



## DECISÃO DE IMPUGNAÇÃO N° 1

### 1. DAS PRELIMINARES

1.1. Do instrumento interposto:

1.1.1. Trata-se de instrumento impugnatório - apresentado em 08 de dezembro de 2023 - contra os termos do Edital do Pregão Eletrônico SRP nº 8/2023 – UASG 201057, cujo objeto é a contratação de empresas especializadas em desenvolvimento e manutenção de Software, por pontos de função complementados por horas de serviço técnico sob demanda, conforme modalidade prevista na Portaria SGD/MGI nº 750, de 20 de março de 2023, com vistas a executar atividades de projeto, construção, testes, implantação, evolução, manutenção e suporte relacionados ao ciclo de vida de software, adotando-se práticas ágeis aderentes ao processo de software.

1.2. Da tempestividade:

1.2.1. O art. 164 da Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, que trata de licitações e contratos administrativos, dispõe que "qualquer pessoa é parte legítima para impugnar edital de licitação por irregularidade na aplicação desta Lei ou para solicitar esclarecimento sobre os seus termos, devendo protocolar o pedido até 3 (três) dias úteis antes da data de abertura do certame".

1.2.2. Dessa forma, dado que a abertura da licitação está prevista para o dia 14 de dezembro de 2023, pode-se afirmar que a impugnação é **tempestiva**.

### 2. DAS ALEGAÇÕES E DO PEDIDO

2.1. Em síntese, a impugnante se insurge contra os termos do Edital. Inicialmente, ela argumenta que existe uma restrição à competitividade, pois alega que o edital vincula a qualificação técnica das licitantes unicamente à modelagem de pontos de função, conforme especificado no item 12.5.3 do Termo de Referência. Em segundo lugar, e também como uma alegação de restrição à competitividade, ela solicita a revogação da cláusula que impede a participação de consórcios no edital.

### 3. DA ANÁLISE DO MÉRITO

3.1. A impugnante apresentou suas alegações nos seguintes termos:

"[...]

#### **2. DO MÉRITO DA IMPUGNAÇÃO:**

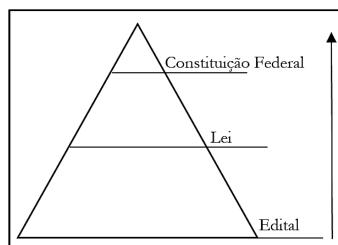
Como é cediço, diante do necessário planejamento ao manuseio dos recursos advindos do erário, o Constituinte de 1988 institucionalizou o regime jurídico-administrativo, com a finalidade de proteger o interesse público inerente às relações de cunho negocial, preservando a eficiência das contratações governamentais, sem desamparar a almejada competitividade, enquanto condição imprescindível à **seleção imparcial** da futura contratada.

Notadamente, à luz do referenciado regime jurídico-administrativo, a **Administração não tem autorização para sobrepor uma atuação distante da previsão contida na lei**, remanescendo ausente a sua autonomia de vontade, a qual deve permanecer adstrita aos contornos da norma legal aplicável (princípio da legalidade), aqui também inclusos os limites advindos das cláusulas lançadas no Instrumento Convocatório, sob a roupagem de regras cogentes do processo de contratação.

Não por outro motivo, a interpretação e a aplicação das regras elegidas no Instrumento Convocatório somente contemplam legitimidade perante a submissão à previsão legal, cuja normatização - *por sua vez* - deve guardar sintonia com o voto de validade de ordem constitucional, estampado na íntegra do artigo 37 da Carta Maior.

Quer se sublinhar, assim, que **não há permissividade para rechaçar os princípios constitucionais e as premissas fixadas na legislação ordinária** de regência.

Numa escala de hierarquia normativa, a interpretação do regramento incidente sobre a condução do certame está subordinada ao seguinte esquema:



Vê-se, portanto, que não prevalece lícita a interpretação de cláusulas editalícias (ou a omissão delas) distante da disposição legal e dos vetores de validade constitucional (art. 37, caput e XXI, CRFB/88).

Cite-se, aliás, que a correspondência entre as disposições editalícias e a legislação aplicável resguarda a segurança jurídica indispensável à primazia do preceito constitucional pertinente ao devido processo legal (art. 5º, LIV, CRFB/88) e ao princípio da isonomia (art. 37, caput, CRFB/88), **também inerente aos processos licitatórios**, cujo sentido prático espelha a transparência impositiva sobre a condução dos procedimentos de contratação governamental, a fim de **afastar indicativos de favorecimento ilícito** na escolha da futura contratada.

