Empresa interessada em participar da licitação encaminhou, tempestivamente, o seguinte pedido de esclarecimento:

I. EXIGÊNCIAS INDEVIDAS

"Declaração ou documento da fabricante que comprove estarem autorizadas a comercializar hardware, licenças e suporte objeto deste certame;
b. Certificado de Rotulagem Ambiental emitido pela ABNT ou certificado emitido por organismo acreditado pelo Cgcre (INMETRO) que assegure a conformidade com a Diretiva ROHS ou Autodeclaração de conformidade emitida pela organização atestando a conformidade com a Diretiva ROHS."

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).*

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).

Ainda, se mantida esta exigência, a mesma deverá vir acompanhada de justificativa expressa para tanto, bem como, ser requisitada apenas da empresa Contratada e não como documento de habilitação do Licitante participante do certame. Vejamos recente acórdão neste sentido.

Acórdão 920/2022 Plenário (Representação, Relator Ministro Vital do Rêgo)
Licitação. Qualificação técnica. Exigência. Credenciamento. Fabricante. Contratação.
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, eis que potencialmente contribui para reduzir o caráter competitivo do certame, à medida que afasta empresas não parceiras do fabricante.

Por todo o exposto, temos que a exigência em comento não esta 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 desconsiderada.

II – SOLUÇÃO DIVERSA

Entendemos que ao ofertarmos solução de FIREWALL de outra marca que atenda as especificações técnicas, suporte técnico, serviço de manutenção, treinamento e demais exigências do edital, as quais possuem qualidades iguais ou superiores, **atenderemos ao objeto solicitado no r. edital** .

III - DO PROFISSIONAL NO ATO DA CONTRATAÇÃO

ITENS EDITAL

"As licitantes deverão comprovar que possuem em seu quadro funcional, profissional que possua a certificação da fabricante Palo Alto denominada PCNSE - Palo Alto Networks Certified Network Security Engineer. Tal profissional deverá ser o responsável pela implantação da solução;"

Por se tratar de profissional especialista no assunto com registro no conselho profissional, nem todas as empresas têm de forma permanente em seu quadro todos os especialistas de todas as áreas e com todas as certificações.
Também é possível verificar que já existe decisão do TCU contra essa prática.

> *Acórdão 12879/2018 - Primeira Câmara Data da sessão 16/10/2018*
> *Relator AUGUSTO SHERMAN Área Licitação*
> *Tema Qualificação técnica Subtema Exigência*
> *Enunciado. Configura restrição ao caráter competitivo da licitação a exigência, para fins de comprovação da capacidade técnico-profissional (art. 30, § 1º, inciso I, da Lei 8.666/1993), da demonstração de vínculo societário ou empregatício, por meio de carteira de trabalho, do responsável técnico com a empresa licitante,* ***sendo suficiente a comprovação da disponibilidade do profissional mediante contrato de prestação de serviços, sem vínculo trabalhista e regido pela legislação civil.***

Assim, ao invés da apresentação de profissional certificado no quadro de funcionário da Licitante, pode-se exigir uma Declaração de Compromisso de apresentação dos profissionais com as devidas certificações e experiência necessárias no ato da assinatura do contrato, ou seja, a **apresentação de Profissionais Certificados integrantes no quadro de funcionários da Licitante, deve ser realizada apenas no ato da assinatura do contrato, sendo aceitos profissionais certificados cuja contratação se dê por prestação de serviço, sem vínculo trabalhista com a Licitante.**
Estão corretos os nossos entendimentos?

Agradecemos sua atenção, permanecendo no aguardo de breve resposta.

RESPOSTA

Submetido o pedido de esclarecimentos para o setor responsável, este assim se manifestou:

I. EXIGÊNCIAS INDEVIDAS
"Declaração ou documento da fabricante que comprove estarem autorizadas a comercializar hardware, licenças e suporte objeto deste certame;
b. Certificado de Rotulagem Ambiental emitido pela ABNT ou certificado emitido por organismo acreditado pelo Cgcre (INMETRO) que assegure a conformidade com a Diretiva ROHS ou Autodeclaração de conformidade emitida pela organização atestando a conformidade com a Diretiva ROHS."

RESPOSTA:

O entendimento está incorreto. Segundo o programa global de parcerias da fabricante Palo Alto Networks Ltda, denominado "Nextware Partner Program", a comercialização de seus produtos e serviços é permitida apenas através de empresas credenciadas e ativas nesse programa. Tal informação foi previamente

formalizada pela subsidiária “PALO ALTO NETWORKS BRASIL LTDA” por meio de declaração encaminhada ao TREMG e anexa ao processo SEI Nº 0010316-30.2021.6.13.8000, documento Nº 3232679. (Este documento está disponível para consulta no site do TRE-MG, link https://www.tre-mg.jus.br/transparencia-e-prestacao-de-contas/licitacoes/copy3_of_editais-2019).
Portanto, a inclusão de tal exigência é importante para assegurar a participação apenas de licitantes capazes de efetuar pedidos junto à fabricante e garantir o bom fornecimento dos produtos e serviços objetos dessa licitação.

