

À PROCESSAMENTO DE DADOS AMAZONAS S.A. - PRODAM

Referência: **Pregão Eletrônico n° 05/2024**

Produtiva Soluções em Gestão LTDA, pessoa jurídica de direito privado inscrita no CNPJ/MF sob o n° 02.914.334/0001-04, estabelecida na CLN 116 Bloco H sala 206, Brasília/DF, vem, com fulcro no Edital de licitação e na legislação aplicável, IMPUGNAR o certame em epígrafe, de acordo com os fatos e fundamentos a seguir apresentados.

Com efeito, pretende trazer temas para debate perante esta respeitosa Contratante e assim afastar do presente procedimento licitatório tudo que for feito em extrapolção ao disposto na legislação, que igualmente contrasta com entendimento consolidado do Tribunal de Contas da União - TCU em suas decisões.

De maneira objetiva, a presente manifestação, conforme fundamentação a seguir, indicará a possibilidade de mais ofertas à demanda desta Contratante, bem como apontará necessidade de melhor apuração (e respeito às normas) no tocante, por exemplo, à obrigação de apresentação de atestados com o nível de exigência previsto no Edital, a fim de evitar custos desnecessários à própria aquisição que será realizada.

A ampliação da competição neste certame não só é a materialização (e respeito pela PRODAM) de princípios basilares da Administração, como também é dever do papel desempenhado por esta instituição tão respeitada no Norte brasileiro.

PRELIMINARMENTE

De início, há de se destacar que o presente pleito é tempestivo, uma vez que no próprio instrumento convocatório há menção expressa de cinco dias úteis antes da data marcada para a sessão pública (dia 30.01.2024). A fim de não restar qualquer dúvida, esta empresa remete à Decisão n. 1.871/2005 do Tribunal de Contas da União – TCU:

23. A controvérsia, como salientado na instrução anterior dos autos, reside pois na interpretação que se dá a expressão 'até dois dias úteis antes'. A solução deve ser buscada na Lei n.º 8.666/93, aplicável subsidiariamente às licitações na modalidade Pregão, que, no caput do art. 110, estabelece o seguinte:

'Art. 110 Na contagem dos prazos estabelecidos nesta Lei, excluir-se-á o dia do início e incluir-se-á o do vencimento, e considerar-se-ão os dias consecutivos, exceto quando for explicitamente disposto em contrário.'
(grifamos)

24. No caso vertente, aplicando-se o art. 110 da Lei de Licitações, é evidente que o dia do recebimento da proposta (10/8/2005) deve ser considerado na contagem do prazo. Desta forma, assiste razão à empresa representante, já que não paira qualquer dúvida de que eventuais impugnações poderiam ter sido apresentadas até (inclusive) o dia 8/8/2005.

Conforme se verá a seguir, há necessidade de melhor análise em relação ao planejamento da presente contratação e que, sem dúvida, restringirão por completo a competição neste certame e afastarão a PRODAM da proposta mais vantajosa. Sobre o tema, segue decisão recente da Corte de Contas da União:

“É dever do responsável por conduzir licitação no âmbito da Administração, a partir de impugnação ao edital apontando a existência de cláusulas restritivas à competitividade do certame, realizar a revisão criteriosa dessas cláusulas, ainda que a impugnação não seja conhecida. O agente público tem o dever de adotar providências de ofício com vistas à correção de eventuais ilegalidades que cheguem ao seu conhecimento.” (Acórdão 7289/2022 – Primeira Câmara – TCU - Informativo nº 423, 31/10/2022. Sem destaque no original).

FATOS E FUNDAMENTOS

Sem embargo, destaca-se que não é intuito desta empresa impedir ou simplesmente atrapalhar o normal trâmite do certame em tela, nem mesmo trazer dúvidas acerca da competência do trabalho exercida pela Contratante ou questionar sem fundamentos suas decisões.

Manifesta-se o respeito pelo trabalho de toda a Comissão envolvida no presente processo, mas não se pode impedir que as divergências quanto ao entendimento de determinadas obrigações por parte da licitante em certames sejam trazidas à tona.

Busca-se tão somente o respeito aos princípios basilares que regem nossa Administração Pública, e estão previstos em nossa Carta Magna, de 1988, assim como que a necessidade da contratação tão urgente por parte da área técnica da Contratante seja suprida da melhor maneira possível.

Em outras palavras, seja qual for o modo pelo qual se procede a uma contratação pública, a Administração não pode sequer cogitar em frustrar a própria razão de ser da licitação e violar os princípios que direcionam a atividade administrativa (art. 31 da Lei nº 13.303/2016), tais como: o da legalidade, da moralidade e da isonomia, bem como os demais também descritos.

Com efeito, é corolário das contratações públicas que deve o certame priorizar a finalidade pela qual foi criado, **ou seja, ampliar a competitividade em busca do melhor resultado para a Administração e buscar aquilo que, de fato, lhe é mais vantajoso.**

a) Exigências descabidas e que afastam a melhor competição

Sabe-se que é papel da Administração Pública, e de qualquer entidade que realiza uma licitação, se precaver de possíveis licitantes “aventureiros” e buscar uma competição onde os licitantes sejam, realmente, capazes de atender à complexidade da demanda trazida à tona com a esperada qualidade.

