

Barueri, 11 de novembro de 2022

Ao,

**MINISTÉRIO DA ECONOMIA
ILMO (A) SRA. (A) PREGOEIRO (A) E COLENDIA EQUIPE TÉCNICA DE APOIO**

**REF.: PREGÃO ELETRÔNICO SRP Nº 12/2022
(PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 19973.110854/2021-67)**

OBJETO: Registro de Preços com vistas a eventual contratação de subscrição de LICENÇAS DE USO DE SOFTWARES do tipo SUÍTE DE ESCRITÓRIO com direito de atualização e suporte, podendo ser prorrogado, conforme especificações e quantidades indicadas neste Edital e em seus anexos.

GABRIELLE REZENDE DE NOBREGA ZAMBONI, advogada, residente e domiciliada em Rua Benta Pereira, 390, Santa Terezinha, São Paulo/SP, CEP: 02.451-000, portadora da cédula de identidade RG: 38.423.190-1, CPF sob nº: 409.858.568-58, por meio deste ofício, apresentar:

IMPUGNAÇÃO AO EDITAL,

nos termos que seguem:

I. DA TEMPESTIVIDADE

A presente impugnação é tempestiva, visto que interposta em 11 de novembro de 2022, sexta-feira, em estrita observância às previsões do Edital, com a necessária antecedência de 05 (cinco) dias úteis anteriores à data fixada para realização da Sessão Pública de Abertura do Certame, que está previsto para o próximo dia 17 de novembro de 2022, quinta-feira.

Ademais, o direito de pedir tem assento constitucional, visto que qualquer pessoa pode digira-se formalmente a qualquer autoridade do Poder Público, com intuito de levar-lhe uma reivindicação ou mesmo uma simples opinião acerca de algo relevante.

II. DAS CONSIDERAÇÕES INICIAIS:

Antes de mais nada, a IMPUGNANTE pede licença para reafirmar o respeito que dedica ao MINISTÉRIO DA ECONOMIA, ao Ilmo. (a) Pregoeiro (a) e à Colenda Equipe Técnica de Apoio, e destaca que a presente manifestação tem a estrita vinculação à interpretação objetiva dos termos do Instrumento Convocatório.

Outrossim, destina-se pura e simplesmente à preservação do direito do IMPUGNANTE e da legalidade do presente Certame. As eventuais discordâncias deduzidas na presente Impugnação fundamentam-se no entendimento que se pretende dar para o texto da Constituição Federal, das normas gerais e das regras específicas, eventualmente diverso daquele adotado quando da edição do ato convocatório.

III. RAZÕES PARA IMPUGNAÇÃO:

Neste introito, como cidadã cumpridora das minhas obrigações, profissional da área de direito e tecnologia da informação, não posso permitir que órgãos públicos comentem verdadeiras atrocidades nos processos licitatórios. Sendo assim, a impugnante no exercício de legítimo interesse público, vem, por meio desta, oferecer a presente impugnação ao passo que no presente certame traz consigo cláusulas que comprometem a disputa.

Após analisar o referido Edital Licitatório em epígrafe, fora observado que o Edital contém vícios que comprometem a legalidade do procedimento.

Com efeito, revela situação que merece URGENTE reparo pela autoridade administrativa elaboradora do instrumento convocatório, pois cria óbice à própria realização da disputa, limitando o leque da licitação para apenas um único fabricante, caracterizando um verdadeiro e claro direcionamento do objeto licitado, contrariando todo dispositivo legal em total dissonância com os princípios basilares da administração pública.

É preciso, pois, apurar a pertinência da exigência em face da segurança da contratação, analisando se existem outras licitações similares sem aquela exigência e se o licitante possui informações adicionais para demonstrar à Administração que é possível cumprir com as obrigações do contrato sem as condições impostas.

Deste modo, durante o procedimento licitatório, o princípio da moralidade está inserido, pois dentre os objetivos deste procedimento, estão determinados critérios e regras para realização do certame, de modo a evitar que o administrador público se aproprie de forma indevida de bens da Administração para favorecer a si ou a terceiros. O Ato administrativo que não for pautado pela moralidade será tido como ilegítimo.

