

Walter Rodrigues Ferreira

De: laercio de souza ribeiro neto <neto_laercio@hotmail.com>
Enviado em: quinta-feira, 14 de dezembro de 2023 20:24
Para: sei-selita
Assunto: Impugnação edital 15/2023 CJF
Anexos: impugnação edital 15-2023 cjf assinado.pdf

Sr. Pregoeiro, venho apresentar impugnação ao edital 15/2023 do CJF de acordo com os fatos e fundamentos apresentados na impugnação em anexo.

Atenciosamente,

LAÉRCIO DE SOUZA RIBEIRO NETO
LAÉRCIO DE SOUZA RIBEIRO NETO ADVOGADOS ASSOCIADOS
Cel: 81.99219636
e-mail: neto_laercio@hotmail.com

ILUSTRÍSSIMO(A) SENHOR(A) PREGOEIRO(A) DO CONSELHO DE JUSTIÇA FEDERAL

REF. AO EDITAL PREGÃO Nº 15/2023

LAÉRCIO DE SOUZA RIBEIRO NETO, advogado, inscrito na OAB/PE 20.533, vem apresentar IMPUGNAÇÃO AO EDITAL/CERTAME em epígrafe, de acordo com os fatos e direito adiante exposto.

DO PRAZO PARA IMPUGNAÇÃO

Estabelece o edital que:

III – DAS IMPUGNAÇÕES E DOS PEDIDOS DE ESCLARECIMENTOS DO ATO CONVOCATÓRIO

3.1 Qualquer pessoa é parte legítima para impugnar este edital de licitação por irregularidade ou para solicitar esclarecimento sobre os seus termos, devendo encaminhar o pedido até 3 (três) dias úteis antes da data de abertura da sessão pública, por meio do correio eletrônico seiselita@cjf.jus.br.

3.2 As impugnações deverão ser dirigidas ao pregoeiro por quem tenha poderes para representar a licitante ou por qualquer cidadão que pretenda impugnar o ato convocatório nesta qualidade

3.3 O pregoeiro responderá aos pedidos de esclarecimentos e/ou impugnação no prazo de até 3 (três) dias úteis contado da data de recebimento do pedido, limitado ao último dia útil anterior à data da abertura do certame, e poderá requisitar subsídios formais aos responsáveis pela elaboração do edital de licitação e dos anexos, nos termos do § 1º, do art. 16 da Instrução Normativa SEGES/ME 73, de 30 de setembro de 2022.

3.4 Acolhida a impugnação contra o ato convocatório que implique sua modificação, será divulgada nova data para realização do certame, da mesma forma em que se deu a divulgação do texto original, reabrindo-se o prazo inicialmente estabelecido, exceto quando, inquestionavelmente, a alteração não afetar a formulação das propostas, nos termos do art. 15 c/c §3º do art. 16 da Instrução Normativa SEGES/ME 73, de 30 de setembro de 2022.

3.5 As respostas às impugnações e aos esclarecimentos solicitados serão disponibilizadas no endereço eletrônico www.gov.br/compras, por meio do link Consultas>Pregões>Agendados, para conhecimento da sociedade em geral e dos fornecedores, bem como no sítio eletrônico do Conselho da Justiça Federal, www.cjf.jus.br, por meio do link Transparência pública> Licitações> Editais> 2023, cabendo aos interessados em participar do certame acessá-lo para obtenção das informações prestadas e vinculação dos participantes e da administração.

3.6 A impugnação não possui efeito suspensivo, sendo a sua concessão medida excepcional que deverá ser motivada pelo pregoeiro nos autos do processo de licitação.

Tendo em vista a norma editalícia acima, está tempestiva a presente impugnação.

DOS FATOS

Este impugnante identificou possível violação à lei 14.133/2021 e demais dispositivos correlatos quando do edital do Pregão 15/2023 como veremos adiante.

