

AO

INSTITUTO FEDERAL DE EDUCAÇÃO, CIÊNCIA E TECNOLOGIA DE SERGIPE

Ref.: Pedido de Impugnação ao PREGÃO ELETRÔNICO Nº 44/2023

– Processo Administrativo nº 23060.002552/2022-67

Prezados Senhores,

A DRIVE A INFORMÁTICA LTDA. – FILIAL PARÁ (“DRIVE A”), empresa inscrita no CNPJ sob o nº 00.677.870/0003-61 sediada em Belém/PA, à Travessa Mariz e Barros, nº 2321, sala 104, bairro Marco, CEP 66080-471, vem respeitosamente perante V. Sa., através de seu representante legal, utilizando-se da faculdade prevista no item 24 deste processo licitatório, **IMPUGNAR** o referido Instrumento Convocatório, o que o faz pelos fatos e fundamentos aduzidos adiante.

I. PRELIMINARMENTE – DO CABIMENTO, TEMPESTIVIDADE E LEGITIMIDADE

Nos termos do disposto no item 24 do Instrumento Convocatório a impugnação poderá ser realizada na forma eletrônica em até 03 (três) dias úteis antes da data designada para a abertura da sessão:

*“24. DA IMPUGNAÇÃO AO EDITAL E DO PEDIDO DE ESCLARECIMENTO
24.1. Até 03 (três) dias úteis antes da data designada para a abertura da sessão pública, qualquer pessoa poderá impugnar este Edital.
24.2. A impugnação poderá ser realizada por forma eletrônica, pelo e-mail lorena.silva@ifs.edu.br, com cópia para licitacoes@ifs.edu.br ou por petição dirigida ou protocolada no endereço Rua Francisco Portugal, 150, Bairro Salgado Filho, Aracaju/SE, CEP 49020-390 – Diretoria de Licitações e Contratos.”*

Assim sendo, considerando que o CNPJ da impugnante contempla o objeto licitado, demonstrada a legitimidade e tendo em vista que a abertura da sessão será em 31 de outubro de 2023, a impugnação ora apresentada em 26 de outubro de 2023, é **absolutamente tempestiva e cabível**.

II. DOS FUNDAMENTOS PARA IMPUGNAÇÃO

Ab initio, devemos destacar que os princípios que regem as licitações públicas veem insculpidos no art. 37 da Constituição Federal, bem como no art. 3º da Lei 8.666/93, vejamos:

“Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...)”

“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.”

Neste sentido, destaca-se a supremacia do interesse público na BUSCA DA PROPOSTA MAIS VANTAJOSA. No presente caso, para que tal objetivo seja alcançado, imperioso superar algumas restrições e ilegalidades que maculam o certame, conforme passaremos a demonstrar.

O objeto do certame foi estabelecido no item 1 do Instrumento Convocatório, o qual prevê que:

1 DO OBJETO

1.1 O objeto da presente licitação é a escolha da proposta mais vantajosa para a Contratação de empresa especializada para fornecimento de materiais (elementos de hardware e software) e serviços para a implantação de solução de infraestrutura computacional, conforme condições, quantidades e exigências estabelecidas neste Edital e seus anexos.

1.2. A licitação será dividida em 03 (três) grupos, cada um formado por 03 (três) itens, conforme tabela constante do Termo de Referência, facultando-se ao licitante a participação em quantos grupos forem de seu interesse, devendo oferecer proposta para todos os itens que os compõem.

1.3. O critério de julgamento adotado será o menor preço GLOBAL do grupo, observadas as exigências contidas neste Edital e seus Anexos quanto às especificações do objeto.

1.4 Cada serviço ou produto do lote deverá estar discriminado em itens separados nas propostas de preços, de modo a permitir a identificação do seu preço individual na composição do preço global, e a eventual incidência sobre cada item das margens de preferência para produtos e serviços que atendam às Normas Técnicas Brasileiras - NTB.

