



Esclarecimento Pregão Presencial 23.2018 SAAE.SP

De: Deborah Delgado

Para: licitacoes@saaelp.sp.gov.br

Cópia: priscilla@pisontec.com.br , estela@pisontec.com.br

Cópia oculta:

Assunto: Esclarecimento Pregão Presencial 23.2018 SAAE.SP

Enviada em: 03/09/2018 | 10:04

Recebida em: 03/09/2018 | 10:04

em:

image001.png 584 B

image002.png 546 B

image003.png 22.42 KB

image004.png 34.81 KB

OKEG AB. 06... .pdf 868.10 KB

Ao

Serviço Autônomo de Água e Esgotos de Lencóis Paulista – SAAE
Ilmo(a). Sr(a). Pregoeiro(a)

Ref. Pregão Presencial nº 23/2018

Objeto: Aquisição de Licenças Windows Server 2016 Standard Core, Windows Server 2016 DVCCAL para máquinas clientes, e Visual Studio Professional 2017, com software Assurance (atualização 3 anos).

Prezado(a) Senhor(a),

A empresa Pisontec Comercio e Serviços em Tecnologia da Informação Eireli, inscrita no CNPJ Nº 12.0007.998/0001-35, situada em Olinda/PE, vem tempestivamente através deste, solicitar esclarecimento à vista do PREGÃO PRESENCIAL Nº 23/2018 no que diz respeito a dúvidas pertinentes aos itens, elencados abaixo:

Descrição	Qtde
Microsoft Windows Server 2016 Standard Core, com software Assurance (atualização 3 anos). * WINSVRSTDCORE 2016 SNGL MVL 2LIC CORELIC.	24
Microsoft Windows Server 2016 DVCCAL para máquinas clientes, com software Assurance (atualização 3 anos). * WINSVRCAL 2016 SNGL MVL DVCCAL.	50
Microsoft Visual Studio Professional 2017, com software Assurance (atualização 3 anos). * VSProSubMSDN ALNG LicSAPk MVL.	02

4. Especificações Técnicas:

4.1. A Licitante deverá ser revenda autorizada Microsoft estando apta, neste momento, a operacionalizar acordos Microsoft Select, Select Plus, Academic Select Plus, GGWA for Large Organizations, Enterprise Agreements (EA), Government Selct e MPESA, Enrollment For Education Solutions (EES), Microsoft Products and Services Agreement (MPESA), Cloud Solution Provider (CSP).

4.2. As licenças de uso de software deverão ser ofertados na modalidade de licenciamento Microsoft SELECT.

Após leitura do Edital, foi verificado que:

1. Podemos atender plenamente este órgão, a não ser, pelo solicitado no Subitem 9.2 do Termo de Referência – A carta emitida pelo Fabricante, comprovando que a empresa é um 'LSP – Large Solutions Partner' da Microsoft, autorizada a fornecer o licenciamento por volume do software é exigência que visa proteger a segurança da contratação.

2 - Os produtos referente aos itens solicitados no Termo de Referência do processo em epígrafe, não existe nenhuma restrição para atendê-los com o produto no modelo de contrato **Open Value**, exceto pela descrição do PartNumber do produto, o qual se refere ao contrato tipo **Select**, o qual é comercializado por um grupo seletivo de 16 empresas (Lanlink, Brasoftware, SoftwareOne, Processor, Solo Network e Sonda, etc). conforme link abaixo:

<https://partner.microsoft.com/pt-br/licensing/Parceiros%20LSP>

É importante frisar que a Microsoft indica a modalidade de contrato **Select** para empresas com mais de 250 estações de trabalho pelo simples fato desse modelo oferecer para seus credenciados descontos maiores e NÃO porque o modelo de contrato **Open Value** não atenda ou não possa ser comercializado. Sendo que qualquer um dos dois modelos atendem perfeitamente a necessidade do órgão em todas as características solicitadas.

Detalhando melhor nosso questionamento o fabricante disponibiliza alguns modelos de compra das licenças solicitadas, sendo um exclusivo para Revendas Enterprise na forma de contrato **Select** aonde existe um número restrito de empresas habilitadas no Brasil, e a outra forma seria no modelo de contrato **Open Value** comercializado pela maioria das revendas habilitadas.

Tendo em vista que os PartNumbers no modelo **Open Gov**, POSSUEM AS MESMAS CARACTERÍSTICAS TÉCNICAS, SUPORTE, RENOVAÇÃO e DEMAIS ESPECIFICAÇÕES do modelo **Select**. A informação da Microsoft é de que são programas de benefícios e valores iguais e que há um período de transição em curso". O modelo de contrato **Open Value**, tem gestão eficiente tanto quanto o **Select**, e também contempla funcionalidade incluídas no portal VLSC.

