

**ILUSTRÍSSIMO SENHOR PREGOEIRO DO MINISTÉRIO DO DESENVOLVIMENTO REGIONAL
SUPERINTENDÊNCIA DE DESENVOLVIMENTO DA AMAZÔNIA**

PREGÃO ELETRÔNICO EDITAL Nº 08/2021

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 e no art. 24 do Decreto Federal nº 10.024/2019, pelos fundamentos que passa a expor.

A SUDAM instaurou o processo licitatório na modalidade Pregão Eletrônico, sob o nº 08/2021, visando a *“contratação de empresa especializada em prestação de serviços de mão-de-obra especializada em desenvolvimento e manutenção de software e infraestrutura lógica e de segurança da informação baseados em práticas ágeis, ITIL v3. e de CobIT a serem executados na Superintendência do Desenvolvimento da Amazônia – SUDAM, conforme condições e exigências estabelecidas neste instrumento convocatório”*.

A ILHA SERVICE TECNOLOGIA E SERVIÇOS LTDA., ora impugnante, objetivando participar deste procedimento diante do ajuste entre o escopo e seu objeto empresarial, obteve o Edital de Licitação em questão e seus respectivos Anexos com vistas a preparar uma proposta de acordo com as necessidades desta Administração.

Entretanto, se espantou diante de exigências para cumprimento dos serviços que aparecem como objeto da licitação, que servem apenas para limitação das empresas concorrentes, condição que autoriza o manejo da impugnação para que haja a adequação do Edital de Licitação, retirando qualquer resquício de irregularidade.

Com efeito, extrai-se da leitura do item 27.4.2.2 do Termo de Referência que acompanha o Edital de Licitação, que *“a empresa deverá comprovar, ainda, a qualificação técnica, por meio de: (...) IV - No ato do envio da proposta a licitante deverá ter certificado MPS-Br, mínimo nível E ou equivalente CMMI. V - No ato do envio da proposta a licitante deverá ter em seu quadro funcionário com certificação ITIL. VI - No ato do envio da proposta a licitante deverá ter em seu quadro funcionário com certificação Scrum”*.

E a empresa ILHA SERVICE se espantou diante de equívoco cometido na elaboração do instrumento convocatório, sobre a necessidade de apresentação de relação de empregados com determinada expertise, antes mesmo da efetiva assinatura do contrato entre as partes, condição que autoriza o manejo da impugnação em razão da incongruência para retirar a qualquer resquício de irregularidade com a condição que torna mais onerosa as propostas das concorrentes.

Realmente, se identifica com facilidade que o instrumento convocatório afirma que a empresa participante deverá comprovar que detenha em seu quadro de empregados profissionais com referidas certificações. É absolutamente indevida a exigência de contratação prévia à efetiva assinatura do contrato, já que causaria impacto na própria seleção de empregados pelas concorrentes, em hipótese que causará onerosidade às propostas.

Realmente, é absolutamente indevida a exigência apresentada pelo Edital de Licitação, já que (1) obrigaria à participantes a contratação antecipada dos profissionais que atuariam no contrato, ou no mínimo obrigaria a realização antecipada de processo seletivo, (2) tal necessidade implicaria na realização de despesas eventualmente desnecessárias e possível responsabilização futura na esfera trabalhista diante da promessa de emprego aos profissionais envolvidos, acaso não seja adjudicada/contratada, e (3) é causa de ingerência indevida à atuação empresarial.

A relação contratual estabelecida entre particulares e Administração Pública apresenta peculiaridades que a distinguem dos contratos de direito privado. Nesse sentido, a Lei nº 8.666/1993 ao instituir o regime jurídico dos contratos administrativos, confere à Administração prerrogativas e poderes que a colocam em condição de superioridade perante as contratadas.

Contudo, a existência de supremacia do interesse público sobre o privado nos contratos administrativos não autoriza a ingerência da Administração na relação trabalhista firmada entre empresas contratadas e seus empregados engajados na prestação do serviço contratado pela Administração, com a exigência – em fase preliminar à efetiva contratação – na apresentação de relação com o nome dos profissionais que atuarão no contrato eventualmente adjudicado.

