



DEFENSORIA PÚBLICA
DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

COMISSÃO DE PREGÃO

OFÍCIO DPRJ/DCLC/CL 028/2020

02 DE DEZEMBRO DE 2020.

Ref.: licitação por **pregão eletrônico DPRJ n° 032/2020**, tendo como objeto é CONTRATAÇÃO DE EMPRESA ESPECIALIZADA NO FORNECIMENTO DE LICENÇAS DE USO DOS SOFTWARES: MICROSOFT WINDOWS SERVER, CAL SERVER, SQL SERVER E VISUAL STUDIO, COM SOFTWARE ASSURANCE DE 36 (TRINTA E SEIS) MESES, PARA A ATUALIZAÇÃO TECNOLÓGICA DE NOVAS VERSÕES DOS REFERIDOS SOFTWARES QUE VENHAM A SER LANÇADAS, CONFORME QUANTIDADES E ESPECIFICAÇÕES TÉCNICAS CONSTANTES NO TERMO DE REFERÊNCIA (ANEXO I).
Prezados (a) Senhores (a),

Em atendimento ao pedido de esclarecimento autuado nos autos do processo em epígrafe, recebido na secretaria do órgão julgador de licitações, passa-se à transcrição acompanhada da respectiva de acordo de acordo com órgão técnico.

QUESTIONAMENTO 1: I. DESCRIÇÃO DETALHADA – MODALIDADE EXIGIDA

1. Não existe nenhuma restrição para atender a modalidade solicitada no Edital em epígrafe com o produto no modelo OPEN GOV/ OPEN VALUE, exceto pela descrição dos PartNumbers do produto, o qual se refere ao contrato tipo SELECT PLUS, que é comercializado por um grupo seletor de 14 empresas (Lanlink, Brasoftware, SoftwareOne, Processor, Solo Network e Sonda, etc.) conforme link abaixo:

<https://partner.microsoft.com/pt-br/licensing/Parceiros%20LSP>

2. É importante frisar que a Microsoft indica as modalidades de contrato SELECT PLUS para empresas com mais de 250 estações de trabalho pelo simples fato de esse modelo oferecer para seus credenciados descontos maiores e NÃO porque o modelo OPEN GOV/ OPEN VALUE não atendam ao objeto licitado ou não possa ser comercializado. Ou seja, qualquer um dos dois modelos, atendem perfeitamente a necessidade do órgão em todas as características solicitadas.

3. Por todo o exposto, conclui-se que os PartNumbers no modelo OPEN GOV/ OPEN VALUE POSSUEM AS MESMAS CARACTERÍSTICAS TÉCNICAS, DE SUPORTE, DE RENOVAÇÃO e DEMAIS ESPECIFICAÇÕES do SELECT PLUS, sendo ambos os modelos de contrato indicados tão eficiente quanto o indicado no Edital.

4. Ocorre que, a Administração Pública deve trabalhar com o escopo de obter sempre o maior número de propostas possíveis, na busca da que lhe seja mais vantajosa, conforme disposto no Decreto Federal n° 3.555/2000, que regulamenta a licitação na modalidade pregão. Vejamos.

Art. 4º A licitação na modalidade de Pregão é juridicamente condicionada aos princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo, bem assim aos



DEFENSORIA PÚBLICA
DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

COMISSÃO DE PREGÃO

princípios correlatos da celeridade, finalidade, razoabilidade, proporcionalidade, competitividade, justo preço, seletividade e comparação objeto das propostas.

Parágrafo único. As normas disciplinadoras da licitação serão sempre interpretadas em favor da ampliação da disputa entre os interessados, desde que não comprometa o interesse da Administração, a finalidade e a segurança da contratação. (Grifos nossos).

5. Ainda sobre o tema, destaca-se que o certame licitatório tem como princípio basilar a isonomia entre os licitantes, com o fim de proporcionar a máxima competitividade, buscando o maior número de participantes. Sendo assim, é vedada exigência editalícia que apenas impede a participação de empresas na licitação.

6. Cabe ainda relatar, o Edital do Pregão Eletrônico n.º 20/2020 da Secretária da Fazenda do Estado de Pernambuco (em anexo), em que a empresa Licitante logrou-se vencedora de vários itens, estando o referido Edital amplamente aberto para ambos os modelos de contrato, permitindo licenças de Partnumbers distintos do indicado, desde que com as mesmas características técnicas, de suporte e atualização, e que atendiam todas as especificações técnicas exigidas no referido Edital.

7. Por fim, neste viés, dentre outros casos existentes, cita o Edital do Pregão Eletrônico n.º 07/2020 da PGE/PE e Edital 03/2020 do CRN3/SP, onde ocorreu a mesma situação, em que os Órgãos aceitaram modalidades diversas das indicadas nos respectivos Editais.

