

ILUSTRÍSSIMO(A) SENHOR(A) PREGOEIRO(A) DA
MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, DESENVOLVIMENTO E GESTÃO
COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÃO

PREGÃO ELETRÔNICO PARA REGISTRO DE PREÇOS Nº 3/2017

JUNEVAL RODRIGUES ME, empresa inscrita no CNPJ sob o nº 24.153.503/0001-65, sediada na Rua 21 Norte, Lote 3, apto. nº 203 do Ed. Villa Grandino, Águas Claras, Brasília/DF, por seu procurador infra assinado, vem à presença de Vossa Senhoria, nos termos do art. 41, §§ 1º e 2º, da Lei nº 8.666/93 e item 9 do Edital apresentar

IMPUGNAÇÃO

aos termos do **PREGÃO ELETRÔNICO PARA REGISTRO DE PREÇOS Nº 3/2017**, certame licitatório no qual tem interesse em participar, com fulcro nos fatos e fundamentos a seguir aduzidos.

I. Da Tempestividade da Impugnação e Legitimidade do Impugnante

Consigna a Lei 8.666/93:

“Art. 41. A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada.

[...]

“§ 2º Decairá do direito de **impugnar os termos do edital de licitação perante a administração** o licitante que não o fizer **até o segundo dia útil que anteceder a abertura dos envelopes de habilitação em concorrência**, a abertura dos envelopes com as propostas em convite, tomada de preços ou concurso, ou a realização de leilão, as falhas ou irregularidades que viciariam esse edital, hipótese em que tal comunicação não terá efeito de recurso. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)”

“§ 3o A impugnação feita tempestivamente pelo licitante não o impedirá de participar do processo licitatório até o trânsito em julgado da decisão a ela pertinente.”

Consigna o **PREGÃO ELETRÔNICO PARA REGISTRO DE PREÇOS Nº 3/2017**:

22– DA IMPUGNAÇÃO AO EDITAL E DO PEDIDO DE ESCLARECIMENTO

22.1 Até 2 (dois) dias úteis antes da data designada para a abertura da sessão pública, qualquer pessoa poderá impugnar este Edital.

Como consigna o preâmbulo do Edital a sessão de abertura dos envelopes está designada para o dia 16 de maio de 2017, podendo qualquer interessado apresentar impugnações ao Edital até o dia 12 de maio de 2017.

A impugnante, no caso, é pessoa jurídica que tem em seu objeto social atividades pertinentes e compatíveis ao objeto do certame.

Presentes, portanto, os requisitos de tempestividade e legitimidade para a Impugnação.

II - Dos Fatos e do Direito

O Ministério do Planejamento promove o Pregão nº 003/2017 para, conforme se lê do Edital:

“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, conforme condições e especificações contidas no Termo de Referência e em seus Anexos.”

O Edital contém especificações e exigências que violam os princípios constitucionais da objetividade, legalidade e da ampla competitividade, dispostos no artigo 3º, da Lei 8.666/93, como se demonstra a seguir, em razão do que, tais requisitos devem ser corrigidos a tempo e modo, sob pena de, necessariamente, anular-se, por ilegal, o certame (art. 49, caput, Lei 8.666/93, última parte).

1 – DAS DISPOSIÇÕES EDITALÍCIAS QUE NÃO SE AJUSTAM À LEI 8.666/93

a) CLÁUSULAS RESTRITIVAS À PARTICIPAÇÃO DOS INTERESSADOS

O Item 9 do Termo de Referência estabelece os requisitos de habilitação, considerados por esta Impugnante absolutamente restritivos, impedindo a participação de licitantes em perfeitas condições de ofertar os serviços requeridos.

A restrição encontra-se configurada principalmente, mas não de forma exaustiva, no subitem 9.7 do Edital, abaixo transcrito.

9.7 As empresas, cadastradas ou não no SICAF, deverão comprovar, ainda, a qualificação técnica, por meio de:

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);

9.7.1.3 ACT comprovando o fornecimento de serviços semelhantes aos descritos no **Item II**, totalizando o equivalente a pelo menos 30.000 (trinta mil) horas de trabalho técnico;

9.7.1.4 ACT comprovando a prestação de serviço de treinamento semelhante ao descrito no **Item IV**, com o equivalente a pelo menos 200 (duzentas) horas-aula de treinamento.

