FAHECE - FUNDAÇÃO DE APOIO AO HEMOSC/CEPON

Ofício N.º 008-2015/CNV

Florianópolis, 26 de janeiro de 2015.

Ilustríssimo Senhor
Sr. Harley de Aguiar Junior
HARLEY DE AGUIAR JUNIOR - EPP
Rua: Professora Maria do Carmo Souza, 592, sala 02
Campinas – São José – Santa Catarina

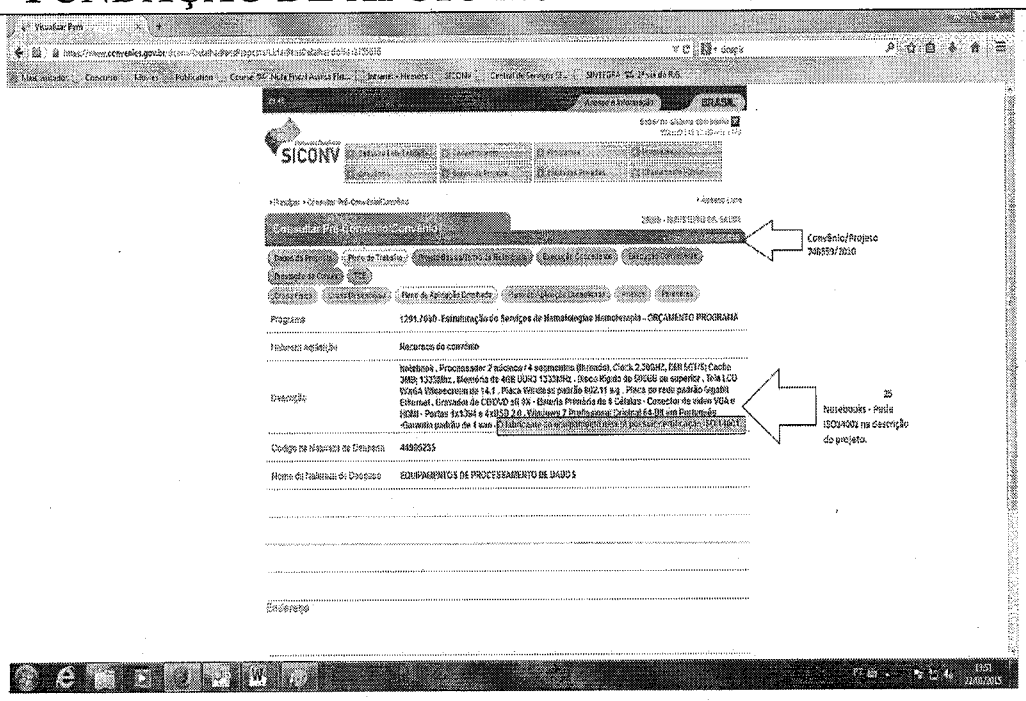
Ref: Impugnação do Edital do Pregão Presencial n° 001/2015

Prezado Senhor,

Trata-se de impugnação ao edital de pregão presencial n° 001/2015 promovido pela FAHECE, apresentada pela empresa **HARLEY DE AGUIAR JUNIOR – EPP.** Nas manifestações, a requerente, pugna pela exclusão, no instrumento convocatório, do item 1 e 2, do ANEXO I, onde vincula os equipamentos a serem adquiridos, a exigência do fabricante em ter certificação ISO 14001. Aduz que esse tipo de exigência restringe o caráter competividade do certame e no final requerem: (i) o conhecimento das impugnações e no mérito a procedência do pedido; (ii) a ciência que a exigência de certificação restringe a competitividade do certame; (iii) a reformulação do presente edital, retirando a exigência do item 1 e 2, ANEXO I; (iv) abstenha-se de fazer novas exigências que excedam os limites fixados nos arts. 27 a 33 da Lei nº 8.666/93.

