



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO AMAZONAS
SUPERVISÃO DE LICITAÇÕES E DISPUTAS ELETRÔNICAS**

DECISÃO DO PREGOEIRO – IMPUGNAÇÃO AO EDITAL 102015 – PLATAFOPRMA ELEVATÓRIA

Recebido tempestivamente e estando presentes os pressupostos de admissibilidade, em conformidade com o Art. 18, do Decreto 5.450/2005, decido, nos termos abaixo acerca dos pedidos apresentados.

1. DA RESPONSABILIDADE POR INTERVENÇÃO DE TERCEIRO

Prevê o Edital, e é item que integra o objeto da licitação, que a contratada indique “profissionais e empresas credenciadas a prestar a manutenção preventiva e corretiva, durante o período de garantia, bem como, a prestar a assistência técnica”. É o que prevê o subitem “1.7” do Termo de Referência. Primeiramente, a contratada indicará assistência técnica que será responsável por atender às demandas pertinentes à garantia. A contratada, se não for a própria prestadora da assistência, poderá indicar a assistência técnica prestada por terceiro e autorizar o acionamento direto. Tais eventos correrão à conta da garantia do objeto, ou seja, à conta da contratada.

A contratada indicará, ainda, empresas aptas a realização das manutenções preventivas ou corretivas, eventualmente, não cobertas pela garantia, de forma a preservar a mesma.

Todas as indicações poderão recair sobre a mesma empresa, inclusive sobre a própria contratada, desde que comprove aptidão técnica para o serviço. Nestas hipóteses a garantia continua inalterada.

Entendo não haver razões suficientes para alterar o Edital, uma vez que, embora se trate de contrato administrativo, a responsabilidade por culpa exclusiva de terceiro é causa excludente de responsabilidade consumerista e civil, não havendo cláusula na minuta contratual que a afaste.

2. DA ADMISSIBILIDADE DE FATURAMENTO DO MATERIAL COM CNPJ DA MATRIZ

Não há regra proibitiva no Edital, razão pela qual acolhem-se os argumentos da interessada para, por sua livre escolha, decidir em qual CNPJ será faturado o material a que alude. Tal prática é corriqueira nesta Administração, diga-se, pacífica.

Entretanto, a licitante deve atentar para o CNPJ constante de seus atestados de capacidade técnica. Não deve confundir a centralização de determinados faturamentos (Nota fiscal emitida por Matriz ou Filial) com a efetiva prestação de serviço. Os atestados, a princípio, deverão estar em nome da licitante, não sendo permitido atestados distintos. Isto porque o modelo de gestão, a natureza do serviço ou a distância da matriz podem fazer com que a filial e a matriz funcionem com relativa autonomia na prestação dos serviços e possuam capacidades técnicas distintas. Acima, diz-se “a princípio”, porque tais ocorrências serão resolvidas por meio de diligência.

Entendo não haver razões suficientes para alterar o Edital.



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO AMAZONAS
SUPERVISÃO DE LICITAÇÕES E DISPUTAS ELETRÔNICAS**

3. DA APRESENTAÇÃO DO ROL DE CONTRATOS FIRMADOS COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E PRIVADOS

O dispositivo encontra amparo na Lei 8.666/93 e IN 02/2008.

LEI 8.666/93

Art 31.

“§ 4º Poderá ser exigida, ainda, a relação dos compromissos assumidos pelo licitante que importem diminuição da capacidade operativa ou absorção de disponibilidade financeira, calculada esta em função do patrimônio líquido atualizado e sua capacidade de rotação.”

IN MPOG 20/2008

Art. 19. Os instrumentos convocatórios devem conter o disposto no art. 40 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, indicando ainda, quando couber:

XXIV - disposição prevendo condições de habilitação econômico-financeira nos seguintes termos:

d) declaração do licitante, acompanhada da relação de compromissos assumidos, conforme modelo constante do Anexo VIII, de que um doze avos dos contratos firmados com a Administração Pública e/ou com a iniciativa privada vigentes na data apresentação da proposta não é superior ao patrimônio líquido do licitante que poderá ser atualizado na forma descrita na alínea “c”, observados os seguintes requisitos:

1. a declaração deve ser acompanhada da Demonstração do Resultado do Exercício – DRE, relativa ao último exercício social; e

2. caso a diferença entre a declaração e a receita bruta discriminada na Demonstração do Resultado do Exercício – DRE apresentada seja superior a 10% (dez por cento), para mais ou para menos, o licitante deverá apresentar justificativas; e

Com efeito, parte do objeto resulta em obrigação de fazer, ou seja, é caracterizado por ser uma atividade que consiste no serviço de engenharia comum. É portanto afeita à disciplina normativa a que se sujeitam os serviços. O confronto dos dispositivos citados não deixa dúvida de que o MPOG regulamentou o dispositivo legal. Sobressaem, pelo menos, dois aspectos. O primeiro (Art. 19) diz respeito a aplicação da regra a serviços em geral, continuados ou não, com ou sem fornecimento de mão-de-obra.

