

**ILUSTRÍSSIMO(A) SENHOR(A) PREGOEIRO(A) DO CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL.**

**REF.: PREGÃO ELETRÔNICO Nº 14/2019.**

QUALIFICAÇÃO DA EMPRESA (Nome, CNPJ, endereço), na qualidade de licitante interessada no presente Pregão, com fundamento na legislação vigente, vem apresentar sua

### **IMPUGNAÇÃO**

aos termos do edital pelas razões de fato e de direito a seguir expostos:

Trata-se o presente procedimento licitatório da escolha da proposta mais vantajosa para a aquisição de solução de infraestrutura computacional hiperconvergente, com armazenamento distribuído definido por software e respectivo licenciamento de softwares de gerenciamento de nuvem privada, virtualização de servidores de rede e de segurança, com garantia de 60 (sessenta) meses com suporte on-site, contemplando os serviços de instalação, configuração, transferência de conhecimento, operação assistida e serviços profissionais do fabricante do software e da contratada, por registro de preços, para atendimento às necessidades do Conselho da Justiça Federal - CJF, de acordo com as especificações técnicas contidas no termo de referência (ANEXO I).

Em que pese o extremo zelo dessa instituição ao elaborar o presente instrumento convocatório, há disposição editalícia que vai de encontro ao ordenamento jurídico e, sobretudo, com os certames desse jaez, consoante demonstraremos a seguir.

#### **1 - DOS REQUISITOS TÉCNICOS - INDICAÇÃO DE MARCA VMWARE**

O Edital do Pregão Eletrônico nº 14/2019 se caracteriza por descrever um objeto formado por estratos de hardware e software que se sobrepõem umas às outras para oferecer uma solução de nuvem privada para uso do Conselho da Justiça Federal – CJF e outros órgãos integrantes do Sistema de Tecnologia da Informação da Justiça Federal – SIJUS. A solução proposta, quando instalada no CJF ou nas unidades da Justiça Federal, se constituirá numa solução diferenciada em operabilidade, capacidade de crescimento linear e capacidade de gestão.

A solução é formada por referidos estratos de hardware e software que podem ser resumidamente caracterizadas, para entendimento do Edital e da presente discussão, como segue:

- **Estrato 1:** Hardware e software de tecnologia hiperconvergente de processamento, memória armazenamento e rede;
- **Estrato 2:** Software de virtualização (hipervisor) e gerenciamento de ambiente virtual;
- **Estrato 3:** Software de gerenciamento, automação e orquestração de nuvem privada;
- **Estrato 4:** Hardware e/ou software para proteção de dados (backup).

No Edital em epígrafe, há a especificação das características técnicas de todos os estratos. Para o Estrato 1, a especificação permite o atendimento aos requisitos através de diversas combinações de hardware e software existentes no mercado.

Ocorre, contudo, que para os Estratos 2 e 3 houve a decisão, por parte do CJF, de definir a marca VMware diretamente apesar de haver especificações de requisitos técnicos no documento editalício, conforme revelam os itens 2.3.1 a 2.3.3 e 12.29.1 a 12.29.3 do Anexo I do Edital:

*2.3.1. Licença do software de gerenciamento VMWARE VCENTER SERVER, versão STANDARD, com suporte e subscrição 24x7, na versão "PRODUCTION" ou equivalente por 60 meses;*

*2.3.2. Licenças do software de virtualização VMWARE VSPHERE, versão ENTERPRISE PLUS 6.7 ou superior, com suporte e subscrição 24x7, na versão "PRODUCTION" ou equivalente por 60 meses;*

*2.3.3. Licenças do software de virtualização de redes (SDN) VMWARE NSX, versão ADVANCED 2.4 ou superior, incluindo também o VREALIZE NETWORK INSIGHT versão ADVANCED ou superior, com suporte e subscrição 24x7, na versão "PRODUCTION" ou equivalente por 60 meses;*

...

*12.29.1. Licenças do software de virtualização VMWARE VSPHERE, versão ENTERPRISE PLUS 6.7 ou superior, com suporte e subscrição 24x7, na versão "PRODUCTION" ou equivalente, por 60 meses;*

*12.29.2. Licenças do software de virtualização de redes (SDN) VMWARE NSX, versão ADVANCED 2.4 ou superior, incluindo também o VREALIZE NETWORK INSIGHT versão ADVANCED ou superior, com suporte e subscrição 24x7, na versão "PRODUCTION" ou equivalente, por 60 meses;*

12.29.3. Licenças dos softwares de automação, orquestração e gerenciamento, para a criação de uma nuvem privada VMWARE VREALIZE SUITE versão ENTERPRISE, com suporte e subscrição 24x7, na versão "PRODUCTION" ou equivalente, por 60 meses **OU** Licenças do sistema de automação e orquestração de infraestrutura como serviço, conforme especificado no Item 5.1.2;

Antes de seguir com o conteúdo, cumpre relatar que antes do presente instrumento de impugnação, referente ao Edital nº 14/2019 republicado, esta empresa apresentou impugnação ao texto original do referido Edital. Em que pese o fato de não haver, até a presente data, a publicitação da impugnação encaminhada, também não houve a correspondente resposta à impugnação pelo Órgão licitante e nenhuma justificativa para a republicação do Edital com muitas alterações. Além disso, causam estranheza as mudanças em posicionamentos reveladas pela republicação.

Assim, em que pese o fato do CJF ter acrescentado no texto do Edital Republicado, no item 12.29.3, a opção "**OU Licenças do sistema de automação e orquestração de infraestrutura como serviço, conforme especificado no Item 5.1.2**" e acrescentado no item 5.1.2 uma especificação técnica. Assim se expressa Marçal Justen Filho sobre o pretendido processo de padronização inferido pelo exposto até aqui:

*(...) a padronização pode resultar na seleção de um produto identificável através de uma marca. Logo, o resultado será a escolha pela Administração de uma 'marca' determinada, a qual será utilizada posteriormente para identificar os objetos que serão contratados. Isso não se traduz em qualquer tipo de atuação reprovável, não inflige a Constituição nem viola a Lei 8.666/93. O que se veda é a preferência subjetiva e arbitrária por um produto, fundada exclusivamente na marca." (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos – Marçal Justen Filho, 7ª ed., Editora Dialética, 2001)*

Diógenes Gasparini diz o seguinte a respeito da eleição de marca:

*"...A eleição de marca ou a adoção do estander próprio somente pode acontecer mediante prévia e devida justificativa, lastreada em estudos, laudos, perícias, e pareceres técnicos, em que as vantagens para o interesse público fiquem clara e sobejamente demonstradas, sob pena de caracterizar fraude ao princípio da licitação..." (Gasparini, Diógenes, Direito Administrativo, Saraiva, pg. 379, 2001, SP)*

A especificação, no edital, de produto ou bem cuja descrição e características correspondem a modelo exclusivo de determinado fabricante, sem que haja justificativas

técnicas, afronta o disposto nos artigos 3º, caput e § 1º, e 7º, § 5º, da Lei 8.666/1993 c/c o art. 9º da Lei 10.520/2002. (Acórdão 2387/2013 - Plenário).

