

AO SENHOR PREGOEIRO DO PREGÃO ELETRÔNICO N.º 01/2021 DO MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA

URGENTE

PEDIDO DE EFEITO SUSPENSIVO

Ref.: IMPUGNAÇÃO AO PREGÃO ELETRÔNICO N.º 01/2021 – PROCESSO N.º 08006.000110/2020-85

Objeto: Contratação de serviços de tecnologia da informação e comunicação para fornecimento de Licenças de Softwares e Serviços de Computação em Nuvem da Microsoft por meio do Sistema de Registro de Preços

GOOGLE CLOUD BRASIL COMPUTAÇÃO E SERVIÇOS DE DADOS LTDA. (“Google”), pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob o nº 25.012.398/0001-07, com sede na cidade de São Paulo/SP, na Avenida Brigadeiro Faria Lima, nº 3729, 4º e 5º andares, Itaim Bibi, CEP nº 04538-905, vem, pela presente, por seus advogados (**doc. 01**), respeitosa e tempestivamente, com fulcro no art. 24 do Decreto nº 10.024/2019 apresentar sua

IMPUGNAÇÃO,

COM PEDIDO DE EFEITO SUSPENSIVO,

em face do **Pregão Eletrônico n.º 01/2021**, conduzido por este Ministério da Justiça e Segurança Pública (**“MJSP”**), conforme razões a seguir expostas.

I. DO CABIMENTO E DA TEMPESTIVIDADE

1. Conforme se depreende do art. 24, *caput*, do Decreto n.º 10.024/2019, “[q]ualquer pessoa poderá impugnar os termos do edital do pregão, por meio eletrônico, na forma prevista no edital, até três dias úteis anteriores à data fixada para abertura da sessão pública”.

2. A possibilidade de impugnação também foi, expressamente, resguardada pela cláusula 24.1 do Edital, que prevê:

“24.1. Até 03 (três) dias úteis antes da data designada para a abertura da sessão pública, qualquer pessoa poderá impugnar este Edital.”

3. Assim, além de a presente impugnação ser plenamente cabível, também é realizada dentro do prazo legal e editalício, considerando a designação da sessão pública para o dia 11/02/2021.

4. Estão, portanto, presentes os requisitos de admissibilidade e tempestividade que impõem o seu devido conhecimento.

II. DAS ILEGALIDADES OBJETO DE IMPUGNAÇÃO

II.1. DA INSUFICIENTE MOTIVAÇÃO DO OBJETO DO CERTAME

5. Primeira ilegalidade identificada diz **respeito à insuficiente motivação do objeto do Pregão**, conforme justificativa apresentada pelo item 4 do Termo de Referência, Anexo I ao Edital, que não traz referência às necessidades específicas do MJSP que ensejam a escolha das licenças da Microsoft objeto do presente certame.

6. O que se tem são afirmações completamente amplas, que poderiam ser empregadas por qualquer licitação de recursos de tecnologia da informação e comunicação (“TIC”) conduzida pelo MJSP, que **não satisfazem o dever de devida motivação das escolhas num procedimento licitatório, muito menos os requisitos exigidos para a legalidade de contratações com direcionamento de marca**, conforme detalharemos no item II.2. a seguir.

7. É certo que o princípio da devida motivação é basilar em qualquer ato ou processo administrativo, sob pena de sua ilegalidade, nos termos da Lei Federal n.º 9.784/1999, que disciplina os processos administrativos de forma ampla. Mas, sua relevância se mostra ainda mais evidente no âmbito dos procedimentos licitatórios, diante (i) do **dever legal de gestão adequada dos recursos públicos**, que pressupõe a realização de contratações mais vantajosas à Administração, em termos de funcionalidade de custo; e (ii) da **vedação a que**

os instrumentos convocatórios comprometam, restrinjam ou frustrem, de qualquer modo, o caráter competitivo das licitações, salvo mediante devida justificativa pautada no interesse público, nos termos do art. 3º, §1º, I da Lei n.º 8.666/1996 (Lei de Licitações) e do art. 3º, I da Lei n.º 10.520/2002 (Lei do Pregão)

8. No caso de contratações de produtos ou serviços de tecnologia da informação, a devida motivação das escolhas administrativas, no âmbito de cada procedimento licitatório, mostra-se ainda mais elementar, dado o caráter extremamente dinâmico desse mercado, em que os serviços e produtos evoluem muito rapidamente. Ou seja, funcionalidades que poderiam estar disponíveis nos produtos de uma única marca num dado momento, podem ter sido não apenas incorporadas, como também aprimoradas pelos demais fornecedores, o que **impõe aos órgãos e entes administrativos a constante reavaliação das opções existentes a cada contratação.**

9. Justamente em decorrência deste fato, o Tribunal de Contas da União (“TCU”) tem ressaltado a importância de que, na fase de planejamento das contratações de softwares, os agentes públicos busquem efetuar um levantamento amplo das opções disponíveis do mercado, considerando as necessidades de negócios a serem atendidas:

“40. Para efetuar contratações, **as organizações públicas necessitam efetuar levantamento de mercado para identificar quais soluções de TI existentes no mercado atendem às suas necessidades de negócio, levando-se em conta vários aspectos (e.g. requisitos de negócio, requisitos de TI, economicidade, eficiência), a fim de servir de base para a elaboração de diversos elementos do planejamento da contratação, como o objeto da licitação.**” (TCU, Acórdão nº 2.569/2018 – Plenário, Rel. Min. Aroldo Cedraz, j. em 07/11/2018, g.n.)

10. Deste modo, o fato de a Administração ter optado por uma determinada solução no passado não é suficiente para justificar a mesma contratação no futuro, cabendo-lhe reavaliar, em cada caso, as opções disponíveis. Além disso, as próprias necessidades dos órgãos licitantes também evoluem e devem ser constantemente revistas. A pandemia no ano de 2020, aliás, se coloca como um ótimo exemplo para ilustrar essa necessidade, tendo acarretado inúmeras mudanças de rotina e nos procedimentos adotados pela Administração, impactando, consequentemente, os serviços e produtos necessários para apoiar a sua implementação.

11. Essa constante evolução – ínsita aos aprimoramentos administrativos e às inovações tecnológicas – conduz, na prática, à **necessidade de que a Administração venha a motivar, especificamente, a cada contratação, a definição do objeto das licitações conduzidas,**

em consonância com o dever geral de motivação imposto pela legislação federal que regula os processos administrativos, nos termos do art. 2º da Lei n.º 9.784/1999¹.

12. Importante frisar que tal motivação há que se dar de **forma explícita, clara e congruente**, mediante demonstração das opções disponíveis no mercado e das razões pelas quais eventuais produtos não se mostram adequados para os fins pretendidos, não podendo ser realizada de forma genérica, como no Edital em referência, ou *a posteriori*, em consonância com o disposto no art. 50, §1º da Lei nº 9.784/1999:

“Art. 50 (...) § 1º A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato.”

13. A carência de devida motivação constitui **vício autônomo**, suficiente para contaminar a legalidade dos processos licitatórios e das contratações subsequentes, nos termos do art. 53 da Lei nº 9.784/1999, como ilustra o julgado a seguir:

“ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. REMOÇÃO EX OFFICIO. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO. ILEGALIDADE RECONHECIDA. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. AGRAVO REGIMENTAL DO ESTADO DESPROVIDO. 1. **O art. 50 da Lei 9.784/99 exige que todo ato administrativo que negar, limitar ou afetar direitos e interesses do administrado deve ser devidamente motivado.** 2. In casu, contudo, o ato de remoção em análise carece da imprescindível motivação determinada pela lei, bem como não preenche o requisito da contemporaneidade à prática do ato. Precedentes jurisprudenciais desta Corte Superior. 3. Agravo Regimental do Estado de Sergipe desprovido.” (STJ, AgRg no RMS 37.192/SE, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, j. em 24 de abril de 2014, DJe 09/05/2014, g.n.).

