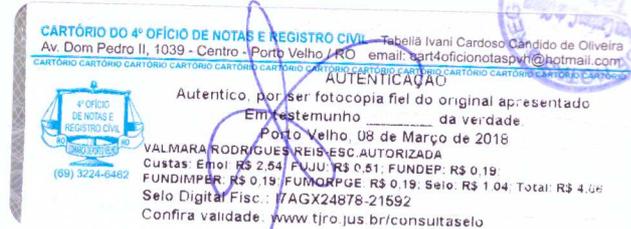




Ajucel Informática Ltda

CNPJ: 34.750.158/0001-09

Edital Pregão Eletrônico nº 018/2018/SML/PVH
Processo Administrativo nº 02.00061/2017



PROCURAÇÃO

Ajucel Informática Ltda, inscrita no CNPJ sob o nº 34.750.158/0001-09 sediada à Rua Potiguara, 3404, Centro, na cidade de Colorado do Oeste, neste ato representada pelo Sr **Antônio José Gemelli**, portador da cédula de identidade RG 1.932.147-SSP/PR, residente e domiciliado na Avenida Guaporé, 3456 na cidade de Colorado do Oeste, RO, inscrito no CPF sob o nº 368.783.329-15, detentor de amplos poderes para nomeação de representante para que lhe faça às vezes para fins licitatório, confere-os à **Luiz Alberto Floriani**, portador da cédula de identidade RG 2.331.392-SSP/SC e do CPF nº 690.838.439-04 com fim específico de representar a outorgante perante a Prefeitura Municipal de Porto Velho, Superintendência Municipal de Licitações-SML, no Edital Pregão Eletrônico nº 018/2018/SML/PVH, Processo Administrativo nº 02.00061/2017, podendo assim retirar editais, propor seu credenciamento, realizar visita técnica, oferecer lances em nome da representada, e ainda assinar atas, contratos de prestação de serviços e demais atos que se fizerem necessários para o bom e fiel cumprimento do presente mandato.

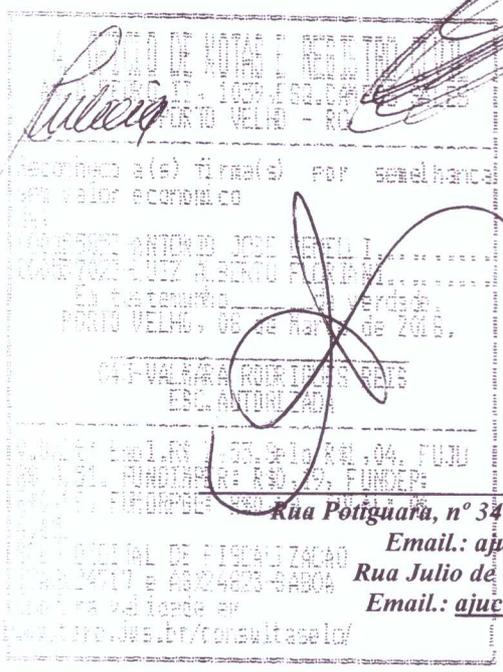
Colorado do Oeste, RO 08 de Março de 2018



Antônio José Gemelli
Outorgante



Luiz Alberto Floriani
Outorgado



Rua Potiguara, nº 3404 – Fone/Fax: (0xx69) 3341-3714 – 3715 – 3716 – 341-3717 – Cep 76.993-000

Email: ajucel@ajucel.com.br

COLORADO DO OESTE – RONDÔNIA

Rua Julio de Castilho, 222 - Centro – Fone/Fax: (0xx69) 3224-8142 - Cep 76.801-078

Email: ajucelpvh@ajucel.com.br

PORTO VELHO - RONDÔNIA

www.tjro.jus.br/consultaselo/

AO ILUSTRE PREGOEIRO DA PREFEITURA MUNICIPAL DE PORTO VELHO/RO

REF.: PREGÃO ELETRÔNICO Nº 018/2018/SML/PVH

AJUCEL INFORMÁTICA LTDA., estabelecida na Rua Júlio Castilho, 222, 2º andar, Centro – Porto Velho/RO - CEP: 78.900-060, inscrita no CNPJ sob o nº 34.750.158/0001-09, vem, respeitosamente e de modo tempestivo com base no item 11.1. do ato convocatório, IMPUGNAR o edital supra referido, pelos fatos e fundamentos a seguir expostos.

I - DA TEMPESTIVIDADE

Antes de qualquer argumentação, cumpre ressaltar que a presente impugnação é tempestiva, atendendo perfeitamente ao prazo estipulado no artigo 12 do Decreto nº 3.555/2000 (que regulamentou a Lei nº 10.520/2002):

“Art. 12 - ATÉ DOIS DIAS ÚTEIS ANTES DA DATA FIXADA PARA RECEBIMENTO DAS PROPOSTAS, QUALQUER PESSOA PODERÁ solicitar esclarecimentos, providências ou IMPUGNAR O ATO CONVOCATÓRIO DO PREGÃO.”

Sendo assim, levando-se em consideração que a data de abertura da licitação será no dia 22/11/2018 (quinta-feira), o segundo dia útil anterior a esta data é o dia 20/11/2018 (terça-feira). Conforme parecer do Tribunal de Contas do Estado do Paraná¹:

¹ Marcelo Ribeiro Losso – Tribunal de Contas do Estado do Paraná. ILC nº 17/ 1995 p. 477.

“[...] CONTA-SE RETROATIVAMENTE A PARTIR DA DATA MARCADA PARA O RECEBIMENTO DAS PROPOSTAS, AO CONTRÁRIO DOS DEMAIS, QUE TÊM COMO PONTO INICIAL UMA DETERMINADA DATA. Para melhor compreensão, tomemos como exemplo uma Tomada de Preços, CUJA DATA PREVISTA PARA ABERTURA DOS ENVELOPES PROPOSTA SEJA DIA 10.08, uma quinta-feira. TRATANDO-SE DE IMPUGNAÇÃO LEVADA A EFEITO POR LICITANTE, O PRAZO SERÁ 08.08, UTILIZANDO-SE A SISTEMÁTICA JÁ APONTADA.”

Seguindo expressa determinação legal, o licitante poderá impugnar os termos do edital de licitação **ATÉ** o segundo dia útil que anteceder a abertura dos envelopes, ou seja, **até** 20/11/2018. O primeiro dia útil anterior à abertura das propostas é o dia 21/11/2018 (quarta-feira) e o segundo dia útil que antecede o recebimento dos envelopes o dia 20/11/2018 (terça-feira).

Com efeito, se é possível impugnar o edital **ATÉ** o segundo dia útil que antecede a abertura do certame, fica evidenciada a tempestividade do presente documento, o **qual está sendo protocolado, inclusive, antes de tal data fatal**. Segundo a doutrina especializada²:

“Tanto na Lei nº 8.666/93, quanto na legislação alusiva ao Pregão, nos dispositivos pertinentes à impugnação ao edital constam a expressão “ATÉ”, a qual, sem sombra de dúvidas, deve nortear o intérprete na análise da tempestividade ou não do pedido de impugnação apresentado pelo licitante interessado. [...] A UTILIZAÇÃO DO TERMO “ATÉ” NOS COMANDOS NORMATIVOS EM REFERÊNCIA TRAZ, EVIDENTEMENTE, O ENTENDIMENTO DE QUE NO SEGUNDO DIA ANTERIOR À ABERTURA DO CERTAME AINDA SE MOSTRA POSSÍVEL APRESENTAR O PEDIDO DE IMPUGNAÇÃO AO EDITAL EVENTUALMENTE CONTESTADO. [...] O Tribunal de Contas da União já acolheu tal entendimento, entendendo como tempestiva impugnação apresentada em 22/11/2005 (terça-feira) em face de um pregão que teria abertura em 24/11/2005 (quinta-feira) - (processo TC 014.506/2006-2). Do mesmo modo, em outra decisão (processo TC 016.538/2002-2) manifestou-se pela tempestividade de impugnação apresentada em 27/9/2002

² Licitação para todos. Ricardo Silva das Neves. Editora Schoba – São Paulo-SP. 2015 – Páginas 96/97.



(sexta-feira) em face de uma licitação que ocorreria em 1/10/2002 (terça-feira)”.

