

A

AGÊNCIA MUNICIPAL DE REGULAÇÃO DE SERVIÇOS DELEGADOS – ARSER

PREGÃO ELETRÔNICO Nº 15/2018

A/C: PREGOEIRO (A) OFICIAL

1. DA IMPUGNAÇÃO

Inconformada com os termos do edital do Pregão Eletrônico em tela, a empresa LEMGRUBER DIGITAL EIRELI, inscrita no CNPJ 00.344.026/0001-57, representada por PAULO JOSÉ LEMGRUBER CARDOSO dentro do prazo legal, encaminha **IMPUGNAÇÃO** em **23/08/2018**, nele aduzindo, em síntese, os argumentos a seguir reproduzidos:

2. BREVE RELATÓRIO

Trata-se de procedimento licitatório, na modalidade pregão eletrônico, visando a **“FORMALIZAÇÃO DE ARP PARA FUTURA CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS DE SOLUÇÃO DE OUTSOURCING (IMPRESSÃO, CÓPIA E DIGITALIZAÇÃO), INCLUINDO A MANUTENÇÃO PREVENTIVA E CORRETIVA E O FORNECIMENTO PEÇAS E SUPRIMENTOS NECESSÁRIOS (TONNERS, IMPRESSORAS LAZER (MONO E COLORIDA), CABEÇA DE IMPRESSÃO, ETC., (EXCETO PAPEIS TIPO: CARTA, A4, A3, OFÍCIO I/II; RIBBON E BOBINAS TÉRMICAS), para atender as necessidades do MUNICÍPIO DE MACEIÓ, conforme quantitativos e condições gerais, constantes no Termo de Referência e seus anexos.”**

Todavia, após detida análise do instrumento convocatório, notou-se que o mesmo está eivado de vício insanável, tendo em vista que nele constam características que restringem, ilegal e desarrazoadamente, a competitividade do certame, de maneira que o feito administrativo não deve prosseguir até que tais incorreções sejam extirpadas. É o que passamos a expor.

3. DAS RAZÕES DE RETIFICAÇÃO DO EDITAL

De pronto, é importante destacar que os atos praticados por esta Administração em seus procedimentos licitatórios, obrigatoriamente, devem ser pautados pelos princípios da isonomia e da legalidade, em consonância com o disposto no artigo 3º da Lei nº 8.666/93:

“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.

Ab initio, não se pode deixar olvidar que a Constituição da República Federativa do Brasil dispõe, mais precisamente em seu art. 37, Inciso XXI, que as contratações públicas, ressalvados os casos especificados na lei, deverão ser procedidas por meio de licitação.

Não obstante, além da obrigatoriedade das licitações, a Carta Magna ainda dispõe, a fim de que a Administração Pública alcance maior vantagem em suas contratações, que seja promovida a competitividade nos certames, restringindo, assim, ao mínimo os impeditivos de participação, com vistas a ensejar ampla concorrência.

No entanto, ao proceder-se a análise do instrumento convocatório em destaque, vislumbra-se dois casos gritantes de restrição à competitividade do certame, ferindo, portanto, princípio basilar do procedimento licitatório, a saber, o princípio da competitividade.

Para melhor compreensão do que se alegou até aqui, passa-se à exposição das ilegalidades contidas no edital, as quais, caso não retificadas em tempo, eivaram com vícios insanáveis todos os atos praticados *a posteriori*.

4. DA EXIGÊNCIA DE DECLARAÇÃO DE TERCEIRO (FABRICANTE) PARA COMPROVAÇÃO TÉCNICA

Em decorrência, o art. 27 da Lei nº 8.666/93 preceitua que para fins de habilitação exigir-se-á dos interessados, **EXCLUSIVAMENTE**, documentação *relativa a*:

I - Habilitação jurídica;

II - Qualificação técnica;

III - Qualificação econômico-financeira;

IV - Regularidade fiscal e trabalhista; (Redação dada pela Lei nº 12.440, de 2011 – Vigência)

V - Cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal. (Incluído pela Lei nº 9.854, de 1999)

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.

