

Julgamento de Recurso

PROCESSO DE INEXIGIBILIDADE Nº: 001/2019

RECURSO ADMINISTRATIVO – EMPRESA QUANTEQ EQUIPAMENTOS DE ENSAIO LTDA

1 DAS PRELIMINARES

2 Trata-se de Recurso administrativo interposto, tempestivamente, pela empresa Quanteq Equipamentos de Ensaio Ltda., contra a decisão da Pregoeira que indeferiu o pedido de suspensão e cancelamento do processo de inexigibilidade 001/2019

1.1.1 A peça recursal foi anexada no www.comprasgovernamentais.gov.br no dia 01 de abril de 2019.

1.1.2 1.1.2 Todos os licitantes foram cientificados da existência do presente Recurso Administrativo e seu inteiro teor.

1.2 Da admissibilidade

1.2.1 O critério de aceitabilidade do recurso exige a manifestação imediata e motivada, da intenção de recorrer, tão logo seja declarado o vencedor do certame, conforme dispõe o art. 26, caput, do Decreto 5.450 de 31 de maio de 2005:

Art.26 – Declarado vencedor, qualquer licitante poderá, durante a sessão pública, de forma imediata e motivada, em campo próprio do sistema, manifestar sua intenção de recorrer, quando lhe será concedido o prazo de 3 dias para apresentar as razões de recurso, ficando os demais licitantes, desde logo, intimados para, querendo, apresentarem contra-razões em igual prazo, que começará a contar do término do prazo do recorrente, sendo-lhes assegurada vista imediata dos elementos indispensáveis à defesa dos seus interesses.

1.2.2 Assim, a peça recursal apresentada cumpre os requisitos de admissibilidade previstos na legislação, pelo que se passa à análise de suas alegações.

2 DAS ALEGAÇÕES E DO PEDIDO DA RECORRENTE

1 – Que Há outros fabricantes do objeto da presente Inexigibilidade de Licitação;

2 – Que a própria recorrente é também fabricante do objeto;

3 – Que a Administração Pública sempre faz uso de licitação regular para a compra do objeto do presente extrato de inexigibilidade;

· Apresentou rol de 18 licitações (ente muitas outras) – para compra do mesmo objeto do extrato, só do ano de 2017 –

promovido por diversas Universidades e Instituições de Ensino e Pesquisa;

4 – JUNTOU CÓPIA DO EDITAL – PROVANDO que em 2013 a própria Universidade Federal de São João Del Rei, também lançou edital para compra do mesmo objeto do presente extrato de inexigibilidade;

5 – A Recorrente no PEDIDO DE IMPUGNAÇÃO, demonstra que eventual Carta de Exclusividade apresentada pela empresa Instron, **NÃO COMPROVA QUE ELA – INSTRON - É A ÚNICA FABRICANTE DO OBJETO** (essa verdade inclusive é facilmente atestada ao se visitar os links oferecidos em nosso pedido de impugnação, bem como, ao se verificar as Atas e documentos dos inúmeros Pregões que informamos à está N. Pregoeira).

3. DAS CONTRA RAZÕES DO RECORRIDO.

A empresa Instron realizou suas contra razões informando que dentre outras características, ou conjunto de características, que tornam a máquina de ensaios INSTRON exclusiva estão:

Máquina Universal -Medição de Deslocamento: Sensor óptico (encoder), com resolução de 0,0001mm; -Canais de medição de deslocamento e carga inclusos na estrutura da máquina (até dois canais adicionais de deformação podem ser acrescentados a estrutura da máquina); -Sistema de acionamento de dos fusos de esfera pré-tensionados; -Taxa de aquisição de dados de 500 Hz. Software.

1. O software possui um buffer de dados ilimitado para permitir a aquisição de dados sem limite durante o teste.
2. O software permite ao usuário a opção de armazenar dados em incrementos baseados em tempo diretamente no disco rígido, de modo que nenhum dado seja perdido do espécime sob teste no caso de uma perda de energia.
3. O software permite ao usuário definir limites de uma medição de maneira que o alerta de áudio é acionado.
4. O software permite a gravação de um teste com um dispositivo de câmera USB (por exemplo, uma webcam) sincronizado com a curva de teste e os dados brutos. O software possui um Módulo de Gravação e Reprodução de Vídeos de Ensaios onde se permite a gravação do ensaio do início ao fim usando praticamente qualquer dispositivo de gravação de vídeo USB. Após o ensaio, pode-se reproduzir o vídeo para análise e até usar o cursor para selecionar pontos específicos de interesse no gráfico de ensaio, onde deverá haver uma correlação imagem x gráfico possibilitando um estudo completo do comportamento do material durante o teste. O vídeo deve poder ser armazenado digitalmente. -Exibição de teste

