

**PE 020/21 – Registro de Preços licenças Microsoft**

**ESCLARECIMENTOS**

**Questionamento 1:**

**I. EXIGÊNCIAS INDEVIDAS**

*“8.27 Declaração da Microsoft que a licitante é LSP (Large Solution Provider) localizada no território nacional.*

*8.28 Declaração da Microsoft que a licitante é revenda GP (Government Partner).”*

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

Ainda, 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).*

Por todo o exposto, temos que as exigências em comento não estão previstas 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 rechaçada.

## **II – POSSIBILIDADE DE OFERTAR MODALIDADE DIVERSA**

Não existe nenhuma restrição para atender a modalidade solicitada no Edital em epígrafe com modelo diversa da fabricante Microsoft, que atende todas as especificações exigidas, **em todas as características solicitadas**, com **AS MESMAS CARACTERÍSTICAS TÉCNICAS, DE SUPORTE, DE RENOVAÇÃO e**

**DEMAIS ESPECIFICAÇÕES, considerado tão eficiente quanto o indicado no Edital.**

Necessário ressaltar que, a Administração Pública deve trabalhar com o escopo de obter sempre o maior número de propostas possíveis, na busca da que lhe seja mais vantajosa, conforme disposto no Decreto Federal nº 3.555/2000, que regulamenta a licitação na modalidade pregão. Vejamos.

*Art. 4º A licitação na modalidade de Pregão é juridicamente condicionada aos princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo, bem assim aos princípios correlatos da celeridade, finalidade, razoabilidade, proporcionalidade, competitividade, justo preço, seletividade e comparação objeto das propostas.*

**Parágrafo único. As normas disciplinadoras da licitação serão sempre interpretadas em favor da ampliação da disputa entre os interessados, desde que não comprometa o interesse da Administração, a finalidade e a segurança da contratação.**  
*(Grifos nossos).*

Ainda sobre o tema, destaca-se que o certame licitatório tem como princípio basilar a isonomia entre os licitantes, com o fim de proporcionar a máxima competitividade, buscando o maior número de participantes. Sendo assim, é vedada exigência editalícia que apenas impede a participação de empresas na licitação.

Em conformidade com o exposto acima, cabe relatar alguns casos onde de forma assertiva o respectivo Órgão aceitou modalidade diversa; o Edital do Pregão Eletrônico n.º 20/2020 da Secretária da Fazenda do Estado de Pernambuco (em anexo), em que a empresa Licitante logrou-se vencedora de vários itens, estando o referido Edital amplamente aberto para ambos os modelos de contrato, permitindo licenças de Partnumbers distintos do indicado, desde que com as mesmas características técnicas, de suporte e atualização, e que atendiam todas as especificações técnicas exigidas no referido Edital.

Por fim, neste viés, dentre outros casos existentes, cita o Edital do Pregão Eletrônico n.º 07/2020 da PGE/PE, onde o próprio Edital expressamente possibilita a apresentação de diversas modalidades, comprovando assim que efetivamente todas atendem igualmente as especificações e necessidades do Órgão e, o Edital 03/2020 do CRN3/SP, onde ocorreu a mesma situação, em que o Órgão aceitou modalidades diversas das indicadas nos respectivos Editais, procedendo com a alteração após esclarecimento mas diretamente no Edital.

Pelo demonstrado acima, infere-se que a exigência de modelo de contratação contida nesse Edital deve ser desconsiderada, a fim de adequar o processo licitatório ao Princípios da Ampla Concorrência e da Isonomia.

### **III – TIPO DE DISPUTA**

Visando a melhor concorrência e valor mais vantajoso a ser ofertado, o Licitante entende que o tipo de disputa deste pregão seja por MENOR PREÇO e não maior desconto. Assim, solicitamos que este r. Órgão considere e altere para menor preço.

Estão corretos os nossos entendimentos?

**Resposta 1:** TIPO DE DISPUTA, a concorrência por maior desconto sobre a tabela de preços/produtos da Microsoft (Estimated Retail Price (ERP)), tem justamente o objetivo de obter o menor preço, facilitando o registro de composição de todos os preços da lista, pois do contrário, todos os participantes do certame teriam que entregar uma lista, com muitos itens, totalmente atualizada.

#### **Possibilidade de ofertar modalidade diversa**

Após leitura e análise do questionamento, não entendemos qual dúvida levantada em relação à modalidade de contratação, que é uma decisão discricionária da empresa, registrar preços através de Pregão Eletrônico. Cuida-se de uma estratégia de aquisição que leva em consideração as demandas dos respectivos produtos.

