

**ILUSTRÍSSIMO SENHOR PREGOEIRO DO FUNDO NACIONAL DE
DESENVOLVIMENTO DA EDUCAÇÃO – FNDE – BRASÍLIA-DF**

PREGÃO ELETRÔNICO N. 11/2013

Processo Administrativo n. 23034.005029/2013-19

compc@fnde.gov.br

SIGMA DATASERV INFORMÁTICA S/A, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob nº 77.166.098/0001-86, sediada em Curitiba-PR, na Travessa Pinheiro, 230 (antigo 43) – Bairro Rebouças, CEP 80230-160, comparece respeitosamente perante Vossa Excelência, para, na forma do art. 18 do Decreto 5.450/2005, apresentar

IMPUGNAÇÃO

ao Edital do Pregão Eletrônico nº 11/2013, realizado pelo Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação – FNDE, pelas razões de fato e de direito que passa a expor.

I. RESSALVA PRÉVIA

A Signatária manifesta, preliminarmente, seu respeito pelo trabalho do Pregoeiro, da equipe de apoio, e de todo o corpo de funcionários do FNDE.

As divergências objeto da presente impugnação referem-se unicamente à aplicação da Constituição Federal, da Lei de Licitações, da Lei do Pregão e do Decreto 5.450/2005 em relação ao procedimento licitatório em exame. Não afetam, em nada, o respeito da Signatária pela instituição e pelos ilustres profissionais que a integram.

No mais, a peticionária afirma seu total interesse e disposição em vir a prestar serviços a esta sociedade. No entanto, não pode deixar de questionar algumas inconsistências presentes no Pregão Eletrônico nº 11/2013 ora promovido.

II. SÍNTESE FÁTICA

O FNDE iniciou processo licitatório na modalidade Pregão Eletrônico sob n. 11/2013 que tem por objeto a “Contratação de Serviços Técnicos Especializados de Tecnologia da Informação para realização de tarefas de “Suporte ao Gerenciamento e Operação de Serviços de TI”, **por posto de trabalho**, mediante avaliação de resultados, aferidos a partir de Nível Mínimo de Serviço (NMS), com aplicação dos modelos de melhores práticas do ITIL v.3 e COBIT 4.1, de acordo com as especificações, padrões técnicos de desempenho e qualidade estabelecidos pelo FNDE, mediante Ordens de Serviço (OS), limitados ao quantitativo máximo estimado, **sem garantia de consumo mínimo**, de acordo com os critérios estabelecidos neste Edital e seus Anexos”.

Contudo o ato convocatório contém vícios que contaminam por inteiro o processo licitatório, seja porque faz exigências **vedadas** expressamente pela legislação em vigor e pela jurisprudência.

Vejamos a seguir.

III. CABIMENTO E TEMPESTIVIDADE

Em consonância com a legislação em vigor, o disposto no item 2.1 estabelece que o ato convocatório poderá ser impugnado até 2 (dois) dias úteis antes da data fixada para a abertura da sessão pública, ou seja, até dia 15/03/2013 às 18hs.

Portanto, na forma da Lei (art. 18 do Decreto 5.450/2005), esta licitante encaminha a presente Impugnação ao Ato Convocatório, inequivocamente, cabível e tempestiva.

IV. DA PREVISÃO DE CONTRATAÇÃO POR POSTOS DE TRABALHO – PRÁTICA VEDADA PELA IN 04/2010 DA SLTI DO MPOG

Já foi relatado acima que o edital prevê a contratação de serviços técnicos de informática mediante **alocação de postos de trabalho**.

Contudo, a contratação por postos de trabalho é vedada para serviços de tecnologia da informação, visto que se trata de serviços que podem ser parametrizados segundo métricas e indicadores, que definem precisamente o esforço requerido e o resultado a ser alcançado, tanto do ponto de vista quantitativo, como do qualitativo.

A vedação se encontra expressa nos arts. 7º, II e 15 da Instrução Normativa nº 04 de 2010 do MPOG, que dispõe sobre o processo de contratação de serviços de Tecnologia da Informação pela Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional:

Art. 7º É vedado:

I - estabelecer vínculo de subordinação com funcionários da contratada;

II - **prever em edital a remuneração dos funcionários da contratada;**

(...)

Art. 15. A Estratégia da Contratação será elaborada a partir da Análise de Viabilidade da Contratação e do Plano de Sustentação, contendo no mínimo:

I - indicação, pelo Integrante Técnico, da Solução de Tecnologia da Informação a ser contratada;

II - definição, pelo Integrante Técnico, das responsabilidades da contratada que não poderá se eximir do cumprimento integral do contrato mesmo havendo subcontratação;

III - indicação, pela Equipe de Planejamento da Contratação, dos termos contratuais, observado o disposto

nos §§ 1º e 2º deste artigo, sem prejuízo do estabelecido na Lei nº 8.666, de 1993, relativos a:

a) fixação de procedimentos e Critérios de Aceitação dos serviços prestados ou bens fornecidos, abrangendo métricas, indicadores e valores mínimos aceitáveis;

b) quantificação ou estimativa prévia do volume de serviços demandados ou quantidade de bens a serem fornecidos, para comparação e controle;

c) definição de metodologia de avaliação da qualidade e da adequação da Solução de Tecnologia da Informação às especificações funcionais e tecnológicas;

d) garantia de inspeções e diligências, quando aplicáveis, e suas formas de exercício;

e) forma de pagamento, que será efetuado **em função dos resultados obtidos;**

A vedação de contratação por postos de trabalho é entendimento pacífico no TCU, vejamos:

15. Todavia persiste a irregularidade na própria contratação da empresa em questão, para locação de mão de obra, com pagamento por hora trabalhada ou por posto de serviço, ao arrepio do art. 4º, incisos II e IV, do Decreto nº 2.271, de 1997, do Enunciado nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho e da consolidada jurisprudência do TCU, a exemplo dos Acórdãos 786/2006, 1.329/2007, 1.238/2008, 1.453/2009, 265/2010 e 2.746/2010, todos do Plenário.

16. Lembro que, justamente para evitar esse tipo de irregularidade na contratação de serviços de tecnologia da informação, a Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (SLTI/MPOG) editou a Instrução Normativa nº 4, de 19 de maio de 2008, com entrada em vigor a partir de 2/1/2009, que veda expressamente a previsão em edital de remuneração dos funcionários dos fornecedores por postos de trabalho, orientando, ainda, que **a forma de pagamento deverá ser com base na mensuração dos resultados obtidos (arts 6º e 14, inciso II, alínea “i”, e § 2º, da IN/SLTI nº 4/2008).**

17. Diga-se, a propósito, que o novo disciplinamento da questão é plenamente compatível com as determinações endereçadas pelo TCU nos Acórdãos 1.094/2004, 667/2005 e 2.171/2005, ambos do Plenário.

