Ref: PREGÃO ELETRÔNICO PARA REGISTRO DE PREÇOS Nº 3/2017

Raphael L. Estanislau Neves <raphael@comunix.net.br>

qui 11/05/2017 15:31

Para:Central Licitacao <central.licitacao@planejamento.gov.br>;

Ao
MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, DESENVOLVIMENTO E GESTÃO
SECRETARIA DE GESTÃO
CENTRAL DE COMPRAS
A/C Ilmo. Senhor Pregoeiro
central.licitacao@planejamento.gov.br

Ref: PREGÃO ELETRÔNICO PARA REGISTRO DE PREÇOS Nº 3/2017

COMUNIX TECNOLOGIA E SOLUÇÕES CORPORATIVAS LTDA, devidamente inscrita no CNPJ/MF sob o nº 11.387.411/0001-06 , como interessada no procedimento licitatório em epígrafe, amparada no disposto no Item 22 do Instrumento Convocatório, bem como no parágrafo 1º do Artigo 41 da Lei nº. 8.666 de 21 de junho de 1993, com suas alterações posteriores, oferecer,

IMPUGNAÇÃO

aos termos do edital acima referenciado, pelas razões a seguir, requerendo para tanto sua para apreciação, julgamento e admissão. A presente impugnação pretende afastar do presente procedimento licitatório, exigência feita em extrapolação ao disposto na Lei nº. 8.666/93 e suas alterações posteriores, com intuito, **inclusive de evitar que ocorra restrição à competitividade e a ilegalidade até então evidenciados no presente procedimento.**

-
-

DOS FATOS E DOS MOTIVOS

A impugnante é empresa interessada em licitação promovida pelo MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, DESENVOLVIMENTO E GESTÃO, na modalidade de Pregão Eletrônico, do tipo MENOR PREÇO GLOBAL objetivando o **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.

Examinando criteriosamente o edital em comento, a impugnante constatou a existência de requisições que podem não só restringir o universo de possíveis competidores, como poderão, eventualmente, comprometer a legalidade da disputa. Com efeito e mediante a leitura minuciosa do Termo Convocatório, constata-se as seguintes dissonâncias para com o disposto pela Lei 8.666/93, as quais serão pormenorizadas a seguir.

DA NECESSÁRIA REVISÃO AOS ITENS EDITALÍCIOS QUE CAMINHAM EM VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA AMPLA COMPETITIVIDADE E DA LEGALIDADE CONSTANTES DA LEI Nº 8.666/93.

O ponto principal que caminha em dissonância para com os preceitos legais insculpidos pela Lei nº 8.666/93 consta dos requisitos de habilitação concernentes à disputa de que aqui se trata. Segundo disposição contida no Item 9.7.2, subitens "a", "b" e "c" do Instrumento Convocatório tem-se que o Órgão Contratante objetiva qualificar tecnicamente as empresas através de Certificados d Qualidade emitidos por organismo credenciado., senão vejamos:

> *"9.7 As empresas, cadastradas ou não no SICAF, deverão comprovar, ainda, a qualificação técnica, por meio de: (...)*
>
> *9.7.2 **Certificados ou acreditações 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%)."*

Destaque-se que as ilegalidades verificadas se cingem sobre as condições de habilitação dispostas e requeridas no Instrumento Convocatório.

E isto porque o Órgão Contratante elenca no **item 9.7.2, e subitens** requisições habilitatórias que não se encontram previstas no rol estabelecido pelo artigo 30 da Lei nº 8.666/93.

Deve ser relevada é a que dispõe sobre a exigência da apresentação pelas licitantes da certificações ISO (ISO/IEC 27001:2013 e ISO/IEC 27017:2016) e TIA 942 TIER II. O entendimento do TCU para o tema e explicitado na 539/2015 – Plenário de 18/03/2015 é no sentido TAXATIVO de que tal requisição não pode prosperar, posto que "**É ilegal a exigência de certificações, do tipo ISO e SCORM, como critério que possa, de alguma forma, ensejar a desclassificação de propostas, ainda que constem como quesitos de pontuação técnica**",

Com vistas a afastar qualquer entendimento contrário ao acima declinado necessário se faz transcrever o julgado da referenciada Corte de Contas Federal sobre o tema, o qual finca posicionamento sobre a ilegalidade de apresentação da certificações de qualidade da família ISO pelas licitantes como critério de habilitação capaz de desclassifica-las em certames licitatórios, qual seja:

Acórdão 539/2015 - Plenário
Data da sessão 18/03/2015
Relator AUGUSTO SHERMAN
Área Licitação
Tema Proposta
Subtema Certificação
Outros indexadores Qualidade
Tipo do processo REPRESENTAÇÃO
Enunciado
É ilegal a exigência de certificações, do tipo ISO e SCORM, como critério que possa, de alguma forma, ensejar a desclassificação de propostas, ainda que constem como quesitos de pontuação técnica.
Resumo
Em Representação sobre concorrência tipo técnica e preço, promovida pelo Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas (Sebrae), destinada à contratação de empresa especializada para desenvolver, sob demanda, conteúdo educacional na modalidade a distância via internet, a ***unidade técnica apontara a exigência indevida de certificações ISO 9001 e SCORM como critério de habilitação****, em desacordo com a jurisprudência do TCU. Em sua análise, a unidade instrutiva constatara que a pontuação da proposta técnica corresponde a 60% da pontuação final, sendo no máximo 15 pontos para a certificação ISO 9001 e 10 pontos para a certificação SCORM. "Considerando a pontuação quanto à experiência da empresa e de sua capacidade, de no máximo 35 pontos, e que o edital estipula que somente serão classificadas as propostas que atingirem, no mínimo, 36 pontos, a não apresentação concomitante das certificações referidas eliminaria a licitante da disputa". Nesse sentido, concluira a unidade técnica que, no caso, a despeito de a apresentação dos certificados estar prevista nos critérios de pontuação da proposta técnica, a exigência constitui, em essência, "requisito para a participação no certame, uma vez que exclui a possibilidade de que licitantes que não possuam ambos os certificados classifiquem-se para a disputa". O relator, alinhado à análise da unidade instrutiva, ressaltou que a jurisprudência do TCU "é firme no sentido de proibir a exigência de certificações na fase de habilitação das licitações", e visa "impedir o afastamento de concorrentes em razão da ausência de certificação, a qual somente poderia ser exigida para fins de pontuação técnica". Sobre o caso em exame, observou o relator que, "muito embora se trate da fase de julgamento das propostas e o Sebrae tenha procurado justificar a necessidade dos certificados, a distribuição dos pontos constantes da licitação e a previsão de desclassificação de propostas, nos limites em que estipulado, indica tratar-se de um requisito de habilitação técnica transverso, o que representa indevida restrição à competividade no certame". Destacou ainda que "a despeito de a contratação envolver serviços da ordem de aproximadamente R$ 15 milhões, apenas duas empresas participaram do certame". Comprovado o*

prejuízo à competitividade, o Tribunal fixou prazo para a anulação da concorrência e determinou ao Sebrae, no ponto, que "em futuros certames, abstenha-se de exigir a apresentação de certificações, do tipo ISO e SCORM, como critérios que ensejem a desclassificação de propostas, ainda que constem como itens de pontuação técnica".

Excerto

Voto:

A presente representação deve ser conhecida por este Tribunal por atender ao disposto no art. 113, § 1º, da Lei 8.666/93.

2. A Concorrência 6/2014, promovida pelo Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas (Sebrae), tipo técnica e preço, teve por objeto a contratação de empresa especializada para desenvolver, sob demanda, conteúdo educacional na modalidade a distância, via internet, a partir da transposição de conteúdos presenciais e da atualização de versões online, para o público externo (cópia do edital na peça 1, p. 51- 98).

3. De acordo com a Selog, a representante alega, em síntese, que o edital da concorrência contém os seguintes vícios que violariam a legislação e o caráter competitivo do certame (peça 1):

a) exigência prevista no subitem 8.2.1.1, alíneas "a" a "e", do edital (peça 1, p. 58-59), de apresentação de certificação ISO 9001, com expressões previamente determinadas, ou seja, com redação específica na descrição do escopo do certificado (peça 1, p. 4-7);

b) exigência inserta no subitem 8.2.1.2 do edital (peça 1, p. 59), de apresentação de certificação SCORM 1.2, uma vez que é irrelevante para a seleção da melhor solução, bem assim atualmente não é expedida, conforme informações obtidas junto à entidade certificadora Advance Distributed Learning (ADL) - peça 1, p. 7-10 e 48-49;

[...]

