Pregão Eletrônico

Visualização de Recursos, Contrarrazões e Decisões

CONTRARRAZÃO :

RECURSO ADMINISTRATIVO
ÀO ILUSTRÍSSIMO SR. PREGOEIRO DO PREGÃO ELETRÔNICO Nº 02/2022 DA PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO VICENTE DO SUL.
A SDK COMÉRCIO DE SUPRIMENTOS PARA INFORMÁTICA EIRELI, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob o n.º 32.648.650/0001-34, com sede na Av: Padre Olivetanos, n.º 392, Bairro Vila Esperança, Cidade São Paulo, Estado São Paulo, CEP 0364-8000, representada neste ato por Sr. (a). Luciana de Fátima Zanetti, brasileiro (a), solteira, profissional da área de suprimentos de informática, portador (a) do RG nº 29.776.870-0 e do CPF n.º 288.418.668-96, por seu próprio intermédio (a), onde recebe notificações e intimações, vem mui respeitosamente à presença do ilustríssimo interpor.

ILMO. SR. CLEBIANDER BERMUDES BAHIENSE, REPRESENTANTE LEGAL DA CONCEITUADA EMPRESA 3S INFORMÁTICA LTDA NO PROCESSO ADIMISTRATIVO Nº 64050.002926/2020-89.
A EMPRESA 3S INFORMÁTICA, pessoa jurídica de direito público, inscrita no CNPJ sob o n.º 32.674.351/0001-74, com sede na Av: Paulinho Muller, n.º 966, Jucutuquara, Cidade Vitória, Estado ES, CEP 29.040-712, representada neste ato por seu representante legal, Sr. CLEBIANDER BERMUDES BAHIENSE, brasileiro (a), casado, portador da cédula de identidade nº 1.1189.996 STPC-ES e do CPF/MF 045.945.697-06, por seu único e exclusivo, onde recebe notificações e intimações.
pelos motivos de fato e de direito a seguir aduzidos.
DAS RAZÕES RECURSAIS
DOS FATOS
A ora Recorrente ingressou no processo licitatório, com objetivo de vender seus produtos por preço e qualidade capazes de atender os interesses dessa conceituada empresa, tendo em vista o pleno e total atendimento no que tange a originalidade e qualidade dos produtos por ela comercializados.
No ato convocatório da licitação em seu edital na pagina de nº 24 (Termo de referência) , no item nº 23, está claramente definido os critérios dos produtos ofertados, os quais deverão levar em conta fatores de qualidade, durabilidade, funcionalidade e desempenho, dentre outros julgados necessários.
Diferencio a seguir os cartuchos por suas propriedades:

• Originais: são produzidos ou pelo fabricante da impressora ou por outro fabricante que produz cartuchos de impressão, embora não fabrique impressoras. Tem qualidade assegurada por seu próprio fabricante.

Parece claro que se licite ou cartuchos originais ou cartuchos remanufaturados, nunca as duas coisas ao mesmo tempo. Todavia, não se pode aceitar distinção previa entre os fabricantes, como se só aquele que produz a impressora, pudesse fabricar cartuchos com qualidade. Além disso, os preços das impressoras jato de tinta / laser estão permanentemente em queda, justificados principalmente pelo aumento continuo de produção. Todavia não vejo redução nos custos dos cartuchos produzidos pelo fabricante da impressora. A razão parece ser uma só: para vender sua impressora o fabricante acompanha a redução de preço dos concorrentes. Depois de vendida a impressora, o cartucho e monopólio, não se pode comprar de outro, por isso é muito confortável vender a impressora a baixo custo e recuperar as margens de lucro com os cartuchos.
Decisão 1622/2002 Plenário (Relatório do Ministro Relator)

De acordo com o TCU no item Indicação de marca, será admitida a indicação de marca como parâmetro de qualidade para facilitar a descrição do objeto a ser licitado, quando seguida das expressões "ou equivalente", "ou similar" e "ou de melhor qualidade". No caso, o produto deve ser aceito de fato e sem restrições pela Administração.
O que a Lei de Licitações e os Tribunais de Contas condenam, especialmente o TCU, é a preferência por determinada marca ou indicação sem devida justificativa técnicas nos autos.
Temos casos julgados a favor desse acordo do TCU, a saber;
"É legitimo exigir em edital o fornecimento de cartuchos de impressora, originais ou similares, de primeiro uso e a não-admissão de cartuchos remanufaturados, recondicionados ou recarregados, sem que isso configure preferência por marca ou restrição prejudicial ao caráter competitivo do certame. Acórdão 1033/2007 Plenário (Sumário)"

"A indicação de marca somente é aceitável para fins de padronização, quando o objeto possuir características e especificações exclusivas, mediante a apresentação de justificativa fundamentada em razões de ordem técnica. Arcordão 62/2007 Plenário (Sumário)"
Haja visto que a nossa conceituada empresa esta no mercado desde 2000 participando assiduamente dos pregões nível Brasil e sempre no mesmo proposito e atender as necessidades do nosso cliente.

