



Prefeitura Municipal de São Carlos

DEPARTAMENTO DE PROCEDIMENTOS LICITATÓRIOS

SEÇÃO DE LICITAÇÕES

Equipe de apoio ao Sistema Informatizado de licitações – Pregão Eletrônico

"São Carlos, Capital Da Tecnologia"

PREGÃO ELETRÔNICO Nº 037/2019

PROCESSO Nº 6001/2019

Ata de Julgamento de Impugnação

Aos 14 (catorze) dias do mês de maio do ano de 2019, às 17h20, reuniu-se na Sala de Licitações a Equipe de Apoio ao Sistema Informatizado de Licitações - Pregão Eletrônico para proceder à análise do Pedido de Esclarecimentos encaminhado via e-mail a este Departamento de Procedimentos Licitatórios pela empresa **ER SOLUÇÕES INFORMÁTICA LTDA**, devidamente inscrita no CNPJ sob nº 05.778.325/0001-13, referente ao Pregão Eletrônico em epígrafe, cujo objeto é a **AQUISIÇÃO DE SERVIDOR E NOBREAK PARA O DEPARTAMENTO DE TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO DA PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO CARLOS**.

O presente procedimento licitatório, conforme previsão do Edital, em seu item 11 tem como fundamentos legais a Lei nº. 8.666, de 21 de junho de 1993 e alterações subsequentes. Considerando que a Lei 10.520/2002 não trata das hipóteses de legitimidade para apresentação de impugnação a editais, impõe-se a aplicação subsidiária da Lei Federal nº 8.666/93.

O artigo 41 da Lei de Licitações e Contratos, 8.666/93 prevê como legitimados a impugnar o edital de licitação: o cidadão (§ 1º) e o licitante (§ 2º), senão vejamos:

§ 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. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994).

DA TEMPESTIVIDADE

Inicialmente, cabe apreciarmos os requisitos de admissibilidade da referida impugnação, ou seja, apreciar se a mesma foi interposta dentro do prazo estabelecido para tal. Destarte, o Decreto Federal nº 5450/05, em seu artigo 18, dispõe "até dois dias úteis antes da data fixada para abertura da sessão pública, qualquer pessoa poderá impugnar o ato convocatório do pregão, na forma eletrônica".

A Impugnação foi recebida pelo Departamento de Procedimentos Licitatórios – Seção de Licitações, em tempo hábil, portanto, merece ter seu mérito analisado, visto que respeitou os prazos estabelecidos nas normas sobre o assunto.

Preliminarmente a Equipe requereu manifestação da unidade interessada, o Departamento da Tecnologia da Informação, que nos forneceu subsídios para elaboração da presente Ata.

DA SÍNTESE DAS ALEGAÇÕES DA IMPUGNANTE:

Vimos ora solicitar impugnação em face ao conteúdo de caráter ilegal presente no Edital do PREGÃO ELETRÔNICO N.º 037/2019, PROCESSO N.º 6001/2019 e abaixo transcrito

DOCUMENTAÇÕES COMPLEMENTARES AO VENCEDOR

Declaração do fabricante de que o licitante é revendedor autorizado, que todos os

Rua Episcopal, nº 1.575, Centro, São Carlos – SP, Fone/Fax: (16) 3362 1162



Prefeitura Municipal de São Carlos
DEPARTAMENTO DE PROCEDIMENTOS LICITATÓRIOS
SEÇÃO DE LICITAÇÕES
Equipe de apoio ao Sistema Informatizado de licitações – Pregão Eletrônico
"São Carlos, Capital Da Tecnologia"

produtos ofertados pelo licitante são de sua fabricação, que a configuração ofertada pelo licitante é totalmente funcional e a garantia compatível com a exigência do edital.

A declaração do fabricante nos procedimentos licitatórios é tema consolidado como ILEGAL e portanto deve ser retirada do Edital conforme inúmeros pareceres do TCU e outros

Seguem anexos alguns pareceres que destacam a matéria

PREGÃO ELETRÔNICO Nº 24/2018-TCE/CE Versam os presentes autos acerca de impugnação interposta pela empresa IDATA DISTRIBUIDORA referente ao Pregão supracitado, enviado via e-mail no dia 3/1/2019, recebendo o Protocolo Geral nº 201900179.

