

## PREGÃO ELETRÔNICO 007/2021

### Objeto (resumido):

**Contratação de empresa especializada para a prestação de serviço de fornecimento de subscrição de licença de uso do Microsoft Office 365 E3 e Microsoft Office E5 que constituem solução de comunicação, colaboração, produtividade, incluindo migração, implementação, configuração, suporte técnico, repasse de conhecimento e garantia de atualização das versões**

### Pedido de Esclarecimentos nº 04

Às 15:48h do dia 21 de setembro de 2021, foi recebido pedido de esclarecimento no endereço eletrônico licitacoes@agerio.com.br, conforme descrito a seguir:

*“(...) vem, tempestivamente, de acordo com os termos editalícios, **SOLICITAR ESCLARECIMENTOS** acerca do PREGÃO 07/2021, indicados abaixo.*

#### **I - DESCRIÇÃO DETALHADA – MODALIDADE EXIGIDA**

*Não existe nenhuma restrição para atender a modalidade EA solicitada no Edital em epígrafe com o modelo **CSP**, pois, além de as licenças serem idênticas as do modelo MPESA, este é o modelo mais indicado pra compra do objeto, que atende todas as especificações exigidas, exceto pela descrição dos PartNumbers dos produtos descritos no Edital, que são comercializados por um grupo seletivo de 14 empresas (Lanlink, Brasoftware, SoftwareOne, Processor, Solo Network e Sonda, etc). conforme link abaixo: <https://partner.microsoft.com/pt-br/licensing/Parceiros%20LSP>*

*É importante frisar que a Microsoft indica a modalidade de contrato constante no Edital para empresas com mais de 250 estações de trabalho pelo simples fato de esse modelo oferecer para seus credenciados descontos maiores e NÃO porque outras modalidades não atendam ao objeto licitado ou não possa ser comercializado. Ou seja, as modalidades diversas que serão ofertadas atenderão perfeitamente as necessidades do órgão em todas as características solicitadas, com AS MESMAS CARACTERÍSTICAS TÉCNICAS, DE SUPORTE, DE RENOVAÇÃO e DEMAIS ESPECIFICAÇÕES do solicitado, consideradas tão eficientes quanto o indicado no Edital.&nb sp; Necessário ressaltar 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).

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.

## **II. EXIGÊNCIA DE COMPROVAÇÃO INDEVIDA**

**2.2.6** No setor público, o modelo de atuação do fabricante Microsoft é indireto, através de revendas credenciadas. Portanto, é necessário que a empresa contratada faça parte da rede oficial de fornecedores do fabricante e esteja devidamente habilitada para os contratos de licenciamento por volume Microsoft Products and Services Agreement (MPSA), sendo considerado um Large Solution Partners (LSP).

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. Ora, a consequência direta das exigências em comento é a limitação de participantes. 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).

Assim não é possível exigir do licitante outros documentos além daqueles elencados nos mencionados dispositivos legais.

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. 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'.

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).*

*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).*

*Por todo o exposto, temos que a exigência em comento 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.*

*Ainda, se este r. Órgão manter a exigência descrita no item 12.1.4 alínea b, a licitante entende que ao apresentar Declaração comprovando ter competência SILVER SMALL AND MIDMARKET CLOUD SOLUTIONS (declaração em anexo), atenderá plenamente tal exigência, estando apta a participar deste certame.*

*Além disso, tendo em vista que as licenças solicitadas são subscrição, entendemos que, ao ofertamos CSP atenderemos plenamente ao edital, pois, além de as licenças serem idênticas as do modelo MPSA, este é o modelo mais indicado pra compra do objeto.*

*Estão corretos os nossos entendimentos? (...)*

**A Agência de Fomento do Estado do Rio de Janeiro S.A. – AgeRio, instituição financeira de fomento fiscalizada pelo Banco Central do Brasil – BACEN, sociedade de economia mista cuja personalidade jurídica é de direito privado, dotada de orçamento empresarial próprio e autonomia administrativa e financeira, por intermédio de seu pregoeiro titular, apresenta a resposta aos esclarecimentos formulados pelo interessado:**

## RESPOSTAS:

(I) Em relação ao vosso Pedido de Esclarecimento, apresentamos as respostas a seguir:

1 Relativamente ao questionamento formulado no item nº 1 do pedido de esclarecimento, inicialmente consideramos importante trazer à luz o fato de que este processo de contratação passou minucioso estudo técnico preliminar até que pudesse ser definido um modelo de contratação adequado a ser adotado.