Dai por que se tem a compreensão quanto à origem do princípio da vinculação ao instrumento convocatório, enquanto preceito corolário dos princípios estampados no artigo 37 da Carta Maior, mormente diante a imprescindibilidade da alocação de exigências objetivas às licitantes, capazes de resguardar a proteção do interesse público a partir da projeção da eficiência na entrega do objeto da licitação (art. 37, XXI, CRFB/88), sem desatender ou ultrapassar as disposições legais percorridas na Lei nº 14.133/2021.

Logo, não há espaços para arbitrariedades ou escolhas subjetivas de interessadas longe das regras estabelecidas no edital e, via reflexo, circunstância apta a permitir a eleição de exigências excessivas, capazes de restringir a primazia da ampla competitividade.

A vinculação do instrumento convocatório se traduz numa importante garantia à sociedade de que não haverá favorecimentos ou direcionamentos nas aquisições feitas pela Administração Pública, a qual somente atinge tal finalidade se observada as disposições legais impostas ao regime de contratação governamental.

Denota-se, assim, que o princípio da legalidade irradia seus efeitos sobre todos os atos da Administração, não tornando possível o atendimento do interesse público à margem da lei.

Logo, se impõe determinada exigência às licitantes para garantir a contratação de pessoa jurídica com expertise suficiente à execução do objeto pretendido, tal imposição não pode conter especificidades capazes de excluir possíveis interessadas com capacidade de desenvolvimento dos serviços.

*In casu*, o Termo de Referência que seguiu acostado ao Edital do Pregão Eletrônico nº 08/2023 trouxe a seguinte descrição do objeto:

#### 1. CONDIÇÕES GERAIS DA CONTRATAÇÃO

1.1. Contratação de empresas especializadas em desenvolvimento e manutenção de Software por pontos de função complementados por horas de serviço técnico sob demanda, conforme modalidade prevista na Portaria SGD/MGI nº 750, de 20 de março de 2023, com vistas a executar atividades de projeto, construção, testes, implantação, evolução, manutenção e suporte relacionados ao ciclo de vida de software, adotando-se práticas ágeis aderentes ao processo de software estabelecido neste Termo de referência, durante o período de 12 (doze) meses, podendo ser prorrogados até 5 (cinco anos, nos termos da tabela abaixo) conforme condições e exigências estabelecidas neste instrumento.

1.2. Os serviços objeto desta contratação são caracterizados como comuns, uma vez que há padrões de mercado e diversos frameworks de desenvolvimento de software, que permitem a fixação de padrões de qualidade e de desempenho para o referido serviço.

1.3. O objeto será adjudicado pelo menor preço global por lote, respeitando os valores máximos por item, conforme especificações constantes neste Termo de Referência e licitado em lotes separados por grupo de órgãos participantes.

Como facilmente se infere, o objeto do procedimento licitatório se dirigiu à contratação de empresa com expertise na prestação de serviços de TIC, mais precisamente especializada no desenvolvimento de softwares, com capacidade de executar atividades de projetos, construção, testes, implantação, evolução, manutenção e suporte relacionados ao tempo de vida da ferramenta desenvolvida, mediante práticas ágeis.

Noutro giro, as cláusulas editalícias também estipularam expressamente algumas peculiaridades para conquista da habilitação técnica pelas interessadas na contratação, senão vejamos o teor da previsão editalícia:

2.5.3. Para fins da comprovação de que trata este subitem, os atestados deverão dizer respeito a contratos executados com as seguintes características mínimas:

[...]

di ter contabilizado, por período de 12 (doze) meses, no mínimo quantidade de pontos de função implementados em ao menos uma das tecnologias constantes da tabela apresentada no Anexo de DADOS CONSOLIDADOS DA DEMANDA, conforme limites mínimos definidos no quadro abaixo, por Lote:

LOTE	Quantidade mínima de Pontos de Função
1	10.691
2	7.115
3	7.559
4	6.463
5	7.082
6	7.503
7	6.295

A bem da verdade, as aludidas cláusulas editalícias restringiram de forma irregular a abrangência de participantes com expertise à execução do objeto, porquanto vinculou a qualificação técnica das licitantes à execução de serviços somente sob a modelagem de pontos de função, sem a correspondente justificativa.