8. Pelo demonstrado acima, infere-se que a exigência de modelo de contratação SELECT PLUS contida nesse Edital deve ser desconsiderada, a fim de adequar o processo licitatório ao Princípios da Ampla Concorrência e da Isonomia, ACEITANDO PARA TANTO OPEN GOV/ OPEN VALUE.

II. EXIGÊNCIA DOCUMENTAÇÃO/DECLARAÇÃO

" I. Atestado(s) de Capacidade Técnica expedido(s) por pessoa(s) jurídica(s) de direito público ou privado, em nome da empresa, comprovando ter executado ou estar executando, serviços de emissão de licenças Microsoft para servidor Windows Server e cal de acesso cuja a soma da quantidade citados no(s) Atestado(s) de Capacidade Técnica deverá ser de, no mínimo, 50% (cinquenta por cento) do total dos itens 1.1 e 1.5, cujos objetos se mostram como os principais da presente contratação."

1. Essa exigência transcrita acima não encontra previsão na Lei 8666/93, principal diploma que norteia os procedimentos licitatórios, a qual, inclusive, coíbe a prática de atos que sejam tendenciosos ou frustrem o caráter competitivo dos certames.

3. Ora, a consequência direta da exigência em comento também é a limitação de participantes.



DEFENSORIA PÚBLICA
DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

COMISSÃO DE PREGÃO

4. Ainda, o rol de documentos exigidos dos licitantes, conforme previsto nos artigos 27 a 31 da Lei 8.666/1993 é taxativo, o que fica evidenciado pelo emprego do legislador dos termos ‘exclusivamente’ (art. 27, caput, Lei 8.666/1993) e ‘limitar-se-á’ (art. 30, caput e 31, caput, da Lei 8.666/1993).

5. Assim não é possível exigir do licitante outros documentos além daqueles elencados nos mencionados dispositivos legais.

6. Isso porque as exigências nos processos licitatórios têm como parâmetro fundamental o art. 37, XXI, da Constituição Federal, que limita as exigências de qualificação técnica e econômica às ‘indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações’, com o objetivo evitar a restrição da competitividade do certame.

7. Neste mesmo sentido já se manifestou o Tribunal de Contas da União, sendo ponto pacífico na jurisprudência desta Corte. Vejamos.

“• No item 9.2.1. do Acórdão 5.508/2009 – 2ª Câmara, o Tribunal determinou a Prefeituras Municipais que, em licitações envolvendo recursos federais, ‘atenham-se ao rol de documentos para habilitação definido nos artigos 27 a 31 da Lei 8.666/1993, sem exigir nenhum elemento que não esteja ali enumerado’.

• No item 9.1.2. do Acórdão 1.745/2009 – Plenário, o Tribunal determinou a uma entidade federal que ‘abstenha-se de exigir das licitantes interessadas como condição para habilitação documentos não previstos nos arts. 27 a 31 da Lei nº 8.666/1993’.

• No item 9.3.2.3. do Acórdão 1.731/2008 – Plenário, o Tribunal determinou a um órgão federal que ‘abstenha-se de prever, como exigência de habilitação, requisitos que não estejam contemplados nos arts. 28 a 31 da Lei nº 8.666/93, por ausência de amparo legal e por restringir a competitividade da licitação, em afronta ao disposto no art. 3º, § 1º, inciso I, da referida lei’.”

8. Por todo o exposto, temos que a exigência em comento não está prevista em nenhum dos dispositivos da Lei 8.666/1993 que regulam a habilitação jurídica, a qualificação técnica, a qualificação econômico-financeira e a regularidade fiscal ou trabalhista, devendo, portanto, ser rechaçada.

III - DOS PEDIDOS DE ESCLARECIMENTO

9. Diante de todo o exposto, em respeito aos princípios da Legalidade, da Ampla Concorrência e da Isonomia, entendemos que:



DEFENSORIA PÚBLICA
DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

COMISSÃO DE PREGÃO

a) Os partnumbers descritos no edital são exemplificativos, e que atendemos plenamente ao edital com a modalidade OPEN GOV/ OPEN VALUE, o qual atende todas as especificações técnicas exigidas no edital em epígrafe, para alcançar seu objetivo;

b) Tendo em vista a afronta à legislação vigente, bem como ao entendimento do TCU e da SEFTI, não se aplica o item do Edital transcrito acima, que exige que o Licitante apresente Atestado(s) de Capacidade Técnica expedido(s) por pessoa(s) jurídica(s) de direito público ou privado, em nome da empresa, comprovando ter executado ou estar executando, serviços de emissão de licenças Microsoft para servidor Windows Server e cal de acesso cuja a soma da quantidade citados no(s) Atestado(s) de Capacidade Técnica deverá ser de, no mínimo, 50% (cinquenta por cento) do total dos itens 1.1 e 1.5, cujos objetos se mostram como os principais da presente contratação.