Adotando esta mesma premissa, o Tribunal de Contas da União (TCU, Acórdão nº 2.746/2015-Plenário, em 28.10.2015), ao analisar edital de pregão para contratação de serviços considerou irregular exigência editalícia de que a contratada submetesse a relação de possíveis empregados ao exame da contratante, especialmente em fase que antecede à efetiva contratação, que é mera expectativa de direito, já que a execução do contrato apenas é consumada com a assinatura do contrato entre as partes.

Tal providência também é causa de onerosidade, já que a necessidade de apresentação de extensa relação de empregados em exíguo prazo exigirá que as empresas concorrentes iniciem a fase de contratação desses empregados antes mesmo de consumada a homologação do resultado do certame, o que impactará na apresentação de propostas em valores superiores aos previstos, já que deverão incluir nas despesas administrativas tais serviços prévios à efetiva contratação já que haverá serviços de Recursos Humanos para cumprimento da exigência.

Além da questão da ingerência indevida da Administração e da onerosidade, o Tribunal de Contas da União apontou também afronta ao princípio da eficiência e da impessoalidade, haja vista que a exigência de apresentação de lista de empregados detentores de determinadas expertises pela futura contratada pode dar ensejo a favorecimentos e decisões eivadas de subjetivismo, prejudiciais à escolha objetiva da melhor proposta. Assim, tal solicitação poderá ser exigida apenas após a efetiva assinatura do contrato de prestação de serviços pelas partes, e não previamente à confirmação da empresa vencedora adjudicada no contrato.

Em síntese, tem-se que o interesse público envolvido nas contratações celebradas pela Administração justifica a existência de prerrogativas especiais nos contratos administrativos. Contudo, tais prerrogativas não autorizam a Administração exigir dos licitantes a apresentação da relação dos empregados que atuarão na execução do contrato, sob pena de configurar ingerência indevida, especialmente na fase anterior à contratação.

Os pronunciamentos do Tribunal têm sido no sentido de vedar a previsão, como critério de habilitação ou contratação, com a demonstração de quadro de pessoal técnico pré-existente e ligado à licitante por vínculo trabalhista ou societário (vide, e.g., Acórdãos 1916/2013, 2447/2012, 2360/2011, 3095/2010, 2583/2010, 2913/2009, 2028/2009, e 26/2007, 1094/2004 e 481/2004, todos do Plenário).

O esteio para tal entendimento consolidado pela jurisprudência do TCU, primeiramente, é de que tais exigências partiriam da falsa premissa de que a garantia da realização dos serviços estaria condicionada à pré-existência de quadro de profissionais qualificados, desprezando a possibilidade de que, após vencida a licitação e com a certeza de que haverá assinatura do contrato, a empresa possa organizar sua capacidade produtiva de modo a dar cumprimento ao contrato que será celebrado.

Ora, a quantidade e a qualidade dos profissionais que prestarão o serviço serão relevantes durante a execução do contrato, não em fase preliminar. Aliás, se configura como ilegal se exigir que as empresas concorrentes façam vultuosos investimentos previamente ao certame, como a contratação de profissionais ou mesmo a realização de processos seletivos. A exigência apresentada pelo Edital de Licitação é incompatível com a legislação e com os princípios regentes da licitação.

A prática de se requerer vínculo empregatício de profissionais com as licitantes, por forçar-lhes custos apenas para disputar a licitação, foi inúmeras vezes condenada pelo TCU, tanto que resultou na edição da Súmula 272: *“no edital de licitação, é vedada a inclusão de exigências de habilitação e de quesitos de pontuação técnica para cujo atendimento os licitantes tenham de incorrer em custos que não sejam necessários anteriormente à celebração do contrato”*.

A hipótese causa não apenas despesas desnecessárias às participantes, porquanto obrigadas na realização de contratações prévias ou realização de processos seletivos, mas também a execução de procedimentos que escapam da melhor prática dos ditames trabalhistas, como a efetiva contratação ou possível promessa de emprego que, eventualmente, não se cumpriria.

Realmente, como confeccionar documento com os pretensos profissionais com a garantia de posterior realização de contrato de trabalho, meramente especulativo? Ou como contratar profissionais para mantê-los na espera da efetiva assinatura da empresa com a SUDAM? Nessas condições, além das despesas desnecessárias para realização de processo seletivo que poderá ser inócuo, ainda poderá causar impactos nas relações de trabalho com terceiros.

