

CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Referência: EDITAL DE PREGÃO ELETRÔNICO Nº 07/2023

A pessoa jurídica: Produtiva, registrada no CNPJ: 02.914.334/0001-04, com sede na CLN 116 Bloco H sala 206, Brasília – DF com fulcro no Edital de licitação (item 5.1), IMPUGNAR o certame em epígrafe, de acordo com os fatos e fundamentos a seguir apresentados.

Com efeito, pretende trazer tema para debate perante esta respeitosa Defensoria e assim afastar do presente procedimento licitatório tudo que for feito em extrapolção ao disposto na legislação, que igualmente contrasta com entendimento consolidado do Tribunal de Contas da União - TCU em suas decisões.

De maneira objetiva, a presente manifestação, conforme fundamentação a seguir, indicará a possibilidade de mais ofertas à demanda desta entidade de classe, bem como apontará necessidade de melhor apuração (e respeito às normas) no tocante à obrigação de apresentação de Certificações em momento de habilitação (e não como requisito contratual).

A ampliação da competição neste certame não só é a materialização (e respeito pelo Conselho) de princípios basilares da Administração, como também é dever do papel desempenhado por esta instituição tão respeitada no Estado de Minas Gerais.

PRELIMINARMENTE

De início, há de se destacar que o presente pleito é tempestivo, uma vez que no próprio instrumento convocatório há menção expressa de três dias úteis antes da data marcada para a sessão pública (dia 04.04.2023). A fim de não restar qualquer

dúvida, esta empresa remete à Decisão n. 1.871/2005 do Tribunal de Contas da União – TCU:

23. A controvérsia, como salientado na instrução anterior dos autos, reside pois na interpretação que se dá a expressão 'até dois dias úteis antes'. A solução deve ser buscada na Lei n.º 8.666/93, aplicável subsidiariamente às licitações na modalidade Pregão, que, no caput do art. 110, estabelece o seguinte:

'Art. 110 Na contagem dos prazos estabelecidos nesta Lei, excluir-se-á o dia do início e incluir-se-á o do vencimento, e considerar-se-ão os dias consecutivos, exceto quando for explicitamente disposto em contrário.' (grifamos)

24. No caso vertente, aplicando-se o art. 110 da Lei de Licitações, é evidente que o dia do recebimento da proposta (10/8/2005) deve ser considerado na contagem do prazo. Desta forma, assiste razão à empresa representante, já que não paira qualquer dúvida de que eventuais impugnações poderiam ter sido apresentadas até (inclusive) o dia 8/8/2005.

FATOS E FUNDAMENTOS

Sem embargo, destaca-se que não é intuito desta empresa impedir ou simplesmente atrapalhar o normal trâmite do certame em tela, nem mesmo trazer dúvidas acerca da competência do trabalho exercida pelo Conselho ou questionar sem fundamentos suas decisões.

Manifesta-se o respeito pelo trabalho de toda a Comissão envolvida no presente processo, mas não se pode impedir que as divergências quanto ao entendimento de determinadas obrigações da Contratada em certames sejam trazidas à tona.

Como dito anteriormente, busca-se apenas a observância dos princípios basilares que regem nossa Administração Pública, e que são expressamente previstos em nossa Carta Magna de 1988, assim como que a necessidade da contratação, a qual se sabe que é de extrema urgência e importância, seja suprida da melhor maneira possível.

Em outras palavras, é corolário das contratações públicas que deve o certame priorizar a finalidade pela qual foi criado, **ou seja, ampliar a competitividade em busca do melhor resultado para a Administração e buscar aquilo que, de fato, lhe é mais vantajoso.**

a) Perfil Técnico. Exigências de Especializações como requisito de habilitação.

7.3.2. É obrigatório que os instrutores, coordenadores e diretores dos cursos apresentem cópia de título de especialista, registrado nos Conselhos de Medicina, nos termos das Resoluções do Conselho Federal de Medicina CFM Nº2148/2016 e Resolução CFM 2149/2016.

