

PREGÃO ELETRÔNICO Nº. 001/2016
Processo nº. 0004/2016
04/03/2016

Questionamento II

Submetidas a questão à consideração da Área Técnica e Assessoria Jurídica desta Companhia, estas manifestaram-se nos seguintes termos:

Pergunta: Após leitura do Edital, foi verificado que não existe nenhuma restrição para atendê-los com o produto no modelo de contrato **Open Gov** e **OpenValueGov** o qual possui licença permanente e Software com Assurance com manutenção e atualização de 3(três) anos, a não ser pelo que diz nos item abaixo:

ANEXO 1 – TERMO DE REFERÊNCIA

1) Descrição do Objeto

(...) através do Contrato Select Plus Governmente e Education ...

É importante frisar que a Microsoft indica a modalidade de contrato Select Plus 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 ValueGov ou o Open Gov, 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.

Tendo em vista que o PartNumbers, POSSUEM AS MESMAS CARACTERÍSTICASTÉCNICAS, SUPORTE, RENOVAÇÃO e DEMAIS ESPECIFICAÇÕES, e o que difere entre um e outro é apenas o modelo de contrato, onde o da recorrente é Open ValueGov e o dos PartNumbers descritos no edital é Select, os quais, por sua vez, também futuramente serão substituídos pelo contrato MPSA com PartNumbers diferentes, conforme pode-se conferir em resposta a pedido de esclarecimento à AqeRio no Pregão 08/2015, onde o Ilmo Pregoeiro responde: “MPSA – Microsoft Productsand Services Agreement. 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 GovValue e o Open Gov, tem gestão eficiente tanto quanto o Select, e também contempla funcionalidade incluídas no portal VLSC.

Tomando por base o recomendação do Acórdão 2.300/2007 - TCU-PLENÁRIO, aonde orienta que poderá ser cotado equipamento de padrão de desempenho e qualidade similares / equivalentes aos descritos, desde que seja compatível com o descrito, e ainda,

que seja um sistema com todos os itens que o integram compatíveis entre si, e que sejam padronizados, tanto na montagem quanto na utilização.

Com base na recomendação do TCU onde:

“A característica essencial do pregão é a de ser uma modalidade mais dinâmica e flexível para a aquisição de bens ou contratação de serviços de interesse da administração pública. Seus fundamentos principais são, especialmente, a ampliação da disputa de preços entre os interessados, que tem como consequência imediata a redução dos preços contratados, bem assim a alteração da ordem tradicional de apresentação e análise dos documentos de habilitação e propostas de preço, e a mitigação das formalidades presentes nas demais modalidades licitatórias.

Portanto, aliada à celeridade, a competitividade é característica significativa do pregão e vem expressamente albergada não só no caput do art. 4º do Decreto nº 3.555/2000, como princípio norteador dessa modalidade, como em seu parágrafo único: “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” (grifos acrescidos).

Acórdão 1046/2008 Plenário (Voto do Ministro Relator)

2) 5. Qualificação Técnica dos Participantes

5.1 A licitante deverá apresentar no ato da assinatura da Ata de Registro de Preço certificado ou declaração do fabricante de que é um revenda GP – GovernmentPartner, autorizada a comercializar os contrato de licenciamento por volume Select Plus EA e GovernmmnetSubscription, Server andCloudEnrollement, AuthorizedEducationRelleaser com prazo de validade expresse e válido.

Este tipo de credenciamento é tido por um grupo seletivo de 16 empresas (Allen, Lanlink, Brasoftware, Compssoftware, SoftwareOne...).

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 a 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.”**

Diante dos fatos e fundamentos jurídicos apresentados e tendo convicção e certeza de que os atos aqui apontados, explicitados e fundamentados quanto ao Edital de Licitação qual se encontra com um vício, contrariando o Princípio da Igualdade a PISONTEC LICENCIAMENTO DE SOFTWARE EIRELI – EPP, vem na forma da Legislação Vigente, e suas alterações, as demais normas que sobrepõem sobre a matéria, entendemos que podemos participar do processo, SEM APRESENTAR as referidas exigências desde que atendamos plenamente a necessidade desse órgão conforme o objeto desse processo, oferecendo o modelo de contrato OPEN VALUE GOV, o qual possuem as mesmas características técnicas e serão fornecidas com a opção Software Assurance em igual período e OPEN VALUE, Desta forma entendemos que cumprimos plenamente o Edital.

Está correto o nosso entendimento?

Resposta à Pergunta: Não está correto.

