

AO I. PREGOEIRO DA PREFEITURA MUNICIPAL DE TENENTE PORTELA/RS

REF.: PREGÃO PRESENCIAL Nº 33/2021 – PROC. LICIT. Nº 77/2021

GOVERNANÇABRASIL SUL TECNOLOGIA LTDA., pessoa jurídica de direito privado, estabelecida Rua Olinda, 140 – 5º e 6º andares, Bairro São Geraldo - Porto Alegre - RS - CEP 90240-570, inscrita no CNPJ sob o nº 04.311.157/0001-99, fundada na alínea “a” do item 10 do ato convocatório, serve-se da presente para apresentar sua **IMPUGNAÇÃO AO EDITAL**, pelos fatos e fundamentos a seguir expostos:

I – DA ESPÉCIE

Essa prestigiada Prefeitura expediu o edital Pregão Presencial nº 33/2021, tendo como objetivo a “**locação de software de Sistemas de Gestão para Administração Pública Municipal em plataforma em ambiente WEB acessível por qualquer navegador web padrão, através de empresa especializada em tecnologia da informação, conversão de dados, implantação, treinamento, manutenção corretiva legal, customização, atendimento técnico especializado e estrutura de data Center (nuvem), 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.

A Impugnante em momento algum visa tumultuar o certame em comento, pois o único interesse é o de participar da presente licitação em igualdade de condições, todavia, isso se mostra inviável neste momento ante ao **flagrante direcionamento das especificações técnicas do Termo de Referência (Anexo I) as quais são as mesmas já utilizadas em editais de outros procedimentos licitatórios vencidos sempre por uma única empresa (Betha Sistemas Ltda.)**, a qual, por sua vez, sempre participa de tais procedimentos de modo solitário e sem ofertar lances significativos.

E isso sem falar nas demais irregularidades, as quais serão a seguir demonstradas, tais como: i) exigências de parcelas não relevantes como requisitos de habilitação aos atestados de capacidade técnica; iii) exigência de certificações e declarações sem previsão legal; iv) inobservância ao prazo de intervalo mínimo entre a publicação e o aviso do edital; v) exigência de atendimento a centenas de requisitos técnicos sob pena de desclassificação, descaracterizando a modalidade Pregão; dentre outras a seguir detalhadas.

Sendo assim, requer-se a atenção dessa respeitada entidade para que o edital ora pretendido se adeque a um padrão nacional que viabilize a participação das empresas do mercado e que preserve a segurança tecnológica do Município.

II – DAS IRREGULARIDADES

II.1. Do Desrespeito ao Prazo Mínimo de Divulgação do Edital

De acordo com o artigo 4º da Lei nº 10.520/2002 que regula as licitações na modalidade Pregão:

" Art. 4º - A fase externa do pregão será iniciada com a convocação dos interessados e observará as seguintes regras: [...]

V - o prazo fixado para a apresentação das propostas, contado a partir da publicação do aviso, não será inferior a 8 (oito) dias úteis;

Com efeito, sendo a presente licitação um Pregão Eletrônico **é evidente que o aviso de divulgação do edital deveria ter sido devidamente publicado com o prazo mínimo de 08 (oito) dias úteis de antecedência à abertura do certame**, o que não ocorreu, lamentavelmente.

No entanto, o ato convocatório em comento teve seu aviso oficialmente publicado no Diário Oficial dos Municípios do Estado do Rio Grande do Sul em 26/07/2021 (segunda-feira), ou seja, a contagem inicial somente passa a ser contada a partir do primeiro dia útil seguinte da publicação do último aviso na imprensa (26/07/2021), nos termos do Parágrafo 3º do art. 21 da Lei nº 8.666/93:

“§ 3º Os prazos estabelecidos no parágrafo anterior serão contados a partir da última publicação do edital resumido ou da expedição do convite, ou ainda da efetiva disponibilidade do edital ou do convite e respectivos anexos, PREVALECENDO A DATA QUE OCORRER MAIS TARDE.

Diante disso, contando-se os dias úteis a partir de 27/07/2021 inclusive, chega-se à conclusão da existência de apenas 07 (sete) dias de intervalo para conhecimento do edital: 27/07, 28/07, 29/07, 30/07, 02/08, 03/08; 04/08, ou seja, o dia de abertura deveria se dar em 06/08/2021, já que o dia 05/08/2021 seria justamente aquele que garantiria a disponibilização do **intervalo mínimo de oito dias úteis entre o último aviso publicado e a abertura do certame.**

Contudo, somente existem, de fato, 07 (sete) dias úteis disponíveis para conhecimento dos termos do edital (centenas de páginas), elaboração e preparação de documentos de habitação e de proposta, já que a abertura ocorrerá em 05/08/2021, às 09:00, **restando evidentemente imprestável a contagem deste dia.**

Por isso, constata-se que a data agendada por essa municipalidade para abertura da licitação afronta ao disposto em lei, o que, caso não sanado, com a republicação do

edital e reabertura do respectivo de devido prazo levará ao fracasso do presente certame licitatório.

A publicação dos avisos com os resumos dos editais é que vai permitir que os interessados (cidadãos, futuros licitantes, imprensa, Ministério Público, etc.) tomem conhecimento das licitações promovidas pelos órgãos públicos, possam acompanhar o seu desenvolvimento, pedir esclarecimentos, apresentar impugnações e representar contra ato da Administração, tudo no âmbito do Estatuto Licitatório.

Por essas razões, solicita-se a republicação do aviso de licitação na imprensa oficial e demais meios exigidos em norma, bem como o cumprimento do intervalo legal exigível de 08 (oito) dias úteis entre a publicação do aviso e a abertura do certame, até porque uma violação a tal prazo se revela de extrema gravidade, uma vez que o Administrador público está vinculado à lei para poder agir.

II.2. Da Escolha sem Fundamento Técnico e Econômico por Modelo não utilizado pela maioria dos entes públicos do Estado do Rio Grande do Sul

Causou espécie as disposições técnicas constantes do Anexo I do edital uma vez que algumas características completamente acessórias e outras 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 (Betha Sistemas/Delta Soluções - todos representantes do mesmo software).

Uma delas é a exigência do Anexo I que determina a necessidade de que os softwares/módulos exigidos sejam desenvolvidos por um único fornecedor, a qual é referendada pelo item 6.2.4. “b” que exige para fins de habilitação a comprovação de que **“todos os sistemas tem origem em mesma fábrica de softwares”**:

“De tal modo, pretende-se a utilização de sistemas integrados PROVENIENTES DE ÚNICO DESENVOLVEDOR, haja vista que tais softwares possibilitam uma organização com maior confiabilidade dos dados que poderão ser monitorados em tempo real, diminuindo

sobremaneira retrabalhos, o que é conseguido por intermédio de integrações entre os sistemas e a disponibilização das informações aos servidores responsáveis pelas tarefas que alimentam toda a cadeia dos processos de gestão e que, em última instância, fazem com que diversas áreas/setores do Município de Tenente Portela – RS possam interagir.”

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 (Betha Sistemas ou Delta Tecnologia – todas representando o mesmo sistema - Betha)**. Em várias licitações a situação ainda é mais grave, já que, os orçamentos da fase interna do certame são sempre das mesmas empresas ligadas e que representam o mesmo software (BETHA), caracterizando ainda mais o direcionamento ora apontado.

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 informatizados 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.

