



TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DA BAHIA
Assessoria Jurídica de Licitações e Contratos

PAD nº 8171/2018

Assunto: Pregão Eletrônico nº 23/2019. Recurso

Parecer nº. 717/2019

1. Mediante doc. nº 170530/2019, a empresa ACECO TI S.A. impetrou Recurso contra a decisão do Pregoeiro que sagrou como vencedora do Pregão nº 23/2019 a licitante GEMELO DO BRASIL S/A, alegando, em síntese, que “a documentação de habilitação da Recorrida” não atendia às exigências do Edital, arrematando, neste sentido, que os 03 (três) atestados de capacidade técnica apresentados pela empresa não comprovariam o atendimento à exigência posta na condição 10.1.7, “b”, “1.b.1”, do ato convocatório.

2. Por sua vez, em momento de contrarrazões, a licitante GEMELO DO BRASIL S/A mesmo alegando atender às exigências editalícias, afirmou, resumidamente, que o *container data center* deste Tribunal não possui certificação da Norma ABNT NBR 10636, fato que teria se confirmado em visita técnica feita pela concorrente, na qual não se viu qualquer indício de “(...)selo ou placa de certificação que deve trazer o tipo do produto, número de série, data de fabricação e o número de controle da ABNT”.

2.1. Nesta senda, concluiu: “NÃO sendo o Contêiner Data Center (CDC) do TRE-BA um produto certificado, pois não existe nenhuma evidencia de tal fato, nem no Edital e nem próprio ambiente seguro, o subitem 10.1.7., alínea “b”, deve ter interpretação alinhada com a situação real do local onde serão prestados os serviços a serem contratados e com as características que estão efetivamente afetadas à norma ABNT NBR 10.636.”

3. Indo os autos à área técnica, ali se asseverou que as alegações da Recorrente não mereceriam prosperar (doc. nº 168561/2018), afirmando-se: “a. a Norma ABNT NBR 10636 prescreve o método de ensaio, classifica e gradua, quanto à resistência ao fogo, as paredes e divisórias sem função estrutural, não tratando, porém, da toxicidade dos gases emanados pelo corpo-de-prova durante a realização dos ensaios; b. o atestado apresentado pela recorrida (Gemelo do Brasil) comprova que a mesma já efetuou serviço compatível (qual seja, manutenção data center modular ou sala cofre com certificação ABNT NBR 10636), atendendo ao item 1.b.1. Tal comprovação é inferida pelo fato de o referido atestado citar explicitamente o

método utilizado: ABNT NBR 10636: 1989 - “Divisórias sem Função Estrutural – Determinação da Resistência ao Fogo” (Item 2. MÉTODO UTILIZADO)”.

3.1. No mesmo documento, a área supôs que o edital não teria exigido a apresentação de certificação ABNT 10636 “no momento da habilitação”, e sim “no ato de assinatura do contrato e a cada 6 meses”, acrescentando, ainda, que a futura contratada se obrigaria a manter a referida *certificação* durante toda a vigência do ajuste.

4. No primeiro envio dos autos a esta Assessoria, solicitamos o retorno do processo, de modo preliminar, à Secretaria de Tecnologia da Informação (STI), para juntada de documentação que comprovasse, de modo inequívoco, que o *data center* deste Tribunal possuía a certificação ABNT NBR 10636. Na ocasião, ressaltamos o fato de que no documento intitulado *termo de garantia e entrega* (doc. nº 57485/2015) essa informação não restava clara, embora indicasse suposta certificação com validade até o dia 26.06.2018, portanto, já expirada.

5. Ainda assim, não foi possível firmar nosso convencimento acerca da certificação em pauta, pois os documentos carreados aos autos pela área técnica (docs. nºs. 179338/2019 e 179339/2019) não atenderam ao propósito da diligência. Sequer houve a juntada dos documentos por nós requeridos. O setor, por sua vez, naquele momento, sustentou o entendimento de que “*o data center adquirido pelo TRE/BA é certificado pela norma ABNT NBR 10.636*” (doc. nº 179339/2019).