A partir da alínea "d" da cláusula 12.5.3, denota-se o efeito restritivo, pois as interessadas no processo de contratação podem possuir meios distintos de comprovação da expertise na prestação dos mesmos serviços identificados no objeto ou dentro de cada lote, com iguais especificidades, embora não estejam atrelados a contratos por "Pontos de função".

Se a capacidade técnica objetiva comprovar a expertise (experiência passada) da empresa na execução de serviços, então independe se tal comprovação irá ocorrer por meio de apresentação de atestados oriundos de contratos "por ponto de função", "por UST" ou "por hora/homem".

Ora, é possível que determinada empresa detenha capacidade técnica necessária a prover a execução do objeto, com a expertise exigida no inciso XXI do artigo 37 da Carta Maior, apesar da operacionalização dos serviços por contratação ter ocorrido por UST (e não "Pontos de função").

Sabidamente, a alocação de exigências às licitantes tem como vetor de validade constitucional a regra estampada no inciso XXI do artigo 37 da Carta Maior, a qual apenas possibilita a imposição de requisito indispensável a garantir a regularidade da execução/entrega do interesse público incluso no objeto do procedimento.

À luz do ordenamento jurídico-administrativo, a Administração Pública não está autorizada a impor exigências capazes de macular a **impessoalidade** ou a **eficiência (economicidade)** nas aquisições de bens e serviços, sendo permitida apenas instituição de condições autorizadas na lei (**legalidade**), que, sobretudo, estejam intrinsecamente atreladas ao cumprimento das obrigações inerentes à execução do objeto fletido (**motivação**), sem rejeitar, em quaisquer casos, indispensável segurança jurídica.

Dessa estrutura normativa de regência compulsória (art. 37, XXI, CRFB/88), assegurou-se o poder-dever para estipular exigências necessárias à eficiência dos contratos pretendidos pela Administração, sempre amoldadas ao abrigo do interesse público e ao alcance da regular execução do objeto, com vistas a permitir a legitimidade do gasto público.

Em outras palavras, a alocação das exigências afetas ao objeto nos editais dos procedimentos licitatórios materializa um verdadeiro mecanismo de proteção ao interesse público primário envolvido na aquisição, inclusive quanto à projeção desta tutela sobre a despesa subsequente, desde que não traga a restrição indevida ao caráter competitivo, por intermédio de requisito de índole excessiva.

Por isso, a interpretação conjugada da norma constitucional e da lei ordinária não reporta coerência à aplicação singular apenas de um ou outro preceito consagrado no caput do artigo 37 da Carta Maior, mas sim o sentido uniforme do ordenamento para assegurar a concretização do direito fundamental à boa administração.

Lado outro, as mencionadas previsões editalícias impusera determinadas condicionantes não permitidas, distante da previsão legal e das premissas fixadas no inciso XXI do artigo 37 da Carta Maior, a qual - na prática - poderá resultar no direcionamento do certame, bem como na subsequente celebração de contrato com preço manifestamente superior, convalidando a malfadada hipótese de superfaturamento.

No caso concreto, a questão posta à discussão contempla contorno de maior gravidade frente outro ponto de ilicitude, pois não se autorizou à participação de consórcios, com a devida motivação para tal vedação.

Ora, a negativa injustificada à participação de consórcio no certame se soma aos indicativos anteriores que propiciam um ambiente de possível direcionamento, ante a grave limitação injustificada ao caráter competitivo da licitação.

Sabe-se que a vedação à participação de empresas reunidas na forma de consórcio é ato excepcional, o qual deve ser adequadamente justificado, sob pena implicar restrição à competitividade e, consequente, o possível direcionamento com a frustração do propósito da licitação.

Infere-se, assim, a presença de certo conjunto de indicativos aptos a evidenciar não apenas o eventual favorecimento à determinada empresa, mas também a limitação do caráter competitivo, a partir da restrição à participação de empresas reunidas na forma de consórcios.

Naturalmente, a omissão sobre as regras aplicáveis à participação dos consórcios no certame reproduz a subsequente vedação injustificada, em clara dissonância à orientação consolidada no Tribunal de Contas da União, senão vejamos:

**A vedação da participação em licitações de empresas em consórcio deve ser justificada**, sob pena de restrição à competitividade. (TCU. Acórdão 11196/2011-Segunda Câmara. Relatório de Levantamento. Relator Min. Augusto Sherman. Sessão em 22.11.2011).

