

Pregão Eletrônico

■ Visualização de Recursos, Contrarrazões e Decisões

RECURSO :

Brasília, 23 de dezembro de 2020
Ao Ilustríssimo Senhor Pregoeiro
Fundação Nacional da Saúde
FUNASA

Proc. Ref.
PE nº 17/2020

Devido às limitações de inserção de imagem no recurso, no sítio de compras do governo federal, para uma melhor avaliação da peça, disponibilizamos o recurso em tela com imagens por meio do link:
https://drive.google.com/file/d/1IZUNby9A5_EiXIVipGHdZCIuZyCDqeca/view?usp=sharing

A NTSec Soluções em Teleinformática LTDA., já conhecida no presente processo, vem, por seu Representante Legal na forma de seu Contrato Social, em face da decisão que considerou a licitante GRUPO BINÁRIO como vencedora do presente certame, a despeito da ausência de aderência de sua proposta ao Instrumento Convocatório, ofertar o presente RECURSO, com fundamento no Art. 109, b da Lei 8.666/93, o que passa a fazer nos seguintes termos.

1. Trata-se de processo licitatório para a contratação de solução de Segurança firewall do tipo NGFW (Next-generation Firewall) para o ambiente computacional da Funasa.

2. A Recorrida não atende às exigências Editalícias em itens essenciais que, caso mantida a decisão ora recorrida, fragilizarão a cadeia de segurança desta importante Fundação. É o que se passa a demonstrar.

3. Para atendimento aos requisitos de proteção de ameaças avançadas, a Recorrida apresentou em sua proposta os equipamentos da linha FSA-2000E, conforme podemos observar na imagem abaixo colacionada:

Imagem 1

4. No termo de referência do processo em tela, o requisito 4.9.21.1 traz de maneira cristalina a exigência de que deve a ferramenta contratada:

4.9.21.1 Suportar um throughput real baseado em tráfego web e de e-mail de 2.400 (dois mil e quatrocentos) arquivos por hora;”

5. Durante a fase de publicação do Edital, tempestivamente, visando a importância dos requisitos de proteção avançada em um ambiente da importância desta Fundação, esta Recorrente questionou:

Imagem 2

ESCLARECIMENTO 01

Para esclarecimento, conforme solicitado no termo de referência publicado, nos subitens “4.9.19. A solução deverá prover as funcionalidades de inspeção e prevenção de tráfego de entrada de malwares não conhecidos e do tipo APT;”, entendemos que a tecnologia solicitada é caracterizada como emulação em Sandbox. Na definição de emulação em sandboxing, entendemos que é um ambiente seguro e isolado que replica um ambiente operacional do usuário final onde você pode executar o código, observá-lo em execução e classificá-lo com base na atividade e comportamento ao invés de atributos. Você pode executar arquivos executáveis e documentos, avaliando de acordo com o comportamento dos arquivos, se contém algum agente malicioso no documento ou executável.

Seguindo esta definição, amplamente validada e conhecida, no subitem “4.9.21.1 Suportar um throughput real baseado em tráfego web e de e-mail de 2.400 (dois mil e quatrocentos) arquivos por hora;”, entendemos que este número deve ser o número de arquivos emulados em máquina virtual sandboxing, simulando o comportamento na execução de um arquivo ou documento dentro de uma VM, iniciando um sistema operacional, validando o comportamento do arquivo dentro deste sistema operacional e em seguida finalizando a execução desta máquina virtual. Não serão consideradas para este número, pré análises baseadas em assinaturas de antivírus, análises estáticas ou informações consultadas em nuvens de inteligência, já que isso não é análise em sandboxing. Está correto o nosso entendimento?

Resposta 01: O entendimento está correto.

