



ABREU MACHADO – APOIO ADMINISTRATIVO E ASSESSORIA

ILUSTRÍSSIMO SENHOR DOUTOR CONSELHEIRO CORREGEDOR DO
TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS

**URGENTE: LICITAÇÃO MARCADA PARA
O DIA 30/04/2020, COM FLAGRANTES NULIDADES**

A empresa **Abreu Machado – Apoio Administrativo e Assessoria**, inscrita no CNPJ nº **26.950.936/0001-77** e Inscrição Estadual nº **002900491.00-00**, sediada na Rua Pouso Alegre, nº260, São Geraldo, Município de Martins Soares-MG CEP.:36972-000, vem, por seu representante legal, apresentar **REPRESENTAÇÃO** com base no art. 113, §1º, da Lei nº 8.666/93, Lei Orgânica e Regimento Interno desta Corte de Contas, contra o edital em epígrafe da Companhia de Gás de Minas Gerais-MG (GASMIG) Pregão Eletrônico nº GPR 0003-20.

Esta Empresa após conhecimento do Edital DE Pregão Eletrônico, cujo Objeto é **contratação de serviços de hospedagem em Data Center externo, conforme informações constantes no Termo de Referência - Anexo 01.**”, com base nos princípios do processo licitatório apresenta a presente Representação contra o referido Edital.

I- DOS FATOS E FUNDAMENTOS

A empresa impugnante obteve o edital através do sítio eletrônico oficial desta prefeitura, onde após análise do edital, mais especificamente do Termo de Referência, foi constatado vícios graves e insanáveis do processo, os quais põe em risco a probidade do certame além de violar diversos princípios inerentes a administração pública e ao processo licitatório, impedindo a participação de mais de uma empresa, onde após breve síntese será demonstrado os indícios de direcionamento.



ABREU MACHADO – APOIO ADMINISTRATIVO E ASSESSORIA

1) DOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NA LICITAÇÃO

O Direito Administrativo é um ramo particularmente repleto de princípios, pois a proteção dos interesses da coletividade deve estar sempre norteando as atitudes da administração, em geral, e do administrador, em particular.

Segundo o dicionário, princípio é o “momento em que alguma coisa tem origem; causa primária; teoria; preceito”. (Hidelbrando de Lima, 1971)

A Constituição Brasileira consagrou alguns princípios norteadores da administração pública quando, em seu art. 37, caput, assim dispõe:

“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:”

Além disso, o art. 3º da Lei 8.666/93, que regula as licitações e contratos administrativos, traz uma gama de princípios a serem seguidos pela Administração na consecução da probidade administrativa, sendo considerado o dispositivo de maior destaque na Lei. *Ipsi Literis*:

“Art. 3º. A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração 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 lhe são correlatos.”

Para Maria Sílvia Zannella Di Pietro o processo licitatório se origina do princípio da indisponibilidade do interesse público:

“A própria licitação constitui um princípio a que se vincula a Administração Pública. Ela é decorrência do princípio da indisponibilidade do interesse público e que se constitui em uma restrição à liberdade administrativa na escolha do contratante; a Administração terá que escolher aquele cuja proposta melhor atenda ao interesse público.” (Di Pietro, 1999, p.294)

Abaixo será demonstrado alguns princípios que estão sendo violados neste processo licitatório.



ABREU MACHADO – APOIO ADMINISTRATIVO E ASSESSORIA

1.1 Princípio da Supremacia e Indisponibilidade do Interesse Público:

Embora não esteja expressamente disposto na Lei de Licitações, o princípio da supremacia do interesse público sobre os interesses particulares está implícito nas próprias regras do Direito Administrativo e configura-se, nos dizeres de Hely Lopes Meirelles, “como um dos princípios de observância obrigatória pela Administração Pública...” (Hely Lopes, 1997, p.95). Ao deixar de tutelar apenas os direitos individuais e passar a se preocupar com interesses da sociedade, a Administração deve sempre ser norteadada por aquele princípio.

Intimamente ligado ao princípio da supremacia encontra-se o da indisponibilidade do interesse público. Ao administrador é dada a tarefa de zelar pelos interesses da coletividade. Assim, esse gerenciador não pode dispor daqueles interesses em detrimento da proteção aos particulares.

Nos ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello:

“indisponibilidade dos interesses públicos significa que sendo interesses qualificados como próprios da coletividade – internos ao setor público – não se encontram à disposição de quem quer que seja, no sentido de que lhe incumbe apenas curá-los – o que é também um dever – na estrita conformidade do que predispuer a intentio legis.” (Celso Antônio, 1992, p.23)

1.2. Princípio da Legalidade

À Administração só é dado o direito de agir de acordo com o determinado pela lei. Este é o principal corolário do princípio da legalidade e “constitui um das principais garantias de respeito aos direitos individuais” (Di Pietro, 1999, p.67)

Dessa forma, por mais simples que seja o ato que venha praticar a Administração, este deve estar baseado e protegido por uma norma (lato sensu), caso contrário não terá eficácia.

1.3. Princípio da Moralidade

Esse princípio, expressamente representado tanto na Constituição Federal quanto na lei no 8.666/93, é alvo de crítica por parte da doutrina. Segundo Maria Sílvia, alguns



ABREU MACHADO – APOIO ADMINISTRATIVO E ASSESSORIA

doutrinadores não o reconhecem, posto ser um “princípio vago e impreciso, ou que acaba por ser absorvido pelo próprio conceito de legalidade” (Di Pietro, 1999, p.77)

Data máxima vênua, o princípio da moralidade se constitui em importante norte para o Administrador Público, pois a administração não pode tomar postura que desabone a boa conduta de seus atos.

