



Ministério da Educação

Processo Nº: 23000.027523/2018-36

Assunto: Impugnação ao Edital - Pregão Eletrônico nº

Trata-se de peça impugnatória apresentada por empresa interessada em participar do certame, doravante denominada impugnante, a qual apresentou em 25/09/2019, às 21h18, via *e-mail*, impugnação ao Edital do Pregão Eletrônico nº 17/2019, cujo objeto é a “Registro de preços para aquisição de microcomputadores (estações de trabalho), de acordo com a tipologia, as especificações técnicas mínimas e as condições de fornecimento definidas no Termo de Referência e seus Anexos”

I. DA SÍNTESE DAS ALEGAÇÕES DA IMPUGNANTE

Assim argumenta a impugnante, conforme síntese abaixo transcrita:

[...]

A) BIOS – DESENVOLVIDA PELO MESMO FABRICANTE DO EQUIPAMENTO

“Deve ser do mesmo fabricante do equipamento ou desenvolvida especificamente para Termo de referência (BIOS do próprio fabricante do equipamento ou que tenha direitos de copyright sobre esse BIOS, comprovado através de atestado específico para este termo de referência, fornecido pelo fabricante, declarando o modelo do equipamento);”

2. Cumpre esclarecer que projeto de BIOS são atividades pertinentes a apenas 03 empresas no mundo (AMI, Phoenix e InsideH2O), portanto, **nenhum fabricante de microcomputador desenvolve BIOS.**

3. Sendo assim, cabe aos fabricantes de PC's a aquisição dos direitos de cópia e dos direitos de alteração da interface de usuário dessas BIOS, acrescentando ou omitindo opções através do SDK fornecido pelo desenvolvedor original, que pode ser entendido como uma solução OEM.

4. Como também é uma prática comum nesse mercado, os fabricantes de placas-mãe fornecem detalhes de sua arquitetura para que os produtores de BIOS independentes desenvolvam este componente para controlar as suas placas-mãe. Por sua vez, os desenvolvedores da BIOS as revendem, no chamado regime OEM, onde o fabricante dos computadores possui totais direitos de cópia, e possibilidade de customização e atualização da BIOS.

5. Ademais, como é de conhecimento de todos os profissionais de computadores, o BIOS é um Sistema Básico de Entrada e Saída, responsável por inicializar e realizar funções básicas e rotineiras de um microcomputador. Portanto, é fato que o BIOS é parte integrante do projeto da arquitetura do computador.

6. Desta forma, verifica-se que não há benefício direto o fato de o BIOS ser de mesma marca do fabricante do equipamento, ou não serem aceitas soluções em regime de OEM, comuns nesse mercado de contratações de informática, o que configura afronta ao princípio da isonomia, contido no caput do art. 3º da Lei 8.666/1993.

7. Os fabricantes de computadores usualmente apresentam declaração da fabricante do BIOS, afirmando que possuem direitos de realizar inclusão de características específicas e de alteração do BIOS desenvolvido exclusivamente para a placa mãe.

8. A indicação do modelo da placa mãe na declaração da fabricante é suficiente para comprovar que o BIOS foi desenvolvido especificamente para aquela placa-mãe, concedendo ao fabricante do computador (e da placa mãe) totais direitos para realizar modificações, atualizações e personalizações necessárias. Sendo assim, é evidente **não há benefício algum na solicitação de que**

a declaração de Copyright do BIOS seja direcionada especificamente para o Termo de Referência em questão. Trata-se do mesmo BIOS, com os mesmos direitos de copyright concedidos à fabricante do computador, não havendo qualquer diferença de uma BIOS cuja declaração tenha sido emitida especificamente para o Termo de Referência do Edital em epígrafe.

9. Esse tema já foi discutido pelo TCU em diversas oportunidades, gerando diversos Acórdãos que repugna Editais que solicitam BIOS desenvolvido pelo mesmo fabricante ou que vedam a soluções OEM, como o presente Edital. Oportunamente, abaixo seguem algumas decisões do TCU, que geraram diversos ACÓRDÃOS sobre o tema:

“Número do Acórdão: ACÓRDÃO 1881/2015 - PLENÁRIO

Relator: ANA ARRAES

Processo: 002.860/2015-5

Tipo de processo: REPRESENTAÇÃO (REPR)

Data da sessão: 29/07/2015

Número da ata: 30/2015

Interessado / Responsável / Recorrente

3. Representante/Interessada:

3.1. Representante: Teczap Comércio e Distribuição Ltda. - EPP (CNPJ 08.619.872/0001-44).

3.2. Interessada: Dell Computadores do Brasil Ltda. (CNPJ 72.381.189/0006-25).

Entidade: Universidade Federal do Oeste da Bahia - Ufob.