Vejamos,

O Acórdão 819/2005 Plenário diz: "Observe rigorosamente as disposições contidas no art. 37, caput, da Constituição Federal de 1988 c/c o art. 3º da Lei 8.666/1993, obedecendo aos princípios constitucionais da publicidade e da impessoalidade, de modo a impedir restrições à competitividade.

1. Não se pode olvidar que a licitação na modalidade pregão caracteriza-se pelo objetivo de imprimir celeridade e eficiência nas contratações públicas, por meio da simplificação das regras procedimentais, condicionada aos princípios básicos estabelecidos no art. 4º do decreto nº 3.555/2000:

Art. 4º A licitação na modalidade de Pregão é juridicamente condicionada aos princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo, bem assim aos princípios correlatos da celeridade, finalidade, razoabilidade, proporcionalidade, competitividade, justo preço, seletividade e comparação objeto das propostas.

Parágrafo único. As normas disciplinadoras da licitação serão sempre interpretadas em favor da ampliação da disputa entre os interessados, desde que não comprometa o interesse da Administração, a finalidade e a segurança da contratação.

2. Considerando-se que a Administração deve trabalhar no escopo de obter sempre o maior número de propostas possíveis, na busca da proposta mais vantajosa. Sobretudo no caso do Pregão, no qual já se sabe que a proposta em questão detém uma oferta mais vantajosa, não pode a Administração fechar os olhos às vantagens pecuniárias e decidir onerar desnecessariamente os cofres públicos por mero formalismo burocrático.

3. Com efeito, sabe-se que o certame licitatório tem como princípio basilar a isonomia entre os licitantes, buscando ainda a máxima competitividade, com o fim de alcançar a proposta mais vantajosa à Administração Pública. Sendo assim, é vedada exigências editalícias que apenas impedem a participação de empresas na licitação, ferindo o princípio da isonomia, conforme ensina o professor Marçal Justen Filho^[1]:

"O Direito proíbe a discriminação arbitrária, produto de preferências pessoais e subjetivas do administrador".

"O ato convocatório viola o princípio da isonomia quando: a) estabelece discriminação desvinculada do objeto da licitação; b) **prevê exigência desnecessária e que não envolve vantagem para a Administração;** c) **impõe requisitos desproporcionados com necessidades de futura contratação;** d) adota discriminação ofensiva de valores constitucionais ou ilegais. "

"O que se veda é a adoção de exigência desnecessária ou inadequada, cuja previsão seja orientada não a selecionar a proposta mais vantajosa, mas a beneficiar ou prejudicar alguns particulares. (...) A incompatibilidade poderá derivar de a restrição ser excessiva ou desproporcionada às necessidades da Administração. Poderá, também, decorrer da inadequação entre a exigência e as necessidades da Administração. "

4. Neste sentido, também prescreve Adilson Abreu Dallari em sua obra Aspectos Jurídicos da Licitação com relação à elaboração dos editais afirma "que o essencial é que não se incluam cláusulas de favorecimentos ou de discriminação em favor ou contra determinados interessados. " E mais adiante à página 107, o autor continua:

"O edital é um instrumento de chamamento, e deve servir para trazer pessoas, e não para impedir que pessoas que efetivamente poderiam contratar se afastem da licitação. O edital não pode conter cláusulas que representem barreiras impeditivas de participação no procedimento, a quem realmente tem condições de participar ou a quem realmente esteja disposto a se instrumentar para participar. "

5. Ademais, destaca-se que a licitação deve buscar o maior número de participantes, estimulando a concorrência, vez que a Administração só tem a ganhar ao receber diversas propostas, de onde certamente surgirá aquela mais interessante e vantajosa para o erário e, indiretamente para toda a coletividade.

6. Em via reversa, na remota hipótese das licenças ofertadas pela RECORRENTE não vierem a satisfazer o objetivo do edital, quando forem entregues – o que se admite apenas por suposição –, o próprio edital consigna quais são as consequências desta não adequação.

