



RESPOSTA A IMPUGNAÇÃO A EDITAL DE LICITAÇÃO

PREGÃO ELETRÔNICO Nº 47/2020

OBJETO: Registro de preços para aquisição e renovação de licenças da empresa Microsoft, com serviço de *Software Assurance*.

PROC. SIMP nº 003.0.11064/2020

DECISÃO Nº 13/2020

Trata-se de impugnação ao Edital do pregão eletrônico acima mencionado, apresentado pela senhora **CARLA PATRÍCIA CARVALHO DA SILVA**, portadora do CPF nº 855.883.004-59, em nome da empresa **PISONTEC COMÉRCIO E SERVIÇOS EM TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO EIRELI**, com sede à Avenida Presidente Getúlio Vargas, nº 1038, Olinda-PE, CEP 53030-010, inscrita no CNPJ sob o nº 12.007.998/0001-35.

1. DA ADMISSIBILIDADE DO PEDIDO

A previsão legal do instituto da impugnação de instrumento convocatório em processo licitatório na modalidade pregão eletrônico, no âmbito do Estado da Bahia, jaz na Lei Estadual nº 9.433/2005, artigo 118, que foi alterado pela Lei Estadual nº 14.272/2020, e o no Decreto Estadual nº 19.896/2020, art. 13, conforme os excertos seguintes:

Lei Estadual nº 9.433/2005:

Art. 118 - Precederá à abertura da sessão pública de pregão, presencial ou eletrônico o seguinte procedimento:
(...)

III - qualquer pessoa poderá impugnar os termos do edital do pregão, ou solicitar esclarecimentos referentes ao processo licitatório, **até 03 (três) dias úteis anteriores à data fixada para abertura da sessão pública**, observado o disposto no regulamento, cabendo ao pregoeiro decidir sobre a impugnação ou responder os pedidos de esclarecimentos, no prazo de 02 (dois) dias úteis, contados da data de recebimento da impugnação; (...)

Decreto Estadual nº 19.896/2020:

Art. 13 - Qualquer pessoa poderá impugnar os termos do edital do pregão, na forma prevista no edital, até 03 (três) dias úteis anteriores à data fixada para abertura da sessão pública. (...)

(grifamos)

Em semelhantes termos, consigna o **item 1 da PARTE V** do instrumento convocatório ora impugnado que:

1. Qualquer cidadão ou licitante poderá **impugnar** o ato convocatório do pregão, ou solicitar **esclarecimentos** acerca dos seus termos e condições, no prazo de até **3 (três) dias úteis** anteriores à data fixada para abertura da sessão pública.

1.1. A petição deverá ser dirigida a(o) pregoeiro(a) responsável pela condução do certame, podendo ser encaminhada na forma eletrônica, através do e-mail: licitacao@mpba.mp.br, até as 23:59h do último dia do prazo, ou protocolada na Sede do *Parquet* situada à 5ª Avenida, nº 750, 1º andar, sala nº 104, Centro Administrativo da Bahia Salvador – BA, CEP: 41.745-004, até às 19 (dezenove) horas do último dia do prazo (observado o horário de funcionamento do protocolo do MPBA). (...)

1.2. A **impugnação** deverá ser datada e assinada pelo postulante ou pelo seu representante legal, e conter, obrigatoriamente, os seguintes requisitos, **sob pena de não conhecimento**:

1.2.2. Para subscritor **pessoa jurídica**:

- a) Qualificação do postulante, com indicação de razão social, número de cadastro junto ao CNPJ/RFB e sede (matriz ou filial);
- b) Nome completo e número de cadastro junto ao CPF/RFB do representante legal;
- c) Cópia do instrumento de mandato ou ato constitutivo, que comprove a competência do representante legal para postular em nome da pessoa jurídica;
- d) Indicação de cláusula(s)/item(ns) editalício(s) impugnado(s) e exposição de fatos e fundamentos; (...)



Por outro lado, as peças recursais *lato sensu*, nestas abrangidas a impugnação, ao serem interpostas, devem respeitar os seguintes requisitos formais, dispostos no art. 15 da Lei Estadual nº 12.209/2011:

Art. 15 - O requerimento inicial, devidamente datado e assinado pelo postulante ou pelo seu representante legal, será formulado por escrito e conterá os seguintes requisitos:

- I - órgão ou autoridade administrativa a que se dirige;
 - II - qualificação do postulante, com indicação do domicílio;
 - III - instrumento de mandato, quando assistido por representante legal;
 - IV - local para recebimento das comunicações, inclusive endereço eletrônico, se for o caso;
 - V - pedido, com exposição dos fatos e fundamentos;
 - VI - indicação das provas que pretende ver juntadas aos autos e que se encontrem em poder do órgão ou entidade competente para apreciação do pedido.
- (...)

