



Despacho nº 442/2024

Maricá-RJ, 06 de agosto de 2024.

Assunto: Impugnação à exigência de indicação de marca específica e da Garantia, alegando restrição à competitividade do certame e outros.

Procederemos à análise da temática acima indicada, tendo como objetivo trazer os esclarecimentos jurídicos necessários sobre o assunto.

1- Relatório

A Prefeitura Municipal de Maricá publicou o Pregão Eletrônico nº 15/2024, visando à contratação de empresa especializada no fornecimento de solução de serviços de computação em nuvem, abrangendo hardware, software e diversos serviços técnicos especializados.

Para isso, foi estabelecida a exigência de indicação de marca e garantia da execução do contrato o que gerou uma reação por parte da empresa MEGATELECOM TELECOMUNICAÇÕES S/A, que apresentou uma impugnação ao edital argumentando que as referidas exigências restringem a competitividade do certame, limitando a participação de outros possíveis fornecedores que não conseguissem atender aos preceitos estabelecidos.

É o relatório sobre o caso ao qual este especializada passa a se manifestar.

2- Do Mérito

a. Da exigência de Marca

A impugnação questiona a indicação da plataforma VMware no edital, alegando que tal requisito limita a competitividade e favorece determinados fornecedores, violando, assim, os princípios da ampla concorrência e isonomia.

Inicialmente, é imperioso destacar que a Lei nº 14.133/2021, em seu Art. 41, prevê expressamente a possibilidade de indicação de marcas ou modelos específicos em casos excepcionais, desde que devidamente justificados.



O referido artigo dispõe que, no caso de licitação que envolva o fornecimento de bens, a Administração poderá, excepcionalmente, indicar uma ou mais marcas ou modelos, nas hipóteses de necessidade de padronização do objeto (inciso I, alínea "a") e de necessidade de manter a compatibilidade com plataformas e padrões já adotados pela Administração (inciso I, alínea "b").

Dessa forma, a legislação oferece um respaldo normativo para a indicação de marcas, desde que atendidas as condições de formalidade e justificativa técnica.

No caso em análise, a indicação da plataforma VMware se fundamenta na essencialidade para a prestação dos serviços contratados e na utilização de uma plataforma uniforme e já instalada no município, como a VMware, o que facilitará a gestão, a manutenção, integração e o suporte técnico, reduzindo riscos operacionais e custos de transição e permitindo uma administração mais eficiente dos recursos tecnológicos, minimizando o tempo de inatividade e os problemas de compatibilidade que poderiam surgir com a utilização de diferentes plataformas.

Além do mais, temos que ressaltar que a padronização e a compatibilidade com sistemas já existentes e instalados nos servidores do município são cruciais para assegurar a continuidade e a integridade das operações administrativas. Essas informações estão devidamente fundamentadas no ETP que traz as seguintes manifestações:

Plataforma de Virtualização de Servidores VMware - Necessidade de padronização da plataforma de virtualização com o VMware se configura como elemento essencial para garantir a continuidade e a preservação da compatibilidade (Art. 41, I, a). A solução de nuvem privada para virtualização de servidores deverá ser da plataforma do fabricante VMware. Isto, devido à necessidade de atendimentos a projetos internos com as aplicações e serviços já implementados no data center tradicional da Prefeitura de Maricá. Essa padronização estratégica oferece diversos benefícios, como a facilitação do gerenciamento de recursos virtuais e celeridade no solucionamento técnico de possíveis incidentes.

Sistemas Operacionais (SO): Windows Server 2022 Standard (Microsoft) e Red Hat Enterprise Linux 9 Standard - Compatibilidade com Plataformas e Padrões Adotados (Art. 41, I, b): A escolha pelo uso dos Sistemas Operacionais é justificada pela necessidade de manter a compatibilidade com as aplicações e serviços já implementados no data center PMM, garantindo assim a continuidade dos serviços sem interrupções ou incompatibilidades. Nessa perspectiva, a padronização dos sistemas Linux para a distribuição Red Hat Enterprise Linux 9 Standard alinha-se com uma estratégia que visa um ganho significativo em termos de segurança cibernética e estabilidade operacional, além de simplificar o gerenciamento dos sistemas operacionais e contribuir diretamente para a melhoria contínua dos serviços prestados pelo data center.



