

AO DIRETOR GERAL DO DEPARTAMENTO MUNICIPAL DE ÁGUA E ESGOTO – PREFEITURA MUNICIPAL DE PORTO ALEGRE

J-TECH SOLUÇÕES EM INFORMÁTICA LTDA., pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob o nº 05.766.304/0001-88, estabelecida na Av. Marechal Castelo Branco, n. 65, andar 12º, Bloco A, Bairro Campinas, São José/SC, CEP 88.101-020, vem, por meio de seu(s) representante(s) legal(is), apresentar **IMPUGNAÇÃO** contra dispositivos do Edital de CONCORRÊNCIA N. 02/2022, PROCESSO N. 22.10.000002278-7, o que faz com fundamento no item 7 do instrumento convocatório e no art. 41, §§ 1º e 2º, da Lei 8.666/93, pelas razões a seguir delineadas.

I. TEMPESTIVIDADE E RESUMO DO CERTAME LICITATÓRIO

1. Trata-se de licitação na modalidade de CONCORRÊNCIA PÚBLICA, tipo TÉCNICA E PREÇO, por meio do qual o Departamento Municipal de Água e Esgotos – DAMAE objetiva a contratação de serviços “*para customização, migração, implantação, manutenção corretiva, preventiva e evolutiva do Sistema Integrado de Serviços de Saneamento (GSAN)*”, conforme item 1 e termo de referência anexo ao instrumento convocatório.

2. O instrumento convocatório em debate, porém, consagra intolerável violação à isonomia e restrição à ampla competitividade, que o macula de ilegalidade. Isso será analisado no capítulo seguinte. Os vícios de ilegalidade existentes devem ser remediados a fim de que o certame ocorra com o maior número de licitantes possíveis e, por consequência, com o objetivo de que o DAMAE obtenha a proposta mais vantajosa, nos termos do art. 3º, da Lei 8.666/93.

3. Em tempo, esclareça-se que a impugnante retirou o edital na condição de potencial licitante, razão pela qual esta impugnação é tempestiva, porque protocolada até dois dias úteis antes da data fixada para recebimento das propostas, 16/16/2022 (segunda-feira), nos termos do item editalício n. 7.1, razão pela qual deve ser conhecida.

II. RAZÕES DA IMPUGNAÇÃO AO EDITAL EM TELA

a. AS JUSTIFICATIVAS APRESENTADAS PELO DAMAE PARA RESTRINGIR O CERTAME AO SOFTWARE GSAN SÃO IMPROCEDENTES!

4. O edital restringe, ilegalmente, o objeto da licitação às empresas fornecedores de software GSAN, conforme se verifica já do seu item 1:

1. DO OBJETO

O Objeto desta licitação é a prestação de serviços para Customização, Migração, Implantação, Manutenção corretiva, preventiva e evolutiva do Sistema Integrado de Gestão de Serviços de Saneamento (GSAN),, conforme **Termo de Referência anexo XII.**

5. O termo de referência – TR, anexo XII do instrumento convocatório, busca trazer justificativas da injustificável e ilegal limitação da competição. A esse respeito, foi pontuado o seguinte (p. 4 do TR):

Considerando que o Sistema Integrado de Gestão de Serviços de Saneamento (GSAN), é um software público e livre, disponibilizado pelo Ministério das Cidades, e que após a avaliação do sistema **GSAN**, pelos técnicos do **DMAE**, este se revelou compatível e aderente às características e necessidades da Empresa, a contratação dos serviços propostos justifica-se plenamente, tendo em vista a necessidade de modernização de sua área comercial, dotando-a de um sistema informatizado que permitirá encontrar as melhores soluções que levem o DMAE na direção da modernidade, da satisfação dos seus clientes, da melhoria da sua imagem pública e do seu equilíbrio financeiro.