Por sua vez a exigência de conformidade com a Diretiva RoHs está em consonância com a recomendação da Instrução Normativa nº 01/2010 do MPOG.

Cumpre ressaltar que os documentos estão sendo exigidos juntamente com a apresentação da proposta e não como critério de habilitação.

II – SOLUÇÃO DIVERSA
Entendemos que ao ofertarmos solução de FIREWALL de outra marca que atenda as especificações técnicas, suporte técnico, serviço de manutenção, treinamento e demais exigências do edital, as quais possuem qualidades iguais ou superiores, **atenderemos ao objeto solicitado no r. edital** .

RESPOSTA:

O entendimento está incorreto. A solução de Firewall deverá ser da fabricante Palo Alto devido às fundamentações e justificativas contidas no Anexo I “Termo de Referência” do Edital do Pregão.

III - PROFISSIONAL NO ATO DA CONTRATAÇÃO
ITENS EDITAL
“As licitantes deverão comprovar que possuem em seu quadro funcional, profissional que possua a certificação da fabricante Palo Alto denominada PCNSE - Palo Alto Networks Certified Network Security Engineer. Tal profissional deverá ser o responsável pela implantação da solução;”

RESPOSTA:

O entendimento está incorreto. No Tópico 4.2. “REQUISITOS DE QUALIFICAÇÃO TÉCNICO-PROFISSIONAL”, Item II, letras “B” e “D” do Anexo I do Edital do Pregão informam que o vínculo do profissional poderá também ser comprovado mediante a apresentação do contrato de Trabalho em que conste o Proponente como contratante ou mediante a apresentação da declaração de contratação **futura** do profissional detentor do certificado apresentado, desde que acompanhada de declaração de anuência do profissional, ou seja, é possível a apresentação de contrato de prestação de serviços ou apenas de declaração de contratação futura. Essas alternativas possibilitam a contratação da prestação de serviços junto a profissional certificado sem que haja o vínculo trabalhista com a licitante, porém regido pela legislação civil.

São Paulo, 19 de agosto de 2022

Ao
TRE-TRIBUNAL REGINAL ELEITORA/MG

UASG: 070014
Número do Pregão: 612022

Em nome da PALO ALTO NETWORKS BRASIL LTDA. inscrita no CNPJ/MF nº 15.740.906/0001-10, subsidiária local da Palo Alto Networks Inc, declaramos que de acordo com nosso programa global de parcerias (Nextwave Partner Program), a comercialização de nossos produtos e serviços é permitida apenas através de empresas credenciadas e ativas em nosso programa.

Atenciosamente,

Alessandra Regina Barea
Channel Business Manager, Brasil
Telefone: 11-99795-7955
Email: abarea@paloaltonetworks.com

Esclarecimento 30/09/2022 14:12:05

Empresa interessada em participar da licitação encaminhou, tempestivamente, o seguinte pedido de esclarecimento: I. EXIGÊNCIAS INDEVIDAS "Declaração ou documento da fabricante que comprove estarem autorizadas a comercializar hardware, licenças e suporte objeto deste certame; b. Certificado de Rotulagem Ambiental emitido pela ABNT ou certificado emitido por organismo acreditado pelo Cgcre (INMETRO) que assegure a conformidade com a Diretiva ROHS ou Autodeclaração de conformidade emitida pela organização atestando a conformidade com a Diretiva ROHS." 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). 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). Ainda, se mantida esta exigência, a mesma deverá vir acompanhada de justificativa expressa para tanto, bem como, ser requisitada apenas da empresa Contratada e não como documento de habilitação do Licitante participante do certame. Vejamos recente acórdão neste sentido. Acórdão 920/2022 Plenário (Representação, Relator Ministro Vital do Rêgo) Licitação. Qualificação técnica. Exigência. Credenciamento. Fabricante. Contratação. 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, eis que potencialmente contribui para reduzir o caráter competitivo do certame, à medida que afasta empresas não parceiras do fabricante. Por todo o exposto, temos que a exigência em comento não esta 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 desconsiderada. II – SOLUÇÃO DIVERSA Entendemos que ao ofertarmos solução de FIREWALL de outra marca que atenda as especificações técnicas, suporte técnico, serviço de manutenção, treinamento e demais exigências do edital, as quais possuem qualidades iguais ou superiores, atenderemos ao objeto solicitado no r. edital . III - DO PROFISSIONAL NO ATO DA CONTRATAÇÃO ITENS EDITAL "As licitantes deverão comprovar que possuem em seu quadro funcional, profissional que possua a certificação da fabricante Palo Alto denominada PCNSE - Palo Alto Networks Certified Network Security Engineer. Tal profissional deverá ser o responsável pela implantação da solução;" Por se tratar de profissional especialista no assunto com registro no conselho profissional, nem todas as empresas têm de forma permanente em seu quadro todos os especialistas de todas as áreas e com todas as certificações. Também é possível verificar que já existe decisão do TCU contra essa prática. Acórdão 12879/2018 - Primeira Câmara Data da sessão 16/10/2018 Relator AUGUSTO SHERMAN Área Licitação Tema Qualificação técnica Subtema Exigência Enunciado. Configura restrição ao caráter competitivo da licitação a exigência, para fins de comprovação da capacidade técnico-profissional (art. 30, § 1º, inciso I, da Lei 8.666/1993), da demonstração de vínculo societário ou empregatício, por meio de carteira de trabalho, do responsável técnico com a empresa licitante, sendo suficiente a comprovação da disponibilidade do profissional mediante contrato de prestação de serviços, sem vínculo trabalhista e regido pela legislação civil. Assim, ao invés da apresentação de profissional certificado no quadro de funcionário da Licitante, pode-se exigir uma Declaração de Compromisso de apresentação dos profissionais com as devidas certificações e experiência necessárias no ato da assinatura do

