



EXMO. SR. PREGOEIRO DO MEC, M.D. RESPONSÁVEL PELO PREGÃO
PREGÃO ELETRÔNICO Nº 26/2010

Ref.: **PREGÃO ELETRÔNICO Nº 26/2010**

A **SCM Soluções Integradas em Informática Ltda.**, devidamente registrada no CNPJ sob o nº 10.827.644/0001-01, estabelecida à Rua R Irene Ramos Gomes de Matos, 97 - Boa Viagem, Recife/PE - CEP 51.011-530, regularmente representada, nos autos do processo pertinente à licitação supra, onde figura como licitante, tendo adquirido o edital e revelando o seu intuito de participar do certame, vem, com fundamento no item 22.13 do Edital, tempestivamente, apresentar **IMPUGNAÇÃO AO EDITAL**, pelas razões de direito e de fato a seguir expressos:

OBJETO LICITADO

Constitui objeto desse PREGÃO a
contratação de empresa externa para

- 1.1 Contratação de serviços na área de Tecnologia da Informação para prover a Coordenação-Geral de Desenvolvimento da Diretoria de Tecnologia da Informação do Ministério da Educação (CGD/DTI/MEC), de capacidade para atender as necessidades sistêmicas de TI das unidades deste Ministério, no tocante ao Desenvolvimento, Manutenção e Documentação de sistemas de informação.

A contratação desses serviços técnicos em TI está dividida em 02 (dois) itens:

Item 1 – Desenvolvimento, manutenção e documentação de sistemas de informação

Contratação de empresa de informática que atue no desenvolvimento, manutenção e documentação de sistemas de informação, na modalidade de Fábrica de Software, com dimensionamento das atividades e/ou serviços demandados utilizando-se a técnica de contagem de Pontos por Função (APF);

Item 2 – Aferição da contagem serviços dimensionados conforme a técnica de contagem de Pontos de Função (APF)

Contratação de empresa de informática que atue em Contagem de Ponto de Função (PF) para aferição do dimensionamento de atividades e/ou serviços a serem executados pela empresa contratada do Item 1.

Eis o objeto licitado.

A IMPUGNAÇÃO

Com toda vênia, o edital encontra-se viciado.

Para habilitação técnica, ou seja, como condição para participação no certame, o edital prevê as seguintes condições:

9.1.1.1 "Apresentar Atestado(s) de Capacidade Técnica, a ser(em) fornecido(s) por pessoa jurídica de direito público ou privado, em documento timbrado, e que comprove(m) a aptidão da licitante para desempenho das seguintes atividades:

Item 1

9.1.1.1.1. Comprovação de que a licitante prestou ou está prestando, a contento, serviços técnicos de desenvolvimento e manutenção de sistemas no

modelo de Fábrica de Software, mensurados por Ponto de Função, em um montante mínimo de 12.000 (doze mil) PF's/ano, atendendo aos padrões de qualidade, de forma satisfatória, na plataforma PHP e/ou JAVA;

9.1.1.1.2 Comprovação de que a licitante prestou ou está prestando, a contento, serviços técnicos de desenvolvimento e manutenção de sítios e portais no modelo de Fábrica de Software, mensurados por Ponto de Função, em um montante mínimo de 1.000 (um mil) PF's/ano, contendo itens mensuráveis ou não, atendendo aos padrões de qualidade, de forma satisfatória, utilizando framework para desenvolvimento de sítios e portais, preferencialmente, Joomla.

9.1.1.1.3 Para maiores referências quanto à tecnologia utilizada pelo Ministério da Educação, consulte o Encarte V - Infraestrutura, Tecnologias e Ferramentas de suporte ao desenvolvimento de sistemas.

