

**AO ILMO. SR. PREGOEIRO DO MUNICÍPIO DE TENENTE PORTELA/RS –
SECRETARIA MUNICIPAL DA FAZENDA**

REF.: PREGÃO PRESENCIAL Nº 98/2020 - PROC. LICIT. Nº 187/2020

DUETO TECNOLOGIA LTDA., pessoa jurídica de direito privado, estabelecida na Av. Pernambuco, 1328 – Sala 202/206, Bairro Navegantes - Porto Alegre - RS - CEP 90240-001, inscrita no CNPJ sob o nº 04.311.157/0001-99, vem, respeitosamente, com fulcro no item 10 do ato convocatório, apresentar **IMPUGNAÇÃO AO EDITAL** supra referido, pelos fatos e fundamentos a seguir expostos:

II – DA ESPÉCIE

Essa prestigiada Prefeitura expediu o edital Pregão Presencial nº 87/2020, tendo como objetivo a “**locação de software de Sistemas de Gestão para Administração Pública Municipal em plataforma WEB ou híbrida-desktop/web, através de empresa especializada em tecnologia da informação, conversão de dados, customização, manutenção corretiva legal e atendimento técnico especializado, atendendo as características e especificações técnicas legais junto ao Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul**”.

A **IMPUGNANTE**, no intuito de participar do certame, obteve o edital em questão para poder preparar uma proposta estritamente de acordo com as necessidades dessa Administração. Contudo, após leitura integral do conteúdo do instrumento convocatório, deparou-se com algumas

irregularidades e contradições que colocam em risco a lisura e o sucesso do procedimento licitatório a ser realizado.

Em vista disso, a seguir ficará demonstrada a procedência da presente impugnação, a qual deverá ser acatada por esses eminentes julgadores a bem do interesse público.

III – DAS IRREGULARIDADES

II.1. Das Exigências Indevidas Impostas à Classificação dos Licitantes

O item 6.2.6., alínea “b” do edital exige como condição de habilitação aos licitantes a comprovação de que o sistema desenvolvido tenha que ser necessariamente desenvolvido por apenas uma empresa:

“6.2.6. A documentação técnica consistirá em:

[...] b) Declaração de que o grupo de sistemas de gestão Pública tem proveniência DE FABRICAÇÃO DE ÚNICA EMPRESA DESENVOLVEDORA.”

Primeiramente, constata-se que tal exigência é completamente descabida posto que inserem na órbita de participação dos licitantes a apresentação de uma comprovação que, além de não possuir previsão normativa ou qualquer norma especial que a ampare, não encontra qualquer sustentação legal ou jurídica, que dirá para constar como requisito de habilitação.

De outro lado, o item impugnado não condiz com o preceituado na Lei nº 8.666/93 à avaliação da qualificação técnica dos licitantes durante a fase de habilitação:

“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;
III - comprovação, fornecida pelo órgão licitante, de que recebeu os documentos, e, quando exigido, de que tomou conhecimento de todas as informações e das condições locais para o cumprimento das obrigações objeto da licitação;
IV - prova de atendimento de requisitos previstos em lei especial, quando for o caso.”

Com efeito, nota-se que a Lei nº 8.666/93 claramente limitou as exigências quanto à qualificação técnica dos licitantes, vedando expressamente a fixação de requisitos não expressamente dispostos em lei e desnecessários aos fins da licitação e da execução do objeto licitado.

Assim, não pode o agente público incluir no rol de documentação de habilitação uma comprovação que não aquela expressamente disposta na lei, sob pena de restar nulo todo o procedimento em face de vício insanável que afronta o Princípio da Legalidade, positivado no art. 3º da Lei nº 8.666/93 e no art. 37 da Constituição da República.

Por consequência lógica, o edital não está autorizado a requerer dos licitantes uma exigência de qualificação técnica não prevista em Lei, como é o caso de uma declaração de desenvolvedor único de sistemas informatizados. **Não há legislação específica que ampare tal exigência, jamais exigida em décadas pelos editais nacionais na contratação do objeto licitado.**

Assim, não pode o agente público incluir no rol de documentação para fins de classificação, ainda mais em Pregão, onde o julgamento se dá pelo menor preço, comprovação que não aquela expressamente disposta na lei, sob pena de restar nulo todo o procedimento em face de vício insanável que afronta o

Princípio da Legalidade, positivado no art. 3º da Lei nº 8.666/93 e no art. 37 da Constituição da República.

Lamentavelmente, tem-se percebido alguns poucos editais apresentando tal limitação ilegal, o que já vem sendo encaminhado ao Ministério Público e órgãos de controle mediante dossiê, **já que nestes certames a vitória é sempre da mesma empresa ou seus representantes**. Tal questão será abordada no tópico a seguir com mais detalhamento.

