

PREGÃO ELETRÔNICO 008/2023

Objeto (resumido):

Contratação de empresa especializada para a prestação de serviço de fornecimento de subscrição de licença de uso do Microsoft Office 365 E3, Microsoft Office E5, Microsoft Power BI Pro, Azure Active Directory Premium P1 e Azure Prepayment que constituem solução de comunicação, colaboração, produtividade, garantia de atualização das versões, créditos a serem utilizados na nuvem de serviços Microsoft, e a prestação de serviço de subscrição (Software Assurance) para produtos Microsoft, com atualização de versão, com consolidação de datas de vigência de contratos

Pedido de Esclarecimentos nº 03

Às 15:35h do dia 05 de outubro de 2023, foi recebido pedido de esclarecimento no endereço eletrônico licitacoes@agerio.com.br, conforme descrito a seguir:

*“(...) vem, de acordo com disposições editalícias e legislação pátria, **SOLICITAR ESCLARECIMENTO** nos termos indicados abaixo.*

I. EXIGÊNCIAS INDEVIDAS

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

2.2.4 Além disso, segundo a Microsoft, por tratar-se de licenciamento específico, ela tem seus próprios padrões e modelos de contrato que os clientes devem assinar e cumprir para a utilização de seus produtos. Como as normas brasileiras proíbem a assinatura de contrato pela Administração Pública com quem não participou da licitação, a Microsoft criou o credenciamento de parceiros conhecido como Government Partners (GP), que habilita as revendas a assinar contratos nos modelos propostos pelas instituições públicas e o Government Integrator Agreement (GIA), sem a necessidade de que o contrato também seja assinado pela Microsoft. Assim, a instituição pública contratante fica desobrigada a assinar os documentos contratuais junto à Microsoft. Nos demais casos envolvendo empresas privadas como contratantes, os contratos são tripartite (contratante, empresa parceira e Microsoft). Maiores detalhes sobre Parceiros LSP e GP Microsoft estão disponíveis no site do fabricante no endereço “<https://partner.microsoft.com/pt-br/licensing/parceiros%20lsp>”.

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, gostaríamos de questioná-los sobre a possibilidade de participação de empresas autorizadas "Microsoft Solution Partner" no modelo CSP, uma vez que em nada influencia essa certificação, não gerando prejuízo nenhum ao contratante, as licenças serão as mesmas. Quando exigem um tipo de qualificação específica, acabam restringindo a ampla participação, deixando de fora empresas extremamente capazes e aptas.

II – POSSIBILIDADE DE OFERTAR MODALIDADE DIVERSA

Não existe nenhuma restrição para atender a modalidade solicitada no Edital em epígrafe com modelo diversa da fabricante Microsoft, que atende todas as especificações exigidas, **em todas as características solicitadas, com AS MESMAS CARACTERÍSTICAS TÉCNICAS, DE SUPORTE, DE RENOVAÇÃO e DEMAIS ESPECIFICAÇÕES, considerado tão eficiente quanto o indicado no Edital.**

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.

Pelo demonstrado acima, infere-se que a exigência de modelo de contratação contida nesse Edital não será a única aceita, fim de adequar o processo licitatório ao Princípios da Ampla Concorrência e da Isonomia, podendo ofertar modalidade diversa ao órgão.

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:

1 Relativamente ao pedido de esclarecimento nº 3, apresentamos as seguintes respostas (elaboradas de acordo com a manifestação técnica da Gerência de Infraestrutura de Tecnologia – GEINF):

2 Primeiramente, chamamos atenção para o fato de que a empresa que formulou o pedido de esclarecimento, ter, em seus questionamentos, fundamentado seus argumentos utilizando como base legal a Lei Federal nº 8.666/1993, quando, na realidade, a Agência de Fomento do Estado do Rio de Janeiro – S.A. – AgeRio, na qualidade de instituição estatal não dependente, se subordina às disposições previstas na Lei Federal nº 13.303/2016 e ao contido em seu próprio Regulamento de Licitações.

3 Em que pese o comentado no item 2 acima, consideramos essencial ressaltar que nem o Edital de Pregão Eletrônico nº 008/2023 e nem seus anexos exigem, como condição a ser apresentada na etapa de habilitação, que o eventual participante da licitação faça parte da rede oficial de fornecedores do fabricante e deverão comprovar que estão devidamente habilitadas para os contratos de licenciamento por volume Enterprise Agreement (EA), sendo considerado um Large Solution Partners (LSP).