Representante do Ministério Público: não atuou.

Unidade Técnica: Secretaria de Controle Externo no Estado da Bahia - Secex/BA.

....

ACORDAM os ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão do Plenário, ante as razões expostas pela relatora e com base nos arts. 169, inciso V, 235, 237, inciso VII e parágrafo único, 250, inciso II, do Regimento Interno, c/c os arts. 113, § 1º, da Lei 8.666/1993 e 9º da Lei 10.520/2002, em:

9.1. conhecer da representação e considerá-la parcialmente procedente;

...

9.4. dar ciência à Ufob sobre as seguintes impropriedades verificadas no certame em tela: INNOVE TECNOLOGIA E PARTICIPAÇÕES LTDA - ME

...

9.4.1.1. placa principal e Basic Input/Output Software – Bios de propriedade do fabricante do equipamento e teclado e mouse do mesmo fabricante da CPU”

“Número do Acórdão: ACÓRDÃO 1990/2014 - PLENÁRIO

Relator: MARCOS BEMQUERER

Processo: 007.303/2013-0

Tipo de processo: REPRESENTAÇÃO (REPR)

Data da sessão :30/07/2014

Número da ata: 28/2014

Interessado / Responsável / Recorrente

3. Interessada: Mactecology Comércio de Informática Ltda., CNPJ n. 10.345.104/0001-91.

Entidade: Comando de Operações Terrestres do Comando do Exército (Coter/CE).

Representante do Ministério Público: não atuou.

Unidade Técnica: Secretaria de Controle Externo de Aquisições Logísticas (Selog).

...

Acórdão

VISTOS, relatados e discutidos estes autos da Representação formulada pela empresa Mactecology Comércio de Informática Ltda., com pedido de medida cautelar, acerca de supostas irregularidades no Pregão Eletrônico n. 19/2012, promovido pelo Comando de Operações

Terrestres do Comando do Exército (Coter), com vistas à realização de Registro de Preços para aquisição de equipamentos de tecnologia da informação.

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo Relator, em:

9.1. conhecer da presente representação, nos termos do art. 237, inciso VII, do Regimento Interno/TCU c/c o art. 113, § 1º, da Lei n. 8.666/1993, para, no mérito, considerá-la prejudicada, por perda de objeto, tendo em vista a anulação do Pregão Eletrônico n. 19/2012;

9.2. com fundamento no artigo 250, II, do Regimento Interno/TCU, determinar ao Comando de Operações Terrestres que, em futuros procedimentos licitatórios para a aquisição de equipamentos de tecnologia da informação:

9.2.1. abstenha-se de exigir gabinete, monitor, teclado e mouse do mesmo fabricante, bem como exclusividade do fabricante do computador na produção da placa mãe e do BIOS, em respeito ao art. 3º, § 1º, inciso I, da Lei n. 8.666/1993;”

“Acórdão 855/2013 - Plenário

Data da sessão 10/04/2013

Relator JOSÉ JORGE

Área Licitação:

Tema Competitividade

Subtema Restrição

Outros indexadores

Software, Hardware, Fabricante, Bens e serviços de informática, Certificação, Habilitação de licitante

Tipo do processo: REPRESENTAÇÃO

Enunciado

As exigências de que a placa mãe, a BIOS e o software de gerenciamento sejam do mesmo fabricante do equipamento a ser adquirido, bem como a exigência das certificações (FCC, UL 60950-1, IEC 60950-1 e CE) , como requisitos de habilitação, afrontam o disposto no art. 3º, § 1º, inciso I, da Lei 8.666/1993.

...

9. A anulação do pregão, segundo a Secex/MA, tem como fundamento o entendimento de que as exigências relacionadas a certificações específicas e ao BIOS desenvolvido pelo mesmo fabricante do equipamento são restritivas.

10. [...], a exigência de que a BIOS ou o software de gerenciamento seja da mesma marca do fabricante, não se aceitando outras soluções em regime de OEM, afronta o previsto no art. 3º, § 1º, inciso I, da Lei 8.666/1993, sendo exigência restritiva consoante jurisprudência desta Corte [...].”