Inclusive, não é demais lembrar que a própria Lei n.º 8.666/93 está carregada de tópicos de preocupação, acerca da responsabilização de eventuais responsáveis da disputa por: a) imposição de restrições indevidas à ampla concorrência; b) elaboração imprecisa de editais e c) inclusão de cláusulas que denotam o direcionamento do procedimento licitatório.

Dando respaldo a esse poder de cautela, o art. 82 ordena que, os agentes administrativos que praticarem atos em desacordo com os preceitos da lei de licitações, além das sanções próprias administrativas previstas, "sujeitam-se à responsabilidade civil e criminal".

Assim, os fundamentos jurídicos aqui expendidos são fonte de valia universal perante a sociedade brasileira, operadores do direito, e PRINCIPALMENTE AGENTES PÚBLICOS, pois constituem proteção ao sagrado interesse público maior – razão esta, suficiente a proclamar a retificação do edital no tocante às exigências que extrapolam os comandos legais, como será demonstrado a seguir:

IV. EXIGÊNCIA INSUFICIENTE DE ATESTADO DE CAPACIDADE TÉCNICA

Temos a seguinte redação no que diz respeito ao item 9.11.1. “Comprovação de aptidão para a prestação dos serviços em características e prazos compatíveis com o objeto desta licitação, mediante a apresentação de atestado(s)/certidão(ões)/declaração(ões) fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, em nome da licitante, comprovando a execução satisfatória do fornecimento de licenças similares às previstas na descrição de cada grupo em disputa em quantitativo não inferior a 4% (quatro por cento) do quantitativo previsto para o referido grupo.”

Considerando que o atestado de capacidade técnica é um documento que serve para comprovar experiência e capacidade em executar o objeto licitado, demonstrando ao órgão contratante que a empresa realmente tem condições técnicas de atender as necessidades da Administração, entendemos ser de extrema importância a apresentação dos mesmos, em quantidades e características executadas comprovadamente, que garantam a aptidão necessária para não deixar a Administração em situações operacionais e técnicas que impeçam o recebimento integral dos serviços.

Contudo, entendemos que a apresentação de atestado de capacidade técnica com quantitativo igual a 4% não é capaz de demonstrar a eficiência e expertise quanto ao objeto licitado, podendo haver prejuízos para Administração Pública caso o

licitante vencedor não possua características suficientes para a perfeita execução contratual.

Ocorre que é reconhecido pela jurisprudência, que para contratos de valor expressivo como o que se pretende firmar, é necessário que se exija de 50% a 50% de comprovação técnica anterior.

Tal percentual vem sendo definido pelos tribunais de Contas, visando dar garantia e segurança jurídica à Administração evitando-se a contratação de empresas inexperientes e sem condições adequadas, vejamos a Súmula nº 24 – TCE/SP:

Em procedimento licitatório, é possível a exigência de comprovação da qualificação operacional, nos termos do inciso II, do artigo 30 da Lei Federal nº 8.666/93, a ser realizada mediante apresentação de atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, devidamente registrados nas entidades profissionais competentes, admitindo-se a imposição de quantitativos mínimos de prova de execução de serviços similares, desde que em quantidades razoáveis, assim consideradas 50% a 60% da execução pretendida, ou outro percentual que venha devida e tecnicamente justificado.

Desta forma, resta impugnado o baixo percentual de comprovação de capacidade técnica, o que trará prejuízos à Administração e ao Erário, requerendo a retificação da cláusula supra, visando a exigência de ao menos 50% no que tange ao atestado de capacidade técnica.

V. DA PARTICIPAÇÃO DE CONSÓRCIO

“9.13. Tratando-se de licitantes reunidos em consórcios, serão observadas as seguintes exigências:”

Considerando que a admissão ou vedação de formação de consórcio em certame licitatório está previsto no artigo 33, da Lei Federal 8.666/1993, utilizando-se da expressão “quando permitida”, conferiu discricionariedade ao ente administrativo para permitir ou não tal condição no instrumento convocatório.

