

MINISTÉRIO DA SAÚDE – FUNASA – FUNDAÇÃO NACIONAL DE SAÚDE

ILUSTRÍSSIMO SENHOR PREGOEIRO

Pregão Eletrônico n.º 11/2019 – UASG: 255000

Processo Administrativo nº 25100.008.156/2019-50

A **DIGITAL BRASÍLIA**, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob o n.º 33.766.365/0001-80, com sede em CLN 314 bloco 'D' sala 209 – Asa Norte - Brasília/ DF, Brasil, CEP: 70767-540, telefone(61) 98144-4541, pelas razões de fato e de direito a seguir expostas, vem, TEMPESTIVAMENTE, por intermédio de seu representante legal, oferecer

IMPUGNAÇÃO AO EDITAL

em face da RESTRITIVIDADE que obsta a aferição da proposta mais vantajosa pela Administração, o que o faz pelas razões a seguir expostas.

1. DA TEMPESTIVIDADE

A princípio, insta destacar que o Capítulo nº 22.5 do referido edital prevê a possibilidade de impugnação do ato convocatório em até 3(TRÊS) dias úteis anteriores á data designada para abertura da sessão pública, exclusivamente por meio eletrônico via internet, no endereço indicado no Edital. A impugnação poderá ser realizada por forma eletrônica, pelo e-mail cpl@funasa.gov.br ou por petição dirigida ou protocolada no endereço SRTVN, Quadra 701, Ed. PO700, 1º andar, Brasília-DF. Tendo sido designada a data de 04 de novembro de 2019 (Quarta-feira), para abertura da sessão pública, o prazo para oferecimento desta impugnação, finda em 03 de novembro de 2019, restando evidente sua tempestividade.

2. PRELIMINAR DE EFEITO SUSPENSIVO À IMPUGNAÇÃO

Requer, em princípio, pelo fato de *estarem presentes razões de interesse público, a eficácia suspensiva* prevista no § 2º do art. 109 da Lei nº 8.666/93, e, ainda, *providência urgente* conforme procedimento adotado pelo Egrégio Tribunal de Contas da União (art.21, da Resolução 36/1995), no sentido de que se determine, de imediato e de forma **LIMINAR**, a *sustação do curso da licitação*, julgamento da presente impugnação.

Como conseguinte, se requer a **REFORMULAÇÃO** do edital, escoimando os vícios nele contidos, vícios esses que contrariam dispositivos constitucionais e da legislação pertinente, acarretando, com isso, prejuízo para as partes interessadas e, consequentemente, para o interesse público e, ainda, promovendo a necessária

abertura de prazo para divulgação das novas condições de apresentação da proposta (§ 4º, art.21 da Lei 8.666/93).

3. DA NECESSIDADE DE REFORMA DO EDITAL

Torna-se público, para conhecimento dos interessados, que a Fundação Nacional de Saúde, por meio da Comissão Permanente de Licitações, promove licitação na modalidade Pregão Eletrônico, com o seguinte objeto:

“O objeto da presente licitação é a escolha da proposta mais vantajosa para a contratação de serviços de Fábrica de Software, para desenvolvimento, manutenção e sustentação de sistemas para atender as necessidades da FUNASA, de acordo com as especificações, padrões técnicos de desempenho e qualidade estabelecidos no Termo de Referência e em seus anexos, limitados ao quantitativo máximo estimado e sem garantia de consumo mínimo.”

Entretanto, o edital apresenta inconsistências em cláusulas que acabam por restringir a competitividade do certamente e abalar os princípios que norteiam o processo licitatório, dentre eles, a busca pela proposta mais vantajosa. De início, se constatam incongruências nos subitens que tratam da qualificação técnica, a começar pelos itens 9.11.6, veja-se:

“9.11.6. Será exigido do licitante vencedor, conforme Termo de Referência:

- a) Os serviços que compõem o atestado de capacidade técnica devem ter sido executados dentro dos padrões de qualidade e acordo de nível de serviço definidos no Roteiro de Métricas do SISP, bem como observada as boas práticas de mercado conforme estabelecidos nos padrões e metodologias CMMI nível 2 ou MPS.BR nível F.
- b) A COMPROVAÇÃO DAS PRÁTICAS DEVEM SER ACOMPANHADA DAS CERTIFICAÇÕES VÁLIDAS CMMI NÍVEL 2 ou podem ser realizadas através de apresentação de certificações válidas, que demonstrem boas práticas nas áreas de processos cobertas pela certificação CMMI nível 2 e MPS. BR nível F.

