

MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, ORÇAMENTO E GESTÃO
Secretaria Executiva
Diretoria de Administração
Coordenação-Geral de Aquisições

Processo: 03120.000098/2014-31
Interessado: Diretoria de Tecnologia da Informação - DTI
Assunto: Contratação de Fábrica de Software - **Pregão Eletrônico nº 04/2015.**

Reportando-me à impugnação interposta pelo **TUXON SOLUÇÕES EM TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO LTDA – ME**, contra o edital do Pregão Eletrônico nº 04/2015, cujo objeto visa a contratação de empresa especializada na prestação de serviços de desenvolvimento e manutenção de soluções de *software*, na modalidade fábrica de *software*, na forma de serviços continuados presenciais e não presenciais, em regime de empreitada global por preço unitário, de acordo com as especificações e os padrões de desempenho e qualidade estabelecidos pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, temos a expor o que segue:

1. DA ALEGAÇÃO

A impugnante alega, em síntese, que o Edital não prevê quantitativo mínimo de consumo, afirmando que “basear a **fixação de quantitativos mínimos sobre meras estimativas**, sem garantia mínima de utilização, torna-se o mesmo que estabelecer aos licitantes quantitativos mínimos arbitrários”.

Além disso, afirma que a experiência exigida dos empregados frustrará a competitividade do certame:

Afinal, estando as licitantes submetidas à Consolidação das Leis do Trabalho, estas não poderão selecionar profissionais que atendam às exigências do Edital, ou estariam infringindo a Lei. Dessa forma, **apenas as empresas que já possuam em seu quadro esses profissionais poderão participar da licitação, assim restringindo e frustrando seu caráter competitivo**, indo exatamente de encontro ao que regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, que institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências

2. DO PEDIDO

Requer:

a) seja incluído/definido o quantitativo mínimo a ser consumido no contrato com a finalidade de propiciar a elaboração de propostas mais adequadas às necessidades da Administração;

b) seja retirada do rol de exigências a obrigação de comprovar o tempo de experiência dos integrantes do fornecedor.

3. DA ANÁLISE

Instada a se manifestar, a área técnica demandante emitiu o seguinte entendimento:

- a) seja incluído/definido o quantitativo mínimo a ser consumido no contrato com a finalidade de propiciar a elaboração de propostas mais adequadas às necessidades da Administração.

O Decreto nº 7.892, de janeiro de 2013, que regulamenta o Sistema de Registro de Preços, em seu Art. 9º, cita o que deve ser contemplado em um edital de licitação para registro de preços. De acordo com o inciso IV, a quantidade mínima de unidades a ser cotada, por item, é exigida apenas no caso de aquisição de bens. O Edital ora em questão trata da aquisição de serviço eximindo, portanto, a obrigatoriedade de incluir/definir no Edital o quantitativo mínimo de serviço a ser consumido no contrato.

A título de informação e sem que os valores se configurem como quantitativo mínimo a ser consumido no contrato, este Ministério torna público o consumo aproximado anual dos contratos ora vigentes para atender a manutenção e o desenvolvimento de novos sistemas por tecnologia: Java - 3.000 PF; PHP: 800 PF e Phyton: 800 PF. Cabe ressaltar que este cenário não contempla todas as demandas por desenvolvimento, uma vez que há demandas reprimidas devido à limitação na quantidade de Pontos de Função dos atuais contratos.

- b) seja retirada do rol de exigências a obrigação de comprovar o tempo de experiência dos integrantes do fornecedor.

O fato de a Lei nº 11.644, de março de 2008, não permitir ao empregador exigir do candidato a emprego comprovação de experiência prévia por tempo superior a seis meses no mesmo tipo de atividade, não implica na impossibilidade de o empregador contratar profissionais com perfis técnicos que atendam às condições mínimas para execução do objeto ora em questão. Ademais, os profissionais a serem alocados pelo vencedor do certame podem já compor o quadro da empresa configurando-se, portanto, que a contratação de novos profissionais ou redistribuição do quadro atual de empregados é uma prerrogativa unilateral da vencedora do processo licitatório não cabendo ao Contratante nenhum ônus sobre esta decisão. É razoável, também, que, diante dos quantitativos ora em licitação, as empresas interessadas no processo de licitação disponham ou de quadro permanente que atenda às exigências do Edital ou de processos de seleção de pessoal aptos a atender tais exigências nos prazos e agilidades requeridos à execução do contrato.

Entende este Ministério que, ao retirar do rol de exigências a obrigação de comprovar o tempo de experiência dos profissionais a serem alocados pela licitante vencedora na fase de execução do contrato, além de comprometer os resultados a serem entregues pela contratada - principalmente no tocante a prazos e qualidade das entregas - transfere à Administração Pública o ônus da preparação dos integrantes do fornecedor para atender-lhe naquilo que é essencial à boa execução do contrato: equipe técnica apta e com experiência adequada para entregas, com qualidade, nos prazos suportados pelos projetos.

Ressalta-se ainda que, ao realizar a vistoria técnica disponibilizada por este certame, as empresas interessadas no processo licitatório têm a oportunidade de verificar e constatar, o nível de experiência necessário à consecução dos projetos objeto desta contratação.

