



Esclarecimento 02/07/2020 11:46:00

Foi detectada no edital de licitação algumas exigências que ferem os Princípios da Legalidade e da Isonomia, abaixo listada:

1. DAS EXIGÊNCIAS DO EDITAL 1.1. Registro de Preços para contratação de empresa para fornecimento de solução de tecnologia da informação composta por licenças dos produtos da Microsoft no modelo subscrição em contrato Enterprise Agreement, conforme condições, quantidades e exigências estabelecidas neste Termo de Referência. 1.1 DA MODALIDADE 1. Registro de Preços para contratação de empresa para fornecimento de solução de tecnologia da informação composta por licenças dos produtos da Microsoft no modelo subscrição em contrato Enterprise Agreement, conforme condições, quantidades e exigências estabelecidas neste Termo de Referência. 2. Para o modelo de contrato solicitado, a lista de parceiros no Brasil aptos a comercializarem para clientes públicos resume-se 7 empresas conforme pode ser observado no link abaixo: <https://partner.microsoft.com/pt-br/licensing/parceiros%20isp> 3. É importante frisar que a Microsoft indica a modalidade de contrato EAS para empresas com mais de 250 estações de trabalho pelo simples fato de esse modelo oferecer para seus credenciados descontos maiores e NÃO porque o modelo de contrato CSP não atenda ao objeto licitado ou não possa ser comercializado. Ou seja, qualquer um dos dois modelos, tanto EAS quanto CSP, atendem perfeitamente a necessidade do órgão em todas as características solicitadas. 4. Para elucidar melhor a questão, esclarece-se que o Fabricante disponibiliza alguns modelos de compra das licenças solicitadas no edital, perfazendo eles em (i) contrato EAS, modelo exclusivo para Revendas Enterprise, que, por isso, abrange um número restrito de empresas habilitadas no Brasil, e (ii) contrato CSP, que é comercializado pela maioria das revendas habilitadas. 5. Por todo o exposto, conclui-se que os PartNumbers no modelo de contrato CSP POSSUEM AS MESMAS CARACTERÍSTICAS TÉCNICAS, DE SUPORTE, DE RENOVAÇÃO e DEMAIS ESPECIFICAÇÕES do modelo de contrato EAS, sendo o modelo de contrato Open Acadêmico tão eficiente quanto o modelo de contrato EAS, além de também contemplar as funcionalidades incluídas no portal VLSC. 6. Ocorre que, a Administração Pública deve trabalhar com o escopo de obter sempre o maior número de propostas possíveis, na busca da que lhe seja mais vantajosa, conforme disposto no Decreto Federal nº 3.555/2000, que regulamenta a licitação na modalidade pregão. Vejamos. Art. 4º A licitação na modalidade de Pregão é juridicamente condicionada aos princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo, bem assim aos princípios correlatos da celeridade, finalidade, razoabilidade, proporcionalidade, competitividade, justo preço, seletividade e comparação objeto das propostas. Parágrafo único. As normas disciplinadoras da licitação serão sempre interpretadas em favor da ampliação da disputa entre os interessados, desde que não comprometa o interesse da Administração, a finalidade e a segurança da contratação. (Grifos nossos). 7. Ainda sobre o tema, destaca-se que o certame licitatório tem como princípio basilar a isonomia entre os licitantes, com o fim de proporcionar a máxima competitividade, buscando o maior número de participantes. Sendo assim, é vedada exigência editalícia que apenas impede a participação de empresas na licitação. 8. Pelo demonstrado acima, infere-se que a exigência de modelo de contratação EAS contida nesse Edital deve ser desconsiderada, a fim de adequar o processo licitatório ao Princípios da Ampla Concorrência e da Isonomia. Neste sentido entendemos que o modelo de contrato solicitado se trata de uma referência, haja vista que a Microsoft possui diversos modelos de contratos os quais possuem licenças idênticas sendo a única diferença no perfil de parceiros que os comercializam. Logo, serão aceitas licenças nos modelos de contratos CSP. 9. O TR em análise exige, no item 6, apresentação pela licitante de: 10. 6.5. A CONTRATADA deverá ser enquadrada como Government Partner (GP). A comprovação deverá ser apresentada no momento da assinatura do contrato e manter essa condição até o fim do contrato. 