

AO ILUSTRÍSSIMO SENHOR (a) PREGOEIRO (a)

TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL

ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL

PREGÃO ELETRÔNICO Nº 44/2023

UASG Nº 070016

ITEM 01

“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.

AZULDATA TECNOLOGIAS LTDA pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ nº 40.143.803/0001-10, com sede na Rua Porto Alegre, 307, SL 102, LOTE EU-V, bairro Nova Zelândia, SERRA - ES, CEP: 29.175-706, representado pelo Sócio Administrador Tiago José Caumo, brasileiro, divorciado, empresário, portador da cédula de identidade nº 5094725925 e do CPF nº 006.876.130-94, vem a ilustre presença de Vossa Senhoria, vem perante vossas Ilustres Senhorias, apresentar o presente

IMPUGNAÇÃO AOS TERMOS DO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO (DIREITO CONSTITUCIONAL DE PETIÇÃO) em razão de restritivas exigências solicitadas nas especificações técnicas do objeto licitado, o que faz com fulcro no art. 9º da Lei Federal nº 10.520/2002, no § 2º do art. 41 da Lei Federal nº 8.666/93, no subitem 4.1 do Edital, e nas demais disposições aplicáveis, bem como no art. 5º, inciso XXXIV, alínea “a” da Constituição da República, pelas razões de fato e de direito a seguir aduzidas:

I - DA TEMPESTIVIDADE.

A presente Impugnação é tempestiva, visto que interposta nesta data de 28/11/23 terça-feira, em estrita observância às previsões legais e editalíssimas, com a necessária antecedência de até 03 dias úteis anteriores à data fixada para a realização da Sessão Pública de Abertura do Certame, que está prevista para o próximo dia 01/12/23 sexta-feira.

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 CONSIDERAÇÕES INICIAIS.

Antes de mais nada, a IMPUGNANTE pede licença para expressar o respeito que dedica à **TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL - MS**, à Colenda Equipe Técnica de Apoio e ao Sr. Pregoeiro, bem como destaca que a presente manifestação tem estrita vinculação à interpretação objetiva dos termos do instrumento convocatório.

As eventuais discordâncias deduzidas na presente impugnação fundamentam-se no entendimento que se pretende dar para o texto da Constituição Federal, das normas gerais e das regras específicas, eventualmente diverso daquele adotado quando da edição do ato convocatório.

Nesse introito, também é necessário informar que a empresa em destaque participa habitualmente de diversos processos licitatórios, no segmento de hardware, software e tecnologia educacional, realizados em todo país, nos mais diferentes órgãos, entidades e esferas governamentais, tendo expressiva atuação no fornecimento à Administração Pública.

Desta feita, 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 alternativa senão protocolizar o presente pleito.

III - DA INFUNDADA E RESTRITIVA EXIGÊNCIA SOLICITADA, QUANTO À CONFORMIDADE UEFI EXCLUSIVAMENTE NA CATEGORIA PROMOTERS, DA RESTRIÇÃO À PARTICIPAÇÃO DE INÚMEROS FORNECEDORES E DA INFRINGÊNCIA AOS PRINCÍPIOS BASILARES DA LICITAÇÃO.

Constitui objeto da licitação, através do Sistema de Registro de Preços - SRP, a eventual e futura aquisição de equipamentos de informática, conforme especificações e quantidades descritas no Instrumento Convocatório.

Ocorre que a exigência quanto à especificação UEFI, exclusivamente na categoria PROMOTERS, da forma como se encontra redigida configura clara restrição ao caráter competitivo do certame, na medida que elide a classificação de diversos fabricantes, inclusive desta IMPUGNANTE.

Tal exigência macula irrecuperavelmente o Instrumento Convocatório ora em apreço e atenta quanto à disposição legal, especialmente ao art. 37 da Constituição Federal, ao art. 3º e parágrafo 5º do art. 7º da Lei Federal nº 8.666/93, ao art. 3º da Lei Federal nº 10.520/2002, pois fere os princípios basilares da licitação, especialmente os **princípios da isonomia, da economicidade, da competitividade, da razoabilidade, da proporcionalidade, da legalidade, dentre outros**, ensejando sua premente revisão, de forma a restabelecer a competitividade ao Certame, o que desde já se requer.

