

AO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA
REF. PREGÃO ELETRÔNICO 067/2020
Processo Administrativo no TJ-ADM-2020-34642

QUESTIONAMENTOS

Ilmo. Sr. Pregoeiro,

A Lanlink Serviços de Informática S.A. vem, respeitosamente, formular questionamentos relativos ao referido **PREGÃO ELETRÔNICO Nº: 067/2020**

DOS FATOS

Como é cediço, o TJBA publicou, por intermédio de seu Pregoeiro, o edital do PREGÃO ELETRÔNICO Nº 067/2020, cujo objeto é a *Contratação de serviços técnicos especializados na área de tecnologia da informação e de sistemas de negócio judicial, contemplando a implantação e execução continuada das atividades de suporte técnico de 1º e 2º níveis remoto e presencial, abrangendo atendimento, orientação, encaminhamento, esclarecimento de dúvidas, registro, acompanhamento, análise, diagnóstico e solução de chamados técnicos, além de atendimentos eventuais, projetos e demandas dos usuários do Poder Judiciário do Estado da Bahia, pelo período inicial de 12 meses.*

Ocorre que a licitante, ao analisar as exigências feitas no instrumento convocatório, percebeu neste a existência de vícios que afrontam os princípios que regem os atos administrativos, conforme se demonstrará a seguir.

2. DOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS

2.1. DA NECESSIDADE DE REFORMA QUANTO AO ITEM 7.7.1.3 DO EDITAL – IMPOSSIBILIDADE DE SE EXIGIR QUALIFICAÇÃO TÉCNICA DO QUANTITATIVO TOTAL LICITADO - IMPOSSIBILIDADE DE VEDAÇÃO AO SOMATÓRIO DE ATESTADOS

Inicialmente, faz-se fundamental transcrever o item 7.7.1.3 do edital, que diz respeito à qualificação técnica dos licitantes:

7.7.1.3. QUALIFICAÇÃO TÉCNICA, comprovada mediante apresentação de:

a) Atestado(s) ou declaração(ões) de capacidade técnica, fornecido(s) por pessoa(s) jurídica(s) de direito público ou privado, comprovando atividade pertinente e compatível, em características, quantidades e prazos, com o objeto deste edital.

b) O(s) atestado(s) deverá(ão) comprovar, como mínimo: Disponibilização, implantação e operação de Central de Serviços,

com infraestrutura e aparelhamento, em características e quantidades compatíveis com o objeto da licitação, suportada por sistema de gerenciamento de chamados e central telefônica, com equipes de atendimento em 1º nível remoto e 2º Nível remoto e presencial, com abrangência geográfica mínima de 200 municípios, baseada em melhores práticas de Gestão de Serviços de TIC, utilizando plataforma de software de gestão ITIL v3 ou superior, para suporte a, no mínimo, 7.500 usuários ativos de rede com fluxo de chamados igual ou superior a 10.000/mês, regulada por Acordo de Nível de Serviço (ANS) ou Instrumento de Medição de Resultados (IMR), em ambiente distribuído e heterogêneo, contemplando atividades de diagnóstico, análise, solução e encaminhamento e incluindo:

- 1. Suporte a plataformas de software de aplicativos, sistemas legados e sistema operacional.*
- 2. Instalação, desinstalação, configuração e manutenção de equipamentos.*
- 3. Diagnóstico e solução de incidentes em computadores de mesa, notebooks, monitores de vídeo, equipamentos de digitalização (scanners), smartphones e periféricos.*

(...)

f) Não será considerada a soma de atestados para comprovar os quantitativos de 200 municípios, 7.500 usuários e 10.000 chamados/mês, posto que tais exigências visam comprovar a dimensão e complexidade do serviço e não a quantidade de serviços já executados. Em outras palavras, não se precisa da mesma capacidade operacional para atender diversos pequenos contratos sucessivos que para atender um ou mais contratos de grande volume e complexidade operacional.

Nobre Pregoeiro, pela redação acima transcrita, o edital, no que tange à qualificação técnica, exige dos licitantes a comprovação de experiência através de atestados de capacidade técnica, que demonstrem o seguinte quantitativo mínimo: abrangência geográfica mínima de 200 municípios, baseada em melhores práticas de Gestão de Serviços de TIC, utilizando plataforma de software de gestão ITIL v3 ou superior, para suporte a, no mínimo, 7.500 usuários ativos de rede com fluxo de chamados igual ou superior a 10.000/mês.