A Súmula do TCU nº 270, tendo como fundamento legal a Lei 8.666/1993, artigo 15, inciso I, enuncia que “Em licitações referentes a compras, inclusive de software, é possível a indicação de marca, desde que seja estritamente necessária para atender exigências de padronização e que haja prévia justificação.

A justificativa apresentada para nomeação de tantos produtos VMware foi descrita na página 20 do Edital original apenas nos seguintes termos:

*Justifica-se a solicitação de licenças do software VMWARE (solução de virtualização) para a solução de infraestrutura hiperconvergente pela necessidade de manter em conformidade o ambiente de produção do CJF, que já utiliza tal solução, ou seja, para manter total compatibilidade/interoperabilidade com o ambiente de infraestrutura tecnológica do CJF, preservar o conhecimento adquirido pela equipe técnica da STI ao longo de anos, ou seja, preservar o investimento já realizado, bem como para prover recursos técnicos para a continuidade e gestão centralizada do ambiente virtualizado.*

No Edital republicado, a justificativa foi alterada, conforme o que consta na página 23, para:

*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.*

No texto do Edital original, o CJF oferece como justificativa para a padronização a redução de custos de implantação, manutenção e treinamento de mão de obra em função de existência de softwares VMware em seu atual ambiente de produção. Porém, o ambiente atual do CJF disporia tão somente de solução VMware de virtualização (Estrato 2). Isso foi confirmado pelo que constava no item 5, subitem 1 da página 40, enquanto o item 5, subitem 2 afirmava que os softwares de orquestração, automação e gerência (Estrato 3) não estavam presentes atualmente no ambiente do CJF e seriam adicionados pelo presente processo licitatório. Vejamos:

1. *Atualmente, o **CJF faz uso da solução de virtualização VMware vSphere**. Desta forma, por questões de padrões já estabelecidos de gerenciamento e também sobre compatibilidades pertinentes aos ambientes das aplicações é necessário que a solução acompanhe as licenças dos softwares de virtualização VMware vSphere e VMware NSX.*
2. *Além disto, é necessário a inclusão de softwares para orquestração, automação, gerência centralizada e monitoramento, **agregando novas funcionalidades ao ambiente já em uso no CJF**, de forma a permitir maior agilidade, segurança, disponibilidade, controle e monitoramento do parque virtualizado, bem como a implantação de computação em multi-nuvem com outros órgãos da Justiça Federal.*

Nesse caso, não seria possível falar em padronização quando parte dos softwares com indicação da marca VMware nem mesmo está presente no ambiente do CJF.

No entanto, no texto do Edital republicado, os softwares de orquestração, automação e gerência (Estrato 3) aparecem listados como estando presentes atualmente no ambiente do CJF (vide a referência ao VMware vCloud Suite):

*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

A justificativa no texto do Edital original para a nomeação do software VMware era “preservar o conhecimento adquirido pela equipe técnica da STI ao longo de anos, ou seja, preservar o investimento já realizado, bem como para prover recursos técnicos para a continuidade e gestão centralizada do ambiente virtualizado”; foi alterada no texto do Edital republicado, página 23, para incluir os contratos de serviços de infraestrutura tendo em vista “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.”

As referências ao aproveitamento de serviços de sustentação de infraestrutura de contratos, quanto o conhecimento adquirido pela equipe técnica da STI não se coadunam com o item 6 do objeto do Edital, qual seja, “Serviços profissionais do fabricante dos softwares (software de virtualização, automação e orquestração)” utilizando créditos PSO. Trata-se de serviços profissionais do fabricante VMware para a implantação completa da solução de software, conforme especificado na página 30 do Edital:

*1. No sentido de garantir a correta implementação da solução integrada de scripts, workflows, redes virtualizadas, provisionamento automatizado, e portal selfservice de serviços de infraestrutura, é proposto a contratação de serviço especializado do fabricante (utilização sob demanda de créditos Vmware PSO, mediante abertura de OS), para realizar o planejamento e projeto da solução. Os serviços de customização das soluções serão realizados pelo fornecedor da solução e serão realizados sob demanda mediante abertura de Ordem de Serviço – OS (utilização sob demanda do banco de horas).*

O Edital segue dizendo que os serviços profissionais do fabricante de software se destinam às etapas planejamento, definição de requisitos e design, validação, reunião inicial, implementação e customização das soluções, validação e transferência de conhecimento, ou seja se destina à completa implementação da solução. Ora, a própria intenção de contratar essas atividades revela que o CJF não está disposto a utilizar o declarado conhecimento adquirido pela equipe técnica, nem a atentar ao investimento

(treinamento da equipe) já realizado, portanto inviabilizando a justificativa apresentada para indicação de marca por padronização.