Critérios Técnicos Obrigatórios – Termo de Referência 20.8

O(s) atestado(s) /certidão(ões) / declaração(ões) devem estar devidamente registrado na entidade competente e conter a identificação completa do(s) emitente(s) e atestar a boa prestação dos serviços, além de comprovar a experiência em todos os seguintes itens:

- *Experiência no desenvolvimento de sistema;*
- *Comprovação de que tenha desenvolvido, no mínimo, 3.400 (três mil e quatrocentos) pontos de função em regime de fábrica de software nas linguagens ASP, JAVA, JAVASCRIPT e PHP, incluindo o desenvolvimento, implementação, manutenção corretiva e evolutiva de sistemas bem como no banco de dados Oracle.*

Ab initio, merece destacar que o presente instrumento convocatório traz consigo cláusulas que comprometem a disputa, ensejando **NECESSARIAMENTE** na inviabilização da Administração em analisar uma oferta vantajosa, vez que alija GRANDE PARTE DO MERCADO CAPACITADO (**QUASE 90%**) a participar do certame.

Com efeito, o instrumento convocatório deve estabelecer regras que respeitem as exigências necessárias, a fim de assegurar a proposta mais vantajosa para a Administração – essência primordial da realização dos torneios licitatórios. Aquelas que maculem o caráter competitivo da licitação **SÃO INVÁLIDAS**, inclusive por que nos casos de impossibilidade de competição a Lei autoriza que se faça contratação direta com o fornecedor.

Vejamos o que diz a boa doutrina de Marçal Justen Filho1 :

“O ato convocatório tem de estabelecer as regras necessárias para seleção da proposta vantajosa. Se essas exigências serão ou não rigorosas, isso dependerá do tipo de prestação que o particular deverá assumir. Respeitadas as exigências necessárias para assegurar a seleção da proposta mais vantajosa, serão inválidas todas as cláusulas que, ainda indiretamente, prejudiquem o caráter “competitivo” da licitação”

Assim, vejamos a redação do - Termo de Referência

20.9 – “Os serviços que compõem o atestado de capacidade técnica devem ter sido executados dentro dos padrões de qualidade e acordo de nível de serviço definidos no Roteiro de Métricas do SISP, bem como observada as boas práticas de mercado conforme estabelecidos nos padrões e metodologias CMMI nível 2 ou MPS.BR nível F.

1 in Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 11º Ed, São Paulo: Dialética, 2005, p. 63

Bem assim, a exigência de Certificações CMMI **Nível 2** ou MPS.BR **nível F** ou superior **NÃO GARANTEM** a este órgão que a empresa vencedora e habilitada possua um selo de qualidade, que proporcione segurança à contratante da qualidade dos serviços prestados, além de ser rechaçada pela Corte de Contas!

“Entendimento V. NAS LICITAÇÕES DE SERVIÇOS DE SOFTWARE, não é possível exigir avaliação (ou ‘certificado’) de qualidade de processo de software, a exemplo de **CMMI nível 2**

ou **MPS.BR nível F**, como requisito técnico obrigatório da proposta técnica, visto que a avaliação de capacidade técnica se dá exclusivamente na fase de habilitação.

Mas é possível fornecer uma Declaração (conforme TR “d”) afirmando que, quando da assinatura do Contrato, terá em sua equipe de funcionários pelo menos

- 1 (um) profissional com certificação em gestão de projetos PMP/PMI (Project Manager Professional/Project Management Institute),
- 1 (um) profissional com certificação SCJP (Sun Certified Java Programmer),
- 1 (um) profissional com certificação PHP (Zend Certified Engineer).

Caracterizam um dado nível de capacidade de processo de software, desde que tal nível reflita as escolhas estratégicas da organização para o seu processo de software e a sua real capacidade de avaliar tecnicamente os artefatos e produtos entregues.” (grifos no original) **Acórdão nº 854/2013 – Plenário**

A bem da verdade, as certificações CMMI ou MPS.Br, podem ser obtidas com a finalidade de **desenvolvimento, aquisição e terceirização de serviços ou processos de prestadores de serviços** (CMMI-DEV, CMMIACQ ou CMMI-SVC), de modo que possuindo a empresa tal certificado, **isto não assegura a este órgão que o contratado tenha reais condições de atender ao objeto do certame, pois ter o certificado ou não tê-lo, na prática nada significa.**

Transpassada esta barreira, percebe-se que a Administração possui a necessidade de assegurar a qualidade dos serviços e produtos por meio de processos de gerência e de engenharia de software integrados perfazendo um conjunto coerente e consistente, e está tentando buscar por meio das Certificações supracitadas, o atingimento deste objetivo.