Capacidade Única de Atendimento às Necessidades (Art. 41, I, c): Os produtos especificados (Plataforma para virtualização de servidores VMware, SO: Windows Server 2022 Standard e Red Hat Enterprise Linux 9 Standard) foram cuidadosamente selecionados por atenderem integralmente às necessidades técnicas e operacionais complexas do data center da prefeitura. As soluções alternativas não oferecem o mesmo conjunto de funcionalidades, nível de segurança, desempenho, escalabilidade, integração e suporte técnico necessários para suprir as demandas da PMM.

Embora existam outras soluções de virtualização no mercado, a escolha da VMware foi fundamentada na sua adequação técnica às necessidades específicas da Administração. **A adoção de outras plataformas poderia gerar custos adicionais e riscos de interoperabilidade, comprometendo a qualidade dos serviços prestados.**

A exigência de uma plataforma padronizada pode inicialmente parecer mais custosa, mas, a longo prazo, proporciona economia de escala e redução de custos operacionais, alinhando-se ao princípio da economicidade previsto na Lei de Licitações.

Além disso, é fundamental considerar os desafios e problemas potenciais associados à troca de plataforma. A migração de dados e sistemas para uma nova plataforma de virtualização pode acarretar diversos riscos, incluindo:

- a) Interrupção dos Serviços:** A transição para uma nova plataforma pode causar interrupções significativas nos serviços, afetando negativamente a continuidade das operações administrativas e a prestação de serviços públicos.
- b) Custos Elevados de Migração:** A migração para uma nova plataforma envolve custos substanciais relacionados à transferência de dados, reconfiguração de sistemas, treinamento de pessoal e possíveis ajustes de infraestrutura.
- c) Riscos de Compatibilidade:** A adoção de uma nova plataforma pode enfrentar problemas de compatibilidade com sistemas e aplicativos existentes, exigindo esforços adicionais para integração e testes extensivos para garantir a funcionalidade adequada.
- d) Perda de Dados:** A transferência de dados críticos entre plataformas diferentes envolve riscos de perda ou corrupção de dados, comprometendo a integridade e a segurança das informações armazenadas.
- e) Capacitação e Treinamento:** O pessoal técnico da Administração precisará de capacitação adicional para operar e manter a nova plataforma, o que pode demandar tempo e recursos significativos.
- f) Suporte Técnico e Manutenção:** A escolha de uma nova plataforma pode afetar os acordos de suporte técnico e manutenção, exigindo



novos contratos e potencialmente resultando em custos mais altos e serviços de suporte menos eficientes.

- g) Complexidade Operacional:** A introdução de uma nova plataforma pode aumentar a complexidade operacional, exigindo a adaptação de procedimentos e a redefinição de processos internos para acomodar a nova tecnologia.

Conforme pudemos constatar acima, a utilização de uma plataforma uniforme, como a VMware, facilita a gestão, a manutenção e o suporte técnico, reduzindo riscos operacionais e custos de transição, bem como custos inerentes a alterações de todas as aplicações tecnológicas existentes no município, o que denotaria a ineficácia da administração pública na condução de suas atividades precípuas.

Esse entendimento é amplamente corroborado pelos órgãos de fiscalização como o Tribunal de Contas da União – TCU que assegura aos administradores a possibilidade de indicar marcas, desde que justificadas, que tenham o objetivo precípuo da padronização e eficácia da administração pública, veja-se:

“No caso, o relator aplicou o dispositivo na contratação de serviços de atualização, suporte técnico e aluguel de licença de tasks por consumo, para os softwares de determinada marca, em razão da ausência de prejuízo a competitividade do certame.¹”

“9.2.6. na hipótese de optar pela padronização de produtos, faça constar do respectivo procedimento justificativa respalda em comprovação inequívoca de ordem técnica, apresentando estudos, laudos, perícia e pareceres que demonstrem as vantagens econômicas e o interesse da Administração, considerando as condições de operação, manutenção, assistência técnica e garantias oferecidas.²”

Doutrinadores de renome no campo do Direito Administrativo, em especial, Marçal Justen Filho³, destaca a importância da flexibilidade da administração pública em atender às suas necessidades específicas, veja-se:

“Admite-se a escolha de uma marca ou modelo fundada em critérios lógicos, econômicos ou técnicos científicos, que indique o objeto mais satisfatório para atender às necessidades administrativas.

