



RESPOSTA A IMPUGNAÇÃO A EDITAL DE LICITAÇÃO

PREGÃO ELETRÔNICO Nº 45/2020 - UASG 926302

OBJETO: **Prestação de serviços de garantia e suporte técnico do fabricante**, para o software “Data Protector”, do fabricante “Microfocus”, da solução de backup utilizada no Datacenter do Ministério público do Estado da Bahia, pelo período de 36 (trinta e seis) meses, conforme condições estabelecidas neste edital e seus anexos.

PROC. SIMP nº 003.0.11065/2020

DECISÃO Nº 15/2020

Trata-se de impugnação ao Edital do pregão eletrônico acima mencionado, apresentado pela senhora **CARLA PATRICIA CARVALHO DA SILVA**, portadora do CPF nº **855.883.004-59**, em nome da empresa **Pisontec Comércio e Serviços em Tecnologia da Informação Eireli**, com sede à Eireli Av. Presidente Getúlio Vargas, 1038 - SI 03 - Bairro Novo - Olinda/PE CEP: 53.030-010, inscrita no CNPJ sob o nº **12.007.998/0001-35**.

1. DA ADMISSIBILIDADE DO PEDIDO

A previsão legal do instituto da impugnação de instrumento convocatório em processo licitatório na modalidade pregão eletrônico, no âmbito do Estado da Bahia, jaz na Lei Estadual nº 9.433/2005, artigo 118, que foi alterado pela Lei Estadual nº 14.272/2020 de 22/07/2020; e o no Decreto Estadual nº 19.896/2020, art. 13, conforme os excertos seguintes:

Lei Estadual nº 9.433/2005:

Art. 118 - *Precederá à abertura da sessão pública de pregão, presencial ou eletrônico o seguinte procedimento:*

(...)

III - qualquer pessoa poderá impugnar os termos do edital do pregão, ou solicitar esclarecimentos referentes ao processo licitatório, até 03 (três) dias úteis anteriores à data fixada para abertura da sessão pública, observado o disposto no regulamento, cabendo ao pregoeiro decidir sobre a impugnação ou responder os pedidos de esclarecimentos, no prazo de 02 (dois) dias úteis, contados da data de recebimento da impugnação; (...)

Decreto Estadual nº 19.896/2020:

Art. 13 - *Qualquer pessoa poderá impugnar os termos do edital do pregão, na forma prevista no edital, até 03 (três) dias úteis anteriores à data fixada para abertura da sessão pública. (...)*

(grifamos)

Em semelhantes termos, consigna o **item 1 da PARTE V** do instrumento convocatório ora impugnado que:

1. Qualquer cidadão ou licitante poderá *impugnar* o ato convocatório do pregão, ou solicitar *esclarecimentos* acerca dos seus termos e condições, no prazo de até 3 (três) dias úteis anteriores à data fixada para abertura da sessão pública.

1.1. A petição deverá ser dirigida a(o) pregoeiro(a) responsável pela condução do certame, podendo ser encaminhada na forma eletrônica, através do e-mail: licitacao@mpba.mp.br, até as 23:59h do último dia do prazo, ou protocolada na Sede do Parquet situada à 5ª Avenida, nº 750, 1º andar, sala nº 104, Centro Administrativo da Bahia Salvador – BA, CEP: 41.745-004, até às 19 (dezenove) horas do último dia do prazo (observado o horário de funcionamento do protocolo do MPBA). (...)

1.2. A *impugnação* deverá ser datada e assinada pelo postulante ou pelo seu representante legal, e conter, obrigatoriamente, os seguintes requisitos, sob pena de não conhecimento:

1.2.2. Para subscritor pessoa jurídica:

- a) *Qualificação do postulante, com indicação de razão social, número de cadastro junto ao CNPJ/RFB e sede (matriz ou filial);*
- b) *Nome completo e número de cadastro junto ao CPF/RFB do representante legal;*



- c) *Cópia do instrumento de mandato ou ato constitutivo, que comprove a competência do representante legal para postular em nome da pessoa jurídica;*
- d) *Indicação de cláusula(s)/item(ns) editalício(s) impugnado(s) e exposição de fatos e fundamentos; (...)*

Por outro lado, as peças recursais *lato sensu*, nestas abrangidas a impugnação, ao serem interpostas, devem respeitar os seguintes requisitos formais, dispostos no art. 15 da Lei Estadual nº 12.209/2011:

Art. 15 - O requerimento inicial, devidamente datado e assinado pelo postulante ou pelo seu representante legal, será formulado por escrito e conterá os seguintes requisitos:

I - órgão ou autoridade administrativa a que se dirige;

II - qualificação do postulante, com indicação do domicílio;

III - instrumento de mandato, quando assistido por representante legal;

IV - local para recebimento das comunicações, inclusive endereço eletrônico, se for o caso;

V - pedido, com exposição dos fatos e fundamentos;

VI - indicação das provas que pretende ver juntadas aos autos e que se encontrem em poder do órgão ou entidade competente para apreciação do pedido.