No entanto, o que se questiona é a **DELIMITAÇÃO DE UM NÍVEL ESPECÍFICO DAS CERTIFICAÇÕES**, quais sejam, Nível 2 para CMMI, e Nível ‘F’ para MPS.BR, alijando um universo de 88,50% de empresas Certificadas. Veja-se:

Atualmente há no mercado 89 empresas com Certificações CMMI em vários níveis, no entanto, o número de empresas que possuem CMMI Nível 2 ou superior **NÃO CHEGA A 50% DO UNIVERSO DE EMPRESAS QUE POSSUEM a Certificação.**

Já no que tange a Certificação MPS.BR o quadro é ainda mais grave, vez que num universo de 216 empresas, apenas 22 possuem MPS.Br Nível F, o que representa **MAIS DE 88% DE EXCLUSÃO DE EMPRESAS CERTIFICADAS!!!**

Assim sendo, há no mercado o total de 305 instituições possuidoras de Certificações MPS.Br e CMMI, das quais **NEM TODAS SÃO EMPRESAS PRIVADAS** – sendo algumas da Administração Pública, o que já diminui o universo de possíveis licitantes. Destas, **SOMENTE 58** instituições possuem CMMI Nível 2 ou MPS.BR Nível F.

CUSTO MÉDIO PARA EMPRESAS SEGUIREM ESTES MODELOS

1 - Porque o número de empresas brasileiras que possuem CMMI é tão pequeno?

2 – Temos mais de 4.000 empresas de software e menos de 10% destas empresas passaram por uma avaliação CMMI ou MPS.Br

3 – Onde está o fator limitador para as empresas obterem o CMMI ou MPS.Br?

Pequeno porte (até 100 funcionários) e faturamento abaixo de R\$ 50 milhões.

Principais fatores limitadores para implantação do CMMI:

- Falta de recursos financeiros.
- Falta de mão de obra especializada.
- Resistência a mudanças culturais (problemas com a institucionalização).

Médio porte (até 500 funcionários) e faturamento de R\$ 50 a R\$ 100 milhões.

Principais fatores limitadores para implantação do CMMI:

- Falta de mão de obra especializada.
- Prioridade para o “manter”, pouco foco no “empreender”.
- Gestores despreparados, muitas vezes com bagagem defasada.

Grande porte (acima de 500 funcionários) e faturamento acima de R\$ 100 milhões.

Principais fatores limitadores para implantação do CMMI:

- CMMI não está alinhado às exigências dos clientes.
- Gestores despreparados, muitas vezes com bagagem defasada.
- Divergência com os interesses dos acionistas.
- Falta de mão de obra especializada.
- Resistência a mudanças culturais (problemas com a institucionalização).

O modelo CMMI é proprietário e envolve um grande custo para a realização das avaliações do modelo para obter a certificação.

Geralmente o custo fica entre R\$ 200 mil a R\$ 1 milhão a depender da complexidade do processo.

Em relação ao MPS.Br, o custo de uma certificação para uma empresa pode ser de até US\$ 400 mil, e a certificação não é competitiva o suficiente para tornar a empresa competitiva internacionalmente.

Além disso, é necessário investir tempo, geralmente para se chegar aos níveis de maturidade mais alto.

Como então assegurar a **AMPLA COMPETITIVIDADE** do certame **ALIJANDO MAIS DE 200 EMPRESAS** capacitadas e imbuídas de processos de qualidade, que podem **OFERECER SERVIÇOS DE QUALIDADE?**

A FUNASA está combinando diversos fatores entre exigências de habilitação e condições ilegais para a assinatura do contrato (inventando uma fase pós-habilitação).

Importa esclarecer que ainda que esta exigência tenha sido feita em fase de **CONTRATAÇÃO**, por força da Lei de Licitações que veda tais exigências na fase habilitatória, evidente que exigir tais certificados em qualquer fase da licitação, torna o certame inócuo, tornando o princípio da eficiência inatingível por este órgão, onerando a Administração Pública, já que para remediar a ineficácia de tal certame, terá que contratar emergencialmente ou realizar outro procedimento licitatório.

Obviamente, **NENHUMA EMPRESA EM TEMPO HÁBIL** – E SEM GRANDE DISPÊNDIO FINANCEIRO – ao ser declarada vencedora do certame e que não possua CMMI Nível 2 ou MPS.BR Nível F, jamais obterá a certificação pretendida, e portanto, **NÃO PODERÁ SER CONTRATADA PELO ÓRGÃO.**

Dessa forma, o comprometimento da ampla competitividade SE PERPETUA, somente adiando o tempo em que esta ocorrerá.

