Pregão/Concorrência Eletrônica

- **Visualização de Recursos, Contrarrazões e Decisões**

RECURSO :

ILUSTRÍSSIMO(A) SENHOR(A) PREGOEIRO(A) DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL 3ª REGIÃO, SÃO PAULO, ESTADO DE SÃO PAULO.

NEXXIS CONSULTORIA E TECNOLOGIA LTDA, Inscrito no CNPJ: 30.572.049/0001-80, com endereço a Avenida Paulista, 807 – CJ 2315 – SÃO PAULO – SP – CEP: 01311-100, neste ato representado por seu sócio administrador, LEONARDO GABRIEL PEREIRA, RG 46.031.830 SSP/SP, CPF 363.639.578-50, com fulcro no disposto do item 11.2.3 do edital 009/2023, e artigo 5º Inciso LV da CF, vem respeitosamente e INTERPOR tempestivamente até o dia 29.05.2023, em Recurso Administrativo com Efeito Suspensivo até o Julgamento do presente Recurso pela Desclassificação pela Decisão do Pregoeiro de que não teria cumprido o requisito do item 6.2.1 do edital, "A licitante arrematante deverá comprovar e apresentar, juntamente com a proposta comercial, comprovante de que é parceiro autorizado do FABRICANTE dos equipamentos Cisco emitido pelo portal online da mesma (https://www.cisco.com/c/pt_br/partners.html)."

DOS FATOS E DO DIREITO

A Recorrente participou do Edital Pregão Presencial 009/2023, para a o o objeto " objeto da presente licitação é a contratação de empresa especializada para prestação de serviço de suporte e manutenção, incluindo software e hardware, dos equipamentos de comunicação de dados denominados de switches Cisco Nexus 9K e roteadores Cisco ASR 1001-X pelo período de 24 (vinte e quatro) meses, podendo ser prorrogado na forma da Lei e a critério da Administração, conforme condições, quantidades e exigências estabelecidas neste edital e seus anexo."

A Recorrente participou da disputa e com análise do objeto e todas as obrigações previstas no edital e termo de referência, sendo que já é prestadora de serviços do mesmo objeto, comprovado por atestado de fornecimento nas mesmas condições. Sagrou-se vencedora.

Da análise do Pregoeiro, este julgou em formalismo excessivo contrariando ao que dispõe a súmula 272 "Rigor formal no exame das propostas dos licitantes não pode ser exagerado ou absoluto, sob pena de desclassificação de propostas mais vantajosas, devendo as simples omissões ou irregularidades na documentação ou na proposta, desde que irrelevantes e não causem prejuízos à Administração ou aos concorrentes, serem sanadas mediante diligências." (TCU – Acórdão 2302/2012-Plenário)", pois, uma vez que não há vedação do protocolo realizado permitido é o procedimento.

A Recorrente já sendo prestadora de outros serviços com a mesma tecnologia, tendo apresentado atestados de fornecimento para tal comprovação, apta ao atendimento integral, foi barrada, mesmo apresentando o protocolo de cadastramento no sistema de fornecedores CISCO, indicados no aludido edital NÃO HAVENDO QUALQUER VEDAÇÃO que a comprovação se dê mediante o protocolo na base informada, portanto comprovando a referida inscrição no cadastro pertinente ao indicado na plataforma e não haverá nenhum prejuízo a Administração que obteve a proposta mais vantajosa de uma empresa que preenche os requisitos técnicos requeridos.

Veja também que a plataforma indicadas no termo de referência situa-se em outro país "Canadá" e as condições de cadastramento não foram trazidas no instrumento convocatório, podendo ser entendido como cerceamento de participação de diversas empresa aptas a condição ainda não cadastradas na base requerida para o uso da tecnologia que é mero formalismo, sem qualquer fundamento técnico justificável, pois, se o produto em substituição pode ser encontrado facilmente em qualquer plataforma de compras digitais, poderá ser suprida por esta Recorrente como já ocorrem em sua prestação de serviços a qualquer tempo, pois conhece a tecnologia e dispõe de todos os meios para solver a condição contratual a que se submete até porque quando participa do certame a ela se vincula.

Já manifestou também o TCU quanto a estas exigências em laudos e certificações, pelo que segue. "É irregular a exigência de atendimento a normas técnicas da ABNT, declarações de qualidade, certificações, laudos técnicos e certificados de conformidade sem a demonstração da essencialidade dessas exigências para se garantir a qualidade e o desempenho suficientes do objeto a ser contratado. (TCU - Acórdão 2129/2021 Plenário)" (g/n)

Veja, se a licitante Recorrente é uma Empresa apta a participação do certame por todo o exposto, do que seria a necessidade cumprir em exigências de tal forma que cabe a Administração proporcionar condições adequadas de disputa e isonomia entre os licitantes, não podendo penalizar licitantes por desconhecimento do que preconiza a lei e as cortes superiores, até mesmo quanto ao tempo que se obtém tal certificado e sua efetiva condição de obtê-la, razão pela qual torna-se extremamente oneroso em tempo e seu formalismo excessivo, na sua interpretação impede empresas aptas como a recorrente pois é a legitima Vencedora do Certame.

Noutra análise do em seu boletim 400 o Tribunal de Contas da União já manifestou da seguinte forma: "Acórdão 966/2022 Plenário (Representação, Relator Ministro Benjamin Zymler) Licitação. Habilitação de licitante. Documentação. Juntada. Princípio da isonomia. "É lícita a admissão da juntada de documentos, durante as fases de classificação ou de habilitação, que venham a atestar condição pré-existente à abertura da sessão pública do certame, sem que isso represente afronta aos princípios da isonomia e da igualdade entre as licitantes." (g/n)

Veja que trazer uma condição de exigência sem que se tenha a objetividade dentro do procedimento licitatório do prazo que é requerido para a licitante para apresentação de um cadastro apenas, é cerceamento da licitante de licitar, pois se já se conhecia tal condição a Administração obriga-se a divulgar em sua fundamentação e justificação, se não conhecia e não há vedação de participação de protocolo de cadastro que indicou, obriga-se também a aceitação uma vez que é lícito ao licitante ter a isonomia entre os licitantes com regras claras e objetivas dentro da finalidade do objeto licitado.

Apreciando a espécie, SEABRA FAGUNDES assim se manifestou: "O ato administrativo inclui cinco elementos básicos: competência, motivo, objetivo, finalidade e forma. Ao praticar ato administrativo vinculado está a autoridade vinculada à lei em relação a todos os elementos do ato. A autoridade administrativa, no entanto, quando pratica ato discricionário escolhe o motivo e o objeto do ato administrativo. Este referente ao conteúdo do ato e aquele relativo a razões de oportunidade e conveniência, caracterizando assim o chamado mérito administrativo." ("in" O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário, 2ª ed., J. Konfino, Rio, 1950, página 88 e segs.).

E, como salienta HELY LOPES MEIRELLES: "Em se tratando de motivo vinculado pela lei, o agente da Administração, ao praticar o ato, fica na obrigação de justificar a existência do motivo sem o que o ato será invalidado ou, pelo menos, invalidável, por ausência de motivação." ("in" Direito Administrativo Brasileiro, 2ª ed., Rev. dos Tribunais, pág. 159). (g/n)

Assim, veja que no caso em tela imperativo se faz a necessidade de rever os próprios atos nos termos da súmula 473/STJ, "A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial." pois dela se derivam direitos que foram cerceados da Recorrente, uma vez que o ato pode ser saneado pela diligência ou mesmo, pois há protocolo do cadastro de uma plataforma que é mero formalismo e ainda que não haverá nenhum prejuízo a Administração, este deverá ser revogado e reconduzido a recorrente a condição de Vencedora, pois, agiu em conformidade com a Edital e seus anexos e a Lei, pois já encontra-se regular no procedimento licitatório.

Assim, por todo o exposto em relação a todos os atos da licitação foi devidamente manifesto e esclarecido pela Recorrente, requerendo total procedência do Recurso da Recorrente.

DOS PEDIDOS

1) Acolhimento do presente Recurso Administrativo pois tempestivo;

2) Pugna pela recondução da continuidade do Recurso apresentado pela Empresa Recorrente NEXXIS CONSULTORIA E TECNOLOGIA LTDA, pois apresentou a melhor proposta em sua integralidade, atendeu ao item 6.2.1 do termo de referência por toda a fundamentação e no caso de entendimento diverso deve ser diligenciando qualquer ato meramente formal se assim entender, e se entender por novas diligências que sejam feitas nos termos do artigo 43, parágrafo terceiro da lei 8666/1993 e artigo 47 e parágrafo único do Decreto 10.024/2019, para eventual esclarecimento.