(...)

A par dos regramentos de admissibilidade acima explicitados, em sucinto exame preliminar acerca do pedido de impugnação formulado, tem-se que:

1.1 TEMPESTIVIDADE: A data de abertura da sessão pública do certame, no sistema Compras Governamentais, foi marcada originalmente para ocorrer em 02/12/2020, conforme extrato publicado no Diário da Justiça Eletrônico nº 2.743, do dia 20/11/2020. Assim, conforme a condição decadente de lastro temporal, estabelecida no inciso III do artigo 118 da Lei Estadual nº 9.433/2005, alterado pela Lei Estadual nº 14.272/2020, o prazo-limite para envio de impugnações por e-mail se encerrou às 23:59 do dia 27/11/2020. Deste modo, o pedido de impugnação em exame foi protocolizado **tempestivamente, posto que recebido no meio eletrônico exigido no instrumento convocatório em 27/11/2020 às 17 horas e 38 minutos.**

1.2 LEGITIMIDADE: Entende-se que a empresa é parte legítima, por interpretação extensiva do §1º do artigo 201 da Lei Estadual nº 9.433/2005.

1.3 FORMA: o pedido da recorrente foi formalizado por meio previsto em Edital (e-mail), em forma de arrazoadado com identificação do ponto a ser atacado, com fundamentação e com qualificação da empresa e da pessoa indicada como representante legal, através da juntada de contrato social.

Conclui-se que, com base nos requisitos legais pertinentes, o pedido de impugnação de Edital apresentado por **CARLA PATRICIA CARVALHO DA SILVA**, portadora do CPF nº 855.883.004-59, em nome da empresa **Pisontec Comércio e Serviços em Tecnologia da Informação Eireli**, não possui vícios formais prejudiciais à sua admissibilidade.

2. DAS ALEGAÇÕES DA PETICIONANTE

A impetrante apresentou pedido de impugnação do Edital, atacando os itens abaixo negritados, constantes no instrumento convocatório:

Parte III, Seção II, item 5, alínea c do Edital:

5. Documentação a ser anexada pela(s) licitante(s), através do campo "INCLUIR ANEXO DA PROPOSTA", quando do cadastramento inicial da oferta em sistema (antes da abertura da sessão pública):

(...)

c) COMPROVAÇÃO DE REVENDA AUTORIZADA - Apresentar documento emitido pelo fabricante Micro Focus, que comprove que a licitante é um parceiro oficial habilitado a comercializar os itens que compõem o certame para órgãos públicos. (grifamos)



Parte II, Seção III, item 10 do Edital:

10. A COMPROVAÇÃO DE REVENDA AUTORIZADA (cláusula 5, "c", da Seção II desta Parte do Edital) deverá ser capaz de comprovar que a licitante se enquadra como parceiro oficial da fabricante Micro Focus, de modo a estar habilitado para comercializar para órgãos públicos. (grifamos)

Conforme se depreende da leitura dos subitens, trata-se de documentação exigida para comprovação de que a licitante se enquadra como parceiro oficial da fabricante Micro Focus, estando assim habilitada pelo mesmo a comercializar os itens que compõem o objeto da contratação, qual seja um serviço prestado pelo próprio fabricante da solução Data Protector.

Para tanto, a empresa ora impugnante fundamenta seu pedido com base no art. 37, inciso XXI da Constituição Federal, no caput dos artigos 27, 30 e 31 da Lei 8.666/1993, nos Acórdãos 5.508/2009, 1.745/2009 e 1.731/2008 do Tribunal de Contas da União.

Sustenta o requerimento, em apertada síntese, de 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. Aduz, ademais, que as exigências editalícias questionadas seriam excessivas e poderiam restringir de forma indevida a competitividade.

Por fim, requer o deferimento em sua totalidade da impugnação impetrada, e que o Edital de Licitação seja REVOGADO e devidamente revisto quanto as alegações fundamentadas na presente impugnação.

3. DA ANÁLISE DO PEDIDO

A exigência contida no item impugnado exige do licitante a apresentação, em conjunto com a proposta de preços, de declaração do fabricante confirmando a existência de relação de parceria comercial e técnica do licitante.