14. Assim, verifica-se que o **Edital padece de vício grave de ausência de devida motivação**, diante da vagueza da justificativa apresentada pelo item 4 do Termo de Referência para fundamentar a conveniência das licenças previstas, que a reduz a mero expediente formal, sem qualquer preocupação real em se justificar a opção pelos produtos e marca selecionados.

II.2. DA ILEGAL ESCOLHA DE MARCA E INDEVIDO DIRECIONAMENTO DO PREGÃO

¹ Lei n.º 9.784/1999, “Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, **motivação**, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.” (g.n.).

II.2.1. Premissa inafastável: indicação de marca como medida absolutamente excepcional nas licitações, que deve sempre vir respaldada em justificativa sólida

15. A segunda razão que enseja a ilegalidade do ato convocatório é a **escolha da marca Microsoft para os produtos licitados**, nos termos do item 1.1 do Edital, que descreve o objeto do certame.

16. Tal entendimento decorre das regras que vedam a indicação de marca no âmbito das contratações públicas, por afrontar os princípios da impessoalidade, objetividade e ampla competição dos procedimentos licitatórios², **somente admitida em hipótese excepcionais e sempre mediante justificativa técnica adequada** – o que, conforme adiantado pelo item II.1, não se verifica no caso em apreço.

17. É o que, expressamente, consta no art. 7º, § 5º da Lei n.º 8.666/1993, bem como no art. 3º, II da Lei n.º 10.520/2002:

Lei de Licitações:

“Art. 7º As licitações para a execução de obras e para a prestação de serviços obedecerão ao disposto neste artigo e, em particular, à seguinte sequência:

(...) § 5º **É vedada a realização de licitação cujo objeto inclua bens e serviços sem similaridade ou de marcas**, características e especificações exclusivas, **salvo nos casos em que for tecnicamente justificável**, ou ainda quando o fornecimento de tais materiais e serviços for feito sob o regime de administração contratada, previsto e discriminado no ato convocatório” (g.n.);

Lei do Pregão:

“Art. 3º A fase preparatória do pregão observará o seguinte:

[...] II - a definição do objeto deverá ser precisa, suficiente e clara, **vedadas especificações que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, limitem a competição**” (g.n.);

18. Deste modo, impera em nosso ordenamento jurídico a proibição de escolhas, nos procedimentos licitatórios, que reflitam *“a preferência subjetiva e arbitrária por um produto,*

² Como já asseverou o Tribunal de Contas da União, a vedação legal relativa à indicação de marca “*é um dos mecanismos utilizados pelo legislador no sentido de conferir efetividade aos princípios informativos da licitação, entre esses o da livre concorrência, o do julgamento objetivo e o da igualdade entre os licitantes*” (TCU, Acórdão 1553/2008 – Plenário, Rel. Min. Augusto Sherman, j. em 06/08/2008).

*fundada exclusivamente na marca*³, desprovidas de justificativa técnica que evidencie a estrita necessidade do produto selecionado, o que se reverbera no entendimento jurisprudencial a respeito, sumulado pelo TCU:

Súmula n.º 270 do C. TCU: “Em licitações referentes a compras, inclusive de softwares, é possível a indicação de marca, **DESDE QUE SEJA ESTRITAMENTE NECESSÁRIA** para atender exigências de padronização **E QUE HAJA PRÉVIA JUSTIFICAÇÃO**”; (g.n.)

19. Importante frisar que, dadas as restrições da indicação de marca ao caráter competitivo dos procedimentos licitatórios, mostra-se essencial que as justificativas a serem apresentadas levem em consideração as demais opções disponíveis no mercado, bem como alternativas menos restritivas que sejam, igualmente, aptas a atender os interesses da Administração Pública.

20. Nesse sentido, a Corte de Contas federal também tem se posicionado de forma crítica, considerando **INSUFICIENTES justificativas que não evidenciem a imprescindibilidade de determinada marca ou que não apresentem análise das opções disponíveis no mercado**, baseadas em alegações genéricas quanto à necessidade de manutenção de marca já contratada pela Administração, conforme ilustram os julgados a seguir:

“[a] padronização, uma das hipóteses para eventual indicação de marca específica, é um instrumento dirigido a aquisições futuras e **não pode ser realizada ao alvedrio da Administração, devendo ser precedida de procedimento específico, cuja escolha deve ser objetiva e técnica, fundamentada em estudos, laudos, perícias e pareceres que demonstrem as vantagens econômicas e a requerida satisfação do interesse público.** (...)

De todo modo, a **padronização de marca somente é possível em casos excepcionais, quando ficar incontestavelmente comprovado que apenas aquele produto, de marca certa, atende aos interesses da Administração.**” (TCU, Acórdão nº 2829/2015-TCU-Plenário, Rel. Min. Bruno Dantas, j. em 04 de novembro de 2015, g.n.).

“Princípio da padronização não justifica indicação de marca no caso concreto (...)

54. Acerca da questão, em instrução preliminar (peça 47, parágrafos 17-38) , a Sefti esclareceu que a **jurisprudência do TCU é contundente ao afirmar que a indicação de marca só é admissível se ficar comprovado que é a única capaz de atender às necessidades da Administração** (Súmula 270, Acórdão 559/2017-TCU-Plenário, Relator: Ministro Benjamim Zymler, Acórdão 113/2016-TCU-Segunda Câmara, Relatora: Ministra Ana Arraes e Acórdão 2829/2015-TCU-Plenário, Relator: Ministro Bruno Dantas) .

³ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 14 ed. São Paulo: Dialética, 2011. p. 186.

55. Também nessa linha, o Acórdão 248/2017-TCU-Plenário, da relatoria do Ministro Walton Alencar Rodrigues, dispõe que, **independentemente do objeto a ser contratado, a opção pela padronização deve estar fundamentada em ampla pesquisa e comparação efetiva com alternativas existentes no mercado, não sendo suficiente a mera afirmação de que o órgão já utilizava determinado hardware e/ou software em seu ambiente.** (...)

65. Dessa forma, o estudo técnico não apresentou informações mais detalhadas que corroborassem o suposto ganho econômico e técnico que seria obtido com a aquisição da plataforma MicroStrategy em detrimento de outras soluções BI. (...)

Voto (...) ficou evidenciada a irregularidade de indicação de marca e a consequente restrição indevida à competitividade, visto que, **para justificar a contratação, a pasta ministerial apresentou fundamentação inconsistente baseada no Princípio da Padronização, de modo potencialmente direcionado, da solução MicroStrategy.**” (TCU, Acórdão nº 274/2020 – Plenário, Relatório e Voto, Rel. Min. Marcos Bemquerer, j. em 02 de fevereiro de 2020, g.n.)

21. Adicionalmente, o TCU também tem enfatizado a importância de que a motivação técnica das escolhas administrativas envolvendo a orientação de marca evidenciem que a marca, excepcionalmente, selecionada é a **ÚNICA CAPAZ de satisfazer as funcionalidades perseguidas pelo ente contratante**, sob pena de ilegalidade da contratação, por violação aos princípios da isonomia e da competitividade, previstos no art. 3º, *caput* e §1º da Lei n.º 8.666/1993 e Art. 2º, §2º do Decreto n.º 10.024/2019:

“A indicação de marca no edital deve estar amparada em razões de ordem técnica, de forma motivada e documentada, **que demonstrem ser aquela marca específica a ÚNICA capaz de satisfazer o interesse público.**” (TCU, Acórdão n.º 113/2016 – Plenário, Rel. Min. Bruno Dantas, j. em 27 de janeiro de 2016, g.n.).

