



**Delta**  
Gestão Pública

ILUSTRÍSSIMO SENHOR PRESIDENTE DA COMISSÃO DE LICITAÇÃO DO MUNICÍPIO DE  
CAÇAPAVA DO SUL (RS)

Ref.: Edital nº 2539/2016  
Tomada de Preços

**PROTOCOLO**  
Prefeitura Municipal  
Caçapava do Sul  
nº 1516 Data 19/10/16

*Moriche*

**DELTA SOLUÇÕES EM INFORMÁTICA LTDA.**, pessoa jurídica de direito privado inscrita no CNPJ sob o nº 03.703.992/0001-01, com sede em Porto Alegre-RS, na Rua Afonso Pena, nº 149, bairro Azenha, CEP 90.160-020, vem, respeitosamente, perante V. Sa., com fulcro no art. 41, § 2º da Lei nº 8.666/1993, apresentar **IMPUGNAÇÃO AO EDITAL Nº 2539/2016-TOMADA DE PREÇOS**, pelos fatos e fundamentos a seguir expostos:

#### I - DA TEMPESTIVIDADE DA MEDIDA

Estabelece o art. 41, § 2º da Lei nº 8.666/1993, a possibilidade de apresentação de impugnação aos termos do Instrumento Convocatório até o segundo dia útil antes da data de abertura dos envelopes com as propostas. Este é o teor do referido artigo:

*"Art. 41. (...)*

*§ 2º Decairá do direito de impugnar os termos do edital de licitação perante a Administração o licitante que não o fizer até o segundo dia útil que anteceder a abertura dos envelopes de habilitação em concorrência, a abertura dos envelopes com as propostas em convite, tomada de preços ou concurso, ou a realização de leilão, as falhas ou irregularidades que viciariam esse edital, hipótese em que tal comunicação não terá efeito de recurso."*

Haja vista a realização da abertura das propostas da Tomada de Preços estar agendada para o dia 21 de outubro de 2016, o prazo para apresentação da presente Impugnação

1

esgota-se no dia 19 de outubro, quarta-feira, sendo tempestiva a presente medida.

## II - DO OBJETO DA LICITAÇÃO

A Tomada de Preços em referência tem por objeto a “*contratação de empresa especializada na área de informática visando a criação, implantação, manutenção, hospedagem e atualização de um sistema integrado, totalmente web de apoio e atenção especializada, com o objetivo de modernizar e agilizar sobretudo o processo de marcação de consultas e exames especializados pelo Sistema Único de Saúde – SUS*”, conforme disposição constante no item 1.1 do Edital em comento.

A empresa Delta Soluções em Informática Ltda. almeja participar do certame em discussão, porém, verificou **a existência de vício insanável no Edital nº 2539/2016**, ao violar frontalmente os termos da Lei de Licitações e Contratos Administrativos, no tocante aos Princípios que regem os procedimentos licitatórios, em especial o Princípio da Isonomia, e também a LC nº 123/2006, ao aplicar de forma equivocada o Estatuto Nacional da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte.

A presente Impugnação tem por objeto a discussão de previsão constante no Preâmbulo do Instrumento Convocatório, cujo teor é o que segue:

*“O PREFEITO MUNICIPAL DE CAÇAPAVA DO SUL, TORNA PÚBLICO, para o conhecimento dos interessados, que às 10 horas do Dia 21 de Outubro de 2016, na Sala do Setor de Licitações, situado na Rua Benjamin Constant, nº 686 - 2º Andar do Prédio do Banco do Brasil, serão recebidas as Propostas para a presente Licitação, **sendo assegurada a participação exclusiva de Microempresas e Empresas de Pequeno Porte**, conforme Lei Complementar nº 123/2006, regendo-se esta pelas normas da Lei 8.666/93 e suas alterações.” (grifo nosso)*

Dessa forma, verificada a existência de nulidade, é imperiosa a sua discussão, de modo a que seja invalidado o Edital e reformulado nos termos da legislação vigente.

Passa-se à exposição dos fundamentos que justificam esta Impugnação.

