

À

CENTRAL DE COMPRAS E CONTRATOS

ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

Ilmo. Sr. Pregoeiro e Colenda Equipe Técnica de Apoio

“O princípio mais importante para a licitação pública é o da isonomia ou da igualdade. Ele é, em análise acurada, a própria causa da licitação pública.” Joel de Menezes Niebuhr, Licitação Pública e Contrato Administrativo, p. 31.

Ref.: PREGÃO ELETRÔNICO Nº: 61/2018

PROCESSO Nº: 4952-01.00/18-5

IMPUGNAÇÃO AOS TERMOS DO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO
(DIREITO CONSTITUCIONAL DE PETIÇÃO)

em razão das infundadas exigências quanto às especificações técnica constantes no LOTE ÚNICO - Itens nº 01 e nº 02, o que faz com fulcro no art. 9º da Lei nº 10.520/2002,

no § 2º do art. 41 da Lei nº 8.666/93, no Item 14 do Instrumento Convocatório e nas demais disposições aplicáveis, pelas razões de fato e de direito a seguir aduzidas:

I – DA TEMPESTIVIDADE.

1. A presente Impugnação é tempestiva, visto que interposta nesta data de 10/dezembro/2018, segunda-feira, em estrita observância às previsões legais e editalícias, com a necessária antecedência de até 02 (dois) dias úteis anteriores à data fixada para a realização da Sessão Pública de Abertura do Certame, que está prevista para o próximo dia 13/dezembro/2018, quinta-feira.

2. Ademais, convém destacar, que o direito de pedir tem assento constitucional, visto que qualquer pessoa pode dirigir-se formalmente a qualquer Autoridade do Poder Público, com o intuito de levar-lhe uma reivindicação ou mesmo uma simples opinião acerca de algo relevante.

II – DAS INFUNDADAS EXIGÊNCIAS QUANTO AS ESPECIFICAÇÕES TÉCNICAS DO OBJETO LICITADO. DA RESTRIÇÃO A INÚMEROS FORNECEDORES. DA INFRINGÊNCIA AOS PRINCÍPIOS BASILARES DA LICITAÇÃO.

3. Antes de mais nada, a _____ pede licença para reafirmar o respeito que dedica à ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL doravante denominada simplesmente de AL-RS, ao Ilmo. Pregoeiro e à Colenda Equipe Técnica de Apoio e destaca que a presente manifestação tem estrita vinculação a interpretação objetiva dos termos do instrumento convocatório.

7. Neste contexto, com a intenção de viabilizar a sua própria participação no referido certame e também de forma a ampliar a competitividade a todos os demais interessados, não resta outra alternativa senão protocolizar o presente pleito.

8. O objeto do presente certame é a contratação de pessoa jurídica especializada para o fornecimento de computadores denominados "mini PC", monitores e suporte para

monitores, com garantia e assistência técnica “on site” de 60 (sessenta) meses contratados com o fabricante, conforme especificações e condições previstas no edital.

9. Todavia, à exigência técnica constante no ANEXO I – ITEM 03 - Especificações Técnicas do Objeto, especialmente no demonstrativo das Certificações, da forma como se encontra redigida, configura clara restrição ao caráter competitivo do certame, na medida que elide a classificação de praticamente todos os fabricantes nacionais, inclusive desta IMPUGNANTE, senão vejamos:

**ASPECTO IMPUGNADO – CERTIFICAÇÃO ENERGY STAR –
ITEM 3 - CERTIFICAÇÕES:**

Eficiência de consumo de energia	<ul style="list-style-type: none">• <u>Certificação Energy Star comprovado no site www.energystar.gov.</u>
----------------------------------	--

10. Quanto à ilegalidade da exigência do Energy Star para fins de classificação da proposta, insta reiterar que a partir de 01/janeiro/2011 houve uma alteração nas regras para obtenção do certificado EPA Energy Star (http://www.energystar.gov/index.cfm?c=partners.intl_implementation)¹, sendo que somente microcomputadores comercializados em países associados à EPA Energy Star podem ser submetidos à certificação.

