

Assunto: Exigência de credenciamento das licitantes pelos fabricantes de produtos de tecnologia da informação, nos certames para aquisição de bens e serviços da área.

SUMÁRIO

| | | |
|------|---|----|
| I | DO OBJETIVO..... | 1 |
| II | DA MOTIVAÇÃO | 1 |
| III | DOS ENTENDIMENTOS PROPOSTOS | 2 |
| IV | DA FUNDAMENTAÇÃO..... | 2 |
| V | DAS CONSIDERAÇÕES INICIAIS | 2 |
| VI | DA ANÁLISE | 5 |
| VI.1 | Da necessidade do credenciamento à execução do objeto..... | 5 |
| VI.2 | Da competitividade do certame e da isonomia entre os interessados | 9 |
| VI.3 | Dos casos excepcionais..... | 11 |
| | REFERÊNCIAS | 14 |
| | PRINCIPAIS SÍTIOS ACESSADOS DURANTE O ESTUDO..... | 15 |
| | HISTÓRICO DE REVISÕES | 16 |
| | EXCERTOS DA LEGISLAÇÃO E DA JURISPRUDÊNCIA DO TCU | 17 |

I DO OBJETIVO

1. Firmar entendimento da Sefti, com base na legislação vigente, sobre a regularidade de se exigir das licitantes credenciamento pelo fabricante, com vistas a auxiliar as ações de controle externo do Tribunal que envolvam contratações da área de Tecnologia da Informação (TI).

II DA MOTIVAÇÃO

2. A evolução das normas e da jurisprudência relativas a licitações públicas na área de TI e as evidentes vantagens do uso do Pregão pela Administração implicam crescente utilização dessa modalidade de licitação para contratação de bens e serviços de TI e consequente redução do uso daquelas em que o tipo técnica e preço é possível.
3. Essa progressiva adoção do Pregão, que intrinsecamente não permite elencar critérios pontuáveis, aumenta, naturalmente, a importância dos requisitos obrigatórios da contratação, de modo a selecionar o nicho de mercado que entregue os resultados pretendidos com maior vantajosidade para a Administração. Esse novo cenário, por sua vez, induz ao questionamento acerca das exigências indispensáveis para que a solução contratada atenda à necessidade da contratação, aumentando as chances de uma regular execução e, ao mesmo tempo, não comprometendo a competitividade do certame ou ferindo a isonomia entre os licitantes.
4. O uso de argumentos técnicos da área de TI que sustentam, nos processos do TCU, a exigência de credenciamento das licitantes pelo fabricante do produto envolvido na licitação pode gerar dúvidas junto a auditores, gestores públicos e consultorias jurídicas, fato que será discutido por esta Nota Técnica.

III DOS ENTENDIMENTOS PROPOSTOS

Entendimento I. Nas licitações para contratação de bens e serviços de tecnologia da informação, via de regra, não é requisito técnico indispensável à execução do objeto a exigência de que as licitantes sejam credenciadas pelo fabricante (Constituição Federal, art. 37, inciso XXI **in fine**ⁱ; Lei nº 8.666/1993, art. 30, inciso II, art. 56, arts. 86 a 88ⁱⁱ e Acórdão nº 1.281/2009 – TCU – Plenário, item 9.3ⁱⁱⁱ).

Entendimento II. A exigência, em editais para contratação de bens e serviços de tecnologia da informação, de credenciamento das licitantes pelo fabricante, via de regra, implica restrição indevida da competitividade do certame (Lei nº 8.666/1993, art. 3º, § 1º, inciso I, art. 6º, inciso IX, alíneas “c” e “d”, art. 44, § 1º^{iv}; Lei nº 10.520/2002, art. 3º, inciso II^v e Acórdão nº 1.281/2009 – TCU – Plenário, item 9.3) e atenta contra a isonomia entre os interessados (Constituição Federal, arts. 5º, **caput**, 37, inciso XXI e Lei nº 8.666/1993, art. 3º, **caput**^{vi}).

Entendimento III. Nas licitações para contratação de bens e serviços de tecnologia da informação, a decisão pela exigência, em casos excepcionais, de credenciamento das licitantes pelo fabricante deve ser cabalmente justificada no processo licitatório, respeitando-se as particularidades do mercado (Lei nº 9.784/1999, art. 50, inciso I). Nessas situações, o credenciamento deve ser incluído como requisito técnico obrigatório, não como critério para habilitação (Constituição Federal, art. 37, inciso XXI **in fine**; Lei nº 8.666/1993, arts. 27 a 31^{vii} e Decisão TCU nº 523/1997).

IV DA FUNDAMENTAÇÃO

| | |
|---|--|
| Constituição Federal/1988; | Acórdão nº 216/2007 – TCU – Plenário; |
| Lei nº 8.666/1993; | Acórdão nº 423/2007 – TCU – Plenário; |
| Lei nº 9.784/1999; | Acórdão nº 539/2007 – TCU – Plenário; |
| Lei nº 10.520/2002; | Acórdão nº 2.294/2007 – TCU – 1ª Câmara; |
| Decisão TCU nº 523/1997; | Acórdão nº 2.056/2008 – TCU – Plenário; |
| Acórdão nº 1.476/2002 – TCU – Plenário; | Acórdão nº 2.437/2008 – TCU – Plenário; |
| Acórdão nº 1.521/2003 – TCU – Plenário; | Acórdão nº 2.471/2008 – TCU – Plenário; |
| Acórdão nº 1.670/2003 – TCU – Plenário; | Acórdão nº 2.717/2008 – TCU – Plenário; |
| Acórdão nº 1.676/2005 – TCU – Plenário; | Acórdão nº 3.541/2008 – TCU – 2ª Câmara; |
| Acórdão nº 223/2006 – TCU – Plenário; | Acórdão nº 1.281/2009 – TCU – Plenário. |

V DAS CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Termos adotados

5. Preliminarmente, faz-se mister alinhar o entendimento quanto ao termo “credenciamento” utilizado no âmbito desta Nota, que pode assumir outras denominações, como parceria, designação e outros.
6. O credenciamento é um mecanismo por meio do qual o fabricante (ou seu distribuidor credenciado) elege, mediante algum critério, entre aqueles que comercializam seus produtos, determinadas empresas para representar sua marca perante o consumidor final. Essa “representação” não significa que o credenciado age em nome do fabricante, ou que este ficará subsidiária ou solidariamente responsável pelos compromissos assumidos pelo credenciado perante o consumidor final, mas simboliza, aos olhos do mercado, que ambos possuem laços comerciais e/ou técnicos, transmitindo ao consumidor maior segurança acerca da capacidade da empresa credenciada em fornecer o bem ou prestar serviços associados.
7. Assim, visando esse mercado, as empresas buscam credenciar-se junto aos fabricantes. Para o fabricante, isso se traduz, principalmente, em mitigação do risco de danos à imagem de seu produto perante o consumidor final, pois, nesse cenário, ele assegura a existência de um canal

especializado para fornecer seus produtos e prestar serviços ao consumidor, para que o cliente desfrute do melhor desempenho, caso esteja disposto a se utilizar desse canal.

8. Nas licitações para aquisição de bens de TI, o credenciamento se dá entre fornecedor e fabricante do bem licitado, enquanto que para serviços, o credenciamento ocorre não com o fabricante do objeto da licitação, mas com o fabricante de produto diretamente relacionado à prestação, do qual o serviço depende. Por exemplo, para o serviço de suporte a banco de dados, o credenciamento representa o vínculo entre empresa prestadora de serviços (eventual licitante) e fabricante do sistema de gerenciamento de banco de dados.

