

Ao

Ilustríssimo Senhor Pregoeiro do Ministério da Educação

Secretaria Executiva

Subsecretaria de Assuntos Administrativos

Ref: Pregão Eletrônico nº 35/2009

“Qualquer restrição em relação ao objeto da licitação deve ter como fundamento razões aptas a justificarem que a finalidade e o interesse público reclamam por tal exigência de forma irremediável. Sem tal justificativa a restrição deve ser tomada por ilegal (art. 3º, § 1º, inc. I).”

“Direcionar o edital de uma compra com as características de determinado conjunto de fornecedores não tem nenhuma convergência com o trabalho de especificar corretamente o objeto pretendido para um determinado processo de licitação.” - conforme entendimento do TCU no Acórdão 641/2004 – Plenário.”

OMNI COMERCIO E SERVIÇOS LTDA., pessoa jurídica de direito privado inscrita no CNPJ/MF sob o nº 38.029.534/0001-13 e I.E. nº.: 07.315.304/001-24, sediada à SIG Qd. 06 Lt. 2040, Brasília-DF - CEP: 70610-460, como empresa interessada no procedimento licitatório em epígrafe, vem, amparada no disposto no decreto 3.555/2000, na lei 10.520/2002, no parágrafo 2º. do Artigo 41 da Lei nº. 8.666 de 21 de junho de 1993, com suas alterações posteriores, oferecer,

IMPUGNAÇÃO AO EDITAL

acima referenciado, pelas razões a seguir, requerendo para tanto sua apreciação, julgamento e admissão. A presente impugnação pretende afastar do presente procedimento licitatório, exigência feita em extrapolação ao disposto no estatuto que disciplina o instituto das licitações, com intuito inclusive, de evitar que ocorra restrição desnecessária do universo de possíveis e capacitados competidores, obstando a BUSCA DA CONTRATAÇÃO MAIS VANTAJOSA, senão vejamos:

BREVE PREÂMBULO – EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS

Registre-se de plano, que a Impugnante, como empresa especializada no ramo de hardware, detém total e irrestrita capacidade estrutural e tecnológica de oferecer os MICROCOMPUTADORES e NOTEBOOKS necessários ao Registro promovido pelo MEC.

A bem da verdade, em razão de sua solidificação no mercado público, a Impugnante possui plena capacidade técnica e financeira para fornecer os mais diferentes tipos de equipamentos de mercado.

Contudo, ao passo que no presente certame traz consigo cláusulas que comprometem a disputa, a Administração fica inviabilizada de analisar uma oferta extremamente vantajosa em sua técnica e preço, impossibilitando até mesmo que uma das empresas mais capacitadas para esta contratação possa ser selecionada à contratação.

Com efeito, o exame acurado do edital revela situação que merece urgente reparo pela autoridade administrativa elaboradora do instrumento convocatório, pois cria óbice à própria realização da disputa, limitando o leque da licitação a apenas um grupo seletivo do segmento.

Nesse sentido, impende salientar à queima-roupa que a matéria-objeto da presente impugnação é questão pacificada no âmbito do Tribunal de Contas da União, cabendo lembrar que segundo a Súmula STF nº 347, ‘o Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do poder público’ – podendo, assim, declarar a nulidade de qualquer ato e procedimento adotado em uma licitação que esteja em dissonância com seus preceitos, com a lei e, em especial com o art. 3º, § 1º, inciso I da Lei nº 8.666/93.

Nessa esteira, cabe lembrar que o órgão licitante, como do Governo Federal, se regênci pelos preceitos ditados pela Corte de Contas da União, titular do poder de “exercer o controle de legalidade dos atos praticados pela Administração, em especial, decorrentes de licitações públicas processadas.”

Sob esse enfoque, oportuno destacar que o direcionamento em certames licitatórios é assunto diuturnamente tratado pelo **Tribunal de Contas da União**, que em sua função maior de fiscalizador da atividade administrativa, já decidiu reiteradas vezes a respeito do assunto. Nesse sentido, vale trazer à baila um de seus julgados sobre a matéria, *in verbis*:

“(…) 9. Postos esses fatos, em especial os que demonstram possibilidade de direcionamento da concorrência em tela, é de reconhecer o fumus boni iuris nas ponderações apresentadas pela Unidade Técnica. De notar que o prosseguimento do certame poderá causar prejuízos ao Erário, haja visto que, em princípio, o edital não observa os princípios da seleção da proposta mais vantajosa para a Administração e da isonomia entre os licitantes, uma vez que há indícios de favorecimento à empresa Politec Ltda. Ressalta-se, adicionalmente, o elevado valor envolvido – cerca de R\$ 8.670.000,00 (oito milhões, seiscentos e setenta mil reais).” (Decisão 819/2000 – Plenário)