Por ser um software livre o **GSAN** possibilitará para ao **DMAE**, entre outras, as seguintes vantagens:

- Eliminação de custos de royalties com softwares proprietários;
- Independência da empresa no que se refere ao prestador de serviços já que existem vários fornecedores para o produto;
- Possibilidade de a própria empresa assumir a manutenção do sistema;
- Nas eventuais renovações contratuais não precisa licitar o produto, apenas o fornecedor, tornando o custo bem mais baixo além de evitar os transtornos de uma nova implantação.

(p.3)

6. Nenhuma das justificativas elencadas pelo DAMAE prospera.

7. **Primeiro**, a utilização do GSAN **não** levará o DAMAE “em direção à modernidade”, simplesmente porque referido software **não** recebe atualização há mais de dois anos. Está, pois, desatualizado, conforme se prova a partir de resposta apresentada pelo Ministério

do Desenvolvimento Regional – MDR, pasta atualmente encarregada pelo software GSAN, a pedido de acesso à informação feito pela assessoria jurídica da empresa J-TECH, veja:

III - QUAL A ÚLTIMA VERSÃO DO SOFTWARE? EM QUE DATA ELA FOI LANÇADA?

A versão mais recente encontra-se no endereço: <https://softwarepublico.gov.br/gitlab/groups/gsan>, e foi disponibilizada pela COSANPA, versão número 6.17, há dois anos atrás.

(documento em anexo)

8. Ainda, da mesma resposta apresentada pelo MDR, extrai-se que **não** existe, atualmente, qualquer iniciativa para atualização do GSAN por parte do Governo Federal:

IV - AINDA EXISTE ÓRGÃO, ENTIDADE OU EMPRESA RESPONSÁVEL PELA ATUALIZAÇÃO DO SOFTWARE? EM CASO DE TERCEIRIZAÇÃO, REQUER-SE O(S) NÚMERO(S) DO(S) PROCESSO(S) ADMINISTRATIVO(S) DE CONTRATAÇÃO/CONVÊNIO?

Atualmente, por parte do Governo Federal, não existe nenhuma iniciativa para atualização do referido software. Ressalta-se que as atualizações e melhorias realizadas, estão sendo contratadas diretamente pelos prestadores de serviços usuários do sistema.

V - EM RELAÇÃO ÀS ATUALIZAÇÕES REALIZADAS POR TERCEIROS, ELAS SÃO/FORAM "COMPILADAS"/"AGLUTINADAS" PELO ÓRGÃO, ENTIDADE OU EMPRESA RESPONSÁVEL PELA ATUALIZAÇÃO DO SOFTWARE? EM CASO AFIRMATIVO, QUAL A DATA EM QUE ISSO OCORREU POR ÚLTIMO?

Conforme mencionado anteriormente, a versão mais recente que dispomos encontra-se no endereço: <https://softwarepublico.gov.br/gitlab/groups/gsan>, e foi disponibilizada pela COSANPA, versão número 6.17, há dois anos. Possivelmente, pode ser que as empresas de tecnologia da informações contratadas pelos prestadores de serviços disponham de alguma versão mais atualizada, entretanto, não podemos afirmar visto que não foram atualizadas no portal.

(documento em anexo)

9. Portanto, ou o software a ser apresentado pelas empresas que, alegadamente, trabalham com o Software GSAN está desatualizado há 2 anos, ou os softwares que tais empresas apresentarem, com melhorias e aprimoramentos, **não** são, rigorosamente, o software GSAN, público e com código livre. É outro software, camuflado, maquiado, ilegalmente, de GSAN.

10. O raciocínio é simples e lógico: se o software a ser apresentado **não** está/estiver disponível para download público, o software **NÃO** é público, nem tem código livre. Chamá-lo de software gratuito é fraude. Contratá-lo é contratar gato por lebre.

