

Ao Banco de Desenvolvimento de Minas Gerais - BDMG
Superintendência Jurídica
EDITAL BDMG - 09/2022

Senhor Pregoeiro,

PD Case Informática Ltda, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ de nº _____, vem, respeitosamente, perante V.S^a, nos termos do item 2 do edital, apresentar, **IMPUGNAÇÃO AO EDITAL BDMG Nº 09/2022.**

Tempestivamente, pois as impugnações podem ser apresentadas até 3 dias úteis que antecedem a abertura da sessão pública, que ocorrerá no dia 27/05/2022.

I. DOS FATOS

Trata-se de licitação pública havida sob a modalidade de **PREGÃO ELETRÔNICO**, cujo objeto é:

“Contratação de serviços de projeto, desenvolvimento e manutenção/suporte de software com práticas ágeis, por modelo híbrido (postos de trabalho + níveis de serviço), em conformidade com as especificações e níveis mínimos de serviços constantes neste Edital e seus anexos, observada a seguinte divisão em lotes:

Lote 1 - Serviços de Desenvolvimento de Software: a contratada prestará serviços de desenvolvimento e manutenção de sistemas e aplicativos, com o uso de práticas ágeis, abrangendo a geração dos artefatos necessários e garantia de qualidade dos produtos gerados, bem como manutenções corretivas e evolutivas.

Lote 2 - Serviços de Business Intelligence: a contratada prestará serviços de desenvolvimento: a) de dashboards, relatórios e publicação de informações em portais de inteligência de dados; b) de modelos de dados inclusive em ambiente cloud; e c) manutenções corretivas em aplicações de Business Intelligence.

Lote 3 - Serviços de Arquitetura de Sistemas & DevOps: a contratada prestará serviços técnicos para definição e implantação da arquitetura dos sistemas e padrões de desenvolvimento de projetos, atividades de entrega contínua (CD) e da integração contínua (CI), procedimentos de desenvolvimento seguro, gerenciamento da infraestrutura de cloud containers.”

O edital em questão de maneira equivocada inibe a ampla concorrência, pois em seu subitem 2.5.2.2 o edital requer:

2.5. Qualificação técnica

2.5.2. Comprovação da seguinte experiência na execução de serviços de desenvolvimento de software:

2.5.2.2 - Desenvolvimento ou manutenção de sistemas na Cloud da Microsoft Azure, utilizando Docker e Kubernetes;

Ocorre que, como demonstraremos a seguir, o edital encontra-se excessivo, isso porque traz exigências que restringem o caráter competitivo do certame, sem razoabilidade.

A comprovação da experiência em desenvolvimento utilizando Docker e Kubernetes é independente do servidor utilizado, e neste caso o edital restringe ao Cloud da Microsoft Azure, sendo que a empresa que possui expertise em Docker e Kubernetes é capaz de desenvolver esse serviço em qualquer servidor.

Quando falamos das tecnologias Docker e Kubernetes, estamos tratando sobre tecnologia de containers. Esta é um método de virtualização em nível de sistema operacional para implantar e executar aplicativos eliminando a necessidade de iniciar uma VM (*Virtual Machine*) inteira para cada aplicativo. Em vez disso, utiliza-se vários sistemas isolados, chamados containers que são executados em um único host de controle e acessam um único kernel do sistema operacional.¹

Os containers permitem empacotar o aplicativo, suas configurações e dependências, oferecendo benefícios como, consistência na arquitetura, eficiência operacional e melhorias na produtividade dos desenvolvedores. Na prática, a execução de containers permite criar aplicações e serviços escaláveis e ainda aproveitar as vantagens da computação em nuvem como elasticidade, alta disponibilidade e segurança.

O Kubernetes e o Docker são tecnologias fundamentalmente diferentes que funcionam bem em conjunto para criar, fornecer e dimensionar aplicativos em contêiner.²

O Docker é uma tecnologia de software livre – e um formato de arquivo de contêiner – para automatizar a implantação de aplicativos como contêineres portáteis e autossuficientes que podem ser executados na nuvem ou localmente.

O Kubernetes é um software de orquestração de software livre que fornece uma API para controlar como e onde esses contêineres serão executados. Ele permite que você execute os contêineres e cargas de trabalho do Docker e ajuda a resolver algumas das complexidades operacionais durante a transferência para escalar vários contêineres, implantados em diversos servidores.³

Atualmente todo provedor de serviços em nuvem tem o serviço um Kubernetes que os desenvolvedores podem usar para hospedar seu aplicativo, sendo o AZURE, exigido em edital, apenas uma das possibilidades disponíveis no Mercado.

Portanto, as tecnologias Docker e Kubernetes são complementares, e a comprovação dessa experiência é de fato a finalidade desejada em Edital, uma vez que guarda compatibilidade com o objeto e, portanto, com o serviço licitado.

