

AO

**GOVERNO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE TECNOLOGIA DE INFORMAÇÃO E COMUNICAÇÃO DO ESTADO
DO RIO DE JANEIRO**

REFERENTE: PREGÃO ELETRÔNICO Nº 010/2020
PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº SEI-120211/000782/2020

A/C: ILMO PREGOEIRO
EMAIL: cdl@proderj.rj.gov.br

O Instituto Nacional de Defesa em Processo Administrativo - INDEPAD, tem por finalidade atuar, dentre outras áreas, a busca da legalidade dos processos administrativos, e é pessoa jurídica de direito privado, devidamente inscrita no CNPJ/MF sob o nº. 29.479.242/0001-91, sediada à SAUS, Quadra 03, Bloco C, Lote 2 - Sala 608 - Edifício Business Point - Asa Sul – Brasília – DF, CEP: 70.070-934, vem apresentar **IMPUGNAÇÃO COM PEDIDO DE ANULAÇÃO DO PRESENTE EDITAL** em epígrafe, com sustentação no §2º do artigo 41 da Lei 8666/1993 – aplicável por força do artigo 9º da Lei Federal nº 10520/2002 e Decreto 10.024/2019 pelos fundamentos demonstrados desta peça.

DO CONCEITO

A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da **ISONOMIA** e selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração que será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da **LEGALIDADE, DA IMPESSOALIDADE, DA MORALIDADE, DA IGUALDADE, DA PUBLICIDADE, DA PROBIIDADE ADMINISTRATIVA, DA VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO** (grifo nosso), do julgamento objetivo e dos que lhe são correlatos.

A fim de corrigir vícios do Pregão 10/2020, contidos no ato convocatório que comprometem sobremaneira a legalidade do procedimento licitatório em tela, amparada no disposto no decreto 3.555/2000, na lei 10.520/2002 e no Artigo 41 da Lei nº. 8.666 de 21 de junho de 1993, conforme entendimento pacificado, é ilegal com enorme dano ao erário que:

“Qualquer restrição em relação ao objeto da licitação deve ter como fundamento razões aptas a justificarem que a finalidade e o interesse público reclamam por tal exigência de forma irremediável. Sem tal justificativa a restrição deve ser tomada por ilegal (art. 3º, § 1º, inc. I)..”

“Direcionar o edital de uma compra com as características de determinado conjunto de fornecedores não tem nenhuma convergência com o trabalho de especificar corretamente o objeto pretendido para um determinado processo de licitação.” - conforme entendimento do TCU no Acórdão 641/2004 – Plenário.”

A presente impugnação no exercício do legítimo interesse público vem exigir o afastamento das exigências técnicas que extrapolam e comprometem a disputa de possíveis capacitados que tragam consigo maior competitividade ao certame. Em outras palavras, a BUSCA DA CONTRATAÇÃO MAIS VANTAJOSA.

ENTÃO, VEJAMOS OS PONTOS RETRITIVOS:

No lote 01 é solicitado que a solução Hiperconvergente seja baseada em VMware, de acordo com o ITEM 8 do Termo de Referência e com um claro direcionamento para DELL.

No Appliance Tipo I é solicitado um chassi modular que possua altura máxima de 2U devendo suportar até 04 nós. É solicitado também que cada nó que preencha o chassi possua 24 slots de memória DIMM. Essa requisição limita a grande variedade de fabricantes do mercado que poderiam ofertar um equipamento compatível, tendo em vista que a maioria destes possuem o appliance com um nó em 2U de altura com 4 baias. Entretanto os nós com estas características têm somente 12 Slots de memória DIMM e não atendem as exigências concomitantes para 24 slots.

No Appliance Tipo II é solicitado um chassi modular que tenha altura máxima de 2U devendo suportar até 02 nós. Nas gerações atuais de appliances, algumas fabricantes deixaram de produzir chassi 2U2N.

Neste sentido após questionamento da Fujitsu o PRODERJ alterou a especificação do TR alegando ampliação da concorrência, quando se sabe que somente a DELL irá atender, pois como alega o próprio Proderj existem muitos sites no estado que possuem plataforma VMware, mas que na verdade todos os sites que ele citam são sites Dell.

