

IMPUGNAÇÃO DO ATO CONVOCATÓRIO

Referência: Pregão Eletrônico Nº 016/2017 - EMAP

DATA: 02/08/2017

Às 10:00hs - Hora de Brasília-DF, ou no primeiro dia útil subsequente, na hipótese de não haver expediente nesta data.

Local: Porto do Itaqui, São Luís-MA.

Fone/Fax: (98) 3216-6531 / 6532 / 6533 ou 3216-6028.

Sítio: www.comprasnet.gov.br

Ilmo. Sr. Pregoeiro(a)

Comersil Comércio e Serviços Ltda, inscrita no CNPJ/MF sob o Nº. 00.599.803/0001-04, sediada na Quadra Central Bloco 11 Lote 7 Sala 13 Parte - Serra Shopping- Fone (61)99872-6094/98355-2349- CEP 73.010-521- Sobradinho - Brasília- DF, por seu representante legal, comparece respeitosamente perante Vossa Senhoria para apresentar **IMPUGNAÇÃO AO EDITAL** com fulcro no art. 41 §§ 1º e 2º, e seguintes, da Lei 8.666/93 e demais legislações pertinentes à matéria.

I – DOS FATOS

A ora Requerente, atendendo ao chamamento efetuado por este douto órgão da administração pública, através do Edital de Pregão Eletrônico nº **016/2017 - EMAP**, interessada em participar do certame, retirou, eletronicamente, o mencionado Edital e seus Anexos. Entretanto, ao proceder o exame do referido instrumento constatou que o mesmo apresenta ilegalidades, que passa a expor.

II – DO DIREITO

Passa-se a expor as razões pelas quais o Edital deve ser modificado para o presente procedimento licitatório, uma vez que este se encontra eivado de irregularidades, as quais serão devidamente demonstradas a seguir.

A. DA TEMPESTIVIDADE E DO PRAZO PARA RESPOSTA À IMPUGNAÇÃO.

Primeiramente, insta salientar que a presente Impugnação é tempestiva, visto que apresentada em até 02 (dois) dias úteis antes da licitação, conforme prevê a legislação, apesar de nada mencionar o instrumento convocatório, respectivamente, disposto no artigo 18 do Decreto nº 5.450/2000 (Pregão Eletrônico) e no artigo 12 do Decreto nº 3.555/2000 (Regulamento do Pregão):

Art. 18. 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.

Art. 12. Até dois dias úteis antes da data fixada para recebimento das propostas, qualquer pessoa poderá solicitar esclarecimentos, providências ou impugnar o ato convocatório do pregão.

Outrossim, demonstrado o requisito da tempestividade, deve a impugnação ser plenamente conhecida e após, analisada julgando-se procedente. No entanto, cumpre salientar que, o prazo para oferecimento da resposta à impugnação oferecida deve ser respeitado, para que os participantes possam planejar suas propostas e terem condições de estabelecer os melhores preços e propostas.

Sendo assim, cumpre a esta administração analisar as razões da impugnação e decidi-la no prazo de até 24 horas do oferecimento da impugnação, sob pena de macular todo o certame e invalidá-lo. À respeito do referido entendimento, colaciona-se os seguintes pareceres do TCU:

Acórdão 1007/2005 Primeira Câmara

Adote providências para redobrar os esforços de cobrança nos casos de processos administrativos em que haja multas não impugnadas e sem contestação administrativa, a fim de agilizar a conclusão desses processos.

Acórdão 668/2005 Plenário

Deve ser cumprido o prazo previsto no § 1º do art. 12 do Decreto 3555/2000, decidindo no prazo de vinte e quatro horas sobre as petições apresentadas pelas licitantes nos pregões.

Acórdão 668/2005 Plenário

Não-observância do prazo previsto no § 1º do art. 12 do Decreto 3.555/2000, ao apreciar as impugnações e os esclarecimentos ao edital apresentados, notadamente os das empresas (...), cujas respostas continham possível prejuízo para a participação das licitantes no certame

Acórdão 135/2005 Plenário

Restrinja à Comissão de Licitação a atribuição de apreciação das impugnações de editais de licitação, por ser dessa a competência legal para realizar o processamento e julgamento das propostas dos licitantes, nos termos dispostos no art. 51 da Lei 8.666/1993. Sobre impugnação apresentada deve o pregoeiro decidi-la no prazo de vinte e quatro horas. Portanto, recomenda-se que no comprovante do recebimento da petição seja assinalada a hora em que foi protocolizada. Exemplo: impugnação recebida às 18 horas do dia 28 de janeiro de 2010, o pregoeiro teve prazo até as 18 horas do dia 29 de janeiro de 2010 para analisar o documento impugnatório e dar resposta ao interessado. Independentemente da modalidade de licitação realizada, o licitante e o cidadão têm direito a obter resposta para petições encaminhadas ao órgão licitador, ainda que improcedentes ou sem fundamentação legal.