2 Durante o estudo realizado pela equipe técnica de TI da AgeRio, ficou evidente que o sucesso desta contratação depende do êxito na execução (contratação, execução e pagamento) de cada um dos itens listados no termo de referência (Anexo I do Edital).

2.1 Conforme relatado pela área de Tecnologia da Informação da AgeRio, não é difícil entender que a contratação, entrega/execução e pagamento das licenças de nada servirá se não tivermos a correta execução da integralidade dos demais serviços (implementação, migração e treinamento dos usuários).

3 Inclusive este foi um dos motivos fundamentais para que a área de Tecnologia de Informação consolidasse todos os itens em um só lote, uma vez que, desta forma, além de serem reduzidas as chances de fracasso nos lotes menos atrativos, ainda garante-se que a mesma empresa será responsável pela correta e integral execução de todos os itens, evitando o famoso "*finger pointing*" entre diversos fornecedores.

4 Mais um fato importante é que as licenças do produto Office365 são orientadas ao tempo. Então, uma vez ativadas elas têm prazo de validade e é interessante que a empresa comece a utilizar em caráter produtivo o quanto antes.

4.1 Neste sentido qualquer perda de tempo na execução dos demais serviços será, literalmente, desperdício de recursos financeiros.

5 A respeito da menção do requerente de que a modalidade MPSA se trata de "*exigência editalícia que apenas impede a participação de empresas na licitação*", argumentamos que isso não se coaduna com a verdade dos fatos.

5.1 Ora, o produto a ser comercializado é de propriedade da Microsoft e dela depende o seu fornecimento, além de estarem hospedados dentro do ambiente de datacenter do fabricante. Para garantir a AgeRio a possibilidade de correção de problemas que podem vir a ocorrer durante a utilização dos softwares e facilitar a implantação e gestão da solução contratada, é necessária a existência de um vínculo formal entre a empresa contratada e a fabricante Microsoft que garanta estar apta e autorizada a comercializar os produtos e/ou serviços objeto da licitação, na modalidade de licenciamento por volume para instituições governamentais.

5.2 No setor público, o modelo de atuação do fabricante Microsoft é indireto, através de revendas credenciadas. Portanto, é necessário que a empresa contratada faça parte da rede oficial de fornecedores do fabricante e esteja devidamente habilitada para os contratos de licenciamento por volume Microsoft Products and Services Agreement (MPSA), sendo considerado um Large Solution Partners (LSP). Sendo o modelo Microsoft Products and Services Agreement (MPSA), a modalidade por volume em vigor a ser comercializado para contratos abaixo de 500 (quinhentas)

licenças, e que tem a validade de apenas 12 (doze) meses para serviços em nuvem, conforme o objeto proposto.

5.3 Além disso, a Microsoft, por tratar-se de licenciamento específico, tem seus próprios padrões e modelos de contrato que os clientes devem assinar e cumprir para a utilização de seus produtos. Como as normas brasileiras proíbem a assinatura de contrato pela Administração Pública com quem não participou da licitação, a Microsoft criou o credenciamento de parceiros conhecido como Government Partners (GP), que habilita as revendas a assinar contratos nos modelos propostos pelas instituições públicas e o Government Integrator Agreement (GIA), sem a necessidade de que o contrato também seja assinado pela Microsoft. Assim, a instituição pública contratante fica desobrigada a assinar os documentos contratuais junto à Microsoft. Nos demais casos envolvendo empresas privadas como contratantes, os contratos são tripartite (contratante, empresa parceira e Microsoft).