“Assim, em suma, observamos que não foram suficientemente ilididos os questionamentos em tela, podendo-se concluir pela responsabilidade da presidente (como de todos os membros) da CLP, por agir de forma ao menos omissiva,

permitindo que houvesse o direcionamento, os sobrepreços e o favorecimento questionados. Por isso, sujeita-se a responsável à multa prevista no art. 43, parágrafo único, da Lei nº 8.443/92, na proporção, opinamos, de 15% (RI-TCU, art. 220, inc. III)."(ACÓRDÃO N° 105/2000 – TCU – Plenário AC-0105-20/00-P)

Quanto à ação do **Ministério Público** junto ao Tribunal de Contas, no caso de possível direcionamento, colacionamos decisão nº 153/98, *in verbis*:

"O Tribunal Pleno, diante das razões expostas pelo Relator, DECIDE:

3. Considerando os indícios descritos de direcionamento da aludida licitação; e que tal procedimento licitatório não se conformaria à atual política de contenção de gastos impostos à Administração Pública, solicita que este Tribunal se digne a:

a) liminarmente, determinar ao Ministério da Justiça a suspensão do mencionado procedimento licitatório, uma vez que a matéria indica a abertura de propostas para o dia 11 do mês corrente;

b) determinar, com fulcro no art. 41, inciso II, também da Lei nº 8.443/92, a realização de inspeção no Ministério da Justiça, com vistas ao cumprimento dos misteres supra-assinalados e, se for o caso, identificar os responsáveis pelos atos eventualmente irregulares.

5. Em resposta à diligência desta Secretaria, por meio do ofício nº 68/SE/MJ, de 03/02/98 (fls. 12), o MJ prestou as seguintes informações:

a) os atos referentes ao processo licitatório da Tomada de Preços nº 12/97 foram suspensos por intermédio da Portaria do Gabinete do Ministro/MJ nº 1.215, de 02/12/97 (fls.14);

b) a mesma Portaria desconstituiu a Comissão Permanente de Licitação, dispensando os seus membros;

c) Comissão de Avaliação, constituída mediante Portaria do Gabinete do Ministro/MJ, de 18/12/97, (fls. 16) para analisar a matéria, concluiu pela existência de irregularidades na licitação que comprometeriam todo o procedimento até então praticado, ante a inobservância do disposto no art. 3º, inciso I, da Lei 8.666/93 (fls.22)"

Inclusive, não é demais lembrar que a própria Lei n.º 8.666/93 está carregada de tópicos de preocupação, acerca da responsabilização de eventuais responsáveis da disputa por: a) imposição de restrições indevidas à ampla concorrência; b) elaboração imprecisa de editais e c) inclusão de cláusulas que denotam o direcionamento do procedimento licitatório.

Dando respaldo a esse poder de cautela, o art. 82 ordena que, os agentes administrativos que praticarem atos em desacordo com os preceitos da lei de licitações, além das sanções próprias administrativas previstas, "sujeitam-se à responsabilidade civil e criminal".

Acrescente-se, por adequado, que restrições indevidas e preferências injustificáveis podem ser enquadradas criminalmente no artigo 90 do Estatuto Licitatório (frustrar mediante qualquer expediente, o caráter competitivo da licitação. Pena de 2 a 4 anos, além de multa).

Assim, os fundamentos jurídicos aqui expendidos são fonte de valia universal perante a sociedade brasileira, operadores do direito, e PRINCIPALMENTE AGENTES PÚBLICOS, pois constituem proteção ao sagrado interesse público maior – razão esta suficiente

a proclamar a retificação do edital no tocante à exigências que extrapolam os comandos legais, como será demonstrado a seguir:

DOS MOTIVOS DETERMINANTES À REFORMA DO EDITAL

O exame acurado do edital revela que, não obstante o órgão licitante tenha se apoiado em requisitos usuais do mercado para garantir uma aquisição direcionada à "bens comuns do segmento de informática", veio inserir no rol de especificações técnicas, exigência incompatível com os próprios limites impostos pela 8.666/93 – o que acaso não revista poderá cercear o direito de participação de inúmeras empresas interessadas.

Trata-se da exigência técnica especificada no subitem 10.3 do edital que determina que, para fins de qualificação técnica das licitantes, os equipamentos desktops e notebooks (itens 01 a 05) deverão constar no site www.epeat.net na categoria "GOLD", e os monitores pertencentes e integrantes aos itens 01 a 04, deverão constar no site www.epeat.net na categoria "SILVER" ou "GOLD".

Em outras palavras, os equipamentos ofertados deverão ser registrados no EPEAT (Electronic Product Environmental Assessment Tool), na categoria Silver ou Gold (dependendo do caso), condição esta, sem a qual nenhuma licitante se sagra habilitada na disputa.

