

São Paulo, 15 de Maio de 2019

AO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 18ª REGIÃO
SECRETARIA DE LICITAÇÕES E CONTRATOS

Att.
Pregoeiro(a)

Ref. : PE 024/2019

OBJETO :

O objeto da presente licitação é a **Contratação de empresa especializada na prestação dos serviços técnicos de operação, movimentação e adaptação de saídas de ar de salas de trabalho, suporte técnico de engenharia, manutenção preditiva, preventiva, corretiva (programada e não programada), com fornecimento de mão de obra especializada, fornecimento e instalação de sistema de supervisão, controle e automação e fornecimento de peças, no sistema de refrigeração, instalado no prédio do Fórum Trabalhista de Goiânia, conforme as especificações contidas no Termo de Referência, anexo I deste edital**

SOLICITAÇÃO DE ESCLARECIMENTO

Com o objetivo de ampliar a concorrência e assim participarmos em condição de igualdade, respaldado no princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração, processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa e da vinculação ao instrumento convocatório, recorro a Vsa. com as seguintes considerações e solicitações, como segue :

Nossas solicitações de esclarecimento são:

1. No item 11.2.12 e 14.4.3 e todos os itens referentes a qualificação técnica da empresa e do profissional ou condições para contratação há a exigência do



fornecedor ser credenciado da empresa fabricante da máquina chiller de marca CARRIER, conforme descrito abaixo:

11.2.12. Declaração de que é representante ou Credenciada da marca Carrier, fabricante dos Chiller's, constando que é autorizada para prestar serviço de manutenção em Chiller da marca com capacidade de no mínimo 298TR, bem como para fornecer e instalar peças de reposição e componentes eletroeletrônicos novos e originais que se fizerem necessárias durante a execução do contrato. Tal exigência se justifica pelo fato de que os Chiller's são os componentes principais do sistema de refrigeração da central de ar condicionado e decorre da complexidade e da especificidade do modelo, bem como do elevado valor de custo do equipamento.

Entretanto, é notório o saber que se trata de uma máquina térmica como as de outras marcas, tais como: TRANE, YORK, HITACHI e os serviços de manutenção são similares a todos os fabricantes sem que haja qualquer segredo industrial de manutenção de marca, uma vez que, qualquer peça ou componente de todos os fabricantes, inclusive CARRIER, são ofertados em grande quantidade por lojas especializadas, devendo prevalecer o expertise da empresa e do seu corpo técnico possuir habilidades neste modelo de máquina térmica, denominada chiller.

Uma máquina CHILLER por si só, seja ela de qual modelo for, sempre terá um valor expressivo de venda, não devendo ser esta a justificativa de credenciamento no fabricante.

Outro fato de mercado e comum a este tipo de máquina são os componentes empregados, onde os fabricantes efetuam a compra de outras empresas e realizam a montagem, por exemplo: nenhum fabricante de chiller fabrica compressor (elemento principal da máquina), nenhum fabricante fabrica serpentinas (outro elemento principal), nenhum fabricante fabrica condensadores shell & tube mas sim compra do mercado e faz a montagem, então, tal exigência novamente não pode ser fundamentada em único fabricante.

O princípio de manutenção, objeto deste certame, é a manutenção preventiva e corretiva do equipamento chiller, desta forma todas as atividades técnicas a serem realizadas no equipamento devem prevalecer a experiência da empresa na manutenção deste tipo de equipamento, como segue:



- Vazamento em serpentina – Procedimento de manutenção comum a qualquer equipamento;
- Vazamento na linha de sucção ou pressão – procedimento de localização e manutenção comum a qualquer equipamento;
- Falha ou queima de sensor – substituição comum a qualquer equipamento;
- Falha ou queima de placa eletrônica – Aquisição original em qualquer loja especializada e substituição padrão para qualquer marca;
- Etc...

Se a exigência é o chiller e a competência em manutenção em chiller já esta sendo solicitado tal expertise no item 11.2.10, do referido edital, onde as exigências deverão ser demonstradas por meio de atestados de capacidade técnica.

O ACÓRDÃO 1805/2015 – Plenário, relator Weder de Oliveira, Processo 008.137/2015-3, Processo de Representação com data de sessão 22/07/2015, número da ata 29/2015-Plenário, tendo o interessado Simpress Comércio, Locação e Serviços Ltda., CNPJ 07.432.517/0001-07, Entidade Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo e Unidade Técnica a Secretaria de Controle Externo no Rio de Janeiro (Secex – RJ), Representante Legal André Puppim Macedo (OAB/DF 12.004), esclarece:

ACÓRDÃO

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de representação formulada pela empresa Echo Tecnologia da Informação Ltda., com fulcro no art. 113, §1º, da Lei 8.666/1993, relatando supostas irregularidades no pregão presencial 19/2015, promovido pelo Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo (Cremesp).

