



Jtech



**ILUSTRÍSSIMO SENHOR PREGOEIRO DA COORDENAÇÃO DA COMUSA –
SERVIÇOS DE ÁGUA E ESGOTO DE NOVO HAMBURGO**

Ref. EDITAL DE PREGÃO PRESENCIAL Nº. 018/2019

Abertura: 25/10/2019, às 09:30h

A empresa **J-TECH SOLUÇÕES EM INFORMÁTICA LTDA.**, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob o no 05.766.304/0001-88, com sede na Av. Lélio João Martins, no 935, 4o andar, no Bairro Kobrasol, no município de São José/SC, CEP 88.102-000, vem, à presença de Vossa Senhoria apresentar

IMPUGNAÇÃO AO EDITAL DE PREGÃO PRESENCIAL

Em face de grave ilegalidade no Edital de Pregão em epígrafe, consubstanciada na existência de condição que limita gravemente a igualdade e competitividade do certame, pelos fatos e fundamentos a seguir expostos.

I – DOS FATOS

A COMUSA – SERVIÇOS DE ÁGUA E ESGOTO DE NOVO HAMBURGO, lançou Edital de Pregão Presencial cujo objeto vem a ser a **"contratação de empresa especializada na implantação e na manutenção de Software de código fonte livre - GSAN - (Sistema Integrado de Gestão de Serviços de Saneamento), compreendendo o sistema comercial e operacional da COMUSA – Serviços de Água e Esgoto de Novo Hamburgo, além da implantação do sistema GEOSAN com integração ao GSAN e ao sistema de laboratório, conforme especificações técnicas contidas no ANEXO I – Termo de Referência, o qual é parte integrante deste Edital"**.

05.766.304/0001-88
J-TECH Soluções em
Informática Ltda
Av. Marechal Castelo Branco, 65
Sala 1301 - 13º andar
Campinas - CEP 88101-020
SÃO JOSÉ - SC

Ocorre que, em análise ao conteúdo do Edital, detectou-se grave irregularidade que frustra o seu seguimento, uma vez que ferem o caráter competitivo do certame, em especial porque, não apenas demanda a contratação de um bem específico no mercado, a despeito da existência de diversos outros de idêntica ou melhor qualidade e preço, como ainda direciona a contratação a um universo demasiadamente restrito de empresas que possuam experiência APENAS na operação desse bem específico.

Vejamos.

II – DOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS

O Edital em questão trata da contratação global de operação e manutenção do sistema de abastecimento de água do Município, compreendendo os serviços de *"instalação, migração/conversão da base de dados dos sistema de Gestão Comercial para o GSAN, configuração, alteração, atualização, customização, manutenção, suporte, monitoramento e treinamento, desenvolvimento de novas funcionalidades, conforme especificação do termo de referencia, bem como especificações do GSAN constantes anexo ao Edital"*.

Verifica-se grave violação aos princípios da igualdade, competitividade, publicidade e, e, inclusive, economicidade, na medida que direciona a instalação e operacionalização de apenas um produto, único e específico, a despeito a existência de inúmeros concorrentes de idêntica ou melhor qualidade, como também exclue do certame, já em fase de habilitação, qualquer concorrente que, além de não utilizar esse produtor único e específico, não comprove experiência na operação do mesmo.

Conforme passa a demonstrar.

II.1 Da Impossibilidade de Escolha de Software Específico (Princípios da Competitividade, Igualdade, Publicidade e Economicidade)

A primeira, grave e flagrante ilegalidade está desde logo na delimitação do objeto do certame, que visa a contratação de serviço de implementação de um novo software de gestão do sistema de saneamento público do município; a questão ora em debate é que o Adminsitrador, claramente extrapolando os limites do seu poder discricionário, impôs que só poderão participar do certame um limitadíssimo universo de empresas que ofertem os serviços em APENAS UM software específico.

O GSAN, conhecido programa de código livre.

Dois pontos, no entanto, impedem o prosseguimento do certame nos presentes moldes: em primeiro plano, porquanto o poder discricionário do Administrador Público não permite o direcionamento da contratação pública para determinado bem ou serviço, tampouco a software específico de sua vontade, salvo manifesta necessidade ou ausência de concorrência no determinado nicho de mercado. Ainda assim, **a escolha precisa ser devidamente motivada, demonstrando-se sua vantajosidade para a Administração.** Não é o caso.