7. Ressalta-se, por fim, que os tribunais pátrios consagram a tese defendida pela RECORRENTE, na medida em que condenam a utilização de exigências irrelevantes para o atingimento das finalidades licitatórias. Veja-se abaixo:

REPRESENTAÇÃO. LICITAÇÃO. PREGÃO PRESENCIAL. SUSPENSÃO CAUTELAR DA ASSINATURA DO CONTRATO. OITIVA. DILIGÊNCIAS. NÃO-OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE, COMPETITIVIDADE E PROPORCIONALIDADE. OFENSA AO INTERESSE PÚBLICO. PROCEDÊNCIA PARCIAL. DETERMINAÇÃO COM VISTAS À ANULAÇÃO DA DESCLASSIFICAÇÃO DE EMPRESAS E DA AJUDICAÇÃO DO OBJETO, COM VISTAS AO SEGUIMENTO DO CERTAME. DETERMINAÇÕES. JUNTADA DOS AUTOS ÀS CONTAS ANUAIS.

1. A ampliação da competitividade é princípio norteador do pregão e vem expressamente albergado no caput e no parágrafo único do art. 4º do Decreto n.º 3.555/2000.

2. As normas disciplinadoras da licitação serão sempre interpretadas em favor da ampliação da disputa entre os interessados, desde que não comprometam o interesse da Administração, a finalidade e a segurança da contratação^[2].

Por assim o ser, as exigências contidas nos itens desse Edital, devem ser desconsideradas, a fim de tornar o processo licitatório dentro dos Princípios da Razoabilidade, Competitividade e Proporcionalidade.

Ainda,

De acordo com o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo – Deliberação TCA 29.268/026/05-DOE de 21/12/05 na

Súmula nº 15 – Em procedimento licitatório, é vedada a exigência de qualquer documento que configure compromisso de terceiro alheio à disputa.

Súmula nº 17 – Em procedimento licitatório, não é permitido exigir-se, para fins de habilitação, certificações de qualidade ou quaisquer outras não previstas em lei.

O item 1.4.2 do Edital em epígrafe fere o que diz o TCE do Estado de São Paulo.

Ainda,

01. Quanto a Demasiada Lista de Exigências Técnicas para a prestação do objeto

O regimento maior que norteia os procedimentos licitatórios (Lei 8666/93), não alberga tais exigências, e coíbe a prática de atos que sejam tendenciosos ou frustrem o caráter competitivo dos certames. Por óbvio que a consequência direta de tais exigências é a limitação de participantes, eventualmente ainda, o direcionamento do objeto licitado à empresa que detenha a imensa quantidade de certificações e qualificações. A licitação é um processo voltado a contratar o melhor preço de proponente apto a realizar os serviços e obras clamados pelo Estado.

O intuito maior é a contratação da melhor proposta, a fim de dar aplicação ao princípio da supremacia do interesse público. A exigência destas qualificações, não previstas na Lei, frustra o caráter competitivo da licitação, contrariando frontalmente o disposto no § 1º, do art. 3º, da Lei nº 8666/93 ("É vedado aos agentes públicos 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").

Ademais, além de não previstas em lei, a ausência de algumas das certificações e qualificações técnicas exigidas não impedem que o licitante cumpra fielmente as exigências para a sua habilitação e/ou execução do trabalho objeto deste edital, para uma melhor interpretação grifamos abaixo os itens que deverão ser retirados do edital.

Conforme argumentos expostos a seguir, procuramos demonstrar a ilegalidade e irrazoabilidade da cláusula em questão, fato que importa a nulidade do certame a partir da fase de habilitação.

1. Ausência de fundamentação legal para a exigência

a) Em primeiro lugar, cabe destacar que o rol de documentos destinados à habilitação dos licitantes, consoante previstos nos artigos 27 a 31 da Lei 8.666/1993 (aplicáveis subsidiariamente à modalidade pregão, por força do art. 4º, inciso XIII c/c o art. 9º da Lei 10.520/2002) é taxativo, não sendo possível, portanto, exigir outros documentos além daqueles elencados nos supramencionados dispositivos legais.

b) As exigências de habilitação nos processos licitatórios tem como parâmetro fundamental o art. 37, XXI, da Constituição Federal, que limita as exigências de qualificação técnica e econômica às 'indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações'.

c) O fato de o legislador empregar os termos 'exclusivamente' (art. 27, caput, Lei 8.666/1993) e 'limitar-se-á' (art. 30, caput e 31, caput, da Lei 8.666/1993) também evidencia o caráter exaustivo do rol de documentos de habilitação que podem ser exigidos dos licitantes.

d) Esta limitação tem como objetivo evitar à restrição da competitividade do certame.

e). Neste sentido, o Tribunal de Contas da União já se manifestou em diversas oportunidades, sendo ponto pacífico na jurisprudência desta Corte.

1. No item 9.2.1. do Acórdão 5.508/2009 – 2ª Câmara, o Tribunal determinou a Prefeituras Municipais que, em licitações envolvendo recursos federais, 'atenham-se ao rol de documentos para habilitação definido nos artigos 27 a 31 da Lei 8.666/1993, sem exigir nenhum elemento que não esteja ali enumerado'.

