

PREGÃO PRESENCIAL 07/2019

PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 42/2019

INTERESSADO: SELT ENGENHARIA LTDA

ASSUNTO: REGISTRO DE PREÇOS PARA FUTURA E EVENTUAL AQUISIÇÃO E INSTALAÇÃO DE LUMINÁRIAS COM TECNOLOGIA LED, PARA ATENDIMENTO AOS MUNICÍPIOS CONSORCIADOS AO COMAJA.

Trata-se de pedido de impugnação formulado por pessoa jurídica, a saber, SELT ENGENHARIA LTDA, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob nº. 19.187.475/0001-67, com sede na Avenida Raja Gabáglia, Nº. 2640, 3º andar, CEP 30.494-170, Estoril, Belo Horizonte – MG, ao edital do Pregão Presencial Nº 07/2019, em trâmite nesta entidade sob o número de processo 42/2019.

Nos termos do subitem 4.4 do edital, combinado com o disposto no art. 41, §2º da Lei Federal 8.666/93, conheço da solicitação por tempestiva, e torno público seu teor e decisão sobre os seguintes pontos impugnados:

- (II) APRECIÇÃO E SUSPENSÃO DO CERTAME DESIGNADO
- (III) EXIGÊNCIAS EXCESSIVAS E ILEGAIS CONTIDAS NO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO
 - (III.1) INTRODUÇÃO
 - (III.2) IMPOSSIBILIDADE DE APRESENTAÇÃO DE ATESTADO DE APTIDÃO TÉCNICA EM CONSÓRCIO COM OUTRAS EMPRESAS: IRREGULARIDADE E RESTRIÇÃO INDEVIDA
 - (III.3) NECESSIDADE DE INDICAÇÃO DE MARCA NA PROPOSTA: IMPOSSIBILIDADE DE VINCULAÇÃO DA MARCA DESCRITA NA PROPOSTA

Estas foram as impugnações que geraram a presente demanda.

1 APRECIÇÃO E SUSPENSÃO DO CERTAME DESIGNADO

Solicita a impugnante que “haja vista os tópicos que serão abordados, a impugnante confia na suspensão do certame, para ajustes no edital, com posterior de novo instrumento convocatório(...)”.

Quanto ao pleito da impugnante, o Edital do referido pregão estabelece em seu item 4.14 “As impugnações e pedidos de esclarecimentos **não suspendem os prazos previstos no certame**”. (grifo nosso).

Pelo exposto, temos que IMPROCEDE a insurgência do Impugnante.

2 EXIGÊNCIAS EXCESSIVAS E ILEGAIS CONTIDAS NO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO

Segundo o impugnante, o edital é ilegal, “contém exigências excessivas, e até mesmo ilegais, que frustram o caráter competitivo do certame”

Alega que o Edital contraria “jurisprudência dos Tribunais Pátrios, assim como a Lei Geral de Licitações, que se aplica subsidiariamente às demais modalidades licitatórias”.

No mérito, o alegado pela Impugnante não merece prosperar, com base nos fatos e fundamentos a seguir debatidos.

2.1 Impossibilidade de apresentação de atestado de aptidão técnica em consórcio com outras empresas: irregularidade e restrição indevida

Segundo o impugnante, o edital é ilegal, pois veda a apresentação de atestado de aptidão técnica em consórcio com outras empresas, conforme item 11.1.4, “a”, observação 05 do edital.

Alega que esta “proibição desarrazoada trará prejuízo a redução do caráter competitivo do certame, pois fará com que empresas que têm experiências e condições de executar o objeto do contrato sejam inabilitadas”(…) “havendo um direcionamento da licitação, o que viola o princípio da isonomia entre os competidores”.

Ab initio, convém destacar que o presente Edital de Licitação não permite a participação de entidades empresariais que estejam reunidas em consórcio sejam controladoras, coligadas ou subsidiárias entre si, conforme regramento contido no subitem 6.2.7.

Tal vedação é de escolha discricionária da administração, a ser verificada caso a caso. Muitas vezes, a formação de consórcio pode ensejar redução no caráter competitivo, pois facilitaria que empresas, que seriam naturalmente competidoras entre si, acordassem para participar da licitação. Assim, a Administração pode, caso entenda conveniente, admitir a participação de empresas reunidas na forma de consórcio nos certames licitatórios.

