

PREGÃO ELETRÔNICO Nº 02/2020

IMPUGNAÇÃO 01

(Encaminhado por e-mail no dia 05/02/2020)

Mensagem da licitante:

"...

1 – DO VALOR SIGILOSO

Segundo o item 1.4.1 do instrumento convocatório, a FINEP optou em atuar com valor sigiloso com o objetivo de conseguir uma proposta mais vantajosa.

No entanto, tal dispositivo fere diretamente o entendimento da Corte de Contas publicado no Boletim de Jurisprudência nº 226, onde faz referência ao acórdão 1.502/2018 – Plenário, in verbis:

Licitação. Empresa estatal. Edital de licitação. Orçamento estimativo. Divulgação. Princípio da publicidade.

Nas licitações realizadas pelas empresas estatais, sempre que o orçamento de referência for utilizado como critério de aceitabilidade das propostas, sua divulgação no edital é obrigatória, e não facultativa, em observância ao princípio constitucional da publicidade e, ainda, por não haver no art. 34 da Lei 13.303/2016 (Lei das Estatais) proibição absoluta à revelação do orçamento. (Acórdão 1502/2018 Plenário – Relator Ministro Aroldo Cedraz) – grifo nosso

A orientação adotada pela Corte de Contas da União – quando diz que "sempre que o orçamento de referência for utilizado como critério de aceitabilidade das propostas, sua divulgação no edital é obrigatória".

Tal vedação impactará diretamente na elaboração de uma proposta mais competitiva, uma vez que os serviços especificados no objeto do edital requerem a observação de vários tipos de licenças que o participante deverá cotar, com isso, ficará limitado em elaborar uma proposta mais competitiva.

Nota-se, também, que a utilização do valor sigiloso previsto fere diretamente o art 5º, XXXIII da Constituição Federal de 1988, que declara de forma expressa que o direito a informação como uma garantia fundamental, logo não poderá ser negada no texto do edital. Vejamos:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado; (grifo nosso)

Sob esse prisma, o art 1º, II da Lei 12.527/2011 regulamenta o artigo constitucional supracitado, in verbis:

Art. 1º Esta Lei dispõe sobre os procedimentos a serem observados pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, com o fim de garantir o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal.

Parágrafo único. Subordinam-se ao regime desta Lei:

*II - as autarquias, as fundações públicas, **as empresas públicas, as sociedades de economia mista** e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios. (grifo nosso)*

Pelos motivos apresentados requer que seja alterado o item 1.4.1 do edital sobre o valor sigiloso e colocado o valor estimado a ser contratado pela FINEP por estar ferindo o art 5º, XXXIII da CF/88, art 1º, II da Lei 12.527/2011 e o entendimento do acórdão nº 1.502/2018 – Plenário do Tribunal de Contas da União.

2 – INDEVIDA HIPÓTESE DE RETENÇÃO DO PAGAMENTO A CONTRATADA

Da análise da Cláusula 5.3.2 da Minuta do Contrato verifica-se que o pagamento das faturas referentes a qualquer parcela estará retendo 5% do dos pagamentos devidos a Contratada em caso de atraso superior a trinta dias.

*Como é cediço, o ato administrativo, no Estado Democrático de Direito, está subordinado ao princípio da legalidade (CF/88, arts. 5º, II, 37, caput, 84, IV), o que equivale assentar que a Administração poderá **atuar tão-somente de acordo com o que a lei determina**.*

Assim é que destaca Celso Antônio Bandeira de Mello:

"O princípio da legalidade, no Brasil, significa que a Administração nada pode fazer senão o que a lei determina. Ao contrário dos particulares, os quais podem fazer tudo o que a lei não proíbe a Administração só pode fazer o que a lei antecipadamente autorize. Donde, administrar é prover aos interesses públicos, assim caracterizados em lei, fazendo-o na conformidade dos meios e formas nela estabelecidos ou particularizados segundo suas disposições." (Curso de Direito Administrativo. São Paulo, Malheiros, 2002, p. 87/88).

Ocorre que os arts. 82 a 84 da seção III da Lei 13.303/2016 em nenhum momento aborda como sanção administrativa a retenção de valores a serem pagos a contratada. Tal entendimento é mantido nas sanções contratuais da seção IX do Regulamento de Compras da FINEP, publicado no dia 23 de fevereiro de 2018.

