

Ref.: PREGÃO ELETRÔNICO Nº 034/2022

A CISCOM INFORMÁTICA EIRELI, com sede à Rua Antonio Vieira da Cunha, 47 - Saúde - São Paulo/SP CEP 04143-000, inscrita no CNPJ sob o nº 15.821.329/0001-90, vem perante Vossa Excelência, com o devido respeito e acatamento costumeiro, nos termos do Edital do Pregão em referência, apresentar IMPUGNAÇÃO aos termos do instrumento convocatório, com esteio na fundamentação que passa a expor.

#### PRELIMINARMENTE

A presente Impugnação se encontra tempestiva e adequada, nos estritos termos do que preconiza o instrumento convocatório para o Pregão em epígrafe, em consonância com o § 2º do artigo 41 da Lei 8.666/93, pelo que merece ser conhecida e submetida à análise do setor responsável.

#### DO MÉRITO – AUTORIZAÇÃO DO FABRICANTE

Examinando criteriosamente o Instrumento Convocatório, verificou-se a incidência de alguns vícios concernentes à documentação exigida para fins de aceitação da proposta que acabam por comprometer toda a finalidade do procedimento licitatório.

#### *Da Exigência de Carta de Solidariedade*

*14.1.2 Caso a LICITANTE não seja a fabricante dos equipamentos da solução de Segurança, deverá apresentar documento, em papel 5mbrado, emi5do pelo fabricante, específico para este órgão e processo, informando que a mesma está apta a comercializar os produtos e serviços ofertados.*

*14.1.3 14.1.3 A CONTRATADA deverá comprovar em até 15 dias da assinatura do contrato, que firmou junto ao fabricante da solução, contrato de suporte técnico de Firewall. O mesmo deverá estar vinculado a CONTRATANTE e deverá possuir a mesma vigência de Garantia e Suporte Técnico prevista neste Edital.*

Tais exigências carecem de amparo legal, além de ferirem os princípios da isonomia e da competitividade, o que fundamenta a presente Impugnação ao Edital e motiva o acolhimento dos pedidos que serão oportunamente articulados.

Inicialmente cumpre nos esclarecer que é sabido por toda a Administração Pública e pelos particulares que participam das licitações públicas que existem princípios basilares do Direito Administrativo que devem ser observados. Existem ainda órgãos de controle, tais como os Tribunais de Contas da União e dos Estados, que estabelecem procedimentos e regras que devem ser RIGOROSAMENTE OBEDECIDOS.

Apresenta-se irregular privilegiar apenas empresas detentoras de atestado/declaração/autorização do fabricante a participarem da licitação. A exigência de atestado do fabricante ou a exigência de que o licitante seja revenda certificada obriga a submissão dos licitantes a terceiros alheios à disputa, ou seja, ao fabricante, condicionando a cotação do produto à apresentação de documento expedido por empresa privada que nem sequer participa da competição.

O instrumento convocatório deverá fixar o prazo de garantia e as condições que a licitante contratada deverá cumprir com a intervenção do fabricante, independentemente dela ser revenda certificada ou não e sem qualquer isenção ou privilégio, pois a Lei de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990), nos seus artigos 24 e 25, §1º, já estabelece responsabilidade solidária de qualquer fornecedor e fabricante para a garantia do produto.

A exigência de declaração/atestado/carta emitida pelo Fabricante que comprove o vínculo da licitante com o mesmo, alijando de forma estranha a figura do fornecedor do equipamento/produto que não seja revendedora autorizada a comercializar seus bens é MANIFESTAMENTE ILEGAL, visto que contraria às disposições legais vigentes, à jurisprudência pacífica dos Tribunais e também às determinações dos diversos Tribunais de Contas do país.

É fato inconteste que não há qualquer razão ou motivo para que a Administração Pública tente alijar da disputa empresas que possuem estrutura própria e capacidade técnica comprovada mediante Atestado de Capacidade Técnica fornecido por pessoa jurídica de direito público ou privado, comprovando sua capacidade na execução do objeto.

