

À
PREFEITURA MUNICIPAL DE VACARIA - RS
COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÃO

ILMO (A) SR (A) PREGOEIRO (A),

Ref.: **PREGÃO PRESENCIAL Nº 29/2014**
IMPUGNAÇÃO AO EDITAL (retificado)

Objeto: "Contratação de empresa para locação de equipamentos, serviços de monitoramento e fiscalização eletrônica de velocidade veicular, no Município de Vacaria/RS".

FOTOSENSORES® TECNOLOGIA ELETRÔNICA LTDA, pessoa jurídica de direito privado inscrita no CNPJ sob o nº 73.688.517/0001-99, sediada à Av. Rogaciano Leite, nº 1040, CEP: 60.810-786, na Cidade de Fortaleza, Estado do Ceará, vem, através de seu representante legal que ao final subscreve, nos termos do Art. 41, § 2º, da Lei Federal nº 8.666/93 e art. 12 do Dec. 3.555/00, bem como do item 11.1 do edital, apresentar a presente **IMPUGNAÇÃO AO EDITAL**, pelos fatos e motivos que passa a expor:

I. Da Tempestividade

Nos termos do art. 41, § 2º da Lei nº 8.666/93, qualquer licitante é parte legítima para impugnar o edital de licitação, devendo, no entanto, fazê-lo até **segundo dia útil anterior** da data fixada para abertura dos envelopes de proposta e habilitação. De tal modo, é tempestiva a presente impugnação.

A condição de licitante fica perfeitamente demonstrada na medida em que seu objeto social contempla atividade compatível ao objeto da licitação, nos termos do item 1 do edital.

Sendo protocolado até o termo final no dia 25/05/2014, deve de qualquer maneira ser reconhecida a tempestividade da presente impugnação.

II. Dos Vícios do Edital

Cumpramos ressaltar, inicialmente, que a Administração Pública está adstrita, em todos os seus atos, a preceitos constitucionais que garantem sua lisura e higidez. Todavia, o Edital de Pregão Presencial nº 29/2014 apresenta vícios que podem macular a legalidade do processo, conduzindo-o à sua nulidade, tais como:

DA ILEGALIDADE DE EXIGÊNCIA DE DOCUMENTO EXPEDIDO PELO FABRICANTE DOS EQUIPAMENTOS

O item 1.1.7 do Instrumento convocatório, indevidamente, dispõe o seguinte:

1.1.7 - No caso da licitante não possuir tecnologia própria, deverá apresentar documento, expedido pelo fabricante ou detentor da tecnologia, autorizando a licitante a oferecer e utilizar tais equipamentos e software de forma irrestrita e irrevogável, com direito de modificar sua estrutura ou aprimorá-la, ou comprometer-se a fornecer todas as inovações tecnológicas dos equipamentos à empresa licitante sem nenhum custo adicional.

Referida exigência é excessiva, pois extrapola ao disposto no estatuto que disciplina as licitações no âmbito da Administração Pública (Lei nº 8.666/93), ferindo claramente vários princípios basilares que devem ser observados pela Administração Pública.



A exigência de referido documento fornecido pelo fabricante ou detentor da tecnologia dos equipamentos também é conhecida como “declaração de solidariedade” ou “carta de solidariedade”.

Na realidade, esta exigência documental é desnecessária, vez que este comprometimento solidário já é previsto pelo Código de Defesa do Consumidor em seu art.12 e seguintes. O legislador preocupou-se em ressaltar, em diversos dispositivos legais, a relação de responsabilidade solidária existente entre fornecedor e fabricante, conforme destacamos adiante:

“Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador, respondem, independentemente da existência de culpa pela reparação dos danos causados aos consumidores [...]

Art. 13. O comerciante é igualmente responsável, nos termos do artigo anterior, quando:

I – o fabricante, o construtor, o produtor ou o importador não puderem ser identificados [...]

Art. 18. Os fornecedores de produtos duráveis ou não duráveis respondem solidariamente [...]