Nessa senda, evidente que os certificados CMMI Nível 2 e/ou MPS.Br, Nível F, **não se aplicam aos critérios mínimos legais** estabelecidos pela Lei de Licitações, especialmente por que tal exigência afronta o artigo 30 em sua totalidade – ainda que este artigo se restrinja a fase habilitatória.

Por óbvio tais exigências **AINDA QUE MASCARADAS SOB A FASE DE CONTRATAÇÃO** permanecem **ILEGAIS**. Veja-se que o artigo 55, da Lei 8.666/93 estabelece que as cláusulas contratuais devem estar amarradas ao instrumento convocatório. Assim, inequívoco que tais exigências a serem apresentadas no ato de assinatura contratual está **ATRELADO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO**.

“Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:

XI – a vinculação ao edital de licitação ou ao termo que a dispensou ou a inexigiu, ao convite e à proposta do licitante vencedor;

Por outro lado, qualquer contratante que exija os padrões CMMI nível 2 e/ou MPS.Br nível F, necessita apresentar nível de maturidade para que o contrato seja executado com eficácia junto a licitante vencedora, o que a **FUNASA NÃO POSSUI**.

Nesse aspecto, é importante ressaltar que o AGENTE PÚBLICO responsável pelo procedimento licitatório possui carga inescusável em suas ações, sejam elas comissivas ou omissivas:

"O legislador utilizou quatro verbos diferentes: admitir, prever, incluir e tolerar com a finalidade de inviabilizar tanto condutas comissivas (que decorrem da ação direta do agente) como as omissivas. Assim, a proibição atinge não só o que tenha concorrido com sua ação, mas também o que se omite do dever de eliminar a condição restritiva e não o faz, quando para tanto tem competência. Ao se referir as cláusulas ou condições, o legislador emprega mais três verbos: comprometer, restringir e frustrar. COMO SE VÊ EM TESE, BASTA O COMPROMETIMENTO DA COMPETIÇÃO PARA QUE O EDITAL SEJA ANULADO. No entanto, o comprometimento é situação que pode comportar mera potencialidade, sem que dela se origine prejuízo. Em outros casos, a potencialidade causa real prejuízo. (...) 2

Evidente, portanto, que tal exigência É ILEGAL, e precisa SER EXTIRPADA DO EDITAL, a fim de cumprir efetivamente o disposto no art. 37, caput, da Carta Magna.

Se ao órgão promotor da legislação for dada a facilidade de exigir detalhamentos, principalmente no que se refere a certificações, certamente o aspecto restritivo vai mais e mais se apresentar com intensidade. Assim é que, exemplificando, ao exigir uma determinada certificação que se divide para efeito de classificação em dez níveis, a escolha de um deles reduz, teoricamente, em dez a competitividade e aumenta em dez o restritivo.

A exigência pode até parecer um fator insignificante e inocente ao licitante menos experiente ou menos alerta para o fato, mas suas implicações são devastadoras para o licitante que não tem ao seu alcance o detalhamento eleito. Não só se verá excluído do certame, mas, em alguns casos ainda terá que responder, podendo até ser penalizado por não cumprir o requisito esdrúxulo a que se submeteu.

Assim como as pessoas possuem seus interesses particulares, também as instituições públicas que licitam manifestam os mesmos interesses. Tal fato é ilegal e prejudica o particular, não podendo ser permitida a permanência de aspectos desse tipo nos editais.

Será que o próprio órgão licitante é certificado no mesmo patamar de maturidade que está exigindo? A FUNASA possui nível de maturidade idêntico (ao menos parecido) ao que exige? Qual evidência de que seu processo é compatível com CMMI – Nível 2 ou MPS.Br – Nível “F”? Existe previsão legal para uma exigência desse tipo (sabemos que não!!!)? Esta empresa entende que não é, não possui, não tem e não há. E mesmo que houvesse isso não habilitaria o órgão a fazer a exigência, pois não existe previsão legal para tanto.

Vejamos como o mercado de TI se posicionou neste sentido:

²Renato Geraldo Mendes. *Lei de licitações e contratos anotada*. pág. 62, 8^a edição.