22. Conclui-se, portanto, que **NÃO SE MOSTRAM SUFICIENTES** para fundamentar a excepcional escolha de marca as justificativas genéricas, que (i) não sejam acompanhadas de estudo de mercado para mapeamento e avaliação de outras soluções existentes; e (ii) que se valham, exclusivamente, do argumento da padronização, sem efetivamente demonstrar, de forma técnica e com base em documentação robusta (i.e., estudos, laudos, perícias e pareceres técnicos), as razões pelas quais a contratação de determinada marca ou produto se mostra a única adequada ao atendimento dos interesses da Administração.

23. Contudo, no presente caso, o que se tem é uma justificativa rasa, que não traz quaisquer aprofundamentos sobre as justificativas técnicas e econômicas para o direcionamento de todos os serviços contemplados em seu objeto e que **ignora a existência de alternativas equivalentes, de outros fornecedores, disponíveis no mercado, capazes**

de atender as mesmas funcionalidades buscadas pelo MJSP para as soluções de colaboração e produtividade e de nuvem pública. É o que se passa a demonstrar.

II.2.2. Insuficiente motivação do objeto do certame para respaldar a escolha exclusiva por produtos da Microsoft

24. Conforme já exposto, diversamente do que se poderia esperar à luz das orientações legais e jurisprudenciais para a motivação da escolha de marcas em procedimentos licitatórios, a fundamentação do objeto pelo Edital mostra-se extremamente genérica, sem qualquer preocupação em justificar a escolha de produtos específicos da marca Microsoft.

25. A seguir, apresentamos, de forma mais detalhada, as omissões verificadas na justificativa, de modo a evidenciar o **descumprimento dos requisitos exigidos para a legalidade de contratações com direcionamento de marca**, em prejuízo à legalidade do certame:

a) Ausência de motivações técnicas que evidenciem que os produtos da Microsoft são os únicos capazes de atender os interesses do MJSP

26. Em nenhum momento a justificativa faz alusão a qualquer característica técnica dos serviços da Microsoft que justifiquem a contratação de nada menos do que 29 itens da marca, tampouco a estudos técnicos que tenham instruído a fase interna do procedimento licitatório.

27. A motivação trazida pelo item 4 do Termo de Referência se limita a apresentar explicação ampla sobre a importância da contratação de soluções de tecnologia da informação para atendimento de projetos estratégicos da Alta Administração do MJSP, capazes de realizar o processamento e análise de volumes massivos de dados em vários formatos, dentro do conceito de Big Data.

28. Adicionalmente, apresenta-se referência bastante genérica sobre a demanda do Ministério por novos quantitativos de recursos de TIC, com referências ao aumento de usuários de soluções corporativas e à ampliação de projetos que requerem a contratação de novos serviços. Não há, contudo, maiores explicações sobre as razões que originaram a demanda por esses novos quantitativos, mas apenas menção ao Estudo Técnico Preliminar da Contratação (SEI nº 13590833) que teria o detalhamento da “*forma de cálculo e o quantitativo de serviços necessários*”.

29. Assim, resta evidente a ausência de estudos técnicos específicos, na fase de planejamento da contratação, para justificativa da **conveniência dos softwares específicos selecionados pelo MJSP**, cuja escolha parece ter sido unicamente baseada na demanda por novos quantitativos de licenças utilizadas pelo Ministério, sem a devida avaliação de alternativas, disponíveis no mercado, que pudessem igualmente satisfazer as funcionalidades buscadas.

30. A única referência verificada nesse sentido, no item 4 do Termo de Referência, faz alusão à menor vantajosidade da contratação de licenças do tipo *Open* ou *Select*, frente ao formato *Enterprise Agreement Subscription* disponibilizado pela Microsoft, no seguinte sentido:

“4.4.1. A solução é composta por diversos itens que, por suas características técnicas, na sua grande maioria, poderiam ser divididos em diversas parcelas. Contudo, devido à estrutura comum de integração das soluções ao contrato com formato *Enterprise Agreement Subscription*, a fabricante da solução concede condições diferenciadas devido à padronização dos softwares do parque computacional que não podem ser segregados em contratos distintos. **A alternativa a essa opção é a contratação de licenças do tipo *Open* ou *Select*, que não garantem o mesmo nível de desconto dos valores e não disponibiliza diversas aplicações e funcionalidades necessárias ao bom funcionamento dos sistemas e ao pleno atendimento das demandas.** Com isso, a divisão vai de encontro ao que a Lei nº 8.666, de 1993, que descreve em seu art. 23 §1º, por não permitir a administração pública obter valores menores devido a economia de escala e à viabilidade técnica da solução (...)” (g.n.).

31. Trata-se, contudo, de comparação bastante rasa, que sequer elenca o rol de opções alternativas consideradas, muito menos suas vantagens e desvantagens frente à escolha pelos produtos da Microsoft e que **deixa de fora outros produtos que poderiam satisfazer a mesma vantajosidade buscada MJSP**, como os ofertados pelo Google, que não se valem das nomenclaturas *Open*, *Select* ou *Enterprise Agreement Subscription*.

32. Tem-se, portanto, claramente, demonstrada a insuficiência da justificativa para atendimento do dever de explicitação das razões de ordem técnica e econômica que ensejaram a escolha de cada um dos itens previstos no objeto da contratação, em desrespeito aos arts. 7º § 5º da Lei n.º 8.666/1993 e 3º, II da Lei n.º 10.520/2002, para além do dever geral de motivação dos atos da Administração Pública.

b) Insuficiência da mera referência a contrato anterior envolvendo produtos similares

33. A mera referência trazida ao Contrato nº 28/2018⁴, anteriormente celebrado pelo Ministério para a aquisição de produtos da marca Microsoft, **também não constitui argumento suficiente para motivar a conveniência de nova contratação de produtos similares.**

34. Como já esclarecido, a necessidade de novas aquisição de um determinado produto pela Administração há que ser demonstrada **em cada caso**, inclusive para atendimento do princípio da padronização das escolhas administrativas, previsto no art. 15, I da Lei n.º 8.666/1993.

35. A esse respeito, cabe, mais uma vez, frisar o entendimento do TCU no sentido de que *“a opção pela padronização deve estar fundamentada em ampla pesquisa e comparação efetiva com alternativas existentes no mercado, não sendo suficiente a mera afirmação de que o órgão já utilizava determinado hardware e/ou software em seu ambiente”⁵.*

36. Portanto, o fato de a Administração já possuir contrato para o fornecimento de um dado produto não é suficiente para justificar novas demandas pelos mesmos itens, à luz do princípio da padronização.

37. Esclarece, ainda, a Corte de Contas que o referido princípio não conflita com a vedação à escolha de marcas. Mas, para que ambos possam conviver de conforma harmônica, **cabe aos gestores públicos evidenciar os benefícios concretos de eventual escolha em prol de uma marca específica para o interesse público**, o que não se satisfaz com a mera menção a pregões anteriores, mas sim com evidências concretas de que a marca selecionada, em prejuízo à ampla competitividade do certame, é estritamente necessária para o atendimento dos interesses da Administração. Senão vejamos:

"47. Sobre a possível divergência entre a vedação à preferência de marca e o princípio da padronização, cita-se excerto do Acórdão 1547/2004-TCU-Plenário, da relatoria do Ministro Walton Alencar Rodrigues, que esclarece sobre o assunto:

‘O princípio da padronização não conflita com a vedação de preferência de marca, que não constitui obstáculo à sua adoção, desde que a decisão administrativa, que identifica o produto pela

⁴ “4.1.2.3. Atualmente o Ministério da Justiça e Segurança Pública conta com os quantitativos previstos no 1º Termo Aditivo ao Contrato nº 28/2018 (SEI nº 8964029) para atendimento das suas necessidades. No entanto, tais quantitativos vêm se mostrando insuficientes em decorrência da expansão da atuação da instituição que está se refletindo no aumento do número de usuários das soluções de TIC corporativas e na ampliação do quantitativo de projetos que requerem recursos de TIC.” (Termo de Referência, Anexo I ao Edital).

