

RESPOSTA AO PEDIDO DE IMPUGNAÇÃO N.º 5

1. DAS PRELIMINARES

1.1. Do instrumento interposto

Trata-se de impugnação apresentada contra termos do Edital de Pregão Eletrônico nº 5/2017 - UASG 201057, que tem por objeto o **REGISTRO DE PREÇOS**, para eventual aquisição, de soluções de segurança de redes compostas de *firewall* corporativo e multifuncional para prover segurança e proteção da rede de computadores, contemplando gerência unificada com garantia de funcionamento pelo período de 60 (sessenta) meses, incluindo todos os *softwares* e suas licenças de uso, gerenciamento centralizado, serviços de implantação, garantia de atualização contínua e suporte técnico durante o período de garantia com repasse de conhecimento da solução a fim de atender às necessidades dos contratantes.

1.2. Da tempestividade

De acordo com o disposto no artigo 28 do Decreto n.º 5.450, de 2005, que regulamenta o pregão na sua forma eletrônica, qualquer pessoa poderá impugnar o ato convocatório, desde que o faça em até dois dias úteis da data fixada para a abertura da sessão pública.

Decreto n.º 5.450, de 2005

(...)

Art. 18. Até dois dias úteis antes da data fixada para abertura da sessão pública, qualquer pessoa poderá impugnar o ato convocatório do pregão, na forma eletrônica.

1.2.1. Dessa forma, tem-se que a impugnação é tempestiva, vez que a mesma foi apresentada em 22/9/2017, pelo que se passa à análise de suas alegações.

2. DO PEDIDO E DAS ALEGAÇÕES

2.1. A Impugnante requer “*que sejam realizadas as modificações pertinentes no Edital de Licitação, atendendo-se às prescrições do art. 21, § 4º, da Lei n. 8.666/93*”, sob o argumento, em síntese, de que alguns itens do instrumento convocatório podem trazer “*desequilíbrios ou problemas na execução dos futuros projetos que emergirão da Ata de Registro de Preços a ser assinada*”, em especial quanto à necessidade de previsão de regras para equalização de ICMS; aquisição conjunta de itens distintos e elaboração de proposta objetiva em relação às soluções de gerência.

2.2. Para a defesa da reformulação das condições estabelecidas no instrumento convocatório, a Impugnante ataca os seguintes pontos:

(...)

2.1 Da necessidade de previsão de regras para equalização de ICMS – Possibilidade de distorções na competição

Sabe-se que a Lei n. 8.666/93 estabelece que critérios geográficos não podem influir no julgamento das propostas dos licitantes, de acordo com o princípio da isonomia que se extrai, dentre outros, do inc. I do § 1º do art. 3º da Lei n. 8.666/93 Mas as formas de se estipularem preferências são muitas vezes absolutamente sutis. Não se privilegia um licitante apenas quando se concede um privilégio claro, ou se impede a participação de um adversário ou algo do gênero. Uma das maneiras mais importantes de pender uma disputa para um dos lados é, por exemplo, o estabelecimento de tratamentos tributários mais favorecidos.

E o Edital, infelizmente, incorre nesse problema. Como se vê pela extensíssima lista de órgãos participantes que consta do item 2 do Edital, haverá o fornecimento de um sem número de equipamentos de distintas naturezas para órgãos e entidades situados em diversos locais do país, em todas as suas regiões.

Sabe-se que as operações em questão, relativas ao fornecimento de bens de tecnologia da informação, são tributadas pelo ICMS. E, em sua grande maioria, os órgãos da Administração Pública Direta são não contribuintes do Imposto.

Como as operações destinam-se ao fornecimento de bens entre Estados da Federação, incidirá na cadeia de fornecimento não apenas o ICMS próprio, mas também o ICMS interestadual, nos termos da Resolução n. 13/2012 do Senado Federal.

