

ILMO. SENHOR PREGOEIRO DA COMPANHIA DE PROCESSAMENTO DE DADOS DO MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE - PROCEMPA.

Ref: **EDITAL DO PREGÃO ELETRÔNICO n° 024/22**
Processo SEI 22.12.000001487-2

LTA-RH INFORMÁTICA, COMÉRCIO, REPRESENTAÇÕES LTDA., participante do Pregão Eletrônico em referência, inconformada com a classificação da licitante *O2 SOLUCOES EM TECNOLOGIA DIGITAL LTDA.* neste certame, vem, respeitosamente, com base no Art.5º, XXXIV, da Carta Magna, nas Leis n°s 13.303/2016 e 10.520/2002 e nas demais leis aplicáveis, interpor **RECURSO ADMINISTRATIVO**, pelas razões de fato e de direito que seguem.

1. À RECORRIDA FOI PERMITIDA A INCLUSÃO DE NOVOS DOCUMENTOS, O QUE A LEGISLAÇÃO NÃO PERMITE.

Conforme estabelece o item 8.31 do Edital, a arrematante, no prazo definido pelo pregoeiro (23/11/2022 até as 18hs - **ANEXO I**) deveria encaminhar a proposta de preço adequada ao valor ofertado, bem como TODA A DOCUMENTAÇÃO DE HABILITAÇÃO prevista no Edital e seus anexos.

Após envio da documentação técnica e proposta readequada pela Recorrida, solicitamos vistas ao processo e identificamos ao analisar estes documentos que o ponto a ponto (arquivo *PaP_7300.ods*) e a documentação encaminhada **não foi o suficiente para comprovar**



www.lta-rh.com.br | comercial@lta-rh.com.br

Matriz | Av. Ipiranga, 2640 | Santa Cecília | Porto Alegre | RS | CEP 90610-000 | (51) 3382.7700/3094.1500

Filial DF | ST SHN Quadra 1 | Bloco A | Sala 1520 | CONJ A | Distrito Federal | DF | CEP: 70.701-010 | (61) 3034-

Filial SP | Av. Paulista, 1636 | Conj.706 | Bela Vista | São Paulo | SP | CEP 01310-200 | (11) 2391-9461

Filial RJ | Praia de Botafogo 501 | Blc I Sala 101 | Botafogo | Rio de Janeiro | RJ | CEP 22.250-040 | (21) 2586-6000

Filial PR | Rua Comendador Araújo 499 | CONJ 1007 | Centro | Curitiba | PR | CEP: 80.420-000 | (41) 99104-3240

Filial MG | Av. Do Contorno, 6594 | 705 | Belo Horizonte | MG | CEP 30110-044 | (31) 3555-3477

as exigências do Edital, sendo necessário uma diligência por parte dessa PROCEMPA, para esclarecimentos.

Tal diligência é prevista no Edital, conforme o seu item 14.2:

*É facultada ao pregoeiro ou à autoridade superior, em qualquer fase da licitação, a promoção de diligência destinada a esclarecer ou complementar a instrução do processo, **VEDADA a inclusão posterior de documento ou informação que deveria constar no ato da sessão pública.***

Entretanto, conforme o próprio item 14.2 estabelece (e que reflete um comando que é da Lei de Licitações), a diligência é destinada a esclarecer ou complementar, mas é **VEDADA a inclusão posterior de documento ou informação que deveria constar no ato da sessão pública.**

Todavia, é justamente aquilo que o Edital veda que ocorre neste processo, pois a Recorrida INCLUIU NOVOS DOCUMENTOS no Processo, conforme ela mesmo destaca no segundo arquivo de ponto a ponto (PaP_7300_v2.xls) onde a mesma responde às diligências e, no caso do item 7.7, informa que está anexando (ou seja, **naquele momento POSTERIOR**) o arquivo "diagrama.jpg":

Especificação Técnica 7300				
Especificações Técnicas	Comprovação	Referência	Resposta O2	Observações
CARACTERÍSTICAS BÁSICAS	Vide abaixo			
7.7. As controladoras deverão ser interligadas através de conexões PCIe redundantes ou infiniband, dedicadas para este fim, não devendo ser compartilhadas para acesso de hosts;	https://www.redbooks.ibm.com/redpapers/pdfs/redp5666.pdf	Página 39 - Não encontrei a informação sobre o item na documentação indicada.	Estamos anexando o arquivo diagrama.jpg	Este arquivo demonstra a arquitetura de toda a família Flashsystem. A diferença entre os modelos resume-se em capacidade de Processamento, Memória e placas I/O. Conforme pode ser visto no diagrama, os canisters são interligados via barramento PCI.

Além desse ponto, percebemos outra inclusão de NOVO DOCUMENTO pela mesma Recorrida; este ainda mais claro, pois trata-se de uma declaração do fabricante, assinada no dia **02/12/2022 (ANEXO II)**.

Ou seja, fica claro que foi adicionado esse novo documento **fora do prazo estipulado pelo Pregoeiro**, que era no dia 23/11/2022 às 18hs, visto que os documentos enviados anteriormente não atendiam a comprovação exigida no edital.