⁵ TCU, Acórdão nº 274/2020 – Plenário, Relatório e Voto, Rel. Min. Marcos Bemquerer, j. em 02 de fevereiro de 2020, g.n.

marca, seja circunstanciadamente motivada e demonstre ser essa a opção, em termos técnicos e econômicos, mais vantajosa para a administração.’

48. Ou seja, ao criar uma limitação que é exceção à regra, mas que também é permitida frente ao princípio da padronização, **o gestor deve apresentar argumentos sólidos e consistentes que demonstrem que a restrição que se está sendo feita é estritamente necessária e acarreta em uma série de benefícios que atendam ao interesse público.** " (TCU, Acórdão nº 488/2019 – Plenário, Rel. Min. Ana Arraes, j. em 13/03/2019, g.n.)

“Ao consultar os documentos que embasaram a contratação, verifica-se que foram elaborados os quatro principais artefatos previstos na IN 4/2010-SLTI/MP, art. 10, incisos I a IV. Todavia, **não foram encontradas, nestes autos, justificativas elaboradas previamente para a exigência das marcas (requisito formal)**, conforme ressaltado pela própria auditoria interna do Inep ao afirmar que a Autarquia deveria ter justificado ‘de forma a ficar evidenciada a transparência quanto à solução/equipamento a ser adquirido’ (peça 68, p. 50, recomendação 3.1.1), de maneira que o requisito formal não fora atendido. **A mera referência aos pregões anteriores não é capaz de justificar de nenhuma maneira a exigência de marcas específicas.**”

(...) 47. Por tais condutas, a recorrente foi chamada para apresentar razões de justificativas, nos seguintes termos (peça 151, p.1/2):

a) **indicação de marcas para os lotes de 1 a 5 sem prévia justificativa técnica e financeira acostada ao processo, não sendo suficiente a mera referência a pregões anteriores, em afronta o art. 7º, § 5º c/c art. 15, § 7º, I, ambos da Lei 8.666/1993, conforme entendimento consignado em decisões anteriores deste Tribunal, tal como o Acórdão 2664/2007-TCU-Plenário;”** (TCU, Acórdão 3179/2016 - Plenário, Rel. Min. Ana Arraes, j. em 07/12/2016, g.n.)

38. A partir dos julgados, resta, também evidente que a motivação de uma dada contratação baseada no princípio da padronização não retira dos gestores públicos o ônus de justificar tecnicamente a escolha de marcas, em consonância com o disposto no art. 7º, §5º da Lei n.º 8.666/1993.

39. Deste modo, eventual argumentação no sentido de que as escolhas, objeto do presente Pregão, poderiam ser sustentadas com base em tal princípio devem, desde já, ser rechaçadas, posto que não eliminam o dever deste MJSP de justificar a escolha pelos produtos da Microsoft, evidenciando que são os **ÚNICOS** capazes de atenderem aos seus interesses.

40. Cabe também registrar que nenhuma justificativa robusta foi, tampouco, apresentada para fundamentar o objeto do Pregão Eletrônico n.º 15/2018, que originou o Contrato n.º 28/2018 referenciado pelo Ministério. À semelhança do que se verifica no presente caso, a justificativa trazida pelo respectivo Termo de Referência (Anexo I ao Edital n.º 15/2018)

também se limitou a motivar a contratação dos produtos da Microsoft (incluindo licenças a serem adquiridas pela primeira vez) com base na conveniência de manter as licenças já contratadas junto ao fabricante e de explorar novas ferramentas e tecnologias disponibilizadas pela marca, em incremento às licenças em uso, como ilustra o excerto a seguir:

“3.14. Diante da importância de garantir o uso contínuo destes softwares, de forma a evitar a paralisação de suas atividades, **é essencial que o MJ possua um contrato de licenciamento de produtos Microsoft, que contemple todos os softwares necessários à prestação dos serviços de TIC**, de forma que as novas necessidades das unidades de negócio possam ser satisfeitas. (...)

3.24. Por outro lado, a **evolução tecnológica da plataforma Microsoft disseminada e em uso no MJ, para a qual é gerada a presente demanda, continua a atender perfeitamente ao desejo de evolução das exigências de infraestrutura de Tecnologia da Informação do órgão, devendo, portanto ser mantida na forma como está implementada, e ainda incorporar os benefícios dos avanços tecnológicos dos produtos Microsoft**, a saber, forte integração entre plataformas, facilidade de implementação e uso, grande disseminação entre os usuários do MJ, grande flexibilidade e atualização tecnológica. Portanto, sabe-se que a plataforma tecnológica adotada está apta a comportar perfeitamente o aumento da expectativa e das necessidades sem risco de rupturas, garantindo a melhoria contínua dos processos de trabalho do MJ.” (g.n.)

41. Consta-se, deste modo, que o vício de insuficiência de motivação, ora verificado, também já constava da contratação anterior, o que só reforça a ausência de justificativa adequada para nova contratação das licenças da Microsoft objeto do Pregão em referência.

42. É importante ressaltar que, ainda que não fosse essa a situação do Contrato nº 28/2018, tal cenário não eliminaria a necessidade de nova avaliação das opções à disposição do MJSP. Como já destacado, o mercado de TIC é extremamente dinâmico, o que torna imperiosa a constante avaliação pela Administração das opções disponíveis a cada momento.

43. O descabimento de qualquer justificativa pautada no princípio da padronização é também reforçado, neste caso, pelos quantitativos extremamente elevados previstos pelo Edital, em patamares muito superiores àqueles previstos pelo Edital do Pregão Eletrônico n.º 15/2018, que fundamentou o Contrato nº 28/2018.

44. Para melhor ilustrar o quanto exposto, verifica-se que o volume de recursos a serem anualmente despendidos com a contratação da nuvem *Azure Monetary Commitment* no presente Pregão é estimado em R\$ 13.177.248,80, ao passo em que, no Edital n.º 15/2018, o custo anual estimado para licenças equivalentes era de R\$ 953.896,00. Portanto, tem-se contratação em volume bastante superior, o que também se verifica em relação a diversos outros itens objeto do presente Edital.

45. Assim, não estamos diante de uma mera contratação residual, realizada para complementar pontualmente licenças em uso pelo MJSP, mas de contratação robusta, voltada a possibilitar a implementação de diversos projetos do Ministério, **que não pode prescindir da avaliação adequada e cuidadosa das opções à disposição da Administração para atendimento dos seus objetivos.**

c) Existência de serviços de nuvem equivalentes disponíveis no mercado

46. A ilegalidade do Edital se torna ainda mais evidente diante da existência de produtos equivalentes de outros fornecedores, compatíveis com parte das licenças previstas em seu objeto.

47. É o que claramente se verifica com relação às **soluções de colaboração e produtividade** previstas nos **itens 1 a 4** das Tabelas 1, 1a, 5 e 9 do Termo de Referência e com a **solução de nuvem pública** prevista pelo **item 29** das respectivas tabelas, listadas pelo quadro a seguir:

Quadro I

ITEM	DESCRIÇÃO	SKU	QUANTIDADE
1	Microsoft®M365E3 Unified ShrdSvr AllLng MonthlySub-VolumeLicense MVL 1License PerUsr	AAD-33204	5530
2	Microsoft®O365E1 ShrdSvr AllLng MonthlySubscriptions-VolumeLicense MVL	T6A-00024	2311
3	Microsoft®Office365E3 ShrdSvr AllLng MonthlySubscriptions-VolumeLicense MVL 1License PerUsr	AAA-10842	2000
4	Microsoft®Office365E5 ShrdSvr AllLng MonthlySubscriptions-VolumeLicense MVL 1License PerUsr	SY9-00004	100
29	Azure Monetary Commitment	6QK-00001	2421

48. Com relação às licenças do Microsoft Office 365, indicadas pelos itens 1 a 4, verifica-se que todas as suas funcionalidades são plenamente atendidas, com mesmo grau de

segurança, confiabilidade e facilidade, pelas aplicações do Google Workspace, que possui, inclusive, plena compatibilidade com arquivos do Microsoft Office, possibilitando a abertura, o salvamento e a edição de qualquer formato de arquivo gerado pelo Microsoft Office.