5.4 Assim sendo, nada impede que empresas possam requerer seus registros junto à Microsoft, dentro das próprias regras e normas do fabricante. Aliás, segundo mencionado no pedido de esclarecimento, a requerente alega que os produtos são comercializados por um grupo de 14 (quatorze) empresas, conforme o próprio site do fabricante (<https://partner.microsoft.com/pt-br/licensing/Parceiros%20LSP>).

5.5 Dessa forma, ainda que exista algum nível de restrição, o fabricante poderia, hipoteticamente, habilitar apenas um distribuidor e abrir caminho para que as contratações públicas do objeto pretendido pela AgeRio fossem realizadas com fundamento em inexigibilidade. Entretanto, tendo o fabricante habilitado um total de 14 (quatorze) distribuidores, é razoável supor que há a possibilidade de competição entre as empresas por meio de procedimento licitatório. Inclusive, este também é o entendimento do Tribunal de Contas da União em decisão judicial recente, conforme Acórdão TCU nº 116/2018 – Plenário, cujo trecho colacionamos a seguir:

“(…)

*15. Quanto à alegação de que exigência do credenciamento como “Government Partner” estaria restringindo a concorrência, cumpre esclarecer que a cláusula do edital não se referiu a credenciamento “Government Partner”, mas sim, a necessidade de comprovação de que a licitante poderia fornecer o produto para “instituições governamentais”, o que não poderia deixar de ser exigido para que se garantisse o adimplemento do contrato.*

*16. Ocorre que a Microsoft só autoriza empresas credenciadas GP a fornecerem os seus produtos para instituições públicas. Contra isso, não há como o órgão contratante se opor. Não se pode olvidar que o produto a ser comercializado é de propriedade da Microsoft e dela depende o seu fornecimento. Como afirmou o Secretário da Serur: “se uma empresa ‘pode’ eleger apenas um distribuidor, abrindo-se caminho para a aquisição com inexigibilidade, quem dirá eleger 9 ou 10, abrindo-se a possibilidade de licitação entre elas, embora restrita”.*

*17. Esclareça-se que, segundo a Microsoft, o credenciamento GP visa a possibilitar, depois de uma análise detalhada de requisitos técnicos e de compliance, que a empresa parceira possa assinar contrato direto com a Administração Pública, sem a necessidade de que o contrato também seja assinado pela Microsoft. Nos demais casos, os contratos são tripartite (contratante, empresa parceira e Microsoft). Como as normas brasileiras proíbem a assinatura de contrato pela Administração Pública com quem não participou da licitação, a Microsoft criou o credenciamento GP, ou seja, para cumprir as normas aplicadas à Administração Pública.*



(...)”

6 Adicionalmente, vale registrar, segundo a área de Tecnologia da AgeRio, que, no passado, a Agência já sofreu em razão de problemas ocasionados por fornecedores CSP, aonde foram adquiridas licenças que haviam sido ativadas diversas vezes anteriormente, o que se torna um risco real de desperdício de tempo e recursos. Obviamente não estamos questionando a índole de todos os fornecedores CSP, mas este é um risco que os gestores públicos devem considerar.

7 A respeito dos valores praticados, cabe ressaltar que na modalidade MPSA é possível realizar o pagamento anual e obter um desconto maior, no preço das licenças, sendo que este fato não é possível na modalidade CSP. Assim, é válido reforçar que a modalidade MPSA possui critérios que, em tese, podem permitir a prática de preços ainda mais vantajosos dos que os observados na modalidade CSP. Dessa forma, a observância ao princípio da economicidade também norteou a elaboração do Termo de Referência, perseguindo, portanto, regras que poderão gerar economia ainda maior para a AgeRio.