Ao mesmo tempo, a partir da fundamentação exposta acima, esse limite imposto pela exigência de qualificação técnica da empresa não pode ser confundido de forma alguma como um instrumento de restrição à liberdade de participação.

A Constituição deixa claro, em seu artigo 37, inciso XXI, visível determinação no sentido de que os requisitos de capacitação técnica das licitantes sejam reduzidas ao mínimo possível.

Como ilustremente registrado por José Cretella Júnior, “*apenas serão admitidas exigências absolutamente necessárias para demonstrar que o proponente está preparado para executar o objeto da licitação*” (In Comentários à Constituição Brasileira de 1988, ed. Forense Universitária, 2ª ed. p.2249).

Qualquer tipo de exigência editalícia que viole as determinações legais acima em destaque, tornar-se-á, conseqüentemente, instrumento de indevida restrição à liberdade de participação em certames licitatórios e desvio de igualdade entre os interessados. Ao afastar e tornar impossível a competição entre um maior número de licitantes, a Administração estará longe de obter a proposta que é, realmente, a mais vantajosa.

Sob tal égide, exigências como as apontadas abaixo jamais podem ser impostas em procedimento administrativo de maneira injustificada, sem motivação adequada para tanto.

Em outras palavras, questiona-se: que exigências são essas que justificam tais necessidades em fase de habilitação?

Assim, não comprovada a necessidade e utilidade, não há óbices para que se conclua pela frustração do caráter competitivo do certame, porque estão afastados injustamente licitantes que têm totais condições de satisfazer o objeto licitado, mas não consegue concorrer por conta de exigência claramente restritiva, e que não condiz com a busca por proposta mais vantajosa, afastando-se do princípio expresso na legislação competente.

Como muito bem ensina a doutrina pátria, o entendimento acerca da motivação é extremamente necessário, vez que se apresenta como garantia da própria legalidade que diz respeito não só ao interessado, como à Administração da mesma forma. A motivação é assim encarada como elemento do ato administrativo que permite a verificação, a qualquer momento, da legalidade do ato.

Dito de outra maneira, a devida motivação do ato nada mais é do que a exposição dos elementos que ensejaram a prática do ato administrativo, mais especificamente com a indicação de seus pressupostos fáticos e jurídicos, bem como a justificação do processo de tomada de decisão. Ou seja, resta clara a obrigação da

motivação em atos que afetam direitos e interesses do particular a fim de que discricionariedade jamais se confunda com arbitrariedade.

A propósito da teoria dos motivos determinantes, Bandeira de Mello descreve-a da seguinte maneira:

“De acordo com esta teoria, os motivos que determinaram a vontade do agente, isto é, os fatos que serviram de suporte à sua decisão, integram a validade do ato. Sendo assim, a invocação dos “motivos de fato” falso, inexistentes ou incorretamente qualificados vicia o ato mesmo quando, conforme já se disse, a lei não haja estabelecido, antecipadamente, os motivos que ensejariam a prática do ato. Uma vez enunciados pelo agente os motivos em que se calçou, ainda quando a lei não haja expressamente imposto essa obrigação de enunciá-los, o ato será válido se estes realmente ocorreram e o justificavam”. (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 26ª ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 57, de 18.12.2008. São Paulo: Malheiros, 2009).

Sob tal égide, a avaliação técnica – principalmente de soluções de tecnologia - deve ser objetiva e seguir estritamente as regras do instrumento convocatório. Essa é a garantia de transparência e isonomia do processo. Sobreleva saber, portanto, que o agente público representa não apenas órgão ou entidade ao qual está vinculado, mas em especial toda sociedade. Por isso mesmo, deve pautar-se na condução de um procedimento de contratação, pelos princípios da isonomia e da impessoalidade, dentro outros tantos previstos no ordenamento pátrio.

O instrumento convocatório contém elementos que caracterizam a restrição injustificada à competitividade da licitação, visto que existem exigências para habilitação que não se mostraram imprescindíveis à boa execução do objeto e não possuem devida fundamentação, no âmbito do processo licitatório (Acórdão 1.567/2018-Plenário, de relatoria do Ministro Augusto Nardes).

Feita esta breve introdução jurídica, questiona-se:

a.1 – Qual será a efetiva competição a partir de exigência prevista no item 12.2.2 do termo de referência (Anexo I), as quais tratam especificamente de exigência de homologação do software junto à autoridade nacional de trânsito?

12.2.2 Atestado(s) ou certidão(ões) de capacidade técnica-operacional emitidas por entidades públicas e/ou privadas indicando que a empresa

já prestou serviço semelhante de emissão de laudo técnico com vistas à homologação de software junto à autoridade nacional de trânsito;

Sem embargo, a emissão de laudo técnico/pericial para homologação de software **independe da natureza do cliente final, haja vista que a análise técnica visando a homologação de um software indefere do local de uso desse software.**

De fato, não há na ABNT 27.037, norma que trata da análise da solução a ser contratada, qualquer indicativo de tratamento diferenciado sobre o local ou tipo de empresa que utiliza o software.

