

Márcio Gomes da Silva

De: Márcio Gomes da Silva
Enviado em: quinta-feira, 19 de setembro de 2019 13:20
Para: 'Luiz Silva'; sei-selita
Cc: Luana Carvalho de Almeida; Andre Ricardo Lapetina Chiaratto
Assunto: RES: IMPUGNAÇÃO PREGÃO ELETRÔNICO N 14/2019 DO CJF

Caro Luiz,

Acuso o recebimento do pedido de impugnação
Att



Márcio Gomes da Silva
Secretaria de Administração
Comissão Permanente de Licitação
+55 61 3022-7510

Setor de Clubes Esportivos Sul - SCES, Trecho III - Polo 8 - Lote 9 - Brasília/DF. CEP: 70200-003

De: Luiz Silva <esclarecimentobr@gmail.com>
Enviada em: quarta-feira, 18 de setembro de 2019 20:03
Para: sei-selita <sei-selita@cjf.jus.br>
Assunto: IMPUGNAÇÃO PREGÃO ELETRÔNICO N 14/2019 DO CJF

Prezados boa noite,

Segue nossa solicitação de impugnação! Senhores poderiam confirmar o recebimento!

Att,

Luiz Silva

ILMO. SR. PREGOEIRO
CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL

PREGÃO ELETRÔNICO N. 14/2019

IMPUGNAÇÃO AO EDITAL

Face ao certame em preitado, uma vez que este fere os princípios constitucionais previstos no artigo 37 caput e inciso XXI da Constituição Federal e ainda o artigo 3ª. da Lei 8666/93, pelas razões de fato e direito a seguir despendidos.

Inicialmente cumpre ressaltar que, a impugnação ao ato convocatório inegavelmente se constitui em instrumento notadamente benéfico, pois permite a análise das regras editalícias

sob o ponto de vista do setor privado, trazendo ao conhecimento dos agentes responsáveis pelo certame as possíveis falhas e inadequações que precisam ser corrigidas no edital para o sucesso da licitação a ser promovida.

Diante disso, a análise prudente, imparcial e responsável da impugnação ao edital pela entidade promotora da licitação gera, comprovadamente, o aumento da competitividade e, por consequência, do número de propostas vantajosas que resultam em economia, até porque, grande parte das impugnações visam corrigir imperfeições do ato convocatório que invariavelmente cerceiam, ainda que não intencionalmente, a participação de empresas do ramo do objeto licitado, como é o vertente caso.

Dos Fundamentos Técnicos

1. Das Restrições Técnicas:

Da impossibilidade de competitividade na visão dos principais softwares de mercado:

(Trecho do edital)

Do software de virtualização:

O CJF faz uso desde 2013 da solução de virtualização VMware, tanto na camada de computação (hypervisor), quanto nas camadas de rede e segurança, bem como o ambiente de desktops virtuais, já tendo realizado significativos investimentos em aquisição de licenciamento, contratação de suporte técnico, migração de infraestrutura e treinamento nesta plataforma.

A possibilidade de realizar rapidamente a migração dos sistemas nacionais para o ambiente de nuvem privada, bem como a experiência adquirida com o uso, a confiabilidade da plataforma e sua padronização na Justiça Federal foram considerados como fatores determinantes para a decisão de manter a camada de virtualização atualmente em uso como padrão para o projeto, sendo este um requisito comum e possível de atendimento por todos os potenciais fornecedores da solução de infraestrutura hiperconvergente.

Com esta opção, é possível manter uma infraestrutura uniforme e conforme no ambiente de produção do CJF, permitindo a total compatibilidade e interoperabilidade com o ambiente virtualizado de aplicações e serviços. De outra maneira, outra solução de virtualização não garantiria estes requisitos, trazendo riscos técnicos e operacionais ao projeto, decorrentes da formação de silos tecnológicos que tornariam o ambiente computacional mais complexo e sujeito a problemas de interoperabilidade, justamente o que se quer evitar com a adoção do modelo de nuvem privada construída sobre appliances de hiperconvergência.

Soma-se a estes fatores, a necessidade de aproveitar o serviço de sustentação de infraestrutura contratado pelo CJF, que é especializado nesta plataforma de virtualização, como também preservar o conhecimento adquirido pela equipe técnica da STI ao longo de anos, ou seja, preservar o investimento já realizado, e para prover recursos técnicos para a continuidade e gestão centralizada do ambiente virtualizado.

