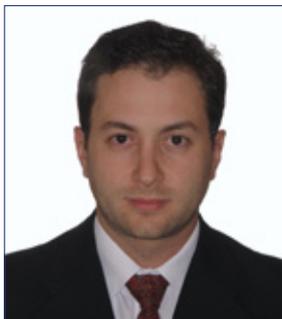


Exigência de credenciamento das licitantes pelos fabricantes de produtos de tecnologia da informação, nos certames para aquisição de bens e serviços da área



Antonio Daud Júnior

é servidor do Tribunal de Contas da União, graduado em Engenharia Elétrica (ênfase em eletrônica) pela Universidade Federal de Uberlândia.



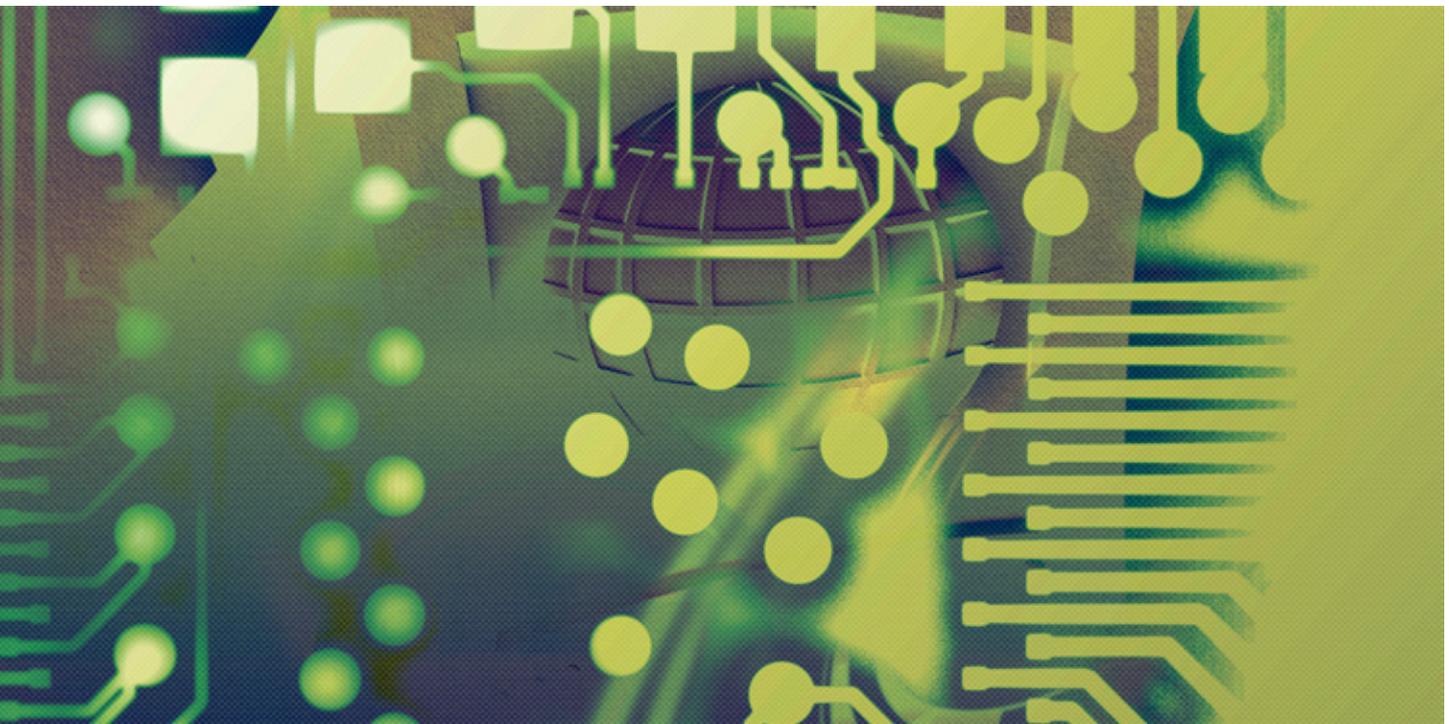
Rodrigo Machado Benevides

é servidor do Tribunal de Contas da União, graduado em Ciência da Computação pela Universidade Federal do Espírito Santo.