A boa-fé deve consubstanciar os atos praticados pelo Administrador. A sempre valiosa lição de Di Pietro é esclarecedora no sentido de que “o princípio deve ser observado não apenas pelo administrador, mas também pelo particular que se relaciona com a Administração Pública.” (Di Pietro, 1999, p.79)

1.4. Princípios da Impessoalidade e da Igualdade.

A impessoalidade dos atos administrativos é pressuposto da supremacia do interesse público. Quebrada a isonomia no tratamento com os particulares, o administrador deixa de observar o interesse da coletividade, bem maior e objeto principal do Direito Administrativo. Hely Lopes afirma que:

“o princípio da impessoalidade, referido na Constituição de 88 (art. 37, caput), nada mais é que o clássico princípio da finalidade, o qual impõe ao administrador público que só pratique o ato para o seu fim legal. E o fim legal é unicamente aquele que a norma de Direito indica expressa ou virtualmente como objetivo do ato, de forma impessoal.” (Hely Lopes, 1997, p.85)

Intimamente ligado ao princípio da impessoalidade encontra-se o da igualdade. Tal preceito, insculpido no preâmbulo da Carta Política de 1988, determina a competição entre os licitantes de forma igualitária. Sendo que à Administração Pública cabe tratar todos os administrados de forma a impedir favoritismos.

Considerando as licitações, esse princípio obriga à Administração tratar todos os licitantes de forma isonômica, preservando as diferenças existentes em cada um deles.



ABREU MACHADO – APOIO ADMINISTRATIVO E ASSESSORIA

1.5- Conclusão

De acordo com o art. 3º da Lei nº 8.666/93, são princípios expressos da licitação: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, igualdade, probidade administrativa, vinculação ao instrumento convocatório, julgamento objetivo.

Dentre eles, destaco o princípio da igualdade entre os licitantes, a Administração Pública deve conduzir a licitação de maneira impessoal, sem prejudicar ou privilegiar nenhum licitante. Desde que preencham os requisitos exigidos, todos os que tiverem interesse em participar da disputa devem ser tratados com isonomia.

Todos os dispositivos da lei de licitações ou regulamentação de um específico processo licitatório devem ser interpretados à luz do princípio da isonomia.

Assim é obrigação da administração pública não somente buscar a proposta mais vantajosa, mas também demonstrar que concedeu à todos os concorrentes aptos a mesma oportunidade.

A importância da licitação para a Administração Pública e, por conseguinte, para o Direito Administrativo, manifesta-se no art. 37, XXI, da Constituição da República:

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações;

Assim, o princípio da igualdade dos administrados perante a Administração Pública, ao ser aplicado à licitação pública, transmuda-se no princípio da igualdade de condições a todos os concorrentes, que adquire caráter de princípio constitucional mediante a sua inclusão no texto da Carta Magna, acima transcrito.



ABREU MACHADO – APOIO ADMINISTRATIVO E ASSESSORIA

O art. 37, inciso XXI, CF, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Já o artigo 44 e 45 da Lei de Licitações de forma expressa veda que a Comissão de Licitação e o Poder Público contrariem esses princípios:

Art. 44 - No julgamento das propostas, a Comissão levará em consideração os critérios objetivos definidos no edital ou convite, os quais não devem contrariar as normas e princípios estabelecidos por esta Lei.

§ 1º -É vedada a utilização de qualquer elemento, critério ou fator sigiloso, secreto, subjetivo ou reservado que possa ainda que indiretamente elidir o princípio da igualdade entre os licitantes.(...)

Art. 45 – O julgamento das propostas será objetivo, devendo a Comissão de Licitação ou o responsável pelo convite realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle jurisprudência.

Esta Lei veda também que os agentes públicos pratiquem atos tendentes a restringir ou frustrar o caráter competitivo do certame, consoante se depreende da leitura de seu art.

3º já citado nesta impugnação.

2) DA VEDAÇÃO DE PARTICIPAÇÃO EM CONSÓRCIO

Os consórcios são coligações despersonalizadas de empresas constituídas, pela via contratual, com vistas a executar determinado empreendimento em conjunto, conforme a disciplina jurídica dos arts. 278 e 279 da Lei 6.404/76. O instituto calca-se na autonomia recíproca dos que se associam para a persecução de um objetivo empresarial comum que, muito provavelmente, não seria alcançado somente com a capacidade individual de cada consorciado, seja por razões de ordem técnica, seja por motivos econômico-financeiros.

O Edital por sua vez, SEM QUALQUER JUSTIFICATIVA VEDA a participação de empresas em consórcio, caracterizando violação à competitividade do Certame em um objeto milionário.