6. Em seu ponto a ponto, para comprovação do referido item, a Recorrida apresentou o seguinte link <https://www.fortinet.com/content/dam/fortinet/assets/data-sheets/FortiSandbox.pdf>. Vejamos::

Imagem 3

7. Observando tal documento, fica evidente que contrariando o requisito 4.9.21.1, o equipamento ofertado permite emulação de somente 480 (quatrocentos e oitenta) arquivos por hora, em máquina virtual, conforme esclarecido no datasheet público do fabricante e imagem abaixo. Vejamos:

Imagem 4

8. Em recente processo licitatório publicado por esta mesma fundação, PE 06/2020, em seu documento “Anexo VI do Termo de Referência SEI_FUNASA - 2180759.pdf”, que versa sobre “DESCRIÇÃO DO AMBIENTE OPERACIONAL”, temos os seguintes quantitativos:

2.3. CAIXAS POSTAIS DE CORREIO ELETRÔNICO

2.3.1. A Funasa possui aproximadamente 5248 (cinco mil duzentos e quarenta e oito) contas de correio eletrônico, incluindo-se as caixas postais de usuários e departamentais.

(...)

2.5. ESTAÇÕES DE TRABALHO COMPATÍVEIS

2.5.1. A Funasa possui aproximadamente 4131 (quatro mil cento e trinta e um) estações de trabalho compatíveis das marcas DELL, POSITIVO e Itautec executando somente o S.O. Windows.

9. Tal situação, levando em consideração o ambiente da FUNASA, implica em dizer que se levaria 5 (cinco) vezes mais tempo, não atendendo o volume de arquivos recebidos por esta fundação, para um usuário ter seu arquivo emulado do que o estipulado no edital. INACEITÁVEL!!!

10. A Recorrida, em uma manobra, se aproveitou do número Real-world effective Throughput (Files/Hour) para tentar reduzir os custos para participação do pregão, mas deixou de atender às exigências do instrumento convocatório. Agindo assim de má fé para se beneficiar de um custo reduzido e ganhar o pregão, apresentando um valor inferior aos outros concorrentes, mas sem atender as exigências e demandas do órgão, trazendo assim um

risco à segurança da Fundação Nacional de Saúde.

11. Repita-se: conforme se verifica no datasheet, o valor utilizado por eles, se baseia em pré filtros e análise dinâmica, mas não em emulação em VM Sandboxing (emulação real), como demonstrado na imagem anterior.

Imagem 5

12. Esclarecendo o item acima, os arquivos não são emulados, mas sim analisados, se baseando em assinaturas de antivírus ou hashes conhecidos, esta não é a exigência do edital. Dessa forma, ameaças não conhecidas, que ainda não possuem assinaturas já criadas, não são consideradas ameaças ao ambiente e consequentemente autorizadas, o seu envio, ao usuário final.

13. Ou seja, existe o enorme risco de uma ameaça desconhecida, que não foi emulada pelo equipamento, devido sua capacidade, ser entregue ao usuário final, entrando no ambiente e trazendo todos os danos a esta fundação, como vazamento de dados e indisponibilidade dos serviços, inclusive com possibilidade de sequestro de dados por Ransomwares, como o que ocorreu recentemente no STJ e outros órgãos.

14. Para atendimento do item, em atendimento ao edital, a empresa Binário deveria apresentar proposta com no mínimo 5 (cinco) equipamentos FSA-2000E e não somente 1 (um), como descrito em sua proposta. Dessa forma, cada equipamento faria a emulação de 480 (quatrocentos e oitenta) arquivos, totalizando com os 5 (cinco) equipamento, os 2400 (dois mil e quatrocentos) arquivos emulados por hora, como exigido no termo de referência deste processo.

15. A obrigatoriedade de vinculação das propostas ao instrumento convocatório é basilar em qualquer certame e não pode ser desrespeitado como pretende a Recorrida. Se o edital não tivesse que ser obedecido esta Recorrente poderia ofertar uma quantidade de equipamentos menor do que ofertou, reduzindo também seu custo, vencendo a licitação, mas nos preocupamos em atender a íntegra do processo licitatório. A conclusão pela manutenção da decisão ora recorrida é flagrante violação ao princípio da isonomia.

16. Resta evidente portando que a Recorrida ofertou quantidade de equipamentos inferior ao estipulado no Edital, no intuito de se valer do menor preço e não da proposta mais vantajosa a esta FUNDAÇÃO, e somente por essa razão já poderia ser desclassificada, contudo passaremos a análise mais aprofundada da documentação da RECORRIDA.