18. E aí trago à baila, também, trecho da proposta condutora do Acórdão 1.238/2008-Plenário, da lavra do nobre Ministro-Substituto Augusto Sherman Cavalcanti, vazado nos seguintes termos:

“(…) 12. Os serviços fornecidos pela área de Tecnologia da Informação (TI) podem ser parametrizados segundo métricas e indicadores, que definem precisamente o esforço requerido e o resultado a ser alcançado, tanto do ponto de vista quantitativo, como do qualitativo. São, portanto, serviços cuja gestão pode – e deve – ser estruturada, o que pressupõe a especificação objetiva de produtos/serviços, a definição precisa de responsabilidades, o estabelecimento de custos, a identificação de riscos e a definição de métricas, indicadores e mecanismos de acompanhamento. Nesse contexto, fica bem evidente que os serviços de TI não se revestem da mesma natureza dos serviços de alocação de postos de trabalho (locação de mão-de-obra terceirizada), esses relacionados à simples colocação de pessoal à disposição da Administração e ao pagamento por horas trabalhadas. Conseqüentemente, não é razoável sob a perspectiva da gestão, nem vantajoso economicamente, que se adote, para serviços de TI, o mesmo modelo de pagamento de serviços aplicável à alocação de postos de trabalho, porque tal modelo não leva em consideração uma característica positiva dos serviços de TI: a possibilidade de definir objetivamente os resultados requeridos e efetuar-se o pagamento somente quando atingidos esses resultados.”

13. É em decorrência das características específicas dos serviços de TI e da necessidade de solucionar os problemas peculiares a essa área que há um movimento em nível global, por parte de governos e organizações, no sentido de abandonar os modelos de contratação baseados na alocação de postos de trabalho (locação de mão-de-obra) e no pagamento de horas trabalhadas. Hoje, cada vez mais disseminadamente, vêm sendo adotados modelos de contratação em TI fundados na mensuração de esforço e resultados por otimizarem a gestão dos serviços e os respectivos custos. São exemplos de ferramentas utilizadas para esse fim a adoção da metodologia de ponto por função e os acordos de nível de serviço, contratos em que são especificados os serviços requeridos e os padrões de desempenho necessários para aceitação dos serviços”.

(…)

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão reservada do Plenário, diante das razões expostas pelo Relator, em:

(…)

9.4. determinar ao Incra/PB que:

9.4.2. adote, em procedimento licitatório na área de tecnologia da informação, a remuneração dos serviços em função dos resultados obtidos, abstendo-se, por conseguinte, de prever mera locação de mão de obra e pagamento por hora-trabalhada ou por posto de serviço, sempre que a prestação do serviço puder ser avaliada por determinada unidade quantitativa de serviço prestado ou por nível de serviço alcançado, em observância art. 3º, § 1º, do Decreto nº 2.271, de 1997, c/c os arts. 6º e 14, inciso II, alínea “i”, e § 2º, da Instrução Normativa SLTI nº 4, de 19 de maio de 2008;

(Acórdão nº 1.613/2011 – Plenário – rel. André Luís de Carvalho DOU de 21.06.2011)

No mesmo sentido, diversos acórdãos do TCU:

EMENTA: Representação. Contrato de prestação de serviços de informática. Opção indevida por concorrência, em detrimento do pregão. Impertinência dos atributos técnicos pontuáveis. Irregularidades na planilha de formação de preços das

licitantes. **Remuneração desvinculada de resultados, ausência de critérios de aceitabilidade e mensuração de serviços.** Procedência. Determinações. Recomendação.

No entanto, o contrato funciona como mero instrumento de alocação de mão-de-obra, com os pagamentos mensais de acordo com o número de profissionais disponibilizados. Não existe vinculação entre a OS e as horas trabalhadas por cada profissional utilizado na execução dos serviços, e os pagamentos relativos aos trabalhos prestados vinculam-se tão somente à quantidade de horas trabalhadas e aos postos de trabalho. Não há mecanismos que permitam forma diferente de remuneração, tais como o estabelecimento de níveis de serviço de acordo com a natureza de cada trabalho a ser desenvolvido, ou o pagamento por resultados alcançados.

Além da opção por postos de trabalho, outros elementos permitem a caracterização do objeto do Contrato nº 16/2007 como mero fornecimento de mão-de-obra por empresa interposta, prática vedada pelos incisos II e IV do art. 4º do Decreto nº 2.271/1997:

- embora exista preposto formalmente designado, ele não participa do processo de controle e execução das OS e tampouco está presente no local de execução dos serviços, conforme constatado em reunião realizada com os fiscais do contrato;
- as solicitações de serviço são dirigidas diretamente por servidores do DPF aos funcionários da contratada responsáveis pela execução dos serviços;
- o ferramental necessário à execução dos serviços é de responsabilidade do contratante, conforme prevê o item 13.2 do edital e a cláusula 10.2 do contrato;
- os serviços serão prestados exclusivamente nas instalações do DPF, conforme item 11.2 do Projeto Básico e Cláusula 7.1 do contrato;
- a formação de preços é baseada somente nos custos de mão-de-obra do contratado (fls. 184/185 e 211/213, anexo 2);
- o pagamento mensal contempla o recolhimento de encargos legais (FGTS e Previdência Social) relativos aos funcionários alocados e tem por base relatório mensal de dias trabalhados por posto de trabalho (cláusula 16.3 do contrato e item 15.1.2 do Projeto Básico);
- não foram estabelecidos níveis de serviço de acordo com a natureza de cada trabalho a ser desenvolvido, nem previsto o pagamento por resultados alcançados (OS realizadas e atestadas);
- o deslocamento de funcionários da contratada a outras unidades da federação é custeado por meio do pagamento de diárias e correspondente emissão de ordem bancária pelo DPF.

O TST, por meio de seu Enunciado n. 331, ao se posicionar pela ilegalidade da interposição de mão-de-obra, também estabeleceu que a existência de subordinação direta dos funcionários da contratada à administração da contratante forma vínculo de emprego com o tomador dos serviços, tornando irregular a relação de trabalho existente.

