

Ao

BDMG BANCO DE DESENVOLVIMENTO DE MINAS GERAIS

Sr. Pregoeiro - pregao@bdmg.mg.gov.br

Processo SEI nº 5200.01.0000134/2020-69

Pregão Eletrônico BDMG-04/2020

EXTREME DIGITAL CONSULTORIA E REPRESENTAÇÕES LTDA., sociedade empresária limitada, inscrita no CNPJ sob o nº [REDACTED], com sede [REDACTED] ("EDS"), neste ato representada na forma de seu Contrato Social, vem, tempestiva e respeitosamente, à presença de Vossa Senhoria, com fundamento no item 2.3 do Edital¹, apresentar tempestivamente² **IMPUGNAÇÃO AO EDITAL**, pelos motivos abaixo expostos.

1. PRELIMINARMENTE: DO NECESSÁRIO RECEBIMENTO DA PRESENTE IMPUGNAÇÃO ELETRONICAMENTE

1. Inobstante o item 2.4 do Edital³ preveja que as Impugnações deverão ser apresentadas fisicamente, no Setor de Protocolo do BDMG, é certo que, em atenção ao atual cenário vivenciado pela pandemia da Covid-19 e ao princípio do formalismo moderado, consolidado pelo TCU⁴, deverá ser admitido o protocolo via e-mail da presente Impugnação.

¹ 2.3. Serão cabíveis pedidos de esclarecimentos e impugnações ao Edital que forem encaminhados ao Pregoeiro até 02 (dois) dias úteis antes da data fixada para abertura da sessão pública.

² Considerando que o item 4.1.1 do Edital estabelece que na contagem dos prazos excluir-se-á o dia do início e incluir-se-á o do vencimento, bem como que o início da sessão está previsto para 07/08/2020, plenamente tempestiva a Impugnação apresentada na presente data.

³ 2.4. Em caso de impugnações, deverá o interessado apresentar seu pedido no Setor de Protocolo do BDMG, situado na Rua da Bahia, 1.600, em Belo Horizonte, MG, em invólucro lacrado, com identificação do seu conteúdo no anverso, identificando-se obrigatoriamente pela indicação de seu CNPJ, se pessoa jurídica, ou CPF, se pessoa física.

⁴ Falhas formais, sanáveis durante o processo licitatório, não devem levar à desclassificação da licitante. No curso de procedimentos licitatórios, a Administração Pública deve pautar-se pelo princípio do formalismo moderado, que prescreve a adoção de formas simples e suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados, promovendo, assim, a prevalência do conteúdo sobre o formalismo extremo, respeitadas, ainda, as praxes essenciais à proteção das prerrogativas dos administrados. (Acórdão 357/2015-Plenário | Relator: BRUNO DANTAS)



2. Evidente que atualmente deve ser dada preferência aos meios digitais de comunicação e documentos digitalizados, sob pena de imposição de ônus excessivo às licitantes, violação ao direito de petição e consequente restrição à competitividade.

3. Nesse sentido, convém ressaltar que o Sr. Pregoeiro expressamente reconheceu a admissibilidade da Impugnação oferecida pelo Sr. Adriano Miranda Oliveira (Rio Minas Soluções Especializadas) remetida através de e-mail institucional ao BDMG, pelo que o mesmo deve ser observado com relação à **EDS**, em atenção ao princípio da igualdade entre os licitantes.

4. Assim, considerando o encaminhamento da presente através de e-mail institucional da **EDS** e comprovado que o signatário possui poderes de representação, requer seja admitida a presente Impugnação, encaminhada por e-mail, em atenção aos princípios do formalismo moderado e igualdade.

2. DA EXIGÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE CAPACIDADE TÉCNICA EM PERÍODO SUPERIOR AO DO CONTRATO

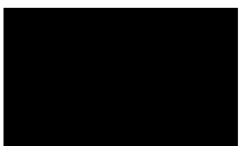
3. Como se sabe, ao julgar processos licitatórios e elaborar seus Editais, a Administração possui obrigatoriedade de vinculação ao instrumento convocatório e ao julgamento objetivo, em observância aos princípios constitucionais básicos, da legalidade, impeccabilidade, isonomia, vantajosidade, dentre outros, conforme preconiza o art. 3º, da Lei 8.666/93⁵.