Especificações Técnicas	Comprovação	Referência	Resposta O2	Observações
CARACTERÍSTICAS BÁSICAS	Vide abaixo			
7.14.3. Prover mecanismo de tolerância a falhas da memória cache de escrita implementado por meio de memória com suporte a códigos de correção de erro (ECC - "Error Correction Code"). Alternativamente, o sistema de armazenamento de dados deverá implementar mecanismo de espelhamento de escrita da memória cache, para assegurar a proteção do conteúdo de escrita entre suas controladoras, de forma que, na ocorrência de falha em uma delas, a outra possa dar continuidade as tarefas que estavam sendo executadas sem interrupção do sistema ou perda de dados.	https://www.ibm.com/docs/en/flashsystem-zx00/8.5.x?topic=installation-planning-control-enclosure-cache-memory	Não encontrei a informação sobre o item na documentação indicada	Estamos anexando o arquivo ECC.pdf	A IBM Brasil Indústria, Máquinas e Serviços Ltda, inscrita no CNPJ nº 33.372.251/0001-56, declara que a solução de armazenamento IBM FlashSystem 7300 dispõe de tecnologia de memórias DIMM em conjunto com suporte a código de correção de erro (ECC – Error Correction Code) para prover mecanismo de tolerância a falhas de



IBM BRASIL - Indústria, Máquinas e Serviços Ltda.
 Av. Avenida República do Chile, nº 330, 11º e 12º andares, Bloco 1 - Salas 1101 e 1201 e Bloco 2 - Salas 1101 e 1201, Rio de Janeiro - RJ
 CEP 20031-170
 Internet: WWW.IBM.COM.BR
 CNPJ: 33.372.251/0001-56

São Paulo, 2 de dezembro de 2022

À

O2 Soluções em Tecnologia Digital Ltda.

DECLARAÇÃO

A IBM Brasil Indústria, Máquinas e Serviços Ltda, inscrita no CNPJ nº 33.372.251/0001-56, declara que a solução de armazenamento IBM FlashSystem 7300 dispõe de tecnologia de memórias DIMM em conjunto com suporte a código de correção de erro (ECC - Error Correction Code) para prover mecanismo de tolerância a falhas de memória.

Esta declaração é válida por 60 (sessenta) dias a contar da data de emissão acima.

Atenciosamente,

Fabricio Lira da Silva
 Ecosystem Director
 IBM Brasil - Indústria, Máquinas e Serviços Ltda.

2. FALTA DE COMPROVAÇÃO, PELA RECORRIDA, DA EXIGÊNCIA DO ITEM 19.6. DO TERMO DE REFERÊNCIA.

Aquele item do Edital dispõe que (grifamos) *“Deverá ser apresentado atestado que comprove que a licitante é autorizada a comercialização dos produtos e **que o próprio fabricante será o prestador do serviço.**”*

A Recorrida, portanto, deveria ter apresentado o atestado/declaração comprovando que é autorizada à comercialização dos produtos e que o próprio **fabricante será o prestador do serviço.**

Entretanto, conforme declaração destacada a seguir e em anexo (ANEXO III), a declaração informa que a Recorrida O2 SOLUÇÕES está “apta para comercializar os produtos”, mas suprime a informação de que **o fabricante será o prestador do serviço**, ou seja, a Recorrida evidentemente **não comprovou o atendimento do item 19.6** do Termo de Referência. Sendo assim, não atende ao Edital.

(SEGUE IMAGEM NA PRÓXIMA PÁGINA)



IBM BRASIL - Indústria, Máquinas e Serviços Ltda.
Av. Avenida República do Chile, nº 330, 11º e 12º andares,
Bloco 1 - Salas 1101 e 1201 e Bloco 2 - Salas 1101 e 1201,
Rio de Janeiro - RJ
CEP 20031-170
Internet: WWW.IBM.COM.BR
CNPJ: 33.372.251/0001-56

São Paulo, 17 de novembro de 2022

À

**COMPANHIA DE PROCESSAMENTO DE DADOS DO MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE –
PROCEMPA**

DECLARAÇÃO

A IBM Brasil - Indústria, Máquinas e Serviços Ltda., inscrita no CNPJ nº 33.372.251/0001-56, declara que a empresa O2 SOLUCOES EM TECNOLOGIA DIGITAL LTDA inscrita no CNPJ nº. 08.706.548/0001-63 localizada na AV RIO BRANCO 1, nº001, SAL 2005, Rio de Janeiro, RIO DE JANEIRO ,celebrou Contrato IBM Business Partner de Parceria Comercial – Revenda, número 631-EEAF7EE02696C6A0 em 20/06/2017 (vinte de junho de dois mil e dezessete) com a IBM Brasil - Indústria, Máquinas e Serviços Ltda., estando apta a comercializar o (s) produto(s) Storage Categoria(s) :1, 2 e 3)

Esta declaração é válida por 60 (sessenta) dias.

Atenciosamente,

e-Signed by FABRICIO LIRA DA SILVA
on 2022-11-17

Fabricio Lira
Ecosystem Director
IBM Brasil - Indústria, Máquinas e Serviços Ltda.