1.5 O Sistema de Registro de Preços será adotado por não for possível definir previamente o quantitativo a ser demandado pela Administração, atendendo desta forma ao Decreto 7.892/2013, art. 3º, inciso IV.

1.6 A presente contratação não se enquadra nas hipóteses de vedação trazidas nos arts. 3º e 4º da IN SGD/ME nº 01/2019.

1.7 A presente contratação não envolve item constante nos Catálogos de Soluções de TIC com Condições Padronizadas.

Ao avaliar detalhadamente as especificações técnicas exigidas neste Instrumento Convocatório para elaborar sua proposta, verificou-se que os requisitos inseridos no edital para a Contratação de empresa especializada para fornecimento de materiais e serviços de implantação de solução de infraestrutura computacional, direcionam o equipamento para um único fabricante, consequentemente, **LIMITANDO a participação de outros licitantes cujo fabricantes são diferentes no pregão.**

Para tanto, exibimos abaixo os mencionados itens que direcionam o certame para um único fabricante, vejamos a previsão constante no Anexo I do Termo de Referência – Requisitos de negócio, item 1.1.1.1, 1.1.1.2 e 1.1.1.3:

“(…)

1.1.1. Tanto o hardware quanto o software dessa solução deverão suportar pelo menos os seguintes hypervisors:

1.1.1.1. Microsoft Hyper-V;

1.1.1.2. VMware ESXi;

1.1.1.3. Hypervisor baseado em KVM, desde que distribuído e suportado pelo fabricante da Solução Hiperconvergente.”

O Termo de Referência prevê que o software ofertado para o Appliance hiperconvergente, deverá suportar pelo menos os hypervisors Microsoft Hyper-V, VMware ESXi e Hypervisor baseado em KVM. Entretanto, o item 1.1.1.2 trata-se de um software defined storage, ou seja, que somente é compatível com a plataforma de virtualização da própria VMware.

Inclusive a própria definição do produto VMware Vsan, prevê que:

O que é o Virtual SAN?

O VMware Virtual SAN é uma nova camada de armazenamento definida por software que amplia o vSphere Hypervisor para agrupar processamento e armazenamento conectado diretamente em pools. Ao agrupar discos rígidos conectados diretamente e unidades de estado sólido (HDDs e SSDs) de servidor em cluster, o Virtual SAN cria um datastore compartilhado, distribuído e otimizado para máquinas virtuais.

O Virtual SAN é incorporado no kernel do vSphere e implementa uma arquitetura distribuída que aproveita os SSDs para armazenamento de leitura/gravação em cache de alto desempenho e HDDs para persistência de dados com bom custo/benefício. A tecnologia é baseada em uma arquitetura altamente disponível, sem ponto único de falha. A arquitetura pode suportar falhas de disco, servidor e rede sem perda de dados graças ao mecanismo de redundância incorporado que armazena transparentemente várias cópias dos dados em vários discos e hosts.¹

Nesse íterim, as características acima requeridas no edital só podem ser atendidas pela NUTANIX. Entretanto, sabido é que o direcionamento do edital, trata-se da previsão de características que apenas um determinado fornecedor poderá atender e é vedado.

1

https://www.vmware.com/content/dam/digitalmarketing/vmware/pt/pdf/VMware_Virtual_SAN_Datasheet.pdf

O detalhamento de características para o objeto do certame não deve se confundir com a cópia de características que somente um determinado fornecedor poderá atender. Este, inclusive, é o entendimento do Tribunal de Contas da União conforme leitura do Acórdão 641/2004.

“Direcionar o edital de uma compra com as características de determinado conjunto de fornecedores não tem nenhuma convergência com o trabalho de especificar corretamente o objeto pretendido para um determinado processo de licitação.” - conforme entendimento do TCU no Acórdão 641/2004 – Plenário.”

Além disso, o art. 15, § 7º da Lei 8.666/93 prevê que:

Art. 15. As compras, sempre que possível, deverão:

(...)

