

**CARTA Nº 12.120/2022 - CPL/AFEAM**

Manaus, 28 de novembro de 2022.

**Ref.:** Resposta ao 1º esclarecimento referente ao procedimento Modalidade Similar ao Pregão Eletrônico n. 09/2022-AFEAM, (Processo n. 016501.01.50/2022-AFEAM)

Senhores Licitantes,

Em resposta à solicitação recebida por esta Agência de Fomento do Estado do Amazonas – AFEAM referente ao Edital na Modalidade Similar ao Pregão Eletrônico nº 09/2022, informamos que:

**PERGUNTA: I. EXIGÊNCIAS INDEVIDAS**

*“2. Critérios de Qualificação Técnica*

*III. A licitante deverá apresentar a Declaração da Microsoft – fabricante da solução – de que é uma revenda LAR – Large Account Reseller ou LSP – Licence Solution Partner, e fazer parte do programa cloud com a competência Cloud Productivity;*

*IV. A licitante deverá apresentar ainda, declaração emitida pela Microsoft, garantindo que o participante está devidamente inscrito no Programa de Parceiros da Microsoft, denominado Microsoft Partner Network – MPN;;”*

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).*

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 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 desconsideradas.

Ainda, se mantida tais exigências, este Licitante entende que será aceita declaração ou print do partner center comprovando o MPN ID.

I - Estão corretos os nossos entendimentos?

**RESPOSTA:** Apenas para fins de registro ao particular, devemos alertar que a AFEAM é uma empresa pública, não estando vinculada a disciplina da Lei 8.666/93, mas a Lei 13.303/2016 e do Regulamento Interno de Licitações e Contratos da AFEAM – RILC/AFEAM.

Conforme informação obtida no site da MICROSOFT, empresa fabricante da solução Office 365, as negociações com órgãos governamentais devem ser conduzidas por revendedoras devidamente habilitadas para tanto, em razão da especificidade do regime de contratação com a Administração Pública, que seguem padrões próprios de contratações. O mesmo não ocorre em negociações com particulares, que seguem os modelos de contratos pré-estabelecidos pela própria Microsoft. A fabricante esclarece que a capacitação para participação em licitações públicas é extensiva a todos os seus revendedores, inexistindo qualquer privilégio a determinada empresa ou grupo, assegurando assim o respeito aos princípios que regem as contratações públicas, especialmente os da ampla competitividade, impessoalidade e igualdade.

A exigência do modelo MPSA visa comprovar que a revenda é autorizada Microsoft sendo apta, neste momento, a operacionalizar acordos Microsoft MPSA. Essa declaração só é emitida pela Microsoft aos parceiros que possuem todas as exigências de competências solicitadas, bem como, realizam a compra direta de seus contratos, sem passar por outro distribuidor e sendo enquadradas como Government Partners, os quais possuem atendimento especializado e apto a cumprir todas as exigências de órgãos governamentais de acordo com a lei 8.666/93 e 13.303/2016.

Por se tratar de característica diretamente alinhada à capacidade de celebrar contratos de licenciamento dos softwares em questão com a Administração Pública, entendemos que a exigência de demonstração desta habilitação com um dos documentos descritos no item 15.2 não viola o princípio da isonomia entre os licitantes, uma vez que a própria capacidade de execução do objeto contratual depende desta condição. Ressalta-se que a adjudicação de objeto a empresa que não fosse capaz de celebrar o contrato de licenciamento dos produtos Microsoft nos moldes exigidos pelo AFEAM retardaria a satisfação da demanda, diante da possibilidade de cancelamento e de repetição do certame, com as prováveis consequências, causando prejuízos à Administração.



Pelas razões expostas e de acordo com as informações disponibilizadas pela fabricante Microsoft abaixo transcritas, entendemos que não procede a afirmação da empresa Pisontec, uma vez que qualquer empresa pode promover ações para tornar-se um MPSA. Fonte: (<https://partner.microsoft.com/pt-br/licensing/parceiros%20lsp>)

*“Atuação em Licitações Públicas no Setor Público, informamos que o nosso modelo de atuação no Brasil é indireto, com a necessária atuação de revendas credenciadas, seguindo-se, desta forma, uma política rigorosa de transparência e isonomia, alinhada também às regras de compras no território brasileiro, regidas pela Lei 8666/93 e 13303 (e outras regras relacionadas). Mais detalhadamente, para os contratos de licenciamento em volume Enterprise Agreement e Select a participação nos certames públicos é feita pelos LSP (Large Solution Partners), anteriormente denominados LAR (Large Account Reseller). São as empresas habilitadas para tais contratos de licenciamento, e que se encontram aqui listadas. Ainda a título de esclarecimento e informação, a Administração Pública, via de regra, segue com o modelo de contratação por instrumento próprio, seguindo modelos pré-definidos. De outro lado, por tratar-se de licenciamento específico, a Microsoft tem seus padrões e modelos de contrato. Assim, existe o que se chama Government Partners – GP, que são parceiros habilitados pela Microsoft para atuar no segmento público, com o objetivo de assinar os contratos nos modelos dos clientes e o Government Integrator Agreement – GIA da Microsoft, que significa o contrato entre o parceiro e a Microsoft, relacionado ao primeiro firmado pelo parceiro com a Administração Pública. Quanto à participação nos certames públicos, informamos que para se garantir as mesmas condições de participação a todos as revendas, a Microsoft segue uma política de isonomia de canais, que prevê que todas as empresas parceiras terão as mesmas condições de participação no certame licitatório, sem qualquer privilégio, de qualquer natureza, a parceiro local ou específico. Isso implica em respeito às regras concorrenciais e competição saudável no mercado, além de cumprimento aos princípios da economicidade e competitividade previstos pela legislação vigente, não estabelecendo qualquer restrição à concorrência ou participação em certames, mas sim a ampla concorrência, com a necessária capacitação ao correto atendimento à Administração e aos interesses públicos.”*

**PERGUNTA:** II – Qual o prazo de entrega do produto licitado?

**RESPOSTA:** O prazo de entrega do produto licitado é de 5 (cinco) dias úteis.

Informamos que a resposta desta CPL estará disponível no endereço eletrônico da AFEAM e do Comprasnet, e se tornará parte integrante do Edital e seus anexos.

Por fim, como o presente expediente não altera as exigências do Edital e nem afeta a formulação da proposta de preços, a data designada para abertura do certame permanecerá inalterada.

Atenciosamente,

**Luiz Fernando Silva Júnior**  
Agente de Licitação da AFEAM