Está claro, portanto, que não está obrigada a permitir.

O procedimento, para as licitações onde houver permissão, está disciplinado no artigo 33, da Lei federal nº 8.666/1993:

Art.33. Quando permitida na licitação a participação de empresas em consórcio, observar-se-ão as seguintes normas:

I - comprovação do compromisso público ou particular de constituição de consórcio, subscrito pelos consorciados;

II - indicação da empresa responsável pelo consórcio que deverá atender às condições de liderança, obrigatoriamente fixadas no edital;

III - apresentação dos documentos exigidos nos arts. 28 a 31 desta Lei por parte de cada consorciado, admitindo-se, para efeito de qualificação técnica, o somatório dos quantitativos de cada consorciado, e, para efeito de qualificação econômico-financeira, o somatório dos valores de cada consorciado, na proporção de sua respectiva participação, podendo a Administração estabelecer, para o consórcio, um acréscimo de até 30% (trinta por cento) dos valores exigidos para licitante individual, inexigível este acréscimo para os consórcios compostos, em sua totalidade, por micro e pequenas empresas assim definidas em lei;

IV - impedimento de participação de empresa consorciada, na mesma licitação, através de mais de um consórcio ou isoladamente;

V - responsabilidade solidária dos integrantes pelos atos praticados em consórcio, tanto na fase de licitação quanto na de execução do contrato.

§ 1º No consórcio de empresas brasileiras e estrangeiras a liderança caberá, obrigatoriamente, à empresa brasileira, observado o disposto no inciso II deste artigo.

§ 2º O licitante vencedor fica obrigado a promover, antes da celebração do contrato, a constituição e o registro do consórcio, nos termos do compromisso referido no inciso I deste artigo.

A decisão de não permitir, de fato, partiu de um ato discricionário do Gestor e sua equipe, para não permitir que:

1 - Haja conluio, muitas as vezes disfarçado de consórcio, que ocorre quando duas empresas que isoladamente detêm condições suficientes para executar um objeto, realizam acordos para não concorrer entre si e assim, dividem as contratações, utilizando-se do instituto do consórcio como burla e frustração ao caráter competitivo da licitação;

2 - Empresas com acervos técnicos, mas sem capacidade financeira venham aliar-se a empresas com maior disponibilidade operacional, porém, não detentoras do índice técnico suficiente, desta forma, ficando sob controle de empresas que visem unicamente o lucro, sem importar-se com a qualidade técnica.

Diante disso, não poderia a Administração Pública se contradizer em aceitar a apresentação de atestados de qualificação técnica emitidos em nome de empresas pertencentes ao mesmo grupo econômico (consorciadas entre si) e não permitir a participação das mesmas no certame.

Cediço é que a comprovação da qualificação técnica tem como finalidade gerar para a administração a presunção de que se o licitante já executou com sucesso objeto

similar terá condições para assim fazê-lo novamente. Essa presunção se forma com base na experiência obtida pelo licitante com o exercício dessas atividades pretéritas.

Desta forma, considerando que o grupo econômico é formado por empresas diversas, cada qual com sua personalidade jurídica, entende esta Entidade que uma empresa não pode ser qualificada tecnicamente utilizando-se de atestados que comprovem atividades de outra empresa, ainda que do mesmo grupo econômico.

Neste sentido vale trazer a tona orientação da consultoria Zênite sobre o assunto:

(...) Sendo assim, para comprovar que possui aptidão compatível com o disposto no instrumento convocatório da licitação, uma empresa não pode se valer da qualificação técnica de outra pessoa jurídica respaldada no simples fato de que ambas pertencem ao mesmo grupo econômico. Trata-se de empresas com personalidade jurídica distinta, por meio da qual adquirem direitos e obrigações que as individualizam perante o grupo. Em que pese a dependência verificada — não há somente uma vinculação e sim uma relação de subordinação entre as empresas e o grupo econômico — a personalidade jurídica distinta impede que as pessoas jurídicas se confundam.

[...]