A NÃO COMPROVAÇÃO DA PERFORMANCE EXIGIDA

17. Passa-se à análise do item 4.6.3.2

"4.6.3.2. Os throughput devem ser comprovados por documento de domínio público do fabricante;"

18. O item deixa claro que a comprovação dos throughputs deve se dar através de documentos públicos do fabricante. Para a comprovação, em seu ponto a ponto, a licitante declarada vencedora utilizou o link para o datasheet público do appliance (<https://www.fortinet.com/content/dam/fortinet/assets/data-sheets/fortigate-1800f-series.pdf>). Vejamos:

Imagem 6

19. Ao analisar o documento citado, especificamente na página 5, é informado o throughput de Threat Protection (Threat Protection Throughput 2, 5) de 9.1Gbps. Vejamos:

Imagem 7

20. É fundamental neste ponto observar as "letras miúdas" contidas no rodapé para as legendas 2 e 5 acima negritadas. Vejamos:

Imagem 8

21. A legenda 5 informa que "5. Threat Protection performance is measured with Firewall, IPS, Application Control, and Malware Protection enabled" restando claro que o equipamento não possui o throughput aferido com a funcionalidade de filtro URL, conforme solicitado no item 4.6.2. Vejamos:

4.6.2. Throughput NGFW de, no mínimo, 9 (nove) Gbps, com as funcionalidades de firewall, controle de aplicação, filtro URL, IPS e anti-malware habilitadas e atuantes;"

22. Fica ainda mais evidente o não atendimento ao item quando a licitante, em atitude desesperada, apresenta uma carta, "Letter FTNT_FUNASA_PT_signed.pdf", assinada pelo suposto diretor de engenharia da Fortinet Brazil, tentando contradizer o que é dito no documento de domínio público. vejamos:

Imagem 9

23. Ora, resta evidente que tal documento contradiz o que consta na documentação pública do fabricante, como ainda não demonstra poderes do Sr. ALEXANDRE OLIVEIRA em a assiná-la.

24. Como se não bastasse o supracitado, em mais uma tentativa de "utilização da letra miúda" no rodapé da carta, fica explícito que a mesma "(4) não se destina a criar obrigações contratuais" e "(5) Declarações aqui sobre o desempenho do produto e características podem ser contextuais".

Imagem 10

25. Mesmo que tal carta pudesse ser aceita, contrariando o instrumento convocatório, o que se admite apenas por amor ao debate, os itens nas letras miúdas supracitados a desqualificam e invalidam seu conteúdo para este fim.

26. O intuito de se pedir comprovação em documento público e oficial é justamente ter uma comprovação oficial de que o equipamento que está sendo entregue atende ao exigido e que o fabricante garante que aqueles valores de performance e suas funcionalidades são reais e existem na solução.

27. Ora, a documentação pública do fabricante deixa claro o não atendimento do item. Em uma tentativa de ludibriar esta Fundação, ofertando um OUTRO equipamento de capacidade menor, a Recorrida apresenta uma carta do fabricante contradizendo o que é dito na documentação pública, mas tal carta em seu rodapé deixa claro que a mesma não pode ser utilizada para as atividades em tela. Para o que mesmo serve tal carta?

A DILIGÊNCIA EM VIRTUDE DO NÃO ATENDIMENTO AO ITEM 4.6.3.2

28. O fato do não atendimento ao item 4.6.3.2 foi observado por esta FUNDAÇÃO, que por essa razão realizou diligência via videoconferência à documentação apresentada pela RECORRIDA conforme observado no documento "Nota Técnica 60". Ao qual colacionamos e transcrevemos. Vejamos:

Imagem 11

"3.1. Trata-se da avaliação da documentação apresentada pelo fornecedor Grupo Binário referente ao pregão 17/2020 cujo objeto é a solução de Segurança, firewall do tipo NGFW (Next-generation Firewall) para o ambiente computacional da Funasa."

(...)

"3.3. Analisando a configuração técnica (Documento Técnico - Ponto a Ponto (2585290)) não ficou claro o atendimento ao item 4.6.3.2. (Os throughputs devem ser comprovados por documento de domínio público do fabricante)."