4. Com relação ao princípio da **Legalidade**, conforme leciona Hely Lopes Meirelles⁶, *"significa que o administrador público está, em toda a sua*

⁵ "Art. 3º. A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impeccabilidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da proibidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos". Destacamos.

⁶ Meirelles, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro / Hely Lopes Meirelles, José Emmanuel Burle Filho. - 42. ed. / atual. até a Emenda Constitucional 90, de 15.9.2015. - São Paulo : Malheiros, 2016.





atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso”.

5. Sobre a **Impessoalidade**, trata-se de princípio intimamente ligado aos princípios da isonomia e do julgamento objetivo, pois significa que todos os licitantes devem ser tratados igualmente, com base em critérios objetivos, sendo vedado à Administração Pública levar em consideração as condições pessoais do licitante ou as vantagens por ele oferecidas, salvo as expressamente previstas na lei ou no instrumento convocatório, como bem ensina Maria Sylvia Zanella di Pietro⁷.

6. Quanto ao princípio da **Isonomia**, vale ressaltar que há uma relação direta com a competitividade do certame, prevista no § 1º, I do mencionado dispositivo legal⁸. Ao assegurar o tratamento isonômico entre os licitantes, protege-se a ampla competição no procedimento.⁹

7. No que se refere aos princípios da licitação e à competitividade do certame, são as lições de Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁰:

“Ao nosso ver, os princípios cardeais da licitação poderiam ser resumidos nos seguintes: a) competitividade, b) isonomia; c) publicidade; d) respeito às condições prefixadas no edital; e e) possibilidade de o disputador fiscalizar o

⁷ Di Pietro, Maria Sylvia Zanella Direito administrativo / Maria Sylvia Zanella Di Pietro. – 30.ed. Rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

⁸ § 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, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, 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, ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 deste artigo e no art. 3º da Lei no 8.248, de 23 de outubro de 1991;

⁹ Igualdade relaciona-se, conforme dito, diretamente com a impessoalidade, pois exige da Administração tratamento isonômico a todos que participem da licitação. (...)

É vedado, de acordo com o art. 3º, § 1º, I da Lei 8.666/1993, admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, 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, ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 deste artigo e no artigo 3º da Lei 8.248, de 23.10.1991. (...)

Para se examinar se há violação ao princípio, “tem-se de investigar, de um lado, aquilo que é erigido em critério discriminatório e, de outro lado, se há justificativa racional para, à vista do traço desigualador adotado, atribuir o específico tratamento jurídico constituído em função da desigualdade afirmada”.

NOHARA, Irene Patrícia. Tratado de direito administrativo: licitação e contratos administrativos / Jacinto Arruda Câmara, Irene Patrícia Nohara. – São Paulo: Editora RT. 2014.

¹⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Editora Malheiros. 2007.





atendimento dos princípios anteriores. Afora o **princípio da competitividade, que, embora não mencionado especificamente pela lei em tal qualidade, é da essência da licitação** (tanto que a lei o encarece em alguns dispositivos, como no art. 3º, § 1º, I e no art. 90), todos descendem do princípio da isonomia, pois são requisitos necessários para garantir-lhe a existência.”

8. Feitos tais esclarecimentos, verifica-se que no presente caso o item 2.4.1, I¹¹ do Anexo II do Edital impõe como requisito à habilitação dos licitantes, a apresentação de atestados de capacidade técnica que comprovem a **experiência de no mínimo 3 (três) anos** na prestação de serviços de projeto, desenvolvimento e manutenção de *software*, mediante cessão de mão de obra.

9. Por sua vez, no Anexo IV – Minuta do Instrumento Contratual, consta expressamente que o contrato que vier a ser firmado em decorrência do presente certame, terá vigência de 12 (doze) meses¹².

10. Nesse sentido, o art. 30, § 5º da Lei 8.666/1993 veda expressamente 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"*.

11. Complementando, o inciso II do mesmo artigo admite exigência de *"comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e **compatível em** características, quantidades e **prazos com o objeto da licitação** (...) "*.

12. Assim, é certo que 03 anos de experiência mínima supera o prazo estipulado na relação contratual inicial, caracterizando exigência incompatível com objeto licitado, em desacordo com o previsto no inciso II do art. 30 da Lei 8.666/1993 e com o princípio da legalidade.