Além disso, veda expressamente o somatório de atestados para tal demonstração, justificando que não se precisa da mesma capacidade operacional para atender a demanda de contratos menores.

No entanto, conforme será demonstrado a seguir, tais exigências são flagrantemente ilegais, devendo haver uma alteração formal do edital, pois não se pode exigir a título de qualificação técnica os quantitativos totais licitados, nem muito menos vedar o somatório de atestados para tal demonstração.

Data máxima vênia, a manutenção de tais exigências restringem a participação de um grande número de empresas no certame, violando os princípios da vantajosidade e da economicidade, e praticamente direcionando o certame à atual prestadora de serviços ao TJBA, que teria exatamente o quantitativo solicitado, em um único atestado.

Ora, a quantidade atual de comarcas do TJBA é de 203 (duzentas e três), ou seja, está sendo exigido pelo órgão licitante a demonstração através de atestados de um quantitativo praticamente idêntico ao total licitado.

No entanto, o Tribunal de Contas da União tem entendimento PACIFICADO sobre o assunto, determinando que o quantitativo máximo adequado a ser requerido é o de 50% do quantitativo licitado, senão vejamos:

“É irregular a exigência de atestado de capacidade técnica com quantitativo mínimo superior a 50% do quantitativo de bens e serviços que se pretende contratar, exceto se houver justificativa técnica plausível.”

Acórdão 2696/2019-Primeira Câmara | Relator: BRUNO DANTAS

“É irregular a exigência de atestado de capacidade técnico-operacional com quantitativo mínimo superior a 50% do quantitativo de bens e serviços que se pretende contratar, a não ser que a especificidade do objeto o recomende, situação em que os motivos de fato e de direito deverão estar devidamente explicitados no processo licitatório.”

Acórdão 2924/2019-Plenário | Relator: BENJAMIN ZYMLER

“É irregular a exigência de atestado de capacidade técnica com quantitativo mínimo superior a 50% do quantitativo de bens e serviços que se pretende contratar, exceto nos casos em que a especificidade do objeto recomende e não haja comprometimento à competitividade do certame, circunstância que deve ser devidamente justificada no processo licitatório.”

Acórdão 3663/2016-Primeira Câmara | Relator: AUGUSTO SHERMAN

“É ilícita a exigência de número mínimo de atestados de capacidade técnica, assim como a fixação de quantitativo mínimo nesses atestados superior a 50% dos quantitativos dos bens ou serviços pretendidos, a não ser que a especificidade do objeto recomende o estabelecimento de tais requisitos.”

Acórdão 1052/2012-Plenário | Relator: MARCOS BEMQUERER

Portanto, o edital jamais poderia exigir a comprovação mínima de 200 municípios, quando o total de comarcas do TJBA é de 203. Com base no entendimento reiterado do

TCU, o quantitativo máximo a ser solicitado pelo edital seria o de 102 municípios, correspondente a 50% do que está sendo licitado.

Frise-se que o mesmo raciocínio também se aplica ao número de usuários e quantitativo de chamados por mês. Como sobejamente demonstrado, os atestados só podem exigir no máximo um total de 50% do quantitativo licitado.

Além de tudo isso, a exigência do quantitativo total licitado resta ainda mais absurda quando se verifica que o edital simplesmente VEDA O SOMATÓRIO DE ATESTADOS, o que também é completamente ilegal.

De acordo com a jurisprudência consolidada dos Tribunais de Contas (sobretudo do Tribunal de Contas da União), **a regra nas licitações é admitir o somatório ILIMITADO de atestados de capacidade técnica para fins de comprovação da qualificação técnica.**

Senão, vejamos o entendimento do TCU:

“É vedada a imposição de limites ou de quantidade certa de atestados ou certidões para fins de comprovação da qualificação técnica.
Contudo, caso a natureza e a complexidade técnica da obra ou do serviço mostrem indispensáveis tais restrições, deve a Administração demonstrar a pertinência e a necessidade de estabelecer limites ao somatório de atestados ou mesmo não o permitir no exame da qualificação técnica do licitante.”