Abaixo listamos a solução de virtualização utilizada há anos pelo CJF, através dos contratos CJF n. 020/2013 e n. 041/2017:

i. VMware vCenter Server

ii. VMware vSphere Enterprise

iii. VMware vCloud Suite

iv. VMware NSX

v. VMware Horizon – software de virtualização de estações de trabalho

Cabe ressaltar que tal solicitação não restringe o caráter competitivo da licitação, uma vez que o software VMWARE pode ser comercializado por diversas revendas do fabricante.

Pudemos observar também em outros editais de solução de infraestrutura hiperconvergente, a solicitação da solução VMware, tais como: Pregão Eletrônico n. 66/2018 do Supremo Tribunal Federal - STF, n. 56/2018 da Agência Nacional do Petróleo - ANP, n. 08/2018 da Agência Nacional de Transporte Terrestre – ANTT, n. 2820/2017 do Banco do Brasil – BB, n. 11/2018 do Comando Militar do Leste – CML, n. 017/2018 do Conselho Regional de Engenharia de Minas Gerais – CREA-MG, n. 007/2019 do Instituto Federal de Rondônia, n. 017/2019 da Presidência da República, n. 29/2018 do Tribunal Regional Eleitoral do Distrito Federal, n. 185/2018 da Universidade Federal do Paraná, entre outros, porém cada edital com sua especificidade.

Nossa argumentação:

É solicitado pelo cliente, que todos os softwares que compoem o ambiente seja da VMWare, abaixo os softwares solicitados pelo cliente no edital:

O edital do CJF está escrito para o VMware Cloud Foundation (todos os softwares que compõem a solução de nuvem privada da Vmware) e é composta pelos softwares:

- vSphere Enterprise Plus
- vSAN Advanced
- NSX Data Center Advanced
- vRealize Suite Enterprise
- vRealize Network Insight Advanced

De acordo com a argumentação do cliente, estes softwares já compoem o ambiente de datacenter e para isto foram feitos investimentos com licenciamentos, além da facilidade de migração e padronização do ambiente. Contudo, é do conhecimento de todos e pode ser comprovado atrás do link: <https://www.nutanix.com/vmware> a compatibilidade entre a nutanix e a vmware. Desta forma, entendemos que sendo, as ferramentas de gerenciamento e soluções de SDS, SDN, cloud, entre outras solicitadas pelo cliente e fornecida por outro fabricante, compatíveis com as ferramentas já existentes no cliente e atendendo as especificações técnicas do edital, que isto não trará prejuízo ao órgão e aumentará a competitividade no certame, não havendo assim necessidade de direcionamento/restrrição para a participação deste fabricante.

Da impossibilidade de competitividade na visão dos principais fabricantes de hardware de mercado:

(Trecho do edital)

Cabe ressaltar que tal solicitação não restringe o caráter competitivo da licitação, uma vez que o software VMWARE pode ser comercializado por diversas revendas do fabricante.

Pudemos observar também em outros editais de solução de infraestrutura hiperconvergente, a solicitação da solução VMware, tais como: Pregão Eletrônico n. 66/2018 do Supremo Tribunal Federal - STF, n. 56/2018 da Agência Nacional do Petróleo - ANP, n. 08/2018 da Agência Nacional de Transporte Terrestre – ANTT, n. 2820/2017 do Banco do Brasil – BB, n. 11/2018 do Comando Militar do Leste – CML, n. 017/2018 do Conselho Regional de Engenharia de Minas Gerais – CREA-MG, n. 007/2019 do Instituto Federal de Rondônia, n. 017/2019 da Presidência da República, n. 29/2018 do Tribunal Regional Eleitoral do Distrito Federal, n. 185/2018 da Universidade Federal do Paraná, entre outros, porém cada edital com sua especificidade.