9.1.1.1.4 A quantidade de pontos de função solicitada, nos atestados acima relacionados, é justificável em razão da complexidade do ambiente de tecnologia da informação do MEC. Os percentuais são considerados razoáveis e plenamente compatíveis em quantidade, características e prazos para demonstrar a capacidade do futuro fornecedor em prestar a integralidade dos serviços, nos termos do Inciso II, Artigo 30 da Lei 8.666/93;

9.1.1.1.5 A licitante deverá preencher as tabelas abaixo, relativas aos projetos de desenvolvimento de sistemas de informação, no modelo de Fábrica de Software, anexando evidências de implementação das melhores práticas de mercado, tais como PMBOK, ISO/IEC 20.000 / ITIL e melhores práticas de desenvolvimento de software, por meio de apresentação de Atestado ou do conjunto de Atestados."

Contudo, tal nível de especificidade não se coaduna com a modalidade escolhida, qual seja, pregão que serve apenas a aquisições de serviços comuns.

Além de apresentar um rol exaustivo e restritivo da competição, tais requisitos demonstram, à toda sorte que não se trata de serviço comum, mas de um serviço altamente especializado.

Não por outra razão, há um encarte específico, sob o nº. XV, que inclusive especifica atividades de complexidade variadas, qualificadas como de complexidade 1, 2 ou 3.

O pregão é uma modalidade de licitação destinada a aquisição de bens e a contratação de serviços comuns, assim considerados aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado (art. 1º, § 1º da Lei Federal 10.250/2002 e §4º do artigo 50 da Lei Estadual n. 9.433 de 01º de março de 2005).

Não é esse o caso. Consideram-se bens e serviços comuns aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos no edital, com base nas especificações usuais praticadas no mercado.

Como visto, o presente certame visa a contratação de empresa técnica altamente especializada que, a própria condição de habilitação, indica deve possuir alto grau de especialização.

Na hipótese, o nível de exigência para habilitação das concorrentes retiram do conceito de comum do bem a ser licitado, sobretudo em face do objeto que será desempenhado.

Como ensina **MARÇAL JUSTEN FILHO:**

"...a interpretação do conceito de "bem ou serviço comum" deve fazer-se em função das exigências do interesse público e das peculiaridades procedimentais do próprio pregão. A natureza do pregão deve ser considerada para determinar o próprio conceito de "bem ou serviço comum".

Não entendendo-se dessa forma, a hipótese seria de extirpação das condições de habilitação tão específicas

e restritivas, ajustando-as aos princípios constitucionais da ampla competição e da isonomia.

Não pode o edital estipular, como condições de habilitação, tais requisitos. No máximo, se admitiriam estas condições como itens de pontuação, numa licitação técnica e preço. Mas não foi esse o caso.

Note-se que, tal qual leciona André Guskow Cardoso¹, "o Pleno do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo julgou representação formulada contra edital de pregão destinado à seleção de empresa para fornecimento de "fábrica de *software*", publicado pelo Município de **Guarulhos (Processo TC-037183/026/07, rel. Cons. Cláudio Ferraz de Alvarenga)**. Reputou-se que o pregão não era a modalidade adequada para a licitação do referido objeto, tendo em vista características específicas que impediam que ele fosse caracterizado como comum."

Segundo leciona, o "acórdão que rejeitou a utilização do pregão no caso concreto inicialmente reputou que seria possível, em tese, utilizar licitação do tipo menor preço (inclusive o pregão) para o fim de licitar serviços de informática. Indicou-se que "*a jurisprudência desta Corte tem entendido que o artigo 45, §4º, da [Lei n. 8.666/93](#), concebido em tempos de forte proteção à bens e serviços de informática de origem nacional, não impõe necessariamente a adoção de licitação de técnica e preço para a respectiva contratação, quando tais bens e serviços encontrem-se disponíveis no mercado, obedientes a especificações uniformes*".