Art. 23. A ignorância do fornecedor sobre os vícios de qualidade por inadequação dos produtos e serviços não o exime de responsabilidade.” (grifos nossos)

Para melhor elucidar a questão, vejamos o que reza o Art. 3º do Código de Defesa do Consumidor, dispositivo legal que conceitua a figura do fornecedor:

“Fornecedor é toda a pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços”.

O Tribunal de Contas da União vem reconhecendo a aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos contratos com a Administração Pública. Neste sentido, vejamos trecho da decisão 634/96 exarada pelo Plenário no voto do Ministro Homero Santos:

“A Carta Magna, entre os princípios que estabelece para a atividade econômica (art. 170), consagra o da livre concorrência (inciso IV) e o da defesa do consumidor (inciso V). **A Administração Pública enquadra-se perfeitamente como consumidora nesse contexto**

- sendo em muitos casos, inclusive, consumidora majoritária de determinados bens ou serviços ofertados pela iniciativa privada - para efeito da proteção conferida pela Constituição Federal e pela legislação ordinária aos consumidores em geral, como o Código de Defesa do Consumidor, por exemplo.”

Por esta razão, tem entendido o TCU como ilegal a exigência da malfadada “carta de solidariedade”, correspondente à exigência do item combatido, conforme se verifica em acórdão 2056/2008, publicado no Diário Oficial da União em 19 de setembro de 2009 referente à Representação nº 008.109/2008-3 e que contou com a Relatoria do doutor Raimundo Carreiro. Vejamos a síntese do citado acórdão:

“REPRESENTAÇÃO. CONHECIMENTO. PROCEDÊNCIA. PREGÃO PRESENCIAL. RESTRIÇÃO AO CARÁTER COMPETITIVO. ANULAÇÃO DO CERTAME. DETERMINAÇÕES. COMUNICAÇÕES.

1. Não é lícita, em processo de licitação, a exigência da chamada “carta de solidariedade”, uma vez que restringe o caráter competitivo do certame.

2. No certame licitatório, os documentos que podem ser exigidos quanto à habilitação jurídica, qualificação técnica, qualificação econômico-financeira, regularidade fiscal e prova de cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal estão adstritos àqueles previstos nos artigos 27 a 31 da Lei nº 8.666/1993.

3. O edital de licitação somente poderá exigir qualificações técnicas e econômicas que sejam indispensáveis à garantia do cumprimento da obrigação.”

Em entendimentos mais recentes, colaciona-se ementas que corroboram a inteligência do TCU acerca do tópico supracitado:

“Exigências de habilitação indevidas: 1 - Apresentação de carta de solidariedade do fabricante do equipamento. Denúncia oferecida ao TCU apontou possíveis irregularidades na Concorrência n.º 5/2007, realizada pelo Serviço Nacional de Aprendizagem Rural – Administração Regional do Mato Grosso (Senar/MT), destinada à contratação de empresa especializada em tecnologia de segurança eletrônica para fornecimento, instalação e ativação de um sistema integrado de vigilância nas dependências do edifício-sede daquele serviço social autônomo. **No que concerne à exigência da denominada carta de solidariedade, por meio da qual o fabricante “se responsabiliza solidariamente pela**

PREFEITURA MUNICIPAL DE VACARIA
ATA DE RESPOSTA À IMPUGNAÇÃO 02/2014
PREGÃO PRESENCIAL Nº 29/2014

Aos vinte e um dias do mês de maio do ano de dois mil e quatorze, às oito horas e dez minutos, a Comissão de Licitações, na pessoa de seu presidente Sr. Pregoeiro, Ronerson Bueno, acompanhado dos demais membros, e setores técnicos da Prefeitura Planejamento/Trânsito, reuniram-se para o ato de análise e julgamento da impugnação interposta pela empresa **FOTOSENSORES TECNOLOGIA ELETRÔNICA LTDA**, contra o edital de **Pregão Presencial nº 29/2014**, referente a locação de equipamentos, serviços de monitoramento e fiscalização eletrônica de velocidade veicular.