Um exemplo permite compreender a questão. Imagine-se a compra de veículo automotor destinado a trafegar em regiões rurais e de relevo íngreme. Em tais hipóteses, justifica-se restrição do objeto licitado a veículos com tração nas quatro rodas. Então, será lícito que

¹ TCU, Acórdão nº 1.685/2023, do Plenário, Rel. Min. Benjamin Zymler, j. em 16.08.2023

² TCU Acórdão nº 539/2007 Plenário

³ Justen Filho, Marçal, Comentários À Lei de Licitações e Contratações Administrativas – págs 561-562 / Marçal Justen Filho – 2. Ed. – Ver., Atual. e ampl. – São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2023



o edital estabeleça que o modelo a ser ofertado pelos licitantes será 4x4.

Em muitas situações, o único objeto apto a satisfazer a necessidade da entidade administrativa é aquele referido por marca determinada. Nesses casos, haverá a indicação de uma marca específica. O ponto fundamental reside em que é vedado atribuir à marca – considerada como um símbolo gráfico ou visual – relevância autônoma no processo de seleção. Admite-se a referência à marca nos casos em que a escolha se fundamente nos atributos do objeto (ao qual tenha sido oposta).

(...)

Isso ocorre quando, por circunstâncias diversas, a administração adquiriu produtos e implantou soluções cuja operacionalidade exige a utilização de objetos dotados de características determinadas. A aquisição de produtos diversos infringiria a eficiência econômica, eis que a administração não teria condições de utilizar os bens adquiridos e aqueles existentes de um modo integrado e harmônico.

Verificada essa situação, incumbe a administração evidenciar a inviabilidade, inconveniência ou ineficiência na aquisição de produtos dotados de atributos diversos.

Nesse contexto, será válido determinar que somente serão aceitas ofertas versando sobre produtos da marca ou modelo referidos. Razões similares podem ser apontada relativamente a casos de ausência de padronização formal (tal como prevista no art. 43). (grifo nosso)”

Nesse diapasão, afirma-se que a padronização é um instrumento essencial para a eficiência administrativa, evitando desperdícios e assegurando a continuidade dos serviços públicos.

Por fim, ao analisar a impugnação apresentada e contraponto às justificativas apresentadas, nota-se que a alegação de limitação da competitividade pela indicação da marca VMware não se sustenta diante das justificativas técnicas e legais que amparam a decisão de manter a padronização e compatibilidade com a infraestrutura existente da Prefeitura de Maricá, conforme exigido pelo Art. 41 da Lei nº 14.133/2021. Essa justificativa atende aos princípios da legalidade, eficiência e economicidade, além de ser uma prática legítima e necessária para assegurar a eficácia e eficiência administrativa.

b. Da exigência de Garantia

No presente ponto visa analisar a impugnação apresentada que questiona a exigência de garantia contratual no valor de 2% do contrato, alegando que encarece a contratação e fere os princípios da razoabilidade e economicidade.

Por certo, a exigência de garantia em contratos administrativos é uma prática amplamente adotada para assegurar a execução adequada dos serviços



contratados e remonta as práticas estampadas na Lei federal n. 8.666/93 e que foi transpassada para a nova lei de licitações.

É de amplo conhecimento que a garantia contratual visa proteger a Administração Pública contra possíveis inadimplementos contratuais, proporcionando segurança de que o contratado cumprirá todas as obrigações assumidas. Essa prática é fundamental para minimizar riscos e garantir a continuidade dos serviços públicos ou assegurar a indenização à administração em casos específicos.

Para corroborar o posicionamento afirmado acima, faz-se necessários trazer os ensinamentos de Marçal Justen Filho⁴ acerca das garantias, veja-se:

“as garantias previstas no artigo 96 da lei 14.133/2021 destinam-se a assegurar a satisfação de quaisquer créditos da administração, resultantes de infrações cometidas pelo particular. O art. 97 refere-se especificadamente ao seguro-garantia, mas a regra se aplica generalizadamente também as demais modalidade de garantia”. (grifo nosso)

Um ponto importante e que mereceu reflexão dos gestores municipais no momento da elaboração do Termo de referência, quando da tomada de decisão pela exigência da garantia, diz respeito ao que se chama de efeitos anticoncorrenciais da exigência da garantia, isto porque, segundo a prestação de garantia poderia representar um encargo econômico-financeiro para o particular.