Como se observa o objeto do Pregão é **Contratação de solução de backup de dados para os ambientes computacionais, contemplando a subscrição de licenciamento de software e o fornecimento de equipamento(s), serviços de instalação e configuração, transferência de conhecimento, serviço de suporte técnico especializado mensal e garantia para 60 (sessenta) meses, para atendimento às necessidades do Conselho da Justiça Federal – CJF e demais órgãos partícipes.**

Até aí não haveria nada de errado, não fosse o fato de que após consultar outros fabricantes de software para atender o objeto da licitação, ser constatado que a licitação possui direcionamento para contratação da empresa fornecedora **Veritas**.

Explico.

EXIGÊNCIAS TÉCNICAS INDEVIDAS:

Logo abaixo apresentamos vários itens que restringem a competitividade do certame.

Item 3.1:

Deverá obrigatoriamente ser fornecida solução de armazenamento de dados de backup em disco, baseado em “Appliance”, que se define por subsistema específico de ingestão e tratamento de dados de backup, por meio de tecnologias de deduplicação, replicação e segurança da informação. A solução deve possuir console de

gerenciamento unificado com base de catálogo, funcionalidades de movimentação de dados através de gerenciadores de mídia, e requisitos de segurança e proteção.

Comentário:

Esse item direciona a solução para o fornecedor Veritas. A Commvault, Veeam, DELLEMC e IBM são fornecedores líderes de mercado no Brasil e presentes no quadrante mágico do Gartner, e não incluem gerenciamento do seu catálogo em qualquer appliance. Essa é uma característica exclusiva do fabricante Veritas, visto que o seu software de backup se confunde com o seu appliance proprietário. Vários órgãos da justiça utilizam os softwares supracitados em appliances agnósticos.

Item 3.8:

O appliance deve suportar taxa de ingestão de dados de, no mínimo 94 TB/hora, considerando a deduplicação de dados na origem (client-side);

Comentário:

A deduplicação de dados na origem indica que a taxa de transferência solicitada pode utilizar recursos de processamento do cliente de backup. Por isso, fica impossível comprovar a entrega de NO MÍNIMO esse desempenho, uma vez que não foram prestadas informações sobre os clientes de backup que auxiliam nessa métrica. Adicionalmente, esse desempenho posiciona a Veritas com seu menor equipamento, o 5260, que suporta no máximo 442TB, que utiliza somente um única controladora em igualdade de competição com o equipamento DELLEMC 9900 que pode possuir duas controladoras, tem como configuração mínima de 576TB e escalabilidade até 1,5PB. É impossível que o equipamento da Veritas modelo 5260 tenha desempenho maior que o equipamento DELLEMC 9900 ou mesmo que o HPE Storeonce 5660 que pode ser expandido até 1,1PB. Dessa forma fica clara a discrepância técnica entre as soluções, deixando o fabricante Veritas em larga vantagem sob seus concorrentes.

Item 3.11:

Deverá ser do mesmo fabricante do software de proteção de dados para a solução ofertada, garantindo total interoperabilidade entre o hardware e software de backup, devendo ser comprovado através de documentação oficial.

Comentário:

Esse item impede, novamente, a participação de líderes de mercado como Veeam e Commvault que não fabricam seus próprios appliances e tem lista pública de integração divulgada nos seus sites, isto é, com toda garantia de interoperabilidade, com os hardwares suportados. Essas soluções, inclusive, estão implementadas em vários órgãos da justiça sem óbice em seu funcionamento. Esse item, dos grandes fabricantes,

só permitiria a participação da Veritas e DELLEMC. Já foi indicado, anteriormente, que o item de desempenho, de maneira injustificada obriga a DELLEMC a fornecer seu maior equipamento e a Veritas o seu menor. Portanto, o jogo de especificações demonstra um empenho é dar vantagem para a solução Veritas.

Item 3.21:

Deverá suportar replicação dos dados em disco para outro appliance. A replicação deverá ser assíncrona e ocorrer em período gerenciado pelo software de backup;

Comentário:

Esse item direciona o certame para Veritas. Com já foi citado anteriormente, o software de backup da Veritas se confunde com o Appliance, visto que ele vai embarcado no equipamento. Essa função de agendamento da replicação pelo appliance é independente do software de backup. Ou seja, ou a replicação é gerenciada pelo Software de Backup ou pelo appliance. Como a Veritas é o único fabricante onde o software de backup é o gerenciador do appliance, isso impede que outros grandes fabricantes do mercado no Brasil possam ofertar suas soluções, incluindo, HPE, DELLEMC e Quantum.

