

Ilustríssima Sra. Pregoeira Gilmará Fernandes da Silva e Equipe de Apoio designados pela Portaria nº 086 de 2023 de 31 de março de 2023.

Referente à:

I – MODALIDADE: PREGÃO ELETRÔNICO Nº 08/2023

II - TIPO DE LICITAÇÃO: Menor Preço Global

III - OBJETO: – Contratação de empresa especializada para serviços de tecnologia da informação para prestação de serviços envolvendo o fornecimento, implantação e treinamento de um sistema de gestão de educação municipal para atendimento às necessidades da Secretaria Municipal de Educação de Propriá – SE, conforme especificações e quantitativos constantes no Termo de Referência, ANEXO I deste Edital.

IV - ABERTURA DAS PROPOSTAS COMERCIAIS E INÍCIO DA SESSÃO DO PREGÃO ELETRÔNICO: dia 10/05/2023 às 09:00h.

A empresa RP CALHEIROS & CIA LTDA, pessoa jurídica de Direito Privado, inscrita no CNPJ Nº 30.924.981/0001-24, com sede na Av. Governador Osman Loureiro, nº 171 – Sala 102 Mangabeira – Maceió/Alagoas, na pessoa de seu representante, vem à respeitável presença de V.Sa., para **IMPUGNAR O EDITAL** referente ao **PREGÃO ELETRÔNICO Nº 08/2023**, com arribo no art. 24 do Decreto 10.024/2019, pelas razões de fato e de direito a seguir.

DA TEMPESTIVIDADE DA PRESENTE IMPUGNAÇÃO

Preliminarmente, tem-se por plenamente tempestivo a presente IMPUGNAÇÃO, visto que a sessão de abertura está marcada para o dia 10/05/2023, e, conforme edital, em seu item 23, subitem 23.1, em consonância ao disposto no artigo 24 do Decreto Federal nº 10.024/19, que dispõe sobre o prazo e forma para apresentação de impugnação ao instrumento convocatório, verifica-se o dia 05/05/2023, como prazo limite para apresentação deste instrumento administrativo, o que torna a presente manifestação como plenamente tempestiva. Motivo pelo qual, deve-se conhecer e julgar o presente pedido de impugnação.

DOS MOTIVOS DE IMPUGNAÇÃO

A Prefeitura Municipal de Propriá - SE, instaurou procedimento licitatório, na modalidade Pregão, na forma Eletrônica de nº 08/2023, visando à contratação de serviços conforme dispõe o objeto do edital:

Contratação de empresa especializada para serviços de tecnologia da informação para prestação de serviços envolvendo o fornecimento, implantação e treinamento de um sistema de gestão de educação municipal para atendimento às necessidades da Secretaria Municipal de Educação de Propriá – SE, conforme especificações e quantitativos constantes no Termo de Referência, ANEXO I deste Edital.

Em análise a Carta Convocatória e seus anexos, constatamos graves vícios que prejudicam a lisura e a legalidade do processo, uma vez que configuram evidente DIRECIONAMENTO e consequente RESTRIÇÃO À COMPETITIVIDADE, notadamente dispostas na qualificação técnica, as quais discorreremos detalhadamente a seguir.

1. Das cláusulas de restrição à competitividade

A administração na elaboração do instrumento convocatório, ao elencar os critérios de seleção e avaliação, deve-se fazê-lo em estrita observância aos princípios norteadores do processo licitatório de isonomia, legalidade, moralidade, obtenção da proposta mais vantajosa, sem prejuízo dos demais elencados no art. 3º da Lei 8.666/93 e dos que forem

correlatos, tal como o princípio da livre concorrência (inciso IV do art. 170 da Constituição Federal). Deste modo, o edital de licitação deve conter os preceitos mínimos necessários a serem observados na seleção das propostas, de modo que garanta a ampla participação de interessados aptos a serem contratados para aquele objeto, sempre evitando-se restrição de competitividade e sobretudo direcionamento da licitação.

Data vênia, a douda comissão de licitação da Prefeitura Municipal de Propriá, ao elaborar a carta editalícia do processo em apreço fere gravemente estas diretrizes, ao passo que dispõe exigências que possuem o único objetivo de diminuir o universo de participantes no certame, maculando assim os princípios e normas regentes do processo licitatório.

1.1 Da exigência de comprovação de propriedade do sistema, de apresentação de certificado de registro do software no INPI.