Ocorre que, o Electronic Product Environmental Assessment Tool é uma ferramenta de avaliação virtual norte-americana que analisa, e classifica equipamentos de informática segundo 51 critérios técnicos dos mais variados: ciclo de vida do produto, redução ou eliminação de materiais nocivos ao meio ambiente, nível de eficiência energética, embalagem e performance ambiental da indústria produtora, etc.

Contudo em que pese o reconhecimento da referida certificação para fins de reconhecimento da sustentabilidade em aspectos relacionados ao meio ambiente, fato é que:

- A homologação de qualquer produto ao Electronic Product Environmental Assessment não deriva de ato normativo brasileiro, não sendo obrigatória para licitações públicas;
- O governo brasileiro não torna obrigatória tal certificação nem através do Inmetro nem por intermédio do INPI, nem porque qualquer outro organismo nacional de certificação;
- O fato de um produto não deter certificação Electronic Product Environmental Assessment não dá azo a afirmar que é inadequado, ineficiente, sem qualidade, e até mesmo fora dos limites de boas práticas, mas apenas ressalta o fato do produto não ter passado ao crivo da homologação por este organismo internacional específico.

- No mercado atual nacional, apenas 06 empresas detêm produtos registrados no EPEAT – o que configura notória exclusividade, ou pelo menos, oligopólio de mercado – como pode ser observado do quadro abaixo, retirado do próprio site da EPEAT, através do link <http://www.epeat.net/Companies.aspx>.

6 manufacturers have products registered in Brazil

<u>Company Name</u>	<u>Brands</u>	<u>Desktops</u>	<u>Integrated Systems</u>	<u>Monitors</u>	<u>Notebooks</u>	<u>Works tations</u>
Arquimedes Automacao e Informatica Ltda	Fortress	<u>4</u>	0	0	<u>4</u>	0
Itautec S.A. - Grupo Itautec		<u>8</u>	0	0	0	0
Lenovo	Lenovo	<u>12</u>	0	<u>13</u>	0	0
MMD Taiwan Ltd.		0	0	<u>27</u>	0	0
Positivo Informática S.A.	POSITIVO	<u>14</u>	0	<u>3</u>	0	0
TPV Technology Limited		0	0	<u>11</u>	0	0

A potencialidade de restrição empregada ao subitem 10.3, se torna verdadeiramente presente quando analisado em conjunto com todos os requisitos técnicos mínimos trazidos no termo de referência – Encarte A - do edital, demonstrando que, muito embora o Administrador revele em seu preâmbulo, se tratar de licitação para aquisição de esmeros equipamentos padronizados de informática, há indícios firmes que o certame está favorecendo um único conjunto de empresas, ou senão uma única empresa, que já se encontram com os equipamentos totalmente adequados às exigências técnicas listadas e principalmente, homologados junto ao EPEAT – ou seja, produtos nativamente enquadrados no padrão “procurado” pelo MEC.

Ora, uma leitura rasa do conjunto de elementos exigidos no Encarte A do edital revela uma série de especificações tecnológicas que demandam tempo para qualquer licitante do mercado conseguir selecionar no mercado – o que de per si já implica em certo afunilamento da disputa - dado o curto prazo de antecedência mínima para publicação de um edital na modalidade pregão.

Assim, obrigar que os equipamentos das licitantes devam atender tais requisitos mínimos, e ainda assim, serem homologados junto ao EPEAT, força o entendimento que o MEC na realidade está à procura de equipamentos exclusivos, em favorecimento de empresas que detenham ao seu favor a certificação exigida.

De todo modo, é óbvio que tal exigência terá por efeito inarredável eliminar do certame um largo conjunto de empresas altamente capacitadas, mormente quando as próprias peculiaridades técnicas intrínsecas a esta disputa por si sós, são suficientes a diminuir o espectro competitivo do certame.

E tal conduta certamente não se coaduna com os princípios básicos das licitações, contidos no Art. 37, XXI, da Constituição Federal e no Art. 3º da Lei das Licitações, tais como os da legalidade, impessoalidade, moralidade, igualdade, probidade administrativa, e seleção da proposta mais vantajosa.

DOS MOTIVOS DETERMINANTES À REFORMA DO EDITAL – DISPOSITIVOS LEGAIS VIOLADOS PELO SUBITEM 10.3 DO EDITAL

RESTRIÇÃO AO CARÁTER COMPETITIVO DA DISPUTA EM VIRTUDE DA CERTIFICAÇÃO EPEAT NÃO ESTAR CONTEMPLADA NO ROL DE DOCUMENTOS EXIGÍVEIS NOS ARTIGOS 27 À 31 DA LEI 8.666/93

Inicialmente registre-se que, na linha de proibir cláusulas desarrazoadas, estabeleceu-se que somente podem ser previstas no ato convocatório exigências autorizadas na Lei (art. 30, § 5º). Portanto, estão excluídas tanto as cláusulas expressamente reprovadas pela Lei nº 8.666 como aquelas não expressamente por ela permitidas.