2. No item 9.1.2. do Acórdão 1.745/2009 – Plenário, o Tribunal determinou a uma entidade federal que 'abstenha-se de exigir das licitantes interessadas como condição para habilitação documentos não previstos nos arts. 27 a 31 da Lei nº 8.666/1993'.

3. No item 9.3.2.3. do Acórdão 1.731/2008 – Plenário, o Tribunal determinou a um órgão federal que 'abstenha-se de prever, como exigência de habilitação, requisitos que não estejam contemplados nos arts. 28 a 31 da Lei nº 8.666/93, por ausência de amparo legal e por restringir a competitividade da licitação, em afronta ao disposto no art. 3º, § 1º, inciso I, da referida lei'.

f) Reforça a tese da exaustividade a doutrina de Marçal Justen Filho (Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 11ª ed. São Paulo: Dialética, 2005, p. 306), verbis:

O elenco dos arts. 28 a 31 deve ser reputado como máximo e não como mínimo. Ou seja, não há imposição legislativa a que a Administração, em cada licitação, exija a comprovação integral quanto a cada um dos itens contemplados nos referidos dispositivos. O edital não poderá exigir mais do que ali previsto, mas poderá demandar menos (grifo nosso).

g). Ora, a exigência de "Declaração do fabricante" não está prevista em nenhum dos dispositivos da Lei 8.666/1993 que regulam a habilitação jurídica, a qualificação técnica, a qualificação econômico-financeira e a regularidade fiscal ou trabalhista.

2. Nota Técnica da Secretaria de Fiscalização em Tecnologia da Informação (Sefti)

a) A Secretaria de Fiscalização em Tecnologia da Informação (Sefti), em 10/4/2010, expediu a Nota Técnica 03/2009 (peça 19), versando sobre a exigência de credenciamento das licitantes pelos fabricantes de produtos de tecnologia da informação nos certames para a aquisição de bens e serviços na área.

b) O credenciamento/declaração, segundo esta Nota Técnica, é 'um mecanismo por meio do qual o fabricante (...) elege, mediante algum critério, entre aqueles que comercializam seus produtos, determinadas empresas para representar sua marca perante o consumidor final'.

c) Essa representação, segundo esclarece da Sefti, não significa que o credenciado age em nome do fabricante ou que este ficará subsidiária ou solidariamente responsável pelos compromissos assumidos pelo credenciado, servindo, tão somente, para transmitir ao consumidor maior segurança acerca da capacidade da empresa credenciada de fornecer o bem ou prestar os serviços associados. Este credenciamento não se confunde com a representação comercial prevista na Lei 4.886/1965, com a carta de solidariedade ou com a certificação.

d) A exigência de credenciamento corresponde, em linhas gerais, ao último trecho da exigência contida no item 12.5.1. do Edital em questão (a licitante é autorizada pela fabricante para comercializar e prestar assistência técnica nos produtos objeto da licitação).

e) Após estudo aprofundado sobre o tema, a Nota Técnica externou os seguintes entendimentos da Sefti:

Entendimento	Descrição	Fundamentação
--------------	-----------	---------------

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.	CF/88, art. 37, XXI; Lei 8.666/1993, art. 30, II, art. 56, arts. 86 a 88
---	---	--

Acórdão 1.281/2009 – Plenário, item 9.3.

II A exigência, em editais para contratação de bens e serviços de tecnologia da informação, de credenciamento/declaração das licitantes pelo fabricante, via de regra, implica restrição indevida da competitividade do certame e atenta contra a isonomia entre os interessados. Lei 8.666/1993, art. 3º, § 1º, I, art. 6º, IX, c e d, art. 44, § 1º;

Lei 10.520/2002, art. 3º, II

Acórdão 1.281/2009 – Plenário, item 9.3.

CF/88, arts. 5º, caput, 37, XXI

f) Além destes entendimentos, a Sefti tece diversas considerações acerca da exigência do credenciamento em licitações de TI.

1. Em primeiro lugar, a Sefti afirma que existem alternativas legais ao credenciamento/declaração que o gestor público poderá utilizar com vistas a assegurar a regular execução do objeto contratado, sem restringir indevidamente a competitividade do certame ou ferir a isonomia entre os interessados.

1.1. Dentre tais alternativas, citam a exigência de capital social ou patrimônio líquido mínimo, a exigência de atestados previstos no art. 30 da Lei 8.666/1993, a retenção de garantia de execução contratual e o estabelecimento de ritual de entrega da solução de TI, incluindo obrigações, prazos e sanções para as partes.

