

MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, ORÇAMENTO E GESTÃO
Secretaria Executiva
Diretoria de Administração
Coordenação-Geral de Aquisições

Processo: 03110.012263/2014-16
Interessado: Coordenação-Geral de Administração Predial
Assunto: Contratação de empresa especializada para fornecimento e instalação de aparelho de ar condicionado - **Pregão Eletrônico nº 05/2015.**

Reportando-me à impugnação interposta pela empresa **ELECTROLUX DO BRASIL S/A**, CNPJ nº 76.487.032/0001-25, contra o edital do Pregão Eletrônico nº 05/2015, cujo objeto visa a Contratação de empresa especializada para fornecimento e instalação de aparelhos de ar condicionado individual, conforme quantitativo e especificação constantes no Edital e seus anexos, temos a expor o que segue:

1. DA ALEGAÇÃO

A impugnante alega, em síntese:

Em face da constatação de irregularidades que restringem a igualdade e a competitividade no certame, o que faz nos termos abaixo.

A presente licitação foi instaurada pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, na modalidade de Pregão Eletrônico, em sistema de registro de preços, do tipo Menor Preço por Grupo, para **Contratação de empresa especializada para fornecimento e instalação de aparelhos de ar condicionado individual**, conforme quantitativo e especificação constantes neste Edital e seus anexos.

A Impugnante pretende, com o presente expediente, que seja retirada a *exigência de instalação dos Aparelhos de Ar Condicionado* descritos no objeto do Edital, considerando que, com a separação, ampliará o leque de empresas participantes do certame, o que, por certo, melhor atenderá o objeto do certame, pois garantirá maior **COMPETITIVIDADE** e a **OBTENÇÃO DA PROPOSTA MAIS VANTAJOSA À ADMINISTRAÇÃO**.

Com todo respeito, mas ao licitar de forma conjunta o fornecimento de condicionadores de ar e o serviço de instalação, restringe-se a participação de empresas especializadas em cada uma destas áreas (fornecimento/ instalação).

Por óbvio, se houvesse a segregação do objeto, abrir-se-ia oportunidade para fabricantes e também empresas de varejo ofertar os equipamentos, multiplicando as chances desta

Administração em obter melhores condições comerciais.

O objeto que congrega fornecimento e instalação apresenta restrição desnecessária, **FERINDO O PRINCÍPIO DA ISONOMIA E DA AMPLA COMPETITIVIDADE**, insculpidos no § 1º do artigo 3º da Lei de Licitações transcrito a seguir:

“Art. 3º (...)

(...)

§ 1º - É vedado aos agentes públicos:

I – admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 deste artigo e no art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991;” (g.n.)

No mesmo sentido, prevê o Decreto 5.450/05:

Art. 5º A licitação na modalidade de pregão é condicionada aos princípios básicos da legalidade, impessoalidade, moralidade, igualdade, publicidade, eficiência, probidade administrativa, vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo, bem como aos princípios correlatos da razoabilidade, **competitividade** e proporcionalidade.

Parágrafo único. **As normas disciplinadoras da licitação serão sempre interpretadas em favor da ampliação da disputa entre os interessados**, desde que não comprometam o interesse da administração, o princípio da isonomia, a finalidade e a segurança da contratação. (g.n.)

Infelizmente, da forma com está, estará sujeita esta Administração a contratar com empresas que irão adquirir de fabricantes e ou distribuidores/ revendas, acrescentando ao preço suas margens de lucro e tributos, onerando a contratação, enquanto poderia adquirir diretamente tais produtos de fabricantes interessados, como é o caso da impugnante.

Nesta esteira de raciocínio, vale mencionar a opinião de Jessé Torres Pereira

Junior:

*“Selecionar a proposta mais vantajosa é, a um só tempo, o fim de interesse público que se quer alcançar em toda licitação (sentido amplo) e o resultado que se busca em cada licitação (sentido estrito). **Licitação que não instigue a competição, para dela surgir a proposta mais vantajosa, descumpra sua finalidade legal e institucional.**”* (In Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública, 6ª ed., p. 53).