Inicialmente, impende-nos observar a ausência de supremacia entre os princípios norteadores da Administração Pública. Em outras palavras, inexistente princípio supremo ou absoluto, **nem mesmo o da ampla competitividade**, destacado no pedido sob comento. Nesse diapasão, *exempli gratia*, podemos citar o voto do Relator do Acórdão 1890/2010-TCU/Plenário:

ACÓRDÃO 1890/2010 – PLENÁRIO

Sumário: REPRESENTAÇÃO. SUPOSTA RESTRIÇÃO AO CARÁTER COMPETITIVO DO CERTAME LICITATÓRIO. SOLICITAÇÃO DE MEDIDA CAUTELAR. CONHECIMENTO. IMPROCEDÊNCIA. NEGATIVA DE CONCESSÃO DA CAUTELAR PLEITEADA. ARQUIVAMENTO DOS AUTOS. CIÊNCIA AOS INTERESSADOS. (...)

Voto: (...)

15. Não há como negar que a **Administração, atentando especialmente para o interesse coletivo, tem o poder-dever de exigir em suas contratações os requisitos considerados indispensáveis à boa e regular execução do objeto que constituirá encargo da futura contratada.** (...)

17. De mais a mais, **o princípio que refuta a restrição ao caráter competitivo não é absoluto**, representando essencialmente a expressão sintetizada de uma orientação vista em caráter de generalidade.

18. Aliás, ao interpretar a norma que veda a imposição de restrições ao caráter competitivo nos atos de convocação (art. 3º, § 1º, inciso I, da Lei nº 8.666/1993), Marçal Justen Filho sustenta que **"o dispositivo não significa vedação a cláusulas restritivas da participação", ponderando que ele "não impede a previsão de exigências rigorosas, nem impossibilita exigências que apenas possam ser cumpridas por específicas pessoas"** (in Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 3ª ed. Aide Editora, 1994, p. 36).

19. **Ainda de acordo com o renomado administrativista, a lei veda, na verdade, é "cláusula desnecessária ou inadequada, cuja previsão seja orientada não a selecionar a proposta mais**



vantajosa, mas a beneficiar alguns particulares". Segundo o autor, "se a restrição for necessária para atender ao interesse público, nenhuma irregularidade existirá em sua previsão" (obra citada, p. 36).

20. É dizer, a invalidade não reside na restrição em si mesma, mas na incompatibilidade dessa restrição com o objeto da licitação. Assim, o que importa saber é se a restrição é desproporcional às necessidades da Administração, ou seja, se ela atende ou não ao interesse público, este considerado sempre indisponível. (...) (grifamos)

Observa-se, portanto, que podem ser legítimas e legalmente respaldadas exigências relativas ao objeto da licitação ou aos licitantes, desde que tais condições sejam necessárias, relevantes e razoáveis, e possam ser justificadas pela Administração.

Nesse diapasão, cumpre-nos transcrever as justificativas técnicas, apontadas pela Diretoria de Tecnologia da Informação no item 11.2.3 do Termo de Referência (Anexo III do Edital), para a exigência de comprovação de existência de relação de parceria comercial e técnica do licitante com o fabricante, formalizada mediante declaração ou documento juridicamente afim:

11.2 Documentação a ser apresentada em conjunto com a proposta de preços:

11.2.1 A proposta comercial deverá incluir a descrição do produto, bem como, part numbers, quantidades adquiridas e período de vigência para melhor identificação e avaliação do setor requisitante.

11.2.2 Apresentar documento emitido pelo fabricante Micro Focus, podendo ser declaração, carta oficial, página de site oficial do fabricante, comprovando que seja um parceiro oficial habilitado a comercializar os itens que compõem o certame para órgãos públicos, sob pena da contratação não poder ser efetivada.

11.2.3 Justifica-se a exigência em razão da natureza do objeto da contratação, qual seja um serviço prestado pelo próprio fabricante da solução. Neste sentido, considerando que o fabricante Micro Focus não vende seus produtos diretamente para a Administração Pública - atuando através de parceiros autorizados, faz-se necessário comprovar, na licitação, que as licitantes possuem vínculo (autorização) do fabricante da solução Data Protector para revender seus produtos, de modo a assegurar que a execução contratual efetivamente ocorrerá através deste. (grifamos)

Ante à clara existência de fundamentação técnica para a exigência constante no instrumento convocatório, não há que se falar em injustificado cerceamento de concorrência, nem tão pouco em descumprimento dos princípios e regras que regem a atuação da Administração Pública.

