

**ILUSTRÍSSIMO SENHOR PREGOEIRO DO BANCO DE DESENVOLVIMENTO DE
MINAS GERAIS - BDMG**

Edital BDMG N° 14-2020

Processo SEI nº 5200.01.0000655/2020-67

A 


, por seu representante legal infra-assinado, vem, respeitosamente, à presença desse I. Pregoeiro apresentar pedido de alteração do instrumento convocatório, com efeito de **IMPUGNAÇÃO**, pelos fatos e fundamentos que passa a expor.

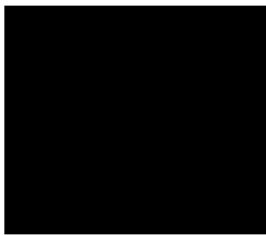
Da exigência de profissionais certificados

Primeiramente, cumpre-nos ressaltar que é com o objetivo de garantir a eficácia e legalidade do certame que a licitante propõe alterações do instrumento convocatório.

Ao analisarmos o Instrumento Convocatório, item 3.1.4 do Termo de Referência, verificamos exigência que a empresa vencedora do certame comprove possuir 4 profissionais certificados pelo provedor da nuvem indicado na proposta da Licitante, a saber:

3.1.4. Comprovação de que possui em seu quadro permanente profissionais certificados pelo provedor de nuvem indicado na proposta nas seguintes disciplinas:

I - Arquiteto de Soluções de Nuvem, nível Profissional;



II - Engenheiro de Cloud, Administrador e Operador;

III - Especialista em Segurança;

IV - Especialista em DevOps, nível Profissional.

3.1.4.1. Para efeito da comprovação do item 3.1.4, cada profissional indicado pela licitante adjudicatária deverá apresentar pelo menos um dos certificados exigidos, desde que o conjunto de certificados apresentados contemple todas as certificações. 3.1.5.

Deste modo, a empresa vencedora do certame, após a publicação da homologação do mesmo, deverá comprovar no prazo de assinatura do contrato, que possui em seu quadro permanente profissionais com quatro certificações distintas.

Ocorre que estas certificações exigidas nas alíneas I a IV do item 3.1.4 do Edital são extremamente raras e existem pouquíssimos profissionais no Brasil que as detêm. Seriam o que hodiernamente chamamos de “mosca branca”, devido a dificuldade de encontrá-los.

Tal exigência mostra-se extremamente exacerbada e acarreta prejuízo imenso à Administração Pública, uma vez que implica em redução drástica da quantidade de empresas aptas a participarem do certame.

Como é cediço, a diminuição da quantidade de licitantes acarreta diretamente a queda da competitividade e consequentemente frustra um dos principais objetivos que regem as Licitações, qual seja, a economicidade.

Cumpre-nos ressaltar que, muito embora a exigência de apresentação dos profissionais certificados não seja feita na fase de Habilitação das Licitantes, os mesmos deverão ser comprovados no ato da assinatura do contrato. Em se tratando de profissionais certificados extremamente raros, torna-se praticamente impossível, em tão pouco tempo, a contratação dos mesmos. Além disso, não podemos deixar de salientar que por serem profissionais raros no mercado, tornam-se extremamente valiosos, o que acaba acarretando aumento dos custos do contrato e portanto em



elevação significativa dos valores a serem pagos pela Administração pela prestação dos serviços.

Os serviços licitados podem perfeitamente serem prestados com altíssima qualidade sem a necessidade das certificações profissionais exigidas no subitem 3.1.4 do Edital, pelo Banco de Desenvolvimento de Minas Gerais.

A comprovação de capacidade técnica visa garantir o cumprimento das obrigações decorrentes do certame. Esta exigência deve ser proporcional à atividade licitada, não podendo ser utilizada como forma de limitar a concorrência.

Conquanto se saiba que o procedimento licitatório seja formal e que, em geral, as exigências quanto à comprovação da capacidade técnica, sejam lícitas, não podem ser, contudo, desarrazoadas e atentatórias às peculiaridades do objeto licitado, tornando-se assim ilegais. Cabe à Administração Pública zelar pela observância dos princípios próprios do campo das licitações, entre eles o da garantia da seleção da melhor proposta e o da segurança do serviço licitado.