Não obstante, para o lote 02 a solução hiperconvergente é feita que uma “estranha conformidade com a isonomia”, e com isso, ainda é justificada para que haja uma ampla concorrência. Entretanto, o que observa é um segundo direcionamento para Nutanix.

Nesta vazia argumentação, sem qualquer consonância com a realidade, o PRODERJ procura justificar a sua aquisição com o parque já existente no caso de VMware, onde todos são Dell.

Ora, por que esta o PRODERJ a fazer isto sem o uso, quando todos os outros participante no edital e vários outros órgão do estado não possui a tecnologia VMware ou a tecnologia Nutanix?

POR QUE NÃO REALIZOU UM PROCESSO GERAL AMPLA CONCORRÊNCIA E UM PROCESSO GERAL PARA O PARQUE JÁ EISTENTE?

QUAL O INTRESSE EM NÃO AMPLIAR A PARTICIPAÇÃO?

MUITO PIOR, QUANDO PERMITE ADESÃO EM UM PROCESSO, QUE SEGUNDO O PRÓPRIO PRODERJ, PROCURA ATENDER A NECESSIDADE DE UM PARQUE INSTALADO.

Então, como podemos ver na própria justificativa abaixo retirada do edital que o órgão faz para os dois lotes para aquisição de hiperconvergência, um deles baseado em VMware direcionado para Dell e o outros mascarando-se aberto mas que na verdade esta direcionado para Nutanix.

Então vejamos o que diz o Edital:

8. DA JUSTIFICATIVA DA DIVISÃO POR LOTE:

8.1 Em virtude de acudir o maior número de interessados em participar da licitação sem prejudicar o ganho da aquisição em escala, razão capital da realização das compras conjuntas, optou-se pela divisão do objeto em 3 lotes.

8.2 Considerando o fato de existir inúmeras soluções hiperconvergentes, e particularmente, haver duas que são largamente utilizadas nos órgãos governamentais do Estado do Rio de Janeiro, bem como em outras unidades da federação, decidimos parcelar o objeto da seguinte forma:

- **Lote I – Solução hiperconvergente baseada em appliance contemplando hardware e licenças compatíveis com software de virtualização VMware e demais softwares necessários – este lote é necessário pois grande parte dos órgãos utiliza os sistemas da VMware em suas infraestruturas de virtualização e nuvem, e a possibilidade de não aproveitar todo o licenciamento adquirido no passado vai de encontro à economicidade, e geraria um desperdício desnecessário ao erário público.**
 - Há um grande parque de hardware já instalado nos datacenters de diversos órgãos que também se beneficiaria da compatibilidade dos equipamentos adquiridos através deste lote, o que gera benefícios de padronização dos ativos, ampla integração nos sistemas e aplicações da plataforma VMWare, facilidade na administração dos sistemas.
- Lote II – Solução hiperconvergente baseada em appliance contemplando hardware e licenças de softwares de virtualização e demais softwares necessários – este segundo lote é necessário para permitir total e ampla concorrência ao certame, garantindo assim o respeito ao princípio da isonomia.

E NÃO É SÓ ISTO!

O edital é dividido em 03 Lotes , tendo sua estimativa distribuída da seguinte maneira:

Lote I – R\$ 88.826.273,41 / Lote II – R\$ 55.214.976,00 / Lote III – R\$ 8.636.370,15.

Totalizando: R\$ 152.677.619,56.

Registro de preços para aquisição de Solução de Infraestrutura Hiperconvergente baseada em appliances, contemplando hardware, software, serviços de suporte/garantia, instalação, configuração e treinamento especializado, conforme especificações, quantidades e exigências estabelecidas no Termo de Referência - Anexo I do Edital.				U.F.	Qtde.	Valor (R\$)	
Lote	Descrição	Tipo	ID SIGA			Unitário	Total
1	Solução hiperconvergente baseada em appliance contemplando hardware e licenças compatíveis com software de virtualização VMware, e demais softwares necessários.	APPLIANCE TIPO I	166354	U.N	16	681.256,26	10.900.100,16
		APPLIANCE TIPO II	166355		35	1.215.364,83	42.537.769,05
		APPLIANCE TIPO III	166356		20	1.769.420,21	35.388.404,20
Total Global Lote 1						88.826.273,41	