Isso ganha ainda mais força, na medida em que sabidamente, os dispositivos tecnológicos dos softwares de gestão pública do mercado se utilizam de bases das mais variadas, o que, evidentemente, não afeta a finalidade e o objetivo dos sistemas. Na prática, **é também sabido que as empresas nacionais usualmente se utilizam de outras bases, não sendo desenvolvedoras de todas elas, até porque isso limitaria o avanço tecnológico dos próprios sistemas informatizados.**

De fato, o que importa nesta situação é a consecução das ações pretendidas, não se revelando importante tecnicamente nem sendo justificável quantas bases são utilizadas ou quem são os desenvolvedores, **até porque a empresa quando contratada se compromete a executar integralmente os serviços prestados e ainda responde com severas penalidades em caso de inadimplemento.**

Qualquer empresa idônea do setor, ainda que atue com sistemas por ela não desenvolvidos, detém certificação e autorização do fabricante para operacionalizar os softwares, bem como para desenvolver novos recursos ou alterar outros. Por isso, inexistente justificativa técnica que ampare se exigir apenas sistemas desenvolvidos por um único fabricante.

Se a preocupação dessa Prefeitura é o desenvolvimento de novos recursos e alterações nos sistemas a serem licenciados, tal como consta do item 6.20. do Anexo A como pretensa justificativa, basta que o licitante apresente declaração do fabricante autorizando tais implementações e assegurando seu desenvolvimento e operação, o que, aliás, é o que ocorre há anos no mercado nacional e em milhares de entidades municipais atendidas justamente pelos mesmos sistemas.

Por isso, proibir a participação de empresas que licenciam softwares por ela não desenvolvidos ou exigir apresentação de contratos ou documentos que comprovem parcerias privadas são medidas ilegais e cerceadoras da competição.

Note-se, ainda, que, há décadas os sistemas informatizados de gestão municipal são fornecidos a todos os entes públicos do país sem a necessidade de desenvolvedor único. Por isso, qualquer justificativa que venha a ser apresentada em favor de tal exigência improcede posto que conflitante com a realidade nacional. Isso seria o mesmo que dizer que todos os demais entes administrativos do Brasil estariam errados!

Infelizmente, é preciso que essa entidade municipal seja alertada uma vez que certamente deve desconhecer que no país apenas uma empresa do mercado possui tal tipo de característica, o que enseja, em caso de não alteração do edital, um indesejado direcionamento e restrição à participação na licitação. **Tal alerta é necessário, inclusive, para que se efetue a exclusão de tal item e se restaure a legalidade do certame a ser realizado.**

Sendo assim, chega-se com facilidade a algumas conclusões:

- 1) não há lei que obrigue as empresas de sistemas informatizados a serem desenvolvedoras de todos os sistemas licitados, tratando-se de ação privada, facultativa e discricionária dos proprietários de tal produto. Isso tanto é verdade que o edital em tela sequer cita o comando legal que regule tal obrigação e muito menos o órgão nacional que determine isso;
- 2) inexistente norma legal que obrigue a comprovação de que um conjunto de softwares precise possuir uma única desenvolvedora; e
- 3) inexistente norma que ampare a solicitação de tais exigências para fins de habilitação e classificação em licitações públicas.

Aliás, o TCU entende que, em regra, a Administração Pública não pode demandar a declaração de fabricante, carta de solidariedade ou credenciamento como condição de habilitação do licitante. Segundo a referida Corte de Contas, a Administração Pública não pode demandar a declaração de fabricante, carta de solidariedade ou credenciamento como condição de habilitação do licitante.

Tal tipo de exigência conferiria ao fabricante o poder de decidir quais fornecedores poderiam participar do certame, tornando ainda mais tangível a restrição à ampla competitividade e a ofensa ao princípio da isonomia, em consequente redução à possibilidade de seleção da proposta mais vantajosa. Este foi o raciocínio no Acórdão nº 1.805/2015 abaixo transcrito:

“11. CONFORME A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE DE CONTAS, A EXIGÊNCIA DE DECLARAÇÃO DO FABRICANTE, CARTA DE SOLIDARIEDADE OU CREDENCIAMENTO, COMO CONDIÇÃO PARA HABILITAÇÃO DE LICITANTE EM PREGÃO CARECE DE AMPARO LEGAL.”

12. ESSA EXIGÊNCIA PODE TER CARÁTER RESTRITIVO E FERIR O PRINCÍPIO DA ISONOMIA ENTRE OS LICITANTES, por deixar ao arbítrio do fabricante a indicação de quais representantes poderão participar do certame. 13. Nesse sentido, as seguintes decisões: Decisão 486/2000 e Acórdãos 808/2003, 1670/2003, 1676/2005, 423/2007, 539/2007, 1729/2008, 2056/2008, do Plenário; 2404/2009, da 2ª Câmara, dentre outros.”

[...] **34. COM RELAÇÃO À EXPERIÊNCIA E CAPACIDADE TÉCNICA, A ADMINISTRAÇÃO PODE EXIGIR COMPROVANTE DE CAPACIDADE TÉCNICA, NOS TERMOS DO ART. 30, INC. II, DA LEI 8.666/1993, DEMONSTRANDO QUE A LICITANTE EXECUTOU SERVIÇOS COM CARACTERÍSTICAS, QUANTIDADES E PRAZOS COMPATÍVEIS COM O OBJETO DA LICITAÇÃO. A DECLARAÇÃO ORA EM COMENTO SEQUER COMPROVA QUE A LICITANTE EXECUTOU SERVIÇOS SEMELHANTES AOS LICITADOS.**

