

Zimbra

cpl@tre-pb.jus.br

Fwd: IMPUGNAÇÃO AO PREGÃO ELETRONICO NR 37/2020 - Processo SEI n. ° 0008787-53.2020.6.15.8000

De : CPL - Comissao Permanente de Licitação <cpl@tre-pb.jus.br>

qui, 10 de dez de 2020 16:43

Assunto : Fwd: IMPUGNAÇÃO AO PREGÃO ELETRONICO NR 37/2020 - Processo SEI n. ° 0008787-53.2020.6.15.8000

Para : aline dutra <aline.dutra@ogasec.com>

Sr. licitante,

Por todo o exposto abaixo pela equipe técnica, decidimos não acolher o pedido de impugnação, mantendo o edital em seus exatos termos.

Atenciosamente,

Andreza Alves Gomes
Pregoeira

----- Mensagem encaminhada -----

De: "Núcleo de Segurança da Informação" <nsi@tre-pb.jus.br>

Para: "cpl" <cpl@tre-pb.jus.br>

Enviadas: Quinta-feira, 10 de dezembro de 2020 16:37:06

Assunto: Re: IMPUGNAÇÃO AO PREGÃO ELETRONICO NR 37/2020 - Processo SEI n. ° 0008787-53.2020.6.15.8000

Decidimos pelo não acolhimento da solicitação pelos seguintes motivos:

1) A exigência de atestado de capacidade técnica, conforme exigido pelo item 6.1.d do edital, visa proteger os Tribunais partícipes garantindo que a empresa que sagrar-se vencedora da licitação possuirá experiência e plenas condições técnicas de realizar os serviços de instalação, configuração, repasse tecnológico e Serviço especializado referente ao produto oferecido. Mediante aos últimos eventos de ataques cibernéticos, amplamente divulgado na mídia, não resta dúvidas ou questionamentos a respeito da relevância e representatividade deste projeto para a Justiça Eleitoral. Na forma exposta, não podemos abrir mão de exigências técnicas que visam garantir o melhor resultado operacional e técnico, da futura solução em aquisição, dentre elas e, não menos importante, a experiência e capacitação técnica dos potenciais fornecedores e, somente por meio de atestados de capacitação técnica, é possível validar tais elementos.

3) Não estamos restringindo a licitação a apenas um único fabricante.

Entendemos que as Revendas de qualquer fabricante de solução de ferramenta de gestão de vulnerabilidades poderão participar desde que o produto do fabricante atenda os requisitos do termo de referência e a revenda apresente atestado de capacidade técnica referente ao produto da fabricante, conforme item 6.1.d do edital e conforme os esclarecimentos a questionamentos dos fornecedores.

3) A impugnante afirma que possui produto, que atende a todos as exigências do edital. Por isso, entendemos que não estamos excluindo a impugnante se ela apresentar atestado de capacidade técnica referente ao produto ofertado, conforme item 6.1.d do edital e conforme os esclarecimentos a questionamentos dos fornecedores.

4) A exigência contida no item impugnado pela licitante encontra respaldo na legislação brasileira estando presente na IN 05/2017 a qual prescreve que nas contratações acima de 40 postos de trabalho, a contratada deverá comprovar ter administrado contratos com no mínimo 50% dos postos a serem contratados. Tal exigência visa selecionar empresas que tenham expertise na execução do serviço, mitigando o risco de se contratar empresas que não tenham capacidade de execução do contrato, causando prejuízos ao erário. A exigência contida no edital ora impugnado, foi inserida de forma análoga à contida na IN 05/2017 visando atender aos princípio legal de que a licitação deve selecionar a proposta mais vantajosa para a administração, por isso de ser mantido.

5) Por fim, a OGASEC buscou construir uma argumentação a respeito dos números de IP's para composição do atestado. Apesar desse quesito ter sido objeto de questionamento, sendo respondido e publicado pela administração, como forma complementar aos esclarecimentos e as justificativas já apresentadas do Edital e seus anexos e ainda nesse documento, ainda podemos citar:

"TCU - SÚMULA Nº 263 Para a comprovação da capacidade técnico-operacional das licitantes, e desde que limitada, simultaneamente, às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto a ser contratado, é legal a exigência de comprovação da execução de quantitativos mínimos em obras ou serviços com características semelhantes, devendo essa exigência guardar proporção com a dimensão e a complexidade do objeto a ser executado."

