

AO PREGOEIRO – CÂMARA MUNICIPAL DE PARÁ DE MINAS

Pregão Presencial nº 14/2019

EXPERTS INFORMÁTICA EIRELI, inscrita no CNPJ/MF sob o nº 00.349.280/0001-48, sediada na Rua Marco Aurélio de Miranda, nº 46, sala 803, Buritis, Belo Horizonte – MG, CEP 30.575-210, vem apresentar

IMPUGNAÇÃO AO EDITAL DE LICITAÇÃO

pelas razões de fato e direito abaixo aduzidas:

I – DOS FATOS

Foi aberto o Edital do Pregão Eletrônico nº 14/2019, pela Câmara Municipal de Pará de Minas, com a realização do referido certame no dia 31/10/2019, tendo o respectivo pregão o objeto “**a contratação de licença de direito de uso dos softwares VMWare Workstation Pro e Microsoft Office 365, no plano Business, pelo período de 12 (doze) meses, incluindo suporte técnico, garantia e atualização das versões, conforme especificações constantes no Termo de Referência, que integra este Edital como Anexo I**”.

Entretanto, foi identificada uma irregularidade no objeto da licitação e no Termo de Referência, qual seja, a indicação da marca OFFICE 365 da fabricante MICROSOFT para as ferramentas de criação e edição de arquivos nos formatos comuns de escritório, Documento Texto com formatação e Planilhas de Cálculo e Apresentações.

Conforme será demonstrado a seguir, esta indicação de marca ofende frontalmente o conteúdo da estrutura jurídica que regulamento o procedimento licitatório, motivo pelo o qual se faz necessária a alteração da redação da cláusula impugnada.



II – DO MÉRITO

II.1 – DO OBJETO DA LICITAÇÃO E DO TERMO DE REFERÊNCIA – DA ILEGAL INDICAÇÃO DE MARCA – DA AFRONTA AO ART. 15, § 7º, I DA LEI Nº 8.666/93

O objeto da licitação indicou a marca Microsoft Office 365, tal como se encontra transcrito abaixo:

A presente licitação tem por objeto a contratação de licença de direito de uso dos softwares VMware Workstation Pro e Microsoft Office 365, no plano Business, pelo período de 12 (doze) meses, incluindo suporte técnico, garantia e atualização das versões, conforme especificações constantes no Termo de Referência, que integra este Edital como Anexo I.

No termo de referência, encontra-se a mesma irregular indicação:

O objeto desta licitação é a contratação de licença de direito de uso dos softwares VMware Workstation Pro e Microsoft Office 365, no plano Business, pelo período de 12 (doze) meses, incluindo suporte técnico, garantia e atualização das versões, de acordo com as especificações estabelecidas neste Termo de Referência.

Ao indicar o específico produto MICROSOFT OFFICE 365, o edital incorreu em afronta direta ao art. 15, §7º, I da Lei nº 8.666/93:

Art. 15. As compras, sempre que possível, deverão:
(...)

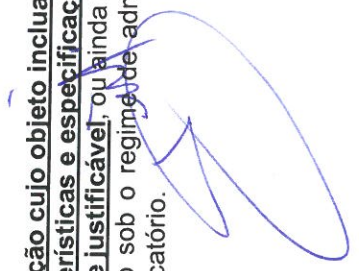
§ 7º Nas compras deverão ser observadas, ainda:

I - a especificação completa do bem a ser adquirido sem indicação de marca;

O princípio da vedação da indicação de marcas encontra na Lei nº 8.666/93 ainda dois outros momentos no qual ele é consagrado:

Art. 7º As licitações para a execução de obras e para a prestação de serviços obedecerão ao disposto neste artigo e, em particular, à seguinte seqüência:
(...)

§ 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. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:

I - para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedada a 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;

Estas disposições jurídicas têm como base principiológica o art. 5º e o art. 170 da Constituição Federal de 1988:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer;

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

(...)

