

À

FUNDAÇÃO ESTATAL DE ATENÇÃO ESPECIALIZADA EM SAÚDE DE CURITIBA
– FEAES

Ilmo. Sr. Pregoeiro Juliano Eugenio da Silva e Colenda Equipe de Apoio.
Ínclita Autoridade Superior Competente.

“O princípio mais importante para a licitação pública é o da isonomia ou da igualdade. Ele é, em análise acurada, a própria causa da licitação pública.” Joel de Menezes Niebuhr, Licitação Pública e Contrato Administrativo, p. 31.

**Ref.: PREGÃO ELETRÔNICO Nº 010/2018 – FEAES
PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 031/2018 – FEAES**

POSITIVO TECNOLOGIA S.A., pessoa jurídica de direito privado com sede na cidade de Curitiba, Estado do Paraná, à Rua João Bettega, nº 5200, Bairro CIC, devidamente inscrita no CNPJ/MF sob nº 81.243.735/0001-48 e filial situada na cidade de Manaus, Estado do Amazonas na Rua Javari nº 1255, Lote 257-B, Distrito Industrial I, conforme Estatuto Social e Ata de Eleição da atual Diretoria em exercício (DOC 01), doravante denominada simplesmente de POSITIVO, vem, respeitosamente, por sua procuradora legal ao final assinada, conforme procuração (DOC 02), apresentar

IMPUGNAÇÃO AOS TERMOS DO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO
(DIREITO CONSTITUCIONAL DE PETIÇÃO)

Positivo Tecnologia S.A.

João Bettega, 5200 | CIC
81530 000 | Curitiba - PR
+55 41 3316 7700
www.positivotecnologia.com.br

Javari, 1255 | Distrito Industrial
69075 110 | Manaus - AM
+55 92 3183 7990

POSITIVO

em razão das especificações constantes no ato convocatório em epígrafe, o que faz com fulcro no art. 9º da Lei nº 10.520/2002, no § 2º do art. 41 da Lei nº 8.666/93, no item 05 do Edital e nas demais disposições aplicáveis, bem como no art. 5º, inciso XXXIV, alínea “a” da Constituição da República, pelas razões de fato e de direito a seguir aduzidas:

I – DA TEMPESTIVIDADE.

1. A presente Impugnação é tempestiva, visto que interposta nesta data de 01/março/2018 (quinta-feira), em estrita observância às previsões legais e editalícias, com a necessária antecedência de até 02 (dois) dias úteis anteriores à data fixada para a realização da Sessão Pública de Abertura do Certame, que deverá ocorrer no próximo dia 06/março/2018 (terça-feira).

2. Ademais, convém destacar, que o direito de pedir tem assento constitucional, visto que qualquer pessoa pode dirigir-se formalmente a qualquer Autoridade do Poder Público, com o intuito de levar-lhe uma reivindicação ou mesmo uma simples opinião acerca de algo relevante.

II – DA INFUNDADA EXIGÊNCIA QUANTO A ESPECIFICAÇÃO TÉCNICA DOS OBJETOS LICITADOS – Itens I, II, III e V. DA RESTRIÇÃO A INÚMEROS FORNECEDORES. DA INFRINGÊNCIA AOS PRINCÍPIOS BASILARES DA LICITAÇÃO.

3. As especificações técnicas constantes no Lote e Tipos em epígrafe, como se encontram redigidas, configuram clara restrição ao caráter competitivo do certame, na medida que elidem a classificação de praticamente todos os fabricantes nacionais, inclusive desta IMPUGNANTE.

Positivo Tecnologia S.A.

João Bettega, 8200 | CIC
81530-000 | Curitiba - PR
+55 41 3316 7200
www.positivotecnologia.com.br

Javari, 1255 | Distrito Industrial
69075-110 | Manaus - AM
+55 92 3183 7990

4. O Edital do Pregão Eletrônico tem por objeto Contratação de empresa para prestação de serviços de locação de microcomputadores e notebooks, com suporte, assistência técnica e manutenção preventiva e corretiva, pelo período de 48 (quarenta e oito) meses, conforme especificações técnicas e condições previstas no edital e anexos.

5. Todavia, no ANEXO II – DESCRITIVO DOS EQUIPAMENTOS, precisamente, nas especificações técnicas dos monitores, constam as seguintes exigências que ora são impugnadas:

- **O MONITOR DEVERÁ SER DA MESMA MARCA DO EQUIPAMENTO OU PRODUZIDO EM REGIME DE ODM.**

6. Esta é mais uma clara exigência restritiva constante do Edital do Certame em apreço, que por hora impugna-se, na qual determina que o monitor deve ser do mesmo fabricante do microcomputador, não sendo aceitos em regime de OEM.

7. Desta feita é mister esclarecer que a fabricação de equipamentos de informática em regime de OEM (Original Equipment Manufacturer) é uma prática amplamente adotada por inúmeros fabricantes de microcomputadores, tanto nacionais como multinacionais, sendo perfeitamente aceita e reconhecida no mercado da informática.

8. Atualmente o ramo da informática vive um momento de grande avanço e desenvolvimento, onde equipamentos são desenvolvidos utilizando-se dos mais altos padrões de tecnologia. Porém, mesmo vivendo um momento de efetivo avanço tecnológico, os fabricantes de microcomputador não fabricam diretamente todos os componentes do equipamento, como é o caso do monitor, dentre outros motivos, especialmente por uma questão estratégica comercial, visto que muitas vezes peças e

Positivo Tecnologia S.A.