Isso significa que a tributação das operações é feita com base nas previsões da Emenda Constitucional n. 87/2015, que alterou a redação do art. 155, § 2º, da Constituição Federal, para estabelecer que, em caso de operações interestaduais, incidiria o Diferencial de Alíquotas do ICMS (DIFAL), cuja responsabilidade de recolhimento, nas situações em que o destinatário final do bem for não contribuinte do ICMS, será do remetente (alínea “b” do inc. VIII do § 2º do art. 155 da CF/88).

A regulamentação do tema foi dada pelo Convênio ICMS n. 93/2015, que resultou na modificação do Ajuste SINIEF n. 13/13 por meio do Ajuste SINIEF n. 8/16. As normas regulamentares passaram a prever que a arrecadação do DIFAL dar-se-á na Unidade da Federação de destino físico do bem.

Há algumas particularidades, no entanto. Como grande parte dos órgãos não contribuintes do ICMS possuem sede no DF e unidades descentralizadas noutras Unidades da Federação, a Fazenda do Distrito Federal tem passado a considerar essa UF como “destino jurídico” dos bens, cobrando, assim, o

recolhimento do DIFAL em seu favor (há, inclusive, ADI ajuizada pelo Governo do Distrito Federal contra as prescrições do Ajuste SINIEF 8/16 para reconhecer a validade da cobrança).

Com isso, há possibilidade de que empresas sediadas fora do DF tenham um tratamento tributário piorado em relação àquelas que estejam sediadas no DF, em relação às quais não se aplicará – ao menos em relação a essa dupla tributação do DIFAL – a exceção indicada. Isso porque não haverá a operação que entende o DF como “destino jurídico” dos bens, já que não haverá operação interestadual.

Mas não é só isso. Desconsiderando a anômala posição do DF, há muitas e distintas regras sobre o DIFAL entre Unidades da Federação. Assim, por exemplo, por cota de acordos entre as Fazendas Estaduais, se a licitante está localizada em São Paulo e vá faturar para o DF, não haverá incidência de DIFAL. Entretanto, se estiver sediada no RJ e realizar a mesma operação para o DF, o DIFAL incidirá.

Com isso, quer-se dizer que não haverá uma competição isonômica. Empresas sediadas em locais distintos, submetidas a regras tributárias particulares, competirão em situações disparees. É imprescindível que o Edital preveja algum mecanismo para compensar as distorções e, assim, ensejar uma competição mais equilibrada, sem benefícios num e noutro sentido.

(...)

2.2 Dos problemas em caso de aquisição conjunta de itens distintos – Gerência e incompatibilidade de tecnologias

Como indicado no Edital, o tipo de licitação será o de menor preço por grupo/lote. Como são cinco grupos/lotos, há possibilidade de que até cinco empresas distintas saíam-se vencedoras e firmem partes da futura Ata de Registro de Preços. Ou seja, não é difícil imaginar que a Administração firme uma Ata de Registro de Preços que vai contemplar tecnologias de firewall diferentes em cada grupo/lote.

E qual é a implicação disso? É que cada grupo/lote prevê uma “solução de gerência descentralizada” específica, que deverá ser harmônica com a plataforma tecnológica do Firewall a ser fornecido pela empresa vencedora.

Mas essas soluções de gerência não terão condições de permitir a integração de firewalls distintos em situações nas quais isso seja necessário. Nenhum problema haverá se um órgão ou uma entidade pretender adquirir apenas um tipo de Firewall. Distinto será, no entanto, se, por exemplo, para a implementação de determinado projeto estratégico, um órgão ou uma entidade demandar Firewall multifuncional dos Tipos 1, 2 e 3. Esses componentes, que são vinculados a plataformas tecnológicas distintas, não poderão ser gerenciados de forma centralizada por uma única console, tendo em vista as características não compatíveis que apresentam.

Com isso, perde-se a necessária integração. Muito provavelmente, ainda que a demanda seja por diferentes tipos de Firewall, esse órgão ou essa entidade hipotético(a) fará a adesão a apenas um dos tipos, deixando de comprar os demais – que seriam necessários para o seu projeto – em razão das incompatibilidades.

Por tais razões, é imprescindível modificar o Edital de Licitação, de forma a prever formas de integração que evitem os inconvenientes mencionados, por exemplo, pela cisão das aquisições por demandas de projetos ou outra forma similar.