Item 3.23:

Deverá permitir que o software de proteção de dados seja executado diretamente no appliance, garantindo total interoperabilidade entre hardware e software.

Comentário:

Esse item impede, novamente, a participação de líderes de mercado como Veeam e Commvault que não fabricam seus próprios appliances e tem lista pública de integração divulgada nos seus sites, isto é, com toda garantia de interoperabilidade, com os hardwares suportados. Essas soluções, inclusive, estão implementadas em vários órgãos da justiça sem óbice em seu funcionamento.

Pois bem, como se verifica do arrazoado acima, o certame possui vários itens em seu texto que visivelmente direciona a contratação da empresa Veritas, violando assim frontalmente o teor da lei 14.133/2021.

DO DIREITO.

De acordo com a lei 14.133/2021 a mesma trouxe diversas normas sobre competitividade nos certames públicos conforme podemos observar abaixo:

— Artigo 5º: Aplicação do princípio da competitividade na aplicação da lei;

— Artigo 6º, XXXV, “c”): Projeto básico com identificação de serviços, materiais e equipamentos em obras, sem frustrar o caráter competitivo;

— Artigo 6º, XXXV, “d”): Projeto básico com informações para estudo e definição de métodos construtivos, instalações provisórias e condições a obra, sem frustrar o caráter competitivo;

— Artigo 6º, XLII: Modalidade de diálogo competitivo, com determinadas interações reservadas, mas condicionada a critérios objetivos;

— Artigo 9º, I, “a”): Vedação a cláusulas nos editais que comprometam, restrinjam ou frustrem o caráter competitivo do processo licitatório;

— Artigo 25, §2º: Utilização de mão de obra, materiais, tecnologias e matérias-primas do local da execução, conservação e operação do bem, serviço ou obra, se não prejudicar a competitividade;

— Artigo 47, §1º, III: Parcelamento, mas com o dever de buscar a ampliação da competição e de evitar a concentração de mercado;

— Artigo 178: Inclusão do artigo 337-F do Código Penal, o crime de frustração do caráter competitivo de licitação (“*Frustrar ou fraudar, com o intuito de obter para si ou para outrem vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação, o caráter competitivo do processo licitatório...*”); e

— Artigo 178: Inclusão do artigo 337-O do Código Penal, o crime de omissão grave de dado ou de informação por projetista (“*Omitir, modificar ou entregar à Administração Pública levantamento cadastral ou condição de contorno em relevante dissonância com a realidade, em frustração ao caráter competitivo da licitação..., em contratação para a elaboração de projeto básico, projeto executivo ou anteprojeto, em diálogo competitivo ou em procedimento de manifestação de interesse...*”).

Ainda há necessidade de interpretação sistêmica em situações práticas do dia a dia, para não se incorrer em prejuízo à competitividade como, por exemplo:

— No direcionamento até em contratação direta, vedado pelo art. 74, §1º;

— Na unificação de contratos (fornecedor único, fechando oportunidade aos outros) que prejudique a ampliação da competição e cause concentração de mercado, vedada pelo artigo 40, §2º, III;

— Na má condução do diálogo competitivo, com a discriminação ou a revelação de informações de concorrentes, o que é vedado pelo artigo 32, §1º, III, e IV;

— Na prática de preços predatórios, meramente rotulados como inexequíveis, sob a ótica dos artigos 11, III, 59, III e §4º, quando há muito a mais a considerar, a depender de cada situação concreta; e

— No abuso de consórcios entre concorrentes, pela amplitude trazida com o artigo 15, invertendo-se a lógica anterior da necessidade, tornando agora a via sempre aberta, salvo restrição justificada, mas permitindo substituição de consorciado com contrato em execução.

Mas o postulado comum a todos temas do artigo 170, IV, da Constituição Federal, que estabelece a livre concorrência como um dos princípios gerais da ordem econômica no Brasil.

