

ILUSTRÍSSIMO SENHOR PREGOEIRO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ,

ALS COMERCIO E SUPORTE DE EQUIPAMENTOS DE INFORMATICA LTDA, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob o nº 10.759.092/0001-41, estabelecida em Uberlândia-MG, situada na Rua das Gaivotas, 480- Bairro: Cidade Jardim, CEP.: 38.412-138, por seu representante legal Sr. LUIS CARLOS INACIO JUNQUEIRA SEGUNDO, portador da carteira de identidade RG nº 50.975.589-6 - SSP/SP, e inscrito sob o CPF nº 013.396.256-36, vem, tempestivamente à presença de V. Sas., com fundamento no artigo 41 e seus parágrafos da Lei Federal nº 8.666/93 , interpor a presente **IMPUGNAÇÃO AO EDITAL DE PREGÃO Nº 57/2012**, pelos seguintes fundamentos de fato e de direito:

A) DA TEMPESTIVIDADE

De acordo com o [decreto nº 5450](#), que regulamenta o pregão, na forma eletrônica, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências, em seu Art. 18. *“Até dois dias úteis antes da data fixada para abertura da sessão pública, qualquer pessoa poderá impugnar o ato convocatório do pregão, na forma eletrônica.”* Como a data de abertura da Sessão está marcada para dia 29/01/2013 verifica-se tempestiva impugnação proposta dia 24/01/2013, para sanar a irregularidade em questão.

A) DO MÉRITO DA IMPUGNAÇÃO:

Verifica-se no edital as seguintes exigências:

“QUALIFICAÇÃO TÉCNICA”

*“9.3. **Declaração do Fabricante responsabilizando-se** diretamente, ou através de sua Rede Credenciada, pela assistência técnica **durante o período de garantia.**” (Pág. 7, Edital).*

*“9.4. Caso a assistência técnica, durante o período de garantia, for prestada pela Rede Credenciada do Fabricante: 9.4.1. Deverá ser apresentada **declaração do Fabricante informando que os equipamentos cotados possuem Assistência Técnica Credenciada no Estado do Ceará**, apresentando ainda o nome da empresa e seu respectivo endereço e contato, com todos os dados e comprovações da Assistência. A Assistência técnica Credenciada deve possuir pelo menos 1 (um) técnico certificado pelo Fabricante, com habilitação para prestar os serviços técnicos nos equipamentos apresentados, devendo ser apresentado vínculo profissional do técnico com a referida Assistência Técnica Credenciada, comprovada, quando da contratação, mediante a apresentação da CTPS do profissional (ou outro documento trabalhista legalmente reconhecido), bem como, o(s) certificado(s) emitido(s) pelo Fabricante ao referido técnico nos equipamentos apresentados.” (Pág. 7, Edital).*

“9.4.2. Deverá ser apresentada **declaração da empresa de Assistência Técnica Credenciada**, com reconhecimento de firma, informando que tomou ciência das condições pré-estabelecidas no Anexo 01 - Termo de Referência e que possui condições de prestar os serviços de manutenção, declarando ainda que terá disponibilidade de iniciar os atendimentos dos chamados nas localidades até 300 km da capital do Estado do Ceará em até 24 horas e solução dos chamados em até 48 horas, e nas localidades acima de 300 km, iniciar os atendimentos em até 48 horas e solução dos chamados em até 72 horas para o **lote 1**, e nas demais condições de atendimento para os **lotes 02(dois) e 03(três)** de acordo com o respectivo **SLA** informado, nos termos do item 14.7 e seus subitens, todos do Termo de referência – Anexo 01 do Edital”. (Pág. 7, Edital).

“18.DA HABILITAÇÃO”

“ 18.1. Deverá ser apresentada **declaração do Fabricante responsabilizando-se diretamente**, ou através de sua Rede Credenciada, pela assistência técnica durante o período de garantia.” (Pág. 19, Edital).

“18.2. Caso a assistência técnica, durante o período de garantia, for prestada pela Rede Credenciada do Fabricante: 18.2.1. Deverá ser **apresentada declaração do Fabricante informando que os equipamentos cotados possuem Assistência Técnica Credenciada no Estado do Ceará**, apresentando ainda o nome da empresa e seu respectivo endereço e contato, com todos os dados e comprovações da Assistência. A Assistência técnica Credenciada deve possuir pelo menos 1 (um) técnico certificado pelo Fabricante, com habilitação para prestar os serviços técnicos nos equipamentos apresentados, devendo ser apresentado vínculo profissional do técnico com a referida Assistência Técnica Credenciada, comprovado, quando da contratação, mediante a apresentação da CTPS do profissional (ou outro documento trabalhista legalmente reconhecido), bem como, o(s) certificado(s) emitido(s) pelo Fabricante ao referido técnico nos equipamentos apresentados.” (Pág. 19, Edital).