Das alegações do Impugnante A Recorrente alegou o que se segue: "10.2 - QUALIFICAÇÃO TÉCNICA: 10.2.1 - O Licitante deve ser autorizada pelo fabricante para fornecimento de soluções com seus produtos, o que será verificado através de declaração emitida por estes fabricantes. A exigência de declaração por intermédio do fabricante, pressupõem um vínculo do mesmo com a contratada e ocasiona uma pré-seleção de quem irá ou não participar do certame. Possuímos uma grande experiência de vendas em servidores, computadores, nobreaks, etc. e garantimos todos os requisitos exigidos no edital, insistimos para que o senhores revejam tal exigência, porque é de nosso interesse ofertar o objeto requerido em edital, assim como acredito que outros concorrentes que não possuem acesso a tal declaração do fabricante e possuem produtos de qualidade gostariam de participar também do presente certame. Dessa forma, acreditamos que não há necessidade de uma declaração do próprio fabricante, pois, qualquer inconsistência com relação a entrega do produto mencionado em proposta, acarretará em sanções que prejudicarão nossa empresa. Lembrando que o próprio TCU entende que essa exigência é arbitrária. Tal exigência nos impede de participar do certame e fere precipuamente os princípios da ISONOMIA, LEGALIDADE e IGUALDADE. Veja prezado pregoeiro, que essa exigência, reduz totalmente a competitividade, impedindo que a Administração Pública obtenha uma maior gama de ofertas, interferindo diretamente na eficiência do certame e afetando o interesse maior que é a Supremacia do Interesse Público. Ainda que os senhores argumentem que tal exigência se direciona somente ao arrematante, todos os pretendentes a cadastrar a proposta na plataforma, qu PREGÃO ELETRÔNICO N.º 24/2018-TCE/CE PROCESSO N.º 37212/2018-9 COMISSÃO DE LICITAÇÃO

do Interesse Público: 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. I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo (...) (grifo nosso). Neste sentido conforme destaca Marçal Justen Filho, em seu livro – Comentários à lei de Licitações e Contratos Administrativos – Lei 8666/93 - (2016), págs. 121 e 122: O ato convocatório da licitação deve estabelecer que assegurem a seleção da proposta mais vantajosa (de acordo com a concepção de vantajosidade adotada), com observância do princípio da isonomia. É essencial que a licitação seja um procedimento orientado por critérios objetivos, sendo ilícita a adoção de cláusulas ou quaisquer práticas que, de modo parcial ou total, restrinjam, afetem ou dificultem ilegitimamente a competição. Ainda de acordo com o autor: A regra do art. 3º, parágrafo 1º, I, (...) São inválidas condutas ativas ou omissivas adotadas pela Administração Pública, formalmente constantes do ato convocatório ou não, que distorçam a competição. Nenhum licitante pode obter vantagens injustificáveis ou enfrentar desvantagens indevidas na competição. Os competidores devem ser tratados com igualdade, o que significa a vedação a benefícios ou encargos reservados a apenas alguns dos licitantes. Mais ainda, não se admitem cláusulas que, previstas para aplicação generalizada, criam efeitos de distorção da competição. Em última análise, a regra examinada subordina todas as discriminações à proporcionalidade, diferenciações ou benefícios inúteis, excessivos ou



Prefeitura Municipal de São Carlos

DEPARTAMENTO DE PROCEDIMENTOS LICITATÓRIOS

SEÇÃO DE LICITAÇÕES

Equipe de apoio ao Sistema Informatizado de licitações – Pregão Eletrônico

"São Carlos, Capital Da Tecnologia"

violadores da proporcionalidade em sentido estrito são ilegais. PREGÃO ELETRÔNICO N.º 24/2018-TCE/CE PROCESSO N.º 37212/2018-9 COMISSÃO DE LICITAÇÃO