10. As decisões proferidas pelo TCU são suficientes para determinar a alteração do presente Edital, para que seja aceita BIOS em regime de OEM, assim, solicitamos que o texto seja alterado para:

“Deve ser do mesmo fabricante do equipamento ou que o fabricante do equipamento possua direitos de copyright sobre esse BIOS, comprovado através de atestado fornecido pelo fabricante da BIOS, declarando o modelo do equipamento”

11. Destacamos a importância do Acórdão nº 2993/2015 – TCU – 2ª Câmara, publicado no Diário oficial da União nº 109, do dia 11 de junho de 2015, que, indubitavelmente, deve ser alçado ao nível de referência a ser seguida na elaboração de Editais que possuam como escopo a aquisição de equipamentos de informática, e que segue abaixo na íntegra:

“ACÓRDÃO Nº 2993/2015 - TCU - 2ª Câmara 1. Processo TC 003.989/2015-1.

2. Grupo I - Classe VI - Representação.

3. Unidade: Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia de Santa Catarina - IFSC.

4. Relatora: ministra Ana Arraes.

5. Representante do Ministério Público: não atuou.

6. Unidade Técnica: Secretaria de Controle Externo no Estado de Santa Catarina - Secex/SC.

7. Advogado: não há.

8. Acórdão: VISTA, relatada e discutida esta representação de empresa participante do pregão eletrônico para registro de preços 147/2014, promovido pelo Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia de Santa Catarina (IFSC) para aquisição de computadores, monitores, tablets e outros bens de informática. ACORDAM os ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão da 2ª Câmara, ante as razões expostas pela relatora e com base no art. 237, inciso VII, do Regimento Interno, c/c o art. 113, § 1º, da Lei 8.666/1993, em:

9.1. conhecer da representação e julgá-la procedente;

9.2. considerar prejudicada, por perda de objeto, a medida cautelar que suspendeu os itens 1, 2, 3 e 4 do pregão eletrônico 147/2014; INNOVE TECNOLOGIA E PARTICIPAÇÕES LTDA - ME

9.3. dar ciência ao Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia de Santa Catarina de que a inclusão, nos editais de licitação, de exigência de certificado emitido por certificadora específica, como verificado no pregão eletrônico 147/2014, frustra o caráter competitivo do certame e caracteriza afronta ao art. 3º, § 1º, inciso I, da Lei 8.666/1993 e ao art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal; (grifo nosso)

9.4. dar ciência deste acórdão, acompanhado do relatório e do voto que o fundamentaram, à representante; e

9.5. arquivar os autos. 10. Ata nº 17/2015 – 2ª Câmara. 11. Data da Sessão: 2/6/2015 – Ordinária.

12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-2993-17/15-2.

13. Especificação do quorum.

13.1 Ministros presentes: Raimundo Carreiro (Presidente), Augusto Nardes, Ana Arraes (Relatora) e Vital do Rêgo.

13.2 Ministro-Substituto presente: André Luís de Carvalho.”

12. Decisões como esta, objetivam e tutelam a obtenção da proposta mais vantajosa para a Administração, atendendo, assim, aos ditames constitucionais e legais que norteiam a matéria.

13. A Carta Magna é clara o suficiente ao determinar em seu art. 37, XXI, que:

"XXI – ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações."

14. A Lei nº 8.666/93, por sua vez, em seu art. 3º, caput, tratou de conceituar licitação, em conformidade com os conceitos doutrinários já vistos:

"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."

15. Como se percebe, a Constituição, em seu art. 37, XXI, alhures transcrito, assim como a Lei nº. 8.666/93 trazem, em seu teor, os princípios norteadores da atividade exercida pelos administradores durante o certame. O exame da validade ou invalidade dos atos praticados durante o processo de licitação, por diversas vezes, passará antes pela análise à luz destes princípios, enumerados e divididos pelo jurista José dos Santos Carvalho Filho em princípios básicos (princípios da legalidade, da moralidade, da impessoalidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo) e correlatos (princípios da competitividade, da indistinção, do sigilo das propostas, do formalismo procedimental, da vedação à oferta de vantagens e da obrigatoriedade).

16. Para que prevaleça a lisura numa dada licitação pública, nas palavras de José dos Santos Carvalho Filho, deve-se observar **"que todos os interessados em contratar com a Administração devem competir em igualdade de condições, sem que a nenhum se ofereça vantagem não extensiva a outro"**.

17. O estabelecimento, no Edital, de cláusulas ou condições que possam comprometer, restringir ou frustrar o caráter competitivo do certame, estabelecendo preferências ou distinções entre os licitantes é considerado conduta vedada ao agente público responsável pela sua elaboração e divulgação.