Na legislação trabalhista (art. 2º, § 2º, da CLT) foi estabelecido que o grupo econômico caracteriza-se:

*“sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, **personalidade jurídica própria**, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica (...).”*

Esse entendimento fica claro no Acórdão n. 471.744/1998, proferido pelo Tribunal Superior do Trabalho, segundo o qual:

*“O fato de as instituições integrarem o mesmo grupo econômico não induz à conclusão de que o executado estaria assumindo a condição de fiador de si mesmo, como sugere o agravante. Isso porque **cada uma detém personalidade jurídica própria**, para efeitos civis e comerciais. Ressalte-se que a solidariedade existente entre empresas pertencentes ao mesmo grupo econômico, a que alude o § 2º do art. 2º da CLT, é aplicável às relações de emprego, conforme tem-se orientado a jurisprudência dos tribunais, **não sendo possível conferir ao dispositivo tão ampla interpretação ao ponto de reconhecer a existência de uma única empresa**” (TST, Acórdão n. 471.744/1998, DJ de 01/09/2000) (grifamos).*

Em função do conteúdo que a expressão personalidade jurídica própria encerra, fica claro não haver outra forma de comprovar a qualificação técnica, senão mediante a comprovação da experiência anterior da própria empresa licitante.

Desse modo, considerando a necessidade de a empresa licitante contar com experiência anterior compatível com as exigências do edital, não é admissível habilitar licitantes sem a qualificação técnica minimamente exigida, pelo simples fato de pertencer ao grupo econômico de outra que preenche tal condição.

A qualificação técnica de determinada empresa não é algo que possa ser emprestado para outra pessoa jurídica, justamente por haver nela um caráter intuitu personae, e como tal, resta claro que pertencer ao mesmo grupo econômico não legitima a equivalência entre a experiência dessas empresas.

Em suma, a conclusão da consultoria Zênite se forma no sentido de não ser possível admitir a apresentação de atestado de qualificação técnica emitido em nome de empresa diversa da licitante, pelos motivos aqui expostos, ainda que esta pertença ao grupo econômico do qual também faz parte a licitante (grifos nossos).

Assim sendo, a alegação de ilegalidade da não aceitação de atestado de aptidão em consórcio com outras empresas é IMPROCEDENTE.

2.2 Necessidade de indicação de marca na proposta: impossibilidade de vinculação da marca descrita na proposta

A Impugnante se insurge quanto a exigência de declaração da marca/modelo das luminárias LED ofertadas em suas propostas e que o Edital faz exigências de “certificados, conforme Portaria que ainda não está em vigor”.

Afirma ainda que “o excesso de exigências de declaração a marca, modelo e fabricante na proposta pode acabar, mesmo que indiretamente, vinculando o licitante a um único fornecedor”.

Vejamos o que preconiza o instrumento convocatório:

10.1 A licitante além de declarar em suas propostas marca/modelo das luminárias LED ofertadas, deverão apresentar, dentro do envelope nº 1 “Proposta de Preços”:

- a) Certificado de Conformidade vigente emitido por Organismo de Certificação e com a chancela do INMETRO, que comprove que as luminárias ofertadas já estão certificadas conforme Portaria nº 20/2017 INMETRO;
- b) Cópia da publicação no site do INMETRO (www.inmetro.gov.br/prodcert/produtos/lista.asp), mencionando as marcas e modelos ofertadas pela licitante;

c) Registros, também emitidos pelo INMETRO, das marcas/modelos ofertados;

10.2 Além dos relatórios e ensaios acima mencionados, as luminárias deverão atender integralmente as especificações contidas no presente Edital.

10.3 A licitante além de declarar em suas propostas marca/modelo de Relé Foto eletrônico ofertados, deverão apresentar, dentro do envelope nº 1 “ Proposta, a fim de atestar o atendimento as especificações exigidas, o catálogo do produto, válido, em língua portuguesa, cuja verificação poderá ser realizada através do site de oficial do fabricante em caso de questionamentos durante a sessão.

A Administração pretende adquirir e instalar luminárias LED nas vias públicas dos municípios consorciados ao COMAJA, sem indicar marca (o que guarda consonância com a lei), mas solicita que o licitante defina, em sua proposta, a marca/modelo dos equipamentos cotados.

Pois bem. Neste caso, o licitante, indicando marca do equipamento para o qual apresenta sua oferta, vincula-se ao conteúdo de sua proposta, obrigando-se a entregar o bem daquela marca.