Sendo assim, postula-se que da presente impugnação, o rapo para publicação da resposta e decisão acerca do pleito seja respeitado, a fim de guarnecer os princípios basilares da Administração Pública, bem como os atinentes aos procedimentos licitatórios.

B. DA VEDAÇÃO À PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS LICITANTES

Ao descrever o objeto do certame, a administração transcreveu produto no Anexo "I" - seguindo as especificações técnicas almejadas, restringe a participação de licitantes interessados, que possam eventualmente oferecer o melhor produto em consonância com os princípios da eficiência e economicidade.

Em análise às especificações é de fácil verificação que existem exigências limitadoras ao número de participantes, pois as especificações do equipamento atenderão somente poucas marcas, ou ainda, uma marca e modelo específico, o que se estaria vedando a participação de fornecedores de outros produtos com qualidades idênticas, ou até de características superiores ao exigido, pelo menor preço, *com as mesmas finalidades a que serão destinadas os referidos equipamentos para as atividades da* **EMPRESA MARANHENSE DE ADMINISTRAÇÃO PORTUÁRIA – EMAP**. Veja-se que existem muitos modelos de conjuntos móveis de iluminação que contém especificações, mínimas, que mesmo assim não atenderão o edital, por conter especificação que é restritiva de equipamentos. Certamente, as especificações contidas no edital em referência são apenas restritivas à participação de fornecedores, de modo que há que se alterar o edital, a fim de aumentar a competitividade do certame.

Destaque-se que, tendo como **objetivo do equipamento a iluminação através de quatro lâmpadas vapor metálico que alcance 1.000W cada**, Então vejamos, as características do equipamento solicitado deverão atender com segurança, eficiência e facilidade de operação para a iluminação desejada pelo Órgão de 4.000W. Outras características que não afetam o objetivo, a iluminação de 4.000W, não poderão ser exigidas para o equipamento. Como exemplos destacamos a exigência de motor de 18HP e gerador de 7,5 a 13KVA, se um motor de apenas 8HP e um gerador de 6,0KVA atendem com suficiência e segurança o objetivo de 4.000W.

Pode-se concluir que as **principais características**: torre telescópica, três estágios, regulável de no mínimo 8,0m de altura; dois guinchos manuais, com travamento automático, para movimentação de torre; conjunto de iluminação com giro de 340° a 360°; quatro lâmpadas vapor metálico de 1.000W cada; refletores em alumínio, retangulares, de parede dupla, para maior durabilidade, reguláveis individualmente; tanque de 75 litros (mínimo), que permite uma maior autonomia de funcionamento; gabinete com proteção acústica a 70db a 7m de distância; engate automático para esfera 50mm, conforme ABNT, capacidade 2.500kg; chassis monobloco com pintura eletrostática; tomada Externa 220V/15A, tipo industrial, IP 44; conter no mínimo 04 sapatas de nivelamento; pneus e rodas com aro 13"; peso total aproximado do equipamento de 600 a 1.000Kg, a maioria absoluta dos fabricantes tradicionais de torres de iluminação atendem tais exigências, o que não ocorre com as demais características, motor movido a diesel, refrigerado a água, 18HP, 1800RPM; gerador de 7,5 a 13KVA, monofásico, 220V, 60Hz. Tornando o objeto do edital exclusivo para determinada Marca. Conforme anteriormente mencionado, existem algumas alterações que se forem realizadas podem criar um rol de licitante interessados com objetos possíveis e com isso, aumentando a competitividade e vantagens para esta administração pública.

Dessa forma, pelo exposto acima, não pode a Administração favorecer determinados fabricantes/marcas em detrimento de outras, pois restringe o melhor preço que poderá vir a ser praticado quando da oferta de lances.