Deste modo, trazendo à luz os vícios editalícios, extrai-se do instrumento convocatório em epigrafe as exigências relativas à qualificação técnica que maculam o princípio da ampla competitividade.

9.1. HABILITAÇÃO TÉCNICA

9.1.1.1.2 Comprovação, através de Certificado de Registro de Programa de Computador emitido pelo INPI, de que a LICITANTE é proprietária do Software ofertado ou representante oficial da empresa proprietária com a devida comprovação através de Contrato de representação comercial ou similar. Devendo anexar ambos os documentos.

Ora, percebe-se a musculatura do cerceamento de forma cristalina, através das cláusulas elencadas acima, que possuem fito único de minar a participação de potenciais empresas interessadas. Tais afrontas à legalidade dos processos de contratações públicas são incansavelmente alvo de medidas administrativas e judiciais dos órgãos de controle.

No embate à cláusulas restritivas dessa natureza, os órgãos de controle, notadamente os tribunais de contas, reproduzem frequentemente julgados contrários às estas exigências nos editais de licitação realizados pelos entes federativos. Vejamos alguns.

O Tribunal de Contas de Santa Catarina – TCE SC, expediu as seguintes determinações ao ente licitante.

***1. RELATÓRIO**

Tratam os autos de Recurso de Reexame n. REC-08/00088018, interposto pelo Sr. João Carlos Valar, ex-Prefeito do Município de São Miguel do Oeste, em face do acórdão n. 2164/2007, exarado no processo RPL-05/04281879.

"ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina, reunidos em Sessão Plenária, diante das razões apresentadas pelo Relator e com fulcro nos arts. 59 da Constituição Estadual e 1º da Lei Complementar n. 202/2000, em:

6.1. Conhecer da Representação formulada nos termos do art. 113, §1º, da Lei Federal n. 8.666/93, para, no mérito, considerá-la procedente.

6.2. Considerar ilegais o Edital de Concorrência n. 090/2005 e o Contrato n. 03/2006, cujo objeto é o fornecimento, instalação, gerenciamento e manutenção do sistema de geração de imagens e monitoramento foto-eletrônico de excesso de velocidade, nas vias sob a circunscrição do Município de São Miguel do Oeste, complementado por dispositivos de comunicação visual e sinalização educativa para o trânsito, em razão das seguintes ilegalidades:

6.2.1. **Previsão no edital de que os licitantes apresentem registro ou pedido de privilégio dos equipamentos que estão sendo ofertados, no Instituto Nacional da Propriedade Industrial - INPI, o que caracteriza exigência de qualificação técnico-operacional que excede o rol previsto na lei, ensejando limitação à competitividade, em afronta aos arts. 37, XXI, da Constituição Federal e 3º, caput e §1º, e 30, II, da Lei (federal) n. 8.666/93.** Com nosso negrito.

O trecho acima foi extraído do Parecer nº COG-160/2009, exarado por aquele Órgão.

O Tribunal de Contas da União – TCU, corroborando à linha do TCE/SC emitiu jurisprudência, buscando pacificar e erradicar este tipo de prática que tão somente busca cercear a competição:

**“É ilegal a previsão editalícia para que os licitantes apresentem certificação ISO 9001, IEC 60950, CISPR, registro no INPI e comprovação de estar o equipamento incluído na relação do PPB (processo produtivo básico) .
Acórdão 512/2009-Plenário | Relator: AROLDO CEDRAZ
ÁREA: Licitação | TEMA: Qualificação técnica | SUBTEMA: Certificação
Outros indexadores: Padrão de qualidade, INPI”**

Novamente o TCU disciplina.

- Assuntos: LICITAÇÕES, MARCA e PADRONIZAÇÃO. DOU de 15.12.2010, S. 1, p. 226. Ementa: **determinação ao Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia de Minas Gerais (IFMG) para que, nas licitações, para a contratação com recursos federais, observe o disposto no art. 3º da Lei nº 8.666/1993 e abstenha-se de incluir, em seus editais, cláusulas restritivas da competitividade, tais como: a) exigência de certificados ISO ou certificações relacionadas à qualidade dos equipamentos, bem como de registro de marca junto ao Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI), como critério eliminatório do certame, atribuindo a tal exigência, quando necessário, o caráter de critério classificatório; b) indicação de marcas de produtos para configuração do objeto, quando da realização de seus certames licitatórios para a aquisição de bens de informática, a não ser quando legalmente possível e estritamente necessária para atendimento das exigências de uniformização, padronização e desempenho, sempre mediante justificativa prévia, em processo administrativo regular, no qual fiquem comprovados os mencionados requisitos.”(itens 9.3.1 e 9.3.2, TC-021.538/2010-7, Acórdão nº 7.549/2010-2ª Câmara).**