Ressalte-se que, independentemente da opção efetuada pela unidade requisitante, devem ser juntadas aos autos as justificativas para a admissão ou a vedação à participação de consórcios:

Jurisprudência do TCU

Explicita as razões para a admissão ou a vedação à participação de consórcio de empresas, uma vez que o princípio da motivação exige que a Administração Pública indique os fundamentos de fato e de direito de suas decisões, inclusive das discricionárias. Acórdão 1453/2009 Plenário

Sendo assim, a participação de consórcios em certames licitatórios deriva de processo de avaliação da realidade do mercado em razão do objeto a ser licitado e ponderação dos riscos inerentes à atuação de uma pluralidade de sujeitos associados para execução do objeto visando o atendimento ao interesse público.

Contudo, ante ao objeto a ser licitado, a ausência de consórcio não trará prejuízos à competitividade do certame para o caso concreto, uma vez que há empresas capazes o suficiente para atender o interesse público e a Administração se quer apresentou justificativa para admissão de consórcio.

De acordo com Marçal Justen Filho, *“a formação de consórcios acarreta riscos da dominação do mercado através de pactos de eliminação de competição entre empresários [...] **É usual que a Administração Pública apenas autorize a participação de empresas em consórcio quando as dimensões ou complexidade do objeto ou das circunstâncias exijam associação entre os particulares**”*. (in comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos).

Neste sentido, citamos deliberações do TCU (Acórdão 1.072/2005, 1.591/2005, 1.417/2008 e 1.165/2012 do Plenário e 2.813/2004 e 4.206, da Primeira Câmara): *“(...) a participação de empresas em consórcio não implica necessariamente incremento de competitividade. Pode eventualmente ter o efeito oposto, limitando a concorrência devido à diminuição do número de empresas de porte interessadas por integrarem um mesmo consórcio”*.

Ante o exposto, a regra do procedimento licitatório, é a participação de empresas individualmente em disputa uma com as outras, permitindo-se a união de esforços **quando envolve questões de alta complexidade** que impeçam a participação isolada de empresas com condições de sozinhas, atenderem todos os requisitos de habilitação exigidos no edital, casos em que, a participação em consórcio ampliaria o leque de concorrentes.

Assim, considerando que há diversas empresas com capacidade de fornecimento do objeto do edital e que o objeto a ser contratado não resta configurado como de alta complexidade, entendemos que atuação de consórcio no certame licitatório não seja característica essencial, e a composição de consórcio poderia afetar a competitividade do certame e a quebra da isonomia entre os licitantes.

Em sendo assim, ante não se vislumbra a plausibilidade e razoabilidade para participação de empresas reunidas em consórcio. Logo, ante a falta de justificativa e uma vez que o objeto não envolve alta complexidade, pugnamos pela retificação e/ou adequação do Edital do Pregão Eletrônico nos termos acima apresentados.

VI. AUSÊNCIA DE CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS DE MIGRAÇÃO, IMPLANTAÇÃO E TREINAMENTO DA SOLUÇÃO A SER CONTRATADA

Da análise do Edital supra, fora constatado a ausência de contratação no que tange aos serviços de migração implantação e treinamentos.

No que tange à ausência da contratação dos serviços ora indicados é de se indagar como o Ministério da Economia pretende realizar tais ações uma vez que não há previsão de contratação no Edital, tampouco, é mencionado a solução utilizada atualmente para que se “justifique” a não contratação desses serviços considerados essenciais para que os servidores tenham como base a utilização da solução.

Destaca-se que o processo de implantação consiste nas etapas de migração, validação dos dados, treinamento parametrização do sistema e liberação para uso. **Partindo dessa premissa uma etapa depende da outra**, não há como liberar o sistema novo sem que as etapas anteriores tenham sido concluídas.

Reitera-se que os servidores precisam ser treinados para uso do novo sistema, e também precisam ser averiguadas as novas regras de negócios dentre outras particularidades do novo sistema. Tudo para evitar a inconsistência de dados por desconhecimento do sistema.

Ante o exposto, resta impugnado a não contratação de serviços de migração, implantação e treinamento, devendo para tanto, o Edital ser retificado para previsão de contratação dos serviços supra.