RESUMO

O credenciamento é um mecanismo por meio do qual o fabricante (ou seu distribuidor credenciado) elege entre as empresas que comercializam seus produtos, algumas para representar sua marca perante o consumidor final, de maneira a simbolizar, aos olhos do mercado, que ambos possuem laços comerciais e/ou técnicos, transmitindo ao consumidor mais segurança acerca da capacidade da empresa credenciada em fornecer o bem ou prestar serviços associados. Assim, visando a 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 do produto perante o consumidor final, pois, nesse cenário, ele assegura a existência de um canal especializado para fornecer os produtos e prestar serviços ao consumidor, para que o cliente desfrute do melhor desempenho, caso esteja disposto a se utilizar desse canal. O objetivo deste trabalho é discutir a possibilidade da exigência do credenciamento nas licitações de Tecnologia da Informação (TI) por Pregão à luz da jurisprudência do Tribunal de Contas da União (TCU) e considerando, em especial, os efeitos sobre os riscos da contratação.

Palavras-chave. Credenciamento. Jurisprudência. Licitação. Tecnologia da Informação.



1. 1. INTRODUÇÃO

A evolução das normas e da jurisprudência relativas a licitações públicas na área de Tecnologia da Informação (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 admitido.

Essa progressiva adoção do Pregão, o qual 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 vantagem 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 Administração, aumentando as chances de uma regular execução e, ao mesmo tempo, não comprometendo a competitividade do certame ou ferindo a isonomia entre os licitantes.

Uma dessas exigências, comumente utilizadas pelos gestores públicos, consiste na imposição de credenciamento das licitantes pelo fabricante do produto envolvido na licitação.

Destarte, este trabalho tem por objetivo discutir a possibilidade da exigência do credenciamento nas licitações de TI por Pregão, à luz da jurisprudência do

Tribunal de Contas da União (TCU) e considerando, em especial, seus efeitos sobre os riscos da contratação.

Este texto está organizado em seis itens, sendo este o primeiro deles, no qual descrevemos de maneira breve no que o credenciamento consiste.

No item 2, são apresentadas as principais características dos programas de credenciamento estudados.

No item 3, questiona-se a real necessidade desta exigência para a execução do objeto.

No item 4, analisam-se os efeitos do credenciamento sobre a competitividade e a isonomia no procedimento licitatório.

No item 5, apreciam-se circunstâncias que, devido à sua excepcionalidade, poderiam permitir a exigência do credenciamento de maneira legal.

O item 6 traz algumas considerações finais.

Registre-se que este artigo toma por base o conteúdo da Nota Técnica nº 03/2009 - SEFTI/TCU, de 10 de abril de 2010, que trata da “Exigência de credenciamento das licitantes pelos fabricantes de produtos de tecnologia da informação, nos certames para aquisição de bens e serviços da área”, e que os autores deste artigo também foram signatários da referida nota técnica. Todavia, somente com a prolação do Acórdão 1.233/2012-TCU-Plenário, na sessão de 23/5/2012, foi autorizada a divulgação do seu conteúdo. Ademais, cumpre ressaltar que este artigo já foi publicado na Revista Zênite – Informativo de Licitações e Contratos (ILC) em janeiro de 2013.

2. CARACTERÍSTICAS DOS PROGRAMAS DE CREDENCIAMENTO

O credenciamento, o qual pode assumir outras denominações (como “representação”, “parceria”, “designação”, “autorização”, “eleição”), 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 mais segurança acerca da capacidade da empresa credenciada em fornecer o bem ou prestar serviços associados.

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

Nas licitações para aquisição de bens de TI, o credenciamento se dá entre fornecedor e fabricante do bem licitado, enquanto para os 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.

Para subsidiar a elaboração deste artigo, buscou-se estudar uma amostra do mercado abrangente e significativa, por meio dos principais fabricantes, analisando-se os programas de credenciamento de cerca de 70% do mercado de bens e de serviços de TI.

Segundo o estudo, há alguns fabricantes que sequer publicam em seus sítios na Internet as características dos programas de credenciamento. 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.

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. 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.

Em alguns casos, observa-se a formalização do pacto celebrado entre fabricante e fornecedor. 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.

Juridicamente, o credenciamento não se confunde com a representação comercial, prevista na Lei nº 4.886/1965, visto que 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 do produto que, em geral, é apenas parte da solução comercializada.

Já em relação à carta de solidariedade, constata-se certa similaridade com o credenciamento. 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.

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, em que aquele se responsabiliza solidariamente pela adequada execução do objeto. Essa forma de responsabilização não ocorre no credenciamento.