E que não se diga que o fato de licitar cada uma das atividades de forma autônoma traria ônus para a Administração no sentido de ter que administrar diversos contratos, causando-lhe insegurança, pois o próprio TCU, em decisão plenária, já derrubou esse argumento, vejamos:

*“Segundo os responsáveis, a realização da licitação por item implicaria em prejuízo maior à Administração, haja vista a maior probabilidade de fracasso dos itens; contratação de diversos fornecedores, representando dificuldades para gerenciamento e operacionalização(...) Concordo, parcialmente, com o entendimento exposto. De fato, os **procedimentos licitatórios, com grande número de produtos alimentícios, realizados pelo (...) demonstram a viabilidade da adjudicação por item, ainda que se obtenham diversos fornecedores distintos.** Tal procedimento, igualmente, não gera a falta de determinados produtos e do mesmo modo, a **Adjudicação por lotes não garante a entrega total de mercadorias. Essas falhas não estão vinculadas à escolha da divisão da licitação em itens ou não**”. (Acórdão nº 2.077/2001, plenário, rel. Min Augusto Sherman Cavalcanti) - grifo nosso*

Tanto procedem as alegações da ora Impugnante, que, em caso análogo obtivemos **DECISÕES FAVORÁVEIS** quando da solicitação de separação de fornecimento e instalação aos **Institutos Federais de Educação, Ciência e Tecnologia dos Estados de Tocantins e São Paulo**:

*“(...) Diante do exposto a aquisição de aparelhos de ar-condicionado com serviços de instalação, fere o princípio da razoabilidade, e visando ampliar a disputa não ferindo o caráter competitivo do certame licitatório e analisando os motivos da impugnante julgo procedente o pedido de impugnação do Edital de licitação pregão 23/2012. (...)”(Pregão Eletrônico 23/2012 – **IFTO**)*

*“Primeiramente venho informar que o pedido de impugnação foi apreciado e aceito. Será feita correção do Edital e do Termo de referência excluindo a instalação dos itens 1 a 7.” (Pregão Eletrônico 22/2013 – **IFECT/SP**)*

Da mesma forma, em outro caso (Concorrência 18/2012 - SENAC), também obtivemos **DECISÃO FAVORÁVEL** nos seguintes termos:

“(...) Submetido à apreciação desta Comissão de licitação, que recebe a Impugnação por ser tempestiva e damos provimento a mesma acatando em parte a solicitação da empresa requerente, retirando a obrigatoriedade dos licitantes em instalar os aparelhos de ar condicionados..(...)”

E não poderia ser outra a decisão do Ministério da Defesa – Comando da Aeronáutica, no Pregão Eletrônico 25/13:

*“**Esta Administração defere o pedido de impugnação.** Entretanto, em virtude da proximidade do encerramento do exercício, não haverá tempo hábil para republicação do edita. Dessa forma, os itens 64 a 73 e, também, os itens 74 a 78 estão excluídos do certame e serão licitados em momento oportuno.”*

E ainda, no PE 032/2014/ SAD – do Governo do Estado do Mato Grosso – Secretaria de Estado de Administração Superintendência de Aquisições Governamentais foi decidido:

“3. CONCLUSÃO

Por todo o exposto, acolho os pedidos de impugnação das empresas, ELECTROLUX DO BRASIL S/A e AKDD ELETRÔNICOS E PAPELARIA COMERCIO E REREPRESENTAÇÕES DE SERVIÇOS LTDA. , para o fim de :

- a) Dividir o lote em pelo menos mais um;*
- b) Suprimir o serviço de instalação da especificação técnica dos aparelhos;(…)”*

Apenas para finalizar, destacamos licitação realizada pelo FNDE (Fundo Nacional Desenvolvimento da Educação), que vossas senhorias podem consultar até mesmo no site do FNDE, através do Pregão 19/2013, a qual visava à aquisição de mais de 100.000 aparelhos de ar condicionado, e que também foi contratado somente equipamentos, ficando de fora o serviço de instalação, que deve ser contratado através de item próprio ou pelo usuário de acordo com cada necessidade, já que cada instalação tem sua particularidade.

Assim, indiscutível que o objeto do Edital merece alteração, de modo que cada empresa possa ofertar a sua especialidade: **FORNECIMENTO ou INSTALAÇÃO**, garantindo-se assim: **MELHOR QUALIDADE NO SERVIÇO e MAIOR ECONOMIA NA CONTRATAÇÃO.**

Do quanto narrado até aqui, vê-se que a continuidade de todo o processo da maneira como está, acarretaria ilegalidade no procedimento, sendo viciado o contrato resultante de Edital em que “forem incluídas cláusulas ou condições que comprometam o seu caráter competitivo” (Lei 4.717, de 1.965, Art.4º, III, “b”), o que está reiterado no art. 3º, § 1º, I e II da Lei 8.666/93, sendo pertinente a lição de Carlos S. de Barros Júnior, citado por Hely Lopes Meirelles:

*“Procedimento administrativo, a cuja regularidade ficam sujeitos os contratos firmados pela Administração de tal sorte que **DEFEITOS OU INFRINGÊNCIAS LEGAIS, ocorridas no seu andamento, viciam o ato ulterior e O TORNAM ILEGÍTIMO.**”(“Concorrência pública”, RDA 80/395) (grifamos)*

2. DO PEDIDO

Requere:

a) Ante o exposto, requer se digne o Ilustre Pregoeiro a acolher a presente Impugnação no que tange ao objeto do certame, para que **SEJA EXCLUÍDA A EXIGÊNCIA DE INSTALAÇÃO DOS APARELHOS DE AR CONDICIONADO** descritos no objeto do Edital, de forma a garantir o caráter competitivo do certame e a busca pela proposta mais vantajosa, elaborando-se uma nova especificação.

b) Requer, ainda, a republicação das previsões editalícias, escoimadas dos vícios apontados, reabrindo-se o prazo inicialmente previsto, conforme § 4º, do art. 21, da Lei nº 8.666/93.

3. DA ANÁLISE

A impugnação foi encaminhada à área técnica que se manifestou da seguinte forma:

Em síntese, a Impugnante pretende que a aquisição e a instalação dos condicionadores de ar se tornem independentes entre si (itens separados), sob o fundamento de que a separação, em tese, aumentaria a competição entre os interessados e possibilitaria a obtenção de proposta mais vantajosa para a Administração.

Após leitura do teor da peça impugnatória, entende não haver qualquer ilegalidade nas disposições mencionadas pela impugnante que demandem ajustes e/ou retificações, face às razões a seguir expostas.

Conforme consta no objeto do edital ora impugnado, o objeto da licitação é a aquisição, por intermédio de Registro de Preços, de aparelho de ar condicionado, devidamente instalado, conforme se verifica na transcrição abaixo:

1 - DO OBJETO

1.1 Contratação de empresa especializada para fornecimento e instalação de aparelhos de ar condicionado individual, conforme quantitativo e especificação constantes neste Edital e seus anexos.

*Nesse sentido, ao exigir o fornecimento dos equipamentos já instalados, busca o MP maior eficiência e melhores resultados na contratação, uma vez que ao repassar à fornecedora a responsabilidade pela instalação, restará **garantido que os mesmos serão instalados por profissionais devidamente habilitados, capacitados e, inclusive, credenciados à fornecedora, resultando em um serviço de qualidade.***

Ademais, as chances de ocorrência de eventuais falhas na instalação serão diminuídas consideravelmente, haja vista que aqueles profissionais credenciados já possuem conhecimento das características e peculiaridades do produto, acarretando indiretamente um aumento considerável na vida útil dos mesmos.

*Importa salientar que é prática recorrente das fornecedoras consignarem nos manuais de garantia de seus aparelhos a ressalva de que **diante da ocorrência de vícios ou outras falhas na instalação o produto perderá automaticamente a sua garantia.***

Em relação a competitividade, acresce-se que um dos princípios da licitação é a garantia da ampla concorrência, entretanto, tal princípio não pode ser tomado por absoluto, 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 “manifestamente comprometedor ou restritiva do caráter competitivo”, mas apenas a primazia pela contratação de produtos de qualidade, instalados de maneira técnica, adequada e segura.

*No tocante a obrigatoriedade da cisão entre o fornecimento e a instalação, que, em tese, estaria prevista no artigo 23 da Lei nº 8.666/93, sob a mesma razão entendemos não ser um regramento legal absoluto, pois o próprio dispositivo prevê que as compras efetuadas pela Administração **serão divididas em tantas parcelas, desde que se revele uma medida tecnicamente viável.***

*Diante da possibilidade de falhas e vícios na instalação, entendemos que a referida separação se manifestaria inviável tecnicamente, razão pela qual entendemos pela **IMPROCEDÊNCIA** da presente impugnação, de maneira a manter o objeto do instrumento convocatório nos mesmos termos, quais sejam o fornecimento com instalação dos aparelho de ar condicionado.*

4. DA CONCLUSÃO

Recebo a impugnação interposta, considerando ter sido apresentada de forma tempestiva, para negar-lhe provimento, em face da impertinência das alegações, o que ensejará na manutenção do rito procedimental referente ao Pregão Eletrônico nº 05/2015.

Brasília-DF 13 de abril de 2015.

MARIA HELENA ALVES FIGUEREDO
Pregoeira