DO DIREITO

Está consolidado o entendimento de que a indicação de marca nos editais de licitação 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.
Questão intrigante sobre licitações é a que se refere à indicação de marca no instrumento convocatório. Como se sabe de lição basilar, a sistemática das licitações é regida pela principiologia positivada no art. 3º, caput, da Lei nº 8.666/1993.
E toda vez que se trata da indicação de marca no edital, surge a polêmica acerca de eventuais direcionamentos, que fulminam a ampla competitividade e a isonomia, além de não cumprirem com a finalidade do certame, que é a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração.

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.

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:

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).

Além disso, a indicação de marca somente é lícita quando a aquisição do bem daquela marca significar, pelas mencionadas razões técnicas e/ou econômicas, uma vantagem para a Administração, conforme também já decidiu o TCU:

A indicação de marca na especificação de produtos de informática pode ser aceita frente ao princípio da padronização previsto no art. 15, inciso I, da Lei nº 8.666/1993, desde que a decisão administrativa que venha a identificar o produto pela sua marca seja circunstanciadamente motivada e demonstre ser essa opção, em termos técnicos e econômicos, mais vantajosa para a administração. (TCU, Acórdão nº 2.376/2006, Plenário, Rel. Min. Marcos Vinicios Vilaça, DOU 13/12/2006).

É necessário que, além da marca indicada no instrumento convocatório, este também preveja a aceitação de objetos de outras marcas, desde que estes outros objetos tenham qualidade igual ou superior ao da marca indicada. Cita-se, em exemplo, o seguinte acórdão do TCU:

REPRESENTAÇÃO. SUPOSTAS IRREGULA-RIDADES NA REALIZAÇÃO DE PREGÃO ELETRÔNICO. ESPECIFICAÇÃO DE MARCA. CONHECIMENTO. PROCEDÊNCIA. FIXAÇÃO DE PRAZO PARA PROVIDÊNICAS NECESSÁRIAS À ANULAÇÃO DO CERTAME. DETERMINAÇÕES.

1. É ilegal a indicação de marcas, nos termos do § 7º do art. 15 da Lei 8.666/93, salvo quando devidamente justificada por critérios técnicos ou expressamente indicativa da qualidade do material a ser adquirido.

2. Quando necessária a indicação de marca como referência de qualidade ou facilitação da descrição do objeto, deve esta ser seguida das expressões "ou equivalente", "ou similar" e "ou de melhor qualidade", devendo, nesse caso, o produto ser aceito de fato e sem restrições pela Administração.

3. Pode, ainda, a administração inserir em seus editais cláusula prevendo a necessidade de a empresa participante do certame demonstrar, por meio de laudo expedido por laboratório ou instituto idôneo, o desempenho, qualidade e produtividade compatível com o produto similar ou equivalente à marca referência mencionada no edital. (TCU, Acórdão 2.300/2007, Plenário, Rel. Min. Aroldo Cedraz, DOU 05/11/2007).

Diante dessas reiteradas decisões convergentes, o Tribunal de Contas da União acabou por editar o enunciado nº