III.A. 1º ASPECTO IMPUGNADO – UEFI MEMBRO NA CATEGORIA PROMOTERS:

Especificamente sobre UEFI na categoria promoters, dispõe o Edital para o **ITEM 01**

“BIOS: tipo flash memory, utilizando memória não volátil e reprogramável; Interface Unified Extensible Firmware Interface (UEFI) compatível com Inicialização Segura. O fabricante do equipamento deverá constar na lista UEFI (<https://uefi.org/members>) na categoria “Promoters”;

O UEFI é um fórum internacional de computação com mais de 250 (duzentos e cinquenta) companhias, membros que especificam, desenvolvem e mantêm as especificações da UEFI e do ACPI para dispositivos. Conforme link mencionado no próprio Edital é possível verificar que existem 03 (três) categorias, PROMOTER, CONTRIBUTOR e ADOPTER:

- PROMOTERS são aqueles que fizeram parte da fundação da UEFI em fevereiro de 2005, e que fazem parte do Conselho Diretor constituído por 13 (treze) companhias;
- CONTRIBUTOR são aqueles que fazem parte do desenvolvimento através de ideias, sugestões, comentários, etc. Tendo também o poder de participar de fóruns a respeito de tecnologia;
- Por fim, existem os ADOPTERS, que apesar de não participarem do processo de desenvolvimento adotam a tecnologia em suas normas e como elas foram definidas.

Conforme mencionado, a classificação PROMOTERS corresponde aos membros fundadores, **não sendo possível a admissão de novos membros nessa categoria**. Portanto, por mais que uma nova empresa cumpra com todas as exigências, por uma mera questão de convenção, não irá conseguir a classificação exigida. Insta destacar que mesmo após consulta formal da POSITIVO, o Conselho UEFI deixou claro que não deseja expandir a lista de empresas na classificação PROMOTERS, senão vejamos:

De: UEFI Administration <admin@uefi.org>
Enviado em: segunda-feira, 25 de junho de 2018 20:55
Para: Eder Godoy
Cc: admin@uefi.org
Assunto: UEFI Promoter Membership

Hello Eder,

Thank you for your patience. After consulting the Board, we have been informed that the Board is not looking to expand the Promoter roster at this time but they do want to sincerely thank you for your interest.

If you would like to get more involved with the UEFI Forum, there are a number of work groups that facilitate the day-to-day development of the specifications managed by the Forum. Participating is the best way to have an impactful presence on the Forum's future work, our suggestion would be to join one or more of the work groups and contribute to the specification development process. If you need help joining any of the Work Groups, please let us know and we will be able to assist you.

Regards,
Pam Westgaard
UEFI Administration
3855 SW 153rd Drive
Beaverton, OR 97003
Phone: (503) 619-0864
Fax: (503) 644-6708

Demonstra a tradução, que a resposta apresentada pelo UEFI foi " (...) *Depois de consultar o Conselho, fomos informados de que o Conselho não está procurando expandir a lista de Promoter neste momento (...)*". Ou seja, mesmo em consulta direta ao UEFI, foi claramente demonstrado por seu Conselho que o Fórum Internacional não busca ampliar a lista de *PROMOTERS*.

Ademais, a POSITIVO é membro do UEFI como *CONTRIBUTOR*, em cuja categoria podem ser encontrados diversos outros fabricantes de renome internacional, altamente qualificados tanto tecnicamente como comercialmente, sendo incontestável, portanto, que se trata de uma determinação restritiva exigir que o fabricante do equipamento seja membro na categoria *PROMOTERS*.

Aliás, frente ao mercado mundial é ínfimo o número de empresas que compõem esta lista. De acordo com informações obtidas no website do UEFI (Unified Extensible Firmware, <http://www.uefi.org/members>) são estas as empresas:



Home About **Membership** Education Events Developers Public Support

Member Pages

UEFI Unified Extensible Firmware Interface Forum

Home » Membership

MEMBERSHIP LIST

The UEFI Forum community of members is represented by industry-leading OEMs, IHVs, chip manufacturers, BIOS and firmware vendors and operating system vendors.

PROMOTERS

AMD	IBM
American Megatrends, Inc.	Insyde Software
Apple Inc.	Intel
ARM Limited	Lenovo
Dell	Microsoft
Hewlett Packard Enterprise	Phoenix Technologies
HP, Inc.	

CONTRIBUTORS

Nota-se que apenas 13 (treze) das 250 (duzentas e cinquenta) companhias fazem parte da Categoria PROMOTER, sendo que destas 13 (treze), **SOMENTE 03 (três)** são fabricantes de hardware (HP Inc, DELL e LENOVO), não restando dúvidas do quão restritiva é a exigência em apreço.