Cumpre salientar, que a exigência de certificação ISO 14001 no presente edital, do item 1 e 2, ANEXO I, foi consequência do Termo de Referência do Convênio firmado entre a União Federal, por meio do Ministério da Saúde e a Fahece. A descrição dos itens estão no Projeto nº 748559/2010 aprovado pelo Ministério da Saúde.

MQ



Pois bem.

O objeto do presente edital é a aquisição de equipamentos de informática para a Hemorrede Pública de Santa Catarina – HEMOSC, vincular exigências editalícias de participação no certame não significa circunscrição indevida da competitividade no certame, o que não é, a todas as luzes, o interesse perseguido pela Fundação. Quanto mais participantes, maiores são as chances de haver melhores propostas.

A Lei nº 8.666/1993, conhecida como Lei de Licitações e Contratos, teve seu conteúdo alterado pela Lei nº 12.349/2010 cuja origem foi a Medida Provisória nº 495/10.

Dentre as principais alterações, cabe destacar a nova redação do caput do art. 3º que incluiu como finalidade da licitação o desenvolvimento nacional sustentável, alçando-o ao mesmo nível da observância do princípio da isonomia e da seleção da proposta mais vantajosa para a Administração.

Com esse novo objetivo, a licitação passou a ter mais um desafio: além de optar pela proposta mais vantajosa e respeitar a isonomia entre os licitantes, deve ainda promover o desenvolvimento nacional sustentável.

Pode-se então conceituar licitação sustentável como um procedimento administrativo que objetiva escolher a proposta mais vantajosa para a Administração Pública com respeito ao princípio da isonomia levando em consideração ainda critérios sustentáveis.

Embora atualmente exista previsão legal expressa para implementação das licitações sustentáveis, sua execução já era possível uma vez que a Constituição Federal Brasileira (CF) já as autorizava, bastava apenas uma interpretação rasa sem grande esforço do

MQ

artigo 225 que prescreve que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, cabendo ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Ainda da Carta Magna, extraem-se permissões, ou melhor, obrigações aos agentes públicos para levar em conta o aspecto ambiental quando do planejamento, execução e controle de ações administrativas, conforme artigos 1º, III e IV, e 3º, I, III e IV c/c artigos 12, VII e 24, XXVII da Lei de Licitações e Contratos.

Nota-se, então, que a observância de critérios sustentáveis nas licitações não é faculdade do gestor, mas sim, imposição constitucional e legal em respeito aos princípios da eficiência, da economicidade e do meio ambiente equilibrado.

A discricionariedade do agente público não reside em decidir se deve realizar licitações sustentáveis ou não. Não se trata de dever moral, mas de respeito ao princípio da legalidade e da eficiência decorrentes do Estado de Direito (Acórdão nº 1.752/2011 - TCU).

Conforme exposto, em dezembro de 2010 foi incluída no artigo 3º da Lei nº 8.666/1993 a promoção do desenvolvimento nacional sustentável como uma das finalidades da licitação. Além disso, sabe-se que, em que pese o fato de a licitação buscar promover o desenvolvimento sustentável, ela continua visando a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração.

Vários autores afirmam que proposta mais vantajosa não é nem deve ser vista como sinônimo de menor preço. No voto que fundamentou o Acórdão nº 227/2002 do Plenário do TCU, o Ministro Guilherme Palmeira se pronunciou no sentido de que "as propostas desclassificadas atendiam plenamente ao conceito amplo de 'proposta mais vantajosa para a Administração', o qual, como se sabe, envolve aspectos outros que não somente o quesito preço [...]".

Ora, limitar-se a escolher o vencedor da licitação exclusivamente pelo fato de seu produto ser o mais barato do ponto de vista financeiro é administrar de forma retrógrada e ineficiente.

Atualmente, não se permite mais que as compras governamentais sejam decididas sem que sejam levados em conta aspectos como qualidade, durabilidade, gastos com manutenção, custo de operação, além, é claro, da variável ambiental, entre outros. Administrar recursos públicos exige do gestor visão gerencial e maior zelo com o resultado de suas ações.