§ 7º Nas compras deverão ser observadas, ainda:

I - a especificação completa do bem a ser adquirido sem indicação de marca;

Desta forma, não pode o Instituto restringir a competição, pois existem outros grandes fabricantes no mercado de Appliance hiperconvergente que possuem equipamentos com características equivalentes e até superiores ao que está sendo solicitado no certame, deste modo, **certamente se o edital não estivesse restringido, como no presente caso, poderia ser ampliado a competição e assim buscar a proposta mais vantajosa para a Administração Pública, garantindo a isonomia entre os licitantes.**

Outrossim, merece destaque que as normas disciplinadoras devem ser redigidas em favor da ampliação da disputa, entretanto, não é o que ocorre no presente caso. Não é justificável a escolha de um software defined storage, que somente é compatível com a plataforma de virtualização da própria VMware. Não há motivações suficientes para justificar tais exigências, vez que outras marcas poderiam atender a finalidade almejada pelo Instituto.

A lei nº 10.520/02, prevê em seu art. 3º a vedação de especificações excessivas, irrelevantes ou desnecessárias que limitem a competição, vejamos:

Art. 3º A fase preparatória do pregão observará o seguinte:

I - a autoridade competente justificará a necessidade de contratação e definirá o objeto do certame, as exigências de habilitação, os critérios de aceitação das propostas, as sanções por inadimplemento e as cláusulas do contrato, inclusive com fixação dos prazos para fornecimento;

II - a definição do objeto deverá ser precisa, suficiente e clara, vedadas especificações que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, limitem a competição;

O decreto nº 7.174/2010 estabeleceu também em seu art. 2º a vedação ao direcionamento de edital:

Art. 2º A aquisição de bens e serviços de tecnologia da informação e automação deverá ser precedida da elaboração de planejamento da contratação, incluindo projeto básico ou termo de referência contendo as especificações do objeto a ser contratado, vedando-se as especificações que:

I - direcionem ou favoreçam a contratação de um fornecedor específico;

O caso em tela, demonstra o direcionamento irregular da licitação e limitação não razoável do universo de fornecedores aptos para atender ao objeto traçado pela Administração Pública.

Outrossim, merece destaque que as normas disciplinadoras devem ser redigidas em favor da ampliação da disputa, entretanto, não é o que ocorre no presente caso. Não é justificável a definição de tal característica como requisito básico do Appliance hiperconvergente, quando apenas uma fornecedora é capaz de atender, não havendo motivações suficientes para justificar tais exigências, vez que outras marcas poderiam atender a finalidade almejada do Instituto.

Frisamos que o direcionamento para um fabricante vai contra a própria essência da licitação, que é a competição, vez que a disputa permite à Administração Pública adquirir bens e serviços de melhor qualidade a preços mais acessíveis.

Fato é que as regras da licitação determinadas no Instrumento Convocatório devem permitir a ampliação do maior número possível de participantes, para que possa obter a proposta mais vantajosa, devendo ser imposto apenas as condições necessárias para que as propostas se adequem às necessidades da Administração.

A prática de direcionar o edital já foi analisada pelos tribunais pátrios e a muito decidido acerca da sua ilegalidade confira:

*“ADMINISTRATIVO. AÇÃO POPULAR. PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. DESOBEDIÊNCIA AOS DITAMES LEGAIS. CONTRATO DE QUANTIA VULTOSA. DESIGNAÇÃO DA MODALIDADE “TOMADA DE PREÇOS” NO LUGAR DE “CONCORRÊNCIA PÚBLICA”. **INSERÇÃO NO EDITAL DE CLÁUSULAS RESTRITIVAS DO CARÁTER COMPETITIVO DO CERTAME E ESTABELECIMENTO DE CLÁUSULAS QUE PERMITIRAM PREFERÊNCIAS E DISTINÇÕES INJUSTIFICADAS. DESVIRTUAMENTO DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE ENTRE OS LICITANTES. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E MORALIDADE ADMINISTRATIVAS. LESÃO AO ERÁRIO PÚBLICO CONFIGURADA. NULIDADE. PRESERVAÇÃO DO POSICIONAMENTO DO JULGADO DE SEGUNDO GRAU.** (Resp. 579541/SP, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/02/2004, DJ 19/04/2004, p. 165)”*

