

À
COMPANHIA DE PLANEJAMENTO DO DISTRITO FEDERAL
Pregoeiro
E-mail: cpl@codeplan.df.gov.br

REF.:
PROCESSO n.º : 00121.00000/2018-76
EDITAL DE PREGÃO ELETRÔNICO Nº 05/2018

MICROSENS S.A., pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob n.º 78.126.950/0011-26, com sede em Cariacica – Espírito Santo, na Rodovia Governador Mário Covas, nº 882, armazém 01, mezanino 01, Box 6- Bairro Padre Mathias - CEP: 29.157-100, 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 art. 18, do Decreto n.º. 5.450/2005, bem como demais legislações pertinentes à matéria.

I – DOS FATOS:

A signatária tem interesse em participar do Pregão Eletrônico nº 05/2018, cujo objeto é *“aquisição de equipamento novos e de primeiro uso: Microcomputadores Desktop, Microcomputadores Notebooks, Tablets e Smart TVs, conforme especificações técnicas e quantitativos, suporte, manutenção e garantias constantes no Anexo I”*.

Todavia, após análise de todas as especificações do Edital, constatou-se algumas possíveis irregularidades, razão pela qual, foi apresentado pedido de esclarecimento no dia 30 de novembro de 2018, em que pese a publicação da resposta aos esclarecimentos observou-se que o presente edital ainda apresenta irregularidades, o que será demonstrado na presente impugnação que passa a expor.

II – DO DIREITO:

A) DO OBJETO IMPOSSÍVEL DECORRENTE DAS ESPECIFICAÇÕES TÉCNICAS:

Em verificação as especificações técnicas contidas para o item 4 - Tablet, notou-se que, este apresenta objeto impossível, uma vez que não existe atualmente no mercado nenhum produto que atenda integralmente as exigências técnicas.

Em que pese a apresentação de sugestões visando ampliar a competitividade, estas não foram aceitas, mantendo, desta forma, o item 4 como objeto impossível.



Segue análise abaixo, demonstrando o alegado, considerando que os pontos negativos (-) a seguir demonstram especificações em que os respectivos modelos não conseguem atender e por isso restringem a competitividade:

Item 4

Samsung Galaxy Tab E 9.6 WiFi (SM-T560)

- Possui peso de 490 g

Samsung Galaxy Tab E 9.6 3G (SM-T560)

- Possui peso de 495 g

Positivo T1075

- Possui tela de 10.1"

- Possui tecnologia da tela IPS

- Possui peso de 650 g

Multilaser MLX3-M10a

- Possui tecnologia da tela IPS

- Possui peso de 493 g

Certamente, as especificações técnicas contidas para o item 4 - Tablet **podem se basear em especificações desconformes com a realidade atual**, fazendo com que as especificações não contemplem nenhum produto atualmente comercializado, restringindo a competitividade, de modo que há que se alterar o edital, para que as possíveis licitantes tenham condições de formarem suas propostas nos exatos termos do Edital.

Tendo em vista que é impossível que se encontre algum produto que atenda todas as exigências do Edital, no porte requerido, torna-se, conseqüentemente, **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.**

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).



As especificações técnicas são apenas restritivas e não conferem semelhança aos produtos tidos como “bem comum”, já que as grandes marcas do produto licitado não possuem produto compatível com as especificações trazidas no Edital.

Se as especificações são extremamente necessárias, deve-se apresentar, já em resposta aos questionamentos que se apresentam aqui, a análise de viabilidade técnica e econômica que o Órgão deve proceder, em conformidade com a **Instrução Normativa nº 04, de 12 de novembro de 2010.**

Contudo, nestes casos, ainda o Órgão tem que justificar a utilização do bem e ainda precisa de **justificativa (relatório técnico-econômico-jurídico comprovando essa necessidade)**, mediante o estudo e análise de viabilidade.

Essa situação acaba impossibilitando a interpretação objetiva do edital, de forma a apresentar a melhor solução que poderia atendê-lo, prejudicando a formulação de propostas nos exatos termos do instrumento convocatório.