É como se posiciona, por exemplo, o Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais:

Antes de deflagrar procedimento licitatório tendente a obter o sistema de gestão pública, o gestor deve se indagar qual é a opção, dentre as possíveis, que melhor atenda o interesse público.

Seja qual for a alternativa escolhida, cabe ao gestor expor em estudo técnico e/ou econômico os motivos da escolha feita, especialmente se a opção, a princípio, revelar-se menos vantajosa ao erário.

A elaboração desse estudo decorre do princípio da motivação dos atos administrativos, fundamental para o controle do regular exercício do poder discricionário, especialmente num Estado Democrático de Direito. Sem motivação inexistente transparência e sem transparência não há controle. Por conseguinte, a falta de elementos para se aferir a relação de pertinência entre as razões de fato e de direito com a decisão do administrador público compromete a fiscalização confiada às Cortes de Contas, bem como o exercício do controle social.

[...]

Cabe ao gestor, nos autos do procedimento licitatório, fundamentar a escolha considerando, ao menos: (i) a vantajosidade de se utilizar softwares gratuitos existentes; (ii) a viabilidade de filiar-se às redes de compartilhamento de soluções criadas pelo Governo Federal e Governo Estadual; (iii) a viabilidade da celebração de consórcio público para a redução do custo fixo de desenvolvimento do software; (iv) vantajosidade de se adquirir a licença permanente do software.¹

O princípio da motivação impõe à autoridade administrativa a apresentação das razões que a levaram a tomar tal posicionamento. **A motivação é uma exigência do Estado Democrático de Direito**, ao qual é inerente, entre outros direitos dos administrados, o direito a uma decisão fundada, com a explicitação dos motivos, conforme artigo 93, IX da Carta Magna.

¹ Manual de Boas Práticas em Licitação para Contratação de Sistemas de Gestão Pública, disponível em: https://www.tce.mg.gov.br/IMG/2015/Manual%20Final_Editado_26%2001%2015%20pdf.pdf Pesquisado em: 22/10/2019

Sem a explicitação dos motivos torna-se difícil mesurar, sopesar ou aferir a correção daquilo que foi decidido. Nesse sentido, indubitável a necessidade de que a Administração aponte os fatos, as inferências feitas e os fundamentos da sua decisão por optar apenas por um software específico, excluindo do certame uma enorme gama de possíveis concorrentes que possuem softwares próprios, e que, ademais, possuem capacidade de ofertar os mesmos serviços, por preços adequados ou até inferiores.

A falta de motivação no ato administrativo abre, ademais, a possibilidade de ocorrência de desvio ou abuso de poder, **dada a dificuldade ou até mesmo a impossibilidade de efetivo controle dos particulares sob a verdadeira intenção do agente administrador.**

Por isso, é sabido que todos os atos praticados pelos entes da Administração devem estar revestidos da competente fundamentação, em atenção ao Princípio da Motivação dos Atos Administrativos. Acerca do referido princípio discorre Lucas Rocha Furtado²:

Em regimes democráticos, em que o Estado atua de modo à atender às necessidades da população e de modo a realizar fins compatíveis com os direitos fundamentais e com a realização da Constituição, não se admite a prática de atos não motivados, não justificados.

Ao motivar seus atos, deve o administrador explicitar as razões que o levam a decidir; os fins buscados por meio daquela solução administrativa e a fundamentação legal adotada.

Ao motivar seus atos, deve o administrador indicar as circunstâncias de fato e de direito que o levam a adotar qualquer decisão no âmbito da Administração Pública.

Também nesse ínterim, de Maria Zanella di Pietro:

Entendemos que a motivação é, em regra, necessária, seja para os atos vinculados, seja para os atos discricionários, pois constitui garantia de legalidade, que tanto diz respeito ao interessado como à própria Administração Pública; a motivação é que permite a verificação, a qualquer momento, da legalidade do ato, até mesmo pelos demais Poderes do Estado.³

Consiste então verdadeiro dever imposto à Administração Pública de justificar, expressamente, seus atos, indicando os fundamentos de fato e de direito que os embasaram, de forma a possibilitar o controle externo sobre os mesmos, de forma a cobrar que o ato atinja seus efeitos ou que não seja desviado do seu motivo inicial.