(TCU, Acórdão n°. 1095/2018-Plenário, Relator: Ministro Augusto Nardes, julgado em 16/05/2018)

“A vedação, sem justificativa técnica, ao somatório de atestados para comprovar os quantitativos mínimos exigidos na qualificação técnico-operacional contraria os princípios da motivação e da competitividade.”

(TCU, Acórdão n°. 7982/2017-2ª Câmara Relatora: Ministra Ana Arraes, julgado em 29/08/2017)

“É vedada a imposição de limites ou de quantidade certa de atestados ou certidões para fins de comprovação da qualificação técnica.
Contudo, caso a natureza e a complexidade técnica da obra ou do serviço mostrem indispensáveis tais restrições, deve a Administração demonstrar a pertinência e a necessidade de estabelecer limites ao somatório de atestados ou mesmo não o permitir no exame da qualificação técnica do licitante.”

(TCU, Acórdão n°. 849/2014-2ª Câmara, Relator: Ministro Marcos Bemquerer, julgado em 11/03/2014)

“É indevida a proibição de somatório de atestados, para efeito de comprovação de qualificação técnico-operacional, quando a aptidão da licitante puder ser satisfatoriamente demonstrada por mais de um atestado.”

(TCU, Acórdão n.º 1865/2012-Plenário, Relator: Ministro Marcos Bemquerer Costa, julgado em 18/07/2012)

“Para o fim de comprovação de capacidade técnica deve ser aceito o somatório de atestados, sempre que não houver motivo para justificar a exigência de atestado único.”

(TCU, Acórdão n.º 1231/2012-Plenário, Relator: Ministro Walton Alencar Rodrigues, julgado em 23/05/2012)

Assim, aplicando-se o entendimento do Tribunal de Contas da União ao presente caso, fica claro perceber que deve ser reformado o edital do presente pregão, no sentido de excluir a limitação quanto ao somatório de atestados para a comprovação da qualificação técnica.

Ora, não existe qualquer justificativa técnica para justificar a restrição da utilização de apenas um atestado. Segundo o entendimento pacífico do TCU, o somatório dos atestados não deve possuir qualquer limitação, ao contrário do que acontece no caso em tablado.

Veja-se que por força da Súmula n.º 222, também do TCU, devem ser observadas as determinações daquela Corte de Contas no que disser respeito às normas gerais de licitação por todos os órgãos da Administração Pública de todos os Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

“Súmula n.º 222 - As Decisões do Tribunal de Contas da União, relativas à aplicação de normas gerais de licitação, sobre as quais cabe privativamente à União legislar, devem ser acatadas pelos administradores dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.”

Com base na Súmula n.º 222, acima mencionada, os Administradores Públicos não podem se esquivar de cumprir com as decisões do TCU. Importante ressaltar que a obediência à referida súmula decorre das competências legais e constitucionais dadas ao TCU, motivo pelo qual é imperiosa a sua observância, sob pena de malferir ainda o Princípio da Legalidade.

Imperioso se demonstrar que o STJ possui entendimento de que **as decisões do TCU exaradas dentro de suas atribuições constitucionais possuem caráter impositivo e vinculante para a Administração**. A exemplo, veja-se a ementa do Recurso Especial n.º 464.633, de relatoria do Ministro Félix Fischer:

“PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. DECISÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. APOSENTADORIA. ILEGALIDADE. REGISTRO. NEGATIVA. AUTORIDADE COATORA. LEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. [...]”

III – A decisão do Tribunal de Contas que, dentro de suas atribuições constitucionais (art. 71, III, CF), julga ilegal a concessão de aposentadoria, negando-lhe o registro, possui caráter impositivo e vinculante para a Administração.

IV – Não detendo a autoridade federal impetrada poderes para reformar decisão emanada do TCU, não é parte legítima para figurar no pólo passivo da ação mandamental que se volta contra aquela decisão. Recurso não conhecido.”

(REsp 464.633/SE, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 18/02/2003, DJ 31/03/2003, p. 257)

Assim, é cediço ser atribuição constitucional do Tribunal de Contas da União julgar a correta aplicação de recursos públicos no País. *In verbis*, o texto constitucional:

“Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

[...]

II - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público;

[...]

IV - realizar, por iniciativa própria, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Comissão técnica ou de inquérito, inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e demais entidades referidas no inciso II;

[...]