11. Entretanto, essa exigência não encontra previsão na Lei 8666/93, principal diploma que norteia os procedimentos licitatórios, a qual, inclusive, coíbe a prática de atos que sejam tendenciosos ou frustrem o caráter competitivo dos certames. 12. Ora, a consequência direta da exigência em comento é a limitação de participantes. 13. Ainda, o rol de documentos destinados à habilitação dos licitantes, conforme previsto nos artigos 27 a 31 da Lei 8.666/1993 é taxativo, o que fica evidenciado pelo emprego do legislador dos termos 'exclusivamente' (art. 27, caput, Lei 8.666/1993) e 'limitar-se-á' (art. 30, caput e 31, caput, da Lei 8.666/1993). 14. Assim não é possível exigir do licitante outros documentos além daqueles elencados nos mencionados dispositivos legais. 15. Isso porque as exigências de habilitação nos processos licitatórios têm como parâmetro fundamental o art. 37, XXI, da Constituição Federal, que limita as exigências de qualificação técnica e econômica às 'indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações', com o objetivo evitar a restrição da competitividade do certame. 16. Neste mesmo sentido já se manifestou o Tribunal de Contas da União, sendo ponto pacífico na jurisprudência desta Corte. Vejamos. No item 9.2.1. do Acórdão 5.508/2009 – 2ª Câmara, o Tribunal determinou a Prefeituras Municipais que, em licitações envolvendo recursos federais, 'atenham-se ao rol de documentos para habilitação definido nos artigos 27 a 31 da Lei 8.666/1993, sem exigir nenhum elemento que não esteja ali enumerado'. No item 9.1.2. do Acórdão 1.745/2009 – Plenário, o Tribunal determinou a uma entidade federal que 'abstenha-se de exigir das licitantes interessadas como condição para habilitação documentos não previstos nos arts. 27 a 31 da Lei nº 8.666/1993'. No item 9.3.2.3. do Acórdão 1.731/2008 – Plenário, o Tribunal determinou a um órgão federal que 'abstenha-se de prever, como exigência de habilitação, requisitos que não estejam contemplados nos arts. 28 a 31 da Lei nº 8.666/93, por ausência de amparo legal e por restringir a competitividade da licitação, em afronta ao disposto no art. 3º, § 1º, inciso I, da referida lei'. 17. A taxatividade do rol de documentos destinados à habilitação dos licitantes é também reforçada pela doutrina, a exemplo do que dispõe Marçal Justen Filho (Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 11ª ed. São Paulo: Dialética, 2005, p. 306): O elenco dos arts. 28 a 31 deve ser reputado como máximo e não como mínimo. Ou seja, não há imposição legislativa a que a Administração, em cada licitação, exija a comprovação integral quanto a cada um dos itens contemplados nos referidos dispositivos. O edital não poderá exigir mais do que ali previsto, mas poderá demandar menos (grifo nosso). 18. Por todo o exposto, temos que a exigência de "Declaração do Fabricante" não está prevista em nenhum dos dispositivos da Lei 8.666/1993 que regulam a habilitação jurídica, a qualificação técnica, a qualificação econômico-financeira e a regularidade fiscal ou trabalhista, devendo, portanto, ser rechaçada. 19. Ainda, destaca-se que seguiram na mesma linha do acima disposto os entendimentos proferidos em Nota Técnica nº 03/2009 – SEFTI/TCU cujo objeto era firmar entendimento da Sefti sobre a regularidade de se exigir das licitantes credenciamento pelo fabricante. Vejamos. Entendimento I. Nas licitações para contratação de bens e serviços de tecnologia da informação, via de regra, não é requisito técnico indispensável à execução do objeto a exigência de que as licitantes sejam credenciadas pelo fabricante (Constituição Federal, art. 37, inciso XXI; Lei nº 8.666/1993, art. 30, inciso II, art. 56, arts. 86 a 88 e Acórdão nº 1.281/2009 – TCU – Plenário, item 9.3). Entendimento II. A exigência, em editais para contratação de bens e serviços de tecnologia da informação, de credenciamento das licitantes pelo fabricante, via de regra, implica restrição indevida da competitividade do certame (Lei nº 8.666/1993, art. 3º, § 1º, inciso I, art. 6º, inciso IX, alíneas "c" e "d", art. 44, § 1º; Lei nº 10.520/2002, art. 3º, inciso II e Acórdão nº