² FURTADO, Lucas Rocha. Curso de Direito Administrativo. - 1ª. Ed. - Belo Horizonte: Forum, 2007, p.255

³ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. Direito Administrativo - 14 ed. - São Paulo: Atlas, 2002, pg. 202 e 203

No caso ora em voga, todavia, não há sequer algum fundamento, ou motivação por parte dessa Administração que justifique a vantajosidade ou necessidade de se contratar apenas empresa que trabalhe com apenas UM software específico, quando, sabe-se, existem no mercado uma enorme variedade e opções que atendem igualmente ou até com maior qualidade, e preço melhor ou similar.

Ou seja, há ampla concorrência no ramo, e a não limitação a apenas uma opção de produto específico atende ao melhor interesse da Administração; o que nos leva ao segundo ponto de contenda, na medida em que a escolha por um produto específico, ferindo a concorrência, justificar-se-ia, apenas, se observada clara a evidente vantajosidade econômica ao erário.

O que, novamente, não é o caso.

Bem porque o fato de o software ser de código livre não significa necessária ou diretamente gratuidade ou preços inferiores ao mercado, mas, apenas, que qualquer pessoa pode obter o programa e seu código fonte, então, a partir disso, explorá-lo. Assim empresas que não possuem softwares próprios efetivamente apossam-se dos softwares de código livre, e a partir dele oferecem serviços de implantação e manutenção. Serviços que não são gratuitos.

Veja-se que o benefício, aí, não está a favor da Administração Pública, mas dessas empresas que, embora privadas, tomam controle de um programa de código livre criado pelo Poder Público, para, a partir dele, lucrar jutasmente contra os cofres públicos. Não há o menor sentido ou razoabilidade.

A criação do software GSAN se deu a partir de esforços do Estado diante da perspectiva de que, com uma plataforma pública de razoável qualidade para administração sistemática dos serviços de saneamento e distribuição de água, a Administração Pública poderia em escala nacional cortar os intermediários e gerenciar o serviço internamente, por meio de convênios ou consórcios públicos.

O que ocorreu, no entanto, foi a formação de um pequeno grupo de empresas privadas que passaram a empurrar às autarquias e pequenos municípios um serviço prestado privadamente, com objetivo de auferimento de lucro contra o erário, utilizando-se de uma plataforma pública. O que nos leva ao segundo ponto, que é a falta de prova de economicidade e vantajosidade na instalação do GSAN, e apenas ele.

Embora assim muitas vezes as autarquias e órgãos públicos aleguem que a opção pelo sistema GSAN justifica-se por ser um software público de código livre, contratam empresas privadas que se beneficiam disso e com ele prestam serviços. **Assim, acaba que a Administração Pública acaba pagando pelo serviço preços e valores similares ou até maiores do que pagaria à empresas que possuem softwares próprios.**

Inclusive porque, ante a existência de um pequeno grupo de empresas do ramo que atuam na implementação específica do GSAN, inexistente REAL concorrência, ocasionando a elevação natural dos preços.

Sabe-se que existem hoje, no Brasil, um ENORME mercado de empresas de softwares de saneamento, porém APENAS 3 conhecidamente prestam serviço a partir da Plataforma GSAN, sendo as empresas LogPro, Concenso, Procengue. Concenso e Procengue ficam localizadas no Norte/Nordeste do país, e a empresa LogPro em Braço do Norte/SC.

Não seria surpresa alguma se a empresa LogPro vencesse o presente certame sem concorrência alguma.

O que iria de encontro à todos os mais comumente conhecidos princípios inerentes aos processos de contratação pública, de ampla concorrência, possibilitando a entrada do maior número de interessados possível, competindo em igualdade de condições, de forma a possibilitar a seleção da melhor proposta, a mais vantajosa à coletividade, ou seja, aquela que ofereça o serviço pretendido, na melhor qualidade e adequação possível, pelo melhor preço no mercado.

Nesse sentido:

ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. HABILITAÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA. EDITAL.

