

De: Andercledson Reis
Enviado em: quinta-feira, 5 de dezembro de 2019 12:52
Para: 'Dayane Bezerra Sampaio de Mesquita'
Cc: Licitação
Assunto: RES: TRE/RO - PE nº 034/2019 - Pedido de Impugnação

PREGÃO ELETRÔNICO Nº 34/2019

IMPUGNAÇÃO AO EDITAL

1. Trata-se de IMPUGNAÇÃO AO EDITAL apresentada pela empresa SONDA PROCWORK INFORMÁTICA LTDA, nesse ato representada pelo Sr. André de Paula de Oliveira.

2. A empresa impugna, em síntese:

a) O item 9.3., “a.3” do edital: Segundo a impugnante, a vedação da apresentação de atestados emitidos por pessoas jurídicas de direito privado vai de encontro com a regulamentação legal, mais precisamente o art. 30 da Lei 8.666/93 que, a seu ver, permite que os atestados sejam fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado.

b) o item 9.3., “a.1” do edital: Segundo a impugnante, há restrição da competitividade do certame na previsão de que o fornecimento de licenças e renovações a serem atestadas, sejam amparadas em contratos MPSA, o que inviabiliza a participação de outras empresas que prestaram serviços similares, mediante o fornecimento de licenças/renovações semelhantes, só que com contratos firmados com outras fabricantes, que não a Microsoft.

3. Ao final, requer a impugnante

a) Que seja excluída a parte final da alínea “a.1”, que trata da exigência de que a licença/renovação atestada seja oriunda de contratos MPSA para órgãos públicos;

b) Que seja excluída a alínea “a.3”, permitindo-se, dessa forma, a apresentação de atestados nos termos previstos em Lei (Lei nº 8.666/41993).

c) Após as alterações ora requeridas, que seja republicado o edital.

4. A íntegra da impugnação está disponível em <http://www.tre-ro.jus.br/transparencia/licitacoes/licitacoes/licitacoes-2019/pregoes-eletronicos-2019>.

5. A questão já foi suscita pela impugnante em momento anterior por meio de pedido de esclarecimento, que assim foi respondido:

4. Quanto ao quesito 2.1, dispõe o edital:

9.3. Os documentos a serem apresentados para comprovação da QUALIFICAÇÃO TÉCNICA consiste em:

a) Atestado(s) de capacidade técnica expedido por pessoa jurídica de direito público, que comprovem o fornecimento de licenciamento de software ou renovação de programa de licenciamento por volume (SA - Software Assurance), por meio de contrato de produtos e serviços da Microsoft (MPSA - Microsoft Products and Services Agreement) para a Administração Pública, em quantitativo similar ao pretendido nesta contratação.

(...)

a.3) Não serão aceitos atestados de capacidade técnica emitidos por pessoa jurídica de direito privado.

5. O Anexo II do edital assim dispõe:

8.6.3 Não serão aceitos atestados de pessoa jurídica de direito privado.

8.6.3.1 Justifica-se o impedimento de atestados de pessoa jurídica de direito privado porque o fornecimento para este segmento não garante que a licitante esteja habilitada a fornecer para setor público, de acordo com o próprio fabricante dos softwares.

6. Como se vê, somente serão aceitos atestados de capacidade técnica emitidos por órgãos/entidades da Administração Pública. Isso porque é prática do mercado do objeto em questão que o fabricante habilite um determinado grupo de fornecedores para atendimento ao setor público. Além disso, é importante que, em virtude do alto grau de informatização do Tribunal Regional Eleitoral de Rondônia, o objeto em questão seja executado por empresa que comprove experiência no atendimento a esse ramo específico. Em razão disso, previu o edital que não serão aceitos atestados de capacidade técnica emitidos por pessoa jurídica de direito privado.

7. Quanto ao quesito 2.2, dispõe o edital:

9.3. Os documentos a serem apresentados para comprovação da QUALIFICAÇÃO TÉCNICA consiste em:
(...)

a.1) Considera-se quantitativo similar o fornecimento de no mínimo 05 licenças/renovações de softwares distintos ou licença/renovação de 01 software acompanhado de 150 licenças de acesso de usuário/dispositivo (CAL), por meio de contratos MPSA para órgãos públicos.

8. Conforme se verifica, o edital previu expressamente o parâmetro mínimo de similaridade do objeto que deve constar no atestado de capacidade técnica a ser aceito. Assim, devem as empresas licitantes observarem o mínimo estipulado no item 9.3, "a.1", do edital, sob pena de inabilitação.

6. Em sua impugnação, a empresa suscita novamente os mesmos temas já esclarecidos, não acrescentando nenhuma novidade capaz de mudar o entendimento já firmado, visto que amparado na legislação e nas práticas de mercado, conforme já esclarecido.