Isso pois, quem comprova essa expertise não precisa especificamente comprovar que o servidor utilizado foi o AZURE, pois esse desenvolvimento pode ocorrer em vários servidores disponíveis no mercado, como da Google, Oracle, IBM, Amazon, dentre outros. Logo, estamos tratando de comprovações independentes entre si.⁴

Caso o Edital entenda ser fundamental a comprovação de experiência de desenvolvimento na Cloud da Microsoft Azure, essa não deve estar condicionada ao Docker e Kubernetes. Isso porque para desenvolver nestas linguagens, não é preciso necessariamente conhecer AZURE, isto é indiferente para tal comprovação.

Por essa razão o edital encontra-se excessivo, uma vez que a exigência de comprovar o

¹ <https://esr.rnp.br/administracao-de-sistemas/containers-docker-como-utilizar/> acesso em 19/05/2022.

² <https://cleancloud.io/containers-aws-ou-azure-qual-provedor-utilizar/> acessado em 19/05/2022.

³ <https://azure.microsoft.com/pt-br/topic/kubernetes-vs-docker/> acessado em 18/05/2022.

⁴ https://macoratti.net/22/04/dock_kubern1.htm acessado em 18/05/2022.

conhecimento em Docker e Kubernetes em apenas um tipo de servidor ultrapassa a normalidade e restringe o caráter competitivo do certame, bem como a finalidade desta comprovação de habilitação técnica.

II. DO DIREITO

Segundo o Art. 30 da Lei nº 8666/93 sobre a Qualificação Técnica, a experiência a ser comprovada deverá ser COMPATÍVEL com o objeto da licitação, vejamos:

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

I - registro ou inscrição na entidade profissional competente;

II - comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, e indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos;”

O Termo "Pertinente e Compatível" é bem claro e abrange o conceito de "Similaridade", sendo assim não há necessidade de ser exatamente igual ao objeto licitado, mas sim deverá apenas comprovar que a empresa possui capacidade para executar os serviços licitados.

É na extrapolação dessas exigências que ocorre a restrição ao caráter competitivo da licitação.

Tribunal de Contas da União TCU, Acórdão 1567 - Plenário, Relator Ministro Augusto Nardes, diz exatamente o seguinte:

“Caracteriza restrição à competitividade da licitação a exigência, como critério de habilitação, de atestado de qualificação técnica comprovando experiência em tipologia específica de serviço, salvo se imprescindível à certeza da boa execução do objeto e desde que devidamente fundamentada no processo licitatório.

Quaisquer tipos de restrições como critério de habilitação na qualificação técnica, viola os preceitos do Art. 30 da Lei 8666/93, ou seja, Atestados de Capacidade Técnica idêntico ao objeto do edital, ou com prazo pré-determinado, ou com localização específica ou ainda atestados de capacidade técnica para parcelas insignificantes da obra ou serviços não encontram guarida no TCU.”

São muitos os Acórdãos do TCU nesse sentido, como o enunciado do Acórdão 361/2017- Plenário abaixo:

“É obrigatório o estabelecimento de parâmetros objetivos para análise da comprovação (atestados de capacidade técnico-operacional) de que a licitante já tenha prestado serviços pertinentes e compatíveis em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação (art. 30, inciso II, da Lei 8.666/1993)”

Também, o Acórdão 134/2017, da relatoria do Ministro Benjamin Zymler:

“Como se observa, o edital restringiu a comprovação da experiência das licitantes a uma tipologia de obra específica, no caso rodovia, e mais, delimitou a aceitação dos atestados a um tipo definido de contrato, no caso gestão ambiental, ou seja, que os serviços de supervisão, assessoramento e execução de programas ambientais tivessem sido realizados no âmbito de contratos na área de gestão ambiental, sem, contudo, apresentar qualquer justificativa para tais restrições. No caso, não se vislumbram motivos para afastar a

comprovação da capacidade técnica das empresas mediante serviços similares executados em outras obras lineares(...).

Tal imposição se mostra contrária à legislação vigente, art. 3º, § 1º, inciso I, da Lei 8.666/1993, e a jurisprudência dessa Corte de Contas, a exemplo dos Acórdãos 1.839/2007, 1.502/2009 e 1.733/2010, todos do Plenário.”

O Princípio da Competitividade deve ser cumprido de forma que a Administração Pública consiga a proposta mais vantajosa para o objeto licitado e o licitante, como participante do processo licitatório, deve atuar também como guardião desse princípio.

Ademais, as leis que disciplinam as licitações públicas permitem que a administração exija dos licitantes atestados de capacidade técnica, de forma a comprovar o conhecimento acerca do objeto que está sendo licitado, com a finalidade de conferir segurança na execução daquela contratação.