3) Que seja ratificado a Legitima Vencedora do Certame NEXXIS CONSULTORIA E TECNOLOGIA LTDA, pois apresentou a melhor proposta de MENOR VALOR GLOBAL;

São Paulo, 29 de maio de 2023.

LEONARDO GABRIEL PEREIRA
CPF Nº 363.639.578-50
RG Nº 46.031.830-5 SSP/SP
SÓCIO ADMINISTRADOR

Voltar

Pregão/Concorrência Eletrônica

- **Visualização de Recursos, Contrarrazões e Decisões**

RECURSO :

ILUSTRÍSSIMA SENHORA PREGOEIRA OFICIAL E SENHORES MEMBROS DA EQUIPE DE APOIO DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

A/C Divisão de Compras e Licitações - rili@trf3.jus.br

Ref.: Pregão nº 009.2023 – Processo nº 0044186-76.2022.4.03.8000

A NTT BRASIL COMÉRCIO E SERVIÇOS DE TECNOLOGIA LTDA. ("NTT" ou "Recorrente"), pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ/MF sob o nº 05.437.734/0001-56, com sede no Município de São Paulo, Estado de São Paulo, na Avenida das Nações Unidas, nº 14.401, 12º andar, conjuntos 121, 122 e 124, Torre B1, Condomínio Edifício Parque da Cidade, bairro Vila Gertrudes, CEP 04794-000, por sua filial situada no Município de Barueri, Estado de São Paulo, na Alameda Tocantins, nº 350, salas 201, 203 e 204, 2º andar, Alphaville Industrial, CEP 06455-020, com inscrição no CNPJ/ME sob nº 05.437.734/0004-07, por seus representantes legais, com fulcro no artigo 5º, inciso XXXIV, alínea a, e inciso LV, da Constituição Federal, e no item 11.2.3, do Edital Licitação nº 9716788/2023 ("Edital"), vem, respeitosamente, apresentar

RAZÕES DE RECURSO ADMINISTRATIVO

contra decisão que declarou habilitada, na Licitação, pelo rito do Pregão nº 009.2023, Processo nº 0044186-76.2022.4.03.8000, do Tribunal Regional Federal da 3ª Região ("TRF 3", "Administração") julgamento menor preço do item, sob a forma de execução indireta, no regime de empreitada por preço global, a empresa NEC LATIN AMERICA S.A. ("NEC" ou "Empresa Habilitada"), inscrita no CNPJ/ME sob o nº 49.074.412/0001-65, o que faz com base nas seguintes razões de fato e de direito a seguir expostas.

I. TEMPESTIVIDADE
A Intenção de Recurso, tempestivamente apresentada pela NTT em 24/05/2023, foi aceita pela Sra. Pregoeira nesse mesmo dia.
Considerando que o prazo para apresentação de recurso é de 03 (três) dias, nos termos do item 11.2.3, cumulado com o item 23.8, do Edital, o prazo da NTT findará somente no dia 29/05/2023.
Reputa-se, portanto, tempestiva as Razões de Recurso enviadas nesta data.

II. DOS FATOS E DAS RAZÕES DE RECURSO
O Tribunal Regional Federal da 3ª Região realizou Licitação, que teve a abertura da etapa de lances em 12/05/2023, às 13h, com o seguinte objeto:
"1.1 O objeto da presente licitação é a contratação de empresa especializada para prestação de serviço de suporte e manutenção, incluindo software e hardware, dos equipamentos de comunicação de dados denominados de switches Cisco Nexus 9K e roteadores Cisco ASR 1001-X pelo período de 24 (vinte e quatro) meses, podendo ser prorrogado na forma da Lei e a critério da Administração, conforme condições, quantidades e exigências estabelecidas neste edital e seus anexos."

A empresa NEXXIS CONSULTORIA E TECNOLOGIA LTDA, inscrita no CNPJ/ME sob o nº 30.572.049/0001-80, na etapa de lances, apresentou o valor de R$595.999,99 (quinhentos e noventa e cinco mil, novecentos e noventa e nove reais e noventa e nove centavos), razão pela qual foi convocada a apresentar proposta comercial em 12/05/2023, o qual foi recusado pelo TRF3, por não atender ao disposto no subitem 6.2.1., Anexo I, do Edital, no dia 19/05/2023.
Ato contínuo, nesse mesmo 19/05/2023, a NEC, por sua vez, foi convocada para apresentar a proposta comercial, a qual foi aceita, pelo melhor lance de R$ 596.000,00 (quinhentos e noventa e seis mil reais) e valor negociado a R$594.000,00 (quinhentos e noventa e quatro mil reais). Dessa forma, a NEC foi habilitada em 24/05/2023.
Em razão da habilitação da NEC, a NTT apresentou intenção de recurso, dentro do prazo estipulado pelo Edital, no item 11.1 , a qual foi prontamente aceita pela Sra. Pregoeira, nos termos do item 11.2 , do Edital.
Considerando o critério de julgamento de menor preço, a NTT não teve a sua proposta analisada, classificando-se em quarto lugar, com lance apresentado no valor de R$ 1.225.000,00 (um milhão e duzentos e vinte e cinco reais). Notoriamente, uma grande diferença, de R$ 631.000,00 (seiscentos e trinta e um mil reais), do valor apresentado pela NEC, que se perfez em valor menor que a metade do lance ofertado pela Recorrente e que se mostra impraticável, diante dos serviços que devem ser prestados, conforme objeto do Edital.
Tendo em vista a diferença supracitada de valores ofertados, bem como o valor estimado pelo próprio TRF 3, como se verá adiante, entende, a NTT, que a proposta apresentada pela NEC não atende às especificações do Edital no tocante à solução de suporte solicitada, vez que os preços praticados pelo mercado e pelo fabricante para o nível de suporte estipulado pela Administração é muito maior em relação ao informado pela NEC.
Assim, a NTT apresenta este Recurso contra a decisão que declarou habilitada a NEC na Licitação, ao qual deverá ser dado provimento para (i) diligenciar a NEC a fim de demonstrar que o nível da solução de suporte, apresentado na Proposta Comercial, é equivalente ao estabelecido no Termo de Referência, Anexo I, do Edital ("Termo de Referência", "Anexo I") , de acordo com o esclarecimento 03, da Circular nº 54/2023; (ii) inabilitar e desclassifica a NEC por não aderência às regras do Edital e consequentemente por inexequibilidade do escopo ; e (iii) prosseguir com a análise das demais propostas, sob pena de afronta aos Princípios da Igualdade, Legalidade, Formalidade e da Vinculação ao Instrumento Convocatório.

III. DOS PREÇOS PRATICADOS
Como se passará a demonstrar, a proposta apresentada pela NEC trouxe preço muito aquém do estimado no Edital.
De início, cumpre repisar, para fins de contextualização, que a demanda, objeto do Edital, trazida no Termo de Referência, é a seguinte:
"2.6.1. A demanda prevista: Contratação de empresa especializada para prestação de serviço de suporte e manutenção pelo período de 24 meses, incluindo software e hardware, dos equipamentos de comunicação de dados

denominados de switches Cisco Nexus9K para os equipamentos abaixo relacionados:"

Mais à frente, ainda considerando o Termo de Referência, verifica-se, no item 3.2, uma tabela com valores estimados pelo TRF 3 para os serviços que serão contratados. Para cada subitem, há um valor total indicado e, ao final, o valor total da solução, objeto do Edital, que foi calculado no preço de R$ 1.567.133,28 (um milhão, quinhentos e sessenta e sete mil, cento e trinta e três reais e vinte e oito centavos), conforme fl. 12, do Anexo I, do Edital:

(Figura 1 – Valor total da contratação, de R$ 1.567.133,28, tirada da fl.12, do Anexo I, do Edital)

Ao se passar para a análise da Proposta Técnica elaborada pela NEC, verifica-se que o valor apresentado foi, conforme acima referido, de R$ 594.000,00, totalizando uma diferença entre preço estimado do Edital e preço apresentado pela Empresa Habilitada de R$973.133,28 (novecentos e setenta e três mil, cento e trinta e três reais e vinte e oito centavos), ou seja, o valor da Proposta Comercial representa aproximadamente 38% do valor estimado, muito abaixo, inclusive, do valor da diferença entre aquele primeiro e esse último.
Diante desse cenário, indaga-se o motivo de tal discrepância entre os valores. O valor muito aquém apresentado pela NEC pode ser configurado como valor inexequível e assim acarretar má prestação do serviço ao TRF 3 ou, pior, a inexecução total desse. Referido valor destoante guardaria relação à solução de suporte apresentada pela NEC, que não seria equivalente à solicitada pela Administração.
Conforme previsto no Edital, em seus itens 6.4 e 6.7, fl.5, verifica-se o nível de serviço solicitado e a necessidade de observância aos preços estipulados pelo TRF 3:

(Figuras 2 e 3 – itens 6.4 e 6.7, do Edital; fl. 5)

A fim de esclarecer se a solução que de fato deveria ser apresentada na proposta comercial seria do fabricante Cisco, Tipo "Solution Support", e que tem um valor de mercado equivalente ao estimado pela Administração em seu Edital, a NTT questionou o TRF 3 e teve sua resposta disponibilizada em 11 de maio de 2023, conforme captura de tela abaixo:

(Figura 4 – Questionamento 03 e Resposta ao Questionamento 03, da Circular nº 54/2023)

Dessa forma, conforme esclarecido pela Administração, o nível de suporte já utilizado pelo TRF 3 deverá ser mantido nessa próxima contratação, qual seja, "Solution Support"
Assim, busca a NTT, não indagar a estratégia utilizada pela NEC na apresentação do lance e Proposta Comercial ofertados, mas, sim, entender qual a solução de suporte que a Empresa Habilitada ofereceu ao TRF 3 e se essa atende aos padrões estipulados pelo Edital nº 009.2023.

