



SANDI & OLIVEIRA

ADVOGADOS

AO PREGOEIRO/COMISSÃO DE LICITAÇÕES DO SERVIÇO SOCIAL DO COMÉRCIO -
DEPARTAMENTO REGIONAL DO SESC TOCANTINS

CONCORRÊNCIA TIPO MENOR PREÇO GLOBAL Nº 20/0010 – CC

BIDDEN COMERCIAL LTDA, pessoa jurídica de direito privado, inscrito no CNPJ nº 36.181.473/0001-80, sediada na Rua Capitão João Zaleski, 1763, Lindóia, CEP 81010-080, Curitiba (PR), por seu sócio administrador e advogados devidamente constituídos, vem perante Vossa Senhoria, apresentar **IMPUGNAÇÃO AO EDITAL**, conforme abaixo transcritos os fatos e fundamentos.

1. DOS FATOS

A BIDDEN COMERCIAL LTDA, interessada em participar da licitação CONCORRÊNCIA TIPO MENOR PREÇO GLOBAL Nº 20/0010 – CC que tem por objeto aquisição de produtos para manutenção e conservação de piscinas, analisou as previsões do edital encontrando os vícios a seguir expostos:

1.1. DA EXIGÊNCIA INDEVIDA EM SOLICITAR QUESITOS QUE EXIJAM GASTOS ANTERIORES À ASSINATURA DO CONTRATO

Sabe-se que a exigência em determinar que os licitantes apresentem documentos na fase de habilitação que geram gastos abusivos é totalmente ilegal e incabível, todavia, o edital exige que a empresa vencedora, anteriormente da assinatura do contrato apresente, veja-se:

6.17.1 – No caso de apresentação de uma nova marca o licitante deve apresentar amostras de todos os itens, em conformidade com o item 6.15.1.

É perceptível que esta exigência, antes da assinatura do contrato carece de base legal, e sua exigência frustra o caráter competitivo da licitação e, por consequência, viola o art. 3º, § 1º, I, da Lei nº 8.666, de 1993, além de contrariar os vários posicionamentos consolidados pelo Plenário do Tribunal de Contas da União:

É indevido exigir ou pontuar qualquer quesito que exija das licitantes gastos anteriores à assinatura do contrato, como a existência prévia de **profissionais certificados** pertencentes ao quadro da empresa ou de estrutura de e-learning. (Relator André de Carvalho Acórdão 4614/2008-Segunda Câmara) (grifou-se)

Não é cabível exigir ou incluir quesitos de pontuação técnica para cujo atendimento as empresas licitantes tenham de incorrer em despesas que sejam



SANDI & OLIVEIRA

ADVOGADOS

desnecessárias e anteriores à própria celebração do contrato ou frustrem o caráter competitivo do certame, **como a exigência de profissionais certificados com a comprovação de vínculo empregatício prévio.** (Acórdão 237/2009-Plenário | Relator: BENJAMIN ZYMLER) (grifou-se)

É ilegal e restringe a competitividade do certame licitatório a exigência de documentos de habilitação além daqueles previstos nos arts. 27 a 31 da Lei 8.666/1993. (Acórdão 3192/2016-Plenário - Relator MARCOS BEMQUERER)

É vedada a inclusão de exigências de habilitação e de quesitos de pontuação técnica para cujo atendimento os licitantes tenham de incorrer em custos que não sejam necessários anteriormente à celebração do contrato, como a exigência que a licitante tenha em seu quadro de pessoal, no momento do certame, profissional com qualificação técnica para a execução do objeto a ser contratado, bem como certidão que comprove o tempo de experiência dos profissionais que prestarão os serviços. (Acórdão 526/2013-Plenário Relator MARCOS BEMQUERER)

Nesse tema, o debate há de ser iniciado pelo texto do Enunciado nº 272 da Súmula da jurisprudência do Tribunal de Contas da União, ora transcrito: “No edital de licitação, é vedada a inclusão de exigências de habilitação e de quesitos de pontuação técnica para cujo atendimento os licitantes tenham de incorrer em custos que não sejam necessários anteriormente à celebração do contrato.”

Dessa forma, fica notório que a exigência no edital é complementemente abusiva, o que restringe o caráter competitivo da licitação, sendo imprescindível a retirada desta exigência da habilitação, visto que incorre em custos desnecessários.

1.2. DA EXIGÊNCIA INDEVIDA EM SOLICITAR AMOSTRA ANTES/DURANTE A SESSÃO PÚBLICA

É de entendimento doutrinário que a amostra só deve ser exigida do licitante provisoriamente classificado em primeiro lugar:

Se for o caso de apresentação de amostras, afigura-se evidente o descabimento de impor-se a exigência em relação a todos os licitantes. A única alternativa será determinar que o licitante cuja oferta sagrar-se vencedora deverá apresentar a amostra antes da assinatura do contrato. Ou seja, os licitantes terão conhecimento de que, se saírem vencedores do certame, terão de encaminhar imediatamente a amostra do objeto ofertado” (cf. Marçal Justen Filho in Pregão – Comentários à Legislação do Pregão Comum e Eletrônico, 2ª ed., Dialética, São Paulo, 2003, p. 116).