No caso concreto, foi examinada de modo específico a metodologia de "pontos de função", que fora adotada pelo edital examinado pela corte de contas. Apontou-se expressamente que "*generaliza-se, progressivamente, nos domínios da tecnologia da informação, a contratação de serviços de desenvolvimento, implantação e manutenção de programas, aplicativos, quantificados consoante certa metodologia de análise de pontos de função, qual descrita em manual de práticas e contagens, elaborado e permanentemente atualizado por profissionais do setor, associados em entidade privada de caráter internacional; o ponto de função é a unidade de medida dos serviços prestados, o preço ajustado por ser aferido pelo que se costuma fixar*

¹ CARDOSO, André Guskow. A utilização do pregão nas licitações de serviços de tecnologia da informação. *Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini*, Curitiba, nº 10, dez./2007, disponível em <http://www.justen.com.br/informativo.php?informativo=10&artigo=320>, acesso em 13/08/2010

em outras negociações de igual feitio, e do contratado também se diz que é uma 'fábrica de software'.

Fixado esse entendimento, o acórdão indica que "uma licitação de menor preço pode muito bem dar conta da obtenção da melhor oferta para a Administração, máxime se oferecido um detalhado termo de referência e cautelarmente adotada, como se imaginou na espécie, uma preliminar avaliação da metodologia da execução dos serviços em perspectiva, antes que se investigue o preço unitário dos correspondentes pontos de função a serem desde logo contratados em determinado montante ou tão só registrado para eventual contratação oportuna".

No entanto, a despeito desse entendimento, o acórdão ora comentado reputou que não seria cabível o pregão no caso concreto.

A distinção de que se valeu o acórdão para afastar o cabimento do pregão fundou-se no conceito de bens e serviços comuns contida na [Lei 10.520/2002](#). Nos termos do acórdão, **"serviços comuns, ainda quando sejam serviços técnicos, não são serviços especializados, muito menos serviços técnicos especializados; serviços comuns são aqueles cuja execução não se aprimora ou apressa à conta da experiência e da formação profissional de quem acaso os presta, até porque seus mais apurados padrões de desempenho e qualidade acham-se já inalteravelmente estabelecidos por especificações usuais no mercado; numa palavra, a metodologia dessa execução é também comum, e uniforme, não comportando temperamentos ou inovações significativas".**

No caso concreto, reputou-se que *"o desenvolvimento de sistemas informatizados, cerne da prestação de serviços em vias de contratação, resulta de um conjunto articulado de atividades, todas de feitio eminentemente intelectual, cujo sucesso depende não apenas da formação profissional e da experiência pessoal dos analistas envolvidos no mister, mas também de seu engenho e de sua criatividade".*

Diante disso, concluiu-se que *"não são, a toda evidência, serviços comuns, conquanto possam contratar-se por menor preço unitário, caso adotada a tecnologia da Análise de Pontos de Função".*

Em trecho do mesmo acórdão, indicou-se que *"ao idealizar o pregão como uma nova modalidade licitatória, a lei de regência simplificou-lhe o procedimento, ensejando a direta análise da proposta econômica dos licitantes e a sua classificação em ordem crescente de valores, em momento imediatamente anterior ao da verificação da habilitação para licitar, sem abrir espaço para que se apure ou avalie a metodologia da execução dos serviços que quiçá componham o seu objeto. É que a Lei de Licitações fixa requisitos para que se programe e efetive a avaliação da metodologia de execução, apenas para os casos de 'obras serviços e*

compras de grande vulto, de alta complexidade técnica'; e serviços de alta complexidade técnica não são serviços comuns'.

Daí porque a utilização do pregão para a aquisição de bens e contratação de serviços pelo poder público tem crescido vertiginosamente nos últimos anos. Essa modalidade foi instituída com o objetivo de simplificar o procedimento necessário para a aquisição de bens e serviços de natureza comum. Porém, há inúmeros questionamentos sobre sua utilização. Eles relacionam-se justamente com a definição dos bens e serviços que podem ser objeto dessa modalidade licitatória. A Lei 10.520/2002 estabelece, no art. 1º, que o pregão se destina à aquisição de bens e serviços comuns, cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser definidos, objetivamente, pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado. Como se observa, trata-se de definição legal ampla e genérica, o que impede que haja segurança absoluta quanto aos bens e serviços que podem, efetivamente, ser licitados por meio do pregão.