----- Mensagem original -----

De: "CPL" <cpl@tre-pb.jus.br>

Para: "Núcleo de Segurança da Informação" <nsi@tre-pb.jus.br>

Enviadas: Quinta-feira, 10 de dezembro de 2020 9:55:18

Assunto: Fwd: [PROVAVEL_SPAM]IMPUGNAÇÃO AO PREGÃO ELETRONICO NR 37/2020 - Processo SEI n. º 0008787-53.2020.6.15.8000

Sr. Felipe,

Solicito análise e deliberação, com urgência.

Atenciosamente,

Andreza Alves Gomes
Pregoeira

----- Mensagem encaminhada -----

De: "Aline Dutra" <aline.dutra@ogasec.com>

Para: "cpl" <cpl@tre-pb.jus.br>

Cc: "Cristian Marques" <cristian.marques@ogasec.com>, "Rodrigo Fragola" <rodrigo.fragola@ogasec.com>

Enviadas: Quarta-feira, 9 de dezembro de 2020 16:34:04

Assunto: [PROVAVEL_SPAM]IMPUGNAÇÃO AO PREGÃO ELETRÔNICO NR 37/2020 - Processo SEI n.º 0008787-53.2020.6.15.8000

*ILUSTRÍSSIMA SENHORA ANDREZA ALVES GOMES, PREGOEIRA DO PREGÃO ELETRÔNICO Nº **37/2020** – TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DA PARAÍBA – TRE/PB*

PREGÃO ELETRÔNICO Nº 37/2020

*TIPO: MENOR PREÇO *

OBJETO: AQUISIÇÃO DE SOLUÇÃO UNIFICADA DE GESTÃO DE VULNERABILIDADES EM ATIVOS DE TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO E APLICAÇÕES WEB, COMPREENDENDO AQUISIÇÃO DE SERVIÇOS DE SOFTWARE E SUPORTE TÉCNICO.

*OGASEC CONSULTORIA E INFORMÁTICA S. A., *inscrita no CNPJ-MF sob o número 01.919.316/0001-44, com sede no SIBS Quadra 1, Lotes 3, 5, 7, e 9 - Núcleo Bandeirante, Brasília - DF, CEP: 71736-103, vem, respeitosamente, à presença de Vossa Senhoria, por intermédio do seu representante, com fundamento no art. 18 do Decreto nº 5.450 c/c o Item 8.2. do Edital do Certame, apresentar a presente *IMPUGNAÇÃO *ao item 6.1.d do Edital do Certame, pelas razões de fato e de direito a seguir aduzidas.

I – DA TEMPESTIVIDADE

A licitação em epígrafe tem sua Sessão Pública de Abertura agendada para o dia 14 de dezembro de 2020 (segunda-feira), às 14h00min.

O edital de licitação estabelece no item 8.2 o prazo para a interposição de impugnação, conforme se transcreve:

8.2 - Até *3 (três) dias úteis* antes da data fixada para abertura da sessão pública, qualquer pessoa poderá impugnar o presente instrumento convocatório, *exclusivamente*, por meio eletrônico, via Internet.

Assim, comprovada a apresentação desta peça na presente data, tem-se como tempestiva, devendo, por este motivo, ser processada regularmente.

II – DOS FATOS

O TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DA PARAÍBA lançou edital para a contratação de serviços de Tecnologia da Informação, por meio Pregão Eletrônico nº 37/2020, conforme o preâmbulo do instrumento convocatório do certame.

Analisando o edital do certame, a OGASEC percebeu que constava uma exigência que, salvo melhor juízo, poderia inviabilizar sua participação e de outras empresas, uma vez que o ÓRGÃO LICITANTE cobrava na fase de “HABILITAÇÃO DO LICITANTE”, a seguinte documentação:

6.1.d) apresentação de atestado(s) de capacidade técnica, fornecido(s) por pessoas jurídicas de direito público ou privado, registrado nas entidades profissionais competentes, que comprove o regular fornecimento, instalação e configuração de solução de gestão/gerenciamento de vulnerabilidade, que compreenda no mínimo fornecimento e instalação dos produtos em quantidade igual ou superior a 50% dos produtos constantes do lote ofertado neste certame, sendo da mesma marca da solução que pretende fornecer à este órgão no âmbito da presente contratação. A seu critério, o órgão poderá fazer diligências para comprovação do conteúdo dos atestados.

Para habilitação é exigido atestado com especificações de produto baseado em apenas um único fabricante, bem como a quantidade excessiva da exigência do mínimo fornecimento e instalação dos produtos, e consequentemente limitando a participação no certame de empresas que atendam as minuciosas especificações técnicas dos produtos.

Por outro lado, a impugnante produz produto similar, que atende as exigências, os quais são testados e com os respectivos laudos para atender a todos os quesitos.