Este fato limita a participação de outros fornecedores, já que as exigências do objeto são restritivas ao certame, pois acaba tornando impossível que seja respeitado o princípio constitucional da ampla concorrência e competitividade, perdendo assim a finalidade da licitação, qual seja, a aquisição de produtos de qualidade com menores preços, além de fomentar o mercado nacional, com a negociação realizada.

Vale destacar que, apesar da possibilidade taxativa de aquisição de produto de determinada marca, esta não se faz presente, uma vez que comprovadamente vários outros órgãos licitaram torres de iluminação recentemente, permitindo ampla concorrência entre os participantes e fabricantes, em prol da Administração Pública e da liberdade de mercado. *Qual a justificativa do Órgão em delimitar o objeto a ponto de eliminar a concorrência entre os participantes?*

O artigo 25 inciso I da Lei de Licitações traz as condições de inexigibilidade, quando é impossível que ocorra a concorrência em virtude da necessidade comprovada do órgão na utilização do produto específico para desempenhar suas atividades, visando sempre o interesse público, in verbis:

“I - para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedada à preferência de marca, devendo a comprovação de exclusividade ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes.”

Contudo, nestes casos, ainda o Órgão tem que justificar a utilização do bem e ainda precisa de **atestado comprovando essa necessidade**, além da vedação de escolha de marcas, o que já torna a especificação prevista no edital uma ilegalidade.

E ainda no livro “Lei de Licitações e Contratos Anotada”, temos a seguinte explicação:

“Se o bem ou o serviço capaz de satisfazer o interesse público é único, ou seja, não tem similares ou equivalente perfeito, a licitação não deve ser realizada. A situação será de inexigibilidade de licitação. Da mesma forma, o legislador proíbe que, na descrição do objeto, sejam indicadas a marca do produto ou características e especificações que sejam exclusivas de um certo produto, pois isso significaria o mesmo

que indicar a marca. No entanto, as vedações deixam de existir se houver razões de ordem técnica que possam justificar a opção pela marca, pela característica ou especificação exclusiva.”(MENDES. Renato Geraldo. Lei de Licitações e Contratos Anotada. 5º ed. Curitiba, 2004: Zênite, p. 48.)

Transcreve-se a seguir Decisão que demonstra a ilegalidade do ato praticado pelo Órgão e a rejeição por parte do TCU, mesmo tratando de objetos e finalidades diversas há analogia com nosso caso em questão, como segue:

“O TCU reputou ilegal a contratação direta, com fulcro no inc. I do art. 25, para a aquisição de veículo Santana Quantum. Primeiro, porque existem no mercado outros automóveis com características similares que poderiam satisfazer à finalidade norteadora da contratação, desconstituindo a exigência legal da exclusividade de fabricação. Segundo, e ainda se fosse de fabricação exclusiva, a aquisição poderia se dar em qualquer uma das diversas concessionárias da empresa que o fabrica, o que descaracteriza, enfim, a inviabilidade de competição. (TC-700.105-96-4 – DOU nº 104-E, de 03.06.1998, p. 55).”

Restou evidente o motivo que levou o Órgão pela não utilização da inexigibilidade de licitação, pois que seria vetado, uma vez que o Órgão, claramente, não necessita desenvolver nenhuma atividade exclusiva, já que seu trabalho é de conhecimento de todos. São atividades que, necessitam de equipamentos de uso normal, não sendo apresentada nenhuma justificativa que pudesse embasar quaisquer restrições à utilização de tais especificações que foram demonstradas acima no estudo técnico apresentado pela Requerente.

Sendo assim, não há necessidade de aquisição de torres de iluminação que atendam àquelas características publicadas, podendo, sem perda de qualidade e operacionalidade, serem realizadas as modificações solicitadas que se reitera.

Cabe esclarecer que cada fabricante possui equipamento com algumas características próprias – “*Sui Generis*”, mas que a funcionalidade principal é a mesma: torres para iluminação. De maneira análoga, cada automóvel tem suas características próprias; e é ilegal descrever todas as características do modelo “Gol” quando a necessidade da Administração é apenas um “automóvel popular”.

Não há motivo justificável para que este certame seja operacionalizado em caráter restritivo, já que outras empresas fabricantes apresentam produtos de igual qualidade, senão superior.

Caso o Órgão insista em manter a decisão, acerca da exigência das de condições das torres de iluminação ora impugnadas, deve

justificar essa essencialidade para desenvolver as atividades competentes, então que possibilite um período de experiência para testar os produtos de outros fabricantes, em que será provada a capacidade destas em desempenhar o mesmo trabalho com perfeição.