3

JURISPRUDÊNCIA Súmula 222 - TCU As Decisões do Tribunal de Contas da União, relativas à aplicação de normas gerais de licitação, sobre as quais cabe privativamente à União legislar, devem ser acatadas pelos administradores dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Neste sentido veja-se o entendimento do TCU – AC 3783 19 /13 - 1 sobre o assunto: 26. Por outro lado, se não podem ser denominadas corretamente de cartas de solidariedade, é fato que as exigências editalícias em análise, talvez melhor chamadas de “declaração do fornecedor”, termo utilizado na instrução técnica anterior (peça 7), possuem os mesmos elementos constantes da carta, pois exigem do potencial licitante vínculo com o fabricante, que malfeire a competitividade e a isonomia requeridas ao certame. Nesse sentido, pertinente, por similar, a análise do Ministro Relator, no âmbito do TC 002.887/2007-2: 28. Sobre esse assunto, novamente citando a NT n.º 3/2009, a Sefti, ao tratar do credenciamento em geral, diferenciou-o do credenciamento ad-hoc, este (como a carta de solidariedade) específico para cada certame. Considerou-se este que “não deve ser permitido sob nenhuma hipótese, pois resulta em pernicioso prática por parte dos fabricantes, que se tornam capazes de escolher, para cada certame, seu único representante, podendo frustrar a competitividade das contratações públicas”. 29. Já com relação ao credenciamento feito sem consideração de um certame específico, argumentou-se que, em geral (ainda que não ad-hoc), “restringe o caráter competitivo dos certames, previsto, entre outros diplomas, no art. 3º, § 1º, inciso I, da Lei no 8.666/1993, porquanto afasta empresas que, por um motivo ou outro, não são credenciadas, mas que podem ter plenas condições de fornecer os bens requeridos”. De maneira indireta, a prática poderia vir a criar condições para que os fabricantes passassem a “lotear” o mercado de aquisições públicas de TI. 30. As exigências de declaração do fabricante, contidas no edital do pregão 61/2012, da mesma forma como o que acontece nas cartas de solidariedade e nos credenciamentos (gerais ou ad-hoc), por conterem a mesma essência, carecem de PREGÃO ELETRÔNICO N.º 24/2018-TCE/CE PROCESSO N.º 37212/2018-9 COMISSÃO DE LICITAÇÃO

4

amparo legal, pondo em risco o caráter competitivo do certame e a isonomia entre os licitantes, que, para participarem do certame, dependeriam de deliberação do fabricante, que, a seu livre critério, passaria a determinar as empresas que poderiam ou não licitar. Nessa linha é o entendimento desta Corte, conforme assentado nos seguintes julgados: Decisão 486/2000-P e Acórdãos 808/2003-P, 1670/2003-P, 1602/2004- P, 1676/2005-P, 216/2007-P, 423/2007-P, 539/2007-P, 2294/2007-1C, 1729/2008-P, 2056/2008-P e 2404/2009-2C, dentre outros. (GRIFO NOSSO) ACÓRDÃO - 1729/2008 Plenário – TCU Para habilitação de licitantes em pregão eletrônico, deve ser exigida, exclusivamente, a documentação disposta no art. 14 do Decreto no 5.450/2005. Dessa forma, indiscutível e a falta de amparo legal para exigência de declaração de compromisso de solidariedade do fabricante do produto como condição para habilitação, o que conduz a anulação do processo licitatório. Número 245 - Sessões: 2 e 3 de junho de 2015 - INFO_TCU_LC_2015_245 – TCU 4. A exigência de declaração emitida por fabricante, no sentido de que a empresa licitante é revenda autorizada, de que possui credenciamento do fabricante ou de que este concorda com os termos da garantia do edital, conhecida como declaração de parceria, contraria o art. 3º, § 1º, inciso I, da Lei 8.666/93, aplicado subsidiariamente no âmbito do pregão. Representação formulada por sociedade empresária apontara possíveis irregularidades em pregão eletrônico promovido pelo Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia de Pernambuco (IFPE) para a aquisição de solução de data center contendo servidores blade. Dentre os pontos impugnados, destacara a representante possível prejuízo à competitividade na exigência editalícia de declarações emitidas por fabricantes. Analisando o ponto, após a realização do contraditório, anotou o relator que “a exigência de declaração emitida por fabricante, no sentido de que a empresa licitante é revenda autorizada, ou que possui credenciamento do fabricante, ou que concorda com os termos da garantia do edital, conhecidas como declaração de parceria, contraria frontalmente o inciso I do § 1º do art. 3º da Lei 8.666/93, aplicado subsidiariamente no âmbito do pregão”. (Grifo nosso). PREGÃO ELETRÔNICO N.º 24/2018-TCE/CE PROCESSO N.º 37212/2018-9 COMISSÃO DE LICITAÇÃO