Ainda nesta seara, em acórdão recente, o TCU de forma taxativa:

**'A exigência, na fase de habilitação, de certificações relativas ao objeto da licitação afronta o art. 30 da Lei 8.666/1993 e o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal.
Acórdão 2524/2021-Plenário | Relator: BENJAMIN ZYMLER
ÁREA: Licitação | TEMA: Qualificação técnica | SUBTEMA: Certificação
Outros indexadores: Habilitação de licitante, Objeto da licitação
Publicado:
- Boletim de Jurisprudência nº 378 de 08/11/2021**

Disciplina ainda que:

'Especificações com potencial de restringir o caráter competitivo da licitação devem ser adequadamente fundamentadas, com base em estudos técnicos que indiquem a

sua essencialidade para atender as necessidades do órgão ou da entidade contratante.

Acórdão 1973/2020-Plenário | Relator: WEDER DE OLIVEIRA

ÁREA: Licitação | TEMA: Competitividade | SUBTEMA: Restrição

Outros indexadores: Justificativa, Especificação técnica

Publicado:

- Informativo de Licitações e Contratos nº 396 de 18/08/2020

- Boletim de Jurisprudência nº 321 de 17/08/2020

Ora, a extensiva jurisprudência consta pacífica no sentido de que a administração pública deve abster-se de incluir em seus editais de licitação cláusulas que prejudiquem a competitividade do certame em afronta ao princípio da ampla concorrência.

Ademais, a própria norma geral de licitações é inequívoca quanto a ilegalidade de inclusão de cláusulas restritivas.

"Lei nº 8.666/1993

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para 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;" (Grifos Nossos)

Diante de tal disposição legal, disserta o Professor Marçal Justen Filho:

"É certo que a Administração deverá obter a proposta mais vantajosa, mas selecionar a proposta mais vantajosa não é suficiente para validar a licitação. A obtenção da vantagem não autoriza violar direitos e garantias individuais. Portanto, deverá ser selecionada a proposta mais vantajosa, mas, além disso, têm de respeitar-se os princípios norteadores do sistema jurídico, em especial o da isonomia. Por mais vantajosa que fosse a proposta selecionada, não seria válida licitação que violasse direitos e garantias individuais." (Filho, Marçal Justen. Comentários à Lei de Licitação e Contratos Administrativos. 10ª Edição, São Paulo, 2004. Pag. 49)

o TCU aponta, ainda, para a obrigatoriedade de ajuste do edital de licitação, diante da identificação de cláusulas restritivas. A Corte de Contas afirma que independentemente da forma pela qual a Administração toma conhecimento dessas irregularidades, é imperativa a adoção de medidas voltadas à correção do edital.

"É dever do responsável por conduzir licitação no âmbito da Administração, a partir de impugnação ao edital apontando a existência de cláusulas restritivas à competitividade do certame, realizar a revisão criteriosa dessas cláusulas, ainda que a impugnação não seja conhecida. O agente público tem o dever de adotar providências de ofício com vistas à correção de eventuais ilegalidades que cheguem ao seu conhecimento."

Acórdão 7289/2022-Primeira Câmara | Relator: VITAL DO RÉGO

ÁREA: Licitação | TEMA: Edital de licitação | SUBTEMA: Impugnação

Outros indexadores: Comissão de licitação, Revisão de ofício, Restrição, Competitividade, Pregoeiro

Publicado:

- Informativo de Licitações e Contratos nº 447 de 01/11/2022
- Boletim de Jurisprudência nº 423 de 31/10/2022

1.2 Da exigência de apresentação de atestado de capacidade técnica que comprove serviços idênticos ao objeto da licitação

Seguindo a leitura da carta convocatória, ainda na qualificação técnica, verifica-se presentes mais cláusulas que tem por objetivo diminuir drasticamente o número de propostas a serem ofertas.

O edital em seus itens 9.1.2 e 9.1.3 no tocante a qualificação técnica através da apresentação de atestados de capacidade técnica, dispõe exigência de tais atestados deverão comprovar experiência pretérita que corresponda integralmente às especificações técnicas dos serviços objeto da contratação em tela.