A Lei de Licitações traz em seu artigo 3º, § 1º, inciso I, a proibição da Administração Pública agir de forma discricionária, como segue:

“Art. 3º (...)

§ 1º É vedado aos agentes públicos:

admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, **restringam ou frustrem o seu caráter competitivo** 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**”(grifos nossos)

Ainda temos os artigos 7º § 5º, vedando a utilização de marca específica:

“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.”

Neste entendimento temos ainda as seguintes determinações do TCU:

“O TCU já determinou a Administração que: ‘quando o objeto incluir bens e/ou serviços sem similaridade ou de marcas, características e especificações exclusivas, **faça constar dos processos a competente justificativa técnica**, consoante o disposto no § 5º, do art. 7º, da Lei nº 8.666/93’. (decisão nº 130/2002 – Plenário, DOU nº 46 de 08.03.2002). No mesmo sentido, ver a decisão do TCU nº 302/98 – 1C, DOU nº 198-E, de 16.10.1998.” (grifo nosso)

Outrossim, verifica-se eminência de violação ao princípio da concorrência entre os participantes, já que o preço a ser cotado será eventualmente fixado sem parâmetros de concorrência, baseado em marca/modelo pré constituídos.

No mesmo sentido, tal situação, destarte, evidencia a ocorrência de violação ao princípio da isonomia e da concorrência, as quais são basilares do processo de licitação, em qualquer fase desta, não devendo assim, ocorrer limitação de participantes.

Confira-se a jurisprudência consolidada pelo TCU:

Súmula nº 270/2012: “Em licitações referentes a compras, inclusive de softwares, é possível a indicação de marca, desde que seja estritamente necessária para atender a exigências de padronização e que haja prévia justificção.”

Assim é a orientação que se colhe pacífica na jurisprudência e em orientações doutrinárias abalizadas, dentre as quais se incluem os ensinamentos de MARÇAL JUSTEN FILHO que, tecendo comentários acerca do direito de participar da licitação como direito abstrato, assevera que *"Todos os brasileiros se encontram, em tese, em igualdade de condições perante a Administração Pública, para fins de contratação. Isso não impede a imposição de condições discriminatórias, destinadas a assegurar que a Administração Pública selecione um contratante idôneo, titular da proposta mais vantajosa"* (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos" – 6ª ed. – São Paulo: Dialética, 1999 – p. 285).

Em razão, portanto, da limitação de empresas licitantes, esta Administração poderá sofrer prejuízos, uma vez que eventualmente ocorrerá violação ao princípio da economicidade. Conforme expusemos, as especificações exigidas no edital maculam o presente certame, pois viola o princípio da economicidade e também a concorrência que os participantes devem ter, pela plena oferta de produtos e equipamentos que atenderiam o edital, caso fossem realizadas alterações mínimas, de forma a aumentar a competitividade.

A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração 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.

Assim, o STJ consignou que nos termos do art. 49 da Lei 8.666/93, exige-se para a revogação a existência de fato superveniente devidamente comprovado. No entanto, conforme o acórdão, no caso concreto ***"o interesse público na obtenção do menor preço não é superveniente à homologação e adjudicação do objeto do certame, na medida em que, desde o oferecimento das propostas pelas empresas concorrentes e de suas respectivas avaliações pela Comissão de Licitação, passou a ser conhecido o fato de que a proposta da empresa posteriormente desclassificada possuía preço global inferior à da empresa vencedora ao final do certame"***. (RMS 28.927/RS, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/12/2009, DJe 02/02/2010).

A diminuição do número de concorrentes inevitavelmente ocasionará em uma substancial elevação do preço dos produtos, causando vultosos prejuízos a própria Administração. Fica evidente que as exigências contidas no edital representam óbice à participação de muitos concorrentes com

proposta mais vantajosa à Administração, o que atenta contra a exigência legal. No mesmo sentido caminha a regra contida no art. 8º do Decreto 3.555/2000:

*“Art. 8º A fase preparatória do pregão observará as seguintes regras: I - a definição do objeto deverá ser precisa, suficiente e clara, **vedadas especificações que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, limitem ou frustrem a competição ou a realização do fornecimento**, devendo estar refletida no termo de referência; II...” (grifo nosso)*

Desta forma, não é permitido disfarçar a restrição à competitividade mediante a descrição de especificações técnicas irrelevantes para o atendimento às necessidades a que se destina o objeto da licitação.