6. Com esse cenário, um novo retorno à área solicitante se revelou necessário, desta vez merecendo um arrazoado desta Assessoria (doc. nº 183672/2019 – Parecer nº 690/2019), antecedido de reunião, no intuito de dar maior celeridade à conclusão do certame, afastando, portanto, eventual chance da nova diligência restar fracassada. Também participou da reunião a titular da Coordenadoria de Aquisições, Material e Patrimônio (COMAP), área diretamente envolvida e afetada na questão, vez que ali é que se traçam as diretrizes de pesquisa de preços e regras editalícias, sempre com base no Termo de Referência elaborada pela unidade demandante.

7. Para atender à nova diligência, foram trazidos aos autos os docs. nºs. 189978/2019, 189984/2019, 190375/2019 e 190381/2019, juntando-se a eles manifestações da área técnica/solicitante (docs. nºs. 190021/2019 e 190393/2019), nas quais se sugere e afirma, respectivamente, “*a retirada de exigência da referida certificação (ABNT NBR 10636)*”. Na ocasião, o setor colacionou aos autos novo Termo de Referência (doc. nº 190388/2019)¹.

7.1. Afirma o setor que a exclusão decorre da ausência de prova inequívoca da certificação, e ainda, da informação dada pelo próprio fabricante “*no sentido de que “a NBR 10636 não é a norma adequada para testar uma sala que irá abrigar hardware e dados*”.

¹ Que não será aqui examinado, pelo descabimento de tal medida em fase de apreciação de recurso. A propósito, novo TR deverá ser examinado em condições usuais, após encarte em minuta de edital.

É o Relatório.

8. *Prima facie*, cabe destacar a exigência editalícia em questão, cujo cumprimento, pela empresa ora declarada vencedora, foi questionado na peça recursal submetida ao nosso exame:

10.1.7. Qualificação técnica:

(...)

b) *Um ou mais atestados de capacidade técnica-operacional, expedido por pessoa jurídica de direito público ou privado, que comprove que a licitante já executou serviço compatível com cada um dos serviços listados no item 1.1 deste Termo de Referência, contemplando os seguintes aspectos:*

1.b.1. *Manutenção de ambientes do tipo data center modular ou sala cofre com certificação ABNT NBR 10636, consistindo de elementos modulares (paredes, piso e teto) e porta, todos resistentes a fogo, de forma a manter o ambiente certificado.*

9. Ainda no ato convocatório (Termo de Referência), tratando sobre a exigência acerca da *certificação* do contêiner, se vê:

“3.6. O data center modular do TRE/BA foi construído segundo a Norma ABNT NBR 10636, a mesma que estabelece proteção contra ameaças físicas para salas-cofre. Por conta disso, a Contratada deverá comprovar, na assinatura do contrato e a cada 6 (seis) meses, capacidade técnica para prestar serviços em data center modular certificado com a ABNT NBR 10636”

“4.1.29. Manter a certificação ABNT NBR 10636 do data center modular, objeto desta contratação, durante toda a vigência do contrato”.

(grifos atuais)

10. A questão da *certificação do contêiner data center* foi, em verdade, tema de bastante discussão nos autos, retroagindo ao Pregão nº 81/2018, no qual as exigências giraram em torno de certificação da norma ABNT NBR 15247. Na ocasião, a empresa ACECO TI S.A, fabricante do bem, impugnou o edital, afirmando justamente que o *contêiner* deste Tribunal não possuía tal certificação.

11. Nesse contexto, o setor solicitante elaborou novo Termo de Referência, afastando a condição impugnada, ao tempo em que a substituiu por semelhante exigência restritiva, apenas com alteração da norma a ser observada pelas licitantes, que passou a ser a norma ABNT NBR 10636. Ou seja, mantinha-se a exigência, mudava-se tão somente a norma técnica.

12. Cabe, agora, esclarecer, que é válida a inserção de cláusulas restritivas em licitações, desde que não se trate de restrição injustificada, infundada, feita de modo a apenas “*beneficiar ou prejudicar alguns particulares*”. Nos comentários ao artigo 3º, § 1º, I, da Lei nº 8.666/93²,

² “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

Marçal Justen Filho afirma³: “(...), *a invalidade não reside na restrição em si mesma, mas na incompatibilidade dessa restrição com o objeto da licitação e com os critérios de seleção da proposta mais vantajosa*”. (grifo nosso)

13. Sendo assim, quando o setor conclui que não há como se afirmar sobre a certificação do contêiner data center deste Tribunal, inclusive pela ausência de documentação neste sentido, iremos nos valer, então, do quanto afirmado pelo ilustre doutrinador, para entender que a restrição imposta nas condições do edital do Pregão nº 23/2019, versando sobre certificação de norma ABNT, aparenta ser incompatível com o objeto da licitação. Trata-se, assim, de restrição injustificada.

