



EMENTA: RESPOSTA À IMPUGNAÇÃO AO EDITAL DE LICITAÇÃO - CONCORRÊNCIA PÚBLICA 200/2011 - CONTRATAÇÃO DE FORNECEDOR ESPECIALIZADO NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS TÉCNICOS DE INFORMÁTICA PARA A SEF/MG, SOB DEMANDA, MEDIANTE CONTRATO, NAS CONDIÇÕES PREVISTAS NO EDITAL E SEUS ANEXOS.

OPINA-SE PELA IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO E PELA CONTINUIDADE DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO.

1 - RELATÓRIO

Trata-se de impugnação apresentada pela empresa MSA INFOR Sistema e Automação Ltda, pessoa jurídica de direito privado, inscrita sob o nº de CNPJ 19.138.940/0001-70, sediada na Rua Andaluzita, 110 - 1º ao 3º andar - Bairro Carmo em Belo Horizonte- MG, acerca do edital da Concorrência Pública 200/2011, tipo técnica e preço, em que pretende a reformulação dos critérios de avaliação da proposta técnica nos quesitos desempenho e qualidade.

Para tanto, sustenta basicamente o seguinte: "*quebra dos princípios da isonomia e ampla competitividade em relação a atestados de comprovação da capacidade técnica operacional e em relação a capacidade técnica profissional*".

Utilizando-se de citações da Lei de Licitações e jurisprudências do TCU, Acórdãos 449/2005 e 116/2006, a impugnante tenta demonstrar que o edital encontra-se eivado de vícios e ilegalidades.

Ao final, requer a reformulação das exigências editalícias impugnadas com a republicação do edital e a reabertura do prazo para a apresentação de propostas.

A impugnação em apreço adentrou no Protocolo Geral desta Cidade Administrativa Tancredo Neves no dia 29 de fevereiro de 2012, sob o número 00042873 1561 2012.

É o relatório.



2 - PRELIMINARES

O prazo para a impugnação é de até (dois) dias úteis anteriores à data fixada para recebimento das propostas, nos termos do edital e da legislação pertinente.

No caso em apreço, conforme previsto no subitem 1.4 do edital, os envelopes deverão ser protocolados até as 09:00 horas do dia 05 de março de 2012. Portanto, o dia 29/02/2012 é o último dia para os interessados impugnar o edital.

Isto posto, tendo por tempestiva a impugnação, tem a Administração o poder-dever de receber e respondê-la.

3 - FUNDAMENTAÇÃO

3.1 – Critérios de avaliação e pontuação para os quesitos Desempenho e Qualidade

Antes de tudo, cabe agradecer a arguição da signatária que assinou a peça de impugnação, doravante referida como impugnante, que parece destinada a dar ou pelo menos relembrar, a SEF/MG, por intermédio da Comissão Especial de Licitação, ressabida lição, que pode ser resumida num surrado, mas sempre louvável aforismo: é preciso cumprir a lei.

Não compete a esta Comissão Especial de Licitação tecer qualquer comentário sobre a motivação subjacente a tais considerações. Portanto, não cabe, aqui, questionar se estas são, ou não, fruto do hábito de reduzir um certame licitatório a mero jogo, ou de tentativas de interpretar regras em proveito próprio.

Analisando com cuidado os argumentos da impugnante, vimos rebatê-los mediante a defesa dos parâmetros de qualidade exigidos, estes sim necessários à segurança e confiabilidade que deve premiar o dispêndio do dinheiro público. Além disso, apresentamos amparo legal e jurisprudencial que devem consubstanciar nossas decisões, conforme princípio do direito administrativo.



Portanto, a análise dos argumentos apresentados foi norteadada pelo Princípio da Finalidade, pois os atos administrativos, em geral, devem estar voltados para a obtenção do bem comum, o interesse público.

Com relação ao quesito desempenho a impugnante entende ser incoerente o critério adotado.