Anexo IV – DECLARAÇÃO IBM_REVENDA.PDF

**3. O DESATENDIMENTO DO DISPOSTO
NO ITEM 5.1. DO TERMO DE REFERÊNCIA.**

Com relação à comprovação técnica do item 5.1 do Anexo I – Termo de Referência, é exigido o seguinte dos licitantes:

“5.1. 800 (oitocentos) TiB de capacidade efetiva. Para o fornecimento da capacidade efetiva é facultada a utilização de taxa de redução de dados, considerando deduplicação e/ou compressão, de acordo com as melhores práticas de cada fabricante. Deverá suportar uma taxa sustentada de 160.000 (cento e sessenta mil) IOPS (operações de I/O por segundo), de acesso exclusivamente randômico, sendo 70% leitura e 30% de escrita, com a utilização de cache read hit de no máximo 50%, com as funcionalidades de

compressão e/ou deduplicação habilitadas, com blocos de tamanho mínimo de 16KB, operando com 60% de suas capacidades totais de processamento e ocupação de módulos de armazenamento, com tempo de resposta de no máximo 1 ms;"

Como forma de "comprovação" dessa exigência pela Recorrida, foi apresentado o arquivo modellerv2.zip contendo apenas "capturas de tela editadas em formato JPG", supostamente de uma planilha eletrônica ou ferramenta de dimensionamento.

No entanto, tal "comprovação" apresenta apenas algumas informações pertinentes à Recorrida, deixando de exibir a informação completa disponibilizada pelas ferramentas e pelo fabricante.

Ora, "capturas de tela", em qualquer âmbito, **não são exatamente "documentos servíveis como prova"**.

Por unanimidade, em 2021 a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) aplicou entendimento já firmado pelo colegiado para declarar que não podem ser usadas como provas as mensagens obtidas por meio do *print screen* da tela da ferramenta *WhatsApp Web*.

A questão lá envolvia comprovação de conversas entre pessoas envolvidas em atos ilícitos que aqui não vêm ao caso. Mas a defesa alegou constrangimento ilegal sob o argumento de que os *prints* das telas de conversas, juntados à denúncia anônima, não têm autenticidade por não apresentarem a chamada *cadeia de custódia* da prova.

O Ministro relator destacou que aquela Sexta Turma tem precedente que considera inválida a prova obtida pelo espelhamento de conversas via *WhatsApp Web*, porque a ferramenta permite o envio de novas mensagens e a exclusão de mensagens antigas ou recentes, tenham elas sido enviadas pelo usuário ou recebidas de algum contato, sendo que eventual exclusão não deixa vestígio no aplicativo ou no computador.

"As mensagens obtidas por meio do print screen da tela da ferramenta WhatsApp Web devem ser consideradas provas ilícitas e, portanto, desentranhadas dos autos", afirmou.

No caso analisado, um dos réus alegou que as capturas de tela apresentadas por uma denúncia anônima “*não gozavam de autenticidade*” e que as conversas ***poderiam ter sido “forjadas propositadamente”***.

Com efeito, telas e imagens do tipo JPEG são EDITÁVEIS podem ser alteradas por qualquer ferramenta de edição de imagens, razão pela qual as mesmas **sem um link que lhe corresponda não podem ter sua autenticidade comprovada.**

Então não se sabe se as “comprovações” apresentadas pela Recorrida; para atestar o cumprimento da exigência daquele item do Edital, decorrem de uma planilha eletrônica ou de uma ferramenta de dimensionamento.

Especialmente porque o item 19.3 do Anexo 4, do mesmo Termo de Referência, é bem claro no sentido de que:

19.3. Não serão aceitos documentos, folhetos, prospectos, impressos de qualquer natureza ou páginas da Internet produzidas com a finalidade específica de possibilitar a qualificação técnica da proposta da licitante, nem será válida a mera indicação do site do fabricante, mas sim o endereço da URL específica que contenha a informação que comprove o atendimento de cada requisito técnico.

Por resumir, SEM O ENDEREÇO DA URL específica OU DOCUMENTO OFICIAL (NA INTEGRA); mas apenas com a apresentação de “telas” em formato JPG, a Recorrida **DEIXOU DE COMPROVAR** o atendimento ao item 5.1. do Termo de Referência do Edital.

4. O DESATENDIMENTO DO DISPOSTO NO ITEM 12.6. DO TERMO DE REFERÊNCIA.

No que diz respeito à comprovação técnica mencionada no item 12.6 do Anexo I – Termo de Referência, é exigido o seguinte:

“12.6. A funcionalidade de snapshot deverá proporcionar o agendamento de automático de snapshots com proteção por volumes, grupo de hosts e hosts; permitindo o mínimo de 32000 snapshots por equipamento;”

Como forma de comprovação foi apresentado o arquivo Declaração IBM Snapshots.pdf no qual o fabricante afirma o seguinte:



IBM BRASIL - Indústria, Máquinas e Serviços Ltda.
Av. Avenida República do Chile, nº 330, 11º e 12º andares, Bloco 1 - Salas 1101 e 1201 e Bloco 2 - Salas 1101 e 1201, Rio de Janeiro - RJ
CEP 20031-170
Internet: WWW.IBM.COM.BR
CNPJ: 33.372.251/0001-56

São Paulo, 17 de novembro de 2022

À
PROCEMPA - Companhia de Processamento de Dados de Porto Alegre

DECLARAÇÃO

A IBM Brasil Indústria, Máquinas e Serviços Ltda, inscrita no CNPJ n. 33.372.251/0001-56, declara o produto descrito abaixo, faz parte da família FlashSystem do qual faz uso do microcódigo (ou software) chamado Spectrum Virtualize e que a partir de dezembro de 2022, quando estará disponível uma nova versão, todos os modelos da família FlashSystem que fazem uso do referido microcódigo, passam a suportar a criação de até 32.000 (trinta e dois mil) snapshots por sistema. Este novo release do microcódigo Spectrum Virtualize, previsto para dezembro de 2022 será compatível com os modelos descritos nesta declaração e não possuem nenhum custo adicional para os usuários ou clientes que possuem equipamentos em garantia ou em contratos de manutenção. Possíveis atrasos podem ocorrer sem prévio aviso.