O art. 3º, inc. II da Lei Federal nº. 10.520/2002 informa que a especificação dos itens que compõem o edital deverá ser objetiva, clara e precisa:

*Art. 3º A fase preparatória do pregão observará o seguinte:
II - a definição do objeto deverá ser precisa, suficiente e clara, vedadas especificações que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, limitem a competição;*

Deste modo, sem a correta especificação dos produtos licitados, as empresas não poderão estudar (1) a viabilidade técnica de atender a demanda, e (2) de propor preços para que efetivamente se tenha a proposta mais vantajosa à Administração, tal como determina a Lei nº 8.666/93.

Ora, o critério do julgamento da proposta deve ser objetivo, atento às especificações e demais condições do edital. Em face da imprecisão constatada, que eventual edital possa conter, o **TCU editou a súmula 177:**

"A definição precisa e suficiente do objeto licitado constitui regra indispensável da competição, até mesmo como pressuposto do postulado de igualdade entre os licitantes, do qual é subsidiário o princípio da publicidade, que envolve o conhecimento, pelos concorrentes potenciais das condições básicas da licitação, constituindo, na hipótese particular da licitação para compra, a quantidade demandada uma das

especificações mínimas e essenciais à definição do objeto do pregão.

As implicações quanto a existência de um objeto impossível, trará limitação na participação de licitantes interessados, acarretando prejuízos à esta Administração Pública uma vez que eventualmente ocorrerá também, violação ao princípio da economicidade. A diminuição do número de concorrentes inevitavelmente ocasionará em uma substancial elevação do preço dos produtos, causando vultosos prejuízos à própria Administração.

Conforme mencionado alhures, a licitação na modalidade pregão é destinada a produtos de uso normal, não sendo apresentada nenhuma justificativa que pudesse embasar quaisquer restrições à extrema necessidade das especificações que tornam o objeto impossível.

Sendo assim, postula-se pela **REGULARIZAÇÃO DO EDITAL**, sendo retificadas as especificações restritivas da competição, referente ao equipamento do Item 4, eis que nenhuma marca conhecida atenderia ao exigido em Edital.

Na remota hipótese de entendimento diverso, é necessário que esta r. Administração indique ao menos 3 (três) modelos de produtos (dentro do porte requerido no edital), com suas respectivas marcas, que atendam integralmente as especificações contidas na descrição detalhada destes produtos, para demonstrar que efetivamente a licitação estará revestida de competitividade.

B) DO PERÍODO DE GARANTIA – RESTRIÇÃO DA COMPETITIVIDADE E POSSÍVEL OBJETO IMPOSSÍVEL:

Outra exigência deveras restritiva, é o fato de o contrato possuir, obrigatoriamente garantia mínima de **36 meses pelo fabricante**, além disso o período de garantia pretendido para os produtos licitados é muito superior ao praticado comumente, ferindo, por conseguinte a razoabilidade e a proporcionalidade.

Tais cláusulas estão previstas nos seguintes itens do Edital: Item 1.4.15. Garantia do Termo de Referência; Cláusula Treze – Da Garantia do Produto, assim dispondo:

“Garantia mínima de 36 (trinta e seis) meses, atendimento on-site, para reposição de peças e mão de obra, com tempo de resposta de até 24 horas, pelo fabricante ou rede de assistência técnica própria ou autorizada e que possua contrato firmado com o fabricante há, no mínimo, 12 meses;”



O primeiro ponto que se deve considerar, é o fato de que não há no mercado nenhuma fabricante de tablets e smartphones que possua contrato de garantia superior à 12 meses, de modo que tornar-se-á impossível o cumprimento de tal cláusula.

Somado a isto, o prazo de garantia de 36 meses estipulado no edital é demasiado extenso, podendo vir a prejudicar os licitantes, que deverão consignar em sua proposta valores que contemplem peças e acessórios por período muito superior ao que se espera, o que elevará o valor e conseqüentemente restringirá a competitividade.

A garantia legal estipulada para este tipo de produto durável (tablet), por meio do Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 26, inciso II, é de 90 dias (três meses). A garantia ofertada por praticamente todas as fabricantes para os mesmos é a soma deste período mais nove meses, perfazendo um total de 12 meses (um ano).

Neste tom, exigir que o licitante garanta um produto por um lapso temporal muito superior ao que é garantido pela própria fabricante é desproporcional, fazendo incidir ônus, sobretudo financeiro, que torna o objeto da licitação impróprio a qualquer participante.

Além disso, não se pode vincular uma garantia diretamente à fabricante, visto que esta não será responsável pela execução do contrato, sendo, portanto, terceiro estranho na relação jurídica a ser formada.

