

EDITAL DE PREGÃO ELETRÔNICO SRP Nº 21/2023
PROCESSO Nº 21000.013578/2021-39

M2RE Comércio de Eletrônicos Ltda – ME¹, doravante apenas “**M2RE**”, por sua representante legal, comparece, respeitosa e tempestivamente, para apresentar **IMPUGNAÇÃO** aos termos do Edital em epígrafe, com fundamento no item 24, do Edital, tendo em vista que este possui flagrantes ilegalidades que ensejam a sua alteração e a designação de nova data para realização da sessão pública, nos termos a seguir aduzidos.

I. Tempestividade

1. Salienta-se, desde logo a tempestividade desta impugnação, estando em dentro do prazo previsto no art. 41, §2º, da Lei nº 8.666/1993, de “*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 (...).*”

2. Assim, o prazo para a apresentação desta impugnação se esgota no dia 07/12/2023 (quinta-feira), segundo dia útil que antecede a data fixada para abertura da sessão pública, que ocorrerá no dia 11/12/2023 (segunda-feira), ocasião em que esta impugnação estará devidamente protocolada.

3. Assim sendo, a impugnação deve ser recebida e devidamente analisada por Vossa Senhoria.

II. Síntese dos fundamentos:

4. O Edital de Pregão Eletrônico 21/2023 tem como objeto a “*O objeto do presente instrumento é a aquisição, instalação, ativação, suporte e garantia de solução de rede de alta performance e alta disponibilidade para o Ministério da Agricultura e Pecuária- MAPA, Secretarias, Superintendências Federais de*

¹ Pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob o nº 26.303.433/0001-00, com sede na Rua Finlândia, nº 150-A, Bairro da Ponte Alta, Extrema-MG, CEP 37640-000.

Agricultura - SFAs e Laboratórios Federais de Defesa Agropecuária - LFDAs, que serão prestados nas condições estabelecidas no Termo de Referência, anexo do Edital.”(item 1.1 do Edital).

5. Após a análise do instrumento convocatório, a Impugnante se deparou com flagrantes ilegalidades, não restando alternativa na esfera administrativa senão impugná-lo.

6. São feitas exigências excessivas, impertinentes e desnecessárias, que comprometem o caráter competitivo do certame, encarecem injustificadamente a contratação e indicam direcionamento da licitação, especificamente quanto a:

- a) Exigência de escritório de representação e suporte técnico da fabricante no Brasil – Item 3.4, do Termo de Referência (Anexo I);

II.1. Exigências excessivas, impertinentes e desnecessárias que comprometem o caráter competitivo do certame e indicam direcionamento da licitação – Violação ao art. 7º, § 5º, da Lei nº 8.666/1993

7. A análise do instrumento convocatório evidencia exigência que não encontra respaldo na lei ou nas justificativas específicas no instrumento trazidas pelo MAPA para que se motive sua previsão no instrumento convocatório.

8. Passa-se a tratar da seguinte disposição do Edital: (i) Exigência de que o(s) FABRICANTE(S) deve(m) possuir presença oficial no Brasil, legalmente constituída em qualquer unidade federativa do Brasil, com suporte técnico em língua portuguesa do Brasil, com acesso via telefone com número do tipo “0800” ou número local em Brasília-DF, não sendo considerada presença oficial do fabricante, qualquer representação realizada através de distribuidores e/ou revendedores. Será demonstrada a ilegalidade de tais exigências, eis que violam os art. 3º, §1º, I, e art. 7º, §5º, da Lei nº 8.666/1993.

II.1.1. Exigência de presença oficial no Brasil da fabricante – Item 3.4 do Termo de Referência

9. Indo adiante, extrai-se do Termo de Referência (Anexo I) a exigência de que **a fabricante tenha presença oficial no Brasil**, conforme item 34, “Da qualificação”:

3.4. O(s) FABRICANTE(S) deve(m) possuir presença oficial no Brasil, legalmente constituída em qualquer unidade federativa do Brasil, com suporte técnico em língua portuguesa do Brasil, com acesso via telefone com número do tipo "0800" ou número local em Brasília-DF. Não será considerada presença oficial do fabricante, qualquer representação realizada através de distribuidores e/ou revendedores.