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo Relator, em:

conhecer da representação oferecida pela empresa Echo Tecnologia da Informação Ltda. para, no mérito, considerá-la procedente;

revogar a suspensão cautelar do pregão presencial 19/2015;



dar ciência ao Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo – Cremesp acerca das seguintes irregularidades verificadas no pregão presencial 19/2015:

- **exigência prevista no item III.2 do anexo II do edital do certame (declaração do fabricante), a qual não encontra amparo nos artigos 27 a 31 da Lei 8.666/1993;**

- opção pela forma presencial do pregão, sem que houvesse justificativa técnica para tal, o que caracteriza infringência ao disposto no art. 4º, § 1º, do Decreto 5.450/2005, conforme reiteradas decisões deste Tribunal (Acórdãos 1.099/2010–TCU–Plenário, 6.441/2011–TCU–1ª Câmara e 11.197/2011–TCU–2ª Câmara);

- dar ciência da presente deliberação à representante e ao Cremesp, cientificando o conselho de que a reincidência das irregularidades aqui constatadas poderá resultar em penação dos responsáveis.

- encerrar o processo e arquivar os autos.

QUÓRUM

Ministros presentes: Aroldo Cedraz (Presidente), Walton Alencar Rodrigues, Benjamin Zymler, Augusto Nardes, Raimundo Carreiro, José Múcio Monteiro e Vital do Rêgo. Ministro-Substituto convocado: André Luís de Carvalho. Ministros-Substitutos presentes: Augusto Sherman Cavalcanti, Marcos Bemquerer Costa e Weder de Oliveira (Relator).

RELATÓRIO

Trata-se de representação formulada pela empresa Echo Tecnologia da Informação Ltda., com fulcro no art. 113, §1º, da Lei 8.666/1993, protocolada nesta Corte de Contas em 13/4/2015, relatando supostas irregularidades no pregão presencial 19/2015, promovido pelo Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo (Cremesp).

O pregão tem como objeto a contratação da prestação de serviços de impressão e reprografia corporativa, englobando fornecimento de equipamentos, instalação e configuração, serviços de manutenção, peças de reposição, materiais de consumo conforme especificações do anexo I do edital.

A representante alegou, em breve síntese, que a exigência contida no item III (qualificação técnica), subitem 2 do anexo II de apresentação de “declaração do fabricante dos equipamentos ofertados na proposta comercial, que comprove expressamente que a licitante pode comercializar e fornecer peças e insumos, além de prestar assistência técnica destes equipamentos” seria ilegal e restritiva à competitividade do certame.

Considerando que a sessão pública estava prevista para ocorrer em 14/4/2015, reputa imprescindível a “concessão de liminar *inaudita altera parte*’ suspendendo o certame, em razão do **perigo iminente do pregão ser realizado com os vícios** apontados, o que certamente trará prejuízos à Administração Pública, à representante, bem como a potenciais licitantes, que estarão impedidos de participar do certame em virtude das irregularidades combatidas”.

Em vista disso, requereu, além do julgamento pela procedência da licitação, a imediata suspensão do pregão ou, caso tenham sido realizada a sessão pública, a suspensão do processo e a expedição de determinação ao órgão para que se abstenha de praticar qualquer ato posterior.

A Secex-RJ, em sua instrução (peças 7-9), manifestou-se pelo conhecimento da representação, pelo deferimento da medida cautelar suscitada, bem como acrescentou que, no seu entender, seria necessário obter esclarecimentos acerca da utilização da modalidade pregão presencial em detrimento do pregão eletrônico.

Em despacho monocrático de 11/5/2015, conheci da representação e determinei a suspensão cautelar do pregão presencial 19/2015, promovido pelo Cremesp e dos atos dele decorrentes, e a oitiva do conselho e da licitante vencedora Simpress Comércio Locação e Serviços S.A. para que se pronunciassem acerca da inclusão da exigência prevista no item III.2 do anexo II do edital do pregão presencial 19/2015 e da opção pela modalidade presencial do pregão, em detrimento de sua forma eletrônica,



em contrariedade ao disposto no §1º do art. 4º do Decreto 5.450/2005 (peça 10).

Na ocasião registrei:

“A exigência de apresentação da declaração do fabricante, como requisito de qualificação técnica do pregão, não prevista nos arts. 27 a 31, da Lei 8.666/1993, e 13 do Decreto 3.555/2000, está em desacordo com a jurisprudência deste Tribunal.

Conforme a jurisprudência desta Corte de Contas, a exigência de declaração do fabricante, carta de solidariedade ou credenciamento, como condição para habilitação de licitante em pregão carece de amparo legal.

Essa exigência pode ter caráter restritivo e ferir o princípio da isonomia entre os licitantes, por deixar ao arbítrio do fabricante a indicação de quais representantes poderão participar do certame.

Nesse sentido, as seguintes decisões: Decisão 486/2000 e Acórdãos 808/2003, 1670/2003, 1676/2005, 423/2007, 539/2007, 1729/2008, 2056/2008, do Plenário; 2404/2009, da 2ª Câmara, dentre outros.

As respostas às oitivas mereceram da unidade técnica as seguintes análises e conclusões (peça 23):

“Da resposta do Cremesp (peça 18)

Cremesp informou que ainda não houve a celebração do contrato de prestação de serviços decorrente do certame, razão pela qual não foi encaminhada cópia.

Quanto à inclusão da exigência prevista no item III.2 do anexo II do edital do Pregão Presencial 19/2015, o Cremesp alega que, de acordo com o parecer técnico elaborado pela Seção de Licitações e anexo à resposta (peça 18, p. 6-7), o dispositivo em tela não teria o condão de restringir a competitividade do certame.