A par dos regramentos de admissibilidade acima explicitados, em sucinto exame preliminar acerca do pedido de impugnação formulado, tem-se que:

1.1 TEMPESTIVIDADE: A data de abertura da sessão pública do certame, no sistema Compras Governamentais, foi marcada originalmente para ocorrer em 02/12/2020, conforme extrato publicado no Diário da Justiça Eletrônico nº 2.743, do dia 20/11/2020. Assim, conforme a condição decadente de lastro temporal, estabelecida no inciso III do artigo 118 da Lei Estadual nº 9.433/2005, alterado pela Lei Estadual nº 14.272/2020, o prazo-limite para envio de impugnações por e-mail se encerrou às 23:59 do dia 27/11/2020. Deste modo, o pedido de impugnação em exame foi protocolizado **tempestivamente**, posto que recebido no meio eletrônico exigido no instrumento convocatório em 26/11/2020 às 18 horas e 01 minuto.

1.2 LEGITIMIDADE: Entende-se que a empresa é parte legítima, por interpretação extensiva do §1º do artigo 201 da Lei Estadual nº 9.433/2005.

1.3 FORMA: o pedido da recorrente foi formalizado por meio previsto em Edital (e-mail), em forma de arrazoadado com identificação dos pontos a serem atacados, com fundamentação e com qualificação da empresa e da pessoa indicada como representante legal, através da juntada de procuração.

Conclui-se, portanto, com base nos requisitos legais pertinentes, o pedido de impugnação de Edital foi apresentado em observância aos requisitos formais e materiais mínimos de admissibilidade.

2. DAS RAZÕES DA PETICIONANTE

Irresigna-se a Impugnante contra dois requisitos técnicos previstos em edital: primeiramente, a indicação de modelo/marca relativos aos itens licitantes (*Part Numbers*), os quais dizem respeito a produtos vendidos somente por empresas habilitadas junto à Fabricante Microsoft nas categorias LSP (*Large Solution Partners*) e GP (*Government Partners*), isto é, aptas a firmar contratos de licenciamento por volume junto a Órgãos Públicos. Sobre tal ponto também se reveste o segundo requisito combatido, que é a exigência de apresentação de documento emitido pelo fabricante Microsoft que justamente comprove que a licitante se enquadra como *Government Partner*.

Fundamenta o pleito, em apertada síntese, sob o argumento de que outro modelo de contratação dos itens (contrato do tipo "OPEN VALUE GOV") atenderia às necessidades do MPBA em relação às características solicitadas, além de afirmar que a exigência de declaração de fabricante extrapolaria as possíveis exigências de habilitação previstas nos artigos 27 a 31 da Lei Federal nº 8.666/1993.

Por fim, requer o deferimento em sua totalidade da impugnação impetrada, e que o Edital de Licitação seja REVOGADO e devidamente revisto quanto as alegações fundamentadas na impugnação.



3. DA ANÁLISE DO PEDIDO

A impugnação impetrada tem por cerne discutir as exigências editalícias que permeiam a definição, pela área técnica solicitante desta licitação – a Diretoria de Tecnologia da Informação (DTI), de que os licenciamentos a serem licitados envolvam o modelo de contratação estabelecido pela Microsoft como "Microsoft Enterprise Agreement", o qual, por conseguinte, requer que os revendedores (licitantes) possuam nível de parceria com aquela fabricante na categoria LSP, sob a forma de *Government Partners* – GP.

Em se tratando de questão estritamente técnica, e visando de subsidiar a presente análise, submetemos as alegações da empresa ao setor requisitante – Diretoria de Tecnologia da Informação, para conhecimento e manifestação. Em resposta, a área se manifestou na forma abaixo:

Quanto ao pedido de aceitação da modalidade OPEN VALUE GOV:

- O entendimento não está correto. A fabricante dos softwares a serem adquiridos determina que o modelo de contrato "Microsoft Enterprise Agreement" é o indicado para organizações com 500 (quinhentos) ou mais usuários (situação na qual se enquadra o MPBA, com mais de 3.500 usuários), reduzindo custos de licenciamento e oferecendo o melhor valor e flexibilidade possível na gestão do contrato para o contratante.