Veja que a proposta ofertada vincula as partes contratantes, à luz do art. 54, §1º da Lei nº 8.666/93, de tal sorte que a entrega de produto diverso do efetivamente cotado, pode ensejar a rescisão do ajuste, na forma do art. 78, inc. I, desse diploma legal.

A respeito, pondera Jessé Torres Pereira Júnior:

A regra da proibição à indicação de marca **não impede a exigência, lançável em ato convocatório, de o licitante explicitar, em sua proposta, a marca do produto que está a cotar.** Nenhuma a vedação na lei a tal respeito. A exigência é legítima porque propicia à Administração verificar, quando do acompanhamento da execução do contrato, como de seu dever (arts. 58, III, e 67 e segs.), se o contratado emprega na execução da obra ou do serviço os materiais que especificou em sua proposta, posto que a esta está vinculado (art. 54, §§1º e 2º), impondo-se à Administração determinar os reparos e substituições, ou proceder à rejeição, do que houver sido executado em desacordo com o especificado, incluindo os materiais empregados (arts. 69 e 76) (Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública, Renovar, 6ª ed., 2003, p. 134).

Vale dizer, ainda que o edital não exige marca, uma vez que a licitante consigne, em sua proposta, a marca do equipamento que está cotando, a ela se vincula e é este o equipamento que deverá ser entregue.

Dita exegese não resta afastada no caso de licitação sob a modalidade pregão. Por certo, os dispositivos legais acima mencionados aplicam-se à esta modalidade, à luz dos comandos do art. 9º da Lei 10.520/2002.

Logo, cada licitante concorre dentro dos limites de sua proposta escrita.

Reiteramos: **a empresa está vinculada à oferta que apresentou no certame. Esta é a inteligência do art. 54, §1º da Lei de Licitações.**

Recorrendo, novamente, aos ensinamentos de Jessé Torres Pereira Júnior, na obra mencionada, assim reforçamos nossa tese:

Vale dizer que o ato convocatório e a proposta **vinculam o contrato que se lhes seguirá, tanto para a Administração contratante, que não poderá inovar em suas cláusulas, quanto para a empresa contratada, que não se poderá esquivar de atender aos termos da convocação e de sua própria proposta** (p. 558). (grifo nosso).

Em sendo lei, o edital com os seus termos atrelam tanto à Administração, que estará estritamente subordinada a seus próprios atos, quanto aos concorrentes, sabedores do inteiro teor do certame.

Logo, sobre este olhar, poderíamos dizer que a apresentação de um produto de marca diferente da declarada na proposta vencedora deve ser recusada imediatamente pela Administração.

Em análise ao apresentado pela Impugnante:

Imagine-se o seguinte cenário: após a empresa ganhar a licitação, ocorre um desacordo comercial entre ela e seu fornecedor. Nesta situação, não é razoável que haja restrição de apresentação de uma única marca junto à proposta, ou que a marca descrita na proposta seja a única aceita para a execução do contrato, pois, em caso de contratação, o serviço deve e vai continuar sendo prestado, mas com um produto similar, de igual ou melhor qualidade.

Ora, fazendo a análise da situação hipotética arguida pela Impugnante nos resta claro e evidenciado a sua falta de conhecimento dos atos da Administração Pública no que diz respeito aos seus contratos.

Existem possibilidades administrativas de rever a marca a ser fornecida pelo contratado, desde que o equipamento seja de qualidade igual ou superior ao indicado em sua proposta.

Em que pese o entendimento apresentado acima, não devemos desconsiderar o interesse público envolvido. Estamos falando de um produto comprovadamente com qualidade igual ou superior, o que deverá ser verificado e comprovado nos autos do processo.

O princípio da vinculação ao instrumento convocatório não pode afastar o princípio da economicidade e da eficiência. Não se deve interpretar as regras editalícias de forma restritiva, uma vez que não prejudique a Administração Pública e desde que não fira a isonomia do certame.

Deve-se analisar se a divergência apresentada altera a essência do produto que a Administração pretende adquirir. É no mínimo desarrazoado a Administração desclassificar tal proposta, eis que além de ser o menor preço, receberá um produto igual ou superior. Destarte, é essencial identificar se a falta de harmonia da proposta com o edital interfere na natureza do produto.

