

Em 13 de dezembro de 2017.

Processo: 48500.004644/2016-38
Licitação: Pregão Eletrônico nº 028/2017
Assunto: **Análise da IMPUGNAÇÃO AO EDITAL apresentada pelo fornecedor ANDRÉ LIMA DE SOUZA - EPP.**

I – DOS FATOS

1. A empresa André Lima de Souza- EPP enviou sua impugnação ao Edital do Pregão Eletrônico nº 028/2017, em 12 de dezembro de 2017, às 19h36, por e-mail. A abertura do Pregão está marcada para o dia 14 de dezembro de 2017.
2. A impugnante questiona basicamente o fato do Pregão Eletrônico nº 28/2017, trazer na cláusula 1.24.4 do Anexo I (Termo de Referência) ao Edital: “1.24.4. A comprovação técnica das especificações deve ser realizada **ponto a ponto** por meio de catálogos, indicação de link de site ou manuais oficiais do fabricante”.
3. Além disso, questiona no pedido o que segue:
 - Indica que há no mercado apenas uma marca que atende às exigências do Edital, alegando que há direcionamento, prejudicando a livre concorrência.
 - Alega que a escolha de marca deve ser justificada, conforme jurisprudência dominante do Tribunal de Contas da União (Acórdão 1631/2007 - Plenário), colacionando ainda trechos de doutrina e mencionando as normas sobre o assunto.
 - Questiona acerca da cláusula 1.25 do Anexo I (Termo de Referência) ao Edital: 1.25- Garantia e suporte técnico por 36 meses, alegando que não há amparo legal para a exigência.
 - Por fim, faz o pedido de que “seja alterada a exigência do projeto todo ou a retirada da apresentação dos catálogos com a declaração que será em conformidade com o edital, bem como a retirada da garantia do serviço que é abusiva e vai de encontro com todos os meios legais relacionado ao objeto do certame”.

II – DA ANÁLISE

4. A princípio, cabe destacar, preliminarmente, que a impugnação ao Edital é extemporânea, pois encaminhada fora do prazo indicado na cláusula 16.2 do Edital (*As petições de impugnação poderão ser efetuadas por qualquer pessoa, física ou jurídica, em até 2 (dois) dias úteis antes da data fixada para abertura da sessão pública, enviadas exclusivamente para o endereço eletrônico comprasaneel@aneel.gov.br, até as*

Fl. 2 da Decisão de Pregoeiro nº 008/2017-SLC/ANEEL, de 13/12/2017.

18 horas, no horário oficial de Brasília-DF.), sendo esse uma razão objetiva para sequer receber a presente impugnação, porém, em atenção ao princípio da transparência, analisaremos o mérito do pedido realizado.

Sobre a exigência de Catálogos:

5. Sobre a exigência de catálogos e comprovação de especificação técnica, a alegação da impugnante acerca de “inconsistência na exigência em edital, portanto, divergindo com as leis que vinculam as licitações públicas”, não encontra qualquer guarida nas melhores doutrinas e, muito menos, na legislação pertinente às compras públicas.

6. Leia-se o teor do artigo 4, X e XI da Lei nº 10.520/02 (lei do pregão):

Art. 4º. A fase externa do pregão será iniciada com a convocação dos interessados e observará as seguintes regras:

X - para julgamento e classificação das propostas, será adotado o critério de menor preço, observados os prazos máximos para fornecimento, as especificações técnicas e parâmetros mínimos de desempenho e qualidade definidos no edital;

XI - examinada a proposta classificada em primeiro lugar, quanto ao objeto e valor, caberá ao pregoeiro decidir motivadamente a respeito da sua aceitabilidade;

7. É condição prévia para a análise da habilitação da empresa que a sua proposta seja aceita, verificados os critérios de preços, atendimento às especificações técnicas e parâmetros mínimos de desempenho e qualidade definidos no edital.

8. É plenamente possível que os órgãos solicitem no edital a apresentação de catálogos, como forma de verificar se o produto ofertado realmente atende às características do que foi requisito, além das informações que comumente são solicitados na formulação da proposta, tais como a marca, o modelo, e o fabricante. Portanto, se o catálogo apresentado se refere ao produto ofertado pela empresa, e esse produto não apresentar as características exigidas na licitação, a proposta está passível de desclassificação.