No caso em tela, podemos perceber que o Edital e seu Termo de Referência estabeleceram especificações detalhadas que atendem a um só concorrente/fabricante, cerceando

e limitando a participação da Impugnante e de outros licitantes no certame em total afronta ao princípio da legalidade imposta pela Lei.

Sob esse enfoque, oportuno destacar que o direcionamento em certames licitatórios é assunto diuturnamente tratado pelo Tribunal de Contas da União, que em sua função maior de fiscalizador da atividade administrativa, já decidiu reiteradas vezes a respeito do assunto. Nesse sentido, vale trazer à baila um de seus julgados sobre a matéria, in verbis:

“(...) 9. Postos esses fatos, em especial os que demonstram possibilidade de direcionamento da concorrência em tela, é de reconhecer o fumus boni iuris nas ponderações apresentadas pela Unidade Técnica. De notar que o prosseguimento do certame poderá causar prejuízos ao Erário, haja visto que, em princípio, o edital não observa os princípios da seleção da proposta mais vantajosa para a Administração e da isonomia entre os licitantes, uma vez que há indícios de favorecimento à empresa Politec Ltda. Ressalta-se, adicionalmente, o elevado valor envolvido – cerca de R\$ 8.670.000,00 (oito milhões, seiscentos e setenta mil reais).” (Decisão 819/2000 – Plenário)

*“Assim, em suma, observamos que não foram suficientemente ilididos os questionamentos em tela, podendo-se concluir pela responsabilidade da presidente (como de todos os membros) da CLP, por agir de forma ao menos omissiva, **permitindo que houvesse o direcionamento**, os sobrepreços e o favorecimento questionados. Por isso, sujeita-se a responsável à multa prevista no art. 43, parágrafo único, da Lei nº 8.443/92, na proporção, opinamos, de 15% (RI-TCU, art. 220, inc. III).”(ACÓRDÃO Nº 105/2000 – TCU – Plenário AC-0105-20/00-P)*

Inicialmente registre-se que, na linha de proibir cláusulas desarrazoadas, estabeleceu-se que somente podem ser previstas no ato convocatório exigências autorizadas na Lei 8.666/93 (art. 30, § 5o).

Inferindo-se, ainda, do artigo 3o, que é vedado à Administração ultrapassar esses limites, por meio da inclusão de condições que restrinjam a participação no procedimento ou que maculem a isonomia das licitantes, in verbis:

Art. 3o A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração 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 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;

II - estabelecer tratamento diferenciado de natureza comercial, legal, trabalhista, previdenciária ou qualquer outra, entre empresas brasileiras e estrangeiras, inclusive no que se refere a moeda, modalidade e local de pagamentos, mesmo quando envolvidos financiamentos de agências internacionais, ressalvado o disposto no parágrafo seguinte e no art. 3o da Lei no 8.248, de 23 de outubro de 1991.

De fato, a lei licitatória buscou a preservação do que realmente se procura atingir em uma licitação, impondo várias limitações de molde a evitar que exigências não previstas em lei acabassem por representar instrumentos de indevida restrição à liberdade de participação em licitação e desvio da igualdade entre os licitantes.

Por tais motivos, demonstrado que as exigências editalícias restringe a participação dos licitantes a somente um fornecedor, medida outra não resta senão a anulação das exigências ou reformulação do edital de forma a evitar o direcionamento do instrumento convocatório.