A carta magna, em seu art. 37, inc. XXI, traz uma visível determinação no sentido de que os requisitos de capacitação técnica das licitantes sejam reduzidos ao mínimo possível. Como ilustremente registrado por José Cretella Júnior, "apenas serão admitidas exigências absolutamente necessárias para demonstrar que o proponente está preparado para executar o objeto da licitação" (In Comentários à Constituição Brasileira de 1988, ed. Forense Universitária, 2ª ed., 1992, v. IV, p. 2249).

E foi exatamente para dar maior sustentabilidade ao artigo esculpido na Carta da República que a Lei de Licitações veio a determinar e limitar em seus artigos 27 à 31 os documentos que podem ser requisitados para fins de habilitação em uma licitação.

E infere-se, ainda, do artigo 3º, que é vedado à Administração ultrapassar esses limites, por meio da inclusão de condições que restrinjam a participação no procedimento ou que maculem a isonomia das licitantes, *verbis:*

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

§ 1º É vedado aos agentes públicos:

I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato;

II - estabelecer tratamento diferenciado de natureza comercial, legal, trabalhista, previdenciária ou qualquer outra, entre empresas brasileiras e estrangeiras, inclusive no que se refere a moeda, modalidade e local de pagamentos, mesmo quando envolvidos financiamentos de agências internacionais, ressalvado o disposto no parágrafo seguinte e no [art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991](#).

Interpretando as disposições do artigo 3º, o ilustre especialista na área de licitação, o doutor MARÇAL JUSTEN FILHO assevera:

‘Os dispositivos restantes, acerca da licitação, desdobram os princípios do art. 3º, que funciona como norteador do trabalho hermenêutico e de aplicação da Lei das licitações. Nenhuma solução, em caso algum, será sustentável quando colidente com o art. 3º. Havendo dúvida sobre o caminho a adotar ou a opção a preferir, o intérprete deverá recorrer a esse dispositivo. Dentre diversas soluções possíveis, deverão ser rejeitadas as incompatíveis com os princípios do art. 3º’ (in ‘Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos’, Ed. Dialética, 5ª edição, fls. 54).

Inclusive, sobre o assunto já se pronunciou o Egrégio Tribunal de Contas da União, na Decisão n.º 840/96, Plenário, Relator Ministro Lincoln Magalhães da Rocha, publicada no DOU de 26.12.96, páginas 28.639-28.641, citado no livro “Comentários à Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública, do professor Jessé Torres Pereira Júnior, 4ª edição, Editora Renovar, página 219:

“Ainda no que toca às generalidades dos documentos exigíveis na fase de habilitação, sublinhe-se que o ato convocatório padecerá de vício de ilegalidade se exigir qualquer documento, por mais plausível que pareça, previsto nos arts. 27 a 31. Ilustre-se a impossibilidade com exigência formulada em edital de concorrência na Administração Federal, quanto à apresentação de certidão negativa de processo administrativo, o que atraiu a glosa do Tribunal de Contas da União.”

De fato, a lei licitatória buscou a preservação do que realmente de procura atingir em uma licitação, impondo várias limitações de molde a evitar que exigências não previstas em lei acabassem por representar **instrumentos de indevida restrição à liberdade de participação em licitação** e desvio da igualdade entre os licitantes. Sobre o assunto, lapidar é a lição do ilustre administrativista Adilson Dallari, em sua obra, *verbis*:

"A doutrina e a jurisprudência indicam que, no tocante à fase de habilitação, como o objetivo dessa fase é verificar se aquelas pessoas que pretendem contratar têm ou não condições para contratar (essa é a essência, isto é o fundamento), interessa para a Administração receber o maior número de proponentes, porque, quanto maior a concorrência, maior será a possibilidade de encontrar condições vantajosas. Portanto, existem claras manifestações doutrinárias e já existe jurisprudência no sentido de que, na fase de habilitação, não deve haver rigidez excessiva; deve-se procurar a finalidade da fase de habilitação, deve-se verificar se o proponente tem concretamente idoneidade. Deve haver uma certa elasticidade em função do objetivo, da razão de ser da fase de habilitação; interessa, consulta ao interesse público, que haja o maior número possível de participantes." (Aspectos Jurídicos da Licitação - Ed. Saraiva, 3a. ed. atualizada e ampliada, 1997, pág. 88).

Colacionando, ainda, a doutrina de MARÇAL JUSTEN FILHO, no tocante a que a imposição de exigências e a definição de condições do "direito de licitar" **nunca** poderão ultrapassar o limite da necessidade, *in verbis*:

"Comprovação das condições do direito de licitar

A habilitação

O exame das condições do direito de licitar é denominado, usualmente, de 'habilitação'. O vocábulo indica tanto a fase procedimental como a decisão proferida pela Administração. Na acepção de fase procedimental, a habilitação consiste no conjunto de atos orientados a apurar a idoneidade e a capacitação de um sujeito para contratar com a Administração Pública. Na acepção de ato administrativo, indica o ato pelo qual a Administração finaliza essa fase procedimental, decidindo estarem presentes as condições do direito de licitar.