Estudo do mercado

9. Neste trabalho, buscou-se obter uma amostra de mercado abrangente e significativa, por meio dos principais fabricantes, com vistas a melhor retratar o funcionamento dos programas de credenciamento.
10. Dividiu-se o estudo em dois universos: de um lado os bens e de outro, os serviços de TI. No que tange aos bens, considerou-se o conjunto dos seguintes equipamentos: impressoras, **switches** e roteadores, **notebooks/desktops** e cabeamento de rede. Para cada um desses, analisaram-se os programas de credenciamento dos principais fabricantes, que, em conjunto, totalizavam, respectivamente, cerca de 80%, 82%, 46% do mercado (e indefinido para cabeamento de rede), segundo pesquisa detalhada no Apêndice I^I desta Nota.
11. Já no mercado de serviços, analisaram-se: desenvolvimento de software, suporte a bancos de dados e a redes de computadores, instalação de ERPs (**Enterprise Resource Planning**, classe de sistema que suporta diversas atividades de gestão empresarial) e atendimento técnico a usuários. Para cada uma dessas classes de serviços, utilizou-se como amostra o conjunto de fabricantes que representava, respectivamente, cerca de 65%, 85%, 82%, 62% do mercado (e indefinido para atendimento técnico), segundo dados obtidos, conforme Apêndice I^I desta Nota.

Características dos programas de credenciamento

12. Segundo o estudo, há alguns fabricantes que sequer publicam em seus sítios na Internet as características de seus programas de credenciamento (Apêndice II, itens 13 e 14). Já no caso daqueles que as divulgam, observou-se que alguns credenciamentos, a depender do fabricante, podem se traduzir também em benefícios à empresa parceira, como: suporte técnico diferenciado, contato com especialistas do próprio fabricante, programas de treinamento diretos da fábrica, ou até preços diferenciados nas compras. Esses benefícios geralmente são agrupados em níveis de associação, com vantagens e requisitos diferenciados, como **Member**, **Advanced** e **Premier**, por exemplo.
13. Os fabricantes, na maioria das vezes empresas estrangeiras, estabelecem programas por meio dos quais elegem parceiros localizados no Brasil para comercializar seus produtos e/ou prestar serviços afetos. Por vezes, os parceiros são, ainda, reunidos em função do segmento de mercado em que atuam, como indústria, governo e outros (Apêndice II, item 16). Alguns programas implicam custo para o parceiro, outros não. Na maioria dos casos, a lista de parceiros é divulgada no próprio sítio do fabricante na Internet.
14. Em alguns casos, observa-se a formalização do pacto celebrado entre fabricante e fornecedor, na forma de contrato de adesão. Nesses, mediante a celebração de um instrumento, direitos e obrigações recíprocos são estabelecidos entre fornecedor e fabricante, de forma que o credenciado, caso cumpra suas obrigações contratuais, poderá gozar dos benefícios oferecidos pelo fabricante.

Credenciamento x Representação

15. Juridicamente, o credenciamento não se confunde com a representação comercial, prevista na Lei nº 4.886/1965. Essa lei define, em seu art. 1º, que exerce representação quem:

“sem relação de emprêgo, que desempenha, em caráter não eventual por conta de uma ou mais pessoas, a mediação para a realização de negócios mercantis, agenciando propostas ou pedidos, para, transmiti-los aos representados, praticando ou não atos relacionados com a execução dos negócios.” (grifou-se)

16. O jurista Carlos Alberto Bittar, em “Contratos comerciais”, página 81, afirma que a representação comercial é um pacto:

“por meio do qual uma das partes (o representante), em favor e por conta da outra (o representado, normalmente empresa produtora ou fabricante), colhe e encaminha pedidos de compras, realizando-se posteriormente o negócio jurídico visado entre os interessados. Constitui, assim, contrato de aproximação ou de intermediação entre os interessados ou de recepção de clientela para posterior efetivação da venda diretamente pelo representado.” (grifou-se)

17. Portanto, no caso da representação comercial, o representante age como mero intermediador, para posterior efetivação de venda diretamente entre representado (geralmente fabricante) e consumidor. Por sua vez, a credenciada é uma empresa que atua por conta própria, efetua negociações e vendas diretamente a seus clientes, não apenas se limitando a agenciar pedidos ao fabricante e, em geral, o produto daquele fabricante é apenas parte da solução comercializada.

Credenciamento x Carta de Solidariedade

18. Constata-se certa similaridade do credenciamento com a carta de solidariedade. A carta é um documento firmado por fornecedor e fabricante, com o principal objetivo de estabelecer e externalizar responsabilidade recíproca (solidária) sobre o bem a ser fornecido.
19. Essa carta constitui-se em uma espécie de credenciamento, porém, com um vínculo mais forte (pois corresponsabiliza) e efêmero (enquanto específica para cada certame), entre fabricante e fornecedor, onde aquele se responsabiliza solidariamente pela adequada execução do objeto. Essa forma de responsabilização não ocorre no credenciamento.
20. A carta de solidariedade, que já fora utilizada como requisito obrigatório em processos licitatórios, tem sido reiteradamente condenada por este Tribunal (e.g., Acórdãos n^{os} 216/2007, 423/2007 e 539/2007, todos do Plenário). Também utilizada como critério de habilitação, tem sido igualmente reprovada, a exemplo dos Acórdãos n^{os} 1.670/2003, 1.676/2005, 223/2006, 2.056/2008, do Plenário, e 2.294/2007 – 1^a Câmara, por restringir indevidamente a competitividade dos certames.

Credenciamento x Certificação

21. Nas certificações profissionais (e.g., **Microsoft Certified Professional (MCP)**, **Sun Certified Java Programmer (SCJP)**, **Cisco Certified Network Associate – CCNA**), avalia-se diretamente, mediante exame, com conteúdo específico e pré-definido, a capacidade técnica do indivíduo (e não da empresa), o que as torna intrinsecamente diferentes do credenciamento.
22. Vale destacar, também, a diferença entre o credenciamento em comento e a obtenção de certificação por empresas. A certificação é mecanismo também muito comum no mercado de TI, contudo, além de possuir vigência temporal previamente definida, é fornecida por um terceiro, fora da relação comercial de compra e venda, isto é, uma entidade certificadora (fora da relação fornecedor-fabricante), acreditada por instituição oficial, como por exemplo, a ISO (**International Organization for Standardization**).

Escopo deste trabalho

23. Releva destacar ainda que esta análise está centrada nos casos em que o credenciamento é usado como requisito obrigatório e não como critério pontuável, já que esta Corte firmou entendimento de que, via de regra, os bens e serviços de tecnologia da informação devem ser considerados

comuns para fins de utilização da modalidade Pregão, conforme disposto no item 9.2.2 do Acórdão nº 2.471/2008 – TCU – Plenário, modalidade que não permite elencar critérios pontuáveis.

VI DA ANÁLISE

VI.1 Da necessidade do credenciamento à execução do objeto

24. Da consulta direta à legislação (Constituição Federal, art. 37, inciso XXI **in fine**; Lei nº 8.666/1993, art. 3º, § 1º, inciso I, art. 6º, inciso IX, alíneas “c” e “d”, art. 44, § 1º^{viii}; Lei nº 10.520/2002, art. 3º, inciso II) e à jurisprudência desta Corte (Acórdãos TCU n^{os} 2.437/2008 – Plenário, item 9.4.2; 3.541/2008 – 2ª Câmara, item 9.2 e Acórdão nº 2.717/2008 – Plenário, item 9.2.3^{ix}), todos transcritos no Apêndice IV desta Nota, conclui-se que os requisitos da contratação de bens e serviços de tecnologia da informação devem limitar-se àqueles indispensáveis à execução do objeto pretendido.
25. Diante dessa premissa, deve-se analisar se o credenciamento constitui-se em exigência indispensável à execução do objeto licitado. O gestor deve sempre se guiar pela busca da proposta mais vantajosa, para atender a necessidade da contratação, preservado o interesse público, conforme o **caput**, do art. 3º, da Lei nº 8.666/1993. É também necessário que se busque mecanismos para assegurar a regular execução do objeto contratado. Tais medidas devem ocorrer tanto na fase de seleção do fornecedor como na etapa de execução do objeto, a partir de uma efetiva gestão contratual. A exigência em tela insere-se no primeiro grupo, dando-se ainda na fase licitatória.
26. A seguir serão desenvolvidas as ideias balizadoras do Entendimento I, a partir da análise dos fins visados pela exigência, das alternativas de que dispõe o gestor e da eficácia do credenciamento. Ao final, serão abordadas as questões de garantia e prazo de fornecimento dos bens.

