



**Pregão Eletrônico 20/2022**

**Esclarecimento 05**

(encaminhamento por e-mail no dia 16/09/2022)

**Mensagem do Licitante:**

"...

**I. EXIGÊNCIA DE COMPROVAÇÃO INDEVIDA**

A licitante entende que ao apresentar Declaração comprovando ter competência SILVER SMALL AND MIDMARKET CLOUD SOLUTIONS (declaração em anexo), atenderá plenamente tal exigência, estando apta a participar deste certame.

Estão corretos os nossos entendimentos?

**II. EXIGÊNCIAS INDEVIDAS**

*"17.6. O Licitante deverá apresentar, obrigatoriamente, cópia de declaração emitida pela Microsoft que ateste que a CONTRATADA é uma revenda autorizada "GP (Government Partners)", demonstrando estar habilitada pela Microsoft para atuar junto a instituições governamentais;*

*17.7. O Licitante deverá apresentar, obrigatoriamente, cópia de declaração emitida pela Microsoft que ateste que a CONTRATADA é uma revenda autorizada Microsoft "LSP (Licensing Solution Provider)", demonstrando estar habilitada a operacionalizar contratos de licenciamento por volume "Microsoft Enterprise Agreement".."*

Essas exigências não encontram previsão na Lei 8666/93, principal diploma que norteia os procedimentos licitatórios, a qual, inclusive, coíbe a prática de atos que sejam tendenciosos ou frustrem o caráter competitivo dos certames.

Ora, a consequência direta das exigências em comento é a limitação de participantes.

Ainda, o rol de documentos destinados à habilitação dos licitantes, conforme previsto nos artigos 27 a 31 da Lei 8.666/1993 é taxativo, o que fica evidenciado pelo emprego do legislador dos termos 'exclusivamente' (art. 27, caput, Lei 8.666/1993) e 'limitar-se-á' (art. 30, caput e 31, caput, da Lei 8.666/1993).

Assim não é possível exigir do licitante outros documentos além daqueles elencados nos mencionados dispositivos legais.



Isso porque as exigências de habilitação nos processos licitatórios têm 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', com o objetivo evitar a restrição da competitividade do certame.

Neste mesmo sentido já se manifestou o Tribunal de Contas da União, sendo ponto pacífico na jurisprudência desta Corte. Vejamos.

- 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'.
- 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'.
- 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'.

A taxatividade do rol de documentos destinados à habilitação dos licitantes é também reforçada pela doutrina, a exemplo do que dispõe Marçal Justen Filho (Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 11ª ed. São Paulo: Dialética, 2005, p. 306):

*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).*

Ainda, destaca-se que seguiram na mesma linha do acima disposto os entendimentos proferidos em Nota Técnica nº 03/2009 – SEFTI/TCU cujo objeto era firmar entendimento da Sefti sobre a regularidade de se exigir das licitantes credenciamento pelo fabricante. Vejamos.

*Entendimento 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 (Constituição Federal, art. 37, inciso XXI; Lei nº 8.666/1993, art. 30, inciso II, art. 56, arts. 86 a 88 e Acórdão nº 1.281/2009 – TCU – Plenário, item 9.3).*



*Entendimento II. A exigência, em editais para contratação de bens e serviços de tecnologia da informação, de credenciamento das licitantes pelo fabricante, via de regra, implica restrição indevida da competitividade do certame (Lei nº 8.666/1993, art. 3º, § 1º, inciso I, art. 6º, inciso IX, alíneas "c" e "d", art. 44, § 1º; Lei nº 10.520/2002, art. 3º, inciso II e Acórdão nº 1.281/2009 – TCU – Plenário, item 9.3) e atenta contra a isonomia entre os interessados (Constituição Federal, arts. 5º, caput, 37, inciso XXI e Lei nº 8.666/1993, art. 3º, caput).*

Por todo o exposto, temos que as exigências em comento não estão previstas 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, devendo, portanto, ser rechaçada.

### III – POSSIBILIDADE DE OFERTAR MODALIDADE DIVERSA

Não existe nenhuma restrição para atender a modalidade solicitada no Edital em epígrafe com modelo diversa da fabricante Microsoft, que atende todas as especificações exigidas, em todas as características solicitadas, com AS MESMAS CARACTERÍSTICAS TÉCNICAS, DE SUPORTE, DE RENOVAÇÃO e DEMAIS ESPECIFICAÇÕES, considerado tão eficiente quanto o indicado no Edital.

Necessário ressaltar que, a Administração Pública deve trabalhar com o escopo de obter sempre o maior número de propostas possíveis, na busca da que lhe seja mais vantajosa, conforme disposto no Decreto Federal nº 3.555/2000, que regulamenta a licitação na modalidade pregão. Vejamos.

*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. (Grifos nossos).*

Ainda sobre o tema, destaca-se que o certame licitatório tem como princípio basilar a isonomia entre os licitantes, com o fim de proporcionar a máxima competitividade, buscando o maior número de participantes. Sendo assim, é vedada exigência editalícia que apenas impede a participação de empresas na licitação.