IV. DA DEMONSTRAÇÃO DA VIABILIDADE E DA VIOLAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO
Pelo valor total da contratação apresentado na Proposta Comercial da NEC demonstra-se, portanto, a inexequibilidade do preço indicado, por tratar-se de valor muito abaixo da cotação de mercado do suporte descrito e exigido no Edital e reconhecido pelo Esclarecimento nº 3. Por mais que o habilitado possa apresentar o valor que lhe convier, resta, para a Administração, o poder dever de diligenciar e ter a absoluta certeza de que a empresa vencedora do certamente atende integralmente ao edital, visto o Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório, corolário do Princípio da Legalidade, que deve reger os atos administrativos. Neste caso, quando o preço ofertado está fora do considerado factível, não é viável – seja maior ou menor.
Muito embora o critério de julgamento da presente licitação seja o menor preço, resta evidente que a Administração não está autorizada a declarar vencedora e celebrar contrato administrativo com empresa que não atenda às exigências do Edital. Mister ressaltar que nem sempre o menor valor é sinônimo de melhor contratação, é dever do TRF 3, buscar e averiguar a melhor vantagem, sem se afastar da qualidade e excelência na prestação dos serviços.
De acordo com o artigo 37, da Constituição Federal, a Administração Pública obedecerá aos Princípios da Legalidade, Impessoalidade, Moralidade, Publicidade e Eficiência e ao seguinte quando da licitação:
"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).

Ademais, o art. 41, da Lei nº 8.666/1993 prevê expressamente que:
"A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada."

Ainda, dispõem os artigos 44, § 3°, e art. 48, inciso II, §§ 1° e 2°, que devem ser interpretados no sentido de que a formulação de proposta de valor reduzido exige avaliação cuidadosa por parte da Administração. O Ilustre mestre Justen Filho, adota a linha de raciocínio de que, constatada a evidência de prática de valores muito abaixo do estimado, deve-se proceder à formulação de diligências destinadas a apurar a viabilidade da execução, inclusive com verificação de outros dados no âmbito do licitante.
Dessa forma, considerando que a Administração não pode declarar vencedora empresa que não atenda às exigências do Edital, passa-se à análise do que o próprio instrumento convocatório, à fl. 7, entende por inexequível:
"8.5. Considera-se inexequível a proposta que apresente preços global ou unitários simbólicos, irrisórios ou de valor zero, incompatíveis com os preços dos insumos e salários de mercado, acrescidos dos respectivos encargos, ainda que o ato convocatório da licitação não tenha estabelecido limites mínimos, exceto quando se referirem a materiais e instalações de propriedade do próprio licitante, para os quais ele renuncie a parcela ou à totalidade da remuneração." (grifo nosso).

Voltando à Lei 8.666/1993, em seu art. 48, inciso II, foi estabelecido que serão desclassificadas as propostas dos licitantes que:
"II - propostas com valor global superior ao limite estabelecido ou com preços manifestamente inexequíveis, assim considerados aqueles que não venham a ter demonstrada sua viabilidade através de documentação que comprove que os custos dos insumos são coerentes com os de mercado e que os coeficientes de produtividade são compatíveis com a execução do objeto do contrato, condições estas necessariamente especificadas no ato convocatório da licitação." (grifo nosso)

Depreende-se, então, como a própria legislação determina, que para tal proposta, manifestamente inexequível, sua viabilidade deverá ser demonstrada antes de serem aceitas no certame, sob pena de desclassificação da licitação. Nesse sentido, o enunciado do TCU, do Acórdão 1244/2018-Plenário:
"Antes de ter sua proposta desclassificada por inexequibilidade, ao licitante deve ser franqueada oportunidade de defendê-la e demonstrar sua capacidade de bem executar os serviços, nos termos e condições exigidos pelo instrumento convocatório." (grifo nosso)

Invocando o art. 43, § 3º, da Lei 8.666/1993, tal diligência, demonstrando que a NEC oferecerá de fato a solução indicada pela Administração, ou seja, o suporte denominado "Solution Support" do fabricante Cisco poderá ser realizada mesmo que passada a fase de habilitação, se for do entendimento do TRF 3:
"§ 3o É facultada à Comissão ou autoridade superior, em qualquer fase da licitação, a promoção de diligência destinada a esclarecer ou a complementar a instrução do processo, vedada a inclusão posterior de documento ou informação que deveria constar originariamente da proposta." (grifo nosso)

Necessário apontar, ainda, que se não for demonstrada a viabilidade da proposta ofertada pela NEC, além da inexequibilidade, pela não prestação de serviço conforme estipulado pelo edital, haverá também violação ao Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório, previsto no art. 3º, da Lei 8.666/1993, e elucidado pelo RE nº 688984, do STF:
"ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. PORTARIA DO MINISTÉRIO DAS MINAS E ENERGIA Nº 112/06. LEILÃO. VINCULAÇÃO AO EDITAL.
1. Como é de sabença geral, a licitação rege-se pelas normas contidas no instrumento convocatório. Este é ao ato mediante o qual a Administração faz a convocação dos interessados a participar da licitação, segundo o artigo 41 da Lei nº 8.666/93 vincula a Administração e configura lei interna para os licitantes. Os termos do Edital vinculam a Administração e os proponentes." (grifo nosso)

Ainda nesse sentido, a jurisprudência do STJ reconhece que os Princípios da Formalidade e da Vinculação ao Instrumento Convocatório devem ser absolutamente respeitados, sob pena de privilegiar um concorrente em detrimento dos demais, ferindo-se o Princípio da Igualdade entre os concorrentes:
"ADMINISTRATIVO. PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. PREGÃO. PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO EDITAL. REQUISITO DE QUALIFICAÇÃO TÉCNICA NÃO CUMPRIDO. DOCUMENTAÇÃO APRESENTADA DIFERENTE DA EXIGIDA
(...)
2. O Tribunal de origem entendeu de forma escorreita pela ausência de cumprimento do requisito editalício. Sabe-se que o procedimento licitatório é resguardado pelo princípio da vinculação ao edital; esta exigência é expressa no art. 41 da Lei n. 8.666/93. Tal artigo veda à Administração o descumprimento das normas contidas no edital. Sendo assim, se o edital prevê, conforme explicitado no acórdão recorrido (fl. 264), "a cópia autenticada da publicação no Diário Oficial da União do registro do alimento emitido pela Anvisa", este deve ser o documento apresentado para que o concorrente supra o requisito relativo à qualificação técnica. Seguindo tal raciocínio, se a empresa apresenta outra documentação - protocolo de pedido de renovação de registro - que não a requerida, não supre a exigência do edital.
3. Aceitar documentação para suprir determinado requisito, que não foi a solicitada, é privilegiar um concorrente em detrimento de outros, o que feriria o princípio da igualdade entre os licitantes."

"DIREITO ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. EDITAL COMO INSTRUMENTO VINCULATÓRIO DAS PARTES. ALTERAÇÃO COM DESCUMPRIMENTO DA LEI. SEGURANÇA CONCEDIDA.
É entendimento correntio na doutrina, como na jurisprudência, que o Edital, no procedimento licitatório, constitui lei entre as partes e é instrumento de validade dos atos praticados no curso de licitação. Ao se descumprir normas editalícias, a Administração frustra a própria razão de ser da licitação e viola os princípios que direcionam a atividade administrativa, tais como: o da legalidade, da moralidade e da isonomia."