Logo, não constando do rol de sanções administrativas da Lei 13.303/2016 nem no Regulamento de Compras da FINEP a retenção do pagamento pelos serviços prestados, não pode a Contratante aplicar a referida sanção à Contratada, sob pena de violação ao princípio constitucional da legalidade.

Diante disso, tendo em vista que a retenção do pagamento pelos serviços prestados não consta no rol do da Lei 13.303/2016 nem no Regulamento de Compras da FINEP e, por isso, requer a modificação subitem 5.3.2 da Minuta do Contrato.

3 – DA EXIGÊNCIA DO SOFTWARE ARCSERVE BACKUP 18

O item 4.3.4 do Termo de Referência (página 28) exige que seja compatível com o que a FINEP já utiliza que no caso é o ArcServe Backup 18.

Tal exigência gera um engessamento no certame, uma vez que limitará a quantidade de participantes. O fato de não abrir a possibilidade em contratar empresas que utilizem outros softwares de backup restringirá o princípio básico do certame que é a competitividade previsto no caput do art 31 da Lei 13.303/2016, in verbis:

*Art. 31. As licitações realizadas e os contratos celebrados por empresas públicas e sociedades de economia mista destinam-se a assegurar a seleção da proposta mais vantajosa, inclusive no que se refere ao ciclo de vida do objeto, e a evitar operações em que se caracterize sobrepreço ou superfaturamento, devendo observar os princípios da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da eficiência, da probidade administrativa, **da economicidade**, do desenvolvimento nacional sustentável, da vinculação ao instrumento convocatório, **da obtenção de competitividade** e do julgamento objetivo.*

Sob esse ponto de vista, a comissão de licitação deverá observar, também, são os problemas causados pelo software ArcServe Backup 18 que após a atualização para o Windows 10, o sistema remove o filtro de volumes superior do driver de rastreamento. O driver BLI não consegue rastrear todas as alterações no volume. Como resultado, a tarefa de backup incremental será convertida apenas em uma tarefa de backup de verificação.

Outro ponto que deve ser levado em consideração é que o filtro superior de BLI de registro da classe do volume é removido. Portanto, o driver BLI não consegue monitorar volumes o que exigirá constates reinstalações do drive de controle de alterações onde, provavelmente, ocasionará interrupções no serviço ou uma possível perda de dados.

Logo, exigirá custo para ter profissionais com experiência com a respectiva ferramenta, o que irá encarecer na elaboração do preço da proposta.

Permitir a participação de empresas que utilizam software open source poderá atender perfeitamente as necessidades da FINEP, com a possibilidade de gerenciamento centralizado além de gerenciar vários servidores, com isso irá assegurar uma maior competitividade.

A solicitação não é meramente procrastinatória, mas sim para resguardar o objetivo único e precípuo da licitação que é a da proposta mais vantajosa para a Administração Pública e menos onerosa.

Com base no espírito da supremacia do interesse público e da busca da melhor e mais vantajosa proposta para a contratação com a Administração que a referida Lei 13.303/2016 prevê em seu artigo 31.

Pelos motivos apresentados, requeremos a alteração do item 4.3.4 do Termo de Referência para que seja incluído a utilização de software open source para que seja ampliada a concorrência com o objetivo de garantir uma proposta melhor e mais vantajosa para a FINEP.

4 – CÁLCULO DO TEMPO DE INDISPONIBILIDADE

No item 8.4 do Termo de Referência (página 43) determina que o cálculo de indisponibilidade será computado a partir do chamado do pedido do suporte for aberto e será finalizado mediante do de acordo da FINEP.

No entanto, a insegurança ao contrato está nas penalizações pelo não atendimento dos SLA's especificados no Termo de Referência, pois não deixa claro a partir de qual momento será suspenso a contagem desses prazos para não gerar algum tipo de penalização. Consta apenas no item 8.4.1 que o cálculo de indisponibilidade será

finalizado a partir do de acordo da FINEP, mas não especifica o SLA que o órgão terá para concluir esse de acordo.

Por exemplo: um determinado evento teve um chamado aberto pelo suporte e foi finalizado pelo contratado em apenas 03 (três) minutos, mas a FINEP demorou 60 minutos dar o de acordo e suspender o prazo de indisponibilidade.