Portanto, excluir a impugnante viola a todos os princípios constitucionais que prezam pela eficiência, isonomia, competitividade (ampla concorrência), razoabilidade, finalidade e, em especial, moralidade.

Neste sentido, o Tribunal de Contas da União também se posicionou que as licitações por lotes podem ser realizadas desde que: não afastem drasticamente a competitividade e os materiais guardem relação entre si, favorecendo economia de escala e padronização nos mesmos ambientes.

Verifica-se então que o certame em referência, embora eivado de vício, poderia ser sanado, utilizando-se critérios razoáveis no que tange à especificação do produto, favorecendo a competitividade e o interesse público, na medida em que os preços devem recair na regra de competitividade.

Ora, por óbvio, que a especificação dos produtos que carregiam para um único fabricante implicará no ilegal vício de macular a competitividade do certame.

Visando evitar esta prática condenável e seguindo o raciocínio de razoabilidade, roga-se para que seja procedida a revisão da especificação do atestado, bem como a quantidade exigida constante no item 6.1.d do Edital do Certame.

I**II - DO DIREITO

É consabido que o Pregão Eletrônico obedece aos princípios básicos da Administração Pública, de acordo com o art. 2º, caput, do Decreto 10.024/2019:

Art. 2º O pregão, na forma eletrônica, é condicionado aos princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da eficiência, da probidade administrativa, do desenvolvimento sustentável, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo, *da razoabilidade, da competitividade*, da proporcionalidade e aos que lhes são correlatos.

(grifo nosso)

Ainda que não houvesse determinação expressa a critérios técnicos específicos, a própria Lei nº. 8.666/1993 determina que as licitações serão processadas com estrito respeito a esses princípios, vejamos:

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.

(grifos nossos)

A Constituição Federal prevê no seu art. 37, inciso XXI, que:

Art.37. [...]

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, *o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do

cumprimento das obrigações. *

(grifo nosso)

Primeiramente, devemos nos ater à violação do princípio da razoabilidade[1] <#_ftn1> caso seja mantido o Item nº 6.1.d, uma vez que se torna fato impeditivo para a participação da empresa OGASEC e de outras empresas.

Tal entendimento, não guarda consonância com o referido princípio, tendo em vista que não guarda razoabilidade entre os meios que emprega e o fim que a lei deseja alcançar, ou seja, ao adotar critérios para excluir diversas empresas do certame, o ÓRGÃO LICITANTE está frustrando o caráter competitivo da licitação, onerando assim, os cofres públicos.

Neste sentido, em consonância ao princípio da Soberania Constitucional, a Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos nº 8.666/93 veda de forma clara e veemente a utilização de quaisquer manobras, atos, cláusulas e/ou condições, julgamentos e decisões que discriminem ou afastem o caráter competitivo do certame, bem como estabeleçam preferências, distinções ou situações impertinentes ou irrelevantes para especificar o objeto do contrato.

Não obstante, a Lei Geral de Licitações, em seu art. 7º, §5º e §6º, se posiciona expressamente contrário ao direcionamento e a concomitante restrição da competitividade ao procedimento licitatório, conforme transcrevemos abaixo:

Art. 7º... §5º É vedada a realização de licitação cujo objeto inclua bens e serviços sem similaridade ou de marcas, características e especificações exclusivas, salvo nos casos em que for tecnicamente justificável, ou ainda quando o fornecimento de tais materiais e serviços for feito sob o regime de administração contratada, previsto e discriminado no ato convocatório. §6º A infringência do disposto neste artigo implica a nulidade dos atos ou contratos realizados e a responsabilidade de quem lhes tenha dado causa.

A doutrina de Hely Lopes Meirelles, acerca da de tão relevante tema, assim nos ensina:

A igualdade entre os licitantes é princípio impeditivo da discriminação entre os participantes do certame, que através de cláusulas que, no edital ou convite, favoreçam uns em detrimento de outros, quer mediante julgamento faccioso, que desiguale os iguais ou iguale os desiguais. O desatendimento a esse princípio constitui a forma mais insidiosa de desvio do poder, com que a Administração quebra a isonomia entre os licitantes, razão pela qual o Judiciário tem anulado editais e julgamentos em que se descobre a perseguição ou o favoritismo administrativo, sem nenhum objetivo ou vantagem de interesse público. (MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 27. ed Ed. Malheiros Editores. São Paulo:2002. pg. 262.)

A competitividade é um princípio fundamental da licitação e tem a devida proteção pela legislação, tipificando a ação injusta e culminando pena aos agentes que ensejarem frustrar este princípio.

