

PEDIDO DE IMPUGNAÇÃO AO EDITAL DE PREGÃO 13/2014 PARA CONTRATAÇÃO DE EMPRESA PARA O PAINEL ELETRONICO DE VOTAÇÃO

STATUS: EM ANALISE

REF. PREGÃO PRESENCIAL Nº 13/2014

" com fundamento no Artigo 41 e §§ da Lei 8.666/93, interpor a presente IMPUGNAÇÃO AO EDITAL DE PREGÃO PRESENCIAL Nº 13/2014, pelos seguintes fundamentos de fato e de direito:

DO PREFÁCIO

Faz-se necessário que as razões aqui formuladas sejam processadas e, se não forem acolhidas, sejam motivadamente respondidas, não sem antes serem apresentadas à apreciação da D. Autoridade Superior, consoante ao que rege o Princípio Constitucional de petição (CF/88, art. 50, inc. LV). É o ensinamento do ilustre professor José Afonso da Silva,

"E importante frisar que o direito de petição não pode ser destituído de eficácia. Não pode a Autoridade a que é dirigido escusar-se de pronunciar sobre a petição, quer para acolhê-la quer para desacolhê-la com a devida motivação."

A presente impugnação tem por objeto apontar alguns dos equívocos contidos no Instrumento Convocatório cuja prévia correção se mostra indispensável à ampla participação de licitantes no certame em apreço.

Conforme previsão expressa do artigo 41, § 2º, da Lei 8.666/93, o prazo decadencial para oferecimento de impugnação é de até dois (02) DIAS ÚTEIS ANTERIORES à data da abertura da sessão pública, in verbis:

"Art. 41 -A Administração não pode descumprir as normas e condições do Edital, ao qual se acha estritamente vinculada.

(--)

§ 2º -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)".

Conclui-se, portanto, pela TEMPESTIVIDADE da presente Impugnação.

DOS FATOS

A Câmara Municipal de Santo André publicou o Edital de Pregão Presencial nº 13/2014, tendo por objeto a contratação de empresa especializada para fornecimento e instalação de sistema automatizado de gestão de votação e trabalhos em plenário, para a Câmara Municipal de Santo André, conforme especificações constantes do Anexo I do certame.

Registre-se de plano, que a impugnante, como empresa especializada no ramo de tecnologia da informação, detém total e irrestrita capacidade estrutural e tecnológica de oferecer a solução almejada pelo órgão licitante.

Contudo, ao passo que o presente certame traz consigo cláusulas que comprometem a disputa, a Administração fica inviabilizada de analisar uma oferta extremamente vantajosa em sua técnica e preço, impossibilitando que diversas empresas capacitadas para esta contratação possam ser selecionadas.

Com efeito, o exame acurado do edital revela situação que merece urgente reparo pela autoridade administrativa elaboradora do instrumento convocatório, pois cria óbice à própria realização da disputa, limitando a participação na licitação a apenas um pequeno grupo de participantes, composto por empresas de engenharia.

DAS IRREGULARIDADES CONSTANTES DO EDITAL

A Administração Pública tem a discricionariedade para definir as condições da contratação, o momento de realizá-la, os recursos que pretendem contratar, as especificações do objeto entre outros. No entanto, deve ater-

se as disposições do Estatuto das Licitações, para estabelecer um edital com cláusulas objetivas e claras, e somente assim a licitação alcançará seu principal escopo: a contratação da proposta mais vantajosa.

O instrumento convocatório, em seu item 6.1.4, traz em seu bojo exigências impertinentes e desnecessárias, como podemos verificar:

“6.1.4. QUALIFICAÇÃO TÉCNICA

a) A empresa licitante deverá apresentar Atestado(s) de Capacidade Técnica, devidamente registrado(s) no CREA, que comprove que forneceu sistema de votação eletrônico composto, minimamente, por painel multimídia (videowall) de 8 (oito) monitores de 46”, bordas ultrafinas de, no máximo, 6,5mm e terminais de votação com identificação biométrica” (grifo nosso)

A regra na licitação é a participação do maior número possível de licitantes, devendo o edital ser parcimonioso e criterioso ao fixar requisitos, pois são proibidas as condições impertinentes, inúteis ou desnecessárias, mesmo que sejam solicitadas em edital. O Tribunal de Contas de São Paulo, com o Protocolo n.º 5505/026/93-DOE, de 15.03.95 ensejou a declaração de ilegalidade de certame, daquele mesmo Tribunal, por ter adotado cláusula editalícia restritiva da participação de eventuais interessados.