E arremata aquele professor:

A despeito da difusão dessa sistemática de compras, não é possível generalizar o uso do pregão para toda e qualquer contratação. Sua utilização indiscriminada pode gerar mais malefícios do que vantagens. Mais do que isso, o interesse público a ser perseguido pela Administração poderá sofrer graves prejuízos, caso se utilize o pregão para a contratação de bens e serviços que não apresentem efetivamente natureza comum. Afinal, a simplificação do procedimento e a redução de exigências existentes no pregão somente é compatível com a aquisição de bens e serviços comuns. Assim, a licitação de serviços e bens de natureza complexa ou que não estejam disponíveis em determinado mercado através de pregão acaba por restringir o critério de seleção ao menor preço. Suprime-se a possibilidade de comparação objetiva das características técnicas desses bens e serviços no curso do processo licitatório. Com isso, a Administração corre o risco de adquirir bens e serviços que não atendam efetivamente às suas necessidades. No caso do acórdão ora comentado, reconheceu-se que os serviços que se pretendia licitar não eram comuns, porque o desenvolvimento de sistemas objeto do edital examinado exigia "*um conjunto articulado de atividades, todas de feição eminentemente intelectual, cujo sucesso depende não apenas da formação profissional e da experiência pessoal dos analistas envolvidos no mister, mas também de seu engenho e criatividade*".

Ou seja, reconheceu-se que o desenvolvimento de sistemas requerido pela Administração no edital impunha a execução de serviços técnicos especializados - e não meramente serviços comuns de informática.

Além disso, o fato de o edital pretender avaliar a metodologia de execução dos serviços licitados também impede, nos termos do acórdão, a utilização da modalidade licitatória do pregão.

Enfim, trata-se de conclusões inequivocamente compatíveis com o contido na Lei 10.520/2005. Trata-se de contribuição relevante, no âmbito do Tribunal de Contas de São Paulo, para a definição da noção de bens e serviços comuns, para fins da utilização do pregão como modalidade licitatória, reduzindo as incertezas enfrentadas pelos licitantes (e pela própria Administração).

Desse modo, sempre que os serviços licitados se enquadrarem na noção de serviços técnicos especializados, não será viável a sua licitação por meio de pregão. Além disso, sempre que for necessária a avaliação da metodologia da execução dos serviços por parte da Administração, antes da apreciação das propostas dos licitantes, não cabe utilizar o pregão - ainda que seja possível a Administração se valer de outra modalidade licitatória do tipo menor preço regida pela Lei 8.666/93."

A hipótese apontada pelo E. TCE-SP é exatamente a desses autos.

A dinâmica apresentada indica claramente que os serviços pretendidos, longe de serem simples, são absolutamente complexos, sem possibilidade de pregão eletrônico.

O critério de 'pontos de função', a certificação exigida, todos os elementos apontam para a complexidade do objeto, que não pode ser tratado bem comum.

Note-se que, no particular, o Poder Judiciário já se manifestou à respeito, condenando a utilização desse expediente para a contratação de serviços de informática complexos, como o presente:

ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS DE TÉCNICOS DE INFORMÁTICA E ANALISTAS DE SISTEMA E SUPORTE PELA MODALIDADE PREGÃO. IMPOSSIBILIDADE. SERVIÇOS QUE NÃO PODEM SER ENQUADRADOS NA MODALIDADE SERVIÇOS COMUNS. VIOLAÇÃO À LEGISLAÇÃO. OBRIGAÇÃO DE OBSERVÂNCIA À LEI PELO ADMINISTRADOR PÚBLICO.

1 - A aquisição de bens e a contratação de serviços pela modalidade pregão incluída entre as modalidades de licitação pela Lei nº 10.520/2002, teve como objetivo facilitar a compra de bens e serviços comuns, conforme a estipulação inscrita no Decreto nº 3.555/2000.