Afirma que a ora representante não teria obtido cópia do edital, por meio do sítio do Conselho, e, conseqüentemente, não teria impugnado o instrumento convocatório, nem solicitado esclarecimentos, realizado visita

técnica ou comparecido à sessão do pregão. O questionamento, portanto, só teria ocorrido posteriormente à realização do pregão.

Segundo o Cremesp, a referida exigência atenderia ao princípio da padronização e qualidade e evita o fornecimento de peças, insumos e suprimentos 'genéricos ou piratas'. A declaração exigida comprovaria, portanto, que a contratada tem condições de treinamento técnico para prestar a assistência técnica corretiva e preventiva nos equipamentos, bem que forneça insumos e suprimentos da mesma marca das impressoras fornecidas, conforme estaria exposto no Acórdão 860/2011-TCU-Plenário:

(...)

Assim, conclui-se que a exigência de declaração representa condição pertinente e relevante, bem como indispensável para o perfeito atendimento do interesse público, razão pela qual a suposta ilegalidade deve ser afastada.

Além disso, tal declaração seria uma garantia para o Cremesp de que a empresa vencedora fornecerá impressoras que encontram-se em produção, originais e de primeira utilização, não sendo remanufaturadas ou recondiçionadas, além de garantir que os suprimentos serão originais. Com essas condições, haveria menor quantidade de manutenções, o que implica maior disponibilidade e qualidade das impressões e serviços executados com os equipamentos licitados. Nas palavras do pregoeiro do certame (peça 18, p. 7):

Como o objeto vai além do fornecimento de equipamentos, englobando serviços de manutenção, peças de reposição, assistência técnica para corrigir falhas e interrupção do serviço além do fornecimento de insumos como toner, cilindros, grampos e quaisquer outros necessários ao correto funcionamento das impressoras, é coerente e lógico que o CREMESP solicite certidão ou atestado que comprove que a Contratada tem condições e treinamento técnico para prestar a assistência técnica corretiva e preventiva nos equipamentos bem como que forneça insumos e suprimentos da mesma marca das impressoras fornecidas.

Ademais, alega o Cremesp que não teria havido prejuízo à economicidade na contratação e violação dos princípios da isonomia e legalidade, uma vez



que “o resultado do pregão demonstrou vantajosidade para o Cremesp”, tendo em vista que o preço de referência mensal era de R\$ 61.865,59 e o melhor preço obtido foi R\$ 35.900,00. Assim a economia gerada pela disputa entre os participantes do certame teria sido de 40% em relação ao valor aceito pelo Governo do Estado de São Paulo, ou R\$ 290.764,70 por ano.

Por fim, comprometeu-se, nos próximos editais, a alterar a redação desse subitem II.2 do Anexo II, bem como a modalidade de pregão, em consonância com o entendimento deste Tribunal.

Da resposta da empresa Simpress (peça 17)

A Simpress argumenta que o objeto do certame em tela não consiste na mera revenda/distribuição de produto/insumos, mas abarcaria também o fornecimento de peças de reposição e *software* de gerenciamento e controle cumulado com a prestação de serviços específicos de manutenção, configuração e instalação.

Alega que não bastaria a licitante ser revendedora/distribuidora, uma vez que a licitante, necessariamente, deve passar pelo crivo e intervenção direta do fabricante do produto, que fornecerá conhecimento e capacidade técnica específicos para a prestação de serviços de manutenção, configuração e instalação, além de, obviamente, assegurar o fornecimento de peças genuínas e *software* licenciado.

Aponta que o objeto licitado envolve diretamente o interesse público, devendo primar-se pela não interrupção dos serviços relacionados e interligados com o objeto do certame.

A certificação, portanto, teria como finalidade garantir que a assistência técnica e a manutenção dos equipamentos sejam realizadas de acordo com os padrões mínimos estipulados pelos próprios fabricantes.

Além disso, destaca a questão do fornecimento de *software*, o qual deve ser licenciado e não pirateado. Alega que apenas agentes autorizados irão possuir a devida licença de direitos de comercialização do *software*, o qual, no caso em tela, são de gerenciamento e controle da própria fabricante.

Alega que a Administração não pode buscar apenas o menor preço, mas também deve almejar a qualidade do produto ou serviço, resguardando a própria segurança em obter a plena execução dos serviços contratados.

Além disso, o Cremesp, independentemente da exigência em discussão, teria obtido a proposta mais vantajosa para a Administração, fato que ensejaria a manutenção do certame que declarou vencedora a empresa Simpress.

Ademais, a conduta da ora representante visaria apenas a conturbar a conclusão do certame, uma vez que o item editalício combatido sequer fora impugnado anteriormente, tendo sido trazida a questão a este Tribunal pelo fato de a empresa Echo não ter ofertado a melhor proposta, razão pela qual estaria incidindo no crime previsto no art. 93 da Lei 8.666/1993 (impedir, perturbar ou fraudar a realização de ato de procedimento licitatório).

Por fim, no mérito requer a improcedência da representação, sendo reconsiderada a decisão que suspendeu o certame, bem como manifesta a intenção de realizar sustentação oral.