Estão corretos os nossos entendimentos?

RESPOSTA: Item A - "Os partnumbers descritos no edital são exemplificativos, e que atendemos plenamente ao edital com a modalidade OPEN GOV/ OPEN VALUE, o qual atende todas as especificações técnicas exigidas no edital em epígrafe, para alcançar seu objetivo;"

Resposta: O entendimento esta incorreto, conforme explicado nos itens 3.1.4 a 3.1.18 esta é uma orientação do próprio fabricante para organizações governamentais de médio a grande porte, oferecendo as opções de contratação como Select Plus ou MPSA. O fabricante determina que o licenciamento OpenValue é para instituições governamentais e empresas com até 250 computadores o que não é o nosso caso. Esta instrução pode ser verificada através dos endereços: <https://www.microsoft.com/pt-br/licensing/>.

Na modalidade de licenciamento MPSA ou Select Plus, as licenças do licenciamento por volume possuem uma única chave de ativação o que permite que a equipe de gestão de TI da DPRJ tenha um maior controle sobre os ativos de software. Se optarmos, pelo modelo de licenciamento OPEN, a cada entrega de produtos, uma nova chave de ativação será criada para a quantidade total de licenças fornecidas, dificultando o processo de gerenciamento e a garantia de conformidade no uso das licenças.

São inúmeras as vantagens para o órgão ao optar por este contrato, e a principal delas é um preço inferior aos Revendedores Autorizados Microsoft que venha a participar do processo licitatório, e segundo o fabricante são várias as empresas elegíveis a comercialização deste contrato, mantendo desta forma a competitividade do certame. O Select Plus é uma forma econômica de realizar compras transacionais, que oferece vários benefícios adicionais:

- Gerenciamento dos ativos software de forma facilitada com visibilidade de toda a organização e gestão centralizada uma vez que todas as compras são vinculadas ao seu ID do contrato.
- Facilidade, nos disponibiliza em seu site VLSC uma gama de todos os softwares disponíveis em sua comercialização, facilitando assim o acesso a Downgrades e chaves de ativação de qualquer produtos quando necessário.



DEFENSORIA PÚBLICA
DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

COMISSÃO DE PREGÃO

-
- Redução de custos no licenciamento devido a compras para toda a organização, e por se tratar de um contrato indicado a grandes empresas.
 - Simplicidade no processo de aquisição com um contrato para todo o órgão que não expira, ou seja, sem data de término específica e uma única identificação de cliente Afiliada Líder para agilizar o gerenciamento de contas.
 - A Microsoft esclarece que o contrato "Open", só é comercializado com Software Assurance de 24 meses, e não 36 meses como estamos solicitando;

Devido a isso, se faz necessário que a modalidade seja MPSA ou Select Plus.

Item B - "Tendo em vista a afronta à legislação vigente, bem como ao entendimento do TCU e da SEFTI, não se aplica o item do Edital transcrito acima, que exige que o Licitante apresente Atestado(s) de Capacidade Técnica expedido(s) por pessoa(s) jurídica(s) de direito público ou privado, em nome da empresa, comprovando ter executado ou estar executando, serviços de emissão de licenças Microsoft para servidor Windows Server e cal de acesso cuja a soma da quantidade citados no(s) Atestado(s) de Capacidade Técnica deverá ser de, no mínimo, 50% (cinquenta por cento) do total dos itens 1.1 e 1.5, cujos objetos se mostram como os principais da presente contratação."

Resposta: informamos que o item não será objeto de mudança. Entendemos que o percentual exigido esta dentro dos padrões solicitados pela administração pública, adequado a lei 8.666/93 e que em sua essência, serve para comprovar a capacidade de um fornecedor de entregar os produtos contratados dentro das quantidades e dos padrões exigidos.

QUESTIONAMENTO 2: Conforme item 15.8 do edital, que dispõe sobre o faturamento, a Contratada deverá emitir a nota fiscal da seguinte forma:

15.8. A CONTRATADA deverá emitir a Nota Fiscal Eletrônica – NF-e, consoante o Protocolo ICMS nº 42/2009, com a redação conferida pelo Protocolo ICMS nº 85/2010, e caso seu estabelecimento esteja localizado no Estado do Rio de Janeiro, deverá observar a forma prescrita nas alíneas “a”, “b”, “c”, “d” e “e”, do §1º, do art. 2º, da Resolução SEFAZ nº 971/2016.

Contudo, observa-se que objeto do edital se trata de “fornecimento de licenças de uso dos softwares: Microsoft Windows Server, CAL Server, SQL Server e Visual Studio, com software assurance de 36 (trinta e seis) meses”, que é comercializado através de uma concessão de direito de uso do produto do Fabricante, não sendo assim, software de “prateleira”.