7. Por dever de cautela, consultou-se a unidade técnica, que assim se manifestou:

1.1 Quanto ao pedido de impugnação das alíneas "a.1" e "a.3" do item 9.3 pela empresa SONDA PROCWORK INFORMÁTICA LTDA não há o que se falar em restrição de competitividade ou vantajosidade do certame em razão das exigências do edital, visto que essas refletem os requisitos do fabricante para fornecimento à órgãos públicos brasileiro, conforme consta no sitio eletrônico <https://partner.microsoft.com/pt-br/licensing/Parceiros%20LSP>.

Quanto a alínea "a.3", ressaltamos que atestados de capacidade técnica emitidos por pessoa jurídica de direito privado não comprovam a capacidade do licitante em fornecer para órgãos público, pois o fabricante exige que para fornecer à administração pública as revendas sejam enquadradas como Government Partners – GP.

Quanto a alínea "a.1", (...):

(...)

Ora, consta do edital apenas renovação e licenciamento de produtos/serviços Microsoft, inexistindo qualquer outro fabricante que atenda a demanda deste Tribunal Regional Eleitoral de Rondônia, como atestados emitidos em razão de fornecimento de outros fabricantes pode comprovar que a licitante tem capacidade de fornecer os produtos/serviços Microsoft exigidos no edital?

Ainda que não seja objeto do pedido, consta na petição da licitante que esta errado o entendimento desta administração quanto a "comprovação de fornecimento igual e similar", enquanto que restou errôneo o entendimento da licitante quanto a aludida regra, pois versa o edital:

"a.1) Considera-se quantitativo similar o fornecimento de no mínimo 05 licenças/renovações de softwares distintos ou licença/renovação de 01 software acompanhado de 150 licenças de acesso de usuário/dispositivo (CAL), por meio de contratos MPSA para órgãos públicos."

Enquanto que comenta a licitante em sua petição:

"Comentários: existe uma confusão entre comprovação de fornecimento igual e similar, tendo em vista que o órgão entende que a comprovação anterior, por meio de atestado de capacidade técnica, do fornecimento anterior da mesma licença exigida seria similaridade, quando na verdade corresponde a igualdade. (grifo nosso)" Ou seja, a administração não exigiu que conste no atestado o fornecimento dos mesmos softwares constantes do objeto, apenas que sejam do mesmo fabricante do edital (Microsoft), o qual possui um catalogo com mais de 780 licenças/renovações para contratos MPSA.

8. Como se vê, a empresa demonstra insatisfação contra as cláusulas editalícias em questão, mas tais quesitos já foram esclarecidas em momento anterior.

9. Quanto ao item 9.3., “a.1” do edital, a administração não exigiu que conste no atestado o fornecimento dos mesmos softwares constantes do objeto, apenas que sejam do mesmo fabricante do edital (Microsoft). Como se trata de produto muito específico e exclusivo de um único fabricante, inexistindo qualquer outro fabricante que atenda a demanda deste Tribunal Regional Eleitoral de Rondônia, atestados emitidos em razão de fornecimento de outros fabricantes não podem comprovar que a licitante tem capacidade de fornecer os produtos/serviços Microsoft exigidos no edital.

10. Quanto ao item 9.3., “a.3” do edital, a exigência reflete os requisitos do fabricante para fornecimento à órgãos públicos brasileiros, conforme consta no sitio eletrônico <https://partner.microsoft.com/pt-br/licensing/Parceiros%20LSP>. Ora, se somente as empresas constantes nessa lista são habilitadas a fornecer para órgão público, os atestados de capacidade técnica só podem ser emitidos por órgãos públicos que as contrataram, obviamente. O que edital exige é que a empresa a ser contratada demonstre um mínimo de experiência em fornecer o objeto a órgãos públicos e tal comprovação, por obviedade, não pode ser atestada por empresa privada, por impossibilidade material.

11. Diante de todo o exposto, e não havendo nenhuma novidade com força para alternar o esclarecimento já prestado anteriormente, adoto o posicionamento da unidade técnica como fundamento e julgo IMPROCEDENTE a impugnação, pelos fatos e fundamentos expostos. Assim, será mantida a data prevista para a Sessão Pública, nos termos do § 4º, do artigo 21 da Lei n. 8.666/93. Esta decisão será disponibilizada nos sítios eletrônicos do COMPRASNET e do TRE-RO (<http://www.tre-ro.jus.br/transparencia/licitacoes/licitacoes/licitacoes-2019/pregoes-eletronicos-2019>).

Porto Velho, 05 de dezembro 2019.

