



CÂMARA MUNICIPAL DE INDAIATUBA

PALÁCIO VOTURA

Rua Humaitá, 1167 Centro – PABX: (19) 3885-7700.

CEP: 13.339-140 – Indaiatuba - SP

CONSULTA/IMPUGNAÇÃO.

PREGÃO PRESENCIAL Nº 007/2017.

Aos quinze dias do mês de agosto de 2017, às 14:30 horas, foi submetido a Presidência da COPEL consulta formulada pela empresa Hermes Comércio e Serviços de Ar Condicionado Eireli - EPP sobre o processo licitatório Pregão Presencial nº 007/2017 cujo objeto é Aquisição de Equipamentos de Ar Condicionado para a Câmara Municipal de Indaiatuba.

Informa o consulente que no mercado não existe mais de uma marca de aparelho de ar condicionado piso teto selo Procel "B" para o item 04 do edital.

Entretanto na própria consulta o consulente informa que na tabela do INMETRO existem 02 equipamentos que se enquadram na solicitação da Administração Pública, quais sejam, LG e Samsung, porém a fabricante Samsung não possui tal equipamento disponível para a comercialização no mercado.

Aduz na consulta que pela ausência de equipamentos disponíveis no mercado o edital indica a princípio direcionamento a marca LG, o que é vedado pelo art. 7º § 5º da lei 8.666/93.

Conclui perguntando qual é o procedimento a ser adotado pela licitante já que entende que o edital está direcionado a marca LG.

DA ANÁLISE DA CONSULTA/IMPUGNAÇÕES:

É importante destacar que indicação de marca no edital não é defeito, mas sempre surge a polêmica acerca de eventuais direcionamentos, que fulminam a ampla competitividade e a isonomia, além de não cumprirem com a finalidade do certame, que é a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração.



CÂMARA MUNICIPAL DE INDAIATUBA

PALÁCIO VOTURA

Rua Humaitá, 1167 Centro – PABX: (19) 3885-7700.

CEP: 13.339-140 – Indaiatuba - SP

Ademais, não é muito lembrar a máxima de que o edital é a lei da licitação, ou seja, todo o procedimento licitatório será regido dentro dos contornos do instrumento convocatório, que vincula tanto os licitantes quanto a Administração.

Além disso, o princípio do julgamento objetivo também clama pelo óbvio afastamento das subjetividades, e a indicação de marca como critério para a escolha da proposta vencedora suscita o tema da falta de objetividade na seleção.

Por esses motivos, a Lei nº 8.666/1993 tomou o cuidado de tratar da indicação de marca, e em até mais de uma oportunidade. Dispondo sobre as obras e serviços, a Lei de Licitações estabeleceu:

Art. 7º As licitações para a execução de obras e para a prestação de serviços obedecerão ao disposto neste artigo e, em particular, à seguinte sequência:

[...] § 5º É vedada a realização de licitação cujo objeto inclua bens e serviços sem similaridade ou de marcas, características e especificações exclusivas, **salvo nos casos em que for tecnicamente justificável**, ou ainda quando o fornecimento de tais materiais e serviços for feito sob o regime de administração contratada, previsto e discriminado no ato convocatório.

Mais adiante, ao cuidar das compras, novamente enfocou o tema, pois que o art. 14 exige a descrição objetiva dos itens que serão comprados, mas o inciso I, do § 7º, do art. 15 determina que isso seja feito sem indicação de marca. Veja-se:

Art. 15. As compras, **sempre que possível**, deverão:

[...] § 7º Nas compras deverão ser observadas, ainda:

I - A especificação completa do bem a ser adquirido sem indicação de marca.

Diante desses dispositivos, e em uma leitura apressada, poder-se-ia concluir que a Lei nº 8.666/1993 veda a indicação de marca no instrumento convocatório. **Todavia, esta não é a interpretação correta.**

O assunto tem sido amplamente estudado. E, como não poderia deixar de ser, já está consolidado o entendimento de que a **indicação de marca nos editais é constitucional e legal**, desde que observados certos requisitos. É à análise desses requisitos que ora se dedica, com base na doutrina e na jurisprudência, sobretudo dos tribunais de contas.