¹¹ 2.4.1. Atestado(s) de capacidade técnica, expedido(s) por pessoa(s) jurídica(s) de direito público ou privado, que comprove(m) que a licitante tenha:
I. no mínimo, 3 (três) anos de experiência na prestação de serviços de projeto, desenvolvimento e manutenção de *software*, mediante cessão de mão de obra;

¹² 5.1. Este contrato terá vigência de um ano, contado da assinatura deste instrumento contratual, prorrogável até cinco anos.





13. Como consequência, evidente que o impedimento à participação de empresas com menos de 3 anos de experiência dificulta a entrada a novos concorrentes no setor em que se insere a contratação e, ainda, restringe a competitividade do certame, pois quanto mais exigências de qualificação, menor o número de empresas aptas a cumpri-las e, em decorrência disso, acabam sendo privilegiadas poucas licitantes, em desrespeito aos princípios da igualdade e impessoalidade.

14. Sobre o tema, destaca-se o entendimento do TCU:

"O § 5º do art. 30 da Lei 8.666/1993 veda "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 inciso II, do mesmo artigo, por sua vez, admite exigência de "comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação (...) ". (...)

Assim, 3 anos de experiência mínima, para comprovação de qualificação técnico-operacional, supera o prazo estipulado na relação contratual inicial, caracterizando critério, em princípio, exigência incompatível com objeto licitado, contrariando o inciso II do art. 30 da Lei 8.666/1993.

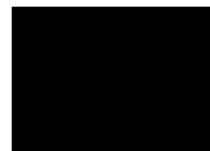
O impedimento à participação de empresas com menos de 3 anos de existência dificulta a entrada a novos concorrentes no setor em que se insere a contratação, principalmente no caso de serviços em que o setor público é contratante proeminente, como é o caso da segurança armada.

Além disso, restringe a competitividade do certame, pois quanto mais exigências de qualificação, menor o número de empresas aptas a cumpri-las.

Por se tratar de exigência de qualificação com potencial de restringir o caráter competitivo do certame e o desenvolvimento do setor em que se insere o objeto da contratação, a experiência anterior em lapso temporal superior ao prazo inicial do contrato deve ser objeto de adequada fundamentação, baseada em estudos prévios à licitação e na experiência pretérita do órgão contratante, que indiquem ser tal lapso indispensável para assegurar prestação do serviço em conformidade com as necessidades específicas do órgão, por força da sua essencialidade, quantitativo, risco, complexidade ou qualquer outra particularidade."¹³

¹³Acórdão 2870/2018-Plenário, Data da sessão 05/12/2018, Relator WALTON ALENCAR RODRIGUES.





15. Não só isso, é evidente que, ainda que se considere o período máximo de vigência contratual, contando com a possibilidade de prorrogação até cinco anos, o período de três anos de experiência ainda se mostra superior a 50% do quantitativo de tempo objeto da licitação.

16. Sobre o tema, **o próprio TCU tratou de pacificar que o quantitativo razoável, é o limite de 50% (cinquenta por cento) dos quantitativos dos itens de maior relevância.**

É irregular a exigência de atestado de capacidade técnica com quantitativo mínimo superior a 50% do quantitativo de bens e serviços que se pretende contratar, exceto se houver justificativa técnica plausível. (Acórdão 2696/2019 – Primeira Câmara – 26.03.2019 – Rel. Bruno Dantas)

É irregular a exigência de atestado de capacidade técnica com quantitativo mínimo superior a 50% do quantitativo de bens e serviços que se pretende contratar, exceto nos casos em que a especificidade do objeto recomende e não haja comprometimento à competitividade do certame, circunstância que deve ser devidamente justificada no processo licitatório. (Acórdão 3663/2016 – Primeira Câmara – 07.06.2016 – Rel. Augusto Sherman)

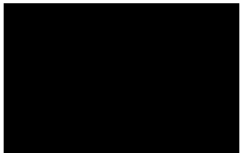
17. Assim, é evidente que no que se refere às exigências de comprovação de capacitação técnica, por período não inferior a 3 anos, o edital se mostra excessivo e restritivo, de forma tal que deverá ser alterado, permitindo que um número maior de licitantes possa participar do processo.