Produto	Descrição
4657924	IBM FlashSystem 7300

Esta declaração é válida por 60 (sessenta) dias a contar da data de emissão acima.

Atenciosamente,

e-Signed by FABRICIO LIRA DA SILVA
on 2022-11-17

Fabricio Lira da Silva
Ecosystem Director
IBM Brasil - Indústria, Máquinas e Serviços Ltda.

Vale dizer, **EM NOVEMBRO** a Recorrida estava ofertando uma “CONDICÃO **FUTURA E CONDICIONAL**” que só viria a ocorrer **EM DEZEMBRO**.

O que obviamente significa que **JÁ NO MOMENTO DA LICITAÇÃO E DA APRESENTAÇÃO ORIGINAL DA PROPOSTA ANEXADA**, a oferta que atendesse ao Edital simplesmente **NÃO EXISTIA!**

E, BEM PIOR DO QUE ISSO, AINDA HOJE TAL CONDIÇÃO NÃO EXISTE e sequer se sabe se ela realmente irá se consolidar!

Como é possível, Senhores, que **UMA LICITANTE SEJA ACEITA E CONTRATADA**, quando comparece ofertando **CONDIÇÃO FUTURA** e, nessa linha, **COMPLETAMENTE ALEATÓRIA** que sequer agora, prestes a ser **CONTRATADA** pela PROCEMPA, ainda não cumpre?

É conveniente analisar, grifando, a doutrina de MARÇAL JUSTEN FILHO que assim discorre: *“Se o licitante não lograr apresentar uma explicação razoável, deverá produzir-se a **desclassificação de sua proposta**. Afinal, a **ignorância do licitante** quanto aos custos e outras informações pertinentes à execução da proposta é um forte indicativo de que a **execução do contrato é incerta ou dependerá de variáveis fora do controle do licitante**. ”¹*

No caso que veremos no próximo item deste recurso administrativo, e que diz com a PROPOSTA DE PREÇOS, se verá que a proposição da Recorrida é quanto *“a **ignorância do licitante quanto aos custos** e outras informações pertinentes à execução da proposta”*.

Porém, no caso tratado neste item do recurso, se percebe (e a Recorrida **DECLARA EXPRESSAMENTE**) que *“a execução do contrato é incerta ou **dependerá de variáveis fora do controle do licitante**”*, já que a última versão lançada, **até o momento**, do produto *Spectrum Virtualize* tem apenas 15.864 snapshots, quando o Edital **EXIGIA** que fossem 32.000 snapshots.

O que equivale a dizer que a Recorrida **NÃO CUMPRIA A EXIGÊNCIA TÉCNICA NAQUELE MOMENTO E CONTINUA NÃO A CUMPRINDO ATÉ HOJE !**

A *Declaração* anexada pela Recorrida - que é uma **CONFISSÃO DE DESCUMPRIMENTO DO EDITAL** - declara **EXPRESSAMENTE** que apenas e tão somente *“no próximo lançamento de versão”*, aquela irá

¹ JUSTEN FILHO, Marçal. Pregão. Comentários à legislação do pregão comum e eletrônico, 5. ed. rev. atual, São Paulo: Dialética, 2009, p. 188 e 189.

atender aos 32.000 snapshots, o que **provavelmente** “seria lançado” em dezembro deste ano, **mas que poderia ocorrer atrasos sem avisos.**

Então, Senhores, fica bem DIFÍCIL compreender como é que o **GESTOR PÚBLICO** nessa PROCEMPA - apoiado pelo respaldo **JURÍDICO** da Companhia - consegue **TOLERAR** a oferta de uma **CONDIÇÃO FUTURA E INCERTA** que pode sequer se cumprir e que fere mortalmente **O DIREITO À ISONOMIA** que têm os demais participantes deste Pregão.

Alerta-se, pois, a ambos; **para fins de RESSALVA DE DIREITOS** em eventuais outras instâncias, que tal situação é **ABSOLUTAMENTE IRREGULAR** e está sendo expressa e previamente noticiada a essa Companhia, que não poderá alegar - depois - o seu desconhecimento.

Esse cuidado não é injustificado, de vez que a jurisprudência já afastou - há muito - o papel “meramente homologatório” do pregoeiro numa licitação, vindo nesse sentido a conclusão adotada pelo Tribunal de Contas da União no julgamento do Acórdão nº 1.729/2015 - 1ª Câmara:

O pregoeiro não pode ser responsabilizado por irregularidade em edital de licitação, já que sua elaboração não se insere no rol de competências que lhe foram legalmente atribuídas. No entanto, imputa-se responsabilidade a pregoeiro, quando contribui com a prática de atos omissivos e comissivos, na condução de certame cujo edital contenha cláusulas sabidamente em desacordo com as leis de licitações públicas, porque compete ao pregoeiro, na condição de servidor público, caso tenha ciência de manifesta ilegalidade, recusar-se ao cumprimento do edital e representar à autoridade superior (art. 116, incisos IV, VI e XII e parágrafo único, da Lei 8.112/90).

