

TC 027.910/2011-3**Natureza:** Representação**Unidade Jurisdicionada:** Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (Inep).**Representante:** Infotech Soluções em Informática Ltda. (CNPJ nº 07.940.977/0001-38).**DESPACHO**

Examina-se representação interposta pela empresa Infotech Soluções em Informática Ltda., com pedido de medida liminar, contra atos do Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira – Inep, referentes a disposições editalícias do Pregão Eletrônico para Registro de Preços 18/2011, cujo objeto é a aquisição de “equipamento de armazenamento de dados corporativos, na arquitetura NAS (CIFs e NFS) e SAN (iSCSI) em cluster remoto na modalidade Ativo/Ativo, para expansão e replicação de solução de armazenamento existente.”

2. A manifestação da unidade instrutiva se deu nos termos seguintes:

“HISTÓRICO

1. *A representante, inicialmente, insurge-se contra a indicação da marca NetApp feita para todos os seis itens licitados, com fulcro no princípio da padronização (art. 15, I, da Lei 8.666/93), conforme definições contidas no Encarte A do termo de referência (peça 3, p. 45-49).*

2. *Na ótica da empresa, o princípio da padronização não deveria ser invocado para o caso em tela, haja vista que ‘órgãos e empresas maiores, com ambientes ainda mais críticos não se utilizam desse princípio e convivem com um ambiente de armazenamento heterogêneo, buscando sim um paralelo positivo entre custo de aquisição e benefícios obtidos’ (peça 1, p. 2-3).*

3. *Posteriormente, contesta as seguintes disposições editalícias:*

12.5. Para fins de habilitação, o licitante deverá apresentar, ainda, a seguinte documentação complementar: (...)

12.5.2. Documento emitido pelo fabricante, fazendo referência a este pregão, comprovando que a empresa é credenciada a dar manutenção e fornecer tais equipamentos com garantia de fábrica;

12.5.3. Os certificados, emitidos pelo fabricante do equipamento, dos técnicos que prestarão o suporte técnico durante o período de garantia;

4. *Segundo a Infotech, a jurisprudência deste Tribunal é pacífica ao afirmar a impossibilidade de exigência, como condição de habilitação, de declaração de corresponsabilidade do fabricante do produto ofertado, conforme Acórdãos 355/2006-TCU-Plenário, 1.879/2011-TCU-Plenário, 1.729/2008-TCU-Plenário e 2.056/2008-TCU-Plenário (peça 1, p. 3-4).*

5. *Essas exigências provocariam violação aos princípios públicos da igualdade e da competitividade, previstos e tutelados pelo art. 3º, caput e § 1º, I e II, da Lei 8.666/93 (peça 1, p. 5-6).*
6. *Por isso, estariam presentes os pressupostos para a concessão da medida cautelar, vez que o **fumus boni iuris** seria caracterizado pela 'transparência da relação jurídica identificada facilmente na fundamentação e documentação apresentada' e o **periculum in mora** pelo prejuízo de ordem pública que poderá vir a suportar a Administração, pois a violação aos princípios supramencionados poderá onerar o produto adquirido (peça 1, p. 7).*
7. *Diante de todo o exposto e da negativa da impugnação interposta contra os termos do edital, a Infotech apresenta os seguintes pedidos a esta Corte (peça 1, p. 7-8):*
- a) concessão de liminar in alidita altera pars, a fim de que o Pregão Eletrônico para Registro de Preços 18/2011 seja suspenso até o proferimento de decisão final;*
 - b) envio de cópias ao Ministério Público da União, com base no art. 16, § 3º, da Lei 8.443/92;*
 - c) intimação dos responsáveis para que apresentem razões de justificativa no prazo de quinze dias;*
 - d) declaração de nulidade dos itens impugnados e determinação para que o Inep adeque os termos do edital aos preceitos constitucionais e legais atinentes às licitações públicas.*

EXAME DE ADMISSIBILIDADE

8. *A representação deve ser **conhecida** por este Tribunal, eis que as peças iniciais atendem os requisitos de admissibilidade estabelecidos nos arts. 235, caput e parágrafo único, e 237, inciso VII e parágrafo único, do Regimento Interno do TCU, c/c o art. 113, § 1º, da Lei 8.666/93.*

EXAME TÉCNICO

9. Indicação da marca NetApp

- 9.1. *As justificativas que o Inep elencou no termo de referência para a indicação da marca NetApp são as seguintes (peça 3, p. 34):*

A indicação da marca NetApp se faz com base no disposto no inciso I do art. 15 da Lei n. 8.666/93, e se prende aos seguintes motivos: 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 garantias oferecidas; (inciso I do art. 15 da Lei n.8.666/93).

Por se tratar de um ambiente crítico, o INEP pretende evitar ao máximo o risco de incompatibilidade na integração dos novos componentes e de maiores danos ou prejuízos aos serviços instalados nestes órgãos, além do fato da possibilidade de perda de garantia do equipamento já em operação, em casos de instalação de componentes não reconhecidos pelo fabricante.