João Bettega, 5200 | CIC
81530 000 | Curitiba - PR
+55 41 3316 7700
www.positivotecnologia.com.br

Javari, 1255 | Distrito Industrial
69075 110 | Manaus - AM
+55 92 3183 7990

tecnologias não estão facilmente disponíveis no mercado e sua aquisição torna necessariamente o produto final menos competitivo.

9. Assim, é comum e usual que os fabricantes de microcomputador, repita-se: nacionais e multinacionais, adquiram componentes como, por exemplo, monitor, teclado e mouse de fornecedores que fabricam exclusivamente esses componentes, para então agregá-los em seu produto final, atendendo especificamente às exigências do consumidor. **Para tanto o fornecedor comercializa o componente, declarando expressamente que o fabrica em regime de OEM para o fabricante adquirente, ou seja, o fornecedor não apenas transfere o componente, mas também o direito para que o fabricante adquirente possa usá-lo como se fosse o próprio fabricante do componente. Desta forma, aquele que adquiriu o componente em regime de OEM tem a legitimidade para adequá-lo às exigências específicas para cada fornecimento.**

10. Neste sentido é importante mencionar que as fabricantes multinacionais de microcomputadores, assim como inúmeras fabricantes nacionais, não fabricam monitores, mas sim compram este componente das fabricantes AOC, LG e Samsung, por exemplo, que por sua vez autorizam expressamente as empresas que os adquiriram, a comercializá-los com sua logomarca própria.

11. O edital ao não aceitar OEM, infere que marcas como AOC, LG e Samsung, como já usadas como exemplo, não são boas o suficiente para a FEAES. No entanto e válido ressaltar que são essas empresas fazem OEM e ODM para as empresas estrangeiras. A interpretação que a IMPUGNANTE tem, ao ler tal exigência no edital, é de que **o fabricante do equipamento é capaz de projetar e desenvolver monitores melhor que os próprios fabricantes de monitores**, o que, com todo respeito a esta respeitável Fundação é uma grande incoerência!

12. Este entendimento é corrente no mercado da informática: fabricantes que adquirem monitores em regime de OEM possuem legalidade e legitimidade para

Positivo Tecnologia S.A.

João Bettega, 5200 | CIC
81530 000 | Curitiba - PR
+55 41 3316 7700
www.positivotecnologia.com.br

Javari, 1255 | Distrito Industrial
69075 110 | Manaus - AM
+55 92 3183 7990

comercializar este componente como de sua fabricação própria, prestando inclusive o atendimento em garantia nos mesmos padrões de qualidade do microcomputador. Desta forma, registram sua marca fisicamente através de serigrafia ou ainda de etiqueta, sem que isto impacte em qualquer diferença.

13. Desta feita, não restam dúvidas que exigir no Edital do Certame em apreço que visa o fornecimento equipamentos de informática, monitor do mesmo fabricante do microcomputador, mas não aceitar fabricação em regime de OEM, configura clara contradição, tornando esta exigência impossível de ser cumprida por quaisquer fabricantes de microcomputadores, tanto nacionais como multinacionais, visto que não existem fabricantes de microcomputadores que fabricam monitores, senão em regime de OEM.

14. Claro está a impropriedade de mais esta exigência constante do Edital do Certame em apreço!

15. Diante disto, novamente pergunta-se: **considerando que todo Edital de Licitação precede necessariamente de uma justificativa pertinente, na qual deve se basear a aquisição pretendida, qual é a justificativa integrante do Processo Administrativo do Certame em apreço, apresentada por essa Administração Licitante para fundamentar a exigência de que o monitor deve ser do mesmo fabricante do equipamento, não sendo aceitos em regime de OEM, ou ainda que o monitor tenha sido projetado para atender e compor exclusivamente a solução ofertada?** E ainda, em havendo tal justificativa, como irá proceder esta Administração Licitante para comprovar que o fabricante do monitor é o mesmo fabricante do equipamento ofertado? Irá por acaso, visitar as dependências do fabricante para verificar se os monitores estão sendo devidamente “produzidos”?

16. Além de todos esses apontamentos, destaque-se que, na prática, não se compra um equipamento pelo fato do monitor ser do mesmo fabricante do equipamento, seja em regime de OEM, pois o que realmente importa para o usuário final é a eficiência do

Positivo Tecnologia S.A.

João Bettega, 5200 | CIC
81530 000 | Curitiba - PR
+55 41 3316 7700
www.positivotecnologia.com.br

Javari, 1255 | Distrito Industrial
69075 110 | Manaus - AM
+55 92 3183 7990

equipamento como um todo e não a forma como os componentes foram adquiridos ou fabricados. **Exigências desta natureza não conferem nenhuma vantagem técnica para atender ao interesse público almejado!**

17. Ademais, se não existe nenhum fabricante de microcomputadores, nacional ou multinacional, que fabrica monitores, mas tão somente os adquire de fabricantes específicos deste produto, exigir que o monitor seja do mesmo fabricante do equipamento não sendo aceitos em regime de OEM, é uma exigência inócua e impossível de ser cumprida, sendo portanto inaplicável para o caso em apreço, uma vez que adota uma prática que não é usual no mercado de informática.