11. **Segundo**, é pura fantasia alegar que a contratação de software GSAN irá eliminar os custos de royalties que, supostamente, existiriam no caso de contratação de softwares privados. A J-TECH é empresa experiente nesse mercado e pode afirmar, com inabalável convicção, que os royalties dos alegados “softwares GSAN” são sempre embutidos, deslocados para os custos de *implantação* e, sobretudo, *manutenção preventiva, reparadora e evolutiva*. Em outros termos, a Administração Pública **não** paga menos ao decidir contratar softwares que, alegadamente, são públicos. Esse é um mito que deve ser abandonado. Inclusive, basta o DAMAE proceder a uma pesquisa de preços com empresas de softwares privados de saneamento, o que não foi feito, para comprovar que os preços delas são tão e, muitas vezes, mais competitivos do que os preços das empresas de softwares pretensamente públicos .

12. **Terceiro**, muito ao contrário do que trouxe o DAMAE na justificativa apresentada, inexistem “vários fornecedores para o produto”. Existem cerca de apenas três empresas que alegam trabalhar com o software GSAN. Aliás, como demonstrado, o software GSAN que realmente é público está desatualizado há mais de 2 anos. O que é vendido/fornecido por tais empresas é outra coisa, que não é pública. É uma customização do referido software que é **privada**, tanto que **não** está disponível no site oficial do GSAN para download, conforme informou o Ministério de Desenvolvimento Regional em resposta ao pedido de acesso a informações feito pelos advogados da J-TECH. Ora, tal prática repudiável de “privatização do software público” viola a razão subjacente à própria criação do GSAN, que era reunir todas as melhorias e evoluções do software em um espaço só e disponibilizá-las gratuitamente aos titulares de serviços de saneamento básico, o que, como visto, não é feito. Trata-se de ilegalidade grave, verdadeiro enriquecimento ilícito do particular às custas do Poder Público e, ainda, concorrência desleal com as empresas que fornecem software privados de saneamento, o que, definitivamente, não pode ser cancelado pelo DAMAE.

13. Fato é que, em relação ao mercado de softwares privados de saneamento, há um universo imenso de empresas. A J-TECH é apenas uma das várias nesse segmento.

14. Inclusive, é suspeita a escolha do tipo “técnica e preço” pelo DAMAE. Afinal de contas, se o software perseguido é apenas um (GSAN), por que razão importa a técnica?? Isso não faz sentido.

15. Ora, o DAMAE deveria saber que, quanto maior a competição, maiores as chances de se alcançar a melhor técnica pelo menor preço.

16. **Quarto**, tampouco merece trânsito o argumento de que, contratando o GSAN, o DAMAE, ele mesmo, poderia assumir sua manutenção. O argumento é infirmado, de plano, ao se verificar que o próprio objeto do certame inclui a contratação de serviços de *manutenção* do software.

17. **Quinto**, é absolutamente improcedente a alegação de que, nas eventuais renovações contratuais, o DAMAE não “precisará licitar o produto, apenas o fornecedor, tornando o custo bem mais baixo além de evitar os transtornos de uma nova implantação”. Isso porque o preço de *manutenção* do software GSAN é tão custoso quanto e muitas vezes maior do que o preço de licença de um software privado de saneamento, conforme rápida pesquisa de preço comprovaria. Tal diligência, contudo, não foi feita pelo DAMAE, que fez a afirmação sem qualquer lastro probatório. Demais disso, os softwares privados de saneamento, boa parte deles, possuem mecanismos de migração de e para o Software GSAN, de modo que é improcedente, igualmente, a alegação de que haveria transtornos com nova implantação.

18. Em suma, as justificativas apresentadas pelo DAMAE para a limitação em demasia do objeto licitado não passam de um jogo de palavras. Os argumentos, com todo respeito, são artificiais e sem nenhuma corroboração em provas. Tudo aponta na direção de haver direcionamento das regras editalícias, o que, evidentemente, é ilegal, porque incorre em expressa vedação do art. 3º, §1º, I, da Lei 8.666/93, veja:

art. 3º, § 1º **É vedado aos agentes públicos:** I - admitir, **prever**, incluir ou tolerar, **nos atos de convocação, cláusulas ou condições que** comprometam, **restringam** 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; (Redação dada pela Lei nº 12.349, de 2010)