De proêmio, um primeiro argumento, de ordem estritamente prática, que leva à aceitação da indicação de marca em edital, é o fato de que muitas vezes a Administração acaba adquirindo produtos, serviços ou obras de baixa qualidade.

Contudo, além desse e de outros fundamentos fáticos, existem fundamentos jurídicos pelos quais se deve considerar aceitável a indicação de marca em editais.



CÂMARA MUNICIPAL DE INDAIATUBA

PALÁCIO VOTURA

Rua Humaitá, 1167 Centro – PABX: (19) 3885-7700.

CEP: 13.339-140 – Indaiatuba - SP

Ora, muitas vezes a marca é apontada por uma questão de objetividade, como nas **situações em que o mercado oferece um determinado bem cuja qualidade ou economia seguramente se reportam a uma marca.**

Nesses casos, não se está a limitar a competitividade e ferir a isonomia. **Trata-se, na verdade, de uma alternativa da Administração para selecionar um objeto que atenda de modo escoreito às suas necessidades.** Partindo dessa premissa, Marçal Justen Filho assim analisa o tema:

Não é necessário reiterar a ausência de confusão entre os conceitos de padronização e preferência por marca. A padronização pode resultar na seleção de um produto identificável por meio de uma marca. Logo, o resultado será a escolha pela Administração de uma “marca” determinada, a qual será utilizada posteriormente para identificar os objetos que serão contratados. Isso não se traduz em qualquer tipo de atuação reprovável, não infringe à Constituição nem viola a Lei nº 8.666/1993. O que se veda é a preferência subjetiva e arbitrária por um produto, fundada exclusivamente na marca. **Não há infringência quando se elege um produto** (serviço etc.) **em virtude de qualidades específicas, utilizando-se sua marca apenas como instrumento de identificação.** No caso, não há preferência pela marca, **mas pelo objeto.** A marca é, tão-somente, o meio pelo qual se individualiza o objeto que se escolheu (JUSTEN FILHO, 2011, p. 186/187).

De outro lado, cumpre destacar que o Tribunal de Contas de União já decidiu por reiteradas vezes pela possibilidade de indicação de marca no edital de licitação. Contudo, o TCU confere caráter de excepcionalidade à citada conduta. Assim, a orientação é no sentido de que há necessidade de apresentação, em uma decisão prévia e fundamentada do gestor público, de elementos técnicos e/ou **econômicos** que justifiquem a indicação da marca. Nesse sentido, confira-se o seguinte aresto:

Esta Corte de Contas, em diversos julgados, tem se manifestado pela possibilidade excepcional de indicação de marca em licitações, desde que fundadas em razões de ordem técnica ou econômica, devidamente justificadas pelo gestor, hipóteses nas quais não há ofensa ao princípio da isonomia, nem tampouco restrições ao caráter competitivo do certame (Decisão n. 664/2001 - Plenário; Acórdão n. 1.010/2005 - Plenário e Acórdão n. 1.685/2004 - 2ª Câmara). (TCU, Acórdão 1.122/2010, Primeira Câmara, Rel. Min. Marcos Bemquerer Costa, DOU 12/03/2010).

Além disso, a indicação de marca somente é lícita quando a aquisição do bem daquela marca significar, pelas mencionadas razões técnicas e/ou **econômicas**, uma vantagem para a Administração, conforme também já decidiu o TCU:

A indicação de marca na especificação de produtos de informática pode ser aceita frente ao princípio da padronização previsto no art. 15, inciso I, da Lei nº 8.666/1993, desde que a decisão administrativa que venha a identificar o produto pela sua marca seja circunstanciadamente motivada e demonstre ser essa opção, em termos técnicos e econômicos, mais vantajosa para a administração. (TCU, Acórdão nº 2.376/2006, Plenário, Rel. Min. Marcos Vinícios Vilaça, DOU 13/12/2006).



