



**ILMO. SR. PREGOEIRO DO CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO
PÚBLICO - CNMP**

Pregão Eletrônico n.º 73/2011

B2BR – BUSINESS TO BUSINESS INFORMÁTICA DO BRASIL LTDA., pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob o nº 01.162.636/0001-00, com sede no município de Santana do Parnaíba, Estado de São Paulo, à avenida Yojiro Takaoio, n.º 4.384, conjunto 1.010, 10º andar, Shopping Service, CEP 06.541-038, neste ato devidamente representada de acordo com os seus atos constitutivos, doravante

1/11

denominada “Impugnante”, vem, respeitosamente, perante Vossa Senhoria, apresentar tempestivamente IMPUGNAÇÃO ao Edital em epígrafe, com fulcro em seu item 7, e na legislação brasileira, pelas razões de fato e de direito a seguir expostas.

1. Depreende-se do Edital que o objeto da licitação é o “fornecimento de equipamentos de TIC, serviço de instalação, implementação, configuração e garantia, de modo a atender às necessidades do Conselho Nacional do Ministério Público, conforme especificações constantes do Termo de Referência (Anexo I) e as condições estabelecidas”.

2. Por sua vez, o Termo de Referência traz em seu bojo a descrição detalhada do objeto (item 4), a garantia dos produtos e serviços (item 8) e, ao fim, a indicação de como deverá formulada a proposta dos licitantes, com a divisão dos serviços em 19 (dezenove) itens distintos e a indicação de preços unitários e global (item 12 – ratificado pelo Anexo III).

3. Em uma análise mais atenta, vê-se que o objeto do Edital é heterogêneo, pois inclui vários itens que podem ser divididos em quatro grupos: servidor, *storage*, *switch* e serviços.

4. Contudo, mesmo com tal característica, a licitação ocorrerá pelo tipo menor preço global, como se verifica no Edital.

5. Ora, já está assente no direito administrativo que as licitações que tiverem por objeto produtos e/ou serviços diversos deverão ser fracionadas por lotes para assegurar uma ampla competitividade e para respeitar inúmeros princípios que regem o direito administrativo.

6. Esse fracionamento deve forçosamente ocorrer porque a Administração Pública deve aproveitar ao máximo as peculiaridades do mercado de forma a promover uma maior competitividade e, conseqüentemente, o melhor aproveitamento das verbas públicas.

7. Nesse compasso, é mister que poucos fornecedores, muitas vezes apenas um ou dois, podem fornecer produtos e/ou serviços que não apresentem uma relação entre si. Por exemplo, não há o menor cabimento em licitar para adquirir vacinas e materiais de escritório de uma só vez, por um preço global não dividido em lotes. Por essa mesma razão, ainda que de forma não tão gritante, o objeto do presente certame deverá ser fracionado.

8. Da mesma forma, mesmo que haja uma certa correlação entre os equipamentos e serviços heterogêneos, ainda assim não pode ser a licitação ser por preço global, pois é sabido que em todo ramo de mercado há empresas especializadas para fornecer itens específicos de sub-ramos de um tal mercado – sendo notório que empresas especializadas tendem a prestar serviços melhores por preços mais acessíveis.

9. Pois bem. É exatamente esse o presente caso, pois ainda que seja tudo relacionado a informática, vê-se que o objeto do Edital ainda pode ser considerado heterogêneo por abranger várias áreas distintas da tecnologia de informação (serviços, servidor, *storage* e *switch*) e porque para cada uma delas há uma forte presença de empresas especializadas.

10. Por outro lado, não se nota qualquer motivo determinante para que haja apenas um único fornecedor para todos os componentes do objeto do Edital, visto que a compatibilidade não depende da pessoa que fornecerá, mas sim dos equipamentos que serão fornecidos – os quais estão livremente disponíveis no mercado sem que ninguém exerça monopólio.

11. Assim sendo, se mantido o Edital na forma em que se encontra, muitos potenciais fornecedores continuarão irrazoavelmente impedidos de participar do procedimento licitatório, o que trará um evidente prejuízo ao erário público, além de desprezar muitas regras e princípios do direito administrativo, como o da competitividade, da legalidade, da igualdade, da motivação dos atos administrativos, da razoabilidade, do julgamento objetivo, da impessoalidade e da moralidade.