### III – FUNDAMENTOS DA IMPUGNAÇÃO AO EDITAL

#### 1. APLICAÇÃO EQUIVOCADA DOS ARTIGOS 48 E 49 DA LC Nº 123/2006

Dentre os dispositivos previstos no Estatuto Nacional da Microempresa (ME) e Empresa de Pequeno Porte (EPP), destacam-se aqueles que estabelecem tratamento diferenciado às mesmas quando da realização de contratações públicas, mais especificamente o rol dos artigos 42 a 49.

Não há no Município de Caçapava do Sul qualquer legislação específica acerca do assunto, motivo pelo qual as disposições gerais da LC nº 123/2006 são integralmente aplicáveis.

É o texto do Estatuto em comento, *in verbis*:

*“Art. 47. Nas contratações públicas da administração direta e indireta, autárquica e fundacional, federal, estadual e municipal, deverá ser concedido tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte objetivando a promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional, a ampliação da eficiência das políticas públicas e o incentivo à inovação tecnológica. (Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014)*

*Parágrafo único. No que diz respeito às compras públicas, enquanto não sobrevier legislação estadual, municipal ou regulamento específico de cada órgão mais favorável à microempresa e empresa de pequeno porte, aplica-se a legislação federal.*

*Art. 48. Para o cumprimento do disposto no art. 47 desta Lei Complementar, a administração pública: (Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014)*

*I - deverá realizar processo licitatório destinado exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte nos itens de contratação cujo valor seja de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais); (Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014)”*





Sendo o valor mensal total da contratação estimado em R\$ 1.310,00 (um mil e trezentos e dez reais) e o anual em R\$ 15.720,00 (quinze mil setecentos e vinte reais), verifica-se que a exigência contida no Preâmbulo do Instrumento Convocatório está de acordo com a previsão art. 48, inciso I, que faculta a realização de licitação diferenciada, consagrando tratamento discriminatório favorável às ME e EPP.

Porém, a LC nº 123/2006, **estabelece uma restrição à aplicação do inciso I do art. 48**, estando esta indicada no art. 49, inciso III:

*“Art. 49. Não se aplica o disposto nos arts. 47 e 48 desta Lei Complementar quando:*

*(...)*

*III - o tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte não for vantajoso para a administração pública ou representar prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto a ser contratado;” (grifo nosso)*

Contudo, o objeto da Tomada de Preços “*contratação de empresa especializada na área de informática visando a criação, implantação, manutenção, hospedagem e atualização de um sistema integrado, totalmente web de apoio e atenção especializada, com o objetivo de modernizar e agilizar sobretudo o processo de marcação de consultas e exames especializados pelo Sistema Único de Saúde – SUS*”, **não deve permitir a exclusão de participação no certame de empresas de médio e grande porte especializadas na prestação dos serviços a serem contratados**, pois ausente no processo licitatório qualquer motivo que justifique a escolha da limitação **para fins de caracterização da vantajosidade**.

Some-se a isso o fato de que, conhecedora do mercado de softwares para Gestão Pública, a Impugnante assinala a existência, no mercado gaúcho, de aproximadamente 10 (dez) empresas que ofertam o sistema a ser licitado. Nesse universo, apenas 2 (duas) ou 3 (três) delas são ME ou EPP, **situação que poderá gerar risco de não haver nenhuma empresa classificada**, ou ainda, que seja contratada uma proponente que



não disporá de um sistema do mesmo calibre daqueles ofertados por empresas de porte maior.

No caso ora em comento, houve a mera preocupação em enquadrar o certame no art. 48, inciso I da LC nº 123/2006, **SEM QUE EXISTA NO PROCESSO ADMINISTRATIVO QUALQUER INFORMAÇÃO QUE COMPROVE A VANTAGEM DA MEDIDA**, exigência esta determinada pelo art. 49, inciso III onde está assinalada a **impossibilidade** de adoção da restrição de participação das ME's e EPP's

Conforme Marçal Justen Filho (Manual de Licitações e Contratos Administrativos, 2009, p. 86, grifo nosso) "(...) *tem-se difundido a orientação de que toda e qualquer licitação com valor até R\$ 80.000,00 deveria ser restrita a ME e EPP. Essa interpretação não encontra respaldo na LC nº 123 e configura-se como inconstitucional (por estabelecer uma restrição absoluta à livre competição).*"

A propósito desse entendimento, em Consulta realizada pelo Prefeito Municipal de Coxilha (RS) ao Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul, o Auditor Público Externo da Consultoria Técnica daquela Corte de Contas, José Alaor Silveira, emitiu a Informação nº 034/2009 (Processo nº 7.102-0200/09-8 – inteiro teor em anexo), onde se lê (fl. 25).