O segundo aspecto diz respeito à inserção da regra na instrução normativa. A regulamentação transgrediu a ordem do Acórdão 1214/13 que determinou a inserção (Com meus grifos):

9. Acórdão:



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO AMAPAZ
SUPERVISÃO DE LICITAÇÕES E DISPUTAS ELETRÔNICAS**

VISTOS, relatados e discutidos estes autos que cuidam de representação formulada pela então Secretaria Adjunta de Planejamento e Procedimentos – Adplan, com o objetivo de apresentar propostas de melhorias nos procedimentos de contratação e execução de **contratos de terceirização de serviços continuados** na Administração Pública Federal.

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Plenária, diante das razões expostas pelo Relator, em:

9.1 recomendar à Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento que incorpore os seguintes aspectos à IN/MP 2/2008:

9.1.10 sejam fixadas em edital as exigências abaixo relacionadas como condição de habilitação econômico-financeira **para a contratação de serviços continuados:**

9.1.10.3 patrimônio líquido igual ou superior a 1/12 (um doze avos) do valor total dos contratos firmados pela licitante com a Administração Pública e com empresas privadas, vigentes na data de abertura da licitação. Tal informação deverá ser comprovada por meio de declaração, acompanhada da Demonstração do Resultado do Exercício (DRE) relativa ao último exercício social, e se houver divergência superior a 10% (para cima ou para baixo) em relação à receita bruta discriminada na DRE, a licitante deverá apresentar as devidas justificativas para tal diferença;

Portanto, a exigência normativa ultrapassou os limites delineados pelo TCU, pois os estudos preliminares que lastrearam o julgado eram compostos de contratos de serviço continuado. A exigência, contudo, não é ilegal, considerando a competência normativa do MPOG. Entretanto, em sede de interpretação teleológica, observa-se que a lei e o Acórdão facultam o estabelecimento da exigência, s.m.j, nos casos em que os contratos possuem prazo dilatado e a contratada necessita preservar sua capacidade operativa, em especial, os de serviços continuados. **Não é o caso.**

Noutra aresta, não há como desconsiderar os argumentos da interessada. Dahyana Siman Carvalho da Costa, Advogada, especialista em Direito da Economia e da Empresa, mestre em Direito Ambiental, docente no Centro Universitário do Leste de Minas Gerais – UNILESTE, em seu Artigo “Concorrência Desleal” (1), assim manifesta-se sobre a concorrência parasitária:

A concorrência parasitária é uma modalidade de concorrência desleal que difere dos outros atos de concorrência, eis que não ocorre de forma agressiva, mas ao contrário, ela se instala de forma quase despercebida. Tal nomenclatura (parasitária) é dada ao instituto, porquanto, a vantagem advinda da atividade praticada pelo concorrente, a clientela, é obtida sem nenhum esforço, sendo que “o objetivo é, portanto, se aproveitar do ser parasitado retirando aquilo que interessa, sem contudo, ter qualquer esforço para conseguir” (ALMEIDA, 2004, p. 176).

Nesta modalidade de concorrência não se busca a ruína total de seu concorrente, já que para o parasita o importante é que este continue crescendo e inovando em seus produtos. Ademais, o parasita muitas vezes não deseja sequer que haja confusão entre os seus produtos com os originais, justamente para não configurar outras espécies de concorrência desleal, assim, em regra, os produtos do parasita se apresentam de forma distinta, com sua própria marca, cores e sinais distintivos.

A conduta do parasita está presente no aproveitamento indevido do sucesso e do esforço empregado por alguma empresa de renome no fabrico e comercialização de seu produto, ou seja, o parasita sempre espera que outro empresário lance seu produto para posteriormente aproveitar-se das características do mesmo e simplesmente copiar, não empregando, dessa



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO AMAZONAS
SUPERVISÃO DE LICITAÇÕES E DISPUTAS ELETRÔNICAS**

forma, nenhum gasto com pesquisas, testes ou publicidade etc., isso porque, o parasitado já o fez.