Em outras palavras: os serviços relativos à emissão de laudo técnico sobre a homologação de software são realizados independentemente da localização de instalação do software.

Da mesma forma, na Portaria 977 - que trata sobre a auditoria nos sistemas – não há qualquer indicação que a empresa tenha anteriormente verificado sistemas similares junto a autoridade de trânsito.

De acordo com a vasta jurisprudência desta Corte de Contas, a inclusão de critérios de habilitação de licitantes, que sejam restritivas ao caráter competitivo da licitação, serão legais, somente, se houver demonstração pela Administração de que tal exigência é indispensável à garantia do cumprimento da obrigação a ser contratada (Acórdão 2.031/2020-Plenário, de relatoria do Ministro-Substituto Marcos Bemquerer).

Além disso, as exigências relativas à qualificação técnica devem ser motivadas e se aterem ao mínimo necessário à execução dos serviços, assegurando-se de que os parâmetros fixados são necessários, suficientes e pertinentes ao objeto licitado, de modo a evitar a restrição ao caráter competitivo do certame (Acórdão 450/2008-Plenário, de relatoria do Ministro Raimundo Carreiro).

Como é cediço, o critério de habilitação acima em destaque não guarda nenhuma relação com a capacidade das licitantes em cumprir com as futuras obrigações contratuais. **Fato é que o Edital foi construído visando a atingir um nicho específico**

de empresas pré-selecionadas. Tal assertiva é, sem dúvidas, materialização do desprezo ao princípio da impessoalidade.

Em resumo, ao invés de a Contratante exigir comprovações objetivas relacionadas com a capacidade das empresas para prestarem os serviços desejados, que poderiam ser confirmadas por meio de atestados de qualificação técnica, ela se baseou em critérios próprios e subjetivos, para limitar, indevidamente, a participação de licitantes.

O Tribunal de Contas da União já decidiu que não se deve incluir nos Editais de licitação critérios restritivos sem justificativas para a imprescindibilidade de tais exigências para o cumprimento do objeto (Acórdão 769/2013-Plenário, de relatoria do Ministro-Substituto Marcos Bemquerer): *“as exigências devem se ater ao mínimo necessário para garantir a qualificação das empresas para a execução do contrato, de modo que não haja restrição indevida à competitividade do certame, inclusive criando risco de favorecimento indevido a licitante”*.

Como tratado, no presente caso, está claro, ainda, que essas definições de critérios ferem o princípio da impessoalidade, a partir do momento que vai atingir apenas um determinado nicho de licitantes, bem restrito e já de conhecimento prévio da Administração.

Assim, as exigências de apresentação de atestados de capacidade devem ser justificáveis em razão do objeto licitado (Acórdão 933/2011-Plenário, de relatoria do Ministro-Substituto André de Carvalho), não sendo legal que se incluam restrições referentes ao tamanho da empresa atendida por algum serviço prestado pelo licitante ou que se exija a presença da prestadora de serviços com base em faturamento do emissor do seu atestado: notadamente se os critérios de restrição forem adotados com o objetivo claro de atingir a participação de grupo específico de empresas concorrentes.

Sobre o tema, o Guia de Boas Práticas de Contratação de TI do TCU (p. 107), auxilia na contextualização da irregularidade quando afirma que os critérios de habilitação indevidamente cobrados provocam:

“(...) diminuição da competitividade na licitação, por não permitir que empresas especializadas em alguma das soluções participem da licitação, uma vez que não fornecem o conjunto completo de soluções.

Adicionalmente, os requisitos de habilitação (e.g. atestados de capacidade técnica) tendem a permitir somente a habilitação de grandes empresas, pois empresas menores terão dificuldade de apresentar comprovação da prestação de serviços referentes a todas as soluções”.

CONCLUSÃO

Conclui-se, então, que deve o presente certame priorizar a finalidade pela qual foi criado, ou seja, ampliar a competitividade em busca do melhor resultado para a entidade e buscar aquilo que, de fato, lhe é mais vantajoso.

Aduzidas as razões que balizaram a presente manifestação, esta empresa, requer, com supedâneo nas legislações vigentes que lhe serviram de esteio, o recebimento, análise e admissão desta peça, para que o Edital assim seja retificado e **que seja excluída qualquer exigência restritiva à competição e à jurisprudência e doutrina, seja esta na habilitação, seja na fase contratual.**

A respeitosa Comissão precisa responder OBJETIVAMENTE sobre a congruência entre o item exigido, bem como ao menos demonstrar qual pesquisa mercadológica foi feita para ratificar a legalidade em torno de tal exigência de qualificação técnica.

Caso não entenda pela adequação do resultado, pugna-se pela emissão de parecer, informando quais os fundamentos legais que embasaram a decisão da autoridade competente, os quais serão levados ao conhecimento das esferas competentes.

Termos em que pede e espera deferimento.

Brasília/DF, 02 de maio de 2024.

Produtiva Soluções em Gestão LTDA

Pablo Coelho Ferreira

Sócio Diretor

CPF: 584377381-72