Diante do exposto, a DTDIE/INEP, define que a expansão da solução de armazenamento deste projeto, em conformidade com o modelo de serviços, seja adquirida em seis itens, para atendimento na infra-estrutura atual de storage NetApp, devendo ser do mesmo fabricante, e fornecidos por um mesmo licitante.

- 9.2. *Mesmo havendo razoabilidade em alguns argumentos apresentados pelo Inep, sobretudo no que toca à busca de compatibilidade na expansão dos serviços e equipamentos já instalados na*

entidade, com a necessária manutenção da garantia desses últimos, faltou detalhamento das informações que justificaram a padronização. Por exemplo, não foi demonstrada possível perda de garantia provocada pela integração entre serviços e equipamentos diferentes dos já instalados no Inep.

9.3. Assim, a indicação da marca NetApp, do modo como foi feita, não atende, a princípio, ao estabelecido pela pacífica jurisprudência desta Corte, pois não restou demonstrado **tecnicamente** que somente a marca determinada atenderá à necessidade da Administração, situação essa que deveria ter sido devidamente justificada e demonstrada no processo (Acórdãos 3.233/2007-TCU-2ª Câmara, 4.127/2008-TCU-1ª Câmara, 2.376/2006-TCU-Plenário e 1.010/2005-TCU-Plenário).

9.4. Outro ponto a ser ressaltado é o fato de que a necessária compatibilidade entre os equipamentos antigos e novos poderia ser um dos requisitos do edital, que detalharia o parque tecnológico existente na entidade e exigiria que os novos componentes fossem compatíveis com os serviços e equipamentos já instalados no Inep, atribuindo essa responsabilidade à nova contratada.

9.5. Ademais, foi feita consulta à área técnica do TCU responsável pelos serviços de armazenamento de dados corporativos (Serviço de Monitoramento e Operação - Semop), em que foi informado que o próprio Tribunal já realizou contratação desse tipo de equipamento ('storage'), conforme TC 028.534/2009-3. Embora o produto adquirido por esse processo tenha sido da marca NetApp (por adesão a ata de registro de preços), o parque tecnológico do Tribunal era composto por equipamentos de outras marcas, como IBM e Hitachi. Adicionalmente, foi informado que está sendo elaborado outro termo de referência para aquisição de equipamentos de storage sem, novamente, direcionamento da marca.

9.6. Assim, percebe-se que apenas a possível compatibilidade entre antigos e novos equipamentos **não é, a princípio, justificativa técnica suficiente** para indicação de marca.

10. Declaração de corresponsabilidade do fabricante do produto ofertado

10.1. Conforme as exigências transcritas no item 3 desta instrução, o edital do certame requisitou que as licitantes apresentassem os seguintes documentos, a serem fornecidos pelo fabricante do equipamento: (i) credenciamento da empresa nos serviços de fornecimento e manutenção dos equipamentos; (ii) certificação dos técnicos que prestariam os serviços de assistência técnica.

10.2. A segunda exigência pode até ser admitida como requisito para comprovação da capacitação técnico-profissional, prevista no art. 30, § 1º, I, da Lei 8.666/93.

10.3. Entretanto, quanto à primeira exigência, a jurisprudência desta Corte é clara no sentido de que, para fins de habilitação, tanto declarações de corresponsabilidade do fabricante quanto atestados técnicos relativos à certificação de qualidade da empresa não podem ser exigidos (Acórdãos 2.294/2007-TCU-1ª Câmara, 1.170/2006-TCU-Plenário e 2.406/2006-TCU-Plenário).

10.4. São vários os motivos que levam este Tribunal a considerar ilegais essas exigências, tais como:

- a) não compõem a lista de documentos especificados pelos arts. 27 e 30 da Lei 8.666/93 e 14 do Decreto 5.450/2005;
- b) não são capazes de garantir a qualidade dos serviços e/ou produtos;
- c) conferem possibilidade ao fabricante de decidir quais empresas estão aptas a participar dos certames.

10.5. Assim, qualquer que seja a interpretação a ser dada às exigências (declaração de corresponsabilidade ou certificação de qualidade), há **afrenta à jurisprudência** consolidada do TCU.

CONCLUSÃO

11. Pelo exposto, conclui-se que a indicação da marca NetApp não foi suficientemente embasada em justificativas técnicas e que as exigências feitas pelos itens 12.5.2 e 12.5.3 do edital feriram a jurisprudência consolidada deste Tribunal.

12. A afronta aos critérios legais e jurisprudenciais apontados é bastante para caracterizar o **fumus boni iuris**. Quanto ao **periculum in mora**, a preferência de marca e a exigência de apresentação de credenciamento provocaram diminuição da competitividade entre as potenciais licitantes, podendo onerar o valor a ser desembolsado pelo Inep. Considerando que, em 22/8/2011, o certame ainda se encontrava em fase de aceitação de propostas, é mister que esta Corte aja a fim de impedir potenciais prejuízos aos cofres públicos. Por isso, propõe-se, com fulcro no art. 276, caput e § 3º, do Regimento Interno do TCU, **conceder a medida cautelar**, suspendendo a execução do Pregão Eletrônico para Registro de Preços 18/2011 e de todos os atos decorrentes, bem como promover **oitiva** do Inep para que, no prazo de quinze dias, pronuncie-se acerca dos pontos arguidos nesta representação.