Sobre este ponto, vale lembrar, que quando a Administração contrata a prestação de serviços terceirizados, formam-se duas relações contratuais distintas. A primeira, de índole administrativa, entre a Administração e a empresa contratada, regida eminentemente pela Lei nº 8.666/1993. A segunda, de ordem trabalhista, refere-se aos contratos de trabalho celebrados entre essa empresa e os seus empregados.

Assim é que as prerrogativas especiais sobre as quais nos referimos incidem na relação jurídico-administrativa, ou seja, nos contratos da Administração Pública com empresas contratadas para prestação de serviço, não se estendo para relação contratual diversa, firmada entre as contratadas e seus empregados.

E além das ofensas acima identificadas, a exigência também frustrará o caráter competitivo do certame, já que eventuais concorrentes serão desestimuladas na realização de participação com a necessidade de apresentar prévia relação dos profissionais que serão, eventualmente, contratados, impactando na despesa e riscos já apresentados acima.

Realmente, especificamente a respeito das exigências dos itens acima referidos há ofensa ao caráter competitivo do processo licitatório, já que as expertises exigidas extrapolam as condições necessárias para efetivo cumprimento do objeto contratual, sem qualquer justificativa técnica pertinente apresentada, tornando indispensável que o Edital de Licitação faça os ajustes.

Com efeito, o art. 30 da Lei nº 8.666/1993, que trata sobre a qualificação técnica define que *“a documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a: I - registro ou inscrição na entidade profissional competente; II - comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, e indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos; III - comprovação, fornecida pelo órgão licitante, de que recebeu os documentos, e, quando exigido, de que tomou conhecimento de todas as informações e das condições locais para o cumprimento das obrigações objeto da licitação; IV - prova de atendimento de requisitos previstos em lei especial, quando for o caso”*.

O TCU, por meio do Acórdão 1567 - Plenário, decidiu que *“caracteriza restrição à competitividade da licitação a exigência, como critério de habilitação, de atestado de qualificação técnica comprovando experiência em tipologia específica de serviço, salvo se imprescindível à certeza da boa execução do objeto e desde que devidamente fundamentada no processo licitatório”*.

E esse o caso dos autos: ainda que seja imprescindível a comprovação de capacidade para execução do serviço licitado, a expertise sobre o atendimento dos referidos itens poderão ser comprovados por meio de atestados que apresentem serviços similares, nos termos da previsão legal e entendimento jurisprudencial acima apresentados, já que não existe razão técnica-operacional para se formular exigências sobre a contratação de empregados!

Quaisquer tipos de restrições como critério de habilitação na qualificação técnica, como relação de empregados com certificações, viola os preceitos do art. 30 da Lei nº 8.666/1993. Caracteriza restrição à competitividade da licitação a exigência, como critério de habilitação, de comprovantes de contratação dos empregados com determinadas expertises, quando o atestado de qualificação técnica comprovando a experiência em tipologia específica de serviço já é documento suficiente para comprovação da capacidade técnica da concorrente.

A exigência de apresentação de atestados para fins de qualificação técnica em processos licitatórios está prevista no art. 30, § 1º da Lei nº 8.666/1993, e tem como finalidade verificar se o licitante possui condições técnicas necessárias e suficientes para, em se sagrando vencedor do certame, cumprir o objeto de forma satisfatória. E eles, por si só, são suficientes!

Os atestados revelam a experiência anterior do licitante na execução de objetos similares ao licitado, em características, quantidades e prazos. A lógica que baseia a qualificação técnica envolve uma presunção de capacidade. Segundo as diretrizes legais, se reconhece que a empresa concorrente que comprovar já ter realizado um objeto equivalente ao licitado será presumida 'apta' para desenvolver o objeto da licitação, razão pela qual haverá de ser habilitada.

Com base nisso, em um primeiro momento, seria possível entender que quanto maior o grau de exigências, maior a presunção de que aqueles que as cumprem são capazes de executar as obrigações contratuais e, conseqüentemente, maior a segurança da Administração Pública ao arrolar uma série de exigências qualitativas e quantitativas.

Entretanto, o rigor exagerado na fixação das exigências pode restringir a competitividade do certame, como exigir que além dos atestados se apresentem comprovantes de contratação, tornando menor o número de empresas aptas a cumpri-las. E o pior, se nem todas as exigências forem justificáveis em vista do risco e da complexidade envolvidos na contratação – como a prévia contratação de empregados, sem saber se será vencedora do processo licitatório – tal restrição terá sido imotivada.