(...)

Restrições abusivas ao direito de licitar

A titularidade e a eficácia do direito de licitar não podem ser frustradas através da fixação de condições excessivas ou abusivas. A CF/88 determinou que somente poderiam ser permitidas exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações (art. 37, XXI). (...)

(...)

A imposição de exigências e a definição das condições do direito de licitar NUNCA poderão ultrapassar o limite da necessidade. Qualquer exigência desproporcional ao conteúdo da contratação caracterizará meio indireto de restrição à participação - vale dizer, indevida restrição ao direito de licitar."(In Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, pags. 180/181, 4a. edição, Aide, RJ, 1996

Como visto a 8.666/93 estabelece o rol dos documentos que podem ser exigidos em uma licitação para fins de habilitação. Não obstante, no presente processo, a exigência trazida no subitem 10.3 do edital viola sobremaneira a limitação legal mencionada, **sendo certo que sua previsão no presente edital, além de constituir ato ilegal demonstra-se contrário à ampla competitividade e isonomia do certame.**

E sobre o tema, **exigências que extrapolam os comandos dos artigos 27 a 31 da 8.666/93 o TCU**, em diversas oportunidades, **considerou ilegal a exigência de exigência de certidões, certificados, alvarás como requisito de habilitação em procedimentos licitatórios**, por não estarem contemplados no art. 27 a 31 da Lei n.º 8.666/93 c/c o art. 37, inciso XXI, da

Constituição Federal. Basta para tanto, uma simples das decisões (Decisão n.º 792/2002-Plenário; Decisão n.º 1.140/2002-Plenário; Acórdão n.º 2.521/2003-Primeira Câmara; Acórdão n.º 2.783/2003-Primeira Câmara; Acórdão n.º 1.355/2004-Plenário; Acórdão n.º 36/2005-Plenário; Acórdão n.º 697/2006-Plenário; Acórdão n.º 1.844/2006-Primeira Câmara; Acórdão n.º 1.979/2006-Plenário Acórdão n.º. 473/2004 – Plenário; Decisão 739/2001 – Plenário, dentre tantas outras).

E para arrematar a questão, valem-nos de vários precedentes do TCU relativamente à invalidade/irregularidade de editais, quando da presença de exigência de certificações no segmento de informática:

Quanto ao Certificado NOVELL (certificação de entidade norte-americana direcionada a produtos de informática) os precedentes (Decisão nº 392/96 TCU - Plenário, Ata nº 26/96; e Decisão nº 109/94 TCU - 2ª Câmara, Ata nº 15/94), entenderam categoricamente pela irregularidade de tal exigência em disputas.

Também a exigência de atestados ou certificados específicos, tal como Certificados ISO 9001 e NOVELL, já foram objeto de pronunciamento do Tribunal, a exemplo da Decisão nº 20/1998 - Plenário, Ata 04/98, Processo TC 700.226/97-4, onde a questão teria sido expressamente examinada pelo Ministério Público junto ao TCU, constando o seguinte entendimento, o qual teria embasado à citada Decisão 20/98, in verbis:

“Com relação ao Certificado ISO 9001, entendemos que a desclassificação da proposta técnica ante a ausência de sua apresentação não se conforma ao Direito. Não apenas pelo aspecto fático apontado pela SECEX/SP à fl. 22, relativo à pequena quantidade de empresas brasileiras certificadas, o que implicaria restringir ou frustrar o caráter competitivo da licitação, nos termos do art. 3º, § 1º, inciso I da Lei nº. 8.666/93, mas, antes, por ser dada importância exagerada àquele certificado.”

Na Decisão 1084/2002 - Plenário suscitava-se a reforma de edital tendo em vista a exigência de apresentação de atestado passado por organismo aeronáutico norte-americano, denominado FAA (Federal Aviation Administration).

No entendimento da empresa Representante (TC 016.304/2001-5), a exigência do Certificado FAA, emitido por organismo aeronáutico norte-americano, consubstanciada no item 4.1 - Obrigatórios - Anexos Ia (fl. 58), Ib (fl. 65) e Ic (fl.72) do Edital, estaria ferindo as disposições do art. 3º, § 1º, incisos I e II, da Lei nº 8.666/93, as quais vedam a inclusão de condições restritivas ou tratamento diferenciado entre as licitantes, independente de nacionalidade. À vista da

obrigatoriedade, somente seriam aceitos os equipamentos com a certificação do organismo aeronáutico norte-americano (FAA).