- Quantidade de empresas certificadas CMMI:

Nível CMMI	Quantidade	%
Level 2	45	50,6%
Level 3	36	40,4%
Level 4	1	7,9%
Level 5	7	7,9
TOTAL	89	100%

Fonte: <https://cmmiinstitute.com/>

- Quantidade de empresas certificadas MPS.Br:

Nível MPS.Br	Quantidade	%
Nível G	117	54,2%
Nível F	64	29,6%
Nível E	9	4,2%
Nível D	1	0,5%
Nível C	22	10,2%
Nível B	0	0,0%
Nível A	3	1,4%
TOTAL	216	100%

Fonte: https://softex.br/mpsbr/avaliacoes/?search_2f571=empresas%20certificadas

Ressalta-se que no caso da exigência ILEGAL do nível “F” do certificado CMMI a FUNASA excluiu quase 50,6% do mercado de empresas certificadas!!!

NOVENTA POR CENTO DAS EMPRESAS CERTIFICADAS NO BRASIL NÃO POSSUEM O NÍVEL EXIGIDO PELO FUNASA!!!

Para o caso do CMMI a exigência de nível 2 alija mais da metade das empresas de fábrica de software. Este fato é IMPERDOÁVEL sob a ótica da competitividade e da busca da proposta mais vantajosa.

A exigência de níveis e das próprias certificações é abusiva e, portanto, RESTRITIVA, pois a qualificação técnica deve se restringir ao Atestado de Capacidade Técnica que comprove a aptidão da empresa para prestar o serviço objeto no Edital nº 11/2019, conforme estabelece a legislação vigente.

Tais posicionamentos indicam que não é admissível exigir certificações para efeitos de qualificar empresas nos procedimentos licitatórios, pois se assim fosse lícito somente empresas que já fossem detentoras do conhecimento prévio das exigências editalícias iriam possuir condições para participar, uma vez que as empresas que até por opção não estivessem certificadas no particular exigido no edital estariam alijadas do processo, pois é do

conhecimento geral que procedimentos de certificação não acontecem de um dia para o outro.

Afastada, portanto, a possibilidade de que tamanha aberração possa contaminar o ambiente licitatório, o próprio TCU passou a desenvolver jurisprudência no sentido de inibir os órgãos públicos a fazerem exigências para habilitação que abriguem a apresentação de certificados de qualidade.

Mesmo que devidamente tutelados pelo estado, em leis especiais, os mesmos se mostrariam inconvenientes, pela capacidade de reprodução e disseminação que possuem. Chegaria o momento em que as certificações seriam tão diversificadas e abrangeriam tantas especialidades que sua tutela até pelas instituições privadas se mostraria impraticável de ser exercida.

Para que esse caos não fosse atingido ou mesmo não se iniciasse, a tutela do estado sob o ponto de vista da fiscalização dos órgãos de controle, em especial do TCU, se mostrou imprescindível, eliminando na origem as iniciativas de interpretar a legislação no sentido permissivo, encontrando aberturas para a exigência de certificações de qualidade.

Dessa forma, o Egrégio Tribunal de Contas da União adotou posição, reproduzida em inúmeros acórdãos, no sentido de que a comprovação de aptidão, prevista no inciso II do art. 30, da Lei 8.666/93, que é o dispositivo legal que guardaria maior proximidade com a nefasta admissibilidade das certificações de qualidade, deve, necessariamente e exclusivamente ser suprida por atestados de capacidade técnica nos quais constem declarações de que executou serviços similares aos do objeto licitado, e não mediante certificados de qualidade”.

Alguns trechos de acórdãos que reforçam a ilegalidade presente no Edital 11/2019, inclusive o Acórdão nº 2331/2008 que firma conceito sobre a impossibilidade de criação de critérios não previstos na legislação.

“Abstenha-se de empregar, como critério de comprovação de certificação de qualidade, o direcionamento à apresentação de certificado específico, considerando aceitável e suficiente a apresentação de certificado de qualidade referente à área compatível com os serviços integrantes do objeto licitado, desde que emitido por entidade certificadora credenciada por organismo oficial.” (Acórdão 2331/2008 – Plenário) Grifou-se

“Estabeleça a aceitabilidade de todas as certificações idôneas disponíveis no mercado para o processo de desenvolvimento e/ou manutenção de software dos fornecedores, emitidas por entidade certificadora independente, não incluindo produtos específicos, senão em caráter exemplificativo, tais como “certificação CMM ou similar”, caso necessitem incluir como quesito técnico para julgamento das propostas a certificação do fornecedor em qualidade no desenvolvimento de software.” (Acórdão 1287/2008 – Plenário) Grifou-se

“A indicação ou preferência por marca em procedimento licitatório só é admissível se restar comprovado que a alternativa adotada é a mais vantajosa e a única que atende às necessidades do Órgão ou Entidade.” (Acórdão 88/2008 – Plenário)

“Abstenha-se de definir as especificações dos produtos a serem adquiridos a partir das características de marcas específicas em atendimento ao disposto no art. 7º, § 5º e 15, § 7º, inciso I, da Lei nº 8.666/1993.” (Acórdão 295/2008 – Plenário) Grifou-se.