2 - No ramo de serviços de informática o referido decreto indicou como serviços comuns na área de informática, a prestação de serviços de digitação e manutenção de equipamentos.

3 - O objetivo da modalidade pregão é permitir a contratação mais rápida e acessível à Administração de bens e serviços que são licitados pela modalidade menor preço.

4 - Não é cabível a utilização do pregão para a contratação de serviços de informática que demandem conhecimentos técnicos mais aprofundados ou, para a ocupação de funções de formação superior, sob pena de violação expressa ao texto legal, pois para contratações que exigem conhecimentos técnicos especializados, é necessária a realização de licitação pela modalidade técnica e preço, pois o interesse da Administração é o melhor serviço pelo preço mais adequado.

5 - Não existindo autorização legal para que se prescindia da técnica, é inviável a realização de licitação para contratação de serviços técnicos especializados pela modalidade pregão sob o argumento de que a contratação seria financeiramente mais vantajosa para a Administração Pública.

6 - Agravo de instrumento provido. (Nº 2004.01.00.001190-0 de Tribunal Regional Federal da 1ª Região, de 30 Agosto 2004)

Aliás, tal complexidade reflete no montante do contrato, cerca de R\$ 25.000.000,00 (vinte e cinco milhões de reais). O montante mencionado atesta, igualmente a complexidade da contratação.

Em síntese: se prevalecer a exigência editalícia para a habilitação, a modalidade pregão não pode ser utilizada!

***. Da especificidade em relação ao número dos pontos de função.**

Há que se ponderar, ainda, a exigência dos vultosos atestados relacionados aos pontos de função.

Com efeito, é sabido que o número de pontos de função é apenas um dos critérios passíveis de aferição da qualidade técnica do licitante.

Ocorre que esse não é o único!

Contudo, da forma como apontado no certame, a qualificação da Impugnante somente refletirá a sua experiência se atestada dentro do critério de 'pontos de função' o que não é uma realidade.

Note-se que tal critério, longe de ser o único possível, revela nítido comprometimento da ampla concorrência, restringindo desnecessariamente o campo de licitantes e, por isso, contrariando os princípios básicos que norteiam o processo licitatório, acarretam prejuízo ao Erário e atenta contra as normas legais pertinentes.

O objetivo da concorrência pública é assegurar ao Estado a contratação para a aquisição de bens e serviços da forma mais vantajosa possível, preservando o dinheiro do contribuinte.

Com o escopo de atingir este objetivo são traçadas as regras de habilitação dos concorrentes, ou seja, com o intuito de alcançar a celebração de um pacto com um licitante idôneo e capaz de realizar o objeto do contrato de forma eficaz.

Assim entendem os tratadistas da matéria, como HELY LOPES MEIRELLES e ANTONIO MARCELLO DA SILVA:

II. CONCEITO E FINALIDADES DA LICITAÇÃO

Licitação é o procedimento administrativo mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse. Visa a propiciar iguais oportunidades aos que desejam contratar com o Poder Público, dentro dos padrões previamente estabelecidos pela Administração, e atua como fator de eficiência e moralidade nos negócios administrativos. É o meio técnico-legal de verificação das melhores condições para a execução de obras e serviços, compra de materiais, e alienação de bens públicos. Realiza-se através de uma sucessão ordenada de atos vinculantes para a Administração e para os licitantes, sem a observância dos quais é nulo o procedimento licitatório e o contrato subsequente." (Hely Lopes Meirelles *in* Licitação e Contrato Administrativo, 9ª edição, Editora Revista dos Tribunais, págs. 17/18).

