

ILUSTRÍSSIMO SENHOR PREGOEIRO DA POLÍCIA FEDERAL NO ESTADO DE SERGIPE

PREGÃO ELETRÔNICO 03/2023

ILHA SERVICE TECNOLOGIA E SERVIÇOS LTDA., pessoa jurídica de direito privado, inscrita no cadastro nacional de pessoas jurídicas sob o nº 85.240.869/0001-66, estabelecida na Rua Sete de Setembro, 16, Kobrasol, São José/SC, CEP 88.102-300, vem, por intermédio de seu representante legal, apresentar **IMPUGNAÇÃO AO EDITAL DE LICITAÇÃO** do pregão eletrônico em epígrafe, com fulcro no art. 41 da Lei nº 8.666/1993, pelos fundamentos demonstrados a seguir.

A Polícia Federal no Estado de Sergipe instaurou o processo licitatório na modalidade Pregão Eletrônico sob o nº 378/2022, tendo como objeto *“a contratação de serviços continuados de suporte técnico em Tecnologia da Informação e Comunicação (TIC), e serviços continuados de manutenção em infraestrutura de Tecnologia da Informação e Comunicação (TIC), conforme condições, quantidades e exigências estabelecidas neste Edital e seus anexos”*.

A ILHA SERVICE, objetivando participar deste procedimento diante do ajuste do escopo e seu objeto empresarial, obteve o Edital de Licitação com vistas a preparar uma proposta de acordo com as necessidades desta Administração. Entretanto, se espantou diante de equívoco cometido na elaboração do instrumento convocatório, condição que autoriza o manejo da impugnação para que haja a adequação do Edital de Licitação, a fim de que seja retirado qualquer resquício de irregularidade.

Com efeito, extrai-se da leitura do Edital de Licitação a exigência de Certificação ISO 27001 como forma de comprovação de qualificação técnica no seguimento de segurança da informação, ao expressamente registrar a necessidade de preenchimento desse requisito no item 10.9.1 do Termo de Referência que é parte componente do Edital de Licitação.

Contudo, a exigência da Certificação ISO 27001 é completamente irregular como prova de capacitação técnica, em divergência à previsão legal a respeito do tema (art. 30 da Lei nº 8.666/1993), em condição que ainda onera de sobremaneira a participação da empresa licitante.

Realmente, apenas as empresas detentoras da certificação ISO 27001 é quem poderão participar do certame, já que impossível que em curto período de tempo qualquer concorrente possa apresentar documento que comprove a obtenção do referido certificado como prova de capacidade técnica, como exigido pelo item 10.9.1 do Termo de Referência, o que aponta para completa irregularidade da obrigação exigida pelo Edital de Licitação.

Tal determinação é completamente ilegal, porquanto contraria orientação pacificada do Tribunal de Contas da União de que as certificações ISO são excessivamente limitadoras do processo licitatório sem justificativa técnica que garanta a superioridade do produto, do serviço ou prova de capacidade técnica, que deverá se limitar apenas àquelas hipóteses do art. 30 da Lei nº 8.666/1993, especialmente os atestados de capacidade técnica.

Com efeito, a certificação ISO 27001 não garante que apenas as empresas concorrentes possuidoras desses títulos detenham qualidade superior aos de uma empresa que não seja certificada. A obtenção da certificação ISO é faculdade das empresas – já que não há qualquer Lei que a indique como condição para exercício de qualquer atividade empresarial – tampouco exigência legal para cumprimento da atividade sob contratação da Polícia Federal.

Sem prejuízo, é certo que para sua obtenção, há substancial investimento financeiro das empresas certificadas, tornando mais onerosa qualquer proposta oriunda de participante que detém tal titulação em razão do esforço financeiro para sua conquista.

Assim, a exigência desse predicado como condição para qualificação em licitações é restritiva, pois afasta os participantes não certificados e reduz a possibilidade de alcance da melhor proposta para a Administração, sem que haja justificativa razoável para tanto. Em verdade, impede que outras empresas que detenham expertise com excelência na prestação de serviços possam participar do processo licitatório, tornando indispensável que seja retirada tal exigência do certame.

O Tribunal de Contas da União – TCU, no Acórdão nº 1085/2011-Plenário, sedimentou entendimento de que a exigência em licitações de certificação ISO é ilegal, não encontrando amparo na legislação diante da previsão do art. 30 da Lei nº 8.666/1993.