Aliás, isso já foi observado pelo Tribunal de Contas do Rio Grande do Sul, o qual, ao examinar edital IDÊNTICO ao ora expedido (no caso o Pregão 12/2020 da Prefeitura de Unistalda) anulou o procedimento licitatório justamente em função desta mesma exigência:

“Retornam a este Gabinete o processo iniciado por Representação oferecida pela empresa DUETO TECNOLOGIA LTDA em que foram apontadas irregularidades no Pregão Presencial nº 012/2020 do Município de Unistalda. [...] A Representação aponta irregularidades que dizem respeito ao direcionamento do certame mediante especificações técnicas de caráter acessório exigidas como obrigatórias; não obtenção da proposta mais vantajosa; exigência de sistema desenvolvido por único fabricante; e desclassificação sem justificativa cabal da concorrente com melhor proposta.

[...] No exame das alegações da Administração e dos documentos juntados, PERCEBE-SE NÃO HAVER JUSTIFICATIVA TÉCNICA SUFICIENTE PARA QUE TODOS OS ITENS E COMPONENTES DO OBJETO LICITADO SEJAM DESENVOLVIDOS POR UM ÚNICO FORNECEDOR OU FABRICANTE. Em uma análise prévia e provisória, entendo que bastaria ao Município de Unistalda exigir que os componentes DO SISTEMA INFORMATIZADO FOSSEM COMPATÍVEIS ENTRE SI. DE OUTRA SORTE, A EXIGÊNCIA DE FORNECEDOR ÚNICO PARA UM COMPLEXO SISTEMA DE GERENCIAMENTO DE DADOS DE FATO LIMITA A PARTICIPAÇÃO DE CONCORRENTES QUE POSSAM FORNECER SOLUÇÃO COMPATÍVEL CONSTRUÍDA POR MAIS DE UM FABRICANTE. QUESTÃO SEMELHANTE FOI EXAMINADA NO PROCESSO DO MUNICÍPIO DE NOVA ESPERANÇA DO SUL POR ESTA CORTE DE CONTAS. NAQUELE CASO TAMBÉM ESTAVA SENDO LICITADO SISTEMA DE INFORMÁTICA DE COMPLEXIDADE SIMILAR E O EDITAL PREVIA A AQUISIÇÃO EM ÚNICO LOTE E FORNECEDOR ÚNICO, O QUE FOI APONTADO COMO IRREGULAR NO ITEM 1.1.2.1 DAQUELA AUDITORIA. NAQUELA OCASIÃO ESTA CORTE DE CONTAS DETERMINOU A RETIFICAÇÃO OU ANULAÇÃO DO EDITAL (Decisão nº 1C-0517/2018 – Processo nº 007066-02.00/17-2. Primeira Câmara - Relator Conselheiro Pedro Figueiredo).

[...] APESAR DO ADMINISTRADOR AFIRMAR A NECESSIDADE DE FORNECEDOR ÚNICO E JUNTAR MEMORANDO PARA JUSTIFICAR TAL NECESSIDADE, TEM-SE QUE NÃO RESTA ESCLARECIDO O MOTIVO DA AFIRMAÇÃO DA INCOMPATIBILIDADE OU PREJUÍZO

NA ADOÇÃO DE MAIS DE UM FORNECEDOR EM RELAÇÃO AOS PROGRAMAS RELACIONADOS À GESTÃO DE SERVIÇOS QUE NÃO PRODUZEM EFEITOS FINANCEIROS OU PATRIMONIAIS IMEDIATOS E CUJA OPERACIONALIZAÇÃO NÃO REQUER O COMPARTILHAMENTO DA BASE DE DADOS CONTÁBIL DO MUNICÍPIO.

Tão pouco é apresentada justificativa técnica suficiente para a necessidade de compatibilização em relação aos programas que usam plataformas diversas. [...] **NO CASO PRESENTE, AS JUSTIFICATIVAS DE CUNHO GENÉRICO NÃO INDICAM NECESSIDADES TÉCNICA E OU ECONÔMICAS PARA QUE OS O SISTEMA TENHA DESENVOLVEDOR ÚNICO.** Percebo que a indevida exigência de único fornecedor provocou a ocorrência de outras irregularidades dela decorrentes, como a desclassificação da representante e mais grave, a não obtenção da melhor proposta que fora de fato ofertada pela concorrente excluída. Além disso, **A MESMA EXIGÊNCIA INJUSTIFICADA TORNA PLAUSÍVEL A OCORRÊNCIA DE DIRECIONAMENTO DO CERTAME, ESPECIALMENTE PELA CIRCUNSTÂNCIA DE SOMENTE UMA INTERESSADA TER SIDO MANTIDA HABILITADA NA LICITAÇÃO.** A limitação à competição demonstrou iminente risco aos cofres públicos, em razão de pagamento acima do que seria gasto caso o certame tivesse tramitado regularmente. Assim, presente o *fumus boni iuris*

Diante do exposto, concedo medida cautelar e determino ao Gestor Municipal que suspenda o andamento do Pregão Presencial nº 012/2020 do Município de Unistalda e da respectiva contratação, no estado em que se encontrarem, **BEM COMO QUE SE ABSTENHA DE REALIZAR PAGAMENTOS À EMPRESA DELTA SOLUÇÕES EM INFORMÁTICA LTDA,** em razão do mesmo contrato, até que este Tribunal de Contas examine o mérito das questões trazidas na Representação. (Processo nº 030528-0200/20-0 – Data: 17/12/2020).

Tal decisão, totalmente esclarecedora e sobre a análise de um edital idêntico ao ora licitado inclusive já transitou em julgado junto ao TCE-RS já que o município de Unistalda reconheceu o acerto da decisão do Tribunal e declarou como ilegal o edital, bem como ANULOU a referida licitação, assim como já havia ocorrido na Prefeitura de Esperança do Sul pelo mesmo motivo.

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, as quais são condenadas pelo TCE-RS.

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.

Outro exemplo claro de direcionamento reside na **obrigatoriedade da implantação de sistemas de gestão em ambiente WEB sem a possibilidade de instalação de plugins, emuladores ou runtimes** (item 1.0 do Anexo A). Tal requisito é algo destituído da melhor técnica, já que, sabidamente, apenas uma única empresa dentre um conjunto de dezenas, incluídas neste rol grandes empresas que atendem milhares de entidades públicas, não atuam com tal suposta tecnologia “atual”.

Ademais, as demais soluções, alternativas ao ambiente WEB, executam normalmente o acesso aos dispositivos móveis, ou seja, tal benefício sequer existe com a escolha de uma única solução. A exigência de que a solução tecnológica informatizada de gestão pública seja desenvolvida obrigatoriamente em plataforma WEB exclui do certame dezenas de empresas que possuem sistemas compatíveis aos ora licitados e que usam em conjunto ambiente web e outros disponíveis no mercado, até porque a plataforma a ser utilizada não diferencia a qualidade dos sistemas a serem implantados.

Tal afirmação é chancelada pelo **Tribunal de Contas de Minas Gerais**, onde inclusive se examinava a exigência de linguagem WEB e Desktop em edital (Processo n.º 887853):

“Para qualquer desenvolvedor de software, seja ele, em qualquer linguagem, é de conhecimento que a arquitetura geral de “comunicação” entre aplicativos e plataforma, NÃO INTERFERE NO SEU “INTER-RELACIONAMENTO” NA FORMA DE APRESENTAÇÃO/EXECUÇÃO PARA O USUÁRIO, FRENTE AO DESENVOLVEDOR DE ATIVIDADES AFINS, ou seja, não há conflito nos itens.