Sobre esse assunto, transcreve-se trecho do voto do Exmo. Ministro Benjamin Zymler, proferido no Acórdão nº 1.815/2003 – Plenário, quando da análise de representação contra licitação da Caixa Econômica Federal que vedava a participação de cooperativas no certame: ***“Da mesma forma, quando o trabalho for executado de forma subordinada em relação ao tomador de serviço, não se estava diante de terceirização, mas de contratação irregular de trabalhador, sem observância do requisito constitucional do concurso público. Nesse caso, o vínculo de emprego não se aperfeiçoa, pois ausente requisito inafastável. Fosse em empresa privada, contudo, estaria descaracterizada a terceirização e***

*estabelecido o vínculo do trabalhador diretamente com o tomador dos serviços. Portanto, **quando o trabalho a ser executado exigir estado de subordinação para com o ente estatal, impossível a terceirização - seja por meio de cooperativa, seja por meio de qualquer empresa prestadora de serviço.** (destaques nosso)*

9.2.3.1. estabeleça previamente em plano de trabalho: justificativa da necessidade dos serviços, em harmonia com as ações previstas no Planejamento Estratégico Institucional e no Plano Diretor de Tecnologia da Informação, bem como estudo que relacione a demanda prevista com a quantidade de serviço a ser contratada, conforme art. 2º, incisos I, II e III, do Decreto nº 2.271/1997 e a jurisprudência do TCU (a exemplo, Acórdãos nºs 1.558/2003, 2.094/2004 e 2.023/2005, todos do Plenário);

9.2.3.2. fixe mensuração, sempre que possível, da prestação de serviços por resultados segundo especificações previamente estabelecidas, evitando-se a mera locação de mão-de-obra e o pagamento por hora-trabalhada ou por posto de serviço, utilizando metodologia expressamente definida no edital que contemple, entre outros, os seguintes pontos básicos:

a) a fixação dos procedimentos e dos critérios de mensuração dos serviços prestados, abrangendo métricas, indicadores, valores aceitáveis etc.;

b) a quantificação ou a estimativa prévia do volume de serviços demandados, para fins de comparação e controle;

c) a definição de metodologia de avaliação da adequação dos serviços às especificações, com vistas a aceitação e pagamento;

d) a utilização de um instrumento de controle, geralmente consolidado no documento denominado “ordem de serviço” ou “solicitação de serviço”;

e) a definição dos procedimentos de acompanhamento e fiscalização a serem realizados concomitantemente à execução para evitar distorções na aplicação dos critérios;

9.2.3.3. defina metodologia de avaliação de qualidade dos serviços a serem prestados, abrangendo a definição de variáveis objetivas (por exemplo, o grau de conformidade com as especificações inicialmente estabelecidas, o número de falhas detectadas no produto obtido, entre outras), bem como fixe os respectivos critérios de avaliação dessas variáveis, incluindo escalas de valores e patamares mínimos considerados aceitáveis, em observância ao § 1º do art. 3º do Decreto nº 2.271/1997 e à jurisprudência do TCU, a exemplo dos Acórdãos nºs 2.172/2005 e 786/2006 – Plenário;

9.2.3.4. estipule o método ou processo pelo qual as ordens de serviço são utilizadas como instrumento de controle nas etapas de solicitação, acompanhamento, avaliação, atestação e pagamento de serviços, assim como o modelo da ordem de serviço que será adotada durante a execução do ajuste, a qual deverá conter, no mínimo:

a) a definição e a especificação dos serviços a serem realizados;

b) o volume de serviços solicitados e realizados segundo as métricas definidas;

c) os resultados ou produtos solicitados e realizados;

d) o cronograma de realização dos serviços, incluídas todas as tarefas significativas e seus respectivos prazos;

e) a avaliação da qualidade dos serviços realizados e as justificativas do avaliador;

f) a identificação dos responsáveis pela solicitação, pela avaliação da qualidade e pela atestação dos serviços realizados, os quais não podem ter nenhum vínculo com a empresa contratada, nos termos do Acórdão nº 786/2006 - Plenário; (Acórdão nº 1.453 – Plenário – rel. Marcos Bemquerer Costa)

EMENTA: Relatório de auditoria. Análise da qualidade dos controles, normas e procedimentos relativos às contratações na área de tecnologia da informação. Falhas nas fases de planejamento de licitações e execução contratual. Recomendações. Determinações. Envio de cópias. Arquivamento.

(...)

5.1. Ante o exposto, submetemos os autos à consideração superior, com fulcro no art. 43, inciso I, da Lei nº 8.443/92 c/c o art. 250, incisos II, III e IV, do Regimento Interno do TCU, com as seguintes propostas:

I - Determinar à Caixa Econômica Federal que:

(...) f) **abstenha-se de contratar por postos de trabalho, evitando a mera alocação de mão de obra e o pagamento por hora-trabalhada ou por posto de serviço, dando preferência ao modelo de contratação de execução indireta de serviço baseado na prestação e na remuneração de serviços mensuradas por resultados** sempre que a prestação do serviço puder ser avaliada por determinada unidade quantitativa de serviço prestado ou por nível de serviço alcançado, em obediência ao Decreto nº 2.271/97, art. 3º, § 1º (item 3.57);

g) proceda a mensuração dos serviços prestados por intermédio de parâmetros claros de aferição de resultados, fazendo constar os critérios e a metodologia de avaliação da qualidade dos serviços no edital e no contrato, conforme disposto no art. 6º, inciso IX, alínea “e”, da Lei nº 8.666/93, no art. 3º, § 1º, do Decreto nº 2.271/97 (item 3.61);

h) quando da contratação de serviços relacionados à TI, faça constar do projeto básico os subsídios para a gestão dos serviços, compreendendo inclusive os instrumentos que serão utilizados na fiscalização, tais como uma lista de verificação para checar a manutenção dos requisitos de habilitação e técnicos exigidos na licitação e os procedimentos para tratamento das anormalidades atendendo ao comando do art. 6º, inciso IX, alínea “e”, da Lei nº 8.666/93 (item 3.66);

i) descreva objetiva e exaustivamente, em cláusula da minuta contratual, os motivos que ensejarão a aplicação de cada um dos tipos de penalidade administrativa previsto, evitando-se descrições genéricas (e.g., descumprimento parcial de obrigação contratual), em atenção ao disposto no art. 55, incisos VII e IX, da Lei nº 8.666/93, e aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade (item 3.72);

j) descreva objetivamente, em cláusula da minuta contratual, os motivos que ensejarão a rescisão do contrato, de forma a evitar descrições genéricas (e.g., descumprimento parcial das obrigações e responsabilidades), em atenção ao disposto no art. 55, incisos VIII e IX, da Lei nº 8.666/93, e aos princípios da prudência, proporcionalidade e razoabilidade (item 3.72);

k) estabeleça fórmulas para calcular a eventual aplicação de descontos de forma a efetivamente inibir a ocorrência de atrasos na entrega dos serviços por parte da empresa contratada, evitando que tais descontos correspondam a valores irrisórios, em atenção ao disposto no art. 55, incisos VII, VIII e IX, da Lei nº 8.666/93, e aos princípios da prudência, proporcionalidade e razoabilidade (item 3.72);

(Acórdão nº 265/2010 – Plenário, rel. Raimundo Carreiro)

Achado II. Pagamento não vinculado a resultados

1.1. 2.23. Dois órgãos elaboraram editais para contratação de serviços de TI prevendo a remuneração por esforço (homem-hora)

em desacordo com o princípio constitucional da eficiência, art. 37 da CF/88, o art. 3º, § 1º, do Decreto 2.271/1997 e o art. 15, alínea “e” c/c §2º e §3º da IN - SLTI/MP 4/2010 (fls. 25-26). Em um dos casos, a Sefti abriu a representação TC 001.280/2011-2 para apurar as irregularidades verificadas (fl. 26).