2. Em segundo lugar, a Sefti afirma que o fato de um licitante 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 objetivo para o credenciamento.

2.1. Não haveria necessariamente relação direta entre fornecedor não credenciado e serviço insatisfatório. O credenciamento não é mecanismo hábil para mitigar, de forma efetiva, o risco de inexecução contratual, tampouco garantir a capacidade técnica e de fornecimento das licitantes para executar o objeto.

3. Em terceiro lugar, a Sefti, após análise de diversos programas de credenciamento, aponta a falta de critério e de transparência em alguns programas. Em razão disso, aponta o risco de os fabricantes repartirem entre si as compras públicas, a partir de uma única indicação para cada certame.

4. Em quarto lugar, no caso dos programas de credenciamento que envolvem custos para o credenciado, esses custos devem ser repassados para os preços das propostas.

5. Por fim, cumpre mencionar que a Sefti citou o Acórdão 1.281/2009 – Plenário, item 9.3, no qual o Tribunal determina ao Comando Militar do Sul – Comando do Exército que 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 ou 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

Decisão do TCU TC 041.268/2012-1, referente a acórdão ACÓRDÃO Nº 2081/2013 – TCU – 2ª Câmara de mesmo conteúdo dessa solicitação.

“A exigência do credenciamento pelo fabricante vem sendo rechaçada, via de regra, pelo Tribunal, ante as razões contidas na citada nota técnica da Sefti e nas deliberações supramencionadas. E, no caso concreto, estão presentes ainda dois aspectos que a tornam ainda mais inadequada: o primeiro, que essa exigência está sendo feita como requisito de habilitação e o segundo é que se trata de um credenciamento específico para o certame em questão, um “credenciamento ad hoc”, nos termos utilizados pela Sefti na Nota Técnica 3/2009. Transcrevam-se trechos dessa nota, no que se refere a esses dois aspectos (peça 19, itens 50 e 75):”

“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”

“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”

8. Transcrevo, também, trecho do voto que consubstanciou o Acórdão 423/2007-Plenário, que evidencia alguns dos motivos da inadequação da exigência do credenciamento:

Acórdão 423/2007-Plenário – trecho do voto (grifos meus)

“7. Retornando ao caso concreto, considero desarrazoada a exigência de declaração do fabricante dos equipamentos instalados no MJ de que a empresa vencedora do Pregão tem plenas condições técnicas para executar os serviços, bem como é representante legal e está autorizada a comercializar os produtos e serviços objeto do termo de referência, porquanto tal imposição não se mostra compatível com o mandamento constitucional que veda a exigência de qualificações técnicas e econômicas não-indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações do contrato (art. 37, XXI, da CF).

8. Com efeito, essa condição contrapõe-se ao disposto no art. 3º, § 1º, inciso I, da Lei nº 8.666/1993, haja vista ser vedada a inclusão de cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo e estabeleçam preferências ou distinções em razão de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato.

9. Consoante bem ressaltou a unidade técnica, a exigência em tela não consta do rol de documentos previsto no art. 30 da Lei de Licitações, podendo, portanto, ser taxada de impertinente, subsumindo-se ao descrito no art. 3º acima mencionado.

10. Demais disso, ela confere poder demasiado e irrestrito ao fabricante dos equipamentos, o qual poderia, por questões mercadológicas, comerciais ou outras quaisquer, simplesmente deixar de “habilitar” algumas empresas tecnicamente aptas para a prestação dos serviços ou, ainda, escolher determinados “parceiros” que considere mais adequados para representá-la e comercializar seus produtos e serviços, em detrimento de outras empresas com iguais capacidades técnicas.

11. Portanto, tem-se por vulnerado, nessa situação, o princípio da isonomia, bem como o da ampla competitividade, eis que a exigência em comento limita a participação no certame às empresas “credenciadas” pela fabricante dos equipamentos instalados no Ministério da Justiça, sem qualquer respaldo legal para tanto.”

Ainda,

De acordo com o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo – Deliberação TCA 29.268/026/05-DOE de 21/12/05 na

Súmula nº 15 – Em procedimento licitatório, é vedada a exigência de qualquer documento que configure compromisso de terceiro alheio à disputa.

Súmula nº 17 – Em procedimento licitatório, não é permitido exigir-se, para fins de habilitação, certificações de qualidade ou quaisquer outras não previstas em lei.

O item 1.4.2 do Edital em epígrafe fere o que diz o TCE do Estado de São Paulo.