O interfaciamento gráfico, informado “preferencialmente” no item 16, norteia-se o ambiente de rede de informática da Prefeitura Municipal de [...] e, sobretudo, O ITEM NÃO INTERFERE NA FUNCIONALIDADE/OBJETIVO DO OBJETO DA LICITAÇÃO.

DE UMA FORMA DIRETA E OBJETIVA, OS ITENS 2 E 23 APENAS INFORMA, CONFORME A PLATAFORMA OFERECIDA PELA LICITANTE (WEB OU DESKTOP), SERÁ EXIGIDO O MÍNIMO DE CONFIGURAÇÃO COM O AMBIENTE DE REDE DE INFORMÁTICA DA PREFEITURA MUNICIPAL DE [...] (Servidor/Terminal).”

Com efeito, fica claro que a plataforma ofertada pelo licitante não interfere na execução da finalidade e das funcionalidades dos sistemas! A propósito, o Tribunal de Contas de São Paulo condenou tal especificação técnica como obrigatória em edital semelhante:

“A LINGUAGEM SOLICITADA, OU SEJA, COMPILADA SEM “RUNTIME”, TAMBÉM É UM COMPLICADOR, NA MEDIDA EM QUE OS PRINCIPAIS PROGRAMAS OPERAM COM “RUNTIME”.

Outrossim, a linguagem compilada com “runtime” admite, por exemplo, que o sistema pretendido seja desenvolvido em JAVA só no servidor, ou seja, sem a necessidade de instalação do aplicativo em cada equipamento cliente, permitindo, assim, esforços de recuperação similares aos dos sistemas compilados.[...] TAMBÉM NÃO ME SENSIBILIZAM OS ARGUMENTOS DE DEFESA SUSTENTADOS NA “MAIOR FACILIDADE DE PARA MANUTENÇÃO DO PARQUE TECNOLÓGICO, VISTO QUE OS SISTEMAS COMPILADOS SEM RUNTIME PODEM ATUAR

INDEPENDENTE DA EXISTÊNCIA DE DETERMINADA CONDIÇÃO, aplicativo ou ferramenta instalados previamente nos computadores” e que “em caso de pane em um eventual equipamento a simples substituição emergencial deste por outro e a execução de uma mera instalação do sistema informatizado locado já permitiria o retorno à rotina de trabalho normal da Administração, sem que isso implique em ter que instalar outros micros sistemas que viabilizariam a utilização de determinada tecnologia”.

O TEMOR DEMONSTRADO PELA PREFEITURA, DE FICAR COM EQUIPAMENTO INOPERANTE POR DETERMINADO TEMPO, NÃO REPRESENTA OBSTÁCULO INTRANSPONÍVEL QUE POSSA RESULTAR PROIBIÇÃO DE PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS QUE DESENVOLVEM SEUS PROGRAMAS “COM RUNTIME” JÁ QUE, PARA OS PROBLEMAS QUE MENCIONOU PREOCUPÁ-LA, OS PROGRAMAS DESENVOLVIDOS NESSA LINGUAGEM TAMBÉM APRESENTAM SOLUÇÕES DE RÁPIDA APLICAÇÃO, COMO, POR EXEMPLO, AQUELAS DESENVOLVIDAS EM PLATAFORMA WEB, OU SEJA, ACESSÍVEIS POR MEIO DE UM PROGRAMA NAVEGADOR (BROWSER).

A propósito, como explicitado na representação e na instrução processual, “JAVA” É UMA LINGUAGEM DE PROGRAMAÇÃO QUE UTILIZA RUNTIME, ASSIM COMO O “MICROSOFT .NET”, SENDO EXTREMAMENTE DIFUNDIDOS E UTILIZADOS ATUALMENTE NO MEIO DO DESENVOLVIMENTO DE SOFTWARES, CAUSANDO ESPANTO QUE SÓ NÃO SIRVA PARA A PREFEITURA MUNICIPAL DE RIFAINA. [...]

Diante do exposto, VOTO no sentido da PROCEDÊNCIA DA REPRESENTAÇÃO formulada por EDDYDATA - Serviços de Informática LTDA. EPP., determinando-se Prefeitura Municipal de Rifaina que corrija o instrumento convocatório nele incluindo elementos e informações que tragam parâmetros objetivos destinados à elaboração de propostas, DEVENDO RETIRAR DO EDITAL A VEDAÇÃO DE PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS QUE DESENVOLVEM SEUS PROGRAMAS COM LINGUAGEM COMPILADA RUNTIME.” (PROCESSO N°: eTC-00000169.989.13-4. – Relator: Renato Martins Costa)

A decisão acima, já reiterada em outras representações naquela Corte, demonstram de modo irrefutável que, tal exigência, quando submetida a um crivo de técnicos IMPARCIAIS não é admitida em editais de licitação.

Repita-se: não se deseja impedir a utilização de ferramenta desenvolvida e acessada via WEB, mas, simplesmente, que seja retirada do edital sua obrigatoriedade, de forma a evitar a restrição à competitividade que deve ser assegurada em todas as licitações públicas. **Se são tão ineficientes e econômicas por que as maiores entidades municipais do país não as utilizam?** A imposição desenvolvimento nativo em WEB, além de desnecessária aos fins visados já que o sistema com acesso em web faz a mesma função, limita a participação de outras empresas que não possuam esse tipo de desenvolvimento, o qual diga, não se trata de vantagem tecnológica, mas de uma opção de mercado.

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.

Por isso, é manifesto que as características do ambiente computacional dos sistemas a serem fornecidos possuem um evidente direcionamento a uma solução tecnológica de uma conhecida empresa do ramo, especificamente quanto **desenvolvidos em linguagem nativa para Web**, sem dar alternativas de participação de ferramentas como “Cliente Servidor” largamente utilizadas no mercado por dezenas de empresas a milhares de entes públicos.

Trata-se de mera escolha a um modelo específico e não a uma especificação imprescindível à realização das tarefas desejadas, até porque todos os demais sistemas informatizados em operação no mercado atingem os mesmos objetivos e

finalidades em questão sem alterar a segurança dos dados e a confiabilidade das informações geradas.

Diante de uma solução “tão necessária e econômica”, tal como ora defendida pelo edital, por que estas entidades não mudaram seus softwares? É evidente que as premissas vindicadas pelo edital não condizem com a realidade técnica e prática nacional ao licenciamento de sistemas informatizados de gestão pública. **Tal tipo de escolha sem fundamento e sem amparo na imprescindibilidade de sua exigência caracteriza, ainda que sem intenção desses gestores municipais, o direcionamento da licitação.**

A exigência de que a solução tecnológica informatizada de gestão pública seja desenvolvida obrigatoriamente em plataforma nativa em WEB, além de surpreendente, retira do certame diversas empresas que possuem sistemas compatíveis aos ora licitados e que usam em conjunto ambiente web e outros disponíveis no mercado, até porque a plataforma a ser utilizada não diferencia a qualidade dos sistemas a serem implantados.

E nem se alegue a questão do preço (economicidade) a justificar tal escolha, pois, caso sejam as demais opções viáveis no mercado sejam mais dispendiosas estas não conseguirão apresentar preços mais vantajosos e não se sagrarão vencedoras, ou seja, não há prejuízo em se permitir a participação delas.

