



**ILUSTRÍSSIMO SENHOR PREGOEIRO DA BADESUL
DESENVOLVIMENTO S.A – AGÊNCIA DE FOMENTO/RS**



Pregão Eletrônico ° 024/2019

GABARDO & TERRA ADVOGADOS ASSOCIADOS, pessoa jurídica de direito privado inscrita no CNPJ sob o nº 00.912.008/0001-24, com sede na Rua XV de Novembro, nº 556, 6º andar, Centro, em Curitiba – Estado do Paraná, endereço eletrônico: controladoriajuridica@gabardoeterra.com.br, por seu representante legal que esta subscreve, vem, perante Vossa Senhoria, com fulcro no 5.1 do Edital de Convocação¹, apresentar o seguinte **PEDIDO DE ESCLARECIMENTOS** acerca das disposições editalícias, na forma que segue:

REQUISITOS PARA A HABILITAÇÃO

O edital de convocação prevê, em seu item 13, as condições de habilitação da licitante vencedora. Em relação à qualificação técnica, tal item do edital se limita a exigir a comprovação de experiência na realização de trabalhos idênticos ou similares:

13.1.4 Documentos Relativos à Qualificação Técnica

13.2 Para a comprovação da qualificação técnica serão exigidos os seguintes documentos da **Licitante**:

13.2.1 A empresa proponente deverá comprovar experiência, mediante apresentação de atestado, na realização de trabalhos idênticos ou similares ao objeto deste Termo de Referência, abrangendo necessariamente a regulamentação exigida (**Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (Lei nº 13.709, de 14/08/2018)**, **Política de Segurança Cibernética (Resolução BACEN nº 4.658, de 26/04/2018)** e **Plano de Continuidade de Negócio (Resolução BACEN nº 4.557, de 23/02/2017)**, demonstrando a prestação de serviços de forma satisfatória.

¹ 5.1 Os esclarecimentos quanto ao Edital poderão ser solicitados ao pregoeiro em até 3 (três) dias úteis anteriores à data fixada para a abertura da licitação, exclusivamente por *e-mail*: licita@badesul.com.br



À primeira vista, trata-se da **única** exigência editalícia para que a empresa esteja apta à prestação do serviço e, por conseguinte, à participação no certame.

Contudo, o termo de referência – que, por definição, não deve conter cláusulas exigindo entrega de documentos ou requisitos para qualificação/habilitação, sendo uma mera especificação do serviço a ser prestado – institui uma “**obrigação pré-contratual**”, nos seguintes termos:

7 DAS OBRIGAÇÕES PRÉ-CONTRATUAIS

7.1 A empresa vencedora, após a convocação, deverá apresentar os documentos elencados a seguir no prazo de 10 dias corridos.

Página 39 de 78

PROFISSIONAL	QUANTITATIVO	PERFIL	DOCUMENTOS COMPROBATÓRIOS
Responsável Técnico	Um	Nível superior completo em Tecnologia da Informação ou áreas afins ao escopo deste Edital;	Certificado de conclusão de graduação, devidamente registrado no MEC;
		Certificação PMP (PMI) vigente	Certificação de Profissional de Gerenciamento de Projeto
		b) Experiência	Cópia da carteira de trabalho e previdência social (CTPS) ou cópia do ato constitutivo da sociedade

O documento segue especificando uma série de documentos relativos aos diferentes profissionais que prestarão o serviço, devendo todos eles serem entregues no prazo de 10 dias após a “convocação”.



Pelo disposto no edital, entende-se que tal convocação “pré-contratual” ocorrerá somente após o fim do pregão, ou seja, **após a fase de habilitação**, findo o prazo para recursos, feita a homologação e adjudicado o objeto do certame.

Causa estranheza, portanto, a previsão, no termo de referência, de uma obrigação pré-contratual que se assemelha a uma comprovação de habilitação técnica. Destaque-se que a Lei 13.303/2016 dispõe que os requisitos de qualificação técnica devem estar previstos no instrumento convocatório, isto é, no edital:

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 os parâmetros estabelecidos de forma expressa **no instrumento convocatório**.

A colaborar com a estranheza causada, tem-se que o termo de referência **não prevê** qual a consequência pela não entrega dos documentos “pré-contratuais” no prazo estipulado de dez dias: se mera sanção contratual ou desclassificação e convocação do próximo colocado.

Desse modo, requer-se seja esclarecida qual a consequência – se desclassificação com convocação de outra empresa ou aplicação de outra sanção - do não atendimento (falta de documentos) à convocação pré-contratual prevista no termo de referência.

APRESENTAÇÃO DE CERTIFICADOS DE NORMALIZAÇÃO

Aproveitando o ensejo, é relevante expor que, sendo a consequência a desclassificação e convocação do próximo colocado, tal obrigação pré-contratual **será equivalente a um requisito de habilitação técnica**, que, por força do art. 58, II, da Lei 13.303, deveria estar prevista no Edital de Convocação, jamais no termo de referência.



Em qualquer caso, preocupa a exigência de apresentação de Certificação ISO e ITIL Foundation para os profissionais. É que, embora prevista sob a rubrica de “obrigação pré-contratual”, a exigência equivalerá a um requisito de habilitação (pois afasta do certame as empresas que não possuem tal certificação), sendo que a exigência de tal certificação para esse fim é ilegal.