A carta de solidariedade, que já fora utilizada como requisito obrigatório em processos licitatórios, tem sido reiteradamente condenada pelo TCU (e.g., Acórdãos nos 216/2007, 423/2007 e 539/2007, todos do Plenário). Também utilizada como critério de ha-

bilitação, tem sido igualmente reprovada, a exemplo dos Acórdãos nos 1.670/2003, 1.676/2005, 223/2006, 2.056/2008, do Plenário, e 2.294/2007-1ª Câmara, por restringir indevidamente a competitividade dos certames.

Em relação às certificações profissionais, muito comuns na área de TI (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.

Por fim, 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*).

Merece destaque ainda que esta análise esteja centrada nos casos em que o credenciamento é usado como requisito obrigatório e não como critério pontuável, já que o próprio TCU firmou entendimento de que, por 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.

3. DA (DES)NECESSIDADE DO CREDENCIAMENTO À EXECUÇÃO DO OBJETO

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; Lei nº 10.520/2002, art. 3º, inciso II) e à jurisprudência do TCU (Acórdãos nos 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), 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.

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 busquem 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.

Inicialmente, 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 futuro contratado. Excetua-se apenas o caso em que o próprio fabricante participa diretamente da licitação, na qual acumulará o papel de fornecedor e fabricante.

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 possuir para ser capaz de executar o objeto licitado.

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, inclusive 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.

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.

Quanto aos fins visados pela exigência de credenciamento, supõe-se que repousem na segurança de alcançar os resultados esperados da contratação. O problema é que o gestor teme contratar empresa que não consiga entregar os produtos, instalá-los, configurá-los e/ou prover suporte, de modo que não se alcance os re-

sultados e não se atenda à necessidade da contratação. Ele receia 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.

De forma pontual, a intenção de contratar uma empresa credenciada 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.

Assim, em geral, o gestor visa a 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.

Contudo, 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. 25, inciso I, alínea “b”, da IN SLTI nº 4/2010), reuniões e entrega de relatórios e outros.

Assim, *a priori*, para cada um dos fins visados pela exigência do credenciamento, 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.

Além dos fatos até aqui discutidos acerca do foco dos requisitos sobre a pessoa do licitante, do objeto, dos objetivos pretendidos com a exigência e das 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), geográficos, ou segmento de atuação no mercado (e.g., governo, indústria). Em outros casos, ainda, os critérios sequer são divulgados. Nesses casos, não há comprovação de benefícios técnicos do credenciamento para a Administração.

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 chance-la do fabricante, por motivos quaisquer, sem ter como recorrer desta decisão arbitrária, até mesmo porque ele não é obrigado a credenciar novos parceiros.

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.

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 com alta qualidade, mas que por algum motivo 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 tecnicamente capaz de executar o objeto, pode ser alcançado, por exemplo, mediante a exigência de um atestado de capacidade técnica pertinente.

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.

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.

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.

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.

Com efeito, o próprio contratado (e não o fabricante, o qual não 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.

Quanto ao 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.

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.

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;

- conclui-se que nas licitações para contratação de bens e serviços de tecnologia da informação, por 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).

4. DA COMPETITIVIDADE DO CERTAME E DA ISONOMIA ENTRE OS INTERESSADOS

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.

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 e serviços 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.

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 outros não os disponibilizam ou mesmo declaram não estarem abertos a novos parceiros para determinados

objetos. 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.

Ademais, não há como se exigir que os fabricantes sigam determinado modelo de programa, até mesmo porque esses credenciamentos são totalmente discricionários a eles, visto que decorrem da autonomia empresarial. Assim, não há como impor que os programas sejam abertos, transparentes, definam as vantagens técnicas percebidas pelos credenciados ou que contenham número mínimo de parceiros.

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.

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.

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.

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.

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.

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.

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 item 3 deste artigo, conclui-se que a exigência, em editais para contratação de bens e serviços de tecnologia da informação, de credenciamento das licitantes pelo fabricante, por 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).

Ademais, 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 a 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.

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.

Com efeito, 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”.

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 (item 3 deste artigo), sua imposição como tratamento discriminatório entre os particulares não é adequada a essas distinções fáticas relatadas no item anterior. Conclui-se como ausente o elemento “b”, não podendo ser admitida a discriminação, segundo a ponderação do jurista. Frise-se que, como ausente o item “b”, não se analisará a correspondência ao item “c”, porquanto se trata de requisitos cumulativos.

Em síntese, o credenciamento, por 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 anteriormente.

Portanto, conclui-se que a exigência, em editais para contratação de bens e serviços de tecnologia da informação, de credenciamento das licitantes pelo fabricante, por 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*).

5. DOS CASOS EXCEPCIONAIS

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 e, portanto, válida.