1. O software possui 15 layouts pré-configurados para a exibição do espaço de trabalho de teste e a capacidade de personalizar o layout.
2. O software possui uma capacidade de interface multi-toque (Touch-screen), como apertar e afinar para aumentar / diminuir o zoom.
3. O software possui seu próprio visualizador de dados brutos e não exige que o usuário vá para um programa diferente para ver uma tabela de pontos de dados individuais. - Segurança 1. O software possui três níveis de acesso de usuário com base em seu nome de login e incluir proteção por senha.

DO MÉRITO

A diferença substancial existente entre a dispensa e a inexigibilidade de licitação é que nos casos de inexigibilidade não há possibilidade de competição, porque só existe um objeto ou uma pessoa que atenda às necessidades da Administração, sendo que nos casos de dispensa a possibilidade de competição existe, no entanto, a lei faculta a dispensa do processo licitatório deixando a decisão à Administração, no exercício de sua competência discricionária, o que ocorreu no caso em tela.

Verifica-se, assim, que a licitação é a regra, no entanto, quando inviável a competição ela será inexigível. Havendo possibilidade de competição deverá haver licitação, ressalvados os casos previstos em lei como de dispensa de licitação.

Conforme podemos vislumbrar com a documentação carreada aos autos, principalmente com o parecer Técnico Científico do Prof. Dr. Túlio Panzera, mais precisamente as fls. 45/49, que avaliza a presente inexigibilidade, bem como pelas negativas de fornecimento do equipamento ora objeto da presente aquisição, carreadas aos autos as fls. 60/72, demonstram a total impossibilidade de competição na aquisição do referido equipamento.

É importante frisar, que na inexigibilidade de licitação não estão presentes os pressupostos para uma escolha objetiva da proposta mais vantajosa para a Administração.

Marçal Justen Filho (2012, p. 406/407) afirma que a inviabilidade de competição, de acordo com o artigo 25 da Lei 8.666/93, pode ocorrer, exemplificativamente, nas seguintes situações:

- a) Ausência de alternativas: quando existe uma única solução e um único particular em condições de executar a prestação;
- b) Ausência de mercado concorrencial: ocorre nos casos de serviços de natureza personalíssima;
- c) Ausência de objetividade na seleção do objeto: não há critério objetivo para escolher o melhor;
- d) Ausência de definição objetiva da prestação a ser executada: não há possibilidade de competição pela ausência de definição prévia das prestações exatas e precisas a serem executadas ao longo do contrato.

A exigência de licitação decorre da necessidade de preservação do interesse público, sendo que a sua realização no caso de inexigibilidade acabaria por prejudicar esse próprio interesse, na medida em que ou não seria selecionada qualquer proposta, ou a proposta selecionada não atenderia ao interesse público, como ocorre no presente caso.

Desta forma, conclui-se que a ausência dos pressupostos lógicos, fáticos e jurídicos necessários para a realização da licitação, com lastro na inviabilidade de competição, configura o que a Lei de Licitações e Contratos da Administração Pública (Lei nº 8.666/93) denominou de inexigibilidade de licitação, conforme dispõe o seu artigo 25, sendo que uma vez caracterizada tal situação a decisão de não realizar o certame é vinculada, não restando alternativa à Administração senão a contratação direta.

Ressalte-se, no entanto, que a inexigibilidade de licitação será efetuada através de um procedimento com a observância dos princípios que regem a Administração, quais sejam, legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, buscando a seleção do contrato mais adequado e vantajoso à Administração.

O artigo 25 da Lei 8.666/93 traz as hipóteses de inexigibilidade de licitação.

Com efeito, dispõe o referido artigo, *in verbis*:

"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; (grifo nosso).

II - para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação;

III - para contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.”

Verifica-se da análise de tal dispositivo legal, que as hipóteses previstas nos incisos são meramente exemplificativas, sendo que na existência de um caso concreto de inviabilidade de competição que não se enquadre em nenhuma das hipóteses ali referidas, aplica-se o *caput* do artigo.