Por fim, impende-nos destacar que o aludido posicionamento do Tribunal de Contas da União, inclusive conforme Acórdãos 5.508/2009, 1.745/2009 e 1.731/2008 do Tribunal de Contas da União, citados pela peticionante, é no sentido de que a declaração de solidariedade do fabricante do produto constitui cláusula restritiva ao caráter competitivo das licitações, sendo descabida tal exigência **como condição de habilitação (fase de habilitação)**. Nessa mesma esteira, os diplomas legais apontados pela impugnante (art. 37, inciso XXI da Constituição Federal e caput dos artigos 27, 30 e 31 da Lei 8.666/1993), discorrem sobre a limitação de exigências de habilitação.

No entanto, verifica-se que o instrumento convocatório não exige a declaração do fabricante como condição de habilitação, mas sim de **classificação (fase de apresentação de proposta)**, conforme itens do Edital e Anexo III transcritos a seguir:

No Edital:

PARTE II – DA PROPOSTA DE PREÇOS E DOS DOCUMENTOS CORRELATOS

SEÇÃO II – DO ENVIO DOS ARQUIVOS DA PROPOSTA DE PREÇOS E DOS DOCUMENTOS CORRELATOS



5. Documentação a ser anexada pela(s) licitante(s), através do campo “INCLUIR ANEXO DA PROPOSTA”, quando do cadastramento inicial da oferta em sistema (antes da abertura da sessão pública):

- a) O documento de **PROPOSTA DE PREÇOS**, de acordo com as regras e condições constantes na SEÇÃO III desta PARTE II deste edital, e preferencialmente conforme modelo constante no Modelo de Proposta - ANEXO I deste edital;
- b) **DECLARAÇÃO DE ADEQUAÇÃO À RESOLUÇÃO Nº 37/2019 – CNMP (Conselho Nacional do Ministério Público)**;
- c) **COMPROVAÇÃO DE REVENDA AUTORIZADA** - Apresentar documento emitido pelo fabricante Micro Focus, que comprove que a licitante é um parceiro oficial habilitado a comercializar os itens que compõem o certame para órgãos públicos.

SEÇÃO III – DAS ESPECIFICAÇÕES PARA ELABORAÇÃO DA PROPOSTA DE PREÇOS E APRESENTAÇÃO DE DOCUMENTOS CORRELATOS

10. A COMPROVAÇÃO DE REVENDA AUTORIZADA (cláusula 5, “c”, da Seção II desta Parte do Edital) deverá ser capaz de comprovar que a licitante se enquadra como parceiro oficial da fabricante Micro Focus, de modo a estar habilitado para comercializar para órgãos públicos.

10.1 Para atendimento à comprovação acima exigida, admitir-se-á a apresentação de declaração, carta oficial ou página de site oficial do fabricante Micro Focus.

No Anexo III – Termo de Referência:

11.2 Documentação a ser apresentada em conjunto com a proposta de preços:

11.2.1 A proposta comercial deverá incluir a descrição do produto, bem como, part numbers, quantidades adquiridas e período de vigência para melhor identificação e avaliação do setor requisitante.

11.2.2 Apresentar documento emitido pelo fabricante Micro Focus, podendo ser declaração, carta oficial, página de site oficial do fabricante, comprovando que seja um parceiro oficial habilitado a comercializar os itens que compõem o certame para órgãos públicos, sob pena da contratação não poder ser efetivada. (grifamos)

Inclusive, a exigência ora questionada pela impugnante, foi analisada e chancelada previamente ao lançamento do edital pelo assessoramento jurídico responsável deste Ministério Público do Estado da Bahia, através do parecer nº 652/2020 constante nos autos do processo, conforme transcrito a seguir:

III.III Da justificativa para a declaração do fabricante:

É possível observar da cláusula 11.2.2 do Termo de Referência a exigência de documento emitido pelo fabricante Micro Focus.
(...)

Nada obstante, o próprio Tribunal de Contas da União tem reconhecido a possibilidade de tal exigência, em casos excepcionais, devidamente justificados:

18. A exigência de declaração do fornecedor como requisito de habilitação somente pode ser aceita em casos excepcionais, quando se revelar necessária à execução do objeto contratual, situação em que deverá ser adequadamente justificada de forma expressa e pública, por ser



requisito restritivo à competitividade. (TCU. **Acórdão nº. 2.537/2015**-Plenário. Rel. Min. Vital do Rêgo. Data da sessão: 15/10/2015.)