Aliás, além dos acórdãos acima mencionados, a jurisprudência do TCU nesse sentido é farta como nos Acórdãos nº 512/2009, nº 2.521/2008, nº 173/2006 e nº 2.138/2005, todos Plenário. Na mesma senda, o TCU manifestou-se no Acórdão nº 1526/2002 – Plenário, que os requisitos técnicos devem ser os próprios das legislações de cada categoria profissional ou empresarial, e não os certificados da série ISO ou equivalentes, enfatizando que as certificações não podem servir de paradigmas para definição das condições de participação ou contratação das empresas nos processos licitatórios, tampouco como substituto dos atestados de capacidade técnica que são previstos pela legislação pertinente ao caso: Lei nº 8.666/1993.

Há que se buscar a qualidade real do serviço, não de certificações que podem auxiliar a garantir essa qualidade, mas não garantem que outros que não a possuem não tenham a capacidade para atender ao interesse público. Corroborando o argumento, Marçal Justen Filho ensina ao comentar acerca da Certificação ISO que *“uma empresa pode preencher todos os requisitos para obtenção da certificação, mas nunca ter tido interesse em formalizar esse resultado. Exigir peremptoriamente a certificação como requisito de habilitação equivaleria a tornar compulsória uma alternativa meramente facultativa: nenhuma lei condiciona o exercício de alguma atividade à obtenção do Certificado ISO (...). Portanto, obtém a certificação quem o desejar (e preencher os requisitos, é óbvio). Em outras palavras, o essencial não é a certificação formal, mas o preenchimento dos requisitos necessários à satisfação do interesse público. Se o sujeito preenche os requisitos, mas não dispõe da certificação, não pode ser impedido de participar do certame”* (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 8ª Edição, Editora Dialética, 2001, fl. 349).

E a lei proíbe que editais façam exigências comprometedoras do caráter competitivo da licitação e causem maior despesa à Administração, como é o caso ora questionado ao se exigir que a empresa vencedora apresente certificação ISO 27001, privilegiando as empresas já detentoras de tal titulação para participação no certame. Há evidente restrição do caráter competitivo, pois apenas aquelas que já possuem essa titulação conseguirão atuar no processo licitatório.

Segundo Carlos Ari Sundfeld, *“a competição, tão ampla quanto possível, é o valor fundamental a preservar. Daí que a Administração esteja obrigada a ensiná-la, favorecê-la, estimulá-la, jamais podendo opor-lhe limites, barreiras ou dificuldades desarrazoadas. O ‘caráter competitivo’ é da essência da licitação”* (in Licitação e Contrato Administrativo, Ed. Malheiros, São Paulo. p. 16).

Cabe ressaltar, mais uma vez, que as irregulares exigências constantes do edital em apreço agridem frontalmente os princípios da Administração Pública, principalmente os da legalidade, economicidade e impessoalidade, que, consoante prescreve Marçal Justen Filho, *“o administrador, em cumprimento ao princípio da legalidade, “só pode atuar nos termos estabelecidos pela lei”. Não pode este por atos administrativos de qualquer espécie (decreto, portaria, resolução, instrução, circular etc.)*

proibir ou impor comportamento a terceiro, se ato legislativo não fornecer, em boa dimensão jurídica, ampara a essa pretensão. A lei é seu único e definitivo parâmetro. Temos, pois, que, enquanto no mundo privado se coloca como apropriada a afirmação de que o que não é proibido é permitido, no mundo público assume-se como verdadeira a ideia de que a Administração só pode fazer o que a lei antecipadamente autoriza” (in Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Ed. RT, São Paulo: 12ª, 2008).