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

- a) 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”;*
- b) 30, § 5º, da Lei nº 8.666/93, 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”;*
- c) 3º, § 1º, inc. I, da Lei nº 8.666/93, que obsta ao agente público.”*

Sabe-se que comumente as *Fabricantes/Distribuidoras* possuem políticas internas – que para manter a ética comercial – seguem de forma rígida a fidelidade ao seu cliente, desfavorecendo assim as demais licitantes que busquem comprovar de forma legal e não fraudulenta as condições exigidas no referido edital. Limitam-se assim as opções das proponentes, forçando-as a depender exclusivamente das supracitadas entidades privadas comerciais.

Nesta linha de raciocínio, observamos no **item 19.1.3, subitem b**, do edital em epígrafe, *reescrito abaixo*, que exigem **DECLARAÇÕES** do fabricante, além de incumbências de responsabilidades à terceiros, em total desacordo com a **LEI**.

Segue, com grifo nosso, passagem do edital, onde encontramos exigência de que seja apresentado pelos licitantes:

b) Declaração de que a Empresa terá disponível durante a contratação, pessoal de suporte com treinamento dos equipamentos/software cotados, informando a relação dos técnicos ou auxiliares técnicos, através de declaração do Fabricante ou Distribuidor dos equipamentos ofertados, comprovação junto à proposta.

Destaca-se:

“(...) através de DECLARAÇÃO DO FABRICANTE OU DISTRIBUIDOR dos equipamentos ofertados, comprovação junto à proposta.”

Ainda sobre o entendimento, trazemos, com grifo nosso, o destaque do assunto em especial, que já foi abordado pelo TCU na Decisão nº 486/200 – Plenário, que determinou aos órgãos licitantes:

“8.5.12. não incluem a exigência, como condição de habilitação, de declaração de co-responsabilidade do fabricante do produto ofertado, por falta de amparo legal, além de constituir uma cláusula restritiva do caráter competitivo das licitações, por não ser, em princípio, uma condição indispensável à garantia do cumprimento das obrigações advindas dos contratos a serem celebrados (cf. art. 3º § 1º, inciso I, da Lei nº 8.666/93, e art. 37, inciso XXI, parte final, da Constituição Federal ;” TCU na Decisão nº 486/200 – Plenário

“DOU de 31.08.2006, S. 1, p. 163. EMENTA:

O TCU determinou ao Ministério das Comunicações que se abstivesse de fixar exigência de declaração de que a empresa licitante é distribuidora ou revendedora autorizada do produto ofertado, como condição de habilitação ou de classificação por falta de amparo legal, e por constituir restrição ao caráter competitivo de certame licitatório, em afronta ao disposto no art. 3º, 1º, inc. I da Lei nº 8.666/93” (item 15.1, TC-005.777/2005-8, Acórdão nº 2.375/2006 – TCU)

“RELATÓRIO (...)

2.1. Relativamente ao subitem 16.5 [do anexo I do edital], objeto da representação, observa-se que está sendo exigida uma declaração do fabricante, informando que a empresa licitante: (i) tem condições técnicas para executar os serviços; (ii) é representante legal do fabricante; e (iii) está autorizada a comercializar os produtos e serviços objeto da licitação. Em análise preliminar, entendeu-se que a exigência é excessiva, violando o caráter competitivo do certame, pelas seguintes razões:

(i) já está sendo exigida, sob a forma de atestado de capacidade técnica, no subitem 8.1.1 do edital (fl. 72), a comprovação de que a empresa tem condições técnicas para executar os serviços (essa condição é prevista no art. 30, § 1º, inciso I, da Lei nº 8.666/1993). Assim, a exigência de que o fabricante declare essa capacidade técnica é excessiva e ultrapassa o permitido em Lei, contrariando a parte final do inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal;

(ii) os representantes legais são pessoas aptas a representar a pessoa jurídica de acordo com o ato constitutivo correspondente. Para cumprir essa exigência, as empresas deveriam constar do estatuto ou contrato social do fabricante. Dessa forma, a obrigação mostra-se injustificada, além de não constar do rol de documentos previstos no art. 30 da Lei n. 8.666/1993;