1. As regras do edital de procedimento licitatório devem ser interpretadas de modo que, sem causar qualquer prejuízo à administração e aos interessados no certame, possibilitem a participação do maior número possível de concorrentes, a fim de que seja possibilitado se encontrar, entre várias propostas, a mais vantajosa. (MS 5606 / DF, MANDADO DE SEGURANÇA 1998/0002224-4, Relator(a) Ministro JOSÉ DELGADO (1105), Data do Julgamento: 13/05/1998)

Assim, ilustre Sr. Pregoeiro, torna-se EVIDENTE que a limitação de participação apenas a empresas que prestem serviços a partir do software GSAN viola

os princípios da ampla concorrência, isonomia e economicidade, na medida que, além de não trazer à Administração nenhum benefício evidente e palpável, ainda limita sobremaneira a competitividade.

Correndo-se inclusive o risco de trazer ao certame suspeitas de direcionamento a determinada empresa, mediante tratamento diferenciado.

É, ao contrário, interesse da Administração Pública a contratação do melhor serviço pelo melhor preço, independentemente do nome ou marca do software que será utilizado para a prestação dos serviços. Bem porque, trata-se de contratação de serviço de implementação de um novo sistema, e não de continuidade de trabalho em um sistema já existente, tornando ainda mais equivocada a pretensão de escolha de um programa específico quando existem no mercado inúmeras opções.

Abra-se, assim, a possibilidade de que empresas apresentem propostas com base em softwares próprios, que não apenas o GSAN, e que assim vença a melhor proposta apresentada. E, se eventualmente a melhor proposta, economicamente mais vantajosa for a da empresa que presta serviços a partir do GSAN, então que vença a melhor.

Da forma como está, todavia, não pode prosperar.

REQUER, então, a correção da ilegalidade apontada, permitindo-se a prestação dos serviços e apresentação de propostas, que não necessariamente apenas a partir da plataforma GSAN, abrindo-se concorrência igualitária.

II.2 Da Impossibilidade de Exigência não Prevista em Lei para fins de Qualificação/Habilitação Técnica (Princípio da Legalidade)

Não bastasse a ilegalidade e flagrante direcionamento na escolha por um produto específico, a despeito da existência de inúmeros outros no mercado, para direcionar ainda mais o certame essa Administração ainda limitou a participação apenas a empresas que comprovem, como condição de habilitação/qualificação técnica, experiência ESPECÍFICA apenas na utilização do software GESAN.

Vejamos:

16 – DOCUMENTOS PARA HABILITAÇÃO NA LICITAÇÃO
[...]

16.3. Comprovação de capacidade técnico-operacional da empresa, mediante atestado(s) ou certidão(ões) fornecida(s) por pessoa jurídica de direito público ou privado, devidamente registrado na entidade competente, em nome da Proponente, devendo vir, acompanhado do respectivo Registro de Comprovação de Aptidão - RCA emitida pelo CRA, que demonstre a execução dos serviços abaixo especificados:

16.3.1. Conversão, implantação, treinamento, manutenção corretiva e preventiva desenvolvimento de novas funcionalidades do Sistema Integrado de Gestão de Saneamento GSAN, para sistemas de no mínimo 25.000 ligações, em um único atestado.

16.3.2. Suporte técnico, manutenção, customização, integração, implantação e homologação entre o sistema integrado de gestão de Saneamento - Gsan e sistema eletrônico de pagamentos de cartões de débito e crédito através de POS e MPOS, incluindo a disponibilização de webservices para acesso direto no equipamento de opções de pagamento, estorno e abertura de ordens de serviço.

16.3.3. Suporte técnico para integração do sistema integrado e gestão de Saneamento - Gsan, com software livre de Georeferenciamento (GEOSAN) de rede e software com simulação hidráulica.

16.3.4. Suporte técnico para implantação de sistema gestão de laboratório integrado ao sistema integrado de gestão de Saneamento – Gsan.

[...]

16.5. Comprovação de capacidade técnico-operacional da empresa, mediante atestado(s) ou certidão(ões) fornecida(s) por pessoa jurídica de direito público ou privado, devidamente registrado na entidade competente, em nome da Proponente, devendo vir, acompanhado da respectiva Certidão de Acervo Técnico – CAT, registrada no Conselho Regional de Engenharia e Agronomia - CREA, que demonstre a execução dos serviços abaixo especificados:

16.5.1. Atestado de integração de software livre GEOSAN com software de gestão comercial.

16.5.2. Atestado acervado no CREA de cadastramento de rede de água e/ou esgotos, em software livre de georeferenciamento (SIG).

