

## PREGÃO ELETRÔNICO 023/2023

### Subscrição e Suporte Técnico para Licenças IBM Db2 Standard Edition

#### ESCLARECIMENTOS

##### Questionamento 1: EXIGÊNCIA INDEVIDA – FORNECEDOR CREDENCIADO

*“8.28. Ser credenciada a fornecer suporte aos produtos IBM.”*

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 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 1:** Na defesa de sua tese, a Pisontec fundamenta seus argumentos principalmente na Lei 8.666/93, incorrendo em crasso equívoco.

A legislação de regência para as empresas estatais é a Lei 13.303/16.

A lei 13.303/2016, que trata do Estatuto Jurídico das Empresas Públicas e das Sociedades de Economia Mista, denominadas de “Empresas Estatais”, inaugura um cenário bem mais flexível que a Lei 8.666/93, por vários aspectos, principalmente no que se refere ao formato da exigência da apresentação dos documentos de habilitação, previstos no artigo 58 do referido diploma, senão vejamos:

Art. 58. A habilitação será apreciada exclusivamente a partir dos seguintes parâmetros:

I - exigência da apresentação de documentos aptos a comprovar a possibilidade da aquisição de direitos e da contração de obrigações por parte do licitante;

II - qualificação técnica, restrita a parcelas do objeto técnico ou economicamente relevantes, de acordo com parâmetros estabelecidos de forma expressa no instrumento convocatório;

III - capacidade econômica e financeira;

IV - recolhimento de quantia a título de adiantamento, tratando-se de licitações em que se utilize como critério de julgamento a maior oferta de preço.

Depreende-se da leitura do dispositivo acima, que diferentemente da previsão da Lei 8.666/93, que elenca um rol de documentos e certidões que devem ser apresentadas pelos fornecedores para participação de uma determinada licitação, a Lei 13.303/2016, de forma inovadora, apenas direciona os critérios/parâmetros de habilitação que devem ser ponderados pelo agente público quando da seleção da proposta mais vantajosa. Não há aqui, menção a documentos e/ou certidões específicas que devem ser apresentados pela empresa que deseja participar de um certame em uma empresa estatal. Nesse ponto específico, a Lei das Estatais é expressa (não há lacuna a suprir) e adota solução distinta (não se está diante de disposições similares), sendo propositadamente aberta para que, em face da multiplicidade de situações que se apresentam, possam as estatais estabelecer condições apropriadas, com a definição da solução mais ajustada a cada especificidade.

Tal disposição legal no Estatuto das Estatais confere maior discricionariedade ao administrador para que ele se molde o mais adequadamente possível às particularidades do objeto a ser contratado tendo em vista que as empresas estatais, não raras vezes, estarem imersas no ambiente concorrencial do mercado.

Confrontando e contextualizando a exigência editalícia quanto à habilitação técnica com os ditames legais, resta evidenciada a adequação da exigência aos dois primeiros incisos do artigo 58 da Lei 13.303/16, *in verbis*:

I - exigência da apresentação de documentos aptos a comprovar a possibilidade da aquisição de direitos e da contração de obrigações por parte do licitante;

II - qualificação técnica, restrita a parcelas do objeto técnica ou economicamente relevantes, de acordo com parâmetros estabelecidos de forma expressa no instrumento convocatório;

A exigência de credenciamento junto à desenvolvedora do produto é condição *sine qua non* para “comprovar a possibilidade da aquisição de direitos e da contração de obrigações por parte do licitante”.

Da mesma forma, é indiscutível que o requisito de habilitação técnica se restringe “a parcelas do objeto técnica ou economicamente relevantes, de acordo com parâmetros estabelecidos de forma expressa no instrumento convocatório”.

No caso em tela a PROCempa busca contratar “Suporte técnico e subscrição de Licenças IBM Db2 Standard Edition”. Embora possa parecer óbvio, destaca-se que a desenvolvedora de tal produto é a IBM.

Conforme informações fornecidas pela IBM, caso o licitante não seja credenciado a fornecer suporte aos produtos IBM, por consequência lógica, não estará apto a fornecer o objeto a ser contratado, implicando em dispêndio de preciso tempo e dinheiro público de forma desnecessária e infrutífera.

Ressalte-se ainda, com base nas informações da IBM, que o credenciamento junto à desenvolvedora é tão necessário que sem ele não será possível nem mesmo o recebimento de uma condição comercial, ou seja, será faticamente impossível a contratação.

O caso em tela é exatamente contrário ao colacionado pela suscitante, ou seja, no presente caso a fabricante (IBM) afirma peremptoriamente que **é necessário o credenciamento/cadastramento junto à IBM** para que seja possível a oferta para a PROCempa; caso não haja tal credenciamento/cadastramento não haverá a possibilidade de fornecimento do objeto pretendido.

Assim, no caso em tela, a exigência está devidamente justificada visto que contempla o critério da razoabilidade em suas três vertentes: i) necessidade da medida para atender a um fim de interesse público: como visto, a exigência é condição *sine qua non* para a contratação pretendida; ii) adequação para satisfazer aquele fim: o requisito de habilitação contribui de modo relevante e adequado para concretizar a contratação de forma a permitir a continuação dos serviços prestados pela PROCEMPA; e iii) proporcionalidade entre o fim buscado e os custos que a medida acarreta: a exigência, além de ser condição fundamental, não acarreta em desarrazoado comprometimento na competição.

Resta mantida a exigência editalícia presente no Edital PE 023/22, por ser de fundamental importância para os objetivos do certame, não restringindo de maneira desarrazoada o caráter competitivo da licitação.

**Questionamento 2:** Qual o prazo para entrega do produto licitado?

**Resposta 2:** Conforme está bem claro no Objeto, não estão sendo adquiridas licenças novas e sim contratado suporte, manutenção e subscrição das licenças adquiridas anteriormente pela Procempa. Portanto, este deverá entrar em vigor a partir da data de assinatura do Contrato.

**Questionamento 3:** Considerando que o presente edital trata de contratação de Suporte técnico e subscrição de Licenças IBM Db2 Standard Edition, entendemos que o item 2.1 da minuta de contrato (*2.1. O prazo para início dos serviços será imediato a partir da última assinatura deste instrumento, nos locais e prazos indicados pela CONTRATANTE*) não deve ser considerado, e haverá prazo hábil para entrega das licenças, de pelo menos 10 (dez) dias. Está correto nosso entendimento?

**Resposta 3:** Vide resposta 2.