○ **Tribunal de Contas da União** também possui o mesmo entendimento:

A exigência de apresentação de amostras é admitida apenas na fase de classificação das propostas e somente do licitante provisoriamente classificado em primeiro lugar. (Acórdão 2640/2019-Plenário | Relator: BRUNO DANTAS) Somente é cabível exigir amostra de produto objeto de certame ao licitante classificado provisoriamente em primeiro lugar. (Acórdão 1634/2007-Plenário | Relator: UBIRATAN AGUIAR)



SANDI & OLIVEIRA

ADVOGADOS

A exigência de amostra ou protótipos deve ser feita apenas ao licitante provisoriamente em primeiro lugar, de forma previamente disciplinada e detalhada no instrumento convocatório. (Acórdão 3130/2007-Primeira Câmara | Relator: MARCOS BEMQUERER)

É aceitável que se exija apresentação, apenas por parte do licitante vencedor, de amostra de material de consumo a ser adquirido no certame, com vistas a garantir a qualidade dos produtos. (Acórdão 1182/2007-Plenário | Relator: MARCOS BEMQUERER)

Note-se que a exigência abaixo colacionada vai diretamente ao encontro dos entendimentos supracitados:

6.17.1 – No caso de apresentação de uma nova marca o licitante deve apresentar amostras de todos os itens, em conformidade com o item 6.15.1.

Dessa forma, fica notório que a exigência no edital é complementemente abusiva, o que restringe o caráter competitivo da licitação, sendo imprescindível a retirada desta exigência da ou que seja feita somente do licitante provisoriamente vencedor e em prazo razoável, que não seja menor que 5 dias úteis para envio e 10 dias úteis para recebimento pela Administração.

1.3. DA EXIGÊNCIA DE AMOSTRAS SEM CRITÉRIOS OBJETIVOS PARA ANÁLISE DAS AMOSTRAS ALÉM DO REGRAMENTO PARA ACOMPANHAMENTO

O edital exige a apresentação de amostras, conforme abaixo:

6.17.1 – No caso de apresentação de uma nova marca o licitante deve apresentar amostras de todos os itens, em conformidade com o item 6.15.1.

A solicitação de amostras, caso exigida, deve cumprir os requisitos previstos pelo Tribunal de Contas:

Em caso de exigência de amostra, o edital de licitação deve estabelecer critérios objetivos, detalhadamente especificados, para apresentação e avaliação do produto que a Administração deseja adquirir. Além disso, as decisões relativas às amostras apresentadas devem ser devidamente motivadas, a fim de atender aos princípios do julgamento objetivo e da igualdade entre os licitantes. (Acórdão, 529/2018 – Plenário, Data da sessão 14/03/2018 Relator BRUNO DANTAS)

Em licitações que requeiram prova de conceito ou apresentação de amostras, deve ser viabilizado o acompanhamento dessas etapas a todos licitantes interessados, em consonância com o princípio da publicidade. (Acórdão 1823/2017 – Plenário Data da sessão 23/08/2017 Relator WALTON ALENCAR RODRIGUES)

Diante do exposto, ou a exigência de amostras deve ser removida, ou caso haja manutenção da exigência de amostras, requer-se que seja incluído no edital critérios objetivos para análise das amostras além do regramento para acompanhamento pelas licitantes.



SANDI & OLIVEIRA

ADVOGADOS

2. DA FORMA DE CÁLCULO DO PRAZO DE IMPUGNAÇÃO

Diante do recebimento de julgamentos de impugnações calculando de forma equivocada o prazo e se antecipando a uma inesperada declaração de intempestividade da presente peça a impugnante vem apresentar a correta forma de cálculo do prazo de impugnação, **que deve ser analisada, somente no caso de a Administração pretender considerar a presente impugnação intempestiva.**

A contagem dos prazos nos processos licitatórios e nos contratos administrativos está disciplinada no artigo 110 da Lei 8.666/1993:

Art. 110. Na contagem dos prazos estabelecidos nesta Lei, excluir-se-á o dia do início e incluir-se-á o do vencimento, e considerar-se-ão os dias consecutivos, exceto quando for explicitamente disposto em contrário.

Parágrafo único. Só se iniciam e vencem os prazos referidos neste artigo em dia de expediente no órgão ou na entidade.

No caso da impugnação a contagem do prazo é um pouco mais complexa visto que é um prazo “para trás”, também conhecida como contagem regressiva. Na impugnação dos editais, o prazo é de 2 (dois) dias úteis antes do certame, (inciso II do artigo 41 da Lei 8.666/1993, para as licitantes, nas modalidades tradicionais, e artigo 12 do Decreto 3.555/2000, para qualquer pessoa, no pregão). Ou seja, se a licitação for marcada para quinta-feira a impugnação deve ser apresentada na terça-feira, pois não conta a quinta-feira, que é o dia de início, e conta a quarta e a terça-feira, que é o dia final.