A não vinculação ao edital e, portanto, o desrespeito à lei gerada entre a Administração e os licitantes, se cometida por razões inidôneas pode, ainda, ensejar em sanções, conforme previsto no item 21.2.1, do Edital, à fl. 14, e faz referência, inclusive ao art. 7º, da Lei 10.520/2002, conforme transcrições abaixo, respectivamente:
"21.2.1. Pela não entrega da documentação exigida para o certame, apresentação de documento(s) falso(s), não manutenção da proposta, comportamento inidôneo, declarar informações falsas, cometer fraude fiscal, não assinatura da ata de registro de preços e/ou termo de contrato ou aceitar/retirar o instrumento equivalente, quando convocado dentro do prazo de validade da proposta, o licitante estará sujeito às penalidades previstas no art. 7º da Lei n.º 10.520/2002."

"Art. 7º Quem, convocado dentro do prazo de validade da sua proposta, não celebrar o contrato, deixar de entregar ou apresentar documentação falsa exigida para o certame, ensejar o retardamento da execução de seu objeto, não mantiver a proposta, falhar ou fraudar na execução do contrato, comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude fiscal, ficará impedido de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios e, será descredenciado no Sicaf, ou nos sistemas de cadastramento de fornecedores a que se refere o inciso XIV do art. 4o desta Lei, pelo prazo de até 5 (cinco) anos, sem prejuízo das multas previstas em edital e no contrato e das demais cominações legais."

Resta claro, portanto, a necessidade de se diligenciar a NEC, a fim de que esclareça qual o nível de serviço que será prestado, para que não reste dúvidas se as exigências do Edital estão sendo atendidas, às quais todos os licitantes estão estritamente vinculados.
Confirmada a inexequibilidade da oferta apresentada pela Empresa Habilitada, deverá a NEC ser desclassificada do certame e as propostas dos demais concorrentes analisadas pelo TRF 3.
Por fim, cabe trazer à baila o que nos ensina a melhor doutrina administrativista, a saber:
"A proposta inexequível constitui-se, como se diz, numa 'armadilha' para a Administração: o licitante vence o certame; fracassa na execução do objeto; e não raro intenta, junto ao órgão contratante, reivindicações de revisão de preços, baseadas nos mais engenhosos motivos. Eis a razão de todos os cuidados legais na delimitação da proposta inexequível." (MOTTA, Carlos Pinto Coelho. 2005, p. 414).

Até que tais diligências ocorram, a decisão de declaração de habilitação da NEC, apesar do não cumprimento das condições do Edital, atenta não apenas contra os princípios que regem a atuação da Administração Pública, mas

também contra os direitos da NTT, que apresentou o correto preço - diga-se, o preço praticado no mercado - considerando o integral cumprimento das exigências do Edital, impondo-se, portanto, a desclassificação da Empresa Habilitada e análise da proposta da NTT.

V. CONCLUSÃO E PEDIDOS
Por todo o exposto, a NTT requer que seja recebido e apreciado o presente Recurso e, no mérito, que seja julgado procedente para: (i) diligenciar a NEC a fim de demonstrar que o nível da solução de suporte, apresentado na Proposta Comercial, é realmente o exigido na reposta ao Esclarecimento nº 03, Circular nº 54/2023, e no Termo de Referência, do Edital; (ii) consequentemente, inabilitar e desclassificar essa empresa do certame, impondo-lhe as sanções cabíveis; e (iii) reabrir a sessão, nos termos do item 12.1.1, do Edital, para prosseguir com a análise das demais propostas, em razão das evidências trazidas de inexequibilidade da proposta comercial e descumprimento do Princípio de Vinculação ao Instrumento Convocatório e da Legalidade. Alternativamente, caso a Sra. Pregoeira assim não entenda, que seja encaminhado o Recurso à Autoridade Superior para decisão e desclassificação final da NEC, convocando a NTT e apreciando a proposta apresentada.
Nesses termos,
Pede deferimento.

São Paulo/SP, 29 de maio de 2023.

NTT BRASIL COMÉRCIO E SERVIÇOS DE TECNOLOGIA LTDA.
Esta peça recursal possuí imagens, por este motivo estamos disponibilizando a peça na integra através do e-mail rili@trf3.jus.br

Voltar

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO
Av. Paulista, 1842 - Bairro Bela Vista - CEP 01310-936 - São Paulo - SP - www.trf3.jus.br

ANÁLISE DE RECURSO 9860617 - PRESI/DIRG/SADI/UCOT/DILI/PREGOEIROS

Trata-se do recurso apresentado tempestivamente pela empresa NEXXIS CONSULTORIA E TECNOLOGIA LTDA (doc. 9835863) contra o resultado de julgamento do Pregão Eletrônico nº 009/2023, cujo objeto é a contratação de empresa especializada para prestação de serviço de suporte e manutenção, incluindo software e hardware, dos equipamentos de comunicação de dados denominados de switches Cisco Nexus 9K e roteadores Cisco ASR 1001-X pelo período de 24 (vinte e quatro) meses.

Em breve síntese, a recorrente alega que participou da disputa e foi desclassificada por formalismo excessivo desta pregoeira, já que apresentou protocolo de cadastramento no sistema de fornecedores CISCO. Para a recorrente, o edital do certame não veda que a comprovação do subitem 6.2.1 do termo de referência, se dê mediante protocolo, sendo que as condições de cadastramento não foram trazidas no instrumento convocatório. Ademais, a recorrente alega que já é prestadora de outros serviços com a mesma tecnologia, tendo apresentado atestados de fornecimento para tal comprovação.

A empresa NEC LATIN AMERICA S.A. não apresentou contrarrazões, conforme doc. 9852517

A equipe de apoio assim se manifestou (doc. 9858530):

> *"Realizamos uma consulta junto à Cisco quanto a alegada parceria da empresa Nexxis, empresa que foi desclassificada na Análise da Proposta 9782358 e então reiteração 9803926, por não ter atendido ao requisito 6.2.1 do edital. A Cisco nos respondeu, através do seu Executivo de Contas Brasil, Sr. Marcos Secco, ratificando nosso entendimento, como pode ser comprovado no documento 9858505. Portanto este recurso não deve prosseguir."*

O subitem 6.2.1 do Termo de referência traz a seguinte redação:

> *"6.2.1. A licitante arrematante deverá comprovar e apresentar, juntamente com a proposta comercial, **comprovante de que é parceiro** autorizado do FABRICANTE dos equipamentos Cisco emitido pelo portal online da mesma (https://www.cisco.com/c/pt_br/partners.html)." (g.n.)*

Ou seja, o edital de licitação exige que a licitante já seja parceira autorizada Cisco no momento do envio da proposta comercial. No caso em tela, a recorrente apresentou apenas um protocolo de cadastramento, o que não atende ao subitem 6.2.1 do Termo de referência.

Ademais, a equipe de apoio realizou consulta à Cisco quanto a parceira com a empresa NEXXIS CONSULTORIA E TECNOLOGIA LTDA e recebeu a seguinte resposta (doc. 9858505):

> *"A Cisco possui uma ferramenta de busca para todos os parceiros ao redor do mundo. Este link é publico e pode ser acessado por vocês.*
>
> *https://locatr.cloudapps.cisco.com/WWChannels/LOCATR/openBasicSearch.do*
>
> *Realizei uma busca por este nome e não há nenhuma empresa chamada Nexxis com contrato de parceria ativo com a Cisco."*

Em relação aos atestados apresentados pela recorrente, observamos que essa documentação seria analisada apenas na fase de habilitação, após a aceitação da proposta. Sendo que, atestados fornecidos por pessoas jurídicas não são suficientes para comprovação da atual parceria com a Cisco.

Desta forma, considerando as alegações apresentadas pela recorrente, a manifestação da equipe de apoio e a resposta da empresa Cisco, decido pela improcedência do recurso da empresa NEXXIS CONSULTORIA E TECNOLOGIA LTDA.

À

ALIC

Encaminho para análise e manifestação e posterior encaminhamento à autoridade superior.

Atenciosamente

Documento assinado eletronicamente por **Raiany Oliveira Reis**, **Pregoeira**, em 05/06/2023, às 17:43, conforme art. 1º, III, "b", da Lei 11.419/2006.

A autenticidade do documento pode ser conferida no site http://sei.trf3.jus.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0 informando o código verificador **9860617** e o código CRC **7B9A5E7A**.

0044186-76.2022.4.03.8000 9860617v6

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO
Av. Paulista, 1842 - Bairro Bela Vista - CEP 01310-936 - São Paulo - SP - www.trf3.jus.br

PARECER Nº 9862007/2023 - PRESI/GABPRES/ALIC

Trata-se do Pregão Eletrônico nº 009/2023 (9716788), que tem por objeto a contratação de empresa especializada para prestação de serviço de suporte e manutenção, incluindo software e hardware, dos equipamentos de comunicação de dados denominados de switches Cisco Nexus 9K e roteadores Cisco ASR 1001-X pelo período de 24 (vinte e quatro) meses, podendo ser prorrogado na forma da Lei e a critério da Administração, conforme condições, quantidades e exigências estabelecidas neste edital e seus anexos.

