



CONSELHO REGIONAL DE ENFERMAGEM DE SÃO PAULO

ESCLARECIMENTOS Nº 1

Pregão Eletrônico nº 23/2022

Considerando o questionamento recebido a respeito da licitação em referência, o Coren-SP torna público:

1- EXIGÊNCIAS INDEVIDAS

“4.1.1.1. Comprovação, emitida pelo fabricante ou disponível em consulta ao sítio da fabricante que comprove que a Contratada está apta e autorizada a comercializar licenças de software ou indicar o distribuidor/revenda autorizado do qual fará a compra dos softwares.”

Essa exigência não encontra previsão na Lei 8666/93, principal diploma que norteia os procedimentos licitatórios, a qual, inclusive, coíbe a prática de atos que sejam tendenciosos ou frustrem o caráter competitivo dos certames.

Ora, a consequência direta das exigências em comento é a limitação de participantes.

Ainda, o rol de documentos destinados à habilitação dos licitantes, conforme previsto nos artigos 27 a 31 da Lei 8.666/1993 é taxativo, o que fica evidenciado pelo emprego do legislador dos termos ‘exclusivamente’ (art. 27, caput, Lei 8.666/1993) e ‘limitar-se-á’ (art. 30, caput e 31, caput, da Lei 8.666/1993).

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

Isso porque as exigências de habilitação nos processos licitatórios têm como parâmetro fundamental o art. 37, XXI, da Constituição Federal, que limita as exigências de qualificação técnica e econômica às ‘indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações’, com o objetivo evitar a restrição da competitividade do certame.

Neste mesmo sentido já se manifestou o Tribunal de Contas da União, sendo ponto pacífico na jurisprudência desta Corte. Vejamos.

- No item 9.2.1. do Acórdão 5.508/2009 – 2ª Câmara, o Tribunal determinou a Prefeituras Municipais que, em licitações envolvendo recursos federais, ‘atenham-se ao rol de documentos para habilitação definido nos artigos 27 a 31 da Lei 8.666/1993, sem exigir nenhum elemento que não esteja ali enumerado’.
- No item 9.1.2. do Acórdão 1.745/2009 – Plenário, o Tribunal determinou a uma entidade federal que ‘abstenha-se de exigir das licitantes interessadas como condição para habilitação documentos não previstos nos arts. 27 a 31 da Lei nº 8.666/1993’.
- No item 9.3.2.3. do Acórdão 1.731/2008 – Plenário, o Tribunal determinou a um órgão federal que ‘abstenha-se de prever, como exigência de habilitação, requisitos que não estejam contemplados nos arts. 28 a 31 da Lei nº 8.666/93, por ausência de amparo legal e por restringir a competitividade da licitação, em afronta ao disposto no art. 3º, § 1º, inciso I, da referida lei’.

A taxatividade do rol de documentos destinados à habilitação dos licitantes é também reforçada pela doutrina, a exemplo do que dispõe Marçal Justen Filho (Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 11ª ed. São Paulo: Dialética, 2005, p. 306):

O elenco dos arts. 28 a 31 deve ser reputado como máximo e não como mínimo. Ou seja, não há imposição legislativa a que a Administração, em cada licitação, exija a comprovação integral quanto a cada um dos itens contemplados nos referidos



CONSELHO REGIONAL DE ENFERMAGEM DE SÃO PAULO

dispositivos. O edital não poderá exigir mais do que ali previsto, mas poderá demandar menos (grifo nosso).

Destaca-se que seguiram na mesma linha do acima disposto os entendimentos proferidos em Nota Técnica nº 03/2009 – SEFTI/TCU cujo objeto era firmar entendimento da Sefti sobre a regularidade de se exigir das licitantes credenciamento pelo fabricante. Vejamos.

Entendimento I. Nas licitações para contratação de bens e serviços de tecnologia da informação, via de regra, não é requisito técnico indispensável à execução do objeto a exigência de que as licitantes sejam credenciadas pelo fabricante (Constituição Federal, art. 37, inciso XXI; Lei nº 8.666/1993, art. 30, inciso II, art. 56, arts. 86 a 88 e Acórdão nº 1.281/2009 – TCU – Plenário, item 9.3).