Das exigências editalícias sobre o contratado

27. Cumpre notar que o ente contratado é quem deverá executar o objeto. Esse ônus não ficará a cargo do fabricante, mas sim do licitante fornecedor, vencedor do certame. Destarte, as exigências editalícias e contratuais devem ser concentradas sobre a pessoa jurídica do contratado. Exceção-se apenas o caso em que o próprio fabricante participa diretamente da licitação, na qual acumulará o papel de fornecedor e fabricante.
28. Características da solução, etapas de entrega e condições de penalidades devem ser bem elaboradas para se aumentar a chance de atendimento da necessidade que gerou a contratação. Assim, ao participar de uma licitação, cada empresa saberá de antemão a capacidade técnico-operacional que deverá ter para executar o objeto.
29. Pode ser que para fazer frente à demanda exigida pelo objeto daquele certame, algumas empresas utilizem contratos com o fabricante, mas outras prescindam deste vínculo, ou recorram a outros meios. Contudo, não deve o contratante imiscuir-se no relacionamento entre licitante e fabricante, estabelecer regras para esse vínculo, ou mesmo prever tais regras nos editais, por ausência de previsão legal para tal ingerência. Deve apenas certificar-se de estabelecer seus requisitos de qualidade, prazo e outros a serem atendidos pela pessoa do contratado.
30. Portanto, as exigências editalícias não devem se dar sobre o fabricante, tampouco acerca do relacionamento deste com o licitante, mas sim sobre o objeto e a pessoa jurídica a ser contratada, na forma de requisitos técnicos obrigatórios e critérios de habilitação e qualificação.

Dos fins visados pela exigência de credenciamento

31. Supõe-se que o intuito último do gestor, ao exigir o credenciamento pelo fabricante do bem a ser adquirido, repousa na segurança de alcançar os resultados esperados da contratação. O problema é que esse gestor teme contratar empresa que não consiga entregar os produtos e/ou instalá-los,

configurá-los e prover suporte, de modo que não se alcance os resultados e não se atenda à necessidade da contratação. Ele teme descobrir que a empresa é inapta somente durante a execução do contrato, quando já se despendeu recursos financeiros, esforço e tempo e, para solucionar o problema, será necessário penalizar a empresa, efetuar o distrato, realizar nova contratação e gerir novo contrato, gerando custos e atrasos para a Administração.

32. De forma pontual, essa intenção pode se traduzir em maior segurança ao gestor quanto aos seguintes aspectos, entre outros: (i) o fornecedor não é um “aventureiro” e possui capacidade técnico-operacional para fornecer o bem ou prestar o serviço adequadamente; (ii) ele executará o objeto no prazo e com a qualidade esperada e pactuada; (iii) o fornecedor seguirá os padrões estabelecidos pelo fabricante na instalação, configuração do equipamento e suporte ao contratante, evitando a perda da garantia por manuseio indevido; (iv) ele possui quadro técnico de profissionais suficientemente competentes; (v) o fornecedor terá qualificação mínima para prestação do suporte; (vi) o fornecedor tem garantia do fabricante de recebimento dos produtos para entregá-los ao órgão ou à entidade.
33. Assim, em geral, o gestor visa assegurar, de antemão, que o licitante possui capacidade técnica e de fornecimento para executar o objeto, minimizando os riscos da contratação, inclusive com a utilização do Pregão.

Das alternativas ao Credenciamento

34. Diante dessas necessidades, a Administração dispõe, sem lançar mão do credenciamento, de algumas alternativas para assegurar a execução regular do objeto. Listam-se, como exemplo, as seguintes:
- exigência de capital mínimo ou de patrimônio líquido mínimo, na forma do art. 31, § 2º, da Lei nº 8.666/1993;
 - exigência (na habilitação) de atestado, com fulcro no art. 30, § 1º, da Lei nº 8.666/1993, de que a licitante já forneceu, anteriormente, os equipamentos que oferecerá ou prestou serviços relacionados a determinado produto anteriormente, estabelecendo-se as condições da entrega da solução provida e a explicitação de que os serviços foram prestados de acordo com os critérios estabelecidos no contrato, inclusive qualitativos;
 - retenção da garantia de execução contratual prevista no art. 56 da Lei nº 8.666/1993, durante todo o período de vigência da garantia e do suporte técnico contratados;
 - estabelecimento de todo o ritual de entrega da solução, incluindo as obrigações de ambas as partes, com respectivos prazos e níveis de serviço, bem como sanções ajustadas a cada uma dessas obrigações, aliado a mecanismos de gestão contratual, como, por exemplo, reunião de início de contrato (prevista no art. 20, “b” da IN SLTI nº 4/2008), reuniões e entrega de relatórios e outros.
35. Assim, **a priori**, para cada um dos fins visados pela exigência do credenciamento (itens 31 e 32), é possível que o gestor utilize outros mecanismos legais, como os listados anteriormente, para diminuir os riscos de inexecução contratual, com vistas a assegurar a regular execução do objeto contratado, sem restringir indevidamente a competitividade do certame, ou ainda ferir a isonomia entre os interessados.

Da eficácia do credenciamento para os fins visados

36. Além dos fatos até aqui discutidos acerca do foco dos requisitos sobre a pessoa do licitante e o objeto, os objetivos pretendidos com a exigência e as alternativas de que dispõe o gestor, cabe ressaltar que ser credenciado junto ao fabricante não significa necessariamente que o licitante possuirá capacidade técnica para fornecer um equipamento ou prestar um serviço, inclusive superior aos não credenciados, pois, em muitos casos, não há critério técnico objetivo para o credenciamento. Citam-se como exemplo alguns programas em que são utilizados critérios

econômicos, como o faturamento do parceiro (e.g., um milhão de reais em vendas ao ano) (Apêndice II, item 8), geográficos, ou segmento de atuação no mercado (e.g., governo, indústria). Em outros casos, ainda, os critérios sequer são divulgados (Apêndice II, itens 13, 14 e 18). Nesses casos, não há comprovação de benefícios técnicos do credenciamento para a Administração.

37. Somado a isso, tem-se o fato de que a entrada de uma empresa no programa de credenciamento é totalmente discricionária ao fabricante, pois ele não se vincula a ter de conceder o credenciamento àquele ente que satisfaz seus critérios, de modo que a exigência do credenciamento pode, ainda, atentar contra a isonomia. Portanto, mesmo nos casos em que se considera o programa transparente, admitindo que há critérios técnicos objetivos pré-definidos para a entrada no programa de credenciamento, que eles são públicos e a empresa satisfaz tais critérios, essa pode não receber a chancela do fabricante, por motivos quaisquer, sem ter como recorrer desta decisão arbitrária, até mesmo porque ele não é obrigado a credenciar novos parceiros.
38. Como agravante, pela natureza do credenciamento, não há como se exigir do contratado a sua manutenção durante a execução contratual, pois esse vínculo está fora de seu controle, dependendo totalmente do arbítrio do fabricante.
39. O fato de um fornecedor parceiro prestar, em tese, um serviço de qualidade superior, não torna o contrário verdadeiro, ou seja, não se pode afirmar que não existem no mercado outros fornecedores aptos a fornecer aquele bem ou prestar o serviço, mas que por um motivo ou outro não estão credenciados pelo fabricante. Assim sendo, se não há necessariamente relação direta, demonstrável, entre o credenciamento pelo fabricante e a capacidade técnica das licitantes, também não há relação direta entre fornecedor não credenciado e serviço insatisfatório. O objetivo de se garantir um licitante que pertença àquele mercado, e que seja, ainda que possivelmente, tecnicamente capaz de executar o objeto, pode ser alcançado, por exemplo, mediante a exigência de um atestado de capacidade técnica pertinente.
40. Destarte, a capacidade técnica de uma empresa para execução do objeto e cumprimento das obrigações, previsto no inciso XXI do art. 37 da Carta Magna, não se confunde com status de empresa credenciada, uma vez que o credenciamento não é mecanismo hábil para mitigar, de maneira efetiva, o risco de inexecução contratual, tampouco garantir a capacidade técnica e de fornecimento das licitantes para executar o objeto.
41. Na sequência, serão analisados dois pontos específicos para os quais, em princípio, o credenciamento poderia ser útil.

