Nº 267 CPL

# RESPOSTA À IMPUGNAÇÃO DO EDITAL

**REFERÊNCIA: CONCORRÊNCIA PÚBLICA Nº 04/2021-CPL**
**OBJETO: CONTRATAÇÃO DE EMPRESA ESPECILIZADA NO GERENCIAMENTO, MANUTENÇÃO E INSTALAÇÃO DE MÓDULOS FOTOVOLTÁICOS COM TODO O MATERIAL NECESSÁRIO, NAS ESCOLAS, CRECHES DA REDE MUNICIPAL DE ENSINO, NO MUNICÍPIO DE IMPERATRIZ/MA, OBSERVADOS OS DETALHAMENTOS TÉCNICOS E OPERACIONAIS, ESPECIFICAÇÕES TÉCNICAS PRESENTES NO MEMORIAL DESCRITIVO E PLANILHA DE PREÇOS ANEXO I E TERMO DE REFERENCIA.**

I. DAS PRELIMINARES:
1.1. Impugnação interposta intempestivamente pela empresa CABRÁLIA CONSTRUÇÕES LTDA, com fundamento na Lei 8.666/93.

II. DAS RAZÕES DA IMPUGNAÇÃO
2.1. A empresa impugnante contesta especificamente o subitem 9.5.3 do Edital. Alega que a cláusula é restritiva do caráter competitivo do certame pelo fato do Instrumento Convocatório "a clareza das indicações direciona a marca BYD como condição obrigatória para a comprovação de qualificação técnica nos atestados a serem apresentados, conforme podemos verificar o documento da figura 3 onde o Módulo 350W BYD HALF-CELL é marca BYD com razão social denominada BYD DO BRASIL LTDA, CNPJ 17.140.820/0002-62 e exclusiva de seu fabricante, se caracteriza como total afronta aos princípios que regem o processo licitatório, nos termos do art. 3º da Lei 8.666/1993". Afirma que o certame "na forma apresentada está em plena Ilegalidade, que a cláusula questionada restringe a sua competitividade, pois permite apenas as empresas com painéis fabricados pela BYD de participar da licitação, prejudicando não apenas a IMPUGNANTE, mas qualquer empresa que use marca similar, configurando-se com especificação exclusiva".

III. DO PEDIDO DA IMPUGNANTE
3.1. Requer a Impugnante: a) Retificação do texto para a forma legal do item 9.5.3 do Edital; b) Que seja recebida, conhecida e provida a impugnação interposta.

IV. DA ANÁLISE DAS ALEGAÇÕES
4.1 Inicialmente, cabe analisar o requisito de admissibilidade da referida impugnação, ou seja, apreciar se a mesma foi interposta dentro do prazo estabelecido para tal. Dessa forma, a Lei 8.666/1993, em seu artigo 41, § 2º dispõe: *"Decairá do direito de impugnar os termos do edital de licitação perante a administração o licitante que não o fizer até o segundo dia útil que anteceder a abertura dos envelopes de habilitação em concorrência, a abertura dos envelopes com as propostas em convite, tomada de preços ou concurso, ou a realização de leilão, as falhas ou irregularidades que viciariam esse edital, hipótese em que tal comunicação não terá efeito de recurso. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)".*

4.2. O impugnante não encaminhou em tempo hábil, via e-mail, sua impugnação a CPL, portanto, não merece ter seu mérito analisado, já que não se atentou para os prazos estabelecidos nas normas regulamentares.

4.3. Analisando o mérito, podemos verificar que a indicação da marca BYD atende as normativas vigentes, uma vez que o objetivo da requisição desta se baseia no principio da padronização os

PREFEITURA DE IMPERATRIZ

Nº 268 CPL

objetos a serem adquiridos pela administração pública, como cita a Lei de licitações no seu art. 15, I e ainda a Súmula nº 270 – TCU, respectivamente:

*"(...)*

> *Art. 15. As compras, sempre que possível, deverão: (Regulamento) (Regulamento) (Regulamento) (Vigência)*
>
> *I - atender ao princípio da padronização, que imponha compatibilidade de especificações técnicas e de desempenho, observadas, quando for o caso, as condições de manutenção, assistência técnica e garantia oferecidas;*
>
> *(...)"*

*(...)*

> ***SÚMULA Nº 270***
> *Em licitações referentes a compras, inclusive de softwares, é possível a indicação de marca, desde que seja estritamente necessária para atender exigências de padronização e que haja prévia justificação.*
>
> *(...)*

Além disso, o princípio do julgamento objetivo também clama pelo óbvio afastamento das subjetividades, e a indicação de marca como critério para a escolha da proposta vencedora suscita o tema da falta de objetividade na seleção.

Por esses motivos, a Lei nº 8.666/1993 tomou o cuidado de tratar da indicação de marca, e em até mais de uma oportunidade. Dispondo sobre as obras e serviços, a Lei de Licitações estabeleceu:

Art. 7o As licitações para a execução de obras e para a prestação de serviços obedecerão ao disposto neste artigo e, em particular, à seguinte sequência:

[...] § 5o É vedada a realização de licitação cujo objeto inclua bens e serviços sem similaridade ou de marcas, características e especificações exclusivas, salvo nos casos em que for tecnicamente justificável, ou ainda quando o fornecimento de tais materiais e serviços for feito sob o regime de administração contratada, previsto e discriminado no ato convocatório.