ABREU MACHADO – APOIO ADMINISTRATIVO E ASSESSORIA

4.9. Estarão impedidas de participar de licitações e de ser contratada pela **GASMIG**, pessoas físicas ou jurídicas:

- a) em processo de falência, sob concurso de credores, em dissolução, em liquidação ou em qualquer outra forma de execução coletiva ou reestruturação geral de dívidas com seus credores;
- b) em recuperação judicial, salvo aquelas que se encontram em tal condição, mas que, para tanto, comprovem, mediante a apresentação de certidão judicial específica, o seu regular cumprimento;
- c) do mesmo grupo econômico (de direito ou de fato) e também as que possuam dualidade de cotista e/ou acionista, quer majoritários, quer minoritários, para um mesmo lote;
- d) estrangeiras que não estejam devidamente autorizadas para funcionar no País;
- e) **que esteja reunida em consórcio ainda que seja controladora, coligada ou subsidiária.**

Cabe ressaltar que o entendimento jurisprudencial é de que não sendo um objeto parcelado mas sim de sua execução global, deve ser permitida a participação sob a forma de consórcio, sob pena de ilegalidade por violação ao princípio da competitividade:

APELAÇÃO – MANDADO DE SEGURANÇA – IMPUGNAÇÃO A EDITAL DE LICITAÇÃO – MULTIPLICIDADE DE SERVIÇOS – HABILITAÇÃO SIMULTÂNEA – EXIGÊNCIA ILEGAL–

PREJUÍZO À CONCORRÊNCIA – LEI Nº 8.666/1993 – ARTS. 15, IV E 23, § 1º – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – DESCABIMENTO EM SEDE DE WRIT. [...], bem como prever no edital a possibilidade de participação de interessados constituídos sob a forma de consórcio, podendo, do contrário, restar caracterizada a ilegalidade da licitação, por violação ao princípio da competitividade. (TJMG – Apelação Cível

1.0024.06.098029-9/002, Relator(a): Des.(a) Cláudia Maia, 13ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 30/09/2010, publicação da súmula em 29/10/2010). (Grifo dos autores).

Como consta no Edital, os serviços são complexos, não sendo fracionado o objeto o que impede de empresas pequenas de participar, e essa restrição frustra o caráter competitivo do certame, impedindo que empresas possam participar em consórcio, sem qualquer justificativa constante no processo.



ABREU MACHADO – APOIO ADMINISTRATIVO E ASSESSORIA

Cabe também destacar que além de constar que é vedado o consórcio de empresas, na cláusula décima nona do contrato o consórcio é permitido:

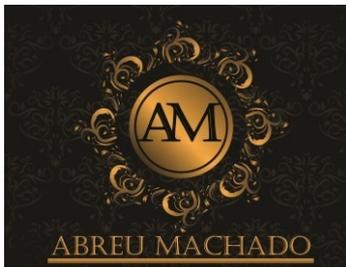
CLÁUSULA DÉCIMA NONA – DA COMUNICAÇÃO

1. Contato com a Imprensa e comunicação de crise:
 - a) A **GASMIG** poderá encaminhar à **CONTRATADA** demandas de imprensa que tenham sido encaminhadas diretamente à **GASMIG**;
 - b) A **CONTRATADA** deverá encaminhar à **GASMIG** todos os questionamentos e pedidos de informação oriundos de veículos de imprensa a respeito do objeto contratado;
 - c) A **GASMIG** deverá definir se a responsabilidade por responder questionamentos e pedidos de informação oriundos de veículos de imprensa é sua ou da **CONTRATADA**. Caso a **GASMIG** defina que a responsabilidade por responder algum questionamento é da **CONTRATADA**, esta terá a obrigação de fazê-lo;
 - d) Antes de enviar qualquer comunicado à imprensa, a **CONTRATADA** deverá encaminhar uma cópia deste à **GASMIG** para aprovação;
 - e) A **GASMIG** poderá solicitar, quando necessário, à **CONTRATADA** a designação de porta-voz (empregado da empresa) sobre o objeto contratado, que terá a responsabilidade de responder pessoalmente a entrevistas;
 - f) Caso a **CONTRATADA** seja composta por um consórcio, ela deve definir qual empresa será a responsável pelo atendimento a questionamentos e pedidos de informação oriundos de veículos de imprensa;

Sendo então obrigatória a reedição do certame para que seja permitido a participação de consórcios de empresas uma vez que o próprio contrato administrativo permitirá a composição de consórcio

3) DA ALTERAÇÃO DO CERTAME QUANTO A SUBCONTRATAÇÃO

Cabe destacar também que o Certame prevê no Termo de Referência a possibilidade de subcontratação no item 3.2.2, porém no Edital Publicado não constava no contrato administrativo tal permissão e qual o limite:



ABREU MACHADO – APOIO ADMINISTRATIVO E ASSESSORIA

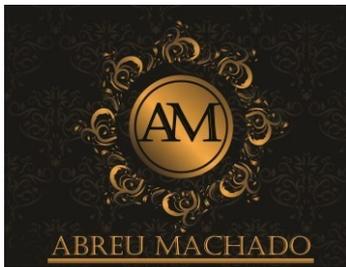
3.2.2 Conectividade do Data Center

A CONTRATADA deverá fornecer a infraestrutura de rede (network) para prover serviços de rede LAN (dedicada), acesso à internet (Banda IP) e rede WAN de longa distância necessária ao estabelecimento de conexões Ethernet entre o Data Center da CONTRATADA e a rede da GASMIG, contemplando todos os equipamentos de comunicação de dados necessários ao provimento do serviço. A CONTRATADA poderá **subcontratar** os links de longa distância necessários à conexão entre seu Data Center e a rede da GASMIG, mas continuará sendo responsável pelo nível de serviço contratado. As informações de rota incluindo o fornecimento do arquivo.kmz e o provedor, deverão ser disponibilizadas pela CONTRATADA à GASMIG.