"3.3.1. O item deixa claro que a comprovação dos throughputs deve ser através de documentos públicos do

fabricante. Para a comprovação a licitante utilizou o link para o datasheet público do appliance (<https://www.fortinet.com/content/dam/fortinet/assets/data-sheets/fortigate-1800f-series.pdf>). Ao analisar o datasheet em detalhes, especificamente na página 5, é informado o throughput de Threat Protection (Threat Protection Throughput 2, 5) de 9.1Gbps. Na mesma página 5, no rodapé, é apresentada a legenda para os números sobrescritos 2 e 5. Veja o que diz a legenda do número 5: "5. Threat Protection performance is measured with Firewall, IPS, Application Control, and Malware Protection enabled."

"3.3.2. O licitante emitiu uma carta, assinada pelo diretor de engenharia da Fortinet Brazil, conforme pode ser verificado no documento anexado 2585387 que o equipamento ofertado atende os requisitos do item 4.6.3.2. A declaração do fabricante é a seguinte:

Data: 28 de outubro de 2020 FUNASA : 17/2020 Processo Administrativo n 25100.003.226/2020-17 Por meio desta carta, informamos que o equipamento FortiGate modelo FG-1801F, em sua , possui throughput maior a 9 (nove) Gbps com as funcionalidades filtro URL, IPS e anti-malware habilitadas e atuantes; Atenciosamente, Fortinet, Inc."

"3.3.3. Com intuito de dirimir as dúvidas, foi realizada uma reunião de diligência para consultar o licitante sobre as informações de performance do equipamento - Documento sei (2586247). Durante a diligência, a empresa informou que a solução ofertada cumpre todos os requisitos exigidos no termo de referência e como demonstração mencionou os testes de bancadas realizados pelo Ministério da Economia e PRODASEN, no qual a solução ofertada para a Funasa sagrou-se vencedora do certame."

29. Primeiramente passemos a uma análise do que versa a lei de licitações acerca da diligência.

Lei nº 8.666 de 21 de Junho de 1993

Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências.

Art. 43. A licitação será processada e julgada com observância dos seguintes procedimentos:

§ 3o É facultada à Comissão ou autoridade superior, em qualquer fase da licitação, a promoção de diligência destinada a esclarecer ou a complementar a instrução do processo, vedada a inclusão posterior de documento ou informação que deveria constar originariamente da proposta.

30. Resta evidente que em face de diligência a Recorrida jamais poderia incluir ou citar documentos a este processo, neste caso os testes de bancada realizados pelo Ministério da Economia e PRODASEN. Principalmente se tais documentos não guardam qualquer amparo legal ou até mesmo no instrumento convocatório.

31. A diligência no caso em tela não levantou comprovações concretas ou reais para atendimentos dos itens em questão, pelo contrário. Segundo nota técnica, a empresa Binário apenas INFORMOU que a solução ofertada cumpre todos os requisitos exigidos e ainda apenas citando os testes de bancada realizados pelo Ministério da Economia e PRODASEN.

32. É importante frisar, que tal documentação dos testes de bancada do Ministério da Economia e PRODASEN não constam no processo e não são legítimos, e ainda que o fossem, o que admitimos apenas por amor ao debate, não serviriam para o caso em tele como veremos a seguir.

33. As exigências técnicas e objetos dos dois processos citados são completamente diferentes do presente processo (Nº 17/2020) realizado pela FUNASA, tratam-se de processos distintos que possuem características distintas, sendo portanto impossível de serem comparadas e aproveitadas.

34. O simples fato de terem se consagrado vencedores de um determinado processo licitatório, não os fazem habilitados para qualquer outro processo realizado em qualquer esfera da administração pública. Cada órgão tem as suas especificidades, exigências e demandas. No caso da Fundação Nacional de Saúde, o termo de referência é único e atende as necessidades da casa, incluindo emulação local, onde tal funcionalidade não existia nos processos do Ministério da Economia e PRODASEN.

35. Além do fato apresentado anteriormente, os equipamentos ofertados nos dois processos mencionados são diferentes dos equipamentos ofertados à Fundação Nacional de Saúde. Como tal equiparação é levada em consideração e utilizada como justificativa para atendimento ao solicitado pelo órgão?