Sobre o tema, no Acórdão 998/2006 – Plenário, o TCU assim se manifestou:

“Trata-se da Representação formulada pela empresa Hora H Treinamento e Informática Ltda., com fundamento no § 1o do art. 113 da Lei n. 8.666/1993, acerca de possíveis irregularidades praticadas pelo Serviço Social da Indústria - Departamento Regional do Distrito Federal - Sesi/DF, no âmbito da Concorrência n. 05/2006, tipo menor preço, adjudicação por item, prevendo a aquisição de equipamentos de informática para atender os laboratórios das unidades da entidade (fls. 02/12).

[...]

2. A representante requereu, primeiramente, a suspensão cautelar de todo e qualquer ato do processo licitatório mencionado, e, posteriormente, a anulação do procedimento ou dos itens viciados, em face de o respectivo edital conter diversas cláusulas que restringiriam o caráter competitivo do certame, direcionariam o resultado da licitação para grandes empresas do ramo e feririam o princípio da igualdade.

[...]

b) segundo o Sesi/DF, tais certificados foram exigidos visando à aquisição de equipamentos com qualidade, sendo que a ISO-9001 relaciona-se à qualificação do fabricante e a IEC-60950, a CSA C22.2 e a CISPR são atinentes ao equipamento, principalmente quanto a riscos de acidentes; os mencionados certificados são usuais entre fabricantes de equipamentos de informática como HP, DELL, IBM, Lenovo, Itautec e outros

[...]

13. Em que pesem os argumentos oferecidos e as intenções expostas pela entidade, creio que assiste razão à unidade técnica, pois, além de não haver amparo para cláusulas da espécie no próprio Regulamento da entidade, este Tribunal já se manifestou, em diversas oportunidades (Decisão n. 20/1998, Acórdãos ns. 124/2002, 1.708/2003, 1.094/2004, 167/2006, entre outras deliberações do Plenário), quanto à

impossibilidade de certificados dessa natureza serem utilizados como critério eliminatório, pelo caráter subjetivo de suas avaliações”

Portanto, o que se pretende é que a finalidade do certame possibilite a aquisição mais vantajosa para a Administração. Ocorre que, como demonstrado na presente impugnação, as exigências estabelecidas não se coadunam aos princípios da isonomia, ferindo o caráter de competitividade e trazendo à baila a questão da economicidade. Marçal Justen Filho nos esclarece que:

*”[...] A incompatibilidade poderá derivar de a restrição ser excessiva ou desproporcionada às necessidades da Administração. Poderá, também decorrer da **inadequação entre a exigência e as necessidades da Administração**. O ato convocatório tem de estabelecer as regras necessárias para seleção da proposta vantajosa. Se essas exigências serão ou não rigorosas, isso dependerá do tipo de prestação que o particular deverá assumir. **Respeitadas as exigências necessárias para assegurar a seleção da proposta mais vantajosa, serão inválidas todas as cláusulas que, ainda indiretamente, prejudiquem o caráter “competitivo” da licitação [...]**”*

Destarte, no caso em comento, as exigências que constam nos termos editalícios se mostram irregulares e abusivas, pois está desalinhada à finalidade que a Administração almeja, tendo como única consequência o afastamento da maioria dos licitantes do certame, o que somente trará prejuízos a Administração.

Restam claras, as desconformidades do ato convocatório com a legislação vigente. Sendo assim, a licitação não poderá continuar com estas irregularidades previstas nas especificações técnicas do item a ser adquirido.

Ademais, em recente decisão, o TCU reputou ilegal o estabelecimento de especificações técnicas idênticas a um determinado fabricante:

O estabelecimento de especificações técnicas idênticas às ofertadas por determinado fabricante, da que resultou a exclusão de todas as outras marcas do bem pretendido, sem justificativa consistente, configura afronta ao disposto no art. 15, § 7º, inciso I, da Lei nº 8.666/1993

Representação acusou possíveis irregularidades no Pregão Presencial nº 28/2009, realizado pela Prefeitura de Coronel Sapucaia/MS, que teve por objeto a aquisição de uma patrulha mecanizada com recursos provenientes de contrato de repasse firmado com a Caixa Econômica Federal - CEF. Apontou-se, em especial, restrição ao caráter competitivo do certame, com violação ao art. 7º, § 5º, da Lei nº