49. Isso também se verifica em relação às funções de armazenamento de arquivos em nuvem, comunicação instantânea, videoconferência, e-mail, acompanhamento de tarefas, compartilhamento de trabalho, aprendizado simultâneo, visualização de documentos Office, editoração eletrônica de documentos, dentre outras, que se **encontram igualmente presentes na ferramenta Google Workspace** que, ainda, apresenta vantagens adicionais, conforme ilustrado pelo quadro a seguir:

Quadro II

Funcionalidade	Microsoft Office 365	Google Workspace
E-mail profissional (domínio do cliente)	✓	✓
Sincronização de e-mail mobile/desktop/nuvem	✓	✓
Armazenamento de arquivos em nuvem	✓ One Drive.	✓ Google Drive , que possibilita armazenar e editar arquivos, incluindo arquivos do Microsoft Office com total compatibilidade, inclusive de forma offline nas versões mais básicas, o que não é possível na Solução Microsoft.
Integração de autenticação com Microsoft Active Directory	✓	✓
Integração de cliente de e-mail (Outlook, etc)	✓	✓
Migração de soluções open source (arquivo PST).	✓	✓

Migração de usuários por fases (Ondas)	✓	✓
Edição simultânea de documentos	✓	<p>Através do Google Docs, Sheets e Slides, funcionalidades integradas da Plataforma Google Workspace, é possível editar arquivos, inclusive do Microsoft Office, de forma colaborativa e simultânea, aumentando a produtividade.</p> <p>Vale ressaltar que o Google Workspace é a maior plataforma de colaboração do mercado. Foi criado nativamente com o intuito de compartilhar informações e ampliar a colaboração no ambiente de trabalho.</p>
Formulários, criação de Websites para acesso via Internet, rede social interna	✗	<p>O Forms, Sites e Currents, permitem a criação de websites que permitem a publicação na Internet para acesso público.</p>
Acesso offline para edição de arquivos	⚠	<p>Desde as versões básicas é possível editar arquivos offline (sem acesso à Internet).</p>
Endpoint Management (MDM e MAM) - Políticas de segurança para Android e dispositivos iOS (BYOD)	⚠	<p>Desde as versões básicas</p>
Múltiplo Fator de Autenticação (MFA)	⚠	<p>Disponível em qualquer versão</p>

Compartilhamento de Arquivos e documentos	✓	✓
Trabalho simultâneo no mesmo documento	✓	✓ Permite adicionalmente chat dentro do próprio documento.
Agendas Compartilhadas	✓	✓
Ferramenta de chat, ligações e videoconferência	✓	✓ Com possibilidade de breakout rooms.
Criador de Web sites publicados na Internet	✗	✓
Integração da suite de produtividade através de APIs	✗	✓
Legenda e tradução de forma nativa	✗	✓
Anti-Spam, Anti-Phishing e Anti-Malware com Machine Learning	✗	✓
Solução de compartilhamento de vídeos	✓ Vídeo corporativo Microsoft Stream.	✓ Funcionalidade disponibilizada pela Plataforma Google Workspace, chamada Livestream , que pode carregar, exibir e compartilhar vídeos de forma segura, permitindo compartilhar gravações de audiências, aulas, reuniões, apresentações, sessões de treinamento ou outros vídeos.

Sistema de busca	 Disponibiliza busca individualizada por aplicativo. Por exemplo, busca somente no e-mail, ou somente no OneDrive.	 O Cloud Search utiliza a experiência e tecnologia Google, maior buscador do mundo, sendo ideal para órgãos e entes da Administração que lidam com grandes quantidades de informações e arquivos, permitindo buscar em qualquer aplicação, seja e-mail, website, drive, etc. Essa funcionalidade está incorporada na Plataforma Google Workspace.
Conversão de texto		 Através do Google Docs é possível utilizar a funcionalidade nativa de transformação de fala em texto. Tal funcionalidade é amplamente utilizada pelos sistemas operacionais Android, o que garante grande experiência do Google nesse sentido, que é líder mundial em soluções de inteligência artificial.
Compatibilidade com o sistema operacional Linux		

50. Note-se, portanto, que o Google Workspace não apenas atende todas as principais funções do Microsoft Office 365, **em todas as suas variações**, mas também disponibiliza diversas funcionalidades adicionais e de maior segurança, em benefício do MJSP.

51. Adicionalmente, a solução Google Workspace é totalmente compatível com os arquivos gerados pelas licenças Microsoft já adquiridas pelo Ministério, dada a capacidade de edição de arquivos do Microsoft Office, o que evidencia o descabimento de eventual justificativa pela escolha da marca baseada em investimentos já realizados ou na incompatibilidade de outra tecnologia com softwares já utilizados.

52. Deve-se também registrar que, se há alguns anos havia alguma incompatibilidade entre os sistemas Office e Google, que possa ter sido considerada em outros certames para justificar eventuais escolhas pelos produtos da Microsoft (dada a utilização de pacotes Office por entes ou órgãos públicos), **essa justificativa não se sustenta na atualidade**. Isso porque as funcionalidades mais recentes do Google G-Suite (atual Google Workspace) possibilitaram **plenamente a edição e salvamento de documentos do sistema Office, mesmo por aqueles que não possuam software instalado**. Uma fase interna da licitação conduzida de forma adequada, motivando o objeto selecionado para o certame, sem dúvida corroboraria essa afirmação – o que, conforme apontado acima, não ocorreu.

53. Conforme apontado pelo Quadro II acima, o benefício também é aplicado ao sistema operacional. O Google Workspace conta com a vantagem de funcionar diretamente no Browser, inclusive de forma *offline* e independente do sistema operacional, **sendo compatível com a ampla variedade de sistemas operacionais existentes, como por exemplo, o Linux que não é suportado pela ferramenta da Microsoft**. Portanto, esse mesmo problema de incompatibilidade não acontece com as soluções do Google Workspace que é capaz de entregar **mais funcionalidades por um valor menor** e possibilita, ainda, novas integrações com soluções desenvolvidas internamente pelo MJSP.

54. Os benefícios da ferramenta são evidenciados pela ampla difusão no mercado das plataformas do Google, o que constitui evidência de sua ampla aceitação, qualidade, produtividade, confiabilidade e da facilidade de migração para esse sistema. Mesmo constituindo solução mais nova, que veio a substituir a ferramenta G-Suite, o Google Workspace já possui ampla penetração no mercado, sendo, por exemplo, adotado por diversos órgãos do Judiciário e tribunais de contas⁶ (**doc 2**). Deve-se também ressaltar que todos os clientes que optaram pela solução do Google mostram-se satisfeitos, tendo renovado suas licenças.

55. A mesma equivalência é verificada com relação aos serviços de computação em nuvem da plataforma **Microsoft Azure**, que pode ser substituído, com garantia das mesmas funcionalidades e confiabilidade pelo *Google Cloud Platform* ("**GCP**"), bem como por serviços de nuvens de outros fornecedores, como a *Amazon Web Services* ("**AWS**"), sem qualquer perda de qualidade ou performance.

