

AO PREGOEIRO DESIGNADO PELO MINISTÉRIO DA ECONOMIA

Ref. Pregão Eletrônico SRP nº 18/2020
Processo Administrativo nº 19973.100103/2020-51

SENIOR SISTEMAS S.A., sociedade empresária com sede na Rua São Paulo, nº 825, Bairro Victor Konder, CEP 89012-001, no município de Blumenau/SC, inscrita no CNPJ sob o nº 80.680.093/0001-81, e-mail juridico.senior@senior.com.br, vem, respeitosamente, perante Vossa Senhoria, apresentar a seguinte

IMPUGNAÇÃO AO EDITAL

do Pregão Eletrônico acima indicado, pelos fatos e fundamentos a seguir alinhavados.

I. DO CABIMENTO DA IMPUGNAÇÃO

1. A presente impugnação encontra perfeito cabimento no item 24 (p. 09) e seguintes do Instrumento Convocatório.
2. Não obstante o cabimento da presente medida, oportuno ressaltar sua tempestividade, já que está sendo apresentada dentro do lapso temporal contido no texto legal.
3. Deste modo, requer-se, de pronto, que seja a presente impugnação recebida, conhecida e processada, sendo, ao final, acolhidos integralmente seus pleitos.

II. RAZÕES DA IMPUGNAÇÃO QUANTO A SUBCONTRATAÇÃO

4. A Impugnante tem interesse em participar do Pregão Eletrônico SRP nº 18/2020, do Ministério da Economia, que tem como objeto a “contratação de serviços de tecnologia da informação e comunicação, de empresa especializada para prestação de serviços gerenciados de computação em nuvem, sob o modelo de cloud broker (integrador) de multi-nuvem, que inclui a concepção, projeto, provisionamento, configuração, migração, suporte, manutenção e gestão de topologias de serviços em dois ou mais provedores de nuvem pública”.

5. Ocorre que o Ato Convocatório, em seu item 19.1 do Termo de Referência (p. 33) veda expressamente a possibilidade da subcontratação. Contudo, objeto do certame abarca algumas atividades específicas, por exemplo, a migração, restando vedada, assim, a migração por parceiros da Contratada que sejam estabelecidos por meio de pessoas jurídicas terceiras.

6. Tal vedação não encontra razoabilidade da realidade de mercado e acaba representando comprometimento ao caráter competitivo do certame e ao princípio da eficiência, conforme se demonstra a seguir.

a. Das vedações em detrimento de parâmetros de resultado

7. A principal razão pela qual a Administração Pública contrata empresas privadas para lhe prestar serviços e fornecer produtos é justamente o fato de que seria muito mais caro e ineficiente se ela própria, a Administração, tentasse montar estruturas internas para suprir suas demandas.

8. O custo superior, porém, não decorre da falta de pessoal qualificado. Muito pelo contrário! Os quadros do funcionalismo público são repletos de profissionais de alto nível intelectual, pois concursos públicos têm se demonstrado instrumentos aptos a atrair pessoas altamente qualificadas.

9. Ocorre que os relevantemente maiores níveis de burocracia, existentes para evitar desvios do interesse público, tornam desigual a competição entre estruturas públicas e privadas, no que diz respeito a custo e eficiência. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza.

10. Justamente pelo mesmo motivo é que, ao determinar os parâmetros de um certame, a Administração sempre tenderá a alcançar os menores custos e o melhor grau de eficiência de suas contratações ao adotar

preponderantemente parâmetros de resultados em detrimento das vedações excessivas, e não o oposto.

11. Ao determinar os resultados que devam ser apresentados pelo Contratado, a Administração o deixa livre para que se organize e encontre todas as melhores soluções que não sejam vedadas em lei, inclusive permitindo a subcontratação parcial do objeto e, especialmente, de atividades periféricas. Ao impor vedações excessivas, por outro lado, a Administração engessa o Contratado, impedindo-o de encontrar soluções de mercado que reduzam custos e gerem mais eficiência.