No presente caso, embora não se trate de exigência como condição Habilitatória, é necessária para assinatura do contrato, gerando assim as mesmas consequências: somente poucas empresas que possuam estes profissionais poderão participar do certame, uma vez que para a assinatura do contrato deverão comprovar terem os mesmos em seus quadros de funcionários.

O gestor público no presente caso não tem total discricionariedade com relação a elaboração das exigências editalícias. Tanto os critérios relativos à qualificação técnica, quanto a operacional devem atender a um critério de necessidade/razoabilidade.

A Constituição Federal, ao versar sobre licitações públicas, estabeleceu, em seu art. 37, XXI, que somente poderão ser exigidas qualificações técnica e econômica indispensáveis ao cumprimento das obrigações. Por essa razão, toda e qualquer exigência que venha a restringir a competição no certame licitatório, além de justificada e pertinente ao objeto, deve ater-se ao que permite a lei, face ao



princípio da legalidade. Ademais, devem ser evitados formalismos e requisitos desnecessários, de modo a não ocasionar uma restrição ainda maior à competitividade

“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, o qual somente permitirá as exigências de **qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações**. (Grifo nosso)”*

A lei nº 8.666/93 que institui normas para licitações e contratos da Administração Pública, veda que os agentes públicos pratiquem atos tendentes a restringir ou frustrar o caráter competitivo do certame, consoante se depreende da leitura de seu art. 3º:

*“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 impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.*

§ 1º É vedado aos agentes públicos:



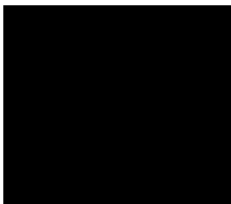
I – admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes 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;

Deve-se atentar sempre para que as exigências de qualificação técnica não sejam desarrazoadas a ponto de frustrar o caráter competitivo do certame, conforme entendimento do Tribunal de Contas da União:

“As exigências relativas à capacidade técnica guardam amparo constitucional e não constituem, por si só, restrição indevida ao caráter competitivo de licitações conduzidas pelo Poder Público. Tais exigências, sejam elas de caráter técnico-profissional ou técnico-operacional, não podem ser desarrazoadas a ponto de comprometer o caráter competitivo do certame, **devendo tão-somente constituir garantia mínima suficiente de que o futuro contratado detém capacidade de cumprir com as obrigações contratuais. Tais exigências devem ser sempre devidamente fundamentadas, de forma que fiquem demonstradas inequivocamente sua imprescindibilidade e pertinência em relação ao objeto licitado.** (Grifo nosso)”

O item 2.5 do Termo de Referência traz a exigência relativa a comprovação da capacidade técnico operacional das Licitantes:

2.5.1. Atestado(s) de capacidade técnica, expedido(s) por pessoa(s) jurídica(s) de direito público ou privado, que comprove(m) aptidão para o desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto desta contratação.



2.5.1.1. Entende-se por compatível com o objeto desta contratação a efetiva prestação dos serviços a seguir no provedor de nuvem indicado na proposta:

2.5.1.1.1. Arquitetura e migração de infraestrutura local (on-premise) com, no mínimo 100 (cem) máquinas virtuais, para o provedor de nuvem.

2.5.1.1.2. Sustentação de, no mínimo, 100 (cem) máquinas virtuais no provedor de nuvem.

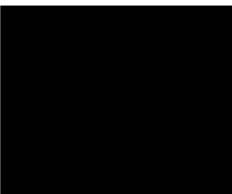
2.5.1.2. Será admitido o somatório de atestado(s) para a comprovação da qualificação técnica, observada a exigência de atingimento de cada quantitativo mínimo exigido em período ininterrupto de 6 (seis) meses.

Como se observa da leitura atenta do instrumento convocatório, o gestor público preocupou-se em exigir comprovação de experiência anterior técnica operacional da empresa a ser contratada quando fez exigências relativas aos atestados de capacidade técnica totalmente compatíveis com o objeto licitado.

Referida exigência já atende plenamente ao interesse público uma vez que impede que empresa incapazes tecnicamente venham a ser contratadas para a prestação dos serviços licitados.