Quanto à indicação de marca específica para fins de padronização, o Acórdão do TCU 2829/2015-Plenário, afirma à necessidade de um procedimento de excepcionalidade técnico formal anterior à licitação para estabelecer a padronização com base em critérios objetivos:

*Mas esta assente na doutrina que a padronização não pode ser realizada ao alvedrio da Administração, devendo ser **precedida de procedimento específico, constituindo-se em um instrumento dirigido a aquisições futuras**. Em tal hipótese, a escolha deve ser objetiva e técnica, fundamentada em estudos, laudos, perícias e pareceres que demonstrem as vantagens econômicas e a requerida satisfação do interesse público. (...) Ao final do procedimento de padronização, devem ser escolhidas determinadas características e atributos técnicos indispensáveis à contratação. De todo modo, a padronização de marca somente é possível em casos excepcionais, quando ficar incontestavelmente comprovado que apenas aquele produto, de marca certa, atende aos interesses da Administração.*

A justificativa para padronização se constitui em ato administrativo apropriadamente fundamentado em estudos que precede possíveis contratações futuras. A padronização não pode ser feita por ocasião do processo de contratação e nele contido. Não há no Edital nenhuma indicação de estudos, laudos, perícias e pareceres que demonstrem as vantagens econômicas e a satisfação do interesse público na indicação da marca VMware. Além disso, a padronização deve ser tratada como excepcionalidade “quando ficar incontestavelmente comprovado que apenas aquele produto, de marca certa, atende aos interesses da Administração.” Senão, vejamos.

Uma solução de mercado alternativa e superior ao VMware é a solução de nuvem privada com hiperconvergência da Nutanix. Vejamos excertos do que dizem duas das mais respeitadas empresas de análise, Gartner e Forrester, que analisam o mercado de hiperconvergência:

**GARTNER:**

## Magic Quadrant

Figure 1. Magic Quadrant for Hyperconverged Infrastructure



### Nutanix

■ A Nutanix tem aceitação comprovada do usuário, com crescimento rápido, pontuação consistentemente elevada no Net Promoter Score e um grande número de vendas para o crescimento de clientes existentes.

■ Os clientes valorizam a flexibilidade da Nutanix, que acomoda uma ampla variedade de preferências para hipervisores, plataformas de servidor e modelos de implantação.

■ Os clientes da Nutanix se beneficiam de uma comunidade de usuários e parceiros em rápido crescimento e com viés de colaboração, como evidenciado pelo aumento dramático de participação nas conferências .NEXT.

### VMware

■ Alguns clientes do Gartner relataram uma qualidade inconsistente da experiência de suporte, que é exacerbada pela falta de manutenção preventiva, além de recursos de análise e ferramentas avançadas de solução de problemas e tratamento de erros de HCI.

■ Recursos de redução de dados, como deduplicação, compressão e codificação de apagamento, não estão disponíveis como parte da edição padrão ou da configuração híbrida. As organizações que exigem recursos de redução de dados devem licenciar edições avançadas ou corporativas e adquirir hardware all-flash, aumentando o custo total de propriedade da solução.

■ O VMware HCI não possui serviços avançados de dados, como proteção de dados e serviços de arquivos e objetos, forçando os usuários finais a procurar e integrar soluções adicionais.

## **FORRESTER:**

### **THE FORRESTER WAVE™** Hyperconverged Infrastructure Q3 2018



### *Nutanix*

*A Nutanix manteve sua posição no topo do mercado de HCI com inovação, investimento em P&D, forte impulso de vendas, parcerias e aquisição de novos clientes de todos os segmentos e regiões geográficas.*

*A fabricante lançou seu IPO logo após nossa última avaliação em 2016 e, desde então, mais que dobrou seu quadro de funcionários e multiplicou seus clientes repetidos e de milhões de dólares.*

*Destacam-se o gerenciamento simplificado e a expansão de capacidade sem interrupções da Nutanix.*

*Ele deixou de oferecer apenas um appliance para uma solução com uma pilha de softwares para plataformas de hardware certificadas, uma estratégia que produziu resultados.*

*A Nutanix está em uma missão para tornar a nuvem híbrida uma realidade, em parceria com o Google Cloud Platform para integrar serviços de nuvem pública com sua infraestrutura local.*

*A Nutanix adquiriu fornecedores de tecnologia como Calm, Minjar e Netsil para atrair novos compradores, como desenvolvedores de aplicativos, operações de TI e arquitetos de nuvem híbrida. A Nutanix possui um roteiro claro e impressionante para suas linhas de produtos.*

#### *VMware*

*O VMware vSAN é uma solução HCI independente de hardware e definida por software, integrada ao hypervisor vSphere. todos os hipervisores VMware agora incluem bits vSAN; os clientes precisam apenas ativar a função HCI. A VMware entra no mercado com parceiros de fornecedores de servidores, cada um certificando sua plataforma e chamando-a de vSAN ReadyNode. O vSAN adicionou rapidamente recursos nos últimos três anos e agora possui um rico conjunto de recursos para acompanhar sua forte integração na pilha VMware. A VMware possui uma parceria centralizada em engenharia com a Amazon Web Services (AWS) para habilitar a nuvem híbrida, incluindo o VMware vSAN como um serviço, disponível em várias regiões da AWS na América do Norte e Europa. A VMware dedica uma grande equipe de pesquisa e desenvolvimento ao vSAN e à integração com aplicativos de seus fornecedores parceiros do ecossistema. Com base em sua arquitetura, licenciamento e estratégia de entrada no mercado, a VMware ganhou impulso significativo no mercado em um tempo muito curto.*

*Como o VMware vSAN trabalha apenas com seu próprio hypervisor vSphere, os clientes têm opções limitadas em situações em que preferem ou precisam usar outros hipervisores.*

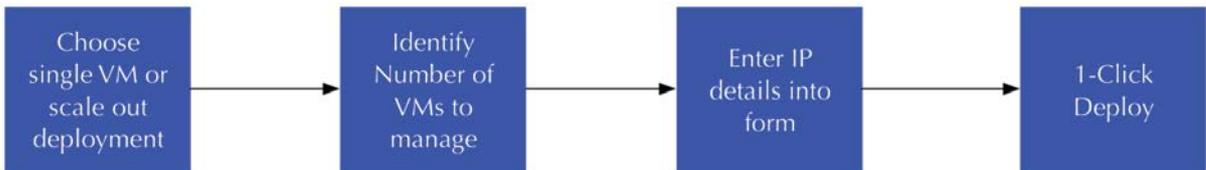
Para ilustrar ainda melhor a existência de uma solução alternativa e melhor em relação ao VMware, segue abaixo um quadro comparativo sucinto entre as soluções VMware e Nutanix:

<b>Características</b>	<b>VMware</b>	<b>Nutanix</b>
Opções de Hypervisor	Apenas ESXi para o vSAN.	ESXi, Hyper-V, AHV, Xen. Gerenciamento feito através do Prism com a mesma experiência para gerenciamento das VMs, informações detalhadas sobre uso de recursos e desempenho do cluster.
Microsssegmentação de rede	NSX Guia de instalação 124 páginas: <a href="https://docs.vmware.com/en/VMware-NSX-Data-Center-for-vSphere/6.3/nsx_63_install.pdf">https://docs.vmware.com/en/VMware-NSX-Data-Center-for-vSphere/6.3/nsx_63_install.pdf</a>  vRealize Network Insight Guia de instalação 29 páginas: <a href="https://docs.vmware.com/en/VMware-vRealize-Network-Insight/3.7/vRealize-Network-Insight-Installation-Guide.pdf">https://docs.vmware.com/en/VMware-vRealize-Network-Insight/3.7/vRealize-Network-Insight-Installation-Guide.pdf</a>	Flow, integrado a interface do Prism. Apenas 1-click para ativar a funcionalidade.
Operações	vRealize Operations Guia de instalação 92 páginas: <a href="https://pubs.vmware.com/vrealizeoperationsmanager-6/topic/com.vmware.ICbase/PDF/vrealize-operations-manager-60-linux-windows-install-guide.pdf">https://pubs.vmware.com/vrealizeoperationsmanager-6/topic/com.vmware.ICbase/PDF/vrealize-operations-manager-60-linux-windows-install-guide.pdf</a>	Prism 4 simples etapas em interface gráfica conforme descrito abaixo
Automação	vRealize Automation Guia de instalação 178 páginas: <a href="https://docs.vmware.com/en/vRealize-Automation/7.3/vrealize-automation-73-installation-and-configuration.pdf">https://docs.vmware.com/en/vRealize-Automation/7.3/vrealize-automation-73-installation-and-configuration.pdf</a>	Calm, integrado a interface do Prism. Apenas 1-click para

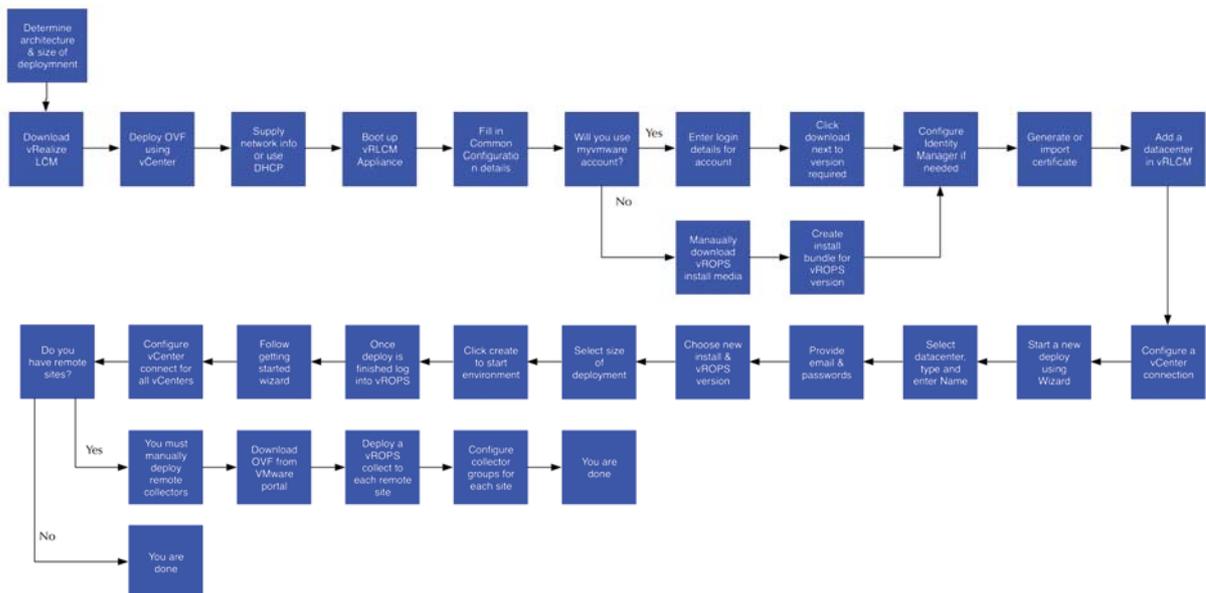
	vRealize Orchestrator Guia de instalação de 82 páginas <a href="https://docs.vmware.com/en/vRealize-Orchestrator/7.0/vrealize-orchestrator-70-install-config-guide.pdf">https://docs.vmware.com/en/vRealize-Orchestrator/7.0/vrealize-orchestrator-70-install-config-guide.pdf</a>	ativar a funcionalidade.
Gerenciamento	Pelo menos 7 consoles, podendo aumentar: <ol style="list-style-type: none"> <li>1. vCenter Server,</li> <li>2. NSX Manager,</li> <li>3. vRealize Network Insight</li> <li>4. vRealize Operations,</li> <li>5. vRealize Automation,</li> <li>6. vRealize Orchestrator,</li> <li>7. vRealize Business for Cloud,</li> <li>8. vRealize Log Insight,</li> <li>9. EMC Avamar / Veritas NetBackup</li> <li>10. vSAN Observer</li> <li>11. VxRail Manager</li> </ol>	Prism
Manutenção	Operações de atualização requerem planejamento exaustivo para levantamento de todas as dependências das ferramentas (qual atualiza primeiro e os procedimentos), janelas de manutenção, muitas etapas manuais, equipes multidisciplinares.	1-click upgrades, podem ser realizados durante horário comercial, (Firmwares e software relacionados)
Instalação e Configuração	Para cada componente existe um guia de instalação e configuração. Abaixo o fluxo para instalação do vRealize Operations	Após a implantação inicial ( <i>Foundation</i> ) os componentes estão prontos e disponíveis, bastando apenas alguns clicks para ativação.

Com relação à característica “Instalação e Configuração” apresentada na tabela acima, cumpre também demonstrar a superioridade da solução Nutanix, alternativa ao VMware, no que tange à dimensão de instalação do ambiente. Note-se nas figuras abaixo quanto mais simples é o processo no ambiente da solução Nutanix, através de um procedimento mais curto e objetivo, comparado ao processo na solução VMware (com fluxo e arquitetura complexas).