3. DA CONCLUSÃO E PEDIDOS

18. Por todo o acima exposto, verifica que os itens impugnados conferem ao edital características restritivas e excessivas, que violam os princípios da isonomia, impessoalidade, legalidade e da livre competição, de modo que, ainda que sem intenção, acaba por privilegiar algumas concorrentes, em detrimento de outras.

19. Assim, por todo o acima exposto, tem-se **IMPUGNADO** o Edital do Pregão em comento, pelo que requer a este Órgão o acolhimento dos argumentos





supra referenciados para proceda **com a alteração e adequação do edital**, a fim afastar a exigência de tempo mínimo de experiência de 3 (três) anos, por ser excessivamente superior ao período de 01 (um) ano previsto para a contratação, sob pena de restrição à competitividade do certame.

Termos em que,
Pede deferimento.

São Paulo – SP, 04 de agosto de 2020.



EXTREME DIGITAL CONSULTORIA E REPRESENTAÇÕES LTDA.



A

EXTREME DIGITAL CONSULTORIA E REPRESENTAÇÕES LTDA.

Trata-se de impugnação interposta pela EXTREME DIGITAL CONSULTORIA E REPRESENTAÇÕES LTDA, no dia 04/08/2020, ao edital BDMG-04/2020.

Do juízo de admissibilidade

Estatui o edital, item 2.4, que “em caso de impugnações, deverá o interessado apresentar seu pedido no Setor de Protocolo do BDMG, situado na Rua da Bahia, 1.600, em Belo Horizonte, MG, em invólucro lacrado, com identificação do seu conteúdo no anverso, identificando-se obrigatoriamente pela indicação de seu CNPJ, se pessoa jurídica, ou CPF, se pessoa física”.

A impugnação não foi apresentada no setor de protocolo do BDMG, mas mediante e-mail, em petição eletrônica assinada digitalmente por procurador, acompanhada de cópias do instrumento de mandato, do ato constitutivo consolidado no qual são definidos os poderes de representação do mandante e de cópias simples de documentos de identificação civil do mandante e do mandatário. Verificadas a autenticidade da assinatura digital na petição, da cópia do contrato social consolidado e da firma na procuração, a impugnação foi recebida, com fundamento nos princípios da instrumentalidade das formas e do formalismo moderado¹.

Determina o edital, item 2.3, que “serão cabíveis pedidos de esclarecimentos e impugnações ao Edital que forem encaminhados ao Pregoeiro até 02 (dois) dias úteis antes da data fixada para abertura da sessão pública”. Na contagem dos prazos, exclui-se o dia do início e inclui-se o do vencimento, segundo estabelece o edital, item 4.4.1.

De fato, a impugnação foi entregue no dia 04/08/2020, mas as 21h11. Observada a regra conforme estabelecida no edital, que não prevê a apresentação mediante e-mail e é assente à determinação do Decreto Estadual 44.786/2008, art. 11², a entrega teria de se realizar até as 18h, quando se encerra o horário de funcionamento do Banco³, motivo pela qual a impugnação é intempestiva. Em juízo diverso, a materialização do formalismo moderado que possibilita o recebimento ultrapassaria sua razão de ser, para privilegiar quem não cumpre as determinações do edital, em verdadeira mácula aos princípios da isonomia, ou igualdade, e da impessoalidade que regem este certame por força da Lei Federal 13.303/2016, art. 31.

¹ Tenha-se a definição do Código de Processo Civil, art. 188: “Os atos e os termos processuais independem de forma determinada, salvo quando a lei expressamente a exigir, considerando-se válidos os que, realizados de outro modo, lhe preencham a finalidade essencial”.

² “Art. 11. Até dois dias úteis antes da data fixada para abertura da sessão pública, qualquer pessoa, inclusive licitante, poderá solicitar esclarecimentos ou impugnar o ato convocatório do pregão. § 1º Caberá ao pregoeiro decidir sobre a petição no prazo de vinte e quatro horas contados da sua protocolização, apoiado pelo setor técnico responsável pela elaboração do edital ou pelo órgão jurídico, conforme o caso. (...)”. As alterações empreendidas pelo Decreto Estadual 48.012/2020 não alcançam esta licitação do BDMG, pelo que prescreve o art. 57, parágrafo único, deste decreto.