Do uso do credenciamento e da garantia quanto aos bens e serviços

42. Suponha-se o caso de a empresa não ser credenciada por um fabricante e o certame exigir a prestação de garantia durante três anos após a entrega do bem. Caso a garantia de fábrica vigore apenas durante o primeiro ano, isso não altera a figura do responsável perante a Administração, pois a garantia deverá ser prestada pelo contratado. O contratado, para fazer frente a esse requisito, poderá, a seu critério, buscar estabelecer algum contrato, de acordo com o nível de serviço requerido, com o fabricante ou outros fornecedores do mercado, no sentido de cobrir todo o período de garantia ou ainda estocar peças de reposição para atender futuros pedidos de manutenção vinculados a essa garantia.
43. De forma complementar, o fato de um fornecedor ser credenciado não altera a situação, pois o precário vínculo do credenciamento não assegura à Administração a prestação de assistência da garantia dos equipamentos pelo contratado após o primeiro ano, ou ainda pelo fabricante, no caso do inadimplemento pelo contratado.
44. O estabelecimento, no edital, de requisitos claros do objeto e de mecanismos efetivos de gestão contratual, sobretudo quanto à aplicação de sanções, naturalmente poderá afastar empresas que

não os atendam, isto é, sejam tecnicamente incapazes de executar aquele objeto, ou caso insistam em participar do certame, estarão sujeitas a sofrer as penalidades cominadas nos arts. 86 a 88 da Lei nº 8.666/1993 e no art. 7º da Lei nº 10.520/2002.

45. Com efeito, o próprio contratado (e não o fabricante, que nem é parte no ajuste) é quem deve garantir à Administração Pública a qualidade dos serviços prestados e o bom funcionamento dos equipamentos por ele fornecidos, como desempenho, garantia contratual de hardware (que extrapola a garantia legal de fabricação prevista no art. 24 do Código de Defesa do Consumidor), suporte aos problemas de software que não forem solucionados pelo serviço de manutenção próprio, entre outros, e sem que isso caracterize um contrato de prestação contínua de manutenção.

Do uso do credenciamento e do prazo de entrega dos produtos

46. O prazo de entrega dos produtos, que deve constar como requisito do edital, de fato, depende da conexão do fornecedor contratado com o fabricante ou distribuidor do produto. Todavia, conforme visto, o credenciamento não gera, para a Administração, garantias formais de que a empresa credenciada possui vantagens em relação à não credenciada, ou que o fabricante se vincula aos requisitos editalícios, mas tão somente uma expectativa de que os laços comerciais entre fornecedor e fabricante mitiguem riscos de eventual inexecução contratual.
47. Como alternativa, para se prevenir de eventuais entraves no fornecimento, a Administração poderia, por exemplo, exigir, com espeque no art. 30, § 1º, da Lei nº 8.666/1993, um atestado de que a licitante tenha fornecido produtos daquele tipo em prazo semelhante, em contrato anterior.
48. Portanto, considerando que:
- os requisitos da contratação de bens e serviços de TI devem limitar-se àqueles indispensáveis à execução do objeto pretendido;
 - as exigências editalícias não devem se dar sobre o fabricante, tampouco acerca do relacionamento desse com o fornecedor, mas sim sobre o objeto e a pessoa jurídica a ser contratada;
 - o principal intuito da exigência do credenciamento é assegurar que o licitante possua capacidade técnica e de fornecimento para execução do objeto, mitigando os riscos da contratação;
 - o gestor possui outros mecanismos para buscar assegurar a execução do objeto e atingir os mesmos objetivos visados com a exigência do credenciamento;
 - o credenciamento não é mecanismo hábil para mitigar, de maneira efetiva, o risco de inexecução contratual, ou para garantir a capacidade técnica e de fornecimento das licitantes para executar o objeto, nem tampouco se pode afirmar que empresas não credenciadas sejam inaptas para a execução contratual.

49. Conclui-se o primeiro entendimento desta Nota:

Entendimento I. Nas licitações para contratação de bens e serviços de tecnologia da informação, via de regra, não é requisito técnico indispensável à execução do objeto a exigência de que as licitantes sejam credenciadas pelo fabricante (Constituição Federal, art. 37, inciso XXI **in fine**; Lei nº 8.666/1993, art. 30, inciso II, art. 56, arts. 86 a 88 e Acórdão nº 1.281/2009 – TCU – Plenário, item 9.3).

VI.2 Da competitividade do certame e da isonomia entre os interessados

Da competitividade

50. Primeiramente, ressalte-se que o credenciamento aqui abordado não é aquele específico para cada certame (como a carta de solidariedade), também conhecido como credenciamento **ad-hoc**, e sim um credenciamento feito pelo fabricante levando em conta apenas o atendimento pelo fornecedor de critérios pré-estabelecidos, sem considerar algum certame específico em vista. Considera-se que o credenciamento **ad-hoc** não deve ser permitido sob nenhuma hipótese, pois resulta em perniciosa prática por parte dos fabricantes, que se tornam capazes de escolher, para cada certame, seu único representante, podendo frustrar a competitividade das contratações públicas.
51. Em segundo, o requisito de credenciamento das licitantes pelo fabricante (ainda que não **ad-hoc**), em geral, restringe o caráter competitivo dos certames, previsto, entre outros diplomas, no art. 3º, § 1º, inciso I, da Lei nº 8.666/1993, porquanto afasta empresas que, por um motivo ou outro, não são credenciadas, mas que podem ter plenas condições de fornecer os bens requeridos. Ademais, deve-se pressupor que essas empresas não credenciadas, ao participar de licitações, estudam o mercado e se preparam para cumprir suas obrigações, assumindo os riscos de eventuais penalidades por descumprimento contratual.
52. Ao analisar os programas de credenciamento que os fabricantes estabelecem, constata-se que em alguns deles são publicados, de maneira transparente, os critérios de admissão dos parceiros, enquanto que outros não os disponibilizam ou mesmo declaram não estarem abertos a novos parceiros para determinados objetos (Apêndice II, item 16). Frise-se, por oportuno, que em muitos deles divulga-se a lista de parceiros nos sítios dos fabricantes na Internet para consulta, outros fabricantes sequer isso fazem.
53. Ademais, não há como se exigir que os fabricantes sigam determinado modelo de programa, até mesmo porque esses credenciamentos são totalmente discricionários a eles. Assim, não há como se impor que seus programas sejam abertos, transparentes, definam as vantagens técnicas percebidas pelos credenciados ou que contenham número mínimo de parceiros.
54. Mesmo considerando o conjunto daqueles fornecedores que divulgam as informações do programa, observa-se que alguns não possuem grande número de parceiros, outros sim. Há casos também em que o programa é tão segregado, que se fala em conjunto de programas. Nesses, há um parceiro específico para cada combinação de diversos fatores, como: linha de produto, família de equipamento e segmento de mercado, sem mencionar a localização geográfica.
55. Por exemplo, a combinação dos seguintes fatores: parceiros do fabricante “XYZ” de impressoras, do tipo **laser**, família de produtos “XPTO” e que forneçam para o segmento governo, pode resultar em um número muito reduzido de parceiros. Nesses casos, considerando uma licitação em que se exija o credenciamento, e que o objeto seja impressora **laser** com as características dos equipamentos da família “XPTO”, o número de licitantes que são parceiros do fabricante “XYZ” naquele segmento de mercado é ainda mais reduzido. No caso de certame em que se exija (e seja necessário) o fornecimento de equipamentos de uma marca específica, ou modelo, o problema é ainda mais grave.
56. Assim, não é razoável que o gestor exija em uma licitação o credenciamento do licitante pelo fabricante, quando resta claro que esses credenciamentos se dão, em alguns casos, de forma obscura, e, em todos, ao arbítrio do fabricante.
57. Consignar de outra forma poderia fazer que os fabricantes passassem a indicar seu único “representante” para licitações de determinada linha de produtos, em dada região, a partir do credenciamento prévio de apenas uma empresa no segmento governo, para o produto objeto daquela licitação. Isso aumentaria definitivamente o risco de prejuízo da competitividade nos certames públicos, a exemplo do que fora apresentado pela Secretaria de Direito Econômico do

Ministério da Justiça, em Representação envolvendo empresas de TI, e que gerou o Acórdão nº 1.521/2003 – TCU – Plenário.