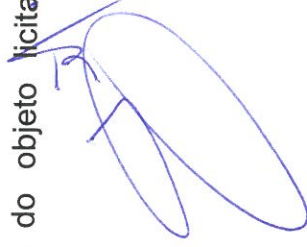
IV - livre concorrência;

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

As restrições que impactam no mercado, influenciando a concorrência, diminuem as oportunidades da Administração Pública em se adquirir o suficiente serviço pelo melhor preço.

Portanto, não é do melhor interesse público a criação de restrições que, **não justificadas**, enfraquecem o procedimento licitatório, chegando a casos que, tal como o presente, frustra-se o objetivo da melhor aquisição por parte do Poder Público, ao não se permitir o fornecimento de produtos de similar e/ou superior qualidade pela mera restrição de marca.

Neste cenário, temos que a regra é a impossibilidade de indicação de marca, onde, excepcionalmente, existem apenas duas possibilidades para que a Administração Pública possa fazer indicação de marca na descrição do objeto licitado, nos termos da jurisprudência do TCE-MG:



- a) Quando a indicação da marca for sucedida pelas expressões “ou equivalente”, “ou similar” e “ou de melhor qualidade”.

CONSULTA – LICITAÇÃO – OBRAS, SERVIÇOS E COMPRAS – DEFINIÇÃO DO OBJETO – INDICAÇÃO DE MARCA – VEDAÇÃO, SALVO SE AMPARADA EM MOTIVOS DE ORDEM TÉCNICA OU CIENTÍFICA, EXCLUINDO-SE INFLUÊNCIAS PESSOAIS – PREVALÊNCIA DO INTERESSE PÚBLICO – NECESSIDADE DE JUSTIFICAÇÃO OBJETIVA DA DECISÃO – INDICAÇÃO, NO EDITAL, DE MARCA REFERÊNCIA SEGUIDA DAS EXPRESSÕES “OU EQUIVALENTE”, “OU SIMILAR” E “OU DE MELHOR QUALIDADE” – POSSIBILIDADE – EXIGÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO, PELO LICITANTE, DA COMPATIBILIDADE DO PRODUTO COM A MARCA REFERÊNCIA – POSSIBILIDADE.

A vedação à indicação de marca insculpida no art. 15, §7º, I, da Lei n. 8.666/93 deve ser interpretada de forma harmônica com os demais dispositivos congêneres. Diante do exposto, conclui-se que os órgãos e entidades do Poder Público, desde que observados os princípios constitucionais da Administração Pública, estão autorizados a indicar ou pré-qualificar marcas de produtos para fins de aquisição futura sempre que a marca indicada for a única que puder atender ao fim da Administração.

Para não ferir o princípio da isonomia entre os licitantes, a indicação de marca na identificação do objeto da licitação inserindo-se no único dispositivo da Lei de Licitações que a autoriza, art. 7º, § 5º, deverá amparar-se em motivos de ordem técnica, sem influências pessoais, e que tenham um fundamento científico. A justificativa deve ser documentada por laudos periciais, que deverão fazer parte integrante do processo. Deve-se demonstrar, também, que as características da marca indicada não se encontram em outras marcas e ainda, que aquelas peculiaridades são essenciais ao interesse público. O que não se admite é a restrição injustificada, porque afeta o princípio basilar da licitação, qual seja, a isonomia entre os interessados.

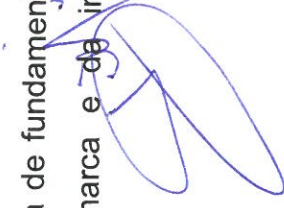
Pode-se indicar a marca no ato convocatório como forma ou parâmetro de qualidade do objeto para facilitar a sua descrição acrescentando-se as expressões “ou equivalente”, “ou similar” e “ou de melhor qualidade”, se for o caso. Tal recomendação tem por fundamento a possibilidade de existir um produto novo que apresente características similares e, às vezes, melhores do que o já conhecido.

A Administração poderá inserir em seus editais cláusula prevendo a necessidade de a empresa participante do certame demonstrar, por meio de laudo, o desempenho, qualidade e produtividade compatível com o produto similar ou equivalente à marca referência mencionada.