16.5.3. Atestado acervado no CREA de cadastramento de entidades geográficas em software livre de georeferenciamento (SIG).

16.5.4. Atestado acervado no CREA de elaboração de modelos hidráulicos para simulações hidráulicas para Sistema de Abastecimento de Água, utilizando EPANET.

A questão aqui, foco da presente impugnação, e que fere sobremaneira um dos principais nortes de todo processo licitatório, a saber a competitividade e igualdade entre os concorrentes, é que a Administração denunciada determinou que a empresa contratada deverá ter expertise em apenas um sistema/programa específico, o GSAN.

A empresa ora representante, no caso, é distribuidora e tem especialidade no sistema chamado SANSYS, **que cumpre exatamente as mesmas funções que o GSAN, algumas com até maior capacidade funcional.**

Todavia, ao determinar que apenas aceitará experiência um sistema específico, inclusive dizendo qual é o sistema/programa, **a Administração Pública está intencionalmente direcionando o certame para um resultado de sua preferência**, e, pior, excluindo dele um universo de outras prestadoras do mesmo tipo de serviço que poderiam, potencialmente, apresentar propostas mais vantajosas.

Note-se que para fins de qualificação técnica, há ampla gama de exigências inerentes às especificações operacionais, predominantemente voltadas à instrumentalização do referido software, o que resta evidenciado no Termo de Referência do Edital.

Ocorre que, ao delimitar a compatibilização do objeto ao software, predominantemente voltado à gestão, impõe-se alto grau de restrição à competitividade, porquanto delimita as possibilidades de escolha da futura contratação.

Ora, tratando-se o objeto licitado de uma contratação global de implementação, operação e manutenção do sistema de saneamento, o Edital **não poderia determinar a experiência técnica e compatibilização inerente a um software específico**, sobretudo porque o mesmo é **predominantemente comercial**, o que desvia as exigências do efetivo foco da futura contratação.

É certo, portanto, que **o Edital deveria tão somente determinar a comprovação de experiência com operacionalização de sistema compatível com o objeto licitado**, de forma ampla e abrangente.

Bem porque, Excelência, sabe-se que existem inúmeros softwares similares que cumprem a função de administração e operacionalização para os serviços pretendidos pela Administração no caso presente, de sorte que não há nenhuma explicação ou fundamento razoável para limitar ou escolher apenas um software específico.

E ainda que se pudesse argumentar que o município pretende a contratação de empresa que empreenda apenas com esse software específico pelo fato de tratar-se de sistema público de código aberto, ainda não afasta o DEVER de tratar todos com igualdade.

Sobretudo na medida que outros softwares possuem idênticas, ou melhores funcionalidade, e qualquer empresa que trabalhe com outros poderia trabalhar com o GSAN. Basta que para isso comprove aptidão técnica em sistema similar.

Nesta perspectiva, as exigências inerentes à qualificação mostram-se deveras exacerbadas, além de absolutamente desnecessárias para o atingimento do objeto pretendido. Por conseguinte, o leque de opções para futura contratação acaba por reduzir-se sobremaneira, frustrando o caráter competitivo do certame.

Não obstante o poder discricionário da Administração permita estabelecer a qualificação técnica necessária aos competidores, a exigência é claramente exagerada e dispensável. Cabe aqui trazer ensinamento colhido dos dizeres de Marçal Justen Filho:

A Administração não tem liberdade para impor exigências quando a atividade a ser executada não apresentar complexidade nem envolver graus mais elevados de aperfeiçoamento. Especialmente em virtude da regra constitucional (art. 37, XXI), somente poderão ser impostas exigências compatíveis com o mínimo de segurança da Administração Pública. (Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005. p. 322)

E, ainda, do mesmo Autor:

O ato convocatório tem de estabelecer as regras necessárias para seleção da proposta vantajosa. Se essas exigências serão ou não rigorosas, isso dependerá do tipo de prestação que o particular deverá assumir. Respeitadas as exigências necessárias para assegurar a seleção da proposta mais vantajosa, serão inválidas todas as cláusulas que, ainda indiretamente, prejudiquem o caráter "competitivo" da licitação. (Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005. p. 63)