58. Esse risco de os fabricantes repartirem entre si as compras públicas, a partir de única indicação para cada certame, é real e está presente nos dias de hoje no mercado de informática, porquanto percebem-se certames com valores vultosos com pouquíssimas empresas fazendo lances e operações da Polícia Federal no sentido de desmembrar cartéis de empresas do ramo, como por exemplo a **Mainframe** (<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?da6ebc4ca57b919267d46afb56>, consulta realizada no dia 9/9/2009).
59. Portanto, o credenciamento pelo fabricante como exigência para se contratar com a Administração Pública pode provocar a restrição indevida de competitividade, de forma direta, por limitar a participação de empresas, muitas vezes, capazes, mas que não possuam credenciamento, pelos diversos motivos listados acima, e ainda de maneira indireta, por criar condições para que os fabricantes passem a “lotear” o mercado de aquisições públicas de TI.
60. Além disso, nos casos em que o programa de credenciamento envolve custos para o credenciado, é natural que, numa licitação em que se exija o credenciamento, esses sejam repassados para as propostas e, assim, os preços ofertados sejam superiores aos que poderiam ser propostos por empresas não credenciadas, no caso de um certame aberto. Nesse caso, todos aqueles que atendam às exigências técnicas definidas, poderiam participar, aumentando a competitividade e potencialmente reduzindo o preço da contratação.
61. Quando da análise do caso concreto, há algumas características que gestores e auditores podem cotejar para avaliar o prejuízo à competitividade, e, assim, permitir-se melhor conclusão quanto à legalidade da exigência. Essas podem ser divididas em dois grupos: características do certame e do mercado.
62. No primeiro grupo, a principal característica é a não vinculação a uma marca ou a um modelo, ou a possibilidade de atendimento, por vários fabricantes, à especificação técnica do edital, inexistindo uma vinculação à marca implícita.
63. Já quanto às características do mercado, podem ser analisadas: a representatividade da parcela de fabricantes de produtos que atendem à especificação do edital (levantados no primeiro grupo), a quantidade de empresas credenciadas por esses fabricantes e o nível de transparência desses programas de parceira.
64. Ante o exposto e, devido às alternativas legais de que dispõe o gestor, às características dos programas de credenciamento dos fabricantes e à ineficácia do credenciamento para os fins visados pelo gestor, discutidas no desenvolvimento do Entendimento I, conclui-se que a exigência, em editais para contratação de bens e serviços de tecnologia da informação, de credenciamento das licitantes pelo fabricante, via de regra, implica a restrição indevida da competitividade do certame (Lei nº 8.666/1993, art. 3º, § 1º, inciso I, art. 6º, inciso IX, alíneas “c” e “d”, art. 44, § 1º; Lei nº 10.520/2002, art. 3º, inciso II e Acórdão nº 1.281/2009 – TCU – Plenário, item 9.3).

Da isonomia

65. Além de dedicar-se a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração, a licitação visa, nos termos do inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal, a assegurar a igualdade de condições a todos os concorrentes. Da mesma forma, no **caput** do art. 3º da Lei nº 8.666/1993, prevê-se que licitação destina-se a garantir o princípio da isonomia, esculpido no art. 5º da Carta Magna. Nessa esteira, faz-se necessário comentar os efeitos da exigência do credenciamento para um eventual interessado em participar do certame e a legitimidade da diferenciação imposta.
66. Para melhor se obter os contornos e implicações do princípio da isonomia nas licitações, consultou-se parte da doutrina existente. Transcreve-se a ponderação de Marçal Justen Filho, na

obra “Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos”, 11ª edição, página 44, que cita C. A. Bandeira de Mello acerca do assunto.

“(...) Seguindo o raciocínio de C. A. Bandeira de Mello, a discriminação pode ser admitida quando presentes três elementos:

- a) existência de diferenças nas próprias situações de fato que serão reguladas pelo Direito;*
- b) correspondência (adequação) entre tratamento discriminatório e as diferenças existentes entre as situações de fato;*
- c) correspondência (adequação) entre os fins visados pelo tratamento discriminatório e os valores jurídicos consagrados pelo ordenamento jurídico.”*

67. Aplicando-se a tese doutrinária citada para licitações de bens e serviços de TI, considera-se que as diferenças entre as situações de fato (elemento “a”), e que interessam à Administração, são vantagens técnicas que algumas empresas possuem, distinguindo-as das demais, e que potencialmente podem se traduzir em capacidade técnica para execução plena do objeto licitado. Ora, em um certame para contratação de bens e serviços de TI, realmente existem empresas capazes e outras incapazes de executar o objeto. Razoáveis, portanto, as diferenças no mundo fático, considerando-se presente o elemento “a”.
68. Já o tratamento discriminatório (elemento “b”) representa a imposição do credenciamento como requisito obrigatório desses certames. Assim, sabendo-se que o mecanismo de credenciamento não reflete, necessariamente, a capacidade técnica das empresas (itens 36 a 38 desta Nota), sua imposição como tratamento discriminatório entre os particulares não é adequada a essas distinções fáticas relatadas no item anterior. Assim, conclui-se como ausente o elemento “b”, não podendo ser admitida a discriminação, segundo a ponderação do jurista.
69. Frise-se que, como ausente o item “b”, não se analisará a correspondência ao item “c”, porquanto trata-se de requisitos cumulativos.
70. Resumindo, o credenciamento, via de regra, atenta contra a isonomia, uma vez que empresas não credenciadas ficam impedidas de participar das licitações mesmo não sendo necessariamente incapazes tecnicamente, simplesmente por não serem credenciadas, conforme demonstrado nos parágrafos 36 a 38 desta Nota.
71. Portanto, de acordo com as conclusões dos parágrafos 64 e 70, obtém-se o seguinte:

Entendimento II. A exigência, em editais para contratação de bens e serviços de tecnologia da informação, de credenciamento das licitantes pelo fabricante, via de regra, implica restrição indevida da competitividade do certame (Lei nº 8.666/1993, art. 3º, § 1º, inciso I, art. 6º, inciso IX, alíneas “c” e “d”, art. 44, § 1º; Lei nº 10.520/2002, art. 3º, inciso II e Acórdão nº 1.281/2009 – TCU – Plenário, item 9.3) e atenta contra a isonomia entre os interessados (Constituição Federal, arts. 5º, **caput**, 37, inciso XXI e Lei nº 8.666/1993, art. 3º, **caput**).

VI.3 Dos casos excepcionais

72. Em que pese todo o arrazoado aqui contido, devido à enorme diversidade tecnológica dos bens e serviços de TI e à rápida inovação desse mercado, a depender das características específicas do caso concreto, excepcionalmente, esta exigência poderá se configurar essencial.
73. Nesses casos, deve restar cristalino o seguinte:
 - a demonstração objetiva do vínculo de absoluta indispensabilidade entre a necessidade que motivou a contratação e as vantagens técnicas oferecidas pelo credenciamento; e

- a impossibilidade de se obter essas mesmas vantagens por outros meios legais.

74. Assim sendo, e tendo em vista que o edital exigindo o credenciamento representa ato administrativo que afeta direitos e interesses, faz-se mister que, com fulcro no inciso I do art. 50 da Lei nº 9.784/1999, essa indispensabilidade seja descrita e cabalmente justificada nos autos do processo licitatório, respeitando-se também as particularidades do mercado, com vistas a não restringir indevidamente a competitividade ou atentar contra a isonomia.