Na base desse sistema de preservação da ordem econômica, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) tem foco em comportamentos de concorrentes, contendo-se quanto ao lado da Administração, sob o argumento de que não pode controlar editais licitatórios em seu mérito administrativo, mas fazendo apontamentos para que editais evitem resultados de prejuízo à livre concorrência, divulgando diretrizes de combate ao conluio entre concorrentes em contratações públicas, aprovadas pela Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), que gestores devem considerar para tornar os certames mais competitivos e menos suscetíveis a ilícitos concorrenciais.

Disso se conclui que gestores públicos e licitantes precisam considerar que não se pode aplicar de forma isolada as normas licitatórias quando se trata de combater práticas anticompetitivas.

E, na falta de certas conceituações na Lei nº 14.133/2021 sobre o que são práticas anticompetitivas, deve-se buscar elementos da Lei nº 12.529/2011, que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica, da qual são relevantes os destaques abaixo:

“Artigo 36 — Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

I — limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;

II — dominar mercado relevante de bens ou serviços;

III — aumentar arbitrariamente os lucros;

e

*IV — exercer de forma abusiva posição dominante.
(...)*

§2º. Presume-se posição dominante sempre que uma empresa ou grupo de empresas for capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado ou quando controlar 20% (vinte por cento) ou mais do mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo Cade para setores específicos da economia.

§3º. As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no caput deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica:

I — acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma:

- a) os preços de bens ou serviços ofertados individualmente;*
- b) a produção ou a comercialização de uma quantidade restrita ou limitada de bens ou a prestação de um número, volume ou frequência restrita ou limitada de serviços;*
- c) a divisão de partes ou segmentos de um mercado atual ou potencial de bens ou serviços, mediante, dentre outros, a distribuição de clientes, fornecedores, regiões ou períodos;*

d) preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública;

II — promover, obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes;

III — limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado;

IV — criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços;

V — impedir o acesso de concorrente às fontes de insumo, matérias-primas, equipamentos ou tecnologia, bem como aos canais de distribuição;

(...)

VII — utilizar meios enganosos para provocar a oscilação de preços de terceiros;

(...)

IX — impor, no comércio de bens ou serviços, a distribuidores, varejistas e representantes preços de revenda, descontos, condições de pagamento, quantidades mínimas ou máximas, margem de lucro ou quaisquer outras condições de comercialização relativos a negócios destes com terceiros;

X — discriminar adquirentes ou fornecedores de bens ou serviços por meio da fixação diferenciada de preços, ou de condições operacionais de venda ou prestação de

serviços;

(...)

XII — dificultar ou romper a continuidade ou desenvolvimento de relações comerciais de prazo indeterminado em razão de recusa da outra parte em submeter-se a cláusulas e condições comerciais injustificáveis ou anticoncorrenciais;

(...)

XV — vender mercadoria ou prestar serviços injustificadamente abaixo do preço de custo;

(...)”.

Ora, a consequência direta das exigências dos itens apresentados acima colabora a limitação de participantes, indo em contramão ao objetivo real do processo licitatório e os princípios que norteiam todo ordenamento.

Princípio da Competitividade: Tem como objetivo alcançar a proposta mais vantajosa para a administração pública. Serve para que a administração pública consiga alcançar o melhor contrato através da promoção e ampliação do acesso ao processo licitatório.

Princípio da Legalidade: É a regra básica quanto ao direito público, segundo a qual o exercício do poder pelos órgãos do Estado deve ser absolutamente de acordo com o direito. Todos os procedimentos estão dependentes ao comando da lei e às exigências do bem comum.

Princípio da Igualdade: Helly Lopes remete a esse princípio “um impeditivo da discriminação entre os participantes do certame, quer através de cláusulas que, no edital ou convite, favoreçam uns em detrimento de outros, quer mediante julgamento faccioso, que desiguale os iguais ou iguale os desiguais.”

A Carta Magna de 1988, inovadora em relação às anteriores no que se refere à Administração Pública, regulamenta um capítulo específico para a organização da Administração Pública, determinando, em seu art. 37, que esta deverá obedecer, além dos diversos preceitos expressos, aos princípios da **legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência**, este último inserido pela Emenda Constitucional n.º 19, de 05/06/1998.