ANDERCLEDSON REIS

Pregoeiro

licitacao@tre-ro.jus.br

(69) 3211-2082



TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DE RONDÔNIA

MISSÃO: Realizar Eleições e fortalecer a Democracia

VISÃO: Alcançar nível de excelência em Gestão Pública até 2015

VALORES: Acessibilidade, Eficiência, Ética, Inovação, Sustentabilidade e Transparência

De: Dayane Bezerra Sampaio de Mesquita <dayane.mesquita@ctis.com.br>

Enviada em: segunda-feira, 2 de dezembro de 2019 19:15

Para: Licitação <licitacao@tre-ro.jus.br>

Assunto: TRE/RO - PE nº 034/2019 - Pedido de Impugnação

ILUSTRÍSSIMO(A) SENHOR(A) PREGOEIRO(A) DO TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DE RONDÔNIA

PREGÃO ELETRÔNICO Nº 34-2019

SRP

SONDA PROCWORK INFORMÁTICA LTDA, com sede na Rua Dom Aguirre, 576 – Andar I - Bloco II – Jardim Marajoara, na cidade de São Paulo/SP, devidamente inscrita no CNPJ/MF sob o nº 08.733.698/0001-66, na qualidade de licitante interessada em participar do Pregão em epígrafe, vem, respeitosamente à presença de Vossa Senhoria, por seu representante legal ao final subscrito, com fundamento no item 2 e subsequentes do edital, apresentar

IMPUGNAÇÃO AO EDITAL (Em Anexo)

em face existência de exigências que prejudicam a competitividade, vantajosidade, o que prejudica até mesmo a legalidade do certame, pressuposto essencial da licitação.

Favor acusar o recebimento.

Desde já, agradeço.

Att,

Dayane Mesquita
Gerente
Gerência de Suporte a Vendas - NNE
Cel: (85) 9 9787 - 8689
Cel: (85) 9 9274 - 0719
Fixo: (85) 3031-2405
dayane.mesquita@sonda.com
dayane.mesquita@ctis.com.br

Esta mensagem, incluindo seus anexos, é confidencial e seu conteúdo é restrito ao seu destinatário. Caso tenha recebido por engano, favor retorná-la ao destinatário e apagá-la de seus arquivos. É expressamente proibido o uso não autorizado, replicação ou disseminação da mesma, podendo haver sanções disciplinares, cível e criminal. As opiniões contidas nesta mensagem e seus anexos não necessariamente refletem a opinião da Companhia. A CTIS agradece a colaboração.

Liz Cristina Pinto Duarte

De: Dayane Bezerra Sampaio de Mesquita <dayane.mesquita@ctis.com.br>
Enviado em: segunda-feira, 2 de dezembro de 2019 19:15
Para: Licitação
Assunto: TRE/RO - PE nº 034/2019 - Pedido de Impugnação
Anexos: (SOCIETÁRIO)Eleição.pdf; Procuração - Freitas - Sonda Procwork Informática Ltda 08 733 698 0001 66.pdf; RG André Freitas_CNH.pdf; SONDA PROC. INFORM. - 53ª - Criação Filial SP e CNAE.pdf; TRE RO PE 34-2019 IMPUGNACAO EDITAL 2.12.2019 AS.pdf

ILUSTRÍSSIMO(A) SENHOR(A) PREGOEIRO(A) DO TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DE RONDÔNIA

PREGÃO ELETRÔNICO Nº 34-2019

SRP

SONDA PROCWORK INFORMÁTICA LTDA, com sede na Rua Dom Aguirre, 576 – Andar I - Bloco II – Jardim Marajoara, na cidade de São Paulo/SP, devidamente inscrita no CNPJ/MF sob o nº 08.733.698/0001-66, na qualidade de licitante interessada em participar do Pregão em epígrafe, vem, respeitosamente à presença de Vossa Senhoria, por seu representante legal ao final subscrito, com fundamento no item 2 e subsequentes do edital, apresentar

IMPUGNAÇÃO AO EDITAL (Em Anexo)

em face existência de exigências que prejudicam a competitividade, vantajosidade, o que prejudica até mesmo a legalidade do certame, pressuposto essencial da licitação.

Favor acusar o recebimento.

Desde já, agradeço.

Att,

Dayane Mesquita
Gerente
Gerência de Suporte a Vendas - NNE
Cel: (85) 9 9787 - 8689
Cel: (85) 9 9274 - 0719

Fixo: (85) 3031-2405
dayane.mesquita@sonda.com
dayane.mesquita@ctis.com.br

Esta mensagem, incluindo seus anexos, é confidencial e seu conteúdo é restrito ao seu destinatário. Caso tenha recebido por engano, favor retorná-la ao destinatário e apagá-la de seus arquivos. É expressamente proibido o uso não autorizado, replicação ou disseminação da mesma, podendo haver sanções disciplinares, cível e criminal. As opiniões contidas nesta mensagem e seus anexos não necessariamente refletem a opinião da Companhia. A CTIS agradece a colaboração.