Conectividade entre GASMIG e Data center (WAN)

A CONTRATADA deverá fornecer a infraestrutura de rede de longa distância necessária ao estabelecimento de conexões Ethernet entre o Data center e a rede da GASMIG, contemplando todos os equipamentos de comunicação de dados. A CONTRATADA poderá subcontratar toda a infraestrutura de comunicações especificada nesse subitem, mas continuará sendo responsável pelo nível de serviço contratado. A GASMIG terá o direito de aumentar ou reduzir as capacidades destes links, durante o contrato. Os valores referentes ao incremento e/ou redução das capacidades, deverão estar informados em uma Lista de Preço Unitária.

Sendo assim no dia 22 de Abril fora publicado o Adendo 01 que estabelece um limite de 49 (quarenta e nove) por cento de subcontratação no Contrato Administrativo, porém nas exigências e regras editalícias não contém essa limitação.



ABREU MACHADO – APOIO ADMINISTRATIVO E ASSESSORIA

CLÁUSULA VIGESIMA QUARTA – DA SUBCONTRATAÇÃO

Somente poderão ser subcontratados pela **CONTRATADA**, trabalhos determinados, específicos e especializados, previamente aprovados pela **GASMIG**, sem prejuízo das responsabilidades contratuais e legais da **CONTRATADA**.

Parágrafo Primeiro: Será permitido o limite de 49% (quarenta e nove por cento) do objeto contratual para fins de subcontratação.

Parágrafo Segundo: A **CONTRATADA** assume completa e total responsabilidade pela atuação e compromisso dos seus subcontratados, não havendo nenhum vínculo contratual ou legal entre estes e a **GASMIG**.

Parágrafo Terceiro: Eventuais custos por inadimplência de subcontratados não poderão ser repassados, a qualquer título, para o preço contratual.

Parágrafo Quarto: As empresas subcontratadas deverão atender, obrigatoriamente, todas as exigências constantes deste **CONTRATO** e seus anexos, bem como as exigências de qualificações impostas à **CONTRATADA**, quando da licitação.

Parágrafo Quinto: A **GASMIG** reserva-se ao direito de aprovar ou não a subcontratação de qualquer empresa escolhida pela **CONTRATADA**.

Parágrafo Sexto: É vedada a subcontratação de empresa ou consórcio que tenha participado do processo licitatório do qual se originou a contratação.

Parágrafo Sétimo: É vedada a subcontratação de empresa ou consórcio que tenha participado direta ou indiretamente da elaboração do projeto básico ou executivo a que se refere este **CONTRATO**.

Após então a publicação verifica-se que como fora alterado um item que altera a proposta - uma vez que a possibilidade de subcontratação no limite estabelecido pode alterar o preço proposto – não fora renovado o prazo da proposta, é regra legal a obrigatória republicação do edital com modificação da cláusula e reabertura do prazo de publicidade – no caso do pregão, 8 dias úteis (art. 4º, V, L. 10520/02), agendando nova data para realização do pregão, conforme art. 21, §4º, Lei nº 8.666/93, aplicável subsidiariamente ao pregão:

§ 4º 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.



ABREU MACHADO – APOIO ADMINISTRATIVO E ASSESSORIA

Isso significa que ANTES da publicação, é possível alterar o edital. APÓS a publicação, qualquer modificação que implique alteração das propostas ou documentação dos licitantes, exige nova publicação e reabertura de prazo.

Não poderia ser outra a interpretação do TCU, que determinou:

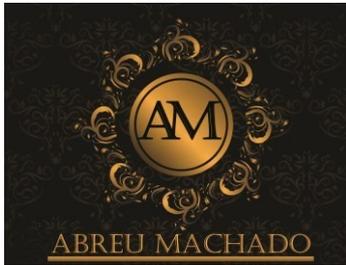
Qualquer modificação promovida no edital deve ser divulgada de igual forma à adotada quando da publicação do texto original.

Nesse caso, deve ser reaberto pela Administração o prazo inicial estabelecido, exceto quando comprovadamente a alteração não influenciar a elaboração das propostas e a preparação dos documentos de habilitação. (Tribunal de Contas da União, Licitações & Contratos – Orientações e Jurisprudências do TCU, 4ª ed., 2010, p.283)

Insta ressaltar que, publicado o aviso de edital, qualquer alteração que implique modificação substancial na formulação da proposta ou documentação, o prazo de publicidade deve ser reaberto integralmente, com nova publicação pelos mesmos meios que se deu a publicação original, conforme art. 21, §4º, da Lei 8.666/93

Fica evidenciada a ilegalidade manifesta cometida pelo pregoeiro, ao disponibilizar a resposta ao pedido de esclarecimento de um dos licitantes, resposta essa que modifica substancialmente na formulação das propostas, sem contudo alterar oficialmente o instrumento convocatório e sem reabertura do prazo de publicidade, tornando o ato nulo.

Fica claro que, qualquer resposta a um esclarecimento, impugnação ou ainda que de ofício o órgão necessite alterar qualquer exigência editalícia que de qualquer forma implique modificação de propostas, é absolutamente obrigatório que essa alteração seja efetuada no instrumento convocatório, com sua republicação e reabertura de prazo de publicidade, para atender ao art. 21, §4º da Lei 8.666, não sendo sanado o vício pela simples inclusão da resposta no site do órgão.



ABREU MACHADO – APOIO ADMINISTRATIVO E ASSESSORIA

Ora, até mesmo em pregão eletrônico (no qual todos os atos constam do sistema eletrônico) o Tribunal de Contas da União já decidiu sobre a ilegalidade em apenas divulgar no sistema eletrônico (Compras Governamentais) respostas que alterem o edital sem observar a republicação e reabertura do prazo de publicidade, quanto mais no pregão presencial essa cautela precisa ser redobrada não existindo nenhuma justificativa para não adotá-la:

TCU, Acórdão 702/2014-Plenário: É necessária a republicação do edital nos casos em que as respostas aos pedidos de esclarecimentos de licitantes, ainda que publicadas em portal oficial (site do Comprasnet), impactem na formulação das propostas, em conformidade com o disposto no art. 21, § 4º, da Lei 8.666/93.