12. Em relação às atividades elencadas no objeto do Edital, o interesse da Administração é justamente de que elas sejam realizadas com rapidez, segurança e qualidade. É plenamente viável que parâmetros de resultado sejam utilizados para definir as condições mínimas aceitáveis da entrega em relação a tais aspectos.

13. Partir de uma premissa de que determinadas atividades específicas, por exemplo, a migra, seria mais rápida, segura e de qualidade se fosse realizada por uma equipe formada por empregados celetistas do Contratado do que se fosse realizada por uma pessoa jurídica parceira não corresponde à realidade do mercado.

14. No caso específico desta empresa, a título de exemplo, vários de seus parceiros terceiros possuem com ela um relacionamento muito mais antigo e consolidado do que alguns de seus empregados celetistas, recém-contratados. Pessoas jurídicas terceiras com enorme experiência em relação ao sistema, porém, estariam vedadas de realizar a atividade de implantação, mas não empregados celetistas recém-contratados. A decisão é equivocada e parte da adoção de vedações de meios em detrimento da definição de parâmetros de resultado.

15. Neste sentido, o Tribunal de Contas da União – TCU, já pacificou entendimento quanto à possibilidade de subcontratação do objeto licitado, desde que haja no Edital claro limite à atividade que possa ser subcontratada.

(...) 9.2.2.4. **estabeleça nos instrumentos convocatórios, em cada caso, os limites para subcontratação de obra, serviço ou fornecimento**, de modo a evitar riscos para a Administração Pública, conforme disciplina o art. 72 da Lei n. 8.666/93 (...)
(ACÓRDÃO 1.045/2006 – PLENÁRIO, Rel. Benjamin Zymler, 28/06/2006)

16. É mais interessante, portanto, à Administração a definição de parâmetros como prazos de entrega, número de testes e limites de correções, deixando ao Contratado privado que este adequue sua estrutura

para o atendimento de tais parâmetros, lançando mão das melhores possibilidades das quais dispõe para a realização da atividade de implantação.

b. Do comprometimento do caráter competitivo do certame

17. Não bastassem os argumentos acima alinhavados, há outro ainda mais importante: a imposição de vedação excessiva compromete o caráter competitivo do certame.

18. Não se trata de uma ilação de tese hipotética, mas da constatação de um fato concreto e real. A própria Impugnante não participará do certame caso a subcontratação de toda e qualquer atividade do certame seja, indiscriminadamente, vedada.

19. A estrutura da Impugnante é formada por pessoas jurídicas terceiras que, devidamente capacitadas, verificadas e coordenadas, são plenamente aptas a realizar atividades como a migração. O eventual condicionamento da participação no certame à contratação de um time interno de colaboradores celetistas para apoio à Contratada, por exemplo, na migração, inviabiliza a participação da Impugnante, o que obviamente prejudica o caráter competitivo do certame.

20. Tal restrição, porém, também inviabiliza a participação de outros potenciais concorrentes, assim como qualquer outro requisito de meio, que poderia ser substituído por um parâmetro de resultado.

21. São reiterados os posicionamentos do Tribunal de Contas da União – TCU, neste sentido:

(...) A licitação, nos termos da Constituição Federal (art. 37, Inciso XXI) e da Lei 8666/93 (arts. 28 a 31), deve contemplar exigências de habilitação suficientes para garantir a execução do objeto, **sendo vedado o estabelecimento de condições excessivas** que frustrem o caráter competitivo da mesma. (...) (ACÓRDÃO 2712/2008 – PLENÁRIO, Rel. Augusto Sherman, 26/11/2008)

(...) No dizer do mestre Marçal Justen Filho (*in* Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 3ª edição, pág. 181), a titularidade e a eficácia do direito de licitar não podem ser frustradas através da fixação de condições excessivas ou abusivas. As condições do direito de licitar estão delimitadas legalmente. **A imposição de exigências e a definição das condições do direito de licitar nunca poderão ultrapassar o limite da necessidade.** Qualquer exigência desproporcional ao conteúdo da contratação caracterizará meio indireto de restrição à participação. (...)