[...] **39. TAMBÉM NÃO PROCEDE O ARGUMENTO DE QUE A AUSÊNCIA DA DECLARAÇÃO IMPLICARÁ A AQUISIÇÃO DE SOFTWARE “PIRATA”. VIA DE REGRA, SOFTWARE ORIGINAL PODE SER COMPRADO POR QUALQUER PESSOA FÍSICA OU JURÍDICA, INDEPENDENTEMENTE DE SER REPRESENTANTE OU NÃO DO FABRICANTE. NO CASO CONCRETO, PARA QUE SEJA EVITADO O FORNECIMENTO DE SOFTWARE ‘PIRATA’ É SUFICIENTE TAL ESTIPULAÇÃO EM CLÁUSULA EDITALÍCIA, COM O ESTABELECIMENTO DE MECANISMOS DE CHECAGEM E/OU MULTAS, SE A ADMINISTRAÇÃO ENTENDER NECESSÁRIO.**

40. Como já dito, o FATO DE ADMINISTRAÇÃO TER O DEVER DE BUSCAR NÃO SÓ O MENOR PREÇO, MAS QUALIDADE DO SERVIÇO, NÃO AUTORIZA A INCLUSÃO DE CLÁUSULAS RESTRITIVAS, COMO A ORA ANALISADA.

[...] **44. Assim, como apontado na instrução inicial, A EXIGÊNCIA EM TELA NÃO ESTÁ CONTEMPLADA NO ROL TAXATIVO DOS ARTS. 27 A 31 DA LEI 8.666/1993, e, salvo se devidamente justificada para o caso concreto – o que não ocorreu – acarreta restrição à competitividade no certame, uma vez que, em última instância, o universo de participantes será delimitado não pelo mercado, mas com base na vontade dos fornecedores de cada equipamento.** 45. ADEMAIS, CONFORME JÁ EXPOSTO NA INSTRUÇÃO INICIAL, PARA SE OBTEREM

EQUIPAMENTOS E SERVIÇOS DE QUALIDADE, O ÓRGÃO LICITADOR DEVE ESPECIFICAR O OBJETO DESEJADO DE FORMA COMPLETA, CLARA E PRECISA, DEFININDO, JUSTIFICADAMENTE, AS CARACTERÍSTICAS E AS MÉTRICAS PARA A AVALIAÇÃO DAQUILO QUE SERÁ ENTREGUE PELO CONTRATADO DURANTE A EXECUÇÃO DO AJUSTE.”

A E. Corte de Contas pondera que esse tipo de exigência torna ainda mais tangível a restrição à ampla competitividade e a ofensa ao princípio da isonomia, em consequente redução à possibilidade de seleção da proposta mais vantajosa.

O instrumento convocatório, todavia, poderia até prever pontuação técnica diferenciada ao licitante que apresentasse tais condições, mas precisaria fazer isso em licitações do tipo **“técnica e preço”**. Atente-se que **não se trata de requisito de classificação, mas de critério de qualidade para fins de pontuação em licitações do tipo “técnica e preço”**.

Para que se possam interpretar as regras editalícias, cumpre trazer à luz, os ensinamentos da Professora Dora Maria de Oliveira Ramos:

“[...] não pode a Administração, em nenhuma hipótese, fazer exigências que reduzir drasticamente o universo de licitantes dirigindo a licitação a um único participante ou a um universo extremamente estrito a eles, ilegal será a exigência, a violação do art. 3º, §1, da lei 8666/93.

Observa-se que o presente edital cometeu um erro material, face à incompatibilidade técnica, bem como a inexistência de lei especial que discipline e obrigue tais certificações. Trata-se de inovação feita por esse órgão licitante, mas que não é permitida pela lei. Inexiste qualquer razão de ordem técnica ou legal que possa admitir a permanência das exigências ora impugnadas.

Por isso, o item contestado destoa completamente dos objetivos que regem os procedimentos licitatórios, na medida em que exige documento que

extrapola os meios de comprovação de aptidão para a prestação do objeto pretendido, devendo ser retirado do edital em tela, em obediência aos preceitos legais vigentes, notadamente aos artigos 3º e 30 da Lei 8.666/93, além do art. 37, XXI da Constituição da República:

“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 EXIGÊNCIAS DE QUALIFICAÇÃO TÉCNICA E ECONÔMICA INDISPENSÁVEIS À GARANTIA DO CUMPRIMENTO DAS OBRIGAÇÕES.” (grifos nossos)

O renomado autor Marçal Justen Filho¹ combate de forma veemente a inclusão de condições que ferem o referido dispositivo constitucional:

“A CONSTITUIÇÃO NÃO DEFERE AO ADMINISTRADOR A FACULDADE DE, AO DISCRIMINAR AS CONDIÇÕES DE HABILITAÇÃO, OPTAR PELA MAIOR SEGURANÇA POSSÍVEL. [...] Neste ponto é imperioso destacar que A CONSTITUIÇÃO AUTORIZA APENAS EXIGÊNCIAS QUE CONFIGUREM UM MÍNIMO DE SEGURANÇA. PORTANTO, NÃO SE ADMITEM EXIGÊNCIAS QUE VÃO ALÉM DISSO. LOGO, A ADMINISTRAÇÃO NÃO PODERÁ RESPALDAR SEUS ATOS COM A INVOCAÇÃO DE QUE A EXIGÊNCIA AMPLIA SUA SEGURANÇA. É EVIDENTE QUE O MÁXIMO DE SEGURANÇA CORRESPONDERIA AO MÁXIMO DE RESTRIÇÃO. ESSA NÃO É A SOLUÇÃO AUTORIZADA PELA CONSTITUIÇÃO.”