Isto implica dizer que um leque de empresas de tecnologia, serão prejudicadas, não podendo concorrer de forma transparente e igualitária neste certame. Diversas empresas com plena capacidade de atender ao objeto a ser contratado, ficarão de fora da disputa, prejudicando de forma irreparável, o Erário. Haverá maior competitividade na disputa, caso a Câmara Municipal de Santo André retire essas exigências direcionadoras desta feita, havendo maior transparência e competitividade.

Trata-se de restrições injustificadas para a competitividade do certame, ao arrepio do art. 30 da Lei 8.666/93, em especial quanto ao estipulado no inc. I do § 10 do aludido dispositivo, o qual veda o estabelecimento de elementos e cláusulas que frustrem o caráter competitivo da licitação.

Face à importância evidente do procedimento em voga para a Administração, por sua amplitude, a IMPUGNANTE SOLICITA URGÊNCIA na análise do mérito desta impugnação, a fim de evitar prejuízos sérios para o Erário, o qual certamente será lesado, caso o Edital permaneça nos termos atuais. Tal é o que se passa a demonstrar.

Esses são os fatos.

DO DIREITO

Ab initio, mister se faz destacar que toda licitação, tal como prevê a Lei das Licitações tem como finalidade a seleção da proposta mais vantajosa para contratar com a Administração Pública, ou seja, objetiva contratar o participante do certame que possua melhor preço e qualificação técnica, conforme estabelecido no edital.

O artigo 3º da Lei 8.666/93 reza que as licitações são condicionadas aos princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade, igualdade, publicidade, eficiência, proibição administrativa, vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo, bem como aos princípios correlatos da razoabilidade, competitividade e proporcionalidade em total consonância com o artigo 37 da nossa Constituição Federal que preconiza, in verbis:

"Art. 37. A administração pública direta ou indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

XXI -ressalvados os casos específicos na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, como cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas das propostas, nos termos

da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensável à garantia do cumprimento das obrigações."(...) (GRIFOS NOSSOS)

Frisa-se que o art. 37, inc. XXI, da Constituição Federal (parte final) prevê que somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômicas indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Marçal Justen Filho, em comentários tecidos em relação ao artigo 30 da Lei 8.666/93, in "COMENTÁRIOS à LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS" (pág. 322, 12a Edição, 2005) preconiza:

"Na linha de proibir cláusulas desarrazoadas, estabeleceu-se que somente podem ser previstas no ato convocatório exigências autorizadas na Lei. (...) Vale insistir acerca da inconstitucionalidade de exigências excessivas." (grifos nossos)

A exigência contida no item 6.1.4-a do instrumento convocatório, estabelece a obrigatoriedade de apresentação de Atestados(s) de Capacidade Técnica registrado(s) no CREA como requisito de habilitação, e limita o universo de participantes somente a empresas de engenharia. Com efeito, após criteriosa análise do edital, de se ver que os objetos solicitados constituem-se em mera aquisição de equipamentos eletrônicos e fornecimento de soluções em software, não se podendo, qualificá-los como bens e serviços de engenharia, muito menos como atividades de informática ligadas à área de engenharia, a ponto de se sujeitarem à fiscalização do conselho profissional.

No intuito de resguardar os interesses da Administração, para a seleção de empresa com capacidade técnica e estrutural, bastaria a apresentação de atestado(s) de capacidade técnica comprovando que a proponente já forneceu solução similar e compatível com o objeto licitado, independentemente de registro em qualquer conselho profissional, bem como a declaração contida no subitem 6.1.4-b.

Milita a favor de nosso argumento a constatação de que o próprio Conselho Federal de Engenharia, Arquitetura e Agronomia – CONFEA revogou ato normativo que dispunha sobre a obrigatoriedade de registro nos CREAS e fiscalização das atividades de pessoas físicas e jurídicas que prestam serviços de projeto, fabricação, instalação, manutenção e assistência técnica de equipamentos de informática, computadores e periféricos (Resolução CONFEA 478/2013, em anexo).

Ora, é plausível supor que no mercado local existam diversas empresas que prestem, com a qualidade desejada, serviços de fornecimento de software e equipamentos em questão, ainda que não sejam registradas no CREA; por outro lado, também não é equivocado afirmar que possam existir empresas certificadas pelo conselho que não prestem a contento os mencionados serviços.

