

À
Companhia de Tecnologia da Informação do Estado de Minas Gerais - PRODEMGE
Gerência de Compras - GCO
Agente de Licitação
(Portaria da Presidência PP 013/2019)

Licitação Eletrônica nº 001/2019 – Processo Eletrônico nº 5141001085/2019

LUCAS MARTINS MAGALHÃES DA ROCHA, cidadão brasileiro, advogado, inscrito no CPF sob o nº 061.498.266-94, e, OAB/RJ sob o nº 198.778 (Documento Anexo), com endereço na Rua Oscar Versiane Caldeira, nº 132, Mangabeiras, Belo Horizonte/MG, CEP 30.210-280, vem, tempestivamente, nos termos da legislação aplicável, interpor a presente **IMPUGNAÇÃO** aos termos do Edital da Licitação Eletrônica nº 001/2019, com base nos fatos e fundamentos a seguir.

DA TEMPESTIVIDADE

Conforme o item 13.12, o Edital poderá ser impugnado até 5 (cinco) dias úteis antes da data fixada para a ocorrência do certame. Tendo em vista a sessão pública marcada para o dia 27/03/2020, o protocolo da presente peça impugnatória na data de hoje, 20/03/2020 (sexta-feira), se mostra tempestiva.

DOS FATOS

A Companhia de Tecnologia da Informação do Estado de Minas Gerais – PRODEMGE, está realizando Licitação Eletrônica para a contratação de serviços de telecomunicações necessários à implantação, operação, manutenção e gerenciamento da Rede IP Multisserviços do Estado de Minas Gerais.

Contudo, existem regras no Edital e Anexos que devem ser ajustadas, para atendimento da legislação aplicável, conforme indicado abaixo.

DAS IRREGULARIDADES NO EDITAL

Da omissão quanto às exigências de Qualificação Econômico-Financeira

O Edital prevê, no item 8.5.8., que a comprovação da qualificação econômico-financeira das licitantes será feita por meio da (i) apresentação da certidão negativa de falência, e, (ii) declaração de que constituirá garantia de execução do contrato, no valor de 0,5%, conforme abaixo transcrito:

8.5.8 – QUALIFICAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA

8.5.8.1 – Certidão negativa de falência, ou recuperação judicial, ou liquidação judicial, ou de execução patrimonial, conforme o caso, expedida pelo distribuidor da sede do licitante ou de seu domicílio, dentro do prazo previsto na própria certidão, ou, na omissão desta, expedida a menos de 180 (cento e oitenta) dias, contados da data da sua apresentação.

8.5.8.2.1 – No caso de comarcas com mais de um cartório distribuidor, deverão ser apresentadas as certidões de cada distribuidor.

8.5.8.3 – Declaração de que, caso venha a ser contratada, apresentará, após a assinatura do contrato, garantia do contrato, no valor de 0,5% (zero virgula cinco por cento) do valor do contrato, conforme item 21 do Anexo I – Termo de Referência.

Entretanto, o próprio Regulamento Interno de Licitações e Contratos da PRODEMGE (“RILC”) dispõe de forma expressa, em seu art. 53, que a documentação relativa à qualificação econômico-financeira limitar-se-á apresentação de balanço patrimonial, senão vejamos:

Subseção III

Da Qualificação Econômico-Financeira

Art. 53. A documentação relativa à qualificação econômico-financeira limitar-se-á apresentação de balanço patrimonial do último exercício social exigível na forma da lei.

§ 1º A comprovação da boa situação financeira da empresa será feita de forma objetiva, por meio de cálculo de índices contábeis previstos no instrumento convocatório e devidamente justificados no processo administrativo de licitação, vedada a exigência de índices e valores não usualmente adotados.

§ 2º A exigência constante no §1º limitar-se-á à demonstração da capacidade financeira do licitante com vistas aos compromissos que terá que assumir, vedada a fixação de valores mínimos de faturamento anterior, índices de rentabilidade ou lucratividade.