Isso decorre da vedação expressa contida, como visto, na Constituição Federal, mas também presente nos princípios do processo licitatório constantes da Lei de Licitações (8.666/93). O Administrador deve se abster de inserir no instrumento convocatório quaisquer cláusulas que comprometam ou restrinjam a competitividade do certame:

Art. 3º 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, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

§ 1º É vedado aos agentes públicos:

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;

Em comentário ao dispositivo, Jessé Torres Pereira Junior elucida:

A nenhum servidor da Administração Pública é dado, por qualquer modo, violar o caráter competitivo da licitação. Este é da sua essência, é a razão de existir do instituto. Deveria figurar entre os princípios referidos no caput do art. 3º, embora se possa presumir sua presença entre os correlatos, tanto que será inexigível a licitação "quando houver inviabilidade de competição" (art. 25). (Comentários à lei de licitações e contratações da administração pública. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 56.)

Neste mesmo norte assiná-la Toshio Mukai:

[...] tão essencial à matéria que, se num procedimento licitatório, por obra de conluio, faltar a competição (ou oposição) entre os concorrentes, falecerá a própria licitação, posto que esta é sinônimo de competição. (Curso avançado de licitações e contratos públicos. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000, p. 9-10)

Fica claro, portanto, que o edital não pode trazer formalidades e/ou especificações exacerbadas, cujo fim obvio é o de garantir vantagens para um ou outro licitante, prejudicando o caráter competitivo do certame, bem como a isonomia do procedimento licitatório, vindo a acarretar numa escolha que não necessariamente será a mais vantajosa à Administração.

O Art. 30 da Lei 8.666/93 delimita as exigências possíveis para fins de comprovação de qualificação técnica, a saber:

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

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;

[...]

§ 3º Será sempre admitida a comprovação de aptidão através de certidões ou atestados de obras ou serviços similares de complexidade tecnológica e operacional equivalente ou superior.

[...]

§ 5º É vedada a exigência de comprovação de atividade ou de aptidão com limitações de tempo ou de época ou ainda em locais específicos, ou **quaisquer**

outras não previstas nesta Lei, que inibam a participação na licitação.
[grifou-se]

O que interessa saber, na realidade, é a capacidade da empresa em executar o objeto licitado. Socorre-se novamente, neste contexto, da brilhante lição do mestre Marçal Justen Filho:

Na linha de proibir cláusulas desarrazoadas, estabelece-se que somente podem ser previstas no ato convocatório exigências autorizadas na Lei (artigo 30, §5º). **PORTANTO, ESTÃO EXCLUÍDAS TANTO AS CLÁUSULAS EXPRESSAMENTE REPROVADAS PELA LEI Nº 8.666/93 COMO AQUELAS NÃO EXPRESSAMENTE POR ELA PERMITIDAS.** [grifou-se]

Note-se que a compatibilização com um software específico e determinado não tem previsão expressa no bojo da lei nº 8.666/93, ao contrário, indica prática manifestamente contrária à redação do artigo 30 do referido estatuto.

Sendo certo que as exigências não previstas expressamente na Lei não podem ser previstas no instrumento convocatório, é fato que a delimitação ora insurgida é manifestamente contrária ao texto legal, atribuindo genuína mácula ao certame.

A imposição editalícia restringe em absoluto a participação no certame, o que por si só fere os princípios básicos da licitação previstos no artigo 3º da Lei 8.666/93, mormente o princípio constitucional da isonomia, enquanto apresenta discriminação em relação às empresas que não tenham como cumprir a demonstração de experiência da forma como delimitada.

Ademais disso, tais exigências não trazem benefício técnico algum ao certame. Pelo contrário, restringem o universo de opções, ferindo a amplitude da competição.

A competência da Administração, na fixação dos requisitos necessários à comprovação da qualificação técnica, não pode ser utilizada para frustrar o mandamento constitucional de garantir o mais amplo acesso dos participantes ao procedimento licitatório, nem mesmo pode ser utilizada para ferir o princípio da isonomia e o da competitividade entre os licitantes. Colhe-se novamente da lição de Marçal:

O art. 3º sintetiza o conteúdo da Lei, no âmbito da licitação. Os dispositivos restantes, acerca da licitação, desdobram os princípios do art. 3º, que funciona como norteador do trabalho hermenêutico e de aplicação da Lei das licitações.