De se concluir, então, que o registro no CREA não é a certeza de contratação de uma empresa qualificada, até porque, consoante ressaltado acima, os objetos das licitações relação alguma guardam com bens e serviços de engenharia, muito menos com atividades de informática ligadas à área de engenharia.

É que uma simples leitura dos dispositivos da Lei n.º 5.194, de 24 de dezembro de 1966, que regulamenta as referidas profissões, permite concluir facilmente que tais atividades não se inserem no rol daquelas fiscalizadas pelos CREA's; importando, no sentido contrário, elaticamento indevido da abrangência legal.

Nesse sentido tem decidido o Poder Judiciário, consoante os precedentes colacionados pela unidade técnica. Aliás, não foi por outro motivo, que o Conselho Federal de Engenharia, Arquitetura e Agronomia -CONFEA entendeu por bem revogar, em face de questionamentos judiciais, ato normativo que dispunha sobre a obrigatoriedade de registro nos CREA's e fiscalização das atividades de pessoas físicas e jurídicas que prestam serviços de projeto, fabricação, instalação, manutenção e assistência técnica de equipamentos de informática, computadores e periféricos.

Trata-se de um serviço comum o fornecimento de sistema de votação eletrônica (que é desenvolvido por profissionais de informática) e de equipamentos existentes no mercado (que são fornecidos por qualquer revenda especializada). Os padrões de desempenho e qualidade do serviço a ser contratado estão objetivamente definidos pelo edital, tendo sido utilizadas para tanto especificações usuais do mercado.

Não há necessidade de cálculos de engenharia, de projetos, de estudos ou de instalações de maior complexidade, que demandem conhecimentos específicos de engenharia para prestar o serviço descrito no Termo de Referência, Anexo I do Edital.

Por esta razão, da forma como descrito no instrumento convocatório, o objeto poderá ser executado a contento seja por uma empresa de engenharia ou de tecnologia da informação.

Inicialmente, antes de enfrentarmos a questão a ser esclarecida, citaremos ensinamentos do Doutrinador Marçal Justen Filho, que muito podem contribuir para esclarecer a questão:

“No tocante a habilitação é imperioso eleger o critério da “utilidade” ou “pertinência”, vinculado ao princípio da proporcionalidade para elaboração dos editais. A insistência neste ponto nunca é demais. Tem de interpretar-se a Lei n.º 8.666/93 na acepção de que qualquer exigência, a ser inserida no edital, tem de apresentar-se como necessária e útil para o caso concreto.”

Ressalte-se que a Administração não pode fazer exigências que frustrem o caráter competitivo do certame, mas sim garantir ampla participação na licitação, possibilitando o maior número possível de concorrentes, desde que tenham qualificação técnica e econômica para garantir o cumprimento das obrigações.

Neste sentido, para não restringir de forma injustificada o ambiente de competidores, os Editais devem conter apenas às exigências indispensáveis à comprovação de que o licitante possui a qualificação técnica e econômica para executar o objeto licitado.

No caso em tela, o objeto do Edital do Pregão Presencial 13/2014 pode ser perfeitamente executado seja por empresas de engenharia ou de tecnologia da informação. Assim, qualquer exigência que impeça a plena participação de potenciais interessados deve ser evitada.

Por exemplo, no que diz respeito às empresas de TI, que ainda não possuem órgão de classe regulamentando a profissão, não há normas delimitando o campo de atuação de tais organizações. O fato é que para as pessoas jurídicas de direito privado é assegurada a livre iniciativa. Por meio desta garantia é facultado a todos o livre exercício de atividade econômica, salvo nos casos previstos em lei.

Pondere-se, que, se o objeto licitado pode ser tecnicamente executado por uma empresa de informática e não há determinação legal para que atividades tais como as descritas no Edital sejam executadas exclusivamente por empresas de engenharia, a exigência de registro no CREA da empresa participante do certame ou dos atestados de capacidade técnica solicitada, independentemente de quem seja o licitante, acabaria por afastar qualquer outro interessado, que não fossem as empresas de engenharia.