Assim, não pode a Administração Pública, baseada em uma suposta segurança, exigir algo que extrapola os limites legais e que em vez de

¹ Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Dialética. 15ª edição. São Paulo-SP. páginas 337/338.

proteger o órgão licitante o prejudica, afastando competidores e limitando a participação na licitação e, por consequência, eliminando desnecessariamente propostas vantajosas.

As exigências constantes do ato convocatório, além de não coadunarem com as disposições legais pertinentes, constituem-se em requisitos sem previsão legal e desnecessários à comprovação da aptidão do licitante para a execução do objeto licitado, devendo ser de plano excluídas, o que desde já se requer.

II.2. - Características do Objeto Licitado – Modelo de Negócio de um Único Fornecedor – Prejuízo à Competição

Causou espécie as disposições técnicas constantes do Anexo A e B do edital uma vez que trazem algumas características acessórias e dispensáveis são alçadas à condição de obrigatoriedade, o que, ainda que sabidamente sem intenção por parte desses administradores, restringe a competição de modo injustificado, sem falar que visivelmente já antecipa quem será o vencedor da licitação.

E isso está ainda ligado diretamente à exigência de que o conjunto de sistemas seja desenvolvido pela mesma e única empresa. Como já antecipado, sabe-se bem que tal requisição não refletem o padrão usual de mercado, **mas, sim, a uma solução de um fornecedor específico cujo conjunto é originado por um fabricante.**

Novamente, é preciso registrar que as demais soluções do mercado executam normalmente tais serviços em milhares de Prefeituras e Câmaras sem tal exigência de “desenvolvedor único”. Pergunta-se: estaria 97% do mercado nacional equivocado?

Note-se que as demais soluções também assim o fazem há anos sem nunca ter existido um problema pelo fato de não terem sido desenvolvidas por um

único fabricante. A propósito, nada justifica que um objeto que deveria ser padronizado e licitado por modalidade simples como o Pregão possua exigência completamente descolada da realidade técnica vigente há décadas no país.

Como dito, ainda que sem intenção por essa séria gestão municipal, o edital em referência se trata de um modelo formatado, cujo direcionamento **sempre promove a participação e vitória de apenas uma empresa ou então é anulado justamente por tal irregularidade. Alguns exemplos:**

- ✓ **Prefeitura de Barão do Triunfo/RS (Pregão Presencial nº 017/2020) PROCEDIMENTO ANULADO POR EXIGIR DESENVOLVEDOR ÚNICO;**
- ✓ **Câmara de Vereadores de Guarujá do Sul/SC (Pregão Presencial nº 02/2019);**
- ✓ **Prefeitura de Jupiá/SC (Pregão Presencial nº 010/2018);**
- ✓ **Prefeitura de São José do Cedro/SC (Pregão Presencial nº 108/2018); PROCEDIMENTO ANULADO**

Em todos estes certames licitatório, reiteradamente, os Termos de Referência que integravam os editais eram IDÊNTICOS em suas exigências restritivas àquelas impostas pelo edital ora impugnado. Ao final, como resultado, foram firmadas contratações **sempre com a mesma empresa ou então os procedimentos foram anulados quando o ente municipal foi alertado em tempo hábil.**

Como já adiantado, tal “modelo”, na verdade, é utilizado por parcela reduzida de municípios, não alcançado sequer a 3% (três por cento) das entidades municipais atendidas. Nesse sentido, algumas perguntas são necessárias e importantes para conferir transparência e lisura ao procedimento licitatório:

i) estariam aproximadamente 97% dos entes municipais do Estado, inclusive os maiores deles e a maior parte similares a Tenente Portela se utilizando sistemas informatizados de gestão pública ultrapassados, mais caros e que não atenderiam às necessidades do poder público?

ii) seriam as necessidades desse município, para um mesmo objeto, tão distintas e peculiares de aproximadamente 420 municípios do Estado do Rio Grande do Sul e de outros milhares espalhados pelo país?

iii) por que justamente apenas um modelo de descrição técnica de edital foi utilizado como referência por essa Prefeitura, sabendo-se da existência de centenas de outros atos convocatórios descrevendo este mesmo objeto e onde houve efetiva **COMPETIÇÃO** entre as empresas do mercado? Quais seriam os editais pesquisados por essas autoridades e os respectivos vencedores destas licitações?

iv) Se realmente um modelo de especificações técnicas de softwares de gestão pública municipal será escolhido com base em outros editais, não seria mais adequado a essa administração optar por “modelo” adotado pela maior parte dos editais lançados, especialmente no Estado do Rio Grande do Sul, observando-se, ainda, quais as licitações onde houve efetiva competição?

v) por que se utilizar de um “modelo” de especificação técnica quando já se sabe que todo o município que o utilizou teve procedimento licitatório sem competição e onde o mesmo e único fornecedor se sagrou vitorioso?