A regra do Edital de Licitação ora impugnada caracteriza afronta a Constituição de República (art. 37, inciso XXI) e a Lei nº 8.666/1993 (art. 3º), constituindo **fator restritivo à participação de empresas**. De plano, a exigência fere dispositivo constitucional:

*“Art. 37. (...) XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratadas mediante processo de licitação pública que **assegure igualdade de condições a todos os concorrentes**, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, **o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações**”.*

Os princípios regentes do procedimento licitatório impedem que pelo ato convocatório se restrinja a possibilidade de contratação das empresas com cessão de mão-de-obra em informática (TI), restringindo o direito de contratar pois se tornariam menos competitivas, sem fazer uso do já mencionado direito à desoneração da folha de pagamento para o caso. Por isso, a regra editalícia também fere o disposto no §1º do art. 3º da Lei 8.666/1993:

“Art. 3º. A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável 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**, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou **de qualquer outra circunstância impertinente** ou irrelevante para o específico objeto do contrato, ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 deste artigo e no art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991”.*

Aliás, até se poderá admitir tal exigência numa fase posterior do processo licitatório, qual seja, na classificatória das propostas ofertadas, momento em que se pode comprovar a qualidade dos produtos e serviços sem restrição à competitividade mediante concessão de prazo razoável para apresentação de tal titulação. Mas esse, definitivamente, não é esse o caso dos autos, quando se identifica a efetiva impossibilidade de participação de concorrente na falta de tal registro.

Assim, obviamente, apenas as empresas já detentoras de tal certificação é que poderão efetivamente participar, podendo se afirmar que a certificação é condição de participação, tornando evidente o caráter restritivo da regra do Edital de Licitação, que deverá ser corrigido.

Desse modo, evidenciada a irregularidade com a exigência de certificação ISO nas condições apresentadas pelo Edital de Licitação, em hipótese que é causa de ofensa à isonomia e ampla concorrência, impactando ainda na economicidade do contrato, pugna-se ao Pregoeiro o ajuste do instrumento convocatório, extirpando do texto a exigência indicada, conforme fundamentação.

Ultrapassado esse pedido, que ao menos se realize a correção do texto do Edital de Licitação, para permitir que eventual manutenção de exigência do título não sirva como prova de capacidade técnica, mas possa ser exigido em prazo com vencimento posterior à assinatura do contrato, e com tempo razoável para sua conclusão/obtenção no curso da execução do contrato.

REQUERIMENTO

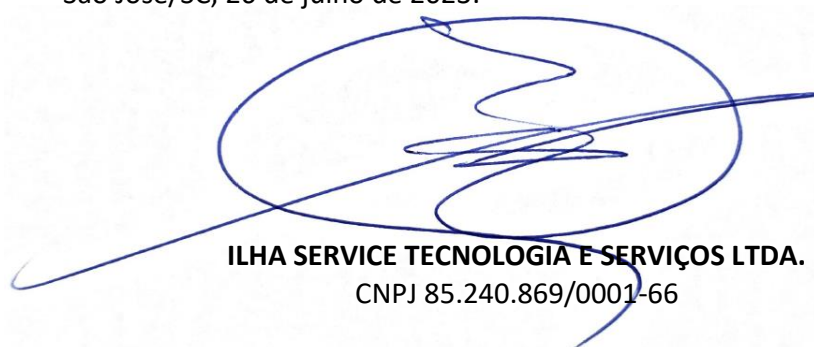
Com isso, quaisquer exigências que ofendam à previsão legal e dificultem a ampla concorrência e o caráter isonômico do certame devem ser extirpadas do Edital, assim como aquelas que repercutam em impacto na economicidade do contrato, como a exigência de certificação ISO, motivo pelo qual requer a alteração das ilegalidades contidas no Pregão Eletrônico em apreço, nos termos da fundamentação, permitindo-se a ampla concorrência.

Assim, por meio de impugnação, requer-se ao Pregoeiro realizar o ajuste no Edital de Licitação, a fim de garantir maior economicidade, isonomia e ampla concorrência. Ante o exposto, requer seja recebida e acolhida a presente Impugnação ao Edital **PREGÃO ELETRÔNICO 03/2023**, para que seja alterado o referido Edital de Licitação nos termos postulados, inclusive emprestando efeito suspensivo ao processo licitatório, a fim de enquadrá-lo nos moldes prescritos em lei.

Igualmente, em caso de acolhimento da impugnação que se proceda a nova publicação do Edital de Licitação, inclusive com renovação de prazo para abertura do certame, sem os vícios ora impugnados. E caso não seja acolhida esta impugnação, requer seja explicitada a fundamentação do posicionamento adotado por este Pregoeiro, bem como encaminhamento para instância superior.

E. deferimento.

São José/SC, 26 de julho de 2023.



ILHA SERVICE TECNOLOGIA E SERVIÇOS LTDA.
CNPJ 85.240.869/0001-66