Esta situação está devidamente fundamentada no processo licitatório em curso (item "3.7.4" do ANEXO III – TERMO DE REFERÊNCIA) e corroborada pelos documentos "Commercial Licensing Guide" do próprio fabricante, disponível em <https://partner.microsoft.com/pt-br/licensing/parceiros%20lsp> e http://download.microsoft.com/download/a/7/0/a70853c1-a783-4d48-a7ad-f404abdb1e7d/Microsoft_Volume_Licensing_Reference_Guide.pdf.

Quanto a exigência de Declaração do Fabricante:

- O entendimento não está correto. 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 legislação vigente.

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 legislação vigente (e outras regras relacionadas). A situação encontra-se fundamentada nos itens 3.7.2, 3.7.3 e 3.7.4 do Termo de Referência - Anexo III.

Conforme citação na manifestação técnica, e corroborando tal opinativo, tem-se os itens 3.7.2 a 3.7.4 do TERMO DE REFERÊNCIA – ANEXO III ao edital de licitação, a saber:

3.7.2 Cabe ressaltar que o produto a ser comercializado é de propriedade da Microsoft e dela depende o seu fornecimento. Para garantir ao MPBA a possibilidade de correção de problemas que podem vir a ocorrer durante a utilização dos softwares e facilitar a implantação e gestão dos itens contratados, é necessária a existência de um vínculo formal entre a empresa contratada e a fabricante Microsoft que garanta estar apta e autorizada a comercializar os



produtos e/ou serviços objeto da licitação, na modalidade de licenciamento por volume para instituições governamentais.

3.7.3 No setor público, o modelo de atuação do fabricante Microsoft é indireto, através de revendas 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 Enterprise Agreement Subscription (EAS), sendo considerado um Large Solution Partners (LSP). (...)

3.7.4 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. Nos demais casos envolvendo empresas privadas como contratantes, os contratos são tripartite (contratante, empresa parceira e Microsoft). Maiores detalhes estão disponíveis no “Anexo VII-g – Parceiros LSP e GP Microsoft”, retirado do site do fabricante no endereço “<https://partner.microsoft.com/pt-br/licensing/parceiros%20lsp>”.

Tais informações são referendadas pela Microsoft em seu site oficial, o qual indica as condições para que haja a celebração de contratos com Órgãos Públicos:

Atuação em Licitações Públicas

No Setor Público, informamos que o nosso modelo de atuação no Brasil é indireto, **com a necessária atuação de 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). São as empresas habilitadas para tais contratos de licenciamento, e que se encontram aqui listadas.

Ainda a título de esclarecimento e informação, a Administração Pública, via de regra, segue com o modelo de contratação por instrumento próprio, seguindo modelos pré-definidos. De outro lado, por tratar-se de licenciamento específico, a Microsoft tem seus padrões e modelos de contrato. Assim, **existe o que se chama Government Partners – GP, que são parceiros habilitados pela Microsoft para atuar no segmento público, com o objetivo de assinar os contratos nos modelos dos clientes** e o Government Integrator Agreement – GIA da Microsoft, que significa o contrato entre o parceiro e a Microsoft, relacionado ao primeiro firmado pelo parceiro com a Administração Pública.

(grifos nossos)

FONTE: <https://partner.microsoft.com/pt-br/licensing/parceiros%20lsp>.

À luz do quanto exposto, e especialmente considerando o volume de usuários deste MPBA (acima de 3.500) e a necessidade de vinculação da licitante Microsoft com o modelo e regras de contrato por esta Instituição estabelecidos, observa-se que o presente processo licitatório contempla justificativa técnica acerca das exigências editalícias ora combatidas (transcritas nos itens 8, b, e 10 da PARTE II do edital, além dos itens 2, 10.2.1 e 10.2.2 do ANEXO III – Termo de Referência), de modo a fundamentar a necessidade de credenciamento dos licitantes pelo fabricante sob a modalidade GP, bem assim a consequente definição específica dos *Part Numbers* de produto para cada um dos itens licitados.



Nesse diapasão, impende-nos observar a ausência de supremacia entre os princípios norteadores da Administração Pública. Em outras palavras, inexistente princípio supremo ou absoluto, **nem mesmo o da ampla competitividade**, destacado no pedido sob comento. Nesse diapasão, *exempli gratia*, podemos citar o voto do Relator do Acórdão 1890/2010-TCU/Plenário:

ACÓRDÃO 1890/2010 – PLENÁRIO

Sumário: REPRESENTAÇÃO. SUPOSTA RESTRIÇÃO AO CARÁTER COMPETITIVO DO CERTAME LICITATÓRIO. SOLICITAÇÃO DE MEDIDA CAUTELAR. CONHECIMENTO. IMPROCEDÊNCIA. NEGATIVA DE CONCESSÃO DA CAUTELAR PLEITEADA. ARQUIVAMENTO DOS AUTOS. CIÊNCIA AOS INTERESSADOS.