Apesar do amplo conhecimento sobre o tema e a sua relevância, cabe ao gestor no caso concreto analisar a discricionariedade e pertinência de seus usos, o percentual da garantia e seus impactos na composição dos custos da licitação diante da possibilidade de tal exigência e por fim a repercussão sobre a competitividade do certame.

Com isso em mente, a administração ponderou que a exigência em patamares máximos permitidos na legislação, implicaria efeitos danosos na competitividade, motivo pelo qual, estabeleceu o limite de 2% ao invés de 5% como preconiza a norma, que estabelece em seu Arts. 96 a 98 a possibilidade de exigência de garantia para a contratação de obras, serviços e fornecimentos nas seguintes modalidades: caução em dinheiro ou em títulos da dívida pública, seguro-garantia e fiança bancária, **desde que não exceda 5% do valor do contrato**, salvo em casos de contratos de grande vulto envolvendo alta complexidade técnica e riscos financeiros consideráveis, onde o percentual pode chegar a 10%.

Além disso, deve-se enfatizar que a entrega da garantia só irá ocorrer no momento em que o licitante se consagrar vencedor do certame e após a assinatura do contrato, o que permite que ele se organize para o feito.

Se não bastasse esse fato, as licitações na modalidade de pregão tendem a ter concorrência acirrada o que acarretaria uma redução significativa do preço final, o

⁴ Justen Filho, Marçal, Comentários À Lei de Licitações e Contratações Administrativas – pág 1302 / Marçal Justen Filho – 2. Ed. – Ver., Atual. e ampl. – São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2023



que em tese, mitigaria eventuais dispêndios financeiros por parte da contratada, o que demonstra que a presente alegação não apresente fundamentos lógicos.

Ao contrabalancear essas informações, constata-se que o percentual está em consonância com as orientações dos tribunais de fiscalização, que recomendam a fixação de garantias proporcionais ao risco do contrato, visando sempre a proteção do interesse público sem onerar excessivamente os licitantes.

Em suma, aqui, a administração foi capaz de atender aos dois mundo, Administração e administrados, permitindo que os valores alçados não impactem financeiramente o caixa da empresa e assegura que a administração tenha uma segurança nos casos de inadimplemento pelo administrado.

Ademais, a Administração Pública não restringiu a modalidade de garantia a ser apresentada, permitindo que o licitante escolha entre caução em dinheiro, títulos da dívida pública, seguro-garantia e fiança bancária.

Essa flexibilidade visa facilitar o cumprimento da exigência por parte das empresas participantes, evitando que a garantia se torne um obstáculo à participação no certame.

A utilização de mecanismos como o seguro-garantia não compromete a capacidade financeira das empresas. A maioria dos seguros voltados para licitações tem um custo médio de aproximadamente 1% do valor da garantia pretendida. Portanto, a exigência de uma garantia de 2% do valor do contrato resulta em um custo efetivo de cerca de 0,02% do valor total do contrato para a empresa, o que é irrisório em comparação ao volume financeiro envolvido na licitação.

Para uma empresa ser capaz de assumir um contrato de grande vulto (54 milhões), como o objeto da presente licitação, é imperativo que ela demonstre capacidade financeira para tanto.

A exigência de garantia contratual é um mecanismo legítimo para verificar essa capacidade e assegurar que a empresa possui condições de cumprir com todas as suas obrigações contratuais. A alegação de que a garantia de 2% encarece excessivamente a contratação não se justifica, especialmente considerando os baixos custos efetivos de obtenção de seguros e a importância de garantir a execução contratual.

Em vista das justificativas apresentadas, conclui-se que a exigência de garantia no valor de 2% do contrato é plenamente razoável, proporcional e está em conformidade com a Lei nº 14.133/2021 e as orientações dos tribunais de fiscalização. A flexibilidade na escolha da modalidade de garantia oferecida pela Administração Pública facilita o cumprimento dessa exigência pelos licitantes, sem comprometer sua capacidade financeira.



Portanto, indefere-se o recurso apresentado pela Megatelecom Telecomunicações S/A, mantendo-se a exigência de garantia conforme estipulada no edital do Pregão Eletrônico nº 15/2024.

3- Conclusão

Com base na análise das razões apresentadas de forma tempestiva pela impugnante, **decido indeferir a impugnação apresentada.**

Dê-se ciência à impugnante do inteiro teor desta decisão.

Cientifique-se os demais interessados.

Publique-se.

Laurice de Santos Souza
Secretária de Planejamento, Orçamento e Fazenda.
Mat. 113.016