18. Em assim sendo, questiona-se objetivamente: Quais são os benefícios da solicitação de que o equipamento e a fonte sejam da mesma marca?

19. Esta questão já foi enfrentada do Tribunal de Contas da União que decidiu no Acórdão n.º 2403/2012-Plenário, TC-032.116/2011-0, rel. Min. José Jorge, 5.9.2012, publicado no Informativo nº 122 do TCU:

"2. A exigência contida em edital de licitação de que periféricos (teclado, mouse e monitor) tenham o mesmo fabricante que os de desktops e estações de trabalho a serem adquiridos afronta o disposto no art. 3º, § 1º, I, da Lei nº 8.666/93

Representação formulada por empresa acusou possíveis irregularidades na condução do Pregão Eletrônico nº 90/2011, promovido pela Fundação Universidade Federal do ABC (UFABC), com a finalidade de formação de registro de preços para "aquisição de equipamentos de informática para uso didático e administrativo". Em face dos indícios de irregularidade identificados, o relator concedeu medida cautelar, a fim de obstar a celebração de contratos ainda não firmados com base na ata de registro de preços resultante dessa licitação. Determinou, em seguida, a realização de oitivas da UFABC e das empresas declaradas vencedoras do certame. Destaque-se, entre os supostos vícios, "a exigência de equipamento com periféricos do mesmo fabricante, sem possibilidade de aceitação de monitor, teclado e mouse de diferentes marcas", o que teria afrontado o disposto no art. 3º, § 1º, I, da Lei nº 8.666/93. A unidade técnica especializada do Tribunal, após considerar as respostas às oitivas, que alegaram necessidade de garantir a "compatibilidade dos periféricos com a CPU", lembrou que:

Positivo Tecnologia S.A.

João Bettega, 5200 | CIC
81530 000 | Curitiba - PR
+55 41 3316 7700
www.positivotecnologia.com.br

Javari, 1255 | Distrito Industrial
69075 110 | Manaus - AM
+55 92 3183 7990

“Os periféricos em questão (teclado, mouse e monitor) possuem interfaces amplamente padronizadas, independentemente do fabricante. Além disso, em caso de eventuais falhas, os fabricantes de equipamentos e sistemas operacionais disponibilizam constantemente atualizações gratuitas que corrigem possíveis falhas”. Por esse motivo, concluiu que a citadas exigências contribuíram para restringir o caráter competitivo do certame. O relator endossou tal raciocínio. O Tribunal, então, ao acolher proposta do relator, em face dessa e de outras irregularidades identificadas no certame, decidiu: a) determinar à UFABC que se abstenha de celebrar novos contratos para a aquisição de estações de trabalho e desktops (itens 1, 2 e 3 da citada ata) e que não permita adesões a esses itens da ata; b) dar ciência à UFABC de que “a exigência de equipamento com periféricos do mesmo fabricante, sem possibilidade de aceitação de monitor, teclado e mouse de diferentes marcas, afronta o disposto no art. 3º, § 1º, I, da Lei nº 8.666/93”. Acórdão n.º 2403/2012-Plenário, TC-032.116/2011-0, Rel. Min. José Jorge, 5.9.2012.”

20. Assim, com todo respeito, esta Administração Licitante poderá tornar esta exigência técnica para o monitor viável, ampliando a competitividade, e conseqüentemente vislumbrando a possibilidade de gastar muito menos dinheiro público para adquirir excelentes equipamentos de informática, se possibilitar a inclusão neste Instrumento Convocatório de monitores do mesmo fabricante do microcomputador ofertado, sendo aceito em regime de OEM (sem ter sido projetado exclusivamente para a solução cotada), o que desde já se requer.

21. E ainda, esta situação caracteriza mais uma clara restrição à participação no presente Certame de inúmeros fornecedores, como é o caso da POSITIVO, que pode atender plenamente a todas às solicitações técnicas do Edital e satisfazer ao interesse público apresentando um monitor do mesmo fabricante do microcomputador ofertado, fabricado em regime de OEM!

III – DA RESTRIÇÃO INDEVIDA DE COMPETITIVIDADE. QUANTO A FORMA DE JULGAMENTO DA PROPOSTA. MENOR VALOR GLOBAL.

22. De acordo com o Anexo I - Termo de Referência, o objeto do Edital em apreço foi dividido em 05 (cinco) itens, com lances a serem ofertados pelo critério de menor valor global, conforme síntese abaixo:

- ✓ TIPO I – MINI PC PADRÃO – 221 (duzentos e vinte e uma) unidades.
- ✓ TIPO II – MINI PC PADRÃO COM DRIVE ÓPTICO – 33 (trinta e três) unidades.
- ✓ TIPO III – MINI PC PADRÃO COM DRIVE ÓPTICO E MONITOR EXTRA – 12 (doze) unidades.
- ✓ TIPO IV – NOTEBOOK – 19 (dezenove) unidades.
- ✓ TIPO V – ESTAÇÃO DE TRABALHO DEDICADA (WORKSTATION) – 2 (duas) unidades.

23. Ocorre que as especificações técnicas conforme se encontram redigidas, configuram clara restrição ao caráter competitivo do certame, na medida em que elidem a classificação de diversos fornecedores, pois ao invés de considerar cada um dos 05 (cinco) itens de forma individual, obrigou a ofertarem todos os itens em conjunto, sob pena de suas propostas não serem aceitas, o que prejudica a finalidade da licitação, qual seja, a aquisição de produtos de qualidade com menores preços.