Além disso é possível averiguar que na resposta à Pergunta 01 verifica-se que além do que fora publicado quanto a subcontratação, existem outras vedações que não constam no Edital

ESCLARECIMENTO Nº 01

Informamos os seguintes esclarecimentos relativos ao edital acima referenciado:

Pergunta 1: Entendemos que os atestados exigidos no item 3.2, referem-se aos atestados do Ambiente em que o serviço será fornecido, portanto, em caso de locação de um Data Center a fim de hospedar toda a solução, este certificado estará em nome da empresa responsável pelo Data Center. Lembrando que qualquer responsabilidade do fornecimento do Edital caberá à CONTRATADA, portanto será transparente para a GASMIG a locação deste ambiente em um DC que cumpre todas as certificações necessárias. Nosso entendimento está correto?

3.2. Além dos atestados de capacidade técnica, a LICITANTE deverá apresentar no mínimo, as seguintes certificações que deverão estar válidas:

- Certificação TIER III;
- Certificação ISO 20000;
- Certificação ISO 27001;
- Certificação ISAE 3402 ou SSAE 16

Resposta: Os atestados deverão ser da licitante, portanto, não será permitida locação. O referido objeto envolve questões técnicas e requisitos extremamente complexos e indispensáveis para a Gasmig. A necessidade é que o licitante vencedor seja de fato, o provedor do item central da contratação que diz respeito a todo o ambiente físico com as devidas certificações e processos, onde os dados corporativos serão processados, armazenados e deverão ter a sua integridade garantida. Ainda assim, a referida contratação permite a subcontratação de serviços acessórios.



ABREU MACHADO – APOIO ADMINISTRATIVO E ASSESSORIA

Por fim, cabe esclarecer que não fora utilizado o mesmo meio de publicação para o “Adendo 01” que modificou o Edital a ponto de alterar a proposta dos licitantes, e além disso com a alteração ocorreu a menos de 8 dias úteis do prazo de abertura de proposta, o mesmo deveria ter sido alterado. Sendo assim pelo princípio da legalidade e da ampla concorrência deve ser republicado o Edital com o prazo mínimo legal para resguardar e trazer segurança jurídica a contratação.

4) AUSÊNCIA DE ESTIMATIVA DE PREÇOS

Outro vício encontrado no certame é a ausência de pesquisa de mercado ou preço estimado da contratação no Certame, o que pode gerar danos ao erário municipal permitindo que seja realizada contratação com valores acima do orçado, pois o Edital não limita o valor contratual.

O Tribunal de Contas da União, na decisão proferida no Acórdão 769/2013 – Plenário, estabeleceu que a ausência da pesquisa de preço e da estimativa da **demand** **pode implicar contratação de serviço com valor superior aos praticados pelo mercado**, desrespeitando o princípio da economicidade, além de frustrar o caráter competitivo do certame, na medida em que a falta dessas informações prejudica a transparência e dificulta a formulação das propostas pelos licitantes.

Noutra oportunidade, a mencionada Corte de Contas esclareceu que a ausência de pesquisa que represente adequadamente os preços de mercado, além de constituir afronta à jurisprudência do Tribunal de Contas, pode render ensejo à contratação de serviços ou aquisição de bens por preços superiores aos praticados pelo mercado, ferindo, assim, o princípio da economicidade, conforme entendimento constante do Acórdão TCU 1785/2013 – Plenário.

Percebe-se, assim, que a inexistência de uma pesquisa de preços eficiente impossibilita à Administração Pública atingir os objetivos definidos pela Lei de Licitações e Contratos, principalmente aquele relacionado à seleção da proposta mais vantajosa.



ABREU MACHADO – APOIO ADMINISTRATIVO E ASSESSORIA

Sendo assim a ausência de pesquisa de preços no Edital e também a ausência de qualquer indicação do motivo de se omitir a pesquisa de preços e estimativa de contratação ferem os princípios do processo licitatório, podendo além de gerar prejuízos ao erário municipal impedir a participação no certame devido à ausência de transparência.

Cabe destacar também que consta no Edital a exigência de comprovação de Capital Social mínimo de cerca de 2 (dois) milhões, porém como não existe no Certame a estimativa dos preços fica impossível de se verificar se tal exigência vai de acordo com a limitação de 10% imposta pelo §3º do artigo 31 da Lei 8666/93

4.3. A **LICITANTE** deverá comprovar a existência de Capital Social Integralizado Mínimo de R\$ 2.020.653,08 (dois milhões, vinte mil, seiscentos e cinquenta e três reais e oito centavos), a ser apurado com base no balanço patrimonial do último exercício.

5) DA QUALIFICAÇÃO TÉCNICA

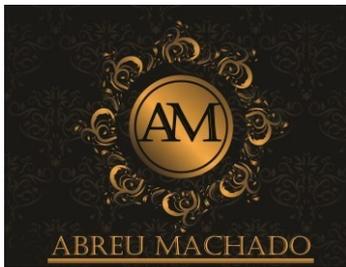
Cabe também apontar alguns itens na exigência de Qualificação Técnica da GASMIG, onde exige a quantia mínima de 2 atestados e além disso só aceitará atestados com prazo de contratação mínimo de 24(vinte e quatro) meses e além disso absurdamente emitidos em 18 (dezoito) meses, o que nitidamente viola o princípio da livre concorrência.