**ILUSTRÍSSIMO(A) SENHOR(A) PREGOEIRO(A) DO TRIBUNAL REGIONAL
ELEITORAL DE RONDÔNIA**

**PREGÃO ELETRÔNICO Nº 34-2019
SRP**

SONDA PROCWORK INFORMÁTICA LTDA, com sede na Rua Dom Aguirre, 576 – Andar I - Bloco II – Jardim Marajoara, na cidade de São Paulo/SP, devidamente inscrita no CNPJ/MF sob o nº 08.733.698/0001-66, na qualidade de licitante interessada em participar do Pregão em epígrafe, vem, respeitosamente à presença de Vossa Senhoria, por seu representante legal ao final subscrito, com fundamento no item 2 e subsequentes do edital, apresentar

IMPUGNAÇÃO AO EDITAL

em face existência de exigências que prejudicam a competitividade, vantajosidade, o que prejudica até mesmo a legalidade do certame, pressuposto essencial da licitação.

1. PREÂMBULO

A presente licitação tem por objeto o registro de preços, pelo prazo de 12 (doze) meses para eventual renovação de programa de licenciamento por volume MPSA (*Microsoft Products and Services Agreement*) para manutenção, atualização e suporte técnico por um período de 36 (trinta e seis) meses e aquisição de novas licenças de softwares Microsoft.

A contratação pretendida visa dar cumprimento aos objetivos estratégicos traçados pelo Conselho Nacional de Justiça, referente ao planejamento estratégico do TRE-RO e das principais ações do PDTI da STJ.

Conforme a seguir será explicitado, há irregularidades a serem sanadas antes mesmo da abertura do certame que, por representarem inegável risco à Administração e à efetiva competitividade da licitação, devem ser corrigidas.

2. VIOLAÇÃO À LEGALIDADE, COMPETITIVIDADE, MORALIDADE E VANTAJOSIDADE

(Exigências Abusivas Previstas no Subitem 9.3, “a.1” e “a.3”, do Edital)

O subitem 9.3 do edital, prescreve que:

9.3. Os documentos a serem apresentados para comprovação da QUALIFICAÇÃO TÉCNICA consiste em:

a) **Atestado(s) de capacidade técnica expedido por pessoa jurídica de direito público**, que comprovem o fornecimento de licenciamento de software ou renovação de programa de licenciamento por volume (SA - Software Assurance), por meio de contrato de produtos e serviços da Microsoft (MPSA - Microsoft Products and Services Agreement) para a Administração Pública, em quantitativo similar ao pretendido nesta contratação.

a.1) Considera-se quantitativo similar o fornecimento de no mínimo 05 licenças/renovações de softwares distintos ou licença/renovação de 01 software acompanhado de 150 licenças de acesso de usuário/dispositivo (CAL), por meio de contratos MPSA para órgão públicos.

a.3) Não serão aceitos atestados de capacidade técnica emitidos por pessoa jurídica de direito privado.

Como se vê, as duas alíneas destacadas (a.1 e a.3) restringem indevidamente o edital, razão pela qual, a ora peticionante encaminhou os seguintes questionamentos:

a) Em análise à alínea a) do subitem 9.3 do edital, de acordo com a previsão contida no §1º do inc. IV do art. 30 da Lei nº 8666/93, cabe ressaltar **existe a previsão de que a qualificação técnica em processos licitatórios deve ser comprovada por meio de atestados de capacidade técnica emitidos por pessoas de direito público ou privado** e, considerando que este dispositivo prevê a possibilidade de comprovação deste requisito por meio de ambas sem qualquer ressalva, verifica-se que essa Administração deve aceitar estas 2 (duas) opções, pois a legislação não discrimina estes atestados.

Desta forma, verifica-se, na verdade, a interpretação a ser dada ao edital corresponde a licitante que apresentar o atestado emitido por pessoa jurídica de direito privado poderá ser habilitada, desde que apresentado em conjunto com declaração de parceria do fabricante autorizando a licitante a comercializar produtos para entes de governo, interpretando-se esta exigência de acordo com o exigido no subitem 8.6.3.1 do edital. Está correto nosso entendimento? Outrossim, caso a resposta seja negativa, diante da informação contida no subitem 8.6.3.1 do Edital, iremos acionar a fabricante para verificar qual seria o fundamento legal para tal exigência no edital.

b) Ainda no tocante ao tema de atestados de capacidade técnica, nos termos de inúmeros precedentes do TCU, verifica-se que serão aceitos para fins de comprovação da qualificação técnica a apresentação de atestados de capacidade técnica **de fornecimento de licenças de software similares ao respectivo fornecimento**, desde que o atestado mencione quantitativo igual ou superior a 50% dos itens a serem adquiridos por essa Administração. Está correto nosso entendimento?