56. Ademais, mostra-se plenamente possível a compatibilização do uso de sistemas de nuvem distintos pelo Ministério, de modo que **a contratação junto a um novo fornecedor**

⁶ São exemplos de entes públicos que utilizam serviços do Google Workspace: TRT 3, TRT 4, TRT 5, TRT 6, TRT 7, TRT 8, TRT 11, TRT 12, TRT 13, TRT 14, TRT 15, TRT 16, TRT 18, TRT 19, TRT 20, TRT 21, TRT 22, TJGO, TJRO, TRE-RN, TCE-MS, TCE-AM, TCE-RR.

não geraria qualquer prejuízo aos serviços de nuvem já contratados junto à Microsoft. Deste modo, as informações atualmente hospedadas na nuvem Azure poderiam ser transferidas, sem qualquer dificuldade, para outras nuvens, possibilitando que o objetivo de criação de uma base integrada de dados pelo Ministério, que possibilite a análise, pesquisa e cruzamento de dados entre os diversos órgãos que lhe estão vinculados, seja plenamente atendido.

57. Conclui-se, com base nos dados apresentados, pela absoluta compatibilidade entre as funcionalidades dos produtos indicados pelo Edital e os serviços equivalentes ofertados pelo Google – que, ainda, sob diversos aspectos são superiores aos ofertados pela marca indevidamente selecionada para pautar o objeto da contratação. Daí, se segue que a **marca selecionada pelo Edital não é a única capaz de atender aos objetivos perseguidos no certame**, o que implica a patente ilegalidade da restrição estabelecida, além de não ser a mais vantajosa economicamente e tecnicamente para o MJSP.

58. Por conseguinte, a manutenção do certame, nos moldes atuais, viola não apenas a regra da não seleção de marcas, como também **o princípio da isonomia**, segundo o qual devem ser previstas condições igualitárias para todos os administrados que se encontrem em situação similar. Ora, se mais de um fornecedor é capaz de atender as funcionalidades buscadas pelo MJSP, conforme fartamente demonstrado, qualquer eliminação arbitrária e desprovida de devida motivação, implica em direcionamento indevido e tratamento diferenciado entre fornecedores, em grave afronta ao princípio constitucional da isonomia que fundamenta o próprio dever de licitar imposto pelo art. 37, XXI da Constituição Federal.

d) Desconsideração das vantagens econômicas da competição entre fornecedores

59. A insuficiência da justificativa trazida pelo Termo de Referência também se verifica diante da ausência de qualquer comparação entre as supostas vantagens econômicas de uma contratação exclusiva de produtos da Microsoft frente aos benefícios que poderiam advir da maior competitividade do certame por meio da disputa entre diversos fornecedores.

60. Como aprofundaremos no item II.3. a seguir, esse objetivo poderia ser alcançado por meio do parcelamento do objeto, conforme a natureza dos serviços previstos, possibilitando-se que, naqueles em que for possível a oferta de solução alternativa (como é o caso dos serviços de computação em nuvem), abra-se espaço para uma competição efetiva. Contudo, esse cenário sequer foi objeto da justificativa trazida.

61. Para além de insuficiente, a **justificativa também se mostra inverídica**, ao dar a entender que a contratação unificada de produtos da marca Microsoft poderia proporcionar vantagens econômicas para o MJSP.

62. Tal falácia decorre, primeiramente, do fato de outros fornecedores, como o Google, também serem capazes de viabilizar o mesmo nível de competitividade ao certame, mediante concessão de descontos. Em segundo lugar, a forma mais efetiva de se buscar a maior economicidade dos procedimentos licitatórios é a ampla competição, que tende a se dar de forma muito mais efetiva entre fornecedores diversos.

63. Isso porque a disputa de preço acontece de forma bastante limitada numa competição entre revendedores de um único fabricante, ficando restrita apenas à margem de lucro dos seus revendedores, que devem ter por base o preço do mesmo fabricante para chegarem à definição das suas ofertas. Assim, a existência de disputa e competitividade real fica garantida, efetivamente, quando o maior número possível de fabricantes ou revendedores participam do certame.

64. Em suma, a maior economicidade da contratação seria assegurada pela ampla competição do procedimento licitatório, que poderia viabilizar a escolha de licenças que, igualmente atendam aos interesses do MJSP. Contudo, tal aspecto também foi ignorado pelo presente certame, que simplesmente indicou os produtos da Microsoft sem qualquer preocupação em ponderar os possíveis benefícios econômicos que poderiam advir de uma disputa mais ampla.

II.2.3. Conclusão parcial: A escolha antecipada da solução Microsoft compromete a economicidade, a competitividade e a isonomia do certame

65. Diante do quanto exposto, resta evidenciada não apenas a ilegalidade da seleção arbitrária de marca, desacompanhada de qualquer justificativa técnica, mas também a ausência de qualquer demonstração de que a escolha represente vantagens para a Administração.

66. Pelo contrário, tem-se evidências dos maiores benefícios que poderiam ser propiciados pela abertura da contratação a soluções de outros fabricantes, como o Google Workspace, diante das vantagens econômicas decorrentes da maior competitividade do certame, em atendimento ao princípio da economicidade. De outro lado, há riscos diversos relacionados à seleção de produtos de uma única marca, que não podem ser ignorados pelo MJSP no planejamento de suas contratações.

67. Assim, dada a existência no mercado de produtos similares aos elegidos pelo Edital, o instrumento **viola os princípios da isonomia, ampla competitividade e economicidade**. Por conseguinte, faz-se primordial a revisão dos termos do Edital para a exclusão das restrições previstas em seu objeto, de modo a contemplar a possibilidade de fornecimento de soluções tecnológicas similares ou equivalentes às licenças do Microsoft Office 365 e Azure, e viabilizar sua compatibilização com os princípios e regras que devem nortear as compras públicas.

II.3 DA ILEGAL CONSOLIDAÇÃO DAS LICENÇAS A SEREM CONTRATADAS NUM EDITAL ÚNICO

II.3.1 A conveniência do parcelamento do objeto, expressamente, recomendada pela legislação para a promoção da maior competitividade do certame

68. A terceira razão que enseja na ilegalidade do certame consiste na **ausência do parcelamento do objeto** que, embora seja composto por itens tecnicamente divisíveis (conforme expressamente reconhecido por este MJSP no item 4.4 do Edital - “Parcelamento da Solução de TIC”), optou por consolidar, num único Pregão, a contratação de nada menos que 29 licenças distintas da Microsoft.

69. Embora a indivisibilidade do objeto não seja proibida pela legislação vigente, a conveniência do parcelamento constitui diretriz a ser, sempre que possível, seguida pela Administração, para garantia do aproveitamento de recursos disponíveis no mercado e ampliação da competitividade dos procedimentos licitatórios, sempre que comprovadamente viável. É o que prescreve a Lei n.º 8.666/1993:

“Art. 15. As compras, sempre que possível, deverão:

(...) IV - ser subdivididas **em tantas parcelas quantas necessárias para aproveitar as peculiaridades do mercado, visando economicidade;**” (g.n.)

“Art. 23. (...) § 1º As obras, serviços e compras efetuadas pela Administração **serão divididas em tantas parcelas quantas se comprovarem técnica e economicamente viáveis, procedendo-se à licitação com vistas ao melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e à ampliação da competitividade sem perda da economia de escala.**” (g.n.)

70. Do mesmo modo, o TCU possui posicionamento pacífico quanto à prevalência da adjudicação de itens como regra, para promoção da competitividade em licitações, conforme entendimento pacífico em sua jurisprudência, objeto da Súmula n.º 247/2004 do Tribunal:

Súmula 247/2004: **“É obrigatória a admissão da adjudicação por item e não por preço global, nos editais das licitações para a contratação de obras, serviços, compras e alienações, cujo objeto seja divisível, desde que não haja prejuízo para o conjunto ou complexo ou perda de economia de escala, tendo em vista o objetivo de propiciar a ampla participação de licitantes que, embora não dispondo de capacidade para a execução, fornecimento ou aquisição da totalidade do objeto, possam fazê-lo com relação a itens ou unidades autônomas, devendo as exigências de habilitação adequar-se a essa divisibilidade.”** (g.n.)