14. Voltando agora à afirmação da área técnica, lançada no doc. nº 168561/2018, é preciso reforçar que o edital do Pregão nº 23/2019 trouxe a exigência para a fase de habilitação e para a fase de execução contratual. No momento em que se pede às licitantes a prévia comprovação de manutenção em ambiente com certificação da norma ABNT NBR 10636, “de forma a manter o ambiente certificado”, e posterior ratificação, no ato de assinatura do ajuste e a cada seis meses, e por todo o período de vigência contratual, estamos criando, ao mesmo tempo, condição habilitatória e condição para a contratação. De qualquer modo, quando a restrição não se justificar, não poderá ser exigida na licitação, seja qual for a fase. Aliás, de forma geral, ampla, toda exigência será sempre uma condição de habilitação para contratar com o ente público, independentemente do momento de comprovação do seu atendimento.

15. Retomando a questão central, é preciso admitir, diante da afirmação da área técnica em conjunto com a instrução dos autos, que alternativa não restará à Administração senão a **anulação do Pregão nº 23/2019**.

16. Nesse sentido, pontuamos que a Administração pode revogar seus atos com base em critérios de conveniência e oportunidade, bem como anulá-los, em situações de verificada ilegalidade. A Súmula nº 473 do Supremo Tribunal Federal tem o seguinte enunciado: “*A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial*”.

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.

§ 1º É vedado aos agentes públicos:

I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, 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, ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 deste artigo e no art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991; “

³ Comentários à lei de licitações e contratos administrativos – 15 ed. – São Paulo: Dialética, 2012.

17. Por seu turno, assim reza o art. 49, *caput*, da Lei nº 8.666/93: “A autoridade competente para a aprovação do procedimento somente poderá revogar a licitação por razões de interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta, devendo anulá-la por ilegalidade, de ofício ou por provocação de terceiros, mediante parecer escrito e devidamente fundamentado”.

18. Afirmamos, antes, que as condições restritivas podem ser inseridas nas licitações, desde que devidamente justificadas. Ora, se a Administração não consegue comprovar a certificação do *contêiner data center*, e mais do que isso, tem dúvida acerca da efetiva existência de certificação, todas as condições do ato convocatório, que giraram em torno dessa questão, estarão eivadas de vício insanável. Mais uma vez recorrendo a Marçal Justen Filho, a condição restritiva, *in casu*, é inválida porque não se apresentam as necessárias justificativas, revelando eventual incompatibilidade com o objeto lícito.

19. Não pode este Tribunal exigir que a futura Contratada seja certificada e mantenha a certificação do bem durante todo o período de vigência contratual, alegando que assim o fez porque o ambiente é certificado, para depois simplesmente admitir que a condição deverá ser excluída, em razão de não se conseguir prova inequívoca de tal fato, sem que isso gere a anulação do certame, até porque, além do vício na condição restritiva, toda a instrução dos autos se pautou na suposta certificação do ambiente seguro.

20. Para não citar a farta documentação dos autos na qual se trata da certificação da norma ABNT NBR 10636, preocupa-nos bastante a estimativa de preço feita pela Seção de Análise e Aquisições (SEAQUI), da qual foram excluídos os valores ofertados por outras empresas (doc. nº 92363/2019), mantendo-se tão somente a proposta apresentada pela empresa ACECO TI S.A., após informações da ABNT, no sentido de que apenas o fabricante e suas credenciadas seriam empresas certificadas. Este fato, isolado, já recomendaria, a essa altura, a anulação do certame. Perfilhamos do entendimento da empresa Zênite⁴, consultoria especializada, quanto à relevância desta fase:

“Veja-se, a pesquisa de preços: a) permite que a Administração escolha a modalidade licitatória adequada (no caso das modalidades da Lei nº 8.666/93) ou opte adequadamente pela dispensa de licitação em razão do valor; b) orienta a Administração a avaliar a previsão orçamentária para custeio da despesa que pretende realizar; c) impede que a Administração restrinja a competitividade porque permite que ela utilize como valor estimado ou máximo valores reais de mercado; d) permite um julgamento adequado (pois pode-se avaliar quando um preço é excessivo ou inexecutável); e) influencia a execução do contrato: problemas na execução podem decorrer de preços inexecutáveis ou pode-se realizar contratação desvantajosa se o preço contratado foi acima do que o praticado no mercado; f) permite a avaliação adequada de possíveis pedidos de reajuste, repactuações ou revisão de preço, na fase contratual. Além disso, a ausência da

⁴ Disponível em <https://www.zenite.blog.br/a-relevancia-da-pesquisa-de-precos-para-o-processo-de-contratacao/>

pesquisa de preços pode conduzir a licitações desertas em razão da utilização de preços estimados e/ou máximos abaixo da realidade de mercado.

*Assim, verifica-se que a pesquisa de preços embasa a tomada de uma série de decisões no andar do processo. Por isso, **ela precisa ser bem feita, precisa se orientar por preços reais e atuais e a busca deve ser ampla, realizada em vários preços.***

Decisões equivocadas, tomadas com base em uma pesquisa de preços mal feita, podem gerar uma série de consequências e problemas e inclusive podem resultar em apontamentos e penalizações dos agentes públicos por parte dos órgãos de controle”.

(grifo nosso)

21. A anulação decorrerá, portanto, da constatação da ilegalidade da condição restritiva, que, como consequência, levou ao vício na estimativa do preço máximo a ser admitido na licitação. Ressalte-se aqui que a anulação não é uma faculdade posta à Administração, mas antes um dever de “*declarar nulo o ato praticado em desconformidade com a norma*”.

22. Tratando sobre a questão, José dos Santos Carvalho Filho⁵ afirma:

“A Administração Pública comete equívocos no exercício de sua atividade, o que não é nem um pouco estranhável em vista das múltiplas tarefas a seu cargo. Defrontando-se com esses erros, no entanto, pode ela mesma revê-los para restaurar a situação de regularidade. Não se trata apenas de uma faculdade, mas também de um dever, pois que não se pode admitir que, diante de situações irregulares, permaneça inerte e desinteressada. Na verdade, só restaurando a situação de regularidade é que a Administração observa o princípio da legalidade, do qual a autotutela é um dos mais importantes corolários”.

*“A anulação da licitação é decretada quando existe no procedimento vício de legalidade. Há vício quando inobservado algum dos princípios ou alguma das normas pertinentes à licitação; ou quando se escolhe proposta desclassificável; ou não se concede direito de defesa aos participantes etc. **Enfim, tudo quanto se configurar como vício de legalidade provoca a anulação do procedimento**”.*

(grifo nosso)

23. Pelo exposto, julgamos que resta prejudicada a decisão sobre o Recurso interposto pela empresa ACECO TI S.A., vez que a anulação do Pregão nº 23/2019 desconstituirá todas as consequências geradas pelo ato convocatório, inclusive a própria habilitação da empresa GEMELO DO BRASIL S.A.

24. Cabe lembrar que a anulação pressupõe que se assegure aos interessados a oportunidade de se manifestar a respeito⁶, tal qual visto no art. 49, § 3º, da Lei nº 8.666/93, prevendo que, em

⁵ Manual de Direito Administrativo. 30 ed. Rev., atualizado e ampliado. São Paulo: Atlas, 2016.

⁶ Notifica-se da intenção de anulação, concedendo-se prazo razoável para manifestação.

caso de “*desfazimento do processo licitatório, fica assegurado o contraditório e a ampla defesa*”. Além disso, em se concretizando o efetivo desfazimento da licitação, as licitantes ainda poderão interpor recurso, com fundamento no art. 109, I, alínea “c”, da Lei nº 8.666/93,

É o Parecer, *sub censura*.
À ASSESD.

Salvador, 19 de setembro de 2019.

Silene Mascarenhas de Souza
Assessoria Jurídica de licitações e Contratos