A exigência de comprovação do fornecimento da solução requerida, especificamente no **modelo Software as a Service (SaaS)**, configura restrição indevida à participação de interessados no certame, sobretudo porque o modelo de fornecimento adotado na referida licitação não é fator determinante no que tange à solução em si. Para o fim que se pretende alcançar com o referido certame, importa sim, evidentemente, averiguar se a solução a ser ofertada atende aos requisitos técnicos exigidos, os quais podem e devem ser comprovados mediante a apresentação de atestados e de amostra (prova de conceito).

Desta forma, o atendimento ao modelo de fornecimento Software as a Service (SaaS) deveria estar definido na forma da execução do contrato, com os respectivos níveis mínimos de serviço a serem atendidos.

Outro item de restrição ilegal identificado se refere à comprovação de conformidade da Solução Tecnológica às normas da ABNT e com a Certificação TIA 942 TIER II, abaixo transcrito.

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%).

Trata-se de exigência incomum nesta espécie de contratação e, portanto, indevida e desarrazoada, não encontrando qualquer justificativa plausível para permanecer figurando no presente Edital, sobretudo porque as próprias recomendações contidas nas normas da ABNT não estão traduzidas concretamente na forma de requisitos, inviabilizando inclusive a verificação das licitantes sobre o atendimento ou não à exigência editalícia.

Outro item restritivo devido ao excessivo rigor verifica-se no subitem 10.11 do Item 10. Prova de Conceito da Solução Tecnológica, transcrito abaixo.

10.11. Caso a equipe técnica constate que a Solução Tecnológica ofertada não atende a um ou mais requisitos funcionais, a licitante será desclassificada e eliminada do processo licitatório. A licitante será igualmente desclassificada caso não envie seus representantes à sessão ou não disponibilize as informações requeridas para realização da prova de conceito no prazo estipulado.

Pela redação acima, o desatendimento a um único requisito funcional enseja a desclassificação e eliminação no certame da empresa participante, fazendo supor que já existe no mercado uma solução 100% aderente ao propósito da contratação e, portanto, eliminando ilegalmente a possibilidade efetiva de uma competição igualitária entre os participantes.

Como lembra o TCU (**Acórdão 310/2013-Plenário, TC 037.832/2011-5, relator Ministro Walton Alencar Rodrigues, 27.2.2013.**), “... a restrição à livre participação em licitações públicas constitui exceção ao princípio constitucional da isonomia e à vedação à restrição do caráter competitivo dos certames, de sorte que é imprescindível a comprovação inequívoca de ordem técnica de

que somente equipamentos com as especificações restritivas estão aptos a atender às necessidades específicas da Administração...”.

E ainda: *“Não se trata de reprovando especificações técnicas rigorosas. Censuro, amparado na jurisprudência pacífica desta Corte de Contas, a ausência de comprovação de que essas especificações decorreram de necessidades apuradas em estudos prévios ao certame”.*

A exigência editalícia revela-se restritiva à ampla competitividade, em especial porque a Constituição Federal veda que as regras de licitações contenham cláusulas restritivas à participação dos interessados: art. 37, 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 exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.”
(Sem grifo no original.)

Tal disposição é reiterada no art. 3º, § 1º, I, da Lei n. 8.663/93:

“É vedado aos agentes públicos admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo...”

Por disposição constitucional e infraconstitucional, as únicas exigências que a administração pode fazer dos interessados em licitar são aquelas indispensáveis ao cumprimento do contrato, sob pena de violação do princípio da competitividade.

Toda licitação tem edital com cláusulas que restringem o objeto e o universo dos participantes, uma vez que a Administração necessita de um dado objeto (o que exclui os demais, semelhantes ou não) e de condições pessoais do futuro contratado que conduzam à alta probabilidade de que o contrato será cumprido.

Saliente-se que o objetivo da Administração Pública ao iniciar um processo licitatório é exatamente obter proposta mais vantajosa para contratação de bem ou serviço que lhe seja necessário, observados os termos da legislação aplicável, inclusive quanto à promoção da máxima competitividade possível entre os interessados.

Entretanto, com a manutenção das referidas exigências, a competitividade pretendida e a melhor contratação almejada, poderão restar comprometidos o que não se espera, motivo pelo qual a impugnante ataca os termos do Edital e seus anexos, o que o faz por meio da presente manifestação.