Por conseguinte, tal exigência tem o caráter restritivo, inviabilizando um processo licitatório mais competitivo. Importante se afigura, porque oportuno o é, que a lei de Licitação prezando pela convivência pacífica dos princípios norteadores da Administração, visualizou uma maior abertura no número de participantes que se interessarem na participação do certame licitatório, constando em seu corpo legal a averiguação da capacitação do licitante na amostragem de Atestados de Capacidades Técnicas.

Ademais, esta exigência acima mencionada, não passa de um meio camuflado para que o fabricante Fortinet escolha a licitante que irá participar e ganhar a licitação, deixando de fora empresas aptas e possuidoras de estrutura técnica comprovada de participarem do referido certame.

Importante destacar que a exigência de cartas ou atestados dos fabricantes foi rechaçada com toda veemência pelo ilustre Tribunal de Contas da União, quando de sua inteligência emanada do Acórdão 423/2007, por falta de amparo legal, além de constituir uma cláusula restritiva ao caráter competitivo das licitações, por não ser, em princípio, uma condição indispensável à garantia do cumprimento das obrigações advindas dos contratos a serem celebrados.

O TCU, no Acórdão 423/2007, de 21/03/2007, analisando representação de empresa contra a Coordenação-Geral de Logística do Ministério da Justiça, decidiu por determinar que o órgão:

“abstenha-se de exigir, no ato convocatório, que as empresas licitantes e/ou contratadas apresentem declaração, emitida pelo fabricante do bem ou serviço licitado, de que possuem plenas condições técnicas para executar os serviços, são representantes legais e estão autorizadas a comercializar ou produtos e serviços objeto do termo de referência, uma vez que essa exigência restringe o caráter competitivo do certame e contraria os arts. 3º, §1º, inciso I, e 30 da Lei nº 8.666/1993.” (sem grifos na origem)

Isto porque estas cartas dos fabricantes são firmadas pelos mesmos somente aos seus revendedores “**escolhidos**” para ganhar o certame, sendo privado aos demais revendedores a possibilidade de participar legitimamente. Na Decisão TCU Nº 486/2000 – Plenário, determinou que os órgãos licitantes:

“Não incluam a exigência, como condição de habilitação, de declaração de coresponsabilidade do fabricante do produto ofertado, por falta de amparo legal, além de constituir uma cláusula restritiva do caráter competitivo das licitações,

por não ser, em princípio, uma condição indispensável à garantia do cumprimento das obrigações advindas dos contratos a serem celebrados (cf. art. 3º, § 1º, inciso I, da Lei nº 8.666/93, e art. 37, inciso XXI, parte final, da Constituição Federal”

Acórdão 216/2007 – Plenário (...) “9.3.4.4 abstenha-se de fixar exigência de declaração de solidariedade do fabricante do produto ofertado, como condição de habilitação ou desclassificação, por falta de amparo legal e por constituir restrição ao caráter competitivo, consoante entendimento desta Corte de Contas, consubstanciado na Decisão 486/2000-Plenário, podendo prever tal documento como critério de pontuação em licitações do tipo técnica e preço; (...)” (Ata 07/2007 – Plenário, sessão 28/02/2007, aprovação 01/03/2007, DOU 02/03/2007, Ministro Relator Guilherme Palmeira).”

Lamentavelmente a exigibilidade do referido compromisso ainda vem sendo adotada em alguns processos licitatórios. É bem verdade que dito regramento vem sendo reduzido drasticamente, tendo em vista a jurisprudência já farta e pacífica quanto à ilegalidade de tal exigência, havendo ensejado, inclusive em Súmulas do TCU e também por parte de diversos Tribunais de Contas Estaduais.

Ora Ilustre Pregoeiro, é CRISTALINAMENTE claro que o TCU VEDA a exigência de qualquer documento que configure compromisso de terceiro alheio à disputa, quer seja o fabricante, quer seja o distribuidor ou quer seja qualquer outro terceiro.

Ademais, é fundamental ratificar que a aquisição de produtos por meio de outros revendedores, como é o nosso caso, não acarreta qualquer diferenciação de serviço, suporte, substituição ou garantia da Fortinet.