Além de exigir um prazo de tempo de contrato mínimo de 24 (vinte e quatro) meses e o prazo de emissão do atestado, o certame vai ainda mais longe ao também exigir a certificação TIER, ISSO, conforme abaixo:

3.2. Além dos atestados de capacidade técnica, a **LICITANTE** deverá apresentar no mínimo, as seguintes certificações que deverão estar válidas:

Página 2 de 6

- Certificação TIER III;
- Certificação ISO 20000;
- Certificação ISO 27001;
- Certificação ISAE 3402 ou SSAE 16



ABREU MACHADO – APOIO ADMINISTRATIVO E ASSESSORIA

A Lei de Licitações, ao contemplar a qualificação técnica dos licitantes, traduziu em seu artigo 30 a vontade do legislador de não impedir a participação de interessados que possuíssem capacidade e experiência anterior de objeto semelhante ao que é licitado.

Reza o artigo 30, inciso II:

“A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a:
(...)
II – comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, ...”

Não bastasse a inteligência do dispositivo retro citado, o § 1º do mesmo artigo, traz ainda mais uma regra que traduz a vontade do legislador de ampliar o universo de competidores, afastando cláusulas que impeçam ou dificultem a participação. Versa o trecho do inciso I, do § 1º:

“... serviço de características semelhantes, ..., vedadas as exigências de quantidades mínimas ou prazos máximos;”.

A regra descrita na norma legal vigente permite exigir do licitante apenas desempenho anterior de objeto similar, vedadas quaisquer exigências que inibam a participação na licitação, nos termos do art. 30, § 5º, do citado diploma federal:

“§ 5º É vedada a exigência de comprovação de atividade ou de aptidão com limitações de tempo ou de época ou ainda em locais específicos, ou quaisquer outras não previstas nesta Lei, que inibam a participação na licitação.”

O indigitado dispositivo legal visa instruir o julgamento do administrador público para que evitem a inclusão de critérios que inibam a participação e a competitividade. Neste caso, exigiu-se como prova de desempenho anterior, a apresentação de atestados emitidos há, no máximo, 18 meses.

Bem versou o citado § 5º que será vedada a exigência de comprovação de atividade “com limitações de tempo ou de época” ou ainda quaisquer outras não previstas nesta Lei.



ABREU MACHADO – APOIO ADMINISTRATIVO E ASSESSORIA

Portanto, a exigência do Edital não pode impor restrição ao prazo em que foi emitido o Atestado, muito menos obrigar que o Atestado tenha sido emitido em época específica. O Atestado não possui “prazo de validade”; ele é perene, perpétuo. A experiência adquirida pelo licitante não desaparece com o tempo; a partir do momento em que é expedido o atestado, consolidou-se a prova incontestada da aptidão técnica do licitante. Seria um absurdo dizer que Oscar Niemeyer não possui experiência pelo simples fato de que Brasília foi projetada na década de 50.

Ora, exigir Atestado com prazo de emissão específico é transgredir descaradamente o § 5, do art. 30. Tal exigência (do Edital) restringe a competição, diminui o universo de competidores e frustra o objetivo maior da licitação – obtenção da proposta mais vantajosa.

Versou o art. 3, da Lei 8.666/93:

“Art. 3 – ...

§ 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 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;

Pois bem, exigir que a prova de qualificação técnica seja feita através de atestados emitidos com data ou prazo específico, é indevida e irregular por absoluto desrespeito à Lei. À luz da legislação vigente, não é obrigatório que os atestados tenham sido emitidos em data ou prazo determinados, pois afastaria do certame possíveis interessados que, embora possuíssem plena capacidade para executar o objeto, não tivessem atestados no prazo informado no edital.

Melhor sorte não guarda à exigência indica no item 3.2 que determina às licitantes a apresentação de certificados ou credenciações emitidos por organismos credenciados para fins de habilitação.



ABREU MACHADO – APOIO ADMINISTRATIVO E ASSESSORIA

- Certificação TIER III;
- Certificação ISO 20000;
- Certificação ISO 27001;
- Certificação ISAE 3402 ou SSAE 16

O que ocorre é que tais exigências (a apresentação de certificados ou credenciações) não estão previstas no rol do art. 30 da Lei de Licitações, que é exaustivo e impõe limites para as exigências contidas nos editais de licitação a fim de verificação da capacidade técnica das licitantes.

Note-se que a lei não impõe a obrigatoriedade de inserção nos instrumentos convocatórios de todas as exigências ali contidas. Portanto, fica à critério da Administração, de acordo com as peculiaridades de cada objeto, a definição de quais, **dentre os documentos elencados em lei**, são imprescindíveis para a demonstração da aptidão das licitantes.