“O § 1º do art. 23 da Lei 8.666/1993 estabelece como regra a divisibilidade do objeto em tantas parcelas quantas se comprovarem técnica e economicamente viáveis, procedendo-se à licitação com vistas ao melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e à ampliação da competitividade sem perda da economia de escala. 129. Na contratação em análise, ao arrepio da exigência contida no inciso IX do art. 6º da Lei de Licitações e Contratos, não foram elaborados estudos técnicos preliminares que pudessem demonstrar a inviabilidade da divisibilidade do objeto, tanto sob o aspecto técnico, quanto sob o aspecto econômico. Ao contrário, as justificativas apresentadas diretamente no termo de referência são vagas e superficiais, não servindo para demonstrar de forma inequívoca a impossibilidade da divisibilidade do objeto. Por exemplo, não é evidente porque os equipamentos não poderiam ter sido contratados separadamente dos softwares, tampouco dos serviços (USTs).” (TCU, Acórdão n.º 932/2017 – Plenário, Rel. Min. José Mucio Monteiro, j. em 10 de maio de 2017, g.n.)

71. Nesse sentido, deve o parcelamento do objeto prevalecer a fim de garantir a maior participação de licitantes possíveis, desde que não comprometa ganhos de economia de escala ou prejudique o conjunto dos itens licitados. Além disso, quando da opção pelo agrupamento de diversos itens num mesmo Edital, **esta deve ser justificada de forma que, inequivocadamente, seu parcelamento se mostre prejudicial em aspectos técnicos e econômicos**, cabendo ao órgão licitante se valer de estudos preliminares fundamentados para tal avaliação.

72. Ocorre que, o presente certame, ao optar pelo agrupamento dos itens de naturezas distintas em um só Edital, não só optou pela exceção da regra prescrita na Lei de Licitações e pacificada pelo Tribunal de Contas da União, limitando a competitividade no processo licitatório, como não apresentou justificativas técnicas ou econômicas concretas que atestassem a necessidade do agrupamento, como se verá nos itens a seguir.

a) Condições diferenciadas de desconto, supostamente, não ofertadas por demais

empresas

73. Como visto, o não-parcelamento do objeto do Edital, em atenção às diretrizes do art. 15, IV da Lei n.º 8.666/1993, deve ser comprovado por sua viabilidade técnica e econômica. Conforme expõe o Edital, a principal justificativa pelo agrupamento dos itens num único certame se daria pela estrutura contratual comum dos itens objetos da licitação, que possibilitaria ao fabricante (Microsoft) conceder condições de desconto diferenciadas devido à padronização de software contratados, das quais o MJSP não poderia, em tese, se beneficiar caso optasse pela segregação dos itens. Nesse sentido, reproduzimos a justificativa trazida pelo Termo de Referência:

“4.4.2. A opção contratação de licenças do tipo Open ou Select, apesar de ampliar o universo de empresas participantes, não implicará em ganho para a administração pública pelo aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado, haja vista que a forma de licenciamento disponível para essas empresas, Select e Open, não atingem o mesmo nível de desconto do fabricante e não compõem uma solução adequada para atendimento das necessidades do serviço público.”

74. Tal afirmação, no entanto, não deve prosperar para justificar a consolidação dos itens em edital único. Em primeiro lugar, a constatação de que os modelos contratuais *Open* e *Select* não permitiriam condições de desconto pela segregação dos itens em Edital, reflete condições características da empresa fabricante dos itens (Microsoft), **e não deve ser considerada como referência para moldes contratuais de demais empresas.**

75. Para além deste fato, a afirmação feita pelo Termo de Referência não faz referência a quaisquer estudos técnicos ou econômicos concretos que atestem a impossibilidade de oferecimento de condições diferenciadas de descontos mais vantajosas por outras empresas – que aliás, sequer são exemplificativamente citadas. Conforme já adiantado, o Google, por exemplo, embora não possua as mesmas nomenclaturas para licenciamento de software como *Open*, *Select* e *Enterprise Agreement Subscription*, poderia conceder descontos pela contratação de seus serviços, o que evidencia o descabimento dos argumentos trazidos.

76. Em adição aos argumentos apresentados, cabe aqui registrar as recomendações realizadas pelo TCU para que os agentes públicos, justamente, evitem modelos de contratações impostos por grandes fornecedores, mediante venda casada de determinados produtos como condição para concessão de descontos. Recomenda a Corte de Contas que, nessas situações, os gestores públicos avaliem a possível vantajosidade de produtos equivalentes disponíveis no mercado, ao invés de simplesmente acatarem os argumentos dos grandes fornecedores:

“150. Por fim, há fabricantes que tentam atrelar a utilização de alguns de seus produtos à aquisição de outro. Por exemplo, para utilizar um banco de dados em ambiente virtualizado, seria necessário

o uso de virtualizador do mesmo fabricante do Sistema Gerenciador de Banco de Dados (SGBD), caso contrário, não haveria o usufruto dos serviços agregados do SGBD (peça 69, p. 3-4, questão 5).

151. **Ao se deparar com esse tipo de situação, o ideal é que as organizações públicas procurem alegações técnicas que corroborem o fato ao invés de, simplesmente, acatarem argumentos de que determinado serviço não é prestado caso haja a utilização de solução diversa**, o que pode configurar uma situação de venda casada, prática vedada pela Lei 8.078/1990, art. 39, inciso I (Código de Defesa do Consumidor)." (TCU, Acórdão n.º 2569/2018 – Plenário, Rel. Min. Aroldo Cedraz, j. em 07/11/2018, g.n.)

77. A situação narrada pelo referido Acórdão parece, justamente, se verificar no caso em apreço, diante do agrupamento de diversas licenças de um mesmo fornecedor, que, em parte, poderiam ser perfeitamente contratadas junto a outros fornecedores. Diante dessa constatação, impõe-se a esse MJSP atuar conforme recomendações do TCU, buscando, tecnicamente, avaliar soluções compatíveis existentes no mercado, bem como seus possíveis benefícios, ao invés de simplesmente acatar modelo contratual proposto por um dado fornecedor.

b) Necessidade de demonstração de ganho de economias de escala com o não-parcelamento do objeto

78. Como visto, a opção pelo agrupamento de diversos itens num mesmo Edital deve ser justificada de forma inequívoca, apta a demonstrar que o parcelamento se mostra prejudicial em aspectos técnicos e econômicos, implicando perda de economias de escala, para o que deveria o MJSP ter se valido de estudos preliminares na fase de planejamento da contratação.

79. Deste modo, a mera referência às supostas vantagens inerentes ao agrupamento de 29 licenças num Edital único, tais como “concentração da garantia dos resultados”, “maior facilidade no cumprimento do cronograma preestabelecido” e “maior interação entre as diferentes fases de implantação/implementação”, referenciadas pelo item 4.4.3 do Termo de Referência, devem ser evidenciadas no caso concreto, inclusive em cotejo com desenhos distintos que poderiam ter sido adotados pelo MJSP.

80. Ocorre que não há referência a quaisquer estudos técnicos que as atestassem, ou que demonstrassem a impossibilidade dos supostos benefícios pelo parcelamento do objeto, o que vai na contramão das exigências da Lei de Licitações quanto à necessidade de comprovações técnicas e econômicas – não bastando, tão somente, a suposição de possíveis vantagens sem qualquer embasamento concreto.