ANÁLISE

Como se verifica, a representante questiona a disposição constante do item III.2 do Anexo II do edital do Pregão Presencial 19/2015 realizado pelo Cremesp (peça 2, p. 20), que traz exigência no sentido de que as participantes apresentem, juntamente com suas propostas, declaração do fabricante dos equipamentos ofertados que comprovem expressamente que a licitante pode comercializar tais produtos, fornecer peças e insumos e prestar assistência técnica para aqueles equipamentos:

19.III.2 Apresentar Declaração do Fabricante dos Equipamentos ofertados na Proposta Comercial, que comprove expressamente que a licitante pode comercializar e fornecer peças e insumos além de prestar assistência técnica destes equipamentos.

Com relação a esse primeiro ponto, não procede o argumento do Cremesp de que a exigência em tela não traria restrição à competitividade. Em linhas gerais, cabe avaliar se a restrição é legal ou não; ainda que não seja ilegal em sentido estrito, pode ser restritiva à competitividade do certame, sem



que seja necessária, hipótese em que será ilegal por infringir o art. 3º, § 1º, da Lei 8.666/1993.

No caso em tela, há vários acórdãos que apontam a ilegalidade de se exigir a declaração do fabricante, nos moldes do contido no certame em análise. Nesse sentido, os Acórdãos 847/2012-TCU-Plenário e 5.748/2011-TCU-1ª Câmara, colacionados no item 29 da instrução precedente (peça 7). Verifica-se que o objetivo pretendido pela Administração, conforme alegado, pode ser obtido por meio de outras medidas, que não restringem a competitividade do certame.

Com relação ao argumento de que a representante não teria solicitado o edital e impugnado o instrumento convocatório antes de recorrer a esta Corte de Contas, também apontado pela Simpress, cabe ressaltar que o art. 113, § 1º, da Lei 8.666/1993, aplicável ao pregão de forma subsidiária e que ensejou o conhecimento dessa representação, não traz qualquer condicionante nesse sentido, razão pela qual o argumento é improcedente.

O argumento de que a referida declaração visa resguardar a Administração de peças, insumos e suprimentos genéricos ou “piratas”, cabe ressaltar que se trata de contratação de serviços de impressão e reprografia corporativa. Assim, para garantir que seja prestado adequadamente, deve a Administração estabelecer prazos para o reestabelecimento do serviço em caso de quebras, bem como multas em caso de descumprimento desses prazos. Desse modo, caso a contratada forneça materiais de baixa qualidade, terá alto custo de manutenção, e, ainda, se não fizer a manutenção no prazo estabelecido, terá que arcar com multas, o que desencorajaria a contratada a utilizar tais materiais, sob pena de comprometer sua margem de lucro. Tudo isso sem implicar em restringir a competitividade do certame, como ocorre com a declaração exigida.

Ademais, cabe ressaltar que o Acórdão 860/2011-TCU-Plenário, mencionado pelo Cremesp, se aplica aos casos em que a Administração adquiriu as impressoras e precisa utilizar suprimentos da marca do fabricante da impressora, sob pena de perda da garantia, o que em muito difere do caso em tela, portanto.



Assim, ao contrário do que sustenta o Cremesp e a Simpress, tal declaração não é pertinente nem relevante, muito menos indispensável ao atendimento do interesse público.

O fato de a declaração ser uma suposta garantia de que os produtos estão em produção, não são remanufaturados e que os suprimentos são originais também não procede. Primeiro, porque apenas declara que o fornecedor está habilitado a vender produtos de determinado fabricante, e não que não poderá vender produtos fora de linha ou remanufaturados – independentemente de qualquer praxe de mercado que venha a ser alegada. Segundo, o fato de a empresa estar autorizada a comercializar produtos de determinada marca não impede que ela utilize suprimentos “piratas” ou mesmo remanufaturados.

Quanto a esse ponto, aliás, há dois problemas: primeiro, a jurisprudência do Tribunal somente aceita a aquisição de marca específica para evitar a perda de garantia (em máquinas próprias, como já apontado), sendo o padrão apenas aceitar-se a vedação de fornecimento de cartuchos remanufaturados (podem ser originais do fabricante ou compatíveis, desde que novos, de primeira utilização); segundo, a declaração em si não obriga o fornecimento de produtos da marca do fabricante.

Assim, o caso em tela não envolve a perda de garantia de produtos de propriedade da Administração, o que poderia ensejar a exigência de suprimentos da mesma marca do fabricante. Caso o órgão licitador entenda adequado, poderia, no caso ora analisado, incluir cláusula no edital que impeça a contratada de utilizar produtos remanufaturados, nos termos do Acórdão 1.033/2007-TCU-Plenário, se efetivamente demonstrado que o uso desse tipo de produto enseja maior número de interrupções na prestação do serviço:

É legítimo exigir em edital o fornecimento de cartuchos de impressora, originais ou similares, de primeiro uso e a não-admissão de cartuchos remanufaturados, recondicionados ou recarregados, sem que isso configure preferência por marca ou restrição prejudicial ao caráter competitivo do certame.

Com relação à experiência e capacidade técnica, a Administração pode exigir comprovante de capacidade técnica, nos termos do art. 30, inc. II, da



Lei 8.666/1993, demonstrando que a licitante executou serviços com características, quantidades e prazos compatíveis com o objeto da licitação. A declaração ora em comento sequer comprova que a licitante executou serviços semelhantes aos licitados.