Grifou-se

Em resposta, a Comissão de Licitação assim se manifestou sobre o questionamento:

1. Trata-se de PEDIDO DE ESCLARECIMENTO apresentado pela empresa SONDA PROCWORK INFORMÁTICA LTDA, nesse ato representada pelo Sr. ANDRÉ DE PAULA FREITAS.
2. Questiona a empresa, em síntese:
 - 2.1. A licitante que apresentar o atestado emitido por pessoa jurídica de direito privado poderá ser habilitada, desde que apresentado em conjunto com declaração de parceria do fabricante autorizando a

licitante a comercializar produtos para entes de governo. Está correto o entendimento?

2.2. Serão aceitos para fins de comprovação da qualificação técnica a apresentação de atestados de capacidade técnica de fornecimento de licenças de software similares ao respectivo fornecimento, desde que o atestado mencione quantitativo igual ou superior a 50% dos itens a serem adquiridos por essa Administração. Está correto o entendimento?

3. A íntegra do pedido de esclarecimento está disponível em <http://www.tre-ro.jus.br/transparencia/licitacoes/licitacoes/licitacoes-2019/pregoes-eletronicos-2019>.

4. Quanto ao quesito 2.1, dispõe o edital:

9.3. Os documentos a serem apresentados para comprovação da QUALIFICAÇÃO TÉCNICA consiste em:

a) Atestado(s) de capacidade técnica expedido por pessoa jurídica de direito público, que comprovem o fornecimento de licenciamento de software ou renovação de programa de licenciamento por volume (SA - Software Assurance), por meio de contrato de produtos e serviços da Microsoft (MPSA - Microsoft Products and Services Agreement) para a Administração Pública, em quantitativo similar ao pretendido nesta contratação.

(...)

a.3) Não serão aceitos atestados de capacidade técnica emitidos por pessoa jurídica de direito privado.

5. O Anexo II do edital assim dispõe:

8.6.3 Não serão aceitos atestados de pessoa jurídica de direito privado.

8.6.3.1 Justifica-se o impedimento de atestados de pessoa jurídica de direito privado porque o fornecimento para este segmento não garante que a licitante esteja habilitada a fornecer para setor público, de acordo com o próprio fabricante dos softwares.

6. Como se vê, somente serão aceitos atestados de capacidade técnica emitidos por órgãos/entidades da Administração Pública.

Isso porque é prática do mercado do objeto em questão que o fabricante habilite um determinado grupo de fornecedores para atendimento ao setor público. Além disso, é importante que, em virtude do alto grau de informatização do Tribunal Regional Eleitoral de Rondônia, o objeto em questão seja executado por empresa que comprove experiência no atendimento a esse ramo específico. Em razão disso, previu o edital que não serão aceitos atestados de capacidade técnica emitidos por pessoa jurídica de direito privado.

Comentários: existe a diferença entre qualificação técnica, que pode ser comprovada por meio de atestados de capacidade técnica emitidos por empresas públicas e privadas, da necessidade de comprovação para fornecimento de licenças para governo, que geralmente é instrumentalizada por meio de declaração do fabricante. Além da inexistência de previsão legal para tal restrição, tal prática restringe a competitividade.

7. Quanto ao quesito 2.2, dispõe o edital:

9.3. Os documentos a serem apresentados para comprovação da QUALIFICAÇÃO TÉCNICA consiste em:

(...)

a.1) Considera-se quantitativo similar o fornecimento de no mínimo 05 licenças/renovações de softwares distintos ou licença/renovação de 01 software acompanhado de 150 licenças de acesso de usuário/dispositivo (CAL), por meio de contratos MPSA para órgão públicos.

8. **Conforme se verifica, o edital previu expressamente o parâmetro mínimo de similaridade do objeto que deve constar no atestado de capacidade técnica a ser aceito. Assim, devem as empresas licitantes observarem o mínimo estipulado no item 9.3, “a.1”, do edital, sob pena de inabilitação.**

Comentários: existe uma confusão entre comprovação de fornecimento igual e similar, tendo em vista que o órgão entende que a comprovação anterior, por meio de atestado de capacidade técnica, do fornecimento anterior da mesma licença exigida seria similaridade, quando na verdade corresponde a igualdade.