3.5. O MAPA realizará diligência junto a representação legal do Fabricante no Brasil, de forma a confirmar os requisitos referentes ao serviço de garantia OFICIAL DO FABRICANTE, bem como para confirmar que a oferta da proponente contempla o serviço de garantia OFICIAL DO FABRICANTE.

10. A referida exigência se dá sem qualquer respaldo de natureza técnica ou jurídica.

11. Inicialmente, a exigência não deve subsistir sob a ótica das disposições contratuais, tendo em vista que **a responsabilidade integral pelo cumprimento, execução e manutenção do objeto licitado é da contratada**, que não necessariamente se confunde com a fabricante. Ou seja, **a fabricante não atua como sujeito da contratação a ser firmada**, e, portanto, não há nexos em atribuir qualquer obrigação a ela.

12. Ora, se a responsável por cumprir com o escopo do contrato é a própria contratada, não há sentido ou justificativa idônea para se exigir que a fabricante dos equipamentos ofertados tenha escritório de representação e suporte técnico no Brasil, se não é este o futuro contratado e executor do objeto.

13. O Termo de Referência é preciso nesse sentido quando faz menção que a responsabilidade integral dos níveis de serviço recai à futura contratada:

ANEXO B - CONDIÇÕES GERAIS DE EXECUÇÃO DOS SERVIÇOS DE GARANTIA E SUPORTE

1. Os serviços deverão ser prestados pela CONTRATADA ou pela FABRICANTE dos produtos, sem prejuízo da responsabilidade integral da CONTRATADA quanto aos atendimentos dos níveis de serviço. O prazo de garantia e suporte para cada item do fornecimento está expresso na tabela "ESCOPO DE FORNECIMENTO", coluna "PERÍODO DE GARANTIA" em "DAS QUANTIDADES DEMANDADAS".

14. Ora, se a responsabilidade integral é da contratada quanto aos atendimentos e níveis de serviços, não há qualquer sentido ou necessidade em se exigir algo da fabricante, muito menos que possua presença oficial no Brasil.

15. Tanto não traz qualquer vantagem, que a fabricante pode possuir tal presença oficial no dia exato da sessão e, no dia subsequente, simplesmente fechar tal escritório. Nessa hipótese, a licitante não poderá ser desclassificada, a exigência não será cumprida durante a contratação e isso não afetará de modo algum a execução do objeto.

16. Ou seja, trata-se de uma exigência ilegal, despropositada e injustificável. Inclusive, causa estranheza que tenha sido disposta de modo isolada em meio às previsões de garantia, sem que seja acompanhada de qualquer justificativa.

17. Parece ter sido incluída de modo totalmente aleatório.

18. A única consequência objetiva desta exigência (uma vez mais, lamentavelmente) é restringir o universo de competidores aos fornecedores de fabricantes específicas.

19. O TCU já se manifestou no sentido de que o edital não deve prever exigências com relação ao fabricante do produto a ser adquirido, mas tão somente sobre o objeto licitado e a pessoa jurídica a ser contratada:

O edital de licitação não deve conter exigências em relação ao fabricante do produto a ser adquirido, tampouco acerca do seu relacionamento com a empresa proponente, mas sim sobre o objeto licitado e a pessoa jurídica a ser contratada, na forma de requisitos técnicos obrigatórios e critérios de habilitação e qualificação.

TCU – Acórdão 2406/2015 – 2ª Câmara – rel. Min. Ana Arraes – j. 12/05/2015. *Grifamos e sublinhamos.*

É excessiva a exigência de que fabricantes de máquinas licitadas possuam revenda exclusiva no estado, por no mínimo cinco anos, onde está localizado o município promovedor da licitação.

TCU – Acórdão 494/2012 – Plenário – rel. Min. Aroldo Cedraz – j. 07/03/2012. *Grifamos e sublinhamos.*

20. A lógica é bastante simples: quem presta o serviço é a licitante e não a fabricante.

21. Em caso similar, o e. TCE/SP declarou ilegal a exigência de declaração de que o fabricante possua corpo técnico no Brasil, justamente tendo em vista que imputa compromisso de terceiro alheio à disputa, em afronta à Súmula 15:

EXAME PRÉVIO DE EDITAL. PREGÃO. REGISTRO DE PREÇOS. AQUISIÇÃO DE PNEUS, CAMARAS DE AR E PROTETORES DE CAMARÁS.