Em conformidade com o exposto acima, cabe relatar alguns casos onde de forma assertiva o respectivo Órgão aceitou modalidade diversa; o Edital do Pregão Eletrônico n.º 20/2020 da Secretária da Fazenda do Estado de Pernambuco (em anexo), em que a empresa Licitante logrou-se vencedora de vários itens, estando o referido Edital amplamente aberto para ambos os modelos de contrato, permitindo licenças de Partnumbers distintos do indicado, desde que com as mesmas características técnicas, de suporte e atualização, e que atendiam todas as especificações técnicas exigidas no referido Edital.

Por fim, neste viés, dentre outros casos existentes, cita o Edital do Pregão Eletrônico n.º 07/2020 da PGE/PE, onde o próprio Edital expressamente possibilita a apresentação de diversas modalidades, comprovando assim que efetivamente todas atendem igualmente as especificações e necessidades do Órgão e, o Edital 03/2020 do CRN3/SP, onde ocorreu a mesma situação, em que o Órgão aceitou modalidades diversas das indicadas nos respectivos Editais, procedendo com a alteração após esclarecimento mas diretamente no Edital.

Pelo demonstrado acima, infere-se que a exigência de modelo de contratação contida nesse Edital deve ser desconsiderada, a fim de adequar o processo licitatório ao Princípios da Ampla Concorrência e da Isonomia.

Estão corretos os nossos entendimentos?

..."

**Resposta:**

- Sobre o item I. EXIGÊNCIA DE COMPROVAÇÃO INDEVIDA:

Os entendimentos **NÃO** estão corretos.

Conforme descrito no item "2.3" do Termo de Referência (Anexo "I" do Edital):

*2.3. Referente aos itens 1 e 2 (Licenças "Microsoft 365 E5" e "Microsoft Defender Endpoint Server Subscription"):*

*2.3.1. Cabe ressaltar que o produto a ser comercializado é de propriedade da Microsoft e dela depende o seu fornecimento, além de estarem hospedados dentro do ambiente de datacenter do fabricante. Para garantir à Finep a possibilidade de correção de problemas que possam vir a ocorrer durante a utilização dos softwares e facilitar a implantação e gestão da solução contratada será necessária a existência de um vínculo formal entre a fabricante Microsoft e a empresa CONTRATADA que garanta à CONTRATADA estar apta e autorizada a comercializar os produtos e/ou serviços objeto da licitação, na modalidade de licenciamento por volume para instituições governamentais.*

*2.3.2. No setor público, o modelo de atuação do fabricante Microsoft é indireto, através de vendas credenciadas. Portanto, é necessário que a empresa CONTRATADA faça parte da rede oficial de*



fornecedores do fabricante e esteja devidamente habilitada para os contratos de licenciamento por volume "Microsoft Enterprise Agreement", sendo considerado um "Large Solution Partners (LSP)".

2.3.3. Além disso, segundo à Microsoft, por tratar-se de licenciamento específico, ela tem seus próprios padrões e modelos de contrato que os clientes devem assinar e cumprir para a utilização de seus produtos. Como as normas brasileiras proíbem a assinatura de contrato pela Administração Pública com quem não participou da licitação, a Microsoft criou o credenciamento de parceiros conhecido como "Government Partners (GP)", que habilita as revendas a assinar contratos nos modelos propostos pelas instituições públicas e o "Government Integrator Agreement (GIA)", sem a necessidade de que o contrato também seja assinado pela Microsoft. Assim, a instituição pública contratante fica desobrigada a assinar os documentos contratuais junto à Microsoft. Maiores detalhes estão disponíveis no site do fabricante por meio de acesso ao endereço: "<https://partner.microsoft.com/pt-br/licensing/parceiros> lsp".

- Sobre o item II. EXIGÊNCIAS INDEVIDAS:

O entendimento **NÃO** está correto.

A própria Nota Técnica nº 03/2009 – SEFTI/TCU, citada pela licitante, abre a possibilidade de permitir estas exigências:

***"Entendimento III. 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 31 e Decisão TCU no 523/1997)."***

Há decisão do TCU admitindo essa exigência, nessa situação específica (AC-1116-17/18-P):

***"16. Ocorre que a Microsoft só autoriza empresas credenciadas GP a fornecerem os seus produtos para instituições públicas. Contra isso, não há como o órgão contratante se opor. Não se pode olvidar que o produto a ser comercializado é de propriedade da Microsoft e dela depende o seu fornecimento. Como afirmou o Secretário da Serur: 'se uma empresa 'pode' eleger apenas um distribuidor, abrindo-se caminho para a aquisição com inexigibilidade, quem dirá eleger 9 ou 10, abrindo-se a possibilidade de licitação entre elas, embora restrita."***

***17. Esclareça-se que, segundo a Microsoft, o credenciamento GP visa a possibilitar, depois de uma análise detalhada de requisitos técnicos e de compliance, que a empresa parceira possa assinar contrato direto com a Administração Pública, sem a necessidade de que o contrato também seja assinado pela Microsoft. Nos demais casos, os contratos são tripartite (contratante, empresa parceira e Microsoft). Como as normas brasileiras proíbem a assinatura***



*de contrato pela Administração Pública com quem não participou da licitação, a Microsoft criou o credenciamento GP, ou seja, para cumprir as normas aplicadas à Administração Pública.*

*18. Outrossim, anoto que a cláusula 10.1.4. do edital não exigiu declaração do fabricante, mas requereu apenas uma declaração da empresa. No entanto, por razões óbvias, se a realidade demonstrou que a declaração era inverídica, a licitante não poderia deixar de ser inabilitada. Não seria esperado do órgão público conduta diversa diante do anunciado inadimplemento do contrato."*

- Sobre o item III. POSSIBILIDADE DE OFERTAR MODALIDADE DIVERSA:

O entendimento **NÃO** está correto.