Com o devido respeito, são questionamentos que precisam ser respondidos com fundamento técnico e jurídico para que a escolha por um “modelo” não

se torne em uma contratação desvantajosa onde a competição será inevitavelmente restringida.

Ainda que se alegue ser normal na elaboração de editais o uso de pesquisas na rede mundial de computadores, ou seja, que a similaridade de edital afirmada seja coincidência, o que não se condena, **é de se reconhecer que tal pesquisa se deu de modo falho e nocivo ao interesse público** já que inspirada apenas em **atos convocatórios que detinham termo de referência com as especificações técnicas integralmente idênticas a um único modelo de sistema comercializado no mercado.**

Ora, os editais alusivos a tal objeto devem seguir **parâmetros legais e não especificações técnicas de apenas um modelo comercializado no mercado.** Para se instaurar o presente certame acredita-se que tenha sido feita uma obrigatória pesquisa prévia junto ao mercado para a definição da despesa a ser gasta por essa entidade para a execução do objeto licitado, **a qual deveria contemplar todas as características dos sistemas descritas em dezenas de páginas no Termo de Referência.**

Por isso, é preciso que se divulguem os orçamentos obtidos e, principalmente, os respectivos pedidos de cotação dessa entidade, para saber se tiveram como base **todas as condições e características descritas nos itens 4 e 5 do Anexo I como obrigatórias ao atendimento.** Se foram apresentados, orçamentos é porque tais empresas: **I) ATUAM EFETIVAMENTE NO MERCADO DO OBJETO LICITADO; II) POSSUEM E COMERCIALIZAM O MÓDULO DE GERENCIAMENTO DE NOTAS FISCAIS; III) POSSUEM SISTEMAS QUE ATENDEM ÀS FUNCIONALIDADES EXIGIDAS ESPECIALMENTE QUANTO AO DESENVOLVEDOR ÚNICO DO CONJUNTO DE SISTEMAS; e IV) NÃO SE TRATAM DE REPRESENTANTES DO MESMO SOFTWARE.**

Alegar, simplesmente, que as opções escolhidas pelo edital seriam mais atuais e econômicas, além de não justificadas mediante parecer técnico prévio independente nos autos do presente processo licitatório, constituir-se-ia em inverdade técnica que, inclusive, contradiria a maciça maioria das prefeituras e câmaras do país que utilizam as opções proibidas pelo presente edital. Se são tão ineficientes por que as maiores entidades municipais do país não as utilizam?

Há que se ressaltar que no mercado fornecedor de licença de usos de sistemas de gestão pública atuam diversas empresas, cada qual desenvolvendo seus softwares em acordo com a legislação, porém, com recursos tecnológicos próprios e, por consequência, com características próprias e peculiares. Isso significa, ilustres autoridades, que alguns sistemas possuem um padrão único para atendimento às normas e exigências legais e, de outro lado, especificações acessórias e/ou estéticas a depender de cada empresa.

II.3. – Exigência Prévia de Equipe Técnica

Exige-se no item 6.2.6. “d” do ato convocatório, sob pena de inabilitação, que o licitante já na data de abertura do procedimento licitatório apresente declaração de possuir em seu quadro permanente a equipe técnica que irá atuar na execução do contrato a ser celebrado com essa municipalidade:

“6.2.6 A Documentação TÉCNICA consistirá em:

[...] c). Declaração em nome da licitante indicando os profissionais que irão compor a equipe técnica responsável pela implantação, treinamento e manutenção dos sistemas, DECLARANDO QUE PERTENCEM AO QUADRO PERMANENTE DA PROPONENTE.”

Do exposto, a empresa licitante, de acordo com o edital, precisará declarar já possuir profissional técnicos vinculados ao seu quadro permanente na data de abertura do certame licitatório. Contudo, é evidente que tal obrigação se caracteriza como ilegal e altamente restritiva à participação, sendo proibido em norma se exigir que o licitante já detenha na abertura do certame profissionais técnicos vinculados aos seus quadros de empregados e que irão atuar na execução do objeto licitado.

O máximo admitido nestes casos é a declaração de disponibilidade destes profissionais quando da assinatura do contrato, sem sequer ser autorizado que já se indiquem os nomes destes ou que integrem os quadros da empresa. É o que dispõe o §6º do artigo 30 da Lei nº 8.666/93:

“AS EXIGÊNCIAS MÍNIMAS RELATIVAS A INSTALAÇÕES DE CANTEIROS, MÁQUINAS, EQUIPAMENTOS E PESSOAL TÉCNICO ESPECIALIZADO, CONSIDERADOS ESSENCIAIS PARA O CUMPRIMENTO DO OBJETO DA LICITAÇÃO, SERÃO ATENDIDAS MEDIANTE A APRESENTAÇÃO DE RELAÇÃO EXPLÍCITA E DA DECLARAÇÃO FORMAL DA SUA DISPONIBILIDADE, SOB AS PENAS CABÍVEIS, VEDADA AS EXIGÊNCIAS DE PROPRIEDADE E DE LOCALIZAÇÃO PRÉVIA.”