IX - assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade;

X - sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal;

[...]

Art. 73. O Tribunal de Contas da União, integrado por nove Ministros, tem sede no Distrito Federal, quadro próprio de pessoal e jurisdição

em todo o território nacional, exercendo, no que couber, as atribuições previstas no art. 96.”

Reforçando o comando constitucional, a Lei nº 8.443/92 dispõe:

“Art. 4º O Tribunal de Contas da União tem jurisdição própria e privativa, em todo o território nacional, sobre as pessoas e matérias sujeitas à sua competência.

[...]

Art. 41. Para assegurar a eficácia do controle e para instruir o julgamento das contas, o Tribunal efetuará a fiscalização dos atos de que resulte receita ou despesa, praticados pelos responsáveis sujeitos à sua jurisdição, competindo-lhe, para tanto, em especial:

I - acompanhar, pela publicação no Diário Oficial da União, ou por outro meio estabelecido no Regimento Interno:

[...]

b) os editais de licitação, os contratos, inclusive administrativos, e os convênios, acordos, ajustes ou outros instrumentos congêneres, bem como os atos referidos no art. 38 desta Lei;”

Portanto, claro como a luz solar é o fato de que a Administração Pública deve estrita observância às determinações feitas pelo Tribunal de Contas da União, sob pena de incorrer em ilegalidades e, sobretudo, inconstitucionalidades no processo. Veja-se que, pelo Princípio da Legalidade, não há como se admitir o descumprimento às determinações do TCU.

Tal princípio, é bom se frisar, deve ser respeitado por força não só do que dispõe não só a Lei nº. 8.666/93, mas também a Constituição Federal. Senão, vejamos:

Lei nº. 8.666/93:

“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.”

Constituição Federal:

“Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:”

Em igual direção, cumpre mencionarmos a doutrina pátria sobre o assunto:

“A legalidade, como princípio de administração (CF, art. 37, caput), significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso.

A eficácia de toda atividade administrativa está condicionada ao atendimento da lei.

Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei para o particular significa ‘pode fazer assim’; para o administrador público significa ‘deve fazer assim’

As leis administrativas são, normalmente, de ordem pública e seus preceitos não podem ser descumpridos, nem mesmo por acordo de vontade conjunta de seus aplicadores e destinatários, uma vez que contêm verdadeiros poderes-deveres, irrelegáveis pelos agentes públicos. Por outras palavras, a natureza da função pública e a finalidade do Estado impedem que seus agentes deixem de exercitar os poderes e de cumprir os deveres que a lei lhes impõe. Tais poderes, conferidos à Administração Pública para serem utilizados em benefício da coletividade, não podem ser renunciados ou descumpridos pelo administrador sem ofensa ao bem comum, que é o supremo e único objetivo de toda ação administrativa.”

(MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 20ª Edição. Editora Malheiros, p. 82-83)

Destaque-se que, para a Administração Pública, o princípio da legalidade não é a mera observância à legislação, mas sim uma verdadeira *submissão* aos ditames legais. É o que ensina Odete Medauar:

“Para a Administração, o princípio da legalidade traduzia-se em submissão à lei. No conjunto dos poderes do Estado traduzia a relação entre poder legislativo e poder executivo, com a supremacia do primeiro; no âmbito das atuações exprimia a relação entre lei e ato administrativo, com a supremacia da primeira”

(MEDAUAR, Odete. O direito administrativo em evolução. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992; grifamos)

Com efeito, diante de tudo o que restou acima demonstrado, fica claro perceber que **o edital do pregão em baila não se adequa à jurisprudência do Tribunal de Contas da União**, motivo pelo qual deve ser prontamente modificado.

Além disso, *data maxima venia*, não há como se admitir esta exigência no presente certame, **uma vez que indevidamente restringe a competitividade do procedimento licitatório**, posto que insere obrigação excessiva, que não encontra o mínimo embasamento jurídico, e que em nada afeta a prestação do objeto do contrato a ser firmado.