1.281/2009 – TCU – Plenário, item 9.3) e atenta contra a isonomia entre os interessados (Constituição Federal, arts. 5º, caput, 37, inciso XXI e Lei nº 8.666/1993, art. 3º, caput). III. DOS PEDIDOS DE ESCLARECIMENTO 20. Diante de todo o exposto, em respeito aos princípios da legalidade, da Ampla Concorrência e da Isonomia, entendemos que: 01 – Serão aceitos outros modelos de contratos, que atendam plenamente ao edital como a modalidade de contrato do tipo CSP, o qual atende todas as especificações técnicas exigidas no edital em epígrafe, para alcançar o objetivo descrito no Edital. 02 – Serão aceitos atestados de capacidade técnica que comprove que a licitante prestou serviços em características, quantidades e prazos compatíveis com o objeto desta licitação em qualquer tipo de modalidade de licenciamento Microsoft. 03 – Tendo em vista a afronta à legislação vigente, bem como ao entendimento do TCU e da SEFTI, não se aplica o item 6.5 do TR. Como condição para assinatura do contrato, deverá apresentar documento que comprove que é GP da MICROSOFT. Está correto o nosso entendimento?

Fechar



Resposta 02/07/2020 11:46:00

Não está correto o entendimento. A forma de comercialização e modelos de licenciamento providos pela Microsoft foram estudados. Desses modelos, o licenciamento por subscrição com padronização de parque oferece as melhores condições de mercado. Quanto a necessidade de a empresa ser Government Partner, não se trata de documento de habilitação, mas condição técnica essencial para atendimento à órgãos governamentais, conforme estabelecido por regras de comercialização da própria fabricante, devido a questão de compliance. Conforme pode ser obtido do Acórdão 1.004/2017 – Plenário, do Tribunal de Contas da União, que tratou da situação de licitação semelhante ao presente Pregão Eletrônico, a empresa Microsoft informou que o licenciamento fornecido por empresa Government Partner atende a requisitos jurídicos exigidos pela legislação brasileira para governo. Situação que não ocorre em empresas Licensing Solution Partner (LSP) devido à exigência da Microsoft de assinatura de contrato tripartite com o cliente e o parceiro, o que é externo ao certame licitatório, não sendo comportado pelo ordenamento jurídico que trata dessa pauta: "68. A Microsoft esclarece que esse modelo é praticado globalmente pela companhia, e a razão de se propor a documentação padrão Microsoft, com termos e condições contratuais e de uso das licenças definidos pela matriz, se dá especialmente em função de se estar diante do licenciamento de seu principal ativo, a propriedade intelectual da companhia (peça 41, p. 4). 69. No entanto, a aplicação dessa padronização de termos e condições contratuais da Microsoft Corporation no setor público encontra obstáculos, pois ali há um mecanismo de compra definido por lei, que também estabelece os principais termos e condições para o contrato com a administração pública. Ou seja, quando se trata de modelo público há a incidência de regras específicas que de certa forma não se amoldam ao modelo de licenciamento padrão da Microsoft Corporation (peça 41, p. 4). 70. Nesse contexto e como medida de se adequar ao ambiente jurídico brasileiro, a Microsoft criou o Government Partner Program (GP), no Brasil, assim como em outros mercados, cujas compras governamentais são igualmente sujeitas a regramento específico (peça 41, p. 4). 71. Dessa forma, o programa GP consiste na possibilidade de o parceiro LSP participante assinar o contrato administrativo com o cliente (cuja minuta integra o edital de um certame) e, em paralelo, assinar um contrato com a Microsoft Corporation (denominado Government Integrator Agreement – GIA) em nome do referido cliente, replicando o escopo, valores, prazos, dentre outros, e assim viabilizando a colocação de um pedido junto à Microsoft Corporation para o correspondente licenciamento (peça 41, p. 5)." Acórdão 1.004/2017-Plenário/TCU.

Fechar