Outrossim, vale destacar que o princípio da competitividade está diretamente ligado ao princípio da isonomia, pois manter as condições para que haja uma competição isenta de dirigismos, preferências escusas ou interesses dissociados da coisa públicas é, em primeira instância, cuidar para que essas condições de participação no certame sejam equânimes para todos os interessados.

Portanto, podemos afirmar que não há competição sem isonomia e não há isonomia sem competição. Ora, o procedimento deve possibilitar a disputa e o confronto entre os licitantes, para que a seleção seja realizada da melhor forma possível, traduzindo-se na proposta mais vantajosa à Administração Pública.

“Fácil é verificar que, sem a competição, estaria comprometido o próprio princípio da igualdade, já que alguns se beneficiariam à custa do prejuízo de outros”, como bem anota José dos Santos Carvalho Filho CARVALHO FILHO, 2010, p. 227-228.

Além do mais, em casos semelhantes aos do presente certame, o Tribunal de Contas já se manifestou conforme julgado ora transcrito:

“ (...) 9.3. determinar ao Banco do Brasil - [...] que se abstenha de incluir no edital de licitação termos ou expressões que permitam dupla interpretação e, com isso, possa dificultar a compreensão dos licitantes quanto as condições estabelecidas e, por conseguinte, prejudicar, de alguma maneira, a ampla competitividade de certame, bem assim de fazer exigências desnecessárias para o objeto a ser contratado, a exemplo da obrigatoriedade de inscrição ou registro da licitante no Crea para o fornecimento de equipamentos de circuito fechado de TV (CFTV) Digital DVR, como verificado no Pregão Eletrônico 2007/32229. (AC-2377-25/08-2 Sessão: 22/07/08 Grupo: I; Classe: VI Relator: Ministro AROLDO CEDRAZ – Fiscalização)” (g.n.)

Neste sentido, citamos ainda deliberação do TCU:

Observe rigorosamente as disposições contidas no art. 37, caput, da Constituição Federal de 1988 c/c o art. 3º da Lei 8.666/1993, obedecendo aos princípios constitucionais da publicidade, da igualdade, da isonomia e da impessoalidade, de modo a impedir restrições à competitividade. (grifo nosso)

Por fim, atendendo ao princípio da Vantajosidade e Economicidade, presume-se como sendo prerrogativa da Administração Pública a congregação do maior número possível de concorrentes, viabilizando agregar preço e qualidade aos serviços, oferecendo maior competitividade entre os participantes e opções para o órgão licitante adequar suas possibilidades e necessidades junto ao serviço licitado, motivo pelo qual a impugnante vem requerer que seja revista as especificações exigidas no Instrumento Convocatório em análise.

Resta evidente que a Administração Pública deve exigir somente o indispensável de forma a conseguir angariar o maior número de licitantes de forma a escolher, de melhor forma, o melhor preço e as melhores condições para si, diminuindo os esforços do erário.

III. DOS PEDIDOS E REQUERIMENTOS

Por todo exposto, não restam dúvidas quanto à legitimidade da impugnante para requerer a V. S.a., que acate as presentes razões de impugnação a fim de, revendo os itens do Termo de Referência acima mencionados determine sua retificação para que expungido do texto as exigências de caráter restritivo e contraditórios ao certame.

Dito isso, outro deslinde não pode ter o presente caso a não ser a revisão destas exigências do Instrumento Convocatório e seus anexos, por ofenderem princípios básicos da licitação, além de violar, textualmente, dispositivos da Lei de Licitações, da Lei nº 10.520 (Art.3º), do decreto nº 7.174/2010 (art. 2º) e a Constituição Federal. Consequentemente, necessário se faz que o edital seja republicado com mesmo prazo para abertura, possibilitando assim a manutenção da lisura e legalidade do certame.

Nestes termos,

Por ser de Justiça!

Pede e espera deferimento,

Belém/PA, 26 de outubro de 2023.

DRIVE A INFORMÁTICA LTDA

Renato Gomes Ferreira

Representante Legal