2.24. A remuneração pelos serviços de TI deve ser realizada em função de resultados verificáveis apresentados pelo fornecedor, mensurados, sempre que possível, por unidades quantitativas. Desta forma, evita-se o pagamento por serviços que não foram prestados ou que foram prestados de maneira insatisfatória.

2.25. Entretanto, verificou-se que os editais não previam nível mínimo de serviço ou outro instrumento capaz de implementar o pagamento por resultados. O item 9.1.4 do Acórdão 2.471/2008-TCU-Plenário afirma que o modelo de prestação de serviços deve conter a definição da forma de execução de serviços, sendo preferencial a execução indireta com medição de resultados.

2.26. Por sua vez, o Acórdão 669/2008-TCU-Plenário, no item 9.4.12, é mais claro ao afirmar que sempre que a prestação do serviço puder ser avaliada por determinada unidade quantitativa de serviço prestado, deve-se prever essa forma de avaliação no edital e respectivo contrato e utilizá-la como parâmetro de medição e aferição de resultados, evitando-se a mera alocação de mão de obra e o pagamento por homem-hora ou por posto de serviço. O item 9.4.14 do precitado Acórdão afirma, ainda, que as contratações de serviços de TI devem ter a remuneração vinculada a resultados ou ao atendimento de níveis de serviço, de acordo com a natureza dos serviços.

Objetos

a) editais de licitação.

Crítérios

a) art. 37, caput, da Constituição Federal (princípio da eficiência);
b) art. 3º, § 1º, do Decreto 2.271/1997;
c) art. 15, alínea “e” c/c §2º e §3º, da IN - SLTI/MP 4/2010;
d) itens 9.4.12 e 9.4.14 do Acórdão 669/2008-TCU-Plenário e item 9.1.4 do Acórdão 2.471/2008-TCU-Plenário.

Evidências

a) Fichas de Acompanhamento: 4/2011 (fl. 25) e 5/2011 (fl. 26).

Causas

a) desconhecimento sobre como modelar as contratações de serviços de TI para remuneração por resultados.

Conclusão

2.27. Percebe-se que muitos gestores ainda têm dúvidas sobre como modelar contratos de prestação de serviços de TI que considerem a remuneração por resultados e, por consequência, acabam por utilizar o critério de pagamento por mero esforço (homem-hora).

2.28. A jurisprudência do TCU é clara ao afirmar que as contratações de serviços de TI remuneradas pela mera disponibilidade de mão de obra ou pelo esforço (homem-hora) vai de encontro aos princípios da eficiência e economicidade, uma vez que estimula o fornecedor a consumir mais horas de trabalho do que seria necessário para alcançar o resultado acordado (item 9.1.4 do Acórdão 2.471/2008-TCU-Plenário e itens 9.4.12 e 9.4.14 do Acórdão 669/2008-TCU-Plenário).

2.29. Tendo em vista a abertura de processo apartado de representação para tratar dos indícios de irregularidades encontrados neste acompanhamento, não cabe proposta de encaminhamento específica para os órgãos.

2.30. Entretanto, com o intuito de diminuir ocorrências semelhantes em outros órgãos e entidades entende-se oportuno recomendar à Secretaria de Logística e Tecnologia de Informação que reforce entre os órgãos da APF os entendimentos a respeito do pagamento por resultados contidos na IN – SLTI/MP 4/2010 e nos itens 9.4.12 e 9.4.14 do Acórdão 669/2008-TCU-Plenário e no item 9.1.4 do Acórdão 2.471/2008-TCU-Plenário.

Proposta de encaminhamento

2.31. Recomendar à Secretaria de Logística e Tecnologia de Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, com base no art. 250, inciso III, do Regimento Interno, que:

i. reforce a divulgação entre os órgãos e entidades da APF sob sua jurisdição dos entendimentos contidos na IN SLTI/MP 4/2010 que determina que o pagamento por serviços TI será efetuado em função dos resultados obtidos e dos itens 9.4.12 e 9.4.14 do Acórdão 669/2008-TCU-Plenário e item 9.1.4 do Acórdão 2.471/2008-TCU-Plenário, que estabelecem que as contratações de serviços de TI devem ter a remuneração vinculada a resultados ou ao atendimento de níveis de serviço (itens 2.27 a 2.30).

(Acórdão nº 1.515/2011– Plenário – rel. Raimundo Carreiro)

Com efeito, a contratação por postos de trabalho alocados não se afigurará desarrazoada se a prestação do serviço, por sua natureza, não puder ser avaliada por determinada unidade quantitativa de serviço prestado ou por nível de serviço alcançado. Ressalte-se, todavia, que a permissão por contratação por postos de trabalho é somente em caráter excepcional, tal como prevê o § 3º do art. 15 da IN 04/2010:

§ 3º É vedado contratar por postos de trabalho alocados, salvo os casos justificados mediante a comprovação obrigatória de resultados compatíveis com o posto previamente definido.

Ocorre que, no presente caso, não se vislumbra essa a hipótese de excepcionalidade.

Apesar de o FNDE apresentar uma pretensa justificativa para adotar a quantificação por postos de trabalho, tal não se configura apta a enquadrar na excepcionalidade prevista no § 3º do art. 15 da IN 04/2010, na medida em que os serviços pretendidos pela Administração podem ser parametrizados segundo métricas e indicadores, de modo a definir precisamente o esforço requerido e o resultado a ser alcançado, tanto do ponto de vista quantitativo, como do qualitativo. Tanto é assim que o próprio FNDE ressalva que a

remuneração não será baseada exclusivamente nos postos de trabalho, mas estará vinculada também aos resultados alcançados e ao atingimento de níveis mínimos de serviços.

II.9.1.3. Uma OS conterá, ainda, os seguintes elementos estabelecidos no art. 15º da IN/SLTI nº 02/2008 a seguir transcritos:

VI - o modelo de ordem de serviço, sempre que houver a previsão de que as demandas CONTRATADAS ocorrerão durante a execução contratual, e que deverá conter os seguintes campos:

a) a definição e especificação dos serviços a serem realizados;

b) o volume de serviços solicitados e realizados, segundo as métricas definidas;

c) os resultados ou produtos solicitados e realizados;

d) prévia estimativa da quantidade de horas demandadas na realização da atividade designada, com a respectiva metodologia utilizada para a sua quantificação, nos casos em que a única opção viável for à remuneração de serviços por horas trabalhadas;

e) o cronograma de realização dos serviços, incluídas todas as tarefas significativas e seus respectivos prazos;

f) custos da prestação do serviço, com a respectiva metodologia utilizada para a quantificação desse valor;

g) a avaliação da qualidade dos serviços realizados e as justificativas do avaliador; e

h) a identificação dos responsáveis pela solicitação, pela avaliação da qualidade e pela ateste dos serviços realizados, os quais não podem ter nenhum vínculo com a empresa CONTRATADA.