O software de prateleira pode ser definido como programa de computador produzido em larga escala de maneira uniforme e colocado no mercado, através de lojas ou até pela internet, para aquisição por qualquer interessado sob a forma de cópias múltiplas sem nenhum tipo de suporte. Sendo assim, há a incidência de ICMS no faturamento, pois trata-se meramente de um produto, sem nenhum tipo de serviços de suporte ou serviços de atualizações atrelados à compra.



DEFENSORIA PÚBLICA
DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

COMISSÃO DE PREGÃO

No entanto, não é o caso do objeto do presente Edital, visto que, o “fornecimento de licenças de uso dos softwares” pretendido, não se trata do fornecimento de uma caixa/produto. Junto às licenças, é fornecido ainda os serviços de suporte técnico do fabricante, console eletrônica para gerenciamento das licenças e download dos softwares, atualizações de versão e pacths de segurança, e outros serviços atrelados ao “Software Assurance” pelos 36 meses. Além disto, o fornecimento destes softwares é vinculado a um contrato de licenciamento por volume destinado a órgãos do governo (Select Plus), e que não é disponibilizado através de lojas ou internet, como seria um típico software de prateleira. Somente empresas credenciadas pelo fabricante podem fornecer este tipo de contrato.

A Microsoft tem atuação indireta na venda de softwares para governo, por isso é necessário a representação por uma empresa credenciada. E na cadeia de fornecimento, os softwares são faturados do fabricante para a revenda com incidência de ISS, pois é classificado como “Licenciamento ou cessão de direito de uso de programas de computação” segundo a Lei Complementar 116/2003. Ou seja, na operação de compra e venda, a Contratada compra e revende os softwares com a incidência do ISS.

Cabe ainda acrescentar que o tema está em discussão no STF, aguardando julgamento final, onde a maioria tem se posicionado contra a incidência de ICMS e a favor do ISS. Segundo o Ministro Dias Toffoli “O simples fato de o serviço encontrar-se definido em lei complementar como tributável pelo ISS já atrairia, em tese, a incidência tão somente desse imposto sobre o valor total da operação e afastaria a do ICMS”.

Diante de todo exposto, solicitamos esclarecimentos sobre o recebimento da nota fiscal com incidência de ISS, ao invés de ICMS, em conformidade à natureza do objeto licitado.

RESPOSTA: Foi verificado que o Supremo Tribunal Federal julga a questão sobre a incidência do tributo na aquisição de softwares, conforme <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=454692>

Na sessão do dia 4 de novembro de 2020 o julgamento teve início com o voto do ministro Dias Toffoli, relator da ADI 5659.

Para ele, o licenciamento ou a cessão de direito de uso de software, padronizado ou por encomenda, enquadra-se no subitem 1.05 da lista de serviços anexa à Lei Complementar federal 116/2003 como tributável pelo ISS, independentemente de a transferência do uso ocorrer via download ou por meio de acesso à nuvem. O relator frisou que, nos termos da orientação do Supremo, o simples fato de o serviço estar definido em lei complementar como tributável pelo ISS já atrairia, em tese, a incidência somente desse imposto sobre o valor total da operação e afastaria a do ICMS.

O Ministro Dias Toffoli ressaltou, ainda, que a elaboração de um software é um serviço que resulta do esforço humano. Nesse sentido, no seu entendimento, no caso de fornecimento de software personalizado por meio do comércio eletrônico direto, deve incidir o ISS, pois ficam claras a obrigação de fazer (fornecimento software personalizado e confecção do programa de computador)



DEFENSORIA PÚBLICA
DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

COMISSÃO DE PREGÃO

e a obrigação acessória de dar (a transferência do bem digital). Também no licenciamento ou na cessão de direito de uso, para o relator, há inequivocamente um serviço - o desenvolvimento de um programa de computador personalizado. A obrigação de fazer está presente no esforço intelectual e, ainda, nos demais serviços prestados ao usuário, como, o help desk, a disponibilização de manuais, as atualizações tecnológicas e outras funcionalidades previstas no contrato de licenciamento.

Votaram no mesmo sentido os ministros Alexandre de Moraes, Luís Roberto Barroso, Rosa Weber e Ricardo Lewandowski. E, na conclusão, pelo afastamento da incidência do ICMS sobre o licenciamento e a cessão de direito de uso de software, o ministro Marco Aurélio.

Assim, observando o entendimento do STF, fundado fundamentalmente no princípio da legalidade, e no subitem 1.05 da lista de serviços anexa à Lei Complementar federal 116/2003, e na presunção de constitucionalidade das leis, ESCLAREÇO que o tributo exigível será o ISS.

Atenciosamente,

Adriano Ribeiro Bragança
Pregoeiro