3.1 Em resumo, os documentos exigidos na etapa de habitação no certame constam no item 12 do referido instrumento convocatório, e de tal item é possível depreender que não consta tal exigência. Assim, mesmo que a AgeRio adotasse os dispositivos previstos na Lei Federal nº 8.666/93 não os estaria ferindo, uma vez os itens exigidos na fase de habilitação, e que constam no supramencionado Edital, estão contidos na Lei de Licitações.

3.2 Esclarecido esse fato, cumpre destacar que a exigência de que o licitante comprove que faz parte da rede oficial de fornecedores do fabricante, bem como a exigência de que o licitante comprove que está devidamente habilitado para os contratos de licenciamento por volume Enterprise Agreement (EA), sendo considerado um Large Solution Partners (LSP), deverão ser evidenciadas / cumpridas até a data da formalização do contrato.

3.3 Tal fato, por si só, permite que empresas que ainda não estejam habilitadas para os contratos de licenciamento por volume Enterprise Agreement (EA), e que ainda não sejam consideradas Large Solution Partners (LSP), possam requer tal habilitação junto à Microsoft até a data da formalização do contrato com a AgeRio, podendo, portanto, participar da licitação, o que permite fomentar à competitividade, bem como possibilita que a AgeRio possa angariar propostas ainda mais vantajosas.

4 A respeito da Nota Técnica nº 03/2009 da SEFTI/TCU mencionada no pedido de esclarecimento formulado, a própria Nota Técnica abre a possibilidade de requerer exigências, quando estas são necessárias:

“Entendimento III. Nas licitações para contratação de bens e serviços de tecnologia da informação, a decisão pela exigência, em casos excepcionais, de credenciamento das licitantes pelo fabricante deve ser cabalmente justificada no processo licitatório, respeitando-se as particularidades do mercado (Lei nº 9.784/1999, art. 50, inciso I). Nessas situações, o credenciamento deve ser incluído como requisito técnico obrigatório, não como critério para habilitação (Constituição Federal, art. 37, inciso XXI in fine; Lei nº 8.666/1993, arts. 27 a 31vii e Decisão TCU nº 523/1997)”

4.1 Além da supracitada Nota Técnica, vale também colacionar trechos do Acórdão do TCU nº 1116/2018, os quais oferecem esclarecimentos sobre a atuação da Microsoft e a criação de um programa de credenciamento para atendimento à instituições públicas:

“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.”

5 Agora sobre a aludida inclusão de parceiros "Microsoft Solution Partner", recorremos aos documentos da própria Microsoft com as definições dos programas, por meio dos links a seguir:

<https://www.microsoft.com/pt-br/latam-partner-one/news/introducao-de-licencas-de-software-no-cloud-solution-provider-program-csp>
<https://learn.microsoft.com/pt-br/partner-center/billing-basics>

5.1 Antes de reportar os achados consideramos importante trazer à presente resposta algumas definições que norteiam o edital de Pregão Eletrônico nº 008/2023:

a) A AgeRio possui diversas licenças de produtos Microsoft (adquiridas ao longo do tempo) cuja utilização deve seguir algumas regras, de forma a não haver violação dos termos de uso das mesmas.

a.1) Dentre as regras de utilização, seguidas por esta AGÊNCIA, estar com o Software Assurance - S.A. ativo é componente primordial. Por este motivo temos, no supracitado Edital, a contratação de Software Assurance para toda uma gama de produtos.

b) O Edital e seus anexos, incluindo o Termo de Referência, preveem, em várias seções, que a contratação de serviços (tipo Office365 e serviços de Cloud) deverá ser pelo período de 36 meses, com preços fixados e pagamentos realizados anualmente.

b.1) É essencial ressaltar que tais condições de período contratual e valores representam uma vantagem absolutamente gigantesca para a Administração, visto que alterações de valores dos serviços costumam ocorrer anualmente e não seguem um índice de preços pré-estabelecido (como o IPCA/IBGE, IGP-M/FGV etc.), de modo que esta mistura (período contratual do produto x modelo de programa da Microsoft), quando não observada, pode levar a um sério desequilíbrio econômico no contrato, acarretando graves problemas, tanto para a eventual contratada quanto para a AGÊNCIA.