§ 3º A Prodemge, nas compras para entrega futura e na execução de obras e serviços, poderá estabelecer, no instrumento convocatório, a exigência de patrimônio líquido mínimo, como dado objetivo de comprovação da qualificação econômico-financeira dos licitantes e para efeito de garantia ao adimplemento do contrato a ser posteriormente celebrado.

§ 4º O valor do patrimônio líquido a que se refere o §3º não poderá exceder a 10% (dez por cento) do valor estimado da contratação, devendo a comprovação ser feita relativamente à data de apresentação da proposta, na forma da lei, admitida a atualização por índices oficiais.

§ 5º O edital poderá exigir outros índices contábeis de capacidade financeira não previstos neste Regulamento, devendo a exigência estar justificada pela área técnica requisitante no processo de licitação, conter parâmetros atualizados de mercado e atender à complexidade da compra, obra ou serviço, nos limites estritamente necessários à demonstração da capacidade financeira do licitante, vedado o uso de índice cuja fórmula inclua rentabilidade ou lucratividade.

Percebe-se que, o Edital deixou de observar o RILC ao exigir apenas a apresentação da certidão negativa de falência e a declaração de constituição de garantia de execução no caso de eventual contratação, sendo notável a omissão do instrumento convocatório quanto ao assunto.

O dispositivo acima transcrito não deixa dúvidas quanto ao fato de que o balanço patrimonial é o documento limitador para fins de qualificação econômico-financeira nas licitações realizadas pela PRODEMGE. Ou seja, o balanço patrimonial do último exercício social exigível na forma da lei é o documento efetivamente a ser exigido para comprovação da qualificação econômico-financeira, de modo que a partir dele também é possível extrair outras informações sobre a condição financeira das licitantes.

Nesse contexto, de acordo com o parágrafo primeiro do art. 53 do RILC, a comprovação da boa situação financeira da empresa será feita de forma objetiva, por meio de cálculo de índices contábeis usualmente adotados pelo mercado. E mais, o parágrafo segundo, dando sequência à lógica de se exigir a apresentação de índices contábeis, dispõe que estes se prestam a demonstrar a capacidade financeira do licitante com vistas aos compromissos que terá que assumir.

Ora, se o RILC previu expressamente outros requisitos é porque considera serem estes importantes para aferição da real condição financeira das licitantes. Corroborando com esse raciocínio, o parágrafo primeiro do art. 58 do RILC¹, estabelece que só poderão ser dispensados os requisitos de capacidade econômico e financeira quando o critério de julgamento utilizado na licitação for a maior oferta de preço.

Como se sabe, a qualificação econômico-financeira nas licitações possui importantíssimo papel que aferir a real capacidade de execução do objeto da licitação, buscando constatar se a licitante terá solvência e solidez econômico-financeira suficientes para levar à cabo o objeto contratado.

Sobre o assunto, enfatiza Cretella Júnior² que a qualificação econômico-financeira deverá ser demonstrada objetivamente pelo licitante.

¹ Art. 58. A habilitação será apreciada exclusivamente a partir dos seguintes parâmetros: (...) III - capacidade econômica e financeira; (...) **§ 1º Quando o critério de julgamento utilizado for a maior oferta de preço, os requisitos de qualificação técnica e de capacidade econômica e financeira poderão ser dispensados.** (...).

² CRETELLA JÚNIOR, José. Das licitações públicas. 9. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1995, pag. 253.

Qualificação econômico-financeira é a capacidade ou possibilidade de a empresa suportar os encargos econômicos do contrato, qualificação que deverá ser demonstrada pelo licitante, objetivamente na fase da habilitação, para que seja admitido como participante do certame, no qual se caracterize, de modo pleno, sua situação de solvência, diante dos créditos existentes e dos compromissos assumidos, bem como do faturamento.

Certo é que os requisitos de qualificação econômico-financeira exigidos pelo RILC visam garantir à Administração Pública as melhores condições para contratação, mediante a indispensável comprovação de que a licitante tem condição de cumprir com as obrigações eventualmente assumidas.