Acerca do assunto, o jurista Marçal Justen Filho leciona:

Obviamente, a oferta de vantagens ou benefícios não previstos ou superiores aos determinados no ato convocatório não prejudica o licitante. Se o benefício não for de ordem a alterar o gênero do produto ou do serviço, nenhum efeito dele se extrairá. Porém, se a vantagem configurar, na verdade, outra espécie de bem ou serviço, deverá ocorrer a desclassificação da proposta – não pela ‘vantagem’ oferecida, mas por desconformidade com o objeto licitado”. (in Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 14º Ed, São Paulo: Dialética, 2010.)

No que se refere “exigências de certificados, conforme Portaria que ainda não está em vigor”, é de se destacar, inicialmente, que existem diversas marcas de luminárias que atendem o exigido em edital. Tal fato pode ser aferido através do link: <http://www.inmetro.gov.br/prodcert/produtos/lista.asp>.

Não há, no momento, que se falar em restrição ao caráter competitivo do certame, haja vista a multiplicidade de potenciais fornecedores.

Quanto a exigência em si, consignamos que visa assegurar a contratação mais vantajosa possível, que vem a ser um dos princípios norteadores do procedimento licitatório, constante no art. 3, caput da Lei 8.666/93. A certificação/registro pois, evidencia a qualidade do produto no sentido que atesta a conferência do mesmo com padrões técnicos mínimos previamente estabelecidos pelo órgão incumbido da respectiva normatização. A certificação neste sentido, induz à busca contínua da melhoria da qualidade, servindo como indicador de que o produto atende a padrões mínimos de qualidade.

Tal fato ganha especial relevância no que se refere as aquisições públicas, em que há a aplicação de recursos públicos cada vez mais escassos.

Sem o requisito da apresentação de certificado conforme a Portaria 20, incorre-se em alto risco as municipalidades integrantes ao COMAJA, risco esse que é potencializado em função da quantidade de luminárias que se almeja contratar.

Na falta da portaria, o instrumento a ser utilizado para avaliação de critério seria os ensaios de tipo, realizados por laboratórios acreditados no INMETRO. Os ensaios são apenas um dos muitos requisitos necessários para a fabricante obter certificação. Ocorre que os ensaios garantem apenas e tão somente na(s) luminária(s) amostradas aquilo que atestada o seu respectivo relatório, não garantindo nas demais luminárias fabricadas o atendimento dos resultados obtidos para as amostras.

A certificação de acordo com a Portaria Nº20 garante além dos requisitos técnicos, a repetibilidade do processo produtivo para alcançar os resultados obtidos a partir do lote amostral.

Apenas com os ensaios não há garantia para a municipalidade que haverá repetibilidade dos resultados obtidos durante o processo produtivo das demais luminárias

Dito isso, a portaria encontra-se em vigor desde sua publicação. Apenas o prazo compulsório para fabricação, importação e venda fora aditado em 6 meses.

Vertem pelo país afora exemplos de aquisições malsucedidas pelo Poder Público de produtos de má qualidade que não servem à necessidade pública em relação ao objetivo inicialmente proposto. A exigência da apresentação do certificado, neste cenário, constitui importante mecanismo de pré-seleção de produtos que, potencialmente, ostentam qualidade mínima.

Assim, a retificação do instrumento convocatório além de onerar os cofres públicos, viria a retardar a aquisição do objeto.

Como se pretende a aquisição de luminárias novas, de forma parcelada e através do sistema de registro de preços, é plenamente cabível a exigência.

Além disso, justamente por não se tratar de aquisição conjunta, total e imediata do objeto, não se revela crível que os licitantes mantenham em estoque o quantitativo estimado do objeto, ou a futura adjudicatária mantenha em linha de produção luminárias que não atendam a referida portaria, quando suas disposições se tornam obrigatórias.

DA DECISÃO

Isto posto, com base nos fundamentos acima, decidimos conhecer da IMPUGNAÇÃO para, no mérito, negar-lhe provimento, mantendo inalterado o dia e horário da sessão pública do Pregão Presencial 07/2019.

Decisão apreciada e ratificada pela autoridade superior competente.

Ibirubá, 11 de julho de 2019.

VOLMAR TELLES DO AMARAL
Presidente do COMAJA

EVERTON LAGEMANN
Diretor do Departamento de Agricultura e Meio Ambiente

KARINA WILM DONINELLI
Assessora de Projetos e Planejamento

*Via original e assinada segue juntada aos autos do processo licitatório.