(...)

Voto: (...)

15. *Não há como negar que a Administração, atentando especialmente para o interesse coletivo, tem o poder-dever de exigir em suas contratações os requisitos considerados indispensáveis à boa e regular execução do objeto que constituirá encargo da futura contratada. (...)*

17. *De mais a mais, o princípio que refuta a restrição ao caráter competitivo não é absoluto, representando essencialmente a expressão sintetizada de uma orientação vista em caráter de generalidade.*

18. *Aliás, ao interpretar a norma que veda a imposição de restrições ao caráter competitivo nos atos de convocação (art. 3º, § 1º, inciso I, da Lei nº 8.666/1993), Marçal Justen Filho sustenta que "o dispositivo não significa vedação a cláusulas restritivas da participação", ponderando que ele "não impede a previsão de exigências rigorosas, nem impossibilita exigências que apenas possam ser cumpridas por específicas pessoas" (in Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 3ª ed. Aide Editora, 1994, p. 36).*

19. *Ainda de acordo com o renomado administrativista, a lei veda, na verdade, é "cláusula desnecessária ou inadequada, cuja previsão seja orientada não a selecionar a proposta mais vantajosa, mas a beneficiar alguns particulares". Segundo o autor, "se a restrição for necessária para atender ao interesse público, nenhuma irregularidade existirá em sua previsão" (obra citada, p. 36).*

20. *É dizer, a invalidade não reside na restrição em si mesma, mas na incompatibilidade dessa restrição com o objeto da licitação. Assim, o que importa saber é se a restrição é desproporcional às necessidades da Administração, ou seja, se ela atende ou não ao interesse público, este considerado sempre indisponível. (...) (grifamos)*

Observa-se, portanto, que podem ser legítimas e legalmente respaldadas exigências relativas ao objeto da licitação ou aos licitantes, desde que tais condições sejam necessárias, relevantes e razoáveis, e possam ser justificadas pela Administração, como se configura o edital ora sob análise.

Isto porque, ante a existência de fundamentação técnica para as exigências constantes no instrumento convocatório, não há que se falar em injustificado cerceamento de concorrência, nem tão pouco em descumprimento dos princípios e regras que regem a atuação da Administração Pública.

Por sua vez, no que tange à alegação da Impugnante acerca do descumprimento dos limites previstos nos artigos 27 a 31 da Lei Federal nº 8.666/1993 – critérios de habilitação de licitantes, cumpre-nos observar que, diferentemente do quanto alegado, a exigência sob comento (declaração de fabricante), em observância a jurisprudência aplicável ao tema, não se apresenta como exigência de habilitação técnica dos licitantes, estando previstas como requisito técnico a ser analisado em conjunto com a proposta de preços (**condição de aceitação de proposta**).

Neste sentido, trazemos à baila a manifestação do assessoramento técnico-jurídico deste MPBA, quando da análise da minuta de instrumento convocatório, a qual discorre sobre a **possibilidade jurídica** de previsão em edital da exigência em questão:

PARECER Nº 653/2020

(...)

III.III Da justificativa para a declaração do fabricante:



É possível observar da cláusula 10.2.2 do Termo de Referência a exigência de “documento emitido pelo fabricante Microsoft”. Em regra, a jurisprudência entende ser irregular a exigência de documento de terceiro alheio à disputa, uma vez que o licitante estaria à mercê de empresas estranhas para que suas propostas fossem aceitas.

(...)

Nada obstante, o próprio Tribunal de Contas da União tem reconhecido a possibilidade de tal exigência, em casos excepcionais, devidamente justificados:

18. A exigência de declaração do fornecedor como requisito de habilitação somente pode ser aceita em casos excepcionais, quando se revelar necessária à execução do objeto contratual, situação em que deverá ser adequadamente justificada de forma expressa e pública, por ser requisito restritivo à competitividade. (TCU. Acórdão nº. 2.537/2015-Plenário. Rel. Min. Vital do Rêgo. Data da sessão: 15/10/2015.)

Em outros acórdãos, aquela Egrégia Corte de Contas decidiu que:

A comprovação de credenciamento ou parceria junto a fabricantes, quando imprescindível e desde que devidamente motivada, deve ser exigida como requisito técnico obrigatório da contratada e não como requisito de habilitação das licitantes. Nas licitações para contratação

de serviços de TI, é irregular a exigência de declaração de credenciamento de fabricantes de hardware e software como requisito de habilitação técnica sem expressa justificativa no processo licitatório e sem prévio exame do impacto dessa exigência na competitividade do certame. (TCU. Acórdão 926/2017-Plenário (Representação, Relator Ministro Aroldo Cedraz).