Desse modo, essa PROCEMPA; que habitualmente vem amparada por pregoeiros atuantes e cientes das suas responsabilidades, assim como de um Corpo Jurídico que conhece a Lei de Licitações, não deveria contar com essas “promessas futuras” de proposta desde o início porque isso significava taxativamente que a Recorrida **estava descumprindo o Edital.**

A **OBJETIVIDADE DA PROPOSTA**, e em estrito **ACORDO COM O EDITAL**, não pode ser sujeita a qualquer **CONDICIONAL** ou **DÚVIDA**. Não pode existir “condicionantes futuras” (e incertas), numa proposta, dada a já mencionada OBJETIVIDADE.

A proposta da Recorrida **NÃO CONTEMPLAVA UMA DAS CONDIÇÕES TÉCNICAS ESSENCIAIS** e esse Pregoeiro abriu a oportunidade para que a comprovação efetivamente se desse pela mesma NUM FUTURO INCERTO, mas que continuou claramente **DESVINCULADA DO EDITAL** no exato momento da proposta.

Ainda que tivesse, por hipótese, e na oportunidade que lhe foi concedida, “corrigido” essa oferta, a “diligência” não poderia ter a amplitude pretendida pela Recorrida, eis que estaria **ALTERANDO A VERDADE DOS FATOS e INCLUINDO DOCUMENTOS NOVOS** que não constavam originalmente da sua proposta, o que o **Tribunal de Justiça do Estado** condena:

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. LICITAÇÃO E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. MANDADO DE SEGURANÇA. CONTRATAÇÃO EMERGENCIAL DE SERVIÇOS DE OFTALMOLOGIA PARA O HOSPITAL DE PRONTO SOCORRO DE PORTO ALEGRE. TOMADA DE PREÇOS. **DESCCLASSIFICAÇÃO DA EMPRESA VENCEDORA DO CERTAME, POR DESCUMPRIR REQUISITOS DO EDITAL DE CONVOCAÇÃO. DECISÃO AMPARADA EM PARECER DA PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO.** DEFLAGRAÇÃO DOS PROCEDIMENTOS PARA A CONTRATAÇÃO DA SEGUNDA COLOCADA, ORA IMPETRANTE. **POSTERIOR REGULARIZAÇÃO DA EMPRESA DESCCLASSIFICADA QUE NÃO LEGITIMA SEJA REABILITADA NO CERTAME.** APLICAÇÃO DO DISPOSTO NO ART. 43, § 3º, DA LEI Nº 8.666/93, A AUTORIZAR A SUSPENSÃO DA CONTRATAÇÃO EMERGENCIAL ALMEJADA PELO PODER PÚBLICO. **OBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA, DA VINCULAÇÃO AO ATO CONVOCATÓRIO E DA SEGURANÇA JURÍDICA.** DEMONSTRAÇÃO, DE PLANO, DA PROBABILIDADE DO DIREITO VINDICADO. REQUISITOS AO DEFERIMENTO DA LIMINAR MANDAMENTAL ATENDIDOS. A teor do que preceitua o art. 43, § 3º, da Lei nº 8.666/93, “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”. “In casu”, a um

*primeiro e perfunctório exame, não é plausível reabilitar, com base em documento novo, empresa que, embora vencedora do certame, foi inicialmente desclassificada por não preencher, naquela oportunidade, os requisitos necessários à contratação emergencial visada pelo poder público. **A ulterior regularização da documentação exigida no Edital de convocação não legitima a reinclusão no certame de licitante anteriormente desclassificada, sob pena de malferimento à regra do art. 43, § 3º, da Lei nº 8.666/93 e afronta aos postulados da vinculação ao ato convocatório, da isonomia e da segurança jurídica.** Decisão interlocutória reformada, com o deferimento da liminar mandamental, com fulcro nos arts. 300 do CPC/15 e 7º, inc. III, da Lei nº 12.016/09, aos efeitos de suspender a contratação emergencial “sub judice”. RECURSO PROVIDO.(Agravo de Instrumento, Nº 70078228673, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Miguel Ângelo da Silva, Julgado em: 13-12-2018)*

Não foi o caso desta Recorrente, que **ATENDEU INTEGRALMENTE AO EDITAL**, e desde o início.

A Recorrida não teve esse cuidado.

Em todos os momentos, portanto, a Recorrida **UTILIZA-SE DE EXPEDIENTES QUE QUEBRAM A ISONOMIA COM AS DEMAIS LICITANTES**, eis que tenta, e sem sucesso, “consertar” a sua proposta, e o principal, a própria recorrida através de declaração do fabricante informa que não atende o edital no dia do pregão, o que mais uma vez corrobora com a sua desclassificação.

A permitir isso e o Pregoeiro; o Departamento Jurídico da Companhia ou a Autoridade Superior na própria PROCEMPA, ou em qualquer órgão da Administração, teriam para com os licitantes uma “complacência” infinita.

Pois seria dado aos faltosos perceberem que “se enganaram” e ir “corrigindo” as suas propostas (ou mesmo a documentação) a cada novo momento do certame e especialmente a percepção que não precisam ter produto que atenda o edital para participar do processo, que podem entrar com produto que não atenda as exigências, apenas “prometendo” que em algum momento está pode vir a ser atendida.

Neste caso presente, mediante **“promessas”** e **“substituindo/incluindo” documentos desde o início ao Pregão** mediante a utilização de um benefício que nem a lei e nem o Edital deste Pregão lhe concederam, assim **continua desatendendo as regras que a PROCEMPA estabeleceu para TODOS os licitantes.**

Ao analisarmos os demais documentos técnicos anexos à proposta fica evidenciado que o IBM FlashSystem 7300 com sistema operacional IBM Spectrum Virtualize 8.5, na sua versão mais recente **disponível na data deste Pregão, NÃO ATENDE** à quantidade de snapshots exigida que é de 32.000 snapshots por equipamento.