Quanto maior e mais complexo o serviço a executar, como é o caso, maiores deverão ser as exigências da Administração. No entanto, estas exigências não podem ir além do estritamente necessário à obtenção do objeto desejado pelo Poder Público.

b) NECESSIDADE E VIABILIDADE DE PARTICIPAÇÃO DE CONSÓRCIOS

O edital compreende objeto complexo dividido em serviços de natureza diversa, consistindo blocos bem distintos, atendendo atividades meio e atividades finalísticas de alta especialização, realizadas pelo Ministério do Planejamento.

Diz o Edital:

5.2 Não poderão participar desta licitação os interessados: [...]

5.2.5 entidades empresariais que estejam reunidas em consórcio;

Avaliando os requisitos de habilitação técnica exigidos, a licitante tem que comprovar ter executado serviços de natureza diversa, que são, ou podem ser perfeitamente executados de forma autônoma e independente, o que caracteriza prejuízo à ampla competitividade do certame.

Em tese, tratam-se de serviços / itens que podem ser fornecidos / prestados por empresas distintas umas das outras e diversas do fornecedor da solução principal que se pretende contratar, sem causar qualquer prejuízo à qualidade esperada e possibilitando, entende-se pela necessidade de permitir a participação de empresas em consórcio e dessa forma aumentar a competitividade do certame, prezando pelo interesse público.

As funcionalidades requeridas possuem características integradas porém diversas, de modo que a contratada envolvida na prestação de um e outro serviço pode ser igualmente distinta, justificando a possibilidade de participação de empresas em consórcio, de acordo com a Lei 8.666/93 (art. 33), regularmente constituído, garantindo à Administração a responsabilidade solidária das consorciadas, com muito maior segurança que singela subcontratação onde a solidariedade ou subsidiariedade não decorre de lei.

Há, ainda, diferente composição do custo e distintas incidências tributárias para cada tipo de serviço.

É imperioso constatar que é prejudicial à competitividade acumular num mesmo lote do objeto a ser licitado a prestação de espécies de serviços de natureza autônoma e distinta, que podem ser prestados por empresas diferentes.

A agregação dos diversos tipos de serviços, com critérios de composição distintos, sem permitir a participação de consórcios limita a competitividade, à medida que afasta a possibilidade de participação consorciada de licitantes que fornecem apenas um daqueles tipos de serviços, que não necessitam ser prestados por uma única contratada, o que restringe a competitividade, com ferimento direto ao artigo 3.º, §1.º, inciso I da lei 8.666/93:

“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, 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 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. (Redação alterada pela Medida Provisória n.º 495, de 19 de julho de 2010). (Grifos de nossa autoria.)”

Com efeito, mantida a impossibilidade de participação de empresas em consórcio e sem a possibilidade de subcontratação sobre o objeto de extrema complexidade, estará impedida a participação de diversas empresas que se encontram estabelecidas com sucesso, no mercado, atendendo cada uma dessas atividades, isoladamente, o que vem a restringir o universo de licitantes, frustrando a competição no certame em apreço.

Sob tal aspecto, não pairam dúvidas de que a maior prejudicada é a própria Administração, porquanto não terá chances de avaliar e contratar a proposta mais vantajosa ao interesse público.

Como premissa básica, cabe ressaltar que o princípio da competitividade deve nortear os procedimentos licitatórios, além de constituir a base do mercado de tecnologia de informação.

Seja como for, é cediço que a proibição da participação de empresas em consórcio, ante a atual composição e complexidade do objeto licitado desprestigia o comando veiculado pelo artigo 3º, § 1º, I da Lei n.º 8.666/93, aplicável à modalidade licitatória em tela, conforme se depreende do artigo 9º da Lei n.º 10.520/2002, in verbis:

“§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 e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou do domicílio das licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato;” (grifamos)

Ou seja, a Lei de Licitações veda a existência de condições no edital que prejudiquem a competição, frustrando a finalidade do procedimento licitatório que é a contratação da proposta mais vantajosa para o Poder Público, com plena observância do princípio da isonomia.

Neste sentido, veja-se a lição da mais abalizada doutrina brasileira sobre o assunto (Marçal Justen Filho, In Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 7ª ed. São Paulo: Dialética, 2000, p. 416.):

“O edital também pode ser viciado por defeitos na disciplina adotada. Isso se verificará quando inexistir vínculo entre as exigências ou as opções contidas no edital e o interesse público concretamente identificável na hipótese. Isso se passa, fundamentalmente, nos casos de:

a) exigência incompatível com o sistema jurídico;

b) desnecessidade da exigência;

c) inadequação da opção exercitada no ato convocatório relativamente ao objeto da licitação.