Naquela assentada o Tribunal Pleno decidiu que ao exigir a apresentação do Certificado FAA, como condição para a habilitação das licitantes, a ECT contrariou o disposto no § 5º do art. 30 da Lei nº 8.666/93, bem assim o art. 37, XXI, da Constituição Federal.

No Acórdão 1281/2009 – Plenário, suscitava-se ilegalidade do edital, à medida que o Comando Militar do Sul, ao licitar componentes de acesso à intranet do Exército, à intranet do CMS, exigia regra que as licitantes fossem credenciadas pelo fabricante dos equipamentos ofertados. E sobre o assunto o Tribunal considerou:

30. Com as vênias de estilo, contudo, embora reconheça tratar-se de rede de certo porte, nela não identifico objeto que já não se encontre presente em outros ambientes organizacionais, vários deles, inclusive, da Administração Pública Federal. Não vislumbro em tal objeto, portanto, complexidade ou especificidade que justifiquem contratação restrita a fornecedores "credenciados", em função de entender tratem-se de serviços também executados por diversas outras empresas que podem não ostentar tal condição.

Dirijo, também, que se possa asseverar que os fabricantes, como regra geral, somente garantam o bom funcionamento de seus equipamentos se instalados por empresa credenciada. Diversos são os exemplos, aliás, de fabricantes de equipamentos de informática que se utilizam, como estratégia de marketing, a divulgação de que seus produtos são de fácil instalação, configuração e operação. Além disso, caberia questionar, no caso de fabricantes que oferecem processos de certificação, qual poderia ser o fundamento para negar a garantia de bom funcionamento para aqueles que a eles se submeterem.

A Corte de Contas da União vem se mostrando tão preocupada com a exigência de certificações, que até mesmo em licitações altamente complexas processadas na modalidade técnica e preços, nem mesmo se admite que na fase de pontuação técnica (naturalmente classificatória e não, eliminatória como a habilitação) venha ser considerada pontuação para certificação exclusiva de mercado. Basta apenas um consulta aos vários julgados da Corte que tratam da pontuação indevida aos certificados de ISO, CMM, CMMI, MPD-BR, dentre outros certificados que visam eleger o nível de qualidade das empresas no segmento licitado.

RESTRIÇÃO AO CARÁTER COMPETITIVO EM VIRTUDE DO TEMPO E ARCABOUÇO PATRIMONIAL NECESSÁRIOS PARA ADQUIRIR A CERTIFICAÇÃO EPEAT

Ademais, é sabido que o processo de certificação envolve a assunção de custos por parte da empresa a ser certificada (praticamente U\$ 40.000,00) – o que, mais uma vez configura fator impeditivo à participação no Programa ou, pelo menos, altamente restritivo.

E sobre o tema, oportuníssimo momento para enfatizar que o Tribunal de Contas da União em reiteradas decisões vem determinando que **seja proibida pelos órgãos públicos a inclusão de quesitos para cujo atendimento os licitantes tenham de incorrer em despesas que sejam desnecessárias e anteriores à própria celebração do contrato ou que frustrem o caráter competitivo do certame.** (Acórdão 449/2005 - Plenário). Vale transcrever, nesse ínterim, os demais precedentes:

"Identificação

Acórdão 1351/2003 - Primeira Câmara

Número Interno do Documento

AC-1351-21/03-1

10.2.11 Ante o exposto, entendemos que as razões de justificativa apresentadas não são suficientes para elidir a irregularidade da alínea 'b' do subitem 3.2.3 do Edital.

(...)

Apesar de, como já afirmado, a Concorrência nº 020/2002/CEL ter sido revogada, **entendemos pertinente propor determinação à ECT no sentido de que, em obediência ao § 6º do art. 30 da Lei nº 8.666/93, as exigências mínimas relativas a pessoal técnico especializado, considerado essencial para o cumprimento do objeto da licitação, deverão ser atendidas mediante a apresentação de relação explícita e da declaração formal da sua disponibilidade, sob as penas cabíveis.**

II - com fundamento no art. 250, II, do Regimento Interno do TCU, seja determinado à Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos que oriente suas comissões de licitação no sentido de:

e) deverem as exigências mínimas relativas a pessoal técnico especializado, considerado essencial para o cumprimento do objeto da licitação, ser atendidas mediante a apresentação de relação explícita e da declaração formal da sua disponibilidade, sob as penas cabíveis, em obediência ao § 6º do art. 30 da Lei nº 8.666/93; (subitem 10.2.11)"

"Identificação

Acórdão 1878/2005 - Plenário

Número Interno do Documento

AC-1878-45/05-P

9. Finalmente, em decorrência do exame empreendido, o Analista instrutor propôs a adoção das seguintes medidas (fl. 510/516):