A impugnação, interposta tempestivamente, em apertada síntese requer:

a) *Que sejam acolhidas as razões de sua impugnação, para que em vista das "ilegalidades" apontadas, sejam procedidas as retificações, ou anulação do edital;*

O ponto crucial da contenda seria a falsa "solicitação da Comissão, na habilitação" de "carta de solidariedade" ou "declaração de solidariedade", o que entende ser excessiva, desnecessária e ilegal;

A Comissão à vista dos autos, em colaboração com os setores técnicos da Prefeitura DMT/SEPLAN, passa a tecer as seguintes considerações:

1 – Preliminarmente, para se excluir ou modificar uma cláusula, antes se faz necessário verificar se, realmente, a mesma está incorreta, restritiva ou ilegal;

2 - Faz-se necessário frisar que nossos editais são pautados sob a legalidade e na busca do aperfeiçoamento e aprimoramento da contratação de bens e serviços a serem prestados ao Município;

3 – Quanto à alegação de solicitação, na habilitação, de "carta de solidariedade" ou "declaração de solidariedade", a Comissão ficou tremendamente espantada, pois este entendimento beira o absurdo, se não vejamos:

O Município solicita restritivamente/taxativamente em seu item 4 (DA DOCUMENTAÇÃO), somente os seguintes documentos para habilitação:

4.1. Habilitação Jurídica [...]

I - Ato Constitutivo, Estatuto ou Contrato Social [...]

II - Declaração da licitante de cumprimento ao artigo 7.º, inciso XXXIII, da Constituição Federal [...]

III - Declaração da licitante, sob as penas da lei, de que não foi declarada INIDÔNEA [...]

4.2. Habilitação Fiscal

I - Prova de Regularidade com a Fazenda Federal [...]

II - Prova de Regularidade com a Fazenda Estadual [...]

III - Prova de Regularidade com a Fazenda Municipal [...]

IV - Prova de Regularidade relativa à Seguridade Social, INSS, [...]

V - Prova de Regularidade junto ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, FGTS, [...]

VI - Prova de regularidade trabalhista, [...]

4.3. Qualificação Econômico-Financeira

I - Certidão Negativa de Falência e Concordata, [...]

II - Balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social, [...]

4.4 – Habilitação Técnica

I - Certidão de Registro no CREA, da **empresa** participante e do **responsável técnico** [...]

II - Atestado da capacitação técnico-profissional, [...]

III - Atestado de visita, do responsável técnico da empresa (item 4.4.I), aos locais dos serviços, que será fornecido pelo Setor Técnico da Prefeitura Municipal de Vacaria em **até um dia** antes da data de abertura;

Como podemos perceber, em nenhum momento aparece a solicitação de pedido de “carta de solidariedade” ou “declaração de solidariedade”, ou seja, a empresa que apresentar os documentos supra referidos estará HABILITADA no certame.

A empresa Fotosensores afirma que a solicitação de “carta de solidariedade” ou “declaração de solidariedade” na habilitação é ilegal, relacionando alguns julgados do TCU corroborando seu entendimento, o que a Comissão coaduna perfeitamente.

O que pode estar gerando um certo desconforto e dúvida por parte da empresa, que está deturpando totalmente o sentido real da solicitação, por, talvez, completo desconhecimento interpretativo, é a cláusula 1.1.7 do edital, que não faz parte da habilitação e transcrevemos abaixo:

“1.1.7 - No caso da licitante não possuir tecnologia própria, deverá apresentar documento, expedido pelo fabricante ou detentor da tecnologia, autorizando a licitante a oferecer e utilizar tais equipamentos e software de forma irrestrita e irrevogável, com direito de modificar sua estrutura ou aprimorá-la, ou comprometer-se a fornecer todas as inovações tecnológicas dos equipamentos à empresa licitante sem nenhum custo adicional”.