³ Informação pública disponível no portal do BDMG - <https://www.bdmg.mg.gov.br/transparencia-governanca/>

Contudo, em função do direito constitucional de petição – Constituição da República, art. 5º, inciso XXXIV – a impugnação foi conhecida, mas apenas em seu caráter de mera petição, sem vínculo ao prazo de resposta.

Do juízo de mérito

A Peticionária se insurge contra a regra de habilitação técnica expressa no Anexo II do edital, item 2.4.1, inciso I. Da argumentação apresentada, a qual examinei em sua integralidade, transcreverei apenas os principais pontos, fundamentais, e minha análise.

Afirma a Extreme Digital que *“ao julgar processos licitatórios e elaborar seus Editais, a Administração possui obrigatoriedade de vinculação ao instrumento convocatório e ao julgamento objetivo, em observância aos princípios constitucionais básicos, da legalidade, impessoalidade, isonomia, vantajosidade, dentre outros, conforme preconiza o art. 3º, da Lei 8.666/93”*, citando definições da bibliografia técnica específica em remissão à Lei Geral de Licitações.

É curiosa a referência da Peticionária a “obrigatoriedade de vinculação ao instrumento convocatório”. Não fosse a possibilidade de mitigação do princípio aludido, pela qual roga no item 1 de sua petição, seu pleito não seria sequer recebido. Porém, a aplicabilidade dos princípios norteadores desta licitação, expressos na Lei Federal 13.303/2016, art. 31, não tem fim em si mesma, mas serve à obtenção da proposta mais vantajosa ao BDMG⁴.

Há que se reiterar pontos já esclarecidos na resposta⁵ à impugnação ao edital BDMG-04/2020 anteriormente apresentada, também recebida apenas nos limites do direito constitucional de petição e à qual a Extreme Digital fez referência para pleitear o recebimento de sua alteração.

Dentre tais pontos tenha-se que o BDMG não se vincula, nem subsidiariamente, às determinações da Lei Geral de Licitações. **Qualquer pedido fundamentado na Lei Federal 8.666/1993 não se sustenta no âmbito dos certames empreendidos pelo BDMG.**

É como reconhecem os especialistas técnicos⁶ e o Tribunal de Contas de Minas Gerais⁷.

⁴ “O art. 31 prevê que a busca da proposta mais vantajosa deve ser perseguida com base nos seguintes princípios: ‘... da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da eficiência, da probidade administrativa, da economicidade, do desenvolvimento nacional sustentável, da vinculação ao instrumento convocatório, da obtenção da competitividade e do julgamento objetivo’”. (JUSTEN FILHO, Marçal. Organizador. Estatuto jurídico das empresas estatais: Lei 13.303/2016. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 337).

⁵ Disponível em < <https://www.bdmg.mg.gov.br/wp-content/uploads/2020/08/04-2020-impugnacao-e-analise.pdf> >

⁶ “Às empresas estatais não se aplica, nem subsidiariamente, a Lei nº 8.666/93, ressalvados os casos em que a Lei das Empresas Estatais tenha expressamente prevista a incidência desta lei, a exemplo do que se verifica em seu art. 41” (NORONHA, João Otávio de. FRAZÃO, Ana. MESQUITA, Daniel Augusto. Estatuto Jurídico das Estatais: análise da Lei 13.303/2016. 1. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 249)

“Como exposto anteriormente, a EC 19/1998 consagrou tratamento dicotômico para as licitações e contratações promovidas pelas entidades integrantes da Administração Pública. Os sujeitos administrativos com personalidade de direito público sujeitam-se à Lei 8.666/1993. As sociedades estatais empresárias subordinam-se à Lei 13.303/2016” (JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos: Lei 8.666/1993. 18. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 30)

Os regimes jurídicos estabelecidos pela lei 8.666 e pela lei que rege as licitações e contratações realizadas pelo Banco, 13.303, são antagônicos:

- da Lei Federal 8.666/1993, "Art. 54. Os contratos administrativos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado".
- da Lei Federal 13.303/2016, "Art. 68. Os contratos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas, pelo disposto nesta Lei e pelos preceitos de direito privado".