"a) com fulcro no art. 45 da Lei n. 8.443/1992 c/c o art. 251 do Regimento Interno, que o Tribunal assine o prazo de sessenta dias para que o Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial - Diretoria Regional de Minas Gerais e o Serviço Social da Indústria - Diretoria Regional de Minas Gerais, através da sua Comissão Permanente de Licitação do Sesi/Senai, adotem as seguintes providências relativas ao Edital de Concorrência 002/2005 ou outro que venha a sucedê-lo com a mesma finalidade:

a.4.1) **ABSTENHAM-SE DE INCLUIR QUESITOS DE PONTUAÇÃO TÉCNICA PARA CUJO ATENDIMENTO OS LICITANTES TENHAM DE INCORRER EM DESPESAS QUE SEJAM DESNECESSÁRIAS E ANTERIORES À PRÓPRIA CELEBRAÇÃO DO CONTRATO,** frustrando assim o caráter competitivo do certame, a exemplo dos quesitos que pontuam os licitantes que possuírem, já na abertura da licitação, determinadas estruturas físicas como sistema de suporte remoto tipo help desk, telefone 0800, sistema de suporte eletrônico e de gerenciamento de solicitações via web (nomeadamente aquelas exigências contidas nos itens 5.1, 5.2, 5.3 e 5.4 da planilha 'Perfil do Fornecedor' anexa ao Edital);

Nessa esteira, ***a exigência, ou acaba por privilegiar as empresas de grande porte, ou leva as demais licitantes a efetuarem despesas com a obtenção de certificação específica para a mera finalidade de PODEREM PARTICIPAR DE UM CERTAME,*** ainda que

não sejam vitoriosas. E, em ambos os casos, ficam prejudicadas a competitividade do certame e a possibilidade de obtenção da proposta mais vantajosa.

No presente caso, aliás, pode-se admitir que em se tratando de um certificado de produto, emitido por entidade norte-americana, estar-se-ia favorecendo, em detrimento dos nacionais, os fabricantes dos Estados Unidos, que teriam menores custos com o processo de certificação - com violação do que determina o art. 3º, § 1º, inciso I da Lei das Licitações - e reduzindo-se a flexibilidade de todos os fabricantes, que poderiam, com maior agilidade, adaptar a configuração de seus equipamentos de acordo com as necessidades refletidas nos critérios de certificação EPEAT.

E mais, a exigência em tela cria dificuldade, por ser emitido por organismo que obedece a regramentos próprios norte-americanos - país este sabidamente protetor de seus produtos e impositor de barreiras de toda a sorte à entrada em seus mercados de bens estrangeiros.

Mas não é só isso: o próprio tempo necessário para obter a certificação configura verdadeiro obstáculo à participação em licitações, cujos prazos, no pregão, são ainda mais exíguos. Nesse sentido, cabe lembrar que no processo de certificação EPEAT, os fabricantes devem fornecer seus equipamentos para registro, sendo que o processo de verificação de conformidade das normas exigem relatórios de produção, análise de laboratório ou outros dados, implicando, até mesmo, a realização de análises laboratoriais específicas ou desmontagem destrutiva – **processo esse que pode durar meses.**

RESTRIÇÃO AO CARÁTER COMPETITIVO EM VIRTUDE DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA NÃO SE SUJEITAR À NECESSIDADE DE CERTIFICAÇÃO EPEAT

O ponto fundamental aqui não se refere ao debate ou não sobre a acessibilidade ao certificado norte-americano pelas empresas brasileiras, mas de reconhecimento de que, no âmbito federal, não foi editada lei especial que obrigue a apresentação do certificado em questão, o que afasta a possibilidade de enquadramento dessa exigência até mesmo na disposição contida no inciso IV do mencionado art. 30 da lei 8.666/93.

DOS INDÍCIOS DE FAVORECIMENTO/DIRECIONAMENTO DA DISPUTA

A conjugação de todas as circunstâncias acima arroladas torna indiscutível a averiguação de que a exigência de certificação EPEAT para o atendimento às necessidades a que se destina o objeto da licitação configura, na realidade, disfarce ao caráter competitivo da disputa.

No presente caso, a delimitação velada por meio de descrição tendenciosa e minuciosa dos requisitos exigíveis para os equipamentos, afigura verdadeiro direcionamento da disputa.

Nesse sentido oportuno lembrar que o próprio Tribunal de Contas tem entendimento consagrado que o processo de especificação de marcas (não obstante no caso em tela o Administrador não deixe expresso no edital tal indicação) consiste exatamente em se estipular certas características e atributos técnicos onde apenas produtos exclusivos podem atender à íntegra das exigências. Sobre o tema:

"Identificação

Acórdão 99/2005 - Plenário

Número Interno do Documento

AC-0099-04/05-P

Ementa

Representação formulada por deputado distrital. Possíveis irregularidades praticadas no âmbito do Ministério da Fazenda. Licitação. Excesso de descrição do objeto. Julgamento por preço global para itens diferentes. Indicação da marca do produto licitado. Cotação de serviços estranhos ao objeto. Exigências indevidas no edital. Contratação irregular de pessoal. Utilização indevida de veículo. Exploração de restaurante e lanchonete do Ministério de forma gratuita e sem procedimento licitatório prévio. Obtenção de vantagens pessoais perante a empresa contratada. Conhecimento. Audiência. Determinação.