## Fluxo para ativação do Prism Central



## Fluxo para instalação do vRealize Operations



Visão Geral da arquitetura do VMware vRealize Automation e Orchestrator

**Figure 1-3. Large Distributed and Load Balanced vRealize Automation Deployment**

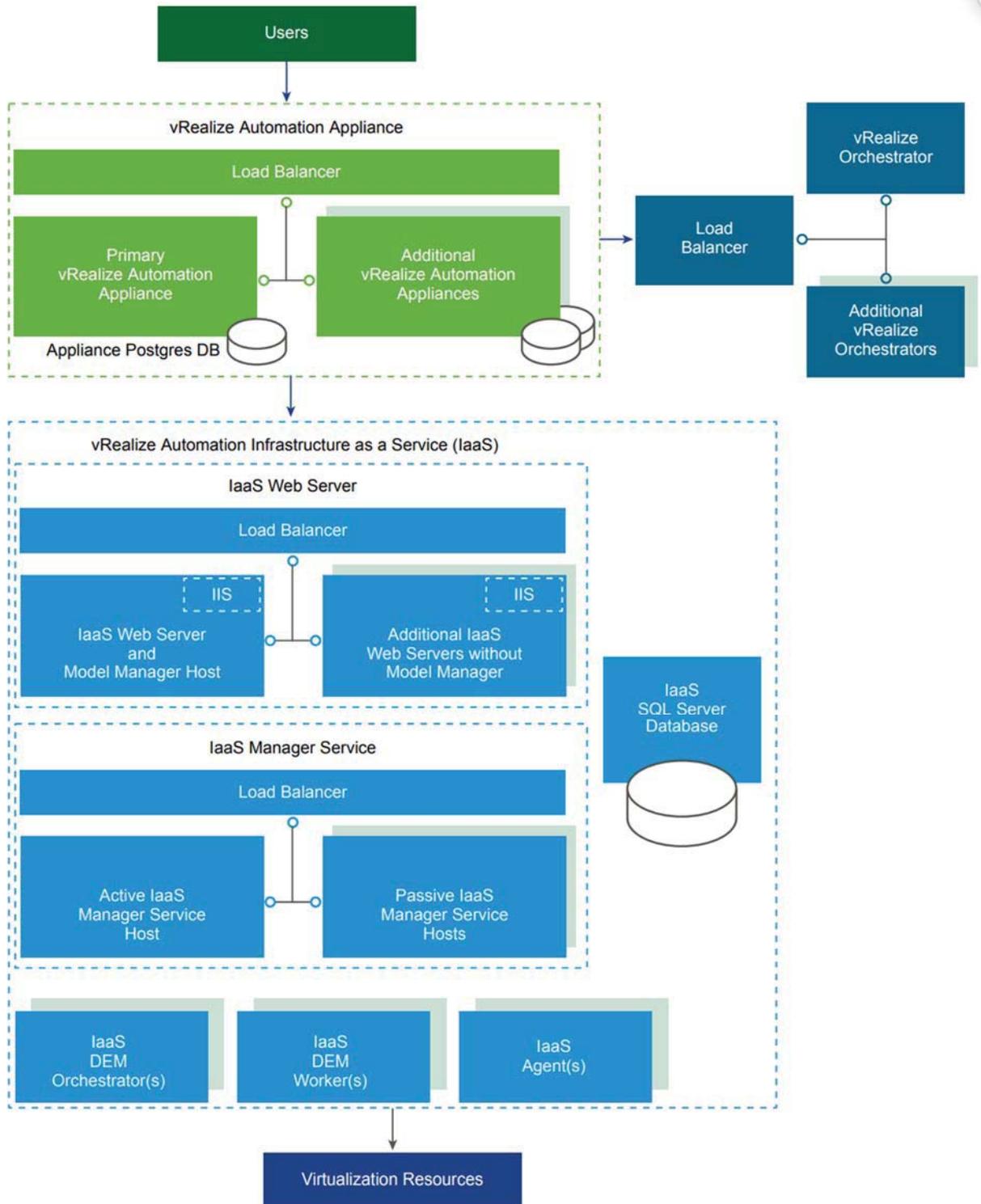
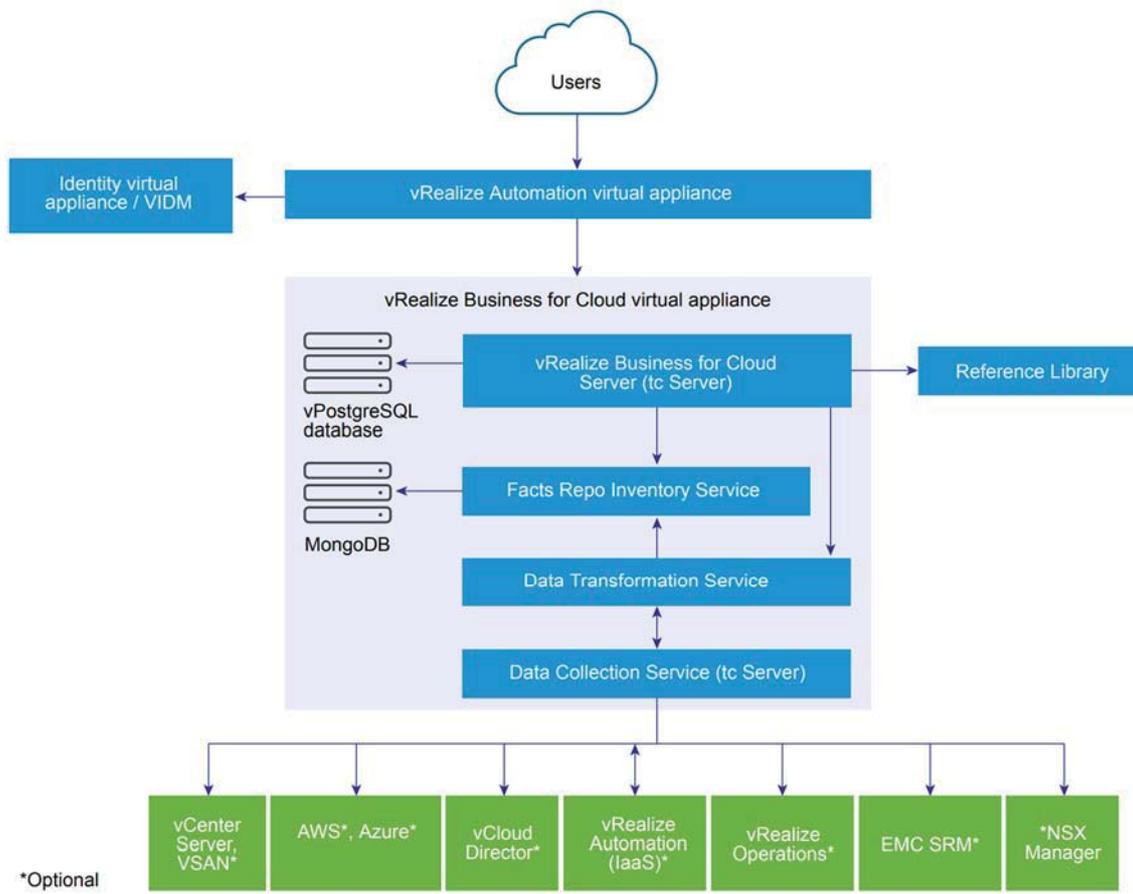