Assim, a exigência ora impugnada é excessiva e prejudica a competitividade do certame, violando o art. 3º, § 1º, inciso I da Lei nº. 8.666/93 e o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, segundo o qual somente são permitidas exigências de qualificação técnica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. De acordo com a doutrina de Marçal Justen Filho:

“NÃO É POSSÍVEL, ENFIM, TRANSFORMAR A EXIGÊNCIA DE QUALIFICAÇÃO TÉCNICA PROFISSIONAL EM UMA OPORTUNIDADE PARA GARANTIR 'EMPREGO' PARA CERTOS PROFISSIONAIS.”

NÃO SE PODE CONCEBER QUE AS EMPRESAS SEJAM OBRIGADAS A CONTRATAR, SOB VÍNCULO EMPREGATÍCIO, ALGUNS PROFISSIONAIS APENAS PARA PARTICIPAR DA

LICITAÇÃO. A INTERPRETAÇÃO AMPLIATIVA E RIGOROSA DA EXIGÊNCIA DO VÍNCULO TRABALHISTA SE CONFIGURA COMO UMA MODALIDADE DE DISTORÇÃO: O FUNDAMENTAL, PARA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, É QUE O PROFISSIONAL ESTEJA EM CONDIÇÕES DE EFETIVAMENTE DESEMPENHAR SEUS TRABALHOS POR OCASIÃO DA EXECUÇÃO DO FUTURO CONTRATO. É INÚTIL, PARA ELA, QUE OS LICITANTES MANTENHAM PROFISSIONAIS DE ALTA QUALIFICAÇÃO EMPREGADOS APENAS PARA PARTICIPAR DA LICITAÇÃO.” (in Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 11ª edição, São Paulo: Editora Dialética, 2005, págs. 332/333).

Vale a pena destacar jurisprudência pacífica em que o Tribunal de Contas da União se manifesta contrariamente a exigência de vínculo empregatício de profissionais como requisito relativo à qualificação técnica. Nesse sentido é importante transcrever excerto do voto proferido pelo Min. Ubiratan Aguiar, do E. Tribunal de Contas da União, quando da apreciação da TC nº. 020.948/2005-1, que fundamentou o Acórdão nº. 361/2006 (Ata nº. 11/2006 – Plenário – DOU 28.03.2006), *in verbis*:

“(…) Da mesma forma, **ASSISTE RAZÃO AOS DIRIGENTES QUANDO DEFENDEM QUE EXIGIR QUE A EMPRESA CONTRATADA DETENHA EM SEU QUADRO PERMANENTE PROFISSIONAIS APTOS A EXECUTAR O OBJETO A SER CONTRATADO, NO MOMENTO DA ENTREGA DOS ENVELOPES, PODE RESTRINGIR OU COMPROMETER O CARÁTER COMPETITIVO DA LICITAÇÃO,** infringindo assim o disposto no art. 3º da Lei nº 8.666/93, o qual prevê que a licitação "destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, de probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos." (...)10. **VALE ASSINALAR QUE O FATO DE UM PROFISSIONAL, NA DATA DA ENTREGA DOS ENVELOPES, PERTENCER AO QUADRO PERMANENTE DA EMPRESA LICITANTE NÃO ASSEGURA QUE ESSE PROFISSIONAL ESTARÁ NA EMPRESA DURANTE A**

EXECUÇÃO DA OBRA OU DO SERVIÇO A SER CONTRATADO, VEZ QUE PODERÁ OCORRER O SEU DESLIGAMENTO APÓS ESSE MOMENTO. (...) Destacamos ainda outras decisões semelhantes da mesma Corte de Contas, que servem de precedente a presente Impugnação: TC nº. 016.072/2005-1, Acórdão nº. 2.297/2005 e Decisão nº 3035/2010, proferida nos autos do processo nº ELC - 10/00347211.

Outras decisões do TCU e do TCE-PR são bastante didáticas ao caso:

3. É ILEGAL A EXIGÊNCIA, PARA PARTICIPAÇÃO EM LICITAÇÃO, DE COMPROVAÇÃO DE VÍNCULO EMPREGATÍCIO DO RESPONSÁVEL TÉCNICO COM A EMPRESA LICITANTE.
[...] ***“a JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL TAMBÉM É PACÍFICA NO SENTIDO DE SER ILEGAL A EXIGÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE VÍNCULO EMPREGATÍCIO DO RESPONSÁVEL TÉCNICO COM A EMPRESA LICITANTE, POIS IMPÕE UM ÔNUS DESNECESSÁRIO AOS CONCORRENTES, NA MEDIDA EM QUE SÃO OBRIGADOS A CONTRATAR, OU A MANTER EM SEU QUADRO, PROFISSIONAIS APENAS PARA PARTICIPAR DA LICITAÇÃO (Acórdãos 103/2009 e 1.808/2011, do Plenário, entre outros)”. NESSE PASSO, AUSENTES AS JUSTIFICATIVAS QUE EMBASASSEM A EXIGÊNCIA EDITALÍCIA, O PLENÁRIO ACATOU A PROPOSTA DA RELATORA PARA QUE A REPRESENTAÇÃO FOSSE CONSIDERADA PROCEDENTE, REJEITANDO-SE AS RAZÕES APRESENTADAS PELOS RESPONSÁVEIS E IMPUTANDO-LHES MULTAS INDIVIDUAIS. [Acórdão 1842/2013-Plenário](#), TC 011.556/2012-9, relatora Ministra Ana Arraes, 17.7.2013.***