Ainda assim, a regra de habilitação atacada atende também ao regramento da Lei Geral de Licitações, conforme será posto.

Declara a Peticionária *"que no presente caso o item 2.4.1, I do Anexo II do Edital impõe como requisito à habilitação dos licitantes, a apresentação de atestados de capacidade técnica que comprovem a experiência de no mínimo 3 (três) anos na prestação de serviços de projeto, desenvolvimento e manutenção de software, mediante cessão de mão de obra"*; que *"no Anexo IV – Minuta do Instrumento Contratual, consta expressamente que o contrato que vier a ser firmado em decorrência do presente certame, terá vigência de 12 (doze) meses"*; que *"assim, é certo que 03 anos de experiência mínima supera o prazo estipulado na relação contratual inicial, caracterizando exigência incompatível com objeto licitado, em desacordo com o previsto no inciso II do art. 30 da Lei 8.666/1993 e com o princípio da legalidade"*; que *"como consequência, evidente que o impedimento à participação de empresas com menos de 3 anos de experiência dificulta a entrada a novos concorrentes no setor em que se insere a contratação e, ainda, restringe a competitividade do certame, pois quanto mais exigências de qualificação, menor o número de empresas aptas a cumpri-las e, em decorrência disso, acabam sendo privilegiadas poucas licitantes, em desrespeito aos princípios da igualdade e impessoalidade"*; que *"ainda que se considere o período máximo de vigência contratual, contando com a possibilidade de prorrogação até cinco anos, o período de três anos de experiência ainda se mostra superior a 50% do quantitativo de tempo objeto da licitação"* e que *"o próprio TCU tratou de pacificar que o quantitativo razoável, é o limite de 50% (cinquenta por cento) dos quantitativos dos itens de maior relevância"*.

Repiso, agora na voz de Edgar Guimarães e José Anacleto Abduch Santos⁸: a Lei Federal 13.303/2016 "tem regime jurídico próprio e específico para a habilitação. **Não se aplicam, portanto, as disposições contidas nos artigos 27 a 31 da Lei nº 8.666/1993**".

Contudo, mesmo no regime da Lei 8.666 a adoção do critério combatido pela Extreme Digital não

⁷ Segundo o Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais as licitações instauradas pelo Banco se submetem "a regime jurídico próprio, consagrado na Lei n. 13.303, de 2016, de modo que, ressalvadas as disposições legais em sentido contrário, não se aplicam à espécie as disposições da Lei n. 8.666, de 1993". (MINAS GERAIS. Tribunal de Contas do Estado. Denúncia n. 1054240. Rei. Cons. Gilberto Diniz. Sessão do dia 14/03/2019. Disponibilizada no DOO do dia 05/04/2019. Disponível em: <<http://tcjuris.tce.mg.gov.br/Home/BaixarArquivoArq?arquivo=1822260>>)

⁸ GUIMARÃES, Edgar. SANTOS, José Anacleto Abduch. Lei das estatais: comentários ao regime jurídico licitatório e contratual da Lei nº 13.303/2016. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 202.

somente é possível como foi positivada, na forma da Instrução Normativa SG/MP 05/2017, Anexo VI-A, item 10.6⁹.

10.6. Na contratação de serviço continuado, para efeito de qualificação técnico-operacional, a Administração poderá exigir do licitante:

...

b) comprovação que já executou objeto compatível, em prazo, com o que está sendo licitado, **mediante a comprovação de experiência mínima de três anos na execução de objeto semelhante ao da contratação**, podendo ser aceito o somatório de atestados;

...

10.6.1 É admitida a apresentação de atestados referentes a períodos sucessivos não contínuos, para fins da comprovação de que trata a alínea "b" do subitem 10.6 acima, não havendo obrigatoriedade de os três anos serem ininterruptos.

De fato, a exigência altercada pela Peticionária, porque prevista em norma própria, é comumente utilizada, como no pregão nº 42/2019, empreendido pela Advocacia Geral da União¹⁰, de objeto semelhante ao do BDMG e **no qual a vigência original da contratação advinda da licitação é de 12 (doze) meses**.