Vejamos.

No link <https://www.ibm.com/support/pages/node/6539924>, com título V8.5.0.x Configuration Limits and Restrictions for IBM FlashSystem 7200 and 7300, que indica as restrições das funcionalidades do sistema e as capacidades máximas suportadas por essas funcionalidades, fica evidente que o equipamento **suporta apenas 15.864 snapshots (FlashCopy Mappings per System)**, conforme segue:

(SEGUE IMAGEM NA PRÓXIMA PÁGINA)

Copy Services Properties		
Remote Copy (Metro Mirror and Global Mirror) relationships per system	10000	This can be any mix of Metro Mirror and Global Mirror relationships.
Active-Active Relationships (HyperSwap) per system	2000	
Remote Copy relationships per consistency group (<=256 GMCV relationships configured)	-	No limit is imposed beyond the Remote Copy relationships per system limit. Refer to the Changes to support for Global Mirror with Change Volumes page for information relating to GMCV performance considerations and best practice.
Remote Copy relationships per consistency group (>256 GMCV relationships configured)	200	
Remote Copy consistency groups per system	256	
Total Metro Mirror, Global Mirror and HyperSwap capacity per I/O group	2 PiB	This limit is the total capacity for all master and auxiliary volumes in the I/O group.
Total number of Global Mirror with Change Volumes relationships per system	256	60s cycle time (Change volumes used for active-active relationships do not count towards this limit).
	2500	300s cycle time (Change volumes used for active-active relationships do not count towards this limit).
FlashCopy mappings per system	15864	
FlashCopy targets per source	256	
FlashCopy mappings per consistency group	512	
FlashCopy consistency groups per system	500	
Total FlashCopy volume capacity per I/O group	4 PB	
FlashCopy relationships per graph (backups per source)	256	

<https://www.ibm.com/support/pages/node/6539924>

Da mesma forma, no link <https://www.redbooks.ibm.com/redbooks/pdfs/sg248520.pdf>, com título Implementation Guide for IBM Spectrum Virtualize Version 8.5, páginas 773 a 773 - 10.3.20 FlashCopy attributes and limitations, fica evidenciado **a mesma informação de limite máximo de 15.864 snapshots** (FlashCopy Mappings per System) para o equipamento e sistema operacional em questão, conforme segue:

IBM FlashCopy limitations for IBM Spectrum Virtualize V8.5.0 are listed in Table 10-9.

Table 10-9 FlashCopy limitations in V8.5.0

Property	Maximum number
FlashCopy mappings per system	8192 ¹ , 15864²
FlashCopy targets per source	256
FlashCopy mappings per consistency group	512
FlashCopy consistency groups per system	500
Total FlashCopy volume capacity per I/O group	4096 TiB
FlashCopy relationships per graph (backups per source)	256

1. Applies to IBM FlashSystem 5x00
2. Applies to IBM SAN Volume Controller DH8, SV2, SV3, SA2, FS7XXX, FS9XXX

Reforçamos, é claro na documentação apresentada que a solução atual e vigente tem um limite de máximo de 15.864 snapshots, não atendendo ao solicitado no edital que é 32.000 snapshots. A *Declaração* anexada pela Recorrida ao invés de comprovar o atendimento, nada mais é que uma **CONFISSÃO DE DESCUMPRIMENTO DO EDITAL** - pois declara EXPRESSAMENTE que apenas e tão somente “no próximo lançamento de versão”, aquela irá atender aos 32.000 snapshots, o que **provavelmente** “seria lançado” em dezembro deste ano, **mas que poderia ocorrer atrasos sem avisos.**

Então, Senhores, reafirmamos, não é possível **TOLERAR** a oferta de uma **CONDIÇÃO FUTURA E INCERTA** que pode sequer se cumprir e que fere mortalmente **O DIREITO À ISONOMIA** que têm os demais participantes deste Pregão.

5. O ERRO NA PROPOSTA DE PREÇOS APRESENTADA PELA RECORRIDA.

Conforme mencionado na proposta apresentada pela Recorrida *O2 SOLUÇÕES*, foi utilizado o benefício fiscal que é cedido apenas ao fabricante, o que não se trata deste caso, pois a mesma é uma **Revenda IBM**.

Conforme podemos verificar na proposta e destacado a seguir, a Recorrida utilizou a alíquota **de 12% (DOZE POR CENTO) para o ICMS interno do RS:**

VALOR TOTAL DESTA PROPOSTA: Hum milhão e oitocentos mil Reais	
Valor do DIFAL:	
ICMS interno RS:	12%
ICMS interestadual:	4%
DIFAL:	8%
Valor do DIFAL:	R\$ 91.322,28

Entretanto, conforme estabelece o RICMS/RS, as mercadorias

sujeitas à alíquota de 12%, conforme previso no artigo 27, inciso V do Livro I, estão relacionadas no item XXII, Seção II do Apêndice I do RICMS/RS:

	NBM/SH-NCM
XXII	Produtos de informática classificados na posição 8471 e nas subposições 8473.30, 8504.40 e 8534.00, e, desde que de tecnologia digital, nas posições 8536, 8537, 9029, 9030, 9031 e 9032, da NBM/SH-NCM, nas saídas do estabelecimento fabricante

Fonte: <http://www.legislacao.sefaz.rs.gov.br/Site/Document.aspx?inpKey=109362&inpCodDispositive=&inpDsKeywords=>

Como se observa, **claramente não é o caso em tela**, pois a Recorrida **NÃO É O FABRICANTE** do IBM FlashSystem 7300, e sim uma revenda da IBM.