Esse tema foi abordado no Acórdão nº 2.625/2008 – TCU – Plenário, cujo relator foi o Ministro Raimundo Carreiro:

1.1.4. Todavia, cabem três ressalvas em relação à resposta da Caixa.

1.1.4.1. A primeira acerca da contagem legal dos prazos. No caso, o dia de início da contagem regressiva, a ser desconsiderado nos termos do art. 110 da Lei nº 8.666/93, foi o dia 11/7/2008. O primeiro dia útil foi o dia 10/7/2008. E o segundo dia útil, prazo limite para impugnação do edital, foi o dia 9/7/2008. Assim, equivoca-se a Caixa quando alega que “considerou de bom tom estender este prazo até as 08hs do dia 09/07”, uma vez que a lei estabelece a contagem dos prazos em dias, e não em horas.

Para facilitar a compreensão, sendo o certame no dia 20, o dia 19 é um dia antes, e o dia 18 é dois dias antes, pois exclui o primeiro (dia 19) e inclui o último (dia 18). Estando permitida a impugnação até dois dias antes, a impugnação deve ser aceita como tempestiva, neste exemplo, se apresentada até o dia 18, inclusive, ou seja, até o último minuto de expediente do dia 18.

Desta forma, caso a Administração entenda que a impugnação é intempestiva, deverá primeiramente analisar os presentes argumentos e verificar se não está efetuando a contagem de forma equivocada.



SANDI & OLIVEIRA

ADVOGADOS

3. DA NECESSIDADE DE JULGAMENTO DO MÉRITO DA IMPUGNAÇÃO MESMO QUE SEJA CONSIDERADA INTEMPESTIVA

Caso a presente impugnação seja considerada intempestiva seu mérito ainda deve ser julgado, veja-se o entendimento da doutrina especializada:

De acordo com o art. 49 da Lei no 8.666 (BRASIL, 1993), a autoridade competente para a aprovação do procedimento poderá revogar a licitação por razões de interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta, devendo anulá-la por ilegalidade, de ofício ou por provocação de terceiros, mediante parecer escrito e devidamente fundamentado.

Assim, a anulação decorre da existência de um vício de legalidade, ao passo que a revogação se dá no âmbito da discricionariedade administrativa, por razões de conveniência e oportunidade, e desde que haja motivo superveniente devidamente comprovado e pertinente. Observe-se que, tanto a anulação quanto a revogação poderão ocorrer no curso do procedimento licitatório.

Dessa forma, no caso específico da anulação, diante da constatação de um vício de legalidade, por força do art. 49 da Lei no 8.666 e do art. 53 da Lei no 9.784 (BRASIL, 1993, 1999a), a Administração deverá realizar a anulação, porquanto se trata de um poder-dever (BRASIL, 1969b).

Quando não partir de ofício da própria Administração, a constatação do vício de legalidade poderá ser motivada mediante provocação de terceiros, não necessariamente participantes do processo licitatório. Ademais, por se tratar de questão de ordem pública, a provocação da análise do vício de legalidade por qualquer cidadão não está sujeita a preclusão. Desse modo, quanto ao vício de legalidade, a Administração deverá, ao menos, apreciar eventuais alegações advindas de cidadãos ou licitantes independentemente do prazo, seja na oportunidade da impugnação, seja durante a realização do certame. Frise-se: qualquer alegação de vício de legalidade relativo ao ato convocatório ou mesmo aos atos praticados durante a licitação deverá ser apreciada pela Administração, ainda que formulada por cidadão que não seja licitante. Assim, mesmo que seja intempestiva a impugnação, a comissão de licitação ou o pregoeiro devem avaliar se a peça apresenta algum apontamento de ilegalidade nas disposições do edital.

Com efeito, em termos processuais, diante da inexistência de preclusão da alegação da matéria, o mais adequado é que o pregoeiro aprecie a impugnação, não a conhecendo por ausência do pressuposto da tempestividade, mas, em razão da autotutela da Administração, analisar de ofício o mérito concernente à eventual ilicitude nas exigências editalícias. (grifou-se) (Amorim, Victor Aguiar Jardim de, Licitações e contratos administrativos : teoria e jurisprudência / Victor Aguiar Jardim de Amorim. – Brasília : Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2017 pgs.89 e 90)

Desta forma, caso a Administração entenda que a impugnação é intempestiva, deverá não a conhecer e mesmo assim julgar o mérito.



SANDI & OLIVEIRA

ADVOGADOS

4. DOS PEDIDOS

Por todo o exposto, requer-se:

1) O recebimento da presente impugnação, julgando-a procedente e alterando as previsões do edital.

2) Que sejam comunicado o julgamento obrigatoriamente pelos e-mails tiago.sandi@sandieoliveira.adv.br, bruna.oliveira@sandieoliveira.adv.br e contato@sandieoliveira.adv.br, sob pena de nulidade.

Nestes termos, pede deferimento.

Curitiba (PR), 20 de outubro de 2020.

Tiago Sandi
OAB/SC 35.917

Bruna Oliveira
OAB/SC 42.633