Com isso, soa indevida a imposição apresentada pelo SUDAM, que de maneira injustificada acabará direcionando o rol de participantes do processo licitatório: prioritariamente, aquela que exerce o contrato vigente ou grandes corporações, já que apenas esses poderão ser capazes de acumular os serviços/ambientes virtuais atendidos com os profissionais já contratados.

Assim, empresas como a ILHA SERVICE, que atua há mais 30 anos no mercado da prestação de serviços, com aproximados 1 mil empregados, com atendimento a uma série de órgãos da Administração (Tribunal Superior do Trabalho, Tribunal Superior Eleitoral, CORREIOS, Departamento de Polícia Federal, Tribunais de Justiça, Tribunais Regionais Federais, Tribunais Regionais do Trabalho, Secretarias de Estado etc.), com reconhecida expertise na prestação dos serviços de TI, pode ser impedida de atuar no contrato do SUDAM em razão da esdrúxula restrição imposta pelo Edital de Licitação que exige própria contratação de empregados, e sem qualquer justificativa ou motivação.

A imposição de restrição que traz exigência indevida com rol de empregados com certificações é medida irregular que deverá ser extirpada do Edital de Licitação, diante da ofensa já registrada aos princípios da competitividade, isonomia e economicidade, já que apenas os atestados de capacidade técnica serão os documentos capazes de comprovar a expertise das empresas concorrentes (art. 30), desservindo maiores exigências nessa fase; sem prejuízo que a faça na fase da contratação.

É importante notar que a prática disseminada na Administração Pública é a exigência de quantitativos mínimos para cada um dos serviços técnica e economicamente relevantes. Essa lógica, contudo, constitui verdadeira distorção ao objetivo maior do processo de qualificação técnica, que, nos termos constitucionalmente previstos, "*somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações*" (Constituição da República, art. 37, inciso XXI).

O objetivo da Administração Pública é assegurar que as pretendentes à contratação detenham expertise suficiente para execução do objeto, o que pode ser atendido, na maioria das vezes, pela comprovação da prévia realização de serviços similares com os quantitativos estipulados, apenas com o atestado de capacidade com acervo técnico.

Aliás, além da ofensa ao princípio da isonomia, a exigência também frustrará o caráter competitivo do certame e a conseqüente economicidade pretendida com o processo licitatório, já que eventuais concorrentes serão desestimuladas na participação e, portanto, reduzindo a disputa que causaria óbvia redução do preço das propostas. Evidente: a limitação imposta pelo Edital de Licitação impedirá a participação de uma série de empresas que – apesar da capacidade técnica – encontra obstáculo diante dos riscos ou despesas pela prévia contratação dos empregados.

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 isonomia e da ampla concorrência, 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, o qual determina que *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 da empresa participante e vencedora do processo, restringindo o direito de contratar. Por isso, a regra editalícia também fere o disposto no §1º do art. 3º da Lei nº 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:

l - 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”.

Assim, quaisquer exigências que ofendam à previsão legal e dificultem a ampla concorrência e o caráter isonômico do certame devem ser extirpadas do Edital de Licitação, motivo pelo qual requer a alteração da ilegalidade contida no Pregão Eletrônico em apreço, nos termos da fundamentação, permitindo-se a ampla concorrência.

Com isso, por meio de impugnação, requer-se ao Pregoeiro realizar o ajuste no Termo de Referência que acompanha o Edital de Licitação para que apenas os atestados técnicos sirvam como prova da capacidade técnica das concorrentes, registrando que a relação dos empregados com certificações sejam transferida à fase de contratação, e não de habilitação como atualmente exigidos, nos termos da fundamentação.

Ante o exposto, requer seja recebida e acolhida a presente Impugnação ao Edital Pregão Eletrônico nº 08/2021, para que seja alterado o referido Edital de Licitação, inclusive emprestando efeito suspensivo ao processo licitatório, a fim de enquadrá-lo nos moldes prescritos em lei, conforme fundamentação.

Igualmente, em caso de acolhimento da impugnação que se proceda a nova publicação do Edital nº 08/2021, 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 para manutenção da exigência reclamada, bem como encaminhamento para instância superior.

E. deferimento.

São José/SC, 02 de dezembro de 2021.



ILHA SERVICE TECNOLOGIA E SERVIÇOS LTDA.

CNPJ 85.240.869/0001-66