9. Esclarecida a questão e considerando que o esclarecimento não altera as cláusulas do Edital, será mantida a data prevista para a Sessão Pública, nos termos do § 4º, do artigo 21 da Lei n. 8.666/93. Este esclarecimento será disponibilizado nos sítios eletrônicos do COMPRASNET e do TRE-RO.

Grifou-se

Não prospera o entendimento explicitado pela Comissão de Licitação, eis que destoa da correta interpretação da legislação vigente, bem como de princípios basilares do Direito Administrativo, o que será melhor examinado adiante.

2.1 Da Alínea “a.3” do Subitem 9.3 do Edital

Com relação à primeira restrição discutida anteriormente, **a qual inviabiliza a apresentação de atestados por pessoas jurídicas de direito privado, ressalte-se que vai de encontro com a regulamentação legal,** mais precisamente a norma contida no art. 30, §1º, da Lei nº 8.666/1993:

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

(...)

§ 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:

Grifou-se

Pois bem. O **legislador (Poder Legislativo)** previu expressamente a possibilidade de apresentação de atestados de capacidade técnica tanto por entidades públicas quanto por entidades privadas, **razão pela qual a Administração Pública, em atenção ao princípio da legalidade, de ordem constitucional (art. 37, caput, da Constituição Federal) tem o dever de observância!**

Não se trata de faculdade do administrador observar ou não a Lei, ou observar parcialmente o texto legal, visto que a legislação orienta integralmente o comportamento da Administração Pública, cujos atos devem sempre ser pautados na legislação vigente.

Não pode o administrador se valer da criação de novas restrições que **afrotem o ordenamento jurídico vigente, tal como aconteceu no presente caso**, em que, de forma **ilegal** o edital previu uma limitação inovadora, em substituição do próprio legislador, o que viola inclusive a independência harmônica entre os Poderes (Executivo e Legislativo, no caso).

Saliente-se que as limitações à participação são impostas **taxativamente** pela legislação, não podendo o administrador criar novas restrições em afronta às normas pré-existentes, como aconteceu no presente edital.

A limitação imposta no edital ora impugnado é ilegal, viola a legalidade, porque ignora completamente a norma estatuída no art. 30, §1º, da Lei nº 8.666/1993!

A licitação, por si só, já restringe sobremaneira o universo de competidores, em virtude de o objeto ser específico para o atendimento do interesse público correlacionado, por essas razões, as restrições devem ser evitadas pelo Poder Público, a fim de não prejudicar a competitividade do certame e, por conseguinte a contratação de preço mais vantajoso pela Administração.

Além de ilegal, a imposição ora combatida viola a competitividade e a vantajosidade, princípios basilares da Administração.

Não é por menos que o Tribunal de Contas de Minas Gerais (TCE-MG) divulgou em revista (<https://revista1.tce.mg.gov.br/Content/Upload/Materia/1481.pdf>) artigo para tratar especificamente sobre o tema: “*Exigência de atestado de capacidade técnica emitido exclusivamente pelo Poder Público fere a competitividade do certame*”, em apuração da **Denúncia nº 812.442**, de relatoria do Conselheiro Sebastião Helvecio, apreciada pela Segunda Câmara na Sessão do dia 27/09/2011, cuja ementa segue abaixo transcrita:

EMENTA: DENÚNCIA — LICITAÇÃO — PREGÃO PRESENCIAL — IMPLANTAÇÃO DE SOFTWARE — EDITAL — **IRREGULARIDADES — QUALIFICAÇÃO TÉCNICA — I. ATESTADO DE CAPACIDADE EMITIDO EXCLUSIVAMENTE PELO PODER PÚBLICO — RESTRIÇÃO INDEVIDA — OFENSA À COMPETITIVIDADE** — II. EXPERIÊNCIA ANTERIOR — OBJETO IDÊNTICO AO LICITADO — AUSÊNCIA DE JUSTIFICATIVA SUFICIENTE — MULTA

1. Edital de licitação não pode conter exigência de qualificação técnica que não seja indispensável à garantia do cumprimento das obrigações contratuais e que não esteja prevista em lei.

2. É vedado previsão editalícia de obrigatoriedade de apresentação de atestado de capacidade técnica emitido exclusivamente por pessoa jurídica de direito público por frustrar a competitividade do certame e ferir o art. 30, § 1º, da Lei n. 8666/93.

3. A exigência de experiência anterior na execução de objeto idêntico ao licitado só é possível se houver justificativa razoável e se não ofender o princípio da competitividade, nem prejudicar a obtenção da proposta mais vantajosa.