24. Há que se considerar a real possibilidade de um potencial licitante não trabalhar com todos esses 05 (cinco) tipos de produtos em seu portfólio, e, lamentavelmente, se lhe faltar qualquer 01 (um) desses tipos, ficará inviabilizado de participar do certame como um todo, e não poderá ofertar uma proposta comercialmente interessante para os tipos de produtos que dispõe, e para os quais poderá ser muito competitivo.

25. Tal restrição à competitividade revela-se extremamente prejudicial à própria Administração, que deixará de receber diversas propostas de possíveis licitantes que

Positivo Tecnologia S.A.

João Bettega, 5200 | CIC
81530 000 | Curitiba - PR
+55 41 3316 7700
www.positivotecnologia.com.br

Javari, 1255 | Distrito Industrial
69075 110 | Manaus - AM
+55 92 3183 7990

esbarrarão nesta limitação: ou apresentarão proposta para todos os itens ou não apresentarão proposta para nenhum dos itens.

26. Numa simples analogia à licitação em apreço, para exercitar idêntico raciocínio lógico, equivaleria a uma licitação para aquisição de Veículos Automotores, na qual a Administração pretende adquirir 04 (quatro) tipos diferentes, a seguir especificados, mas que são considerados como subitens/tipos de 01 (um) item/lote único, sendo que o preço a ser considerado para o Certame é somente o global do item/lote único, sendo:

- a) Veículo TIPO 1: tipo passeio popular, 02 portas, para 05 pessoas, de, no máximo, 1.000 cilindradas, sem ar condicionado;
- b) Veículo TIPO 2: tipo passeio executivo de luxo, 04 portas, para 05 pessoas, de, no mínimo 2.000 cilindradas, com ar condicionado e demais acessórios correspondentes à categoria luxo;
- c) Veículo TIPO 3: tipo misto pessoas/utilitário (tipo caminhonete), 02 portas, para 02 pessoas na frente, com abertura total na parte traseira para possibilitar seu uso como ambulância e com possibilidade de carga de, no máximo, 01 tonelada;
- d) Veículo TIPO 4: tipo utilitário (tipo caminhão), 02 portas, para 03 pessoas na frente, com carroceria com possibilidade de carga de, no mínimo, 30 toneladas.

27. Neste caso, assim como para o certame em apreço, não necessariamente um licitante interessado terá todos esses diferentes tipos de veículos em seu portfólio de vendas: pode ser especializado apenas nos 02 (dois) primeiros tipos de veículos de passeio, possuindo preços realmente muito competitivos no mercado, mas o fato de não trabalhar com utilitários de médio e grande porte (tipo 3 e tipo 4), lhe prejudicará sobremaneira, impedindo-o de participar do Certame, pois a avaliação do preço

Positivo Tecnologia S.A.

João Bettega, 5200 | CIC
81530 000 | Curitiba - PR
+55 41 3316 7700
www.positivotecnologia.com.br

Javari, 1255 | Distrito Industrial
69075 110 | Manaus - AM
+55 92 3183 7990

POSITIVO

considera apenas o item/lote global, o que, fere gravemente o Princípio da Competitividade e o Princípio da Busca da Proposta Mais Vantajosa pela Administração.

28. Em outros termos, restará prejudicada a licitante que não poderá vender os produtos em que é especializada, por conta de uma equivocada redação editalícia, e, sobretudo, restará prejudicada a própria Administração, que **diminuirá sensivelmente o leque de competidores, ou ainda, receberá preços sensivelmente superiores aos de mercado.**

29. Essas exigências infundadas e que maculam irrecuperavelmente o Instrumento Convocatório, atentam quanto às disposições legais, especialmente ao art. 37 da Constituição Federal, ao art. 3º e parágrafo 5º do art. 7º da Lei Federal nº 8.666/93, ao art. 3º da Lei Federal nº 10.520/2002, pois ferem os princípios basilares da licitação, especialmente aos princípios da isonomia, da competitividade, da razoabilidade, da proporcionalidade, da legalidade, dentre outros, ensejando sua premente revisão, de forma a restabelecer a competitividade ao Certame.

30. Importante ressaltar que tanto a doutrina quanto a jurisprudência recomendam a divisão do objeto da licitação em itens, e, por consequência, a adoção do critério de julgamento do menor preço do item, com vistas a ampliar a competitividade e a obtenção da proposta mais vantajosa aos cofres públicos.

31. Ora, a licitação por itens, em verdade, nada mais é do que várias licitações dentro de um único procedimento. Assim sendo, cada item possui suas características e deve gerar um contrato próprio e distinto dos demais. O art. 23, § 1º da Lei de Licitações, em que pese não tratar da licitação por itens, discorre sobre a viabilidade da divisão do objeto para ser contratado em várias licitações, o que, igualmente, fundamenta a divisão do objeto com a intenção de ampliar a competitividade.

32. Esta orientação é reiterada em diversos entendimentos da Corte de Contas da União, dentre os quais, destaca-se:

Positivo Tecnologia S.A.

