

Zimbra**cpl@tre-pi.jus.br****Impugnação ao Edital - TRE-PI 041.2022**

De : Kleiton Koslovski - Conexões Vivas <kleiton@conexoesvivas.com>
Assunto : Impugnação ao Edital - TRE-PI 041.2022
Para : cpl@tre-pi.jus.br

qui, 08 de set de 2022 17:50

2 anexos

Prezado Sr. Pregoeiro, boa tarde.

Conforme prevê o art. 24, caput, do Decreto nº 10.024/19, e no item “12” do Edital 041/2022, a Requerente vem pelo presente apresentar sua impugnação ao instrumento convocatório da licitação, pugnando pelo seu recebimento e concessão de efeito suspensivo, nos termos da fundamentação.

Razões da impugnação em anexo e abaixo.

ILUSTRÍSSIMO SENHOR PREGOEIRO DA COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÃO DO TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DO PIAUÍ

Processo Eletrônico nº 0001651-50.2022.6.18.8000

Edital de Pregão Eletrônico nº 041/2022

A **CONEXOES VIVAS DESENVOLVIMENTO HUMANO LTDA**, pessoa jurídica de direito privado inscrita no CNPJ sob o nº 28.284.850/0001-88, com endereço na R. Francisco de Paula Guimarães, 70 - Ahu, Curitiba – PR, CEP: 80.540-040, neste ato representada pelo seu representante legal constituído nos termos do seu Contrato Social, vem, com o devido respeito e acatamento, à presença de Vossa Senhoria o Sr. Pregoeiro, com fundamento nos dispositivos legais pertinentes a matéria, oferecer tempestivamente a presente **IMPUGNAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO**, conforme nos fundamentos de fato e de direito que passo a expor:

I. FATOS:

Trata-se de licitação por pregão eletrônico que tem por objeto “*a escolha de melhor proposta de preços para aquisição futura de solução de infraestrutura computacional hiperconvergente com armazenamento distribuído por software, incluindo serviços de implantação, transferência tecnológica (hands-on), migração de dados, operação assistida e garantia da solução por 60 (sessenta) meses, conforme discriminação constante dos Anexos deste Edital*”.

Após a publicação do Edital nº 041/2022, dentro do prazo previsto no instrumento convocatório e na legislação, houve ao menos duas impugnações ao Edital da licitação em questão. Em uma dessa impugnações, houve a oposição de pretensa licitante quanto à exigência de padronização do objeto da contratação para solução portadora de software de fabricante e marca específica. Notadamente a VMware, sob a premissa da “necessidade de compatibilidade de especificações técnicas e de desempenho das licenças e serviços de suporte técnico especializado”.

Mais especificamente, na impugnação, aquela impugnante apontou que não haveria, tanto no Termo de Referência quanto nos Estudos Técnicos Preliminares divulgados para o presente certame, justificativa técnica ou econômica para a indicação de marca específica, restringindo indevidamente o caráter competitivo do certame, conforme fundamentos apresentados em manifestação própria.

Ao final, requereu a imediata suspensão do certame e a retificação do edital licitatório para que fossem removidas as exigências de padronização da solução ofertada ao software de fabricante e marca específica.

Em resposta à impugnação, todavia, o Sr. Pregoeiro rejeitou os pedidos, apresentando fundamentação em defesa da padronização promovida e refutando os fundamentos técnicos expostos pela parte impugnante.

Ocorre que, naquela resposta à impugnação, percebeu-se a apresentação de novas razões pelo Sr. Pregoeiro para justificar a padronização, inéditas no certame, pois não presentes no instrumento convocatório da licitação, tampouco nos Estudos Técnicos Preliminares.

E, além disso, notou-se que as justificativas trazidas para a rejeição da aludida impugnação estão lastreadas em premissas que, em parte, são equivocadas e, no restante, não estão amparadas na documentação técnica que instrui o certame.