Grifou-se

No exemplo citado, o Ministério Público de Contas também entendeu pela impropriedade da exigência, considerando violado o art. 3º, § 1º, I, da Lei de Licitações.

O Relator, Ministro Sebastião Helvecio, interpretando os dispositivos normativos aplicáveis ao caso, manifestou-se em verdadeira aula sobre os princípios de Direito e os limites impostos à Administração, que vale a pena examinar na íntegra, veja-se:

(...) Verifico que o edital, ao conter a exigência expressa no item 04.09.02 de que o atestado de capacidade técnica fosse expedido por pessoa jurídica de direito público ou privado, por execução de serviços de características semelhantes ao objeto da licitação, condiciona a participação de empresas que, além de atestar capacidade técnica e experiência anterior, devem ter prestado serviços de sistemas de gestão pública, comprometendo, com isso, a ampla participação no certame.

Analisando-se de forma percuciente a Lei de Licitações e Contratos, afere-se que o seu art. 30 fixa limites às exigências relativas à qualificação técnica. Observa-se que o disciplinamento da comprovação de aptidão é feito por meio de dispositivos de cunho geral (inciso II e §§ 5º, 6º, 8º e 9º), bem como mediante dispositivos específicos para obras e serviços (§§ 1º, 2º, 3º e 10) ou compras (§ 4º).

O primeiro aspecto a se analisar consiste no meio de prova da aptidão. Conforme se depreende do art. 30, §§ 1º, 3º e 4º, da Lei n. 8.666/93, a comprovação deve ser feita por meio da apresentação de atestados ou certidões, na hipótese tanto de obras e serviços quanto de fornecimento de bens, quando for aplicável ao caso.

Resta, então, verificar a natureza das exigências impostas aos atestados, certidões e declarações à luz das normas gerais e específicas que regem a matéria.

Ao analisar o preceito geral contido no inciso II do art. 30 da Lei de Licitações, verifico que o dispositivo refere-se expressamente ao conteúdo que deve constar do texto do atestado, pois especifica que a documentação correspondente deve comprovar a aptidão para o desempenho de atividade compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação.

Com relação à parte final do inciso I do § 1º do mesmo art. 30, entendo que se possa chegar a conclusão idêntica. Para que o licitante comprove a capacitação técnico-profissional, basta demonstrar que possui, em seu quadro, profissional detentor de atestado de responsabilidade técnica relativa à execução de obra ou serviço similar, vedadas as exigências de quantidades mínimas ou prazos máximos.

Com essas considerações, quer se demonstrar que a Lei de Licitações estabelece diretrizes, limitações e exigências relativas ao conteúdo dos atestados de comprovação de aptidão, mas silencia no tocante à quantidade de documentos necessários para se fazer tal prova.

Sob esse ângulo, **note-se que a exigência expressa no art. 30, § 1º, da Lei n. 8.666/93 configura restrição à competição, pois inibe a participação dos licitantes que, embora comprovadamente aptos**

a executar o contrato, não dispõem da certidão reclamada pela Administração. Portanto, uma imposição dessa espécie somente poderia ser admitida se claramente explicitada no texto legal. A meu ver, a palavra atestados opera no sentido inverso, ou seja, permite ao licitante apresentar tantos atestados quantos julgar necessários para evidenciar sua capacidade de executar o objeto. Em nenhum momento, a lei atribui discricionariedade ao administrador para determinar o tipo de atestado exigido.

O caminho a ser seguido é aquele traçado no art. 37, inciso XXI, da CR, que assim dispõe:

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 as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. (grifo nosso).

Nesse contexto, a exigência de que o atestado de capacidade técnica seja emitido pela Administração Pública fere o preceito constitucional da isonomia, porque desigualdade injustamente concorrentes que apresentam as mesmas condições de qualificação técnica, embora não tenham prestado serviços à pessoa jurídica de direito público.

Ora, a capacidade técnica de realizar o objeto existe, independentemente do número de vezes que tenha sido exercitada, ou não existe. Garantida a capacitação por meio de um atestado, não vejo como a Administração exigir algo a mais sem exorbitar as limitações constitucionais.

Considero não restarem dúvidas de que a exigência de um determinado atestado de qualificação técnica é incompatível com o disposto no art. 37, XXI, da Constituição da República e, consequentemente, com o art. 3º da Lei n. 8.666/93.

Grifou-se

O Tribunal de Contas da União (TCU), nesse mesmo sentido, também já se manifestou no Processo TC nº 015.972/2013-5 – Acórdão nº 2.971/2016 – 1ª Câmara. Relator: Ministro Augusto Sherman Cavalcanti, destacando expressamente, na referida decisão, o seguinte excerto: “b.2.) exigência de atestado de capacidade técnica fornecido

apenas por pessoas jurídicas de direito público, em dissonância com o art. 30, § 1º, da referida Lei”.

