

Resposta a Questionamento Nº SEI 0010665/2016

Em 28/06/2016

**PREGÃO ELETRÔNICO Nº. 004/2016**

**Processo SEI nº. 00348/2016 SGPR nº. 0026/2016**

**28/06/2016**

**Questionamento II**

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

**Pergunta:** 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, tendo em vista que as licenças possuem as mesmas características técnicas e são de uso permanente, tendo a mesma forma de entrega e licenciamento, entendemos que ao entregarmos o produto no modelo de contrato Open com SA para 36 meses, cujo Part Numbers tem as mesmas especificações e qualidades das licenças solicitadas e com a não apresentação das declarações e/ou cartas solicitadas no (Item 11 – DO CONTRATO – Subitem 11.2) do edital, não exclui a nossa responsabilidade de entrega do produto, o qual atende integralmente a necessidade do órgão, atenderemos plenamente ao edital.

Está correto o nosso entendimento?

**1. DO OBJETO**

1.1. Aquisição de licenças, de softwares Microsoft Visual Studio que compõem o IDE Ambiente Integrado de Desenvolvimento de Softwares, através do Contrato Select Professional Plus Government, com garantia de atualização Software Assurance (SA) por 36 (trinta e seis) meses e MSDN (Microsoft Developer Network), conforme especificações contidas no Termo de Referência, Anexo I.

Qtd	Part Number	Descrição
2	MX3-00115	Licença de Software Visual Studio Enterprise wMSDN ALNG LicSAPk MVL
34	77D-00110	Licença de Software Visual Studio Professional wMSDN ALNG LisSAPk MVL

**11. DO CONTRATO**

11.2 A licitante deverá apresentar no Ato da Assinatura do Contrato Certificado ou Declaração do fabricante de que é uma revenda autorizada Microsoft (LSP – Licensing Solution Partner) e está apta, neste momento, a operacionalizar acordos Microsoft Select, Select Plus, Academic Select Plus, GGWA for Large Organizations, Enterprise Agreements (EA) Government Select e MPSA, Enrollment For Educacion Solutions (EES), Microsoft Products and Service Agreement (MPSA), Cloud Solution Provider (CSP) e GIA (Government Integrator Agreement).

Após leitura do Edital, foi verificado que 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 com SA para 36 meses, exceto pela descrição dos PartNumbers dos produtos, os quais se referem ao contrato tipo Select, o qual é comercializado por um grupo seletivo de 10 empresas (Allen, Lanlink, Brasoftware, Compssoftware, SoftwareOne, Comporex, Dell, Processor, Scorpus, Softline) conforme link abaixo:

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 com SA para 36 meses, 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 com SA para 36 meses comercializado pela maioria das revendas habilitadas.

Tendo em vista que os PartNumbers no modelo Open com SA para 36 meses POSSUEM AS MESMAS CARACTERÍSTICAS TÉCNICAS, SUPORTE, RENOVAÇÃO e DEMAIS ESPECIFICAÇÕES do modelo Select, sendo que estes, por sua vez, futuramente serão substituídos pelo contrato MPSA com PartNumbers diferentes, conforme pode-se conferir em resposta a pedido de esclarecimento à AgeRio no Pregão 08/2015, onde o Ilmo Pregoeiro responde: “MPSA – Microsoft Products and 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 Gov, tem gestão eficiente tanto quanto o Select, e também contempla funcionalidade incluídas no portal VLSC.

Nossa empresa participou de vários processos, concorrendo com modelo Open juntamente com outras empresa que ofereciam modelo Select, e foi sagrada vencedora por ter ofertado melhor preço. Fazendo a entrega com as Licenças Open atendendo perfeitamente todas as exigências técnicas e de garantias exigidas nos termos de referências, como exemplo podemos citar os seguintes Órgãos: Universidade Federal Fluminense, Hemomar, Empresa de Planejamento e Logística/DF, Universidade Estadual de Londrina, entre outros.

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.

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 instrumental 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,

8. 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 n.º 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)

9. Desta forma, gostaríamos de trazer entendimentos da jurisprudência, notadamente do Tribunal de Contas da União, no sentido de que a exigência da Declaração do Fabricante não encontra amparo na Lei 8.666/93, por não estar entre o rol de documentos de habilitação:

“TCU – Acórdão – 4.300/2009 – 2ª. Câmara – Não se deve exigir em editais que a licitante seja credenciada, autorizada, eleita, designada, ou outro instituto similar, pelo fabricante, para fornecer, instalar, dar suporte e configurar os equipamentos que constituam objeto da licitação, tendo em vista tratar-se de condição que restringe indevida e desnecessariamente o caráter competitivo do certame.”

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 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, tendo em vista que as licenças possuem as mesmas características técnicas e são de uso permanente, tendo a mesma forma de entrega e licenciamento, entendemos que ao entregarmos o produto no modelo de contrato Open com SA para 36 meses, cujo Part Numbers tem as mesmas especificações e qualidades das licenças solicitadas e com a não apresentação das declarações e/ou cartas solicitadas no (Item 11 – DO CONTRATO – Subitem 11.2) do edital, não exclui a nossa responsabilidade de entrega do produto, o qual atende integralmente a necessidade do órgão, atenderemos plenamente ao 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 Jundiá, totalizando um parque com aproximadamente 3.000 máquinas. Esta instrução pode ser verificada através do endereços eletrônicos: <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](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 empresas de médio e grande porte. 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.
- A própria Microsoft esclarece que o contrato "Open", só é comercializado com Software Assurance de 24 meses, e não 36 meses como estamos solicitando;

#### **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 do contrato, nos termos do item 11.2. portanto, em momento distinto da fase de habilitação contida nos itens 6 e 7 do Edital

#### **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 extrai do parecer jurídico ATJ SEI nº 0008649 e Despacho GCPR SEI nº 0009232. 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 vendas 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.



Documento assinado eletronicamente por **Lara Meitling, Pregoeira**, em 28/06/2016, às 17:16, conforme art. 1º, § 7º, da Lei Municipal 8.424/2015 e art. 9º, inciso I do Decreto Municipal 26.136/2015.



A autenticidade do documento pode ser conferida no site <http://portalsei.cijun.sp.gov.br/autentica> informando o código verificador **0010665** e o código CRC **0156AC25**.

---

Avenida da Liberdade s/n - 1º andar - Ala Sul - Paço Municipal Nova Jundiaí - Bairro Jardim Botânico - CEP 13214-900 - Jundiaí/SP

Tel: 1145898824 - Fax: 1145898824 - [www.cijun.sp.gov.br](http://www.cijun.sp.gov.br)