Assim, observada aquela nova fundamentação e tendo em vista que houve o adiamento da sessão pública de abertura da licitação, conforme permite o art. 24, caput, do Decreto nº 10.024/19, bem como aquilo que prevê o item 12, do Edital, por intermédio da presente a Requerente apresenta sua impugnação ao instrumento convocatório da licitação, vide os fatos e fundamentos adiante apresentados.

II. RAZÕES PARA IMPUGNAÇÃO:

NOVAS JUSTIFICATIVAS PARA A RESTRIÇÃO DE MARCA/FABRICANTE QUE ESTÃO LASTREADAS EM PREMISSAS EQUIVOCADAS E DESAMPARADAS DE DOCUMENTAÇÃO TÉCNICA NOS ESTUDOS PRELIMINARES – AFRONTA AO CARÁTER COMPETITIVO DO CERTAME:

Como adiantado na sinopse fática, a presente impugnação se origina na resposta dada pelo Sr. Pregoeiro à impugnação ao edital apresentada pela empresa Clear Tecnologia da Informação Ltda, em que foram apresentadas novas justificativas não previstas originalmente no Termo de Referência 61/2022 para a restrição, aos licitantes, de oferta de solução tecnológica que contenha o software de virtualização da marca/fabricante VMware, como previsto no item 2.1.8, do TR.

Diante disso, em que pese a ora Requerente tenha entendimento semelhante àquele apresentado na impugnação já respondida quanto à padronização de marca no corrente certame, para evitar tautologia, concentrará sua impugnação apenas em impugnar as justificativas para a padronização trazidas na resposta à impugnação anterior, demonstrando que o acolhimento da impugnação e a revisão do Edital é medida que se impõe. Ou seja, a presente impugnação versa sobre **FATOS NOVOS**.

Pois bem. Objetivamente, em resposta à impugnação ao instrumento convocatório ofertada pela Clear Tecnologia da Informação Ltda, Vossa Senhoria justificou que não há a intenção, do órgão licitante, de restringir injustificadamente o caráter competitivo do certame licitatório.

Segundo a resposta à impugnação:

“A exigência pelo fornecimento do software VMware, software este que mantém TODA a infraestrutura de Tecnologia da Informação do Tribunal, ocorre única e exclusivamente pelo fato de que este Tribunal possui um parque computacional de servidores legados que já utilizam o software em questão e continuarão sendo utilizados indefinidamente mesmo após a aquisição de novos equipamentos através do Pregão Eletrônico 41/2022.”

Ocorre que, como dito acima, essa justificativa (existência de servidores legados que serão utilizados indefinidamente) é inédita, pois não consta nos instrumentos que instruem o instrumento convocatório da licitação até então. Nem mesmo no Estudo Técnico Preliminar na licitação.

Dito isso, em primeiro lugar, considerando que, nos termos daquilo que está nas justificativas para a licitação do instrumento convocatório, o TRE-PI está em processo de modernização da sua infraestrutura, migrando, ainda que gradativamente, para arquitetura hiperconvergente, observa-se que o presente processo licitatório seria a oportunidade conveniente para também modernizar o ambiente de virtualização, rompendo com a dependência tecnológica com o fabricante VMware.

Mas não bastasse isso, sob a perspectiva técnica, sabe-se que não há qualquer restrição à existência de mais do que uma plataforma de virtualização no mesmo ambiente computacional. Afinal, por razões óbvias (a infraestrutura legada está em uma arquitetura convergente e a nova infraestrutura será baseada em arquitetura hiperconvergente), as duas soluções estariam em clusters distintos.

Notadamente, a respeito da coexistência de hypervisors, sabe-se que o processo de migração de máquinas virtuais entre diferentes hypervisors é completamente automatizado e bastante simplificado. Há várias opções de ferramentas de automação dessa atividade disponíveis no mercado. Por exemplo

Nutanix Move, sem custos:

"Nutanix Move (Move) is a cross-hypervisor mobility solution to move VMs with minimal downtime. Move supports migration from the following sources to targets, where first platform being the source and second platform being the target.