18. Todo e qualquer tratamento discriminatório é ato que demonstra arbitrariedade, além de afrontar de forma brutal, não somente o princípio da isonomia, mas também os princípios da impessoalidade, moralidade e probidade; daí o porquê de a Lei o proibir expressamente.

19. Várias são as decisões do Tribunal de Contas da União – TCU no que tange à compra de equipamentos de informática. Estas decisões trazem em seu bojo, inclusive, a definição e a composição dos equipamentos e os vários modos como podem os órgãos licitantes efetuar as aquisições, sem prejudicar o caráter competitivo e isonômico do certame.

DO PEDIDO

20. Em face ao exposto, confia e espera, pois, seja a presente IMPUGNAÇÃO conhecida e provida, a fim de permitir que as alterações pleiteadas sejam acolhidas; isto aumentaria consideravelmente a quantidade de licitantes e tornaria o certame muito mais competitivo, trazendo, conseqüentemente, benefícios para este órgão. Informamos que, caso o órgão decida pela manutenção das exigências restritivas, o edital poderá ser alvo de novas impugnações ou, até mesmo de representações ao Tribunal de Contas do Estado.

[...]

II. DA ANÁLISE DA ÁREA TÉCNICA

Inicialmente, cabe analisar o requisito de admissibilidade, com posterior análise dos argumentos apresentados na referida impugnação, ou seja, apreciar se a mesma foi interposta dentro do prazo estabelecido para tal. Dessa forma, o Decreto 5.450/05, em seu artigo 18, dispõe: “Até dois dias úteis antes da data fixada para abertura da sessão pública, qualquer pessoa poderá impugnar o ato convocatório do pregão, na forma eletrônica”

O impugnante encaminhou em tempo hábil, via e-mail, sua impugnação, portanto, merece ter seu mérito analisado, já que atentou para os prazos estabelecidos nas normas regulamentares.

Salientamos que o Termo de Referência, bem como a Minuta do Edital foram previamente analisados pela Consultoria Jurídica deste Ministério, quanto aos requisitos de legalidade das cláusulas ali dispostas.

Por tratar-se de assunto referente ao Termo de Referência, coube a este Pregoeiro encaminhar as alegações à área técnica, tendo a mesma se manifestado nos seguintes termos, a saber:

De início, é necessário destacar que as especificações técnicas mínimas contidas no Termo de Referência compõem um rol de elementos uniformes que buscam compatibilizar os aspectos técnicos, com os requisitos de segurança, funcionalidade e adequação à necessidade da Administração.

Nesse sentido salientamos que não há indicação de marcas e que a BIOS – programa básico de inicialização e integração do equipamento com a placa mãe – é um componente fundamental à adequada homogeneidade e integração de funcionalidades (controle dos dispositivos e periféricos do equipamento como um todo). Os fabricantes que possuem BIOS própria ou direitos de *copyright* sobre ela detêm o domínio da tecnologia para sanar quaisquer eventuais problemas técnicos que ocorram com o equipamento.

Dessa forma, o objetivo da aquisição de microcomputadores que embarquem em sua plataforma a BIOS de mesmo fabricante (ou com direitos de *copyright*) visam a minimizar possíveis problemas de incompatibilidade de *hardware* e baixo desempenho, garantir a procedência dos componentes e *softwares* embarcados e garantir o suporte e a qualidade mínima esperada dos equipamentos diante da criticidade envolvida em sua aplicação e dos elevados custos diretos e indiretos advindos da recorrência de falhas e defeitos.

Destarte, vejamos: se um dado fabricante não possui domínio técnico sobre um componente ESSENCIAL (fundamental) ao funcionamento e integração lógica de seu equipamento de modo a poder garantir, dentre outros aspectos, que este atenda aos requisitos de qualidade desejados pela Administração, por não considerar tal aspecto relevante, é fato que tal fabricante não se encontra apto a fornecer seu equipamento à Administração.

Comumente, equipamentos que fogem a este critério são máquinas “montadas” sem padronização, assim entendidas como aquelas para as quais uma empresa adquire peças de vários fabricantes no mercado para compor (montar) um equipamento. Sendo que estes equipamentos não passam por um processo produtivo padronizado, desenvolvido com o foco na qualidade e em testes exaustivos para obter o melhor desempenho, reparabilidade e durabilidade possíveis.