Ora, se será possível aferir os resultados e os níveis mínimos de serviços para efeito de remuneração do futuro contratado, não há nada que impeça efetivamente que a potencial contratação se concretize pelo mesmo método.

O que se observa, no entanto, é que o FNDE uma remuneração híbrida, visto que elenca como forma para mensuração do pagamento duas unidades de medida, qual sejam, postos de trabalho e nível de serviços. Tal prática igualmente não encontra amparo na IN 02/2008:

Art. 11. A contratação de serviços continuados deverá **adotar unidade de medida que permita a mensuração dos resultados para o pagamento da contratada, e que elimine a possibilidade de remunerar as empresas com base na quantidade de horas de serviço ou por postos de trabalho.**

§ 1º **Excepcionalmente** poderá ser adotado critério de remuneração da contratada por **postos de trabalho ou quantidade de horas de serviço quando houver inviabilidade da adoção do critério de aferição dos resultados.**

§ 2º Quando da adoção da unidade de medida por postos de trabalho ou horas de serviço, admite-se a flexibilização da execução da

atividade ao longo do horário de expediente, vedando-se a realização de horas extras ou pagamento de adicionais não previstos nem estimados originariamente no instrumento convocatório.

§ 3º **Os critérios de aferição de resultados deverão ser preferencialmente dispostos na forma de Acordos de Nível de Serviços**¹, conforme dispõe esta Instrução Normativa e que deverá ser adaptado às metodologias de construção de ANS disponíveis em modelos técnicos especializados de contratação de serviços, quando houver.”(grifo nosso)

Mais uma vez, o que extrai-se da inteligência deste artigo é que **preferencialmente** a contratação deverá utilizar unidade de medida que permita a mensuração dos resultados para o pagamento da contratada. E em caráter de **excepcionalidade**, desde que devidamente fundamentado, permite a utilização de postos de trabalho ou quantidade de horas de serviço para mensurar o trabalho executado.

Ora, o edital em análise elenca como forma para mensuração do pagamento duas unidades de medida, qual sejam, postos de trabalho e nível de serviços. Este fato, como demonstrado acima, está em incongruência com a IN nº 02 que é muitíssima clara, **existe apenas possibilidade de adotar-se uma única unidade de medida** e não 2, como pretende o FNDE.

Assim, o edital carece de reparos, razão pela qual se faz necessária sua republicação, de modo que preveja a contratação por metodologia diversa da alocação por postos de trabalho.

V. DA AUSÊNCIA DE QUANTITATIVOS MÍNIMOS A SEREM CONTRATADOS

Como já bem expresso no objeto do instrumento convocatório, pretende o FNDE a contratação de “contratação de Serviços Técnicos Especializados de Tecnologia da Informação para realização de tarefas de Suporte ao

¹ ACORDO DE NÍVEL DE SERVIÇO - ANS, para os fins desta Instrução Normativa, é um ajuste escrito, anexo ao contrato, entre o provedor de serviços e o órgão contratante, que define, em bases compreensíveis, tangíveis objetivamente observáveis e comprováveis, os níveis esperados de qualidade da prestação do serviço e respectivas adequações de pagamento.

Gerenciamento e Operação de Serviços de TI (...)", porém, "sem garantia de consumo mínimo".

Tal disposição, **não deve prevalecer** seja porque é abusiva, seja porque não possui nenhuma lógica.

Por primeiro, logicamente, se a Administração Pública não possui uma demanda que possa ser minimamente quantificada de um determinado serviço, não há razão nenhuma para contratar, ainda mais, quando estes serviços são de natureza contínua e exclusiva, tal como é o objeto deste certame. Não há razão para realizar a licitação se não existe uma demanda mínima.

Além disso, e mais grave, se não existe uma estimativa mínima de consumo, também não há parâmetro legal aceitável para a exigência de experiência anterior que é comprovada através de atestados de capacidade técnica.

É entendimento pacífico do TCU que os quantitativos necessários para fins de verificação da capacidade técnica da licitante devem existir porém que que sejam superiores a 50% do quantitativo previsto no edital. Vejamos:

Por ocasião da avaliação da qualificação técnico-operacional das empresas licitantes, em licitações envolvendo recursos federais: não estabeleça, em relação à fixação dos quantitativos mínimos já executados, percentuais mínimos acima de 50% dos quantitativos dos itens de maior relevância da obra ou serviço, salvo em casos excepcionais, cujas justificativas para tal extrapolação deverão estar tecnicamente explicitadas, ou no processo licitatório, previamente ao lançamento do respectivo edital, ou no próprio edital e seus anexos, em observância ao inciso XX I do art. 37 da Constituição Federal; inciso I do § 1o do art. 3o e inciso II do art. 30 da Lei 8.666/1993; • não inclua item sem relevância ou sem valor significativo entre aqueles que serão utilizados para a comprovação de execução anterior de quantitativos mínimos, em obediência ao inciso XX I do art. 37 da Constituição Federal e inciso I do § 1o do art. 3o da Lei 8.666/1993; bem assim, por analogia, ao § 1o, inciso I, do art. 30 da referida lei, que limita a comprovação da qualificação técnico-profissional as parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação, conforme decidido na Decisão 574/2002 Plenário.

Acórdão 1284/2003 Plenário

9.2. dar ciência à Anvisa sobre as seguintes impropriedades:

9.2.1. o estabelecimento de percentuais mínimos acima de 50% dos quantitativos dos itens de maior relevância da obra ou serviço, salvo em casos excepcionais, cujas justificativas para tal extrapolação deverão guardar proporção com a dimensão e a complexidade do objeto a ser executado, além de estar tecnicamente explicitadas, ou

no processo licitatório, previamente ao lançamento do respectivo edital, ou no próprio edital e seus anexos, representa afronta ao art. 37, inciso XXI, da CF/88, aos art. 3º, § 1º, inciso I, e 30, inciso II, da Lei 8.666/93, e ao Enunciado 263 da Súmula de Jurisprudência do TCU; (...)

ACÓRDÃO Nº 6463/2011 - TCU - 1ª CÂMARA

Ora, se não há quantitativo mínimo, ou demanda de consumo mínima, além de não existir nenhuma razão lógica pra se contratar, também não há meios de se dimensionar a necessária experiência mínima da empresa que deverá prestar os serviços com qualidade aceitável pela Administração Pública. Matematicamente 50% de um consumo (ou demanda) mínimo inexistente, também é inexistente, assim não haveria razão para a cobrança de atestados certificando que a empresa licitante já teria prestado serviços anteriores com a utilização de perfis profissionais similares (ou postos de trabalho) em um quantitativo mínimo de 32 dois profissionais.

5. DA INDEVIDA RESTRIÇÃO NO QUE SE REFERE À QUALIFICAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA

A qualificação econômico-financeira é a maneira pela qual a Administração Pública atesta a capacidade da licitante em suportar os ônus da prestação licitada em contratos cujo pagamento somente será efetuado após a entrega de seu objeto, ou parcela deste.