Já com relação ao quesito Qualidade, a impugnante entende que a comprovação do quadro permanente com certificações há pelo menos 6 meses fere o princípio da isonomia entre os licitantes e restringe a ampla competitividade. Alega, ainda, a falta de critério na atribuição da pontuação.

Para os dois quesitos impugnados, a impugnante entende que os critérios adotados ferem frontalmente os princípios da isonomia e ampla competitividade entre os licitantes, entendimento do qual discordamos, por entendermos que, do ponto de vista técnico, tais critérios são adequados, necessários e indispensáveis, pelos motivos que discorreremos a seguir.

Os critérios adotados para a comprovação de experiência anterior dos licitantes, relativos ao quesito desempenho, que exige a comprovação de horas na prestação dos serviços, durante um período de 12 meses consecutivos (qualquer período a critério do licitante), bem como, os relativos ao quesito qualidade que exige profissionais certificados vinculados há pelo menos 6 meses à licitante se justificam pela importância de que se reveste a garantia contra a ocorrência de falhas na execução dos serviços tão complexos, volumosos e essenciais para a Administração.

É oportuno alertar para o fato de que, na prática licitatória, tem-se conhecimento de casos em que, não sendo adotados, por alguns órgãos públicos, os critérios de pontuação técnica que comprovem a experiência dos licitantes, ocorreram inúmeros prejuízos à conclusão dos serviços daí decorrentes.

É exatamente para salvaguardar o interesse público de ocorrências dessa natureza que se justifica os critérios adotados para a pontuação da proposta técnica.

Os serviços a serem prestados se constituem de todo o aparato formado por diversas atividades de suporte e gestão de aplicações em ambiente de produção, envolvendo escalonamento e monitoramento de tarefas, bem como atividades de operação e auxílio à produção, administração de bancos de dados, servidores de



aplicação, sistemas operacionais, software de segurança e redes, além das atividades de desenvolvimento e manutenção de sistemas, essenciais para garantir a disponibilidade, o desempenho e a segurança de aplicações críticas desta Secretaria, já desenvolvidas ou em desenvolvimento. O eventual funcionamento inadequado dessas aplicações poderia causar graves transtornos à sociedade, podendo vir a comprometer muito mais que a arrecadação de tributos. No caso da Nota Fiscal Eletrônica, até mesmo a cadeia econômica desta unidade da Federação poderia vir a ser prejudicada.

Assim, o objeto da concorrência pública 200/2011 se reveste de uma importância essencial no contexto das atividades que serão desenvolvidas pelo Contratado nas unidades da SEF/MG. Não poderá haver espaço para falhas, pois o risco envolve todo o ambiente computacional da SEF/MG, cujo valor subjetivo e indireto, tendo em vista sua relevância, já demonstrada acima, é intangível e, por conseguinte, incalculável.

De tal sorte, é imprescindível que a Administração Pública fixe no edital os requisitos técnicos compatíveis com os serviços a serem prestados, visto que a vinculação ao edital é princípio basilar de toda licitação.

É com base nos motivos citados, visando resguardar o interesse público contido na boa execução e qualidade dos serviços, que se sustentam todos os critérios adotados para a pontuação da proposta técnica, **na eleição justa** da empresa que executará os serviços para atender a finalidade traçada pela Administração Pública, dentro dos parâmetros de qualidade indispensáveis a uma contratação realizada com recursos públicos.

Atualmente a doutrina é praticamente unânime ao asseverar que em vários dispositivos da Lei 8.666/93 é prevista a comprovação, por parte da empresa licitante, de sua capacidade técnico-operacional.

Essa, inclusive, é a inteligência do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

"Administrativo. Licitação. Interpretação do art. 30, II e §1º, da Lei 8.666/93.

1. Não se comete violação ao art. 30, II, da Lei. 8.666/93, quando, em procedimento licitatório, exige-se a comprovação, em nome da empresa proponente, de atestados técnicos emitidos por operadoras de telefonia no Brasil de execução, em qualquer tempo, de serviço de implantação de cabos telefônicos classe "L" e "C" em período consecutivo de vinte e quatro meses, **no volume mínimo de 60.000 HxH**, devidamente certificados pela entidade profissional competente.