Com o objetivo de ter uma maior clareza, requer que a FINEP inclua no item 8.4 do Termo de Referência que a partir do envio da informação do contratado referente a conclusão da indisponibilidade seja enviada o prazo de contagem seja suspenso ou que seja incluído um SLA para que a FINEP de o seu de acordo.

5 – DOS PEDIDOS

Para garantir o atendimento aos princípios norteadores dos procedimentos licitatórios, a EBS solicita, com o devido respeito, que Vossa Senhoria julgue motivadamente e no prazo de 24 horas a presente Impugnação, acolhendo-a e promovendo as alterações necessárias nos termos do Edital e seus anexos, sua conseqüentemente a republicação e suspensão da data de realização do certame

...”

Resposta:

Impugnação indeferida.

1) Fazemos remissão aos argumentos articulados pela Zênite no seguinte artigo (<https://www.zenite.blog.br/o-impacto-do-acordao-no-1-5022018-plenario-do-tcu-sobre-as-licitacoes-das-estatais/>), os quais adotamos como fundamentação para posicionarmos no sentido da manutenção do caráter sigiloso do valor estimado. O valor estimado será divulgado quando da geração da Ata da Sessão Pública, conferindo transparência ao processo e obedecendo, por um lado, a determinação legal expressa e não afronta, por outro lado, a citada decisão do TCU.

2) Não há qualquer afronta ao princípio da legalidade na cláusula impugnada. Não se trata de uma sanção, mas de medida cautelar tendente a dar efetividade à exigência de prestação de garantia, cuja validade encontra fundamento jurídico nas determinações dos arts. 69, V e 70, da Lei 13.303/2016. Além disso, a retenção não implica necessariamente em prejuízo à contratada, pois o desfecho normal é que o valor retido seja liberado tão logo a Finep receba a garantia regularmente apresentada.

3) Não concordamos com as alegações do Licitante, visto que:

a) A alegada incompatibilidade do software Arcserve Backup 18 com o sistema operacional Windows 10 não se aplica ao nosso ambiente que rodará na infraestrutura de Hosting da Contratada, já que não fazemos uso do Windows 10. Além disso, cabe ressaltar que esse mesmo ambiente já se encontra em produção há alguns anos

na infraestrutura do nosso atual provedor de solução de Hosting, utilizando-se exatamente o Arcserve Backup 18 como ferramenta de backup, e nenhum problema de incompatibilidade foi encontrado ao longo desse tempo.

b) A unidade de TI da Finep já faz uso do software Arcserve Backup, como sua única solução de backup, há mais de uma década, para todos os seus ambientes computacionais, estejam estes localizados na sua própria infraestrutura interna, na infraestrutura de Colocation fornecida por terceiro, ou na infraestrutura de Hosting (objeto deste certame), justamente com o objetivo de **ter** uma padronização de solução que traz dois grandes benefícios: maximização do uso das licenças de software contratadas do Arcserve Backup e redução do custo operacional no uso da solução, visto que a equipe técnica precisa saber lidar com uma única solução de backup, ao invés de **ter** que lidar com uma diversidade de produtos diferentes, que demandam conhecimentos distintos, documentações de procedimentos distintas, manutenção de bases de conhecimentos distintas, acionamentos de suporte distintos, etc. Logo, não é verdadeiro afirmar que a adoção de mais uma solução de backup, mesmo sendo do tipo open source - com licenciamento gratuito -, não acarretaria em mais custos para a Finep, uma vez que incorreria num maior custo operacional, como já explicado.

c) O Licitante, candidato à futura Contratada, não está impedido de usar qualquer software de backup que prefira, desde que seja capaz de nos enviar as mídias de backup num formato 100% compatível com a nossa solução de backup, Arcserve Backup 18.

4) Não procede a alegação do Licitante, visto que o item 8.4.1.1 do TR expressa claramente que o tempo consumido pela própria Finep para analisar a resposta da Contratada e emitir o seu aceite não será computado no cálculo do tempo total de indisponibilidade, vide reprodução do referido item abaixo:

"8.4.1.1. Não será contabilizado o tempo decorrido entre a resposta da CONTRATADA, comunicando a resolução definitiva do problema, e o aceite da resolução definitiva do problema pela equipe de TI da FINEP."

Atenciosamente,

Felipe Mazza Mascarenhas

Pregoeiro