Figure 1-1. vRealize Business for Cloud Architecture



Como apresentado acima, os produtos da VMware indicados no Edital para compor os Estratos 2 e 3 não representam a única solução disponível no mercado e apta a atender aos interesses do CJF, nem a melhor solução. Mas em lugar de adequada justificativa técnica de padronização, optou-se por justificar que, apesar da indicação de marca VMware, isso “não restringe o caráter competitivo da licitação, uma vez que tal solução (solução de Infraestrutura Computacional Hiperconvergente + software de virtualização) tem sido comercializado por diversas revendas de fabricantes, como pudemos observar em outros editais de solução de infraestrutura hiperconvergente com solução VMWARE, tais como (...)” Segue-se uma longa lista de Pregões Eletrônicos da Administração Pública que, segundo o CJF, estariam adquirindo VMware com indicação de marca junto à solução de hiperconvergência. Porém, não é isso que se verifica ao se analisar cada pregão eletrônico mencionado. É possível ver o uso da referência a VMware em pregões concluídos apenas como especificação de compatibilidade (com duas exceções em virtude de uso em ambientes existentes), não podendo ser percebida a indicação de marca VMware como regra geral de conduta, como segue:

- Nº 66/2018 do Supremo Tribunal Federal – STF: Prevê atualização de licenças VMware para o ambiente existente em um lote separado do item de aquisição de

- solução hiperconvergente para um novo ambiente, o que faz sentido considerando 2 ambientes, o existente e o novo. Para a solução de hiperconvergência, não indica marca VMware, apenas menciona VMware como especificação de compatibilidade para os novos appliances, pois utiliza essa tecnologia em seu ambiente tecnológico;
- Nº 56/2018 da Agência Nacional do Petróleo – ANP: Não adquire licenças de software VMware, apenas menciona VMware como especificação de compatibilidade para os novos appliances, pois utiliza essa tecnologia em seu ambiente tecnológico;
  - Nº 08/2018 da Agência Nacional de Transporte Terrestre – ANTT: visava a ampliação da solução de hiperconvergência já utilizada. Não adquire licenças de software VMware, apenas menciona VMware como especificação de compatibilidade para os novos appliances, pois utiliza essa tecnologia em seu ambiente tecnológico. (Licitação fracassada)
  - Nº 2820/2017 do Banco do Brasil – BB: Edital não encontrado no site <https://www.bb.com.br/portalbb/page47,19387,19393,20,0,1,1.bb?codigoMenu=16613&codigoNoticia=33237&codigoRet=16619&bread=2>
  - Nº 11/2018 do Comando Militar do Leste – CML: Não indica marca VMware, apenas menciona VMware como especificação de compatibilidade para os softwares embarcados nos novos appliances de hiperconvergência;
  - Nº 017/2018 do Conselho Regional de Engenharia de Minas Gerais – CREA-MG: Não adquire licenças de software VMware, apenas menciona VMware como especificação de compatibilidade para os novos appliances, exigindo como parte dos serviços de instalação a “aplicação” de licenças VMware (entende-se que são licenças fornecidas pelo Conselho);
  - Nº 007/2019 do Instituto Federal de Rondônia: Há a indicação de marca VMware na indicação de software para os servidores hiperconvergentes. Também a menção a VMware é feita em um item para renovação do período de garantia/suporte para licenças vSphere;
  - Nº 017/2019 da Presidência da República: Há a indicação de marca VMware para aquisição de licenças para a solução de hiperconvergência,. (Pregão encontra-se suspenso);
  - Nº 29/2018 do Tribunal Regional Eleitoral do Distrito Federal: Há indicação de marcas VMware e Nutanix tendo em vista se tratar apenas de expansão de solução de hiperconvergência já instalada no Tribunal;
  - Nº 185/2018 da Universidade Federal do Paraná: Há a indicação de marca VMware na indicação de software para os servidores hiperconvergentes.

Nessa seara, não há que se falar em “inexistência restrição do caráter competitivo da licitação” justificando-se pelos supramencionados pregões pois, na grande maioria, a marca VMware foi apontada tão somente como especificação de compatibilidade. No caso do Edital do CJF não trata de especificação de compatibilidade e sim vedação a participação de outros concorrentes que não comercializam o software VMware.

## **2) INDÍCIOS DE DIRECIONAMENTO DE MARCA NAS ESPECIFICAÇÕES DE BACKUP**

Embora as especificações do edital sejam abertas aos requisitos de solução para proteção dos dados (backup) das máquinas virtuais do CJF, a simples nomeação dos produtos VMware vRealize para construção de uma nuvem privada automaticamente restringe a participação no certame de apenas duas opções de ferramenta para backup sendo elas: EMC Avamar e Veritas NetBackup.