2.3 Impossibilidade de elaboração de uma proposta objetiva em relação às soluções de gerência

Há mais, porém. Em cada especificação de solução de gerência centralizada para os diversos tipos de Firewall há uma indicação de quantitativo. E o Edital exige que a formulação das propostas seja bastante específica, com “descrição clara e inequívoca do objeto ofertado, indicando marca, modelo e todos os elementos que identifiquem perfeitamente o equipamento, e ainda, país de origem” (alínea “b” do subitem 12.3 do Edital).

Mas, com as atuais informações disponibilizadas no Edital, isso é absolutamente impossível. Ora, soluções de gerência centralizada para 1, 10 ou 100 Firewalls são totalmente diferentes, mesmo numa única plataforma tecnológica. Não é o mesmo gerenciar poucos equipamentos ou várias dezenas deles.

Assim, por exemplo, em relação ao Firewall do Tipo 1, a solução de gerência é diferente se for destinada a controlar 2 produtos ou 20 deles. Dizendo distintamente, é impossível cotar uma única solução, como pensado pelo Edital, sem se saber, de antemão, se as demandas em cada projeto serão as mesmas.

Ao não indicar quantos Firewalls são estimados para cada console de gerenciamento, o que o Edital está fazendo, em verdade, é tornar impossível a apresentação da proposta pelo não fornecimento de informações imprescindíveis sobre o objeto, em afronta ao art. 40, inc. I, da Lei n. 8.666/93.

O que muitos licitantes farão, provavelmente, é cotar uma gerência mais barata, para manterem-se competitivos, compensando os custos noutros elementos do Edital, realizando “jogo de planilhas”. Isso só será evitado se houver a informação detalhada que aqui se reclama, o que deve ser feito para que se tenha a possibilidade de realizar a apresentação de propostas minimamente factíveis. É o que se requer.”

3. DA ANÁLISE DO MÉRITO

3.1. A Pregoeira submeteu os pontos atacados, de ordem técnica, 2.2 e 2.3, à **Equipe Técnica** para análise e manifestação, com o propósito de subsidiar a decisão.

3.2. Passa-se assim, a transcrever, na íntegra, a manifestação da Equipe Técnica:

“Em resposta ao item 2.2 – Dos problemas em caso de aquisição conjunta de itens distintos - gerência e incompatibilidade de tecnologias:

São apresentadas duas situações hipotéticas como forma de contra argumentar as razões da impugnante, consideradas improcedentes pela equipe técnica da aquisição. Para tal, tome como exemplo um órgão que possua uma sede e várias regionais distribuídas em diferentes unidades da Federação. Nesse caso, o órgão pode registrar, de acordo com as sua a intenção a compra de um firewall tipo 3 e dez firewalls tipo 1, sendo que nos dois lotes ele também registrou a intenção de compra das gerências centralizadas.

No primeiro cenário, se o vencedor dos dois lotes for o mesmo fabricante, o órgão poderá optar por adquirir apenas uma gerência centralizada, uma vez que poderá integrar os equipamentos dos dois lotes. Ou ainda, nesse mesmo cenário, se o órgão julgar necessário, poderá adquirir as duas gerências centralizadas, com o objetivo de aumentar a área de armazenamento de logs ou redundância da solução.

Em um outro possível cenário, os fabricantes dos lotes podem ser diferentes. Nesse caso, o órgão provavelmente fará a aquisição da gerência centralizada do lote 1, uma vez que precisará integrar a gerência dos firewalls de todas as regionais, e poderá optar, ou não, por adquirir a gerência centralizada do firewall tipo 3 (da sede), uma vez que se trata de um único firewall (ou um único cluster). Dentro deste mesmo cenário, por exemplo, o órgão poderia adquirir a gerência centralizada com o objetivo de utilizar outros recursos dessa solução, ou ainda, com o objetivo de provisionar área para armazenamento de logs ou redundância para a solução.

