disponibilização de pelo menos 50% (cinquenta por cento) do quantitativo licitado;” (grifo da recorrente)

A exigência de apresentação de atestados para fins de qualificação técnica em licitação, prevista no art. 30, § 1º da Lei nº 8.666/93, tem como finalidade verificar se o licitante possui condições técnicas necessárias e suficientes para, em se sagrando vencedor do certame, cumprir o objeto de forma satisfatória.

Os atestados revelam a experiência anterior do licitante na execução de objetos similares ao licitado, em características, quantidades e prazos. A lógica que baseia a qualificação técnica envolve uma presunção de capacidade. Segundo as diretrizes legais, se reconhece que o sujeito que comprovar já ter realizado um objeto equivalente ao licitado será presumido “apto” para desenvolver o objeto da licitação, razão pela qual haverá de ser habilitado.

Com base nisso, em um primeiro momento, seria possível entender que quanto maior o grau de exigências, maior a presunção de que aqueles que as cumprem são capazes de executar as obrigações contratuais e, conseqüentemente, maior a segurança da Administração.

Entretanto, o rigor exagerado na fixação das exigências pode restringir a competitividade do certame, pois quanto mais exigências, menor o número de pessoas aptas a cumpri-las. E o pior, se nem todas as exigências forem justificáveis em vista do risco e da complexidade envolvidos na contratação, tal restrição terá sido imotivada.

Justamente por tal razão, com vistas a ampliar a competitividade, a regra é aceitar o somatório de atestados para fins de qualificação técnica. Mediante o somatório, faculta-se ao interessado que não lograria êxito em demonstrar sua capacidade por meio de um único atestado, que o faça conjugando experiências diversas. Nesse sentido é o entendimento do TCU, cuja jurisprudência pacífica considera possível o somatório de atestados independentemente de previsão editalícia (TCU: Acórdão nº 1.983/2014-Plenário; Acórdão nº 1.231/2012-Plenário e; Acórdão nº 1.890/2006-Plenário).

Há interessante Acórdão proferido pelo TCU (AC-2239-33/12-P, TC 019.357/2012-5), no sentido de que:

“III.1.4.2 Análise

A exigência de comprovação da execução de obras por um único atestado por especialidade, sem as devidas justificativas, embasadas em estudos técnicos, não encontra amparo legal ou jurisprudencial.

Não se pode afirmar que uma empresa que tenha executado, a mais de um cliente, serviços similares aos que serão contratados seja menos capaz que outra que os tenha prestado a um único cliente.

(...)



Nesse sentido é o ensinamento de Marçal Justen Filho ao tratar da possibilidade de somatório de atestados para comprovação da qualificação técnica em Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 12 ed. São Paulo: Dialética, 2008, pg 421:

O voto proferido pelo Ministro Walton Alencar, ao relatar o processo que originou o Acórdão 2.088/2004 – TCU – Plenário, de 15/12/2004, corrobora esse posicionamento, conforme transcrito a seguir:

A restrição à quantidade de contratos admitidos para fins de comprovação da experiência prévia em nada aproveita à Administração. É irrelevante, para os fins legais, ter o licitante executado determinado conjunto de serviços ou obras em contratos diferentes, ou no mesmo contrato, pois em ambos os casos estaria demonstrada sua capacidade para executar os serviços licitados.

Importa ao administrador tão somente a comprovação da capacidade técnica para executar as obras ou serviços nos quantitativos desejados, não sendo razoável exigir que o conjunto de serviços ou obras tenham sido executados em número determinado de contratos.

Em relação a esse tema, o Tribunal tem firmado jurisprudência no sentido de vedar a imposição de limites ou de quantidade certa de atestados ou certidões para fins de comprovação de qualificação técnica, salvo se a natureza da obra ou do serviço assim o exigir. Nesse caso, a pertinência e a necessidade devem estar justificadas em estudos técnicos constantes dos autos do processo (Acórdãos 1.120/2010 – TCU – Plenário, 1.593/2010 – TCU – 2ª Câmara, 1.921/2010 – TCU – Plenário, 597/2008 – TCU – Plenário, 2.882/2008 – TCU – Plenário, 3.638/2008 – TCU – 2ª Câmara, 2.462/2007 – TCU – Plenário, e 571/2006 – TCU – 2ª Câmara)."

Não há fundamentação legal nem benefício algum em exigir que tal comprovação de aptidão técnica se dê em apenas um contrato, e portanto, tal exigência deve ser alterada.

CONCLUSÃO/PEDIDO

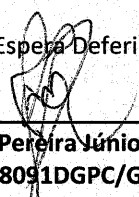
Como foi claramente demonstrado, a exigência da DECLARAÇÃO DO FABRICANTE prevista no item 5.7 do TERMO DE REFERÊNCIA, além de ilegal, em nada beneficia o órgão licitante, e tal exigência deve ser retirada do certame.

Isto posto, pede a impugnante que seja retirada a exigência de carta do fabricante, anulando-se o que está exigido no item 5.7 do TERMO DE REFERENCIA do edital.

Pede também que seja retirada do edital, em seu item 8.5.1.1, letra "b", a expressão "em um único contrato", e que seja permitida expressamente a somatória de vários atestados para se chegar aos 50% exigidos para comprovação.

Nestes Termos

Pede e Espera Deferimento


Márcio Pereira Júnior - Sócio Proprietário
RG: 4008091DGPC/GO e CPF: 943.331.301-15