Foram realizados Estudos Preliminares para atendimento da demanda de "PLATAFORMA DE SOLUÇÃO INTEGRADA DE COLABORAÇÃO E COMUNICAÇÃO CORPORATIVA, BASEADA EM COMPUTAÇÃO EM NUVEM". Nestes Estudos há os critérios que levaram à escolha da solução "Microsoft 365 E5". Eis alguns trechos deste documento:

*"Considerando o estudo acima verificou-se que há duas soluções comerciais equivalentes em termos de funcionalidades. Dessa forma, identificou-se as soluções a seguir que se apresentam como potenciais para atendimento da demanda:*

*1 Aquisição de licenças da Suíte "Microsoft 365 E5"*

*2 Aquisição de licenças da Suíte "Google Workspace Enterprise"*

*"A partir da identificação das potenciais soluções foi realizada pesquisa mais apurada sobre pontos importantes para análise comparativa:*

*1) Preço da Licença:*

*O custo da licença por usuário do "Google Workspace Enterprise" é menor se comparado com o "Microsoft 365 E5"*

*2) Usabilidade Básica:*

*Os produtos da suíte da Google se integram em uma única aba de navegador internet, enquanto os da Microsoft abrem janelas específicas para cada produto invocado pelo usuário.*

*3) Necessidade de Conexão Básica:*

*A solução da "Google" é totalmente na Nuvem, o que a torna totalmente dependente de uma conexão Internet ativa. As ferramentas do "Microsoft 365 E5" possuem instalação local na estação de trabalho do usuário, permitindo edição de artefatos mesmo sem conexão Internet (evidentemente as funções colaborativas e de comunicação como videoconferência e chats não estarão disponíveis).*

*4) Compatibilidade com Artefatos Já Utilizados pela FINEP:*



*A Finep é usuária de longa data da solução "Microsoft Office", com os produtos "Word", "Excel" e "PowerPoint" já instalados nas estações de trabalho de seus colaboradores. Ao longo dos anos vários artefatos criados a partir destas ferramentas foram aprimorados pelos usuários, incorporando elementos complexos em sua construção. O caso mais notável é o das Planilhas Excel, que utilizaram recursos avançados (funções, fórmulas, macros). Pesquisas realizadas em sítios de publicações especializadas revelaram que tais artefatos não apresentavam plena compatibilidade quando executados com as ferramentas da "Google". Tal informação foi corroborada pela própria "Google", através de consulta realizada via um de seus parceiros comerciais, a Safetec (tal consulta está no "Anexo II" deste Estudo). Este fato pode causar prejuízos às execuções de rotinas operacionais das unidades da Finep.*

**5) Possibilidade de Retorno a Soluções "On-Premises":**

*Os itens "3" e "4" acima permitem concluir que a plataforma da Google implica em forte esforço de adaptação de documentos para uso de suas ferramentas. Além disso a Google não oferece instalação de ferramentas nas estações de trabalho. Em um eventual retorno à situação atual (ferramentas "on-premises", ambiente fora da nuvem) o esforço será muito maior com a plataforma da Google do que com a plataforma da Microsoft.*

**6) Datacenter em Território Brasileiro:**

*A Microsoft possui Datacenters em território brasileiro, o que a permitirá justificar melhor uma aderência à IN 05 do GSI/PR. A Google emitiu um parecer jurídico sobre a questão, o que pode ser questionado por órgãos de controle no futuro.*

**7) Ferramenta de "Business Intelligence":**

*Ambas as suítes possuem produtos para tal. Entretanto no "Gartner Magic Quadrant for Analytics and BI Platforms" de 2021 o produto "Power BI" da Microsoft aparece como líder do mercado, tendo o "Tableau" (ferramenta atualmente em uso pela Finep) em segundo. O produto "Google Locker" está no Quadrante "Challengers".*

**"A comparação acima, bem como as premissas de segurança, a avaliação econômica e administração técnica dos diversos componentes da solução indicam que o pacote "Microsoft 365" em sua versão E5 tem maior potencial de sucesso na implantação, na adoção da solução pelos usuários e na gestão técnica."**

O Documento "Estudos Preliminares" referente a este Pregão pode ser solicitado à Finep através da plataforma "Fala.BR", opção "Acesso à Informação".

**Observação:** Foi publicado Aviso 01 a respeito dos itens 17.6 e 17.7 do edital.

Michelly de Souza Ferraz

Equipe de Apoio