ESTADO DE MINAS GERAIS
SECRETARIA DE ESTADO DE FAZENDA

2. **O exame do disposto no art. 37, XXI da Constituição Federal, e sua parte final, referente a 'exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações', revela que o propósito aí objetivado é oferecer iguais oportunidades de contratação com o Poder Público, não a todo e qualquer interessado, indiscriminadamente, mas sim, apenas a quem possa evidenciar que efetivamente dispõe de condições para executar aquilo a que se propõe' (Adilson Dallari). (grifamos).**

3. Mandado de segurança denegado em primeiro e segundo graus.

4. Recurso especial improvido" (Res. Nº 172.232-SP, rel. Min. José Delgado, DJU de 21.9.98, RSTJ 115/194)

Acórdão 1417/2008 Plenário (Sumário) do TCU, no mesmo diapasão:

" É cabível a exigência de comprovação da capacidade técnico-operacional mediante atestados, sendo admitida, inclusive, a possibilidade de exigências de quantitativos mínimos e prazos máximos para essa comprovação, desde que demonstrada a adequação e pertinência de tal exigência em relação ao objeto licitado."

O eg. Tribunal de Contas da União reiteradamente proclama a discricionariedade da Administração no que diz respeito aos critérios que lhe interessam na contratação. Neste sentido:

REPRESENTAÇÃO COM PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR.

LICITAÇÕES PARA CONTRATAÇÃO DE OBRAS RODOVIÁRIAS. EXIGÊNCIAS PARA COMPROVAÇÃO DO DIREITO DE LICITAR.

PROCEDÊNCIA PARCIAL. 1. Diferentemente das condições gerais do direito de licitar – que são exigidas no texto da lei para toda e qualquer licitação, independentemente das circunstâncias de uma situação concreta – as condições específicas são fixadas pelo ato convocatório, em função das características de contratação desejada em um determinado certame, cabendo à Administração Pública, neste último caso, deliberar acerca da extensão e do conteúdo dos requisitos que serão exigidos daqueles que pretendam formular propostas. 2. **A discricionariedade na fixação das condições específicas está delimitada pela natureza e extensão do objeto e ser contratado, sendo válidas as exigências dessa ordem desde que se revelem necessárias e adequadas a comprovar a existência do direito de licitar. 3. O princípio que refuta a restrição ao caráter competitivo não é absoluto, representando essencialmente a expressão sintetizada de uma orientação vista em caráter de generalidade, a admitir, por óbvio, excepcionalidades que sejam conduzidas por circunstâncias ensejadoras de determinada feição fora do comum. 4. Não se admite a discriminação arbitrária na seleção do contratante, sendo insuprimível o tratamento uniforme para situações uniformes, tendo em vista que, nos termos do art. 3º caput, da lei nº 8.666/93, a licitação destina-se a garantir não só a**

seleção da proposta mais vantajosa para a administração, como também a observação do princípio constitucional da isonomia. (TCU – Proc. 016.687/2007-3 – TP – Rel. Min. Valmir Campelo – DJ 17.08.2007)- (grifo nosso).

No mesmo sentido, segue lição de Hely Lopes Meirelles de que:

"(...) é lícito à Administração não só verificar a capacidade técnica teórica do licitante, como sua capacidade técnica efetiva de execução capacidade, essa, que se convencionou chamar operativa real. Advirta-se que grande parte dos insucessos dos contratados na execução do objeto do contrato



ESTADO DE MINAS GERAIS
SECRETARIA DE ESTADO DE FAZENDA

decorre da falta de capacidade operativa real, não verificada pela Administração na fase própria da licitação, que é a da habilitação e classificação dos proponentes". (In: Direito Administrativo Brasileiro, 26ª Ed., Malheiros, São Paulo, 2001, p.282)

"Art. 30: A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a:

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 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".