contrato, ou seja, a apresentação de Profissionais Certificados integrantes no quadro de funcionários da Licitante, deve ser realizada apenas no ato da assinatura do contrato, sendo aceitos profissionais certificados cuja contratação se dê por prestação de serviço, sem vínculo trabalhista com a Licitante. Estão corretos os nossos entendimentos? Agradecemos sua atenção, permanecendo no aguardo de breve resposta.

Fechar

Resposta 30/09/2022 14:12:05

Submetido o pedido de esclarecimentos para o setor responsável, este assim se manifestou: I. EXIGÊNCIAS INDEVIDAS "Declaração ou documento da fabricante que comprove estarem autorizadas a comercializar hardware, licenças e suporte objeto deste certame; b. Certificado de Rotulagem Ambiental emitido pela ABNT ou certificado emitido por organismo acreditado pelo Cgcre (INMETRO) que assegure a conformidade com a Diretiva ROHS ou Autodeclaração de conformidade emitida pela organização atestando a conformidade com a Diretiva ROHS." RESPOSTA: O entendimento está incorreto. Segundo o programa global de parcerias da fabricante Palo Alto Networks Ltda, denominado "Nextware Partner Program", a comercialização de seus produtos e serviços é permitida apenas através de empresas credenciadas e ativas nesse programa. Tal informação foi previamente formalizada pela subsidiária "PALO ALTO NETWORKS BRASIL LTDA" por meio de declaração encaminhada ao TREMG e anexa ao processo SEI Nº 0010316-30.2021.6.13.8000, documento Nº 3232679. (Este documento está disponível para consulta no site do TRE-MG, link https://www.tre-mg.jus.br/transparencia-e-prestacao-de-contas/licitacoes/copy3_of_editais-2019). Portanto, a inclusão de tal exigência é importante para assegurar a participação apenas de licitantes capazes de efetuar pedidos junto à fabricante e garantir o bom fornecimento dos produtos e serviços objetos dessa licitação. Por sua vez a exigência de conformidade com a Diretiva RoHs está em consonância com a recomendação da Instrução Normativa nº 01/2010 do MPOG. Cumpre ressaltar que os documentos estão sendo exigidos juntamente com a apresentação da proposta e não como critério de habilitação. II – SOLUÇÃO DIVERSA Entendemos que ao ofertarmos solução de FIREWALL de outra marca que atenda as especificações técnicas, suporte técnico, serviço de manutenção, treinamento e demais exigências do edital, as quais possuem qualidades iguais ou superiores, atenderemos ao objeto solicitado no r. edital . RESPOSTA: O entendimento está incorreto. A solução de Firewall deverá ser da fabricante Palo Alto devido às fundamentações e justificativas contidas no Anexo I "Termo de Referência" do Edital do Pregão. III - PROFISSIONAL NO ATO DA CONTRATAÇÃO ITENS EDITAL "As licitantes deverão comprovar que possuem em seu quadro funcional, profissional que possua a certificação da fabricante Palo Alto denominada PCNSE - Palo Alto Networks Certified Network Security Engineer. Tal profissional deverá ser o responsável pela implantação da solução;" RESPOSTA: O entendimento está incorreto. No Tópico 4.2. "REQUISITOS DE QUALIFICAÇÃO TÉCNICO-PROFISSIONAL", Item II, letras "B" e "D" do Anexo I do Edital do Pregão informam que o vínculo do profissional poderá também ser comprovado mediante a apresentação do contrato de Trabalho em que conste o Proponente como contratante ou mediante a apresentação da declaração de contratação futura do profissional detentor do certificado apresentado, desde que acompanhada de declaração de anuência do profissional, ou seja, é possível a apresentação de contrato de prestação de serviços ou apenas de declaração de contratação futura. Essas alternativas possibilitam a contratação da prestação de serviços junto a profissional certificado sem que haja o vínculo trabalhista com a licitante, porém regido pela legislação civil.

Fechar