Há no artigo 31 da Lei nº 8.666 um rol exaustivo de diversas formas para comprovação da boa situação financeira das empresas e de sua plena condição para executar o objeto licitado.

Evidente que o objetivo do legislador, possibilitando inúmeras formalidades para a comprovação deste requisito habilitatório muito quis exaltar o princípio da ampla concorrência, trazer à participação dos certames o maior número de licitantes possível, visando, logicamente, a obtenção de propostas vantajosas.

Com efeito, o objetivo da Administração é pactuar com segurança, com maior certeza de que o avençado será cumprido. Nesse sentido, Lucas Rocha

Furtado^[1] diz “mister é admitir que o art. 31 não visa somente a proteger o licitante contra exigências descabidas mas, principalmente, resguardar o Poder Público dos riscos de contratar com empresas que não possuam capacidade de honrar suas obrigações”.

De outro lado, já ensinou-nos Marçal Justen Filho^[2] que “a qualificação econômico financeira não é um conceito absoluto. Depende do vulto dos investimentos e despesas necessários para a execução da prestação e será apurada em função das necessidades concretas, de cada caso.” Em palavras simples, a empresa necessita comprovar que possui condições de cumprir com a obrigação que está sendo licitada.

Daí que não se pode admitir interpretação errônea da lei ou sua utilização para fins que não lhe são próprios, como o de limitar o número de concorrentes, limitar as formas de a licitante comprovar sua idoneidade financeira ou ainda, frustrar a obtenção de melhores propostas.

Pertinente é realçar que todos os atos e procedimentos praticados pela administração pública devem obediência ao princípio da razoabilidade (art. 5º, incisos II e LXIX, 37 e 84). Celso Antonio Bandeira de Mello^[3] bem observa o porquê de sua necessidade:

“Certamente cabe advertir que, embora a discricionariedade exista para que o administrador adote a providência ótima para o caso, inúmeras vezes, se não na maioria delas, nem ele nem terceiro poderiam desvendar com certeza inobjetable qual seria providencia ideal”

Situação semelhante à descrita pelo mestre afigura neste edital, mais especificamente quanto à estipulação dos documentos relativos à qualificação econômico-financeira - item 4.3 do instrumento convocatório.

Exercendo a discricionariedade sem a devida motivação, esta Administração elegeu cumulativamente três índices sendo dois deles que não

^[1] Rocha Furtado, Lucas. Curso de licitações e contratos administrativos. Belo Horizonte: Fórum, 2007. Pág. 239.

^[2] Justen Filho, Marçal. Curso de direito administrativo. – 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010. Pág. 454.

^[3] Bandeira de Mello, Celso Antonio. Curso de direito administrativo. 27. Ed. São Paulo: Malheiros. 2010. Pág. 109.

são usualmente utilizados, quais sejam: (item 4.3.2) comprovação de patrimônio líquido igual ou superior a 10% **do valor final após a fase de lances**; e, (item 4.3.3) comprovação de patrimônio líquido superior a 1/12 do valor total dos contratos firmados com a Administração Pública e a iniciativa privada.

Ocorre que a orientação do TCU é no sentido de quando os índices do balanço patrimonial não forem maiores que 1,0 aí que se deve comprovar capital mínimo ou patrimônio líquido mínimo igual ou superior a 10% ou o cumprimento de outro índice. O entendimento é do TCU é que a comprovação do índice e a comprovação do patrimônio líquido são alternativas entre si, e não cumulativas, como pretende o FNDE.

Vejamos:

21. Ao conferir as regras editalícias para a habilitação econômico-financeira, notei que, na verdade, **o capital ou o patrimônio líquido mínimo só é requerido de uma forma suplementar, no caso de a empresa licitante não dispor de índices contábeis satisfatórios**. Diz o subitem 6.2.4.c do edital (fl. 22): “a proponente que em qualquer dos índices referidos no seu balanço patrimonial obtenha resultado igual ou inferior a 1 (um), conforme apurado no item 6.3, deverá comprovar que possui capital mínimo ou patrimônio líquido mínimo igual ou superior a 10% do valor estimado da contratação”.

22. São a Liquidez Geral (LG) e a Liquidez Corrente (LC) os índices utilizados pelo subitem 6.3 do edital (fl. 22) para a comprovação da boa situação financeira da proponente. Quanto maiores esses índices, melhor. Um índice de LG menor do que 1 demonstra que a empresa não tem recursos suficientes para pagar as suas dívidas, devendo gerá-los. Já um índice de LC menor do que 1 exprime que a empresa não possui folga financeira a curto prazo. Se os dois índices forem maiores do que 1, a empresa estará financeiramente saudável. (...)Nesse sentido, qualquer empresa de pequeno ou grande porte poderia participar da concorrência, independentemente de capital ou de patrimônio líquido mínimo, desde que tivesse os seus índices contábeis nos valores normalmente adotados para comprovar uma boa situação financeira.

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão do Plenário, diante das razões expostas pelo Relator, e com fundamento no art. 237 do Regimento Interno, em:

9.1 - conhecer da representação do Seprorj para no mérito considerá-la parcialmente procedente;

9.2 - conhecer da representação da empresa Sofhar para no mérito considerá-la improcedente;

9.3 - determinar à ANS que, em suas licitações, observe o seguinte:

9.3.1 - fundamente com precisão os seus atos, sobretudo aqueles que causem algum gravame a licitante, como a inabilitação;

(TCU, Acórdão 247/2003 – Plenário)

Em representação ao TCU referente à licitação que envolvia a classificação desta Signatária, o Plenário do TCU determinou o seguinte acerca da qualificação econômico-financeira:

138. Conforme mencionado no item 59 desta instrução, o pregoeiro não explicitou as razões pelas quais deu provimento ao recurso da empresa Sigma para inabilitar a CTIS Tecnologia S.A.. Limitou-se a afirmar que "a recorrida não atendeu efetivamente ao exigido nos termos do edital" (peça 15, p. 29).

139. Do recurso da empresa Sigma (peça 32) e contrarrazões da empresa CTIS Tecnologia S.A. (peça 33), depreende-se que o motivo determinante para a inabilitação desta foi o fato de apresentar, na ocasião, o índice contábil "liquidez geral" igual a 0,84, enquanto o edital exigia que fosse superior a um.

140. A empresa CTIS alegou, em contrarrazões, que seu balanço patrimonial comprovava patrimônio líquido de R\$ 59.677.000,00, valor expressivamente superior ao estimado para a contratação (R\$ 7.881.021,13). Isso demonstraria cabalmente sua capacidade financeira para executar o objeto da licitação.

141. Acrescentou que próprio TCU admitiria a comprovação de patrimônio líquido mínimo igual a 10% do valor da contratação como forma alternativa em relação aos índices contábeis para demonstração da capacidade econômico-financeira.