Registro de preços para aquisição de Solução de Infraestrutura Hiperconvergente baseada em appliances, contemplando hardware, software, serviços de suporte/garantia, instalação, configuração e treinamento especializado, conforme especificações, quantidades e exigências estabelecidas no Termo de Referência - Anexo I do Edital.				U.F.	Qtde.	Valor (R\$)	
Lote	Descrição	Tipo	ID SIGA			Unitário	Total
2	Solução hiperconvergente baseada em appliance contemplando hardware e licenças de softwares de virtualização e demais softwares necessários.	APPLIANCE TIPO I	166357	U.N	15	519.800,00	7.797.000,00
		APPLIANCE TIPO II	166359		15	1.299.046,40	19.485.696,00
		APPLIANCE TIPO III	166358		20	674.880,00	13.497.600,00
		APPLIANCE TIPO IV	166360		26	555.180,00	14.434.680,00
Total Global Lote 2						55.214.976,00	

Registro de preços para aquisição de Solução de Infraestrutura Hiperconvergente baseada em appliances, contemplando hardware, software, serviços de suporte/garantia, instalação, configuração e treinamento especializado, conforme especificações, quantidades e exigências estabelecidas no Termo de Referência - Anexo I do Edital.				U.F.	Qtde.	Valor (R\$)	
Lote	Descrição	Tipo	ID SIGA			Unitário	Total
3	Switches para interconexão dos nodes de hiperconvergência.	TIPO I- switch de 24 portas	166361	U.N	14	271.187,55	3.796.625,70
		TIPO II- switch de 48 portas	166362		15	322.649,63	4.839.744,45
Total Global Lote 3						8.636.370,15	

VEJAMOS O QUE A LEI 8.666/93 DIZ QUANDO O VALOR DA ESTIMATIVA ULTRAPASSA OS LIMITES:

Art. 39. Sempre que o valor estimado para uma licitação ou para um conjunto de licitações simultâneas ou sucessivas for superior a 100 (cem) vezes o limite previsto no art. 23, inciso I, alínea “c” desta Lei, o processo licitatório será iniciado, obrigatoriamente, **com uma audiência pública concedida pela autoridade responsável** com antecedência mínima de 15 (quinze) dias úteis da data prevista para a publicação do edital, e divulgada, com a antecedência mínima de 10 (dez) dias úteis de sua realização, pelos mesmos meios previstos para a publicidade da licitação, à qual terão acesso e direito a todas as informações pertinentes e a se manifestar todos os interessados.

Art. 23. As modalidades de licitação a que se referem os incisos I a III do artigo anterior serão determinadas em função dos seguintes limites, tendo em vista o valor estimado da contratação:

I – para obras e serviços de engenharia:

a) convite – até R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais);

b) tomada de preços – até R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais);

c) concorrência: acima de R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais);

II – para compras e serviços não referidos no inciso anterior:

a) convite – até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais);

b) tomada de preços – até R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais);

c) concorrência – acima de R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais).

Art. 22. São modalidades de licitação:

I – concorrência;

II – tomada de preços;

III – convite;

IV – concurso;

V – leilão.

§ 1º Concorrência é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados que, na fase inicial de habilitação preliminar, comprovem possuir os requisitos mínimos de qualificação exigidos no edital para execução de seu objeto.

§ 2º Tomada de preços é a modalidade de licitação entre interessados devidamente cadastrados ou que atenderem a todas as condições exigidas

para cadastramento até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas, observada a necessária qualificação.

§ 3º Convite é a modalidade de licitação entre interessados do ramo

LOGO, A EXISTÊNCIA DESTA EDITAL REQUER EM SUA MAGNITUDE AUDIENCIA PUBLICA PARA PARTICIPAÇÃO DE TODOS NA ELABORAÇÃO DO SEU TERMO DE REFERÊNCIA.

NESTE MESMO CAMINHO IRREGULAR E ILEGAL ETA A UTILIZAÇÃO DA ATA DE REGISTRO DE PREÇOS POR ÓRGÃO OU ENTIDADES NÃO PARTICIPANTES.