Desse modo, requer-se, desde já, o conhecimento do presente documento, uma vez que o mesmo traz consigo elementos importantes para o deslinde do presente certame e que devem ser analisados, **INDEPENDENTEMENTE DE FORMALISMOS**, a bem do interesse público e da legalidade, até porque o administrador não pode se esquivar da análise de questões que tornam o edital em tela ilegal.

II - DO CABIMENTO DA IMPUGNAÇÃO AO EDITAL

Esse respeitado Pregoeiro deve, a bem do interesse público, analisar as considerações abaixo formuladas, especialmente pelo fato concreto da existência de diversas irregularidades constantes do edital que, caso não alteradas em tempo hábil, ensejarão, além da declaração de sua nulidade, o afastamento de grande quantidade de licitantes da disputa.

Sendo assim, certos da habitual atenção dessa respeitada entidade e confiantes no habitual bom senso desse órgão em sua decisão, requer sejam analisadas e posteriormente alteradas as irregularidades encontradas, a fim de que tal procedimento possa transcorrer normalmente, sem que sua legalidade possa vir a ser futuramente contestada.

III – DO SOFTWARE PÚBLICO – EXPERIÊNCIA FRACASSADA E DE ALTO CUSTO

Surpreendentemente, a Prefeitura de Porto Velho insiste na contratação de um modelo de negócio que em todas as regiões do país se mostrou altamente dispendiosa e ineficiente. As justificativas para a obtenção de um software “livre” não mais convencem aos entes públicos nacionais uma vez que se mostrou estratosféricamente mais custosa, sem falar na dependência a uma empresa específica, exatamente aquela que “cedeu” o chamado sistema livre ao portal do software público.

Lamentavelmente, uma iniciativa revestida de uma aparente “liberdade” e economia de recursos públicos se revelou em um procedimento restritivo e nocivo aos cofres públicos. O resultado não poderia ser outro, qual seja, sua rejeição

tanto pelos entes públicos quanto pelos órgãos de controle, o que já resultou em ações judiciais aos gestores públicos dos poucos entes que aderiram a tal modelo de negócio (Prefeitura de Maricá-RJ, Governo do Estado do Rio de Janeiro, dentre outros).

Ainda assim, permanecem alguns raros focos de tentativa de implementação de tal contratação de software “público”, o qual, aliás, nem mais esconde seu valor vultoso, bastante superior ao montante gasto pelos entes públicos com os softwares licenciados pelas empresas privadas do mercado. Um ano de contrato de uma solução “livre” equivale a praticamente 08 (oito) anos de um licenciamento de software privado. Um absurdo!

Aliás, sendo uma solução tecnológica livre disponível para download em portal do Governo Federal, **por que haveria necessidade de se contratar uma empresa privada para implantação da mesma? Por que haveria necessidade de se contratar uma manutenção e operação assistida CARÍSSIMA se o portal do Governo Federal claramente atesta que o ente público que realiza o download tem disponibilizadas no site as atualizações e suporte?**

É sabido em todo o país, inclusive no Estado de Rondônia, por outras prefeituras, mediante robusta análise técnica e pesquisa de preços junto ao mercado, a inviabilidade técnica e, principalmente, financeira de tal solução tecnológica quando comparada aos sistemas licenciados por empresas proprietárias dos softwares. Isso sem falar no direcionamento que tal software induz à empresa que o cedeu gratuitamente para acesso.

Tem-se, inclusive, o conhecimento de duas experiências insatisfatórias no âmbito da esfera estadual de administração pública. A primeira, refere-se a uma contratação realizada pela Egrégia Corte de Contas Estadual, cujo resultado, de conhecimento público, resultou em um distrato com a empresa DBSeller Serviços de Informática Ltda., desenvolvedora do próprio e-cidades.

A outra contratação foi feita pelo Governo do Estado, envolvendo cifras financeiras na casa de milhões, sem que se tenha obtido qualquer sucesso no efetivo desenvolvimento e implantação dos referidos softwares. Vale citar que o processo de contratação da despesa é mantido em sigilo absoluto, haja vista que, até a presente data, não se tem notícia de distrato realizado pela Administração Estadual. Acerca do assunto, paira somente uma total desconfiança com o serviço prestado pela empresa contratada e efusivas manifestações de desagrado de setores envolvidos na empreitada, notadamente órgãos que seriam diretamente beneficiados pelo

desenvolvimento de programas próprios, a exemplo da Superintendência Estadual de Licitações/SUPEL.

Em nosso entendimento, a Administração Municipal deveria prioritária e antecipadamente consultar as Entidades acima mencionadas, para tomar conhecimento dos fatos e ponderar a viabilidade econômica e fática da contratação, evitando, dessa forma, o flagrante indicativo de futuro prejuízo aos cofres do Município de Porto Velho.

O principal fator de atratividade sobre o software livre é a disponibilidade dos códigos fontes para eventuais evoluções e correções por equipe própria a fim de não se efetuar pagamentos mensais para empresas de terceiros. No entanto, o edital em tela está simplesmente realizando a mesma contratação que seria realizada para licenciamento de soluções privadas, isso porque nesse caso, as empresas proprietárias cobram mensalmente valor pela licença dos sistemas, na qual estão incluídas a manutenção e parametrização dos dados e informações.

Enfim, nem mesmo a justificativa de se adotar um software livre e assim não ficar dependente de uma empresa privada procede, já que essa Prefeitura ficará sempre dependente da empresa que prestará a parametrização e manutenção do software "livre".

Dessa forma, não há justificativa que impeça essa municipalidade de permitir no edital, também, a oferta de softwares privados com a prestação de parametrização e manutenção, ampliando-se o rol de competidores. Quem ofertar solução tecnológica que atenda às necessidades desse órgão e apresentar menor preço deve ser o vencedor, independentemente do fato de ser software "livre" ou proprietário.

Como se não bastasse, trata-se claramente de uma licitação que envolve serviços técnicos especializados, de complexidade relevante, com envolvimento de profissionais com alta especialização e certificação, inclusive, com a previsão de uma fase de customização de desenvolvimento dos sistemas informatizados, claramente se afirmando no edital a COMPLEXIDADE da contratação, o que contraria a natureza da modalidade licitatória do Pregão.

Nesse sentido, temos por certo que a Administração Municipal deveria ter adotado a modalidade de licitação Concorrência Técnica e Preço, que se constitui o tipo de licitação cujo critério de seleção da proposta mais vantajosa para a



Administração tem por base a maior média ponderada, considerando-se as notas obtidas nas propostas de preço e técnica. Nos termos do § 4º do art. 45 da Lei nº 8.666/1993³, esse tipo de licitação é obrigatório na contratação de bens e serviços de informática, nas modalidades concorrência e tomada de preços.

Poderá a Administração excluir do julgamento técnico, com a devida justificativa, até dois dos seguintes fatores: prazo de entrega, suporte de serviços, qualidade, padronização, compatibilidade e desempenho.

Serão classificadas e avaliadas as propostas técnicas de acordo com critérios objetivos preestabelecidos no instrumento convocatório, mediante ponderação da nota e peso atribuídos a cada um dos fatores estabelecidos.

Em licitação para compra de produtos de informática, cujo objeto seja de natureza divisível, o cálculo dos Índices de Preço e Técnico e da Avaliação Final será efetuado item por item.

O tipo "técnica e preço" poderá ser utilizado também, a exemplo do tipo "melhor técnica", para contratação de serviços de natureza predominantemente intelectual. Especialmente na elaboração de estudos técnicos preliminares, projetos básicos e executivos, cálculos, fiscalização, supervisão e gerenciamento, e de engenharia consultiva em geral, em consonância com o disposto no artigo 46 da Lei nº 8.666/1993⁴.

³ Art. 45. O julgamento das propostas será objetivo, devendo a Comissão de licitação ou o responsável pelo convite realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle.

(...)