VII. DA NÃO VANTAJOSIDADE PARA ADMINISTRAÇÃO

Como se sabe, a nomeação de marca pode ser feita "**excepcionalmente**" pelo gestor público e este deve justificar cabalmente o atendimento ao interesse público e benefícios aos cofres da Administração Pública, mediante justificativas técnicas que inviabilizam a competição, dentre outros fatores.

Feita a análise do Edital, portanto, constatou-se pela total ausência de justificativa ou qualquer estudo técnico comparativo, ou pesquisa de mercado para

sequer apontar eventual vantagem de preços. Ao contrário, ficará demonstrado que não há nenhuma vantagem, já que os preços da Microsoft se encontram bem acima aos praticados no mercado, conforme explanação a seguir.

Grupo	Item	Descrição	Subscrição	Valor Unitário (por período de subscrição) (R\$)	Diferença Lance Mínimo (R\$)
1	1	Solução Office 365 Enterprise F3 com "add on" de gerenciamento de dispositivos e aplicações	12 meses	R\$ 461,40	R\$ 2,00
	2	Solução Office 365 Enterprise E1	12 meses	R\$ 312,60	R\$ 2,00
	3	Solução Office 365 Enterprise E3 com "add on" de proteção de informações, dispositivos e identidade	12 meses	R\$ 1.619,04	R\$ 8,00
	4	Solução Office 365 Enterprise E5 com "add on" de proteção de informações, dispositivos e identidade	12 meses	R\$ 2.464,68	R\$ 12,00
	5	Solução Office 365 Enterprise F3 com "add on" de gerenciamento de dispositivos e aplicações	36 meses	R\$ 1.384,20	R\$ 6,00
	6	Solução Office 365 Enterprise E1	36 meses	R\$ 1.066,68	R\$ 5,00
2	7	Solução Office 365 Enterprise E3 com "add on" de proteção de informações, dispositivos e identidade	36 meses	R\$ 4.494,60	R\$ 22,00
	8	Solução Office 365 Enterprise E5 com "add on" de proteção de informações, dispositivos e identidade	36 meses	R\$ 7.394,04	R\$ 36,00
3	9	Solução Office 365 Educacional A3	12 meses	R\$ 214,80	R\$ 1,00
	10	Solução Office 365 Educacional A5	12 meses	R\$ 564,36	R\$ 3,00
4	11	Solução Office 365 Educacional A3	36 meses	R\$ 687,96	R\$ 3,00
	12	Solução Office 365 Educacional A5	36 meses	R\$ 1.693,08	R\$ 8,00
5	13	Solução Google Workspace Frontline	12 meses	R\$ 260,52	R\$ 1,00
	14	Solução Google Workspace Enterprise Starter	12 meses	R\$ 414,24	R\$ 2,00
	15	Solução Google Workspace Enterprise Standard	12 meses	R\$ 937,32	R\$ 4,00
	16	Solução Google Workspace Enterprise Plus	12 meses	R\$ 1.406,04	R\$ 7,00
6	17	Solução Google Workspace Frontline	36 meses	R\$ 781,56	R\$ 4,00
	18	Solução Google Workspace Enterprise Starter	36 meses	R\$ 1.242,72	R\$ 6,00
	19	Solução Google Workspace Enterprise Standard	36 meses	R\$ 2.697,12	R\$ 13,00
	20	Solução Google Workspace Enterprise Plus	36 meses	R\$ 4.046,04	R\$ 20,00
7	21	Solução Google Workspace for Education Standard	12 meses	R\$ 14,16	R\$ 0,10
	22	Solução Google Workspace for Education Plus	12 meses	R\$ 20,04	R\$ 0,10
8	23	Solução Google Workspace for Education Standard	36 meses	R\$ 42,48	R\$ 0,20
	24	Solução Google Workspace for Education Plus	36 meses	R\$ 60,12	R\$ 0,30

Como se depreende dos expostos, os preços das soluções Google são extremamente vantajosos, sendo absolutamente questionável a ausência de estudo técnico que apresentasse qualquer estudo de mercado comparando soluções similares, conforme exige a própria lei. Esta ilegalidade já é razão, por si só, de nulidade deste certame.