O edital deverá subordinar-se aos preceitos constitucionais e legais. Não poderá conter proibições ou exigências que eliminem o exercício do direito de licitar, importem distinções indevidas ou acarretem preferências arbitrárias. Toda exigência formal ou material prevista no edital tem função instrumental. Nenhuma exigência se justifica por si própria. O requisito previsto no edital se identifica como instrumento de assegurar (ou reduzir o risco de não se obter) o interesse público. Assim, o interesse público concreto a que se orienta a licitação se identifica como o “fim” a ser atingido. Todas as exigências se caracterizam como “meios” de conseguir aquele fim. Logo, a inexistência de vínculo lógico entre a exigência e o fim acarreta a invalidade daquela. Somente se admite a previsão de exigência se ela for qualificável, em um juízo lógico, como necessária à consecução do ‘fim’.”

Cabe lembrar que, embora facultativa para a Administração, a participação de consórcios em certames licitatórios vai ao encontro da finalidade da licitação que é a obtenção da melhor relação benefício-custo para atender à necessidade da Administração e ampliação da competitividade do certame de modo a obter-se possibilidade de realização da melhor compra.

Os consórcios ampliam diretamente a competitividade dos certames licitatórios, mormente como no presente caso em que o objeto é constituído de serviços independentes que podem ser fornecidos isoladamente sem qualquer perda de qualidade ou performance do produto final, na medida em que possibilitam a soma da capacidade técnica e know-how das empresas que os integram somar, garantindo-se os demais aspectos regularidade jurídica e fiscal, além da capacidade econômico financeira que dão segurança contratual à administração.

Como acima exposto, não se questiona que na forma do art. 33 da Lei n.º. 8.666/1993, a participação de empresas em regime de consórcio corresponda a uma faculdade por parte da Administração Pública, contudo, o exercício desta discricionariedade não é ilimitado, inclusive, a ponto de impedir a participação de maior número de licitantes e contrariar o próprio objetivo da realização de procedimento licitatório.

Dos pontos de vista técnico e econômico, para a Administração é mais vantajoso, no caso em tela, permitir a participação de empresas em regime de consórcio, de forma a aumentar o número de empresas participantes e, assim, a competitividade no certame.

De forma a possibilitar a participação de um maior número de empresas no certame, garantindo a sua competitividade e a busca pela proposta mais vantajosa para esta Contratante, requer seja excluída a vedação a participação de empresas em regime de consórcio

e que seja incluída a possibilidade de participação de empresas nesse regime em respeito ao princípio da ampla competitividade.

3. Conclusão

Dispõe a Lei 8.666/93, em seu artigo 4ª, que “Todos quantos participem de licitação promovida pelos órgãos ou entidades a que se refere o art. 1º, têm direito público subjetivo à fiel observância do pertinente procedimento estabelecido nesta Lei...”

Consignados os requisitos da tempestividade e legitimidade da presente Impugnação, é direito público subjetivo do impugnante que a Administração processe e responda o expediente legal, corrigindo as ilegalidades apontadas, em tempo hábil, vez que não o fazendo estará atuando ilegalmente, desatendendo, ainda o princípio da igualdade entre os licitantes.

Assim, deve a Administração, com o objetivo de assegurar a legalidade do certame, em atendimento aos artigos 3º, § 1º, da Lei 8.666/93, providencie a suspensão, regularização e republicação do Edital.

Cabe referir, ainda, como leciona Justen¹, que:

“Se havia ilegalidade e o agente recusou-se a proclamá-la, deve ser responsabilizado por sua conduta abusiva. Exercitado o controle (do edital) por outras vias ou em virtude de provocação de quem tenha direito de ação, o agente arcará com as consequências da recusa de invalidar ato viciado”

Necessariamente deverá a autoridade administrativa, reconhecendo as ilegalidades constantes do **PREGÃO ELETRÔNICO PARA REGISTRO DE PREÇOS Nº 3/2017**, apontadas na presente Impugnação, promover as medidas corretivas que se fazem necessárias.

Pede Deferimento.

JUNIVAL RODRIGUES ME

¹

JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Dialética. 10ª Edição