Como consequência da prática empregada pelo concorrente parasita, o produto por este lançado terá preço mais baixo, porém com qualidade inferior, o que não impede a capacidade de retirar em parte a clientela do empresário que foi parasitado, sendo que a absoluta e indevida exploração das criações e de investimentos alheios, mesmo quando periodicamente modificados os produtos – quase sempre aliados a violação de segredo –, pode até comprometer o próprio negócio do titular, apesar de não ser este o intuito do parasita (BITTAR, 2005, P.57).

Assim, a concorrência parasitária se funda em lançar produtos análogos, utilizar idênticas técnicas de comercialização, agir de forma sistemática, independentemente de causar confusão, porém, sem ter que suportar as despesas e os riscos do negócio com intuito de angariar clientes (ALMEIDA, 2004, p. 181).

Sendo assim, pode-se declarar que o concorrente parasitário aproveita-se indevidamente, sem autorização e de maneira bem articulada do sucesso de marcas notórias, com o escopo de captar a clientela alheia, sem, no entanto, causar prejuízos irreparáveis ao seu concorrente, pois como todo parasita, necessita do parasitado para sobreviver.

[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?
n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9121](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9121)

Assiste à interessada defender a clientela que conseguiu regularmente, dentro de uma perspectiva ética de marketing. Tal captação de clientes, por outras concorrentes, estaria incontornavelmente facilitada pela publicização de seus contratos com a iniciativa privada. Vale dizer que estariam diante de vantagem gratuita advinda pela atividade praticada pela interessada, qual seja, a de descobrir e evidenciar possíveis clientes.

Logo, s.m.j, entendo que o dispositivo não deve ser aplicado, seja pela interpretação teleológica face ao caso concreto, seja porque o risco da Administração não deve dar ensejo ou criar facilidades à prática de infrações econômicas de forma desproporcional. Uma vez que, mesmo a licitante tendo satisfeito a exigência, a Administração não pode se imiscuir em sua gestão, evitando que comprometa seu patrimônio, existem outros meios e dispositivos editais e contratuais aptos à verificação da habilitação econômica e ao atingimento do objeto contratual.

Acolho parcialmente os motivos delineados pela interessada e excluo a exigência editalícia, concernente tão somente à Declaração de Contratos Firmados, que poderá ser oportunamente solicitada, face à inexecução contratual por razões econômicas, permanecendo a exigência da apresentação da Demonstração do Resultado de Exercício – DRE.



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO AMAZONAS
SUPERVISÃO DE LICITAÇÕES E DISPUTAS ELETRÔNICAS**

4. DA GARANTIA CONTRATUAL

Não há prazo legal para a prestação de garantia, sendo o instrumento convocatório o meio costumeiramente eleito para discipliná-lo. In casu, o Edital estabeleceu 10 dias. Entretanto, estabeleceu a lei plena liberdade à contratada para a escolha da forma que melhor lhe atender. Por tal razão, o atraso na prestação da garantia, desde que comprovadamente não se deva a ações ou omissões da contratada, incluídas as providências solicitadas à contratada pela instituição garantidora, não resultam em inexecução contratual ou mora.

Entendo não haver razões suficientes para alterar o Edital.

5. DA RESPONSABILIDADE PELA GUARDA DO MATERIAL

Neste ponto, silente o Edital, informo que a responsabilidade é da Administração. O bem fornecido, até que esteja instalado, será depositado pela contratada em local indicado pela Administração, no próprio endereço onde se dará a instalação. A responsabilidade pelo transporte, inclusive no interior do local, é da contratada. Entretanto, a responsabilidade pela guarda é da contratante.

Entendo não haver razões suficientes para alterar o Edital.

6. DA ABRANGÊNCIA DO TREINAMENTO

Argumentos acolhidos, entendo cabível a retirada do trecho “Como prevenção para o caso de haver pessoas retidas no elevador ou acidente, a Contratada deverá treinar um funcionário local (da PR/AM), para retirada de pessoas eventualmente retidas na plataforma”, do subitem “13.14”, sobretudo, face às Norma Técnica referenciada.

7. DAS EXIGÊNCIAS E APRESENTAÇÃO DO GFIP E SEFIP

A interessada não é apta a falar em nome da “grande maioria das licitantes interessadas” razão pela qual, comprovados os fatos a que alude o dispositivo Art. 135 referenciado, a contratada ficaria dispensada elaborar a GFIP específica. Do contrário, e estamos diante de um contrário possível, a contratada deveria cumprir o disposto no Edital. Ou seja, os pressupostos fáticos teriam preponderância para afastar, ou não, a exigência. Importa salientar que a dispensa é de elaboração de GFIP específica, não de apresentação de GFIP que, mesmo sendo geral, deveria ser disponibilizada.