Antes de respondermos o real sentido desta cláusula, faz-se necessário conhecer alguns fundamentos de tecnologia da informação entre software fechado, aberto e livre:

Para aqueles que não são familiarizados com os conceitos de software de fonte aberta, pode ficar difícil entender quais são as diferenças entre o software de fonte aberta e livre. Enquanto a discussão, sobre o que é melhor, pode ficar acirrada, conhecer as diferenças entre os dois, pode se tornar uma solução fundamental para ajudar as Administrações a tomarem decisões, corretas, sobre o tipo de programa que é o mais adequado às suas necessidades.

Software Aberto

Open Source - Software de código aberto se refere a um tipo de programa que permite que o código-fonte do software seja facilmente acessível a uma variedade de pessoas. Sob um acordo de uso, que muitas vezes tem muito poucas restrições, o código fonte pode ser usado, modificado e redistribuído dentro de um grupo de pessoas. Este tipo de software tem sido continuamente desenvolvido em uma ferramenta incrivelmente útil para indivíduos e empresas. Os benefícios incluem:

- O acesso ao código-fonte
- Capacidade de encontrar e corrigir quaisquer problemas rapidamente
- Menos vulnerável a hackers e vírus

Software Livre

Embora muitas pessoas possam confundir código aberto com o software livre, há várias diferenças. Ao contrário do termo fonte aberta, a palavra livre significa simplesmente que algo é dado sem qualquer encargo. Ao contrário de código aberto, software livre nem sempre permite aos desenvolvedores acessar o código fonte. Esta é a diferença mais importante para compreender entre código aberto e verdadeiro software livre. O software livre é raramente tão flexível e acessível como software de código aberto, o que torna difícil para os desenvolvedores a utilizar para o benefício de sua organização.

Software de Código Fechado (Software Proprietário)

Software proprietário difere do software de código aberto em que há muitas restrições mais colocados no uso, modificação e redistribuição do software. Os proprietários muitas vezes impõe essas restrições pelo uso de direitos autorais e patentes, e também pode restringir o acesso ao código fonte. Enquanto software proprietário não é o mesmo que o software comercial devido à capacidade de distribuir software proprietário sem qualquer custo, os dois têm muitas semelhanças.

Um exemplo de software proprietário é melhor visto em empresas como a Microsoft. Estes proprietários muitas vezes argumentam que o custo de seu software permite maior desenvolvimento e pesquisa do software. Software proprietário não permite o mesmo tipo de flexibilidade como software aberto, por isso muitas vezes não é uma boa opção para muitas organizações.

Maiores informações podem ser acessadas na enciclopédia on line Wikipédia pelos endereços:

Software de código aberto:

http://pt.wikipedia.org/wiki/Software_de_c%C3%B3digo_aberto

Software livre:

http://pt.wikipedia.org/wiki/Software_livre

Software fechado (proprietário)

http://pt.wikipedia.org/wiki/Software_propriet%C3%A1rio

Passadas as explicações preliminares, fica nítida a total deturpação da cláusula por parte da empresa ora impugnante, talvez por desconhecimento, talvez por motivos escusos não vislumbrados nesse instante pela Comissão, pois em nenhum momento solicita-se que a empresa, que não é detentora da tecnologia, peça que a empresa, que é detentora, se solidarize (responda conjuntamente) para com a execução ou utilização de seu sistema, fato este que faz referência a "carta de solidariedade" ou "declaração de solidariedade".

O que a cláusula 1.1.7 manifestadamente evidência é que a empresa que não possui a tecnologia (software), ou seja, que não detenha o software proprietário, participe da licitação com qualquer produto autorizado, de posse de qualquer documento comprobatório, expedido pelo detentor da tecnologia, que na execução dos serviços poderá utilizar os equipamentos de forma irrestrita e irrevogável, podendo modificar sua estrutura ou aprimorá-la, feito apenas consentido em softwares abertos ou livres com autorização de acesso ao código fonte.

Desta forma, novamente elucidamos que, através do item 1.1.7, qualquer empresa com know-how na área do objeto licitado, atendido o rol taxativo do item 4 do certame (habilitação), poderá participar da licitação, cotando equipamentos e softwares próprios, ou equipamentos e softwares de terceiros, sendo que nesse último caso deverão ser abertos ou livres com autorização de acesso ao código fonte, atendidas, também, as demais solicitações de serviços constantes no projeto básico/memorial descritivo.