Mais adiante, ao cuidar das compras, novamente enfocou o tema, pois que o art. 14 exige a descrição objetiva dos itens que serão comprados, mas o inciso I, do § 7º, do art. 15 manda que isso seja feito sem indicação de marca. Veja-se:

Art. 15. As compras, sempre que possível, deverão:

[...] § 7o Nas compras deverão ser observadas, ainda:

I - a especificação completa do bem a ser adquirido sem indicação de marca.

Nº 269 CPL

Diante desses dispositivos, e em uma leitura apressada, poder-se-ia concluir que a Lei nº 8.666/1993 veda a indicação de marca no instrumento convocatório. Todavia, esta não é interpretação correta.

O assunto tem sido amplamente estudado. E, como não poderia deixar de ser, já está consolidado o entendimento de que a indicação de marca nos editais é constitucional e legal, desde que observados certos requisitos. É à análise desses requisitos que ora se dedica, com base na doutrina e na jurisprudência, sobretudo dos tribunais de contas.

De proêmio, um primeiro argumento, de ordem estritamente prática, que leva à aceitação da indicação de marca em edital, é o fato de que muitas vezes a Administração acaba adquirindo produtos, serviços ou obras de muito baixa qualidade.

Contudo, além desse e de outros fundamentos fáticos, existem fundamentos jurídicos pelos quais se deve considerar aceitável a indicação de marca em editais.

Ora, muitas vezes a marca é apontada por uma questão de objetividade, como nas situações em que o mercado oferece um determinado bem cuja qualidade ou economia seguramente se reportam a uma marca.

Nesses casos, não se está a limitar a competitividade e ferir a isonomia. Trata-se, na verdade, de uma alternativa da Administração para selecionar um objeto que atenda de modo escorreito às suas necessidades. Partindo dessa premissa, Marçal Justen Filho assim analisa o tema:

> *"Não é necessário reiterar a ausência de confusão entre os conceitos de padronização e preferência por marca. A padronização pode resultar na seleção de um produto identificável por meio de uma marca. Logo, o resultado será a escolha pela Administração de uma "marca" determinada, a qual será utilizada posteriormente para identificar os objetos que serão contratados. Isso não se traduz em qualquer tipo de atuação reprovável, não infringe à Constituição nem viola a Lei nº 8.666. O que se veda é a preferência subjetiva e arbitrária por um produto, fundada exclusivamente na marca. Não há infringência quando se elege um produto (serviço etc.) em virtude de qualidades específicas, utilizando-se sua marca apenas como instrumento de identificação. No caso, não há preferência pela marca, mas pelo objeto. A marca é, tão-somente, o meio pelo qual se individualiza o objeto que se escolheu (JUSTEN FILHO, 2011, p. 186/187)."*

De outro lado, cumpre destacar que o Tribunal de Contas de União já decidiu por reiteradas vezes pela possibilidade de indicação de marca no edital de licitação. Contudo, o TCU confere caráter de excepcionalidade à citada conduta. Assim, a orientação é no sentido de que há necessidade de apresentação, em uma decisão prévia e fundamentada do gestor público, de elementos técnicos e/ou econômicos que justifiquem a indicação da marca. Nesse sentido, confira-se o seguinte aresto:

PREFEITURA DE IMPERATRIZ

Nº 270 CPL

*"Esta Corte de Contas, em diversos julgados, tem se manifestado pela possibilidade excepcional de indicação de marca em licitações, desde que fundadas em razões de ordem técnica ou econômica, devidamente justificadas pelo gestor, hipóteses nas quais não há ofensa ao princípio da isonomia, nem tampouco restrições ao caráter competitivo do certame (Decisão n. 664/2001 - Plenário; Acórdão n. 1.010/2005 - Plenário e Acórdão n. 1.685/2004 - 2ªCâmara). (TCU, Acórdão 1.122/2010, Primeira Câmara, Rel. Min. Marcos Bemquerer Costa, DOU 12/03/2010)."*

4.4. Entendemos que um dos princípios da licitação é a garantia da ampla concorrência, entretanto, tal princípio não pode ser tomado isoladamente, antes, deve ser interpretado e sopesado conjuntamente com outros importantes princípios, tais como a razoabilidade, proporcionalidade e eficiência nas contratações. Sendo assim, não há que se falar em ilegalidade ou alegação da existência de cláusula "comprometedora ou restritiva do caráter competitivo", mas apenas o primado pela melhor proposta, e consequente contratação que garanta o atendimento do Interesse Público.

V. DECISÃO

5. Isto posto, conheço da impugnação apresentada pela empresa CABRÁLIA CONSTRUÇÕES LTDA, para, no mérito, negar-lhe provimento, nos termos da legislação pertinente.

**Pedro Henrique Nunes V. e Silva**
Coordenador do L.S.E
Matrícula 50716-4
Eng. Civil – CREA 111574035-0