De outro lado, nem há como se justificar uma opção técnica, posto que quaisquer dos sistemas operacionais funcionaria normalmente nessa Prefeitura. E note-se que **isso em nada altera as condições do software implantado, as suas especificações técnicas, sua qualidade ou eficiência ou a responsabilidade da empresa que será contratada, a qual assume todos os ônus na celebração de uma avença administrativa.** Do contrário, novamente se questiona: como milhares de entes municipais conseguem ser atendidos de forma diversa à ora imposta no edital? Se

fosse irregular ou inviável ou ainda prejudicial economicamente centenas de municípios de todo o país não fariam assim há décadas.

Por isso, ainda que sem intenção, 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 São Pedro do Sul (Pregão Presencial nº 046/2020);
- ✓ Prefeitura de São Martinho da Serra/RS (Pregão Presencial nº 020/2020);
- ✓ Prefeitura de Barão do Triunfo/RS (Pregão Presencial nº 017/2020) **PROCEDIMENTO ANULADO POR EXIGIR DESENVOLVEDOR ÚNICO;**
- ✓ Prefeitura de São José do Cedro/SC (Pregão Presencial nº 108/2018); **PROCEDIMENTO ANULADO**
- ✓ Prefeitura de Jaguariaíva/RS (Pregão Eletrônico 081/2020) (único participante – Publis Informática e Sistemas Ltda. (representante do software Betha Sistemas);
- ✓ Prefeitura de Barão do Triunfo/RS (Pregão Presencial nº 017/2020) **PROCEDIMENTO ANULADO POR EXIGIR FABRICANTE ÚNICO;**
- ✓ Prefeitura de Unistalda/RS (Pregão Presencial 012/2020) – **ANULADO PELO TCE/RS POR EXIGIR FABRICANTE ÚNICO;**

Ainda que sem intenção, os sistemas especificados no edital contemplam uma solução tecnológica pertencente de modo exclusivo a uma determinada empresa do ramo, o que não deve ser ratificado por essa Prefeitura, **diante da inutilidade de diversas funcionalidades, as quais apenas servem para restringir a participação de empresas e consequentemente fazer com que essa respeitada municipalidade perca uma gama de propostas vantajosas.**

Ora, os editais alusivos a tal objeto devem seguir parâmetros legais e não especificações técnicas de apenas um modelo comercializado no mercado. A

preferência de um determinado sistema informatizado, por comprometer a competitividade do certame, como está a ocorrer no caso em apreço. Dessa forma, a padronização de marca somente é aceitável em casos excepcionais, quando restar devidamente comprovado, de forma incontestada, que somente aquele produto atende às necessidades da Administração.

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 é 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 ainda que se divulguem os nomes das empresas que apresentaram orçamentos (não se pede aqui os valores) e, principalmente, os respectivos pedidos de cotação dessa entidade, para saber se tiveram como base **todas as condições e características descritas nos itens 6 e 9 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 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.

Por isso, deve o edital ser revisado em suas especificações técnicas, para que essa Prefeitura observe a existência e centenas de editais pertinentes ao mesmo objeto e onde há efetiva competição e não a vitória já predeterminada de uma empresa ou de seu representante credenciado, tal como aqui já alertado.

II.3. 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:

“6.2.4. A documentação complementar consistirá em:

[...]

b) Declaração de que todos os sistemas tem origem em mesma fábrica de softwares;”

Primeiramente, constata-se que tal exigência é completamente descabida posto que inserem na órbita de participação dos licitantes a apresentação de uma comprovação “complementar” que, além de não possuir previsão normativa, 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 que os sistemas tem origem em mesma fábrica de softwares. **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.**

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, 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 ou de que **todos os sistemas tenham origem na mesma fábrica de softwares.** 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.

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 ou de que todos os sistemas tenham origem em mesma fábrica de softwares, 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 ou de que todos os sistemas precisam ter origem em mesma fábrica de softwares; e
- 3) inexistente norma que ampare a solicitação de tais exigências para fins de habilitação e classificação em licitações públicas.

Segundo o TCU 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. 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.

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

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

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 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.4. - Da Ausência de Indicação de Dotação Orçamentária - Nulidade Insanável

Faltou a essa entidade licitante incluir no corpo do edital em comento a cláusula contemplando de modo efetivo e discriminado a dotação orçamentária que irá custear as despesas do contrato a ser celebrado em relação à Câmara Municipal, exigência legal e obrigatória, prevista no artigo 21, inciso IV e no artigo 55 da Lei nº 8.666/93, abaixo transcritos:

“Art. 21. Os atos essenciais do pregão, inclusive os decorrentes de meios eletrônicos, serão documentados ou juntados no respectivo processo, cada qual oportunamente, compreendendo, sem prejuízo de outros, o seguinte:

IV - garantia de reserva orçamentária, COM A INDICAÇÃO DAS RESPECTIVAS RUBRICAS;”

“Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:

V - o crédito pelo qual correrá a despesa, COM A INDICAÇÃO DA CLASSIFICAÇÃO FUNCIONAL PROGRAMÁTICA E DA CATEGORIA ECONÔMICA;”

O edital em tela, no entanto, apenas indica a dotação ligada à Prefeitura **sem, no entanto, informar aquelas pertinente à Câmara Municipal, ente com personalidade distinta e dotação orçamentária autônoma**, o que não é suficiente para atender o que determina a legislação pátria, até porque a lei exige a indicação das rubricas orçamentárias, a classificação funcional programática, a ação e a fonte de recursos. Segundo o artigo 14 da Lei nº 8.666/93 e artigo 19 do Decreto nº 3.555/2000:

“Art. 14. Nenhuma compra será feita sem a adequada caracterização de seu objeto e indicação dos recursos orçamentários para seu pagamento, sob pena de nulidade do ato e responsabilidade de quem lhe tiver dado causa.

Art. 19. Nenhum contrato será celebrado sem a efetiva disponibilidade de recursos orçamentários para pagamento dos encargos, dele decorrentes, no exercício financeiro em curso.

Diante disso, a fim de se evitar a nulidade da presente licitação, deve ser inserida a dotação orçamentária **contendo de forma completa as rubricas constantes do orçamento da Câmara Municipal**, as quais irão custear as despesas do contrato a ser firmado em decorrência do presente Pregão **ou então que se apresente o termo de convênio devidamente publicado e registrado que porventura tenha sido celebrado para autorizar a absorção de custos pertencente à Câmara Municipal pelo Poder Executivo Municipal.**

II.5. Exigência Indevida aos Atestados de Capacidade Técnica – Requisitos Não Relevantes e sem Valor Significativo ou Sequer Especificados no Edital

Consta do edital em comento estranha imposição de exigência quanto aos atestados de capacidade técnica a serem apresentados pelos licitantes na fase de habilitação do presente certame, na medida em que são inseridos requisitos que não correspondem às parcelas mais relevantes e de valor significativo ao objeto licitado, nos termos em que a lei autoriza.

Para ilustrar exposto, veja-se a exigência do item 6.2.6. “a” do edital:

“6.2.6. QUALIFICAÇÃO TÉCNICA

a) Atestado ou declaração de capacidade técnica, emitido por órgão da Administração Pública ou Privada, em folha timbrada, com identificação do responsável pela emissão, telefone para contato e cargo de ocupação, período de prestação dos serviços e nº do respectivo Contrato.