Nesse sentido, o posicionamento deste Ministério coaduna com recente entendimento do Tribunal de Contas da União – TCU e jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça – STJ, sendo, portanto, pertinente a exigência temporal de experiência mínima, em conformidade com a magnitude e complexidade do objeto. Além disso, a exigência do edital se refere à fase de execução contratual, não onerando qualquer licitante que eventualmente não tenha apresentado a melhor proposta:

[VOTO]

5. Para o deslinde da matéria, impende transcrever, preliminarmente, o inc. I do § 1º do art. 30 da Lei nº 8.666/93, que trata especificamente da qualificação técnico-profissional, verbis:

"I - capacitação técnico-profissional: comprovação do licitante de possuir em seu quadro permanente, na data prevista para entrega da proposta, profissional de nível superior ou outro devidamente reconhecido pela entidade competente, detentor de atestado de responsabilidade técnica por execução de obra ou serviço de características semelhantes, limitadas estas exclusivamente às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação, vedadas as exigências de quantidades mínimas ou prazos máximos." (grifei)

6. O cerne da discussão está relacionado à interpretação que se deve dar à parte final do aludido dispositivo - "vedadas as exigências de quantidades mínimas". Admitir-se-iam duas interpretações: a primeira, no sentido de que não seria possível exigir quantidades mínimas relativamente aos serviços objeto dos atestados fornecidos, e a segunda, de que não seria aceita exigência de quantidades mínimas de atestados.

7. Entendo que a primeira interpretação não é a que mais se coaduna com o interesse da Administração de se resguardar quanto à real capacidade técnica da licitante de prestar adequadamente os serviços pactuados. Especialmente em serviços de maior complexidade técnica, como os que envolvem o objeto do pregão promovido pela Ceron, seria imprescindível a apresentação de atestado de capacidade técnico-profissional com exigência de quantitativos mínimos, sob pena de a Administração atribuir responsabilidade pela prestação dos serviços a profissionais que não detêm capacidade técnica demonstrada na execução de serviços de porte compatível com os que serão efetivamente contratados.

8. Por isso, sou de opinião que a interpretação mais adequada do art. 30, § 1º, inc. I, in fine, da Lei nº 8.666/93, é a de que é possível, e até mesmo imprescindível à garantia do cumprimento da obrigação, delimitar as características que devem estar presentes na experiência anterior a ser comprovada pelas licitantes - compatíveis com o objeto pactuado -, aí se inserindo a exigência de quantitativos mínimos concernentes ao objeto que se pretende contratar. [AC-3070-41/13-P] (grifo nosso)

Pregão para serviços de natureza contínua: exigência, para fim de habilitação, de experiência temporal mínima.

Representação contra o Pregão Eletrônico n.º 48/2010, promovido pelo TCU com vistas à contratação de serviços contínuos de operação e

manutenção predial preventiva e corretiva dos sistemas, equipamentos e instalações do Tribunal, em Brasília/DF, apontou possíveis irregularidades no instrumento convocatório do certame, dentre elas a comprovação, pelos licitantes, de experiência mínima de três anos no mercado do objeto licitado. A unidade técnica responsável pela instrução considerou tal exigência compatível com a magnitude e complexidade do objeto.

Em seu voto, o relator destacou que os serviços a serem contratados, por sua natureza contínua, consoante o art. 57 da Lei n.º 8.666/93, poderiam se estender por longo período e, assim, *“a exigência temporal de experiência mínima no mercado do objeto também é, em princípio, compatível com o dispositivo legal há pouco mencionado, já que o tempo de atuação é critério relevante para avaliar a solidez do futuro fornecedor e, com isso, assegurar boa execução do objeto”*. Desse modo, o *“estipulado prazo de três anos de atuação no mercado (...) é compatível, dada a natureza contínua dos serviços em questão, com o prazo máximo de 60 meses autorizado pelo inciso II do art. 57 da Lei 8.666/1993”*. Com base nos fundamentos apresentados pelo relator, deliberou o Plenário pela improcedência da representação. (TCU-Acórdão n.º 2939/2010-Plenário, TC- 019.549/2010-5, rel. Min. Aroldo Cedraz, 03.11.2010.).

“2. Não se comete violação ao art. 30, II, da Lei nº 8.666/93, quando, em procedimento licitatório, a Administração Pública edita ato visando a cercar-se de garantias o contrato de prestação de serviços de grande vulto e de extremo interesse para os administrados.

3. Tendo em vista o elevado montante dos valores objeto de futura contratação, é dever do administrador público realizar todas as etapas do processo seletivo do prestador de serviço com grande cautela, pautando-se rigorosamente pelos preceitos legais aplicáveis, especialmente o art. 30, § 1º, da Lei nº 8.666/93, e outros pertinentes.

4. "O exame do disposto no art. 37, XXI, da Constituição Federal, em sua parte final, referente a "exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações" revela que o propósito aí objetivado é oferecer iguais oportunidades de contratação com o Poder Público, não a todo e qualquer interessado, indiscriminadamente, mas, sim, apenas a quem possa evidenciar que efetivamente dispõe de condições para executar aquilo a que se propõe" (RMS nº 13.607/RJ, 1ª Turma. Rel. Ministro José Delgado, 02/05/2002, DJ de 10.06.2002). (grifo nosso)

Dessa forma, este Ministério decide manter as exigências editalícias, por serem imprescindíveis à garantia do cumprimento das obrigações assumidas pela(s) empresa(s) vencedora(s).

4. DA CONCLUSÃO

Recebo a impugnação interposta, considerando ter sido apresentada de forma tempestiva, para negar-lhe provimento, em face da impertinência das alegações, o que ensejará na manutenção do rito procedimental referente ao Pregão Eletrônico SRP nº 04/2015.

Brasília-DF, 15 de abril de 2015.



MARCOS RODRIGO LIMA DO NASCIMENTO GOMES
Pregoeiro