Diante dos exemplos apresentados, o inconveniente citado pela requerente, de que o órgão deixaria de comprar os firewalls de lotes distintos por causa de incompatibilidade da solução de gerência, na verdade, não procede. Os órgãos partícipes dessa aquisição realizaram suas intenções de aquisição para seus projetos baseados na divisão em lotes, com itens nas diferentes capacidades específicas determinadas pelos requisitos do Termo de Referência, cujas soluções de gerência, conforme requerido pelo Termo de Referência, devem atender obrigatoriamente ao respectivo lote específico, e não a todos os outros lotes, que potencialmente poderão ser de diferentes fabricantes, a depender do resultado do processo licitatório. E ainda, cabe destacar que é facultada aos órgãos, então, conforme sua necessidade, a composição dos itens de cada lote da maneira que lhe convir, de forma a ter seus projetos atendidos pelos equipamentos e itens de gerência de cada lote. Por fim, pelo exposto, verifica-se que existem alternativas de configuração que permitem ao gestor não ser prejudicado tecnicamente e possa, assim, atender as suas necessidades. Logo, não deve prosperar o entendimento apresentado pela requerente quanto a problemas de compatibilidade em caso de aquisição conjunta de lotes distintos.

No que diz respeito ao item 2.3 – Impossibilidade de elaboração de uma proposta objetiva em relação às soluções de gerência centralizada, destaca-se que, ao contrário do que expõe a impugnante, é plenamente possível, portanto livre de empecilhos, apresentar uma proposta objetiva de dimensionamento e precificação média do item de gerência que será ofertado para cada lote, uma vez que a licitante possui informações suficientes, disponíveis no edital, tais como:

a) os requisitos mínimos necessários de atendimento no que diz respeito às funcionalidades comuns à todas as soluções de gerência, de todos os lotes, conforme item 2.2 do 'Anexo B – Especificações Técnicas' do Termo de Referência;

- b) *os requisitos mínimos de espaço de armazenamento de logs necessários à solução de gerência, individualizados para cada lote, conforme disposto nos itens 3.7, 3.14, 3.21, 3.28 e 3.35 do 'Anexo B – Especificações Técnicas' do Termo de Referência;*
- c) *os requisitos de quantidade mínima de contextos virtuais que os equipamentos firewall multifuncionais deverão suportar, para os lotes 3, 4 e 5, conforme disposto nos itens 3.15.1.6, 3.22.1.7 e 3.29.1.7 do 'Anexo B – Especificações Técnicas' do Termo de Referência, contextos virtuais os quais a solução de gerência deverá também suportar, juntamente ao quantitativo de equipamentos físicos, nos termos do disposto no item 2.2.2 do referido anexo;*
- d) *o quantitativo detalhado, por lote e por quantidade de itens de equipamentos físicos e soluções de gerência, para cada UASG participante, que permitem inferir, para cada lote e tendo em vista o previamente disposto, a dimensão da solução de gerência capaz de atender aos órgãos, conforme tabela disposta no 'Anexo C – Pauta de Distribuição' do Termo de Referência.*

Assim, em nosso entendimento, cabe aos licitantes realizar os procedimentos de precificação a fim de participar do certame. Logo, trata-se de processo inerente à sua estratégia comercial e à oferta da melhor solução que atenda ao disposto no instrumento convocatório.

Enfatiza-se, por fim, que a definição do quantitativo de firewalls estimados para cada console de gerenciamento é uma questão de gestão interna dos órgãos partícipes, no momento da intenção de registro de preços, e transcende às atribuições do Órgão Gerenciador. Nesse sentido, enfatizamos que é da natureza do Sistema de Registro de Preços, regulamentado pelo Decreto 7.892, de 23 de janeiro de 2013, a possibilidade que a demanda registrada pelos órgãos participantes não venha a se efetivar por completo no momento da contratação. Conforme disposição expressa do art. 16 do referido artigo, “a existência de preços registrados não obriga a administração a contratar, facultando-se a realização de licitação específica para a aquisição pretendida, assegurada preferência ao fornecedor registrado em igualdade de condições”.