Importante mencionar que a POSITIVO, assim como outras 40 (quarenta) empresas da categoria *CONTRIBUTOR*, está apta a participar de grupos de trabalho de desenvolvimento/atualização dos padrões UEFI, juntamente com as 13 (treze) empresas da categoria **PROMOTER** e possui, igualmente a estas, acesso integral ao acervo e aos padrões técnicos já existentes quanto às notificações de atualizações e publicações de novos padrões UEFI, não havendo nenhuma limitação técnica para a utilização, customização ou participação no desenvolvimento dos padrões oferecidos pelo fórum.

Esclareça-se que na qualidade de integrante da categoria *CONTRIBUTOR*, a POSITIVO utiliza, por procedimento, em todos os equipamentos que produz, os padrões UEFI nas versões mais recentes disponíveis, às quais tem acesso ao mesmo tempo que as demais empresas integrantes da categoria *PROMOTER*, sem nenhuma distinção.

Inclusive, a POSITIVO estabeleceu um comprometimento contratual com os fornecedores de sistemas operacionais (SO), a fim de garantir uma melhor performance destes, e, por consequência, do próprio equipamento para o usuário final. Exemplificando: a Microsoft (na qualidade de membro *PROMOTER*), ao fornecer o SO Windows para a POSITIVO, estabelece que esta deverá adotar as

especificações mais recentes da UEFI, o que permitirá um melhor desempenho do próprio SO Windows, e, por consequência, do equipamento POSITIVO como um todo.

Neste introito, o fato de uma empresa estar cadastrada na categoria *PROMOTER* ou na categoria *CONTRIBUTOR*, não representa um critério de seleção/certificação de competência ou qualificação técnica de qualquer nova empresa, para que esta possa (ou não) ingressar na categoria *PROMOTER*: **trata-se, de fato e de Direito, de uma limitação intransponível para qualquer outra empresa, além daquelas 13 (treze) inicialmente participantes, que no segmento de hardware se reduzem para apenas 03 (três).**

Sendo assim, se, de fato, não há nenhuma vantagem efetiva ao usuário final do equipamento e por outro lado, se caracteriza, juridicamente, como uma exigência restritiva e altamente limitadora, que beneficia apenas 03 (três) fabricantes do segmento, devendo a Administração priorizar não a certificação em determinada categoria, mas sim, analisar que independente da categoria em questão, **a qualidade do produto é a MESMA.**

Diante de todo o exposto, pergunta-se: considerando que todo Edital de Licitação precede necessariamente de uma justificativa pertinente na qual deve se basear a aquisição pretendida, qual é a justificativa apresentada para o Processo Administrativo em apreço que fundamente as exigências destes requisitos técnicos restritivos à competitividade de empresas genuinamente nacionais, que não garantem o melhor preço e não representam nenhum diferencial técnico fático em benefício da Administração?

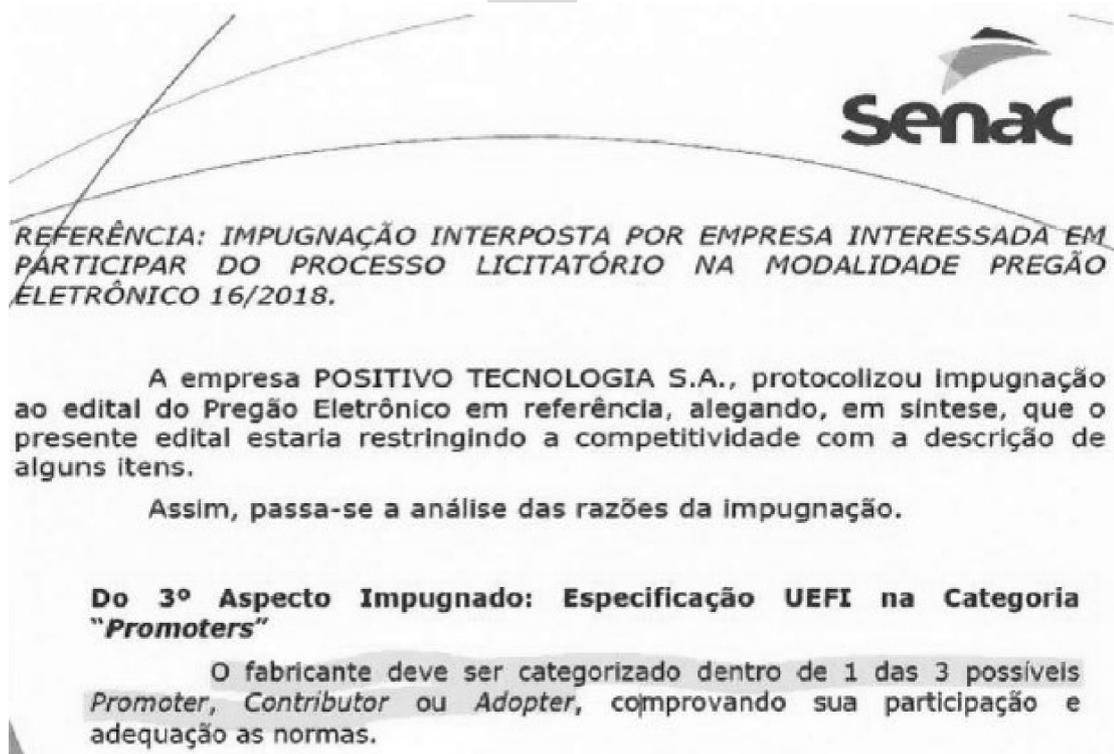
Assim, não existem respaldos técnicos para alegações de que UEFI na categoria *PROMOTER* represente um padrão de qualidade superior, ou que equipamentos com tais características teriam maior confiabilidade e durabilidade. Tais alegações são totalmente despicientes e devem ser tratadas como de fato são: meras alegações de marketing que insistem em "tentar emplacar" como configurações normais de mercado características específicas de determinado fabricante multinacional, ou ainda, que não possam ser atendidas pela grande maioria das fabricantes nacionais.