*25. **A jurisprudência desta Casa é firme no sentido de proibir a exigência de certificações na fase de habilitação das licitações**. Esse entendimento busca impedir o afastamento de concorrentes em razão da ausência de certificação, a qual somente poderia ser exigida para fins de pontuação técnica. No caso em comento, muito embora se trate da fase de julgamento das propostas e o Sebrae tenha procurado justificar a necessidade dos certificados, a distribuição dos pontos constantes da licitação e a previsão de desclassificação de propostas, nos limites em que estipulado, indica tratar-se de um requisito de habilitação técnica transverso, o que representa indevida restrição à competividade no certame.*

26. O Sebrae e a empresa [...] citaram jurisprudência do Tribunal que teria chancelado esse mecanismo de pontuação (peça 27, p. 6, peça 31, p. 7, e peça 33, p. 6), com a exigência das certificações ISO 9001 e SCORM, nos seguintes termos (Relatório constante do Acórdão 2406/2012 - Plenário):

"25. Com relação às certificações SCORM 1.2 e ISO, tendo em vista constituírem apenas itens pontuáveis da proposta de preço, conclui-se ser aceitável a sua permanência, já que a jurisprudência do Tribunal é contrária somente à exigência de certificações como requisito de qualificação técnica ou à sua utilização como motivo para desclassificação de licitantes (acórdãos 1612/2008 - Plenário e 2.575/2008 - Primeira Câmara)" (grifei).

27. Ocorre que, na licitação objeto do Ac. 2.406/2012 - Plenário (TC 006.116/2012-4), não constou do edital cláusula que expressasse, de forma inequívoca, que a não apresentação das 2 certificações importaria na desclassificação da proposta das licitantes. Assim, naquele processo não foi analisada ocorrência semelhante à tratada nestes autos. Observe-se que, conforme destaque realizado na transcrição acima, o próprio trecho do julgado apontado pelo Sebrae e pela empresa [...] é expresso em vedar a utilização de certificações como motivo para desclassificação de licitantes.

28. Registro que, na licitação tratada nos presentes autos, já nas fases de esclarecimentos e de impugnação do edital, duas empresas suscitaram perante o Sebrae que essas cláusulas restringiriam indevidamente a licitação, considerando a possibilidade de desclassificação das propostas sem certificação (empresa [...] - e empresa [...] - peça 12, p. 43/48). O edital sofreu ainda impugnações das empresas [...] (autora da presente representação) e [...], julgadas improcedentes pelo Sebrae (peça 12, p. 30/42). Nessas representações, as empresas questionaram a necessidade e a relevância das certificações exigidas.

29. Destaco, ainda, que, a despeito de a contratação envolver serviços da ordem de aproximadamente R$ 15 milhões, apenas duas empresas participaram do certame, e uma delas teve sua proposta desclassificada (não obteve nenhuma pontuação técnica e ainda deixou de apresentar determinadas

informações exigidas no edital), conforme apurado no site do Sebrae na internet. Nenhuma das empresas citadas no item 28 acima chegou, ao fim, a participar da licitação.

30. Assim, os elementos contidos nos autos não indicam que tenha havido competitividade no certame. Considerando essa constatação, bem como o valor da contratação, o próprio Sebrae deveria, antes de prosseguir com o certame, questionar qual a razão para a inexistência de competitividade e procurar sanar eventuais restrições indevidas constantes do edital, buscando, assim, alcançar a melhor proposta do mercado para a prestação dos serviços demandados.

31. Quanto à atribuição de pontos a expressões e redações específicas nos certificados ISO 9001 (alínea "b" do item 21 acima), como bem ressaltado pela unidade instrutiva, esta Corte tem aceitado a exigência desse tipo de certificado como critério de pontuação desde que vinculado tão somente à apresentação de certificado válido, com atribuição de pontos ao documento em si, de forma global pelos serviços de informática prestados, vedada a pontuação de atividades específicas. Nesse sentido o seguinte trecho do Voto condutor do Acórdão 1094/2004-Plenário, de minha relatoria:

"29. De fato, este Tribunal não tem admitido que a certificação ISO e outras semelhantes sejam empregadas como exigência para habilitação ou como critério de desclassificação de propostas, podendo-se citar, além da Decisão 20/1998 - Plenário, outros precedentes como o Acórdão 584/2004 - Plenário. Todavia, é necessário que se diga que o TCU tem aceitado a utilização desse tipo de certificado não como exigência de habilitação, mas como critério de pontuação desde que vinculado tão-somente à apresentação de certificado válido, com atribuição de pontos ao documento em si, de forma global pelos serviços de informática prestados, vedada a pontuação de atividades específicas. Ilustram esse juízo as deliberações constantes da Decisão 351/2002 - Plenário e do Acórdão 479/2004 - Plenário" (sublinhei).

32. O edital da Concorrência 6/2014, ora em análise, contraria a referida jurisprudência ao estipular pontuação de atividades específicas, nos seguintes termos (peça 1, p. 62/63):

[...]

33. Em relação à certificação SCORM (alínea "c" do item 21 acima), observo que, conforme asseverado pelo Sebrae, o edital exigia, no mínimo, certificação SCORM 1.2 (mais antiga), que, portanto, poderia ser substituída pela versão 2004 da mesma certificação. Ocorre que, conforme apontado pela unidade técnica, a representante juntou aos autos email que lhe teria sido enviado pela entidade certificadora ADLnet (peça 1, p. 49) em que aquela entidade não garante que estivesse sendo emitida, no momento, sequer a versão de 2004 da referida certificação.

34. Considerando que, a despeito de o Sebrae e a empresa [omissis], em suas razões, afirmarem que é possível obter essa certificação em sua versão mais atual (peça 31, p. 6, e peça 33, p. 19), não juntaram elementos comprobatórios dessa afirmação, entendo subsistir a dúvida sobre a possibilidade da obtenção da certificação no período em que a licitação ocorreu, pelo que entendo deva ser mantida a ocorrência.

Acórdão:

9.1. conhecer da presente representação para, no mérito, julgá-la parcialmente procedente;

[...]

9.4. determinar ao Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas - Departamento Nacional que, em futuros certames:

9.4.1. abstenha-se de exigir a apresentação de certificações, do tipo ISO e SCORM, como critérios que ensejem a desclassificação de propostas, ainda que constem como itens de pontuação técnica;

9.4.2. abstenha-se de estabelecer pontuação de atividades específicas quando exigir certificações ISO 9001 para fins de classificação técnica das propostas; e

9.4.3. justifique no procedimento licitatório a necessidade e relevância das certificações que vier a exigir para fins de pontuação técnica das propostas, bem como apure a existência de eventuais óbices para que licitantes ainda não certificados possam conseguir a certificação no prazo para apresentação de suas propostas;" (Grifo nosso)

Destarte, resta evidente que a disposição constante do Edital supramencionada está em verdadeiro descompasso com o preceituado pela Lei de Licitações, merecendo, portanto, reparo. Assim, necessário seja procedida à retificação do item editalício supramencionado retirando-se a necessidade de apresentação das certificações de qualidade ISO/IEC 27001:2013 e ISO/IEC 27017:2016 pelas licitantes, **providência que desde já se requer**, eis que a manutenção do item editalício combatido infringe as disposições legais constantes do artigo 30 da Lei de Licitações, bem como o entendimento da Corte Federal de Contas anteriormente declinado nesta impugnação.

Como cediço, a requisição de comprovação por localidade é prática vedada pelo artigo 30, § 5º da Lei nº 8.666/93 e que segue abaixo transcrito:

> "Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a:
> (...)
> **§ 5º É vedada 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."** (Grifou-se)

Verifica-se, portanto, a patente ilegalidade constante do item editalício combatido e que enseja, inquestionavelmente, a sua imediata exclusão do Instrumento Convocatório, **providência esta requerida desde já**.

Por todo o exposto é evidente que os itens editalícios supramencionados merecem urgente reparo para que se amoldem aos preceitos legais supramencionados. E isto porque a condição primordial para a eficácia e validade do ato administrativo é exatamente a adequação aos princípios jurídicos exteriorizados na norma.

Desta feita, ainda que um determinado ato seja praticado com certa margem de discricionariedade, este deve respeitar os limites impostos pelos princípios regentes, sob pena de, em alguns casos, resultar na invalidação do ato administrativo.