A exigência de declaração do fabricante atestando que a licitante está autorizada a comercializar os seus equipamentos e capacitada a prestar o suporte técnico necessário, como requisito de habilitação, somente é admitida em casos excepcionais, quando for imprescindível à execução do objeto, situação que deverá ser tecnicamente justificada no processo licitatório. (TCU. Acórdão 2301/2018 Plenário (Representação, Relator Ministro José Múcio Monteiro). Acórdão 2613/2018 Plenário (Representação, Relator Ministro Vital do Rêgo).

Equivale dizer, em alguns casos a Corte de Contas considera a exigência ilegal, mas entende possível, excepcionalmente, a exigência, desde que cabalmente justificada no procedimento.

Importante destacar a seguinte Nota Técnica da Secretaria de Fiscalização de Tecnologia da Informação (SEFTI) do Tribunal de Contas da União:

NOTA TÉCNICA SEFTI-TCU Nº. 03/2009:

(...)

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 31vii e Decisão TCU nº 523/1997).

Verifica-se, assim, que há divergência acerca do momento da exigência dos documentos de terceiros, como é o caso da declaração do fabricante, ora entendendo como requisito técnico, ora como requisito de habilitação.

Analisando, contudo, os apontamentos realizados pelo Egrégio Tribunal de Contas da União, verifica-se que a possibilidade de se exigir ou não a declaração do fabricante está umbilicalmente ligada à justificativa apresentada pela área técnica.



Equivale dizer, não nos parece lícito supor que o legislador tenha desejado que a Administração Pública seja obrigada a contratar bens e serviços cuja execução se revele de má qualidade ou, mesmo, reste prejudicada.

(...)

Por derradeiro, é importante destacar que a Medida Provisória nº. 961/2020, convertida na Lei nº. 14.065/2020, em seu art. 1º, inciso III, permitiu a aplicação do Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), de que trata a Lei nº. 12.462/2011, para licitações e contratações de quaisquer obras, serviços, compras e alienações, enquanto perdurar o estado de calamidade pública decorrente do novo coronavírus (mas não apenas aos objetos contratuais relacionados à COVID-19).

De acordo com o art. 7º, inciso IV, da referida Lei, é permitida a exigência de carta de solidariedade emitida pelo fabricante, que assegure a execução do contrato, no caso de licitante revendedor ou distribuidor.

(...)

No caso concreto, é possível extrair dos autos a justificativa apresentada pela área técnica, nos termos da cláusula 10.2.2 do Termo de Referência, in verbis:

[...] Tal exigência deve-se ao fato de a participação em licitações públicas ser definida pelo fabricante conforme descrito no Anexo VII-X – Parceiros LSP e GP Microsoft” (disponível em “<https://partner.microsoft.com/pt-br/licensing/parceiros%20lsp>”), garantindo ao órgão a capacidade do contratado de registrar corretamente junto ao fabricante as licenças adquiridas e preservando os recursos públicos despendidos. (fl. 146-v)

(....)

Conclui-se, portanto, que as exigências definidas pela área técnica solicitante, e transcritas em edital, se encontram devidamente justificadas nos autos do processo licitatório, e que as mesmas possuem respaldo legal e jurisprudencial, de modo a não configurar afronta à legislação aplicável.

4. CONCLUSÃO

Diante do exposto, recebo a impugnação interposta pela empresa **PISONTEC COMÉRCIO E SERVIÇOS EM TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO EIRELI**. Ato contínuo, no mérito, com base nas razões de fato e de direito acima desenvolvidas, e à luz dos argumentos apresentados pela área técnica competente e do opinativo jurídico existente nos autos, decido pela **IMPROCEDÊNCIA TOTAL** dos pedidos, **DENEGANDO-LHE PROVIMENTO**.

Por conseguinte, mantenho o Edital em seus termos originais, bem como o dia 02 de dezembro de 2020, às 09 horas (horário de Brasília), para a realização da sessão referente ao Pregão Eletrônico nº 47/2020.

Nada mais havendo a informar, publique-se a resposta no sistema compras governamentais do governo federal e no sítio eletrônico deste Ministério Público, para conhecimento dos interessados.

Salvador, 30 de novembro de 2020.

Fernanda Valentim

Pregoeira Oficial

DCCL – Coordenação de Licitações