

ILÚSTRÍSSIMO SENHOR PREGOEIRO DO MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO,
DESENVOLVIMENTO E GESTÃO

IMPUGNAÇÃO

Pregão para Registro de Preços nº 3/2017

Impugnante: Interagi Tecnologia Ltda.

INTERAGI TECNOLOGIA LTDA-EPP, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob o nº 05.045.317/0001-68, sediada na Rua C-184 QD. 452, Lt. 18, C-1, Jardim América, na cidade de Goiânia – GO, CEP 74275-220, por meio de seu representante legal vem, perante Vossa Senhoria, tempestivamente e na forma legal, apresentar **IMPUGNAÇÃO** ao edital em epígrafe, pelos motivos de fato e de direito a seguir expostos.

I – PRELIMINARMENTE**1.1. Da tempestividade**

Nos termos do item 14.1.2 do edital, até 02 (dois) dias úteis antes da data designada para a abertura da sessão pública, qualquer licitante poderá apresentar impugnação ao instrumento convocatório.

14.1.2 Decairá do direito de impugnar, perante a Administração, as falhas ou irregularidades do instrumento convocatório, o licitante que não o fizer até o segundo dia útil que anteceder à data prevista para recebimento dos envelopes e início da abertura dos envelopes das propostas, hipótese em que tal impugnação não terá efeito de recurso.

Considerando que a data prevista para a sessão inaugural será o dia 16.05.2017, terça-feira, o prazo para impugnar o edital finda no dia 12.05.2017, sexta-feira, de tal sorte que o presente expediente atende ao requisito objetivo da tempestividade, devendo assim ser analisado em seus fatos e razões de direito ora consubstanciados, e julgado no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, nos termos da legislação e item 22.3 do instrumento convocatório.



II – DOS FATOS

2.1. Das considerações iniciais

Conforme extrai-se do instrumento convocatório, o certame em comento tem por objetivo a “*Registro de Preços para eventual contratação de empresa especializada na prestação de serviços CONTINUADOS compreendendo a disponibilização de solução tecnológica para automação de serviços públicos, no modelo de Software como Serviço (SaaS), bem como a adequação e automação dos serviços propriamente ditos, com o uso da solução tecnológica disponibilizada, incluindo suporte técnico e treinamento, capazes de atender a órgãos e entidades da Administração Pública Federal com necessidade de automatizar serviços públicos por eles prestados.*”

A **IMPUGNANTE** é empresa atuante no seguimento pertinente ao objeto da licitação, com vasta experiência no ramo e detentora de atestados de capacidade técnica profissional e operacional que comprovam sua excelente qualificação para execução dos serviços, e possui interesse em participar do presente certame.

Todavia, ao analisar o edital, a **IMPUGNANTE** verificou a existência de exigências ilegais no que tange à qualificação técnica das licitantes, estando as exigências em desacordo com o preconizado pela Lei Federal nº 8.666/93 – Lei de Licitações, e que possuem o condão de macular o presente certame, conforme passa a demonstrar.

III – DOS DISPOSITIVOS IMPUGNADOS

Os dispositivos impugnados são aqueles relacionado aos critérios técnicos para julgamento das propostas das licitantes, previstos nos itens 9.7.1.2 e 9.7.2, alíneas “a” e “b” do instrumento convocatório, que a seguir são transcritas:

9.7.1 O licitante, cadastrado ou não no SICAF, deverá comprovar aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, por meio de:

9.7.1.1 Atestados de Capacidade Técnica (ACT) em nome da licitante, expedidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, do País ou do exterior, que comprovem fornecimento compatível com os serviços constantes deste Termo de Referência:

9.7.1.2 ACT comprovando o fornecimento da mesma Solução Tecnológica ofertada no Item I, disponibilizada no modelo Software como Serviço (SaaS), para pelo menos 500 (quinhentos) usuários atendentes (usuários que acessam funcionalidades das interfaces de atendimento e/ou configuração, definidos neste Termo de Referência como Usuários Governo);



9.7.2 Certificados ou credenciações por organismo credenciado, expedidos por pessoas jurídicas competentes para tanto, que comprovem:

- a) a conformidade da Solução Tecnológica ofertada com a ABNT NBR ISO/IEC 27001:2013, que especifica os requisitos para estabelecer, implementar, manter, melhorar e tratar riscos de forma continuada de um sistema de gestão da segurança da informação;
- b) conformidade da Solução Tecnológica ofertada com a ABNT NBR ISO/IEC 27017:2016, que fornece diretrizes para os controles de segurança da informação aplicáveis à prestação e utilização de serviços em nuvem, sendo excepcionalmente admitida uma auto declaração de conformidade com esta norma, por se tratar de certificação recente no País, e o Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão poderá realizar diligência, a qualquer tempo, para atestar que os requisitos e controles de segurança da informação prescritos pela norma ABNT NBR ISO/IEC 27017:2016 foram atendidos satisfatoriamente;
- c) a disponibilidade dos serviços em conformidade com a certificação TIA 942 TIER II (datacenter uptime 99,741%).

3.1. Da ilegalidade de exigência de apresentação de atestados de capacidade técnica demonstrando o desenvolvimento anterior de soluções de T.I. (serviços) idênticos ao exigido no edital

No tocante à tal exigência, verifica-se que o instrumento convocatório viola expressamente o disposto nos art. 30, inciso II, e §§ 1º e 3º da lei de licitações, que estabelecem que a Administração, ao exigir atestados de capacidade técnica, **deverá, obrigatoriamente, permitir a apresentação de atestados que comprovem o desenvolvimento anterior de serviços similares de complexidade tecnológica operacional equivalente ou superior**, senão vejamos:

Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a:

II - comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, e indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos;

§ 1º A comprovação de aptidão referida no inciso II do "caput" deste artigo, no caso das licitações pertinentes a obras e serviços, será feita por atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado,



devidamente registrados nas entidades profissionais competentes, limitadas as exigências a:

(...)

§ 3º Será sempre admitida a comprovação de aptidão através de certidões ou atestados de obras ou serviços similares de complexidade tecnológica e operacional equivalente ou superior.

Noutras palavras, o comando legislativo não permite que a Administração exija que as licitantes demonstrem ter realizado serviço idêntico, tal como exigido no item 9.7.1.2, o que frustraria de forma inócua e contraproducente o caráter competitivo do certame, mas sim serviço similar de complexidade tecnológica operacional equivalente ou superior.

Nesse sentido, Marçal Justen Filho assevera:

“(...) não há cabimento em impor a exigência de que o sujeito tenha executado no passado obra ou serviço exatamente idêntico ao objeto da licitação. Parece evidente que o sujeito que executou obra ou serviço idêntico preenche os requisitos para disputar o certame e deve ser habilitado. Mas também se deve reconhecer que a idoneidade para executar o objeto licitado pode ser evidenciada por meio da execução de obras ou serviços similares, ainda que não idênticos. Em outras palavras, a Administração não pode exigir que o sujeito comprove experiência anterior na execução de um objeto exatamente idêntico àquele licitado (...)”. [Justen Filho, Marçal, in Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 16ª edição, p. 590]

3.2. Da ilegalidade de exigência de apresentação de certificados ou credenciações por organismos credenciados

Melhor sorte não guarda à exigência indica no item 9.7.2. do instrumento convocatório, que determina às licitantes a apresentação de certificados ou credenciações emitidos por organismos credenciados para fins de habilitação.

O que ocorre é que tais exigências (a apresentação de certificados ou credenciações) não estão previstas no rol do art. 30 da Lei de Licitações, que é exaustivo e impõe limites para as exigências contidas nos editais de licitação a fim de verificação da capacidade técnica das licitantes.

Note-se que a lei não impõe a obrigatoriedade de inserção nos instrumentos convocatórios de todas as exigências ali contidas. Portanto, fica à critério da Administração, de acordo com as peculiaridades de cada objeto, a definição de

quais, **dentre os documentos elencados em lei**, são imprescindíveis para a demonstração da aptidão das licitantes.