Em outros acórdãos, aquela Egrégia Corte de Contas decidiu que:

A comprovação de credenciamento ou parceria junto a fabricantes, **quando imprescindível e desde que devidamente motivada**, deve ser exigida como **requisito técnico obrigatório da contratada e não como requisito de habilitação das licitantes**. Nas licitações para contratação de serviços de TI, **é irregular** a exigência de declaração de credenciamento de fabricantes de hardware e software como requisito de habilitação técnica **sem expressa justificativa** no processo licitatório e sem prévio exame do impacto dessa exigência na competitividade do certame. (TCU. **Acórdão 926/2017**-Plenário (Representação, Relator Ministro Aroldo Cedraz).

A exigência de **declaração do fabricante** atestando que a licitante está autorizada a comercializar os seus equipamentos e capacitada a prestar o suporte técnico necessário, como **requisito de habilitação, somente é admitida em casos excepcionais, quando for imprescindível à execução do objeto, situação que deverá ser tecnicamente justificada no processo licitatório**. (TCU. **Acórdão 2301/2018** Plenário (Representação, Relator Ministro José Múcio Monteiro). **Acórdão 2613/2018** Plenário (Representação, Relator Ministro Vital do Rêgo).

Equivale dizer, em alguns casos a Corte de Contas considera a exigência ilegal, mas entende possível, **excepcionalmente**, a exigência, desde que cabalmente justificada no procedimento.

Importante destacar a seguinte Nota Técnica da Secretaria de Fiscalização de Tecnologia da Informação (SEFTI) do Tribunal de Contas da União:

NOTA TÉCNICA SEFTI-TCU Nº. 03/2009:

(...)

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).

Verifica-se, assim, que há divergência acerca do momento da exigência dos documentos de terceiros, como é o caso da declaração do fabricante, ora entendendo como **requisito técnico**, ora como **requisito de habilitação**.

Analisando, contudo, os apontamentos realizados pelo Egrégio Tribunal de Contas da União, verifica-se que a possibilidade de se exigir ou não a declaração do fabricante está umbilicalmente ligada à **justificativa** apresentada pela área técnica.

Equivale dizer, não nos parece lícito supor que o legislador tenha desejado que a Administração Pública seja obrigada a contratar bens e serviços cuja execução se revele de má qualidade ou, mesmo, reste prejudicada.

(...)

Por derradeiro, é importante destacar que a Medida Provisória nº. 961/2020, convertida na Lei nº. 14.065/2020, em seu art. 1º, inciso III, permitiu a aplicação do Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), de que trata a Lei nº. 12.462/2011, para licitações e contratações de quaisquer obras, serviços, compras e alienações, enquanto perdurar o estado de calamidade pública decorrente do novo coronavírus (mas não apenas aos objetos contratuais relacionados à COVID-19).



De acordo com o art. 7º, inciso IV, da referida Lei, é permitida a exigência de carta de solidariedade emitida pelo fabricante, que assegure a execução do contrato, no caso de licitante revendedor ou distribuidor.

(...)

No caso concreto, é possível extrair dos autos a justificativa apresentada pela área técnica, nos termos da cláusula 11.2.3 do Termo de Referência, in verbis:

Justifica-se a exigência em razão da natureza do objeto da contratação, qual seja, um serviço prestado pelo próprio fabricante da solução. Nesse sentido, considerando que o fabricante Micro Focus não vende seus produtos diretamente para a Administração - atuando através de parceiros autorizados, faz-se necessário comprovar, na licitação, que as licitantes possuem vínculo (autorização) do fabricante da solução Data Protector para revender seus produtos, de modo a assegurar que a execução contratual efetivamente ocorrerá através deste. (fl. 84-v)

(...)

4. CONCLUSÃO

Diante do exposto, recebo a impugnação interposta pela empresa **Pisontec Comércio e Serviços em Tecnologia da Informação Eireli**. Ato contínuo, no mérito, com base nas razões de fato e de direito acima desenvolvidas, amparado pelo parecer técnico-jurídico nº 652/2020 e à luz dos argumentos apresentados pela área técnica competente, decido pela **IMPROCEDÊNCIA TOTAL** dos pedidos, **DENEGANDO-LHE PROVIMENTO**.

Por conseguinte, mantenho o Edital em seus termos originais, bem como o dia 02 de dezembro de 2020, às 09 horas (horário de Brasília), para a realização da sessão referente ao Pregão Eletrônico nº 45/2020.

Nada mais havendo a informar, publique-se a resposta no sistema compras governamentais do governo federal e no sítio eletrônico deste Ministério Público, para conhecimento dos interessados.

Salvador, 30/11/2020.

Christian Heberth
Pregoeiro Oficial
DCCL – Coordenação de Licitações
Fim do Documento–