"Licitação é o procedimento administrativo, cautelar e seletivo, pelo qual a Administração verifica a idoneidade dos proponentes e escolhe a proposta mais vantajosa para a contratação pretendida" Antonio Marcello da Silva, *in* *O Princípio e os Princípios da Licitação*, RT 532/27 e RDA 136/34)

Há quem acrescente, ainda, como LUIZ ALBERTO BLANCHET, acerca da importância da licitação como um meio da Administração Pública contratar de forma idônea a melhor solução para o caso concreto, preservando o bem maior, o interesse público.

"3.1 FINALIDADE LEGAL.

O texto do art. 3º da Lei nº 8.666/93, à análise preliminar, parece definir a finalidade da licitação. A finalidade aí prevista, todavia, concerne à fase externa da licitação, pressupondo, portanto, que as opções feitas pela Administração e consignadas no instrumento convocatório são juridicamente corretas e inquestionáveis. A licitação, no entanto, muito mais do que a simples escolha da proposta mais vantajosa ou a preservação da isonomia, visa a selecionar a solução mais idônea para atender a necessidade pública em razão da qual se está licitando. Esta não é a finalidade escrita no texto legal em pauta, mas é a que decorre dos princípios (da moralidade especialmente - art 37 da CF) e do sistema de normas pertinentes à atuação do administrador público, cuja inobservância pode redundar em anulação por desvio de poder, e até em crime, como eventualmente seria o caso do emprego irregular de

verbas ou rendas públicas.” (Luiz Alberto Blanchet, in Licitação, O Edital à Luz da Nova Lei, Juruá Editora, Curitiba, pág. 180)

É fundamental que o Poder Público, na busca da melhor oferta, não feche as portas à potenciais licitantes, porque restringindo a variedade de proponentes diminui a possibilidade de escolha da Administração.

Este é a posição unânime da doutrina e da jurisprudência sobre a matéria, segundo a qual, inclusive, deve haver certa elasticidade para preservar no certame o número mais alto possível de concorrentes.

Não pode a tábua de avaliação privilegiar os grandes em detrimento daqueles que possuem tamanho compatível com o objeto licitado.

Assim entendem LUIZ ALBERTO BLANCHET, TOSHIO MUKAI, J. CRETELLA JÚNIOR e ADILSON ABREU DALLARI, entre outros, conforme lições abaixo transcritas:

“2.2 A HABILITAÇÃO E O PRINCÍPIO DA INSTRUMENTALIDADE.

Para evitar-se a exclusão de participantes aptos para atender a necessidade ensejadora da licitação, garantindo-se o maior número possível de propostas, e conseqüentemente maior probabilidade de se obter a proposta efetivamente mais vantajosa, não se pode prescindir do recurso ao princípio da instrumentalidade. Se a licitação é o instrumento do qual se serve a Administração para atender a uma necessidade concreta da forma mais satisfatória possível, a eliminação prévia e sumária de interessados que poderiam prestar este atendimento, pode representar a exclusão da proposta realmente mais vantajosa, pois a proposta vencedora da licitação sê-lo-á apenas e exclusivamente em relação às apresentadas por aqueles que de acordo com o edital puderam ser habilitados.” (Luiz Alberto Blanchet in Licitação, O Edital à Luz da Nova Lei, 1993, Juruá Editora, Curitiba, pág. 83).

“2. PRINCÍPIOS DA LICITAÇÃO.

Quanto aos princípios, a disposição legal adotou a linha doutrinária de Hely Lopes Meirelles, que é pródigo no elencá-los. Embora o art. 3º não indique

expressamente alguns dos princípios arrolados pelo mestre (tais como o do procedimento formal, sigilo na apresentação das propostas, adjudicação compulsória ao vencedor), é evidente que os admite, em razão da sua parte final, que está redigida a tornar o elenco exemplificativo.

Da mesma forma, cabe ali um dos princípios fundamentais de licitação, que é o da oposição ou da competitividade, tão essencial na matéria que, se num procedimento licitatório, por obra de conluio, faltar a competição (ou oposição) entre os concorrentes, falecerá a própria licitação, inexistirá o instituto mesmo. Jorge Héctor Escola diz mesmo: "La base de toda licitación es, justamente, la presencia de varias ofertas diferentes, que sean comparables entre si, de modo que pueda elegirse la mas conveniente para la administración pública" (grifos nossos).