19. Portanto, deve-se acolher a presente impugnação para afastar a restritividade do certame consistente em permitir apenas a participação de empresas que trabalham com o suposto software público de saneamento. Deve-se ampliar o objeto da licitação para possibilitar a participação e contratação de empresas que possuem softwares privados de saneamento e que entregam serviços semelhantes aos desejados pelo DAMAE.

b. É ILEGAL RESTRINGIR O OBJETO E A COMPETITIVIDADE DO CERTAME A SOFTWARE ESPECÍFICO

20. O cidadão desatento pode ter a impressão inicial de que o edital fez bem ao optar por utilizar softwares públicos GSAN, ao invés de software privados de saneamento. Afinal, parece que ao se utilizar de software público, a Administração licitante alcançaria o menor preço pelos serviços. Contudo, como demonstrado anteriormente, a impressão não é verdadeira. A Administração Pública pode conseguir soluções melhores por preços mais baixos com softwares privados.

21. Restringir o certame ao software público GSAN afasta dele potenciais licitantes que trabalham com softwares privados, que são fornecedores de solução melhor, por preço competitivo em relação àqueles que laboram com o GSAN.

22. Não bastasse, é sabido que é vedado à Administração indicar marcas, podendo indicá-la apenas como referencial, ao objetivar a contratação de serviço/produto semelhante e/ou equivalente. A jurisprudência sedimentada do Tribunal de Contas da União, aplicável ao DAMAE por força da súmula TCU n. 222¹, reforça o que ora se defende:

Permite-se menção a marca de referência no edital, como forma ou parâmetro de qualidade para facilitar a descrição do objeto, caso em que se deve necessariamente acrescentar expressões do tipo "ou equivalente", "ou similar", "ou de melhor qualidade", podendo a Administração exigir que a empresa participante do certame demonstre desempenho, qualidade e produtividade compatíveis com a marca de referência mencionada. **Acórdão 808/2019**-Plenário | Relator: WALTON ALENCAR

¹ Súmula TCU n. 222: As Decisões do Tribunal de Contas da União, relativas à aplicação de normas gerais de licitação, sobre as quais cabe privativamente à União legislar, devem ser acatadas pelos administradores dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

RODRIGUES. ÁREA: Licitação | TEMA: Edital de licitação | SUBTEMA: Marca. Outros indexadores: Referência, Qualidade

Permite-se menção a marca de referência no edital, como forma ou parâmetro de qualidade para facilitar a descrição do objeto, caso em que se deve necessariamente acrescentar expressões do tipo "ou equivalente", "ou similar", "ou de melhor qualidade", podendo a Administração exigir que a empresa participante do certame demonstre desempenho, qualidade e produtividade compatíveis com a marca de referência mencionada. Acórdão 113/2016-Plenário | Relator: BRUNO DANTAS. ÁREA: Licitação | TEMA: Edital de licitação | SUBTEMA: Marca. Outros indexadores: Requisito, Qualidade, Referência.

A vedação à indicação de marca (artigos 15, § 7º, inciso I, e 25, inciso I, da Lei 8.666/1993) **não se confunde com a menção à marca de referência, que deriva da necessidade de caracterizar/descrever de forma adequada, sucinta e clara o objeto da licitação** (artigos 14, 38, caput, e 40, inciso I, da mesma Lei) . A diferença básica entre os dois institutos é que o primeiro (excepcionado pelo art. 7º, § 5º, da Lei 8.666/1993) admite a realização de licitação de objeto sem similaridade, nos casos em que for tecnicamente justificável, ao passo que o segundo é empregado meramente como forma de melhor identificar o objeto da licitação, impondo-se a aceitação de objeto similar à marca de referência mencionada. Acórdão **2829/2015**-Plenário | Relator: BRUNO DANTAS. ÁREA: Licitação | TEMA: Edital de licitação | SUBTEMA: Marca. Outros indexadores: Requisito