8.666/1993, visto que as características e especificações do citado objeto impuseram a aquisição de trator da marca Valtra. Foram ouvidos em audiência o Prefeito e a pregoeira do certame. O auditor, ao examinar as razões de justificativas dos responsáveis, sugeriu fossem elas acatadas, em especial por terem as especificações do objeto sido endossadas pela CEF. O Diretor, com a anuência do titular da unidade técnica, porém, ao divergir desse entendimento, ressaltou que *“as quinze especificações técnicas exigidas para o bem objeto do certame eram idênticas àquelas do bem ofertado pela empresa vencedora ...”*. Tal detalhamento, sem justificativas técnicas para a exclusão de tratores de outros fabricantes, equivaliu, em concreto, à indicação de marca, o que afrontou o disposto no art. 15, § 7º, inciso I, da Lei nº 8.666/1993. O relator também entendeu que *“a especificação do produto equivaleu à indicação de marca e não utilizou os termos referidos na jurisprudência do Tribunal (“ou similar”, “ou equivalente”, “ou de melhor qualidade”), de maneira a propiciar a participação de outras empresas na licitação”*. Observou, também, que o plano de trabalho aprovado pela CEF fora *“preenchido e assinado pelo próprio prefeito”*. Em face desses elementos de convicção, o Tribunal, ao acolher proposta do relator, decidiu: a) aplicar a cada um dos citados responsáveis multa do art. 58, inciso II da Lei nº 8.443/1992; b) instar a Prefeitura daquele município a, em futuras licitações para aquisições de bens, abster-se de formular especificações *“que demonstrem preferência por marca, a não ser quando devidamente justificado por critérios técnicos ou expressamente indicativa da qualidade do material a ser adquirido, hipótese em que a descrição do item deverá ser acrescida de expressões como ‘ou similar’, ‘ou equivalente’, ‘ou de melhor qualidade’, devendo, nesse caso, o produto ser aceito de fato e sem restrições pela Administração, de modo a se coadunar com o disposto nos arts. 3º, § 1º, inciso I, e 15, § 7º, inciso I, da Lei nº 8.666/1993”*. **Acórdão n.º 1.861/2012-Primeira Câmara, TC 029.022/2009-0, rel. Min. José Múcio Monteiro, 10.4.2012.**

Nesse sentido, diante da fundamentação supra exarada, há que se eliminar todas as limitações à competição de empresas licitantes, em conformidade com a legislação aplicável e entendimento do TCU, já demonstrados anteriormente. Sendo assim, postula-se pela regularização do edital, nos termos da fundamentação.

C. DA INEXISTÊNCIA DE OBJETO POSSÍVEL.

Ao descrever o objeto alvo do certame, a administração transcreveu, conforme já dito anteriormente, nos tens 1 e 2 – torre de iluminação móvel com especificações técnicas mínimas não encontradas nas principais marcas encontradas no mercado.

Neste caso, caso não sejam acatadas as afirmações da impugnante, será impossível que seja respeitado o princípio constitucional da ampla concorrência e competitividade REAL, perdendo assim a finalidade da licitação, qual seja, a aquisição de produtos de qualidade (DENTRO DAS NECESSIDADES DA ADMINISTRAÇÃO – As quais devem ser justificadas no processo administrativo) com menores preços, além de fomentar o mercado nacional.

Respeitando este Edital, nenhum produto atenderá as especificações almejadas, por não possuir as especificações específicas e detalhadas que, se existisse somente um produto poderia atender, visto que as especificações contidas visam um produto descontinuado. Entretanto, não se acredita nesta possibilidade, eis que estar-se-ia, se assim fosse, num direcionando do objeto licitado para apenas uma marca, Gamma Cobra, o que seria uma ilegalidade improsperável que s.m.j., não seria a intenção desta administração pública.

Causa espanto o equívoco das especificações técnicas pretendidas por esta administração pública, vez que não existe entre as principais marcas existentes no mercado produto que atenda as especificações almejadas e, caso existisse estar-se-ia claramente direcionando objeto sem justificativa técnica vinculada que autorizasse a eventual vedação à participação.

Conforme anteriormente mencionado, existem algumas alterações que se forem realizadas podem criar um rol de licitante interessados com objetos possíveis e com isso, aumentando a competitividade e vantagens para esta administração pública.

Para tanto, em especial requer-se a alteração das especificações retro mencionadas no relatório de compatibilidade apresentado, a fim de que se possa ofertar produto que esteja em linha de produção ou que, por limites da especificação, não apresentem tais requisitos contidos no edital.