Para comprovação de que a solução tecnológica atende as necessidades, em quantidades, características e plataforma, compatíveis e semelhantes ao objeto contratado, bem como a satisfatória qualidade na execução dos serviços. **Pede-se que minimamente sejam apresentados Atestados de Qualificação técnica relativo aos módulos estruturantes**, sendo eles: (Almoxarifado/Estoque, Planejamento (PPA + LOA + LDO);Contabilidade Pública, Tesouraria, Folha de pagamento; Controle da Saúde; Ponto eletrônico; Compras, Licitações e Contratos; Patrimônio; Controle de frota; Portal da transparência; Tributação; Geração Nota Fiscal Eletrônica; Controle da Educação - Secretaria e Escolas; Sistema Educação – Portal para pais e alunos; Sistema Educação – Portal para professores; Sistema Educação – Merenda Escolar; Sistema Educação – Transporte Escolar e Procuradoria.) **importante que os módulos se refiram a plataforma web nativa.**”

Do exposto, observam-se vários equívocos legais em tal exigência. A primeira delas é a obrigação do atestado constar que os módulos **se refiram à plataforma web nativa**, condição esta que, claramente, não se trata de parcela relevante do objeto, mas, sim, de característica e modelo peculiar sobre o modo pelo qual o sistema é desenvolvido pelo fabricante. **A plataforma web nativa sequer consta do modelo de proposta e do quadro contendo os 33 softwares a serem licenciados e dos demais 09 (nove) serviços listados!**

Tal imposição de comprovação feita aos atestados é manifestamente ilegal e apenas serve como mecanismo de restrição à participação da quase a totalidade das empresas fornecedoras dos serviços que abrangem o objeto licitado, até porque, sabe-se que tal característica (web nativa) não interfere no atendimento à finalidade desejada, além de que, VERDADEIRAMENTE (e não por orçamentos de empresas

que sequer atuam de fato no mercado ou que são meros representantes credenciados) são comercializadas por apenas uma empresa do mercado, o que ficará devidamente evidenciado mais adiante.

O importante, porém, neste momento é identificar **como a lei define o modo como as “parcelas relevantes” devem ser escolhidas para fins de inserção no edital como exigência de habilitação.** Para isso, veja-se que o Parágrafo 1º do art. 30 da Lei nº 8.666/93:

“§ 1º do art. 30 - A comprovação de aptidão referida no inciso II do “caput” deste artigo, no caso das licitações pertinentes a obras e serviços, SERÁ FEITA POR ATESTADOS FORNECIDOS POR PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PÚBLICO OU PRIVADO, devidamente registrados nas entidades profissionais competentes, limitadas as exigências a:

I - capacitação técnico-profissional: comprovação do licitante de possuir em seu quadro permanente, na data prevista para entrega da proposta, profissional de nível superior ou outro devidamente reconhecido pela entidade competente, detentor de atestado de responsabilidade técnica por execução de obra ou serviço de características semelhantes, LIMITADAS ESTAS EXCLUSIVAMENTE ÀS PARCELAS DE MAIOR RELEVÂNCIA E VALOR SIGNIFICATIVO DO OBJETO DA LICITAÇÃO, vedadas as exigências de quantidades mínimas ou prazos máximos;”

Do exposto, constata-se que as parcelas de maior relevância devem ser, obrigatoriamente, aquelas identificadas no edital como sendo de maior relevância e valor significativo ao objeto licitado. No entanto, o fato do módulo ser nativo em web não é sequer quantificado em valor.

Não bastasse isso, **vários itens identificados como parcelas relevantes em relação ao custo da contratação foram indevidamente inseridos como parcelas relevantes,** sendo visível que o edital extrapolou os limites legais quanto às exigências de qualificação técnica dos licitantes.

Tais “parcelas” indicadas, em sua grande parte, **não se enquadram ao disposto em lei para se caracterizarem como relevantes e de custo mais significativo**, que dirá passíveis de serem exigidas como comprovação em atestados de capacidade técnica em licitações. É o caso, por exemplo, de sistemas como: Almojarifado/Estoque (custo anual: R\$ 3.692,04), Controle de Frotas (custo anual: R\$ 6.388,44), Tesouraria (custo anual: R\$ 6.744,72), Portal da Transparência (custo anual: R\$ 10.149,96), os quais representam parcela ínfima do valor total estimado (R\$ 653.451,64).

Entender de modo diverso é simplesmente ignorar o que se encontra explicitamente disposto em lei. A situação é grave e atenta contra a legalidade da licitação sendo indiscutível o vício apontado, o qual, caso não sanado, maculará a legalidade da disputa licitatória. A norma permite ao ente licitante indicar as parcelas mais relevantes e de valor significativo ao objeto licitado, o que não é o caso do item apontado e muito menos de vários softwares de custo irrelevante frente ao total da contratação.

Veja-se, ainda, que o edital exige a comprovação de experiência anterior no fornecimento de 26 softwares dentre os 33 que são licitados, representando bem mais que 50% das quantidades permitidas como exigíveis aos atestados em licitações.

Segundo o Tribunal de Contas da União a respeito de situação similar:

“Acórdão 3257/2013-Plenário

Enunciado

Nas licitações destinadas à aquisição de licenças de uso de softwares já desenvolvidos, SE CARACTERIZADA A UNICIDADE E INDIVISIBILIDADE DE CADA ITEM LICITADO, NÃO HÁ QUE SE ESTABELEÇER ITEM OU PARCELA DE MAIOR RELEVÂNCIA PARA FINS DE COMPROVAÇÃO DA QUALIFICAÇÃO TÉCNICA.

[...] **7. A jurisprudência deste Tribunal é unânime em afirmar que as exigências de qualificação técnica, quer técnico-profissional quer técnico-operacional, DEVEM RECAIR SOBRE PARCELAS QUE**

SEJAM, SIMULTANEAMENTE, DE MAIOR RELEVÂNCIA E VALOR SIGNIFICATIVO.

8. Além disso, tais requisitos devem ser demonstrados no instrumento convocatório ou no processo administrativo da licitação, **SENDO DESARRAZOADA, COMO FORMA DE COMPROVAÇÃO DA QUALIFICAÇÃO TÉCNICA DOS LICITANTES, A EXIGÊNCIA EM EDITAL DE PERCENTUAIS MÍNIMOS SUPERIORES A 50% DOS QUANTITATIVOS DOS ITENS DE MAIOR RELEVÂNCIA DA OBRA OU SERVIÇO.**

[...] 11. **POR NÃO SE TRATAR DE DESENVOLVIMENTO DE SOFTWARE, MAS DA AQUISIÇÃO DE LICENÇAS JÁ PRONTAS, NÃO HÁ, NO CASO CONCRETO, COMO INDICAR ITEM DE MAIOR RELEVÂNCIA PARA O PRODUTO EM QUESTÃO, QUE É UNO E INDIVISÍVEL.**”

Com efeito, é inegável o equívoco do edital ao estabelecer características de funcionamento de um determinado produto como condição de habilitação (nativa em web) ou, ainda, por determinar a necessidade de comprovação de vários sistemas informatizados de custo não significativo, desprezando-se que estas não são parcelas relevantes e nem detêm valores significativo estimado ao objeto licitado e, ainda, de se exigir mais de 50% das quantidades licitadas. Conforme exposto, é condição essencial que as exigências de qualificação técnica **DEVEM RECAIR SOBRE PARCELAS QUE SEJAM, SIMULTANEAMENTE, DE MAIOR RELEVÂNCIA E VALOR SIGNIFICATIVO.**

Por tudo isso, não se pode simplesmente estabelecer critérios de avaliação da aptidão técnica de licitantes na fase de habilitação com limitações em contrariedade à lei ou que identifiquem a discriminação de um proponente em relação a outro. Ademais, tais condições, se assim aplicadas, são restritivas e ferem o caráter de isonomia que deve reger os certames públicos, nos termos do inciso XXI, do artigo 37, da Constituição Federal, c/c o inciso I, do parágrafo 1º do artigo 3º da Lei 8.666/93, que diz ser vedado:

“I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo 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.”