O cerne da presente manifestação é a definição em torno de requisitos dos profissionais envolvidos, até porque, como se sabe, tais Certificações previstas nunca podem ser exigidas como itens de habilitação, como amplamente defendido pela Corte de Contas da União:

Acórdão 2524/2021 Plenário (Representação, Relator Ministro Benjamin Zymler)
Licitação. Qualificação técnica. Certificação. Habilitação de licitante. Objeto da licitação.
A exigência, na fase de habilitação, de certificações relativas ao objeto da licitação afronta o art. 30 da Lei 8.666/1993 e o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal.

Assim, o TCU adota posicionamento contrário à exigência de quadro de pessoal com técnicos certificados e qualificados em fase anterior a celebração do contrato. Esse entendimento visa a evitar que os licitantes incorram em despesas que sejam desnecessárias e anteriores à própria celebração do contrato e é consolidado na jurisprudência pátria:

Acórdão nº 2241/2012 – TCU – Plenário
9.2.1. abstenha-se de dar prosseguimento à Concorrência Pública 002/2006, adotando as providências necessárias ao exato cumprimento da lei visando, nos termos do art. 49 da Lei 8.666/93, à anulação da mencionada licitação, tendo em vista a presença, no instrumento convocatório do certame, de cláusulas em afronta às disposições contidas no art. 3º, § 1º, inciso I, 30, § 1º, inciso I, art. 30, §§ 2º, 3º e 5º, e art. 48, § 1º, da Lei 8.666/93, bem como a inobservância do disposto no art. 167, § 1º, da Constituição Federal, e no art. 7º, § 2º, inciso IV, da Lei 8.666/93;

Acórdão nº 1110/2007 – TCU – Plenário
(...) 9.2.4. observe, no instrumento convocatório do certame que vier a dar lugar à Concorrência 002/2006, as disposições da Lei 8.666/93, especialmente quanto ao seguinte: (...) 9.2.4.5. a abstenha-se de exigir que o profissional indicado na comprovação de capacitação técnico-profissional pertença ao quadro da licitante previamente à data da licitação (art. 30, § 1º, inciso I);

Acórdão 3291/2014-Plenário, TC 006.576/2011-7, relator Ministro Walton Alencar Rodrigues, 26.11.2014.

"(...) processo de certificação PBQP-H exige a assunção de custos por parte da empresa, a exemplo de despesas de consultoria e modificação de processos produtivos. Ademais, sua obtenção demandaria tempo das licitantes que não são compatíveis com os prazos exíguos do processo licitatório. Por esses fatores, muitos potenciais licitantes ficariam alijados de acorrerem ao certame (...) a ausência de amparo legal da exigência de certificação PBQP-H como requisito de habilitação técnica em processos licitatórios para contratação de serviços custeados com recursos federais.

Acórdão 3663/2013-Plenário, TC 016.684/2013-3, relator Ministro-Substituto Marcos Bemquerer Costa, 10.12.2013.

"a exigência de certificados (CMMI, MPS.BR) não é admitida pela jurisprudência majoritária deste Tribunal, na fase de habilitação; entretanto, tais certificados podem ser exigidos, na fase de execução contratual, com a devida justificativa, nas condições previstas no Acórdão 5736/2011-1ª C; outrossim é lícita a inclusão, na especificação técnica dos serviços a serem realizados, dos resultados esperados, segundo modelos de qualidade de processo, tais como CMMI ou MPS.BR".

Dada a complexidade notória do objeto do certame e principalmente pela óbvia essencialidade aos objetivos do Conselho, é forçoso admitir que é papel da Administração Pública se precaver de possíveis licitantes "aventureiros" e buscar uma competição onde os licitantes sejam, realmente, capazes de atender à complexidade da demanda trazida à tona com a esperada qualidade.

Ao mesmo tempo, esse limite imposto por requisitos da empresa (e de seus profissionais) não pode ser confundido de forma alguma como um instrumento de restrição à liberdade de participação, conforme entendimento exarado em diversas decisões do TCU, dentre as quais se destaca:

"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 ser sempre devidamente fundamentadas, de forma que fiquem demonstradas inequivocamente sua imprescindibilidade e pertinência em relação ao objeto licitado." (TCU - Acórdão nº 1.942/2009 – Plenário)

Faz-se extremamente necessária esta primeira discussão acima, vez que foi estabelecido, no ordenamento legal, que somente podem ser previstas no Edital

exigências autorizadas na Lei (art.30, §5º da Lei 8.666/93). Ou seja, estão excluídas tanto as cláusulas expressamente reprovadas pela Lei nº8.666, como aquelas não expressamente permitidas.