Portanto, o que se pretende é que a finalidade do certame possibilite a aquisição mais vantajosa para a administração. Ocorre que, como demonstrado na presente impugnação, as exigências estabelecidas não se coadunam aos princípios da isonomia, ferindo o caráter de competitividade e trazendo à baila a questão da economicidade. Marçal Justen Filho nos esclarece que:

"[...] A incompatibilidade poderá derivar de a restrição ser excessiva ou desproporcionada às necessidades da Administração. Poderá, também decorrer da inadequação entre a exigência e as necessidades da Administração.

O ato convocatório tem de estabelecer as regras necessárias para seleção da proposta vantajosa. Se essas exigências serão ou não rigorosas, isso dependerá do tipo de prestação que o

particular deverá assumir. Respeitadas as exigências necessárias para assegurar a seleção da proposta mais vantajosa, serão invalidas todas as cláusulas que, ainda indiretamente, prejudiquem o caráter “competitivo” da licitação [...]”

Destarte, no caso em comento, as exigências que constam nos termos editalícios mostram-se irregulares, pois está desalinhada à finalidade que esta administração almeja, tendo como única conseqüência o afastamento da maioria dos licitantes do certame, o que somente trará prejuízos a Administração – vale dizer, os equipamentos descritos, com as especificações exigidas não serão encontrados no mercado, uma vez que diversas marcas não atendem o edital de forma integral, o que caracteriza objeto impossível. Sendo assim, postula-se pela regularização do edital, nos termos da fundamentação.

Ademais, vale destacar que produtos classificáveis como bem comum devem ter suas especificações usuais do mercado, de modo que a licitação proporcione o maior número de interessados e que possam ofertar o menor preço. Nesse sentido, as alterações necessárias mostram-se cabíveis, a fim de que sejam atendidas as finalidades da legislação, bem como guardem relação com as orientações do TCU.

No caso em questão, haverá prejuízo para esta Administração, uma vez que diante da impossibilidade de ofertar produto com as especificações exigidas, eventual empresa poderá ofertar produto ou descontinuado, ou de qualidade e especificação técnica inferior, comprometendo a lisura do procedimento licitatório.

Sendo assim, pela observância dos princípios imanescentes à licitação, bem como não haja quaisquer irregularidades, pede-se vênica para propor alteração do edital nos termos da fundamentação, de modo que se elimine quaisquer restrições mencionadas, bem como se possa ofertar produto com qualidade e usual, negociadas no mercado de consumo, a fim de que seja apresentada a melhor proposta de preço, desde que haja possibilidade de ofertar produto existente no mercado.

D. DO BEM COMUM: MODALIDADE PREGÃO X CONCORRÊNCIA

Conforme consta do texto convocatório o objeto da licitação é a “*aquisição de torres de iluminação*”. (*itens 1 e 2*). Conforme consta do texto convocatório, o critério de julgamento será o menor preço, ou seja, será declarada vencedora a empresa que fornecer o item/lote pelo menor preço. Todavia, a modalidade de pregão, que é a estabelecida para este procedimento licitatório, destina-se à aquisição de **bens e serviços comuns**, conforme expressa o artigo 1º da Lei 10.520/02:

Art. 1º Para aquisição de bens e serviços comuns, poderá ser adotada a licitação na modalidade de pregão, que será regida por esta Lei.

Parágrafo único. Consideram-se bens e serviços comuns, para os fins e efeitos deste artigo, aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado.

Neste contexto, traz-se o entendimento de Armando Moutinho Perin a respeito dos conceitos de bens e serviços comuns:

[...] somente poderão ser classificados como "comuns" os bens e serviços de fácil identificação e descrição, cuja caracterização tenha condições de ser feita mediante a utilização de especificações gerais, de conhecimento público, sem prejuízo da qualidade do que se pretende comprar. Bem comum, para fins da Lei nº 10.520, é, por exemplo, um automóvel, em que a indicação de apenas algumas características, de conhecimento público e notório, mostra-se suficiente para identificação plena do objeto. Serviço comum, por exclusão, é todo aquele que não pode ser enquadrado no art. 13 da Lei nº. 8.666, que arrola os serviços qualificados como técnicos profissionais especializados.