Não há, portanto, reprovação legal à utilização de marca como meio de identificação do objeto, desde que tal opção tenha sido baseada em características pertinentes ao próprio objeto.

(TCE-MG. Processo: 849726. Natureza: Consulta. Órgão/Entidade: Câmara Municipal de Uberaba. Consultante: Luiz Humberto Dutra, Presidente da Câmara Municipal de Uberaba à época. Relatora: Conselheira Adriene Andrade. Data: 12/06/2013.)

- b) Quando a indicação da marca vier acompanhada de fundamentada justificativa a respeito da necessidade específica daquela marca e da impossibilidade de substituição por outras.



DENÚNCIA. EDITAL DE PREGÃO. PRELIMINAR DE PRESCRIÇÃO SUSCITADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO JUNTO AO TRIBUNAL. INDEFERIMENTO. CITAÇÃO DO PREFEITO. DESNECESSIDADE. ILEGITIMIDADE. DESCRIÇÃO DE BEM COM ESPECIFICAÇÕES EXCLUSIVAS. AUSÊNCIA DE JUSTIFICATIVAS TÉCNICAS NA FASE INTERNA DA LICITAÇÃO. ART. 7º, § 5º, DA LEI N. 8.666/1993. VEDAÇÃO À PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS EM CONSÓRCIO. AUSÊNCIA DE JUSTIFICATIVAS NA FASE INTERNA DO CERTAME. CLÁUSULAS NO EDITAL QUE EXIGEM VÍNCULO ENTRE FABRICANTE E LICITANTE. VIOLAÇÃO AO ART. 3º, § 1º, I, DA LEI N. 8.666/1993. TERMO DE REFERÊNCIA E ORÇAMENTO DETALHADO EM PLANILHAS DE QUANTITATIVOS E PREÇOS UNITÁRIOS COMO PARTES INTEGRANTES DO EDITAL. AUSÊNCIA DE EXIGÊNCIA LEGAL. RECOMENDAÇÕES.

1 - Nos termos do art. 7º, §5º, da Lei n. 8.666/1993, a Administração Pública poderá, em caráter excepcional, indicar, no edital, marca, características ou especificações exclusivas de um bem, desde que esteja amparada em justificativa técnica apresentada na fase interna da licitação.

2 - Conforme se depreende do caput do art. 33 da Lei n. 8.666/1993, a vedação ou permissão de participação de empresas em consórcio no procedimento licitatório constitui ato discricionário do administrador público, que, no entanto, não pode se eximir de apresentar, na fase interna do procedimento licitatório, as razões pelas quais optou por vedar a participação de empresas em consórcio.

3 - A regra, no procedimento licitatório, não é a participação de empresas em consórcios, podendo tal medida ser adotada quando as empresas existentes no mercado não tiverem condições de participar sozinhas da licitação, em razão da complexidade ou vulto do objeto.

4 - As cláusulas do edital que exigem declaração do fabricante, carta de solidariedade entre o fabricante e o licitante, ou credenciamento do licitante junto ao fabricante, como condição de habilitação ou classificação das propostas, não possuem amparo na Lei n. 8.666/1993 nem na Lei n. 10.520/2002, e podem restringir o caráter competitivo do certame e ferir a isonomia entre os licitantes, uma vez que deixam ao arbítrio do fabricante a indicação de quais fornecedores poderão participar do procedimento licitatório.

5 - Nos termos da Lei n. 10.520/2002, o termo de referência e o orçamento detalhado em planilhas de quantitativos e preços unitários deverão instruir a fase interna do Pregão, não havendo exigência de que esses documentos integrem o edital.

6 - Recomenda-se aos atuais gestores que, nos futuros Pregões promovidos no Município, o orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários integre o edital, uma vez que tal medida, além de estar amparada no princípio constitucional da publicidade, visa resguardar a competitividade e a isonomia entre os eventuais interessados em contratar com a Administração Pública, visto que eventuais interessados poderiam desistir de participar do certame por não terem acesso imediato aos valores estimados pela Administração e que, integrando o edital, o orçamento fica acessível a todos os licitantes, sem distinção, independentemente de requerimento, a despeito de a Lei n. 10.520/2002 não estabelecer exigência sobre a matéria.