11. **Esclareça-se que o Brasil ou qualquer outro país da América Latina não é associado**, portanto, os equipamentos comercializados exclusivamente nestes países

¹ ENERGY STAR Parceiros Internacionais

EPA entrou em acordo com os seguintes governos estrangeiros para promover produtos específicos qualificados ENERGY STAR em seus mercados. Estas parcerias têm a intenção de unificar voluntariamente os programas de rotulagem da eficiência energética nos principais mercados globais e torná-lo mais fácil para os parceiros participarem, fornecendo um único conjunto de qualificações de eficiência energética, em vez de uma colcha de retalhos de diferentes requisitos específicos de cada país. Organizações que fazem parceria com os nossos parceiros internacionais para vender produtos qualificados ENERGY STAR em outros países são tratadas com os mesmos requisitos técnicos ou de elegibilidade que o programa norte-americano.

(...) Austrália, Canadá, União Europeia, Associação Europeia de Comércio Livre, Japão, Nova Zelândia, Suíça e Taiwan.

não são passíveis de obterem esta certificação. Todas as certificações emitidas anteriormente à data supracitada foram canceladas.

12. Deste modo, existe uma restrição intransponível para empresas brasileiras, que atuam somente no território nacional e por consequência não comercializam seus produtos nos países constantes na lista da entidade certificadora.

13. Tal fato torna necessária a adoção de certificação compatível com produtos fabricados no Brasil e destinados ao mercado doméstico que adotam a Portaria nº 170 do INMETRO.

14. Desta feita, questiona-se objetivamente: Porque exigir **EPA Energy Star** e não o correlato nacional? Que diferença faz se o propósito de uma ou de outra certificação é o mesmo?

15. Com o intuito de robustecer esta peça transcreve-se a seguir trecho de Decisão exarada pelo Egrégio Tribunal de Contas do Estado de São Paulo sobre Energy Star e a necessária aceitação, no instrumento convocatório, da aderência à norma brasileira - Portaria INMETRO nº 170/2012:

"CONSELHEIRO EDGARD CAMARGO RODRIGUES

TRIBUNAL PLENO DE 22/05/13 ITEM Nº01

EXAME PRÉVIO DE EDITAL

ESTADUAL

Processo: TC-000386.989.13-1

Representante: Renato Pricoli Marques Dourado.

Representado: Universidade de São Paulo – USP.

(...)

Quanto aos subitens 13.3 e 16.7 (compatibilidade e certificação Energy Star), embora ateste o reconhecimento desse programa pelo órgão de regulamentação nacional (conforme NIT-DICLA-018, de maio/2011, critérios para reconhecimento de laboratórios para certificação Energy Star), entende necessária aceitação, no instrumento convocatório, da

aderência à norma brasileira (Portaria INMETRO nº 170/2012 que fixa requisitos para o Programa de Avaliação da Conformidade de Bens de Informática, com foco também, na eficiência energética).

...VOTO...

Persistindo a Administração no intuito de exigir referidas comprovações do vencedor do torneio, o texto convocatório deverá admitir demonstração de eficiência energética por meio de certificações equivalentes à "Energy Star", especialmente de adequação à correspondente normatização nacional.

Por todo o exposto, voto no sentido da procedência parcial da representação, para que a Universidade de São Paulo – USP, desejando prosseguir com o torneio, promova as alterações necessárias para adequar o instrumento convocatório às disposições legais, republicando-o nos termos do artigo 4º, inciso V da Lei Federal 10.520/02, combinado com o artigo 24, § 4º da Lei Federal nº 8.666/93.

Recomenda-se ainda ampla revisão dos termos do edital, de modo a escoimá-lo de outras possíveis falhas, tais como a previsão de datas divergentes para o recebimento de propostas e realização da sessão pública; e a utilização de prazo randômico para apresentação de lances, como indicado no parecer do d. Ministério Público."(Grifos e destaques nossos)

16. No caso em tela, para que não haja o cerceamento da competitividade é essencial que, em havendo a real necessidade da demonstração de eficiência energética, se admita a comprovação desta, baseando-se nos padrões exigidos pelo INMETRO.