Observa-se ainda a possibilidade de adesão para algo exclusivo e peculiar as necessidades do PRODERJ, isto é, como uma outra entidade poderá realizar adesão para aquilo que é específico e peculiar.

É uma clara e absurda irregularidades que deverão ser discutida em momento certo na egrégia corte de contas TCE e TCU, pois exclui sobre maneira outras empresa interessadas apenas para atender aos amigos.

E ainda reverberando neste mesmo diapasão, o que parece no contexto geral é a total falta dos estudos técnicos preliminares que contemplem os estudos das soluções alternativas além da viabilidade ou não da aquisição dos software de hiperconvergência em item separado. É uma entrega ao interesse privado sem contemplar o mais amplo interesse público.

Neste fluir, o que parece também não esta contemplando são os seguintes itens da fase interna:

- a) Observa-se também que os estudos técnicos preliminares da contratação, para o presente pregão, NÃO contempla a análise de soluções alternativas para buscar garantir que seja contratada a solução com melhor custo/benefício para a Administração e a que se adequa as suas reais necessidades, o que afrontou o disposto no art. 12, inciso I, alínea b, e inciso II, da IN - SLTI/MP 4/201; Assim também nos parece que o Documento de Oficialização da Demanda (DOD), **INDICA** a solução a ser contratada, ao invés de explicitar a necessidade da área requisitante, o que afrontou o disposto no art. 2º, inciso XII, art. 11, incisos I e II, da IN - SLTI/MP 4/2014;

Um outro ponto que não identificamos e que nos parece irregular com a possibilidade de adesão a ATA e o volume de recurso aplicado na aquisição é a não remessa do processo a SGD/ME do Ministério da economia para soluções TIC.

- b) Não se verifica o encaminhamento do processo para análise da Secretaria de Governo Digital do Ministério da Economia (SGD/ME), conforme preve o art. 2º, inciso I, da Instrução Normativa 2 da SGD/ME, de 4/4/2019, por ter iniciado a fase externa após a data de publicação da licitação. Portanto, como o valor da estimativa com adesão pelos produtos solicitados parece que irá ultrapassa em muito ao limite de R\$ 28.600,000,00, o processo haveria de ser submetido à SGD/ME do Ministério da Economia.
- c) Após análise do edital, não verificamos qualquer estudo de cálculo ou métrica para que caracterize os quantitativos solicitados em volume, processamento, memória, tamanho os servidores e necessidades de licenças.

Insta destacar que nos termos da lei de acesso a informação LAI 12.527/2011 Art 10º, solicitamos que seja remetida todo o processo para a mais completa análise destes itens com todas as aquisições anteriores e citadas com seus respectivos nºs de série relativas ao pregão/adesão anteriores realizado a sua época, para melhor dimensionamento do tamanho do parque, com todos os itens pertinentes para que o dimensionamento da necessidade do PRODORJ e unidades apoiadas estejam coerentes e ainda a possibilidade de análise como tal projeto pretende se integrar ao existente com seu dimensionamento em processador, memória e discos (Volume), além da necessidade dos servidores e licenças.

Neste mesmo sentido, gostaríamos de analisar as estimativas, pois parecem ser oriundo apenas de propostas de fornecedores, quando as orientações do TCU orientam que sejam compostas por uma cesta de preços a partir de diversas fontes, especialmente de outras contratações públicas, o que afronta o §1º do art. 2º da IN - SLTI/MP 5/2014.

DA FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA

Estando este procedimento de exigência, em desacordo com o art. 3º, parágrafo inciso 1º. da Lei 8.666/93, que veda conforme transcrição.

§ 1º **É vedado** aos agentes públicos:
(grifo nosso)

I - admitir, prever, **incluir** ou tolerar, nos atos de convocação, **cláusulas ou condições que** comprometam, **restringa** 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;** (grifo nosso)

DA ILEGALIDADE

Fundamentado no Art. 7º §5 da Lei 8.666 de 21 de junho de 1993, que abaixo transcrevemos os principais trechos deste artigo:

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:

I - projeto básico;

II - projeto executivo;

III - execução das obras e serviços.

§ 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.