Note-se que a qualificação técnica exigida no item 2.5, atende a finalidade que a lei previu para os atestados de capacidade técnica: evitar-se a contratação de empresas aventureiras, sem que haja neste quesito qualquer falta de proporção entre a exigência editalícia e o objeto a ser contratado.

As exigências de qualificação técnica, sejam elas de caráter técnico profissional ou técnico operacional, portanto, não devem ser desarrazoadas a ponto de comprometer a natureza da competição que deve permear os processos licitatórios realizados pela Administração Pública. Devem constituir tão somente garantia mínima suficiente para que o futuro contratado demonstre, previamente, capacidade para cumprir as obrigações contratuais.



A exigência dos certificados dos profissionais, por ser exagerada acabar por restringir a quantidade de empresas que poderão participar do certame, ficando o mesmo adstrito somente a um número diminuto de empresas, não abrindo oportunidade para que uma gama maior de empresas que usualmente prestam os serviços ora licitados possam participar da presente concorrência.

Grave ainda observar-se que não existe qualquer justificativa para a manutenção desta cláusula 3.1.4, bem como que inúmeros editais publicados pelos mais diversos órgãos públicos, nas mais diversas esferas da Administração, de idêntico objeto e similar complexidade não trazem tal exigência com relação a certificação dos profissionais, ou seja, não se trata de certificações usuais, necessárias à execução do objeto ora licitado.

Qualquer exigência não compatível com o objeto licitado, ou que extrapole o objeto, é rechaçado legalmente. Deste modo, solicitamos a retirada do item 3.1.4 do Termo de Referência para que possa ser garantida a ampla participação de empresas e a obtenção do melhor preço para a Administração Pública, sob pena de infringência legal.

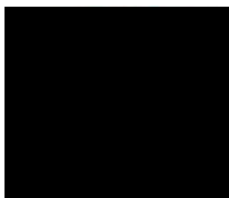
Da exigência de certificação inexistente

Tão grave quanto a veiculação de exigências exacerbadas, é a exigência de comprovação de certificação inexistente.

Determina o item 3.1.3 do edital:

*Comprovação de que possui certificação mínima em nível de competência avançada como especialista em soluções do provedor de nuvem indicado na proposta, tais como AWS Advanced Consulting Partner, **Google Advantage Level** ou Windows Server and SQL Server Migration to Microsoft Azure Advanced Specialization.*

Verificamos junto ao Provedor de Nuvem Google que a certificação Google Advantage Level não existe e deste modo não pode ser exigida.



Há claramente uma ilegalidade no edital uma vez que o Licitante que optar por ingressar no presente certame com o Provedor Google, não conseguirá comprovar a exigência do item 3.1.3.

Com isto, restringe-se a licitação pois empresas que trabalham com o provedor Google, estarão impedidas de participar, havendo mais uma vez a redução na quantidade de licitantes e automaticamente o aumento dos valores ofertados pelos serviços.

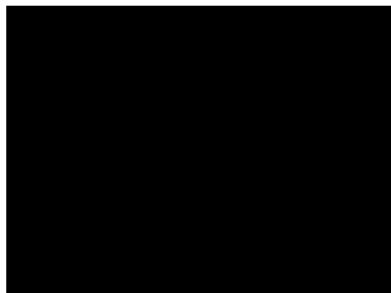
Mais uma vez o princípio da economicidade, que é precípua das concorrências públicas, é ignorado.

Para que o presente processo licitatório não seja maculado pela ilegalidade, é imperiosa a revisão das cláusulas 3.1.3 e 3.1.4, com a correção da certificação exigida para o provedor Google e exclusão das certificações de profissionais totalmente dispensáveis para o presente serviço.

Renovamos-lhes os protestos da mais elevada estima e consideração.

Belo Horizonte, 04 de dezembro de 2020.

A solid black rectangular redaction box covering the signature area.

A solid black rectangular redaction box covering the stamp area.

[REDACTED]

Trata-se de impugnação interposta pela [REDACTED], no dia 04/12/2020, ao edital BDMG-14/2020.

Do juízo de admissibilidade

Estatui o edital, item 2.3, que “serão conhecidos os 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, mediante o preenchimento do formulário eletrônico próprio no Portal de Compras MG, com informação dos seguintes dados. (...) II – se pessoa jurídica, nome, CNPJ, nome do representante, data de nascimento do representante, comprovação dos poderes de representação do representante e e-mail”.