17. Com todo o respeito e acatamento, a exigência da certificação Energy Star sem a possibilidade de apresentação de uma certificação equivalente, como o Anexo E da Portaria 170/2012 do INMETRO que trata de eficiência energética, ou ainda do EPEAT, que realiza o teste de conformidade com o Energy Star, elide a participação de empresas nacionais e com isso, indiretamente, desfavorece o desenvolvimento nacional, a geração de empregos e o ganho de capital interno.

19. Deveras que se a Administração Pública deseja realizar um procedimento licitatório, por meio de um Pregão Eletrônico, como é o caso em apreço, é condição *sine qua non* que as especificações técnicas do equipamento que pretenda adquirir sejam francas, abertas, sem restrição ou direcionamento, mas que contenham características mínimas, que possam ser satisfatoriamente atendidas pelo maior número possível de licitantes, e que, disputarão entre si o fornecimento para o cliente, resultando na redução do preço de aquisição destes equipamentos para a Administração. Deveras, este é o objetivo precípua do processo licitatório!

20. Em que pese nosso respeito ao conhecimento técnico e a autonomia do trabalho desse Ilmo. Pregoeiro e da Colenda Equipe Técnica de Apoio, há que se contrapor que inexistem respaldos técnicos para afirmar que as exigências impugnadas representem um padrão de qualidade superior, ou que equipamentos com tais características teriam maior confiabilidade e durabilidade.

21. Exigências desarrazoadas, como às relatadas, e que neste ato são impugnadas, maculam irrecuperavelmente o Instrumento Convocatório, pois atentam às disposições legais, especialmente o art. 37, da Constituição da República, o art. 3º caput, art. 7º, § 5º da Lei Federal nº 8.666/93 e o art. 3º da Lei Federal nº 10.520/2002.

22. Neste passo, questiona-se: **considerando que todo Edital de Licitação precede necessariamente de uma justificativa pertinente, na qual se deve basear a aquisição pretendida, qual é a justificativa integrante do Processo Administrativo em apreço, apresentada por essa Administração Pública que fundamenta a exigência de que os equipamentos detenham a certificação Energy Star, sendo que no mesmo passo, existem outras entidades certificadoras que garantem da mesma forma a eficiência energética?**

23. Assim, com o máximo respeito, requer-se à AL-RS a possibilidade de inclusão no Instrumento Convocatório de outras certificações, como a Portaria 170/2012 do INMETRO ou também a do EPEAT, ampliando assim a competitividade no certame com a participação de inúmeros outros fornecedores que podem satisfazer da mesma forma o interesse público.

IV – DA NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS NORTEADORES DA ATIVIDADE ADMINISTRATIVA.

24. A atividade administrativa sempre deve se pautar pelos princípios insculpidos no caput do art. 37 da Constituição Federal:

*“Art. 37 – **A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência** e, também, ao seguinte:” (Grifos e destaques nossos)*

25. A observância e obediência aos princípios são de suma importância, visto que estes direcionam e pautam os agentes administrativos, principalmente, mas não se limitando aquelas situações em que há lacunas e ou obscuridades no texto legal.

26. Os princípios também foram expressamente previstos na Lei de Licitações e Contratações públicas no caput do art. 3º:

*“Art. 3º - A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável 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**” (Grifos e destaques nossos.)*

27. Em assim sendo, ao pretender contratar a Administração Pública não goza da mesma liberdade que o particular, em regra, esta deve se pautar tanto pelos princípios, quanto pela legislação específica que rege a matéria.

28. Com efeito, a licitação consiste em uma série de atos pré-ordenados em Lei que visa à seleção da melhor-menor proposta para a contratação, sem perder de vista as condições e regras estabelecidas no instrumento convocatório.