No edital do BDMG, a regra foi estabelecida na precisa circunscrição do que dita a Lei Federal 13.303/2016, art. 58, inciso II, incontestável a relevância de se demonstrar aptidão para o desempenho da atividade por período compatível com o licitado, tendo em vista que os serviços continuados podem ser estender por até cinco anos, nos termos da mesma Lei Federal 13.303/2016, art. 71.

A realidade histórica do BDMG demonstra que as contratações de serviços continuados perduram até o esgotamento do prazo legal possível. Em decorrência disso, no entendimento do Tribunal de Contas da União, seria cabível que a exigência relativa aos anos de experiência contemplasse inclusive o prazo limite das prorrogações sucessivas¹¹. Contudo, o BDMG, para materialização do princípio da obtenção da competitividade expresso na Lei Federal 13.303/2016, art. 31, caput, percebe estritamente necessária a comprovação da execução dos serviços por três anos¹², nos

⁹ UNIÃO. Governo Federal. Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. Secretaria de Gestão. Instrução Normativa nº 5, de 26 de maio de 2017. Disponível em:
< <https://www.comprasgovernamentais.gov.br/index.php/legislacao/1179-in-5-de-2017-compilada> >

¹⁰ BRASIL. Advocacia Geral de União. Pregão Eletrônico SRP nº 42/2019. (Processo Administrativo nº 00693.000379/2018-34). Disponível em:
<<http://www.comprasnet.gov.br/ConsultaLicitacoes/Download/Download.asp?coduasg=110161&numprp=422019&modprp=5&bidbird=N>>

¹¹ "Observe-se, ainda, que o mesmo art. 30, inciso II, da Lei 8.666/93, autoriza expressamente a administração a exigir da licitante a comprovação de que já executou objeto compatível, em prazo, com o que está sendo licitado. De acordo com o art. 57, inciso II, dessa Lei, os contratos para prestação de serviços de forma contínua poderão ser prorrogados por até sessenta meses. Nesse sentido, compreendemos pertinente que a exigência relativa a prazo possa ser feita até o limite das prorrogações sucessivas" – TCU. Acórdão 1.214/2013 – Plenário.

¹² "Com efeito, também entendo que as exigências de experiência mínima de 3 (três) anos no mercado do objeto licitado e de estar gerindo 20 postos, apesar de serem complementares, não se sobrepõem nem são excludentes, tendo em vista que buscam avaliar competências distintas. A primeira atenta para a experiência e a estabilidade da empresa no mercado ao passo que a segunda busca aferir a sua capacidade de gestão de pessoas e a de suportar os custos mínimos de administração inerentes à prestação dos serviços, independentemente do número de postos". TCU – Acórdão 8.364/2012 – Segunda Câmara

termos do edital e da legislação a que se submetem os certames instaurados pela Administração Direta Federal.

Daí se infere que o limite relativo à parcela de 50%, estabelecido pelo TCU, relaciona-se não à vigência contratual, mas a quantitativos de itens de serviço/fornecimento. Isso está expresso nos fragmentos de jurisprudência trazidos pela própria Extrema Digital:

É irregular a exigência de atestado de capacidade técnica com quantitativo mínimo superior a **50% do quantitativo de bens e serviços** que se pretende contratar, exceto se houver justificativa técnica plausível. (Acórdão 2696/2019 – Primeira Câmara – 26.03.2019 – Rel. Bruno Dantas)

É irregular a exigência de atestado de capacidade técnica com quantitativo mínimo superior a **50% do quantitativo de bens e serviços** que se pretende contratar, exceto nos casos em que a especificidade do objeto recomende e não haja comprometimento à competitividade do certame, circunstância que deve ser devidamente justificada no processo licitatório. (Acórdão 3663/2016 – Primeira Câmara – 07.06.2016 – Rel. Augusto Sherman)

No edital do BDMG, as unidades de serviços são postos de trabalho, na definição¹³ do Decreto Estadual 46.559/2014, art. 6º, fato pelo qual o critério percentual precisado pelo TCU foi utilizado na determinação do requisito do Anexo II, item 2.4.1, item II.

Portanto, completamente descabida a afirmação de mácula ao princípio da legalidade.