Mas o próprio Decreto-lei n. 2.300/86 leva em conta esse princípio, ao estatuir no § 1º do art. 3.º que "é vedado aos agentes públicos admitir, prever, incluir, ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que: I -- comprometam, restrinjam, ou frustrem, o caráter competitivo do procedimento licitatório". (Toshio Mukai, **in** O Estatuto Jurídico das Licitações e Contratos Administrativos, Editora Saraiva, págs. 16/17).

"Finalidade da Concorrência - Visa a concorrência pública a fazer com que maior número de licitantes se habilitem para o objetivo de facilitar aos órgãos públicos a obtenção de coisas e serviços mais convenientes a seus interesses. Em razão desse escopo, exigências demasiadas e rigorismos inconsetâneos com a boa exegese da lei devem ser arredados. Não deve haver nos trabalhos nenhum rigorismo e, na primeira fase da habilitação, deve ser de absoluta singeleza o procedimento licitatório. Consorciando-se várias empresas para o fim de, unidas, disputarem determinada concorrência, não podem ser alijadas da mesma, tão-só, porque o consórcio é somente de fato, sem personalidade jurídica. É que, houvesse tal consórcio de contar com personalidade jurídica própria, deixaria de haver a reunião de empresas para transformar-se em outra entidade distinta e não desejada pelas que se reuniram para o pretendido fim' (TJRS, em RDP, 14:240)." (Jurisprudência citada por J. Cretella Júnior **in** Das Licitações Públicas, 4ª edição, Editora Forense, 1993, Rio de Janeiro, págs. 3/4)

"Na jurisprudência, já é clássico o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul AGP 11.363 (publicado na RDP, 14:240), neste sentido:

"Visa a concorrência pública a fazer com que maior número de licitantes se habilitem para o objetivo de facilitar aos órgãos públicos a obtenção de coisas e serviços mais convenientes a seus interesses. Em razão desse escopo, exigências demasiadas e rigorismos inconsistentes com a boa exegese da lei

devem ser arredados. Não deve haver nos trabalhos nenhum rigorismo e na primeira fase da habilitação deve ser de absoluta singeleza o procedimento licitatório".

Em resumo, resulta claro de todo o exposto que não há vedação legal ou constitucional a uma certa benevolência da Administração no momento de fixar critérios para a habilitação em uma dada concorrência pública. Diante do caso concreto, atentando para as circunstâncias de mercado, ponderando os riscos próprios do específico contrato a ser celebrado, buscando satisfazer da melhor forma possível o interesse público a Administração definirá, "conforme o caso", o universo de proponentes, sendo certo apenas que não pode vedar ou dificultar a participação de possíveis licitantes, restringindo artificialmente a amplitude do certame.

Em todo negócio pode e deve haver um certo risco. Não há como eliminar totalmente os riscos mediante rigorosos critérios de habilitação. O que se deve fazer é redigir cuidadosamente o contrato, estipulando com precisão e clareza as obrigações das partes, e fixando as responsabilidades pelo inadimplemento. A busca de uma segurança inexistente não deve impedir o regular funcionamento da máquina administrativa, em detrimento do bem-estar da coletividade.

A doutrina e a jurisprudência indicam que, no tocante à fase de habilitação, como o objetivo dessa fase é verificar se aquelas pessoas que pretendem contratar têm ou não condições para contratar (essa é a essência, isto é, o fundamental), interessa para a Administração receber o maior número de proponentes, porque, quanto maior a concorrência, maior será a possibilidade de encontrar condições vantajosas.