A hipótese prevista no inciso I trata do caso de fornecedor exclusivo, ou seja, há um único sujeito em condições de fornecer.

Dispõe o inciso I do artigo 25 da Lei 8.666/93, *in verbis*:

“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”;

Ao definir o objeto da contratação deverão ser observados critérios técnicos e econômicos a fim de definir o objeto que melhor atenda ao interesse sob tutela estatal, é que ocorre no caso em tela, visto que a Fundação de Apoio da Universidade Federal – FAUF se ateve ao parecer técnico científico realizado pelo Prof. Dr. Túlio Panzera, no qual o mesmo informa que a empresa Instron é a única do mercado em fornecer a técnica de vídeo-extensometria patenteada, denominada *Advanced Video Extensometer – AVE 2*, não havendo assim em que se falar em preferência de marca, visto que nenhuma outra empresa possui a referida técnica acima mencionada, justificando assim a sua aquisição por inexigibilidade.

Note-se que, conforme nos ensina Marçal Justen Filho, “Havendo motivação técnico-científica adequada, a escolha da Administração não apresentará defeitos. Essa escolha deverá indicar o objeto escolhido. Para sua perfeita identificação, nada impede a utilização da marca e dos demais característicos externos do objeto escolhido. Enfim, a marca não pode ser a causa motivadora da escolha, mas se admite a indicação da marca como mero elemento acessório,

consequência de uma decisão que se fundou em características específicas do objeto escolhido.” (2012, p.410) (grifo nosso)

Importante salientar que no caso de representante exclusivo há apenas um fornecedor autorizado a intermediar os negócios em determinada região, sendo que tal expressão abrange qualquer espécie de agente econômico titular de cláusula de exclusividade.

Conforme dispõe a Súmula 255 do Tribunal de Contas da União, “Nas contratações em que o objeto só possa ser fornecido por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, é dever do agente público, responsável pela contratação, a adoção das providências necessárias para confirmar a veracidade da documentação comprobatória da condição de exclusividade.”

De acordo com Marçal Justen Filho, “deve interpretar-se o dispositivo como indicando instituições dotadas de credibilidade e autonomia em relação ao mercado. A inviabilidade de competição pode ser evidenciada através de documentação emitida por instituição confiável e idônea, ainda que não integrante no Registro Público de Empresas Mercantis e sem natureza sindical.” (2012, p. 416/417).

Nesse sentido a seguinte decisão proferida na Ação Penal Originária nº 214/SP pela Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça em 07.05.2008, sendo Relator o Ministro Luiz Fux:

“AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA. CONSTRUÇÃO DO FORO TRABALHISTA DE PRIMEIRA INSTÂNCIA DA CIDADE DE SÃO PAULO. CONTRATAÇÃO POR DISPENSA DE LICITAÇÃO PARA INSTALAÇÃO DE PISO ELEVADO. INÉPCIA DA DENÚNCIA QUANTO CRIME DE USO DE DOCUMENTO FALSO (ART 304 DO CÓDIGO PENAL). DELITO PREVISTO NO ART. 319 DO CÓDIGO PENAL ATINGIDO PELA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. PERSECUÇÃO PENAL VOLTADA PARA O ART. 89 E PARÁGRAFO ÚNICO DA LEI 8.666/93. AUSÊNCIA DE PROVAS QUANTO AO DOLO E ATUAÇÃO EM CONCURSO DE AGENTES. CONTRATAÇÃO LASTREADA EM PARECERES TÉCNICOS. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO AO ERÁRIO. IMPROCEDÊNCIA DA PRETENSÃO PUNITIVA ESTATAL.(...)”

4- (...) É que o inciso I do art. 25 da Lei de Licitações, ao exigir que certificado seja expedido 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 (grifamos), não veda que carta de exclusividade seja fornecida por órgão de registro de comércio com abrangência a nível nacional, ao revés, induz que esses órgãos é que são competentes para tanto. Ademais, aduzir que a certidão, que deveria ter sido passada por atestado fornecido por órgão de registro do comércio local em que se realizaria a licitação (arte 25, I, Lei 8.666/93) – portanto, São Paulo - foi emitida por associação sediada no Rio de Janeiro, (fls. 2.396), não se perfaz suficiente à tipificação do delito. Tanto mais que o inciso I do art. 25 da Lei de Licitações, ao exigir que certificado seja expedido 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 (grifamos), não veda que carta de exclusividade seja fornecida por órgão de Registro de Comércio com abrangência a nível nacional, mas, ao revés, induz à conclusão de que esses órgãos é que são competentes para tanto. (...)"