Assim, a exigência fere os princípios da proporcionalidade e razoabilidade. Isto ocorre, à medida que exige uma vinculação das normas jurídicas com o mundo ao qual elas fazem referência, necessitando de uma relação congruente entre a medida adotada e o fim que ela pretende atingir. *In casu* a medida adotada não se coaduna com o fim que se pretende atingir.

Em vista do equívoco desta r. Administração demonstrado acima, supomos que o prazo de garantia de 36 meses não buscava o fim que se pretendia atingir, já que este prazo é usualmente utilizado para outros tipos de equipamentos, como impressoras.

Caso não seja esse o entendimento, a solução que se pretende adotar onera demasiadamente o licitante. A licitação é um mecanismo que pretende celebração de contrato entre o ente público e o particular, visando a maior transparência e impessoalidade possível. Para aquele se busca o melhor fim para o erário público, porém para este se trata de um negócio, uma atividade com fim lucrativo. Por este motivo deve haver um equilíbrio no contrato que busque



preservar as duas situações. O que acontece com a presente exigência é apenas buscar guardar a um dos fins, onerando e inviabilizando o licitante.

O licitante vencedor, em razão do período de garantia pretendido, deverá, a cada equipamento adquirido por esta Administração, obter pelo menos outro equipamento reserva para ficarem de *backup*.

O princípio da proporcionalidade para ser atendido tem que observar três critérios, 1) se o meio é adequado ao fim pretendido, 2) se promove aquele fim pretendido, e, 3) se o meio tem que ser necessário, isto é, entre todos os meios ser o menos gravoso e tem que ser proporcional (em sentido estrito), ou seja, se as vantagens que promove superam as desvantagens que provoca.

O prazo solicitado de 36 meses não atende a nenhum dos três requisitos da proporcionalidade. O meio não é adequado ao fim pretendido, pois existem outros métodos para garantir a durabilidade do produto, como, por exemplo, o uso consciente do mesmo.

Muito menos é necessário o meio, vez que o meio escolhido não é o menos gravoso ao licitante. Por fim, de igual forma, o meio não é proporcional, pois promove muito mais desvantagens do que vantagens, no sentido de que causa ônus demasiado ao licitante, com isto, inclusive prejudicando a licitação e a ampla concorrência.

Isso ocorre ainda, ao vincular terceiro estranho na relação jurídica, no caso, o fabricante, sobre o qual não se pode impor exigência de alongamento do prazo, ou prestação de garantia diretamente, visto que compete a licitante contratada.

Ainda a respeito do prazo, a desproporcionalidade fica ainda mais latente, quando para cada máquina adquirida por esta Administração o licitante vencedor deverá adquirir ao menos uma unidade para afiançar a garantia pretendida, causando com isto um custo financeiro não razoável que poderá, inclusive, impedir que certas empresas participem da licitação em razão de uma exigência descabida. Neste sentido:

Acórdão 1.094/2004-TCU-Plenário.

"[...] abstenha-se de incluir quesitos de pontuação técnica para cujo atendimento os licitantes tenham de incorrer em despesas que sejam desnecessárias e anteriores à própria celebração do contrato ou que frustrem o caráter competitivo do certame, a exemplo dos quesitos que pontuam os licitantes que possuírem, já na abertura da licitação, determinado quadro de pessoal com técnicos certificados e qualificados ou determinadas estruturas físicas, como centros de treinamento, plataformas de treinamento a distância e ambiente de fábrica de software, ficando excetuada da vedação a última estrutura citada quando esta se referir ao item Desenvolvimento e

6

Manutenção de Sistemas e houver justificativa operacional, devidamente registrada, para exigí-la;

A HIPÓTESE DE RESTRIÇÃO À COMPETITIVIDADE NÃO DEVE SER EXAMINADA SOMENTE SOB A ÓTICA JURÍDICA E TEÓRICA, DEVE LEVAR EM CONTA TAMBÉM SE AS CLÁUSULAS SUPOSTAMENTE RESTRITIVAS CULMINARAM EM EFETIVO PREJUÍZO À COMPETITIVIDADE DO CERTAME.