A Administração, em respeito à transparéncia e à motivação dos atos administrativos, **deve explicitar as razões para a admissão ou vedação à participação de consórcios** de empresas quando da contratação de objetos de maior vulto e complexidade. (TCU. Acórdão 929/2017-Segunda Câmara Representação, Relator Min. José Múcio Monteiro).

A decisão da vedação de participação de consórcio de empresas em licitação é discricionária, **porém deve ser devidamente motivada** no processo administrativo. (TCU. Acórdão 3654/2012-Segunda Câmara (Representação, Relator Min. Marcos Bemquerer).

Cabe ao gestor, em sua discricionariedade, a decisão de admitir, ou não, a participação de empresas organizadas em consórcio na licitação, contudo, na hipótese de objeto de grande vulto ou complexidade que tornem restrito o universo de possíveis licitantes, **fica o Administrador obrigado a prever a participação de consórcios no certame** com vistas à ampliação da competitividade e à obtenção da proposta mais vantajosa. (TCU. Acórdão 1094/2004-Plenário (Representação, Relator Min. Augusto Sherman).

A Administração pode optar por permitir ou não a participação de consórcios em licitações públicas, **devendo a decisão ser motivada**, o que é especialmente importante se a opção for vedar a participação, que, em regra, Restringe a competitividade do certame. (TCU Acórdão nº 2447/2014).

Acerca do tema, merece transcrever a posição do TCE-MG, estampada no julgamento da Denúncia nº 838.604, sob a relatoria do Conselheiro Sebastião Helvécio, *in verbis*:

De fato, o item 3.5 do instrumento convocatório veda, expressamente, a formação de consórcios. Entretanto, o art. 33 da Lei n. 8.666/93 prevê a possibilidade de participação em licitação das empresas reunidas em consórcio desde que observadas as normas dispostas em seus incisos e parágrafos. Marçal Justen Filho, sobre o tema, adverte que: **Q uato convocatório admitir ou não a participação de empresas em consórcio. Trata-se de escolha discricionária da Administração Pública, o que evidentemente não significa autorização para decisões arbitrárias ou imotivadas Admitir ou negar a participação de consórcios é o resultado de um processo de avaliação da realidade no mercado em face do objeto a ser licitado e da ponderação dos riscos inerentes à atuação de uma pluralidade de sujeitos associados para a execução do objeto.** Como toda decisão exercitada em virtude de competência discricionária, admite-se controle relativamente à compatibilidade entre os motivos e a realidade e no tocante à adequação proporcional entre os meios e resultados. A vedação à participação de empresas em consórcio pode, em dadas circunstâncias, contribuir para a ocorrência de restrição ao caráter competitivo das licitações, impossibilitando a Administração de obter a proposta mais vantajosa para a contratação almejada. Portanto, a Administração para impor tal reeleição, deve observar rigorosamente os princípios da motivação e da razoabilidade. [...] Indubitável, portanto, que a adoção de contratação isolada somada à rejeição à participação de consórcios representa impedimento à participação de maior número de interessados no certame. Não restando devidamente justificada a vedação à formação de consórcio, entendo que remanesce a irregularidade, sendo procedente a denúncia neste item.

De resto, considerando a carença na apresentação de qualquer motivação sólida, razoável e adequada para proibir a participação de empresas em consórcio, é evidente que a restrição da competitividade consolida claro indicativo de direcionamento do certame.

Outrossim, repercutindo a falha acima sobre as demais, sobrepõe a imprescindibilidade da promoção de correções às cláusulas editalícias para resguardar a participação de empresas reunidas em consórcios.

### 3. DOS PEDIDOS:

ANTE O EXPOSTO, atentando-se aos fundamentos deduzidos acima, requer-se o recebimento e o devido processamento da presente manifestação, com o saneamento das irregularidades identificadas nas mencionadas cláusulas editalícias, a fim de evitar a transposição da matéria à área de competência fiscalizatória dos Órgãos de Controle.

Por derradeiro, requer-se a suspensão do certame, com a redesignação da sessão pública, acompanhando as disposições contidas na Lei n. 14.133/2021 quanto às alterações do Instrumento Convocatório.

Nesses termos, pede deferimento.

[...]"

3.2. Por sua vez, a área técnica demandante, considerando a natureza das alegações da impugnante, encaminhou as seguintes informações e justificativas para fundamentar a resposta do pregoeiro, as quais são transcritas a seguir:

"Em um primeiro ponto, a impugnante alega restrição da competitividade sob o argumento de que o instrumento convocatório vincularia a qualificação técnica das licitantes somente à modelagem de pontos de função, sem correspondente justificativa.