Caso fosse solicitada cláusula de solidariedade, o que não foi, esta, em alguns casos, não é totalmente descartada, pois pode ser objeto de pontuação técnica conforme nos ensina o Tribunal de Contas da União em seu julgado:

"Por outro lado, é aceitável a solicitação de carta de solidariedade, não como condição de habilitação do licitante, mas como critério de qualidade para fins de pontuação quanto à questão técnica do bem ofertado pelo licitante, quando tratar-se de licitação na modalidade técnica e preço. No Acórdão nº 1.670/2003 - Plenário, o Tribunal considerou legal a exigência, como parte da proposta técnica, de apresentação de declaração de solidariedade do fabricante." Acórdão 1729/2008 Plenário (Voto do Ministro Relator)

Como reiteramos, não foi solicitado "carta de solidariedade" ou "declaração de solidariedade", muito menos como documento habilitatório, caso o entendimento inadequado da empresa estivesse correto, e, caso fosse solicitado, seria de forma a dar confiança e segurança a Administração, de forma correta, em uma licitação de técnica e preço.

A Administração em seu edital e projeto/memorial busca apenas se abarcar de que os serviços serão executados de forma plena e segura a população.

Nesse sentido:

"O órgão ou agente responsável por definir o objeto deve considerar o seguinte:

- É **dever** seu **zelar pela qualidade do produto** ou serviço";

[...]

"Não pode haver licitação, nem mesmo isonomia, quando a Administração Pública **não define com clareza o objeto pretendido**. GRFO NOSSO.

O TCU também tem posicionamento, seguido de várias outras cortes de contas, no sentido de que:

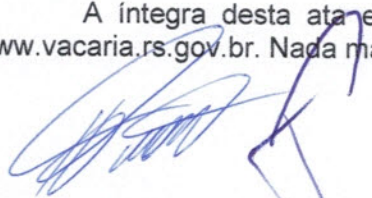
"Menor preço não é justificativa para compra de produtos de baixa qualidade. Deve a Administração, em busca do melhor preço, verificar se as propostas estão de acordo com as especificações do ato convocatório, amostras ou protótipos exigidos".

A Comissão após as análises, não vislumbra óbice quanto ao prosseguimento do edital, mantendo suas condições, por entender que a impugnação é meramente protelatória.

Para corroborar ainda mais esse entendimento, em uma rápida pesquisa ao site da empresa, www.fotosensores.com, podemos vislumbrar que a mesma nasceu em 1993, no Parque de Desenvolvimento Tecnológico PADETEC/U.F.C. - Universidade Federal do Ceará, e a primeira versão da tecnologia usada na fiscalização eletrônica de trânsito desenvolvida pela FOTOSENSORES® foi colocada em campo em 1994 na cidade de Fortaleza/Ce, o que denota que a mesma, num primeiro momento, parece possuir tecnologia própria (software proprietária), sendo mais um indício de que seu recurso é meramente protelatório.

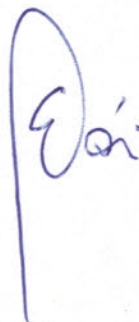
Encaminham-se os autos ao Sr. Prefeito Municipal para Deliberação.

A íntegra desta ata encontrar-se-á disponível no site do Município, pelo endereço www.vacaria.rs.gov.br. Nada mais havendo a relatar, o Sr. Pregoeiro encerrou a sessão.



*Acólho parecer da Comissão de Licitação
determino prosseguimento do certame.*

21/5/14



RELATÓRIO DE VERIFICAÇÃO DA TRANSMISSÃO

HORA : 21/05/2014 14:46
NOME :
FAX :
TEL :
NR.SÉR: U63266M2N324864

F. Josenmar - Michel

DIA, HORA
NÚMERO DE FAX/NOME
DURAÇÃO
PÁGINAS
RESULT.
MODO

21/05 14:45
0000000000
00:01:24
04
OK
NORMAL
ECM