29. Ainda, sobre a conceituação de licitação transcreve-se a lição de Renato Geraldo Mendes em sua obra Lei de Licitações e Contratos Anotada, Zênite Editora, 6ª Ed., 2ª tiragem, 2006:

“A licitação é um procedimento administrativo integrado por um conjunto de atos e exigências. Cada ato do procedimento desempenha uma função própria, ou seja, existe para atender a um conjunto específico. Todos os atos integrantes do procedimento visam a um único fim: a seleção da proposta mais vantajosa, segundo as regras definidas. A vantagem da proposta está diretamente relacionada a duas coisas: (a) adequação da solução (objeto) proposta pelo licitante à solução licitada pela Administração e (b) menor dispêndio de recurso, nessa ordem.”
(Grifos e destaques nossos)

30. Para viabilizar o alcance deste objetivo a Administração, na fase interna da licitação, busca regulamentar em edital todos os aspectos do certame e da relação contratual futura. Em suma, o edital contém as regras e as especificações técnicas que devem ser obedecidas para a participação em um determinado certame licitatório, objetivando precipuamente a satisfação do Interesse Público.

31. No concernente a adoção de cláusulas restritivas em Edital Marçal Justen Filho, em sua obra Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Ed. Dialética, São Paulo, 12ª edição, p. 68 e 82, respectivamente, ensina:

"Em uma primeira fase, há um ato administrativo em que são fixados os critérios de diferenciação que a Administração adotará para escolher o contratante.

As diferenciações constantes do ato convocatório devem atentar para os limites acima indicados. **Será inválida a discriminação contida no ato convocatório que não se ajustar ao princípio da isonomia.** Será esse o caso quando a discriminação for incompatível com os fins e valores consagrados no ordenamento, por exemplo.

O ato convocatório somente pode conter discriminações que se refiram à "proposta vantajosa". Quando define o "objeto da licitação", estabelece concomitantemente os limites para qualquer discriminação.

Assim, o ato convocatório viola o princípio da isonomia quando: a) estabelece discriminação desvinculada do objeto da licitação; b) **prevê exigência desnecessária e que não envolve vantagem para a Administração;** c) impõe requisitos desproporcionados com necessidades da futura contratação; d) adota discriminação ofensiva de valores constitucionais ou legais.

e

Veda-se cláusula desnecessária ou inadequada, cuja previsão seja orientada não a selecionar a proposta mais vantajosa, mas a beneficiar alguns particulares. Se a restrição for necessária para atender ao interesse público, nenhuma irregularidade existirá em sua previsão. Terão que ser analisados conjuntamente a cláusula restritiva e o objeto da licitação. A invalidade não reside na restrição em si mesma, mas na incompatibilidade dessa restrição com o objeto da licitação.

(Grifos e destaques nossos)

32. Sobre o sucesso do certame enfatiza Renato Geraldo Mendes:

“Portanto, o sucesso da licitação não pode depender da sorte de quem a conduz, mas da capacidade de quem a planeja.” (Grifos e destaques nossos)

33. Portanto, incontestáveis são as regras de vedação à inclusão de exigências desarrazoadas nos Instrumentos Convocatórios que restrinjam indevidamente o caráter competitivo do certame licitatório. Ademais, a própria Lei de Licitações estabelece em seu art. 3º, § 1º, inciso I e seu art. 7º, § 5º vedações expressas, são elas:

“§ 1º É vedado aos agentes públicos:

I – admitir, prever, incluir ou tolerar, nos autos 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;

e

“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 seqüência:

...

§ 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.”(Grifos e destaques nossos)

34. Em igual sentido estabelece o art. 3º, inciso II da Lei nº 10.520/02, infringe-se a seguinte disposição legal:

*“Art. 3º - A fase preparatória do pregão observará o seguinte:
(...)*

II - a definição do objeto deverá ser precisa, suficiente e clara, vedadas especificações que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, limitem a competição. (Grifos e destaques nossos)

35. Partindo destas premissas, ao analisar o Edital em apreço, reitera-se que este padece de vício insanável, pois foram desrespeitadas as diretrizes emanadas dos princípios basilares da licitação, principalmente nas obrigações técnicas.