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.

Assim sendo, 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.

Todavia, mesmo nesses casos, se o credenciamento configurar-se essencial, este 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.

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.

Em complementação, os arts. 27 a 31 da Lei de Licitações e Contratos 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.

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.

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.

Dessa forma, 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, e considerando ainda a adoção da modalidade pregão, 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).

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante todo o exposto, conclui-se que nas licitações para contratação de bens e serviços de tecnologia da informação, por via de regra, não é requisito técnico indispensável à execução do objeto à exigência de que as licitantes sejam credenciadas pelo fabricante.

Além disso, tal exigência implica, em regra, restrição indevida da competitividade do certame e atenta contra a isonomia entre os interessados.

Todavia, em casos excepcionais, a necessidade da exigência de credenciamento das licitantes pelo fabricante deve ser cabalmente justificada no processo licitatório, respeitando-se as particularidades do mercado e, nessas situações, especificamente para a modalidade pregão, o credenciamento deve ser incluído como requisito técnico obrigatório, não como critério para habilitação.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição Federal*, de 5 de outubro de 1988. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em 9 dez. 2011.

_____. *Lei nº 10.520*, de 17 de julho de 2002. Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L10520.htm> Acesso em 9 dez. 2011.

_____. *Lei nº 8.666*, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666.htm> Acesso em 9 dez. 2011.

_____. *Lei nº 9.784*, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm> Acesso em 9 dez. 2011.

_____. Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação. *Instrução Normativa (IN) nº 4*, de 12 de novembro de 2010. <<http://www.comprasnet.gov.br/>> Acesso em 13 ago. 2012.

_____. Tribunal de Contas da União. *Nota Técnica nº 03/2009 - SEFTI/TCU*, de 10 de abril de 2010. Exigência de credenciamento das licitantes pelos fabricantes de produtos de tecnologia da informação, nos certames para aquisição de bens e serviços da área. Disponível em: <[http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/comunidades/tecnologia_informacao/notas_tecnicas/notas/Nota%20t%C3%A9cnica%20n%C2%BA%203%20-%20Sefti%20-%20TCU%20\(Aprovada\)%20-%20Exig%C3%A4nci.pdf](http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/comunidades/tecnologia_informacao/notas_tecnicas/notas/Nota%20t%C3%A9cnica%20n%C2%BA%203%20-%20Sefti%20-%20TCU%20(Aprovada)%20-%20Exig%C3%A4nci.pdf)> Acesso em 13 jul. 2012.

_____. *Decisão nº 523/1997*, Plenário. Sessão 20 ago. 1997. Disponível em: <http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/Dec/19980808/GERADO_TC-19865.pdf> Acesso em 13 ago. 2012.

_____. *Acórdão nº 2471/2008*, Plenário. Sessão 5 nov. 2008. Disponível em: <<http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/Acord/20081110/019.230%202007-2-MIN-BZ.rtf>> Acesso em 1 jun. 2012.

_____. *Acórdão nº 1.233/2012*, Plenário. Sessão 13 ago. 2012. Disponível em: <http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/Acord/20120528/AC_1233_19_12_P.doc> Acesso em 1 jun. 2012.

_____. *Acórdão nº 2.437/2008*, Plenário. Sessão 5 nov. 2008. Disponível em: <<http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/Acord/20081107/006.515%202006-7-MIN-AC.rtf>> Acesso em 1 jun. 2012.

_____. *Acórdão nº 3.541/2008*, 2ª Câmara. Sessão 17 set. 2008. Disponível em: <<http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/RELAC/20080918/AS-RELACAO-188.doc>> Acesso em 1 jun. 2012.

_____. *Acórdão nº 2.717/2008*, Plenário. Sessão 26 nov. 2008. Disponível em: <<http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/Acord/20081127/007.937%202008-7-AUD-MBC.rtf>> Acesso em 13 ago. 2012.

_____. *Acórdão nº 1.281/2009*, Plenário. Sessão 10 jun. 2009. Disponível em: <<http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/Acord/20090612/033-418-2008-7-AUD-ASC.rtf>> Acesso em 13 ago. 2012.

JÚNIOR, Antonio Daud; BENEVIDES, Rodrigo Machado. Exigência de credenciamento das licitantes pelos fabricantes de produtos de tecnologia da informação nos certames para aquisição de bens e serviços da área. *Revista Zênite – Informativo de Licitações e Contratos (ILC)*, Curitiba: Zênite, n. 227, p. 26-36, jan. 2013.