Inclusive, não é demais lembrar que a própria Lei n.º 8.666/93 está carregada de tópicos de preocupação, acerca da responsabilização de eventuais responsáveis da disputa por:

- a) imposição de restrições indevidas à ampla concorrência;
- b) elaboração imprecisa de editais e
- c) inclusão de cláusulas que denotam o direcionamento do procedimento licitatório.

Assim, os fundamentos jurídicos aqui expendidos são fonte de valia universal perante a sociedade brasileira, operadores do direito, e PRINCIPALMENTE AGENTES PÚBLICOS, pois constituem proteção ao sagrado interesse público maior – razão esta suficiente a proclamar a retificação do edital no tocante à exigências que extrapolam os comandos legais, como será demonstrado a seguir:

As exigências em tela são incompatíveis com o objeto, considerando que, já possuem acórdãos definidos pelo TCU no que tange a restrições excessivas e sem justificativa, principalmente as que aprisionam em dependência tecnológica o órgão por inclusão de exigências desnecessárias **para atender um ou outro amigo que se locupletam.**

Exigências como estas somente afastam empresas mais competitivas de participação no certame.

Decorre do exposto, estes subitens ora glosados imprimem véu de ilegalidade ao certame, devendo o PRODERJ se acautelar e retroceder, visando a higienização do Edital, suprimi-los de início, pois do contrário irá enfrentar representação e fiscalização de todos os órgão de controle.

Não obstante o zelo desse órgão, que decerto se volta para defesa do interesse público, há que se escoimar o edital das aludidas exigências, higienizando-o a bem da continuidade do serviço, pois tais condições vão de encontro à lei de regência das competições públicas, da Constituição Federal e, sobretudo das decisões emanadas do Tribunal de Contas da União que não admite restrição à competitividade.

Não é difícil verificar que existem inúmeros equipamentos de outros fabricantes, como Lenovo HX e VX e HP Simplivity ou CISCO HyperFlex, SuperMicro, Fujitsu e muitos ready nodes e certified nodes com VMware e KVM como o que venceu a licitação da ALERJ que seriam plenamente capazes de atender as necessidades do PRODERJ, mas estão impossibilitados de participar do certame em razão das especificações técnicas específicas DIRECIONADA PARA DELL para o equipamentos DELL VxRail do fabricante Dell no Lote I e para Nutanix no Lote II.

Estes requisitos restritivos não se constituem necessidades específicas e, portanto, não se apoiam em qualquer justificativa para o sacrifício ao princípio da competitividade do certame, e que devem ser declarados nulos por determinação a ser obtida judicialmente em qualquer das cortes.

VALE LEMBRAR:

Quando a modificação implica alteração de proposta ou documentos, não basta publicar no provedor eletrônico a alteração. É necessário que a modificação seja efetuada de acordo com o art. 21, § 4º, da Lei 8.666/93:

“§ 4º Qualquer modificação no edital exige divulgação pela mesma forma que se deu o texto original, reabrindo-se o prazo inicialmente estabelecido, exceto quando, inquestionavelmente, a alteração não afetar a formulação das propostas.”

NESTE TERMOS O EDITAL PRECISA SER ANULADO, ESCOIMADOS DESTE ESDRUXULO DIRECIONAMENTO, ATENDENDO TODA A LEGISLAÇÃO VIGENTE E SÓ ASSIM SER REPUBLICADO.

DO PEDIDO

Confiantes no acatamento desta impugnação por essa competente e ilibada Comissão, aguardamos pronunciamento dentro do prazo legal. Salientamos que, na hipótese pouco provável de não ser dado provimento ao contido neste documento, informamos que iremos encaminhar, e a devida “**REPRESENTAÇÃO**” ao Tribunal de Contas do estado, da União e mandado de segurança ao TRF1.

DO PEDIDO

Desta forma, requer-se **IMPUGNAÇÃO** do Edital no seu inteiro teor, obedecendo-se literalmente as regras do art. 21, § 4º da Lei 8.666/93 e o Acórdão nº 1676/2005.

Termos em que se pede deferimento.

Sendo o que tínhamos a expressar, aproveitamos a oportunidade para manifestar nossa elevada estima e consideração.

Instituto Nacional de Defesa em Processo Administrativo – INDEPAD