João Bettega, 5200 | CIC
81530 000 | Curitiba - PR
+55 41 3316 7700
www.positivotecnologia.com.br

Javari, 1255 | Distrito Industrial
69075 110 | Manaus - AM
+55 92 3183 7990

“Representação de empresa apontou possíveis irregularidades na condução do Pregão Eletrônico nº 06/2012, pelo Comando da 9ª Região Militar, que teve por objeto o registro de preço para aquisição de gêneros alimentícios destinados as suas unidades. Entre os supostos vícios identificados no certame, destaque-se a adoção do critério de menor preço registrado por grupo (e não por itens) para julgamento das propostas. Em resposta à oitiva, o responsável argumentou que tal sistemática permitiria economia de escala e tornaria a licitação mais célere. A unidade técnica considerou que essa modelagem poderia ser admitida, em face da grande quantidade de itens (401 itens) especificados no edital, tendo em vista a possibilidade de seleção de 401 fornecedores, na hipótese de adjudicação do objeto por itens. O relator, no entanto, anotou que “a regra básica da modelagem das licitações, como determinam o art. 15, IV, e o art. 23, § 1º, da Lei 8.666/1993 e a jurisprudência consolidada deste Tribunal, expressa na Súmula 247, é a do parcelamento da disputa por itens específicos e não por lotes, compostos de diversos produtos ou serviços adjudicados a um único fornecedor”. O fato de a Administração não se ver, à cada compra, obrigada a adquirir todos os itens do lote, demanda a adjudicação do objeto por itens e não por grupo. E mais: **“A adoção do critério de julgamento de menor preço por lote somente deve ser adotado quando for demonstrada inviabilidade de promover a adjudicação por item e evidenciadas fortes razões que demonstrem ser esse o critério que conduzirá a contratações economicamente mais vantajosas”**. Acrescentou que o fato de o “pregão eletrônico do portal Comprasnet prever a possibilidade de ‘julgamento por preço global-lote’ não autoriza a administração pública a fazer uso desse procedimento sem comprovar sua capacidade de induzir à seleção, em cada caso concreto, da proposta mais vantajosa”. Acrescentou que a hipótese de seleção de número exageradamente elevado de fornecedores, vislumbrada pela unidade, afigura-se como possibilidade apenas teórica. Como exemplo, lembrou que pregão eletrônico conduzido pelo Comando da 11ª Região Militar para aquisição de 622 produtos, modelado por itens, que levou à seleção de 14 fornecedores. E arrematou: **“Em registro de preços, a realização de licitação utilizando-se como critério de julgamento o menor preço global por grupo/lote leva, vis à vis a adjudicação por item, a flagrantes contratações antieconômicas e dano ao erário, potencializado pelas possibilidades de adesões, uma vez que, como reiteradamente se observa, itens são ofertados pelo vencedor do grupo a preços superiores aos propostos por outros competidores”**. O Tribunal, então, ao acolher proposta do relator e a despeito de haver o referido certame sido anulado pelo citado órgão, decidiu: a) “determinar ao Comando da 9ª Região Militar que se abstenha, em licitação para registro de preços,

de adotar como critério de adjudicação o de menor preço global por grupo/lote, concomitantemente com disputa por itens, sem que estejam demonstradas nos autos as razões pelas quais tal critério...é o que conduzirá à contratação mais vantajosa ...”;
b) cientificar essa unidade militar de que novo procedimento licitatório, que tenha objeto semelhante ao do Pregão Eletrônico 06/2012, deve evitar a adoção injustificada do critério de menor preço global por grupo, uma vez que tal solução contraria o disposto no art. 15, IV, e no art. 23, § 1º, da Lei 8.666/1993, “resultando em registro de preços superiores aos obtidos na disputa por itens e, conseqüentemente, em seleção de proposta menos vantajosa para a Administração para diversos itens”. (Acórdão n.º 2977/2012-Plenário, TCU-022.320/2012-1, rel. MinSubst. Weder de Oliveira, 31.10.2012.)”

33. Em igual sentido o Tribunal de Contas do Pará adota o entendimento esposado pelo Tribunal de Contas da União, na forma do Acórdão 1913/2013-Plenário, TC 004.526/2013-9, relator Ministro José Múcio Monteiro, 24.7.2013:

A licitação por lote, com a adjudicação pelo menor preço global, sem comprovação de eventual óbice de ordem técnica ou econômica que inviabilize o parcelamento do objeto em itens, caracteriza restrição à competitividade do certame, em vista do disposto nos art. 15, inciso IV, e 23, § 1º, da Lei 8.666/93.
Representação relativa à licitação conduzida pelo Banco do Brasil S/A, mediante pregão para ata de registro de preços, destinada à aquisição de equipamentos de ar condicionado tipo Split, para as dependências do banco localizadas nos estados do Amapá e Pará, apontara, dentre outras irregularidades, possível restrição à competitividade do certame. A limitação decorreria da organização da licitação em um único lote e da adjudicação pelo menor preço global, sem a comprovação da inviabilidade técnica e econômica do parcelamento do objeto em itens. Em juízo de mérito, realizadas as oitivas regimentais após concessão da cautelar pleiteada pelo representante, o relator considerou insuficientes os argumentos trazidos pelo Banco do Brasil, mormente no que respeita aos óbices à participação de fabricantes dos equipamentos licitados, decorrentes da adoção de lote único. Nesse sentido, consignou que “a falta de parcelamento do objeto, quando este é técnica e economicamente viável, contraria a legislação em vigor (arts. 15, inciso IV, e 23, § 1º, da Lei nº 8.666/1993) e a jurisprudência consolidada no Tribunal (Súmula nº 247), restringe a competitividade da licitação e prejudica a obtenção da proposta mais vantajosa para a Administração, ao impedir que os fabricantes dos produtos possam participar diretamente da competição”. Nesse passo, configurada a irregularidade, o

Positivo Tecnologia S.A.