"9.1.2. Todos os componentes acima devem constar nos atestados apresentados, a fim de comprovar experiência prévia da licitante em cada um dos quesitos tecnológicos, considerados chave para aplicações objeto do Termo de Referência.

9.1.3. O(s) Atestado(s) deverá(ão) detalhar o escopo dos serviços prestados, telefone e nome de pessoa de contato informando o cumprimento de todas as exigências técnicas e contratuais em nível satisfatório."

O Tribunal de Contas da União vem repetidamente e incansavelmente expedindo acórdãos incisivos de que é irregular, por caracterizar restrição à competitividade, a exigência, como critério de habilitação, de atestado comprovando experiência específica ao objeto licitado.

"Caracteriza restrição à competitividade da licitação a exigência, como critério de habilitação, de atestado de qualificação técnica comprovando experiência em tipologia específica de serviço, salvo se imprescindível à certeza da boa execução do objeto e desde que devidamente fundamentada no processo licitatório."

Acórdão 1567/2018-Plenário | Relator: AUGUSTO NARDES

ÁREA: Licitação | TEMA: Qualificação técnica | SUBTEMA: Atestado de capacidade técnica

Outros indexadores: Serviços, Especificação, Restrição, Competitividade

Publicado:

- Boletim de Jurisprudência nº 227 de 30/07/2018

"Especificações com potencial de restringir o caráter competitivo da licitação devem ser adequadamente fundamentadas, com base em estudos técnicos que indiquem a sua essencialidade para atender as necessidades do órgão ou da entidade contratante."

Acórdão 1973/2020-Plenário | Relator: WEDER DE OLIVEIRA

ÁREA: Licitação | TEMA: Competitividade | SUBTEMA: Restrição

Outros indexadores: Justificativa, Especificação técnica

Publicado:

- Informativo de Licitações e Contratos nº 396 de 18/08/2020
- Boletim de Jurisprudência nº 321 de 17/08/2020

É cediço que o instrumento convocatório tem por objetivo trazer detalhadamente as condições habilitatórias e especificações técnicas necessárias ao atendimento de determinada demanda da Administração Pública para aquele processo de contratação.

Deste modo, nele de conter os preceitos mínimos necessários a serem observados na seleção das propostas, de modo que garanta a ampla participação de interessados aptos a serem contratados para aquele objeto, no entanto, sempre evitando-se restrição de competitividade e sobretudo direcionamento da licitação.

2. Ausência de Roteiro para a Prova de Conceito

Cumprir observar que o processo de demonstração das funcionalidades do software disposto no item 13.2 do Edital em epígrafe está em desconformidade à legislação vigente, uma vez que não se verifica objetividade e clareza para os critérios de avaliação técnica da solução quando da demonstração.

Vejamos as cláusulas do edital sobre a forma de amostra do sistema.

"13.2. Como condição de adjudicação, o licitante vencedor deverá realizar demonstração das funcionalidades do software ofertado (amostra), presencialmente em até 02 (dois) dias úteis, data que será agendada ao final da sessão no sistema, para avaliação técnica a ser realizada pelo setor solicitante, a fim de se averiguar se atende a todas as exigências contidas no Termo de Referência (ANEXO I), onde será emitido parecer técnico.

13.3. A demonstração poderá ser acompanhada pelos demais licitantes.

13.4. Os custos com deslocamento e hospedagem (caso necessário) para demonstração do software, será de responsabilidade exclusiva do licitante.

13.5. O não atendimento por parte do sistema demonstrado ensejará na desclassificação da empresa e convocação dos demais licitantes para reabertura do certame no sistema."

É imperioso que esta Administração observe que no julgamento da análise técnica da proposta, ou seja, a demonstração da solução ofertada, corresponde a condição de que o licitante melhor classificado deve ser submetido com base em critérios de julgamento OBJETIVO, onde deveria constar critérios específicos de avaliação, as atividades de aferição de compatibilidade, assim como os planos, casos e relatórios de teste, para comprovar a sua capacidade em fornecer os serviços prestados. Critérios estes que não estão descritos na licitação em tela, razão pela qual a "Amostra" como está configura-se totalmente ineficaz.

O que se impugna nesta peça se reafirma com base em toda a jurisprudência e principalmente em entendimentos do TCU, estando o instrumento convocatório eivado de vícios, necessitando de urgente reformulação, uma vez que violam o Artigo 43 da Lei de Licitações.