Os princípios básicos da Administração Pública estão consubstanciados em 12 regras, que devem ser observadas incessantemente pelo administrador, a fim de que proporcione aos súditos transparência e lisura dos atos administrativos. São eles, além dos cinco princípios supracitados, a razoabilidade, proporcionalidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, motivação e supremacia do interesse público. Todavia,

como este estudo será pautado pela análise sob os auspícios do art. 37, da Carta Magna, somente aos cinco primeiros princípios elucidados no parágrafo anterior é que será dada ênfase. Cabe ressaltar que, embora os demais princípios não sejam analisados nesse estudo, “os mesmos decorrem do nosso regime político, tanto que, ao lado daqueles, foram textualmente enumerados pelo art. 2º da Lei Federal 9.784, de 29.1.99”.

Os princípios da Administração Pública consubstanciam as premissas básicas do regime jurídico administrativo, indicando o ponto de partida e os caminhos a serem percorridos. Nesse sentido, utilizando o argumento de Geraldo Ataliba, é necessário evidenciar-se uma ordem que faz com que as regras tenham sua interpretação e eficácia condicionada pelos princípios. Estes princípios se harmonizam, assegurando plena coerência interna do sistema. É claro, portanto, que os princípios, como fontes de interpretação e integração do ordenamento jurídico, servem de alicerces para o Direito Administrativo, não podendo haver norma ou regra de Lei que seja contrário ao disposto na Carta Magna no que se refere aos princípios que regem a Administração Pública.

Segundo a obra de Hely Lopes Meirelles, por meio desses padrões é que deverão se pautar todos os atos e atividades administrativas de todo aquele que exerce o poder público, constituindo os fundamentos da ação administrativa, ou seja, os sustentáculos da atividade pública. Relegá-los, portanto, seria desvirtuar a gestão dos negócios públicos e esquecer o que há de mais elementar para a boa guarda e zelo dos interesses sociais.

Ante o exposto, é possível compreender o significado do termo princípio, seguindo o ensinamento de Bandeira de Mello, da seguinte forma:

“Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo”.

A licitação, segundo ensinamento de Carlos Ayres Britto, “é processo ‘público’, na rigorosa acepção que toma a publicidade como princípio regente de toda a atividade administrativa”.

Completa, ainda, Bandeira de Mello, que

“violiar um princípio é muito mais grave do que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra”. In: <http://jus.com.br/artigos/24185/a-constitucionalidade-das-modalidades-de-licitacao-do-banco-mundial-vis-a-vis-dos-principios-constitucionais-da-administracao-publica>”

Em suma, os princípios de Direito Público contidos na Constituição são normas jurídicas, mas não se reduzindo única e exclusivamente a isso, pois enquanto uma norma é um marco legal dentro do qual existe uma certa liberdade (discrecionariiedade), o princípio, no dizer do argentino Augustín Gordillo, “tem substância integral”.

Desta forma, podemos concluir que às normas licitatórias do Pregão 15/2023 do CJF estão em total desrespeito aos princípios constitucionais e legais como demonstrado acima.

DOS PEDIDOS.

**DESTA FORMA, PUGNA PELO DEFERIMENTO DA IMPUGNAÇÃO
ORA APRESENTADA, AFIM DE QUE:**

- 1) O PREGÃO DO CERTAME 15/2023 DO CJF SEJA ANULADO;**
- 2) **Não sendo anulado** Que sejam excluídos os vícios apontados através dos itens citados, possibilitando a participação dos principais players fabricantes de solução de proteção de dados do mercado brasileiro, onde possa ser ofertado soluções de software + appliance de backup não somente do mesmo fabricante desde que possuam integração homologado pelos fabricantes e por fim;
- 3) Que seja reaberto novo prazo para início da sessão pública respeitando o prazo mínimo legal.

Nestes termos

Pede Deferimento.

Recife, 14 de dezembro de 2023.



LAÉRCIO DE SOUZA RIBEIRO NETO

OAB/PE 20533