36. Mesmo reconhecendo todos os méritos no trabalho desempenhado pela AL-RS e sua CENTRAL DE COMPRAS E CONTRATOS, não pode essa IMPUGNANTE se calar e se conformar com as especificações técnicas exigidas, razão pela qual se clama pela alteração/revisão do Edital.

37. A necessidade de alteração de Edital que adota condição de participação restritiva é pacífica na Jurisprudência, vide compêndio de julgados constantes na Lei de Licitações e Contratos Anotada, Renato Geraldo Mendes, 7ª ed. Curitiba: Zênite, 2009, p. 48, respectivamente:

“CONTRATAÇÃO PÚBLICA – PLANEJAMENTO – OBJETO – ESPECIFICAÇÃO EXCLUSIVA – DIRECIONAMENTO DA LICITAÇÃO PARA UM DETERMINADO PRODUTO OU FORNECEDOR – ILEGALIDADE – TCE/SP

*O TEC/SP, ao analisar questão referente à falta de justificativa para especificações que direcionavam a licitação, entendeu que: **“A Administração deixou de apresentar qualquer justificativa técnica para afastar a reclamação de que a especificidade do objeto licitado, nos termos constantes do Anexo I, conduz, inequivocadamente, a determinado fabricante e seu distribuidor exclusivo. Caracterizada está, pois, a violação à regra do artigo 3º, da Lei nº 8.666/93, segundo a qual a licitação visa à garantia do princípio da isonomia, vedadas quaisquer previsões impertinentes, irrelevantes ou desarrazoadas que possam frustrar o caráter competitivo do certame. (TCE/SP, 000235/006/09.)”** (Grifos e destaques nossos)*

V- DO PEDIDO FINAL

38. Por todo exposto, a _____ requer, respeitosamente, ao Ilmo. Pregoeiro e a Colenda Equipe Técnica de Apoio, que apreciem os concretos e irrefutáveis argumentos apresentados para que a presente Impugnação seja integralmente acatada com a revisão da exigência técnica apontada que restringe injustificadamente a competitividade, de forma a possibilitar a ampliação do número de participantes, inclusive desta própria empresa, com a imediata suspensão do Certame e a necessária e decorrente republicação do Instrumento Convocatório.

39. Isto é o que se impõe, pela estrita observância aos ditames legais e aos princípios basilares! Isto é o que desde já se requer, por ser de Direito e de Justiça!

Termos em que,
Pede e Espera Deferimento.

RESPOSTA DTI/ALRS

Consultando o site indicado pela impugnante (https://www.energystar.gov/index.cfm?c=partners.intl_implementation) constata-se que a ENERGY STAR fomenta justamente a unificação de um programa de eficiência energética global autorizando as organizações parceiras vender produtos com qualificação ENERGY STAR em outros países.

Em tradução livre:

A EPA firmou acordos com os seguintes governos estrangeiros para promover produtos específicos com qualificação ENERGY STAR em seus mercados. Essas parcerias visam unificar os programas voluntários de rotulagem de eficiência energética nos principais mercados globais e facilitar a participação dos parceiros, fornecendo um único conjunto de qualificações de eficiência energética, em vez de uma colcha de retalhos de requisitos específicos de cada país. As organizações que fazem parceria com nossos parceiros internacionais para vender produtos com qualificação ENERGY STAR em outros países têm os mesmos requisitos técnicos ou de qualificação que o programa dos EUA.

...

Taiwan Exit ENERGY STAR

Environmental Protection Administration of Taiwan is currently implementing ENERGY STAR for office equipment, including computers, displays and imaging equipment.

A própria peça impugnatória desconstrói a argumentação da impugnante, pois refere que a mesma possui sede em Taipei/Taiwan, membro da ENERGY STAR, de forma que está autorizada a comercializar produtos em outros países com o selo exigido.

Assim, não prospera o pleito da impugnante.