7 - Os entes federados possuem autonomia para prever, ou não, em suas regulamentações específicas sobre o Pregão, a obrigatoriedade de o termo de referência e o orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários constarem do edital. Desse modo, caso a regulamentação do ente federado não estabeleça aquela obrigatoriedade ou o ente federado não possua regulamentação sobre o Pregão, ficará sob o juízo discricionário do administrador público a decisão de incluir, ou não, aqueles documentos no edital.



(TCE-Mg. Denúncia 838595. Denunciante: REM Indústria e Comércio Ltda. Denunciada: Fundo Municipal de Saúde de Ibirité. Pregão Presencial n. 094/2010. MPTC: Elke Andrade Soares de Moura. Relatora: Conselheira Adriene Andrade.)

Perceba-se que não houve nenhuma justificativa da Administração Pública para a indicação da referida marca, retirando-se da competição todas os outros produtos que possuem as mesma características e funcionalidades.

No âmbito do Tribunal de Contas da União, este tema já foi revisitado diversas vezes sempre com conclusões no mesmo sentido daquele que apresentado na presente impugnação:

A vedação à indicação de marca (artigos 15, § 7º, inciso I, e 25, inciso I, da Lei 8.666/1993) não se confunde com a menção à marca de referência, que deriva da necessidade de caracterizar/descrever de forma adequada, sucinta e clara o objeto da licitação (artigos 14, 38, caput, e 40, inciso I, da mesma Lei). 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.

(Acórdão 2829/2015 – Plenário. Data da sessão 04/11/2015. Relator BRUNO DANTAS.)

Permite-se menção a marca de referência no edital, como forma ou parâmetro de qualidade para facilitar a descrição do objeto, caso em que se 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 808/2019 - Plenário. Data da sessão 10/04/2019. Relator WALTON ALENCAR RODRIGUES)

A indicação ou a preferência por marca só é admissível se restar comprovado que a escolha é a mais vantajosa e a única que atende às necessidades da Administração. A licitação não tem por objetivo, necessariamente, a escolha do produto ou do serviço de melhor qualidade disponibilizado no mercado.

(Acórdão 559/2017 – Plenário. Data da sessão 29/03/2017. Relator BENJAMIN ZYMLER)

A restrição quanto à participação de determinadas marcas em licitação deve ser formal e tecnicamente justificada nos autos do procedimento licitatório.

(Acórdão 4476/2016 - Segunda Câmara. Data da sessão 12/04/2016. Relator ANA ARRAES.)

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 113/2016 – Plenário. Data da sessão 27/01/2016. Relator BRUNO DANTAS)

Pela forma como a especificação foi colocada no edital, diretamente no quadro de Planilha de Preços percebe-se que a indicação da marca OFFICE 365 não foi mera indicação de marca para fins de referência mercadológica, pelo o contrário, foi feito desta forma exatamente para restringir a amplitude de produtos potencialmente elegíveis para o fornecimento.

Desta forma, conclui-se que a especificação de marca colocada no objeto da licitação e no Termo de Referência e deve ser suprimida do texto do presente edital ou deve ter a sua redação alterada para incluir as expressões “ou equivalente”, “ou similar” e “ou de melhor qualidade”, adequando assim a redação ao melhor entendimento jurídico a respeito do tema.

III – DOS PEDIDOS

Por todo o exposto, requer a Impugnante, seja provida a presente impugnação ao edital para alterar a redação do objeto da licitação e do Termo de Referência no sentido de suprimir a indicação de marca ou incluir as expressões “ou equivalente”, “ou similar” e “ou de melhor qualidade.

Nestes termos, pede deferimento.

Belo Horizonte/MG, 23 de outubro de 2019.



EXPERTS INFORMÁTICA EIRELI
GNPJ/MF nº 00.349.280/0001-48