Ora, sabe-se que a contratação de uma plataforma de colaboração, apesar de compor vários softwares integrados, é simples, uma vez que todas as soluções estão em nuvem e o acesso será apenas através de usuário e senha, sem a necessidade de instalação física de componentes no órgão licitante. O que aqui houve, foi clara restrição de competitividade e ofensa direta ao princípio da proposta mais vantajosa.

Diante da análise dos itens supra, fica demonstrada a total falta de exatidão e inexistência de comparação justa dos produtos, de modo que sabemos que para que **haja vantajosidade para Administração é necessário o menor custo para atingir o fim almejado.**

O direcionamento de uma licitação deve ser apurado a começar pela regra do artigo 3º, parágrafo 1º, inciso I, da Lei 8.666/93, que veda as *“preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato”*.

É de amplo conhecimento no mercado de TI que os serviços de e-mail, agenda, videoconferência e os demais abordados pelo Edital, podem ser prestados por incontáveis fornecedores e marcas no território nacional, atendendo plenamente às necessidades da Administração. Porém, assumindo que a Administração usou sua discricionariedade para estabelecer exigências em razão da sua necessidade concreta, cabe-nos aqui lembrar-lhes de que o inciso 37, XXI da CF dispõe que *“as exigências devem se limitar àquelas indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”*.

Sem mais delongas, resta impugnado os valores ofertados pela Microsoft em comparação à Google, uma vez que as soluções Google trazem de fato, vantajosidade para Administração.

VIII. NÃO OCORRÊNCIA DO REGISTRO DE OPORTUNIDADE

9.11.1.2. Deverá também apresentar declaração do licitante que ateste a não ocorrência do registro de oportunidade, de modo a garantir o princípio constitucional da isonomia e a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública, conforme disposto na Lei nº 8.666, de 1993.

O Edital é claro ao estabelecer a não ocorrência do registro de oportunidade conforme item 9.11.1.2, contudo, não merece prosperar.

É certo que o registro de oportunidade visa garantir melhores condições para os fornecedores, contudo, não há o que falar em desigual competitividade entre os licitantes, uma vez que, determinado fornecedor fez investimentos (pesquisas, pocs, reuniões, dentre outros) para que pudesse garantir um preço justo a ser apresentado no certame licitatório.

No que tange ao tema aqui relacionado, é certo que a Administração procura vantajosidade e a ocorrência do registro de preço para determinado fornecedor não exclui a isonomia entre os concorrentes já que estes tiveram oportunidade de requerer tal registro.

O que vemos aqui é a interferência do poder público na relação entre empresas privadas, o que é sabido, não pode ocorrer. Se a Administração de fato procura vantajosidade, por que restringir o registro de oportunidade? A Lei 8.666/1993, artigo 3º, §1º, é clara ao estabelecer:

*“Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do **princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração** e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e **será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.**”*

*§ 1º É vedado aos agentes públicos: “I - **admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo**, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 deste artigo e no art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991;*

Ora, se no ato convocatório a Administração restringir empresas que possuem registro de oportunidade em participarem do certame, esta não estaria cumprindo com a própria Lei no que diz respeito à competitividade, tampouco no que diz respeito à proposta mais vantajosa para Administração.

A empresa que é detentora do registro de oportunidade não está indo contra a Lei, pelo contrário, tem a oportunidade de apresentar valores que traria de fato

benefícios para a própria Administração e a restrição no instrumento convocatório fere o princípio da isonomia.

Ante o exposto, resta impugnado o presente tópico, requerendo a impugnante que a Administração retire o item supra para que haja competitividade e isonomia de fato entre os concorrentes.

IX. REQUERIMENTOS

Em face das razões expostas, requer a **IMPUGNANTE**, que a presente **IMPUGNAÇÃO** seja recebida e julgada procedente, de acordo com os motivos supracitados, adequando o procedimento licitatório e consequentemente o Edital impugnado ao comando legal.

GABRIELLE REZENDE DE NOBREGA ZAMBONI