João Bettega, 5200 | CIC
81530 000 | Curitiba - PR
+55 41 3316 7700
www.positivotecnologia.com.br

Javari, 1255 | Distrito Industrial
69075 110 | Manaus - AM
+55 92 3183 7990

Tribunal, ao acolher o juízo de mérito formulado pelo relator, julgou procedente a Representação e fixou prazo para o Banco do Brasil adotar medidas destinadas à anulação do pregão. (Grifos nossos.)

34. Sendo assim, a composição adotada no Edital impede que muitos revendedores e fabricantes participem do certame, pelo simples fato de que a Administração Licitante optou por licitar “joio e trigo” em conjunto, exatamente como ocorre no caso do certame em apreço.

35. Por oportuno, transcreve-se trecho da Orientação Jurídica da Consultoria Zênite intitulado Licitação Por Itens – Considerações Sobre Adoção De Critérios De Julgamento Em Face Do Valor Global, publicado no Informativo de Licitações e Contratos - ILC nº 102/agosto/2002, p. 680:

“Preliminarmente, convém salientar que “licitação por itens/lotas” é aquele certame que contempla mais de um objeto, sendo eles divididos em vários itens e cujo julgamento é cindido, ou seja, realizado item a item, individualmente. Em vista desse julgamento cindido, permite-se, nessas licitações, que os licitantes apresentem propostas para apenas um ou para mais itens, consoante as suas condições e interesses.

A licitação por itens/lotas refere-se, em verdade, a vários certames licitatórios (procedimentos) compreendidos em um único processo administrativo. Assim, cada item/lote possui suas características, devendo gerar um contrato próprio e distinto dos demais.

Ressalte-se que dentro de cada item ou lote poderá estar inserido um único ou vários objetos devidamente individualizados, de tal sorte que o critério de julgamento poderá ser o menor preço global por item/lote ou o menor preço unitário.

Das considerações acima indicadas, infere-se que se utilizou como sinônimas as expressões itens e lotes, e que cada lote ou item poderá compreender objetos diversos. Há, contudo, quem as distinga, de forma a entender que um lote pode englobar vários itens. O rótulo utilizado, se item ou lote, e o que cada qual compreende são de menor importância.

Positivo Tecnologia S.A.

João Bettega, 5200 | CIC
81530 000 | Curitiba - PR
+55 41 3318 7700
www.positivotecnologia.com.br

Javari, 1255 | Distrito Industrial
69075 110 | Manaus - AM
+55 92 3183 7990

Na situação em análise, cumpre verificar se há impedimento no sentido do objeto ser dividido em lotes/itens nos quais se insiram alguns objetos equivalentes e que serão alocados num mesmo ambiente físico, procedendo a adjudicação global.

Para a devida análise do tema, é mister transcrever o texto da Decisão nº 393/94, do Tribunal de Contas da União:

'8.2. firmar o entendimento, de que, em decorrência do disposto no art. 3º, § 1º, inc. I; art. 8º, § 1º e art. 15, inc. IV, todos da Lei nº 8.666/93, é obrigatória a admissão, nas licitações para a contratação de obras, serviços e compras, e para alienações, onde o objeto for de natureza divisível, sem prejuízo do conjunto ou complexo, da adjudicação por itens e não pelo preço global, com vistas a propiciar a ampla participação dos licitantes que, embora não dispondo de capacidade para a execução, fornecimento ou aquisição da totalidade do objeto, possam, contudo, fazê-lo com referência a itens ou unidades autônomas, devendo as exigências de habilitação adequarem-se a essa divisibilidade.'

Como se observa, no entendimento da referida Corte de Contas, é adequado em face das disposições da Lei de Licitações, que seja feita a divisão do objeto em itens (individualizados) e que se proceda o julgamento e adjudicação por itens e não por lotes, quando não houver prejuízo do conjunto ou complexo.

36. **Partindo dessas premissas, reitera-se que o Edital padece de vício insanável, uma vez que foram desrespeitadas as diretrizes emanadas dos princípios basilares da licitação no que diz respeito a divisibilidade do objeto.**

37. Por todo o exposto e para garantir a economicidade do certame, permitindo a participação de um maior número de fornecedores, solicita-se que o critério de julgamento seja alterado para o **“Menor Preço por Item”**.

IV – DA NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS NORTEADORES DA ATIVIDADE ADMINISTRATIVA

38. Conceitualmente, a licitação deve ser entendida como uma série de atos ordenados pela Lei e orientados pelos princípios basilares, visando à seleção da melhor

Positivo Tecnologia S.A.

João Bettge, 5200 | CIC
81530 000 | Curitiba - PR
+55 41 3316 7700
www.positivotecnologia.com.br

Javari, 1255 | Distrito Industrial
69075 110 | Manaus - AM
+55 92 3183 7990

proposta para a Administração, de acordo com as condições previamente estabelecidas no Instrumento Convocatório, em virtude do interesse público que a motiva.