Trata-se de verdadeira segurança para a Administração Pública, no sentido de que o interesse público será efetivamente observado mediante a contratação de empresa que detenha plenas condições financeiras de arcar com todas as obrigações previstas em contrato, bem assim, com uma execução contratual plena, eficiente, e sem qualquer embaraço em razão de ausência de capacidade financeira.

Nesse contexto, a solicitação na presente licitação de certidão de falência para fins de aferição da capacidade econômico-financeira das licitantes e de declaração de que constituirá garantia de execução do contrato, no valor de 0,5%, não são capazes, por si só, de comprovar que a licitante não seja uma aventureira e incorra em graves problemas de execução contratual.

Quer dizer, as exigências previstas no Edital não têm o condão de assegurar à Administração Pública que a licitante tenha efetiva capacidade financeira para cumprimento das obrigações contratuais então definidas.

Cumpre ressaltar também que a dimensão dos serviços, o prazo contratual prolongado, a necessidade de execução dos serviços de forma contínua e o vulto elevado dos investimentos, requer, de maneira óbvia, que a licitante detenha uma boa situação financeira para tanto.

Com efeito, as exigências editalícias para fins de comprovação de qualificação econômico-financeira das licitantes levam ao iminente risco de uma inexecução contratual, além de diversos outros riscos que estará sujeita a Administração Pública, uma vez que contratar empresa sem condição de habilitação para tanto.

Sobre o tema, comporta frisar que a Constituição da República, em seu artigo 37, inciso XXI, dispõe que a Administração Pública deverá exigir requisitos de qualificação econômico-financeira que sejam indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações contratuais:

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:

(...)

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, a qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

(Grifou-se)

É claro e evidente que a exigência de certidão de falência, assim como a declaração de que a licitante irá constituir garantia de execução de contrato caso seja vencedora, não se reveste de condição única e indispensável à garantia do cumprimento das obrigações contratuais. Pelo contrário, deve a Administração dispor de outras exigências que possam realmente serem capazes de comprovar a condição financeira da licitante e com isso garantir o cumprimento das obrigações contratuais.

Nesse aspecto, considerando as peculiaridades da presente licitação, deveria o Edital exigir, além da certidão de falência e a declaração de constituição de garantia de execução de contrato, para fins de comprovação da qualificação econômico-financeira das licitantes, a apresentação de índices contábeis que demonstrem de forma objetiva a boa situação financeira da empresa³, nos termos do que preconiza o já mencionado RILC.

³ SÚMULA TCU 289: A exigência de índices contábeis de capacidade financeira, a exemplo dos de liquidez, deve estar justificada no processo da licitação, conter parâmetros atualizados de mercado e atender às

Quer dizer, a certidão de falência exerce importante papel quanto a regularidade financeira da licitante, mas não tem o condão de, isoladamente, comprovar a capacidade financeira da licitante que vier a ser contratada. E, da mesma forma a declaração de constituição de garantia no valor de 0,5% do valor total do contrato também não tem.

Dessa forma, tem-se que o Edital apresenta grave omissão quanto à qualificação econômico-financeira das licitantes, pelo que, a exigência de certidão de falência e da declaração de constituição de garantia de execução do contrato, se mostra incompatível com as características da licitação, não se mostra suficiente e indispensável à comprovação da boa situação financeira das licitantes e, conseqüentemente, capaz de assegurar à Administração Pública uma contratação segura, eficiente e efetiva.

Por derradeiro, insta salientar que a ausência de critérios suficientes para verificação da condição financeira das licitantes fere frontalmente os princípios da eficiência, economicidade, além de obstar o atingimento ao interesse público. Isso pois, uma contratação sem segurança e sem a plena certeza de que será concluída com sucessão, denota gasto de dinheiro público e perda de tempo por parte da PRODEMGE, o que de nenhuma forma, pode se revelar como interesse da coletividade.

Para tanto, impugna-se o item do Edital relativo à qualificação econômico-financeira, tendo em vista a grave omissão cometida, e pugna-se por sua alteração para que seja prevista a exigência de índices contábeis objetivando a aferição da real capacidade financeira das licitantes.