*"Verifica-se, em face do disposto no art. 49, III, da LC, que o Estatuto, ao tempo em que assegura prerrogativas e benefícios em favor dessas entidades empresariais, **condiciona a aplicação de qualquer das hipóteses de licitação diferenciada à demonstração da vantajosidade da contratação.** Além de atender a tal condição, o tratamento diferenciado e simplificado para essas categorias de empresas **não pode representar prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto a ser contratado, o que reflete a reafirmação do primado da busca da proposta mais vantajosa.**"*

(...)

*"Mais ainda, uma vez que tal regime jurídico preferencial só se legitima como instrumento de realização dos fins estabelecidos no art. 47 da LC, **impõe-se à Administração demonstrar a instrumentalidade da licitação para a produção daqueles resultados, sob pena de invalidade do procedimento.** Trata-se, na linguagem do professor Marçal Justen Filho, **de promover a necessária harmonização entre meios e fins.**"*

(...)

*"Portanto, será imperioso demonstrar que a aplicação das restrições previstas no art. 48 é uma solução adequada a (a)*





**promover o desenvolvimento econômico e social, no âmbito municipal e regional ou (b) ampliar a eficiência das políticas públicas ou (c) incentivar a inovação tecnológica.”**

(...)

**“A ausência de compatibilidade entre o meio e o fim configurará a inconstitucionalidade da restrição, por ofensa ao princípio da proporcionalidade.”**

(...)

**Vê-se, assim, que a Administração Pública deverá demonstrar, em cada caso, que a contratação atenderá a um desses objetivos, sob pena de incorrer em desvio de finalidade.”** (grifos nossos)

É de bom alvitre assinalar que a Informação nº 034/2009 foi acolhida pelo TCE/RS e deve ser observada pelos municípios gaúchos, conforme consta na fl. 33 do documento:

*“Processo 7102-0200/09-8 - O Tribunal Pleno, à unanimidade, em sessão de 31-03-2010, acolhendo o Voto do Conselheiro-Relator, por seus jurídicos fundamentos, destaca, preliminarmente, que a resposta à presente Consulta não constitui prejulgamento de fato ou caso concreto, nos termos do que dispõe o parágrafo 2º do artigo 138 do Regimento Interno deste Tribunal, e decide pelo envio à Autoridade Consulente de cópia reprográfica da Informação nº 034/2009 da Consultoria Técnica, acolhida nesta data, com a ressalva efetuada na manifestação do Auditor Substituto de Conselheiro César Santolim, folha 41, e do Voto do Conselheiro-Relator, afim de servirem como resposta ao assunto proposto. **Decide, ainda, que seja dada ciência do conteúdo desta decisão aos demais municípios, assim como a FAMURGS, tendo em vista a importância da matéria em toda órbita municipal.**”* (grifo nosso)

Nesse contexto, indispensável assinalar que a aplicação de recursos públicos deve observar uma série de etapas e exigências previstas na Lei nº 8.666/1993, importando em um planejamento adequado, sob pena de ocorrerem graves problemas.

Conforme assinala Marçal Justen Filho (ob. cit., p. 132),

***“Mais grave ainda é o risco de planejamento intencionalmente***

6



**equivocado, visando a promover benefícios indevidos em prol de apaniguados.** (...). *Afigura-se que a supremacia dos direitos fundamentais, finalidade essencial da atividade estatal, exige que uma contratação seja postergada por algum tempo para ser bem executada antes do que a realização apressada de uma licitação defeituosa, que redundará em grande quantidade de percalços.*

É de fácil constatação a **obrigatória definição pela Administração**, na fase interna do procedimento licitatório, **dos motivos que justificam a contratação**, bem como das condições de disputa. No mesmo sentido é o entendimento de Justen Filho (op. cit., p. 133):