23. Mais especificamente, em relação à contratação de serviços relacionados a software, o TCU decidiu que deve haver no edital, tão somente, menção à necessidade de compatibilização do software a ser contratado com o atualmente utilizado pela Administração. Veja:

Nas licitações para aquisição de licença de uso de software, é irregular a citação de marcas ou de nomes de empresas ou de produtos nos editais. Havendo necessidade de compatibilização do software a ser adquirido com o já existente na instituição contratante, as razões devem ser tornadas públicas, com as devidas justificativas, no processo da licitação, a fim de evitar interpretações dúbias ou danosas a este. Acórdão 3139/2014-Plenário | Relator: AUGUSTO SHERMAN. ÁREA: Licitação | TEMA: Edital de licitação | SUBTEMA: Marca. Outros indexadores: Software, Princípio da padronização, Fundamentação técnica, Exceção, Vedação, Justificativa

24. Portanto, bastaria ao DAMAE exigir que o software de saneamento privado apresentado seja passível de ser compatibilizado com o GSAN. Permitir a contratação de software privado **não** significa dizer que o DAMAE irá ficar preso ao referido software eternamente. A migração, em caso de troca de fornecedor, pode ocorrer facilmente.

25. A propósito, o agente público que direcionar licitação à marca específica é pessoalmente sancionável por isso, conforme jurisprudência pacífica e recente do TCU, *in verbis*;

Para fins do exercício do poder sancionatório do TCU, pode ser tipificado como erro grosseiro (art. 28 do Decreto-lei 4.657/1942 - Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro) o direcionamento de licitação para marca específica sem a devida justificativa técnica. Acórdão 1264/2019-Plenário | Relator: AUGUSTO NARDES. ÁREA: Responsabilidade | TEMA: Culpa | SUBTEMA: Erro grosseiro. Outros indexadores: Marca, Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, Indicação, Ausência, Licitação, Justificativa. Publicado: Boletim de Jurisprudência nº 268 de 24/06/2019.

26. Seja como for, impõe-se o acolhimento da presente impugnação para reconhecer a ilegalidade da restrição do objeto do certame apenas às empresas que trabalham com software GSAN.

c. ILEGALIDADE DE EXIGÊNCIAS DE HABILITAÇÃO TÉCNICA QUE PREVEJAM PRÉVIA EXPERIÊNCIA EM ATIVIDADE IDÊNTICA À QUE SE ALMEJA CONTRATAR

27. Na mesma senda restritiva, o instrumento convocatório, nos seus itens 3.4.1.b e 3.4.2.b., faz exigências, para fins de habilitação técnica, que o licitante tenha prévia experiência na execução de objeto 100% idêntico ao licitado, ignorando, solenemente, as disposições do art. 30, §3º, da Lei 8.666/93 que dispõe que “será sempre admitida a comprovação de aptidão através de certidões ou atestados de obras ou **serviços similares de complexidade tecnológica e operacional equivalente ou superior.**”

28. O TCU tem jurisprudência torrencial no sentido de ser “possível a comprovação de aptidão técnica por atestados de obras ou serviços similares, com complexidade tecnológica e operacional equivalente ou superior”. **Acórdão 2898/2012-Plenário | Relator: JOSÉ JORGE.**

29. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça aponta no mesmo sentido ao afirmar que “as regras do edital de procedimento licitatório devem ser interpretadas de modo que, sem causar qualquer prejuízo à administração e aos interessados no certame, possibilitem a participação do maior número possível de concorrentes, a fim de que seja possibilitado se encontrar, entre várias propostas, a mais vantajosa” (MS n. 5.606/DF, Rel. Min. José Delgado, DJU 10.08.1998).

30. Assim, é imperativo que se acolha a presente impugnação para o fim de reformular as exigências dos itens 3.4.1.b e 3.4.2.b com o objetivo de permitir a apresentação de documentos de habilitação técnica relativos aos serviços/softwarees similares, tal como exige o art. 30, §3º, da Lei 8.666/93.

d. ILEGALIDADE NO PRAZO DE VIGÊNCIA PREVISTO PARA O CONTRATO A SER CELEBRADO

31. O edital prevê, no seu ANEXO I – MODELO DE PROPOSTA, uma vigência contratual de 60 meses, o que viola, frontalmente, o art. 57, IV, da Lei 8.666/93, que dispõe ser de, no máximo, 48 meses a vigência de contratos relativos à utilização de programas de informática.