12. Para corroborar o entendimento acima esposado, cumpre citar inicialmente dois dispositivos da Lei 8.666/1993:

Art. 15. **As compras**, sempre que possível, **deverão**:

IV - **ser subdivididas em tantas parcelas quantas necessárias para aproveitar as peculiaridades do mercado, visando economicidade;**
(destacado)

Art. 23. As modalidades de licitação a que se referem os incisos I a III do artigo anterior serão determinadas em função dos seguintes limites, tendo em vista o valor estimado da contratação:

§ 1º **As obras, serviços e compras efetuadas pela Administração serão divididas em tantas parcelas quantas se comprovarem técnica e economicamente viáveis**, procedendo-se à licitação com vistas ao melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e à ampliação da competitividade sem perda da economia de escala.
(destacado)

13. Vê-se claramente que os termos “deverão” e “serão” não deixa a menor discricionariedade à autoridade pública. De fato, a divisão do objeto segundo as

peculiaridades do mercado deverão sempre ser observadas para que se obtenha economicidade, o melhor aproveitamento dos recursos e a ampliação da competitividade. Infelizmente, no presente caso essas regras não foram respeitadas, de forma a invalidar todo o procedimento. Com isso, fica confirmada a violação ao princípio da legalidade, que culmina na violação do princípio da competitividade.

14. O espírito de competitividade está insito no conceito que traz o artigo 3º da Lei n.º 8.666/93 de “seleção da proposta mais vantajosa para a administração”, que consta também no conceito doutrinário delineado por José Cretella Júnior (**Das Licitações Públicas**. 18ª ed. Forense: Rio de Janeiro, 2006, p. 49.), que assim resume:

Licitação, no Direito Público brasileiro atual, a partir de 1967, tem o sentido preciso e técnico de procedimento administrativo preliminar complexo, a que se recorre a Administração quando, desejando celebrar contrato com o particular, referente a compras, vendas, obras, trabalhos ou serviços, seleciona, entre várias propostas, a que melhor atende ao interesse público, baseando-se para tanto em critério objetivo, fixado de antemão, em edital, a que se deu ampla publicidade.

15. Essa contratação de produtos e serviços heterogêneos pelo menor preço global também viola o princípio da igualdade. Acerca deste princípio, a doutrina já lecionou que a sua finalidade também é de permitir a oportunidade de participação do certame a todos os interessados. Senão vejamos:

O princípio da igualdade implica o dever não apenas de tratar isonomicamente todos os que afluírem ao certame, mas também o de ensejar oportunidade de disputá-lo a quaisquer interessados que, desejando dele participar, podem oferecer as indispensáveis condições de garantia. (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 27ª ed. Malheiros: São Paulo, 2010, p. 532)

O princípio da igualdade constitui um dos alicerces da licitação, na medida em que visa, não apenas permitir à Administração a escolha da melhor proposta, como também assegurar igualdade de direitos a todos os interessados em contratar.

(DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 23ª ed. Atlas: São Paulo, 2010, p. 355)

16. Ainda sobre o assunto, pode-se dizer que quanto mais o objeto da licitação é heterogêneo ou abrangente, menor é a quantidade de fornecedores que poderão cumprilo e, conseqüentemente, participar do certame, o que fará a concorrência diminuir e a Administração Pública pagar um preço mais elevado. Se proceder diferentemente, ao parcelar as suas necessidades em duas ou mais contratações, a Administração poderá ter ao seu dispor empresas mais especializadas em cada área por preços melhores.

17. Da mesma forma a jurisprudência já se pronunciou:

ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. CONCORRENCIA PUBLICA. PERMISSÃO DE CONSORCIO. COMPETITIVIDADE ASSEGURADA. FINANCIAMENTO INTERNACIONAL. POSSIBILIDADE. OBSERVANCIA DO PRINCIPIO DA ISONOMIA. LEI 8.666, DE 21/06/93, ARTS. 3, PARAG. 1, 7, PARAG. 3, 15, I E IV, 23, PARAG. 1, 33 E 42, PARAG. 5.