§ 4º. Para contratação de bens e serviços de informática, a Administração observará o disposto no artigo 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991, levando em conta os fatores especificados em seu § 2º e adotando obrigatoriamente o tipo de licitação técnica e preço, permitido o emprego de outro tipo de licitação nos casos indicados em Decreto do Poder Executivo. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 08.06.1994)

⁴ Art. 46. Os tipos de licitação melhor técnica ou técnica e preço serão utilizados exclusivamente para serviços de natureza predominantemente intelectual, em especial na elaboração de projetos, cálculos, fiscalização, supervisão e gerenciamento e de engenharia consultiva em geral e, em particular, para a elaboração de estudos técnicos preliminares e projetos básicos e executivos, ressalvado o disposto no § 4º do artigo anterior. (Redação dada ao "caput" pela Lei nº 8.883, de 08.06.1994)

§ 1º. Nas licitações do tipo melhor técnica será adotado o seguinte procedimento claramente explicitado no instrumento convocatório, o qual fixará o preço máximo que a Administração se propõe a pagar:

I - serão abertos os envelopes contendo as propostas técnicas exclusivamente dos licitantes previamente qualificados e feita então a avaliação e classificação destas propostas de acordo com os critérios pertinentes e adequados ao objeto licitado, definidos com clareza e objetividade no instrumento convocatório e que considerem a capacitação e a experiência do proponente, a qualidade técnica da proposta, compreendendo metodologia, organização, tecnologias e recursos materiais a serem

Creemos não pairarem dúvidas acerca da alta complexidade do objeto da licitação ora impugnada, haja vista que envolve complexidades relevantes, principalmente no que se refere às métricas utilizadas para balizamento dos serviços a serem prestados pelas licitantes interessadas.

Em suma, o ato convocatório em referência caminha a passos largos para o insucesso, bem como para ser alvo de denúncias ao Ministério Público e demais órgãos de controle, na medida em que, ainda que sem intenção desses sérios administradores, aponta para um direcionamento a uma determinada empresa, bem como para uma restrição indevida ao mercado nacional que congrega centenas de empresas que licenciam softwares de gestão pública.

IV – RESTRIÇÃO À COMPETIÇÃO / DIRECIONAMENTO

Como já antecipado, na descrição do objeto do edital constam condições técnicas que restringem a participação de diversas empresas fornecedoras

utilizados nos trabalhos, e a qualificação das equipes técnicas a serem mobilizadas para a sua execução;

II - uma vez classificadas as propostas técnicas, proceder-se-á à abertura das propostas de preço dos licitantes que tenham atingido a valorização mínima estabelecida no instrumento convocatório e à negociação das condições propostas, com a proponente melhor classificada, com base nos orçamentos detalhados apresentados e respectivos preços unitários e tendo como referência o limite representado pela proposta de menor preço entre os licitantes que obtiveram a valorização mínima;

III - no caso de impasse na negociação anterior, procedimento idêntico será adotado, sucessivamente, com os demais proponentes, pela ordem de classificação, até a consecução de acordo para a contratação;

IV - as propostas de preços serão devolvidas intactas aos licitantes que não forem preliminarmente habilitados ou que não obtiverem a valorização mínima estabelecida para a proposta técnica.

§ 2º. Nas licitações do tipo técnica e preço será adotado, adicionalmente ao inciso I do parágrafo anterior, o seguinte procedimento claramente explicitado no instrumento convocatório:

I - será feita a avaliação e a valorização das propostas de preços, de acordo com critérios objetivos preestabelecidos no instrumento convocatório;

II - a classificação dos proponentes far-se-á de acordo com a média ponderada das valorizações das propostas técnicas e de preço, de acordo com os pesos preestabelecidos no instrumento convocatório.

§ 3º. Excepcionalmente, os tipos de licitação previstos neste artigo poderão ser adotados, por autorização expressa e mediante justificativa circunstanciada da maior autoridade da Administração promotora constante do ato convocatório, para fornecimento de bens e execução de obras ou prestação de serviços de grande vulto majoritariamente dependentes de tecnologia nitidamente sofisticada e de domínio restrito, atestado por autoridades técnicas de reconhecida qualificação, nos casos em que o objeto pretendido admitir soluções alternativas e variações de execução, com repercussões significativas sobre sua qualidade, produtividade, rendimento e durabilidade concretamente mensuráveis, e estas puderem ser adotadas à livre escolha dos licitantes, na conformidade dos critérios objetivamente fixados no ato convocatório.

§ 4º. (VETADO).

dos serviços que abrangem o objeto licitado, uma vez que indica, inclusive, **a marca do software** a ser implantado (*e-cidade*).

Com efeito, visa o edital contratar uma empresa que implante, parametrize e faça o suporte, treinamento e a manutenção de um determinado software existente no mercado (*e-cidade*), sem deixar opção ou alternativa para utilização de outro sistema operacional e visivelmente direcionando o certame a apenas uma empresa do ramo, já que sabidamente, como já antecipado, a despeito da retórica afirmação da existência de outras empresas cadastradas no portal do Governo Federal, a única empresa que realiza tais serviços do porte de municípios como Porto Velho é exatamente a criadora do citado software *e-cidade* (**DBSELLER Sistemas Integrados Ltda.**).

Por tudo isso, justificar a escolha do referido software com base em economia aos cofres públicos não procede. As demais empresas privadas do ramo podem ofertar seus produtos por valores similares. Ademais, a ora impugnante acredita que essa Prefeitura não compactua com expedientes que fujam da legalidade e por isso entende que a presente impugnação será devidamente apreciada e apurada para que o edital ora contestado possa ser reformulado de molde a não pairarem quaisquer dúvidas quanto à observância dos Princípios da Legalidade e da Igualdade entre os licitantes.

Fica evidenciado do objeto editalício já escolheu o software a ser utilizado (**e-cidade**), ou seja, definiu a marca do produto pretendido, o que é terminantemente proibido pela legislação pátria, até porque existem outros sistemas, inclusive, denominados “livres” que possuem a mesma funcionalidade como o “Prefeitura Livre”, por exemplo, isso **sem falar nas soluções privadas existentes no mercado, as quais não podem ser simplesmente excluídas, até porque não existe economia de recursos com a adoção de um suposto software livre, uma vez que comprovadamente o custo estipulado com manutenções posteriores supera e muito ao custo das licenças privadas.**

De acordo com o Parágrafo Quinto do artigo 7º da Lei nº 8.666/93:

“§ 5º É vedada a realização de licitação cujo objeto inclua bens e serviços sem similaridade ou de marcas, características e especificações exclusivas, salvo nos casos em que for tecnicamente justificável, ou ainda quando o fornecimento de tais materiais e serviços for feito sob o regime de

administração contratada, previsto e discriminado no ato convocatório.”

De outro lado, é sabido que a solução denominada “e-cidade” se trata de um sistema de gestão desenvolvido por uma empresa privada em parceria com a Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação (SLTI) do Ministério do Planejamento. É o que se denota de uma simples visita ao Portal do Software Público, o qual expressamente alertava:

“E-cidade Software Publico para Gestão Municipal * Copyright (C) 2009 DBseller Serviços de Informática * Este programa é distribuído na expectativa de ser útil, mas SEM QUALQUER GARANTIA; sem mesmo a garantia implícita de COMERCIALIZAÇÃO ou de ADEQUAÇÃO A QUALQUER PROPÓSITO EM PARTICULAR. Consulte a Licença Publica Geral GNU para obter mais detalhes.”

Uma das alegações para a defesa do software e-cidade diz respeito à existência de dezenas de empresas cadastradas no portal do “e-cidade” que poderiam participar das licitações para implementação e manutenção do referido sistema. Porém, na prática isso não ocorre. Ainda que existam alguns “cadastros” de empresas no Portal do Software Público, as referidas pessoas jurídicas e pessoas físicas (em número maior), notadamente não se encontram no mercado comercializando ou prestando serviços em relação a tal objeto específico (e-cidade). Se existem, por argumentar, atendem a um número inexpressivo de municípios.

De fato, os diversos cadastros em portal da internet para operacionalização do sistema, além de uma ou outra prefeitura atendida por empresa diversa, ao que tudo indica parece ser a saída encontrada para justificar um suposto livre acesso à solução tecnológica. Na prática, porém, isso não ocorre, já que basta uma rápida pesquisa na internet para verificar contratos celebrados para tal tipo de objeto com a mesma empresa desenvolvedora do sistema “livre”.

É de se considerar, ainda, que o software livre possui uma série de desvantagens, tais como a inexistência de fabricante formalmente responsável pelas falhas, a falta de garantia de suporte, a incompatibilidade com versões por causa do alto número de atualizações, a descontinuidade de alguns softwares. Além disso, a interface de usuário não fica uniforme nos aplicativos e a instalação e aplicação é bastante difícil em sua maioria com mão de obra escassa para o desenvolvimento e suporte.