Portanto, existem claras manifestações doutrinárias e já existe jurisprudência no sentido de que, na fase de habilitação, não deve haver rigidez excessiva; deve-se procurar a finalidade da fase de habilitação, deve-se verificar se o proponente tem concretamente idoneidade. Se houver um defeito mínimo, irrelevante para essa comprovação, isto não pode ser colocado como excludente do licitante. Deve haver uma certa elasticidade em função do objetivo, da razão de ser da fase de habilitação; interessa, consulta ao interesse público, que haja o maior número possível de participantes." (Adilson Abreu Dallari, in Aspectos Jurídicos da Licitação, Editora Saraiva, 3ª edição, págs. 87/88).

Neste sentido vide também: MARÇAL JUSTEM FILHO (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Aide Editora, 1993); J. CRETELLA JÚNIOR (Das Licitações Públicas, Editora Forense, 1993); JOSÉ TORRES PEREIRA

JÚNIOR (Comentários à Nova Lei das Licitações Públicas); e SÉRGIO VAZ (Nova lei das licitações, princípios, fraudes e corrupção na administração, Edição Datajuris, 1993)

A empresa deve demonstrar através de seus atestados que possui idoneidade e capacitação técnica para realizar o objeto do certame e não um imaginado objeto muito maior e que, de fato, não existe.

Inviabilizar, **pela habilitação**, o acesso da comunidade de empresas da área ao certame em apreço atenta contra os princípios norteadores dos procedimentos licitatórios, notadamente quando a pretensa restrição importa na permanência de poucos concorrentes, frustrando a possibilidade de escolha pela Administração.

A ofensa ao princípio acarreta a nulidade do processo administrativo, conforme os ensinamentos de ADILSON ABREU DALLARI.

"Vamos, pois, proceder a um estudo dos princípios informadores da licitação, atentos à lição de Celso Antonio Bandeira de Mello, para quem princípio é "a disposição expressa ou implícita, de natureza categorial em um sistema, pelo que conforma o sentido das normas implantadas em uma ordenação jurídico-positiva", e, em consequência, "violiar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos". Por conseguinte, conclui o eminente autor, o desrespeito a um princípio constitui a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme a natureza do princípio que se violou.

Portanto, a aplicabilidade dos princípios informadores da licitação aos atos concretos praticados pela Administração Pública independe da existência de disposição normativa expressa e acarreta diretamente a nulidade dos atos desconformes, ensejando, ainda, a responsabilidade de seus agentes.

O Princípio, por sua importância, serve exatamente para orientar a interpretação e a aplicação de toda e qualquer norma. Na ausência de norma específica, o princípio condiciona ou determina, diretamente, a atuação do agente da Administração.

Seja permitido transcrever aqui alguns apontamentos feitos por Geraldo Ataliba a respeito do valor da noção de princípio: "Os princípios são as linhas mestras, os grandes nortes, as diretrizes magnas do sistema jurídico. Apontam os rumos a serem seguidos por toda a sociedade e obrigatoriamente perseguidos pelos órgãos do governo (poderes constituídos).

Eles expressam a substância última do querer popular, seus objetivos e desígnos, as linhas mestras da legislação, da Administração e da jurisdição. Por estas não podem ser contrariados; têm que ser prestigiados até as últimas conseqüências". (Adilson Abreu Dallari, in Aspectos Jurídicos da Licitação, Editora Saraiva, 3ª edição, págs. 3/4)

A observância dos princípios mencionados acarreta, em última instância, a reforma do edital para ser evitado duplo prejuízo ao Poder Público, o primeiro decorrente da invalidade do procedimento e o segundo da própria restrição de ofertas para a celebração do contrato.

CONCLUSÃO

Ante o exposto, requer seja recebido e acolhida a presente **impugnação**, para que seja revista a modalidade escolhida, ou mesmo para que se modifiquem as condições de habilitação, eliminando-se as restrições postas, acolhendo-se a impugnação ao edital, que, da forma que se encontra, não resiste a análise mais atenta do Administrador Público.

P. Deferimento.

Brasília-DF, 13 de agosto de 2010.

Paulo Medeiros

Diretor Técnico

SCM Soluções