A licitante NEXXIS CONSULTORIA E TECNOLOGIA LTDA. apresentou recurso administrativo (9835863) contra a decisão da Pregoeira que desclassificou sua proposta pelo descumprimento do item 6.2.1 do Anexo I do edital.

A Recorrente alega que:

"(...)

A Recorrente participou do Edital Pregão Presencial 009/2023, para a o o objeto " objeto da presente licitação é a contratação de empresa especializada para prestação de serviço de suporte e manutenção, incluindo software e hardware, dos equipamentos de comunicação de dados denominados de switches Cisco Nexus 9K e roteadores Cisco ASR 1001-X pelo período de 24 (vinte e quatro) meses, podendo ser prorrogado na forma da Lei e a critério da Administração, conforme condições, quantidades e exigências estabelecidas neste edital e seus anexo."

A Recorrente participou da disputa e com análise do objeto e todas as obrigações previstas no edital e termo de referência, sendo que já é prestadora de serviços do mesmo objeto, comprovado por atestado de fornecimento nas mesmas condições. Sagrou-se vencedora.

Da análise do Pregoeiro, este julgou em formalismo excessivo contrariando ao que dispõe a súmula 272 "Rigor formal no exame das propostas dos licitantes não pode ser exagerado ou absoluto, sob pena de desclassificação de propostas mais vantajosas, devendo as simples omissões ou irregularidades na documentação ou na proposta, desde que irrelevantes e não causem prejuízos à Administração ou aos concorrentes, serem sanadas mediante diligências." (TCU – Acórdão 2302/2012-Plenário)", pois, uma vez que não há vedação do protocolo realizado permitido é o procedimento.

A Recorrente já sendo prestadora de outros serviços com a mesma tecnologia, tendo apresentado atestados de fornecimento para tal comprovação, apta ao atendimento integral, foi barrada, mesmo apresentando o protocolo de cadastramento no sistema de fornecedores CISCO, indicados no aludido edital NÃO HAVENDO QUALQUER VEDAÇÃO que a comprovação se dê mediante o protocolo na base informada, portanto comprovando a referida inscrição no cadastro pertinente ao indicado na plataforma e não haverá nenhum prejuízo a Administração que obteve a proposta mais vantajosa de uma empresa que preenche os requisitos técnicos requeridos.

Veja também que a plataforma indicadas no termo de referência situa-se em outro país "Canadá" e as condições de cadastramento não foram trazidas no instrumento convocatório, podendo ser entendido como cerceamento de participação de diversas empresa aptas a condição ainda não cadastradas na base requerida para o uso da tecnologia que é mero formalismo, sem qualquer fundamento técnico justificável, pois, se o produto em substituição pode ser encontrado facilmente em qualquer plataforma de compras digitais, poderá ser suprida por esta Recorrente como já ocorrem em sua prestação de serviços a qualquer tempo, pois conhece a tecnologia e dispõe de todos os meios para solver a condição contratual a que se submete até porque quando participa do certame a ela se vincula.

Já manifestou também o TCU quanto a estas exigências em laudos e certificações, pelo que segue. "É irregular a exigência de atendimento a normas técnicas da ABNT, declarações de qualidade, certificações, laudos técnicos e certificados de conformidade sem a demonstração da essencialidade dessas exigências para se garantir a qualidade e o desempenho suficientes do objeto a ser contratado. (TCU - Acórdão 2129/2021 Plenário)" (g/n)

Veja, se a licitante Recorrente é uma Empresa apta a participação do certame por todo o exposto, do que seria a necessidade cumprir em exigências de tal forma que cabe a Administração proporcionar condições adequadas de disputa e isonomia entre os licitantes, não podendo penalizar licitantes por desconhecimento do que preconiza a lei e as cortes superiores, até mesmo quanto ao tempo que se obtém tal certificado e sua efetiva condição de obtê-la, razão pela qual torna-se extremamente oneroso em tempo e seu formalismo excessivo, na sua interpretação impede empresas aptas como a recorrente pois é a legitima Vencedora do Certame.

Noutra análise do em seu boletim 400 o Tribunal de Contas da União já manifestou da seguinte forma: "Acórdão 966/2022 Plenário (Representação, Relator Ministro Benjamin Zymler) Licitação. Habilitação de licitante. Documentação. Juntada. Princípio da isonomia. "É lícita a admissão da juntada de documentos, durante as fases de classificação ou de habilitação, que venham a atestar condição pré-existente à abertura da sessão pública do certame, sem que isso represente afronta aos princípios da isonomia e da igualdade entre as licitantes." (g/n)

Veja que trazer uma condição de exigência sem que se tenha a objetividade dentro do procedimento licitatório do prazo que é requerido para a licitante para apresentação de um cadastro apenas, é cerceamento da licitante de licitar, pois se já se conhecia tal condição a Administração obriga-se a divulgar em sua fundamentação e justificação, se não conhecia e não há vedação de participação de protocolo de cadastro que indicou, obriga-se também a aceitação uma vez que é lícito ao licitante ter a isonomia entre os licitantes com regras claras e objetivas dentro da finalidade do objeto licitado.

(...)"

A equipe de apoio integrada por representantes da área técnica manifestou-se nos seguintes termos (9858530):

"(...)

Realizamos uma consulta junto à Cisco quanto a alegada parceria da empresa Nexxis, empresa que foi desclassificada na Análise da Proposta 9782358 e então reiteração 9803926, por não ter atendido ao requisito 6.2.1 do edital. A Cisco nos respondeu, através do seu Executivo de Contas Brasil, Sr. Marcos Secco, ratificando nosso entendimento, como pode ser comprovado no documento 9858505. Portanto este recurso não deve prosseguir.

(...)"

Por fim, a Pregoeira, se manifestou conforme se transcreve a seguir (9860617):

"Trata-se do recurso apresentado tempestivamente pela empresa NEXXIS CONSULTORIA E TECNOLOGIA LTDA (doc. 9835863) contra o resultado de julgamento do Pregão Eletrônico nº 009/2023, cujo objeto é a contratação de empresa especializada para prestação de serviço de suporte e manutenção, incluindo software e hardware, dos equipamentos de comunicação de dados denominados de switches Cisco Nexus 9K e roteadores Cisco ASR 1001-X pelo período de 24 (vinte e quatro) meses.

Em breve síntese, a recorrente alega que participou da disputa e foi desclassificada por formalismo excessivo desta pregoeira, já que apresentou protocolo de cadastramento no sistema de fornecedores CISCO. Para a recorrente, o edital do certame não veda que a comprovação do subitem 6.2.1 do termo de referência, se dê mediante protocolo, sendo que as condições de cadastramento não foram trazidas no instrumento convocatório. Ademais, a recorrente alega que já é prestadora de outros serviços com a mesma tecnologia, tendo apresentado atestados de fornecimento para tal comprovação.

A empresa NEC LATIN AMERICA S.A. não apresentou contrarrazões, conforme doc. 9852517

A equipe de apoio assim se manifestou (doc. 9858530):

"Realizamos uma consulta junto à Cisco quanto a alegada parceria da empresa Nexxis, empresa que foi desclassificada na Análise da Proposta 9782358 e então reiteração 9803926, por não ter atendido ao requisito 6.2.1 do edital. A Cisco nos respondeu, através do seu Executivo de Contas Brasil, Sr. Marcos Secco, ratificando nosso entendimento, como pode ser comprovado no documento 9858505. Portanto este recurso não deve prosseguir."

O subitem 6.2.1 do Termo de referência traz a seguinte redação:

"6.2.1. A licitante arrematante deverá comprovar e apresentar, juntamente com a proposta comercial, ***comprovante de que é parceiro*** *autorizado do FABRICANTE dos equipamentos Cisco emitido pelo portal online da mesma (https://www.cisco.com/c/pt_br/partners.html)." (g.n.)*

Ou seja, o edital de licitação exige que a licitante já seja parceira autorizada Cisco no momento do envio da proposta comercial. No caso em tela, a recorrente apresentou apenas um protocolo de cadastramento, o que não atende ao subitem 6.2.1 do Termo de referência.

Ademais, a equipe de apoio realizou consulta à Cisco quanto a parceira com a empresa NEXXIS CONSULTORIA E TECNOLOGIA LTDA e recebeu a seguinte resposta (doc. 9858505):

"A Cisco possui uma ferramenta de busca para todos os parceiros ao redor do mundo. Este link é publico e pode ser acessado por vocês.

https://locatr.cloudapps.cisco.com/WWChannels/LOCATR/openBasicSearch.do

Realizei uma busca por este nome e não há nenhuma empresa chamada Nexxis com contrato de parceria ativo com a Cisco."

Em relação aos atestados apresentados pela recorrente, observamos que essa documentação seria analisada apenas na fase de habilitação, após a aceitação da proposta. Sendo que, atestados fornecidos por pessoas jurídicas não são suficientes para comprovação da atual parceria com a Cisco.