Nesse sentido, verifica-se que a impugnante assume a premissa equivocada de que somente seriam aceitos apenas contratos por pontos de função para aferição do atendimento ao item 12.5.3.d do Termo de Referência. Contudo a métrica Pontos de Função não se limita à modalidade de remuneração, pois a presente métrica é amplamente adotada, independente da modalidade de remuneração aplicada ao contrato. Nessa toada, não há o que se falar em restrição de contratos limitados à modalidade de remuneração baseada em Pontos de Função, pois quaisquer contratos de desenvolvimento de software que utilizem diferentes modalidades de remuneração, ao fim e ao cabo, possuem como produto final o software efetivamente implementado, e este produto é passível de aferição por meio de diferentes tipos de contagem de pontos de função, seja em sede de composição de baseline da contagem, seja em sede da contagem da aplicação adicionada ou incrementada. Portanto, o argumento inicial da impugnante não se sustenta, uma vez que não há restrição no tipo de modalidade do contrato apresentado, mas sim a necessidade da comprovação do produto final relacionado ao serviço de desenvolvimento de software, qual seja o software entregue e aferido em termos de uma métrica de produto de software prevista no sistema brasileiro de normas técnicas.

Em segundo lugar a impugnante alega que não houve justificativa para a vedação da participação de consórcios. Neste ponto destaca-se que consta nos autos (SEI-MGI 37352490) *in verbis*:

#### DA PARTICIPAÇÃO EM CONSÓRCIO

Com relação à participação de consórcios, entende-se que os serviços a serem contratados não exigem empresas de diferentes segmentos/capacidades reunidas para atuarem na execução dos serviços. Os sistemas produzidos como consequência dos serviços a serem contratados são resultado de equipes, técnicas e procedimentos complementares e integrados, não havendo benefício ou necessidade de segmentação ou divisão empresarial para a realização dos serviços objeto dessa contratação.

Portanto, não será admitido consórcio de empresa, qualquer que seja sua forma de constituição.

Dessa forma, os argumentos apresentados pela impugnante não se sustentam e por isso não devem prosperar para efeitos de retificação do presente instrumento convocatório."

3.3. A área técnica demandante, após análise do caso em questão, concluiu que os argumentos apresentados pela impugnante não possuem fundamento suficiente para justificar uma retificação do presente instrumento convocatório.

3.4. Na oportunidade, para fins de referência, ressalte-se que o Pregão Eletrônico SRP nº 8/2023 rege-se pela Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021.

#### 4. MANIFESTAÇÃO DO PREGOEIRO

4.1. Considerando a manifestação da Equipe Técnica, que este Pregoeiro adota como embasamento para decidir, observa-se, portanto, que não há fundamento para as alegações da Impugnante no que se refere à qualificação técnica das licitantes e à vedação da participação de consórcios. A Equipe Técnica demonstrou, com base em documentos e normas técnicas, que o instrumento convocatório não restringe a competitividade, mas sim exige a comprovação do produto final relacionado ao serviço de desenvolvimento de software, conforme a métrica de pontos de função. Além disso, consta nos autos (SEI-MGI 37352490) a justificativa da Equipe Técnica para a impossibilidade de participação de consórcios, tendo em vista que os serviços contratados não exigem empresas de diferentes segmentos ou capacidades reunidas, mas sim equipes, técnicas e procedimentos complementares e integrados.

#### 5. DECISÃO

5.1. Pelos motivos elencados, CONHEÇO da Impugnação interposta pela Licitante para, no mérito, NEGAR-LHE PROVIMENTO, mantendo-se os termos do Edital nº 8/2023 e seus Anexos.

Brasília, 12 de dezembro de 2023.

Documento assinado eletronicamente

**Leandro Augusto Soares Oliveira**

Pregoeiro



Documento assinado eletronicamente por **Leandro Augusto Soares Oliveira, Tecnólogo(a)**, em 12/12/2023, às 18:35, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no § 3º do art. 4º do Decreto nº 10.543, de 13 de novembro de 2020.



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site [https://sei.economia.gov.br/sei/controlador\\_externo.php?acao=documento\\_conferir&id\\_orgao\\_acesso\\_externo=0](https://sei.economia.gov.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0), informando o código verificador **39041567** e o código CRC **2036D80E**.

Referência: Processo nº 19974.101692/2022-47.

SEI nº 39041567