I - A EXIGENCIA GLOBALIZADA EM UMA UNICA CONCORRENCIA DESTINADA A COMPRA DE UMA VARIEDADE HETEROGENEA DE BENS DESTINADOS A EQUIPAR ENTIDADE HOSPITALAR NÃO VEDA A COMPETITIVIDADE ENTRE AS EMPRESAS CONCORRENTES DESDE QUE O EDITAL PERMITA A FORMAÇÃO DE CONSORCIO QUE, ULTIMA RATIO, RESULTA NO PARCELAMENTO DAS CONTRATAÇÕES DE MODO A AMPLIAR O ACESSO DE PEQUENAS EMPRESAS NO CERTAME, NA INTELIGENCIA HARMONICA DAS DISPOSIÇÕES CONTIDAS NOS ARTIGOS 23, PARAGRAFO 1 E 15, IV, COM A REDAÇÃO DO ART. 33, TODOS DA LEI 8.666, DE 21 DE JUNHO DE 1993.

II - (...)

III - (...)

IV - (...)

V - (...)

VI - RECURSO ORDINARIO CONHECIDO, MAS DESPROVIDO.

(STJ, RMS 6.597/MS, Rel. Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/12/1996, DJ 14/04/1997, p. 12702) (destacado)

18. Ministro Relator desta acertadíssima decisão, ao passo que confirma o acórdão do TJ/MS, confirma também a tese da Impugnante ao fazer a seguinte citação do voto do acórdão recorrido:

“Realmente, a competitividade é condição essencial do sucesso da licitação, conforme afirma Toshio Mukai em sua obra Estatutos Jurídicos de Licitações e Contratos Administrativos (Saraiva, 2. ed., 1990, p. 19), citado por Carlos Ari Sundfeld, in Licitação e Contrato Administrativo (Malheiro Editores, 1994, p. 22), e é por esta razão que a lei exige o parcelamento das contratações.”
(destacado)

19. Não o suficiente, o TCU já elaborou a súmula n.º 247 para consolidar definitivamente o entendimento correto sobre o assunto. Eis seus termos:

É obrigatória a admissão da adjudicação por item e não por preço global, nos editais das licitações para a contratação de obras, serviços, compras e alienações, cujo objeto seja divisível, desde que não haja prejuízo para o conjunto ou complexo ou perda de economia de escala, tendo em vista o objetivo de propiciar a ampla participação de licitantes que, embora não dispondo de capacidade para a execução, fornecimento ou aquisição da totalidade do objeto, possam fazê-lo com relação a itens ou unidades autônomas, devendo as exigências de habilitação adequar-se a essa divisibilidade. (ver também: TCU, Acórdão 2395/10, Plenário; TCU, Acórdão 2295/05, Plenário).

20. Por essas razões, fica evidenciada a violação aos princípios da competitividade e da igualdade.

21. Quanto aos princípios da motivação dos atos administrativos, da razoabilidade e do julgamento objetivo, percebe-se que não houve uma indicação do motivo pelo qual não houve o parcelamento do objeto como impõe a legislação brasileira e o próprio Tribunal de Contas da União, este através do Acórdão 2.471/2008, Plenário, o qual recebeu a indicação de “Boas Práticas” pela Secretaria de Fiscalização de Tecnologia da Informação – SEFTI, e que assim determina:

- justificativa para o parcelamento ou não do objeto, levando em consideração a viabilidade técnica e econômica para tal, a necessidade de aproveitar melhor as potencialidades do mercado e a possível ampliação da competitividade do certame, sem perda de economia de escala (Súmula TCU nº 247; Lei nº 8.666/1993, art. 8º c/c art. 23, §§ 1º e 2º);

- no caso do parcelamento do objeto, justificativa da escolha dentre as formas admitidas, quais sejam, a utilização de licitações distintas, a adjudicação por itens, a permissão de subcontratação de parte específica do objeto (Lei nº 8.666/1993, art. 72) ou a permissão para formação de consórcios (Lei nº 8.666/1993, art. 33).