4. MANIFESTAÇÃO DA PREGOEIRA

4.1. Quanto ao item 2.1 – *Da necessidade de previsão de regras para equalização de ICMS – Possibilidade de distorções na competição*, assim a Pregoeira manifesta:

4.1.1. Ressalta-se, preliminarmente, que **isonomia não significa igualdade absoluta de tratamento entre licitantes**, vez cada um tem sua estrutura tributária, e isso não implica em quebra de isonomia.

4.1.2. O objeto da presente licitação é o **REGISTRO DE PREÇOS**, para a eventual aquisição, de soluções de segurança de redes compostas de *firewall* corporativo e multifuncional para prover segurança e proteção da rede de computadores, contemplando gerência unificada com garantia de funcionamento pelo período de 60 (sessenta) meses, incluindo todos os *softwares* e suas licenças de uso, gerenciamento centralizado, serviços de implantação, garantia de atualização contínua e suporte técnico durante o período de garantia com repasse de conhecimento da solução a fim de atender às necessidades dos contratantes, conforme especificações e quantidades estabelecidas no Termo de Referência e seus Anexos, portanto a aquisição, ou seja a execução da Ata de Registro de Preços não se faz obrigatória à Administração.

4.1.3. A opção da aquisição pelo **Sistema de Registro de Preços**, sem dúvida alguma, é uma opção economicamente viável à Administração e a mesma se dá em razão de diversos fatores, dentre os quais: a) quando não for possível definir previamente a quantidade exata da demanda; e b) quando for conveniente a mais de um órgão da Administração.

4.1.4. Ao elaborar sua proposta o licitante deve considerar todos os custos diretos e indiretos que vão compor o preço do objeto, conforme exigências determinadas no instrumento convocatório, frete, encargos, taxas,

incidência de impostos, e demais despesas que são peculiares à cada licitante, inclusive os riscos da operação. Assim, os valores dos custos para a composição dos preços variam de acordo com o objeto da licitação, de acordo com a estrutura tributária do licitante, com a influência da legislação aplicada à espécie e ainda com a especificidade de cada licitante.

4.1.5. A Administração não pode fazer ingerência sobre os preços dos licitantes, devendo os mesmos cotarem os valores de acordo com as normas que lhes são incidentes e as possibilidades de cada um, à vista de sua própria estrutura tributária e capacidade de execução do objeto.

4.1.6. O ônus da apresentação da proposta e da formação do preço suficiente para a cobertura de todos os valores necessários para a execução do objeto cabe exclusivamente aos licitantes.

4.1.7. Não há padronização de custos nem de natureza jurídica ou de obrigações legais para todos os licitantes. Cada qual possui especificações próprias que podem influenciar na elaboração de suas propostas.

4.1.8. Os licitantes deverão apresentar seus preços em consonância com seus custos, com as normas vigentes e demais práticas de mercado, atendendo à legislação fiscal e tributária correspondente a sua atividade, elaborando suas propostas com base nos custos, insumos e tributos incidentes, de acordo com a opção feita pela empresa.

4.1.9. Entende esta Pregoeira que a previsão dos tributos, assim como outros custos que repercutem na formação do preço, trata-se de álea ordinária que corresponde aos riscos normais de qualquer negócio e que devem ser previstos e suportados pelo fornecedor.

4.1.10. Com efeito, não assiste razão à Impugnante, pois não há prejuízo à competitividade e à isonomia, visto que a aplicação do tipo de diferenciação de imposto seria inócua e porque não dizer injusta, uma vez que a alíquota do imposto pleiteada não é a única variável determinante dos custos de cada empresa.

4.2. Reputando a manifestação da Equipe Técnica, em relação aos itens 2.2 e 2.3, que esta Pregoeira adota também como fundamento para decidir, resta comprovado que não assiste razão à Impugnante na medida em todos os pontos impugnados estão exaustiva e fundamentalmente justificados.

5. CONCLUSÃO

5.1. Pelo exposto **JULGA-SE IMPROCEDENTE** a Impugnação apresentada, haja vista as justificativas técnicas.

GILNARA PINTO PEREIRA

Pregoeira