13. Adicionalmente, com vistas à plena observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa, propõe-se promover **oitiva** da empresa classificada em primeiro lugar, STI – System Tecnologia da Informação Ltda. (CNPJ 05.704.797/0001-21), para que, se assim o desejar e no prazo de quinze dias, pronuncie-se acerca dos pontos arguidos nesta representação.

14. Por fim, para fins de subsídio, propõe-se encaminhar ao Inep e à STI cópia da peça inicial desta representação, bem como da presente instrução.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

15. Ante o exposto, submetem-se os autos à consideração superior, propondo-se:

15.1. **conhecer** da representação, com fundamento nos arts. 235, **caput** e parágrafo único, e 237, inciso VII e parágrafo único, do Regimento Interno do TCU, c/c o art. 113, § 1º, da Lei 8.666/93;

15.2. com fulcro no art. 276, caput e § 3º, do Regimento Interno do TCU:

15.2.1. **determinar cautelarmente** ao Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (Inep) a imediata suspensão da execução do Pregão Eletrônico para Registro de Preços 18/2011, destinado à aquisição de equipamento de armazenamento de dados corporativos, até que o Tribunal decida sobre o mérito da questão;

15.2.2. promover a **oitiva** do Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (Inep) para que, no prazo de quinze dias, pronuncie-se acerca dos pontos arguidos nesta representação, sobretudo no que toca à:

- a) falta de justificativa técnica adequada e suficiente para suportar a indicação da marca NetApp para todos os seis itens licitados, conforme definições contidas no Encarte A do termo de referência, em afronta à jurisprudência deste Tribunal (Acórdãos 3.233/2007-TCU-2ª Câmara, 4.127/2008-TCU-1ª Câmara, 2.376/2006-TCU-Plenário e 1.010/2005-TCU-Plenário);

b) exigência, como critério de habilitação, de credenciamento de empresas perante o fabricante do produto, em afronta à jurisprudência deste Tribunal (Acórdãos 2.294/2007-TCU-1ª Câmara, 1.170/2006-TCU-Plenário e 2.406/2006-TCU-Plenário).

15.2.3. promover a **oitiva** da empresa classificada em primeiro lugar no certame, STI – System Tecnologia da Informação Ltda. (CNPJ 05.704.797/0001-21), para que, se assim o desejar e no prazo de quinze dias, pronuncie-se acerca dos pontos arguidos nesta representação;

15.3. encaminhar **cópia** da peça inicial desta representação, bem como da presente instrução, ao Inep e à STI, para fins de subsídio.”.

Dito isso, passo a decidir.

3. Em sede de cognição sumária dos fatos, entendo que assiste razão à unidade instrutiva.

4. De fato, entendo que as justificativas técnicas até agora apresentadas não são suficientes para conferir legitimidade às exigências previstas no edital, as quais, a princípio, afrontam a jurisprudência desta Corte. Caracterizado está, ao meu ver, o **fumus boni iuris**.

5. Por outro lado, deve-se observar que a licitação já se encontra encerrada, consoante extraído do site de compras do Governo Federal – ComprasNet, sendo que todos os 6 itens foram adjudicados à mesma empresa (STI – System Tecnologia da Informação Ltda.), no valor total de R\$ 35.493.566,00. Esse fato denota a presença do outro requisito essencial para a concessão da medida de exceção sugerida, o **periculum in mora**.

6. Diante dessa situação, tendo em vista que a matéria apresenta os requisitos de admissibilidade, previstos no artigo 237, inciso VII e parágrafo único, do Regimento Interno, c/c o artigo 138 da Resolução 191/2006 e o artigo 113, § 1º, da Lei 8.666/93, e considerando atendidos os requisitos estabelecidos no art. 276 do Regimento Interno do TCU, manifesto-me no sentido de acolher a presente Representação e adotar a **MEDIDA CAUTELAR** proposta pela 6ª Secex, determinando-se ao INEP, com fundamento no art. 71, inciso IX, da Constituição Federal c/c o art. 45 da Lei nº 8.443, de 1992, que se abstenha de formalizar a contratação da empresa STI – System Tecnologia da Informação Ltda, vencedora do Pregão Eletrônico para Registro de Preços 18/2011, ou, caso já tenha ocorrido a contratação, a suspensão da execução de seu objeto até ulterior deliberação deste Tribunal sobre o caso.

7. Por último, determino à 6ª Secex que promova, nos termos do § 3º do art. 276 do RI/TCU, a oitiva dos responsáveis na forma sugerida, bem como as demais medidas necessárias ao saneamento dos autos.

Retornem os autos à 6ª Secex para as providências a seu cargo.

Brasília, 30 de agosto de 2011.

JOSE JORGE
Relator