The migrations supported in Move are listed as follows:

- *VMware ESXi to AHV*
- *VMware ESXi on legacy infrastructure to VMware ESXi on Nutanix*
- *VMware ESXi to Nutanix Clusters on AWS*
- *VMware ESXi to Nutanix Clusters on Microsoft Azure (supported only from Move 4.5.1 onwards)*
- *Microsoft Hyper-V to AHV*
- *Microsoft Hyper-V to VMware ESXi on Nutanix*
- *Microsoft Hyper-V to Nutanix Clusters on AWS*
- *AWS EC2 to AHV*
- *AWS EC2 to VMware ESXi on Nutanix*
- *AWS EC2 to Nutanix Clusters on AWS*
- *Microsoft Azure Cloud to AHV*
- *Microsoft Azure Cloud to VMware ESXi on Nutanix*
- *Nutanix AHV to Nutanix AHV*
- *Nutanix AHV to AWS EC2*
- *Nutanix AHV to Microsoft Azure Cloud"*

Fonte: <https://portal.nutanix.com/page/documents/details?targetId=Nutanix-Move:Nutanix-Move>

Outros fabricantes têm soluções similares:

- StarWind:

<https://www.starwindsoftware.com/starwind-v2v-converter>

- Microsoft:

<https://docs.microsoft.com/pt-pt/system-center/vmm/vm-convert-vmware?view=sc-vmm-2022>

Contudo, não há, tanto na justificativa do TR quanto na resposta à impugnação, justificativa pelo órgão licitante de qual seria a desvantagem da coexistência temporária de dois hypervisors. Sabe-se que a existência da desvantagem, que justificaria a restrição ao caráter competitivo do certame, deve ser suficientemente fundamentada. Afinal, segundo cálculos estimativos apresentados pela impugnante anterior, a contratação nos presentes moldes representa um custo adicional de mais de R\$ 3 milhões aos cofres públicos.

Ou seja, ainda que fosse essa (migração das máquinas virtuais) a razão para a exigência de padronização da aquisição para a VMware, em atenção ao critério da vantajosidade, não se deve perder de vista que tal padronização provoca custo adicional superior a R\$ 3 milhões ao órgão licitante. Trata-se de diferença de custo mais do que o suficiente para a contratação de serviços especializados para a migração das máquinas virtuais.

Assim, respeitosamente, a afirmação do Sr. Pregoeiro de que a existência de servidores legados que serão utilizados indefinidamente não é justificativa válida para a restrição da contratação sob o argumento de que a única solução tecnicamente viável para o TRE-PI seja a plataforma de virtualização VMware. Trata-se de premissa falsa.

Inobstante isso, mais adiante em sua resposta negativa à impugnação anterior, tem-se a seguinte afirmação do Sr. Pregoeiro como justificativa para a restrição na competição:

*"Como exposto no edital licitatório, o Tribunal tem previsão para aquisição de apenas 3 (três) nós de hiperconvergência, sendo necessária a manutenção por tempo indeterminado de todo o ambiente legado, **montado sobre a plataforma de hiperconvergência VMware.**"*

Ocorre que, de acordo com o próprio TR, o TRE-PI não tem arquitetura hiperconvergente em seu ambiente computacional. Vide item 2.1.3 do TR:

"2.1.3. O Tribunal Regional Eleitoral do Piauí faz uso, desde 2011, de software de virtualização e de infraestrutura de computação baseada em arquitetura convergente, que vem a ser a tecnologia anterior à hiperconvergente e que vem sendo gradualmente substituída no mercado, devido processo natural de obsolescência da tecnologia."

Assim sendo, **NÃO HÁ QUALQUER REQUISITO DE COMPATIBILIDADE TÉCNICA ENTRE A SOLUÇÃO ANTERIOR E A NOVA QUE PRECISE SER OBSERVADO** na presente contratação. Conforme já mencionado anteriormente, é plenamente possível a existência de mais de uma plataforma de virtualização no mesmo ambiente, pois estarão em clusters separados.

