

## **PEDIDO DE ESCLARECIMENTOS AO P.E. Nº 81/2020**

**1.1 - Empresa interessada em participar do certame, encaminhou o seguinte pedido de esclarecimento:**

### **I - EXIGÊNCIA DE DECLARAÇÃO ESPECÍFICA**

#### *EDITAL*

*“- Declaração ou documento da Microsoft que comprove estar autorizado a comercializar o Software Assurance.*

*- Para assegurar o correto fornecimento e a disponibilização do acesso ao site do fabricante para acompanhamento e uso das licenças e benefícios do contrato, a licitante deverá apresentar, juntamente à proposta ajustada ao seu último lance, declaração ou documento da Microsoft que comprove estar autorizada a comercializar o Software Assurance.”*

1. O edital em análise exige que o Licitante apresente declaração/documento comprovando ser revenda autorizado a operacionalizar/comercializar o produto licitado.

2. 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.

3. Ora, a consequência direta da exigência em comento também é a limitação de participantes.

4. Ainda, o rol de documentos exigidos 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).

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

6. Isso porque as exigências 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.

7. 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’.

8. 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.

9. 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).*

10. 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.

11. Diante de todo o exposto, em respeito aos princípios da Legalidade, da Ampla Concorrência e da Isonomia, entendemos que, tendo em vista a afronta à legislação vigente, bem como ao entendimento do TCU e da SEFTI, não se aplica a exigência que o Licitante apresente declaração/documento comprovando ser revenda autorizado a operacionalizar/comercializar o produto licitado. Está correto o nosso entendimento?

## RESPOSTA

### **1.2 - Submetido o questionamento ao Setor Responsável, este assim se manifestou:**

Não estão corretos estes entendimentos. Como pode ser verificado no site da fabricante: <https://partner.microsoft.com/pt-br/licensing/Parceiros%20LSPA>, a Microsoft atua no Brasil no modelo de venda indireta, envolvendo revendas preparadas para atuação em licitações públicas. Destaca-se, dentre as informações deste site, a afirmação sobre a necessidade de algum vínculo para atuação como representante no Brasil, provendo uma política rigorosa de transparência e isonomia. Ainda, tal política prevê “que todas as empresas parceiras terão as mesmas condições de participação no certame licitatório, sem qualquer privilégio, de qualquer natureza, a parceiro local ou específico. Isso implica em respeito às regras concorrenciais e competição saudável no mercado, além de cumprimento aos princípios da economicidade e competitividade previstos pela legislação vigente, não estabelecendo qualquer restrição à concorrência ou participação em certames, mas sim a ampla concorrência, com a necessária capacitação ao correto atendimento à Administração e aos interesses públicos”. Para fornecimento de serviços e produtos dentro do modelo de contratação exigido pelo governo, conforme a lei 8.666, a Microsoft criou a modalidade de fornecedores denominada GP (government partner). Todos os parceiros GP são fornecedores licenciados pela Microsoft. Existem pelo menos 12 fornecedores licenciados e credenciados como GP no Brasil. Ou seja, não há prejuízo à ampla concorrência.

Portanto, a declaração é exigida para se evitar que uma empresa arrematante seja declarada vencedora do certame, por ter oferecido o menor valor, não venha a concluir o fornecimento assumido, justamente por falta da anuência/autorização da fabricante (Microsoft), que pode se negar a fornecer o objeto, fato que levaria ao fracasso da licitação e certamente acarretaria prejuízos à este Tribunal e multas e demais penalidades à arrematante. Cabe esclarecer ainda que a referida declaração é exigida como requisito técnico da proposta, não sendo prevista na habilitação.

Outrossim, o TCU, em sua NOTA TÉCNICA nº 03/2009 – SEFTI/TCU reconhece que, devido à enorme diversidade tecnológica dos bens e serviços de TI e à rápida inovação desse mercado, a depender das características específicas do caso concreto, a exigência de credenciamento poderá se configurar essencial.

Por fim, conclui-se sobre a necessidade de declaração do fabricante para garantir o fornecimento do objeto especificado e sobre a impossibilidade de se obter essas mesmas vantagens por outros meios legais.