#### **Exigências indevidas**

**"8.27 Declaração da Microsoft que o licitante é LSP (Large Solution Provider) localizada no território nacional.**

**8.28 Declaração da Microsoft que a licitante é revenda GP (Government Partner)"**

<https://partner.microsoft.com/pt-br/licensing/parceiros%20lsp>

<https://tcu.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/465705119/representacao-repr-rp-3640720160/voto-465705176?ref=amp>

A Microsoft atua no Brasil, assim como em outros países, com um modelo indireto de vendas, usando para isso uma rede de parceiros – revendedores e distribuidores – constituída de mais de dezenove mil empresas. Nesse universo, a grande maioria, denominada parceiros não gerenciados (chamados de *Open*), tem uma atuação mais limitada, trabalhando no varejo.

Há, entretanto, parceiros sobre os quais a Microsoft tem um gerenciamento minucioso, por atuarem em negócios de escala maior, atendendo a grandes clientes. Essa classificação funciona tanto para o mercado público quanto para o privado. Os revendedores para grandes contas passam por um processo de credenciamento junto à Microsoft, quanto a sua capacidade financeira, qualificação dos profissionais empregados e capacidade de atendimento aos clientes e *compliance*. Eles atuam no licenciamento de determinados modelos globais da companhia, tais como *Enterprise Agreement (EA)*, *Enterprise Agreement Subscription (EAS)*, *Select* e *Select Plus*, focados em entidades com 250 ou mais usuários ou equipamentos. Os parceiros qualificados para esses modelos de revenda são denominados *Licensing Solution Partner (LSP)*. Para estes, a Microsoft exerce um maior controle, mantendo contratos específicos e exigindo que a atuação deles no

mercado privado ou público siga, além do regramento jurídico local, todas as regras de ética, moral e *compliance* da Microsoft.

Assim, os contratos EAS são comercializados por um LSP, uma vez que a própria mecânica da contratação demanda um envolvimento maior do fabricante do produto, a Microsoft Corporation, nos Estados Unidos, estabelecendo-se uma relação tripartite entre o adquirente das licenças, o fornecedor LSP e a Microsoft Corporation. No caso do consumidor privado, a comercialização do EAS é viabilizada mediante a opção do cliente pelo produto, a livre escolha do LSP a operacionalizar o negócio e efetivação da contratação, mediante a assinatura do referido contrato tripartite, que é, na realidade, um pacote extenso de documentos. Esse modelo é praticado globalmente pela Microsoft, e a razão de se propor a documentação padrão Microsoft, com termos e condições contratuais e de uso das licenças definidos pela matriz, se dá especialmente em função de se estar diante do licenciamento de seu principal ativo, a propriedade intelectual da companhia.

No entanto, a aplicação dessa padronização de termos e condições contratuais da Microsoft Corporation no setor público encontra obstáculos, pois ali há um mecanismo de compra definido por lei, que também estabelece os principais termos e condições para o contrato com a administração pública. Ou seja, quando se trata de modelo público há a incidência de regras específicas que de certa forma não se amoldam ao modelo de licenciamento padrão da Microsoft Corporation. Nesse contexto e como medida de se adequar ao ambiente jurídico brasileiro, a Microsoft criou o *Government Partner Program* (GP), no Brasil, assim como em outros mercados, cujas compras governamentais são igualmente sujeitas a regramento específico. Dessa forma, o programa GP consiste na possibilidade de o parceiro LSP participante assinar o contrato administrativo com o cliente (cuja minuta integra o edital de um certame) e, em paralelo, assinar um contrato com a Microsoft Corporation (denominado *Government Integrator Agreement* – GIA) em nome do referido cliente, replicando o escopo, valores, prazos, dentre outros, e assim viabilizando a colocação de um pedido junto à Microsoft Corporation para o correspondente licenciamento. Em outras palavras, um parceiro LSP somente está apto a colocar um pedido junto à Microsoft Corporation, relacionado a um produto na modalidade EAS, em duas condições: sendo GP e, portanto, assinando, de um lado, o contrato administrativo, e de outro, e em nome do cliente, o contrato GIA com a Microsoft Corp.; ou assinando o contrato padrão Microsoft Corporation que é firmado de forma tripartite: cliente, parceiro LSP e Microsoft Corp.