22. Ora, nenhum ato administrativo pode ser tomado sem a devida motivação expressa, nem atos discricionários, nem atos vinculados. A jurisprudência já afirmou o seu posicionamento. Veja-se nesse sentido:

Supremo Tribunal Federal:

- MS 20012, Relator(a): Min. ALIOMAR BALEEIRO, TRIBUNAL PLENO, julgado em 11/12/1974, DJ 11-04-1975 PP-*****;
- RMS 14164, Relator(a): Min. PEDRO CHAVES, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/06/1966, DJ 26-04-1967 PP-01134 EMENT VOL-00688-01 PP-00166 RTJ VOL-00040-03 PP-00589;
- MS 21402, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 05/03/1993, DJ 07-05-1993 PP-08328 EMENT VOL-01702-02 PP-00353;
- MS 20274, Relator(a): Min. RAFAEL MAYER, Tribunal Pleno, julgado em 18/12/1981, DJ 13-08-1982 PP-07585 EMENT VOL-01262-01 PP-00078 RTJ VOL-00102-02 PP-00510.

Superior Tribunal de Justiça:

- RMS 20.288/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Rel. p/ Acórdão Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 19/06/2007, DJ 05/11/2007, p. 286;
- RMS 19.210/RS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 14/03/2005, DJ 10/04/2006, p. 235;

- MS 9.190/DF, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 12/11/2003, DJ 15/12/2003, p. 175;
- RMS 11.336/PE, Rel. Ministro JORGE SCARTEZZINI, QUINTA TURMA, julgado em 07/11/2000, DJ 19/02/2001, p. 188.

Tribunal de Contas da União:

- Plenário, Acórdão 539/2007;
- Segunda Câmara, Acórdão 2436/2006;
- Plenário, Acórdão 3125/2010.

23. Deste último acórdão do TCU, vale citar o seguinte trecho:

14. Nessa linha, saliento que a Lei 9.784/1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, dispõe, em seu art. 2º, que nos processos administrativos se observará o princípio da motivação (caput), bem como que serão observados, entre outros critérios, o da "indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinaram a decisão" (inciso VII do parágrafo único).

23. Para além do princípio da motivação dos atos administrativos, anote-se que a decisão tomada deverá ser razoável e guiar-se pela objetividade, impessoalidade e moralidade.

24. Outrossim, observa-se também outra ilegalidade no Edital, pois consta em seu Anexo I, item 4, que os equipamentos a serem fornecidos deverão ser do mesmo fabricante. Ora, considerando que os requisitos técnicos mínimos dos produtos permitem apenas o fornecimento dos equipamentos "sugeridos" para o Edital (IBM Bladecenter H; IBM Blade HS22; IBM Storage DS 5020), isso não está – nem é – tecnicamente justificado e prejudica extremamente a competitividade do certame.

25. Efetivamente, o mercado mundial de armazenamento de dados tem como referência, desde dezembro de 1997, a SNIA – Storage Networking Industry Association, órgão padronizador do ambiente de armazenamento de dados. Segundo essa organização, uma rede de armazenamento é qualquer rede de alto desempenho, cuja principal finalidade é permitir que dispositivos de armazenamento possam se comunicar com sistemas de computadores em busca de uma melhor velocidade na troca das informações, sem mencionar que devem ser do mesmo fabricante. Então, se internacionalmente é reconhecido que não há a necessidade de ser equipamentos do mesmo fabricante, tal exigência viola todos os objetivos delineados na Lei n.º 8.666/1993. Inclusive, assim consta em seus artigos 7º, § 5º, e 15, § 7º, inc. I, respectivamente:

Art. 7º 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.

Art. 15. As compras, sempre que possível, deverão:

§ 7º Nas compras deverão ser observadas, ainda:

I - a especificação completa do bem a ser adquirido sem indicação de marca;

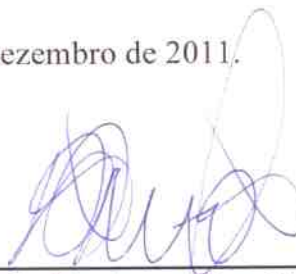
26. Enfim, conclui-se que o Edital está maculado de ilegalidades insanáveis, que certamente trarão prejuízos ao erário público caso seja mantido na forma em que está.

27. Por todo o exposto, requer-se a anulação do Edital.

Nestes termos,

Pede deferimento.

Brasília-DF, 26 de dezembro de 2011.

A handwritten signature in blue ink, appearing to read 'Rogério Barbosa dos Santos', written over a horizontal line.

Rogério Barbosa dos Santos

Procurador

B2BR – BUSINESS TO BUSINESS INFORMÁTICA DO BRASIL LTDA.