Software livre não quer dizer solução gratuita. Sabe-se bem que o sistema operacional baseado em software livre traz em si uma aparente, porém inexistente vantagem, já que a manutenção do mesmo se revelou ao longo dos anos extremamente cara, dispendiosa e, em todos os casos, INEFICAZ. Daí é possível extrair algumas conclusões, inclusive mediante dados obtidos do chamado Portal do Software Público Brasileiro:

- a) o software em questão não possui nada de “livre”, pois possui uma licença (GPL) nos mesmos moldes das licenças privadas e custos de implementação, desenvolvimento, atualização, manutenção, treinamento, assim como nas chamadas licenças proprietárias (privadas); e
- b) o edital ao exigir uma solução que somente uma empresa no ramo de TI do Brasil encontra-se DE FATO desenvolvendo e comercializando, inviabiliza a participação de outras empresas e direciona o certame a uma única empresa, ainda que sabidamente sem intenção.

É preciso observar que o sistema e-cidade, assim como os comercializados por empresas privadas, também precisa ser implantado, convertido, configurado, migrado e, ainda, possui licença privada (GPL), colocando a entidade pública dependente de uma solução simplória que não atende suas necessidades. Afigura-se, portanto, inexistente a alegada redução do investimento financeiro na estrutura tecnológica, já que o custo zero na aquisição do e-cidade duplica nos serviços realizados para implementação e manutenção dos citados sistemas.

Note-se que o contrato em referência terá uma solução com manutenção por 24 meses, sendo que, após o fim de tal período, a depender da vontade da contratada, ficará à mercê do conhecimento de seus próprios técnicos que não terão qualquer treino em manutenção e suporte técnico. Enfim, é evidente e flagrante que essa Prefeitura ficará sem assistência adequada ao final do contrato, o que a obrigará a contratar a manutenção dos referidos sistemas eternamente, atividade esta que será prestada, evidentemente, pela empresa desenvolvedora do sistema e que será a vencedora da licitação em referência.

De outra face, cumpre ressaltar que o Anexo I do edital descreve e defende integralmente a utilização do mencionado software livre com base em

premissas amparadas em recomendações do Ministério do Planejamento, as quais, inclusive, são as mesmas utilizadas nos poucos certames licitatórios que se arriscaram a implementar tal solução, mas que foram alvos de processos judiciais e administrativos contra os gestores municipais em função do alto custo e do direcionamento implícito (tais como as Prefeituras de Maricá/RJ e Niterói/RJ, licitações no Estado de Rondônia).

Uma experiência que deve ser citada é a licitação realizada pela Prefeitura de Ariquemes-RO em 2014, a qual, em seu edital, apresentou estudo que demonstrava, inclusive, por meio de robusta pesquisa de preços junto ao mercado, a inviabilidade técnica e, principalmente, financeira do chamado “software livre”. No citado estudo, observou-se que a implantação de tal solução, tida como gratuita, possui um custo 600% superior aos das licenças privadas. Veja-se o que afirmava o Termo de Referência do mencionado edital lançado por aquela Prefeitura:

“Em convergência aos anseios do município que hoje utiliza uma gama de software para automatização de seus processos e seguindo orientação do tribunal de contas no sentido de sondagem referente a implantação do software e-cidades, foram realizadas duas atividades para decisão sobre o modelo software livre ou proprietário. A primeira coube ao departamento de TI analise quanto a funcionalidades, a segunda ao setor de compras análise comparativa a viabilidade econômica.

O Departamento de TI começou os estudos prévios sobre o assunto, baixando versão disponibilizada no site do software público (www.softwarepublico.gov.br) bem como os manuais disponibilizados no mesmo. O software foi instalado em um ambiente de teste no departamento e apresentado a alguns setores de interesse aos quais puderam olhar o sistema e testar as funcionalidades básicas do mesmo. [...]

Devido ao exposto, o principal fator de atratividade sobre o software livre que é a disponibilidade dos códigos fontes para eventuais evoluções e correções por equipe própria a fim de não efetuar pagamentos mensais para empresas de terceiros FICA INVIÁVEL A ESTE MUNICÍPIO, AO MENOS QUE O MESMO CONTRATE EQUIPE ALTAMENTE ESPECIALIZADA EM PROGRAMAÇÃO, BANCO DE DADOS E ENGENHARIA DE SOFTWARE, PARA TAIS TAREFAS.

NESTE ESTUDO FICA EVIDENCIADO QUE, EMBORA O SOFTWARE LIVRE TENHA SEUS ATRATIVOS, O CUSTO DE INSTALAÇÃO, MIGRAÇÃO, TREINAMENTO E PARAMETRIZAÇÃO DO E-CIDADE É CERCA DE 600% MAIS ONEROSO DO QUE O MESMO SERVIÇO DE SOFTWARES PROPRIETÁRIOS. Este fator somado as características do município de Ariquemes que não poderá assumir a responsabilidade pela evolução e correção do mesmo devido à falta de equipe técnica especializada, fazendo que valores mensais para atividades de suporte, manutenção corretiva e evolutiva tenham que ser pagos normalmente, FAZ COM QUE A OPÇÃO EXCLUSIVA DE SOFTWARE LIVRE PARA ESTE EDITAL SEJA DESCARTADA. O PARECER DA COMISSÃO DE VIABILIDADE ECONÔMICA É CONTRÁRIO À EXCLUSIVIDADE DA MODALIDADE SOFTWARE LIVRE.

[...]

Diante do exposto o município optou pela contratação de empresa para locação de Software de Gestão Administrativa e Financeira na modalidade de licença por direito de uso, locação dos serviços, manutenção mensal, atualizações, implantação e treinamento. Por outro lado, nada impede empresas fornecedoras de software livre participarem e concorram com as demais fornecedoras de software proprietário pelo menor Preço Global.”

Enfim, a solução disponibilizada pelo portal do software público citado no edital em referência se mostra inviável tecnicamente e financeiramente. **Ora, tal solução tida como livre poderia, em tese, ser baixada e instalada por essa própria municipalidade, como recomenda o Ministério do Planejamento, mas, no entanto, sabe-se que isso, na prática, não ocorre**, sendo que, invariavelmente, apenas uma única empresa, coincidentemente a mesma que doou os sistemas ao portal realiza a implantação e a posterior manutenção (evidentemente, a custos altíssimos).

Sendo “livres” os softwares, não deveriam tais ferramentas necessitarem de uma contratação específica para implantação, conversão, migração, treinamento e manutenção, até porque as instruções para a execução de tais procedimentos, pelo menos em tese, encontram-se no referido portal do software público, podendo qualquer prefeitura pelo seu setor de informática realizar.

Na realidade, trata-se de uma operação que tem induzido a erro alguns entes municipais, contendo argumentos que à primeira vista se mostram convincentes, mas que possuem objetivos bastante claros:

- a) inviabilizar a participação de empresas privadas que comercializam licenças de uso de softwares de gestão governamental;
- b) privilegiar, ainda que sem intenção do ente público, uma empresa privada que “disponibiliza gratuitamente” um sistema informatizado;
- c) sob o manto de uma gratuidade não existente e de uma economia inverossímil, disponibilizar sistemas que após implementados terão um custo de manutenção que supera com sobras o custo de uma licença privada.

É preciso observar que o software livre, inclusive aquele que consta do portal do software público, assim como os comercializados por empresas privadas, precisa ser implantado, convertido, configurado, migrado e, ainda, possui licença privada, **colocando o município dependente de uma solução simplória que não atende suas necessidades**, e o que é mais grave por um preço três vezes maior. Não à toa tal modelo fracassou e sequer é implantado pela quase totalidade de municípios brasileiros. **A parcela que representa tal software “livre” não representa nem 0,01 % dos entes públicos nacionais!**

Como se vê, é inexistente a tão falada redução e otimização do investimento financeiro na estrutura tecnológica, já que não há redução de custos, pelo contrário, o citado custo zero na aquisição de licenças triplica nos serviços realizados para implementação e manutenção dos citados sistemas. É de se considerar, ainda, que o software livre possui uma série de desvantagens, tais como a inexistência de fabricante formalmente responsável pelas falhas, a falta de garantia de suporte, a incompatibilidade com versões por causa do alto número de atualizações, a descontinuidade de alguns softwares. Além disso, a interface de usuário não fica uniforme nos aplicativos e a instalação e aplicação é bastante difícil em sua maioria com mão de obra escassa para o desenvolvimento e suporte.