Nossa argumentação:

Para os fabricantes que comercializam os software da forma solicitada pelo cliente temos:

o DELL:

Sendo a DELL/EMC/VMWare a mesma empresa, e por esta razão, como ela mesmo informa no site: <https://www.vmware.com/br/products/hyper-converged-infrastructure/dell-emc-vxrail.html> [vmware.com], A única família de appliances de infraestrutura hiperconvergente da VMware totalmente integrada, pré-configurada e pré-testada do mercado, criada para proporcionar a experiência mais uniforme com a VMware.

o HPE:

A HPE não atende as especificações de hardware integrado (appliance), sendo os produtos comercializados pela HPE composto por hardware e licenças vSphere e o vCenter, devendo os demais softwares serem cotados como licenças OPEN ou OEM. <https://vcdx.vmware.com/content/dam/digitalmarketing/vmware/en/pdf/partners/hp/vmware-hyperconverged-virtualization-platform-brief.pdf> [vcdx.vmware.com] https://h20628.www2.hp.com/km-ext/kmcsdirect/emr_na-c04777931-14.pdf [h20628.www2.hp.com]

o LENOVO:

A LENOVO comercializa o LENOVO VX, que possuem as licenças vSphere, vCenter e vSAN integradas, as demais licenças devem ser cotadas em modelo de licenças OPEN ou OEM. <https://lenovopress.com/lp1141-thinkagile-vx7520-appliance-xeon-sp-gen2#software> [lenovopress.com]

Das licenças OPEN ou OEM:

(Trecho do edital)

2.4. Todos os softwares da solução deverão ser fornecidos na modalidade OPEN ou OEM (Original Equipment Manufacturer), desde que seja permitida:

2.4.1. Migração das licenças para novos appliances de hiperconvergência, inclusive de outros fabricantes, em casos de upgrades e/ou trocas dos mesmos;

Nossa argumentação:

O cliente permite as opções de licenças nas modalidades OPEN ou OEM, para os demais produtos da VMWare que fazem parte do pacote, contudo é solicitada que as licenças possam ser colocadas em outro hardware, podendo inclusive ser de outro fabricante, contudo, é do conhecimento de todos que as licenças OEM são atreladas ao hardware, não sendo permitido que estas licenças sejam colocadas em hardware de outro fabricante. Já as licenças em modalidade OPEN seriam adquiridas de forma separada através da VMWare, necessitando de um registro de oportunidade na fabricante para conseguir um preço competitivo e neste caso, sabemos que quem possui, hoje o registro de oportunidade para estas licenças é a DELL, com isso, o CJF impede a participação de dois dos principais fabricantes do mercado para hardware.

2 - Violações aos Princípios das Licitações Públicas

Na acepção lógica da palavra, arremata **Miguel Reale**, in *LICÇÕES PRELIMINARES DE DIREITO*, Saraiva, 7ª ed., São Paulo, 1980, p. 299, que "(...) os princípios são 'verdades fundantes' de um sistema de conhecimento, como tais admitidas, por serem evidentes ou por terem sido comprovadas, mas também por motivos de ordem prática de caráter operacional, isto é, como pressupostos exigidos pelas necessidades de pesquisa e da praxis."

2.1 - Da violação ao Princípio da Competitividade

O princípio da competitividade é a essência da licitação, porque somente se deve promover o certame, a disputa, onde houver competição, é uma questão lógica.

Com efeito, onde há competição, a licitação não só é possível, como em tese, é obrigatória; onde ela não existe a licitação é impossível.

A competição é exatamente a razão determinante do procedimento da licitação, mas ele tem uma outra faceta que muitas vezes é desaperecebida pelo operador do Direito, se a competição é a alma da licitação, é evidente que quanto mais licitantes participarem do evento licitatório, mais fácil será à Administração Pública encontrar o melhor contratado.

Sendo assim, deve-se evitar qualquer exigência irrelevante e destituída de interesse público, que restrinja a competição.

2.2 - Da Violação ao Princípio da Indistinação

O princípio da indistinação é decorrente do princípio da impessoalidade, pois evita qualquer privilégio ou distinção referentes à naturalidade, à sede ou ao domicílio dos licitantes, de maneira a assegurar condições justas de competição.