Prefeitura Municipal de São Carlos

DEPARTAMENTO DE PROCEDIMENTOS LICITATÓRIOS

SEÇÃO DE LICITAÇÕES

Equipe de apoio ao Sistema Informatizado de licitações – Pregão Eletrônico

"São Carlos, Capital Da Tecnologia"

5

Portanto, pedimos encarecidamente aos senhores que seja afastada a exigência da respectiva declaração no presente edital, pois esta é totalmente restritiva a participação dos pregoantes, garantindo assim, uma maior competitividade e uma gama de ofertas a Administração Pública." _____ Da análise Inicialmente, cabe informar que, como a disputa está marcada para iniciar no dia 7/1/2019, e a interessada formalizou nesta Casa suas alegações em 2/1/2019, a presente impugnação é tempestiva, uma vez que foi interposta dentro do prazo previsto no Decreto nº 28.089/06, art. 19, que diz: "Art. 19. Até dois dias úteis antes da data fixada para abertura da sessão pública, qualquer pessoa poderá impugnar o ato convocatório do pregão, na forma eletrônica." Ao analisar o ponto impugnado, a unidade técnica responsável pela contratação, se pronunciou favorável ao pedido da empresa impugnante. Desta feita, decidiu-se pela revisão do requisito de qualidade ora impugnado. _____ Conclusão Diante dos argumentos expostos, recebemos a presente impugnação, visto que tempestiva para, quanto ao mérito, julgá-la procedente, ficando ratificadas e mantidas as demais cláusulas do Edital do Pregão Eletrônico nº 24/2018, esclarecendo que serão divulgadas novas datas para realização do certame e publicação de um novo Edital. Fortaleza(Ce), 11 de março de 2019

Jurisprudência

2. [...] é indevida a exigência de documentação não especificada no art. 14 do Decreto n.º 5.450/2005 e nos arts. 27 a 31 da Lei n.º 8.666/93 para a habilitação nas licitações do tipo pregão eletrônico. [...] Para o Tribunal, essa exigência tem caráter restritivo porque deixa ao arbítrio do fabricante a indicação de quais representantes poderão participar do certame. No Acórdão n.º 1.676/2005-Plenário, o Tribunal assinalou que "a Administração não deve interferir nas negociações comerciais entre o fabricante e o comerciante (potencial licitante), já que a relação entre eles se funda em regras de direito civil ou comercial, a depender do caso.". O responsável, de certa forma, confirma esse posicionamento do Tribunal quando afirma que a equipe técnica não detém faculdade de questionar as razões que levam o fabricante a conceder ou não a carta aos licitantes[...]. Portanto, é desnecessário o pedido, por parte da Administração, de declaração do fabricante, pois a Lei já determina que existe essa solidariedade. [...] No entender deste Tribunal, a Administração Pública deve ater-se ao rol dos documentos elencados nos arts. 27 a 31 da Lei de Licitações para fins de habilitação, não sendo lícita a exigência de nenhum outro documento que não esteja ali apontado (Decisão n.º 202/1996 - Plenário, Decisão n.º 523/1997 - Plenário, Acórdão n.º 1.602/2004 - Plenário, Acórdão n.º 808/2003 - Plenário) considerando que a carta não integra a relação de documentos dos artigos mencionados, não se contempla a possibilidade de sua exigência.[...]