Do exposto, percebe-se, sem dificuldades, que as características do ambiente computacional dos sistemas a serem fornecidos e, ainda, que vários sistemas indicados para fins de comprovação, NÃO SÃO PARCELAS RELEVANTES E DE VALOR SIGNIFICATIVO da contratação.

E mais, **as parcelas relevantes, ainda que legitimadas por lei a serem comprovadas, não podem compreender praticamente todo o objeto licitado tal como consta do presente edital**, mas, apenas àquelas de maior valor significativo, o que não foi obedecido pelo edital em referência, que se encontra visivelmente equivocado e incorreto quanto às exigências de qualificação técnica, o que deve ser sanado por essas autoridades, sob pena de nulidade do procedimento licitatório pretendido.

II.6. – Do Atendimento ao Objeto na Prova de Conceito - Restrição à Competição

As disposições técnicas constantes do Anexo A do edital lançado por essa municipalidade versam sobre as características pertinentes aos sistemas informatizados licitados, sendo descritas em nada menos que 160 (cento e sessenta) páginas com centenas de funcionalidades dos softwares licitados e dos serviços a serem prestados pelo futuro contratado.

Nesse sentido e objetivamente, questiona-se o fato de o edital determinar nos itens 7.15. e 7.16. do Anexo I a sumária desclassificação do licitante que não atender, na fase de demonstração (prova de conceito) a 100% das características do item 6.0. do Anexo I e a 95% das funcionalidades exigidas para cada um dos módulos descritos no item 9.0. do Anexo I:

“7.15 No caso de determinado(s) sistema(s) ter suas funcionalidades consideradas como não atendidas em 100% (cem por cento) para o item 6.0 deste Termo de Referência (Exigências e Atribuições Gerais dos Sistemas/Padrões de Segurança), será a licitante considerada desclassificada do certame;

7.16 E, para as funcionalidades Individuais por Módulo – Item 9.0 do Termo de Referência, concede-se a margem de erro em 0,5% (cinco por cento), devendo então a licitante, apresentar ferramenta compatível em ao menos 95% (noventa por cento) quanto ao previsto em Edital (margem de erro aceitável). Sendo concedido à licitante se declarada vencedora do certame o prazo de 180 (cento e oitenta) dias para adequação ao dispositivo em totalidade, ou seja, 100%;”

Considerando-se que constam do edital centenas de especificações técnicas, das mais complexas inclusive, revela-se, no mínimo, desproporcional e anticompetitivo se condicionar a classificação dos licitantes ao atendimento de 100% a vários quesitos restritivos e, ainda, a 95% de todos os demais requisitos técnicos para cada módulo.

Trata-se do estabelecimento de uma condição visivelmente restritiva à competição, já que o percentual passível de não atendimento geral dentre mais de 1.000 requisitos descritos em 160 páginas é ínfimo (5%) e, pior, precisando atender a 95% de cada módulo, para vários sistemas isso significa que uma única exigência não atendida ensejará a desclassificação do licitante.

Considerando-se tal critério nocivo, o risco de fracasso da licitação ou da desclassificação de várias empresas e a obtenção de proposta não vantajosas (direcionamento) é evidente e iminente. 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 padrão único para atendimento às normas e exigências legais e, de outro lado, especificações acessórias e/ou estéticas a depender de cada empresa.

Em síntese, é **praticamente impossível que um licitante atenda a 95% de todas as funcionalidades descritas em 160 páginas do edital e que, ainda, cumpra a 100% dos requisitos listados no item 6.0. do Anexo A.** Sabidamente, os objetivos funcionais e legais indicados aos sistemas em mais de uma centena de páginas são atendidos pelas diferentes fabricantes, porém, cada qual se utilizando de caminhos tecnológicos diferentes. Daí o porquê da impropriedade do edital em referência, uma vez que se impõe cumprimento que possivelmente privilegiará, ainda que sem intenção, uma única empresa do mercado.

Aliás, isso já foi observado e condenado pelo E. Tribunal de Contas do Estado de São Paulo:

“Quanto aos demais aspectos questionados, valho-me das opiniões externadas pelo setor especializado da Casa, em vista de seu conteúdo técnico NESSE SENTIDO, OS CRITÉRIOS ESTABELECIDOS PARA A DEMONSTRAÇÃO DO SISTEMA CARECEM DE REVISÃO, porquanto, [...]: “O objeto do certame engloba o fornecimento de 14 (quatorze) sistemas, cujas características e funcionalidades acham-se descritas ao longo de mais de 50 páginas do Anexo I – Termo de Referência do Edital. NESTE SENTIDO, CONSTITUI-SE IMPRÓPRIA A CONDIÇÃO ESTABELECIDO NO EDITAL DE NÃO ADJUDICAÇÃO DO OBJETO À LICITANTE QUE NÃO ATENDER A QUALQUER UMA DAS FUNCIONALIDADES ESPECIFICADAS PARA OS SISTEMAS. DEVERIA O EDITAL ESTABELEECER APENAS A DEMONSTRAÇÃO DE REQUISITOS ESSENCIAIS DE CADA SISTEMA, DEFININDO-SE CRITÉRIOS OBJETIVOS DE AVALIAÇÃO. [...] Em razão do exposto, meu voto considera procedente a Representação intentada por Daniela Diniz de Lima (TC-023690.989.18-1) [...]” (TRIBUNAL PLENO – SESSÃO DE 20/02/2019 – SECCÃO MUNICIPAL EXAMES PRÉVIOS DE EDITAL Processos: 23690.989.18-1)

Não foram outras as decisões dos demais Tribunais de Contas ao examinarem a matéria:

“[...] 35. Para a Secex, o INDICATIVO DE ATENDIMENTO DE 100% DAS FUNCIONALIDADES É UMA CONDIÇÃO EXTREMAMENTE RESTRITIVA E AMPLAMENTE COMBATIDA PELAS LEGISLAÇÕES.

[...] 38. POR ESSAS RAZÕES, A SECEX CLASSIFICOU A IRREGULARIDADE GB03. E RESPONSABILIZOU O SR. FÁBIO SCHROETER PORQUE, AO AUTORIZAR A REALIZAÇÃO DO PREGÃO PRESENCIAL Nº 31/2019 DA PREFEITURA MUNICIPAL DE CAMPO VERDE COM EXIGÊNCIAS E CARACTERÍSTICAS DESNECESSÁRIAS OU IRRELEVANTES QUE DIRECIONAM OU RESTRINGEM IRREGULARMENTE A PARTICIPAÇÃO DE LICITANTES, O GESTOR POSSIBILITOU A RESTRIÇÃO DE COMPETITIVIDADE DOS SERVIÇOS A SEREM CONTRATADOS. Ficou caracterizado o descumprimento art. 40, I, da Lei 8.666/1993 e do art. 3º, II, da Lei 10.520/2002.