Dito isso, adiante na mesma resposta à impugnação, o Sr. Pregoeiro reforça a justificativa (a única) já presente no TR anexo ao Edital de que a exigência de marca/fabricante específica decorreria dos custos com a prévia capacitação do pessoal interno, acrescendo ainda as despesas que já teria tido com licenças, ferramentas de backup e etc. Vale citar o trecho:

*"Ademais, o Tribunal já realizou um extenso investimento voltado para essa plataforma (**treinamento, aquisição/renovação de licenças, aquisição de ferramentas de backup compatíveis**, etc), o que por si só justificaria sua exigência no certame."*

Porém, no que diz respeito às **licenças** renovadas, para que tal argumento de economicidade e aproveitamento dos investimentos anteriores tivesse validade tais licenças renovadas deveriam ser aproveitadas no cluster hiperconvergente que se pretende contratar. Todavia, isso não se verifica no caso concreto, eis que o TR da presente licitação exige que os nós (servidores) sejam fornecidos **já devidamente licenciados**.

Ademais, inobstante todo o respeito tido por Vossa Senhoria, o argumento de vantajosidade em razão da prévia capacitação com o **treinamento** da equipe não se sustenta. Pelo contrário, manter a plataforma de virtualização provocaria a estagnação técnica da equipe, enquanto a utilização de outra plataforma, podendo ser, inclusive, **sem custos de licenciamento**, além de ter um custo menor de contratação, geraria a oportunidade para a equipe técnica ampliar os conhecimentos.

Ou seja, não se pretendendo aqui repetir os argumentos já sustentados pela impugnante anterior, tem-se que possibilitar a concorrência ampla, nesse caso, é vantajoso sob todas as perspectivas. E, portanto, deve ser a regra.

Indo adiante no argumento da economicidade/vantajosidade, temos que todas as **ferramentas de backup** do mercado suportam múltiplas plataformas de virtualização. Abaixo, apresenta-se análise das principais ferramentas de backup disponíveis, segundo o último quadrante mágico do Gartner^[1]:



Vale citar cada uma delas:

Veeam:

VMs: VMware vSphere, Microsoft Hyper-V, Nutanix AHV and NEW Red Hat RHV

Fonte: <https://www.veeam.com/universal-license.html>

Veritas Technologies:

Veritas NetBackup, in addition to VMware, Microsoft Hyper-V, and Red Hat Virtualization, lets you back up and restore Nutanix AHV virtual machines.

Fonte: https://www.veritas.com/content/support/en_US/doc/127664414-140673865-1

Commvault:

[...] Citrix Hypervisor (XenServer) / Microsoft Hyper-V / Nutanix Acropolis Hypervisor (AHV) / Oracle VM / Red Hat Virtualization (RHV) / VMware (vCenter or ESX server) [...]

Fonte: https://documentation commvault.com/v11/essential/119371_supported_hypervisors.html

Rubrick

Virtualization: VMware vCenter Server 5.5, 6.0, 6.5, 6.7, 7.0 (VMs can run all operating systems and applications supported by VMware), Hyper-V 2016 and 2019 (native support using WMI and RCT), Nutanix AHV AOS 5.0-6.0

Fonte: <https://www.rubrik.com/products/cloud-data-management/rubrik-appliances-environment-support>

Cohesity

Hypervisors: VMware vSphere (5.5 and later)*, Microsoft Hyper-V* (2019, 2016, 2012 R2), Nutanix AHV and RHeV

Fonte: <https://www.cohesity.com/resource-assets/datasheets/Cohesity-DataProtect-Datasheet.pdf>

Dell Technologies

Multi hypervisor protection for virtual environments.

Virtualized environments with multiple hypervisors can quickly become complex and impact integration with data protection solutions. Data Protection Suite reduces these concerns via a single solution designed to support multiple hypervisors including VMware, Hyper-V, OpenStack, KVM and others.