VII.1 Análise

143. Ocorre que, nas licitações realizadas por órgãos federais, é praxe permitir que as licitantes demonstrem sua capacidade econômico-financeira mediante comprovação de capital ou patrimônio líquido mínimo igual a 10% do valor estimado para a contratação, quando os índices contábeis apresentados forem iguais ou inferiores a um.

144. Como apontado pela CTIS, o próprio TCU adota esse critério em suas licitações. Tome-se, como exemplo, o disposto no edital do Pregão Eletrônico 96/2010 (peça 34):

31. Os licitantes deverão apresentar a seguinte documentação complementar:

31.1 comprovação de patrimônio líquido não inferior a 10% (dez por cento) do valor estimado da contratação, quando qualquer dos índices Liquidez Geral, Liquidez Corrente e Solvência Geral, informados pelo Sicaf, for igual ou inferior a 1;

145. Na realidade, essa prática decorria do item 7.2 da Instrução Normativa-Mare 5/1995, o qual estabelecia:

7.2. As empresas que apresentarem resultado igual ou menor do que 1 (um) em qualquer dos índices referidos no inciso V (liquidez geral, solvência geral e liquidez corrente), quando de suas habilitações deverão comprovar, considerados os riscos para administração e, a critério da autoridade competente, o capital mínimo ou patrimônio líquido mínimo, na forma dos §§ 2º e 3º, do artigo 31, da Lei 8.666/93, como exigência imprescindível para sua classificação podendo, ainda, ser solicitada prestação de garantia na forma do § 1, do artigo 56, do mesmo diploma legal, para fins de contratação.

146. No entanto, o edital do Pregão 28/2010 do Ministério do Esporte, em desacordo com a citada IN, estabeleceu que, além dos mencionados índices contábeis superiores a um, a licitante deveria comprovar patrimônio líquido superior a 10% (item 5.2, alíneas k1 e k2) do valor estimado para a contratação.

147. A IN-Mare 5/1995 foi revogada pela IN-SLTI/MPOG 02/2010, que entrou em vigor em 18 de janeiro de 2011. Em seu artigo 44, o novo normativo reproduziu as disposições referentes à qualificação econômico-financeira do anterior.

art. 44. O instrumento convocatório deverá prever, também, que as empresas que apresentarem resultado igual ou menor que 1 (um), em qualquer dos índices referidos no inciso V do art. 43 desta norma, quando da habilitação, deverão comprovar, considerados os riscos para a Administração, e, a critério da autoridade competente, o capital mínimo ou o patrimônio líquido mínimo, na forma dos §§ 2º e 3º, do art. 31 da Lei 8.666, de 1993, como exigência para sua habilitação, podendo, ainda, ser solicitada prestação de garantia na forma do § 1º do art. 56 do referido diploma legal, para fins de contratação.

148. Independentemente da obrigatoriedade de observância à referida instrução normativa, as regras nela contidas mostram-se razoáveis e alinhadas à finalidade da Lei de Licitações. **A possibilidade de a licitante, cujos índices contábeis sejam inferiores a um, comprovar sua capacidade econômico-financeira mediante demonstração de capital ou patrimônio líquido mínimo, ou, ainda, oferta de garantia, reflete adequada ponderação entre a busca pela proposta mais vantajosa e as precauções para seleção de licitante que tenha capacidade de executar o contrato.**

149. No caso concreto ora analisado, o fato de a licitante ter apresentado índice "liquidez geral" no valor de 0,84 não conduziria, por si só, à conclusão de que não seria capaz de honrar os compromissos relacionados à execução do contrato, mormente considerando-se que o referido índice é afetado por obrigações exigíveis a longo prazo. A par disso, a demonstração de patrimônio líquido substancialmente superior ao valor estimado para a contratação assegurava capacidade de ressarcimento de eventuais prejuízos causados à Administração. Portanto, as regras do edital que ensejaram sua inabilitação restringiram desnecessariamente a competitividade, violando o art. 3º, § 1º, inciso I, da Lei 8.666/93.

150. Assim, embora essa ocorrência não tenha sido objeto de oitiva, propõe-se alertar à Spoa/ME que a **exigência de valores mínimos de índices contábeis para fins comprovação da capacidade econômico-financeira, sem que se permita às licitantes, cujos índices não atingiram tais patamares, demonstrarem sua capacidade mediante apresentação de capital social OU patrimônio líquido mínimo, OU ofertarem garantias, caracteriza descumprimento do art. 44 da IN-SLTI/MPOG 02/2010 e restringe desnecessariamente a competitividade, violando o 3º, § 1º, inciso I, da Lei 8.666/93.**

(...)

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

158. Ante o exposto, submete-se o presente processo à consideração superior, propondo a adoção das seguintes medidas:

(...)

III. alertar a Spoa/ME que as seguintes irregularidades foram verificadas no Pregão 28/2010 e que sua repetição em futuros certames da unidade poderá ensejar a apenação dos responsáveis com a multa prevista no art. 58, incisos II, III e § 1º da Lei 8.443/1992:

(...)

III.7 exigência de valores mínimos de índices contábeis para fins de comprovação da capacidade econômico-financeira, sem que se permitisse às licitantes, cujos índices não atingiram tais patamares, demonstrarem sua capacidade mediante comprovação de capital social ou patrimônio líquido mínimo, ou ofertarem garantias, o que caracterizou descumprimento do item 7.2 da então vigente IN-Mare 5/1995, dispositivo reproduzido no art. 44 da IN-SLTI/MPOG 02/2010, atualmente em vigor, e restringiu indevidamente a competitividade, violando o 3º, § 1º, inciso I, da Lei 8.666/93.

(...)

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão de Plenário, ante as razões expostas pelo Relator, em:

(...)

9.3.7. a exigência de valores mínimos de índices contábeis para fins comprovação da capacidade econômico-financeira, sem que se permita às licitantes, cujos índices não atingiram tais patamares, demonstrarem sua capacidade mediante apresentação de capital social ou patrimônio líquido mínimo, ou ofertarem garantias, caracteriza descumprimento do art. 44 da IN-SLTI/MPOG 02/2010 e restringe desnecessariamente a competitividade, violando o 3º, § 1º, inciso I, da Lei 8.666/93 (TCU, Acórdão 1.188/2011, Plenário)

Assim, a exigência de comprovação de índice de Liquidez Geral, Liquidez Corrente e Solvência Geral maior que 1,0 cumulada à exigência de comprovação de patrimônio líquido mínimo igual ou maior que 10% do valor da

proposta, ou qualquer outro índice exigido cumulativamente, restringe a competitividade e contraria a razoabilidade, a orientação do TCU e a Lei de Licitações.

Sobre a competitividade da licitação, as Cortes Superiores são claras:

Administrativo. Mandado de Segurança. Disposições Editalícias. Balanço de Abertura. Exigência Ilegal. Lei nº 8.666/93 (art. 21, § 4º).