Com relação à alegação de inexistência de prejuízo, em razão de o preço ter sido bastante inferior ao estimado, tal situação é apenas um indício de economicidade, mas pode representar, por outro lado, que a estimativa de preços realizada não reflete os preços de mercado – independentemente de basear-se em valores aceitos pelo Governo do Estado de São Paulo.

A restrição à competitividade fica mais evidente quando se compara a quantidade de interessados que retirou o edital (peça 18, p. 10-15) com o número de participantes (peça 18, p. 17-18): 27 interessados e apenas três empresas participantes.

Quanto aos argumentos apresentados pela Simpress e ainda não analisados, o fato de tratar-se de serviços que envolvem fornecimentos de peças e prestação de serviços não autoriza a inclusão de cláusula restritiva. Ademais, a prestação de serviços de reprografia e impressão é serviço relativamente comum, não havendo a complexidade indiciada (vide peças 20 a 22).

Com relação ao padrão mínimo de assistência técnica, a questão recai no que já foi analisada no item 28: torna-se imperioso o estabelecimento de prazos para ao reestabelecimento de serviços e multas para o descumprimento dos prazos, o que não restringe a competitividade, e impede que licitantes inaptas venham a participar do certame, uma vez que a margem de lucro será reduzida se o serviço por prestado de forma deficitária.

Também não procede o argumento de que a ausência da declaração implicará a aquisição de *software* "pirata". Via de regra, *software* original pode ser comprado por qualquer pessoa física ou jurídica, independentemente de ser representante ou não do fabricante. No caso concreto, para que seja evitado o fornecimento de *software* "pirata" é suficiente tal estipulação em cláusula editalícia, com o estabelecimento de mecanismos de checagem e/ou multas, se a Administração entender necessário.



Como já dito, o fato de Administração ter o dever de buscar não só o menor preço, mas qualidade do serviço, não autoriza a inclusão de cláusulas restritivas, como a ora analisada.

Quanto ao argumento de que o certame teria trazido a proposta mais vantajosa para a Administração, o argumento não merece prosperar. Primeiro, porque é lógico e esperado do procedimento licitatório a obtenção da proposta mais vantajosa, dentre as empresas participantes, a não ser que ocorra alguma falha no julgamento das propostas ou na habilitação. Segundo, a empresa sagrou-se vencedora em certame que, conforme já apontado, contou com a participação de apenas três empresas, ao passo que 27 interessados retiraram o edital, o que reflete a existência de restrições potencialmente excessivas. Se mais empresas tivessem participado do pregão, o preço poderia ter sido ainda menor, portanto. Terceiro, não se questionou problema na condução do certame em si, mas em seu edital.

Além disso, a mera interposição de representação, prevista no próprio art. 113, § 1º, da Lei 8.666/1993, não pode ser enquadrada no art. 93 da Lei de Licitações, conforme apontado pela Simpress. Já foi dito, aliás, que a interposição de representação perante esse Tribunal prescinde de impugnação ou interposição de recurso junto ao órgão licitador.

Por fim, o próprio reconhecimento da Administração de que nos próximos certames não incluiria tal cláusula editalícia demonstra a prescindibilidade da exigência em comento.

Assim, como apontado na instrução inicial, a exigência em tela não está contemplada no rol taxativo dos arts. 27 a 31 da Lei 8.666/1993, e, salvo se devidamente justificada para o caso concreto – o que não ocorreu – acarreta restrição à competitividade no certame, uma vez que, em última instância, o universo de participantes será delimitado não pelo mercado, mas com base na vontade dos fornecedores de cada equipamento.

Ademais, conforme já exposto na instrução inicial, para se obterem equipamentos e serviços de qualidade, o órgão licitador deve especificar o objeto desejado de forma completa, clara e precisa, definindo, justificadamente, as características e as métricas para a avaliação daquilo que



será entregue pelo contratado durante a execução do ajuste. Nesse sentido, o enunciado do Acórdão 1.545/2008–TCU–Plenário e a Súmula TCU 177, abaixo transcritos:

Acórdão 1.545/2008–TCU–Plenário

(...)

Súmula TCU 177

(...)

Assim, ante todo o exposto, não podem ser aceitos os argumentos apresentados tanto pelo Cremesp quanto pela Simpress.

Com relação à utilização do pregão presencial, não pode ser aceito o argumento do pregoeiro no sentido de que se refere a serviços com alto nível de especificação, o que exigiria a seção de TI para analisar as propostas.

Primeiro, porque o serviço não é tão complexo como quer fazer crer. Em rápida pesquisa à *internet*, foram localizados diversos pregões eletrônicos com objeto semelhante, a exemplo do Pregão Eletrônico MTE 19/2010 (peça 20), Pregão Eletrônico MPDFT 87/2009 (peça 21) e Pregão Eletrônico TCU 53/2011 (peça 22).

Segundo, porque a análise do setor de TI não precisa ser feita no momento do certame. Como é comum em pregões eletrônicos, a documentação é enviada no prazo médio de duas horas após a fase de lances e então é encaminhada para a análise pelo setor competente.