A Constituição deixa claro, em seu artigo 37, inciso XXI, visível determinação no sentido de que os requisitos de capacitação técnica das licitantes sejam reduzidas ao mínimo possível. Como ilustremente registrado por José Cretella Júnior, *“apenas serão admitidas exigências absolutamente necessárias para demonstrar que o proponente está preparado para executar o objeto da licitação”* (In Comentários à Constituição Brasileira de 1988, ed. Forense Universitária, 2ª ed. p.2249).

Qualquer tipo de exigência editalícia que viole as determinações legais acima em destaque, tornar-se-á, conseqüentemente, instrumento de indevida restrição à liberdade de participação em certames licitatórios e desvio de igualdade entre os interessados. Ao afastar e tornar impossível a competição entre um maior número de licitantes, a Administração estará longe de obter a proposta que é, realmente, a mais vantajosa.

Neste sentido, pondera Carlos Pinto Coelho Motta, in Eficácia nas Licitações e Contratos, 1994, p. 149, citando Antônio Carlos Cintra do Amaral:

“1. Para efeito de qualificação técnica de empresas licitantes, a Administração deve, com base na Lei 8.666/93, exigir atestados referentes à sua capacitação técnica, com vistas à ‘comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação’ (art. 30,II)

Nessa linha, o referido processo é eivado de vício grave quanto aos requisitos destacados, **notadamente ao definir a partir da exigência de variadas certificações que apenas aquele Perfil Técnico como único capaz de atender ao Edital de licitação** em momento de habilitação, ou seja, PARA PARTICIPAR DO CERTAME.

Importante lembrar que exigências editalícias, em especial aquelas relacionadas à descrição de equipe técnica, ainda que sejam justificados e fundamentados, precisam estar atreladas à realidade de fato.

Sobre o tema, mais uma vez é necessário destacar ensinamento de Marçal Justen Filho:

“É que, se a Administração impôs exigência rigorosa, fê-lo com base em alguma avaliação interna. (...) A escolha tem de ser resultado de um processo lógico, fundado em razões técnico-científicas. Portanto, o questionamento do particular conduz, em primeiro lugar, à Administração revelar publicamente os motivos de sua decisão. Depois, conduz à aplicação da teoria dos motivos determinantes. Ou seja, se a Administração tiver avaliado mal a realidade, reputando como indispensável uma experiência que tecnicamente se revela dispensável, seu ato não pode prevalecer.” Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 12 ed, Dialética, 2008 – p. 424. (grifamos).

O Conselho, ao incluir tal exigência no item como requisito de habilitação, ao invés de fomentar a competição e tornar isonômica a disputa pela proposta mais vantajosa, parece querer se afastar da previsão de cobrança em torno de “documentos comprobatórios de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação” a fim de que a qualificação técnica restasse demonstrada.

Ou seja, pode não bastar saber se a empresa é capaz ou não de executar certo serviço com certa dimensão e quantitativo, mas acaba se tornando fundamental, nesse caso, que a empresa possua **comprovação de Perfil Técnico de seus colaboradores por meio de certificações que podem ser apresentadas em momento posterior ao de disputa do certame.**

Assim, não comprovada a necessidade e utilidade de tal requisito neste momento, não há óbices para que se conclua pela frustração do caráter competitivo do certame, porque estão afastados injustamente licitantes que têm totais condições de satisfazer o objeto licitado, mas não consegue concorrer por conta de exigência claramente restritiva, e que não condiz com a busca por proposta mais vantajosa, afastando-se do princípio expresso em nossa legislação.

A fim de corroborar a argumentação exposta, necessário que se destaque novamente entendimento do TCU (Acórdão nº 3.663/2013 – Plenário):

“8. De fato, o TCU não admite a exigência de certificações como critério de habilitação, uma vez que tais documentos não estão previstos no rol exaustivo contido no art. 30 da Lei n. 8.666/1993. O que este Tribunal preconiza é que a administração pública federal adote para si metodologia que assegure a qualidade no desenvolvimento de software, compatível com os padrões reconhecidos nos certificados emitidos pelas instituições que constituem referência nessa matéria. Ressalte-se a expressão “compatível”, que implica a desnecessidade de implementação integral da metodologia tomada como referência e a respectiva certificação.