[...] 42. A SECEX ENTENDEU QUE, AO ESTABELECEM NO PROCESSO DE HOMOLOGAÇÃO TÉCNICA DA SOLUÇÃO UMA ADERÊNCIA DE GRAU DE 100% DE ATENDIMENTO, aliado ao prazo exíguo de 15 dias para concluir o processo de implantação e funcionamento de um sistema de complexidade razoável, SERIA POSSÍVEL APENAS PARA A EMPRESA QUE JÁ POSSUI O PRODUTO COMPLETAMENTE ADEQUADO AO TR PROPOSTO NO EDITAL ALCANÇAR AS EXIGÊNCIAS. Reforçou, dessa forma, o apontamento sobre o direcionamento. Assim, diante da ausência de fatos novos capazes de afastar a presença de cláusulas restritivas no processo, opinou pela manutenção da irregularidade GB03.

[...] 45. HOUVE O DESCUMPRIMENTO DA LEI Nº 8.666/93 PELO TERMO DE REFERÊNCIA DO PREGÃO PRESENCIAL Nº 31/2019. COMO RELATADO, O ITEM 19 DO EDITAL CONTÉM A AVALIAÇÃO DO PRODUTO OFERTADO E A EMISSÃO DE PARECER QUANTO À ADERÊNCIA DO SISTEMA ÀS EXIGÊNCIAS DO EDITAL, INDICANDO O GRAU 100% DE ATENDIMENTO, CONDICIONANTE PARA A HOMOLOGAÇÃO.

46. Os critérios de avaliação, seja de software ou de outro produto/serviço, devem ser definidos com clareza e objetividade, sem restrições desnecessárias. Regras editalícias que impõem ônus demasiado para o perfazimento das condições de habilitação técnica ferem o princípio da isonomia e o caráter competitivo do certame.

[...] 52. Sendo assim, em virtude da permanência das irregularidades GB03 e GB06 em ofensa aos ditames legais (art. 40, I, da Lei 8.666/1993; art. 3º, II, da Lei 10.520/2002 art. 43, IV, da Lei nº 8.666/1993), o MP de Contas manifesta-se pela aplicação de

multa ao Sr. Fábio Schroeter, nos termos do art. 286, II, da Resolução Normativa nº 14/2007 (Regimento Interno do TCE/MT).

TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS

[...] **“Ademais, REFORÇAMOS QUE CONFORME CONSTA NO EDITAL, NÃO É NECESSÁRIO 100% DE SIMILARIDADE COM O SOLICITADO, MAS BASTA APENAS 80% DE SIMILARIDADES COM AS FUNCIONALIDADES E QUANTITATIVOS DO QUE FOI SOLICITADO NO EDITAL, o que foi verificado em sede de prova de conceito (amostragem do produto) cujos procedimentos estão contidos no Anexo II, fls. 36 do Edital. [...] Após a apresentação de defesa [...], o Ministério Público de Contas apresentou nova manifestação, no seguinte sentido:**

32. O RESPONSÁVEL NÃO ESPECIFICA AS DIFERENÇAS SIGNIFICATIVAS ENTRE O FUNCIONAMENTO DO SOFTWARE DE GESTÃO EM SAÚDE DOS DEMAIS QUE JUSTIFICARIA A EXIGÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE EXPERIÊNCIA EM ATIVIDADE IDÊNTICA AO OBJETO LICITADO.

33. A utilização do pregão denota que sendo comum objeto licitado, cujos- padrões de desempenho e qualidade podem objetivamente ser definidos, por meio de especificações usuais no mercado, [...]

37. Diante do exposto, acolho o entendimento esposado pelo Ministério Público de Contas, considerando irregular a exigência presente no item 5.1.5.1.1 do edital, em conformidade com o art. 30, II da Lei n. 8.666/1993. Tendo em vista a citada irregularidade, aplico multa ao Sr. Sr. Dário Rodrigues de Passos, no valor de R\$1.000,00 (mil reais).” (Denúncia nº 977735 - Data: 30/10/2018)

TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

Processo nº 24669-0200/20-0

“[...] Analisando-se o Termo de Referência, OBSERVA-SE UM EXCESSO DE DETALHAMENTO, EM POSSÍVEL AFRONTA AO INC. II, ART. 3º DA LEI 10.520/2002, UMA VEZ QUE UM OBJETO DESCRITO EM TAMANHA MINÚCIA PROVAVELMENTE NÃO RELACIONA APENAS O ESSENCIAL PARA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, PODENDO SER UM LIMITANTE DA COMPETIÇÃO. COM RELAÇÃO À PROVA DE CONCEITO, ENTENDE-SE COMO RESTRITIVA A EXIGÊNCIA DE QUE O SISTEMA A SER FORNECIDO ATENDA À 100% DAS FUNCIONALIDADES ELENCADAS NO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO, tal como

descrito no item 8.5.2.4 do Termo de Referência (peça 2936216, p. 13). Esse entendimento é agravado pelo fato desse documento conter, aproximadamente, 2 mil exigências técnicas. NESSE SENTIDO, A ADMINISTRAÇÃO PODERIA ESTIPULAR UM PERCENTUAL MÍNIMO DE ADERÊNCIA (90%, POR EXEMPLO) E UM PRAZO RAZOÁVEL PARA QUE A CONTRATADA ATENDESSE ÀS EXIGÊNCIAS QUE RESTARIAM PENDENTES. ALTERNATIVAMENTE, A PROVA DE CONCEITO PODERIA FOCAR-SE NAS FUNCIONALIDADES CONSIDERADAS ESSENCIAIS, DEIXANDO QUE AS FUNCIONALIDADES ACESSÓRIAS (MENOS IMPORTANTES) EVENTUALMENTE NÃO ATENDIDAS FOSSEM PROVIDENCIADAS DENTRO DE UM PRAZO RAZOÁVEL DURANTE A EXECUÇÃO DO CONTRATO. Sendo assim, a situação em tela configura-se como uma afronta ao inc. I, § 1º, art. 3º da Lei 8.666/1993, pelo comprometimento do caráter competitivo do processo licitatório. (Grifou-se.) CONFORME SE OBSERVA, O EDITAL CONTÉM UM EXCESSO DE DETALHAMENTO E UM NÚMERO DEMASIADO DE FUNCIONALIDADES, EXIGINDO-SE 100% DE ATENDIMENTO POR PARTE DAS PARTICIPANTES, O QUE TORNA POSSÍVEL, EM TESE, O PREJUÍZO À AMPLA COMPETIÇÃO.

TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS

[...] “Apontou o parecer do MPTC a ausência de objetividade e de transparência diante da falta de distinção entre os serviços de trato sucessivo e os de prestação instantânea [...], em afronta ao art. 40, I, da Lei de Licitações. O OBJETO DA LICITAÇÃO ESTÁ INSERIDO NO ITEM [...] E NO ANEXO [...], REQUISITOS OBRIGATORIOS E DESEJÁVEIS DO SOFTWARE, OS QUAIS, ANALISADOS SISTEMATICAMENTE, LEVAM, A MEU VER, À DESCRIÇÃO ADEQUADA DOS SERVIÇOS PROPOSTOS, QUE CONVERGEM, EM ÚLTIMA ANÁLISE, PARA A VIABILIZAÇÃO DA EFETIVA IMPLANTAÇÃO DOS SEIS SISTEMAS INFORMATIZADOS RELACIONADOS NO EDITAL. COM A DEVIDA VÊNIA, OS SERVIÇOS DESCRITOS NO ANEXO [...] SÃO INÚMEROS E BASTANTE COMPLEXOS, SEMPRE INTERLIGADOS ENTRE SI E DEMANDANDO COORDENAÇÃO SEVERA, POR ESTAREM VINCULADOS À IDEIA DA NECESSIDADE DE IMPLEMENTAÇÃO DE GESTÃO INTEGRADA DE TODOS OS SISTEMAS INFORMATIZADOS DE CONTROLE NO MUNICÍPIO, O QUE SE REVELA, SEM DÚVIDA, MODERNA E PODEROSA FERRAMENTA DE COMANDO. NÃO VISLUMBRO, DESSA FORMA, A