39. Detalhando esta conceituação, discorre o doutrinador Renato Geraldo Mendes em sua obra Lei de Licitações e Contratos Anotada, Zênite Editora, 6ª Ed., 2ª tiragem, 2006, considerando que:

“A licitação é um procedimento administrativo integrado por um conjunto de atos e exigências. Cada ato do procedimento desempenha uma função própria, ou seja, existe para atender a um conjunto específico. Todos os atos integrantes do procedimento visam a um único fim: a seleção da proposta mais vantajosa, segundo as regras definidas. A vantagem da proposta está diretamente relacionada a duas coisas: (a) adequação da solução (objeto) proposta pelo licitante à solução licitada pela Administração e (b) menor dispêndio de recurso, nessa ordem.” (Grifos nossos)

40. Para viabilizar o alcance deste objetivo a Administração, na fase interna da licitação, busca edificar os pilares da relação contratual, fazendo necessariamente um planejamento estruturado para a pretendida contratação, elencando e determinando todas as exigências e condições que deverão caracterizar o objeto contratual, como especificações técnicas, quantidades, prazos de entrega, local de entrega, preços, dentre outras.

41. Assim, em um único documento, o Edital, que deve ser elaborado usando-se critérios rígidos, concretos e pertinentes, estarão concentradas todas as decisões adotadas pela Administração em função do planejamento prévio do objeto que se pretende contratar, visando atender ao interesse público.

42. Sobre o assunto dispõe Renato Geraldo Mendes:

“Portanto, o sucesso da licitação não pode depender da sorte de quem a conduz, mas da capacidade de quem a planeja!” (Grifos nossos)

43. Neste passo, mesmo reconhecendo todos os méritos no trabalho desempenhado pelo Pregoeiro e pela Colenda Equipe de Apoio, não pode essa IMPUGNANTE se calar e se conformar com a composição do Edital em um único Lote, exigência que se mostra restritiva e ilegal, razão pela qual se clama pela sua alteração/revisão.

44. O Ilustre Professor Celso Antônio Bandeira de Mello, em publicação constante da Revista dos Tribunais, São Paulo, 1985, pp. 33 e 44, ensina que:

*"A clara e precisa identificação do objeto é requisito insuprimível do edital, pois só a partir dela são possíveis ofertas que respondam ao que a Administração efetivamente pretende. Demais disso, sem atendimento rigoroso desta exigência ou os interessados não saberão exatamente o que propor ou as propostas não serão cotejáveis com o mínimo de objetividade **capaz de garantir tratamento isonômico aos concorrentes**. A indicação confusa ou imprecisa do bem licitado proporcionaria a apresentação de ofertas muito heterogêneas, orientadas em vista de objetos de características distintas e, por isso mesmo, inequívocas entre si, o que aumentaria desnecessariamente o teor de subjetivismo do julgamento."*

E sobre os vícios comenta:

"b) indicação defeituosa do objeto ou delimitação incorreta do universo de propostas - por ser imprecisa e obscura a identificação do objeto, impedindo seu exato reconhecimento ou por inadequada especificação dele. Isto ocorrerá quando a especificação for insuficiente, tomando incotejável as propostas ou **quando for excessiva, de molde a alijar discriminatoriamente concorrentes em benefício de alguns ou de algum interessado.**" (Grifos nossos)

45. Na aplicação do Direito deve-se ter sempre em mente qual é o espírito da lei e a mensagem do legislador, no concernente a adoção de cláusulas restritivas em Edital Marçal Justen Filho, em sua obra Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Ed. Dialética, São Paulo, 12ª edição, p. 68 e 82, respectivamente, ensina:

Positivo Tecnologia S.A.

João Bettega, 5200 | CIC
81530-000 | Curitiba - PR
+55 41 3316 7700
www.positivotecnologia.com.br

Javari, 1255 | Distrito Industrial
69075-110 | Manaus - AM
+55 92 3183 7990

“Em uma primeira fase, há um ato administrativo em que são fixados os critérios de diferenciação que a Administração adotará para escolher o contratante.

As diferenciações constantes do ato convocatório devem atentar para os limites acima indicados. Será inválida a discriminação contida no ato convocatório que não se ajustar ao princípio da isonomia. Será esse o caso quando a discriminação for incompatível com os fins e valores consagrados no ordenamento, por exemplo. O ato convocatório somente pode conter discriminações que se refiram à “proposta vantajosa”. Quando define o “objeto da licitação”, estabelece concomitantemente os limites para qualquer discriminação. Assim, o ato convocatório viola o princípio da isonomia quando: a) estabelece discriminação desvinculada do objeto da licitação; b) prevê exigência desnecessária e que não envolve vantagem para a Administração; c) impõe requisitos desproporcionados com necessidades da futura contratação; d) adota discriminação ofensiva de valores constitucionais ou legais.”

e,

“Veda-se cláusula desnecessária ou inadequada, cuja previsão seja orientada não a selecionar a proposta mais vantajosa, mas a beneficiar alguns particulares. Se a restrição for necessária para atender ao interesse público, nenhuma irregularidade existirá em sua previsão. Terão que ser analisados conjuntamente a cláusula restritiva e o objeto da licitação. A invalidade não reside na restrição em si mesma, mas na incompatibilidade dessa restrição com o objeto da licitação.