Ao se prescrever que a licitação é um processo administrativo formal nos termos do artigo 4º da Lei nº 8.666/1993 não significa formalismo excessivo e nem informalismo, e sim um formalismo moderado.

Assim, a apresentação de atestados visa demonstrar que os licitantes já executaram, anteriormente, objetos compatíveis em características, quantidades e prazos com aquele definido e almejado na licitação.

Sendo assim, a finalidade da norma é resguardar o interesse da Administração, por meio de perfeita execução do objeto da licitação, procurando-se, com a exigência de demonstração de capacidade, preservar a competição entre aqueles que reúnam condições de executar objeto similar ao licitado.

III. DO PEDIDO

Com intuito de fazer valer os princípios que regem o processo licitatório e garantir que esta esteja em conformidade com a lei. Diante de todo o exposto a PD Case requer:

Adequação do edital licitatório, com a exclusão do ambiente Microsoft Azure para comprovação do subitem 2.5.2.2, uma vez que busca-se fornecedor que demonstre expertise em desenvolvimento utilizando Docker e Kubernetes, e esses não estão vinculados a um único servidor, e após tais adequações republicação do referido edital.

Termos em que pedimos,

Total deferimento.

Mathias Lobato/MG, 24 de Maio de 2022.

PDCASE INFORMÁTICA LTDA



Trata-se de impugnação interposta pela sociedade empresária limitada PD CASE INFORMATICA LTDA, no dia 24/05/2022, ao edital BDMG-09/2022.

Do juízo de admissibilidade

Verificado o cumprimento dos requisitos expressos no edital, item 2.3 e respectivos subitens, conheço da impugnação.

Do juízo de mérito

A insurgência é contra a regra de habilitação técnica como consta no edital, Anexo II, item 2.5.2.2. Da argumentação apresentada, a qual examinei em sua integralidade, transcreverei apenas os principais pontos, fundamentais, e minha análise.

Afirma a Impugnante que “o edital encontra-se excessivo, uma vez que a exigência de comprovar o conhecimento em Docker e Kubernetes em apenas um tipo de servidor ultrapassa a normalidade e restringe o caráter competitivo do certame, bem como a finalidade desta comprovação de habilitação técnica” e pede que “a exclusão do ambiente Microsoft Azure para comprovação do subitem 2.5.2.2, uma vez que busca-se fornecedor que demonstre expertise em desenvolvimento utilizando Docker e Kubernetes, e esses não estão vinculados a um único servidor, e após tais adequações republicação do referido edital”.

As razões de fato foram submetidas à avaliação técnica da área demandante da licitação, a qual manifestou-se pela alteração do requisito, de maneira a conjugar a objetivação do princípio da obtenção de competitividade com o interesse público, no caso, o interesse do BDMG, a razão essencial para a realização da licitação.

Sobre as razões de direito, vez que a Impugnante trouxe como fundamento de legalidade o que estabelece a Lei Federal 8.666/93, cabem os seguintes esclarecimentos.

O alcance objetivo da Lei Federal 8.666/93 – cuja vigência geral, ressalte-se também, condiciona-se às definições da Lei Federal 14.133/21, art. 191, caput – limita-se às prescrições da Lei Federal 13.303/2016 nos artigos 41 e 55, inciso III. Fora isso, **este pregão do BDMG não se vincula, em qualquer medida, nem subsidiariamente, à Lei Geral de Licitações de 1993.**

Tal limite advém do estabelecimento de regimes licitatórios diferenciados, pela própria Constituição da República. Segundo Marçal Justen Filho¹ a promulgação da Lei Federal 13.303/2016 deu

¹ 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 de um mesmo e único regime licitatório e contratual para todos os sujeitos integrantes da Administração Pública.

efetividade à alteração trazida pela EC 19/1998 ao art. 22, inciso XXVII, mediante o qual o disposto na Constituição da República, 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.

Com efeito, verifica-se que os regimes jurídicos estabelecidos 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".

Desse modo, a subsunção às disposições da Lei Federal 8.666/1993 enxergada pela Impugnante não existe. Conforme reconhece o Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais², as licitações instauradas pelo Banco submetem-se "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".

Nessa mesma compreensão, o Conselho da Justiça Federal define³ que "Os contratos celebrados pelas empresas estatais, regidos pela Lei n. 13.303/2016, não possuem aplicação subsidiária da Lei n. 8.666/1993. Em casos de lacuna contratual, aplicam-se as disposições daquela Lei e as regras e os princípios de direito privado".

Portanto, as alegações na peça impugnatória, acerca de vícios no edital, **não têm fundamento na legalidade.**

De fato, o requisito altercado foi definido nos limites do que estabelecem a Lei Federal 13.303/2016, art. 58, inciso II⁴, e o Regulamento Interno de Licitações do BDMG, art. 56, inciso VI⁵.