Assim, justifica-se que sejam inovadas as exigências contidas nas especificações técnicas dos produtos para incluir o aspecto ambiental a fim de alterar os níveis de consumo e a forma arcaica de comprar da Administração Pública visando alcançar a vantajosidade das propostas.

Vai de encontro às regras ditadas pela Lei n.º 8.666/1993 exigir a apresentação de documentos não relacionados nos artigos 27 a 31 daquela norma.

Em tese, a consideração da certificação ISO 14001 no processo de licitação não fere o dispositivo constitucional e/ou legal, caso fique comprovado que a qualificação atestada pelo certificado seja condição imprescindível ao atendimento do interesse público no que respeita ao fornecimento do serviço, do bem ou à execução da obra contratados.

Nessa toada, a Corte de Contas da União conferiu à exigência de determinada norma como critério de qualificação técnica, atribuindo ao administrador a faculdade de exigir a sua aplicação nas licitações de sua responsabilidade, desde que o processo licitatório se faça acompanhar de parecer técnico devidamente justificado, que evidencie a aplicação de norma, em especial, nos casos em que a aplicação desse regramento reduza a competitividade do certame (Acórdãos TCU-Plenário 1.608/2006, 2.392/2006, 555/2008, 1.846/2010 e 1687/2013).

Pego emprestado o raciocínio de Hely Lopes Meirelles (Meirelles. Direito administrativo brasileiro, 16. Ed, p. 243):

> *Todavia não configura atentado ao princípio da igualdade aos licitantes o estabelecimento de requisitos mínimos de participação, no edital ou convite, porque a Administração pode e deve fixá-los sempre que necessários à garantia da execução do contrato, à segurança e perfeição da obra ou serviço, à regularidade do fornecimento ou* ***ao atendimento de qualquer outro interesse público.***" [grifei]

Assim, pode ser do interesse público garantir, ou procurar minimizar a chance, de a ação governamental provocar danos ao meio ambiente. Pode-se argumentar que a posse do certificado ISO 14001 não garante que o impacto ambiental do produto a ser adquirido pela Administração (ou o impacto de sua produção), seja aceitável, porquanto esta certificação está associada ao processo de produção e não ao produto a ser adquirido.

Analisando reiterados acórdãos no Tribunal de Contas da União a respeito do tema concordo que ao se exigir o certificado ISO 14001, como foi exigido no presente edital, o objetivo não foi de restringir a participação de empresas e sim adequar a empresa contratante a uma nova visão na aquisição de bens, como também contribuir para um desenvolvimento sustentável do nosso meio.

A exigência da certificação ISO 14001 foi dirigida ao fabricante dos produtos e não para os licitantes, situação que não configuraria critério de habilitação, pois todas as empresas participantes poderão adquirir os equipamentos, nesse caso notebook, com os vários

fabricantes de detém o referido certificado, o que não são poucos. Isso, tal exigência, agregaria qualidades ao bem a ser adquirido (confiabilidade, durabilidade, sustentabilidade, dentre outros), sem interferência na competitividade da licitação.

E essa preocupação com um meio ambiente equilibrado já é presente no Corte de Contas da União, como podemos analisar o recente voto do Ministro-Relator Valmir Campelo nos autos do Processo nº TC 019.848/2013-7, vejamos:

> "Quanto a exigência de atestado de certificação ambiental para a madeira dos mobiliários, subitem D.4, tanto a universidade quanto a empresa Marelli defendem ausência de ilegalidade. Para isso, citam os artigos 7° e 8º do Decreto 7.746, de 5/6/2012, regulamentador do art. 3° da Lei 8.666/1993, além de termo de adesão ao "Projeto Esplanada Sustentável" – PES – firmado em novembro de 2012 entre o Ministério da Educação e o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão.
>
> Conforme o parágrafo único da cláusula primeira do dito termo, o PES "tem como motivadores principais o art. 225 da Constituição e o Acórdão nº 1.752, de 29 de junho de 2011, do Plenário do Tribunal de Contas da União, que recomenda ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão - MP que incentive os órgãos e instituições públicas federais a adotarem um modelo de gestão estruturado na implementação de ações voltadas ao uso racional de recursos, por meio da divulgação de orientações de acordo com os programas já existentes no Governo Federal".
>
> O termo de adesão relaciona, entre os programas já existentes no executivo federal, a "Agenda Ambiental na Administração Pública - A3P". Coordenado pela Secretaria de Articulação Institucional e Cidadania Ambiental do Ministério do Meio Ambiente - SAIC/MMA, esse programa destaca-se por ser o principal programa da administração pública de gestão socioambiental.
>
> (...)
>
> A unidade técnica analisa a pertinência da apresentação do certificado à luz da Instrução Normativa nº 01/2010, do MPOG, mencionada no subitem questionado:
>
> Art. 1º Nos termos do art. 3º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, as especificações para a aquisição de bens, contratação de serviços e obras por parte dos órgãos e entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional **deverão conter critérios de sustentabilidade ambiental**, considerando os processos de extração ou fabricação, utilização e

descarte dos produtos e matérias-primas.

Art. 2º Para o cumprimento do disposto nesta Instrução Normativa, o instrumento convocatório **deverá formular as exigências de natureza ambiental de forma a não frustrar a competitividade**.

Art. 3º Nas licitações que utilizem como critério de julgamento o tipo melhor técnica ou técnica e preço, deverão ser estabelecidos no edital critérios objetivos de sustentabilidade ambiental para a avaliação e classificação das propostas.

Art. 5º Os órgãos e entidades da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional, quando da aquisição de bens, poderão exigir os seguintes critérios de sustentabilidade ambiental:

(...)

§ 1º A comprovação do disposto neste artigo poderá ser feita mediante apresentação de certificação emitida por instituição pública oficial ou instituição credenciada, **ou por qualquer outro meio de prova que ateste que o bem fornecido cumpre com as exigências do edital**. (grifei)

Observa que os condicionantes dispostos na IN não foram observados no pregão, ao cobrar dos licitantes, sem justificativa, a apresentação exclusiva de certificação ambiental. O normativo, além de possibilitar outros meios de prova distintos de certificação, impõe que tal exigência deva ser feita sem comprometer a competitividade. De acordo com a unidade instrutiva, o requisito do edital proporcionou restrição desnecessária, limitando a competitividade do certame.

Peço vênias para discordar, em parte, da análise da Secex-PB. De fato, entendo adequado o exame da unidade técnica ao pontuar que careceu de justificativa a exigência exclusiva de certificados, ante a faculdade de apresentação de outros meios de atestação de conformidade da origem da madeira. Por outro lado, não estou convicto que a obrigatoriedade da apresentação de atestado de certificação ambiental tenha, peremptoriamente, frustrado a concorrência da licitação.

Perante a vasta legislação ambiental vigente, em especial a que disciplina o correto manejo florestal, entendo que as empresas moveleiras, em sua maioria, possuem condições de atender a tal exigência, uma vez que a procedência legal da madeira é situação *sine qua non* para produzirem, sob pena de serem punidas nos termos da lei.

A título de ilustração, colecionei os principais normativos que, diretamente ou indiretamente, abordam a questão:

- Lei 6.938/1981 – Política Nacional do Meio Ambiente;
- Lei 9.605/1998 – Sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente;
- Lei 11.284/2006 – Gestão de florestas públicas para a produção sustentável;

- Lei 12.651/2012 – Proteção da vegetação nativa;
- IN Ibama 112/2006 – Licença para transporte e armazenamento de produtos e subprodutos florestais;
- Resolução CONAMA 411/2009 – Procedimentos para inspeção de indústrias consumidoras e transformadoras de produtos e subprodutos florestais madeireiros de origem nativa.