36. A confusão de equipamentos em certames diversos demonstra o quanto a empresa Binário está manipulando as informações, não comprovando os itens em questão, para ludibriar a Fundação Nacional de Saúde à aceitar a solução ofertada, mesmo não atendendo as exigências do presente certame.

O NÃO ATENDIMENTO DE FUNCIONALIDADES TÉCNICAS

37. A empresa Binário não apresentou comprovação técnica para o subitem "4.13.10. Cada regra deve, obrigatoriamente, funcionar nas versões de endereço IPv4 e IPv6 sem duplicação da base de objetos e regras e permitir a captura de pacotes, traffic shapping e utilização de mensagem de bloqueio customizada;"

38. A Recorrida utilizou o seguinte link para comprovação desse item: <https://docs.fortinet.com/document/fortigate/6.2.0/cookbook/131140/replacement-messages>.

39. Note que as informações contidas nesse link não guardam relação com o que foi solicitado no item. Na verdade foi utilizado esse link para tentar disfarçar o não atendimento. Conforme pode ser visto no mesmo manual do fabricante (<https://docs.fortinet.com/document/fortigate/6.2.0/new-features/516182/combined-ipv4-and-ipv6-policy>), a solução não suporta as funcionalidades marcadas em negrito.

Imagem 12

40. A empresa Binário continua utilizando comprovações incompatíveis e não apresenta comprovação técnica para o subitem "4.13.43.: deve permitir a transferência de arquivos para upgrade dos firewalls via SCP, SFTP e interface de gerenciamento;"

41. A solução da Fortinet não suporta o upgrade dos firewalls através da interface de gerenciamento, denominada FortiManager. Chama-se a atenção ao fato de que o upgrade dos firewalls é suportado somente via FTP e TFTP conforme pode ser verificado na documentação oficial do fabricante (<https://docs.fortinet.com/document/fortimananager/6.2.0/cli-reference/941125/restore>).

Imagem 13

O NÃO ATENDIMENTO AO GERENCIAMENTO - LICENCIAMENTO LOG

42. Em mais uma tentativa de incluir proposta inferior ao solicitado no edital, tentando vencer a qualquer custo sem atender a FUNASA, a empresa Binário novamente não inclui o licenciamento correto para a sua solução de gerenciamento. Conforme item "4.13.3. Caso a solução possua licenças relacionadas a armazenamento, deve ser ofertado a de capacidade ilimitada;" a empresa deveria entregar em sua proposta o licenciamento máximo. No entanto, em sua proposta é descrito o licenciamento básico, não atendendo ao item acima mencionado.

Imagem 14

43. No Datasheet oficial e público do fabricante, o licenciamento apresentado é o básico e não o máximo permitido pela solução.

<https://www.fortinet.com/content/dam/fortinet/assets/data-sheets/fortimanager.pdf>

Imagem 15

44. Veja abaixo imagem extraída do mesmo documento público do fabricante Fortinet, onde mostra o Part Number para o valor de armazenamento máximo suportado pela solução ofertada, onde a empresa Binário deveria ter incluído em sua proposta comercial.

Imagem 16

45. As irregularidades ora apontadas merecem atenção desta D. Comissão e não se sustentam se colocadas sob o rigoroso crivo do Tribunal de Contas da União, que tem posição enfática no sentido de impedir o desrespeito às exigências editalícias, bem como a quebra do princípio da isonomia, que é o que se verifica no presente caso.

O RESPEITO AO PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO. O PRINCÍPIO DA ISONOMIA COMO COROLÁRIO DE QUALQUER PROCESSO LICITATÓRIO

46. A discussão travada no presente recurso é tão basilar que o próprio Art. 3º Da Lei de Licitações já dá a pista da solução para casos como o presente ao determinar:

Art. 3 A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

47. A esse propósito, dentre as principais garantias Constitucionais de um processo licitatório, destaca-se a vinculação da Administração ao Edital que regulamenta o certame licitatório, conferindo eficácia ao princípio da isonomia. Trata-se de uma segurança para o licitante e para o interesse público, extraída do princípio do procedimento formal, que determina à Administração que observe as regras por ela própria lançadas no instrumento que convoca e rege a licitação.