Assim já se posicionou o Tribunal de Contas da União:



Não é possível a exigência de certificação ISO, e outras semelhantes, com o fim de habilitação de licitantes ou como critério para a qualificação de propostas

Mediante pedido de reexame, a Centrais Elétricas do Norte do Brasil S.A. - (Eletronorte) manifestou seu inconformismo contra o Acórdão nº 1.612/2008, do Plenário, o qual lhe determinara que, nos editais de suas licitações, deixe de exigir a certificação expedida pela Organização Internacional de Normalização (**International Organization for Standardization - ISO**) e outras semelhantes, para a habilitação dos participantes ou como critério para a qualificação de propostas. Para a recorrente, “a jurisprudência que serviu de base para a determinação contestada é relativa apenas a serviços de informática”. Segundo o relator, no entanto, “nenhum dos motivos que levaram à formação do entendimento deste Tribunal é exclusivo de certames dessa natureza”. Para ele, as certificações nacionais correspondentes à família 9000 da ISO se referem, em linhas gerais, a critérios para implantação de sistemas de garantia da qualidade. Para obtê-los, a empresa deveria demonstrar a adequação de seus procedimentos de fabricação aos padrões estabelecidos na norma, o que garantiria, ao menos em tese, “que os produtos oriundos dessa empresa tenham sempre as mesmas características”. Todavia, ainda conforme o relator, “isso não garante que eles tenham qualidade superior aos de uma empresa que não seja certificada”. Além do que, no ponto de vista do relator, “obter a certificação ISO é faculdade das empresas – não há lei que a indique como condição para exercício de qualquer atividade”. Restritiva, portanto, a exigência desse predicado como condição para qualificação em licitações, pois “afastar os participantes não certificados reduz a possibilidade de alcance da melhor proposta para a Administração, sem que haja justificativa razoável para tanto”. Por outro lado, não haveria óbice para a utilização do aludido certificado para atribuir pontuação a uma empresa licitante, dado que isso permitiria reconhecer seu diferencial em relação a outras que não comprovaram a adequação de seu sistema de produção aos critérios de qualidade estabelecidos em tais normas. Por conseguinte, votou por que se negasse provimento ao pedido de reexame, mantendo-se os exatos termos do Acórdão nº 1.612/2008-Plenário, no que contou com a acolhida do Plenário. Precedente citado: Acórdão nº 2461/2007, do Plenário, *Acórdão n.º 1085/2011-Plenário, TC-007.924/2007-0, rel. Min. José Márcio, 27.04.2011.*

O acórdão 1.085/2011, citado no informativo acima, foi assim ementado:

PEDIDO DE REEXAME. AUDITORIA. EXIGÊNCIA DE CERTIFICAÇÃO ISSO COMO CRITÉRIO PARA QUALIFICAÇÃO TÉCNICA EM LICITAÇÕES. ALEGAÇÕES INSUFICIENTES PARA ALTERAR A DETERMINAÇÃO RECORRIDA. CONHECIMENTO. NÃO PROVIMENTO.

No voto, constou o seguinte:

A estatal insurge-se contra a determinação (do subitem 9.1.3 da decisão questionada) para que, nos editais de suas



licitações, deixe de exigir a certificação ISO e outras semelhantes, para a habilitação dos participantes ou como critério para a desqualificação de propostas (...) A questão central consiste no fato de que as certificações nacionais correspondentes à família 9000 da ISO – Organização Internacional de Normalização (International Organization for Standardization) referem-se, em linhas gerais, a critérios para a implantação de sistemas de garantia de qualidade. Para obtê-los, a empresa deve demonstrar a adequação de seus procedimentos de fabricação aos padrões estabelecidos em norma. Entre as ações exigidas, estão o comprometimento com a qualidade, o gerenciamento adequado dos recursos humanos e materiais, a formalização das atividades que afetam a qualidade e a existência de indicadores para o monitoramento dos processos. Dessa forma, assegura-se, ao menos em tese, que os produtos oriundos dessa empresa tenham sempre as mesmas características. **Todavia, isso não garante que eles tenham qualidade superior ao de uma empresa que não seja certificada. Daí o caráter restritivo da exigência desse predicado como condição para qualificação em licitações. Afastar os participantes não certificados reduz a possibilidade de alcance da melhor proposta para a Administração, sem que haja justificativa razoável para tanto.** Por outro lado, não há óbice para a utilização de aludido certificado para atribuir pontuação à licitante, o que permite reconhecer seu diferencial em relação a outras que não comprovaram a adequação de seu sistema de produção aos critérios de qualidade estabelecidos nas normas pertinentes.

Como dito anteriormente, embora a exigência de certificação pela ISO tenha sido instituída como “obrigação pré-contratual”, ela se assemelha a critério de habilitação pois, de todo modo, redundaria na impossibilidade de empresas não certificadas participarem do certame.

Desse modo, é patente que a exigência de certificação da ISO e ITIL Foundation como obrigação pré-contratual, no termo de referência, está em desacordo com o direito, na forma da jurisprudência do Tribunal de Contas da União, por **frustrar o caráter competitivo da licitação.**



REQUERIMENTOS

Ante o exposto, requerem-se **esclarecimentos sobre as consequências da não observância as obrigações pré-contratuais** previstas no termo de referência: se desclassificação e convocação da próxima colocada ou outra penalidade.

De qualquer modo, alerta-se desde já pela ilegalidade da exigência de certificação ISO, ainda que sob a rubrica de “obrigação pré-contratual”, conforme jurisprudência pacífica do Tribunal de Contas da União.

Requer-se, por fim, que as futuras intimações sejam feitas em nome de **João Leonelho Gabardo Filho** (OAB/PR 16.948) ou **César Augusto Terra** (OAB/PR 17.556), **sob pena de nulidade**.

Nesses termos, pede deferimento.

Curitiba, 8 de janeiro de 2020.

João Leonelho Gabardo Filho

OAB/PR 16.948 OAB/SC 32.326A
OAB/TO 6.218A OAB/BA 44.320A
OAB/RS 82.883A

César Augusto Terra

OAB/PR 17.556 OAB/SP 311.790A
OAB/RJ 186.010A