Fonte: <https://www.delltechnologies.com/asset/en-ae/products/data-protection/technical-support/h17685-dellemc-data-protection-suite-ds.pdf>

Ou seja, não foi localizada no mercado **NENHUMA** ferramenta de backup que tenha VMware como única plataforma de virtualização compatível.

Observa-se que, na documentação que ampara o instrumento convocatório da licitação, o TRE-PI **não informou, em nenhum documento, qual a plataforma de backup atualmente em uso na infraestrutura do Tribunal**, tampouco fundamenta sua justificativa com essa informação.

Ainda que fosse o caso de existência de uma inusitada ferramenta de backup compatível apenas com VMware, seria necessária a elaboração de um estudo demonstrando que a sua substituição por software aberto não é possível ou resultaria em perda de vantajosidade. Contudo, tal estudo inexiste, assim como qualquer outro apto a amparar o direcionamento da marca no presente certame.

Por fim, mesmo que tal estudo demonstrasse a inviabilidade da substituição da excêntrica ferramenta de backup que só se compatibiliza com VMware, essa justificativa seria apenas aplicável ao TRE-PI. Seria ainda necessária a justificativa de direcionamento para VMware para todos os copartícipes.

Mais adiante, na manifestação da equipe técnica ao Sr. Pregoeiro, afirmou-se que:

*"A utilização da mesma ao longo dos anos permitiu à equipe técnica lograr um know-how sobre o software. A impugnante tem razão ao afirmar que existem outras plataformas de virtualização. No entanto, **deve-se questionar quantas são compatíveis com as ferramentas já utilizadas em nossa infraestrutura ou quais outras são de domínio dos técnicos do Tribunal**. A não exigência, como deseja a IMPUGNANTE, acarretaria um risco sem precedentes ao Tribunal, uma vez que a futura vencedora poderia oferecer qualquer plataforma que assim desejasse, fosse ela de domínio ou não pela equipe técnica."*

Ora Sr. Pregoeiro, com todas as vêrias, ao contrário do afirmado, não se deve apenas “questionar quantas são compatíveis com as ferramentas já utilizadas [...] ou quais outras são de domínio dos técnicos do Tribunal”. **ISSO DEVE SER RESPONDIDO PELO ÓRGÃO LICITANTE**, ainda na fase interna da licitação, por estudos técnicos, pareceres, consultas e afins.

Ao que parece, sequer o setor técnico do órgão teve o condão de perseguir alternativas à contratação daquela marca/fabricante específico, apesar de ser seu dever fundamentar a excepcional restrição ao caráter competitivo do certame com a restrição de marca.

Não se pode justificar a excepcional vedação à ampliação da concorrência no certame em conceitos abstratos e hipóteses, tais como “questionamentos” sem resposta e “risco sem precedentes ao Tribunal”. Qual é o risco? Quais soluções alternativas são compatíveis com as ferramentas já utilizadas? É possível ganha de vantajosidade na capacitação dos técnicos do TRE-PI em nova solução tecnológica? Não há resposta para essas perguntas, que são essenciais.

Mais à frente, na resposta do Sr. Pregoeiro constou que:

"Além disso, a adoção de uma outra plataforma obrigaria ainda que, em licitações futuras, os equipamentos adquiridos fossem compatíveis ou fornecidos com a nova plataforma, fato agora contestado pela IMPUGNANTE; ou que o Tribunal assuma o risco da possibilidade de ter que abandonar uma plataforma sempre que nova licitação fosse realizada."

Porém, novamente a afirmação está lastreada em premissa equivocada. Pelo presente certame, o TRE-PI está promovendo a transição de tecnologias (de arquitetura convergente para hiperconvergente), conforme já mencionado. Ou seja, não se trata de uma simples atualização/ampliação.

Futuras aquisições para a ampliação da infraestrutura existente, certamente, justificarão a continuidade de utilização da plataforma de virtualização já em uso. Afinal, houve prévia concorrência que demonstrou que a melhor opção foi o hypervisor em questão.