Nenhuma solução, em caso algum, será sustentável quando colidente com o artigo 3º. Havendo dúvida sobre o caminho a adotar ou a opção a preferir, o intérprete deverá recorrer a esse dispositivo. Dentre as diversas soluções possíveis, deverão ser rejeitadas as incompatíveis com os princípios do art. 3º. [grifou-se] (Ob. Cit., p. 42)

Observa-se ainda do entendimento jurisprudencial do egrégio STJ:

É certo que não pode a licitação, em nenhuma hipótese, fazer exigências que frustrem o caráter competitivo do certame, mas sim garantir ampla participação na disputa licitatória, possibilitando maior número possível de concorrentes, desde que tenham qualificação técnica e econômica para garantir o cumprimento das obrigações. (STJ Resp. nº 474781/DF, Rel. Min. Franciulli Neto, DJ 12.05.03)

A exigência editalícia que restringe a participação de concorrente, constitui critério discriminatório desprovido de interesse público, desfigurando a discricionariedade, por consubstanciar 'agir' abusivo, afetando o princípio da igualdade. (STJ, Resp nº 43856/RS, rel Min. Milton Luiz Pereira, DJ 04.09.95) (grifou-se)

Ainda nesta senda, o Tribunal de Contas da União já se manifestou inúmeras vezes pela vedação de exigências despropositadas no Edital de licitação:

37. O art. 37, inciso XXI, da CF/88 estabelece que o processo de licitação pública assegurará igualdade de condições a todos os concorrentes, somente permitidas cláusulas que contenham 'exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações'. Por sua vez, o art. 3º, §1º, inciso I da Lei n.º 8.666/93 veda aos agentes públicos '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 (...) ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato.'. (...)

41. O caput do art. 3º da Lei n.º 8.666/93 explica a razão da vedação imposta pelo §1º, inciso I, [do mesmo artigo] ao prever que 'a licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração(...)'. Ampliar a competitividade de um certame é forma tanto de obedecer ao princípio da isonomia (nas palavras de Justen Filho, 'assegura-se tratamento igualitário aos interessados que apresentem condições necessárias para contratar') quanto ao princípio da 'proposta mais vantajosa' (preço, capacitação técnica, qualidade etc), pois aumentando-se o número de prováveis habilitados, aumenta-se a quantidade de propostas a serem apresentadas e conseqüentemente crescem as chances de o preço da vencedora ser economicamente mais vantajoso e a qualificação técnica mais adequada ao interesse público, evitando danos futuros ao erário, na contratação.

[...]

7. A Administração tem o dever de se proteger de interessados não capacitados a prestar o serviço ou realizar a obra objeto da licitação. Por isso, a Lei de Licitações e Contratos prevê a fase de habilitação, na qual os interessados devem comprovar os requisitos exigidos no edital. Nela, a Administração deve impedir a participação daqueles sem condições de cumprir o objeto.

8. Por outro lado, a igualdade de condições nas licitações é princípio de estatura constitucional (art. 37, XXI, CF). Deste princípio geral decorre o da competitividade, previsto no mesmo dispositivo constitucional (somente serão permitidas "as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações") e no § 1º, inc. I, art. 3º da Lei n.º 8.666/93. Por isso, a competição não poderá ser restringida, sob pena de nulidade de todo o procedimento licitatório.

9. Portanto, as exigências previstas na fase de habilitação não podem ser tais a ponto de impedir a participação daqueles que teoricamente estariam aptos a prestar o serviço ou executar a obra. No dizer de Marçal Justen Filho ("Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos", 9ª edição, pg. 77), "o disposto [no art. 3º, § 1º, inc. I, da Lei nº 8.666/93] não significa, porém, vedação a cláusulas restritivas da participação. Não impede a previsão de exigências rigorosas nem impossibilita exigências que apenas possam ser cumpridas por específicas pessoas. Veda-se cláusula desnecessária ou inadequada, cuja previsão seja orientada não a selecionar a proposta mais vantajosa, mas a beneficiar alguns particulares. Se a restrição for necessária para atender ao interesse público, nenhuma irregularidade existirá em sua previsão. Terão de ser analisados conjuntamente a cláusula restritiva e o objeto da licitação. A invalidade não reside na restrição em si mesma, mas na incompatibilidade dessa restrição com o objeto da licitação. (TCU - Acórdão 241/2005 - Plenário - Relator Min. MARCOS VINÍCIOS VILAÇA - Data: 24/03/2005)