Como anteriormente mencionado, a Lei nº 8.666/93, foi elaborada e instituída com o intuito precípuo de prover à Administração Pública a prestação de serviços e o fornecimento de bens dentro da melhor relação custo-benefício.

Assim sendo, no caso da licitação, se efetivamente a atividade discricionária do administrador não estiver **pautada, em especial, pelos princípios** da isonomia, da seleção da proposta mais vantajosa**, da legalidade** e **do caráter competitivo do certame,** clara restará à transposição no âmbito de suas prerrogativas discricionárias.

Por certo que, a licitação, como procedimento administrativo que é, visa atingir uma dupla finalidade, sendo esta **a de selecionar a proposta que se apresente como a**

mais vantajosa para a futura contratação, buscando, no entanto, preservar condições que não se constituam em infundado e desnecessário impedimento à livre competição.

Desta lição não destoa o ilustre MARÇAL JUSTEN:

> **'Os dispositivos restantes, acerca da licitação, desdobram os princípios do art. 3º, que funciona como norteador do trabalho hermenêutico e de aplicação da Lei das licitações. Nenhuma solução, em caso algum, será sustentável quando colidente com o art. 3º.**
> **Havendo dúvida sobre o caminho a adotar ou a opção a preferir, o intérprete deverá recorrer a esse dispositivo. Dentre diversas soluções possíveis, deverão ser rejeitadas as incompatíveis com os princípios do art. 3º'** *(in 'Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos', Ed. Dialética, 5ª edição, fls. 54).*

Como anteriormente pontuado neste expediente, o Edital da licitação ora analisado não atende aos princípios e normas legais constantes da Lei nº 8.666/93, principalmente aqueles inseridos no §1º inciso I do artigo 3º, senão vejamos:

> "Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração 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;
>
> (...)" (Grifou-se)

De fato, a atividade discricionária do gestor público, extrapolou nitidamente os limites impostos pela lei, em verdadeira afronta aos princípios que norteiam a licitação, ao colacionar requisições e critérios de pontuação nitidamente restritivos à competitividade. **A conclusão insofismável a que se chega é a de que as exigências editalícias delimitadas e oportunamente guerreadas são completamente descabidas**.

Nessa linha de entendimento não se traduz congruente com a finalidade da licitação, **um edital que reduz a competitividade do certame em vez de ampliá-la,** eis que a

escolha da proposta mais vantajosa só será efetivamente alcançada, à medida que se possibilite o número maior de participantes no certame e não **alijando do procedimento, concorrentes em potencial,** como no caso em espécie. Portanto, a possibilidade de participação do maior número de licitantes possíveis, é medida não só necessária, mas imperiosa.

Assim sendo, face à jurisprudência aplicada pelo TCU e vasta doutrina administrativista que apoiam a ampla competitividade, a seleção da proposta mais vantajosa e a isonomia entre os licitantes, outra solução não há senão o acolhimento das razões acima elencadas, para que o edital seja retificado, sob pena de se estar corroborando para a violação **do caráter competitivo do certame e da obtenção da proposta mais vantajosa.**

DO PEDIDO

Aduzidas as razões que balizaram a presente Impugnação, esta Impugnante, requer, com supedâneo na Lei nº 8.666/93 e suas posteriores alterações, bem como as demais legislações vigentes e posicionamento jurisprudencial do TCU, o recebimento, análise e admissão desta peça, para que o ato convocatório seja retificado nos itens ora impugnados, adequando-se aos termos das legislações vigentes e aos princípios basilares da Administração Pública, principalmente os princípios da razoabilidade, da legalidade, da isonomia dos licitantes, que foram flagrantemente violados.

Caso não entenda pela adequação do edital, pugna-se pela emissão de parecer, informando quais os fundamentos legais que embasaram a decisão do Sr. Pregoeiro.

Nestes Termos, Pede e espera deferimento.
Brasília/DF, 11 de maio de 2015.

_____

COMUNIX TECNOLOGIA E SOLUÇÕES CORPORATIVAS LTDA

Observação: Por gentileza confirmar o recebimento deste e-mail

Raphael Neves
Comunix Tecnologia
+55 61 3038.4600 | 9982.2144
raphael@comunix.net.br
[www.comunix.net.br]www.comunix.net.br