Da omissão quanto às exigências de Qualificação Técnica

O Edital prevê, no item 8.5.10, como requisito de qualificação técnica o seguinte:

8.5.10 – QUALIFICAÇÃO TÉCNICA

8.5.10.1 - Ato de concessão ou autorização para a prestação dos serviços objeto desta Licitação ou ainda estar de acordo com a Resolução 680/2017, ambas expedidas pela Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, conforme subitem 8.1 do Anexo I – Termo de Referência.

características do objeto licitado, sendo vedado o uso de índice cuja fórmula inclua rentabilidade ou lucratividade.

Nota-se que a única exigência para fins de comprovação da capacidade técnica das licitantes será a apresentação do ato de concessão ou autorização para prestação dos serviços objeto da Licitação ou ainda, estar de acordo com a Resolução 680/2017.

Entretanto, conforme disposto abaixo, o RILC da PRODEMGE elenca extenso rol de documentos exigíveis em suas licitações com vistas à comprovação da qualificação técnica das licitantes:

Subseção II

Da Qualificação Técnica

Art. 52. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á:

I - ao registro ou à inscrição na entidade profissional competente;

II - a comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, e indicação das instalações, do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos, permitida a exigência de quantidade mínima limitada a 50% (cinquenta por cento) do objeto e demonstração de que o licitante tenha executado serviços similares por um prazo mínimo, desde que proporcional ao objeto licitado;

III - apresentação de profissional detentor de atestado de responsabilidade técnica por execução de obra ou serviço de características semelhantes ao objeto licitado;

IV - prova de requisitos de sustentabilidade ambiental, quando couber;

V - tratando-se de serviços profissionais, curriculum vitae com razoável extensão e profundidade, contendo: nome completo, nacionalidade, identidade, endereço, histórico profissional no qual se indique a formação, os artigos publicados, as palestras realizadas, os cursos ministrados;

VI - tratando-se de prestação de serviços/fornecimento de bens sujeitos à autorização por órgão de classe ou governamental, deverão ser apresentadas as respectivas autorizações ou certidões comprobatórias;

VII - prova de atendimento de requisitos previstos em lei especial, quando for o caso;

VIII - quando a avaliação prévia do local de execução for imprescindível para o conhecimento pleno das condições e peculiaridades do objeto a ser contratado, prever, sob pena de desclassificação, a realização de vistoria prévia;

IX - poderá ser exigida apresentação de outros documentos específicos em complementação aos acima referidos, se a natureza da contratação ou lei especial assim o exigir.

§ 1º Para a comprovação da quantidade mínima prevista no inciso II do caput, será admitida a somatória de atestados, conforme instrumento convocatório.

§ 2º Os profissionais indicados pelo licitante para fins de comprovação da capacitação técnica deverão participar da execução do contrato, admitindo-se a substituição por profissionais de experiência equivalente ou superior, desde que aprovada previamente pela Prodemge.

§ 3º A documentação de qualificação técnica será analisada pela equipe de apoio segundo os critérios de julgamento fixados no instrumento convocatório. Os fundamentos do julgamento da documentação de qualificação técnica deverão ser enviados ao agente de licitação, pregoeiro ou à CEL para autuação no processo e constarão da ata da sessão pública.

§ 4º A vistoria prévia não poderá ser realizada em data e horário simultâneos para os diversos interessados.

§ 5º Pode ser prevista a possibilidade de substituição da vistoria por declaração formal assinada pelo responsável técnico acerca do conhecimento pleno das condições e peculiaridades do objeto.

Ora, a PRODEMGE deixou mais uma vez de observar o RILC, pelo que o edital se encontra visivelmente omissos quanto às exigências de qualificação técnica.

É por demais latente que a exigência de atestado de capacidade técnica para fins de comprovação da qualificação técnica visa resguardar a Administração Pública, de forma a assegurar que o contrato seja executado de forma satisfatória, por quem tem experiência suficiente para tanto.