Entendimento II. A exigência, em editais para contratação de bens e serviços de tecnologia da informação, de credenciamento das licitantes pelo fabricante, via de regra, implica restrição indevida da competitividade do certame (Lei nº 8.666/1993, art. 3º, § 1º, inciso I, art. 6º, inciso IX, alíneas “c” e “d”, art. 44, § 1º; Lei nº 10.520/2002, art. 3º, inciso II e Acórdão nº 1.281/2009 – TCU – Plenário, item 9.3) e atenta contra a isonomia entre os interessados (Constituição Federal, arts. 5º, caput, 37, inciso XXI e Lei nº 8.666/1993, art. 3º, caput).

Ainda, se mantida esta exigência, a mesma deverá vir acompanhada de justificativa expressa para tanto, bem como, ser requisitada apenas da empresa Contratada e não como documento de habilitação do Licitante participante do certame. Vejamos recente acórdão neste sentido.

Acórdão 920/2022 Plenário (Representação, Relator Ministro Vital do Rêgo)

Licitação. Qualificação técnica. Exigência. Credenciamento. Fabricante. Contratação.

A comprovação de credenciamento ou parceria junto a fabricantes, quando imprescindível e desde que devidamente motivada, deve ser exigida como requisito técnico obrigatório da contratada e não como requisito de habilitação das licitantes, eis que potencialmente contribui para reduzir o caráter competitivo do certame, à medida que afasta empresas não parceiras do fabricante.

Por todo o exposto, temos que a exigência em comento não esta prevista em nenhum dos dispositivos da Lei 8.666/1993 que regulam a habilitação jurídica, a qualificação técnica, a qualificação econômico-financeira e a regularidade fiscal ou trabalhista, devendo, portanto, ser desconsiderada.

Estão corretos os nossos entendimentos?

Resposta do Pregoeiro e Área Técnica:

Questionamento 1

Informamos que o referido documento não está sendo exigido na fase de habilitação, não restringindo assim a competitividade do certame, visto que somente será solicitada a apresentação do documento na fase de contratação. Ainda assim, verifica-se no Acórdão do TCU, nº 926/2017 que:

“A comprovação de credenciamento ou parceria junto a fabricantes, quando imprescindível e desde que devidamente motivada, deve ser exigida como requisito técnico obrigatório da contratada e não como requisito de habilitação das licitantes.” (TCU, Acórdão nº 926/2017, Rel. Ministro Aroldo Cedraz, Informativo nº 322, de 30.05.2017.)[grifo nosso]



CONSELHO REGIONAL DE ENFERMAGEM DE SÃO PAULO

Desta forma, trata-se de uma exigência apenas no ato da assinatura do contrato, não devendo a Licitante se confundir com os documentos de habilitação. Contudo, o referido item 4.1.1.1 do termo de referência diz que a licitante deverá comprovar junto ao fabricante que está apta e autorizada para a comercialização das licenças OU indicar o distribuidor/revenda autorizada do qual fará a compra dos softwares.

Além do mais, considerando a natureza do objeto, por se tratar da contratação de licenças da solução em nuvem da Microsoft, caso a Licitante não seja credenciada ou autorizada pelo fabricante em questão, ela não estará apta para fornecer as licenças contratadas, inviabilizando assim esta contratação. Inclusive, verificamos no próprio site do fabricante, na área de distribuidores autorizados, que:

“Todo o processo de comercialização de produtos Microsoft é realizado através de distribuidores, que são responsáveis desde a importação até a comercialização de toda a linha de produtos Microsoft para o canal de vendas cadastradas.

O Distribuidor Microsoft é o único que pode comprar produtos diretamente da Microsoft. Isto ocorre por que ele assina um contrato anual e se compromete a cumprir normas préestabelecidas. Por isso é habilitado a pagar os Royalties para a Microsoft Corporation e legalizar a entrada dos produtos no Brasil.

O Distribuidor no Brasil só pode vender produtos Microsoft para revendas, não sendo permitido que ele realize vendas a usuários finais. Portanto, para adquirir produtos Microsoft, a Revenda deve entrar em contato com o setor de compras do Distribuidor, preencher um cadastro e solicitar a lista de preços.” (site do fabricante, disponível em <https://partner.microsoft.com/pt-br/Licensing/distribuidores-Autorizados>)

Sem mais, conclui-se que esta exigência torna-se totalmente pertinente, dado a natureza do objeto e os riscos apresentados caso a Licitante não esteja apta para tal.

São Paulo, 27 de setembro de 2022.

Vinícius Pereira Souza
Pregoeiro

Publicado no site do Coren-SP <https://portal.coren-sp.gov.br/licitacoes/pregao-eletronico-srp-no-23-2022-powerbi/> e no portal: www.gov.br/compras/