O Tribunal de Contas da União no Acórdão n.º 116/2006 já firmou entendimento a respeito do não cabimento da exigência de CRA ou CREA para profissionais de informática, bem como acerca da ilegalidade dos atos normativos dos conselhos profissionais, que a título de regulamentar a classe profissional que devem fiscalizar, avocam para si a regulamentação da atividade de informática. Neste sentido são transcritos os trechos abaixo:

“O Acórdão 1.449/2003 -Plenário deixou assente que não cabe a obrigatoriedade do registro de profissionais de informática ou de certificados de capacitação técnica referente a essa atividade no CRA. Além disso, a exigência do registro da atividade de informática nos conselhos profissionais, especialmente no CRA e no CREA, tem sido julgada irregular pelo Superior Tribunal de Justiça e pelos tribunais regionais federais, consoante as ementas abaixo, que servem de exemplo:

a) STJ, RESP 496149 / RJ, Processo 200300159908, DJ 15/8/2005 p. 236(...)”

“Dessa forma, ao inexistir regulamentação profissional para o setor de informática, são inválidas as resoluções dos conselhos profissionais que buscam submeter a área de computação e informática à disciplina corporativa. A Constituição Federal assegura, em seu art. 5º, XIII, o livre exercício de qualquer ofício, trabalho ou profissão,

'atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer'. Enquanto a lei não estabelecer condições para o exercício das profissões da área, normas de hierarquia inferior, a exemplo das resoluções dos conselhos profissionais, não podem fazê-lo. Trata-se de matéria sujeita à reserva legal (art. 5º, II, da Constituição Federal)”. De fato, as exigências editalícias devem ser pautadas pelo bom senso e, por este mesmo motivo, a Administração, não deve restringir a competição de um certame sem que esta medida seja útil ou necessária para atender ao interesse público. A exigência editalícia, pelo contrário, atende apenas aos seus interesses privados de eliminar a concorrência. Por esta razão, o serviço objeto do certame quando for prestado por empresa que não seja fiscalizada pelo CREA, dispensa o respaldo técnico do CREA, pelo simples motivo de não consistir em atividade que deva ser executada exclusivamente por empresas de engenharia.

Em sendo assim, exigir das licitantes a apresentação da mencionada certidão com registro no CREA significa estabelecer restrição indevida ao caráter competitivo da licitação, o que poderá impedir a obtenção de uma proposta mais vantajosa para a Administração.

Destarte, deverá a autoridade competente deixar de exigir requisitos de habilitação direcionadores, mantendo tão somente aqueles relativos à qualificação técnica e econômica indispensáveis ao fornecimento do objeto, de acordo com a provisão legal, sob pena de exceder-se no exercício do dever geral de licitar e sujeitar-se à invalidação das exigências indevidas. Desta forma, sob pena de ver frustrada a licitação, por vício, resultante de exigência ilegal, deve a Douta Comissão, deferir a presente IMPUGNAÇÃO e alterar o instrumento convocatório, para colocar nos trilhos da legalidade o processo licitatório.

DO PEDIDO

Aduzidas as razões que balizaram a presente impugnação, esta Impugnante, requer, com supedâneo na Lei nº. 8.666/93 e suas posteriores alterações, bem como as demais legislações vigentes, o recebimento, análise e admissão desta peça, para que o ato convocatório seja retificado no assunto ora impugnado DETERMINANDO-SE A RETIFICAÇÃO DO ITEM 6.1.4-B, SUPRIMINDO A OBRIGATORIEDADE DE REGISTRO DE ATESTADOS DE CAPACIDADE TÉCNICA NO CREA OU EM QUALQUER OUTRO CONSELHO PROFISSIONAL, como única forma de se recuperar a característica essencial da disputa, sob pena de viciados todos os demais atos do processo.

Caso seja a presente Impugnação deferida, requer a republicação do Edital, nos termos do art. 21, § 4º, da Lei n. 8.666/93 e alterações.

Requer também, caso não venha a ser a presente impugnação, interposta tempestivamente, julgada até a data fixada para abertura das propostas, a SUSPENSÃO dos procedimentos licitatórios, a fim de sejam formalmente apreciadas as razões, ora apresentadas como impugnações, tudo por ser de direito e da mais cristalina justiça.

Informa, outrossim, que na hipótese, ainda que remota, de não modificado o dispositivo editalício impugnado, TAL DECISÃO CERTAMENTE NÃO PROSPERARÁ PERANTE O PODER JUDICIÁRIO, SEM PREJUÍZO DE REPRESENTAÇÃO JUNTO AO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO.

Nestes termos,

Pede e espera deferimento.

Santo André/SP, em 19 de Setembro de 2014.