As máquinas “montadas” não possuem um padrão de produto, o que pode dificultar a manutenção e diagnóstico de problemas que envolvem *hardware* e principalmente a sua durabilidade. Lembrando que os equipamentos solicitados são para uso corporativo, o que requer que tenham desempenho, confiabilidade e procedência como garantia de uma boa prestação de serviços.

Por fim, cumpre registrar que as especificações técnicas mínimas previstas no Termo de Referência (i) não estabelecem qualquer discriminação desvinculada do objeto da licitação; (ii) não contém exigências desnecessárias e que não envolvam vantagem para a Administração; (iii) não impõe requisitos desproporcionais à necessidade da Administração; e (iv) não contém discriminação ofensiva à valores legais ou constitucionais.

O Ministério da Educação (MEC) busca no mercado uma solução tecnicamente viável e eficiente para a Administração. Os requisitos exigidos no edital são necessários, relevantes, razoáveis e estão bem fundamentados e justificados no processo. Não é objetivo da Administração acomodar, nas licitações públicas, toda e qualquer solução em torno do objeto pretendido, mas garantir uma ampla concorrência em torno do atendimento de suas necessidades, o que foi alcançado no edital ora impugnado.

O princípio que refuta a restrição ao caráter competitivo não é absoluto, representando essencialmente a expressão sintetizada de uma orientação vista em caráter de generalidade, a admitir, por óbvio, preferências técnicas que visem o atendimento ao interesse da Administração, como é o caso. Esse é o entendimento da doutrina jurídica e da jurisprudência do Tribunal de Contas da União, a exemplo dos Acórdãos nº 3.274/2011 e 1.890/2010.

Ao passo que entendemos que serão considerados aderentes ao requisito A-6.02 os equipamentos que ofertarem BIOS do mesmo fabricante do equipamento ou que o fabricante comprove possuir direitos de *copyright* sobre a BIOS (sendo admitido, inclusive, regime OEM se o fabricante detiver os direitos de *copyright* sobre a BIOS), conforme descrito, registramos que durante a fase de planejamento da contratação, constatou-se que diversos fabricantes atendem as especificações exigidas no Edital e, conseqüentemente, muitos outros fornecedores/representantes estão aptos a participar do pregão, possibilitando ampla concorrência. Evidencia-se, portanto, que as especificações do Edital, ao contrário do afirmado pela impugnante, não caracterizam restrições indevidas à ampla concorrência.

Verificamos também que em licitações cujos editais continham requisito idêntico diversos fabricantes distintos sagraram-se vencedores, tais como: Positivo, Dell Computadores, HP, Lenovo e Daten.

Destacamos que durante a fase de planejamento da contratação a própria impugnante teve oportunidade de oferecer suas sugestões ao MEC e não apresentou qualquer ressalva ou consideração quanto ao requisito em questão – ao passo que as sugestões feitas sobre outros aspectos foram avaliadas e, inclusive, acatadas. Tampouco consta registro de Pedido de Esclarecimento da impugnante quanto ao requisito em questão.

Assim, pelos fundamentos apresentados e a inexistência de ilegalidade, recomendamos ao Senhor Pregoeiro, conhecer a impugnação interposta pela empresa e negar-lhe provimento, mantendo os termos do Edital do Pregão Eletrônico nº 17/2019.

III. DA ANÁLISE DO PREGOEIRO

Considerando o posicionamento enviado pela área técnica deste Ministério, uma vez que o teor da referida peça é sobre o constante no Termo de Referência e totalmente de cunho técnico, este Pregoeiro entende como satisfatória o posicionamento da área técnica.

IV. CONCLUSÃO

Pelo exposto, com lastro no posicionamento levantado, entendemos que o Edital e seus Anexos, estão em conformidade com as disposições legais e em consonância com as orientações da Egrégia Corte de Contas da União, assim, este Pregoeiro decide conhecer a presente peça por ser tempestiva, para, no mérito, **NEGAR PROVIMENTO**, mantendo o horário e data de abertura do certame, em razão deste acolhimento não influenciar na alteração do Edital e seus Anexos.

RICARDO DOS SANTOS BARBOSA

Pregoeiro

Brasília, 27 de setembro de 2019.



Documento assinado eletronicamente por **Ricardo dos Santos Barbosa, Coordenador(a)**, em 27/09/2019, às 09:55, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento da Portaria nº 1.042/2015 do Ministério da Educação.



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site http://sei.mec.gov.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0, informando o código verificador **1733239** e o código CRC **396B35FD**.

Referência: Processo nº 23000.027523/2018-36

SEI nº 1733239