São as disposições do TCU a este respeito, o que corroboram com as afirmações descritas acima:

"Faça constar dos editais, detalhadamente, os critérios de avaliação, as atividades de aferição de compatibilidade, assim como os planos, casos e relatórios de teste, quando se tratar de objeto cuja aceitação esteja sujeita a esses procedimentos, viabilizando, sempre que demandado por licitantes, a inspeção às amostras apresentadas, a fim de que os interessados verifiquem a compatibilidade com as exigências contidas no edital, garantindo a eficácia ao princípio da publicidade, em atenção ao disposto no arts. 3º, "caput" e 4º, incisos VII e XVI, da Lei nº 8.666/1993. Passe a observar os procedimentos relativos ao planejamento da contratação nas licitações, especialmente ao escopo e registro dos estudos técnicos preliminares, em atenção ao art. 6º, inciso IX da Lei nº 8.666/1993 e aos arts. 8º a 18º da Instrução Normativa nº 4/2008, da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação (SLTI/MP)." Acórdão 1512/2009 Plenário (grifo nosso)

"Exija, em processos licitatórios, "PROVA DE CONFORMIDADE", documento os procedimentos que atestaram a avaliação e a homologação ou rejeição do objeto

AV GOVERNADOR OSMAN LOUREIRO, 171 - SL02 - GALERIA 5ª AVENIDA
MANGABEIRAS - MACEIÓ/AL
(82) 3326-1313
CNPJ: 30.924.981/0001-24

Ora, deve o procedimento possibilitar a disputa e o confronto entre os licitantes, para que a seleção se aperfeiçoe da melhor forma possível, o que se traduz na seleção mais vantajosa para a Administração Pública.

AV GOVERNADOR OSMAN LOUREIRO, 171 - SL02 - GALERIA 5ª AVENIDA
MANGABEIRAS - MACEIÓ/AL
(82) 3326-1313
CNPJ: 30.924.981/0001-24

licitado, atentando para a descrição dos roteiros e testes realizados e sua vinculação com as características técnicas e funcionalidades desejadas, em obediência aos princípios do julgamento objetivo e da vinculação ao instrumento convocatório, bem assim da publicidade e da motivação, previstos no art. 3º da Lei nº 8.666/1993 e no art. 2º da Lei nº 9.784/1999. Acórdão 2932/2009 Plenário (grifo nosso)

No atual contexto a demonstração do software não traria o resultado esperado, pois não existem condições que permitem um julgamento objetivo e com a transparência necessária ao processo, distorção esta que é grave em contratações públicas.

Em suma, não se pode exigir prova de conceito (amostras) sem uma previsão editalícia objetiva para tais condições.

A ampliação dos conceitos legais, ao livre-arbítrio do administrador, implica necessariamente em configuração de ilegalidade expressa, não passível de convalidação administrativa, e que infringe diretamente o atendimento do interesse público primário, pois, restringe sem fundamento legal a participação escorreita de empresas que atenderiam aos anseios públicos ali buscados, através do oferecimento de seus serviços de modo até mesmo mais eficiente e mais econômico.

Administração contratante encontra-se vinculada ao Princípio da legalidade e diante disso somente poderá vir a atuar em conformidade à legislação. As disposições editalícias, tais como ora expostas no Edital, contrariam a legislação e restringem de forma irregular a participação das empresas neste certame.

DO DIREITO

O artigo § 1º do 3º da Lei nº 8.666/93, de 21 de junho de 1993 preconiza que:

“§ 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”;(grifo nosso)

Como podemos notar do inc. I do § 1º do art. 3º da Lei nº 8.666/93 acima transcrito, a norma é bastante abrangente em seu dispositivo, usando nada mais que sete verbos, no infinitivo e conjugados (admitir, prever, incluir, tolerar, comprometer, restringir e frustrar), para coibir quaisquer atividades que tenham por meta direta ou indireta afetar o caráter competitivo do certame licitatório.

O § 1.º abriga proibição expressa ao Administrador de prever ou tolerar, nos editais, cláusulas ou condições que de qualquer forma comprometam o caráter competitivo do certame. Toshio Mukai extrai dessa disposição o princípio da competitividade que:

“Tão essencial na matéria que, se num procedimento licitatório, por obra de conluio, faltar a competição (ou oposição) entre os concorrentes, falecerá a própria licitação, inexistirá o instituto mesmo”. (Cf. O Estatuto Jurídico das Licitações e Contratos Administrativos, Ed. Saraiva, SP, 1998, p. 16).