Ressalte-se, sobre o princípio da obtenção de competitividade e demais princípios norteadores das licitações públicas, que têm de ser enxergados como instrumentos para a consecução do interesse

Essa tese equivale a tornar inútil a EC 19/1998. (JUSTEN FILHO, Marçal (Org.) Estatuto jurídico das empresas estatais. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2016, p. 284 e 285).

² MINAS GERAIS. Tribunal de Contas do Estado. Denúncia n. 1054240. Rei. Cons. Gilberto Diniz. Sessão do dia 14/10/2019. Disponibilizada no DOO do dia 05/10/2019. Disponível em: <https://tcjuris.tce.mg.gov.br/Home/BaixarArquivoArq?arquivo=1822260>

³ BRASIL. Conselho da Justiça Federal. I Jornada de Direito Administrativo. Enunciado 17. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/1397>> Acesso em 25 mai. 2022.

⁴ Art. 58. A habilitação será apreciada exclusivamente a partir dos seguintes parâmetros: (...) II - qualificação técnica, restrita a parcelas do objeto técnica ou economicamente relevantes, de acordo com parâmetros estabelecidos de forma expressa no instrumento convocatório;

⁵ Art. 56. Na habilitação o BDMG deverá exigir a documentação de acordo com os parâmetros a seguir, a partir da necessidade do objeto: (...) VI. comprovação de qualificação técnica, restrita a parcelas do objeto técnica ou economicamente relevantes, de acordo com parâmetros estabelecidos de forma expressa no instrumento convocatório;

público, no caso, do órgão licitador, o BDMG. Segundo a lei e os especialistas técnicos⁶, o interesse público se materializa objetivamente na obtenção da proposta mais vantajosa.

Entende Joel de Menezes Niebuhr⁷, que

o que determina se dada exigência é compatível ou incompatível com o princípio da isonomia é o interesse público. Se a exigência for amparada e justificada no interesse público, ainda que desigualde pessoas e situações, será legítima, sem impor qualquer sorte de agravos ao princípio da isonomia.

...

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

Neste sentido 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 BDMG⁸.

... 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.

...

⁶ “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).

“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.

⁷ NIEBHUR, Joel de Menezes. Pegão Presencial e Eletrônico. 8. Ed. rev., ampl e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p.35 e 256

⁸ “Como se sabe, a Constituição Federal diferenciou as empresas estatais exploradoras de atividade econômica (tais como a Petrobras, o Banco do Brasil, a Caixa Econômica Federal e tantas outras) e as prestadoras de serviço público (tais como a ECT, Infraero e, no plano estadual, as companhias de saneamento). O art. 22, inc. XXVII (com a redação da Emenda Constitucional 19/1998) fundamentou-se nessa distinção. Previu dois regimes para licitações e contratações administrativas. As empresas estatais exploradoras de atividade econômica foram subordinadas ao previsto no art. 173, § 1º. Esse dispositivo determinou a edição de um estatuto jurídico contendo as regras gerais sobre as estatais exploradoras da atividade econômica. Segundo seu inc. III, o estatuto disporia sobre licitação e contratações, que obedeceriam os “princípios” da Administração Pública.

Segundo o próprio art. 22, inc. XXVII, o restante da Administração Pública sujeita-se ao art. 37, inc. XXI, da Constituição. Ali está contida a exigência de um regime mais rigoroso para licitações e contratações administrativas”. (JUSTEN FILHO, Marçal. A nova Lei das (antigas) Estatais: Devem existir mecanismos que neutralizem a influência política, imponham a eficiência e reduzam (senão eliminem) o risco de práticas reprováveis. Gazeta do Povo. Curitiba, 25 jul. 2016. Disponível em: <<https://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-e-direito/colonistas/marcal-justen-filho/a-nova-lei-das-antigas-estatais-50zbsobbwllhpxuzp5s2fvmldr/>> Acesso em: 10 fev. 2022

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)

Por todo o exposto, o requisito de habilitação técnica objeto da impugnação será adequado, de modo que, sem interferência negativa na seleção de prestador de serviços plenamente apto ao desempenho adequado das funções a serem contratadas, seja promovida a competitividade.

Decisão

Garantida a manutenção da segurança da contratação, relacionada à capacidade do licitante em executar propriamente os serviços licitados, o requisito do edital, Anexo II, item 2.5.2.2 será decomposto em dois, um para comprovação referente à plataforma Microsoft Azure e outro para a comprovação referente à utilização de Docker e Kubernentes, privilegiando, assim, o princípio da obtenção de competitividade que rege os pregões do BDMG, nos termos da Lei Federal 13.303/2016, art. 31, sem que isso interfira negativamente na seleção da proposta mais vantajosa ao Banco, razão primeira da licitação, conforme estabelece o mesmo artigo da lei específica.

As alterações e o edital consolidado serão publicados, com a redesignação da sessão pública.

Atenciosamente,

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