Terceiro, a justificativa, conforme apontado nos Acórdãos 1.099/2010–TCU–Plenário, 6.441/2011–TCU–1ª Câmara e 11.197/2011–TCU–2ª Câmara deve estar acostada nos autos, e não ser elaborada para fins de resposta a questionamentos que vierem a ser efetuados.

Quarto, o próprio Cremesp reconheceu a prescindibilidade da adoção do pregão presencial, ao propor que nas próximas licitações passará a utilizar a modalidade eletrônica do certame.



Além disso, conforme mencionado na instrução inicial, os conselhos de fiscalização do exercício profissional possuem natureza jurídica de autarquia (Mandado de Segurança STF 21.797-9/RJ), e subordinam-se às regras constantes do Decreto 5.450/2005, em vista do que dispõe o art. 1º, § 1º, da referida norma.

Cabe ressaltar, ainda, que o pregão presencial tem potencial restritivo, em relação ao pregão eletrônico, uma vez que impede ou dificulta a participação de empresas que não estão sediadas no município ou região metropolitana do órgão licitador.

Assim, no caso concreto, o certame teve duas restrições indevidas: a exigência da declaração, por meio do item III.2 do anexo II do edital do Pregão Presencial 19/2015, e a opção pela realização do certame na modalidade presencial, sem justificativa para tal. A restrição à competitividade do certame está clara ao efetuar o confronto do número de interessados que retiraram o edital (27) com o número efetivo de participantes (três).

Desse modo, entende-se necessário, nos termos do art. 71, inc. IX, da Constituição Federal e art. 45 da Lei 8.443/1992, **determinar** ao Cremesp que adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, no sentido de anular o Pregão Presencial 19/2015, bem como, determinar à entidade que, caso venha a publicar novo procedimento para a contratação objeto dessa representação, encaminhe cópia do edital do certame.

Ao analisar os elementos contidos nos autos, não há indícios de que tenha havido direcionamento do certame por meio das irregularidades constatadas, tanto que três empresas ocorreram ao pregão. Também não se permite inferir que houve má-fé por parte dos gestores. Assim, entende-se suficiente a expedição de **ciência** à UJ acerca das falhas constatadas, de modo a evitar sua repetição em futuros certames, deixando-se, portanto, de propor a audiência dos responsáveis.

Elementos caracterizadores das supostas falhas apontadas pela representante

Em cumprimento às disposições constantes do Memorando-Circular – Segecex 33/2014, os aspectos relacionados às supostas falhas assinaladas



nesta representação, relativamente ao Pregão Presencial 19/2015 constam no Anexo I a essa instrução.

Matriz de responsabilização

Conforme orientação constante do Memorando-Circular – Segecex 33/2014, a matriz de responsabilização encontra-se no Anexo II a essa instrução.

CONCLUSÃO

Face o exposto, entende-se que a peça inicial deve ser conhecida como representação, por preencher os requisitos previstos nos arts. 235 e 237 do Regimento Interno/TCU c/c o art. 113, § 1º, da Lei 8.666/1993 e com o art. 9º da Lei 10.520/2002.

Em razão da análise efetuada, entende-se que deve ser determinado ao Cremesp que adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, no sentido de anular o Pregão Presencial 19/2015, bem como determinar à entidade que, quando vier a publicar novo procedimento para a contratação objeto dessa representação, encaminhe cópia do edital do certame. Além disso, entende-se necessário dar ciência ao Cremesp acerca das falhas constatadas, de modo a evitar a ocorrência em futuros certames.

Cabe ressaltar que há pedido de sustentação oral por parte da empresa vencedora do certame, conforme consta à peça 17.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

62. Ante todo o exposto, submetem-se os autos à consideração superior, sugerindo-se o envio dos autos ao Relator, Ministro Weder de Oliveira, com as seguintes propostas:

I – conhecer da presente representação, satisfeitos os requisitos de admissibilidade previstos nos arts. 235 e 237 do Regimento Interno deste Tribunal c/c o art. 113, § 1º, da Lei 8.666/1993 e com o art. 9º da Lei 10.520/2002 (item 59 desta instrução);

II – determinar ao Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo – Cremesp, nos termos do art. 71, inc. IX, da Constituição Federal e art. 45 da Lei 8.443/1992, que, no prazo de 15 (quinze) dias, adote as providências



necessárias ao exato cumprimento da lei, no sentido de anular o Pregão Presencial 19/2015, encaminhando à Secex-RJ cópia da publicação do ato, bem como, nos termos do art. 250, inc. II, do Regimento Interno, determinar à referida entidade que, caso venha a publicar novo procedimento para a contratação objeto dessa representação, encaminhe cópia do edital do certame (item 55 dessa instrução);