Ora, deve o procedimento possibilitar a disputa e o confronto entre os licitantes, para que a seleção se aperfeiçoe da melhor forma possível, o que se traduz na seleção mais vantajosa para a Administração Pública.

“Fácil é verificar que, sem a competição, estaria comprometido o próprio princípio da igualdade, já que alguns se beneficiariam à custa do prejuízo de outros”, como bem anota José dos Santos Carvalho Filho CARVALHO FILHO, 2010, p. 227-228.

Mister faz-se ponderar que a disputa se apresenta como fundamental ao procedimento licitatório, sendo que a ausência de competitividade acarreta a revogação do certame convocatório. Neste sentido, quadra trazer a lume o entendimento cristalizado pelo Superior Tribunal de Justiça, no que concerne ao tema, consoante é extraído do aresto coligido:

“Ementa: Recurso Ordinário em Mandado de Segurança. Administrativo. Licitação. Modalidade de pregão eletrônico. Revogação. Ausência de competitividade. Possibilidade. Devido processo legal. Observância. Recurso desprovido. [...] 5. A revogação do certame é ato administrativo, exigindo, portanto, a devida fundamentação e motivação (justo motivo para seu desfazimento), assim como o cumprimento das disposições legais. 6. O art. 49 da Lei de Licitações e Contratos Administrativos prevê a possibilidade de revogação do procedimento licitatório, em caso de interesse público, “decorrente de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta”. Por sua vez, o art. 18, caput, do Decreto 3.555/2000, o qual regulamenta a modalidade de licitação denominada pregão, dispõe que “a autoridade competente para determinar a contratação poderá revogar a licitação em face de razões de interesse público, derivadas de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta, devendo anulá-la por ilegalidade, de ofício ou por provocação de qualquer pessoa, mediante ato escrito e fundamentado”. No caso em exame, o Governador do Estado do Paraná revogou o pregão eletrônico, de forma fundamentada e com supedâneo nos referidos dispositivos legais e em parecer da Assessoria Jurídica da Casa Civil, entendendo pela ausência de competitividade no certame, na medida em que houve a participação efetiva de apenas uma empresa, o que impossibilitou a Administração Pública de analisar a melhor oferta e dar cumprimento ao princípio da proposta mais vantajosa. 8. A participação de um único licitante no procedimento licitatório configura falta de competitividade, o que autoriza a revogação do certame. Isso, porque uma das finalidades da licitação é a obtenção da melhor proposta, com mais vantagens e prestações menos onerosas para a Administração, em uma relação de custo-benefício, de modo que deve ser garantida, para tanto, a participação do maior número de competidores possíveis. 9. “Falta de competitividade que se vislumbra pela só participação de duas empresas, com ofertas em valor bem aproximado ao limite máximo estabelecido” (RMS 23.402/PR, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJe de 2.4.2008). [...] 11. Recurso ordinário desprovido. (Superior Tribunal de Justiça – Primeira Turma/ RMS 23.360/PR/ Relatora: Ministra Denise Arruda/ Julgado em 17.12.2008).

Neste sentido citamos deliberação do TCU:

“Observe rigorosamente as disposições contidas no art. 37, caput, da Constituição Federal de 1988 c/c o art. 3º da Lei 8.666/1993, obedecendo aos princípios constitucionais da publicidade, da igualdade, da isonomia e da impessoalidade, de modo a impedir restrições à competitividade.”

Inclusive a restrição de competição configura-se como crime previsto no artigo 90 da Lei 8.666/93:

“Art. 90. Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação: Pena - detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.”

A esse respeito o STJ se posicionou no seguinte sentido:

"Basta à caracterização do delito tipificado no artigo 90 da Lei nº 8.666/93 ("Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação: Pena - detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa) que o agente frustre ou fraude o caráter competitivo da licitação, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, com o intuito de obter vantagem decorrente da adjudicação do objeto do certame." (STJ, HC 45.127/MG, julgado em 25/02/2008).

Importante também recordar que o art. 83 da Lei 8.666 estabelece que:

"Os crimes definidos nesta Lei, ainda que simplesmente tentados, sujeitam os seus autores, quando servidores públicos, além das sanções penais, à perda do cargo, emprego, função ou mandato eletivo."

Pelo Princípio da Vantajosidade e Economicidade, presume-se como sendo prerrogativa da Administração Pública a congregação do maior número possível de concorrentes, viabilizando agregar preço e qualidade aos serviços, como aspectos que interagem e se complementam, promovendo, desta forma, maior competitividade entre os participantes e opções para o órgão licitante em adequar suas possibilidades e necessidades junto ao serviço licitado.