Nesse sentido, Marçal Justen Filho⁴ ensina, de maneira peremptória, que: “A *qualificação técnica é a comprovação documental da idoneidade técnica para execução do objeto do contrato licitado, mediante a demonstração de experiência anterior na execução de contrato similar e da disponibilidade do pessoal e dos equipamentos indispensáveis*”.

Assim, tem-se que a ausência de exigência adequada para comprovação de qualificação técnica pela Administração Pública pode, inclusive, ser traduzida como descuido com a coisa pública, uma vez que a contratação desprovida de capacidade técnica para execução dos serviços pode resultar em imensurável prejuízo aos cofres públicos, e, ainda, acarretar a responsabilidade dos agentes omissos.

Para corroborar com a importância da questão aqui impugnada, citamos excerto do Acórdão nº 1.214/2013, do Tribunal de Contas da União:

(...) Logo, o conteúdo dos atestados de capacidade técnica deve ser suficiente para garantir à Administração que o contratado terá aptidão para executar o objeto pretendido. Tal aptidão pode se referir a vários aspectos. Nesse ponto, parece residir a principal discussão a ser enfrentada – que espécie de aptidão deve ser requerida para a execução de contratos de serviços de natureza continuada, em que esteja caracterizada cessão de mão de obra. As empresas que prestam serviços terceirizados, em regra, não são especialistas no serviço propriamente, mas na administração da mão de obra. É uma realidade de mercado à qual a Administração precisa se adaptar e adequar seus contratos. É cada vez mais raro firmar contratos com empresas especializadas somente em limpeza, ou em condução de veículos, ou em recepção. As contratadas prestam vários tipos de serviço, às vezes em um mesmo contrato, de forma que adquirem habilidade na gestão dos funcionários que prestam os serviços, e não na técnica de execução destes. Conquanto seja muito provável que as próprias demandas da Administração tenham moldado esse comportamento das empresas, debater o tema ou a aderência do modelo à concepção ideal da terceirização de serviços não

⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo, 2015.

*se mostra proveitoso. O que importa é perceber que a habilidade das contratadas na gestão da mão de obra, nesses casos, é realmente muito mais relevante para a Administração do que a aptidão técnica para a execução dos serviços, inclusive porque estes apresentam normalmente pouca complexidade. Ou seja, nesses contratos, dada a natureza dos serviços, interessa à Administração certificar-se de que a contratada é capaz de recrutar e manter pessoal capacitado e honrar os compromissos trabalhistas, previdenciários e fiscais. **É situação muito diversa de um contrato que envolva complexidade técnica, como uma obra, ou de um contrato de fornecimento de bens, em que a capacidade pode ser medida tomando-se como referência a dimensão do objeto – que serve muito bem o parâmetro de 50% usualmente adotado.** (grifamos)*

Em consonância ao entendimento assentado pelo TCU, o RILC dispôs, no inciso II, do art. 52, sobre a exigência de que a licitante comprove sua aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, e, indicação das instalações, do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos, permitida a exigência de quantidade mínima limitada a 50% do objeto e demonstração de que o licitante tenha executado serviços similares por um prazo mínimo, desde que proporcional ao objeto licitado.

Ou seja, a exigência de atestado de capacidade técnica encontra expressa disposição no RILC da PRODEMGE, pelo que deveria ser também prevista no presente Edital, com vistas de resguardar a Administração Pública de contratar empresa aventureira e que não detenha, de fato, condições plenas de executar o objeto do contrato.

Como dito alhures, a Constituição Federal estabelece, em seu art. 37, inciso XXI, que somente se permitirá as exigências de qualificação técnica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. Nesse sentido, existe um dever de a Administração Pública exigir requisitos de qualificação técnica suficientes para que seja possível garantir que a licitante tenha condições de cumprir as obrigações contratuais.

É muito claro que a exigência tão somente do ato de concessão ou autorização para a prestação dos serviços objeto desta Licitação, ou ainda estar de acordo com a Resolução 680/2017, não pode, sob nenhum fundamento, ser considerado como requisito capaz de assegurar a garantia do cumprimento das obrigações pela licitante.