POSSIBILIDADE DE SE CONSIDERAREM INSTANTÂNEOS ALGUNS DOS SERVIÇOS DEMANDADOS, SENDO O OBJETO LICITADO UMA FERRAMENTA DE NATUREZA SISTÊMICA, que requer responsabilidade continuada.” [Denúncia n. 811.915. Rel. Conselheiro Sebastião Helvécio. Sessão do dia 04/10/2012]

Nesse contexto, diante do consolidado entendimento dos Tribunais de Contas e visando obter uma conciliação entre os interesses da Prefeitura de Tenente Portela e a garantia de competitividade ao certame, especialmente para impedir uma paralisação indesejada da licitação, deve ser determinada a mudança da forma de julgamento das especificações técnicas **de molde a se estabelecer um padrão mínimo aceitável de 80% (com os restantes 20% serem implementados em até 180 dias), de forma a não se favorecer, ainda que sem intenção, qualquer fornecedor do mercado.**

Tal medida protegeria integralmente o desejo do ente municipal de obter todas as obrigações do Anexo A e evitaria o direcionamento a uma única solução do mercado, aumentando a competição e, conseqüentemente, o número de ofertas vantajosas, bem como propiciaria efetiva disputa da fase de lances.

II.7. Exigência de Documentos sem Previsão Legal como condição de Classificação dos Licitantes

O Anexo A do edital exige certificações internacionais ao datacenter que precisará ser disponibilizado pelo contratado, claramente impondo questões privadas e sem amparo legal como requisitos obrigatórios para se iniciar os serviços licitados:

“6.4 A Fornecedora de serviços de Data Center, deverão possuir certificados internacionais que comprovem seu compromisso com a proteção de dados de seus clientes. ISO 27018. Esta fornecedora poderá ser subcontratada, desde que a Licitante seja a gerenciadora do datacenter, recaindo sobre si todas as responsabilidades perante as Contratantes.

6.5 A Fornecedora de serviços de DataCenter, deverão possuir certificados internacionais que comprovem seu compromisso com as melhores práticas para o gerenciamento da segurança e controles abrangentes de segurança. ISO 27001

6.6 A Fornecedora de serviços de Data Center, deverão possuir certificados internacionais que comprovem a utilização de uma abordagem orientada a processos para a documentação e a revisão da estrutura, das responsabilidades e dos procedimentos exigidos para a obtenção de uma gestão de qualidade eficaz em uma empresa. ISO9001.

Dito isso, é de se verificar claramente que tal exigência se mostra completamente descabida e inadequada posto que insere como obrigatória para a fase de execução contratual documentos que, além de não possuírem previsão normativa para serem exigidos em contratações públicas, são desprovidos de qualquer sustentação legal ou jurídica.

Não pode o agente público incluir no edital comprovações não previstas expressamente 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.

Não há evidentemente qualquer previsão legal que autorize a inserção em uma licitação pública de exigências de certificações internacionais PRIVADAS e não obrigatórias para que o contratado inicie os serviços por meio de datacenter.

DESAFIA-SE A APRESENTAÇÃO DE NORMA LEGAL QUE OBRIGUE AS EMPRESAS DO RAMO DO OBJETO LICITADO (A SEREM OBRIGADAS A DETEREM TAIS CERTIFICAÇÕES INTERNACIONAIS ou ISO! Trata-se de inovação feita por esse órgão licitante, mas não permitida pela lei.

Condicionar a contratação à apresentação de tais documentos privados torna a licitação nula, bem como sujeita os agentes responsáveis às penalidades legais cabíveis. Tais impressos se tratam de documentos facultativos, ou seja, não são indispensáveis ao exercício das atividades de locação de sistemas informatizados de gestão pública ou provimento de datacenter. Vale a pena verificar o disposto no artigo 3º da Lei nº 8.666/93:

“§ 1º - É vedado aos agentes públicos:

I - admitir, prever, incluir ou tolerar nos atos de convocação, cláusulas que comprometam restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo 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” (Grifos nossos)

Ratificando o exposto, veja-se o disposto no 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)

A citada disposição legal é taxativa! Não podem os agentes públicos admitir em seus editais exigências impertinentes que restrinjam o caráter competitivo da licitação. Sobre o tema, o autor Marçal Justen Filho² assim se pronunciou:

“Tem-se cogitado da exigência da certificação ISO 9000 (EM SUAS DIVERSAS VARIANTES) como requisito de habilitação. O tema envolve grande risco de vício. [...] EXIGIR PEREMPTORIAMENTE A CERTIFICAÇÃO COMO REQUISITO DE HABILITAÇÃO EQUIVALERIA A TORNAR COMPULSÓRIA UMA ALTERNATIVA MERAMENTE FACULTATIVA: NENHUMA LEI CONDICIONA O EXERCÍCIO DE ALGUMA ATIVIDADE À OBTENÇÃO DO CERTIFICADO ISO 9000. PORTANTO, OBTÉM A CERTIFICAÇÃO QUEM O DESEJAR (E PREENCHER OS REQUISITOS, É ÓBVIO).

EM OUTRAS PALAVRAS, O ESSENCIAL NÃO É A CERTIFICAÇÃO FORMAL, MAS O PREENCHIMENTO DOS

² Op. cit. p.348/349.

REQUISITOS NECESSÁRIOS À SATISFAÇÃO DO INTERESSE PÚBLICO. SE O SUJEITO PREENCHE OS REQUISITOS, MAS NÃO DISPÕE DA CERTIFICAÇÃO, NÃO PODE SER IMPEDIDO DE PARTICIPAR DO CERTAME. [...] O QUE NÃO SE ADMITE É A VEDAÇÃO DE PARTICIPAÇÃO DAS EMPRESAS NÃO CERTIFICADAS. DEVER-SE-Á ASSEGURAR AOS INTERESSADOS, MESMO NÃO DISPONDO DA CERTIFICAÇÃO, A FACULDADE DE COMPROVAR SUA IDONEIDADE PARA A EXECUÇÃO DO OBJETO LICITADO.

Tais documentos são facultativos, emitidos por empresas privadas internacionais e no caso desnecessários ao exercício das atividades de qualquer empresa que realiza a locação de sistemas informatizados no Brasil. Tratam-se, pois, de documentos privados, facultativos e discricionários, os quais somente poderiam ser demandados em uma fase classificatória de proposta técnica e apenas para fins de pontuação técnica, jamais como condição eliminatória ou obrigatória para fins de contratação decorrente de licitação pública.

III - DO PEDIDO

Por todo o exposto e diante das justificativas aqui apontadas, bem como cientes da seriedade dessa prestigiada Prefeitura, requer seja a presente impugnação julgada procedente, visando a ampliação da competitividade e a viabilidade da seleção da proposta mais vantajosa.

Pede deferimento.

Tenente Portela, 03 de agosto de 2021.



Assinado de forma digital por
JOAO GUILHERME KOEHLER
FILHO:00231308060
Dados: 2021.08.03 08:24:52 -03'00'

GOVERNANÇABRASIL SUL 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**