Assim, seria irrazoável o TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DA PARAÍBA tomar medidas que possam restringir a participação de empresas que produzem produtos similares, que atendem as exigências, os quais são testados e com os respectivos laudos para atender a todos os quesitos, haja vista que estarão impossibilitadas de participar no certame.

O Órgão Licitante tem o dever de escolher a proposta que atenda melhor aos anseios da Administração Pública, ao publicar o edital com o Item nº 6.1.d para apresentação de atestado(s) de capacidade técnica, fornecido(s) por pessoas jurídicas de direito público ou privado, registrado nas entidades profissionais competentes, que comprove o regular fornecimento, instalação e configuração de solução de gestão/gerenciamento de vulnerabilidade, salvo melhor juízo, restringiu o caráter competitivo da licitação.

Principalmente no que diz respeito à compreensão de no mínimo fornecimento e instalação dos produtos em quantidade igual ou superior a 50% dos produtos constantes do lote ofertado neste certame.

Ademais, o inciso I, do § 1º, do art. 3º da Lei n. 8.666/93, prevê de forma conclusiva a impossibilidade de inclusão de itens que possam restringir a competitividade do certame:

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 <https://urlprotection-ams.global.sonicwall.com/click?PV=1&MSGID=202012091937250035335&URLID=4&ESV=10.0.6.3447&IV=0C4B2133A65DA3CCBD7454EE99304A67&TT=1607542649919&ESN=mL06HynVY92oE9yFq4Rh%2BwPkRWJcDj2WpVG1J6VeWUY%3D&KV=1536961729279&ENCODED_URL=http%3A%2F%2Fwww.planalto.gov.br%2Fccivil_03%2Fleis%2F8248.htm%23art3%3E%3B&HK=5E628DEBA41B5D1CA494AA2E15E9FEEA086F60C24402CCA6E3C23EB7C6FA8152>

(grifo nosso)

O artigo supratranscrito visa reprimir qualquer prática reputada como incompatível com a finalidade das licitações, conforme lição de Marçal Justen Filho:

A finalidade do § 1º reside em prescrever condutas reputadas como absolutamente indesejáveis e que não podem ser suportadas em vista da isonomia e da competitividade inerentes à Licitação. [2] <#_ftn2>

Percebe-se que o item 6.1.d do Edital restringiu em parte, a concorrência no certame.

Vale trazer à colação mais uma vez, trecho dos ensinamentos de Marçal Justen Filho que se amoldam perfeitamente ao caso concreto:

O Ato convocatório da licitação deve estabelecer condições que assegurem a seleção da proposta mais vantajosa (de acordo com a concepção de vantajosidade adotada), com observância do princípio da isonomia. É essencial que a licitação seja um procedimento orientado por critérios objetivos, sendo ilícita adoção de cláusulas ou quaisquer práticas que, de modo parcial ou total, restrinjam, afetem ou dificultem ilegitimamente a competição.

A regra do art. 3º, § 1º, inciso I, significa que todos os possíveis interessados devem ser admitidos a participar e que a vitória de um deles deve resultar da apresentação da proposta mais vantajosa. São inválidas condutas ativas ou omissivas adotadas pela Administração Pública, formalmente constantes do ato convocatório ou não, que distorçam a competição. Nenhum licitante pode obter vantagens injustificáveis ou enfrentar desvantagens indevidas na competição.

[...]

Em última análise, a regra examinada subordina todas as discriminações à proporcionalidade. Diferenciações ou benefícios inúteis, excessivos ou violadores da proporcionalidade.[3] <#_ftn3>

(grifos nossos)

O Tribunal de Contas da União é firme no sentido em que a Administração não pode estabelecer regras desnecessárias ou inadequadas ao caráter competitivo do certame:

“(...) Por outro lado, é cediço que o princípio da isonomia, com assento no caput do art. 5º, como também no art. 37, inciso XXI, ambos da Carta Política, deve nortear todos os procedimentos administrativos no âmbito da

Administração Pública. No mesmo sentido, a legislação infraconstitucional impõe a necessidade de garantir tratamento equânime aos interessados em contratar com a Administração, uma vez que o art. 3º, caput e §1º, incisos I e II, da Lei 8.666/93, faz menção ao aludido princípio, além de vedar expressamente condutas discriminatórias, assim, como, o §2º do mesmo dispositivo, reafirma a idéia de igualdade.