Desta forma, considerando as alegações apresentadas pela recorrente, a manifestação da equipe de apoio e a resposta da empresa Cisco, decido pela improcedência do recurso da empresa NEXXIS CONSULTORIA E TECNOLOGIA LTDA."

É o relatório.

Preliminarmente, passa-se à análise quanto aos aspectos legais e de conformidade do recurso submetido a exame, não adentrando aos aspectos que demandam conhecimentos técnico sobre o objeto, a cargo da gestão.

Neste sentido, o Manual de Boas Práticas Consultivas elaborado pela AGU dispõe:

"A manifestação consultiva que adentrar questão jurídica com potencial de significativo reflexo em aspecto técnico deve conter justificativa da necessidade de fazê-lo, evitando-se posicionamentos conclusivos sobre temas não jurídicos, tais como os técnicos, administrativos ou de conveniência ou oportunidade, podendo-se, porém, sobre estes emitir opinião ou formular recomendações, desde que enfatizando o caráter discricionário de seu acatamento." (BPC nº 7)

Saliente-se, ainda preliminarmente, que o Recurso Administrativo foi apresentado tempestivamente, observados os princípios do contraditório e ampla defesa previstos no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal e em conformidade com o artigo 4º, inciso XVIII, da Lei nº 10.520/02 e artigo 44º do Decreto nº 10.024/19.

No mérito, tem-se que foi apresentada pela Recorrente, como visto, em síntese, as seguintes alegações:

a) foi desclassificada por formalismo excessivo da Pregoeira, sendo que já é prestadora de outros serviços com a mesma tecnologia, comprovado por atestados de fornecimento nas mesmas condições;

b) apresentou protocolo de cadastramento no sistema de fornecedores CISCO;

c) o edital do certame não veda que a comprovação do subitem 6.2.1 do termo de referência, se dê mediante protocolo, não haverá nenhum prejuízo à Administração que obteve a proposta mais vantajosa que preenche os requisitos técnicos requeridos;

d) a plataforma indicada no termo de referência situa-se em outro país e as condições de cadastramento não foram trazidas no instrumento convocatório, podendo ser entendido como cerceamento de participação de diversas empresas aptas a condição ainda não cadastradas na base requerida para o uso da tecnologia, que é mero formalismo, pois se o produto em substituição pode ser encontrado facilmente em qualquer plataforma de compras digitais, poderá ser suprida pela Recorrente, pois conhece a tecnologia e dispõe de todos os meios para solver a condição contratual;

e) cabe à Administração proporcionar condições adequadas de disputa e isonomia entre os licitantes, não podendo penalizar licitantes por desconhecimento do que preconiza a lei e as cortes superiores, até mesmo quanto ao tempo que se obtém tal certificado e sua efetiva condição de obtê-la, razão pela qual torna-se extremamente oneroso em tempo e seu formalismo excessivo, na sua interpretação impede empresas aptas como a Recorrente.

Considerando o que rege o edital do Pregão Eletrônico nº 009/2023 (9716788), a Recorrente deveria apresentar comprovante de que é parceiro autorizado do fabricante dos equipamentos Cisco juntamente com a proposta comercial, conforme prevê o subitem 7.28.2.1 do edital e o subitem 6.2.1 do Anexo I (Termo de Referência) do edital:

> "**7.28.2.1. Será solicitado ao licitante melhor classificado o atendimento ao subitem 6.2.1 do Termo de Referência (Anexo I do Edital), sob pena de DESCLASSIFICAÇÃO**."
>
> "6.2.1. A licitante arrematante deverá comprovar e apresentar, juntamente com a proposta comercial, comprovante de que é parceiro autorizado do FABRICANTE dos equipamentos Cisco emitido pelo portal online da mesma (https://www.cisco.com/c/pt_br/partners.html)."

Conforme pontuado por esta Assessoria no Parecer 9610493-ALIC, a exigência de que o licitante apresente atestado de parceria do fabricante do produto ou serviço que será objeto da licitação é considerada restritiva à competitividade e à isonomia, salvo em casos excepcionais e devidamente justificados. Eis o teor do referido apontamento:

> "3.19) Nos subitens 6.2.1 e 6.2.2 temos:
>
> "6.2.1. A licitante arrematante deverá comprovar e apresentar, **juntamente com a proposta comercial, comprovante de que é parceiro autorizado do FABRICANTE** dos equipamentos Cisco emitido pelo portal online da mesma (https://www.cisco.com/c/pt_br/partners.html).
>
> 6.2.2. Justifica-se a manutenção e o suporte realizado por parceiros autorizados pelo fato da solução ser de missão crítica onde se está alterando toda a infraestrutura de rede de comunicação interna aumentando o desempenho, qualidade, segurança da rede e disponibilidade dos serviços de rede e da segurança das comunicações, do ambiente computacional da Justiça Federal da 3ª Região que suportam os sistemas de PJ-e,

JEF, SIAPRO, SEI e Sistema de RH, por essas razões de criticidade da solução essa garantia e o suporte deverão ser de parceiros autorizados que são capazes de atender plenamente a complexidade do nosso ambiente." (g.n.)

Primeiramente, entende-se que a exigência da licitante apresentar junto a proposta comercial comprovante de parceria com o fabricante restringe indevidamente a competitividade.

Nesse sentido é o que dispõe o TCU:

Acórdão nº 224/2020 - Plenário:

"(...)

A primeira questão tratada se refere à exigência de carta ou declaração do fabricante, conforme descrição no Anexo A do Termo de Referência (especificações do Item 1 ora em comento) :

Garantia

(...)

9. Para atestar o requisito de garantia a licitante deverá apresentar junto com a proposta, declaração ou atestado de pessoa jurídica do fabricante do equipamento ou de seu canal oficial de revenda que comprove que o produto ofertado possui a garantia e o nível de suporte solicitado no Termo de Referência, apresentando descrição e o PartNumber de suporte do fabricante do equipamento.

(...)

Outros Requisitos

(...)

6. No caso de o Licitante não ser o próprio fabricante do equipamento ofertado, deverá apresentar declaração oficial específica para o edital ou consulta ao site do fabricante, que autorize a empresa licitante a comercializar os produtos ofertados; Peça 7, p. 3-4. Grifou-se.

Segundo assente jurisprudência desta Corte, a exigência de declaração do fabricante atestando que a licitante está autorizada a comercializar seus equipamentos e capacitada a prestar o suporte técnico necessário, como requisito de habilitação, somente é admitida em casos excepcionais, quando for imprescindível à execução do objeto, e deverá ser tecnicamente justificada no processo licitatório.

No caso em tela, ambos os dispositivos do Termo de Referência reproduzidos acima extrapolam o que determina os arts. 27 a 31, da Lei nº 8.666/93, e 40 do Decreto 10.024/2019, ao criarem regra de habilitação não legalmente prevista, o que potencialmente restringe a competitividade do certame.

As justificativas apresentadas pelo órgão de que a comprovação da garantia seria exigida apenas do licitante vencedor não encontra guarida no próprio texto do TR transcrito acima (parte grifada) . Conforme pontuou a unidade, embora o termo de referência indique que a declaração referente à garantia deva ser apresentada pela licitante classificada em primeiro lugar na fase de lances, seria virtualmente impossível que a empresa participante tivesse tempo hábil após a fase de disputa para a produção desse atestado do fabricante.

Assim, o argumento de que a declaração só seria solicitada após a definição da empresa vencedora do certame não está em consonância com o que seria exigido da empresa, na prática, já que em poucos dias não seria possível obter a referida documentação do fabricante.

Do mesmo modo, não é possível concordar com a alegação do órgão licitante e da empresa vencedora do certame de que o dispositivo não trouxe prejuízo ou restrição à competitividade apenas pelo fato de que houve participação de número razoável de empresas e certa disputa na fase de lances. A exigência do edital fora do escopo legal por si só é uma ilegalidade, além do que potencialmente pode ter afastado outros competidores.

Reitera-se que não se coaduna com a jurisprudência desta Corte a exigência de declaração do fabricante, carta de solidariedade, ou credenciamento, ou qual seja o nome que se dê à exigência de se apresentar carta do fabricante, como condição para habilitação de licitante, por carecer de amparo legal e ferir o princípio da isonomia entre os licitantes.

(...)" (g.n.)

Ademais, a exigência de credenciamento, parceria ou carta de solidariedade com o fabricante somente é permitida de forma excepcional mediante robusta justificativa e como requisito obrigatório para a contratação.

Nesse sentido é o que dispõe a jurisprudência do TCU:

Acórdão nº 920/2022 - Plenário:

"(...)