9. E mesmo que o Edital não preveja tal solicitação, o pregoeiro poderá fazê-lo no curso da licitação, por meio de diligência, por força do artigo 43, § 3 da Lei 8.666/93. Simplesmente aceitar uma declaração da licitante e depois, na execução do contrato, verificar que o produto não condiz com o licitado, gera um prejuízo à Administração, por vezes, não compensado com uma sanção administrativa aplicada ao contratado.

10. A título de exemplo, colacionamos trecho do modelo padrão de editais disponibilizados no sítio eletrônico pela Advocacia Geral da União – AGU.

7.5.1 Dentre os documentos passíveis de solicitação pelo Pregoeiro, destacam-se os que contenham as características do material ofertado, tais como marca, modelo, tipo, fabricante e procedência, além de outras informações pertinentes, a exemplo de catálogos, folhetos ou propostas, encaminhados por meio eletrônico, ou, se for o caso, por outro meio e prazo indicados pelo Pregoeiro, sem prejuízo do seu ulterior envio pelo sistema eletrônico, sob pena de não aceitação da proposta. **(negritamos)**

Direcionamento de marca.

11. Acerca da alegação de que o Edital direciona para apenas uma marca, segue a manifestação da área técnica:

Fl. 3 da Decisão de Pregoeiro nº 008/2017-SLC/ANEEL, de 13/12/2017.

Tivemos dificuldades em entender ao que se refere a licitante, pois em nenhum momento foram apontados os indícios de possíveis direcionamentos. Temos 22 itens a serem licitados de toda espécie (câmeras, switches, softwares, workstations, cabeamentos), portanto, não é possível que todos estejam direcionados a um único fabricante. Para as câmeras, por exemplo, identificamos pelo menos 3 marcas que atendem às especificações.

12. No que se refere a justificativa de escolha de marca, não há que se falar disso, na espécie, pois sequer foi exigida uma marca explicitamente no Edital.

Sobre a garantia técnica:

13. Sobre a previsão de prestação de garantia técnica de 36 meses (item 1.25.6), a despeito da alegação da impugnação de que não há amparo legal para tal exigência, importante destacar que tal necessidade não só tem amparo legal como é amplamente utilizada nas aquisições da Administração Pública, principalmente quanto se refere a uma solução de grande vulto financeiro, como a licitada no Pregão Eletrônico nº 28/2017.

14. A garantia técnica é um benefício concedido pelo fornecedor-direto (vendedor do bem ou prestador do serviço) ou pelo fornecedor-indireto (fabricante do produto). A sua finalidade é assegurar, por um determinado período, padrão de qualidade adequado, segurança, durabilidade e desempenho de certo bem ou serviço contratado. Até por isso, constitui uma obrigação futura que será exigida nos casos em que a Administração verificar algum defeito no produto entregue pelo contratado.

15. Sobre a garantia técnica, a Orientação Normativa nº 51 da Advocacia-Geral da União também estabelece o seguinte: "A garantia legal ou contratual do objeto tem prazo de vigência próprio e desvinculado daquele fixado no contrato, permitindo eventual aplicação de penalidades em caso de descumprimento de alguma de suas condições, mesmo depois de expirada a vigência contratual. "

16. O Tribunal de Contas da União já se posicionou claramente sobre o assunto, indicando a possibilidade de aquisição de equipamentos em conjunto com a garantia técnica:

1. É juridicamente viável a aquisição de bens de informática, com a prestação de garantia por determinado período, mediante o pagamento integral no momento da entrega e aceitação dos equipamentos.

Consulta apresentada pelo Presidente do Tribunal Superior do Trabalho indagou ao Tribunal a possibilidade de aquisição de bens de informática, com a prestação de garantia (assistência técnica de preços e serviços) por determinado período, mediante o pagamento integral do valor contratado no momento da entrega e aceitação dos equipamentos. O relator, de início, mencionou que o objeto da Consulta não trata de pagamento antecipado "típico", em que a entrega do numerário ao fornecedor é feita antes do recebimento do bem ou serviço pela Administração. Na espécie, trata-se de contratação de equipamentos de informática, em que está embutida a prestação de um serviço (assistência técnica durante o período de garantia), distinção que, na ótica do relator, tem relevância, pois no pagamento antecipado o risco para a Administração configura-se bem maior, já que efetuado antes de qualquer contraprestação por parte do fornecedor. Na situação em tese, o pagamento só seria realizado após o recebimento do bem, objeto principal da contratação. A prestação futura referiria-se apenas ao serviço de suporte técnico durante o período de garantia, espécie de acessório em relação ao objeto principal. Depois de estabelecer tal distinção, o relator concluiu que é possível a contratação de bens de informática, com a prestação de garantia, realizando-se o pagamento integral do valor contratado quando do recebimento dos bens. Como razão principal para o seu convencimento, o relator asseverou que a contratação conjunta é prática usual no mercado, uma vez que "em aquisições dessa natureza, o valor correspondente à garantia