(iii) o requisito de autorização mostra-se restritivo ao caráter competitivo porque afasta do certame o mercado potencial de empresas que não sejam autorizadas pelos fabricantes, além de deixar ao arbítrio desses fabricantes indicar quais representantes poderão participar da licitação. Como forma de assegurar o cumprimento e qualidade das obrigações pactuadas, requisito alegado pela pregoeira no subitem 1.9 desta instrução, poderia ser exigida a prestação de garantia contratual, prevista no art. 56 da Lei n. 8.666/1993. 2.2 Assim, os parâmetros que podem ser estabelecidos no edital para atestar a capacidade técnica do licitante são, exclusivamente, aqueles previstos no art. 30 da Lei n. 8.666/1993. Como essa declaração do fabricante não faz parte do exaustivo rol de documentos do citado dispositivo, sua cobrança não encontra amparo legal.” Acórdão n. 423/2007

Observa-se, após vistas a decisão supracitada, o total **DESACORDO** com o entendimento do Tribunal de Contas da União, **A EXIGÊNCIA DE CARTA OU RELAÇÃO COM O FABRICANTE OBRIGA A SUBMISSÃO DOS LICITANTES A TERCEIROS** alheios à disputa, ou seja, ao fabricante, condicionando a cotação do produto à apresentação de documento expedido por empresa privada que nem sequer participa da competição.

Frisa-se que esta exigência é totalmente desnecessária uma vez que o órgão deve **ESTIPULAR CONDIÇÕES E OBRIGAÇÕES PARA O LICITANTE CUMPRIR E AQUELAS NÃO PODEM ESTAR COLIGADAS À TERCEIROS AO PROCESSO LICITATÓRIO**. Esta exigência limita de forma absurda e extraordinária a participação de vários licitantes que, embora possam efetuar a entrega e configuração dos equipamentos, não possuem parceria com o fabricante, não tendo carta deste.

O instrumento convocatório deverá fixar o prazo de garantia e demais condições que a licitante contratada deverá cumprir **SEM A INTERVENÇÃO DO FABRICANTE E SEM QUALQUER ISENÇÃO OU PRIVILÉGIO**, pois a Lei de Defesa do Consumidor (Lei na 8.078/1990), nos seus artigos 24 e 25, §1º, já estabelece responsabilidade solidária do fornecedor e fabricante para a garantia do produto e do serviço.

“§ 1º Havendo mais de um responsável pela causação do dano, todos responderão solidariamente pela reparação prevista nesta e nas seções anteriores.”

A **EXIGÊNCIA DE DECLARAÇÃO/CARTA/PARCERIA** com o fabricante para qualquer fato ultrapassa os parâmetros legais previstos no art. 30, I, da Lei 8.666/93, em que veda a Administração Pública incluir no edital condições que frustrem o caráter competitivo do certame e, por consequência, a busca da proposta mais vantajosa, além de ferir o princípio constitucional da isonomia (art. 37, XXI), também previsto na Lei 8.666/93.

A apresentação das *documentações de terceiros*, poderá propiciar a formação de um "grupo" exclusivo de empresas autorizadas por um determinado fabricante a participar de licitações, podendo, inclusive, impor o aumento abusivo de preços e insumos, o que leva à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros. É o chamado "cartel", amente vedado pela Constituição Federal, no artigo 173, §4º. Visto que, em princípio, **A DECLARAÇÃO EMITIDA PELOS FABRICANTES NÃO É UMA CONDIÇÃO INDISPENSÁVEL À GARANTIA DO CUMPRIMENTO DAS OBRIGAÇÕES ADVINDAS DOS CONTRATOS A SEREM CELEBRADOS**, pondere-se que o fabricante apenas se solidariza com um representante por certame, de forma que apenas aquele que primeiro contatar o fabricante poderá participar do processo licitatório.

Destarte, os demais representantes daquele fabricante ficam excluídos do certame, pois ficam impossibilitados de atender à exigência de carta do fabricante, pois apenas um representante gozará do direito de participar da licitação.