Soma-se a isso, o fato de a Administração não poder ignorar a nova redação dada pela Lei nº 12.349/2010, ao art. 3º da Lei de Licitações, que coloca a sustentabilidade como parte do problema a ser considerado nas contratações públicas.

Sobre essa obrigação, julgo que ao exigir "atestado de certificação ambiental quanto à madeira utilizada", a UFCG, na condição de consumidor final, cumpre seu papel na busca do uso sustentável das florestas brasileiras; ao mesmo tempo em que contribui, diretamente, com a Política Nacional do Meio Ambiente, no que concerne "à compatibilização do desenvolvimento econômico-social com a preservação da qualidade do meio ambiente e do equilíbrio ecológico" (art. 4º, inciso I, da Lei 6.938, de agosto de 1981).

A propósito, considero que, nesse aspecto, a administração pública pode contribuir fortemente para a preservação do meio ambiente. Com influência expressiva na economia nacional, as compras governamentais mostram-se importantes indutores da política ambiental brasileira.

Assim, avalio que, considerando o rigor da legislação ambiental vigente, para o correto manejo florestal no Brasil, e ante as informações trazidas aos autos, a exigência ora questionada não foi fator decisivo para a restrição a competitividade do certame. (ACÓRDÃO Nº 2995/2013 – TCU – Plenário) (grifado)

Diante da fácil leitura feita pela Corte de Contas da União em relação a exigência de ISO 14001, havendo justificativa, por meio de parecer técnico, e demonstrado interesse público da contratante em adquirir bens que detenham o referido certificado ambiental, não há óbice para exigi-la.

O jurista Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, citado por Marçal Justen Filho em seu livro Pregão (comentários à legislação do Pregão comum e eletrônico), que assevera:

"mesmo em se tratando de bem e serviço comum, pode a Administração definir características que restringem a competição, desde que tenha por objetivo assegurar a qualidade ou o melhor desempenho e que essas restrições sejam facilmente compreendidas no mercado, e que nos termos do art. 3º, inc. III, da Lei nº 10.520/02 ***sejam justificadas nos autos do processo****". (grifado)*

Sobre essa obrigação, julgo que ao exigir o ISO 14001, a FAHECE, na condição de consumidor final, cumpre seu papel na busca do uso sustentável dos equipamentos; ao mesmo tempo em que contribui, diretamente, com a Política Nacional do Meio Ambiente, no que concerne "à compatibilização do desenvolvimento econômico-social com a preservação da qualidade do meio ambiente e do equilíbrio ecológico" (art. 4º, inciso I, da Lei 6.938, de agosto de 1981).

Portanto, nas licitações públicas, os critérios ambientais e de sustentabilidade devem estar presentes nas qualificações técnicas, podendo a Administração Pública inserir nos referidos instrumentos os padrões relacionados com as certificações ambientais, de forma a garantir a sustentabilidade do produto adquirido ou do serviço contratado, como foi exigido dos fabricantes e não das empresas licitantes. A exigência de certificação ambiental, no entanto, poderá ser inserido nos editais, desde justificados por meio de parecer técnico.

Além do mais, tendo em vista que a licitação em questão é um pregão presencial de registro de preço "menor valor por item", procedimento licitatório em que a fase de habilitação é posicionada no final do certame e destinada a verificar as condições do licitante que apresentar a melhor proposta, mais uma vez, não há óbice para a sua exigência.

Em face do exposto, recebemos a solicitação da impugnação ao edital apresentada, porque própria e tempestiva, porém baseado nos pareceres técnicos e jurídicos julgamos improcedente , e do interesse próprio da FAHECE de as propostas apresentadas pelos licitantes sejam por fabricantes que detenham a certificação ISO 14001, item 1 e 2, Anexo I, sendo assim indeferimos o pedido .

Atenciosamente,

DIEGO ROTH R. FARIA
Pregoeiro
FAHECE