Modalidade de contrato – microsoft:

A fabricante dos softwares a serem adquiridos, Microsoft, determina que o licenciamento Open Value Gov é para instituições governamentais e empresas com até 250 computadores, o que não é o nosso caso, pois atendemos a todas as secretarias da Prefeitura de Jundiaí, totalizando um parque com aproximadamente 3.000 máquinas. Esta instrução pode ser verificada através do endereço eletrônico: <https://www.microsoft.com/en-us/licensing/licensing-programs/licensing-programs.aspx>, <https://www.microsoft.com/pt-br/Licensing/> e http://microsoftsquare.p2b.com.br/img/dicas/downloads/Tabela_Comparativa_dos_Programas_de_Licenciamento_por_Volume.pdf.

A orientação de optar pela modalidade de contrato Select Plus, foi do próprio fabricante, ou seja pela Microsoft, por se tratar de um contrato destinado a grandes empresas que fazem aquisições em volume. São inúmeras as vantagens para o órgão ao optar por este contrato, e a principal delas é um preço inferior aos Revendedores Autorizados Microsoft que venha a participar do processo licitatório, e segundo o fabricante são várias as empresas elegíveis a comercialização deste contrato, mantendo desta forma a competitividade do certame.

Ou seja, o Select Plus é uma forma econômica de realizar compras transacionais, que oferece vários benefícios adicionais:

- Gerenciamento dos ativos software de forma facilitada com visibilidade de toda a organização e gestão centralizada uma vez que todas as compras são vinculadas ao seu ID do contrato.
- Facilidade, nos disponibiliza em seu site VLSC uma gama de todos os softwares disponíveis em sua comercialização, facilitando assim o acesso a Downgrades e chaves de ativação de qualquer produtos quando necessário.
- Redução de custos no licenciamento devido a compras para toda a organização, e por se tratar de um contrato indicado a grandes empresas.
- Simplicidade no processo de aquisição com um contrato para todo o órgão que não expira, ou seja, sem data de término específica e uma única identificação de cliente Afiliada Líder para agilizar o gerenciamento de contas.

Certificado ou Declaração do fabricante – momento de apresentação:

Por outra, a exigência de comprovação de licenciamento pelo fabricante não é requisito de habilitação, conforme mencionado no questionamento, uma vez que o edital é expresso no sentido de que o certificado ou declaração do fabricante deverá ser apresentado no momento da assinatura da ata de registro de preços, nos termos do subitem 6.4.2. Ainda, o item 11 do mesmo instrumento convocatório, que dispõe sobre prazos para assinatura e demais formalidades da ata de registro de preços e contratos, também condiciona a assinatura da ata à apresentação do certificado ou declaração, conforme subitem 11.2, portanto, em momento distinto da fase de habilitação contida nos itens 6 e 7.

Certificado ou Declaração – possibilidade de exigência:

Outrossim, especificamente com relação a possibilidade de exigência do certificado ou declaração, cabe destacar que tal apontamento foi objeto de análise pelo órgão jurídico da Companhia e devidamente justificado pela área requisitante nos autos, conforme se

extraí do parecer jurídico ATJ SEI nº 4145 e Despacho GCPR SEI nº 4625. Tal justificativa é no sentido de que:

A Certificação Government Partner é a comprovação de que a Licitante está apta e credenciada junto à Microsoft para operacionalizar Acordos de Licenciamento por Volume em suas diversas modalidades. Essa declaração segundo a Microsoft só é emitida aos parceiros que possuem todas as exigências de competências solicitadas, bem como, realizam a compra direta de seus contratos, sem passar por outro distribuidor e sendo GP, tem atendimento especializado e apto a cumprir todas as exigências de órgãos governamentais de acordo com a lei 8666. Além disso, o órgão público só terá um contrato firmado com a contratada, denominado Contrato administrativo, onde o contrato de fornecimento das licenças será assinado pela contratada e apontado o órgão que será usuário da licença. Essas revendas credenciadas, seguindo-se, desta forma, uma política rigorosa de transparência e isonomia, alinhada também às regras de compras no território brasileiro, regidas pela Lei 8666/93 (e outras regras relacionadas). Mais detalhadamente, para os contratos de licenciamento em volume Enterprise Agreement e Select a participação nos certames públicos é feita pelos LSP (Large Solution Partners), anteriormente denominados LAR (Large Account Reseller), e que são as empresas habilitadas para tais contratos de licenciamento.

Importante ressaltar que a Nota Técnica nº 03/2009 – SEFTI/TCU, de 10 de abril de 2010, citada no questionamento, também evidencia um terceiro entendimento daquela Corte de Contas já previamente apreciado por esta Companhia, no seguinte sentido, *in verbis*:

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

Isto posto, uma vez que a justificativa foi devidamente consignada no processo licitatório em tela, bem como exposta a necessidade da certificação ou autorização por parte da fabricante, tem-se por devidamente esclarecido o questionamento.

Maria de Fátima Marchi Brotto
Equipe de Apoio