- Licitação de objeto de natureza divisível. Considerações.

4.6.4 Conclusão

Diante da análise acima apresentada, concluímos que prosperam parcialmente as alegações do Representante em relação a este pregão. A indicação da marca do processador contrariou dispositivos da Lei nº 8.666/93 e pode ter restringido a competição neste certame, o que enseja o cancelamento do processo licitatório e do respectivo contrato e a aplicação de multa prevista no inciso II do art. 58 da Lei Orgânica deste Tribunal.

4. Antecipadamente, saliento que a descrição minuciosa ou a indicação de marca podem conduzir a uma inaceitável restrição à competitividade do certame. Esta Corte já deliberou nesse sentido quando da prolação do Acórdão 1523/2003 - Plenário: "9.2.3. a indicação de marca na especificação de produtos de informática pode ser aceita frente ao princípio da padronização previsto no art. 15, I, da Lei 8.666/93, desde que a decisão administrativa que venha a identificar o produto pela sua marca seja circunstanciadamente motivada e demonstre ser essa a opção, em termos técnicos e econômicos, mais vantajosa para a administração;"

a) Nesse mesmo sentido o item 9.6.1 do Acórdão 2844/2003 - Primeira Câmara, do qual fui Relator:

"9.6.1. evitar a indicação de marcas de produtos para configuração do objeto, quando da realização de seus certames licitatórios para a aquisição de bens de informática, a não ser quando legalmente possível e estritamente necessária para atendimento das exigências de uniformização e padronização, sempre mediante justificativa prévia, em processo administrativo regular, no qual fiquem comprovados os mencionados requisitos;"

6. Os elementos a serem trazidos aos autos pelos responsáveis, em sede de audiência, permitirão obter subsídios que possam justificar tais condutas ou avaliar sua culpabilidade nas falhas detectadas. Por conseguinte, é pertinente a proposta da unidade técnica."

Nesse mesmo sentido (Acórdão 99/2005 – Plenário, Acórdão 62/2007 – Plenário, Acórdão 2844/2003 - Primeira Câmara, Acórdão 1523/2003 – Plenário), tal como inúmeros outros julgados que vem sendo proferidos, tendo por apoio pareceres técnicos

minuciosamente detalhados pela Secretaria de Tecnologia da Informação do Tribunal de Contas da União.

Portanto, pela constatação que a certificação EPEAT configura excesso de dimensionamento de exigências técnicas, destinada a um grupo exclusivo do mercado, o presente edital merece urgente reforma, sob pena de comprometimento total da disputa.

CONCLUSÃO

Conforme explicitado, os fundamentos jurídicos que fundamentam a presente peça tem a musculatura necessária para direcionar esta r. autoridade à retomada da lisura do processo.

Assim, cabe à Administração ir ao encontro das determinações do Tribunal de Contas, que detém determinado feixe de competências e atribuições para examinar todos os editais lançados pela Administração. **O norte traçado pelos Tribunais torna-se inalterável, de aplicação erga omnis, por força do Princípio da Segurança Jurídica, base mesma do Estado Democrático de Direito.**

Desse modo, face à remansosa jurisprudência aplicada e vasta doutrina administrativista que apóia a ampla competitividade, outra solução não há senão o acolhimento das razões acima elencadas, para que o edital em espécie seja reformulado, determinado a retirada da exigência de certificação dos equipamentos ao EPEAT.

DO PEDIDO

Aduzidas as razões que balizaram a presente Impugnação, esta Impugnante, requer, com supedâneo na Lei nº. 8.666/93 e suas posteriores alterações, bem como as demais legislações vigentes, o recebimento, análise e admissão desta peça, **para que o ato convocatório seja retificado no assunto ora impugnado DETERMINANDO-SE A EXCLUSÃO DO SUBITEM 10.3 DO EDITAL (SUBMISSÃO DOS EQUIPAMENTOS À CERTIFICAÇÃO EPEAT) - única forma de se recuperar a característica essencial da disputa, sem os graves indícios de direcionamento do certame.**

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, outrossim, que na hipótese, ainda que remota, de não modificado o dispositivo editalício impugnado, **TAL DECISÃO CERTAMENTE NÃO PROSPERARÁ PERANTE O PODER JUDICIÁRIO, SEM PREJUÍZO DE REPRESENTAÇÃO JUNTO AO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO.**

Nestes Termos,

Pede e espera deferimento.

Brasília/DF, 1º de outubro de 2009.

OMNI COMERCIO E SERVIÇOS LTDA.