III – com base no art. 250, inc. II, do Regimento Interno do Tribunal, dar ciência ao Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo – Cremesp acerca das seguintes impropriedades verificadas no Pregão Presencial 19/2015 (item 56 dessa instrução):

a) inclusão da exigência prevista no item III.2 do Anexo II do edital do certame (declaração do fabricante), a qual extrapola o rol taxativo de documentos previstos nos artigos 27 a 31 da Lei 8.666/1993 e, uma vez que não está amparado por justificativa técnica aceitável, configura descumprimento dos princípios da isonomia, da competitividade e da seleção da proposta mais vantajosa (art. 3º, *caput*, Lei 8.666/1993), mediante o alijamento indevido de possíveis concorrentes, conforme jurisprudência deste Tribunal (Acórdãos 847/2012-TCU-Plenário e 5.748/2011-TCU-1ª Câmara);

b) opção pela forma presencial do pregão, sem que houvesse justificativa técnica para tal, o que caracteriza infringência ao disposto no art. 4º, § 1º, do Decreto 5.450/2005, conforme jurisprudência do TCU (Acórdãos 1.099/2010-TCU-Plenário, 6.441/2011-TCU-1ª Câmara e 11.197/2011-TCU-2ª Câmara) e, indiretamente, configura descumprimento do princípio da competitividade e da seleção da proposta mais vantajosa (art. 3º, *caput*, Lei 8.666/1993), mediante o alijamento de possíveis concorrentes em razão da dificuldade imposta pelos fatores custo e/ou deslocamento;

IV – autorizar o arquivamento dos presentes autos, nos termos do art. 169, inc. V, do Regimento Interno do Tribunal, após as devidas comunicações.”.

É o relatório.

VOTO



Examino representação formulada pela empresa Echo Tecnologia da Informação Ltda., com fulcro no art. 113, §1º, da Lei 8.666/1993, protocolada nesta Corte de Contas em 13/4/2015, relatando supostas irregularidades no pregão presencial 19/2015, promovido pelo Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo (Cremesp).

O pregão tem como objeto a contratação da prestação de serviços de impressão e reprografia corporativa, englobando fornecimento de equipamentos, instalação e configuração, serviços de manutenção, peças de reposição, materiais de consumo conforme especificações do anexo I do edital.

A representante alegou, em breve síntese, que a exigência contida no item III (qualificação técnica), subitem 2 do anexo II de apresentação de “declaração do fabricante dos equipamentos ofertados na proposta comercial, que comprove expressamente que a licitante pode comercializar e fornecer peças e insumos, além de prestar assistência técnica destes equipamentos” seria ilegal e restritiva à competitividade do certame.

Adicionalmente, a Secex-RJ apontou a necessidade de se obter esclarecimentos acerca da opção pela modalidade presencial do pregão em detrimento de sua forma eletrônica, em contrariedade ao disposto no §1º do art. 4º do Decreto 5.450/2005.

Em despacho monocrático de 11/5/2015, conheci da representação e determinei a suspensão cautelar do pregão presencial 19/2015, promovido pelo Cremesp e dos atos dele decorrentes, e a oitiva do conselho e da licitante vencedora Simpress Comércio Locação e Serviços S.A. para que se pronunciassem acerca dessas irregularidades.

As respostas apresentadas no sentido de que a exigência contida no subitem III.2 do Anexo II do edital não teria o condão de restringir a competitividade do certame não foram capazes de justificar a exigência editalícia.

Conforme jurisprudência desta Corte, a exigência de declaração do fabricante, carta de solidariedade, ou credenciamento, como condição para habilitação de licitante, carece de amparo legal, por extrapolar o que



determinam os arts. 27 a 31, da Lei nº 8.666/93, e 14 do Decreto nº 5.450/2005.

Essa exigência pode ter caráter restritivo e ferir o princípio da isonomia entre os licitantes, por deixar ao arbítrio do fabricante a indicação de quais representantes poderão participar do certame. Nesse sentido, as seguintes decisões: Decisão 486/2000 e Acórdãos 808/2003, 1670/2003, 1676/2005, 423/2007, 539/2007, 1729/2008, 2056/2008, do Plenário; 2404/2009, da 2ª Câmara, dentre outros.

Existem outros meios para assegurar o cumprimento das obrigações pactuadas, tais como pontuação diferenciada em licitações do tipo técnica e preço, exigência de garantia para execução contratual, ou ainda multa contratual.

A exigência de declaração do fornecedor como requisito de habilitação somente pode ser aceita em casos excepcionais, quando se revelar necessária à execução do objeto contratual, situação em que deverá ser adequadamente justificada de forma expressa e pública, por ser requisito restritivo à competitividade.

No que diz respeito à utilização do pregão na forma presencial, a ausência sem demonstração da inviabilidade de utilização da forma eletrônico, não se conforma com o preceito contido no art. 4º, §1º, do Decreto 5.450/2005.

O Cremesp argumenta que a adoção do pregão eletrônico não seria obrigatória, mas preferencial e se trataria de "objeto com alto nível de equipamentos e complexidade em sua logística optamos pela realização do pregão presencial, de modo que a Seção de TI do Cremesp ao examinar as propostas comerciais, pudesse eliminar qualquer dúvida que viesse a surgir" não se revela satisfatória, tendo em vista o atual estágio de desenvolvimento das ferramentas de tecnologia da informação. Compromete-se, no entanto, a adotar o pregão eletrônico nos próximos certames.

Acerca da utilização do pregão presencial, em detrimento da forma eletrônica, acompanho as análises e conclusões da unidade técnica, a seguir reproduzidas:



“47. Com relação à utilização do pregão presencial, não pode ser aceito o argumento do pregoeiro no sentido de que se refere a serviços com alto nível de especificação, o que exigiria a seção de TI para analisar as propostas.