“Observe com rigor, em todos os processos licitatórios, as normas pertinentes e que, ao especificar produtos, faça-o de forma completa, porém sem indicar marca, modelo, fabricante ou características que individualizem um produto particular.” (Acórdão 1034/2007 – Plenário) Grifou-se

“Zele para que seus editais obedeçam ao disposto no art. 7º, § 5º, da Lei nº 8.666/1993, no sentido de que não haja restrição à competitividade ou direcionamento de licitação resultante de indevida preferência por marca específica de equipamento de informática, ou pela inserção, no instrumento convocatório, de características atípicas desses equipamentos, em ambos os casos sem justificativa técnica.” (Acórdão 481/2007 – Plenário) Grifou-se

“Abstenha-se de exigir, nas licitações realizadas na modalidade pregão, Comprovação de que tenha desenvolvido, no mínimo, 3.400 (três mil e quatrocentos) pontos de função em regime de fábrica de software nas linguagens ASP, JAVA, JAVASCRIPT e PHP, incluindo o desenvolvimento, implementação, manutenção

4. DAS ILEGALIDADES E ‘INOVAÇÕES’ (TRANSFERÊNCIA ILEGAL DE EXIGÊNCIAS DE CUNHO HABILITATÓRIO PARA UM NOVO MOMENTO – A ASSINATURA DE CONTRATO).

A artimanha do edital (fixar a entrega de documentos proibidos na fase habilitatória para o momento da assinatura do contrato) consiste em deslocar temporalmente **TUDO O QUE É PROIBIDO DE SER EXIGIDO NA FASE DA HABILITAÇÃO PARA O MOMENTO DE ASSINATURA DO CONTRATO**. O edital tenta, com isso, fugir da vedação legal existente e legitimar exigências restritivas e de cunho proibido pelos julgados da Corte de Contas Federal, cujos teores já se encontram pacificados.

Não importa em que época as exigências ilegais devem ser supridas, pois o que importa é se elas podem (OU MESMO DEVEM) ser supridas. Exigências ilegais não podem e não devem ser supridas, realidade que já restou definida como proibida pelo TCU em vários de seus Acórdãos.

Definitivamente, os editais podem exigir atestados de capacidade técnica e não certificados ou certificações de qualidade, sendo que em alguns casos, esses últimos podem ser admitidos exclusivamente para efeito de pontuação em regimes de

técnica ou técnica e preço, este é o entendimento já pacificado pelo Egrégio Tribunal de Contas da União.

Não será, portanto, uma argumentação distorcida da realidade e artifícios de deslocamentos no tempo que permitirão a FUNASA exigir toda uma gama de certificados, certificações e outras exigências de qualificação, sob a alegação de que serão apresentados apenas por ocasião da contratação.

A contratação, esqueceu-se o julgador, é apenas a formalização das fases de habilitação e julgamento, únicas fases previstas na legislação. A contratação em si, não se apresenta como uma fase, pois se assim fosse estaria prevista na Lei 8.666/93 como tal.

Caso contrário, se pretende competitividade, que permita que todas as empresas interessadas participem, cumprindo aquilo que está na lei, se abstendo de cercear a participação criando normas incompatíveis com o texto legal, como as exigências atacadas na impugnação ao edital.

Criar um ‘novo julgamento’ após a conclusão do processo (momento da assinatura do contrato), acarretará aos licitantes algo extremamente combatido pelo TCU: o ônus prévio dos licitantes em sede de licitação!

Isso mesmo, a obrigatoriedade, acarreta ônus prévio, uma vez que, para cumprir as exigências tal qual está no edital a empresa Representante teria que providenciar previamente processo de recrutamento e seleção para prover o pessoal requerido.

Haja visto que o prazo estabelecido pelo edital para atendimento é de apenas poucos dias após a adjudicação, resta claro que **É IMPOSSÍVEL DE SER CUMPRIDO**.

Nos termos da lei, bastaria a apresentação de Atestado de Capacidade Técnica que comprovasse a prestação de serviço semelhante, uma vez que é o que estabelece a legislação em vigor. A impugnação explicita as razões das ilegalidades exigidas nos mencionados subitens, razão pela qual não vale repetir o que já foi alegado.

Por mais que a FUNASA procure se cercar de justificativas para a adoção de exigências restritivas, nenhuma situação presente no processo licitatório em questão é excepcional o suficiente para exigir um meio de prova que exceda o texto da lei, razão pela qual a exigência é inoportuna, excessiva e indevida frente aos preceitos legais.