AUDITORIA. LICITAÇÃO PARA OBRAS AEROPORTUÁRIAS. POSSIBILIDADE DE PRÉ-QUALIFICAÇÃO EM CONCORRÊNCIA. ILEGALIDADE DE EXIGÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE QUALIFICAÇÃO TÉCNICA EM RELAÇÃO A ITENS IRRELEVANTES. EXIGÊNCIA ILEGAL DE COMPROMISSO DOS PROFISSIONAIS DA LICITANTE. FIXAÇÃO INDEVIDA DE NOTA MÁXIMA PARA AS PROPOSTAS DE PREÇO. FIXAÇÃO DE PRAZO PARA CUMPRIMENTO DA LEI. DETERMINAÇÕES.

1. Desde que atendidos certos requisitos, é possível, em concorrência concernente a obras aeroportuárias, que a fase de pré-qualificação substitua a habilitação liminar.
2. Deve ser divulgado nos editais de pré-qualificação os critérios de julgamento das propostas, tanto no que se refere à técnica quanto ao preço, de forma detalhada, clara e objetiva.
3. As exigências de comprovação de capacitação técnico-operacional devem se restringir às parcelas de maior relevância do objeto licitado.
4. As exigências de comprovação de qualificação técnico-profissional devem se restringir às parcelas que sejam, cumulativamente, de maior relevância e valor significativo e indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

5. É ilegal a exigência editalícia de o profissional indicado pela licitante firmar o compromisso de participar permanentemente de obras e serviços licitados.

6. São vedados os critérios de pontuação de proposta de preço que, na prática, resultem na fixação de preços mínimos, abaixo dos quais a referida pontuação se torna constante. (TCU - Acórdão 1891/2006 – Plenário – Relator Min. UBIRATAN AGUIAR – Data: 16/10/2006)

É flagrante o direcionamento e falta de isonomia no presente certame, o que deve ser corrigido de pronto. Sobretudo porquanto, ao que se sabe, apenas uma ou duas empresas possuem especialidade e utilizam especificamente este sistema/programa chamado GSAN, ao passo que uma enorme gama de potenciais concorrentes trabalham com outros sistemas similares.

Alguns por design próprio, ou, como no caso da empresa representante, por parceria comercial com a detentora dos direitos de propriedade.

Não há dúvida, assim, não apenas da abursuda ilegalidade que é limitar o certame apenas a empresas que utilizam um software específico, como da grave limitação a competitividade quando, sabe-se, existe um universo de prestadores de serviços nessa área, com experiência e qualificação técnica para apresentação de propostas.

Ante a todo o exposto, a exclusão da exigência exacerbada apontada é a medida que se impõe, sob pena de oposição, principalmente, aos princípios da isonomia e competitividade que norteiam o certame licitatório, sendo o que desde já se **REQUER**.

IV – DOS REQUERIMENTOS

Pelo exposto, **REQUER**:

a) O recebimento da presente, vez que atendidos os requisitos legais, e a imediata suspensão do processo licitatório até análise de mérito da impugnação;

b) Na decisão definitiva, que essa Administração determine a adoção das medidas corretivas, nos termos do exposto na presente, para **RETIFICAÇÃO DO EDITAL** e exclusão da regra impeditiva, **OU A SUA ANULAÇÃO e SUBSTITUIÇÃO**.

Termos em que
Pede Deferimento.

Florianópolis/SC, 22 de outubro de 2019.

J-TECH SOLUÇÕES EM INFORMÁTICA LTDA.



J-TECH SOLUÇÕES EM INFORMÁTICA

CNPJ: 05.766.304/0001-88

FÁBIO RIBEIRETE SILVA

Cargo: Diretor Comercial

CPF: 024.312.109-10



J-TECH SOLUÇÕES EM INFORMÁTICA

CNPJ: 05.766.304/0001-88

MARCO ANTÔNIO SOARES

Cargo: Coordenador Comercial

CPF: 006.193.409-75