32. Assim, deve-se ajustar o edital nesse sentido.

e. POSSÍVEIS DESCRIÇÕES DE OBJETO QUE AMPLIARÃO O UNIVERSO DOS POTENCIAIS PROPONENTES NESTE CERTAME

33. Não cabe à J-TECH descrever como deveria ser o objeto da licitação em apreço. Porém, é possível contribuir trazendo, à guisa de exemplos, objetos descritos por Municípios brasileiros que ampliam e **não** limitam a concorrência, veja:

Concorrência n. 001/2020 – Processo n. 7391/2019 do Serviço Municipal de Água e Esgoto de Piracicaba/SP. Item 2.1 do edital: *prestação de serviços de cessão de uso de sistemas informatizados durante vigência contratual.*

Pregão Presencial n. 59/2019 – Processo Administrativo n. 5.815/19 da Prefeitura Municipal de Conchal/SP. Item 2.1 do edital: *contratação de empresa especializada para prestação de serviços de concessão e implantação de licença de uso de software de gestão de saneamento, atendimento, faturamento, arrecadação, obras e operações, para suprir/atender a necessidade do município.*

Tomada de Preços n. 128/2018 do Serviço Autônomo Municipal de Água e Esgoto de Jaraguá do Sul/SC. Item 1.1 do edital: *contratação de empresa especializada para prestação de serviços de implantação e locação de softwares integrados de gestão comercial de saneamento, que atenda as unidades do comercial, atendimento, faturamento, arrecadação, obras e operações.*

Pregão Presencial n. 40/2018 – Processo n. 56/2018 da Superintendência de Água, Esgotos e Meio Ambiente de Votuporanga/SP. Item 1.1. do edital: *contratação de empresa especializada em sistema de gestão comercial e operacional de saneamento com o fornecimento de ilimitadas licenças de uso de aplicativo.*

Pregão Presencial n. 72/2018. Edital n. 87/2018 da Companhia Ituana de Saneamento. Preâmbulo do edital: *Contratação de empresa especializada para fornecimento de sistema, instalação, migração/conversão da base de dados, configuração, alteração, atualização, customização, manutenção, suporte, monitoramento, treinamento e operação assistida, fornecimento e gerenciamento de softwares, sistema este dedicado para esta autarquia.*

34. O edital e anexos dos referidos certames são públicos, na forma do art. 3º, § 3º, da Lei 8.666/93, e estão disponíveis na internet.

III. CONCLUSÃO

35. À vista do exposto, pugna-se pelo acolhimento da presente impugnação para reconhecer a ilegalidade do edital e seu termo de referência ao restringir o objeto do certame apenas às empresas que trabalham com software, alegadamente, público de gestão de saneamento (GSAN). Acolhida a impugnação, impõe-se a redesignação da data para entrega dos envelopes, nos termos do art. 21, §4º, da Lei 8.666/93.

36. Por fim, destaque-se que a manutenção das ilegalidades guerreadas **será** objeto de imediata representação ao Tribunal de Contas (art. 113, §1º e 2º, da Lei 8.666/93 e art. 74, §2º, da CRFB), bem como ao Ministério Público para apurar eventual ato de improbidade administrativa (art. 11, da LIA) e eventual crime (art. 90, Lei 8.666/93) em razão da flagrante ilegalidade que consistiria a permanência dela, que reduz sobremaneira a competitividade do certame e impede a obtenção da proposta mais vantajosa à Administração Pública licitante (art. 3º, Lei 8.666/93).

Nesses termos, pede deferimento.

São José/SC, 11 de maio de 2022.



J-TECH SOLUÇÕES EM INFORMÁTICA LTDA.