No caso, a ausência de maiores exigências para comprovação da capacidade técnica pela Administração Pública pode até ser considerada omissão desta, face à complexidade do objeto envolvido, sob pena de, não raro, restar prejudicada a execução do objeto a contento, em prejuízo ao interesse público, do qual não se pode descurar. De tal modo, não há dúvidas que os requisitos de habilitação, previstos no Edital em análise, são bastante modestos face ao extenso rol previsto na legislação que disciplina a matéria e não asseguram que a Administração Pública contrate serviços com garantia de qualidade.

Neste sentido, citamos os seguintes itens, do Termo de Referência:

3.5.7. A Prestadora deverá possuir um backbone Internet com pontos de presença (PoP) em no mínimo 3 (três) Unidades Federativas do Brasil, a saber: Minas Gerais, São Paulo e Rio de Janeiro. Em Minas Gerais pelo menos um PoP deverá estar localizado em Belo Horizonte ou município da região metropolitana de BH.

(...)

5.14.1.4. A Prestadora deverá prover, no âmbito do serviço de segurança do link de Internet, uma solução para identificação, tratamento e mitigação transparente de ataques volumétricos do tipo negação de serviço distribuído (DDoS – Distributed Denial of Service).

5.14.1.5. A Prestadora deve possuir infraestrutura própria de mitigação com capacidade para conter ataques de grande volume, sendo eles de origem nacional ou internacional. Entende-se por infraestrutura própria de mitigação a existência de equipamentos instalados no backbone da Prestadora com objetivo de bloquear o tráfego malicioso, evitando assim a saturação da banda da Internet e indisponibilidade dos serviços em momentos de ataques DDoS (Distributed Denial of Service).

É imprescindível a apresentação pelos licitantes de atestado demonstrando capacidade técnica para a prestação dos serviços e atividades acima, que são de grande relevância no escopo contratual que está sendo contratado pela PRODEMGE.

Deve-se, portanto, ser elaborado um Edital sem as omissões levantadas acima. Só assim o certame proporcionará, além da disputa de preços visando a economia de verbas públicas, a contratação de uma empresa que possua, além de todas as

habilitações jurídicas, fiscais e trabalhistas, qualificação técnica para a execução dos serviços ora licitados, conforme previsto em Lei.

Para tanto, impugna-se o item do Edital relativo à qualificação técnica, tendo em vista a grave omissão cometida, e pugna-se por sua alteração para que seja prevista a exigência de atestado de capacidade técnica, fornecido por entidades de direito público ou privadas, declarando que a licitante tenha desempenhado atividades pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto desta licitação, em até 50% do objeto.

DO PEDIDO

Por todo o aqui exposto, tendo em vista as razões aduzidas acima, requer-se seja acolhida a presente Impugnação, para que sejam escoimadas as irregularidades contidas no Edital, em especial, para:

- (i) prever a exigência de índices contábeis, nos termos do parágrafo primeiro do art. 53 do RILC, com vistas a comprovação da qualificação econômico-financeira das licitantes; e,
- (ii) prever a exigência de atestado de capacidade técnica, nos termos do inciso I, art. 52 do RILC, com vistas a comprovação da qualificação técnica das licitantes.

Por fim, pede-se que o prazo de publicação do Edital seja reaberto, em virtude das alterações substanciais necessárias, que impactam na participação de fornecedores e na elaboração de suas propostas, nos termos do item 13.19 do Edital, do parágrafo segundo do art. 48 do RILC da PRODEMGE, e, do art. 39 da Lei das Estatais.

Nesses termos, pede deferimento.

Belo Horizonte, 20 de março de 2020

**LUCAS MARTINS
MAGALHAES DA ROCHA**

Assinado de forma digital por LUCAS
MARTINS MAGALHAES DA ROCHA
Dados: 2020.03.20 16:41:53 -03'00'

LUCAS MARTINS MAGALHÃES DA ROCHA
Telefone: 21 98141-3919
Endereço eletrônico: lucasmmrocha@gmail.com