5.2 Dito isto, identificamos nos documentos citados anteriormente, algumas definições que entram em conflito direto com as definições mais importantes do presente Edital de contratação, dentre os quais citamos:

"... No programa CSP, o software é licenciado (L) e não inclui a opção de adicionar o programa de manutenção Software Assurance (SA)..."

"(..)

Listas de preços

As listas de preços são atualizadas mensalmente. As listas de preços de visualização estão disponíveis um mês com antecedência.

(...)

Os preços baseados em licença são garantidos pelo prazo da assinatura, geralmente 12 meses a partir da data de compra. Os preços baseados em uso podem ser alterados mensalmente.

(...)”

5.3 Assim, fica bastante evidente que a aceitação de parceiros integrantes do Programa CSP acarretará um grande risco à presente contratação, face à indisponibilidade de toda uma gama de produtos requeridos assim como a possibilidade de alterações de preços ao longo da execução contratual.

6 Por todo o exposto, entendemos que empresas autorizadas “Microsoft Solution Partner” no modelo CSP poderão participar da licitação, contudo, deverão obrigatoriamente:

a) Como condição essencial à formalização do contrato (e não na fase de habilitação), deverão comprovar que fazem parte da rede oficial de fornecedores do fabricante e deverão comprovar que estão devidamente habilitadas para os contratos de licenciamento por volume Enterprise Agreement (EA), sendo considerado um Large Solution Partners (LSP).

b) Sob pena de prejudicar relevantemente à licitação e/ou à formalização do contrato, deverão orçar, calcular e ofertar seus lances, considerando que fazem parte da rede oficial de fornecedores e que estão devidamente habilitadas para os contratos de licenciamento por volume Enterprise Agreement (EA), sendo considerado um Large Solution Partners (LSP).

7 A respeito da afirmação, da empresa que formulou o pedido de esclarecimento, de que “*não existe nenhuma restrição para atender a modalidade solicitada no Edital em epígrafe com modelo diverso da fabricante Microsoft, que atende todas as especificações exigidas, em todas as características solicitadas, com AS MESMAS*”

CARACTERÍSTICAS TÉCNICAS, DE SUPORTE, DE RENOVAÇÃO e DEMAIS ESPECIFICAÇÕES, considerado tão eficiente quanto o indicado no Edital", convém tecer alguns comentários.

7.1 Entendemos que a interessada talvez deseje ofertar produtos semelhantes, mas de outros fabricantes que não a Microsoft. Assim, é importante chamar atenção para alguns fatos que norteiam a presente contratação:

a) A aquisição de Software Assurance para produtos Microsoft só pode ser realizada através da própria Microsoft, não havendo a menor possibilidade de contratação adversa a isto.

b) Sobre todos os demais produtos, é sabido que a agência já possui uma vasta biblioteca de artefatos produzidos utilizando tecnologia Microsoft e sabidamente exemplos como planilhas de excel contendo macros ou apresentações em PowerPoint, não interoperam bem em produtos similares. Não é exagero afirmar que hoje uma macro em uma planilha não funcionar pode paralisar parte importante da operação da Agência.

b.1) Devemos considerar ainda que para serviços como o Exchange On-Line, Teams, lists, Onedrive/Sharepoint entre diversos outros, o esforço de migração seria praticamente incalculável em termos de esforço, tempo (com eventual Downtime) e valores.

c) Outro ponto adicional, produtos como o Google Workspaces além de ter valor da licença mais elevado, operam 100% em nuvem o que requer uma conexão com a internet ativa todo o tempo, situação está que não existe nas licenças Office365 requeridas no presente edital.

8 Assim, diante do exposto acima, entendemos que a afirmação de que "*não existe nenhuma restrição para atender a modalidade solicitada no Edital em epígrafe com modelo diversa da fabricante Microsoft*", proferida pela interessada, não é verdadeira, visto que existem diversas restrições e, por este motivo, o entendimento da interessada não está correto.

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

10 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); e sítio eletrônico da AgeRio (www.agerio.com.br).