Nesse interim, faz-se mister assinalar que o legislador, mediante o artigo 3º, § 1º, inc. I, da Lei nº 8.666/93, prescreve, também, a observância do princípio da competitividade, por considerá-lo, sem dúvida, essencial em certames da espécie de que se cogita, porquanto se faltar a competição entre os que deles participam, a própria licitação perderá sua razão de ser, que é a de conseguir para o Poder Público a proposta que lhe seja mais vantajosa.

Assim, qualquer exigência no edital deve ser aplicada em conformidade com os princípios de razoabilidade e proporcionalidade, inerentes à Administração Pública, buscando seu único fim, qual seja, a participação ampla das interessadas nos processos licitatórios promovidos pela Administração Pública, e não restringir esta participação. Afinal, somente desta forma estar-se-á assegurando uma conduta justa e ilibada da Administração na prática de seus atos.

Além de ferir o princípio da competitividade, o direcionamento desta licitação para a PLATAFORMA 1DOC contraria também o princípio da legalidade, uma vez que fere o que determina a Lei 8.666/93 conforme veremos a seguir.

O artigo 7, § 5 o da Lei 8666/93 determina que:

"Art. 7

(...)

§ 5 - 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."

A Constituição Brasileira consagrou alguns princípios norteadores da administração pública quando, em seu art. 37, caput, assim dispõe:

"Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:"

O princípio da legalidade representa uma garantia para os administrados, pois, qualquer ato da Administração Pública somente terá validade se respaldado em lei, em sua acepção ampla. Representa um limite para a atuação do Estado, visando à proteção do administrado em relação ao abuso de poder.

No direito público, princípio da legalidade está disposto no caput do artigo 37 da Carta Magna. Ao contrário dos particulares, que agem por vontade própria, à Administração Pública somente é facultada agir por imposição ou autorização legal. Ou seja, inexistindo lei, não haverá atuação administrativa legítima.

Citando as sábias palavras de Hely Lopes Meirelles:

"A legalidade, como princípio de administração (CF, art. 37, caput), significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeitos aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso."

No princípio da legalidade a Administração nada pode fazer senão o que a lei determina, trata-se de uma relação de subordinação para com a lei. Pois se assim não o fosse, poderiam as autoridades administrativas impor obrigações e proibições aos administrados, independente de lei. Daí decorre que nessa relação só pode fazer aquilo que está expresso na lei.

Analisando o princípio da legalidade na seara do Direito Administrativo, se conclui que toda a ação do Estado, em todos os níveis de atuação, que implique na obrigação de alguém fazer ou deixar de fazer alguma coisa, deve necessariamente ser precedido de uma lei que delineie os poderes-deveres do Estado, bem como os deveres relativos a um fazer ou a uma abstenção a que cada indivíduo está sujeito.

Celso Antônio Bandeira de Mello ensina que:

"A Administração não poderá proibir ou impor comportamento algum a terceiro, salvo se estiver previamente embasada em determinada lei que lhe faculte proibir ou impor algo a quem quer que seja. Vale dizer, não lhe é possível expedir um regulamento, instrução, resolução, portaria, ou seja, lá que ato for para coartar a liberdade dos administrados, salvo se em lei já existir delineada a contenção ou imposição que o ato administrativo venha a minudenciar."

Complementando o raciocínio, o doutrinador Roque Antônio Carrazza afirma que:

"A aplicação do princípio da legalidade conduz a uma situação de segurança jurídica, em virtude da aplicação precisa e exata das leis preestabelecidas."

Por sua vez, a remansosa jurisprudência das Cortes de Contas assim dispõe em relação ao detalhamento técnico excessivo, que implicam no direcionamento do certame, in verbis:

"O ato convocatório há que estabelecer as regras para a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração, não se admitindo cláusulas desnecessárias ou inadequadas, que restrinjam o caráter competitivo do certame. Tanto é que o próprio art. 37, inciso XXI, da CF, que estabelece a obrigatoriedade ao Poder Público de licitar

quando contrata, autoriza o estabelecimento de requisitos de qualificação técnica e econômica, desde que indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. Por outras palavras, pode-se afirmar que fixar requisitos excessivos ou desarrazoados iria de encontro à própria sistemática constitucional acerca da universalidade de participação em licitações, porquanto a Constituição Federal determinou apenas a admissibilidade de exigências mínimas possíveis. Dessarte, se a Administração, em seu poder discricionário, tiver avaliado indevidamente a qualificação técnica dos interessados em contratar, reputando como indispensável um quesito tecnicamente prescindível, seu ato não pode prosperar, sob pena de ofender a Carta Maior e a Lei de Licitações e Contratos." (TCU - AC-0423- 11/07-P Sessão: 21/03/07 Grupo: I Classe: VII Relator: Ministro Marcos Benquerer Costa - FISCALIZAÇÃO – REPRESENTAÇÃO - <https://contas.tcu.gov.br>, acesso em 01 março de 2010).

Deve o órgão, portanto, adequar seu instrumento convocatório a fim de possibilitar a empresas com capacidade para a execução do serviço, participarem do Pregão de forma regular, apresentando suas propostas e possibilitando ao administrador eleger a mais benéfica para a Administração.

DA CONCLUSÃO

Enfim, não restam dúvidas de que as especificações, ora impugnadas, são arbitrárias, visto que impede a ampliação da disputa e fere o caráter competitivo do certame, distanciando-se das diretrizes fundamentais inscritas no art. 3º da Lei Federal 8.666/93.

Destarte, em resguardo ao interesse público que informa este certame, e com o objetivo de se permitir a mais ampla e igualitária concorrência entre os licitantes, considerando ainda os princípios fundamentais emoldurados na Lei Geral de Licitações, requer a petionária, seja acolhida a presente Impugnação, para que esta respeitável Administração, no exercício de seu poder de autotutela, revise o instrumento convocatório para que volte à legalidade.

Logo, o processo licitatório em exame necessita de **URGENTE SUSPENSÃO** para saneamento dos vícios de ilegalidade.

Por fim, o edital está em flagrante a desconformidade com a jurisprudência pátria das Cortes de Contas.

DO PEDIDO

Em razão de todo exposto, e com fundamentação nos dispositivos de Lei e jurisprudência "retro" estampados, requer, a REVISÃO do edital, visto que, como demonstrado, caso venha a persistir com as mesmas especificações exigidas, será frustrada a Competitividade do Certame através de uma clara e evidente falta de isonomia.

Portanto, é o que se pede:

- (a) que o Pregão Eletrônico 08/2023 seja imediatamente suspenso para revisão e correção dos vícios no instrumento convocatório apresentados.
- (b) que seja retirado do edital o item:
9.1.1.1.2 Comprovação, através de Certificado de Registro de Programa de Computador emitido pelo INPI, de que a LICITANTE é proprietária do Software ofertado ou representante oficial da empresa proprietária com a devida comprovação através de Contrato de representação comercial ou similar. Devendo anexar ambos os documentos.
- (c) que seja retirado do edital o item:

9.1.2. Todos os componentes acima devem constar nos atestados apresentados, a fim de comprovar experiência prévia da licitante em cada um dos quesitos tecnológicos, considerados chave para aplicações objeto do Termo de Referência.

(d) que seja retirado do edital o item:

9.1.3. O(s) Atestado(s) deverá(ão) detalhar o escopo dos serviços prestados, telefone e nome de pessoa de contato informando o cumprimento de todas as exigências técnicas e contratuais em nível satisfatório.

(e) que seja incluindo no do edital critérios objetivos para a demonstração das funcionalidades do software, através fornecimento de Roteiro de Prova de Conceito contendo as exigências mínimas a serem atendidas na demonstração, em observância da impossibilidade de exigir-se que sejam atendidas na prova de conceito a integralidade das especificações descritas no termo de referência.

Caso não seja a presente Impugnação acatada, deverá o Senhor Pregoeiro fazer subir o Recurso à autoridade superior, **SOB PENA DE RESPONSABILIDADE**, conforme preceitua o art. 109 da Lei 8.666/93 e suas alterações.

Diante do exposto, desde logo registrando-se que, as mesmas teses comporão denúncia ao TCE/RN e ao MPRN, requer-se seja a presente impugnação conhecida, e em seu mérito provida, para que seja determinada a suspensão do certame, com a correção de todas as ilegalidades, omissões e contradições denunciadas.

Termos em que,
Pede e espera deferimento.

Maceió, 05 de maio de 2023.

Renata Pontual Calheiros

Renata Pontual Calheiros
renatacalheiros@uol.com.br
Sócia Administradora