Processo: nº 345392/10

Acórdão: nº 870/15 - Tribunal Pleno

Assunto: Representação da Lei 8666/93

Entidade: Município de Cascavel

Interessados: Fram Consulting Ltda., Edgar Bueno, Hélio Nethson, José Ricardo Messias, Marlene Santos Guedes

Relator: Conselheiro corregedor-geral José Durval Mattos do Amaral

“O ARTIGO 30 DA LEI DE LICITAÇÕES “APENAS AUTORIZA QUE SE EXIJA RELAÇÃO EXPLÍCITA E DECLARAÇÃO FORMAL DA DISPONIBILIDADE DO PESSOAL TÉCNICO ESPECIALIZADO”, NÃO A COMPROVAÇÃO DE QUE TAIS PROFISSIONAIS INTEGRAM O QUADRO DA EMPRESA OU

**ESTÃO CONTRATADOS PARA A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS.
A ADMINISTRAÇÃO NÃO PODE FAZER EXIGÊNCIAS
DESARRAZOADAS".**

Diante de todos os fatos e fundamentos de direito acima expostos, não há como prosperar a manutenção dos itens aqui impugnados, sob pena de se contrariar ao Princípio da Legalidade preconizado em lei.

II.4. Critérios Subjetivos de Julgamento

Assim dispõe o subitem 7.11. do Anexo A (Termo de Referência) do edital, a respeito da avaliação dos sistemas ofertados pelo proponente detentor da menor oferta na fase de lances:

“7.11. No ato da apresentação, deverá ser feita simulação de todas as funcionalidades e recursos solicitados para cada sistema, conforme Anexo I – Termo de Referência, devendo ser desclassificada a licitante que:

a. Não atender os quesitos solicitados, sendo essa medição feita individualmente por sistema.

b. Além dos testes previstos neste roteiro, o Sr. Pregoeiro poderá realizar a diligência que considerar necessária à demonstração de atendimento ao edital, desde que não gerem às licitantes esforços e custos superiores ao razoável.

c. Fica a critério do Sr. Pregoeiro, a solicitação de outros elementos específicos que poderão ser considerados válidos por meio de análise documental, desde que a comprovação por este método seja inequívoca.

d. Fica a critério do pregoeiro a solicitação total ou por amostragens, de acordo com o mérito administrativo justificando-se o que for conveniente ao Município.”

Com efeito, primeiramente, conclui-se que, a critério da Comissão Avaliadora, outros “elementos específicos” poderão ser considerados válidos por meio de análise documental no âmbito da demonstração dos softwares licitados.

Da análise desse item editalício supra, porém, **não ficou claro quais serão os elementos específicos** que podem ser considerados como válidos ao

juízo de avaliação a ser feito por essas autoridades. Isso, com o devido respeito, não pode ficar a critério do condutor do certame ou ser algo a ser informado ao licitante apenas durante a demonstração dos softwares quando já abertas as propostas e encerrada a fase de lances.

Se o edital indica a possibilidade de avaliação por outros elementos, deve deixar claro quais seriam estes? Caso contrário o julgamento ficará sujeito de subjetividade e de um caráter sigiloso não admissível em licitações. Se, por exemplo, um dos elementos técnicos, mencionado após a abertura do certame, for algo que demandasse tempo e planejamento, caso o licitante soubesse previamente quando da leitura do edital certamente poderia se preparar de modo mais adequado.

De outro lado, muitos interessados podem não acudir ao certame por não saber que elementos que deveria também serviriam à análise dos sistemas propostos.

Por isso, devem ser definidos quais seriam os elementos específicos a serem sopesados na análise relacionada ao item 7.11. do Anexo A.

De igual modo, o citado item determina que a avaliação dos sistemas, a qual definirá a classificação do licitante e sua consequente vitória, poderá ser feita por AMOSTRAGEM dos itens/funcionalidades ou por critérios de importância, de acordo com o mérito administrativo e conveniência. Contudo, o mesmo item 7.11. claramente determina que TODAS as funcionalidades exigidas deverão ser demonstradas, inclusive especificando percentuais de classificação com base na quantidade de requisitos para cada módulo.

Do exposto, constata-se que a avaliação dos sistemas ofertados possui contradição pois ora indica que todos os quesitos devem ser demonstrados, ora aduz que poderá ser feita por amostragem, o que também significa mais

um critério sigiloso a ser divulgado apenas no momento da demonstração técnica. **Quais exigências serão avaliadas das dezenas de páginas de requisitos técnicos listados no edital?** Uma avaliação de natureza aleatória, tal como prevista, permite, inclusive, que um licitante atenda a uma pequena parte dos quesitos exigidos e ainda assim seja considerado apto, desde que os itens que não atenda sejam ignorados na mencionada “amostragem”.

Por que não se avaliar integralmente o objeto ofertado? Se está sendo licitado o objeto pela modalidade Pregão é porque seria, em tese, destituído de complexidade e poderia, portanto, ser facilmente avaliado, lembrando-se sempre que em um pregão o único critério de julgamento é o menor preço.