A Jurisprudência do STJ acompanha a letra da lei:

Mandato de Segurança. Concorrência Pública. Exigência de comprovação de Capacitação Técnico – operacional da Empresa.

- A exigência não é ilegal, se necessária, tendo em vista a natureza do serviço a ser contratado, prevalecendo, NE caso, o princípio da supremacia do interesse público.

-Art. 30, da Lei das Licitações.

- "[...] não se reconhece ilegalidade na proposição quando a exigência está devidamente relacionada com o objetivo licitado, inexistindo qualquer alegação de excessividade, ou seja, exigência anterior superior, mais intensa ou mais completa do que o objeto licitado rel.: Min. Luiz Fux, in DJU 27.05.2002).

[...]. (REsp nº 331.215/SP, 1ª T.,

... Há situações em que as exigências de experiência anterior com fixação de quantitativos mínimos são plenamente razoáveis e justificáveis, porquanto traduzem modo de aferir se as empresas licitantes preenchem, além dos pressupostos operacionais aparelhamento e pessoal em número adequado e suficiente à realização do serviço- , requisitos não menos importantes, de ordem imaterial. (REsp. nº 295.806/SP, 2ª T., rel.: Min. JOÃO OTÁCIO DE NORONHA, in DJU de 06.03.2006).

No mesmo sentido do Tribunal de Contas da União já se pronunciou:

A alegação da Representante de que a comprovação técnica deveria restringir-se à empresa não procede, pois o inciso I do parágrafo 1º do art. 30 da Lei 8.666/93 disciplina justamente a capacitação técnico-profissional, não havendo dúvidas nesse aspecto. [...] (acórdão n. 1.332/2006, Plenário, rel. Min. Walton Alencar Rodrigues).

Portanto, parece não haver dúvida de que é possível o estabelecimento de quantitativos mínimos para se aferir a capacidade técnico-operacional do licitante, sendo determinante na definição da grandeza adequada o atendimento do interesse público [...] (Acórdão n. 421/2007, Plenário, rel. Min. Valmir Campelo) .(grifo nosso).



Também, não se pode olvidar que, com a Emenda Constitucional nº. 19/98, o "princípio da eficiência" foi introduzido como um dos princípios basilares, norteadores da atividade administrativa.

Destarte, para dar cumprimento a tal preceito, em prol do interesse público, deve a entidade licitante salvaguardar-se de que o futuro contratado detém aptidão suficiente para bem desempenhar o objeto colimado.

Logo, não são exorbitantes os critérios adotados para a pontuação da proposta técnica.

De notar-se, pois, que se encontram amparadas pelas orientações de nossos doutrinadores, bem como de balizada jurisprudência, os critérios adotados para a pontuação da proposta técnica, quando estes têm por finalidade assegurar o interesse público, do qual a Administração não pode se desviar.

Portanto, infundada é a alegação da impugnante quando menciona que os critérios adotados para a pontuação da proposta técnica ferem o princípio da isonomia e ampla competitividade, uma vez que tais critérios visam resguardar o interesse público como acima demonstrado.

A nosso ver, poderia até ser considerada desídia desta Administração deixar de adotar os critérios de pontuação da proposta técnica na forma prevista no edital, face às características do objeto envolvido, sob pena de, não raro, restar prejudicada a execução do objeto a contento, em prejuízo ao interesse público, do qual não se pode descurar.

Sequer pode-se afirmar, neste caso, que os critérios de pontuação técnica adotados são restritivos à competição, nos termos do art. 3º, §1º, inc. I da Lei 8.666/93.

Com efeito, proclama o mencionado artigo:

"§1º do art. 3º. É vedado aos agentes públicos:

*I-admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas e condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo e estabelecem 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**" (grifo nosso).*



O fato é que não se pode, por amor à competição, deixar de prever requisitos que sejam *pertinentes* e *relevantes* ao atendimento do objeto perseguido, à luz do interesse público.