13. A própria resposta oriunda do representante do fabricante indica os requisitos que deveriam pautar a contratação: corpo técnico habilitado e experiência nos serviços prestados. Com efeito, o Serpro poderia ter limitado suas exigências à comprovação de experiência nos serviços a serem prestados, acompanhada da exigência de qualificação do corpo técnico para atuação na fase de execução do contrato. **Ainda que a comprovação de credenciamento fosse imprescindível e devidamente motivada, ela somente poderia ser exigida como requisito técnico obrigatório da contratada e não como requisito à fase competitiva do certame.**

(...)" (g.n.)

Acórdão nº 926/2017 - Plenário:

"(...)

V – Das exigências de credenciamento como metodologia de execução

42. A Sefti também defende que as exigências de credenciamento aqui discutidas devam ser interpretadas como metodologia de execução, nos termos dos §§ 8º e 9º do art. 30 da Lei 8.666/1993.

43. Divirjo do entendimento da Sefti quanto a esse ponto. As exigências aqui discutidas estão claramente definidas no edital como requisitos de habilitação. Em sintonia com a jurisprudência do TCU, **exigências dessa natureza, em regra, não devem ser solicitadas na fase de habilitação e sim como requisitos obrigatórios da contratação.**

44. Por fim, considerando que essas exigências foram aqui admitidas em caráter excepcional, considero parcialmente procedente a representação e entendo pertinente recomendar à Caixa Econômica Federal que, nas próximas contratações em que sejam feitas exigências de credenciamento ou parceria junto à fabricantes, elas sejam definidas como requisitos obrigatórios de contratação e não como requisitos de habilitação.

(...)" (g.n.)

Ainda, sugere-se complementar a justificativa considerando o seguinte trecho retirado da Nota Técnica 3 - Exigência de credenciamento das licitantes pelos fabricantes de produtos de tecnologia da informação, nos certames para aquisição de bens e serviços da área, elaborado pelo Tribunal de Contas da União (disponível em: https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/nota-tecnica-3-exigencia-de-credenciamento-das-licitantes-pelos-fabricantes-de-produtos-de-tecnologia-da-informacao-nos-certames-para-aquisicao-de-bens-e-servicos-da-area.htm, acessado em: 21/03/2023):

"(...)

72. Em que pese todo o arrazoado aqui contido, 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, excepcionalmente, esta exigência poderá se configurar essencial.

73. Nesses casos, deve restar cristalino o seguinte:

- a demonstração objetiva do vínculo de absoluta indispensabilidade entre a necessidade que motivou a contratação e as vantagens técnicas oferecidas pelo credenciamento; e

- a impossibilidade de se obter essas mesmas vantagens por outros meios legais

74. Assim sendo, e tendo em vista que o edital exigindo o credenciamento representa ato administrativo que afeta direitos e interesses, faz-se mister que, com fulcro no inciso I do art. 50 da Lei nº 9.784/1999, essa indispensabilidade seja descrita e cabalmente justificada nos autos do processo licitatório, respeitando-se também as particularidades do mercado, com vistas a não restringir indevidamente a competitividade ou atentar contra a isonomia.

(...)" (g.n.)

Por fim, atentar que o subitem 7.28.2.1 do Edital faz referência ao subitem 6.2.1 do Anexo I - Termo de Referência."

Por intermédio do Despacho 9630007-DIAC, a equipe de apoio, integrada por representantes da área técnica, assim se manifestou sobre a necessidade da exigência do atestado de

parceria com o fabricante:

> "R.: A exigência de comprovação de credenciamento junto ao fabricante não restringe a competitividade porque uma empresa só está apta a prestar os serviços de suporte e garantia, com autorização para acionamento do fabricante, se for credenciada do fabricante Cisco. O credenciamento representa uma autorização legal da Cisco para que a empresa venda equipamentos, preste suporte adequado e, quando necessário, acione o suporte da própria fabricante, conhecido como TAC (Technical Assistance Center). Ressalta-se informar que, durante o ataque ransomware que paralisou a rede de toda da Justiça Federal da 3a Região, tivemos a necessidade de acionar o suporte da fabricante para restabelecer os serviços cobertos pelo contrato de suporte e garantia vigente até o momento. A contratada é quem tem autorização da fabricante para realizar o acionamento do serviço TAC. Sendo assim, ao exigirmos comprovação do credenciamento na qualificação técnica, estamos buscando resguardar a qualidade e viabilidade de prestação do serviço, para evitar prejuízos à Administração e seus clientes. Além disso, o comprovante que solicitamos na qualificação técnica é simples e pode ser obtido online, de forma imediata pela empresa."

Portanto, restando justificada a imprescindibilidade da exigência do referido atestado de parceria com o fabricante, este deveria ter sido exigido como requisito técnico obrigatório da contratada, conferindo-se prazo razoável para obtenção do credenciamento junto ao fabricante do equipamento, conforme Acórdãos 920/2022-Plenário e 926/2017-Plenário do Tribunal de Contas da União:

> "(...)
>
> 13. A própria resposta oriunda do representante do fabricante indica os requisitos que deveriam pautar a contratação: corpo técnico habilitado e experiência nos serviços prestados. Com efeito, o Serpro poderia ter limitado suas exigências à comprovação de experiência nos serviços a serem prestados, acompanhada da exigência de qualificação do corpo técnico para atuação na fase de execução do contrato. **Ainda que a comprovação de credenciamento fosse imprescindível e devidamente motivada, ela somente poderia ser exigida como requisito técnico obrigatório da contratada e não como requisito à fase competitiva do certame.**
>
> (...)" (g.n.)
>
> **V – Das exigências de credenciamento como metodologia de execução**
>
> 42. A Sefti também defende que as exigências de credenciamento aqui discutidas devam ser interpretadas como metodologia de execução, nos termos dos §§ 8º e 9º do art. 30 da Lei 8.666/1993.
>
> 43. Divirjo do entendimento da Sefti quanto a esse ponto. As exigências aqui discutidas estão claramente definidas no edital como requisitos de habilitação. Em sintonia com a jurisprudência do TCU, **exigências dessa natureza, em regra, não devem ser solicitadas na fase de habilitação e sim como requisitos obrigatórios da contratação.**
>
> 44. Por fim, considerando que essas exigências foram aqui admitidas em caráter excepcional, considero parcialmente procedente a representação e entendo pertinente recomendar à Caixa Econômica Federal que, nas próximas contratações em que sejam feitas exigências de credenciamento ou parceria junto à fabricantes, elas sejam definidas como requisitos obrigatórios de contratação e não como requisitos de habilitação.
>
> (...)" (g.n.)

No entanto, da análise do subitem 7.28.2.1 do edital e do subitem 6.2.1 do Anexo I do edital (Termo de Referência), verifica-se que, desconsiderando-se a recomendação contida no parecer jurídico, foi mantida a exigência do atestado de parceria com o fabricante juntamente com a proposta comercial.

Ressalta-se não ser possível a convalidação do ato administrativo, posto que a referida exigência pode ter afastado potenciais licitantes que, assim como a Recorrente, não possuiam o atestado de parceria com o fabricante dos equipamentos no momento da apresentação da proposta comercial.

Deste modo, quanto forem constatadas ilegalidades que não permitam a convalidação do ato ou do procedimento viciado, a anulação se impõe. Portanto, a anulação, necessariamente, decorre de uma ilegalidade, isto é, de uma ofensa ao ordenamento jurídico.

Desta forma, ocorrendo vícios nos atos realizados durante a elaboração do edital, cabe anulação destes, em conformidade ao princípio da autotutela que define que a Administração deve anular os atos eivados de vícios insanáveis.

Neste sentido, segue orientação do TCU:

> Acórdão nº 3.344/2012 - Plenário:
>
> "(...)
>
> **Importa frisar que a possibilidade de anulação parcial de procedimento licitatório eivado por vício insanável, aproveitando-se os atos praticados regularmente, tem sido admitida na jurisprudência. Este Tribunal já exarou determinações no sentido de que fossem adotadas medidas visando à anulação de atos constituintes de licitação e o seu refazimento, a partir da fase em que ocorreu o vício identificado, ainda que a licitação já houvesse sido encerrada e o contrato assinado. É o caso dos Acórdão 267/2006-TCU-Plenário e 2.389/2006 - Plenário.**
>
> Assim, com vistas à elisão de potencial prejuízo da ordem de R$ 162 milhões na contratação das obras da tubovia do Comperj, deve a Estatal anular os atos de desclassificação das três concorrentes que ofertaram preços inferiores ao limite mínimo por ela estabelecido. Com a nulidade das desclassificações por inexequibilidade, impõe-se a anulação dos atos que se seguiram e a ilegalidade da avença, eis que viciada desde sua origem.
>
> Retornar-se-á, por conseguinte, à fase de julgamento das propostas que, reajustadas pelos parâmetros definidos no instrumento convocatório, subsidiarão exame da Petrobras acerca da regularidade dos valores oferecidos e permitirão que, motivadamente, a vencedora do certame seja escolhida.
>
> (...)" (g.n.)