Como já dito, software livre não quer dizer solução gratuita. Sabe-se bem que o sistema operacional baseado em software livre traz em si uma aparente, porém inexistente vantagem, já que a manutenção do mesmo se revelou ao longo dos anos extremamente cara, dispendiosa e, em todos os casos, INEFICAZ.

O que importa ao ente público é que o licitante vencedor comprove atender ao objeto licitado e não obter códigos sigilosos que sequer podem ficar ao conhecimento do mercado. Deve ser seguido aquilo que é maciçamente adotado pelos editais que licitam objeto similar ao licitado, qual seja, o licenciamento dos sistemas sem se exigir a entrega de código fontes e dicionário de dados.

Ressalte-se que o direcionamento do objeto da licitação, ainda que involuntário, é prática totalmente vedada tanto pela Lei de Licitações, quanto pela doutrina pátria. Nos dizeres da Professora Dora Maria de Oliveira Ramos⁵:

“DEVE A ENTIDADE LICITANTE, NO ENTANTO, CUIDAR PARA NÃO ESPECIFICAR O BEM DE FORMA A DIRECIONAR O PROCEDIMENTO A UM ÚNICO FORNECEDOR. SE EXISTE UMA JUSTIFICATIVA TÉCNICA PARA A ESCOLHA, LÍCITO SERÁ A ADMINISTRAÇÃO FAZÊ-LA, CABENDO-LHE O ÔNUS TÃO SOMENTE DE DEMONSTRAR NOS AUTOS DA CONTRATAÇÃO A CIRCUNSTÂNCIA ESPECÍFICA. NÃO EXISTINDO ESTA, NÃO PODERÁ USAR DE SUBTERFÚGIOS PARA DAR APARENTE LEGALIDADE A SEU PROCEDIMENTO, DIRIGINDO A LICITAÇÃO.” (grifos nossos)

A Administração deve buscar sempre o aumento da competitividade. Ao propiciar que o objeto do presente certame seja fornecido por mais de uma empresa, é indiscutível que a competitividade aumentará e que a Administração poderá conseguir melhores preços. Ratificando tal posicionamento, o renomado autor Celso Antônio Bandeira de Mello⁶ entendeu que “as especificações não podem ultrapassar o necessário para o atingimento do objetivo administrativo que comanda seu campo de discricionariedade.”

Em suma, **deve a Prefeitura de Porto Velho, ao menos, permitir a participação de empresas privadas fabricantes de sistemas de gestão pública, inserindo no campo de proposta comercial o item licenciamento mensal de uso dos aplicativos.**

Evidentemente, tal item somente seria proposto pelas licitantes que optarem por não atuar com softwares livres, o que, portanto, em nada prejudicaria o

⁵ Temas Polêmicos sobre Licitações e Contratos Administrativos, 4ª edição, Malheiros, São Paulo, 2000, p.65.

⁶ Licitação, 1ª edição, São Paulo, RT, p.16.

juízo da presente licitação, já que, **se os citados softwares livres dispensam o custo do licenciamento das ferramentas tecnológicas é porque serão, em tese, mais baratos e vencedores da disputa.** Assim, deve-se abrir efetivamente a possibilidade de participação de quem não se utiliza de software livre.

V - SERVIÇOS TÉCNICOS ESPECIALIZADOS – INCOMPATÍVEL COM A MODALIDADE LICITATÓRIA DO PREGÃO

Da análise do objeto do edital é possível perceber, até mesmo para um leigo que essa entidade visa contratar, além da implantação dos softwares, **SERVIÇOS TÉCNICOS ESPECIALIZADOS** e de **GRANDE COMPLEXIDADE**.

E as razões para demonstrar a existência de serviços técnicos especializados no contexto do objeto licitado são muitas. Primeiramente, o Anexo B do Termo de Referência traz especificações sobre os serviços de manutenção evolutiva e desenvolvimento de novas funcionalidades, claramente destacando em seu item 5.1. cujo teor assim determina como atividade a ser desenvolvida:

“SERVIÇOS ESPECIALIZADOS DE CONSULTORIA, desenvolvimento, construção, implantação, documentação de software (Incluindo novas features do ECidade), seguindo a metodologia baseada nas ideias e práticas do movimento “ágil”

Em suma, o próprio edital confessa licitar serviços especializados de consultoria, os quais, sabidamente, jamais podem ser licitados por meio de Pregão. Somente isso já seria suficiente a invalidar o procedimento.

E mais, tal consultoria especializada indica, ainda, a construção e desenvolvimento pelo contratado de funcionalidades de sistemas, ou seja, serviço de alta complexidade que em nada se assemelha a serviços simples, padronizados, cabíveis em um Pregão onde apenas se avalia o menor preço.

No mesmo anexo B, o item 4.9.1. admite a complexidade de algumas demandas e a falta de padronização dos serviços exigidos:

“4.9.1. As demandas CUJO ATENDIMENTO É POUCO PADRONIZADO NO MERCADO requerem maior qualidade no esforço de atendimento, e não maior quantidade.

Reconhecendo essa necessidade, a PMPV prevê ajuste no valor da UST baseado na complexidade DECORRENTE DESSA FALTA DE PADRONIZAÇÃO DA DEMANDA.

A complexidade alta, inclusive, é atestada pelos itens 2.1.2 e 2.1.3. do citado Anexo B, onde se estabelecem os graus de complexidade das tarefas, tais como a “integração com outros sistemas; estudos e implementações de melhorias nos procedimentos operacionais; mapeamento e desenho de processos objetivando customizações do e-cidade; aperfeiçoamento dos processos de BI (Business Intelligence)”, **serviço este, aliás, que é indicado pelo edital como de ALTA COMPLEXIDADE.**

O edital exige, ainda, uma equipe técnica com formação especializada (item 4 do anexo A), com certificações PMP (Project Management Professional) expedida pelo Project Management Institute (PMI), dentre outras, a qual será responsável pelos projetos de desenvolvimento dos sistemas informatizados e construção de funcionalidades.

Perante o exposto, percebe-se que parte das atividades licitadas são, indistintamente, de alta complexidade, as quais vão muito além da mera implantação de sistemas informatizados.

No entanto, os **serviços técnicos especializados** encontram-se descritos no art. 13 da Lei nº 8.666/93, o qual, por sua vez, possui como previsão expressa em seu Parágrafo 1º a sua contratação ou por inexigibilidade de licitação ou mediante concurso:

“§ 1º Ressalvados os casos de inexigibilidade de licitação, OS CONTRATOS PARA A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS TÉCNICOS PROFISSIONAIS ESPECIALIZADOS DEVERÃO, PREFERENCIALMENTE, SER CELEBRADOS MEDIANTE A REALIZAÇÃO DE CONCURSO, COM ESTIPULAÇÃO PRÉVIA DE PRÊMIO OU REMUNERAÇÃO.”

Diante disso, compreende-se com clareza que parte do objeto pretendido pelo edital em referência não pode ser licitado por meio de um Pregão, modalidade destinada a bens e serviços comuns. A alegação de que os serviços seriam padronizados conflitaria com o disposto no próprio edital que confessa explicitamente em seu Anexo B que parte deles são ESPECIALIZADOS, versam sobre CONSULTORIA e que, ainda, é evidente a FALTA DE PADRONIZAÇÃO DOS SERVIÇOS NO MERCADO.

De acordo com o próprio ato convocatório, fica claro, também, que o objeto licitado envolve claramente serviços técnicos especializados, contemplando uma série de atividades complexas e disponibilização de técnicos e serviços de consultoria especializada.

Boa parte dos serviços que se pretendem, e que mais representam no custo total da contratação, são técnicos especializados, ou seja, exige-se de modo incontestável uma demanda intelectual diferenciada na sua execução, até porque será realizada consultoria, estruturação e desenvolvimento de sistemas, atendimentos e capacitações especializadas a todos os setores da Prefeitura, com exigências de profissionais especializados com certificações internacionais e uma extensa lista de obrigações, cumprimento de horas técnicas, dentre uma centena de exigências.

Portanto, não há como se considerar que o edital em referência versa sobre serviços simples que permitam a licitação por Pregão, daí porque essa entidade deve alterar a modalidade de licitação de forma a enquadrar o certame a legislação pertinente.