O TCU permite a exigência de certificações como CMMI ou MPS.Br, por exemplo, **desde que a FUNASA possua a certificação no nível específico**. O pior vício verificado nesta prática ilegal é a exigência por parte da FUNASA de que a empresa vencedora tenha quer ser certificada em determinado nível sendo que a FUNASA não o é... isso mesmo... a FUNASA não possui NENHUMA certificação, conforme foi-se verificado.

Em alguns procedimentos licitatórios, inventivamente, os órgãos passaram a deslocar as exigências indevidas para outro momento que não o da habilitação. Em geral, como no presente certame, exigem não só certificações, mas também outros fatores, e condicionam a entrega dos mesmos à assinatura do contrato.

Com isso entendem que podem driblar a vedação legal e conduzem o licitante a imaginar que pode se sagrar vencedor sem se preocupar com o cumprimento daquelas exigências. Posteriormente, não só desclassificam a empresa, como também a penalizam com base em regras legais de desistência de contrato, e a empresa,

perplexa, acaba prejudicada em decorrência da própria má fé da Administração. Tal procedimento vem se intensificando e se tornando um óbice à sobrevivência da competitividade.

O assunto se mostra de forma clara e inquestionável e a posição do TCU não deixa dúvidas de qualquer natureza, mas, a inventividade dos interessados em obter outros caminhos é muito maior do que o receio que deveriam ter por querer trilhar caminhos ilegais, razão pela qual ousam entender que podem exigir tais certificações em outros momentos das licitações que não sejam o da habilitação e assim, imaginam, estariam se afastando da vedação da lei e da fiscalização dos órgãos de controle.

Tal tentativa de burlar a vedação legal está sendo disseminada na Administração Pública e deve atingir uma dimensão perigosa se não for imediatamente interrompida e será pelo TCU. É grave o estado de coisas que já se instaurou, pois os acórdãos até agora expedidos pela maior corte de contas do país estão ameaçados de se tornarem inócuos, face ao novo modus operandi adotado pelos interessados em obter condições mais facilitadas para a seleção de seus fornecedores, se assim se pode dizer. Mas o TCU já foi alertado da ocorrência de tais procedimentos.

Como se sabe, a legislação procurou limitar a ação da Administração no exercício de sua competência, em relação à comprovação da qualificação técnica dos licitantes, exatamente em obediência ao dispositivo constitucional que impõe regras de exigências apenas compatíveis com o mínimo de segurança para a Administração pública (art. 37, XXI).

Buscou evitar, assim, que exigências mais complexas ou de cunho particular de cada órgão ou julgador pudesse acarretar restrição a ampla participação no certame. Tal filosofia deve ser mantida a todo custo, inclusive porque dela depende todo o embasamento de alguns princípios que regem o procedimento licitatório, entre eles, e em especial, o da competitividade. Vejamos o que o TCU fala sobre o assunto, sempre se referindo às fases definidas na Lei 8.666/93 (sem criação de nenhuma outra instância ou etapa):

“Deve o gestor abster-se de fazer exigências desnecessárias, irrelevantes e que não estejam relacionadas diretamente com a execução do objeto.

Cumprimento de exigências de habilitação deve ser comprovado na data prevista para recebimento da proposta, por meio dos documentos contidos no envelope “Documentação”.

EXCLUSIVAMENTE significa que nada mais poderá ser exigido além da documentação mencionada nos arts. 27 a 31 da Lei nº 8.666/1993, a não ser que a exigência refira-se a leis especiais.” (Páginas 332-333 / *Licitações & Contratos – Orientações e Jurisprudências do TCU / 4ª Edição – Revista, atualizada e ampliada*)

“Atente para as fases do processo licitatório especialmente no que tange à adjudicação e homologação do objeto da licitação, abstendo-se de realizar, na mesma licitação, diversas adjudicações e homologações parceladas, em observância ao art. art. 43, inciso VI, da Lei nº 8.666/1993.” (Acórdão 1820/2008 – Plenário)

“No certame licitatório, os documentos que podem ser exigidos quanto à habilitação jurídica, qualificação técnica, qualificação econômico-financeira, regularidade fiscal e prova de cumprimento do disposto no inciso XXX III do art. 7º da Constituição Federal estão adstritos àqueles previstos nos artigos 27 a 31 da Lei nº 8.666/1993.” (Acórdão 2056/2008 – Plenário)

“Atenham-se ao rol de documentos para habilitação definido nos artigos 27 a 31 da Lei 8.666/1993, sem exigir nenhum elemento que não esteja ali enumerado.” (Acórdão 2450/2009 – Plenário)

“Art. 43. A licitação será processada e julgada com observância dos seguintes procedimentos:

[...]