(...)

A incompatibilidade poderá derivar de a restrição ser excessiva ou desproporcionada às necessidades da Administração. Poderá, também decorrer da inadequação entre exigência e as necessidades da Administração”. (Grifos nossos)

46. Desta forma, para o caso em apreço, são infringidos os seguintes ditames legais, primeiramente da Constituição Federal/1988:

Art. 37 – “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...)” (Grifos nossos)

47. Na Lei nº 8.666/93, infringe-se as seguintes disposições:

Positivo Tecnologia S.A.

João Bettega, 5200 | CIC
81530 000 | Curitiba - PR
+55 41 3316 7700
www.positivotecnologia.com.br

Javari, 1255 | Distrito Industrial
69075 110 | Manaus - AM
+55 92 3183 7990

“Art. 3º 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 os que lhes são correlatos.

§ 1º É vedado aos agentes públicos:

I – admitir, prever, incluir ou tolerar, nos autos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam 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 (...).

e,

“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 sequência:

(...)

§ 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 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.(...)” (Grifos nossos)

48. E ainda, na Lei nº 10.520/02, infringe-se a seguinte disposição legal:

“Art. 3º - A fase preparatória do pregão observará o seguinte:

(...)

II - a definição do objeto deverá ser precisa, suficiente vedadas especificações que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, limitem a competição. e clara, (...).” (Grifos nossos)

49. A Jurisprudência também é pacífica neste sentido, vide compêndio de julgados constante na Lei de Licitações e Contratos Anotada, Renato Geraldo Mendes, 7ª ed. Curitiba: Zênite, 2009, pp. 46 e 48, respectivamente:

“CONTRATAÇÃO PÚBLICA – PLANEJAMENTO – EDITAL – RESTRIÇÃO À
COMPETIÇÃO – ALTERAÇÃO – TCU

A imposição de restrições à competitividade torna a licitação anulável, sendo possível à Administração evitar o desfazimento total do processo corrigindo os itens irregulares do edital. Procedida a alteração, deve a Administração observar a regra do art. 21, §4º da lei nº 8.666/93.” (TCU, Acórdão nº 566/2006, Plenário, Rel. Min. Marcos Vinícios Vilaça, DOU de 27.04.2006).

e

CONTRATAÇÃO PÚBLICA – PLANEJAMENTO – OBJETO – ESPECIFICAÇÃO
EXCLUSIVA – DIRECIONAMENTO DA LICITAÇÃO PARA UM DETERMINADO
PRODUTO OU FORNECEDOR – ILEGALIDADE – TCE/SP

O TCE/SP, ao analisar questão referente à falta de justificativa para especificações que direcionavam a licitação, entendeu que: “A Administração deixou de apresentar qualquer justificativa técnica para afastar a reclamação de que a especificidade do objeto licitado, nos termos constantes do Anexo I, conduz, inequivocamente, a determinado fabricante e seu distribuidor exclusivo. Caracterizada está, pois, a violação à regra do artigo 3º, da Lei nº 8.666/93, segundo a qual a licitação visa à garantia do princípio da isonomia, vedadas quaisquer previsões impertinentes, irrelevantes ou desarrazoadas que possam frustrar o caráter competitivo do certame. (TCE/SP, 000235/006/09)” (Grifos nossos)

50. Desta feita, vê-se que os entendimentos doutrinários e jurisprudenciais não aceitam condições restritivas como as ora impugnadas, indicando como premente sua revisão, o que desde já se requer.

51. Nesta linha, a IMPUGNANTE entende que os itens que estão sendo solicitados dentro do mesmo Lote podem (e devem) ser adquiridos separadamente, pois são produtos distintos e com características fiscais, tributárias, prazos de garantias próprios e diferentes.

52. O Ilmo. Pregoeiro, no uso de sua competência, entendendo e acatando os motivados argumentos deste arrazoado, poderá rever as exigências técnicas em comento de forma a bem atender ao interesse público, priorizando a competitividade, uma vez que realizando o julgamento por itens possibilitará a

Positivo Tecnologia S.A.

João Bettega, 5200 | CIC
81530 000 | Curitiba - PR
+55 41 3316 7700
www.positivotecnologia.com.br

Javari, 1255 | Distrito Industrial
69075 110 | Manaus - AM
+55 92 3183 7990

participação de diversos fabricantes que atendem à diversos itens, sem que haja qualquer prejuízo ao erário,

IV- DO PEDIDO FINAL

53. Por todo exposto, a POSITIVO requer, respeitosamente, a esse Ilmo. Pregoeiro e C. Equipe de Apoio que aprecie os concretos e irrefutáveis argumentos e documentos apresentados, para que a presente Impugnação seja integralmente acatada, objetivando a revisão das exigências restritivas, de forma a possibilitar a ampliação do número de participantes, com a imediata suspensão do Certame e a necessária e decorrente republicação do Instrumento Convocatório, consoante o estabelecido no art. 21, § 4º da Lei nº 8.666/93.

54. Isto é o que se impõe, pela estrita observância aos ditames legais e aos princípios basilares!

55. Isto é o que desde já se requer, por ser de Direito e de Justiça!

Termos em que,
Pede e Espera Deferimento.
Curitiba/PR, 01 de março de 2018.


POSITIVO TECNOLOGIA S.A.

Maria Helena Pereira
Procuradora