*“A mens legis consiste precisamente em impor à Administração o dever de abster-se de licitar impensadamente, descuidadamente. Caracteriza-se infração séria aos deveres inerentes à atividade administrativa a ausência da adoção das providências indispensáveis à avaliação precisa e profunda das necessidades e soluções que serão implementadas posteriormente. Todas essas atividades destinam-se a evitar surpresas, desperdício de tempo e de recursos públicos e início de projetos inviáveis.*

Inserir em um Edital uma cláusula restritiva de participação **exige um estudo aprofundado acerca dos elementos técnicos envolvidos.**

Em suma: para “direcionar” dado certame às ME e EPP necessária será a **demonstração de que a inserção da cláusula restritiva será efetivamente vantajosa e não resultará em prejuízos à Administração**, sob pena de restar caracterizada a existência de vício que poderá resultar no risco de insucesso do certame, em controvérsias e litígios.

#### **1.1 DOS RISCOS NA INSERÇÃO DE CLÁUSULA RESTRITIVA DE PARTICIPAÇÃO E DA VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA**

Conforme afirmado anteriormente, a vantajosidade constitui um dos requisitos a serem atendidos com a inserção de cláusula limitativa de participação, pois esta constitui um dos princípios básicos do procedimento licitatório, que visa contratar aquele que apresentar a proposta que melhor atenderá as necessidades da Administração. **Não deverá ser analisado somente o aspecto financeiro (melhor preço), mas também a adequação do interesse coletivo a ser atendido.**



No caso ora analisado, a vantajosidade do sistema integrado não poderá ser restrita apenas ao critério econômico como quer fazer valer o Município de Caçapava do Sul. Contratar esse tipo de objeto com fundamento apenas no menor preço global para a prestação dos serviços equivale adotar um critério que restringirá o universo de escolha da Administração, tendo em vista um número restrito de participantes e **não analisará a qualidade técnica**, elemento este essencial para avaliar se o objeto a ser licitado atenderá ou não às exigências do Município.

Ainda que haja previsão da verificação das funcionalidades do software ofertado pela licitante classificada em primeiro lugar antes da homologação do certame, **haverá um grande risco da proposta selecionada não atender às exigências editalícias, importando em uma maior demora na homologação da licitação e celebração do contrato.**

Suponha que em uma licitação que conte com a cláusula ora em discussão, apenas 2 (duas) empresas tenham sido classificadas, sendo uma EPP e outra ME e que aquela selecionada em 1º lugar não tenha obtido êxito na prova técnica relativa à demonstração das funcionalidades dos módulos licitados, situação essa também experimentada pela 2ª classificada.

Nesse caso, em virtude do limitado número de empresas que preenchessem o requisito estabelecido no Instrumento Convocatório, restará verificada claramente a ocorrência de prejuízo à Administração, pois ela terá exigido a atuação de servidores e empregado recursos financeiros para a promoção de uma licitação frustrada.

É de fácil constatação que o Edital em comento encontra-se eivado de irregularidades que restringem o caráter competitivo do procedimento licitatório, laborando em benefício de EPP e ME, circunstância essa materializada na restrição à participação no certame de empresas de médio e grande porte **sem que haja qualquer motivação no processo licitatório que justifique essa opção**. Ou seja: **resta maculado o princípio da isonomia, ao qual se encontra submetida toda a Administração Pública.**

Indispensável assinalar que o princípio em comento constitui base para a realização de licitações, com vistas a assegurar a igualdade de tratamento a todos os





interessados, bem como garantir a competição nos procedimentos licitatórios. Nesse sentido é a definição conceitual apresentada por Marçal Justen Filho (Curso de Direito Administrativo, 2014, p. 495), que vai ao encontro da previsão legal estabelecida na Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Veja-se:

*“A licitação é um procedimento administrativo disciplinado por lei e por um ato administrativo prévio, que determina critérios objetivos visando a seleção da proposta de contratação mais vantajosa e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável, **com observância do princípio da isonomia**, conduzido por um órgão dotado de competência específica.” (grifo nosso)*

*“Art. 3º **A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia**, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável 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**, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, 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, ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 deste artigo e no art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991; (...).*

*§ 14. **As preferências definidas neste artigo e nas demais normas de licitação e contratos devem privilegiar o tratamento diferenciado e favorecido às microempresas e empresas de pequeno porte na forma da lei. (Incluído pela Lei Complementar nº 147, de 2014) (grifo nosso)**”*