01. Quanto a Demasiada Lista de Exigências Técnicas para a prestação do objeto

O regimento maior que norteia os procedimentos licitatórios (Lei 8666/93), não alberga tais exigências, e coíbe a prática de atos que sejam tendenciosos ou frustrem o caráter competitivo dos certames. Por óbvio que a consequência direta de tais exigências é a limitação de participantes, eventualmente ainda, o direcionamento do objeto licitado à empresa que detenha a imensa quantidade de certificações e qualificações. A licitação é um processo voltado a contratar o melhor preço de proponente apto a realizar os serviços e obras clamados pelo Estado.

O intuito maior é a contratação da melhor proposta, a fim de dar aplicação ao princípio da supremacia do interesse público. A exigência destas qualificações, não previstas na Lei, frustra o caráter competitivo da licitação, contrariando frontalmente o disposto no § 1º, do art. 3º, da Lei nº 8666/93 ("É vedado aos agentes públicos 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").

Ademais, além de não previstas em lei, a ausência de algumas das certificações e qualificações técnicas exigidas não impedem que o licitante cumpra fielmente as exigências para a sua habilitação e/ou execução do trabalho objeto deste edital, para uma melhor interpretação grifamos abaixo os itens que deverão ser retirados do edital.

Conforme argumentos expostos a seguir, procuramos demonstrar a ilegalidade e irrazoabilidade da cláusula em questão, fato que importa a nulidade do certame a partir da fase de habilitação.

1. Ausência de fundamentação legal para a exigência

a) Em primeiro lugar, cabe destacar que o rol de documentos destinados à habilitação dos licitantes, consoante previstos nos artigos 27 a 31 da Lei 8.666/1993 (aplicáveis subsidiariamente à modalidade pregão, por força do art. 4º, inciso XIII c/c o art. 9º da Lei 10.520/2002) é taxativo, não sendo possível, portanto, exigir outros documentos além daqueles elencados nos supramencionados dispositivos legais.

b) As exigências de habilitação nos processos licitatórios tem como parâmetro fundamental o art. 37, XXI, da Constituição Federal, que limita as exigências de qualificação técnica e econômica às 'indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações'.

c) O fato de o legislador empregar os termos 'exclusivamente' (art. 27, caput, Lei 8.666/1993) e 'limitar-se-á' (art. 30, caput e 31, caput, da Lei 8.666/1993) também evidencia o caráter exaustivo do rol de documentos de habilitação que podem ser exigidos dos licitantes.

d) Esta limitação tem como objetivo evitar à restrição da competitividade do certame.

e). Neste sentido, o Tribunal de Contas da União já se manifestou em diversas oportunidades, sendo ponto pacífico na jurisprudência desta Corte.

1. No item 9.2.1. do Acórdão 5.508/2009 – 2ª Câmara, o Tribunal determinou a Prefeituras Municipais que, em licitações envolvendo recursos federais, 'atenham-se ao rol de documentos para habilitação definido nos artigos 27 a 31 da Lei 8.666/1993, sem exigir nenhum elemento que não esteja ali enumerado'.

2. No item 9.1.2. do Acórdão 1.745/2009 – Plenário, o Tribunal determinou a uma entidade federal que 'abstenha-se de exigir das licitantes interessadas como condição para habilitação documentos não previstos nos arts. 27 a 31 da Lei nº 8.666/1993'.

3. No item 9.3.2.3. do Acórdão 1.731/2008 – Plenário, o Tribunal determinou a um órgão federal que 'abstenha-se de prever, como exigência de habilitação, requisitos que não estejam contemplados nos arts. 28 a 31 da Lei nº 8.666/93, por ausência de amparo legal e por restringir a competitividade da licitação, em afronta ao disposto no art. 3º, § 1º, inciso I, da referida lei'.

f) Reforça a tese da exaustividade a doutrina de Marçal Justen Filho (Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 11ª ed. São Paulo: Dialética, 2005, p. 306), verbis:

O elenco dos arts. 28 a 31 deve ser reputado como máximo e não como mínimo. Ou seja, não há imposição legislativa a que a Administração, em cada licitação, exija a comprovação integral quanto a cada um dos itens contemplados nos referidos dispositivos. O edital não poderá exigir mais do que ali previsto, mas poderá demandar menos (grifo nosso).

g). Ora, a exigência de "Declaração do fabricante" não está prevista em nenhum dos dispositivos da Lei 8.666/1993 que regulam a habilitação jurídica, a qualificação técnica, a qualificação econômico-financeira e a regularidade fiscal ou trabalhista.