Considerar que no estabelecimento de requisitos de habilitação a administração pública teria de levar em conta o impacto na “*entrada a novos concorrentes no setor em que se insere a contratação*” é desvirtuar completamente a motivação de instauração do procedimento administrativo de licitação¹⁴. O princípio da obtenção de competitividade, privilegiado pelo BDMG, conforme já posto, é instrumental a garantir a obtenção da proposta mais vantajosa para o Banco, isto a essência, a causa, a razão de ser do certame licitatório. No mesmo viés, não há interferência negativa na igualdade ou na impessoalidade.

Para elucidação, eis a decisão o Superior Tribunal de Justiça, no regime jurídico da Lei Federal 8.666/93, muito mais restritivo à Administração que o da Lei Federal 13.303/2016 que se aplica ao BDMG.

... IMPUGNAÇÃO DE EDITAL. INOCORRÊNCIA DE NULIDADE. **PRESERVAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE, IGUALDADE E COMPETITIVIDADE.** INTERPRETAÇÃO DO ART. 30, II, § 1º, DA LEI Nº 8.666/93.

...

¹³ “Art. 6º A prestação do serviço objeto da contratação deverá ser medida por unidade quantitativa de serviço prestado, prevista no edital e no respectivo contrato. § 1º A unidade quantitativa será determinada, preferencialmente: I - por posto de serviço vinculado à respectiva carga horária. (...)”

¹⁴ “No que se refere às estatais, A Lei nº 13.303/2016 indica que não só a licitação, mas também o contrato, se destinam a assegurar a seleção da proposta mais vantajosa. A par de o contrato em nada se relacionar com a seleção da proposta mais vantajosa (ele a corporifica, na melhor das hipóteses), **esta lei reforça o elemento de que o objetivo primeiro das contratações das estatais é atender seus objetivos na maior intensidade possível**”. (GUIMARÃES, Edgar. SANTOS, José Anacleto Abduch. Lei das estatais: comentários ao regime jurídico licitatório e contratual da Lei nº 13.303/2016. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 207.

2. Não se comete violação ao art. 30, II, da Lei nº 8.666/93, quando, em procedimento licitatório, a Administração Pública edita ato visando a cercar-se de garantias o contrato de prestação de serviços de grande vulto e de extremo interesse para os administrados.

3. Tendo em vista o elevado montante dos valores objeto de futura contratação, é dever do administrador público realizar todas as etapas do processo seletivo do prestador de serviço com grande cautela, pautando-se rigorosamente pelos preceitos legais aplicáveis, especialmente o art. 30, § 1º, da Lei nº 8.666/93, e outros pertinentes.

4. "O exame do disposto no art. 37, XXI, da Constituição Federal, em sua parte final, referente a "exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações" revela que o propósito aí objetivado é oferecer iguais oportunidades de contratação com o Poder Público, não a todo e qualquer interessado, indiscriminadamente, mas, sim, apenas a quem possa evidenciar que efetivamente dispõe de condições para executar aquilo a que se propõe" (Adilson Dallari).

5. Recurso não provido.

(RMS 13.607/RJ, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 02/05/2002, DJ 10/06/2002, p. 144)

Ao final, a Peticionária pugna pela *"alteração e adequação do edital, a fim afastar a exigência de tempo mínimo de experiência de 3 (três) anos, por ser excessivamente superior ao período de 01 (um) ano previsto para a contratação"*.

Por todo o exposto, a alteração pleiteada não atende ao interesse público o qual substancia o estabelecimento do requisito em demanda, requisito positivado em norma que sujeita a Administração Direita Federal, é conforme às determinações do Estatuto Jurídico das Empresas Estatais e que visa assegurar a capacidade para perfeita execução dos serviços de alta complexidade técnica licitados, fundamentais na execução do Planejamento Estratégico 2020/2024 do BDMG.

Decisão

Vez que a regra combatida do edital não fere qualquer princípio ou norma norteadores das licitações públicas, mas apenas materializa obrigações legais e estabelece exigências para a execução adequada e eficaz dos serviços objeto da licitação, nos moldes da Constituição Federal e da legislação específica, considero não procedentes as alegações da Extreme Digital Consultoria e Representações e o pedido não será acolhido.

Atenciosamente,

Sérgio Vieira de Souza Júnior
Pregoeiro
Banco de Desenvolvimento de Minas Gerais S.A. – BDMG