9. Uma vez internalizados os padrões de qualidade dos processos de desenvolvimento de software, os órgãos e entidades contratantes estarão aptos a descrever, no edital ou no termo de referência da licitação, as etapas e produtos que deverão ser observados no processo de desenvolvimento do software, e assim caracterizar o objeto licitado e o requisito técnico obrigatório da execução dos serviços, fundamentado no art. 3º, inciso IX, alínea c, da Lei n. 8.666/1993 (“especificações que assegurem os melhores resultados para o empreendimento”).

10. Uma vez especificados os aspectos desejáveis do processo de desenvolvimento do software, caberá ao licitante definir a experiência prévia a ser exigida nos atestados de capacidade técnica e demonstrada pelos interessados em contratar com a administração.

11. Note-se que, no entendimento do Tribunal, o verdadeiro critério diferenciador dos licitantes é o grau de maturidade dos seus respectivos processos de desenvolvimento de software, que podem ou não ter sido reconhecidos mediante certificação. A existência de certificação anterior é um fator secundário, porque a expertise do contratado deve ser aferida ao longo da execução contratual, pela observância de padrões e entrega de produtos pré estabelecidos no edital ou no seu termo de referência, para cuja aferição o órgão contratante também deve estar capacitado. Em outras palavras, a qualidade do processo de desenvolvimento de softwares está vinculada a elementos e características do objeto contratado, e não à previa qualificação do prestador de serviço. Nesse sentido, transcrevo a análise constante do TC 002.257/2008-9 (Acórdão n. 2.251/2008 – TCU – Plenário), por elucidativa:

“8. Preliminarmente, cabe esclarecer que em uma licitação, as exigências podem estar previstas no corpo do edital ou em um de seus anexos, a exemplo do termo de referência. Essas exigências podem-se referir a exigências para o julgamento das propostas, estando entre estas as condições de habilitação e as condições apresentadas na proposta técnica, ou condições exigidas para a execução do contrato, como especificações técnicas dos serviços a serem executados, padrões de qualidade a serem seguidos, cronograma de prazos, etc.

9. Dessa forma, existem exigências que devem ser cumpridas ao tempo da licitação e ali se encerram esse fazer, como, por exemplo, a apresentação de atestados de capacitação. Outras, entretanto, serão somente exigíveis e cumpridas a partir de iniciada a execução contratual. Em síntese, o primeiro tipo de exigência é

cumprido pela empresa quando esta ainda é licitante, enquanto o segundo tipo é cumprido pela empresa já na condição de contratada."

CONCLUSÃO

Conclui-se, então, que deve o presente certame priorizar a finalidade pela qual foi criado, ou seja, ampliar a competitividade em busca do melhor resultado para a entidade e buscar aquilo que, de fato, lhe é mais vantajoso.

Aduzidas as razões que balizaram a presente manifestação, esta empresa, requer, com supedâneo nas legislações vigentes que lhe serviram de esteio, o recebimento, análise e admissão desta peça, para que o Edital assim seja retificado e **que seja excluída qualquer exigência restritiva à competição e à jurisprudência e doutrina e que tal item aqui debatido seja exigido como requisito CONTRATUAL.**

Caso não entenda pela adequação do resultado, pugna-se pela emissão de parecer, informando quais os fundamentos legais que embasaram a decisão da autoridade competente, os quais serão levados ao conhecimento das esferas competentes.

Termos em que pede e espera deferimento.

Brasília/DF, 30.03.2023

**PABLO
COELHO
FERREIRA:
58437738172**

Digitally signed by PABLO COELHO FERREIRA:
58437738172
DN: C=BR, O=ICP-Brasil, OU=Secretaria da
Receita Federal do Brasil - RFB, OU=RFB e-CPF
A3, OU=(EM BRANCO), OU=15590921000129,
OU=presencial, CN=PABLO COELHO FERREIRA:
58437738172
Reason: I am approving this document with my
legally binding signature
Location: your signing location here
Date: 2023-03-30 17:29:14
Foxit PhantomPDF Version: 9.7.5

Pablo Coelho Ferreira

Sócio diretor

Representante Legal