Valendo-se do brocardo latino “*in claris cessat interpretatio*” que sintetiza o entendimento de que a lei não precisa ser interpretada quando ela for clara, a impugnante faz aqui repisar o que dispõe o caput do art. 30 da Lei de Licitações, que preconiza a Administração deverá se limitar a exigir os documentos previstos no art. 30 para fins de qualificação técnica das licitantes:

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

Sobre o tema, colhem-se os valorosos ensinamentos de **MARÇAL JUSTEN FILHO**¹:

“O elenco dos arts. 28 a 31 deve ser reputado como máximo, e não como mínimo. Ou seja, não há imposição legislativa a que a

1 MARÇAL JUSTEN FILHO, *in* Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 16ª ed., p820





ABREU MACHADO – APOIO ADMINISTRATIVO E ASSESSORIA

Administração, em cada licitação, exija comprovação integral quanto a cada um dos itens contemplados nos referidos dispositivos. **O edital não poderá exigir mais do que ali previsto, mas poderá demandar menos**”. (grifou-se)

A respeito de tal questão, o Tribunal de Contas da União possui entendimento pacífico de que *“a jurisprudência do Tribunal é firme no sentido de que o art. 30 da Lei 8.666/1993, ao utilizar a expressão ‘limitar-se-á’, elenca de forma exaustiva todos os documentos que podem ser exigidos para habilitar tecnicamente um licitante (v.g. Decisão 739/2001 – Plenário; Acórdão 597/2007 – Plenário)”*.

Na mesma diretriz, **Toshio Mukai** leciona que:

Os arts. 27 a 31 indicam a documentação a ser, com exclusividade, exigida para a habilitação. Essas exigências são taxativamente elencadas pela Lei n. 8.666/93, sendo, portanto, vedadas as exigências não constantes expressamente nesse diploma. Trata-se de normas gerais sobre licitações, pois as exigências dizem todas respeito à salvaguarda dos princípios da licitação, em especial do da igualdade. (Licitações e contratos públicos. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p.84).

Em igual perspectiva, situou-se o Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO. NÃO CONHECIMENTO. TEMPESTIVIDADE DOS EMBARGOS DECLARATÓRIOS. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO "PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF". ART. 31 DA LEI DE LICITAÇÕES. ROL TAXATIVO. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA PARTE, DESPROVIDO. (REsp n. 799098/RJ, rel. Min. Teori Albino Zavascki). (grifo nosso).



ABREU MACHADO – APOIO ADMINISTRATIVO E ASSESSORIA

Registra-se, por oportuno, que a Instrução Normativa nº 4, de 11 de setembro de 2014, da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Governo Federal veda, expressamente, a exigência de certificados:

Art. 25. A definição, pelo Integrante Técnico, dos critérios técnicos de julgamento das propostas para a fase de Seleção do Fornecedor, deverá observar o seguinte:

c) a vedação da indicação de entidade certificadora, exceto nos casos previamente dispostos em normas do governo federal;

O fato é que certificações não fazem parte do rol do art. 30 da Lei de Licitações, de tal sorte, que tanto a jurisprudência quanto a melhor doutrina entendem que tais exigências só podem ocorrer para fins de pontuação técnica em certames cujo julgamento seja por técnica ou técnica e preço. Marçal Justen Filho assim leciona:

“Em suma, há enorme risco de que a exigência da certificação ISO represente uma indevida restrição ao direito de participar da licitação. Mas isso não pé o mais grave, pois existe questão jurídica de muito maior relevância. Trata-se de que a ausência da certificação ISO não significa inexistência de requisitos de habilitação. Uma empresa pode preencher todos os requisitos para obtenção da certificação, mas nunca ter tido interesse em formalizar esse resultado. Exigir peremptoriamente a certificação como requisito de habilitação equivaleria a tornar compulsória uma alternativa meramente facultativa: nenhuma lei condiciona o exercício de alguma atividade à obtenção do Certificado ISO. Portanto, obtém a certificação quem o desejar (e preencher os requisitos pertinentes, é óbvio)” (in Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 11º Ed, São Paulo: Dialética, 2005, p. 339)

A Egrégia Corte de Contas recentemente se manifestou sobre o assunto, a saber:

Não é possível a exigência de certificação ISO, e outras semelhantes, com o fim de habilitação de licitantes ou como critério para a qualificação de propostas

Mediante pedido de reexame, a Centrais Elétricas do Norte do Brasil S.A. – (Eletronorte) manifestou seu inconformismo contra o Acórdão nº 1.612/2008, do Plenário, o qual lhe determinara que, nos editais de suas licitações, deixe de exigir a certificação expedida pela Organização Internacional de Normalização (International Organization for Standardization – ISO) e outras semelhantes, para a habilitação dos participantes ou como critério para a qualificação de propostas. Para a recorrente, “a jurisprudência que serviu de base para a determinação contestada é relativa apenas a serviços de informática”. Segundo o relator, no entanto, “nenhum dos motivos que levaram à formação do



ABREU MACHADO – APOIO ADMINISTRATIVO E ASSESSORIA

entendimento deste Tribunal é exclusivo de certames dessa natureza”. Para ele, as certificações nacionais correspondentes à família 9000 da ISO se referem, em linhas gerais, a critérios para implantação de sistemas de garantia da qualidade. Para obtê-los, a empresa deveria demonstrar a adequação de seus procedimentos de fabricação aos padrões estabelecidos na norma, o que garantiria, ao menos em tese, “que os produtos oriundos dessa empresa tenham sempre as mesmas características”. Todavia, ainda conforme o relator, “isso não garante que eles tenham qualidade superior aos de uma empresa que não seja certificada”. Além do que, no ponto de vista do relator, “obter a certificação ISO é faculdade das empresas – não há lei que a indique como condição para exercício de qualquer atividade”. Restritiva, portanto, a exigência desse predicado como condição para qualificação em licitações, pois “afastar os participantes não certificados reduz a possibilidade de alcance da melhor proposta para a Administração, sem que haja justificativa razoável para tanto”. Por outro lado, não haveria óbice para a utilização do aludido certificado para atribuir pontuação a uma empresa licitante, dado que isso permitiria reconhecer seu diferencial em relação a outras que não comprovaram a adequação de seu sistema de produção aos critérios de qualidade estabelecidos em tais normas. Por conseguinte, votou por que se negasse provimento ao pedido de reexame, mantendo-se os exatos termos do Acórdão n.º 1.612/2008-Plenário, no que contou com a acolhida do Plenário. Precedente citado: Acórdão no 2461/2007, do Plenário. Acórdão n.º 1085/2011-Plenário, TC-007.924/2007-0, rel. Min. José Múcio, 27.04.2011.