“18.2.2. Deverá ser apresentada **declaração da empresa de Assistência Técnica Credenciada**, com reconhecimento de firma, informando que tomou ciência das condições pré-estabelecidas no Termo de Referência e que possui condições de prestar os serviços de manutenção, declarando ainda que terá disponibilidade de iniciar os atendimentos dos chamados nas localidades até 300 km da capital do Estado do Ceará em até 24 horas e solução dos chamados em até 48 horas, e nas localidades acima de 300 km, iniciar os atendimentos em até 48 horas e solução dos chamados em até 72 horas para o **lote 1**, e nas demais condições de atendimento para os **lotes 02(dois) e 03(três)** de acordo com o respectivo **SLA** informado.” (Pág. 19, Edital).

Inicialmente, cumpre mencionar que a presente impugnação pretende afastar do presente procedimento licitatório, exigência feita em extrapolação ao disposto no estatuto que disciplina o instituto das licitações, com intuito inclusive, de evitar que ocorra restrição desnecessária do universo de possíveis e capacitados licitantes, obstando a BUSCA DA CONTRATAÇÃO MAIS VANTAJOSA para a Administração Pública. Neste sentido, é visto que o presente certame traz consigo cláusula que compromete a disputa, ressalta-se que a irregularidade objeto da presente impugnação prejudica aqueles licitantes que embora tenham totais condições legais e preenchem todos os requisitos intrínsecos para que haja tal relação legal, gerando compromisso e responsabilidade, não

possuem tais declarações supracitadas. Não estamos falando aqui de um mero atravessador, mas de licitantes que possuem condições de fornecer na íntegra os produtos, conforme todas as especificações do Edital, cumprindo 100% com o requerido, satisfazendo assim, o interesse da administração pública.

Dessa forma, as exigências contidas nos respectivos itens “9.3, 9.4., 9.4.1, 9.4.2” da “QUALIFICAÇÃO TÉCNICA”, e “ 18.1, 18.2, 18.2.2” da “18.DA HABILITAÇÃO” , vai contra diversas jurisprudências e aos princípios basilares que regem toda a licitação. Devido a essa exigência restritiva em questão, a Administração fica inviabilizada de analisar ofertas que possam ser extremamente vantajosas em sua técnica e preço, impossibilitando assim, que empresas capacitadas e que oferecem produtos que atendam expressamente ao desejado possa ser selecionada à contratação, desviando a finalidade da Administração Pública. Não há a necessidade de apresentar tais declarações, uma vez que **a exigência de qualquer tipo de declaração, emitido pelo fabricante ou por terceiros alheios configura cláusula restritiva.**

Apresenta-se irregular obrigar apenas empresas que apresentam tais declarações a participarem da licitação. A exigência dessas declarações obriga a submissão dos licitantes a terceiros alheios à disputa, ou seja, ao fabricante e a empresa de Assistência Técnica Credenciada, assim condiciona à apresentação de documento expedido por empresas privadas que nem sequer participa da competição. O instrumento convocatório deverá fixar as condições que a licitante contratada deverá cumprir sem a intervenção do fabricante ou de qualquer outro terceiro, sem qualquer isenção ou privilégio. Com a exigência dessas declarações imposta pelo Edital, fica a **critério do próprio Fabricante** definir para quem ele fornecerá a declaração, havendo tratamento favorecido para determinados revendedores.

A exigência de apresentação das declarações contidas nos itens “9.3, 9.4., 9.4.1, 9.4.2” da “QUALIFICAÇÃO TÉCNICA”, e “ 18.1, 18.2, 18.2.2” da “18.DA HABILITAÇÃO”, 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”, severamente vedado pela Constituição Federal, no artigo 173, §4º.

O presente instrumento convocatório com a inclusão de tais exigências, de forma indireta direciona e restringe a licitação, pois passa para o fabricante e para empresa de assistência técnica o poder de determinar para quem ele fornecerá tais declarações e para quem ele não fornecerá, ou seja, o fabricante passa a determinar quem participará e quem não participará do certame.