O que o dispositivo acima referenciado visa coibir é a exigência infundada, dirigida exclusivamente a privilegiar alguns e afastar outros licitantes, sem qualquer justificativa. No entanto, não fere a competição a adoção de critérios de pontuação técnica que, de fato, sejam necessários no caso concreto e mais, sejam perfeitamente cumpridos por diversas empresas do ramo.

Os critérios adotados para a pontuação da proposta técnica são plenamente justificados face às características do objeto envolvido, não comprometendo a competitividade. Reitere-se que, não podem ser tidas como excessivas as exigências ali previstas, uma vez que decorrem da especificidade do objeto.

Assim, importante invocarmos a exegese de Marçal Justen Filho, que diz em relação ao art. 3º, §1º da Lei em tela:

"O dispositivo não significa, porém, vedação à cláusulas restritivas da participação. Não impede a previsão de exigências rigorosas. Nem impossibilita exigências que apenas possam ser cumpridas por específicas pessoas. Veda-se cláusula desnecessária ou inadequada, cuja previsão seja orientada não a selecionar a proposta mais vantajosa, mas a beneficiar alguns particulares. Se a restrição for necessária para atender ao interesse público, nenhuma irregularidade existirá em sua previsão. Terão de ser analisados conjuntamente a cláusula restritiva e o objeto da licitação. A inviabilidade não reside na restrição em si mesma, mas na incompatibilidade dessa restrição com o objeto da licitação. Aliás, essa interpretação é ratificada pelo previsto no art. 37, inc. XXI, da CF ('... o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações')".

"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"

Fica claro, pela exposição de motivos, que a mesma legislação utilizada no sentido de questionar o presente edital caracteriza como legítimos os critérios adotados para a pontuação da proposta técnica. Tais critérios prestam-se, tão somente a garantir a qualidade da execução de serviços de grande porte, e não para impedir a competitividade.



Por fim, nos apoiamos no princípio da vantajosidade. Conforme Marçal Justen Filho:

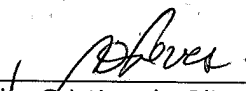
"A administração, diante de uma vantagem que mantém a competitividade e incrementa a garantia de qualidade, deve optar pela qualidade."

4 - CONCLUSÃO

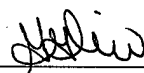
Pelo acima exposto não restam dúvidas de que o atendimento do pleito, conforme pretendido pela impugnante, causará prejuízos à aplicação do Princípio Constitucional da Eficiência dos atos administrativos, já que os itens questionados são os que, tecnicamente, melhor atendem aos interesses da Administração e ao interesse público, que devem prevalecer, indiscutivelmente, sobre qualquer outro interesse particular ou individual.

Assim, conhecemos a impugnação, por tempestiva, para, no mérito, negar-lhe provimento por ausência de fundamentação plausível na sustentação do pleito da Impugnante, mantendo-se inalteradas as disposições contidas no instrumento convocatório e a data da licitação anteriormente marcada.

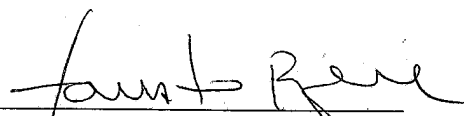
Belo Horizonte, 02 de março de 2012.



Martha Cristina de Oliveira Neves
Membro Presidente



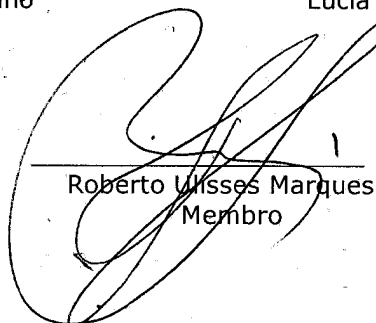
Eliana Mara Marcolino
Membro



Fausto Roque Pereira Filho
Membro



Lúcia Helena Tamie Anraki
Membro



Roberto Lússes Marques
Membro