CÂMARA MUNICIPAL DE INDAIATUBA

PALÁCIO VOTURA

Rua Humaitá, 1167 Centro – PABX: (19) 3885-7700.
CEP: 13.339-140 – Indaiatuba - SP

É necessário que, além da marca indicada no instrumento convocatório, este também **preveja a aceitação de objetos de outras marcas**, desde que estes outros objetos tenham **qualidade igual ou superior ao da marca indicada**. Cita-se, em exemplo, o seguinte acórdão do TCU:

REPRESENTAÇÃO. SUPOSTAS IRREGULARIDADES NA REALIZAÇÃO DE PREGÃO ELETRÔNICO. ESPECIFICAÇÃO DE MARCA. CONHECIMENTO. PROCEDÊNCIA. FIXAÇÃO DE PRAZO PARA PROVIDÊNCIAS NECESSÁRIAS À ANULAÇÃO DO CERTAME. DETERMINAÇÕES.

1. É ilegal a indicação de marcas, nos termos do § 7º do art. 15 da Lei 8.666/93, salvo quando devidamente justificada por critérios técnicos ou expressamente indicativa da qualidade do material a ser adquirido.

2. Quando necessária a indicação de marca como referência de qualidade ou facilitação da descrição do objeto, deve esta ser seguida das expressões “ou equivalente”, “**ou similar**” e “**ou de melhor qualidade**”, devendo, nesse caso, o produto ser aceito de fato e sem restrições pela Administração.

3. Pode, ainda, a administração inserir em seus editais cláusula prevendo a necessidade de a empresa participante do certame demonstrar, por meio de laudo expedido por laboratório ou instituto idôneo, o desempenho, qualidade e produtividade compatível com o produto similar ou equivalente à marca referência mencionada no edital. (TCU, Acórdão 2.300/2007, Plenário, Rel. Min. Aroldo Cedraz, DOU 05/11/2007).

Diante dessas reiteradas decisões convergentes, o Tribunal de Contas da União acabou por editar o enunciado nº 270 da súmula da sua jurisprudência dominante, vazado nos seguintes termos: “Em licitações referentes a compras, inclusive de softwares, é possível a indicação de marca, desde que seja estritamente necessária para atender exigências de padronização e que haja prévia justificção”.

O verbete nº 270 é do ano de 2012 e tem como fundamento legal exatamente o inciso I, do art. 15, da Lei nº 8.666/1993, o qual prevê expressamente o princípio da padronização:

Art. 15. As compras, sempre que possível, deverão:

I - atender ao princípio da padronização, que imponha compatibilidade de especificações técnicas e de desempenho, observadas, quando for o caso, as condições de manutenção, assistência técnica e garantia oferecidas.

Como se observa da jurisprudência do Tribunal de Contas da União, a indicação de marca é admitida para fins de padronização, devendo ser assegurado o caráter competitivo do certame.



CÂMARA MUNICIPAL DE INDAIATUBA

PALÁCIO VOTURA

Rua Humaitá, 1167 Centro – PABX: (19) 3885-7700.

CEP: 13.339-140 – Indaiatuba - SP

Pelo que se observa, a marca pode ser indicada quando representar vantagens para a Administração, a qual, empregando bens de uma mesma linha produtiva, observará redução de custos e aumento de qualidade.

Trata-se, na verdade, de uma necessidade da Administração de se organizar para atuar melhor, prestar serviços públicos mais eficientes, objetivando sempre a tutela do interesse público. Destarte, é um meio para a consecução do princípio da boa administração.