Verificou-se o cumprimento do requisito em relação à comprovação da legitimidade do representante que efetivamente apresentou a impugnação, mas não foi atendido o critério da tempestividade¹. Na contagem do prazo exclui-se o dia do início e inclui-se o do vencimento, segundo determina o edital, item 4.4, a petição foi entregue no dia 04/12/2020 e a data designada para a abertura da sessão pública é 09/12/2020, não sendo 08/12/2020 dia útil.

Contudo, em função do direito de petição junto à Administração Pública – 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 exigência de profissionais certificados, Anexo I do edital, item 3, e afirma ter sido determinada comprovação de certificação inexistente, item 3.1.3 do mesmo anexo. Da argumentação apresentada, a qual examinei em sua integralidade, transcreverei apenas os principais pontos, fundamentais, e minha análise.

Afirma a [REDACTED] que a exigência de profissionais certificados “*mostra-se extremamente exacerbada e acarreta prejuízo imenso à Administração Pública, uma vez que implica em redução drástica da quantidade de empresas aptas a participarem do certame*”, o que implicaria na “*queda da competitividade e consequentemente frustra um dos principais objetivos que regem as Licitações, qual seja, a economicidade, por reduzir o número de empresas*”; que “*os serviços licitados podem perfeitamente serem prestados com altíssima qualidade sem a necessidade das*

¹ Releve-se que o prazo definido no Decreto Estadual 48.012/2020, art. 24, é de até três dias úteis anteriores à data da sessão pública, menos favorável ao demandante externo do que o estabelecido pelo BDMG. Contudo, o Banco optou por conhecer impugnações e solicitações de esclarecimentos apresentadas em data mais próxima à da sessão, para efetivação do princípio da obtenção de competitividade ao qual se vincula nos termos da Lei Federal 13.303./2016, art. 31.

certificações profissionais exigidas no subitem 3.1.4 do Edital, pelo Banco de Desenvolvimento de Minas Gerais; que *“a Constituição Federal, ao versar sobre licitações públicas, estabeleceu, em seu art. 37, XXI, que somente poderão ser exigidas qualificações técnica e econômica indispensáveis ao cumprimento das obrigações”*; que *“toda e qualquer exigência que venha a restringir a competição no certame licitatório, além de justificada e pertinente ao objeto, deve ater-se ao que permite a lei, face ao princípio da legalidade”*; e que *“devem ser evitados formalismos e requisitos desnecessários, de modo a não ocasionar uma restrição ainda maior à competitividade”*, remetendo às determinações da Lei Federal 8.666/1993, art. 3º.

A peticionária tem razão ao afirmar não haver no mercado muitas empresas aptas a participarem do certame. Contudo, isso decorre da natureza do objeto licitado e não das condições estabelecidas pelo BDMG para a verificação de aptidão à execução desse objeto, de cuja consecução eficaz depende o atingimento das metas alinhadas com o planejamento estratégico do Banco.

Não há dúvida da possibilidade de que os serviços licitados possam ser prestados com altíssima qualidade por profissionais não certificados. Contudo, o que garante ao BDMG que os serviços serão, de fato, prestados com a qualidade necessária são as certificações, que atestam o conhecimento técnico específico e necessário do profissional que efetivamente se responsabilizará pela prestação dos serviços. As certificações são imprescindíveis e o mínimo necessário a assegurar a eficácia demandada na execução do contrato advindo do certame.

Sobre a legalidade das condições altercadas do edital, cabe esclarecer que o que determina a Constituição da República, art. 31, inciso XXI, não alcança as licitações do BDMG.

Na visão de Marçal Justen Filho², a promulgação da Lei Federal 13.303/2016 deu efetividade à alteração trazida pela Emenda Constitucional 19/1998 ao art. 22, inciso XXVII, mediante o qual o disposto na Constituição, art. 37, XXI, passou de fato a vincular somente a Administração Pública direta, autárquica e fundacional, ficando as empresas públicas – como o BDMG – subordinadas ao que determina a Carta Magna, art. 173, §1º, inciso III.