1. **O interesse público reclama o maior número possível de concorrentes**, configurando ilegalidade a exigência desfilhada da lei básica de regência e com interpretação de cláusulas editalícias impondo condição excessiva para a habilitação. (...) 3. Precedentes jurisprudenciais iterativos. 4. Segurança concedida.

(MS 5693/DF, 1ª Seção, Rel. Min. MILTON LUIZ PEREIRA, julg. 10.4.2000, publ. DJU 22.5.2000, p. 62);

Ação Direta de Inconstitucionalidade. Licitação. Análise da proposta mais vantajosa. Discriminação Arbitrária. Isonomia. Princípio da Isonomia. Afronta ao Disposto nos artigos 5º, caput; 19, inciso III, inciso XXI e 175 da Constituição do Brasil. A licitação é um procedimento que visa a à satisfação d interesse público, pautando-se pelo princípio da isonomia. Está voltada a um duplo objetivo: o de proporcionar à Administração a possibilidade de realizar o negócio mais vantajoso – o melhor negócio – e o de assegurar aos administrados a oportunidade de concorrerem, em igualdade de condições, à contratação pretendida pela Administração. Imposição do interesse público, seu pressuposto é a competição. Procedimento que visa à satisfação do interesse público, pautando-se pelo princípio da isonomia, a função da licitação é viabilizar, através da mais ampla disputa, envolvendo o maior número possível de agentes econômicos capacitados, a satisfação do interesse público. A competição visada pela licitação, a instrumentar a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração, impõe-se seja desenrolada de modo que reste assegurada a igualdade (isonomia) de todos quanto pretendem acesso às contratações da Administração.

A Lei, pode sem violação do princípio da igualdade, distinguir situações, a fim de conferir a uma tratamento diverso do que atribui a outra. Para que se possa fazê-lo, contudo, sem que tal violação se manifeste, é necessário que a discriminação guarde compatibilidade com o conteúdo do princípio.

A Constituição do Brasil exclui quaisquer exigências de qualificação técnica e econômica que não sejam indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

(ADI nº 3.070/RN, Plenário, relator Min. Eros Grau, j. em 29/11/2007, DJ 19/12/2007)

Assim, requer-se seja excluída a comprovação cumulativa do item 4.3.3, uma vez que não é um índice usualmente aceito e que não foi esclarecido o documento hábil para a sua comprovação tal como disposto na resposta ao esclarecimento realizado pro esta Signatária:

Pergunta: Qual seria o documento hábil para a comprovação do item 4.3.3? E, caso seja necessário produzir o documento (através de contadores), como deve ser realizada a sua confecção?

Resposta: **O licitante vencedor deverá apresentar um documento relacionando todos os contratos vigentes e seus respectivos valores totais.**

Ora, por óbvio que esta reposta não só impede o julgamento objetivo (dando margem para qualquer documento ser aceito ou desclassificado discricionariamente), mas também fere o princípio da legalidade, exigindo documentos não previstos em lei. Está a jurisprudência pacífica do TCU.

Desta forma, requer-se seja incluída no instrumento convocatório a possibilidade de habilitação econômico-financeira para a empresa licitante que apresentar resultado igual ou menor que 1 (um), em qualquer dos índices, devendo, para tanto, comprovar que possui capital social registrado ou patrimônio líquido mínimo igual a 10% (dez por cento) do valor da proposta, de acordo com os parágrafos 2º e 3º, do artigo 31, da Lei nº 8.666/93.

IV. DA NECESSIDADE DE REPUBLICAÇÃO DO EDITAL E REABERTURA DOS PRAZOS (ART. 21, § 4º, DA LEI 8666/93)

A Signatária aponta que as alterações ora pleiteadas modificam a substância do ato convocatório e, inclusive, as condições de formulação das propostas. Não haverá outra solução, data venia, senão a republicação do edital e a reabertura do prazo para a elaboração de propostas.

JESSÉ TORRES PEREIRA JÚNIOR, a este respeito, bem ensina:

“As regras do edital não são imutáveis; sobrevindo motivo de interesse público, deve e pode a Administração modificá-las, na medida em que bastar para atender ao interesse público, desde, é

curial, que o faça antes de iniciada a competição. **Nessas circunstâncias, a lei exige a reabertura do prazo por inteiro, a contar da divulgação da mudança introduzida, pelo mesmo modo em que se deu a de versão original do ato convocatório alterado**². (grifei)

Então, trata-se da única forma de se preservar o caráter competitivo do presente pregão, possibilitando a outros licitantes a formulação de suas respectivas propostas para participar do certame.

Assim, pede-se que este Órgão republique o edital em questão, nos termos do disposto no artigo 21, § 4º, da Lei de Licitações e Contratos Administrativos.

V. DO PEDIDO

Face ao exposto a Signatária requer, respeitosamente, que seja a presente impugnação recebida e conhecida pela Administração, sendo atribuído o efeito suspensivo, conforme o §2º do Art. 109 da Lei de Licitações, para que as ilegalidades sejam afastadas antes do prosseguimento do certame.

Diante da fundamentação aqui apresentada e dos elementos legais, doutrinários e jurisprudenciais colecionados no presente instrumento, cumpre à Impugnante concluir afirmando que o presente Edital de Pregão Eletrônico nº 11/2013 contraria as normas instituídas, pois exige que documentos de qualificação técnica **sem nenhum amparo legal**, o que restringe injustificadamente a participação no certame.

Pelo exposto nesta impugnação requer:

- a) A readequação do edital para excluir a contratação por postos de trabalho, uma vez que esta metodologia não atende os ditames da IN 04/2010;
- b) A exclusão da necessidade de apresentação documentos que comprovem a requerida possui patrimônio líquido superior a 1/12 (um

² PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. **Comentários à Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 257-258.

doze avos) do valor dos contratos firmados com a Administração Pública e a iniciativa privada (item 4.3.3 Edital);

c) A inclusão do quantitativo mínimo a ser consumido no contrato;

Posteriormente, pugna-se pela republicação do Edital, com a reabertura dos respectivos prazos, em obediência ao art. 21, § 4º da Lei 8.666/93 (*Qualquer modificação no edital exige divulgação pela mesma forma que se deu o texto original, reabrindo-se o prazo inicialmente estabelecido, exceto quando, inquestionavelmente, a alteração não afetar a formulação das propostas*).

Por fim, em caso de indeferimento ou de ausência de resposta à presente impugnação no prazo previsto no art. 18, § 1º do Decreto 5.450/2005, a Signatária requererá as providências cabíveis ao Tribunal de Contas da União, conforme lhe autoriza o §1º do art. 113 da Lei nº. 8.666/1993.

Nestes Termos,

Pede deferimento.

Curitiba, 15 de março de 2013.

SIGMA DATASERV INFORMÁTICA S/A



Dante Barleta Neto

OAB/PR nº. 60.500