Para o jurista a busca pela proposta mais vantajosa deve ser conduzida de modo a observar os “*princípios norteadores do sistema jurídico, em especial o da isonomia*”. É possível, em alguns casos a adoção de margem de escola, à exemplo da previsão contida no art. 3º, § 14, mas isso **não significa** “a **discriminação arbitrária**, produto de preferências pessoais e subjetivas do ocupante do cargo público.” Entenda-se por “**arbitrária**” a restrição de

**participação não motivada e não justificada no processo administrativo.**

Ademais, "o ato convocatório deverá definir, **de modo objetivo**, as diferenças que **são reputadas relevantes para a Administração Pública**". Some-se a isso a "**indispensável existência de regras precisas e exatas, definindo concretamente os critérios de apuração da vantagem relacionada**".

Conforme afirmado anteriormente, **não há nenhuma menção no processo administrativo quanto aos motivos que orientaram a opção da Administração em determinar a exclusividade de participação no certame às EPP's e ME's**. Analisando-se o processo administrativo conclui-se que o motivo está fundamentado apenas no valor estimado da contratação.

Tendo em vista a importância dos módulos dos sistemas que serão contratados para o Município, haja vista a sua natureza **ESSENCIAL** para a rotina administrativa, é indispensável assinalar a necessidade de contratação de uma empresa que cumpra integralmente o objeto da licitação. Para tanto, restringir a participação de outras tantas interessadas significa impedir a escolha da proposta efetivamente mais vantajosa para o Município de Caçapava do Sul.

Resta comprovada que a previsão disposta no Preâmbulo do Instrumento Convocatório retrata um descuido da Administração, pois o sistema de gestão a ser ofertado ao Município deverá ser aquele considerado "top" no mercado, incluindo neste quesito a necessidade da empresa contratada dispor de equipe de treinamento e suporte que prime pela satisfação integral do cliente. A oferta do sistema não é o único objeto do certame. Nele estão incluídos outros serviços inerentes ao objeto licitado, como o treinamento dos servidores que utilizarão os softwares, o suporte constante às dúvidas e problemas que venham a surgir ao longo da execução do contrato, dentre outras necessidades.

Em suma: impedir a participação de empresas detentoras do *know how* técnico e detentoras de contratos de licença de outros sistemas de gerenciamento equivale aceitar a provável ocorrência de insatisfação dos servidores que irão operá-los e o não atendimento das necessidades da Administração.





Ao afrontar tais ditames, o item em análise representa **restrição ilegítima ao caráter competitivo do certame, desprovida de motivação ou de razoabilidade, resultando na violação ao Princípio da Isonomia, expressamente previsto no art. 3º da Lei n. 8.666/93, cujo teor é o seguinte:**

*“Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável 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.”*

Assim, é possível concluir que o “direcionamento” do certame não possibilita a satisfação do princípio da competitividade, além de impedir a satisfação do Princípio constitucional da eficiência que deve guiar todos contratos firmados pela Administração.

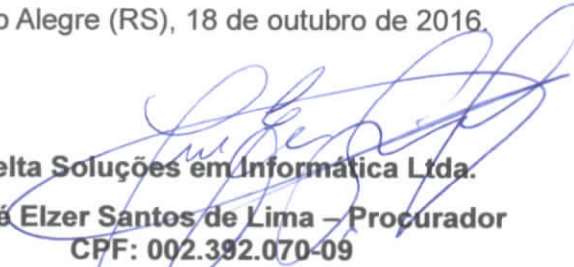
#### IV - CONCLUSÃO

Diante das falhas apontadas nesta Impugnação, que maculam os Princípios da Legalidade, Motivação, Razoabilidade e Eficiência, bem como ao não atendimento de determinações do TCE/RS, **impõe-se a correção do Instrumento Convocatório**, em observância à Lei 8.666/93 e a LC 123/06

Ante o exposto, **REQUER** a Impugnante seja retificado o Edital nº 2539/2016 e seus Anexos.

**REQUER**, igualmente, a designação de nova data para o certame.

Porto Alegre (RS), 18 de outubro de 2016.

  
Delta Soluções em Informática Ltda.  
José Elzer Santos de Lima – Procurador  
CPF: 002.392.070-09

08.703.992/0001-01

DELTA