Fato é que a exigência não encontra amparo como condição para o pagamento, razão pela qual acolho o pedido e retiro do Edital os dispositivos abaixo

“16.14.4. Cópias da GFIP, GRF, SEFIP, GPS e relação de trabalhadores, conforme o caso,



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO AMAZONAS
SUPERVISÃO DE LICITAÇÕES E DISPUTAS ELETRÔNICAS**

constando a PRR2 como tomadora dos serviços/obra, com autenticação bancária ou código de operação on-line e protocolo de envio de arquivos, e com competência, no mínimo, anterior ao da prestação dos serviços.

16.14.5. Relação de Tomadores/Obras (RET).

16.14.6. Em caso de demissão de empregados envolvidos com a execução dos serviços, além dos documentos descritos acima, deverá ser apresentado, como condição para pagamento da fatura mensal, comprovante de quitação de todas as obrigações trabalhistas.

16.14.7. Demais documentos que comprovem o cumprimento das obrigações da CONTRATADA.”

8. DA DOTAÇÃO ORÇAMENTÁRIA

Informo que o numerário encontra-se assegurado conforme Nota de Crédito 2015NC003506, emitida pela Secretaria-Geral do Ministério Público Federal – UGR 200097.

A despesa correrá a conta da seguinte classificação.

Programa de Trabalho: 0306205814264001

Natureza de Despesa: 449052

Plano Interno: Acessibilidade.

Entendo não haver razões suficientes para alterar o Edital.

9. DA APRESENTAÇÃO DE ATESTADO DE ANTECEDENTES CRIMINAIS

O dispositivo impugnado em nada se imiscui na liberalidade do empregador para escolher seus empregados. Com efeito, a apresentação dos antecedentes visa a orientar a Administração acerca de suas ações de segurança orgânica, não se confundindo com postura discriminatória na contratação ou manutenção de trabalhador, pelas quais o empregador é inteiramente responsável. O dispositivo traz, ainda, a expressão “quando solicitado”, que deve ser interpretada dentro da boa-fé objetiva, como medida de que a Administração lançará mão face à necessidade pública e razoabilidade administrativa.

Tais informações não ultrapassam o direito à intimidade ou à vida privada, pois, no que diz respeito ao fatos que tenham ensejado medidas de esfera criminal, as informações são, na medida que a lei lhes qualificar, públicas.

A norma encontra amparo na IN 02/2008.

Entendo não haver razões suficientes para alterar o Edital.



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO AMZNAS
SUPERVISÃO DE LICITAÇÕES E DISPUTAS ELETRÔNICAS**

9. OUTRAS ALTERAÇÕES

9.1 ALTERO O SEGUINTE DISPOSITIVO

Do Termo de Referência:

Onde está escrito:

“13.12. O objeto deverá ter garantia integral (fabricação e instalação) para o seu funcionamento, cujo período será ininterrupto no prazo mínimo de 12 (doze) meses, contados da data do recebimento definitivo, contemplando-se, além da manutenção preventiva e corretiva, a substituição de peças, sem qualquer ônus para a Contratante;”

Leia-se:

“13.12. O objeto deverá ter garantia integral (fabricação e instalação) para o seu funcionamento, cujo período será ininterrupto no prazo mínimo de 12 (doze) meses, contados da data do recebimento definitivo.”

9.2 EXCLUO O SEGUINTE DISPOSITIVO

Do Termo de Referência:

“13.13. A Contratada deverá possuir profissional qualificado (Assistência Técnica autorizada) devidamente instalado na Capital do Estado ou Região Metropolitana de Manaus, a fim de atender em casos de emergência durante o prazo de garantia vigente do equipamento, não inferior a 01 (um) ano;”

“13.14. O profissional citado no subitem anterior deverá atender aos chamados para solução de problemas técnicos em até 48 (quarenta e oito) horas após a abertura da chamada técnica, que deverá ser feita pelo Gestor do Contrato ou por pessoa por ele indicada, mediante telefonema, fax ou e-mail. Como prevenção para o caso de haver pessoas retidas no elevador ou acidente, a Contratada deverá treinar um funcionário local (da PR/AM), para retirada de pessoas eventualmente retidas na plataforma;”

É como decido.

Manaus, 19 de outubro de 2015

**Wagner Rodrigues Gonçalves
Pregoeiro**