A exigência acima impugnada é flagrantemente desarrazoada, restritiva e macula irre recuperavelmente o Instrumento Convocatório, pois atenta à diversas disposições legais, especialmente o art. 37, da Constituição da República, o art. 3º, caput e art. 7º, § 5º da Lei Federal nº 8.666/93 e o art. 3º da Lei Federal nº 10.520/2002.

Neste sentido, em recente decisão proferida, a equipe técnica da **PREFEITURA MUNICIPAL DE FOZ DO IGUAÇU**, no Edital de Pregão Eletrônico nº 043/2019, reconheceu o caráter restritivo da especificação da categoria *PROMOTER*, aceitando a categoria **CONTRIBUTOR**:



Não foi diferente o entendimento do **SENAC-SC** no Pregão Eletrônico 16/2018, senão vejamos:



Sendo assim, resta demonstrado que diferentes Órgãos por todo Brasil, estão adotando igual entendimento e **acertadamente estão alterando a exigência restritiva em questão.**

Desta forma, com todo o respeito, **clama-se a essa Administração Licitante que reveja os termos do edital, a fim de possibilitar a participação das empresas cadastradas em outras categorias da lista de membros do UEFI, ampliando assim a competitividade e, conseqüentemente, vislumbrando a**

possibilidade de economia do dinheiro público, para adquirir excelentes equipamentos de informática, o que desde já se requer.

IV - DA NECESSIDADE OE OBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS NORTEADORES DA ATIVIDADE ADMINISTRATIVA.

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 da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte [...] (Grifos e destaques nossos)

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.

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.)

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.

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.

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)

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.

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)

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 planeia. (Grifos e destaques nossos)

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 sequência:

...

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

Em igual sentido estabelece o art. 3º, inciso li 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)

Partindo dessas 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.

Mesmo reconhecendo todos os méritos no trabalho desempenhado por essa Administração Licitante, não pode essa IMPUGNANTE se calar e se conformar com as especificações técnicas exigidas porque são em demasia restritivas, razão pela qual se clama pela alteração/revisão do Edital.

A necessidade de alteração de Edital que adota condição de participação restritiva é pacífica na Jurisprudência, vide compêndio de julgados constante 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 /, 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. (TCEISP, 000235/006/09.) (Grifos e destaques nossos)

Vê-se que os entendimentos doutrinários e jurisprudenciais não aceitam condições restritivas como a ora impugnada, indicando como premente sua revisão, o que desde já se requerer!

Para o Ilmo. Pregoeiro, no uso de sua competência, entendendo e acatando os motivados argumentos deste arrazoado, poderá rever a exigência técnica em comento de forma a bem atender ao interesse público, priorizando a competitividade, uma vez que aumentará significativamente o número de licitantes e garantirá um preço muito mais vantajoso.

V- DO PEDIDO FINAL

Por todo exposto, requeremos, 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.

Termos em que pede deferimento

Serra/ES, 24 de novembro de 2023.



Representante Legal

Nome: TIAGO JOSÉ CAUMO

CPF: 006.876.130-94/RG: 5094725925 SSP/RS