*vRealize Suite Backup and Restore*

*You can successfully back up and restore the vRealize Suite™ components by using EMC Avamar 7.4 and 7.5.1, Veritas NetBackup 7.6 and 8.1, or vSphere Data Protection 6.0 and 6.1.8.*

*You can back up and restore the following versions of vRealize Suite components:*

<b>Products</b>	<b>Version</b>
vRealize Automation	7.5, 7.4, 7.3, 7.2, 7.1.0, and 7.0.1
vRealize Orchestrator	7.5, 7.4, 7.3.0, 7.2.0, 7.1.0, and 7.0.1
vRealize Operations Manager	7.0, 6.7, 6.6.x
vRealize Log Insight	4.7, 4.6, 4.5.0, 4.3.0 , 4.0
vRealize Business for Cloud	7.5, 7.4, 7.3.0

<https://docs.vmware.com/en/vRealize-Suite/2018/com.vmware.vrsuite.backuprestore.doc/GUID-52AE0FE8-C0A5-40AE-BA40-7DCF0639C8C0.html>

Embora exista menção a ferramenta vSphere Data Protection na matriz de compatibilidade da VMware, consta no próprio site do fabricante o alerta de final de disponibilidade, não sendo possível considerar a oferta do mesmo:

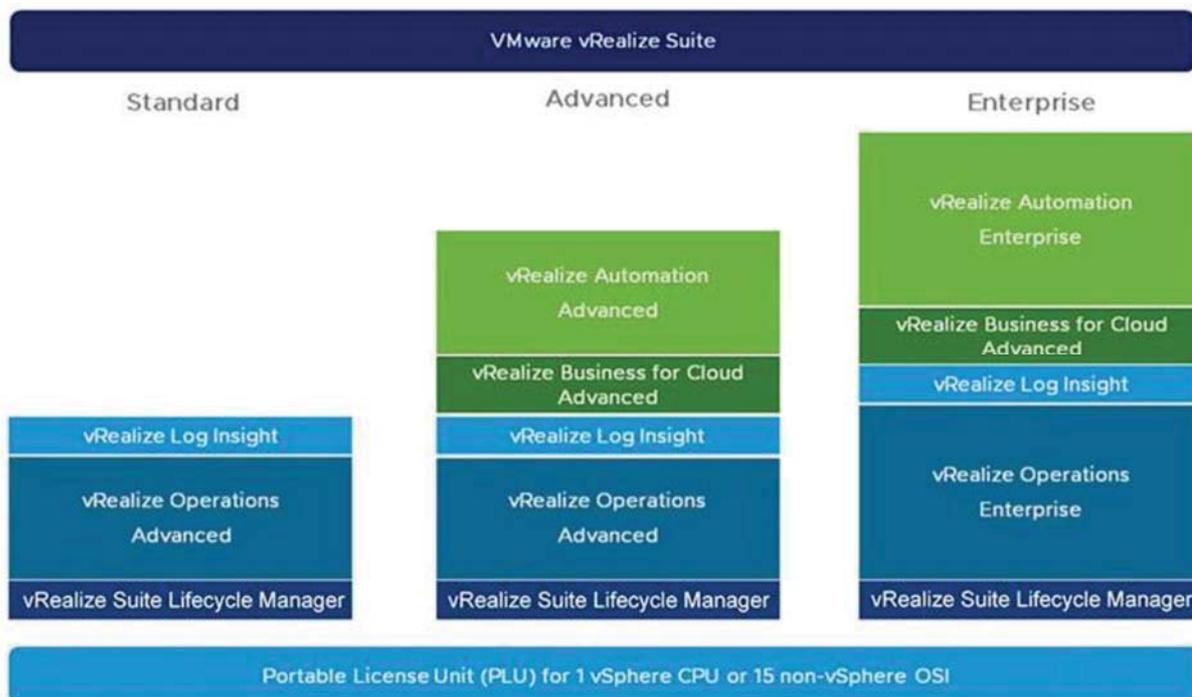
VMware vSphere Data Protection EOA Alert

*“VMware is announcing the end of availability of VMware vSphere Data Protection (VDP) in future versions of vSphere. VMware vSphere 6.5 is the last release which includes the VDP product. All existing vSphere Data Protection installations with active Support and Subscription (SnS) will continue to be supported until their End of General Support (EOGS) date. See KB article and FAQs for more information.”*

<https://www.vmware.com/br/products/vsphere/data-protection.html>

Note que a última versão do software VMware vSphere que inclui a ferramenta é a 6.5 e o edital é bem claro em exigir a versão 6.7 ou superior.

Desta forma, para que a licitante ofereça uma solução de proteção dos dados, tanto para as máquinas virtuais dos usuários como também para o conjunto de ferramentas VMware vRealize Automation, vRealize Orchestrator, vRealize Operations Manager, vRealize Log Insight e vRealize Business for Cloud, todos sendo componentes integrantes da suíte vRealize Suite Enterprise exigida no edital conforme ilustração extraída do sítio eletrônico do fabricante, cabendo assim apenas a oferta das ferramentas EMC Avamar ou Veritas NetBackup.



<https://www.vmware.com/products/vrealize-suite.html>

Conforme já exposto nesta peça, os componentes relacionados a todo o ferramental vRealize incluem diversas bases de dados que se tornam críticas para o funcionamento da solução de nuvem privada, requerendo total atenção e cuidado para proteção de seus dados. Sendo assim, seria inconcebível a oferta de uma ferramenta de backup adicional apenas para manter a proteção dos dados das ferramentas vRealize que fosse diferente daquela considerada para proteção das máquinas virtuais do CJF.

Diante do presente cenário, é de clareza solar a restrição do item de backup (referente ao Estrato 4) a dois fabricantes, entre eles a própria Dell|EMCVMware.

É sabido que não é possível incluir em instrumento convocatório condições que comprometam o caráter competitivo da licitação. Ora, Sr.(a) Pregoeiro(a), é exatamente o que se vislumbra no presente certame, posto que, não há qualquer impedimento técnico que vede a participação de outros fabricantes no presente certame.

Não se defende aqui que a Administração não adote critérios rigorosos para realizar suas aquisições, mas sim, que **não** sejam feitas exigências desnecessárias e/ou ilegais ao perfeito cumprimento do fim a que a aquisição se destina.

Há de se ressaltar que outras soluções disponíveis no mercado, possuem ferramentas que atingem o fim almejado por esta Instituição, por essa razão não há razoabilidade quiçá legalidade, a manutenção do Edital com o indicativo e direcionamento para a fabricante Dell|EMC|VMware.