Interessante frisar que, quando há indicação de marca, o objeto licitado passa a ser restrito ao produtor. Assim, quando faltar o pressuposto lógico da licitação, qual seja, a pluralidade de ofertantes, pois que somente um, o detentor de certa marca, é que produz o bem da vida que a Administração quer adquirir, é evidente que a licitação é inviável, isto é, é inexigível. Logo, pode ser formalizada a contratação direta, conforme autoriza o inciso I, do art. 25, da Lei nº 8.666/93:

Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:

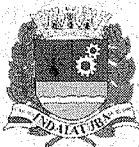
I - para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedada a preferência de marca, devendo a comprovação de exclusividade ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes;

Hely Lopes Meirelles, porém, faz importante distinção entre o produtor exclusivo – caso em que a licitação é mesmo inexigível – e o vendedor exclusivo – quando pode haver regular competição. Veja-se:

Há que distinguir, todavia, a exclusividade *industrial* da exclusividade *comercial*. Aquela é a do produtor privativo no País; esta é a dos vendedores e representantes na praça. 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, nesse caso, considera-se a *exclusividade na praça de comércio* que abranja a localidade da licitação. O conceito de exclusividade comercial está, pois, relacionado com a área privativa do vendedor ou do representante do produtor (MEIRELLES, 2004, p. 277, grifo do autor).

Da interpretação sistemática e teleológica da Lei nº 8.666/1993, pode-se concluir, de modo científico e com amparo na jurisprudência do TCU e na mais abalizada doutrina, que a opção por uma marca nem sempre vulnera o instituto da licitação.

Assim, desde que para fins de padronização, é lícito indicar marca no instrumento convocatório, **quando isso se prestar à identificação do objeto do certame e representar vantagem para a Administração**. Para tanto, exige-se do gestor público prévia e devida justificativa, que aponte razões de ordem técnica e/ou **econômica**, as



CÂMARA MUNICIPAL DE INDAIATUBA

PALÁCIO VOTURA

Rua Humaitá, 1167 Centro – PABX: (19) 3885-7700.

CEP: 13.339-140 – Indaiatuba - SP

quais devem ser aptas a fundamentar a escolha pela marca. Além disso, o edital deve consignar, além da marca, a aceitação de outros objetos similares, equivalentes ou de igual ou melhor qualidade.

Embora o edital não mencione nenhuma marca específica, por todo exposto é de se concluir que o fato de apenas um fabricante ofertar o produto pretendido pela administração por si **não caracteriza direcionamento de licitação**, tudo como sobre dito, o que se pretende com o presente edital é a busca de melhor eficiência energética e consequentemente menor consumo de energia elétrica, gerando economia aos cofres da edilidade bem como uso consciente dos recursos naturais visando a preservação do meio ambiente.

Justificativas técnicas para os termos do art. 7º § 5º:

A Administração deve sempre buscar a eficiência em suas contratações nos termos do art. 3 da lei de licitações bem como no art. 37 da Carta Maior, assim a eficiência energética pode ser definida como a **otimização do consumo de energia**, diminuindo-se a perda da mesma para o meio externo. Ou seja, **eletrodomésticos que possuem alta eficiência energética conseguem manter a capacidade máxima de funcionamento e para isso gastam menos energia elétrica.**

A eficiência energética deve ser levada em conta na hora de comprar um aparelho de ar condicionado, se há alguns anos o ar-condicionado era considerado um dos vilões da conta de energia, hoje encontram-se no mercado aparelhos altamente econômicos. Os fabricantes estão investindo em sistemas cada vez mais eficientes, apostando, por exemplo, na tecnologia **inverter** e em funções como o timer e sensores de movimento.

Eficiência energética virou mais que um diferencial de produtos no setor de refrigeração e climatização, é um item cada vez mais exigido pelos consumidores, que hoje estão mais preocupados com a economia de energia e preservação do meio ambiente. Por isso, a Administração Pública deve sempre observar a eficiência energética dos aparelhos na tabela de classificação do Inmetro.

O custo financeiro e para o meio ambiente são justificativas suficientes para a manutenção dos critérios exigidos no edital.

É o que tínhamos a esclarecer


Willian Alves dos Santos

Presidente da Copel