A redação original da CF/1988 previa um regime jurídico geral e uniforme para as contratações administrativas. Toda a atividade contratual da Administração Pública, inclusive da Administração indireta com personalidade jurídica de direito privado, subordinava-se à regra do art. 37, XXI, da CF/1988. Até por isso e enquanto vigente esse modelo, foi editada a Lei 8.666/1993 – adotando um regime uniforme para todas as contratações administrativas.

A alteração superveniente, promovida pela EC 19/1998, acarretou a redução do âmbito de vigência do art. 37, XXI. Com a nova redação, o art. 22, XXVII, passou a determinar que o referido art. 37, XXI, aplicava-se apenas para a Administração Pública direta, autárquica e fundacional. Já as empresas públicas e sociedades de economia mista, exploradoras de atividade econômica, passavam a se sujeitar ao art. 173, §1º, III, da CF/1988.

...

A diferenciação consagrada constitucionalmente não pode ser negada. Não é admissível o argumento de que, em face da Constituição, admitir-se-ia a existência

² JUSTEN FILHO, Marçal (Org.) Estatuto jurídico das empresas estatais. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2016, p. 284.

de um mesmo e único regime licitatório e contratual para todos os sujeitos integrantes da Administração Pública. Essa tese equivale a tornar inútil a EC 19/1998.

Com efeito, na edição mais recente de sua obra mais referenciada o Marçal³ afirma:

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.

Reconhece também o Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais⁴ que 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".

Portanto, a regra constitucional a qual impõe objetivamente a adoção somente dos requisitos de habilitação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações objeto da licitação não se aplica às empresas públicas. Aplicam-se ao BDMG as prescrições da lei específica, em seu artigo 58, inciso II: os critérios técnicos habilitatórios devem se restringir às parcelas que forem técnica ou economicamente relevantes, o que efetivamente se fez.

As certificações de nível profissional abrangem as competências essenciais exigidas pelas funções técnicas da área e permitem avaliar as habilidades avançadas em design, implementação e gerenciamento de projetos de nuvem. A certificação profissional comprova experiência técnica e conhecimento prático nas tecnologias do provedor de nuvem. A participação de profissionais certificados nas disciplinas requeridas é imprescindível para a consecução dos serviços de planejamento e migração da infraestrutura on-premise do BDMG para o provedor de nuvem.

Portanto, a interferência das exigências do Anexo I do edital, item 3, na competitividade restringe-se ao que é inerente a esse tipo de requisito.

No entendimento de Joel de Menezes Niebhur⁵,

Em que pese a centralidade do princípio da competitividade, não se pode perder de vista que a licitação pública faz-se em favor da Administração Pública, responsável pela concreção do interesse público. A licitação não deve ser aberta a qualquer interessado, porque não são todos que conseguem atender às necessidades administrativas. Daí que é perfeitamente lícito formular em edital, exigências que excluam a participação de eventuais interessados e, sob essa perspectiva, sejam

³ 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

⁴ 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/BaixarArquivoArg?arquivo=1822260>

⁵ NIEBHUR, Joel de Menezes. Pegão Presencial e Eletrônico. 8. Ed. rev., ampl e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p.256.

limitadoras da competição. Não se admite é a licitação que dê as costas aos interessados que atendem ao interesse público.

No mesmo sentido decidiu 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.

...

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)

Afirma ainda a Peticionária, sobre o Anexo I do edital, item 3.1.3, que "a certificação Google Advantage Level não existe e deste modo não pode ser exigida".

A afirmação simplesmente não procede.

O requisito, de um rol exemplificativo, nos termos do edital, foi validado pelo BDMG junto a própria Google e as informações pertinentes encontram-se publicadas no site específico⁶. Além disso, o rol do item 3.1.3 é exemplificativo porque podem existir outras certificações, inclusive de outros provedores (IBM, Oracle, etc.) que não foram mencionadas. O que se exigiu objetivamente é que a certificação seja minimante em nível de competência avançada como especialista em soluções do provedor de nuvem indicado na proposta.

⁶ <https://cloud.google.com/partners/become-a-partner>

Portanto, vez que as regras combatidas do edital não ferem qualquer princípio ou norma norteadores das licitações públicas, mas apenas materializam obrigações legais e estabelecem 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 [REDACTED] e serão mantidas todas as condições do edital.

Atenciosamente,

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