Valendo-se do brocardo latino “*in claris cessat interpretatio*” que sintetiza o entendimento de que a lei não precisa ser interpretada quando ela for clara, a impugnante faz aqui repisar o que dispõe o caput do art. 30 da Lei de Licitações, que preconiza a Administração deverá se limitar a exigir os documentos previstos no art. 30 para fins de qualificação técnica das licitantes:

Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a:

Sobre o tema, colhem-se os valorosos ensinamentos de **MARÇAL JUSTEN FILHO**¹:

“O elenco dos arts. 28 a 31 deve ser reputado como máximo, e não como mínimo. Ou seja, não há imposição legislativa a que a Administração, em cada licitação, exija comprovação integral quanto a cada um dos itens contemplados nos referidos dispositivos. **O edital não poderá exigir mais do que ali previsto, mas poderá demandar menos**”. (grifou-se)

A respeito de tal questão, o Tribunal de Contas da União possui entendimento pacífico de que “***a jurisprudência do Tribunal é firme no sentido de que o art. 30 da Lei 8.666/1993, ao utilizar a expressão ‘limitar-se-á’, elenca de forma exhaustiva todos os documentos que podem ser exigidos para habilitar tecnicamente um licitante (v.g. Decisão 739/2001 – Plenário; Acórdão 597/2007 – Plenário)***”.

Na mesma diretriz, **Toshio Mukai** leciona que:

Os arts. 27 a 31 indicam a documentação a ser, com exclusividade, exigida para a habilitação. Essas exigências são taxativamente elencadas pela Lei n. 8.666/93, sendo, portanto, vedadas as exigências não constantes expressamente nesse diploma. Trata-se de normas gerais sobre licitações, pois as exigências dizem todas respeito à salvaguarda dos princípios da licitação, em especial do da igualdade. (Licitações e contratos públicos. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p.84).

Em igual perspectiva, situou-se o Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO. NÃO CONHECIMENTO. TEMPESTIVIDADE DOS EMBARGOS DECLARATÓRIOS. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO "PAS DE NULLITÉ SANS

¹ MARÇAL JUSTEN FILHO, *in* Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 16ª ed., p820



GRIEF". ART. 31 DA LEI DE LICITAÇÕES. ROL TAXATIVO. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA PARTE, DESPROVIDO. (REsp n. 799098/RJ, rel. Min. Teori Albino Zavascki). (grifo nosso).

Registra-se, por oportuno, que a Instrução Normativa nº 4, de 11 de setembro de 2014, da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Governo Federal veda, expressamente, a exigência de certificados:

Art. 25. A definição, pelo Integrante Técnico, dos critérios técnicos de julgamento das propostas para a fase de Seleção do Fornecedor, deverá observar o seguinte:

c) a vedação da indicação de entidade certificadora, exceto nos casos previamente dispostos em normas do governo federal;

O fato é que certificações não fazem parte do rol do art. 30 da Lei de Licitações, de tal sorte, que tanto a jurisprudência quanto a melhor doutrina entendem que tais exigências só podem ocorrer para fins de pontuação técnica em certames cujo julgamento seja por técnica ou técnica e preço.

Marçal Justen Filho assim leciona:

“Em suma, há enorme risco de que a exigência da certificação ISO represente uma indevida restrição ao direito de participar da licitação. Mas isso não pé o mais grave, pois existe questão jurídica de muito maior relevância. Trata-se de que a ausência da certificação ISO não significa inexistência de requisitos de habilitação. Uma empresa pode preencher todos os requisitos para obtenção da certificação, mas nunca ter tido interesse em formalizar esse resultado. Exigir peremptoriamente a certificação como requisito de habilitação equivaleria a tornar compulsória uma alternativa meramente facultativa: nenhuma lei condiciona o exercício de alguma atividade à obtenção do Certificado ISO. Portanto, obtém a certificação quem o desejar (e preencher os requisitos pertinentes, é óbvio)” (in Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 11º Ed, São Paulo: Dialética, 2005, p. 339)

A Egrégia Corte de Contas recentemente se manifestou sobre o assunto, a saber:

Não é possível a exigência de certificação ISO, e outras semelhantes, com o fim de habilitação de licitantes ou como critério para a qualificação de propostas