CUMULAÇÃO INDEVIDA DE QUESITOS PARA AFERIÇÃO DE QUALIDADE E SEGURANÇA. SUFICIÊNCIA DA HOMOLOGAÇÃO DO INMETRO. INADMISSIBILIDADE DE CERTIFICADO DO IBAMA. DECLARAÇÃO DO FABRICANTE DE POSSUIR CORPO TÉCNICO NO BRASIL. COMPROMISSO DE TERCEIRO ALHEIO À DISPUTA. AFRONTA À SÚMULA TCESP No 15. EXÍGUO PRAZO DE FABRICAÇÃO NA DATA DA ENTREGA. PROCEDENTE. (...) 3. A comprovação de corpo técnico da fabricante no Brasil engaja estabelecimentos estranhos ao certame, em ofensa à Súmula no 15 deste Tribunal.(...) Nessa mesma trilha, reclamação de corpo técnico do fabricante no país tampouco exprime obrigação apta a garantir a efetividade das atividades de pós-venda, mas, ao revés, enreda compromisso de terceiros alheios à disputa, em ultraje ao enunciado do preceito sumular no 15.

TCE/SP, Tribunal Pleno, TC-022188.989.19-8. Conselheiro Rel. Edgard Camargo Rodrigues. J. 22/10/2019.

22. Portanto, essa “triangulação” na exigência pretendida pelo Edital é completamente vedada.

23. Recentemente, a Assessoria Jurídica de Controle Externo do TCM/SP se debruçou sobre a mesma exigência em Edital de objeto quase idêntico, concluindo pela ilegalidade deste tipo de previsão²:

Seguindo a ordem de raciocínio exposta acima, também anoto que, no meu entender, o conteúdo da alteração editalícia promovida pela Administração, direcionado para a exigência de demonstração, por parte dos licitantes, **de que o fabricante do produto oferecido possua estabelecimento no território brasileiro, para fins de cumprimento dos subitens 4.3 a 4.6 do item 4 do Termo de Referência, também não encontra amparo legal.**

Em primeiro lugar, porque o fabricante do produto é um terceiro estranho ao procedimento licitatório. **As exigências editalícias devem estar relacionadas ao objeto licitado, aos licitantes participantes do certame e futuro contratado, a quem caberá executar o contrato celebrado entre as partes e responder por eventual inexecução contratual. Ademais, exigência desta natureza acaba por condicionar a participação de licitantes no certame, já que afasta da competição empresas que não tenham condições de ofertar produtos de fabricantes que estejam estabelecidos no território brasileiro.**

Logo, e s.m.j., exigência editalícia dessa ordem impõe a restrição indevida à competitividade, por não possuir amparo no objeto licitado e limitar a participação de licitantes no certame, além de alcançar terceiro totalmente alheio à disputa.

Nem se alegue, como contraponto, a eventual e excepcional possibilidade de a Administração exigir, mediante prévia e robusta justificativa, e expressa previsão editalícia, documento que demonstre o credenciamento do licitante junto ao fabricante do produto ou a solidariedade deste em relação à execução dos serviços contratados. Primeiramente porque tais documentos não trazem em seu bojo exigências atinentes à localização geográfica do fabricante. De mais a

² Anexo 02: Parecer jurídico proferido no TC/006201/2023 de relatoria do Conselheiro Ricardo Torres.

mais, não fazem do fabricante um “licitante” ou “parte” no contrato administrativo a ser celebrado.

24. Essa vedação, inclusive, se aplica sob todos os aspectos de exigências envolvendo fabricantes. O TCU, há tempos, já consignou que é ilegal a exigência de declaração de solidariedade do fabricante³, bem como a exigência de declaração emitida pelo fabricante do bem ou serviço licitado⁴, justamente sob a justificativa de que todas restringem a competitividade e não guardam respaldo na legislação.

25. Ante o exposto, a exigência de que a fabricante possua escritório e suporte técnico no Brasil é flagrantemente ilegal, pelo que deve ser retirada do instrumento convocatório.