Ao analisar licitação semelhante, o Egrégio Tribunal Regional Federal da 1º Região se posicionou da seguinte maneira:

"ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. INADEQUAÇÃO DA MODALIDADE DO PREGÃO PARA A CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS NÃO ENQUADRADOS NA CATEGORIA DE "COMUNS". VIOLAÇÃO À LEGISLAÇÃO. ANULAÇÃO DO CERTAME.

I - Nos termos do parágrafo único do art. 1º da Lei nº 10.520 /2000, "Consideram-se bens e serviços comuns, para os fins e efeitos deste artigo, aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado."

II - Da análise do caso concreto, VERIFICA-SE QUE PARA A CONTRATAÇÃO DE EMPRESA ESPECIALIZADA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE INFORMÁTICA, VISANDO O DESENVOLVIMENTO DE SOFTWARE DE APOIO À TOMADA DE DECISÕES, NÃO SE AFIGURA CABÍVEL A LICITAÇÃO NA MODALIDADE DO PREGÃO, POR TRATAR-SE DE SERVIÇO QUE NÃO SE CARACTERIZA NOTORIAMENTE COMO "SERVIÇOS COMUNS", na forma da legislação de regência. II - Remessa oficial desprovida. Sentença

confirmada. (REO 2006.34.00.011440-8/DF, Rel. Des. Federal Souza Prudente, Sexta Turma, e-DJF1 p.160 de 26/01/2009)”

Como já demonstrado, os serviços que se pretendem contratar, são serviços técnicos especializados, ou seja, exige-se de modo incontestável uma demanda intelectual diferenciada na sua execução.

O objeto pretendido por essa Prefeitura não se revela nem de longe como bem ou serviço comum, característica esta primordial para seu enquadramento na modalidade licitatória do Pregão, que dirá para se ter como único critério de julgamento o menor preço global.

Nem mesmo o edital esconde a complexidade do objeto licitado. Basta ver, que por várias vezes, o texto do ato convocatório afirma isso expressamente:

ANEXO V:

“5.1.1. Conforme justificado nos autos, o prazo de vigência estendido se justifica **POR SE TRATAR DE UMA CONTRATAÇÃO COMPLEXA**, já que envolve a implantação do sistema em várias unidades administrativas, que dependerá de customizações para que o mesmo se adapte às necessidades da prefeitura. Em observância ao cronograma físico-financeiro, estabelecido no documento “Análise de Viabilidade”, o prazo estimado para que o sistema esteja em operação é superior a 12 (doze) meses. Após as etapas definidas no processo, conforme Cronograma de Execução dos serviços, deverá ser mantido os serviços de suporte e manutenção, indispensáveis ao regular funcionamento do sistema, além de possíveis customizações que poderão surgir ao longo do contrato.”

ANEXO II:

“9.12.1.1. O prazo de vigência estendido se justifica **POR SE TRATAR DE UMA CONTRATAÇÃO COMPLEXA**, já que envolve a implantação do Sistema em várias unidades administrativas, que dependerá de customizações para que o mesmo se adapte às necessidades da prefeitura. Em observância ao cronograma físico-financeiro, estabelecido no documento “Análise de Viabilidade”, o prazo estimado para que o sistema esteja em operação é superior a 12 (doze) meses. Após essa etapa, é necessário manter os serviços de suporte e manutenção,



indispensáveis ao regular funcionamento do sistema, além de possíveis customizações que poderão surgir ao longo do contrato.”

Anexo A:

“2.1.6 A exigência de entrega dos atestados nos módulos supracitados, é devido ao fato de serem ligados diretamente ao sistema de arrecadação do Município, ou seja, **ALÉM DE GRANDE RELEVÂNCIA E COMPLEXIDADE TÉCNICA**, são módulos que trazem prejuízos diretos ao erário, sendo necessário uma maior especialidade da empresa a fim de garantir que não ocorram problemas ou paralisações não programadas durante sua implantação.”

ANEXO D:

“2. MEDIÇÃO DO SERVIÇO

2.1. Da métrica a ser adotada na prestação de serviços 2.1.1. A unidade de referência adotada é a UST (Unidade de Serviço Técnico), equivale a uma unidade de trabalho de produto/artefato gerado. **Os produtos/artefatos serão valorados em função da complexidade, para os quais se criaram níveis proporcionais de esforço necessários para gerá-los e executá-los**, e desta forma garantir uma justa remuneração pelos serviços prestados.

2.1.2. A conversão de unidade de trabalho para UST varia de acordo com a complexidade da tarefa. **Para tarefas de baixa complexidade, a unidade de trabalho será equivalente a 0,75 UST; para as de complexidade média será 1 UST; e para as de complexidade alta será de 1,25 UST**, conforme tabela abaixo [...].”

Anexo E:

“1.21. Gerenciamento das ocorrências de suporte:

1.21.1. O CONTRATANTE poderá prorrogar os prazos definidos nas tabelas, em relação a determinado incidente, desde que a prorrogação seja justificada pela CONTRATADA **EM RAZÃO DA COMPLEXIDADE DAS ATIVIDADES QUE DEVERÃO SER REALIZADAS**.”

Nesse mesmo sentido, confirmam-se o entendimento adotado sobre a matéria pelo colendo Tribunal de Contas da União, o qual determinou a anulação de uma licitação do Tribunal Regional Federal da 1ª Região bastante similar ao ora pretendido:

“Tribunal de Contas da União
Processo: [004.891/2005-8](#)

[...]

Inicialmente, faz-se necessário e oportuno transcrever o contido no Anexo I - Termo de Referência (fls. 13/17), do referido edital de Pregão 47/2004:

'1 - Do objeto - O presente Projeto Básico tem por objeto a contratação de empresa especializada para o fornecimento de profissionais de informática, que atuarão no desenvolvimento e manutenção de atividades técnico-especializadas, conforme descrito neste termo de referência.

2 – Finalidade: Prover o Tribunal Regional Federal da Primeira Região, Seções e Subseções Judiciárias de mão-de-obra especializada na criação, implantação e manutenção de rotinas, sistemas, redes e/ou equipamentos de informática necessários ao bom andamento dos serviços informatizados prestados aos usuários internos e externos da Primeira Região.

(...)

12. De acordo com o contido no Termo de Referência - Anexo I do Edital (fls. 13/17), transcrito no item 7 deste parecer, os serviços profissionais de informática a serem contratados são, em síntese, os seguintes: a) desenvolvimento de atividades de análise, projeto, implantação, suporte, documentação e manutenção de sistemas de informações; b) desenvolvimento de atividades de planejamento, modelagem, desenvolvimento, implantação, controle, suporte e manutenção de bases de dados de sistemas; c) desenvolvimento de estudos de capacidade, planejamento e operação de rede; d) desenvolvimento de atividades de projeto, exame, implantação, suporte e manutenção de sistemas; e) desenvolvimento de atividades de definição e criação de algoritmos lógicos, codificação, compilação, testes e preparação de documentação; f) atividades de

instalação e configuração de equipamentos e g) serviços de programação.

13. **OBSERVA-SE QUE AS ATIVIDADES A SEREM DESENVOLVIDAS SÃO DE UM NÍVEL DE COMPLEXIDADE TÉCNICA MUITO GRANDE, NÃO PODENDO, EM HIPÓTESE ALGUMA SER ENQUADRADAS COMO SERVIÇOS COMUNS, CUJOS PADRÕES SÃO DEFINIDOS POR ESPECIFICAÇÕES USUAIS DE MERCADO.** A própria legislação elenca vários produtos e serviços que são considerados comuns e que em nada se assemelham com os serviços especializados de informática que serão contratados. **Comuns são aqueles que não primam por uma especialização,** que não necessitam mensurar a qualidade dos profissionais que executarão os serviços, como por exemplo serviços de limpeza, vigilância, conservação, agenciamento de viagem, digitação, etc.

Acórdão:

[...] **ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão da 1ª Câmara, ante as razões expostas pelo Relator, em:**

[...]