8 Em relação ao item nº 2 do questionamento formulado, que trata de suposta “*exigência de comprovação indevida*” no subitem 2.2.6 do Termo de Referência, o requerente alega que esta seria uma restrição que “*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.*”. Assim, nos cabe apresentar os seguintes comentários:

a) Em primeiro lugar, a AgeRio não se subordina a Lei Federal nº 8.666/93, mas sim à Lei Federal nº 13.303/2016 (Lei das Estatais) e ao seu próprio Regulamento de Licitações ([https://www.agerio.com.br/wp-content/uploads/2018/08/Regulamento\\_Licitacoes\\_Contratos\\_Aprovado\\_Del\\_117\\_2019.pdf](https://www.agerio.com.br/wp-content/uploads/2018/08/Regulamento_Licitacoes_Contratos_Aprovado_Del_117_2019.pdf)), amplamente divulgado em seu sítio eletrônico.

b) Em segundo lugar, ainda que devesse obediência as ditames da Lei Federal nº 8.666/93, a exigência contida no item 2.2.6 do Termo de Referência (Anexo I ao Edital) não faz parte do rol de documentos exigidos para o momento da habilitação da licitação, conforme item 12 do Edital.

c) Assim, tem-se que tal comprovação não se trata de exigência de habilitação, mas sim de exigência a ser comprovada em momento posterior, permitindo, portanto, que potenciais candidatos interessados possam participar da licitação e, em momento posterior, conforme reza o Edital e o Termo de Referência, possam apresentar tal comprovação. Esta regra, conforme está prevista no instrumento convocatório, permite a possibilidade de ampliação do conjunto de empresas interessadas a participar do certame, atendendo, especialmente, aos princípios da economicidade, da competitividade, e da legalidade. Assim, cumpre esclarecer que o pedido do requerente está incorreto e perdeu seu objeto.

9 Quanto ao pedido do requerente para a manutenção “*da exigência descrita no item 12.1.4 alínea b*”, nos cabe informar que tal item (alínea “b” do item 12.1.4 do Edital) não existe, de modo que não há o que comentar a respeito. Contudo, a respeito do relato do requerente que “*a licitante entende que ao apresentar Declaração comprovando ter competência SILVER SMALL AND MIDMARKET CLOUD SOLUTIONS (declaração em anexo), atenderá plenamente tal exigência, estando apta a participar deste certame*”, apresentamos os seguintes comentários:

a) Embora a empresa tenha que cumprir requisitos técnicos e comerciais para se habilitar como parceiro SILVER SMALL AND MIDMARKET CLOUD SOLUTIONS esta competência ainda não a habilita como um “Government Partner” e, conforme exposto anteriormente neste documento, a utilização de um produto Microsoft, de forma regular, não seria possível sem este requisito atendido.

10 A respeito do relato do requerente, no trecho em que informa que “(...) tendo em vista que as licenças solicitadas são subscrição, entendemos que, ao ofertamos CSP atenderemos plenamente ao edital, pois, além de as licenças serem idênticas as do modelo MPSA, este é o modelo mais indicado pra compra do objeto”, apresentamos os seguintes comentários:

a) Não obstante a tudo o que já foi exaustivamente ratado acima, embora tecnicamente as subscrições sejam as mesmas, conforme também descrito anteriormente neste documento, o modelo MPSA permite que o pagamento seja realizado de forma anual e desta forma se tenha um desconto adicional no valor das licenças. Neste caso, a adoção do modelo MPSA ainda atende ao princípio da economicidade, princípio este a ser sempre observado nas contratações realizadas no âmbito da AgeRio.

(II) Aproveitamos o ensejo para recomendar para que sejam observadas as instruções para o envio de documentos à AgeRio, conforme regras previstas no item 12.7 do Edital.

(III) Por fim, solicitamos para que estejam sempre atentos às notícias e informações divulgadas nos canais oficiais da licitação em epígrafe: Portal de Compras do Governo do Estado do Rio de Janeiro – SIGA ([www.compras.rj.gov.br](http://www.compras.rj.gov.br)); e sítio eletrônico da AgeRio ([www.agerio.com.br](http://www.agerio.com.br)).