48. O Professor Lucas Rocha Furtado, Procurador do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União, leciona que o instrumento convocatório

"é a lei do caso, aquela que irá regular a atuação tanto da administração pública quanto dos licitantes. Esse princípio é mencionado no art. 3º da Lei de Licitações, e enfatizado pelo art. 41 da mesma lei que dispõe que "a Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada". (Curso de Direito Administrativo, 2007, p.416)"

49. No mesmo sentido, a Suprema Corte brasileira, em oportunidade na qual enfrentou o tema (RMS 23640/DF), decidiu que:

"EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCORRÊNCIA PÚBLICA. PROPOSTA FINANCEIRA SEM ASSINATURA. DESCLASSIFICAÇÃO. PRINCÍPIOS DA VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO E DO JULGAMENTO OBJETIVO. 1. Se o licitante apresenta sua proposta financeira sem assinatura ou rubrica, resta caracterizada, pela apocrifia, a inexistência do documento. 2. Impõe-se, pelos princípios da vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo, a desclassificação do licitante que não observou exigência prescrita no edital de concorrência. 3. A observância ao princípio constitucional da preponderância da proposta mais vantajosa para o Poder Público se dá mediante o cotejo das propostas válidas apresentadas pelos concorrentes, não havendo como incluir na avaliação a oferta eivada de nulidade. 4. É imprescindível a assinatura ou rubrica do licitante na sua proposta financeira, sob pena de a Administração não poder exigir-lhe o cumprimento da obrigação a que se sujeitou. 5. Negado provimento ao recurso."

50. É nesse sentido o pacífico entendimento do Tribunal de Contas da União que em diversas oportunidades consolidou sua jurisprudência no seguinte sentido:

REPRESENTAÇÃO. PREGÃO ELETRÔNICO PARA REGISTRO DE PREÇO. EXIGÊNCIA DE ATESTADOS DE CAPACIDADE TÉCNICA EM PERCENTUAL MÍNIMO DE 50% PARA TODOS OS ITENS LICITADOS. ILEGALIDADE. ACEITAÇÃO DE ATESTADOS DOS VENCEDORES EM DESACORDO COM O PRÓPRIO EDITAL. MALFERIMENTO DOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E DA VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO. APLICAÇÃO DE MULTA AOS RESPONSÁVEIS. DETERMINAÇÕES. PEDIDO DE REEXAME. CONHECIMENTO. NEGATIVA DE PROVIMENTO (Acórdão 4091/2012 - Segunda Câmara)

51. Em mais uma oportunidade, a Egrégia Corte de Contas, que tem jurisdição para analisar a presente contratação, concluiu o seguinte:

REPRESENTAÇÃO. LICITAÇÃO. POSSÍVEIS IRREGULARIDADES EM PREGÃO ELETRÔNICO. CONSTATAÇÃO DE ALGUMAS FALHAS RELACIONADAS À INOBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO. PROCEDÊNCIA PARCIAL. DETERMINAÇÃO. (Acórdão 966/2011 - Primeira Câmara)

52. Recentemente, decidiu sua Excelência, o Ministro Marcos Bemquerer que:

21. O princípio da vinculação ao instrumento convocatório impõe a fiel observância às disposições editalícias, não permitindo à comissão de licitação ou ao pregoeiro deliberar de forma desatrelada das normas que regem o certame.

[...]

23. Portanto, não há exceções para o descumprimento aos termos do instrumento convocatório que regeu o Pregão Eletrônico 1.859/2019.

24. Havendo previsão no edital de avaliação de amostras a sua realização será obrigatória. Nesse sentido, é o entendimento consignado na Nota Técnica 04/2009 da Sefti/TCU, extensivo às licitações albergadas pela Lei 13.303/2016, porque fundamentado no princípio da vinculação ao instrumento convocatório:

53. O que se conclui dos precedentes jurisprudenciais colacionados é que o princípio da vinculação ao instrumento convocatório obriga a Administração e o licitante a observarem as regras e condições previamente estabelecidas no Edital. Foi rigorosamente o que ocorreu no presente processo.

A POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DE MULTA AO PREGOEIRO QUE ATUAR EM DESCOMPASSO COM CLARA DETERMINAÇÃO LEGAL

54. A Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União prevê a possibilidade de aplicação de multa ao gestor que deixar de observar clara determinação legal, como é o presente caso. Pede-se vênha para colacionar trecho do Art. 58, II da Lei 8.443/92:

Art. 58. O Tribunal poderá aplicar multa de Cr\$ 42.000.000,00 (quarenta e dois milhões de cruzeiros), ou valor equivalente em outra moeda que venha a ser adotada como moeda nacional, aos responsáveis por:

II - ato praticado com grave infração à norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira,

orçamentária, operacional e patrimonial;

55. O Tribunal de Contas da União não hesita em aplicar o referido dispositivo em casos análogos ao presente. Pede-se licença para colacionar precedentes jurisprudências nos quais se aplicou multa ao pregoeiro pela inobservância de dispositivo legal, qual seja, vinculação ao instrumento convocatório:

7. Por essas razões, não há dúvidas de que foram incluídas no edital pela Universidade Federal de Santa Catarina exigências desconformes com a Lei nº 8.666/1993 e com a jurisprudência do TCU, impedindo que outras empresas participassem da licitação. Além disso, cometeu outra irregularidade na medida em que permitiu que algumas participantes se sagrassem vencedoras sem atender às exigências do próprio edital.

8. Diante desses fatos, processo licitatório foi irregular, razão porque poder-se-ia determinar que a UFSC adotasse providências para a sua anulação, inclusive a rescisão dos contratos dele derivados. Todavia, considerando que os referidos contratos têm validade de 12 meses e que já se passaram mais de 8 meses de vigência, bem como que os serviços vêm sendo executados conforme as necessidades da UFSC, a relação custo-benefício de um novo procedimento, a esta altura, recomenda que não haja solução de continuidade dos serviços até agora prestados pelas empresas contratadas, sem prejuízo, porém, de recomendar-se à Universidade que providencie um novo procedimento licitatório a vigorar ao final dos atuais contratos, escoimado das falhas ora constatadas.

9. Este posicionamento, todavia, não afasta o caráter das irregularidades verificadas no certame, razão pela qual acolho, neste particular, as conclusões da unidade técnica, de modo a aplicar ao Pró-Reitor, Sr. João Batista Furtuoso, e à Pregoeira, Sra. Silvana de Freitas Ribeiro, revel nestes autos, a multa do art. 58, inciso II, da Lei 8.443/1992. Desta forma, e considerando-se as análises constantes dos tópicos anteriores, verifica-se que tanto o Pró-Reitor quanto a Pregoeira, responsáveis pelo certame, cometeram atos com grave infração à norma legal, devendo-se aplicar a multa prevista no art. 58, inciso II, da Lei 8.443/1992. (Acórdão 8239/2011 – TCU 2a Câmara)

56. Em outra oportunidade, mais uma vez a Corte de Contas reafirmou seu posicionamento e propósito da aplicação da multa prevista no citado artigo. Pede-se vênha para colacionar a reflexão do Eminentíssimo Ministro Aroldo Cedraz:

5. Corroborando esse entendimento, cabe esclarecer-lhes que a “grave infração à norma legal ou regulamentar” a que se refere os arts. 58, inciso II, da Lei 8.443/1992 e 268, inciso II, do Regimento Interno/TCU não pressupõe necessariamente prejuízo ao erário ou a terceiros, estando caracterizada, no caso em estudo, pela restrição ao caráter competitivo do certame (irregularidade sintetizada no subitem 3.1 supra) e pela afronta aos princípios da isonomia, do julgamento objetivo e da vinculação ao instrumento convocatório (falha descrita no subitem 3.2). (Acórdão 7011/2012 – TCU Segunda Câmara)

CONCLUSÃO E PEDIDO

57. Por todo o exposto, de modo a evitar-se que a presente discussão seja travada em outros foros, é que se protesta pela observância do princípio da vinculação ao instrumento convocatório para no mérito dar provimento ao presente recurso para desclassificar a empresa Grupo Binário do presente certame em razão do descumprimento às exigências editalícias, salientando-se que a manutenção da decisão ora recorrida poderá resultar em uma fragilização do sistema de segurança da informação desta Ilustre Fundação.

Aguarda deferimento,

NTSec Soluções em Informática Ltda.

Fechar