Dessa forma com tal condição imposta, diminui o número de participantes do certame, ficando de fora da licitação em questão, licitantes capacitados e que possuem condições de oferecer melhores preços, desviando assim, a finalidade da Administração Pública, que é busca da contratação mais vantajosa. É visto que o instrumento convocatório deve ser parcimonioso e criterioso ao fixar requisitos, pois são **PROIBIDAS** as condições impertinentes, inúteis ou desnecessárias, que principalmente frustrem o caráter competitivo do certame.

Assim sendo, fere-se o princípio da isonomia e se estabelece preferências, tais exigências é uma prova confessa de que o produto especificado no termo de referência está direcionado para determinadas empresas. Haja vista que, o fabricante não é obrigado a emitir nenhuma declaração, ficando mais uma vez a cargo do fabricante decidir se fornecerá ou não a declaração. É fato que mesmo havendo contrato de parceria entre fornecedor e fabricante, de revenda autorizada e fabricante, de representação e fabricante, não obriga a emissão de declarações destinadas a licitações públicas. Quando o objeto da licitação referir-se, exclusivamente,

ao fornecimento de bens, **tornando possível a relação entre fornecedor (Contratada) e Administração (Contratante), não há a mínima necessidade da intervenção do fabricante do produto e de terceiros alheios, pois é o licitante e não o fabricante ou qualquer outro alheio, quem assume os ônus de todo o contrato em razão da natureza “Institue personae” dos contratos administrativos, dessa forma a exigência das declarações acima explicitadas é ilegal.**

Vale ressaltar, que os artigos da “Lei das Licitações” trazem um rol dos documentos que a Administração Pública poderá exigir dos licitantes em seus artigos 27 a 31, e não menciona em nenhum momento como requisito a apresentação em qualquer fase do procedimento licitatório de qualquer tipo de declaração do fabricante ou de terceiros, como esta exigida neste edital. Dessa forma, estabeleceu-se que somente podem ser previstas no ato convocatório exigências autorizadas na Lei 8.666/93. **Portanto, estão excluídas tanto as cláusulas expressamente reprovadas pela Lei nº 8.666 como aquelas não expressamente por ela permitidas.**

O artigo 27 da Lei 8.666/93 demonstra a documentação a ser exigida em procedimentos licitatórios em geral, in verbis:

*“Art. 27. Para a habilitação nas licitações exigir-se-á dos interessados, **exclusivamente**, documentação relativa a:*

I – habilitação jurídica;

II – qualificação técnica;

III – qualificação econômico-financeira;

IV – regularidade fiscal;

V – cumprimento ao disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal.”

A referida exigência ultrapassa os parâmetros legais previstos no art. 3º, I, II 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. Em se tratando de licitação, há o pressuposto que haverá a participação do maior número possível de Licitantes, assim sendo, tal exigência em tela fere a Lei Federal nº 8.666/93 que assim dispõe:

*“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. [\(Redação dada pela Lei nº 12.349, de 2010\)](#).”*

§ 1º É vedado aos agentes públicos:

I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos 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;

II - estabelecer tratamento diferenciado de natureza comercial, legal, trabalhista, previdenciária ou qualquer outra, entre empresas brasileiras e estrangeiras, inclusive no que se refere a moeda, modalidade e

local de pagamentos, mesmo quando envolvidos financiamentos de agências internacionais, ressalvado o disposto no parágrafo seguinte e no art. 3º da Lei no 8.248, de 23 de outubro de 1991.”

Inferese, no artigo 3º, que é vedado à Administração a inclusão de condições que restrinjam a participação no procedimento licitatório ou que maculem a isonomia das licitantes. Interpretando as disposições do artigo 3º, o ilustre especialista na área de licitação, o doutor MARÇAL JUSTEN FILHO assevera: “Os dispositivos restantes, acerca da licitação, desdobram os **princípios do art. 3º, que funciona como norteador do trabalho hermenêutico e de aplicação da Lei das licitações. Nenhuma solução, em caso algum, será sustentável quando colidente com o art. 3º.** Havendo dúvida sobre o caminho a adotar ou a opção a preferir, o intérprete deverá recorrer a esse dispositivo. **Dentre diversas soluções possíveis, deverão ser rejeitadas as incompatíveis com os princípios do art. 3º.** (in ‘Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos’, Ed. Dialética, 5ª edição, fls. 54).