Acontece que, no caso concreto, como já dito, não há qualquer estudo técnico preliminar que ampare, mesmo que minimamente, que VMware seja a única (ou a melhor) opção para o novo ambiente computacional do Tribunal contratante. E esse é o cerne do problema da restrição de marca/fabricante no caso concreto.

Mesmo que, relembrar-se que, nos termos da Súmula 270, do Tribunal de Contas da União, ressalta que a indicação de marcas é admissível apenas quando **“estritamente necessária para atender às exigências de padronização e que haja prévia justificação”**.

E, com todas as vêrias, como demonstrado, não há exigências de compatibilidade aptas a justificar a padronização que imponha a contratação de item pertencente a fabricante/marca específica.

Trata-se de flagrante quebra da isonomia, ao restringir injustificadamente a licitação, deixando de permitir que maior gama de fornecedores possa formular propostas com outras plataformas de virtualização, que são compatíveis com a finalidade da contratação, mas com custos inferiores à Administração Pública.

Assim, diante da resposta à impugnação anteriormente apresentada, quanto à restrição de marca/fabricante, por não preencher o requisito do art. 7º, §5º, e art. 15, §7º, inciso I, da Lei 8.666/93, tampouco aquilo que prevê a Súmula 270, do TCU, é impositiva a revisão do instrumento convocatório da licitação.

III. REQUERIMENTOS:

Ante o acima exposto, observados os **fatos novos** originados com a resposta à impugnação anterior, com fulcro no art. 24, do Decreto nº 10.024/19, a Requerente comparece perante Vossa Senhoria para requerer:

i. Que seja suspensa a licitação em questão por força das irregularidades aqui denunciadas até que devidamente adequado o instrumento convocatório da licitação, vide previsão do art. 24, § 2º, do Decreto nº 10.024/19;

ii. Que seja modificado o instrumento convocatório da licitação, **corrigindo a exigência prevista no item 2.1.8 do TR**, possibilitando a oferta de outras plataformas de virtualização compatíveis com a solução contratada pelos licitantes em suas propostas, republicando o edital;

iii. Caso assim não se entenda, que ao menos seja **publicado/exibido/apresentado o Estudo Técnico Preliminar** que demonstre que VMware é a única plataforma de virtualização que atende aos requisitos de padronização do órgão licitante e dos copartícipes;

iv. Caso se entenda pela manutenção da exigência de VMware, que seja retificado o instrumento convocatório da licitação para constar a exigência da plataforma de virtualização de marca/fabricante específica **em grupo/lote separado do objeto**, permitindo a ampliação da concorrência no grupo/lote dedicado à plataforma de hiperconvergência, eis que o fracionamento do objeto da licitação é a regra, vide art. 23, §1º da Lei 8.666/93 e Súmula 247, do TCU;

v. Por fim, caso ainda assim se entenda pela manutenção da exigência de VMware, **considerando que as justificativas que motivam a restrição à contratação do produto da marca/fabricante VMware são singulares e específicas da realidade do TRE-PI, e que o licenciamento dos softwares está atrelado (de forma inseparável) do objeto principal da contratação (plataforma de hiperconvergência)**:

v.i. Que seja retificado o edital para não permitir a presença de órgãos participantes (art. 6º e seguintes do Decreto 7.892/2013), eis que as justificativas para a restrição não lhes tocam;

v.ii Que ao menos seja retificado o edital para **não permitir as adesões tardias à ata de registro de preços**, como previsto no item 21, do Edital, vez que a “carona” à futura ARP formada a partir da restrição de marca/fabricante se revestiria de flagrante ilegalidade, fora das hipóteses do art. 22, Decreto 7.892/2013;

Pede deferimento.

Curitiba - PR, 08 de setembro de 2022.

CONEXOES VIVAS DESENVOLVIMENTO HUMANO LTDA

CNPJ nº 28.284.850/0001-88

[1] <https://www.gartner.com/technology/media-products/reprints/Veeam/1-2AQ21WOX-PTB.html>

 **Impugnação ao Edital - TRE-PI 041.2022.pdf**

334 KB