81. Ainda, vale ressaltar que os benefícios de economias de escala devem ser duramente sopesados com os prejuízos decorrentes da falta de competitividade imposta pelo não-parcelamento do objeto, conforme já advertido pela Corte de Contas federal:

“Diante da exigência legal da obrigatoriedade do parcelamento do objeto a ser licitado, quando observada a viabilidade técnica e econômica, cabe ao administrador público que desejar licitar um objeto sem parcelamento, trazer aos autos do processo licitatório o conjunto probatório de que o parcelamento seria inviável. **Contratos realizados em um só lote costumam ter economia de escala, contudo, os ganhos decorrentes da ampliação da concorrência, não raro, igualam ou sobrepujam os decorrentes da economia de escala.**” (TCU - Enunciado de Acórdão n.º 1732/2009 – Plenário, Rel. Min. Augusto Nardes, j. em 05 de agosto de 2009, g.n)

82. Pelo quanto já exposto, resta evidente que nenhuma ponderação nesse sentido foi, tampouco, realizada no caso em apreço, o que somente reforça a ausência de justificativa técnica suficiente a sustentar os supostos benefícios de economia de escala buscados com o não-parcelamento do objeto.

II.3.2 Possibilidade de divisão mais benéfica à Administração comparada à proposta pelo Edital

83. Com base no exposto – e diante da inexistência de estudos técnicos e econômicos que evidenciem a conveniência do agrupamento das licenças em único edital – verifica-se que o parcelamento do objeto do edital é medida recomendada para a garantia da maior competitividade do certame, especialmente diante das funcionalidades distintas apresentadas pelas licenças que o compõem.

84. Em linha com as razões apresentadas pelo item II.2 acima, tal providência, mostra-se, na realidade, fundamental para possibilitar que outras marcas, para além da Microsoft, possam participar da licitação, nos casos das licenças de serviços de computação em nuvem com soluções equivalentes disponíveis no mercado.

85. Dessa forma, enquanto o agrupamento das licenças em um só Edital impossibilita a participação de mais empresas, **o parcelamento, em lotes por natureza de soluções, garantiria que mais empresas, conforme sua capacidade de prestação de serviços, pudessem competir em diferentes licitações**, com abertura para outros fornecedores para os produtos com solução de mercado equivalente, possibilitando condições de desconto ainda mais vantajosas que as decorrentes do modelo contratual da Microsoft.

86. Tal resultado seria viabilizado pela **segregação do objeto em três lotes distintos**, conforme natureza das licenças, que garantiria o grau mais elevado de competitividade entre as empresas interessadas. Neste caso, mostra-se também essencial que se possibilite a abertura para outras marcas, sempre que houver solução equivalente disponível, conforme quadro a seguir:

Quadro III

	Objeto	Soluções Equivalentes Google
Lote 1 - Soluções de Colaboração e Produtividade	Microsoft®M365E3 e similares	Equivalência com o Google Workspace Enterprise Standard
	Standard, Microsoft® e similares	Equivalência com o Google Workspace Business Standard
	Standard, Microsoft®Office365E3 e similares	Equivalência com o Google Workspace Enterprise Standard
	Standard, Microsoft®Office365E5 e similares	Equivalência com o Google Workspace Enterprise Plus
Lote 2 - Solução de Nuvem Pública	Azure Monetary Commitment e similares	Equivalência com o Google Cloud Platform
Lote 3 – Soluções de Banco de Dados, Segurança, Autenticação, CRM, Gestão de Projetos, Armazenamento e Similares.	Demais produtos e soluções Microsoft e similares	Google Drive (itens 21, 22 e 23)

87. Diante do exposto, requer-se, para além da supressão da indicação de marca das soluções de computação em nuvem com solução equivalente no mercado, **o parcelamento do objeto do Edital em três lotes distintos**, que leve em consideração dos 29 itens serviços previstos - medidas essenciais para a compatibilização do Edital à diretrizes previstas pelos arts. 15, IV e 23, §1º da Lei n.º 8.666/1993, bem como para a isonomia, economicidade e competitividade da contratação buscada pelo MJSP.

III. DO PEDIDO DE EFEITO SUSPENSIVO

88. Em consonância com o disposto no art. 24, §2º do Decreto n.º 10.024/2019, pugna-se pelo **recebimento da presente impugnação com efeito suspensivo**, devendo (i) a licitação ser adiada caso o MJSP não venha a se manifestar até a data limite de realização da sessão pública; e (ii) o Edital alterado e republicado, designando-se nova data para a realização da sessão pública, replicando-se, novamente, o prazo para apresentação das propostas.

89. A manifestação do I. Sr. Pregoeiro anteriormente ao certame mostra-se imperiosa, na medida em que a contestação ora formulada diz respeito ao próprio objeto licitado, e pode, caso acolhida, viabilizar a participação de diversos licitantes impedidos de participar à luz do escopo atual, caso não se modifique a redação original.

90. Igualmente, a suspensão evita a prática de atos processuais eivados de nulidade, que comprometeria a lisura de eventual contrato resultante do presente procedimento licitatório, gerando insegurança jurídica para os interessados.

91. Esses fatos, que traduzem o perigo de dano, em observância ao art. 61, parágrafo único da Lei nº 9.784/1999 que, somado à ausência de justificativas razoáveis para a restrição do objeto da licitação, que certamente serão reconhecidas ao final pelo i. Senhor Pregoeiro.

92. Necessária se faz, portanto, a suspensão do presente certame até a decisão final sobre o mérito da presente Impugnação, o que ora se requer.

IV. CONCLUSÃO E PEDIDOS

93. Pelas razões expostas, nos termos do art. 24, §2º do Decreto n.º 10.024/2019 e do art. 61, parágrafo único da Lei nº 9.784/1999, o Google, respeitosamente, requer que o i. Senhor Pregoeiro defira o efeito suspensivo pleiteado, obstando a produção de quaisquer atos procedimentais até a decisão quanto ao mérito da presente Impugnação.

94. Ao final, requer que o i. Senhor Pregoeiro se manifeste na forma e no prazo de 2 (dois) dias úteis, nos termos do art. 24, § 1º do Decreto Federal n.º 10.024/2019 para:

- a. Conhecer da presente Impugnação, vez que preenchidos os requisitos de admissibilidade; e

- b. Acolhê-la para determinar a **republicação do Edital**, com a exclusão das restrições previstas no objeto da licitação, para: **(i)** contemplar a possibilidade de fornecimento de soluções tecnológicas similares ou equivalentes às licenças de 1 a 4 e 29 constantes das Tabelas 1 do 1a, 5 e 9 do Termo de Referência, suprimindo qualquer exigência de que os produtos sejam da marca “Microsoft”; e **(ii)** estabelecer o parcelamento do objeto em três lotes distintos, conforme natureza das licenças previstas, no seguinte sentido: **Lote 1** - Soluções de Colaboração e Produtividade (itens 1 a 4), **Lote 2** – Soluções de Nuvem Pública (item 29); e **Lote 3** - Soluções de Banco de Dados, Segurança, Autenticação, CRM, Gestão de Projetos, Armazenamento e Similares (itens 5 a 28).
- c. Uma vez republicado o Edital retificado, determinar-se a reabertura do prazo para apresentação das propostas, conforme disposto no art. 22 do Decreto Federal n.º 10.024/2019.

Termos em que pede deferimento.

São Paulo, via e-mail, aos 5 de fevereiro de 2021.



Caio Mario da Silva Pereira Neto

OAB/SP n.º 163.211



Mateus Piva Adami

OAB/SP n.º 235.070

Marina Cardoso de Freitas

OAB/SP n.º 305.361

(assinado eletronicamente)

ANEXOS

Doc. 01: Instrumento de Mandato

Doc. 02: Exemplos de órgãos que adotam o Google Workspace