II.1.2. Ilegalidade das exigências – Violação ao art. 7º, § 5º, da Lei nº 8.666/1993 e ao art. 3º, II, da Lei nº 10.520/2002

26. As exigências expostas acima não possuem respaldo nas normas jurídicas aplicáveis, conforme demonstrado. Em suma, não tendo a Administração Pública justificado as referidas exigências, de se concluir que está a se tratar de exigências indevidas, que tem como decorrência a restrição ilegal da competitividade do certame e direcionamento da contratação.

27. Ao fim e ao cabo, compromete-se o próprio interesse público de selecionar a proposta mais vantajosa, o que não se pode tolerar.

28. É cediço que a Administração possui certa margem de discricionariedade para estabelecer critérios no Edital. No entanto, tal discricionariedade é sempre limitada, seja pelo rol legal, seja pelos comandos constitucionais e legal que vedam o estabelecimento de exigências dispensáveis, irrelevantes e impertinentes. Nesse sentido, esclarecedora a lição de Joel de Menezes Niebuhr:

“Sem embargo, como a discricionariedade é sempre limitada, sob pena de transmutar-se em arbitrariedade, a Administração não deve fazer qualquer sorte de exigências, sobretudo exigências irrelevantes e impertinentes, que não se prestam a apartar aqueles que têm capacidade e idoneidade para cumprir o futuro contrato daqueles que não o têm.

³ TCU. Acórdão 3577/2007 - Segunda Câmara.

⁴TCU - Acórdão nº 423/2007 -Plenário

O problema é que a Administração, ao fazer exigências irrelevantes e impertinentes, restringe o universo de licitantes artificialmente e, por via de consequência, viola o princípio da competitividade, cujo teor demanda exatamente o contrário, que a disputa e o acesso à licitação sejam o mais amplos quanto possível.

Aliás, o princípio da competitividade expressa força constitucional, dado que a parte final do inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal permite apenas, em licitação, exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis ao cumprimento das obrigações decorrentes do futuro contrato.”

NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. 4ª ed., rev. e ampl. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2015, p. 392-393. Grifamos e sublinhamos

29. Diante das exigências flagrantemente desproporcionais, eis que excessivas, nota-se evidente violação ao art. 3º, II, da Lei nº 10.520/2002, que veda exatamente esses tipos de especificações, que são excessivas, irrelevantes e desnecessárias, limitando a competição do certame:

“Art. 3º A fase preparatória do pregão observará o seguinte:

(...)

II - a definição do objeto deverá ser precisa, suficiente e clara, vedadas especificações que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, limitem a competição

30. Nesse sentido leciona Marçal Justen Filho:

É essencial que a licitação seja um procedimento orientado por critérios objetivos, sendo ilícita a adoção de cláusulas ou quaisquer práticas que, de modo parcial ou total, restrinjam, afetem ou dificultem ilegitimamente a competição. A regra do art. 3º, § 1º, I, significa que todos os possíveis interessados devem ser admitidos a participar e que a vitória de um deles deve resultar da apresentação da proposta mais vantajosa. São inválidas condutas ativas ou omissivas adotadas pela Administração Pública, formalmente constantes do ato convocatório ou não, que distorçam a competição. **Nenhum licitante pode obter vantagens injustificáveis ou enfrentar desvantagens indevidas na competição.**

JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 18ª ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2019, p. 121-122.

31. Sempre que houver exigências excessivas, cabe a Administração Pública comprovar a indispensabilidade desta, sob pena de restrição à competitividade:

Logo, sempre que for questionada acerca da inadequação ou excessividade das exigências, a Administração terá de comprovar que adotou o mínimo possível. Se não for possível comprovar que a dimensão adotada envolvia esse mínimo, a Constituição terá sido infringida.

Se a Administração não dispuser de dados técnicos que justifiquem a caracterização da exigência como indispensável (mínima), seu ato será inválido. Não caberá invocar competência discricionária e tentar

respaldar o ato sob o argumento de liberdade na apuração do mínimo. É claro que a referência constitucional se reporta ao mínimo objetivamente comprovável – não àquilo que parece ser o mínimo em avaliação meramente subjetiva de um agente.