Mediante pedido de reexame, a Centrais Elétricas do Norte do Brasil S.A. – (Eletronorte) manifestou seu inconformismo contra o Acórdão nº 1.612/2008, do Plenário, o qual lhe determinara que, nos editais de suas licitações, deixe de exigir a certificação expedida pela Organização Internacional de Normalização (International Organization for Standardization – ISO) e outras semelhantes, para a habilitação dos participantes ou como critério para a qualificação de propostas. Para a recorrente, “a jurisprudência que serviu de base para a determinação contestada é relativa apenas a serviços de informática”. Segundo o relator, no entanto, “nenhum dos motivos que levaram à formação do entendimento deste Tribunal é exclusivo de certames dessa natureza”. Para ele, as certificações nacionais correspondentes à família 9000 da ISO se referem, em linhas gerais, a critérios para implantação de sistemas de garantia da qualidade. Para obtê-los, a empresa deveria demonstrar a adequação de seus procedimentos de fabricação aos padrões estabelecidos na norma, o que garantiria, ao menos em tese, “que os produtos oriundos dessa empresa tenham sempre as mesmas características”. Todavia, ainda conforme o relator, “isso não garante que eles tenham qualidade superior aos de uma empresa que não seja certificada”. Além do que, no ponto de vista do relator, “obter a certificação ISO é faculdade das empresas – não há lei que a indique como condição para exercício de qualquer atividade”. Restritiva, portanto, a exigência desse predicado como condição para qualificação em licitações, pois “afastar os participantes não certificados reduz a possibilidade de alcance da melhor proposta para a Administração, sem que haja justificativa razoável para tanto”. Por outro lado, não haveria óbice para a utilização do aludido certificado para atribuir pontuação a uma empresa licitante, dado que isso permitiria reconhecer seu diferencial em relação a outras que não comprovaram a adequação de seu sistema de produção aos critérios de qualidade estabelecidos em tais normas. Por conseguinte, votou por que se negasse provimento ao pedido de reexame, mantendo-se os exatos termos do Acórdão nº 1.612/2008-Plenário, no que contou com a acolhida do Plenário. Precedente citado: Acórdão no 2461/2007, do Plenário. Acórdão n.º 1085/2011-Plenário, TC-007.924/2007-0, rel. Min. José Múcio, 27.04.2011.

Observe outras decisões do TCU:

Decisão nº 152/2000 – Planário, rel. min. José Antonio B. de Macedo
“abster-se de exigir Certificados da série ISO 9000, por frustrar o caráter competitivo da licitação”

TCU – Acórdão 1292/2003 – Plenário



ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Plenária, com fundamento no art. 43, inciso I, da Lei nº 8.443/92 e no art. 250, inciso II, do Regimento Interno, em:

9.1. determinar à Superintendência da Zona Franca de Manaus – Suframa que:

...

9.1.4. abstenha-se de exigir, em futuras licitações realizadas na modalidade pregão, certificados da série ISO 9000, em observância ao disposto no art. 3º, § 1º, inciso I, da Lei nº 8.666/93, art. 3º, inciso II, da Lei nº 10.520/2002, e nas Decisões Plenárias nºs 020/1998 e 152/2000;

IV – CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme se demonstra, os dispositivos impugnados infringem diversos princípios como os da legalidade, isonomia e da ampla concorrência nas licitações públicas, em flagrante afronta ao art. 33, inciso XXI da Constituição, que assim dispõe:

Art. 33 (...)

*XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual **somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.***

A Lei Federal nº 8.666/93, por sua vez, em seu artigo 3º, inciso I veda a inclusão de exigências que restrinjam ou frustrem o caráter competitivo do certame:

***Art. 3º** A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da **isonomia**, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com **os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa**, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.*

§ 1º É vedado aos agentes públicos:

I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, 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, ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 deste artigo e no art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991;

V – DO PEDIDO

Pelo exposto, Sr. Pregoeiro, a Impugnante requerer o conhecimento e provimento de suas razões expostas no presente expediente de impugnação, de modo a retirar as exigências contidas nos itens 9.7.1.2 e 9.7.2, promovendo as devidas alterações no edital, adequando-o à legislação regente.

Termos em que,

Pede e espera deferimento.

Goiânia – GO, 12 de maio de 2017.

A handwritten signature in blue ink, appearing to be "Regner Santos", is written over the printed name and title.

INTERAGI TECNOLOGIA LTDA.
Regner Santos – Representante Legal