8.666/1993, o qual prevê expressamente o princípio da padronização:
Art. 15. As compras, sempre que possível, deverão:
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.
Como se observa da jurisprudência do Tribunal de Contas da União, a indicação de marca é admitida para fins de padronização, devendo ser assegurado o caráter competitivo do certame.
A doutrina cuidou de conceituar, de modo científico, a padronização, conforme se observa do magistério de Marçal Justen Filho:
A padronização é regra. No caso, a Administração deverá ter em vista aquisições passadas e futuras. A padronização aplica-se não apenas a uma compra específica, especialmente quando se trate de bem de vida útil continuada. Ao selecionar o fornecedor para produtos não consumíveis, a Administração deverá ter em vista produtos semelhantes que já integram o patrimônio público, como também deverá prever eventuais futuras aquisições. Somente assim a padronização produzirá os efeitos desejados, consistentes na redução de custos de manutenção, simplificação de mão-de-obra etc (JUSTEN FILHO, 2011, p. 184).
Por sua vez, Jessé Torres Pereira Júnior contribui de maneira singular ao estabelecer os requisitos para a padronização, sendo:
a - a padronização depende de estudo técnico que sustente, fundamentadamente, ser a solução correta para aquisição de determinado produto (...); b - padronização não pode ser, toda evidência, o disfarce de um capricho do administrador (...), ç - (...) estudos, lançados em relatórios técnico-científicos, constituem requisito da padronização (PEREIRA JÚNIOR, 2003, p. 177).
Nessa senda, José dos Santos Carvalho Filho sintetiza o que, para ele, são as hipóteses em que se pode admitir a escolha pela marca:
Desse modo, parece correta a observação de que a escolha de determinada marca só pode dar-se em três hipóteses:
1. continuidade da utilização de marca já adotada no órgão;
2. para a utilização de nova marca mais conveniente; e
3. para o fim de padronização de marca no serviço público, todas evidentemente justificadas pela necessidade da Administração (CARVALHO FILHO, 2013, p. 271).
Pelo que se observa, a marca pode ser indicada quando representar vantagens para a Administração, a qual, empregando bens de uma mesma linha produtiva, observará redução de custos e aumento de qualidade.
Trata-se, na verdade, de uma necessidade da Administração de se organizar para atuar melhor, prestar serviços públicos mais eficientes, objetivando sempre a tutela do interesse público. Destarte, é um meio para a consecução do princípio da boa administração.
Interessante frisar que, quando há indicação de marca, o objeto licitado passa a ser restrito ao produtor. Assim, quando falta o pressuposto lógico da licitação, qual seja, a pluralidade de ofertantes, pois que somente um, o detentor de certa marca, é que produz o bem da vida que a Administração quer adquirir, é evidente que a licitação é inviável, isto é, é inexigível. Logo, pode ser formalizada a contratação direta, conforme autoriza o inciso I, do art. 25, da Lei nº 8.666/93:
Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:
I - para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedada a preferência de marca, devendo a comprovação de exclusividade ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes;
Hely Lopes Meirelles, porém, faz importante distinção entre o produtor exclusivo – caso em que a licitação é mesmo inexigível – e o vendedor exclusivo – quando pode haver regular competição. Veja-se:
Há que distinguir, todavia, a exclusividade industrial da exclusividade comercial. Aquela é a do produtor privativo no País; esta é a dos vendedores e representantes na praça. Quando se trata de produtor não há dúvida possível: se só ele produz um determinado material, equipamento ou gênero, só dele a Administração pode adquirir tais coisas. Quando se trata de vendedor ou representante comercial já ocorre a possibilidade de existirem vários no País, e, nesse caso, considera-se a exclusividade na praça de comércio que abranja a localidade da licitação. O conceito de exclusividade comercial está, pois, relacionado com a área privativa do vendedor ou do representante do produtor (MEIRELLES, 2004, p. 277, grifo do autor).
Da interpretação sistemática e teleológica da Lei nº 8.666/1993, pode-se concluir, de modo científico e com amparo na jurisprudência do TCU e na mais abalizada doutrina, que a opção por uma marca nem sempre vulnera o instituto da licitação.
Assim, desde que para fins de padronização, é lícito indicar marca no instrumento convocatório, quando isso se prestar à identificação do objeto do certame e representar vantagem para a Administração. Para tanto, exige-se do gestor público prévia e devida justificativa, que aponte razões de ordem técnica e/ou econômica, as quais devem ser aptas a fundamentar a escolha pela marca. Além disso, o edital deve consignar, além da marca, a aceitação de outros objetos similares, equivalentes ou de igual ou melhor qualidade.
Bibliografia
CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 26 ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2013. 1266 p.
JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 14 ed. São Paulo: Dialética, 2010. 991 p.
MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 29 ed. atual. por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2004. 798 p.
PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. Comentários à Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública. 6ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. 1239 p.
Assim, considerando o Princípio da Especialidade das Marcas, segundo o qual não há impedimento ao registro e uso de marcas idênticas se destinadas a identificarem produtos ou serviços distintos, o qual se aplica por interpretação analógica aos conflitos entre marcas e nomes empresariais, deve ser reformada a decisão de DESCLASSIFICAÇÃO.
Portanto, cabe aos que realizaram a compra, o bom senso, para, através de acordos extrajudiciais com os fornecedores, solucionar os litígios que eventualmente vierem a surgir.

São Paulo, 11 de Fevereiro de 2022.

Luciana de Fátima Zanetti
Proprietária

Fechar