9.2. **fixar o prazo de 15 (quinze) dias, nos termos do art. 71, inciso IX, da Constituição Federal, art. 45, caput, da Lei n.º 8.443/1992 e art. 251, caput, do Regimento Interno/TCU, para que o Tribunal Regional Federal da 1ª Região adote providências destinadas à anulação do procedimento licitatório referente ao Pregão n.º 047/2004, ante a impossibilidade de licitação, na modalidade Pregão, para contratação de bens e serviços de informática, quando não caracterizados como bens e serviços comuns, conforme preceitua o art. 45, § 4º, da Lei n.º 8.666/1993, c/c art. 1º, do Decreto n.º 1.070/1994; [Item tornado insubsistente pelo [AC-0752-05/09-1](#)]**

9.3. **determinar ao Tribunal Regional Federal da 1.ª Região que se abstenha de utilizar a modalidade Pregão para a aquisição de produtos e serviços de informática, com nível de complexidade similar ou superior àqueles objeto do Pregão n.º 47/2004;**

9.4. **informar ao Tribunal Regional Federal da 1ª Região que, permanecendo o interesse da administração em efetivar a contratação dos serviços descritos no Edital do Pregão n.º**

047/2004, deve ser aberto procedimento licitatório do tipo técnica e preço; [...].”

Muito embora o Pregão seja uma modalidade bastante utilizada pelas entidades públicas do país, compreende-se com extrema facilidade que o fornecimento de soluções de gestão pública e serviços de consultoria, tais como elencados pelo edital possuem severa complexidade, inviável de ser enquadrada na categoria de bens e serviços comuns. O termo de referência que descreve o objeto demonstra claramente a complexidade dos serviços a serem contratados e de seus requisitos técnicos.

O pregão, pela sumariedade que possui, não se revela, em regra, compatível com a contratação de bens e serviços de informática, até mesmo **pelo exíguo prazo entre a publicação do edital e a abertura do certame (08 dias úteis). Não há tempo hábil para uma avaliação correta e preparação do licitante, vez que tais produtos possuem peculiaridades e características distintas de acordo com as necessidades de cada entidade licitante.**

O autor MARÇAL JUSTEN FILHO é claro ao caracterizar o tipo de bem ou serviço possível de ser licitado na modalidade "pregão":

"O PREGÃO É UM PROCEDIMENTO ABERTO À PARTICIPAÇÃO DE QUALQUER INTERESSADO, EM QUE NÃO SE IMPÕEM REQUISITOS MAIS APROFUNDADOS acerca da habilitação do fornecedor NEM EXIGÊNCIAS ACERCA DE UM OBJETO SOFISTICADO. BEM OU SERVIÇO COMUM É AQUELE QUE PODE SER ADQUIRIDO, DE MODO SATISFATÓRIO, ATRAVÉS DE UM PROCEDIMENTO DE SELEÇÃO DESTITUÍDO DE SOFISTICAÇÃO OU MINÚCIA. (...) ENFIM, SÃO COMUNS OS OBJETOS PADRONIZADOS, AQUELES QUE TÊM PERFIL QUALITATIVO DEFINIDO NO MERCADO." Pregão: Nova Modalidade Licitatória. Revista de Direito Administrativo, nº 221, p.13.

Ante o exposto, pode-se concluir que utilizar a modalidade do pregão para contratar bens e serviços de informática não comuns configura ato que escapa dos ditames legais; e, na verdade, viola uma série de vedações relativas à matéria.

VI – DOS ATESTADOS DE CAPACIDADE TÉCNICA

A impugnação ora apresentada também se deve ao fato de que o ato convocatório, em seu item 10.4.6. e no Anexo A do Termo de Referência, extrapolou as exigências legais quanto à comprovação necessária para fins de qualificação técnica dos licitantes por meio de atestados, restringindo o somatório dos atestados a serem apresentados e, ainda, exigindo que tais documentos somente serão aceitos caso possuam a firma reconhecida de seus respectivos subscritores:

“10.4.6. Os atestados emitidos por pessoa jurídica de direito privado deverão, obrigatoriamente, estar em papel timbrado com identificação e endereço da emitente, o nome completo do signatário, BEM COMO RECONHECIMENTO EM CARTÓRIO DA ASSINATURA APOSTA, estando as informações ali contidas sujeitas a verificação de sua veracidade por parte do pregoeiro;”

“2.1.3 PARA COMPROVAÇÃO DA EXECUÇÃO DOS SERVIÇOS, PERMITE-SE A SOMA DE ATÉ 2(DOIS) ATESTADOS.”

Da análise do requisito supramencionado, observa-se que a exigência editalícia determina que a comprovação da experiência do licitante na execução do objeto licitado somente poderá ser feita por pelo menos 02 (dois) atestados de capacidade técnica, o que beira ao absurdo, já que impõe limites, ao alvedrio da Lei nº 8.666/93, à comprovação da capacidade técnica da empresa.

Inconcebível que um órgão licitante possa impor aos licitantes a quantidade de atestados de capacidade técnica a serem apresentados. Isso não existe e não coaduna com as disposições legais vigentes, funcionando apenas como mais uma cláusula que restringe a competitividade do presente certame.

Em primeiro lugar, nota-se que o § 5º do art. 30 da Lei nº 8.666/93, quando trata dos atestados de capacidade técnica e da **documentação pertinente à qualificação técnica, veda expressamente as comprovações de atividade ou de aptidão técnica com limitações de tempo ou época:**

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

(...)

§ 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. (grifos nossos)

Importante destacar, de plano, que a aqui combatida exigência editalícia ofende irremediavelmente o aludido comando legal, mesmo porque estabelece critério restritivo e inaceitável para a apuração da capacidade efetiva de cumprimento do objeto contratual. Impor a apresentação de no máximo 02 (dois) atestados à comprovação de objeto do vulto do ora licitado não se mostra o mais adequado em uma licitação pública, até porque a comprovação de experiência anterior pode ser feita tanto por um quanto por 100 (cem) atestados. O que interessa saber, na realidade, é a capacidade da empresa em executar o objeto licitado e não saber se a mesma consegue comprovar com dois atestados as quantidades mínimas exigidas no objeto licitado. Isso não existe! Não há qualquer fundamento legal que ampare tal exigência.

Cumprir observar a lição do renomado autor Marçal Justen Filho⁷, aqui já citado anteriormente:

*“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.**”*

A legislação não trata em momento algum acerca da quantidade de atestados de capacidade técnica a serem apresentados pelos licitantes, de forma que se a Lei não limitou não cabe ao intérprete criar condições não expressamente previstas. Sobre a vedação à limitação do número de atestados de capacidade técnica assim se manifestou o Tribunal de Contas da União em reiteradas decisões:

“Decisão 134/98- Plenário

⁷ Ob. cit. p.44.

(...) *cumpr*e assinalar que o item 5.2.3 do Edital prevê, para qualificação técnica, a apresentação de 02 (dois) atestados de aptidão técnica. **NOTE-SE QUE O ART. 30, § 1º, INCISO I, DA LEI Nº 8.666/93, VEDA A EXIGÊNCIA DE QUANTIDADES MÍNIMAS. DE FATO, UM ATESTADO QUE COMPROVE A RESPONSABILIDADE POR OBRA DE CARACTERÍSTICAS COMPATÍVEIS JÁ EVIDENCIA A CAPACIDADE TÉCNICA. (...) OBSERVAR AS DISPOSIÇÕES CONSTANTES NO ART. 30 DA LEI Nº 8.666/93, EM ESPECIAL, ABSTENDO-SE DE EXIGIR NAS LICITAÇÕES NÚMERO MÍNIMO DE ATESTADOS PARA COMPROVAR APTIDÃO TÉCNICA.**"

"Decisão 392/2001 – Plenário

"O Tribunal Pleno, diante das razões expostas pelo Relator, decide:

8.2.2 - observe, nos futuros certames que realizar, as disposições contidas no § 1º do art. 30 da Lei nº 8.666/93, ABSTENDO-SE DE EXIGIR NÚMERO MÍNIMO OU NÚMERO CERTO DE ATESTADOS DE CAPACITAÇÃO TÉCNICA, DE ACORDO COM ENTENDIMENTO DESTA CORTE FIRMADO NAS DECISÕES PLENÁRIAS Nº 134/98 E Nº 192/ 98;"

Em vista disso, tem-se que a exigência editalícia ora impugnada é completamente descabida, já que somente uma empresa que eventualmente possua dois atestados que abrangem a totalidade do objeto licitado será capaz de atender tal requisito, o que não se mostra o mais adequado a uma licitação em que estão envolvidos recursos públicos. A competitividade do certame está nitidamente restringida.