Fl. 4 da Decisão de Pregoeiro nº 008/2017-SLC/ANEEL, de 13/12/2017.

integra o preço do objeto do contrato. Não é prática comum a segregação do objeto da contratação em dois itens: a aquisição do bem e a prestação do serviço. E o art. 15, inciso III, da Lei 8.666/93, estabelece que as compras públicas, sempre que possível, devem pautar-se pelas condições de aquisição e pagamento do setor privado". Por isso, o relator votou por que **fosse respondido ao consulente ser viável juridicamente a aquisição de bens de informática, com a prestação de garantia por determinado período, mediante o pagamento integral no momento da entrega e aceitação dos equipamentos, no que contou com a anuência do Plenário.** [Acórdão 1177/2014 Plenário](#), TC 002.584/2014-0, relator Ministro Aroldo Cedraz, 7.5.2014.

17. Quanto a questão da pretensa restrição a competitividade, importante trazer novamente o posicionamento externado em decisão do Tribunal de Contas da União sobre o assunto:

"57. O certo é que o princípio que refuta a restrição ao caráter competitivo não é absoluto, representando essencialmente a expressão sintetizada de uma orientação vista em caráter de generalidade, a admitir, por óbvio, excepcionalidades que sejam conduzidas por circunstâncias ensejadoras de determinada feição fora do comum.

58. A propósito, ao interpretar a norma que veda a imposição de restrições ao caráter competitivo nos atos de convocação (art. 3º, § 1º, inciso I, da Lei nº 8.666/93), Marçal Justen Filho sustenta que "o dispositivo não significa vedação a cláusulas restritivas da participação", ponderando que ele "não impede a previsão de exigências rigorosas, nem impossibilita exigências que apenas possam ser cumpridas por específicas pessoas" (in "Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos", 3ª ed. Aide Editora, 1994, p. 36).

59. Ainda de acordo com o renomado administrativista, a lei veda, na verdade, é "cláusula desnecessária ou inadequada, cuja previsão seja orientada não a selecionar a proposta mais vantajosa, mas a beneficiar alguns particulares". Segundo o autor, "se a restrição for necessária para atender ao interesse público, nenhuma irregularidade existirá em sua previsão" (obra citada, p. 36).

60. É dizer, a invalidade não reside na restrição em si mesma, mas na incompatibilidade dessa restrição com o objeto da licitação. Assim, o que importa saber é se a restrição é desproporcional às necessidades da Administração, ou seja, se ela atende ou não ao interesse público, este considerado sempre indisponível." (**Acórdão 3274/2011 – Plenário – Valmir Campelo**)

18. Cabe registrar também que deve prevalecer o interesse público na contratação; dessa forma, a ANEEL estabeleceu critérios mínimos de qualificação técnica operacional e qualidade dos produtos licitados pautados na lei e na orientação do TCU para garantir uma maior segurança à contratação, resguardando a ampla competição e isonomia, não a todo e qualquer interessado, mas, sim, aos fornecedores que efetivamente dispõem de condições para executar o objeto licitado.

III – DO DIREITO

19. A impugnação não foi apresentada no prazo previsto nos termos do art. 18 do Decreto Federal nº 5.450/05.

IV – DA DECISÃO

20. Desta forma, conheço a impugnação, mesmo que intempestiva, apresentada pela **ANDRÉ LIMA DE SOUZA** - EPP, contudo as razões apresentadas não se mostram capazes de alterar o conteúdo do Edital do Pregão Eletrônico nº 28/2017, pelo que NEGOU PROVIMENTO à impugnação.

ANGELICA LUISA PINTO NOGUEIRA PINHEIRO
Pregoeira