Nesse caso, deveria ter utilizado a alíquota de **17% (DEZESETE POR CENTO)**, conforme expresso no artigo 27, inciso X, do Livro I do RICMS/RS.

Não se pode utilizar um benefício que não lhe abriga, tal situação - que equivale a uma **DECLARAÇÃO FALSA (item 4.9.1.** do Edital, para habilitação, mas também aplicável à proposta de preços) - traz clara vantagem financeira apenas para a Recorrida, **prejudicando a competitividade e isonomia do processo**, além de estar totalmente em desacordo com a legislação pertinente (RICMS/RS).

Isso sem falarmos na questão da **EXEQUIBILIDADE** da proposta, nos termos em que está posta.

Em análise a hipótese semelhante (de inexecuibilidade), assim se pronunciou o Tribunal Regional Federal da 1ª Região (grifamos):

*ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. INABILITAÇÃO DE CANDIDATO. PROPOSTA INEXEQUÍVEL. 1. Apresentada proposta inexecuível poderá a Administração considerar o candidato inabilitado, com base no art. 48, II da Lei 8.666/93. 2. A oferta de desconto de 153% sobre o valor da comissão que a empresa de turismo recebe pela compra de passagens aéreas **se afigura inexecuível, porque implica não apenas abrir mão de toda a remuneração pelo serviço, mas também pagar para executá-lo**, nos casos em que aplicável tal desconto. Apelação a que se nega provimento. (TRF - 1ª*

Região, AMS nº 2000.34.00.0454828/DF.Sexta Turma, Rel. Desa. Maria Isabel Gallotti Rodrigues. Data do Julgamento: 23/08/2002)

Interessante constatação foi feita pelo Tribunal de Contas da União, ao examinar hipótese de contratação de agenciamento de passagem aérea em órgão jurisdicionado.

Na oportunidade, o relator do Acórdão 1547/2015, Plenário, Min. Bruno Dantas, fez questão de oferecer o seguinte destaque (grifamos):

*“(...)86. No caso do Acórdão 1.442/2014-TCU-Plenário, a empresa vencedora do certame se recusou a assinar o contrato com as alterações impostas pelo Tribunal, o que é indício de que, **com regras de fiscalização e controle mais rígidas, a taxa próxima a zero não se sustenta.** (grifo acrescentado)*

Naquele caso, notou-se que a empresa, ao se ver **diante da possibilidade de o órgão contratante investigar** se, de fato, os preços que eram faturados eram os mesmos preços repassados às companhias aéreas, **recuou e não assinou o contrato**, demonstrando claramente que sua proposta fora formulada com base em comportamento oportunista e, caso tivesse que dar a satisfação determinada pelo controle externo, a prática ilegítima estaria revelada.

Conforme visto, as medidas **de saneamento de propostas** a serem empreendidas ao tempo do julgamento do certame, frise-se, em relação apenas ao vencedor; e não apenas no sentido de “corrigir a planilha”, mas também de COMPROVAR A EXEQUIBILIDADE DA PROPOSTA, somado aos procedimentos rígidos de fiscalização do contrato, consubstanciado na exigência de confronto dos documentos contábeis e fiscais da licitante vencedora, **tendem a, senão eliminar, reduzir sensivelmente o risco de recebimento de proposta inexecutável.**

E, o que seria muito mais danoso, reduzir o risco de execução escamoteada por meio de jogada comercial que não se sustenta, ainda que o preço ofertado fosse sensivelmente menor.

Mesmo que o preço ofertado seja menor, num caso assim ainda é

possível, ao menos, verificar que a alíquota proposta pela Recorrida **não se aplica a uma REVENDA, mas tão somente AO FABRICANTE.**

É o dito popular de “quem paga mal, paga duas vezes”.

Doutrinariamente, como não poderia deixar de ser, encontramos posicionamentos esclarecedores nesse terreno.

Ensina BANDEIRA DE MELLO²:

*Para serem apreciadas, as propostas necessitam ser **sérias, firmes e concretas**, como acentua Marcello Caetano.*

*A estes caracteres Adílson Abreu Dallari acrescenta, com razão, um quarto requisito, a saber: **ajustadas às condições do edital.***

*Conviria aduzir, ainda: **e à lei**, pois o edital poderá omitir alguma condição legalmente exigida para a regularidade das propostas.*

*Proposta **ajustada** às condições do edital e da lei, como intuitivamente se percebe, é a que se contém no interior das possibilidades de oferta neles permitidas.*

*Proposta **séria** é aquela feita não só com o intuito mas também com a possibilidade de ser mantida e cumprida.*

*As propostas inexecutáveis não são **sérias**, ou, então, são ilegais, porque terão sido efetuadas com propósito de dumping, configurando-se comportamento censurável, a teor do art. 173, § 4º, da Constituição, segundo o qual: “A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”.*

[...]