Por fim, importante ressaltar que a FAUF, adota a orientação do Tribunal de Contas da União, onde é necessário que a Administração, através de sua área técnica verifique a efetiva exclusividade de fornecedores e prestadores de serviço, não havendo em que se falar em falta de amparo legal para a aquisição do referido equipamento, como aduziu a Recorrente.

No tocante à dimensão territorial da questão importante trazer a lição de Hely Lopes Meirelles, "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, neste caso, considera-se a *exclusividade na praça de comércio* que abranja a localidade da licitação. O conceito de exclusividade está, pois, relacionado com a área privativa do vendedor ou do representante do produtor. (...) Considera-se, portanto, vendedor ou representante comercial exclusivo, para efeito de *convite*, o que é único na localidade; para *tomada de preços*, o que é único no registro cadastral; para *concorrência*, o que é único no País". (grifos do autor) (2013, p. 310).

DA INSTRUÇÃO DO PROCESSO DE INEXIGIBILIDADE

Dispõe o artigo 26 da Lei 8.666/93, *in verbis*:

"Art. 26. As dispensas previstas nos §§ 2º e 4º do art. 17 e no inciso III e seguintes do art. 24, as situações de inexigibilidade referidas no art. 25, necessariamente justificadas, e o retardamento previsto no final do parágrafo único do art. 8º desta Lei deverão ser comunicados, dentro de 3 (três) dias, à autoridade superior, para ratificação e publicação na imprensa oficial, no prazo de 5 (cinco) dias, como condição para a eficácia dos atos.

Parágrafo único. O processo de dispensa, de inexigibilidade ou de retardamento, previsto neste artigo, será instruído, no que couber, com os seguintes elementos:

I - caracterização da situação emergencial ou calamitosa que justifique a dispensa, quando for o caso;

II - razão da escolha do fornecedor ou executante;

III - justificativa do preço.

IV - documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados.”

Ao compulsarmos os presentes autos, verificamos que estão cumpridos todos os requisitos necessários requeridos no Art. 26, e incisos da Lei 8.666/93, não havendo qualquer vício de forma a macular o presente certame.

É o relatório decidido.

Diante do exposto, e em conformidade com a legislação acima mencionada, a inexigibilidade da licitação para aquisição da referida máquina encontra-se em perfeitas condições, sendo improcedente o Recurso realizado pela empresa **QUANTEQ EQUIPAMENTOS DE ENSAIO LTDA**, tendo em vista as especificações realizadas pelo Prof. Dr. Túlio Panzera.

Por todo o exposto, conheço do recurso interposto pela **QUANTEQ EQUIPAMENTOS DE ENSAIO LTDA**, cujos argumentos não suscitam viabilidade de reconsideração desta Pregoeira, razão pela qual mantenho a decisão da continuidade do processo de licitação por inexigibilidade

Encaminho os autos à autoridade superior para sua análise, consideração e decisão do Recurso Administrativo em pauta.


São João del-Rei, 15 de abril de 2019.


IANE ZIM
PREGOEIRA

DECISÃO

1. Ratifico o julgamento da Pregoeira e **NEGO PROVIMENTO** ao Recurso Administrativo apresentado pela empresa **QUANTEQ EQUIPAMENTOS DE ENSAIO LTDA** à vista do que consta dos autos e pelas razões de fato e fundamentos de direitos apresentados.
2. Assim, **MANTENHO A DECISÃO** da Pregoeira que declarou vencedora do processo de Inexigibilidade a empresa **EMIC/INSTRON**
3. Em cumprimento ao que determina o Art. 43, VI, da Lei 8.666/93, **HOMOLOGO** a processo de inexigibilidade nº: 001/2019 **AQUISIÇÃO DA MÁQUINA DE ENSAIOS DA EMPRESA EMIC/INSTRON POR MEIO DE RECURSOS PROVENIENTES DO PROJETO FINEO/CEPPE 0157**, e **determine que sejam adotadas as medidas cabíveis para a contratação da respectiva empresa.**

São João del-Rei, 16 de abril de 2019.


Prof. Bezamat de Souza Neto
Fundação de Apoio a Universidade Federal de São João Del Rei - FAUF
Presidente