Da vedação ao credenciamento como critério de habilitação

75. Se o credenciamento configurar-se essencial, obedecendo ainda aos requisitos do item 73, esse deverá se dar como requisito técnico obrigatório, não devendo ser incluído, mesmo que apenas formalmente, na lista de critérios de habilitação dos licitantes, pelos motivos a seguir relatados.
76. Conforme consta do relatório condutor do Acórdão nº 1.670/2003 – TCU – Plenário, a parte final do inciso XXI do art. 37 da Constituição da República dispõe que o processo de licitação pública “*somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações*”. Em decorrência disso, o art. 27 da Lei nº 8.666/1993 preceitua que, para fins de habilitação, exigir-se-á dos interessados, exclusivamente, documentação relativa à habilitação jurídica, à qualificação técnica, à qualificação econômico-financeira, à regularidade fiscal e à prova de cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal.
77. Em complementação, os arts. 27 a 31 apontam os documentos aptos a serem exigidos para demonstrar a regularidade em relação a essas situações. Então, a interpretação sistemática dos dispositivos ora em comento impõe a conclusão de que aqueles são os únicos documentos passíveis de serem solicitados para a habilitação em certame licitatório.
78. Corroborando esse entendimento a Decisão nº 523/1997 – TCU – Plenário, que determinou a obrigatoriedade de a Administração Pública, para fins de habilitação, ater-se ao rol dos documentos dos arts. 27 a 31 da Lei nº 8.666/1993, não sendo lícito exigir nenhum outro documento que não esteja ali elencado.
79. Considerando que a comprovação de credenciamento (parceria ou instrumentos congêneres) não integra a redação dos referidos dispositivos, não se vislumbra a possibilidade de sua exigência para fins de habilitação.
80. Dessa forma, conclui-se o terceiro entendimento desta Nota Técnica:

Entendimento III. Nas licitações para contratação de bens e serviços de tecnologia da informação, a decisão pela exigência, em casos excepcionais, de credenciamento das licitantes pelo fabricante deve ser cabalmente justificada no processo licitatório, respeitando-se as particularidades do mercado (Lei nº 9.784/1999, art. 50, inciso I). Nessas situações, o credenciamento deve ser incluído como requisito técnico obrigatório, não como critério para habilitação (Constituição Federal, art. 37, inciso XXI **in fine**; Lei nº 8.666/1993, arts. 27 a 31 e Decisão TCU nº 523/1997).

ANTONIO DAUD JÚNIOR
AUFC – Matrícula TCU nº 8099-3

RODRIGO MACHADO BENEVIDES
AUFC – Matrícula TCU nº 5693-6



De acordo.

HARLEY ALVES FERREIRA

Gerente

De acordo.

CLÁUDIO SOUZA CASTELLO BRANCO

Secretário

APÊNDICE I

REFERÊNCIAS

- I. Mediante consulta a diversos sítios da Internet, buscou-se estimar a representatividade da fatia de mercado analisada. Grande parte dessas informações de mercado são comercializadas, isto é, são obtidas apenas mediante pagamento. Neste trabalho, optou-se por utilizar de informações públicas que não geram custo à Administração. Além disso, considerou-se que não impactariam nos resultados aqui obtidos, sobretudo nos entendimentos propostos. Assim, fazem-se as seguintes considerações:
- Para um dos bens e um dos serviços analisados, não foram obtidos os dados desejados.
 - Alguns dados apresentam defasagem de mais de cinco anos e não refletem o mercado brasileiro especificamente.
- II. As tabelas abaixo apresentam os percentuais aproximados de mercado que os fabricantes analisados ocupam, para cada tipo de bem/serviço, conforme consultas realizadas em 14/9/2009:

| Bem | Representatividade do mercado (%) | Período | Abrangência | Fonte |
|-----------------------|-----------------------------------|---------------|------------------------------|--|
| Impressoras | 80 | 2ºQ/ 2003 | América Latina | http://www.gartner.com/press_releases/pr27aug2003a.html |
| Switches e roteadores | 82 (considerou-se o menor) | 3º Q/ 2003 | Mundial | http://www.gartner.com/press_releases/asset_121076_11.html http://www.gartner.com/press_releases/pr13nov2003a.html |
| Notebooks e desktops | 46 | 2º T/ 2009 | Brasil (segmento Governo) | http://www.portalvp.com.br/site/Htmls/NoticiasDetalhes.php?menu=0&editoria=Pessoal&Id=7460 |
| Cabeamento de Rede | - | - | - | Essa informação não foi encontrada em portais públicos. |

| Serviço | Representatividade do mercado (%) | Período | Abrangência | Fonte |
|---------------------------------------|-----------------------------------|-------------------|-------------|--|
| Desenvolvimento de Software | 65 | 2009 | Mundial | http://www.tiobe.com/index.php/content/paperinfo/tpci/index.html |
| Suporte a banco de dados (relacional) | 85 | 2006 | Mundial | http://www.gartner.com/it/page.jsp?id=507466 |
| Suporte a redes de computadores | 82 (considerou-se o menor) | 3º Q/ 2003 | Mundial | http://www.gartner.com/press_releases/asset_121076_11.html http://www.gartner.com/press_releases/pr13nov2003a.html |
| Instalação de ERPs | 62 | 2009 (parcial) | Brasil | http://www.itweb.com.br/noticias/index.asp?cod=57761 |
| Atendimento técnico a usuários | - | - | - | Essa informação não foi encontrada em portais públicos. |

APÊNDICE II

PRINCIPAIS SÍTIOS ACESSADOS DURANTE O ESTUDO

Consultas realizadas entre 7 e 18/9/2009.

1. <http://www.sun.com/partners/resellers/index.jsp>
2. <http://www.borland.com/br/partners/index.html>
3. <http://msdn.microsoft.com/pt-br/vstudio/products/bb964519.aspx>
4. <http://www.vsiptmembers.com/>
5. <http://www.oracle.com/partners/en/index.html>
6. <http://www.oracle.com/partners/public/program/value-for-your-business/hardware-infrastructure.html>
7. http://www-200.ibm.com/partnerworld/pwhome.nsf/weblook/index_br.html
8. http://www-2000.ibm.com/partnerworld/pwhome.nsf/weblook/pub_benefits_br.html
9. <http://www.microsoft.com/sqlserver/2008/en/us/partners.aspx>
10. <http://www.cisco.com/web/partners/pr11/pr193/index.html>
11. <http://www.juniper.net/us/en/partners/>
12. <http://www.3com.com/partners/index.html>
13. http://www.lexmark.com.br/lexmark/sequencialem/home/0,6959,245124443_652569490_0_pt_00.html
14. http://www.partner.lexmark.com.br/P_Categorizacao/login.aspx
15. http://h20465.www2.hp.com/gpl/search.aspx?language_code=pt&country_code=br&SearchType
16. http://h20375.www2.hp.com/portal/site/publicpartnerportal-lar/?page=General+Document+Display+Public+LA&javax.portlet.tpst=GeneralContentDisplayPortletPublicLA&javax.portlet.prp_GeneralContentDisplayPortletPublicLA_wsrp-navigationalState=rO0ABXNyABFqYXZhLnV0aWwuSGFzaE1hcAUH2sHDFmDRAwACRgAKbG9hZEXhY3RvcckACXRocmVzaG9sZHhwP0AAAAAAAAAAx3CAAAABAAAAABdAADZG9jdXIAE1tMamF2YS5sYW5nLlN0cmLuZzut0lbn6R17RwIAAHhwAAAAAXQABjE0MDc3NHg*&javax.portlet.begCacheTok=com.vignette.cachetoken&javax.portlet.endCacheTok=com.vignette.cachetoken
17. <http://www.office.xerox.com/cgi-bin/dmoresloc.pl>
18. https://www.partner.net.xerox.com/portal/page/portal/XXR_PARTNER_PAGES_PGR/XXR_LOGON_PAGE_REV_2
19. <http://www.sap.com/brazil/ecosystem/partners/como/channel/index.epx>



APÊNDICE III

HISTÓRICO DE REVISÕES

| Data | Documento/Evento | Versão |
|-------------|---|---------------|
| 9/12/2009 | Publicação para consulta interna da primeira versão da Nota Técnica (NT). | 1.0 |
| 10/4/2010 | Aprovação da primeira versão da Nota Técnica. | 1.0 |
| 29/6/2010 | Publicação interna da primeira versão definitiva. | 1.0 |

APÊNDICE IV

EXCERTOS DA LEGISLAÇÃO E DA JURISPRUDÊNCIA DO TCU

i

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 de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

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.” (grifou-se)

ii

Lei nº 8.666/1993

(...)

“Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a: (...)

II - comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, e indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos;

III - comprovação, fornecida pelo órgão licitante, de que recebeu os documentos, e, quando exigido, de que tomou conhecimento de todas as informações e das condições locais para o cumprimento das obrigações objeto da licitação;

IV - prova de atendimento de requisitos previstos em lei especial, quando for o caso.

§ 1º A comprovação de aptidão referida no inciso II do "caput" deste artigo, no caso das licitações pertinentes a obras e serviços, será feita por atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, devidamente registrados nas entidades profissionais competentes, limitadas as exigências a:

(...)

Art. 56. A critério da autoridade competente, em cada caso, e desde que prevista no instrumento convocatório, poderá ser exigida prestação de garantia nas contratações de obras, serviços e compras.

§ 1º Caberá ao contratado optar por uma das seguintes modalidades de garantia:

I - caução em dinheiro ou em títulos da dívida pública, devendo estes ter sido emitidos sob a forma escritural, mediante registro em sistema centralizado de liquidação e de custódia autorizado pelo Banco Central do Brasil e avaliados pelos seus valores econômicos, conforme definido pelo Ministério da Fazenda;

II - seguro-garantia;

III - fiança bancária.

§ 2º A garantia a que se refere o caput deste artigo não excederá a cinco por cento do valor do contrato e terá seu valor atualizado nas mesmas condições daquele, ressalvado o previsto no parágrafo 3º deste artigo.

§ 3º Para obras, serviços e fornecimentos de grande vulto envolvendo alta complexidade técnica e riscos financeiros consideráveis, demonstrados através de parecer tecnicamente aprovado pela autoridade competente, o limite de garantia previsto no parágrafo anterior poderá ser elevado para até dez por cento do valor do contrato.

§ 4º A garantia prestada pelo contratado será liberada ou restituída após a execução do contrato e, quando em dinheiro, atualizada monetariamente.

§ 5º Nos casos de contratos que importem na entrega de bens pela Administração, dos quais o contratado ficará depositário, ao valor da garantia deverá ser acrescido o valor desses bens.

(...)

Art. 86. O atraso injustificado na execução do contrato sujeitará o contratado à multa de mora, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato.

§ 1º A multa a que alude este artigo não impede que a Administração rescinda unilateralmente o contrato e aplique as outras sanções previstas nesta Lei.

§ 2º A multa, aplicada após regular processo administrativo, será descontada da garantia do respectivo contratado.

§ 3º Se a multa for de valor superior ao valor da garantia prestada, além da perda desta, responderá o contratado pela sua diferença, a qual será descontada dos pagamentos eventualmente devidos pela Administração ou ainda, quando for o caso, cobrada judicialmente.

Art. 87. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções:

I - advertência;

II - multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato;

III - suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos;

IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior.

§ 1º Se a multa aplicada for superior ao valor da garantia prestada, além da perda desta, responderá o contratado pela sua diferença, que será descontada dos pagamentos eventualmente devidos pela Administração ou cobrada judicialmente.

§ 2º As sanções previstas nos incisos I, III e IV deste artigo poderão ser aplicadas juntamente com a do inciso II, facultada a defesa prévia do interessado, no respectivo processo, no prazo de 5 (cinco) dias úteis.

§ 3º A sanção estabelecida no inciso IV deste artigo é de competência exclusiva do Ministro de Estado, do Secretário Estadual ou Municipal, conforme o caso, facultada a defesa do interessado no respectivo processo, no prazo de 10 (dez) dias da abertura de vista, podendo a reabilitação ser requerida após 2 (dois) anos de sua aplicação.

Art. 88. As sanções previstas nos incisos III e IV do artigo anterior poderão também ser aplicadas às empresas ou aos profissionais que, em razão dos contratos regidos por esta Lei:

I - tenham sofrido condenação definitiva por praticarem, por meios dolosos, fraude fiscal no recolhimento de quaisquer tributos;

II - tenham praticado atos ilícitos visando a frustrar os objetivos da licitação;

III - demonstrem não possuir idoneidade para contratar com a Administração em virtude de atos ilícitos praticados.” (grifou-se)

iii

Acórdão nº 1281/2009 - TCU – Plenário

(...)

“9.3. determinar, ainda, ao Comando Militar do Sul – Comando do Exército/MD, que doravante, abstenha-se de prever a exigência, em editais para aquisição de bens da área de informática, de que a licitante seja credenciada, autorizada, eleita, designada, ou outro instituto similar, pelo fabricante para fornecer, instalar, dar suporte e configurar os equipamentos que constituam o objeto da licitação, tendo em vista tratar-se de condição que restringe indevida e desnecessariamente o caráter competitivo do certame, contrariando os arts. 3º, § 1º, inc. I, e 30 da Lei 8.666/1993;” (grifou-se)

iv

Lei nº 8.666/1993

(...)

“Art. 3º 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.

§ 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 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;

(...)

Art. 6º Para os fins desta Lei, considera-se: (...)

IX - Projeto Básico - conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para caracterizar a obra ou serviço, ou complexo de obras ou serviços objeto da licitação, elaborado com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares, que assegurem a viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento, e que possibilite a avaliação do custo da obra e a definição dos métodos e do prazo de execução, devendo conter os seguintes elementos: (...)

c) identificação dos tipos de serviços a executar e de materiais e equipamentos a incorporar à obra, bem como suas especificações que assegurem os melhores resultados para o empreendimento, sem frustrar o caráter competitivo para a sua execução;

d) informações que possibilitem o estudo e a dedução de métodos construtivos, instalações provisórias e condições organizacionais para a obra, sem frustrar o caráter competitivo para a sua execução;

(...)

Art. 44. No julgamento das propostas, a Comissão levará em consideração os critérios objetivos definidos no edital ou convite, os quais não devem contrariar as normas e princípios estabelecidos por esta Lei.

§ 1º É vedada a utilização de qualquer elemento, critério ou fator sigiloso, secreto, subjetivo ou reservado que possa ainda que indiretamente elidir o princípio da igualdade entre os licitantes.” (grifou-se)

v

Lei nº 10.520/2002

(...)

“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.” (grifou-se)

vi

Lei nº 8.666/1993

(...)

“Art. 3º 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.” (grifou-se).

vii

Lei nº 8.666/1993

(...)

“Art. 27. Para a habilitação nas licitações exigir-se-á dos interessados, exclusivamente, documentação relativa a:

I - habilitação jurídica;

II - qualificação técnica;

III - qualificação econômico-financeira;

IV - regularidade fiscal.

V – cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal.

Art. 28. A documentação relativa à habilitação jurídica, conforme o caso, consistirá em:

I - cédula de identidade;

II - registro comercial, no caso de empresa individual;

III - ato constitutivo, estatuto ou contrato social em vigor, devidamente registrado, em se tratando de sociedades comerciais, e, no caso de sociedades por ações, acompanhado de documentos de eleição de seus administradores;

IV - inscrição do ato constitutivo, no caso de sociedades civis, acompanhada de prova de diretoria em exercício;

V - decreto de autorização, em se tratando de empresa ou sociedade estrangeira em funcionamento no País, e ato de registro ou autorização para funcionamento expedido pelo órgão competente, quando a atividade assim o exigir.

Art. 29. A documentação relativa à regularidade fiscal, conforme o caso, consistirá em:

I - prova de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) ou no Cadastro Geral de Contribuintes (CGC);

II - prova de inscrição no cadastro de contribuintes estadual ou municipal, se houver, relativo ao domicílio ou sede do licitante, pertinente ao seu ramo de atividade e compatível com o objeto contratual;

III - prova de regularidade para com a Fazenda Federal, Estadual e Municipal do domicílio ou sede do licitante, ou outra equivalente, na forma da lei;

IV - prova de regularidade relativa à Seguridade Social e ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), demonstrando situação regular no cumprimento dos encargos sociais instituídos por lei.

Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a:

I - registro ou inscrição na entidade profissional competente;

II - comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, e indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos;

III - comprovação, fornecida pelo órgão licitante, de que recebeu os documentos, e, quando exigido, de que tomou conhecimento de todas as informações e das condições locais para o cumprimento das obrigações objeto da licitação;

IV - prova de atendimento de requisitos previstos em lei especial, quando for o caso.

§ 1º A comprovação de aptidão referida no inciso II do "caput" deste artigo, no caso das licitações pertinentes a obras e serviços, será feita por atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, devidamente registrados nas entidades profissionais competentes, limitadas as exigências a:

I - capacitação técnico-profissional: comprovação do licitante de possuir em seu quadro permanente, na data prevista para entrega da proposta, profissional de nível superior ou outro devidamente reconhecido pela entidade competente, detentor de atestado de responsabilidade técnica por execução de obra ou serviço de características semelhantes, limitadas estas exclusivamente às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação, vedadas as exigências de quantidades mínimas ou prazos máximos;

§ 2º As parcelas de maior relevância técnica e de valor significativo, mencionadas no parágrafo anterior, serão definidas no instrumento convocatório.

§ 3º Será sempre admitida a comprovação de aptidão através de certidões ou atestados de obras ou serviços similares de complexidade tecnológica e operacional equivalente ou superior.

§ 4º Nas licitações para fornecimento de bens, a comprovação de aptidão, quando for o caso, será feita através de atestados fornecidos por pessoa jurídica de direito público ou privado.

§ 5º É vedada a exigência de comprovação de atividade ou de aptidão com limitações de tempo ou de época ou ainda em locais específicos, ou quaisquer outras não previstas nesta Lei, que inibam a participação na licitação.

§ 6º As exigências mínimas relativas a instalações de canteiros, máquinas, equipamentos e pessoal técnico especializado, considerados essenciais para o cumprimento do objeto da licitação, serão atendidas mediante a apresentação de relação explícita e da declaração formal da sua disponibilidade, sob as penas cabíveis, vedada a exigência de propriedade e de localização prévia.

§ 8º No caso de obras, serviços e compras de grande vulto, de alta complexidade técnica, poderá a Administração exigir dos licitantes a metodologia de execução, cuja avaliação, para efeito de sua aceitação ou não, antecederá sempre à análise dos preços e será efetuada exclusivamente por critérios objetivos.

§ 9º Entende-se por licitação de alta complexidade técnica aquela que envolva alta especialização, como fator de extrema relevância para garantir a execução do objeto a ser contratado, ou que possa comprometer a continuidade da prestação de serviços públicos essenciais.

§ 10. Os profissionais indicados pelo licitante para fins de comprovação da capacitação técnico-profissional de que trata o inciso I do § 1º deste artigo deverão participar da obra ou serviço objeto da licitação, admitindo-se a substituição por profissionais de experiência equivalente ou superior, desde que aprovada pela administração.

Art. 31. A documentação relativa à qualificação econômico-financeira limitar-se-á a:

I - balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social, já exigíveis e apresentados na forma da lei, que comprovem a boa situação financeira da empresa, vedada a sua substituição por balancetes ou balanços provisórios, podendo ser atualizados por índices oficiais quando encerrado há mais de 3 (três) meses da data de apresentação da proposta;

II - certidão negativa de falência ou concordata expedida pelo distribuidor da sede da pessoa jurídica, ou de execução patrimonial, expedida no domicílio da pessoa física;

III - garantia, nas mesmas modalidades e critérios previstos no "caput" e § 1º do art. 56 desta Lei, limitada a 1% (um por cento) do valor estimado do objeto da contratação.

§ 1º A exigência de índices limitar-se-á à demonstração da capacidade financeira do licitante com vistas aos compromissos que terá que assumir caso lhe seja adjudicado o contrato, vedada a exigência de valores mínimos de faturamento anterior, índices de rentabilidade ou lucratividade. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

§ 2º A Administração, nas compras para entrega futura e na execução de obras e serviços, poderá estabelecer, no instrumento convocatório da licitação, a exigência de capital mínimo ou de patrimônio líquido mínimo, ou ainda as garantias previstas no § 1º do art. 56 desta Lei, como dado objetivo de comprovação da qualificação econômico-financeira dos licitantes e para efeito de garantia ao adimplemento do contrato a ser ulteriormente celebrado.

§ 3º O capital mínimo ou o valor do patrimônio líquido a que se refere o parágrafo anterior não poderá exceder a 10% (dez por cento) do valor estimado da contratação, devendo a comprovação ser feita relativamente à data da apresentação da proposta, na forma da lei, admitida a atualização para esta data através de índices oficiais.

§ 4º Poderá ser exigida, ainda, a relação dos compromissos assumidos pelo licitante que importem diminuição da capacidade operativa ou absorção de disponibilidade financeira, calculada esta em função do patrimônio líquido atualizado e sua capacidade de rotação.

§ 5º A comprovação de boa situação financeira da empresa será feita de forma objetiva, através do cálculo de índices contábeis previstos no edital e devidamente justificados no processo administrativo da licitação que tenha dado início ao certame licitatório, vedada a exigência de índices e valores não usualmente adotados para correta avaliação de situação financeira suficiente ao cumprimento das obrigações decorrentes da licitação." (grifou-se)

§ 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 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;

Art. 6º Para os fins desta Lei, considera-se:

IX - Projeto Básico - conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para caracterizar a obra ou serviço, ou complexo de obras ou serviços objeto da licitação, elaborado com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares, que assegurem a viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento, e que possibilite a avaliação do custo da obra e a definição dos métodos e do prazo de execução, devendo conter os seguintes elementos:

c) identificação dos tipos de serviços a executar e de materiais e equipamentos a incorporar à obra, bem como suas especificações que assegurem os melhores resultados para o empreendimento, sem frustrar o caráter competitivo para a sua execução;

d) informações que possibilitem o estudo e a dedução de métodos construtivos, instalações provisórias e condições organizacionais para a obra, sem frustrar o caráter competitivo para a sua execução;

Art. 44. No julgamento das propostas, a Comissão levará em consideração os critérios objetivos definidos no edital ou convite, os quais não devem contrariar as normas e princípios estabelecidos por esta Lei.

§ 1º É vedada a utilização de qualquer elemento, critério ou fator sigiloso, secreto, subjetivo ou reservado que possa ainda que indiretamente elidir o princípio da igualdade entre os licitantes.” (grifou-se)

ix

Acórdão nº 2.437/2008 – TCU – Plenário

(...)

“9.4. determinar à Petrobras S.A que: (...)

9.4.2. adote procedimentos com vistas a assegurar em suas contratações igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam somente critérios objetivos e exigências de qualificação técnica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações, a fim de fazer prevalecer o disposto no inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal;” (grifou-se)

Acórdão nº 3.541/2008 – TCU – 2ª Câmara

(...)

“9.2. determinar ao 1º Depósito de Suprimento que, doravante, nos editais de licitação, limite as exigências de qualificação técnica àquelas indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações a serem assumidas pelo futuro contratado, nos termos do art. 37, inc. XXI, da Constituição Federal, abstendo-se de exigências não previstas no art. 30 da Lei 8.666/93;” (grifou-se)

Acórdão nº 2.717/2008 – TCU – Plenário

(...)

“9.2. determinar à Fundação Cultural Palmares que, em futuras licitações: (...)

9.2.3. nas licitações em que for exigido atestado de capacidade técnico-operacional registrado em conselho de classe, demonstre no processo licitatório que tal exigência é indispensável à garantia do cumprimento dos serviços a ser contratados, em respeito ao art. 3ª da Lei n. 8.666/1993 e ao princípio da razoabilidade, previsto no art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal;” (grifou-se)