A adoção de condições de participação desvinculadas do objeto contratual pode desembocar na invalidade. São inválidas, primeiramente, as condições não necessárias. Isso se passa naqueles casos de exigências que ultrapassam os requisitos mínimos exigíveis do interessado em formular uma proposta. Caracteriza-se o excesso, provocando a exclusão de pessoas que poderiam executar satisfatoriamente o objeto licitado. O defeito, por assim dizer, é quantitativo. A Administração poderia impor exigência daquela natureza, mas ultrapassa os limites adequados ao fazê-lo. Assim se dá, por exemplo, quando se exige comprovação de capacidade financeira em montantes desproporcionalmente mais elevados do que seria necessário.

JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 18ª ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2019, p. 675-676.

32. A regra é exigir o mínimo possível para que o objeto seja atendido adequadamente. O que estiver além do mínimo é inconstitucional e deve ser extirpado do Edital.

33. O Tribunal de Contas da União possui entendimento consolidado no sentido de que devem ser fundamentadas quaisquer exigências de especificações que tenham o potencial de restringir o universo de competidores:

A Administração deve fundamentar tecnicamente quaisquer exigências de especificações ou condições com potencial de restringir o universo de competidores, assim como evitar o detalhamento excessivo do objeto, de modo a não direcionar a licitação.

TCU – Acórdão nº 2.407/2006-Plenário – Rel. Min. Benjamin Zymler – Julgado em 06/12/2006. *Grifamos e sublinhamos.*

34. Do voto condutor do acórdão acima colacionado, extrai-se a fundamentação do Min. Benjamin Zymler:

54. **Acrescente-se que este Tribunal**, em julgados recentes relativos a processos que envolvem a aquisição de mobiliário, **tem considerado o excessivo detalhamento do objeto como indício e até mesmo como comprovação de um possível direcionamento.** Os pormenores empregados na caracterização do objeto devem ser razoáveis e adequados ao que se pretende adquirir. Caso tais detalhes extrapolem a medida necessária, então surge a possibilidade de que os respectivos quesitos venham a restringir o caráter competitivo do certame ou levar ao direcionamento do resultado final.

35. Por tudo isso, resta claro, evidente e incontestável que são impertinentes, irrelevantes e restringem a competitividade as exigências acima descritas, pelo

que deve ser acolhida a presente Impugnação, com o fim de retificar o Edital para: (i) retirar a exigência de que a fabricante possua escritório de representação e suporte técnico no Brasil.

III. Responsabilidade do agente público:

36. Cabe ressaltar, ainda, a responsabilidade do Agente pelo ato Administrativo da Licitação. Deve-se observar que quando as formalidades que deveriam revestir a prática do ato pelo Agente Público são ignoradas ou omitidas, haverá consumação de crime, conforme previsto nos arts. 337-I⁵ e 337-K⁶ do Código Penal. Tais crimes se aperfeiçoam através de conduta que impeça a disputa isonômica do procedimento licitatório, ou que resulte em flagrante prejuízo ao erário.

IV. Requerimentos:

37. Ante todo o exposto, respeitosamente, a Impugnante M2RE, em respeito aos princípios e regras norteadores das licitações, requer:

- a) A imediata suspensão, até o julgamento desta impugnação, da sessão programada para o dia 11/12/2023;
- b) O julgamento de procedência desta impugnação com a republicação do Edital e redesignação da data de abertura, nos termos expostos ao longo desta peça, contendo a seguinte alteração:
 - (b.1) A retificação do Edital para que seja retirada a exigência de que o fabricante presença oficila no Brasil– Item 3.4 do Termo de Referência;
- c) O encaminhamento desta Impugnação à Superior Instância Administrativa competente, caso sejam mantidas as condições atuais do instrumento convocatório, o que não deve ocorrer.

38. Por fim, informa-se que, caso mantidas as ilegalidades apontadas, a presente impugnação será encaminhada ao conhecimento do Ministério Público,

⁵ “Art. 337-I. Impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de processo licitatório: Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 3 (três) anos, e multa”.

⁶ “Art. 337-K. Afastar ou tentar afastar licitante por meio de violência, grave ameaça, fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo: Pena - reclusão, de 3 (três) anos a 5 (cinco) anos, e multa, além da pena correspondente à violência”.

do Tribunal de Contas, na forma prevista no art. 113, §1º da Lei nº 8.666/1993, sendo tomadas todas as medidas administrativas e judiciais cabíveis.

Termos em que pede deferimento.

Extrema, 06 de dezembro de 2023.

M2RE Comércio de Eletrônicos Ltda – ME