Portanto, esta exigência vai de encontro ao que preconiza a Lei nº. 8.666/93:

“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;”

No que tange ao princípio da competitividade, torna-se imprescindível trazer ao lume o escólio do Doutr José dos Santos Carvalho Filho. Veja-se:

“(...) princípio da competitividade, correlato ao princípio da igualdade. Significa que a Administração não pode adotar medidas ou criar regras que comprometam, restrinjam ou frustrem o caráter competitivo da licitação. Em outras palavras, deve o procedimento possibilitar a disputa e o confronto entre os licitantes, para que a seleção se faça da melhor forma possível. Fácil é verificar que, sem a competição, estaria comprometido o próprio princípio da igualdade, já que alguns se beneficiariam à custa do prejuízo de outros. Encontramos o princípio no art. 3º, § 1º, I, do Estatuto.”

(CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo, p. 223, 2007)

Com o objetivo de contratar a proposta mais vantajosa, cumpre ao Administrador incrementar a competitividade do torneio, possibilitando, assim, a participação do maior número de licitantes. A redução da competitividade certamente afeta a economicidade da contratação, prejudicando a escolha da melhor proposta, conforme já se manifestou o Tribunal de Justiça do Paraná, o qual decidiu:

“As formalidades do edital de convocação devem ser examinadas à luz da sua utilidade e finalidade a par do princípio da competitividade, que permeia todo o procedimento licitatório, pois o rigorismo excessivo, sem conteúdo substancial, pode restringir o número de concorrentes e prejudicar, por via de consequência, a escolha da melhor proposta.”

(TJPR - Ac. 31525 - Ag Instr 0453879-0 - 4ª CCv - Rel. Adalberto Jorge Xisto Pereira - DJPR 7664 de 25/07/2008)

Assim, resta evidenciado que a manutenção da exigência em tela ocasionará prejuízos à vantajosidade do certame, porquanto não só será indevidamente vedado o acesso de licitantes com amplas condições de ofertar a proposta mais vantajosa, como também completamente desnecessária frente ao objeto que se pretende contratar. Nesse sentido ensina Carlos Pinto Coelho Motta:

“Como é sabido e exhaustivamente reiterado na legislação, o princípio constitucional da economicidade é a própria razão de ser do instituto da licitação, figurando com destaque no art. 3º da Lei nº 8.666/93 e exigindo que o procedimento represente vantagem concreta da Administração na contratação do bem ou serviço. Destarte, o processo competitivo não tem validade intrínseca, constituindo apenas um instrumento de melhoria do gasto público. Quando, por qualquer motivo, deixa de ser vantajoso para o órgão ou entidade licitadora, perde seu núcleo instrumental e torna-se ineficaz. Cumpre, então, eliminar todo elemento que não favoreça o epílogo necessário do certame – ou seja, a contratação do objeto exato pelo melhor preço.”

(MOTTA, Carlos Pinto Coelho. Apontamentos ao regulamento licitatório das microempresas e empresas de pequeno porte – Decreto nº. 6.204/2007. Revista Zênite de Licitações e Contratos – ILC. ed. 166. Brasília. Zênite. Dez/2007, p. 1179)

Repise-se a não mais poder que **a malsinada exigência em nada afetará a prestação dos serviços que se pretende contratar, tampouco terá consequências positivas na comprovação da qualificação técnica das empresas licitantes.** Portanto, *data maxima venia*, a manutenção da redação do item 7.7.1.3, “b” e “f”, no presente certame, só servirá para burocratizar e impedir a participação das empresas interessadas, o que acabará por impossibilitar a Administração Pública de conseguir propostas verdadeiramente mais vantajosas.

Dessa forma, por todo o exposto, de forma a coadunar com os princípios básicos das licitações, cumpre que seja alterado o item 7.7.1.3 do edital, no sentido de exigir no máximo o quantitativo de 50% do total licitado a título de qualificação técnica, e de não limitar a quantidade de atestados a serem somados para a comprovação da qualificação técnica das licitantes.

3. DO PEDIDO

Diante do exposto, a requerente roga à V. Sa., que proceda com as modificações necessárias do instrumento convocatório do edital do PREGÃO ELETRÔNICO N° 067/2020, em face das irregularidades e ilegalidades apontadas nesta peça. Requer, por fim, procedidas as devidas correções, que seja reaberto o prazo estabelecido no início do procedimento licitatório.

Nestes termos.

Pede deferimento.



Robson Chaves da Silva
Gerente de Compras | SE - BA
+55 79 98816-7075
www.lanlink.com.br