Não se pode confundir revendedor habilitado para fornecer com o revendedor que “**mapeou a oportunidade**” e que foi privilegiado e recebeu a declaração do fabricante. Ambos são capazes de cumprir satisfatoriamente o fornecimento, mas o segundo foi o escolhido para participar e ganhar o certame. É legal esse procedimento? Segundo o TCU, não!

Vale destacar também que a comprovação solicitada através de declaração do fabricante NAO é imprescindível para garantir a procedência e a origem dos produtos ofertados.

Por fim, o Código de Defesa do Consumidor (CDC), art. 18, é claro ao estabelecer responsabilidade solidária do fabricante e do fornecedor de produtos. O artigo 14 da Lei nº 8.078 ainda traz a responsabilidade do fornecedor independentemente da existência de culpa aos serviços prestados. Portanto, é desnecessário o pedido, por parte da Administração, de documento expedido pelo fabricante, pois a Lei já determina que exista esse vínculo.

Logo, o argumento de que a garantia estará prejudicada não se sustenta. A legislação brasileira é demasiadamente suficiente para compelir o fabricante a prestar a devida assistência técnica a todo aquele que adquirir seus produtos, incluindo-se dentre seus consumidores, a Administração Pública Direta ou Indireta, inexistindo subsídio legal para se exigir o compromisso de terceiro alheio ao certame como condição à habilitação em um processo concorrencial.

Imprescindível informar também que quando o licitante assina um contrato com a Administração Pública está ciente de suas obrigações, bem como das sanções a ela imposta quando de sua falta em seu dever. E nem poderia se alegar que este quesito é essencial para o tipo de objeto licitado, respeitado a importância dos documentos oriundos deste ilustre Órgão, pois a Administração possui meios eficazes de combater possíveis descumprimentos contratuais seja na figura do fabricante, distribuidor, revendedor, ou mesmo do licitante sem vínculo com os demais.

Nunca é por demais ressaltar que ao assinar o Contrato com este respeitável órgão o LICITANTE se compromete a cumprir o fiel mandamento contratual sob pena de lhe serem aplicadas as sanções previstas em Lei.

Portanto, não resta dúvida quanto à absoluta impossibilidade de se exigir a autorização do fabricante pretendida pela Administração para o procedimento licitatório em questão, sobretudo em virtude de se tratarem de exigências que afrontam o estabelecido em Lei e à jurisprudência do TCU.

## DOS REQUERIMENTOS

Por todo o exposto, resta claro que o edital fere os preceitos acima transcritos, inviabilizando a participação de diversas empresas no referido certame caso mantidas as exigências impugnadas.

Desta forma, com escopo nos argumentos acima expendidos, amparados pelo entendimento dos Colendos Tribunais Superiores e da melhor doutrina que trata da matéria, consignados anteriormente, requer seja dado provimento à presente impugnação para que seja retificado o instrumento convocatório em espeque, julgando procedente a presente IMPUGNAÇÃO, ainda, para o efeito de:

1 - declarar nulos os itens do edital e qualquer outro item que exija vínculo com o fabricante ou que exija que o licitante seja distribuidor ou revendedor certificado ou que exija declaração/carta de terceiro/fabricante, ou seja, vínculo com terceiros estranhos ao processo licitatório.

Caso não entenda pela adequação do edital, pugna-se pela emissão de parecer, informando quais os fundamentos legais que embasaram a decisão do Sr. Pregoeiro. Informa, igualmente, que na hipótese, ainda que remota, de não modificados os dispositivos editalícios impugnados, tal decisão certamente não prosperará perante o Poder Judiciário, pela via mandamental, sem prejuízo de representação junto ao Tribunal de Contas da União.

Por tudo, aguarda-se o deferimento.

São Paulo, 6 de setembro de 2023.

A handwritten signature in blue ink, appearing to read 'ANDRE LUIZ COSTA', with a stylized flourish at the end.

**ANDRE LUIZ COSTA**

Representante Legal

RG:15.111.415-8