Trata-se, afinal, de saber se dada proposta reúne ou não condições objetivas de ser cumprida, ou seja, se é ou não economicamente viável, por ser este o único tópico focado no art. 48. Ora, se o for, não pode ser desclassificada, pena de ofensa ao direito do licitante - autor da melhor proposta - de vê-la reconhecida e proclamada

² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 18. ed. rev., atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

como tal, até porque de outra sorte violar-se-ia o art. 37, XXI, da Constituição, que inadmite exigências excedentes do indispensável ao cumprimento das obrigações. Inversamente, se não o for, **será obrigatória sua desclassificação.**

[...]

Proposta **firme** é aquela feita sem reservas, quais as de cláusula condicional ou resolutiva.

Proposta **concreta** é aquela cujo conteúdo do ofertado está perfeitamente determinado nela mesma, sem estabelecer remissões a oferta de terceiros, quais, *exempli gratia*, o “preço que for mais baixo” ou “tanto por cento menos que a melhor oferta” etc.

JORGE ULISSES JACOBY FERNANDES³ recomenda ao pregoeiro como proceder ao exame da *compatibilidade de preços* (em suas palavras) em sede de pregão, matéria que aqui discutimos, mormente na análise da viabilidade financeira da proposta da Recorrida a essa PROCEMPA:

Não é raro que os licitantes na fase de lances, para não perder a expectativa de contrato, acabem por apresentar preço inexecutável, reduzindo o preço **aquém da possibilidade de pagamento do mínimo legal**. Por esse motivo, o pregoeiro pode até interromper essa etapa e determinar que o licitante demonstre a viabilidade da sua proposta, **apresentando uma planilha de custos, ou demonstre estar executando contrato com valor similar ou, ainda, a existência de contrato similar, de concorrente seu com outro órgão da Administração Pública**. Ao contrário do que pode aparecer, é fundamental que um dos polos da relação contratual apresentada como paradigma seja integrante da Administração Pública para aferir a regularidade fiscal dos envolvidos. (2015, p.502). (Grifo nosso).

Por fim, o sempre lembrado MARÇAL JUSTEN FILHO (2009, pp. 104, 105)⁴:

³ JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. Sistema de Registro de Preços e Pregão Presencial e Eletrônico. 6. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. Pregão: (comentários à legislação do pregão comum e eletrônico). 5. ed. rev., atual. São Paulo: Dialética, 2009.

Outro problema sério é o da inexecuibilidade de propostas e lances. O problema agrava-se quanto a estes últimos. A natureza do processo de oferta de lances pode produzir uma ausência de controle efetivo por parte da Administração acerca de preços inexecuíveis. Os interessados, no afã de obter a contratação, acabariam por ultrapassar o limite da exequibilidade, reduzindo a montantes inferiores aos plausíveis.

A solução para o problema da inexecuibilidade não pode ser adotada em termos gerais apriorísticos. Ou, pelo menos, não é viável determinar um limite formal, matemático, para a configuração da inexecuibilidade da proposta. Isso conduziria à supressão da competitividade e ao surgimento de uma espécie de licitação de preço-base.

Daí não se segue, no entanto, a omissão de critérios para apreciação desse aspecto.

*É indispensável que a Administração estabeleça regras sobre preços unitários e **imponha ao particular a apresentação de planilhas destinadas a comprovar a viabilidade do cumprimento da proposta apresentada**. Isso não equivale a subordinar o licitante a observar os preços estimados pela Administração. **Trata de sujeitar o licitante a demonstrar, de modo objetivo, os custos em que incorrerá para executar a sua proposta.***

Ressalte-se que o interesse em obter a proposta mais vantajosa não legitima a aceitação de proposta inexecuível. (sem grifos no original).

Mas e se, no caso presente, oportunizada a diligência (ou uma análise contábil pela própria PROCEMPA), dos documentos já anexados pela Recorrida, constatar-se que **não há saneamento possível?**

Bom, se essa PROCEMPA constatar que a proposta da ora Recorrida - **com o seu percentual de ICMS divergente do comando da Legislação tributária aplicável** - não traz apenas "erro formal" (e acreditamos que não é), não estaremos diante do tão alardeado (e sempre argumentado) "erro formal", que na visão da maioria será sempre "suprível" pelo *princípio do formalismo moderado*.

É ledor engano acreditar que; nesse caso de verdadeira

inconsistência tributária que contraria frontalmente a Legislação se esteja diante de simples e cômodo “erro formal”, mas pode-se estar diante do (**insanável**) **ERRO SUBSTANCIAL** da proposta.

E aí não há solução que não a **desclassificação**.

E é nisso que esta Recorrente acredita, em relação à Recorrida; não apenas em relação à questão da alíquota do ICMS inadequadamente aplicada, **mas também por todos os fatos e fundamentos antes expostos**.

O PEDIDO.

Por decorrência das questões jurídicas e de fato suscitadas antes, esta Recorrente; **LTA-RH INFORMÁTICA, COMÉRCIO, REPRESENTAÇÕES LTDA.** requer que Vossa Senhoria **RECONSIDERE A DECISÃO** proferida e que classificou e habilitou a Recorrida *O2 SOLUCOES EM TECNOLOGIA DIGITAL LTDA.* para, acolhendo o presente *Recurso Administrativo*, **DESCLASSIFICAR** aquela neste **PREGÃO ELETRÔNICO nº 024/22**, dessa PROCEMPA.

Pede deferimento.

Porto Alegre, RS, 15 de dezembro de 2022.

**LTA-RH INFORMÁTICA, COMÉRCIO,
REPRESENTAÇÕES LTDA.**
ALEXANDER BARCELOS
Diretor Comercial