(ACÓRDÃO 433/2004 – PLENÁRIO, Rel. Guilherme Palmeira, 14/04/2004)

(...) Assim, a fixação de **requisitos excessivos ou desarrazoados** contraria a própria sistemática constitucional acerca da universalidade de participação em licitações, porquanto **a Constituição Federal determinou apenas a admissibilidade de exigências mínimas possíveis.** (...)

(ACÓRDÃO 2379/2016 – PLENÁRIO, Rel. Marcos Bemquerer, 14/09/2016)

22. Desta forma, requer que a subcontratação (de partes do objeto contratual) seja permitida quando autorizada pelo Ministério da Economia, sem que isso diminua a responsabilidade da Contratada.

III. RAZÕES DA IMPUGNAÇÃO QUANTO A BASE DE CÁLCULO DAS MULTAS POR DESCUMPRIMENTOS PARCIAIS DO CONTRATO

23. O item 10.4.6, do Termo de Referência fixa multa com a base de cálculo sobre o valor total do instrumento contratual, conforme se observa:

10.4.6. No caso de inexecução parcial do contrato, garantida a ampla defesa e o contraditório, a CONTRATADA estará sujeita à aplicação de multa de 5% (cinco por cento) do valor do total do contrato.

24. No entanto, não se pode admitir que o percentual da multa em questão, nos casos de inexecução **parcial**, incida sobre o valor **total** do Contrato, haja vista o fato gerador referente a somente parte do Contrato.

25. Não nos parece justa tal base de cálculo, tendo em vista que, uma vez ocorrido o descumprimento tão somente de parte do Contrato, é razoável que o cálculo da penalidade incida apenas sobre aquela parcela descumprida e não sobre o valor total da contratação, como se a Contratada tivesse descumprido obrigações contratuais em sua totalidade, como é o caso do item 10.4.7 do mesmo item do Termo de Referência que trata da inexecução **total** do Contrato.

26. Desta forma, em caso de descumprimentos parciais e específicos na execução dos serviços a base de cálculo da multa deverá ser o valor da parcela ou do serviço em atraso, e não o valor total das obrigações.

27. Nesse mesmo raciocínio, se aplicam aos casos identificados na tabela do item 10.4.16, IDs 1, 7 e 17, onde podemos notar

tratarem-se de ocorrências parciais e específicas, mas onde o cálculo da multa incidirá também sobre o valor total do Contrato.

28. Diante deste cenário, nota-se que o disposto no Edital é excessivo, desproporcional e fere os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, que devem necessariamente ser utilizados no momento da elaboração de Editais.

29. Por todo o exposto, requer a adequação dos itens mencionados, para que o percentual da multa nos casos mencionados nos itens 10.4.6 e 10.4.16 (IDs 1, 7 e 17) incidam sobre o valor da parcela (mensal) ou valor do serviço em atraso, e não sobre o valor total do Contrato.

IV. DO PEDIDO

30. Ante o exposto, para garantir o atendimento aos princípios norteadores dos procedimentos licitatórios, requer que Vossa Senhoria julgue motivadamente e no prazo indicado no respectivo Instrumento Convocatório a presente impugnação, acolhendo-a e promovendo as alterações necessárias nos termos do Edital e seus anexos, sua consequente republicação e suspensão da data de realização do certame.

Nestes termos, pede deferimento.

Blumenau, 14 de dezembro de 2020.

CARLENIO BEZERRA CASTELO
BRANCO:62064258434

Assinado de forma digital por CARLENIO
BEZERRA CASTELO
BRANCO:62064258434
Dados: 2020.12.14 16:55:38 -03'00'

SENIOR SISTEMAS S/A

Carlênio B. Castelo Branco
Diretor Presidente