Observe outras decisões do TCU:

Decisão n.º 152/2000 – Plenário, rel. min. José Antonio B. de Macedo “abster-se de exigir Certificados da série ISO 9000, por frustrar o caráter competitivo da licitação”

TCU – Acórdão 1292/2003 – Plenário ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Plenária, com fundamento no art. 43, inciso I, da Lei n.º 8.443/92 e no art. 250, inciso II, do Regimento Interno, em:

9.1. determinar à Superintendência da Zona Franca de Manaus – Suframa que:

...

9.1.4. abstenha-se de exigir, em futuras licitações realizadas na modalidade pregão, certificados da série ISO 9000, em observância ao disposto no art. 3º, § 1º, inciso I, da Lei n.º 8.666/93, art. 3º, inciso II, da Lei n.º 10.520/2002, e nas Decisões Plenárias n.ºs 020/1998 e 152/2000;

6) DO PRAZO DE VIGÊNCIA

Outro equívoco a ser apontado no certame é a previsão de que o prazo de contratação será de 60 (sessenta) meses, sem qualquer justificativa:



ABREU MACHADO – APOIO ADMINISTRATIVO E ASSESSORIA

4. CONDIÇÕES ESPECÍFICAS DA CONTRATAÇÃO

4.1. Prazo, local e condições para prestação dos serviços

O contrato terá prazo de 60 (sessenta) meses, iniciando-se na data de emissão da primeira AIS (Autorização de Início de Serviços).

A Lei de Responsabilidade Fiscal assim dispõe sobre a matéria:

Art. 15. Serão consideradas não autorizadas, irregulares e lesivas ao patrimônio público a geração de despesa ou assunção de obrigação que não atendam ao disposto nos arts. 16 e 17.

Art. 16. A criação, expansão ou aperfeiçoamento de ação governamental que acarrete aumento da despesa será acompanhado de:

I - estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva entrar em vigor e nos dois subseqüentes;

II - declaração do ordenador da despesa de que o aumento tem adequação orçamentária e financeira com a lei orçamentária anual e compatibilidade com o Plano Plurianual e com a Lei de Diretrizes Orçamentárias.

§ 1º Para os fins desta Lei Complementar, considera-se:

I - adequada com a lei orçamentária anual, a despesa objeto de dotação específica e suficiente, ou que esteja abrangida por crédito genérico, de forma que somadas todas as despesas da mesma espécie, realizadas e a realizar, previstas no programa de trabalho, não sejam ultrapassados os limites estabelecidos para o exercício;

II - compatível com o plano plurianual e a lei de diretrizes orçamentárias, a despesa que se conforme com as diretrizes, objetivos, prioridades e metas previstos nesses instrumentos e não infrinja qualquer de suas disposições.

Entende-se que o prazo de vigência estabelecido no edital extrapola os comandos das citadas leis, tendo o dispositivo estabelecido o prazo de 60 (sessenta e seis) meses. Como é admitida pela Lei a prorrogação por 60 (sessenta) meses em caso de contratação de serviço contínuo, onde se encaixa o objeto deste certame, não há porque o prazo de vigência alcançar 36 meses, como estipulado.

Observe-se que a vigência do contrato (ou duração do contrato) está vinculada ao crédito orçamentário - exercício financeiro orçamentário, conforme disposto no artigo 57, caput, da Lei 8.666/93. **O Tribunal de Contas da União, conforme Acórdão nº 222/2006 – Plenário** “...a licitação será feita para o prazo de um ano, em face da obrigação de se observar o orçamento existente e vigente, limitador do prazo definido no certame”.



ABREU MACHADO – APOIO ADMINISTRATIVO E ASSESSORIA

As contratações de serviços de natureza continuada, que poderão ter prazo de vigência estendido até o limite de 60 meses, também são feitas para o período de um ano, em função da observância obrigatória da prévia existência de créditos orçamentários, mediante confronto com o orçamento anual.

Sendo assim não se encontra justificativa razoável para que em menos de 10 meses para o término de mandato que se realize um processo com tal prazo sem que sequer se preste a justificá-lo.

II-DA CONCLUSÃO E DOS PEDIDOS

Conclui-se que as exigências que violam o princípio da legalidade na habilitação da qualificação técnica, exigência de prazo superior ao legal na impugnação, republicação de edital sem reabertura de prazo, vigência contratual de 60 meses e demais apontamentos feitos são suficientes para que a MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSÃO DO EDITAL pois fica comprovado que a demora na decisão do mérito poderá ensejar danos ao erário municipal pelas violações a súmulas e jurisprudências desta corte, uma vez que já foi comprovado o fumus bonis iuris.

Solicito que após análise de mérito seja determinada a elaboração de um novo processo que possibilite a ampla concorrência, celeridade e economicidade conforme os princípios já elencados:

Martins Soares-MG, 27 De Abril de 2020.

Daniilo Gaiozo Machado

Representante Legal