Ademais, não há previsão legal para se exigir reconhecimento de firma de quem assina o atestado de capacidade técnica, funcionando tal exigência apenas como cláusula que restringe a competitividade do presente certame. Inexiste disposição legal que ampare a exigência ligada ao reconhecimento de firma em atestados.

Limitar a qualificação técnica do licitante a atestados com firma reconhecida não se mostra o mais adequado em uma licitação pública, até porque a comprovação de experiência anterior não necessita de reconhecimento de assinatura ou de outros documentos que não o atestado de capacidade técnica emitido por pessoa jurídica de direito público ou privado, conforme prescreve a norma.



O que interessa saber, na realidade, é a capacidade da empresa em executar o objeto licitado e não saber se a assinatura do emissor está reconhecida em cartório. Isso não existe! Não há qualquer fundamento legal que ampare tal exigência. Se há dúvidas em relação à veracidade do documento cabe a essa entidade realizar diligências na forma do § 3º do art. 43 da Lei nº 8.666/93⁸, até porque a simples firma reconhecida não garante sequer a validade dos atestados.

Ademais, qual a razão ou justificativa existente na lei de licitações ou seus regulamentos que baseou a exigência burocrática de se requisitar que os atestados de capacidade técnica possuam firma reconhecida? **QUAL DISPOSIÇÃO LEGAL (ARTIGO, LEI, DECRETO) FUNDAMENTOU TAIS EXIGÊNCIAS?**

A Administração não pode perder de vista que a fase de habilitação se presta para aferir se o licitante, consagrando-se vencedor, e sendo contratado, conseguirá executar o objeto da licitação. Nada mais além disso! Neste sentido também é a clássica jurisprudência:

“Visa a concorrência pública fazer com que o maior número de licitantes se habilitem para o objetivo de facilitar aos órgãos públicos a obtenção de coisas e serviços mais convenientes a seus interesses. Em razão desse escopo, exigências demasiadas e rigorismos inconstitucionais com a boa exegese da lei devem ser arredados. Não deve haver nos trabalhos nenhum rigorismo e na primeira fase da habilitação deve ser de absoluta singeleza o procedimento licitatório.” (TJ/RS – AgP 11.363, publicado na RDP, 14:240)

A legislação pátria sobre licitações veda completamente tais exigências impostas pelo edital. A experiência do licitante acumulada durante anos de serviços e fornecimentos prestados a empresas e órgãos públicos não podem ser simplesmente desprezados em função de firma reconhecida nos atestados. Enfim, deixa-se de avaliar aquilo que a Administração precisa, que é a capacidade da empresa em prestar o objeto licitado, para se exigir requisito desnecessário e impertinente.

⁸ Art. 43. A licitação será processada e julgada com observância dos seguintes procedimentos:

(...)

§ 3º. É facultada à Comissão ou autoridade superior, em qualquer fase da licitação, a promoção de diligência destinada a esclarecer ou a complementar a instrução do processo, vedada a inclusão posterior de documento ou informação que deveria constar originariamente da proposta.



Observe-se, ainda, o disposto no inc. XXI do art. 37 da Constituição da República⁹, o qual somente permite nos editais as exigências de qualificação técnica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. O renomado autor Marçal Justen Filho¹⁰, por sua vez, combate de forma veemente a inclusão de condições de habilitação 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. COMO JÁ SE AFIRMOU ACIMA, A CONSTITUIÇÃO DETERMINA QUE O MÍNIMO DE SEGURANÇA CONFIGURA O MÁXIMO DE RESTRIÇÃO POSSÍVEL. [...] SE A ADMINISTRAÇÃO TIVER AVALIADO MAL A REALIDADE, REPUTANDO COMO INDISPENSÁVEL UMA EXPERIÊNCIA QUE TECNICAMENTE SE REVELA COMO DISPENSÁVEL, SEU ATO NÃO PODE PREVALECER.[..]”

NESTE PONTO É IMPERIOSO DESTACAR QUE A CONSTITUIÇÃO AUTORIZA APENAS EXIGÊNCIAS QUE CONFIGUREM UM MÍNIMO DE SEGURANÇA. PORTANTO, NÃO SE ADMITEM EXIGÊNCIAS QUE VÃO ALÉM DISSO. LOGO, A ADMINISTRAÇÃO NÃO PODERÁ RESPALDAR SEUS ATOS COM A INVOCAÇÃO DE QUE A EXIGÊNCIA AMPLIA SUA SEGURANÇA. É EVIDENTE QUE O MÁXIMO DE SEGURANÇA CORRESPONDERIA AO MÁXIMO DE RESTRIÇÃO. ESSA NÃO É A SOLUÇÃO AUTORIZADA PELA CONSTITUIÇÃO.”

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

⁹ 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 da 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 as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.”

¹⁰ Ob. cit. p. 337/338.



órgão licitante o prejudica, afastando competidores e limitando a participação na licitação e, por consequência, eliminando desnecessariamente propostas vantajosas. Segundo o autor Adilson de Abreu Dallari¹¹:

“Não se exige senão o necessário e quando necessário, DISPENSANDO-SE REQUISITOS INÚTEIS, MERAMENTE BUROCRÁTICOS OU INDEVIDAMENTE RESTRITIVOS DA PARTICIPAÇÃO OU HABILITAÇÃO. COISAS DESSE TIPO SERVEM APENAS PARA CRIAR EMPECILHOS QUE ENSEJAM CONTENDAS JURÍDICAS INTERMINÁVEIS E IMPEDEM O DESENVOLVIMENTO DA ATUAÇÃO ADMINISTRATIVA. POR ISSO DEVEM SER SIMPLEMENTE ELIMINADAS DO EDITAL. ENFIM, O QUE INTERESSA SABER, O QUE PRECISA SER COMPROVADO, É A APTIDÃO PARA REALIZAR O OBJETO DO FUTURO CONTRATO, SENDO EXIGÍVEL, PORTANTO, APENAS O QUE FOR PERTINENTE E SUFICIENTE PARA GARANTIR (ATÉ A MEDIDA DO RAZOÁVEL) TAL EXECUÇÃO, VEDADAS EXIGÊNCIAS SUPÉRFLUAS.” (Grifos nossos)

Ainda de acordo com a doutrina especializada¹²:

“Já em outras oportunidades, os atos convocatórios trazem exigências obrigatórias absurdas, sem previsão legal e que inviabilizam a participação dos eventuais interessados. Como exemplo, podem ser citados: certificados técnicos emitidos por sociedades privadas, certificações de padrão ISO, notas fiscais, contratos celebrados com outras entidades, FIRMA RECONHECIDA PARA COMPROVAR A VERACIDADE DO CONTEÚDO DO ATESTADO DE CAPACIDADE TÉCNICA, catálogos dos produtos/serviços, certidão negativa de protestos, prova de o licitante possuir estabelecimento já instalado na localidade do órgão licitante, número mínimo de atestados de capacidade técnica, dentre outras.

ALGUMAS DAS EXIGÊNCIAS ACIMA LISTADAS SÃO ATÉ PASSÍVEIS DE SEREM EXIGIDAS EM LICITAÇÕES, MAS

¹¹ Aspectos Jurídicos da Licitação – 5ª edição. Editora Saraiva– São Paulo.2000.

¹² Licitação para todos. Ricardo Silva das Neves. Editora Schoba. São Paulo-SP. 1ª edição. 2015. ps.47-48.



**JAMAIS COMO DOCUMENTOS OBRIGATÓRIOS OU
CONDICIONANTES À PARTICIPAÇÃO.”**

A Lei de Licitações não trata em momento algum acerca de firma reconhecida para comprovação dos atestados de capacidade técnica apresentados pelos licitantes na fase de habilitação, de forma que **se a Lei não limitou não cabe ao intérprete criar condições não expressamente previstas.**

Pelo exposto, nota-se claramente que as exigências aqui impugnadas, além de não coadunarem com as disposições legais pertinentes, constituem-se em requisitos desnecessários à comprovação da aptidão do licitante para a execução do objeto licitado, devendo ser de plano excluídas, o que desde já se requer.

VII - DO PEDIDO

Diante de todo exposto, requer o provimento da presente impugnação, para que esse órgão licitante reveja os itens aqui impugnados, respeitando-se as normas vigentes e permitindo que outros fornecedores possam participar, por ser tal medida de mais inteira, lúdima e impostergável.

Pede deferimento.

Porto Velho, 19 de novembro de 2018.



AJUCEL INFORMÁTICA LTDA.