48. Primeiro, porque o serviço não é tão complexo como quer fazer crer. Em rápida pesquisa à *internet*, foram localizados diversos pregões eletrônicos com objeto semelhante, a exemplo do Pregão Eletrônico MTE 19/2010 (peça 20), Pregão Eletrônico MPDFT 87/2009 (peça 21) e Pregão Eletrônico TCU 53/2011 (peça 22).

49. Segundo, porque a análise do setor de TI não precisa ser feita no momento do certame. Como é comum em pregões eletrônicos, a documentação é enviada no prazo médio de duas horas após a fase de lances e então é encaminhada para a análise pelo setor competente.

50. Terceiro, a justificativa, conforme apontado nos Acórdãos 1.099/2010–TCU–Plenário, 6.441/2011–TCU–1ª Câmara e 11.197/2011–TCU–2ª Câmara deve estar acostada nos autos, e não ser elaborada para fins de resposta a questionamentos que vierem a ser efetuados.

51. Quarto, o próprio Cremesp reconheceu a prescindibilidade da adoção do pregão presencial, ao propor que nas próximas licitações passará a utilizar a modalidade eletrônica do certame.

52. Além disso, conforme mencionado na instrução inicial, os conselhos de fiscalização do exercício profissional possuem natureza jurídica de autarquia (Mandado de Segurança STF 21.797-9/RJ), e subordinam-se às regras constantes do Decreto 5.450/2005, em vista do que dispõe o art. 1º, § 1º, da referida norma.”

As impropriedades identificadas levam à presunção de que não seria contratada a proposta mais vantajosa para o conselho.

Contudo, no caso em tela, pelos elementos juntados nos autos não se pode concluir o certame tenha levado à contratação desvantajosa para a entidade, sob qualquer prisma, inclusive o da contratação por preço superior ao do mercado.

Do certame participaram três licitantes, tendo sido contratada a empresa Simpress Comércio, Locação e Serviços S/A com um custo mensal para o Cremesp de R\$ 35.900,00 equivalente a R\$ 430.800,00 por ano, significativamente inferior aos utilizados como referência pelo conselho, de R\$ 61.865,59, equivalente a R\$ 742.387,08.

Considero, portanto, que, a despeito de haver sido adotado o pregão presencial em detrimento do pregão eletrônico e de ter sido exigido requisito de qualificação técnica não previsto na legislação, o certame contou com a participação de empresas que ofereceram propostas com valores consideravelmente inferiores aos do valor orçados pelo conselho.

Além disso, não há nos autos evidências de sobrepreço ou de direcionamento.

Entendo, portanto, que a presente representação merece ser julgada procedente, dando-se ciência ao Cremesp das impropriedades identificadas e revogando-se a suspensão cautelar do pregão presencial 19/2015.

Ante o exposto, manifesto-me pela aprovação do acórdão que ora submeto à apreciação deste Colegiado.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 22 de julho de 2015.

WEDER DE OLIVEIRA

Relator

2. Ainda com relação aos itens 14.5.2 e 14.5.3 entendemos que a CAT é da empresa e do profissional Engenheiro Mecânico, como solicitado em outros certames similares. Até mesmo porque técnico não mais estão vinculados ao CREA.
3. Pela quantidade de equipamento atendidos neste certame é necessário, sem dúvida alguma, uma equipe residente, mesmo que não seja vinculada ou subordinada ao contrato, sendo esta informação condição essencial para o dimensionamento correto da proposta comercial e para que haja condição de IGUALDADE na elaboração de propostas entre todos os participantes.

Pela tabela abaixo e considerando apenas os itens de 6 à 12, são 226 equipamentos e mais 3 unidades de resfriamento de líquido – chiller, além da manutenção preditiva em quadros elétricos, sendo necessário o dimensionamento de uma equipe residente definida pelo contratante.

6	Fancolete, motor 870W, 220/1F/60Hz, modelo 42B55, marca Carrier	104
7	Fancoil, motor 55W, 220/1F/60Hz, modelo 42GWC003, marca Carrier	02
8	Fancoil, motor 97W, 220/1F/60Hz, modelo 42GWC006, marca Carrier	04
9	Fancoil, motor 684W, 220/1F/60Hz, modelo 42B44, marca Carrier	42
10	Fancoil, motor 290W, 220/1F/60Hz, modelo 42B36, marca Carrier	43
11	Fancoil, motor 187W, 220/1F/60Hz, modelo 42B18, marca Carrier	11
12	Fancolete, motor 276W, 220/1F/60Hz, modelo 42B30, marca Carrier	20

DO PEDIDO

Diante de todos os expostos acima, pedimos para os itens:

1. A eliminação das exigências técnicas de credenciamento do fabricante CARRIER;
2. A exigência de CAT apenas do profissional engenheiro e da empresa;
3. O dimensionamento da equipe mínima residente.

Caso não seja atendida as solicitações acima pedimos a **IMPUGNAÇÃO** da referida licitação, por apresentarem vícios prejudiciais ao certame.

Certo de vossa compreensão, aguardamos deferimento.



Marcelo Padovani Cravenco
Biosafe – Biossegurança do Brasil Ltda
Engenheiro Industrial Mecânico
Responsável Técnico
CREA SP 5060715930