2. Nota Técnica da Secretaria de Fiscalização em Tecnologia da Informação (Sefti)

a) A Secretaria de Fiscalização em Tecnologia da Informação (Sefti), em 10/4/2010, expediu a Nota Técnica 03/2009 (peça 19), versando sobre a exigência de credenciamento das licitantes pelos fabricantes de produtos de tecnologia da informação nos certames para a aquisição de bens e serviços na área.

b) O credenciamento/declaração, segundo esta Nota Técnica, é 'um mecanismo por meio do qual o fabricante (...) elege, mediante algum critério, entre aqueles que comercializam seus produtos, determinadas empresas para representar sua marca perante o consumidor final'.

c) Essa representação, segundo esclarece da Sefti, não significa que o credenciado age em nome do fabricante ou que este ficará subsidiária ou solidariamente responsável pelos compromissos assumidos pelo credenciado, servindo, tão somente, para transmitir ao consumidor maior segurança acerca da capacidade da empresa credenciada de fornecer o bem ou prestar os serviços associados. Este credenciamento não se confunde com a representação comercial prevista na Lei 4.886/1965, com a carta de solidariedade ou com a certificação.

d) A exigência de credenciamento corresponde, em linhas gerais, ao último trecho da exigência contida no item 12.5.1. do Edital em questão (a licitante é autorizada pela fabricante para comercializar e prestar assistência técnica nos produtos objeto da licitação).

e) Após estudo aprofundado sobre o tema, a Nota Técnica externou os seguintes entendimentos da Sefti:

Entendimento Descrição Fundamentação

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. CF/88, art. 37, XXI; Lei 8.666/1993, art. 30, II, art. 56, arts. 86 a 88 Acórdão 1.281/2009 – Plenário, item 9.3.

II A exigência, em editais para contratação de bens e serviços de tecnologia da informação, de credenciamento/declaração das licitantes pelo fabricante, via de regra, implica restrição indevida da competitividade do certame e atenta contra a isonomia entre os interessados. Lei 8.666/1993, art. 3º, § 1º, I, art. 6º, IX, c e d, art. 44, § 1º;

Lei 10.520/2002, art. 3º, II

Acórdão 1.281/2009 – Plenário, item 9.3.

CF/88, arts. 5º, caput, 37, XXI

f) Além destes entendimentos, a Sefti tece diversas considerações acerca da exigência do credenciamento em licitações de TI.

1. Em primeiro lugar, a Sefti afirma que existem alternativas legais ao credenciamento/declaração que o gestor público poderá utilizar com vistas a assegurar a regular execução do objeto contratado, sem restringir indevidamente a competitividade do certame ou ferir a isonomia entre os interessados.

1.1. Dentre tais alternativas, citam a exigência de capital social ou patrimônio líquido mínimo, a exigência de atestados previstos no art. 30 da Lei 8.666/1993, a retenção de garantia de execução contratual e o estabelecimento de ritual de entrega da solução de TI, incluindo obrigações, prazos e sanções para as partes.

2. Em segundo lugar, a Sefti afirma que o fato de um licitante 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 objetivo para o credenciamento.

2.1. Não haveria necessariamente relação direta entre fornecedor não credenciado e serviço insatisfatório. O credenciamento não é mecanismo hábil para mitigar, de forma efetiva, o risco de inexecução contratual, tampouco garantir a capacidade técnica e de fornecimento das licitantes para executar o objeto.

3. Em terceiro lugar, a Sefti, após análise de diversos programas de credenciamento, aponta a falta de critério e de transparência em alguns programas. Em razão disso, aponta o risco de os fabricantes repartirem entre si as compras públicas, a partir de uma única indicação para cada certame.

4. Em quarto lugar, no caso dos programas de credenciamento que envolvem custos para o credenciado, esses custos devem ser repassados para os preços das propostas.

5. Por fim, cumpre mencionar que a Sefti citou o Acórdão 1.281/2009 – Plenário, item 9.3, no qual o Tribunal determina ao Comando Militar do Sul – Comando do Exército que 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 ou 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

Decisão do TCU TC 041.268/2012-1, referente a acórdão ACÓRDÃO Nº 2081/2013 – TCU – 2ª Câmara de mesmo conteúdo dessa solicitação.