> Acórdão nº 1.904/2008 - Plenário:
>
> "(...)
>
> 9.1. conhecer da presente consulta, uma vez que preenche os requisitos de admissibilidade, nos termos do art. 264, inciso VI, do Regimento Interno do TCU, e esclarecer ao consulente que:
>
> 9.2. é possível, nos termos do art. 49 da Lei nº 8.666/93, a anulação de ato ou fase da licitação, inquinado de vício que não afete a totalidade do certame, bem como dos atos e fases subseqüentes, operada pela autoridade competente para a homologação, a qualquer tempo. Como conseqüência, o procedimento licitatório deverá ser devolvido para a comissão de licitação, a fim de que refaça os atos anulados, aproveitando-se os atos regulares e não afetados pelo vício já praticados;
>
> 9.3. caso a anulação ocorra posteriormente à assinatura do contrato, este deverá ser anulado, visto que a nulidade da licitação induz à nulidade do contrato, nos termos do art. 49, § 2º, da Lei nº 8.666/93, garantido o direito ao contraditório e à ampla defesa dos interessados, de acordo com o § 3º do citado artigo. Deve ser observada, também, a necessidade de se indenizar o contratado, cuja avença foi anulada, pelo que houver executado e demais prejuízos que não lhe sejam imputáveis, como preceitua o art. 59 da referida lei;
>
> (...)"

No presente caso, constatado vício no edital, deve-se anular o procedimento licitatório, nos termos do artigo 49 da Lei nº 8.666/93 e artigo 50 do decreto nº 10.024/19:

Lei nº 8.666/1993:

> "Art. 49. A autoridade competente para a aprovação do procedimento somente poderá revogar a licitação por razões de interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta, devendo anulá-la por ilegalidade, de ofício ou por provocação de terceiros, mediante parecer escrito e devidamente fundamentado.

§ 1o A anulação do procedimento licitatório por motivo de ilegalidade não gera obrigação de indenizar, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 59 desta Lei.

§ 2o A nulidade do procedimento licitatório induz à do contrato, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 59 desta Lei.

§ 3o No caso de desfazimento do processo licitatório, fica assegurado o contraditório e a ampla defesa.

§ 4o O disposto neste artigo e seus parágrafos aplica-se aos atos do procedimento de dispensa e de inexigibilidade de licitação."

Decreto nº 10.024/2019:

"**Revogação e anulação**

Art. 50. A autoridade competente para homologar o procedimento licitatório de que trata este Decreto poderá revogá-lo somente em razão do interesse público, por motivo de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar a revogação, e deverá anulá-lo por ilegalidade, de ofício ou por provocação de qualquer pessoa, por meio de ato escrito e fundamentado.

Parágrafo único. Os licitantes não terão direito à indenização em decorrência da anulação do procedimento licitatório, ressalvado o direito do contratado de boa-fé ao ressarcimento dos encargos que tiver suportado no cumprimento do contrato."

Ademais, quanto ao dever de assegurar o contraditório e a ampla defesa, é possível sua dispensa, pois no presente caso, a anulação ocorrerá antes da adjudicação do objeto. A finalidade da ciência prévia é permitir a defesa de direitos e interesse dos particulares, em face de eventuais atos inconvenientes da Administração Pública que possam lhes trazer prejuízos. Assim somente se justifica a sua instauração quando a anulação puder prejudicar direitos e interesses dos licitantes, o que só ocorre depois da adjudicação do objeto.

Nesse sentido, colaciona-se o entendimento jurisprudencial:

STF:

"Ora, antes da homologação da licitação, não exsurge aos concorrentes nenhum direito subjetivo capaz de impedir a revogação da abertura do processo licitatório, por óbvia conveniência pública, superveniente à desistência de todos os concorrentes menos um, nem tampouco alguma lesão patrimonial, de que se irradiasse direito a indenização. Nessas circunstâncias, em que com a revogação nada sofreu a esfera dos direitos e interesses privados, não havia lugar para observância de contraditório e ampla defesa, inerentes à cláusula constitucional do justo processo da lei (due process of law), cujo alcance está em impedir ação arbitrária e lesiva do Estado." (Agravo de Instrumento nº 228.554-4, Rel. Cézar Peluso, j. em 08.06.2004).

STJ:

"ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. INTERPRETAÇÃO DO ART. 49, § 3º, DA LEI 8.666/93. (…) 5. Só há aplicabilidade do § 3º, do art. 49, da Lei 8.666/93, quando o procedimento licitatório, por ter sido concluído, gerou direitos subjetivos ao licitante vencedor (adjudicação e contrato) ou em casos de revogação ou de anulação onde o licitante seja apontado, de modo direto ou indireto, como tendo dado causa ao proceder o desfazimento do certame" (MS 7.017/DF, Rel. Min. José Delgado, DJ de 2/4/2001)

TCU:

Acórdão nº 2.656/2019 - Plenário:

"Somente é exigível a observância das disposições do art. 49, § 3º, da Lei 8.666/1993 quando o procedimento licitatório, por ter sido concluído com a adjudicação do objeto, gera direitos subjetivos ao licitante vencedor ou em casos de revogação ou de anulação em que o licitante seja apontado, de modo direto ou indireto, como o causador do desfazimento do certame."

Pelo exposto, entende esta Assessoria pela possibilidade da anulação do certame licitatório, não sendo necessário conceder prazo para o contraditório e ampla defesa, uma vez que, não houve a adjudicação do certame licitatório e, consequentemente, não gerou direito subjetivo ao licitante provisoriamente vencedor.

Por fim, ressalta-se que a presente análise jurídica é meramente opinativa, com o objetivo de orientação na resolução da questão posta em análise de acordo com a instrução processual.

Nesse sentido, o Manual de Boas Práticas Consultivas elaborado pela AGU dispõe: *"A manifestação consultiva que adentrar questão jurídica com potencial de significativo reflexo em aspecto técnico deve conter justificativa da necessidade de fazê-lo, evitando-se posicionamentos conclusivos sobre temas não jurídicos, tais como os técnicos, administrativos ou de conveniência ou oportunidade, podendo-se, porém, sobre estes emitir opinião ou formular recomendações, desde que enfatizando o caráter discricionário de seu acatamento."* (BPC nº 7)

É o parecer.

Documento assinado eletronicamente por **Ana Lúcia Caurel**, **Assessora de Licitações e Contratos**, em 07/06/2023, às 15:01, conforme art. 1º, III, "b", da Lei 11.419/2006.

A autenticidade do documento pode ser conferida no site http://sei.trf3.jus.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0 informando o código verificador **9862007** e o código CRC **07B785D6**.

0044186-76.2022.4.03.8000 9862007v7

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO
Av. Paulista, 1842 - Bairro Bela Vista - CEP 01310-936 - - www.trf3.jus.br

DESPACHO Nº 9869242/2023 - PRESI/GABPRES/ALIC

Processo SEI nº 0044186-76.2022.4.03.8000

Documento nº 9869242

Trata-se do Pregão Eletrônico nº 009/2023 (9716788), que tem por objeto a contratação de empresa especializada para prestação de serviço de suporte e manutenção, incluindo software e hardware, dos equipamentos de comunicação de dados denominados de switches Cisco Nexus 9K e roteadores Cisco ASR 1001-X pelo período de 24 (vinte e quatro) meses, podendo ser prorrogado na forma da Lei e a critério da Administração, conforme condições, quantidades e exigências estabelecidas neste edital e seus anexos.

À vista do quanto exposto pela Assessoria de Licitações e Contratos, acolhe-se o Parecer ALIC 9862007, em seus exatos termos, e declara-se a nulidade do Edital de Licitação RILI Nº 9716788/2023, relativo ao Pregão Eletrônico nº 009/2023.

Comunique-se à Senhora Pregoeira e à DILI, dando-se a publicidade necessária ao ato e observando-se as cautelas de praxe.

Encaminhe-se à SETI e DILI para as providências atinentes à realização de novo certame para contratação, saneando-se os aspectos identificados, bem como adotando-se as providências orçamentárias cabíveis, com o oportuno encaminhamento à SOFI, se o caso.

Dê-se ciência ao Gabinete da Presidência, à ASAD e à SADI/UCOT.

Documento assinado eletronicamente por **Otávio Augusto Pascucci Perillo**, **Diretor-Geral**, em 07/06/2023, às 15:29, conforme art. 1º, III, "b", da Lei 11.419/2006.

A autenticidade do documento pode ser conferida no site http://sei.trf3.jus.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0 informando o código verificador **9869242** e o código CRC **494E91DA**.