Tal exigência, leva a percepção de direcionamento e cerceamento do caráter competitivo do certame, prática essa, repulsada pela legislação vigente e pelos Tribunais do País.

Nesse sentido, trazemos à baila os ensinamentos do Prof. Marçal JUSTEN FILHO sobre o assunto:

*“O ato convocatório tem de estabelecer as regras necessárias para seleção da proposta vantajosa. Se essas exigências serão ou não rigorosas, isso dependerá do tipo de prestação que o particular deverá assumir. Respeitada as exigências necessárias para assegurar a seleção da proposta mais vantajosa, **serão inválidas todas as cláusulas que, ainda indiretamente, prejudiquem o caráter “competitivo” da licitação.**”*

A licitação conforme legisla o diploma legal, destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo, conforme estatuem, respectivamente, o art. 37, XXI, da Constituição Federal, o inciso I §1º do art. 3º e §5º do art. 7º da Lei de Licitações:

*Art.37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da união, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:*

*(...)*

*XXI – ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações será contratados **mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes**, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da*

*lei, o qual somente permitirá às exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. (grifou-se)*

*Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.*

**§1º É vedado aos agentes públicos:**

***I – admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, 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, ressalvado o disposto nos §§5º a 12 deste artigo e no art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991. (grifou-se)***

*Art. 7º As licitações para a execução de obras e para a prestação de serviços obedecerão ao disposto neste artigo e, em particular, à seguinte sequência:*

*[...]*

***§ 5º É vedada a realização de licitação cujo objeto inclua bens e serviços sem similaridade ou de marcas, características e especificações exclusivas, salvo nos casos em que for tecnicamente justificável, ou ainda quando o fornecimento de tais materiais e serviços for feito sob o regime de administração contratada, previsto e discriminado no ato convocatório. Destaque acrescentado.***

O Decreto 7.174/2010, que regulamenta a contratação de bens e serviços de informática e automação pela administração pública federal, direta ou indireta, também veda qualquer direcionamento ou favorecimento a fornecedores. Senão vejamos:

*Art. 2º A aquisição de bens e serviços de tecnologia da informação e automação deverá ser precedida da elaboração de planejamento da contratação, incluindo projeto básico ou termo de referência contendo as especificações do objeto a ser contratado, vedando-se as especificações que:*

***1 - Direcionem ou favoreçam a contratação de um fornecedor específico;***

O Tribunal de Contas da União, por sua vez, no Acórdão 932/2017 também assevera que deve ser evidenciado no processo que somente um fabricante poderia atender aos requisitos técnicos exigidos. Este mesmo acórdão inclusive apura a responsabilidade dos servidores que autorizaram a manutenção da exigência que cerceia o caráter competitivo da licitação. *In verbis*:

*9.2. em atenção aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, promover a audiência dos responsáveis conforme a seguir, para que, no prazo de quinze dias, a contar da ciência, apresentem razões de justificativa pelas ocorrências indicadas:*

[...]

***9.2.1.2 falta de evidências concretas de que outra solução, que não a do fabricante Oracle, poderia atender aos requisitos técnicos exigidos no instrumento convocatório, em afronta aos arts. 3º, § 1º, inciso I, e 7º, § 5º da Lei 8.666/1993, c/c art. 2º, inciso I, do Decreto 7.174/2010;***

[...]

*9.2.3 Helena Yaeco Fujita Azuma, em razão das seguintes irregularidades:*

*9.2.3.2 indeferimento do pedido de impugnação apresentado pela empresa IBM ao Pregão Presencial 49/2011, mesmo sem evidências concretas de que outra solução, que não a do fabricante Oracle, poderia atender aos requisitos técnicos exigidos no instrumento convocatório, em afronta aos arts. 3º, § 1º, inciso I, e 7º, § 5º, da Lei 8.666/1993, c/c art. 2º, inciso I, do Decreto 7.174/2010;*

*9.2.4 Getúlio Vaz, pelas seguintes irregularidades:*

*9.2.4.1 não acatamento dos pedidos de esclarecimento e posterior indeferimento ao pedido de impugnação da empresa IBM, mesmo sem provas incontestas de que os requisitos técnicos presentes no termo de referência do Pregão Presencial 49/2011 poderiam ser atendidos por fabricantes diversos da Oracle, em afronta aos arts. 3º, § 1º, inciso I, e 7º, § 5º, da Lei 8.666/1993, c/c art. 2º, inciso I, do Decreto 7.174/2010;*

*9.2.5 Gláucia Elaine de Paula, pelas seguintes irregularidades:*

*9.2.5.2.3. elaboração da Informação SCI 174/2011, a qual continha parecer concordante com o indeferimento promovido pelo pregoeiro do CNJ ao pedido de impugnação do Pregão Presencial 49/2011 formulado pela empresa IBM, sem a comprovação cabal de que as*

*especificações técnicas do termo de referência do referido certame não direcionavam o certame para a solução do fabricante Oracle, em afronta aos arts. 3º, § 1º, inciso I, e 7º, § 5º, da Lei 8.666/1993, c/c art. 2º, inciso I do Decreto 7.174/2010;*

É certo que os responsáveis pela elaboração do instrumento convocatório, na qualidade de gestores da públicos, devem estar sempre adstritos ao que a lei determina e não aos interesses pessoais.

Por essa razão, é imprescindível a alteração do Termo de Referência a fim que se viabilize a participação de outros fabricantes em todos os itens de forma conjunta, visando a manutenção da legalidade no certame e da ampla competitividade a fim de que se obtenha a proposta mais vantajosa para a Administração.

### **3) DO PEDIDO**

Por todo exposto, é a presente impugnação para requerer:

- 1- a impugnação seja conhecida e provida em seu todo;
- 2- que seja alterado as exigências técnicas do Termo de Referência que indicam ou direcionam para a fabricante Dell|EMC|VMware, uma vez que as referidas exigências impossibilitam a participação no certame de outros fabricantes que possuem soluções superiores, conforme amplamente demonstrado na presente peça impugnatória; e
- 3- que no caso de julgamento improcedente das razões apresentadas nesta peça, a remessa dos autos a Autoridade Superior deste Conselho, para apreciação do mérito.

Termos em que.  
Pede Deferimento.

Brasília-DF, 05 de setembro de 2019.

Nome

EMPRESA