Portanto, indubitável a ilegalidade da imposição editalícia concernente ao fornecimento de atestado de capacidade técnica exclusivamente pelo Poder Público (**alínea a.3 do subitem 9**).

2.2. Da Alínea “a.1” do Subitem 9.3 do Edital

Outra restrição indevida, que também merece a devida alteração, diz respeito à **alínea “a.1” do mesmo subitem do edital**, onde previsto o conceito de quantitativo similar: *“a.1) Considera-se quantitativo similar o fornecimento de no mínimo 05 licenças/renovações de softwares distintos ou licença/renovação de 01 software acompanhado de 150 licenças de acesso de usuário/dispositivo (CAL), por meio de contratos MPSA para órgão públicos”.*

Na referida exigência há restrição exacerbada que inviabiliza a ampla competitividade do certame, qual seja a previsão de que o fornecimento de licenças e renovações a serem atestadas, sejam amparadas em contratos MPSA – Microsoft Products and Services Agreement – para órgãos públicos, o que inviabiliza a participação de outras empresas que prestaram serviços similares, mediante o fornecimento de licenças/renovações semelhantes, só que com contratos firmados com outras fabricantes, que não a Microsoft. Tal restrição é, portanto, completamente desnecessária e exorbitante, uma vez que essas demais empresas (que detêm plena capacidade técnica) poderiam bem executar os serviços objeto do presente edital.

Nota-se inclusive que a exigência ora impugnada direciona indevidamente o edital, favorecendo as empresas que já tenham firmado contrato com a Microsoft, o que configura preferência ilegal, verdadeira **afrenta à moralidade administrativa**.

Frise-se que o edital já prevê a existência de parceria com a Microsoft, como se verifica dos subitens 8.4.4 e 8.4.4.2 do edital:

8.4.4 A licitante deverá constar na lista de revendedores qualificados como LSP (Large Solution Partners) habilitado a atender contas do governo, disponível no sítio do fabricante (<https://partner.microsoft.com/ptbr/licensing/Parceiros%20LSP>).

8.4.4.2 Caso a licitante não atenda ao subitem 8.4.4, deverá apresentar anexada a sua proposta, em via original ou em cópia autenticada, declaração da Microsoft comprovando que pode operacionalizar/vender acordos de volume MPSA (Microsoft Products and Services Agreement) para o setor público.

Logo, não há motivação plausível para que seja exigida, além disso, a comprovação do fornecimento de licença/renovação por meio de contrato MPSA, o que é demasiado e prejudicial à competitividade e à contratação mais vantajosa.

O § 3º da art. 30 da Lei nº 8.666/1993 determina que “*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*”, sendo **vedada**, pois, de acordo com o §5º do mesmo artigo, “*a exigência de comprovação de atividade ou de aptidão com limitações de tempo ou de época ou ainda em locais específicos, **ou quaisquer outras não previstas nesta Lei, que inibam a participação na licitação***”.

A restrição desnecessária em edital viola, portanto, o art. 3, §1º da Lei nº 8.666/1993, que determina:

§ 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;

Assim sendo, conclui-se pela **necessária alteração das alíneas a.3 e a.1 do subitem 9.3 do edital**, a fim de que seja **excluída** a imposição de que somente serão aceitos os atestados de capacidade técnica emitidos exclusivamente pelo Poder Público, por ser ilegal e maléfico à competitividade e à vantajosidade, bem como para que seja **excluída a parte final da alínea a.1**, que trata da exigência de que a licença/renovação atestada seja

oriunda de contratos MPSA para órgãos públicos, por ferir à moralidade (em razão de ilegal preferência) e prejudicar também a competitividade.

CONCLUSÃO

Por tudo, requer o acolhimento da presente Impugnação para que sejam realizadas as seguintes alterações no subitem 9.3 do edital:

- I. Que seja excluída a **parte final da alínea “a.1”**, que trata da exigência de que a licença/renovação atestada seja oriunda de contratos MPSA para órgãos públicos;
- II. Que seja **excluída a alínea “a.3”**, permitindo-se, dessa forma, a apresentação de atestados nos termos previstos em Lei (Lei nº 8.666/41993).

Após as alterações ora requeridas, que seja republicado o edital.

Termos em que pede deferimento.

Fortaleza, 02 de dezembro de 2019.

A handwritten signature in blue ink, appearing to read "André de Paula de Oliveira".

SONDA PROCWORK INFORMÁTICA LTDA

CNPJ: 08.733.698/0001-66

André de Paula de Oliveira