Não cabe maior debate jurídico sobre a ilegalidade da exigência de qualquer tipo de declaração do fabricante ou de terceiros alheio nos procedimentos licitatórios. Tal exigência é afastada pelo Tribunal de Contas da União por falta de amparo legal e por se tratar de cláusula restritiva ao caráter competitivo das licitações, 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. Precedentes: Acórdãos 889/2010, 423/2007 e 223/2006. Ilustra-se em diversos Acórdãos da casa, como se pode ver:

“Item 9.2.2, TC-018.833/2011-0, Acórdão nº 2.174/2011-Plenário:

LICITAÇÕES. DOU de 24.08.2011, S. 1, p. 134. Ementa: determinação ao (...) para que, nas licitações, abstenha-se de exigir dos licitantes a comprovação para os equipamentos que serão fornecidos de que possuem autorização de comercialização e prestação dos serviços de assistência técnica, por meio de declaração específica emitida pelo respectivo fabricante ou por distribuidor.

“Acórdão 1676/2005 – Plenário(...)

9.2.3 – nos instrumentos convocatórios de futuras licitações, limita-se a exigir, na fase de habilitação, a documentação constante dos arts. 27 a 31 da Lei de Licitações e Contratos, abstendo-se de requerer comprovação de que o concorrente é representante autorizado do item ofertado ou declaração de solidariedade do fabricante para com o licitante no tocante à garantia do bem, por se mostrar restritivo à competição.(...) (Ata 41/2005 – Plenário, Sessão 19/10/2005, aprovação 26/10/2005, DOU 27/10/2005, Ministro Relator Valmir Campelo).

É observado também, nestes termos:

“Acórdão 2477/2009-Plenário

Evite a inclusão de itens que restringem injustificadamente o caráter competitivo do certame e contrariam, dessa forma, o art. 3º, § 1º, inciso I, da Lei no 8.666/1993.”.

Em relação à garantia, vale lembrar que o Código de Defesa do Consumidor (CDC), em seu art. 18, é claro ao estabelecer responsabilidade solidária do fabricante e do fornecedor de produtos. Além disso, o art. 3º do CDC preceitua que *"fornecedor é toda a pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços"*. Como a responsabilidade é solidária para o CDC, em regra, não existe diferença entre o fornecedor e o fabricante. Por seu turno, a parte final do inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal dispõe: *"somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômicas indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações"*

Acerca da exigência de declaração do fabricante a **Controladoria Geral da União** se manifestou nos seguintes termos: *"Na justificativa o gestor cita o art. 15, da Lei 8.666/93, para justificar a exigência de carta do fabricante, porém tal exigência não encontra amparada por aquele dispositivo legal, já que não é condição sine qua non para garantir as condições de manutenção, assistência técnica e garantia, porquanto contrária, inclusive ao que dispõe o inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal. Cabendo ressaltar, conforme inclusive citado na constatação, que a solidariedade do fabricante é imposta por lei, portanto, desnecessário qualquer documento do fabricante para consolidá-la. Tal exigência na verdade atribui ao fabricante, em razão de seus interesses comerciais, permitir ou não que determinado fornecedor participe, ou não, do processo licitatório."*

A maioria das empresas licitantes não terão condições de cumprir com tal obrigação contratual, mesmo com total condição legal e cumprindo com todos os requisitos para o fornecimento do produto requerido, dessa forma, diminui a concorrência e conseqüentemente traz prejuízo financeiro ao órgão público. Vale lembrar que o princípio da vinculação ao instrumento convocatório norteia todo procedimento licitatório sendo, portanto o edital, a norma fundamental do certame que tem por objetivo determinar o objeto da licitação, discriminar direitos e obrigações dos intervenientes e do Poder Público e disciplinar o procedimento adequado ao estudo e julgamento das propostas. Entretanto, se o próprio Edital faz exigências exorbitantes, torna-se impraticável o seu devido cumprimento, inviabilizando-se, assim, a ampla competitividade, tornando-se inválido. As exigências contidas nos respectivos itens 9.3, 9.4., 9.4.1, 9.4.2" da *"QUALIFICAÇÃO TÉCNICA"*, e " 18.1, 18.2, 18.2.2" da *"18.DA HABILITAÇÃO"*, não se reveste de razoabilidade que deve nortear as contratações, pelo contrário. Dessa forma, tais declarações exigidas no Edital estão dissonantes com o seu fim colimado, impondo condição exagerada aos licitantes, assim deve ser impugnado o edital.

DO PEDIDO

Requer que seja dado provimento a presente impugnação para que seja excluído do Edital, os itens "9.3, 9.4., 9.4.1, 9.4.2" da *"QUALIFICAÇÃO TÉCNICA"*, e também os itens " 18.1, 18.2, 18.2.2" da *"18.DA HABILITAÇÃO"*.

Nestes Termos,

P. Deferimento.

Uberlândia, 24 de Janeiro de 2013.

LUIS CARLOS I. J. SEGUNDO

Representante Legal