12. Impende frisar que a verificação de qualificação técnica não ofende o princípio da isonomia. Tanto é que o próprio art. 37, inciso XXI, da CF, que estabelece a obrigatoriedade ao Poder Público de licitar quando contrata, autoriza o estabelecimento de requisitos de qualificação técnica e econômica, desde que indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. No entanto, o ato convocatório há de estabelecer as regras para a seleção da proposta mais vantajosa para Administração, sem impor cláusulas desnecessárias ou inadequadas que restrinjam o caráter competitivo do certame.

(...).

(Acórdão nº 877/2006, Plenário, rel. Min. Marcos Bemquerer Costa).

(grifos nossos)

Portanto, resta impugnada o item 6.1.d por ser nocivo ao melhor interesse da Administração Pública, que deve corrigir, salvo melhor juízo, essa violação aos princípios da Administração Pública.

A Impugnante é uma das empresas que poderia tranquilamente cumprir com o objeto do Edital, uma vez que o número de IPs atendidos em outros contratos não significa que a Impugnante não possa cumprir com o objeto do presente edital.

Com todo o respeito, o número de IPs não é um fator que aumente a escala de produtos e/ou dificulte a operacionalização da solução ofertada pela Licitante, por isso, é desnecessário que o Órgão Licitante exija das empresas Concorrentes atestado de capacidade técnica com *"50% dos produtos constantes do lote ofertado neste certame*".

Outro ponto que merece ser destacado é a hipótese de uma empresa com *know-how* na solução buscada pelo TRE/PB estiver utilizando um equipamento novo no presente certame, ou seja, pouco utilizado em outros procedimentos licitatórios, neste caso, a participação da empresa seria alijada em virtude da exigência de que o atestado de capacidade técnica seja da mesma solução ofertada no presente certame.

O Impugnante entende que tais limitações são desnecessárias, e, notadamente, afrontam a competitividade do presente certame, o que apenas significará prejuízos aos já combalidos cofres públicos.

Assim, diante de todos os argumentos trazidos, bem como os documentos anexados na presente impugnação, faz-se necessário a reformulação e/ou

exclusão do Item 6.1.d, uma vez que afronta a o princípio da razoabilidade, da competitividade e da economicidade.

Nesta mesma esteira, é bom esclarecer que as divergências da presente manifestação se referem unicamente à aplicação da Constituição Federal, da Lei de Licitações e do Decreto nº 5.450/2005.

As referidas divergências não afetam, em nada, o respeito da Signatária pela Instituição e pelos ilustres profissionais que a integram. Desde já, a OGASEC se coloca à inteira disposição para maiores esclarecimentos.

IV – DOS PEDIDOS

Ante o exposto, requer à Ilustre Pregoeira:

- a) que receba a presente impugnação;
- b) que a julgue totalmente procedente, para que o Órgão Licitante reformule ou exclua o item nº 6.1.d do Edital, uma vez que viola diversos princípios que norteiam a Administração Pública;
- c) e, ao final, caso Vossa Senhoria entender que a presente impugnação não merece provimento, a Impugnante informa que tomará medidas cabíveis junto ao Tribunal de Contas e o Poder Judiciário.

Termos em que pede deferimento.

Brasília/DF, 09 de dezembro de 2020.

OGASEC CONSULTORIA E INFORMÁTICA S.A

CNPJ nº 01.919.316/0001-44

Aline Dutra

Operações Comerciais

Brasília

Tel: +55 (61) 3038 1900

+55 (61) 98143 4237

aline.dutra@ogasec.com <larissa.araujo@ogasec.com>

www.ogasec.com

“Esta mensagem pode conter informação confidencial e legalmente protegida e cabe ao remetente e seus destinatários, tratá-la adequadamente. Se você recebeu esta mensagem indevidamente, antes de removê-la de sua caixa postal, pedimos o reenvio ao remetente, informando o ocorrido. A utilização indevida das informações contida nesta é ilegal e passível de aplicação das sanções cabíveis.”

“This message may contain confidential and legally protected information and is up to the sender and its recipients, to treat it properly. If you have unduly received this message, before removing it from your inbox, we ask you to forward it to its sender, informing what happened. Misuse of the information contained therein is unlawful and punishable by applicable sanctions.”

[1] <#_ftnref1> O princípio da razoabilidade está umbilicalmente ligado ao princípio da proporcionalidade ou princípio da adequação dos meios aos fins.

[2] <#_ftnref2> Justen Filho, Marçal. *Comentários à Lei de licitações e contratos administrativos*. 15ª ed. São Paulo: Dialética, 2012, pg. 79.

[3] <#_ftnref3> Justen Filho, Marçal. *Comentários à Lei de licitações e contratos administrativos*. 15ª ed. São Paulo: Dialética, 2012, pg. 80.