Ademais, **NÃO É VEDADO ÀS LICITANTES ATRAVÉS DE OUTROS MEIOS DE COMPROVAÇÕES DEMONSTRAREM APTIDÃO TÉCNICA**, como por exemplo: **diplomas, certificados, cursos...**, uma vez que esses documentos seriam de posse do corpo técnico da licitante e não do fabricante. Verifica-se, portanto, que tal exigência, vindo somente por parte desses, exclui vários candidatos, além de afrontar a Constituição Federal.

Diante disto, nota-se que:

**A EXIGÊNCIA DE TAL DOCUMENTAÇÃO, POR PARTE DO FABRICANTE,
FERE O PRINCÍPIO BASILAR DA COMPETITIVIDADE, DA AMPLA PARTICIPAÇÃO,
ALÉM DE AFRONTAR ACINTOSAMENTE PRINCÍPIOS OUTROS,
COMO DA IMPESSOALIDADE E MORALIDADE.**

5. CONCLUSÃO

Entendemos que a licitação pública **NÃO VISA ATENDER OS INTERESSES DOS PARTICULARES**, mas sempre à satisfação do interesse público, proporcionando à Administração a possibilidade de realizar o negócio mais vantajoso e simultaneamente **ASSEGURAR AOS CONCORRENTES A OPORTUNIDADE DE DISPUTAREM, EM IGUALDADE DE CONDIÇÕES**, à contratação pretendida pela Administração.

Conforme explicitado, com sua devida fundamentação, o presente documento impugnatório tem a estrutura necessária para apontar a deslisura do referido processo.

Cabe a Administração **ADEQUAR** o processo de acordo com a **LEI VIGENTE**, além de ser fiel às determinações do Tribunal de Contas e demais entidades norteadoras, que possuem atribuições e competências suficientes para examinar todo e qualquer edital lançado pela Administração. O norte traçado pelos Tribunais torna-se **INALTERÁVEL**, por força do Princípio da Segurança Jurídica, base mesma do Estado Democrático de Direito.

Em vista das exigências restringirem de forma arguta toda probidade competitiva do processo licitatório, aguardamos o recebimento, análise e deferimento desta tempestiva impugnação, resultando na **SUSPENSÃO IMEDIATA** do referido processo, podendo posteriormente recuperar todas as características essenciais e primordiais a disputa, possibilitando a participação de empresas que foram prejudicadas ao se depararem com tais exigências **INAPROPRIADAS** e **ILEGAIS**.

Aproveitamos para reiterarmos os pedidos de:

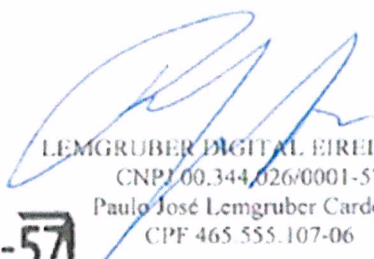
- a) **Deferir e eliminar todas as cláusulas e condições** que venham a frustrar o procedimento licitatório em pauta;
- b) A **suspensão imediata do certame para sua readequação** de modo a restituir a lisura do processo;
- c) Observância dos dispositivos da Lei 8.666/93, em especial o **seu Art. 90, “Seção III”, “Dos Crimes e Das Penas”**, conforme considerações a seguir:

É dever do Administrador e/ou servidor público sanar quaisquer vícios que venham a frustrar o caráter competitivo do certame. Do contrário, versa no Art.90 em sua “Seção III”, “Dos Crimes e Das Penas”, que a frustração do caráter competitivo do procedimento licitatório cabe **PENA – DETENÇÃO DE 2 (DOIS) A 4 (QUATRO) ANOS E MULTA.**

Aguardamos que respeitem com louvor os **princípios primordiais ao bom andamento do processo licitatório.**

Para deferimento,

Vila Velha, 23 de Agosto de 2018.



LEMGRUBER DIGITAL EIRELI – EPP
CNPJ 00.344.026/0001-57
Paulo José Lemgruber Cardoso
CPF 465.555.107-06

00.344.026/0001-57
LEMGRUBER DIGITAL
EIRELI EPP
R. Dezoito, 45
Santa Mônica - CEP 29105-380
VILA VELHA-ES