Com efeito, **não restaram informados, quais serão os itens de cada módulo que precisarão ser demonstrados**, o que será apenas informado quando da realização da demonstração em total contrariedade aos Princípios da Igualdade, da Legalidade e do Julgamento Objetivo.

Não se trata de uma escolha do ente público indicar quais os critérios de aceitação de uma proposta ou do objeto licitado. Para isso, a legislação estabeleceu os respectivos critérios a se seguir, especialmente alertando à necessidade quanto á observância ao Princípio do Julgamento Objetivo e, ainda, da impossibilidade de fixação de critérios sigilosos.

Segundo o disposto no §1º do art. 44 da Lei nº 8.666/93:

“§ 1º É VEDADA A UTILIZAÇÃO DE QUALQUER ELEMENTO, CRITÉRIO OU FATOR SIGILOSO, SECRETO, SUBJETIVO OU RESERVADO QUE POSSA AINDA QUE INDIRETAMENTE ELIDIR O PRINCÍPIO DA IGUALDADE ENTRE OS LICITANTES.”

Acerca da matéria, cabe destacar o voto do Conselheiro Relator do TCE/SP, Robson Marinho, que aborda o aspecto mais amplo do estabelecimento de critérios de julgamento das propostas:

"(...) OUTRO FATOR QUE TAMBÉM SE MOSTRA CONTROVERTIDO ENVOLVENDO SOBREDITOS EXAMES E, PORTANTO, MERECEDOR DE REVISÃO RELACIONA-SE AOS CRITÉRIOS QUE CONDUZIRÃO AOS RESULTADOS, E NÃO ESTÃO EXPRESSAMENTE DEFINIDOS NO EDITAL (SUBITEM 5.4.2). OBVIAMENTE QUE ESTA ANÁLISE, CUJOS PARÂMETROS TÉCNICOS QUE A NORTEARÃO SÃO DESCONHECIDOS DOS INTERESSADOS, LEVA INEVITAVELMENTE A UM JULGAMENTO SUBJETIVO, FERINDO O QUE PRECONIZA O ARTIGO 3º, CAPUT, DA LEI N. 8.666/93, SOBRETUDO PORQUE PODERÁ ENSEJAR A REPROVAÇÃO DO PRODUTO E CONSEQUENTE DESCLASSIFICAÇÃO DA PROPONENTE. (TC-020002/026/2009, TC-020011/026/2009 e TC-020012/026/2009 – Exame prévio de edital – <http://www.tce.sp.gov.br/>)

Seguindo a jurisprudência do TCE-SP, veja-se também o já transcrito voto do Conselheiro Relator Eduardo Bittencourt Carvalho, acolhido por unanimidade conforme acórdão correspondente, na Representação contra Edital de Pregão Presencial (exame prévio de edital), em nota deste parecer, em resumo, nos seguintes termos:

"(...) DE OUTRA PARTE, TAMBÉM SE MOSTRA PROCEDENTE A IMPUGNAÇÃO DIRIGIDA CONTRA A AUSÊNCIA DE ESPECIFICAÇÕES E PARÂMETROS OBJETIVOS PARA A AFERIÇÃO DA ACEITABILIDADE DAS AMOSTRAS, À VISTA DA COMPLETA OMISSÃO A RESPEITO NAS CLÁUSULAS DO ITEM "08", DO ANEXO I, O QUE SE MOSTRA INCOMPATÍVEL COM O PRINCÍPIO DO JULGAMENTO OBJETIVO, CONSAGRADO NA LEI GERAL DAS LICITAÇÕES." (GRIFAMOS). (TC 022245/026/10 e TC 000656/008/10, de 28 de julho de 2010).

Diante disso, devem tais critérios de julgamento dos requisitos técnicos do objeto licitado ser definidos no edital, de modo igualitário e transparente a

todos os licitantes, na forma em que ora requerida, evitando-se assim a contrariedade aos princípios da Legalidade, da ampla defesa e do contraditório.

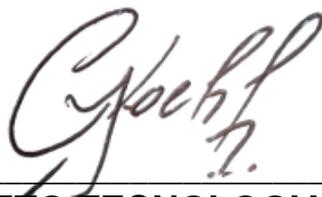
A ausência dos critérios de julgamento objetivos sobre o procedimento que regerá a análise de atendimento a dezenas de quesitos técnicos dispostos no Termo de Referência impõe o fracasso ao presente certame. Por isso, deve-se, a bem da legalidade e da transparência indicar de modo detalhado as informações contraditórias aqui impugnadas.

III - DO PEDIDO

Por todo o exposto e diante das justificativas aqui apontadas, bem como cientes da seriedade dessa entidade, **requer seja a presente impugnação julgada procedente**, esperando, ao final, que o bom senso prevaleça para que o edital tenha sanadas suas irregularidades, visando a ampliação da competitividade e a viabilidade da seleção da proposta mais vantajosa, nos termos da legislação pátria.

Pede deferimento.

Tenente Portela, 18 de setembro de 2020.



DUEFO TECNOLOGIA LTDA.

Nome: **João Guilherme Koehler Filho**
e-mail: **joao.guilherme@govbr.com.br**
Cargo/Função: **Gerente de Clientes**
CPF: **002.313.080-60**
Identidade: **7070829622**