“A exigência do credenciamento pelo fabricante vem sendo rechaçada, via de regra, pelo Tribunal, ante as razões contidas na citada nota técnica da Sefti e nas deliberações supramencionadas. E, no caso concreto, estão presentes ainda dois aspectos que a tornam ainda mais inadequada: o primeiro, que essa exigência está sendo feita como requisito de habilitação e o segundo é que se trata de um credenciamento específico para o certame em questão, um “credenciamento ad hoc”, nos termos utilizados pela Sefti na Nota Técnica 3/2009. Transcrevam-se trechos dessa nota, no que se refere a esses dois aspectos (peça 19, itens 50 e 75):”

“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”

“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”

8. Transcrevo, também, trecho do voto que consubstanciou o Acórdão 423/2007-Plenário, que evidencia alguns dos motivos da inadequação da exigência do credenciamento:

Acórdão 423/2007-Plenário – trecho do voto (grifos meus)

“7. Retornando ao caso concreto, considero desarrazoada a exigência de declaração do fabricante dos equipamentos instalados no MJ de que a empresa vencedora do Pregão tem plenas condições técnicas para executar os serviços, bem como é representante legal e está autorizada a comercializar os produtos e serviços objeto do termo de referência, porquanto tal imposição não se mostra compatível com o mandamento constitucional que veda a exigência de qualificações técnicas e econômicas não-indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações do contrato (art. 37, XXI, da CF).

8. Com efeito, essa condição contrapõe-se ao disposto no art. 3º, § 1º, inciso I, da Lei nº 8.666/1993, haja vista ser vedada a inclusão de cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo e estabeleçam preferências ou distinções em

razão de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato.

9. Consoante bem ressaltou a unidade técnica, a exigência em tela não consta do rol de documentos previsto no art. 30 da Lei de Licitações, podendo, portanto, ser taxada de impertinente, subsumindo-se ao descrito no art. 3º acima mencionado.

10. Demais disso, ela confere poder demasiado e irrestrito ao fabricante dos equipamentos, o qual poderia, por questões mercadológicas, comerciais ou outras quaisquer, simplesmente deixar de "habilitar" algumas empresas tecnicamente aptas para a prestação dos serviços ou, ainda, escolher determinados "parceiros" que considere mais adequados para representá-la e comercializar seus produtos e serviços, em detrimento de outras empresas com iguais capacidades técnicas.

11. Portanto, tem-se por vulnerado, nessa situação, o princípio da isonomia, bem como o da ampla competitividade, eis que a exigência em comento limita a participação no certame às empresas "credenciadas" pela fabricante dos equipamentos instalados no Ministério da Justiça, sem qualquer respaldo legal para tanto."

Ainda,

Sabe-se que as regras estabelecidas no Edital devem promover e assegurar uma oportunidade igual a todos os interessados, possibilitando o comparecimento ao certame do maior número possível de concorrentes, não deixando de se atentar ao princípio da legalidade, o qual vincula os licitantes e a Administração Pública às regras estabelecidas nas normas em vigor. O Certame licitatório tem como princípio basilar a isonomia entre os licitantes, buscando ainda a máxima competitividade, com o fim de alcançar a proposta mais vantajosa à Administração Pública. Isto significa dar tratamento igual a todos os interessados, ou seja, é condição essencial para garantir a ampla competição nos procedimentos licitatórios.

Diante de todo o exposto, por respeito aos princípios constitucionais da legalidade e da ausência de dano ao interesse público entendemos que:

Diante de todo o exposto, por respeito aos princípios constitucionais da legalidade e da ausência de dano ao interesse público entendemos que:

01 – Não se aplica o item:

4. Especificações Técnicas:

4.1. A Licitante deverá ser revenda autorizada Microsoft estando apta, neste momento, a operacionalizar acordos Microsoft Select, Select Plus, Academic Select Plus, GGWA for Large Organizations, Enterprise Agreements (EA), Government Selct e MPSA, Enrollment For Education Solutions (EES), Microsoft Products and Services Agreement (MPSA), Cloud Solution Provider (CSP).

4.2. As licenças de uso de software deverão ser ofertados na modalidade de licenciamento Microsoft SELECT.

Sendo estes sanados com apresentação de atestados de capacidade técnica pertinentes com o objeto da licitação, licenças Microsoft, o que comprova a aptidão da empresa para o fornecimento do objeto em epígrafe.

02 – Atenderemos plenamente ao edital ao ofertarmos a modalidade de contrato do tipo **Open Value**, os quais atendem plenamente as especificações técnicas exigidas no edital em epígrafe.

Está correto o nosso entendimento?

Agradecemos sua atenção ficando no aguardo de breve resposta.

Atenciosamente,

--

Deborah Delgado

+55-81-3257.5110

vendasgov1@pisontec.com.br



Visite em: www.pisontec.com.br

[1] Idem, págs. 58, 60, 80 e 81.

[2] TC-002.251/2008-5