Ainda na representação acerca de possíveis irregularidades na licitação para execução de obras e serviços de engenharia no aeródromo Antônio Edson de Azevedo Lima no estado do Espírito Santo, com recursos federais do Programa Federal de Auxílio a Aeroportos (Profaa), entendeu o relator essencial avaliar, no caso concreto, se as cláusulas restritivas identificadas no edital comprometeram a participação de potenciais interessados no certame. Sobre o assunto, fez registrar em seu voto tese enunciada quando da prolação do Acórdão 3306/2014 Plenário, no seguinte sentido: "A hipótese de restrição à competitividade não deve ser examinada somente sob a ótica jurídica e teórica, deve levar em conta também se as cláusulas supostamente restritivas culminaram em efetivo prejuízo à competitividade do certame". No caso sob análise, ponderou o relator que "não se possa concluir pela ausência de competição". Com efeito, prosseguiu, "o certame contou com a participação de oito empresas, das quais apenas uma foi inabilitada por não comprovar a execução de uma unidade de obra de infraestrutura e pavimentação aeroportuária incluindo sinalização luminosa (balizamento noturno); e outra foi desclassificada, por ter apresentado preço irrisório para o item relativo a sistema de emergência". Ademais, "a empresa vencedora apresentou proposta de preço R\$ 1.669.677,07 menor que a segunda colocada e com desconto de R\$ 8.173.703,80, equivalente a 21,48% em relação ao valor global máximo fixado no edital (R\$ 38.055.640,03)". Nesses termos, acolheu o Plenário a tese da relatoria para considerar parcialmente procedente a representação, dando ciência ao DER/ES sobre a falha identificada, de modo a evitar a repetição em futuros certames patrocinados com recursos federais.

(Acórdão 2066/2016 Plenário, Representação, Relator Ministro-Substituto Augusto Sherman)

Nesse mesmo sentido, importante ressaltar que o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, Governo Digital, também atribui o prazo de garantia de 2 (dois) anos para os Tablets e Smartphones, ao elaborar as Orientações para Contratação de Soluções de TI, conforme verifica-se:

1.4.6. TABLETS E SMARTPHONES

1.4.6.1. Para aquisição de tablets e smartphones, deve-se considerar o tempo de vida útil de 2 (dois) anos para fins de posicionamento da tecnologia e de garantia de funcionamento.

<https://www.governodigital.gov.br/documentos-e-arquivos/Orientacoes%20Especificas%20-%20Marco%20de%2017.pdf>

Portanto, a exigência de 36 meses de garantia para Tablets, e ainda mais, considerando ser imprescindível a garantia junto à fabricante, é desproporcional e não razoável, tendo o condão de prejudicar a licitação por lançar exigência que tem potencial de limitar a ampla participação no certame, devendo, por conseguinte, ser diminuída a exigência de garantia para no máximo 12 (doze) meses.



Diante disso, é necessário que sejam retificados o Item 1.4.15. Garantia do Termo de Referência; Cláusula Treze – Da Garantia do Produto, e demais itens no mesmo sentido, para que passe a constar o prazo de 12 (doze) meses para garantia de Tablets, bem como, seja retirado o vínculo com a fabricante.

III – DOS PEDIDOS:

Ante o acima exposto, vem à presença de Vossa Senhoria, com o devido respeito e acatamento, a fim de conhecer a Impugnação e julgá-la PROCEDENTE, a fim de que:

a) Sejam retificadas as especificações técnicas contidas para o item 4, pois da forma como especificados, torna seu objeto impossível;

1. Caso não seja este o entendimento, faz-se necessário que esta Administração **INDIQUE AO MENOS TRÊS MODELOS** com as respectivas **MARCAS QUE ATENDA AO PRESENTE EDITAL** para os referidos Itens.

b) Sejam retificados o Item 1.4.15. Garantia do Termo de Referência; Cláusula Treze – Da Garantia do Produto, e demais itens no mesmo sentido, para que passe a constar o prazo de 12 (doze) meses para garantia de Tablets, bem como, seja retirado o vínculo com a fabricante, por restringir a competitividade;

c) **Seja respeitado o prazo de vinte e quatro horas para resposta desta impugnação, conforme estabelece o art. 18, §1º, Decreto 5.450/2005 e artigo 41, § 1º da Lei nº 8666/93;** e

d) De qualquer decisão proferida sejam fornecidas as fundamentações jurídicas da resposta e todos os pareceres jurídicos a este respeito.

Nestes termos,

Pede-se Deferimento.

Curitiba, 10 de dezembro de 2018.



MICROSENS S.A
JETRO LEANDRO FICK