Assim sendo solicitamos deferimento deste para retorno da legalidade

DA MANIFESTAÇÃO DA UNIDADE SOLICITANTE – DEPARTAMENTO DA TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO

Após o recebimento da peça impugnatória, A unidade solicitante manifesta-se no sentido do acolhimento ao exposto pela Impugnante, em respeito aos princípios basilares do procedimento licitatório e em atenção a legislação de regência e a jurisprudência que versa sobre o tema.

DA MANIFESTAÇÃO DA EQUIPE DE APOIO AO SISTEMA INFORMATIZADO DE LICITAÇÕES - PREGÃO ELETRÔNICO:

Recebidas as razões da Impugnante em sua peça, bem como a manifestação da área demandante, cabe a esta Equipe se manifestar na presente com base no elementos trazidos para deslinde do caso e tomar as providências que o caso exige.

Verificando os argumentos apresentados pela Impugnante e em verificação à legislação, bem como ao entendimento doutrinário e jurisprudencial atinente à matéria, verifica-se que houve um lapso ao admitir-se tal exigência. A exigência confronta de forma inequívoca a sumula 15 do TCE-SP, *in verbis*: "**SÚMULA Nº 15 - Em**



Prefeitura Municipal de São Carlos

DEPARTAMENTO DE PROCEDIMENTOS LICITATÓRIOS

SEÇÃO DE LICITAÇÕES

Equipe de apoio ao Sistema Informatizado de licitações – Pregão Eletrônico

"São Carlos, Capital Da Tecnologia"

procedimento licitatório, é vedada a exigência de qualquer documento que configure compromisso de terceiro alheio à disputa."

Pode-se notar que a referida súmula guarda íntima consonância com o disposto no artigo 37, inciso XXI da Constituição Federal, onde somente deve-se exigir qualificação técnica e econômica indispensável para a execução do objeto.

Ainda neste diapasão, temos a doutrina de Renato Geraldo Mendes que nos diz:

É preciso ter clareza de que toda exigência é potencialmente restritiva e se tornará concreta em relação a cada interessado que não puder atendê-la. O fato de uma condição ser restritiva não significa que ela seja ilegal. O que torna uma condição exigida na descrição do objeto ilegal não é o fato de que ela restringe a participação, mas a inexistência de fundamento de validade entre o que se exige e a necessidade que se quer satisfazer, isto é, deve haver nexo causal entre as duas coisas. Portanto, a ilegalidade existirá quando a discriminação não representar garantia para o atendimento da própria necessidade. (MENDES, 2017.)

Portanto, esta Administração entende que tal exigência não tem aplicabilidade ao objeto e tem potencial caráter restritivo, havendo a necessidade de alterações no instrumento convocatório neste tocante, para que assim guarde uma fidelidade ainda maior com os princípios da isonomia, legalidade, busca pela proposta mais vantajosa, economicidade, impessoalidade e a supremacia do interesse público, este último alicerçado na finalidade última de uma economia ao erário público e gestão eficiente em face às necessidades da Administração em um melhor atendimento a sociedade.

DO JULGAMENTO

A IMPUGNANTE ao interpor manifestação que ora é analisada para o deslinde da situação, exerce direito garantido dentro do Estado Democrático de Direito e conferindo assim ao Processo Licitatório a transparência e legalidade pertinente.

Neste diapasão, com base na manifestação da unidade solicitante, acima exposta, pode-se afirmar que prosperam os argumentos apresentados e, assim, serão necessárias alterações ao termo de referência.

Diante de todo o exposto, a presente impugnação merece ser julgada **PROCEDENTE**, por todos os fatos e argumentos contidos nas razões de julgamento, acima ventilados.

ROBERTO CARLOS ROSSATO

AUTORIDADE COMPETENTE

HICARO ALONSO
Pregoeiro

FERNANDO JESUS ALVES DE CAMPOS
Equipe de Apoio