Princípio de extrema importância para a lisura da licitação pública, significa, segundo José dos Santos Carvalho Filho, in *MANUAL DE DIREITO ADMINISTRATIVO, Lumen Juris, 7ª ed., Rio de Janeiro, 2001, pag.194*, aduz "*que todos os interessados em contratar com a Administração devem competir em igualdade de condições, sem que a nenhum se ofereça vantagem não extensiva a outro.*"

E a própria Lei das Licitações traz em seu bojo dispositivos que vedam a prática de atos atentatórios à igualdade entre os competidores, à medida em que veda aos agentes públicos, "*admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato*" (art. 3º, § 1º, I), ou mesmo estabeleça "*tratamento diferenciado de natureza comercial, legal, trabalhista, previdenciária ou qualquer outra, entre empresas brasileiras e estrangeiras*" (art. 3º, § 1º, II).

Os dois incisos acima transcritos encerram, segundo classificação dada por Carvalho Filho, os princípios correlatos, respectivamente, da **competitividade** e da **indistinação**.

A fim de ilustrar a explanação acerca desses princípios, mister se faz observar como vêm decidindo nossos Tribunais, conforme decisões adiante expostas, *in litteris*:

"EMENTA: PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO CONTRA DECISÃO A QUO PROFERIDA EM AÇÃO CAUTELAR INOMINADA CONCESSIVA DE LIMINAR SUSPENDENDO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. A VEDAÇÃO DA PARTICIPAÇÃO DE CANDIDATOS QUE LITIGAM COM O PROMOTOR DO CERTAME LICITATÓRIO, CONTIDA EM EDITAL, ALÉM DE NÃO ENCONTRAR AMPARO NA LEI 8.666/93, E SUAS ALTERAÇÕES, AFRONTA O PRINCÍPIO DA IGUALDADE ENTRE OS LICITANTES, PREVISTO NO PARÁGRAFO 1º DO ART. 3º, DA REFERIDA LEI, QUE VEDA QUALQUER DISCRIMINAÇÃO ENTRE OS PARTICIPANTES DA LICITAÇÃO, COMO TAMBÉM O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA ISONOMIA. O PERIGO DA DEMORA RESIDE NA PERDA DO DIREITO DO LICITANTE EM CONTINUAR NO CERTAME, ATÉ O SEU FINAL, CAUSANDO-LHE PREJUÍZOS IRREPARÁVEIS. PRESENTES O FUMUS BONI IURIS E O PERICULUM IN MORA ENSEJADORES DA MEDIDA LIMINAR CONCEDIDA. DECISÃO A QUO QUE MERECE SER MANTIDA. AGRAVO CONHECIDO E IMPROVIDO."(TJRN, AI nº 99.001551-3, 2ª Câm.Cív., Rel. Des. Rafael Godeiro)

2.3 Da violação aos Princípios da Economicidade e Eficiência

Sendo o fim da licitação a escolha da proposta mais vantajosa, deve o administrador estar incumbido de honestidade ao cuidar coisa pública, não despendendo, ao seu talante, recursos desnecessários. Relaciona-se com o princípio da moralidade bem como com o da eficiência, este inserido no texto constitucional pela Emenda n.º 19/98.

Marçal Justen Filho, no tocante ao princípio da economicidade assim afirma "*Não basta honestidade e boas intenções para validação de atos administrativos. A economicidade impõe adoção da solução mais conveniente e eficiente sob o ponto de vista da gestão dos recursos públicos*". (Justen Filho, 1998, p.66).

Carlos Pinto Coelho, citando o Professor Hely Lopes, assim resume o entendimento:

"... dever de eficiência é o que se impõe a todo o agente público de realizar suas atribuições com presteza, perfeição e rendimento funcional. É o mais moderno princípio da função administrativa, que já não se contenta em ser desempenhada apenas com a legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros". (Carlos Pinto Motta, 1998, p.35)

Assim, impende salientar que a consequência imediata da violação ao princípio da competitividade, é a violação do princípio da economicidade, e ao caso poderá ocorrer grave violação aos princípios da economicidade e eficiência ao “afastar” a competitividade conforme descrito nos itens técnicos acima.

Do Pedido de Impugnação

- Assim sendo, tendo em conta aos fatos e fundamentos acima colacionados, roga a Impugnante **SEJA ADMITIDA A PRESENTE IMPUGNAÇÃO**, adequando os itens acima colacionados para todos os fabricantes, haja vista que desta forma a Administração será plenamente atendida e estará respeitando todos os princípios que norteiam as licitações públicas.

E.Deferimento

Brasília, 18 de setembro de 2019.