VI – deliberação da autoridade competente quanto à homologação e adjudicação do objeto da licitação.

§ 5º Ultrapassada a fase de habilitação dos concorrentes (incisos I e II) e abertas as propostas (inciso III), não cabe desclassificá-los por motivo relacionado com a habilitação, salvo em razão de fatos supervenientes ou só conhecidos após o julgamento.

Art. 44. No julgamento das propostas, a Comissão levará em consideração os critérios objetivos definidos no edital ou convite, os quais não devem contrariar as normas e princípios estabelecidos por esta Lei.

§ 1º É vedada a utilização de qualquer elemento, critério ou fator sigiloso, secreto, subjetivo ou reservado que possa ainda que indiretamente elidir o princípio da igualdade entre os licitantes. [...]” (LEI Nº 8.666, DE 21 DE JUNHO DE 1993)

5. DA SUSPENSÃO IMEDIATA DO CERTAME

Uma vez que esta impugnação apresenta razões de iminente interesse público, faz-se necessária a aplicação do § 2º do art. 109 da Lei nº 8.666/93, que assim versa:

“Art. 109. Dos atos da Administração decorrentes da aplicação desta Lei cabem:

I – recurso, no prazo de 5 (cinco) dias úteis a contar da intimação do ato ou da lavratura da ata, nos casos de:

- a) habilitação ou inabilitação do licitante;*
- b) julgamento das propostas;*
- c) anulação ou revogação da licitação;*
- (...)*

§ 2º O recurso previsto nas alíneas “a” e “b” do inciso I deste artigo terá efeito suspensivo, podendo a autoridade competente, motivadamente e presentes razões de interesse público, atribuir ao recurso interposto eficácia suspensiva aos demais recursos.”

Assim sendo requer, conforme procedimento adotado pelo Egrégio Tribunal de Contas da União (art.21, da Resolução 36/1995), a determinação liminar de sustação do curso da licitação, até o julgamento da presente impugnação e, por conseguinte, que seja **REFORMULADO** o edital, **EXTIRPANDO** os vícios que contrariam dispositivos constitucionais e da legislação pertinente, para não restringirem a competitividade do certame, o que acarretam inevitável prejuízo para o interesse público.

6. DOS PEDIDOS

Ex positis, é a presente impugnação para requerer:

- a) Liminarmente, a **sustação do certame**, por estar devidamente motivada e presente as razões de interesse público;
- b) A procedência da presente impugnação para modificar os termos editalícios dos itens 9.11.6 “b” do TR excluindo a exigência de certificações CMMI ou MPS.Br e/ou níveis de certificações;
- c) A abertura de prazo para divulgação das novas condições de apresentação da proposta (**§ 4º, art.21 da Lei 8.666/93**);
- d) Em caso de negativa, remeta a presente impugnação para a autoridade superior para manifestação.

Alegações...

A **DIGITAL BRASÍLIA**, atua de forma socialmente responsável, com observância a padrões éticos, principalmente, mas não limitado, no que diz respeito à (i) aderência a leis locais e posição contra a lavagem de dinheiro, suborno e corrupção, se obrigando a não oferecer, dar ou comprometer a dar a qualquer pessoa, ou aceitar ou se comprometer a aceitar de qualquer pessoa, seja por conta própria ou de outrem, qualquer doação, pagamento, compensação, vantagens financeiras ou não financeiras ou benefícios de qualquer espécie que constituam prática ilegal ou de corrupção; (ii)práticas de comercio justas e éticas com fornecedores e subcontratados; (iii)cumprimento da legislação e regulamentação de proteção do meio ambiente; (iv)assegurar que o trabalho escravo ou forçado não seja utilizado; (v) respeitar a proibição do trabalho noturno, perigoso e insalubre a menores de 18(dezoito) anos e de qualquer trabalho a menores de 14(quatorze) anos; (vi)assegurar a não discriminação, os direitos das mulheres e o respeito à diversidade; (vii)respeito aos direitos humanos de seus funcionários e cumprimento das legislações, regulamentações e diretrizes dos países e comunidades em que operam; (viii)investimento permanente no desenvolvimento de produtos e serviços confiáveis, que minimizem os riscos de danos à saúde e à segurança dos usuários e da comunidade em geral.

Nestes termos,

Pede e espera deferimento.

Brasília-DF 27 de novembro de 2019.

Nayra Cristine Lopes Teixeira

Ceo Presidente