Conforme entendimento dos ministros do TCU, tecidos no informativo "Licitações & Contratos - 4ª Edição (Orientações e Jurisprudência do TCU - Edição revista, atualizada e ampliada)", temos que:

"bens e serviços comuns são produtos cuja escolha pode ser feita tão somente com base nos preços ofertados, haja vista serem comparáveis entre si e não necessitarem de avaliação minuciosa (...).

Para esclarecimento do tema bens e serviços comuns, destaca-se parte do relatório e voto do eminente Ministro Benjamin Zymler no Acórdão 313/2004 Plenário, verbis (...). Tendo em vista o disposto no art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 10.520/2002, acima citado, bem comum é aquele para o qual é possível definir padrões de desempenho ou qualidade, segundo especificações usuais no mercado. Dessarte, o bem em questão não precisa ser padronizado nem ter suas características definidas em normas técnicas. Da mesma forma, não se deve restringir a utilização do pregão à aquisição de bens prontos, pois essa forma de licitação também pode visar à obtenção de bens produzidos por encomenda. (Relatório do Ministro Relator)

(...)

(...) Concluindo, saliento que, ao perquirir se um determinado bem pode ser adquirido por intermédio de um pregão, o agente público deve avaliar se os padrões de desempenho e de qualidade podem ser objetivamente definidos no edital e se as especificações estabelecidas são usuais no mercado. Aduzo que o objeto da licitação deve se prestar a uma competição unicamente baseada nos preços propostos pelos concorrentes, pois não haverá apreciação de propostas técnicas. Caso essas condições sejam atendidas, o pregão poderá ser utilizado. (Voto do Ministro Relator).

Nesse sentido, com relação a bens e serviços comuns de informática e automação, a Lei n.º 11.077, de 2004, inseriu § 3º no o art. 3º da Lei n.º 8.248/ 1991, verbis: "§ 3o A

aquisição de bens e serviços de informática e automação, considerados como bens ou serviços comuns nos termos do parágrafo único do art. 1o da Lei no 10.520, de 17 de julho de 2002, poderá ser realizada na modalidade pregão, restrita às empresas que cumpram o Processo Produtivo Básico nos termos desta Lei e da Lei no 8.387, de 30 de dezembro de 1991.”

Ora, com todo respeito, denota-se que se estão impedindo a disputa e reduzindo o número de participação de empresas interessadas neste procedimento licitatório através das exigências que restringem participação de vários fornecedores e fabricantes.

Ou seja, as exigências acima elencadas, estão em desconformidade, com a Lei 8.666/93 (Lei de Licitações), já explanada, visto que fere diretamente o caráter competitivo do procedimento licitatório. Contudo, caso a exigência dos itens ora impugnados sejam essenciais para a prestação de serviço que o d. órgão precisa, **aconselha-se a opção pela modalidade diversa de pregão: CONCORRÊNCIA DO TIPO TÉCNICA E PREÇO.**

Sendo assim, carece de necessidade de alteração do termo de referência para que vários fabricantes possam atender ao solicitado no edital, a fim de cumprir com as especificações destinadas a equipamentos classificados pela lei como “bem comum”. Posto isso, visando a regularidade do presente certame, a fim de que não haja quaisquer nulidades que venham a prejudicar a Administração Pública e os interessados, mostra-se necessária a reavaliação dos termos editalícios, conforme já se expôs.

Desta forma, amparada nas legislações que norteiam o procedimento de licitação e na doutrina majoritária, a impugnante demonstrou que são incompatíveis a permanência de determinadas disposições no presente edital convocatório, pois tais convalidam de ilegalidades.

III – DOS PEDIDOS

Ante o acima exposto, vem à presença de Vossa Senhoria, com o devido respeito, a fim de requerer:

- a) Deferir a expedição da presente Impugnação e, assim sendo:
- b) Sejam sanadas as irregularidades apontadas do Edital em epígrafe, quais sejam: *(i) Seja excluída a exigência de especificações restritivas de competição, excluindo-se exigências ilegais – preferência por marca e modelo; (ii) Seja excluída qualquer cláusula que viole competitividade e a isonomia dos licitantes, conforme fundamentação.*
- c) De qualquer decisão proferida sejam fornecidas as fundamentações jurídicas da resposta e todos os pareceres jurídicos e técnicos a este respeito;

Nestes termos,

Pede-se Deferimento.

Brasilia-DF., 27 de agosto de 2017.

Comersil Comércio e Serviços Ltda
CNPJ/MF N°. 00.599.803/0001-04,