

A
DEL GIÚDICE AYALA & MAIA
Av. Brasil, 1.666, 13º andar
Funcionários
Belo Horizonte/MG

Trata-se de impugnação interposta em nome da pessoa jurídica MARPH SERVIÇOS E SOLUÇÕES EM TI LTDA – ME, no dia 18/4/2018, aos termos do edital BDMG-09/2018, da qual conheço apenas no seu caráter de Representação interposta pela própria sociedade de advogados DEL GIÚDICE AYALA & MAIA, não comprovada a existência dos poderes de representação legal.

Preliminarmente, ressalte-se que, pela intempestividade, em razão do que prescreve o Decreto Estadual 44.786/2008, art. 11, e o edital, item 2.2, a manifestação junto ao BDMG assumiu caráter de simples petição, com fundamento do art. 5º, inciso XXXIV da Constituição Federal, sem efeito suspensivo e sem vinculação ao prazo de resposta estabelecido pela legislação específica e o edital.

No magistério de Hely Lopes Meirelles¹, tem-se que

Representação ou direito de petição é prerrogativa constitucional de toda pessoa física ou jurídica, "em defesa de direito ou contra ilegalidade ou abuso de poder" (Constituição Federal, art. 5º, XXXIV, "a"). Não é recurso administrativo hierárquico, nem via judicial. É o meio pelo qual as pessoas podem levar ao conhecimento de autoridade competente ilegalidade cometida pelo Poder Público na prática de ato ou contrato, para a devida correção. **Não tem rito especial, nem prazo para seu exercício. Basta que o denunciante indique a conduta ilegal e subscreva a denúncia para as providências do órgão competente.** [...].

Pronuncia-se desta forma, Marçal Justen Filho²:

7) Direito de Petição

Além dos recursos, pode-se aludir à representação, que corresponde a uma modalidade do exercício do direito constitucional de petição.

A representação não possui forma nem requisitos específicos além daqueles deduzidos no art. 5º, inc. XXXIV, da Constituição Federal.

Como os vícios das contratações administrativas autorizam qualquer cidadão a exercitar ação popular, todo e qualquer cidadão está legitimado a exercer o direito de representação sobre eventos ocorridos no curso da licitação ou de contratos administrativos, desde que caracterizem ato viciado lesivo à Administração Pública.

O pedido de reconsideração sempre poderá ser manifestado, relativamente a qualquer decisão administrativa. **O pedido não possui efeito suspensivo e não acarreta maiores consequências.** [...]

Insurgindo-se contra a regra prevista no edital, Anexo II, item 2.4.1, a DEL GIÚDICE expõe que o "Tal exigência (...) não é razoável e, além de abusiva, fere o princípio da ampla concorrência nas

¹ Hely Lopes Meirelles. *Licitação e Contrato Administrativo*. 12ª ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 1999. p. 241.

² Marçal Justen Filho. *Comentários a Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 17ª. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 1435.



licitações (...) porque, ao determinar a obrigatoriedade da Administração Pública em selecionar a proposta que melhor atenda às suas necessidades, a lei tratou de estabelecer requisitos técnicos mínimos de atendimento e também limitou expressamente a sua comprovação”, remetendo à Lei Geral de Licitações, art. 30, e afirmando que “a lei expressamente estabeleceu um limite de qualificação técnica a ser exigida” e que “extrapolando a finalidade contida na lei, o edital, no item 2.4 previu uma exigência técnica abusiva”. Expende ainda, sobre o Anexo I-A do edital, que “a estrutura de dados é única, e parte fundamental de um software. Criada pela engenharia de dados, juntamente com o código fonte, é uma das características que difere os softwares. É, em outras palavras, o DNA do software. Uma estrutura bem modelada é determinante para que o software desenvolvido seja mais rápido, íntegro e estruturado”; que “se a estrutura dos dados é especificada pelo edital, não pode se esperar que exista nenhum software pronto com a mesma estrutura. Dessa forma, o objeto da licitação não é um software, mas uma prestação de serviços de desenvolvimento de um software customizado”; que “é incoerente e fere o princípio da razoabilidade a exigência de atestado de capacidade técnica de fornecimento de software para gerenciamento de créditos habitacionais”; e que “o atestado solicitado deveria ser de prestação de serviços de desenvolvimento de software nos padrões tecnológicos a serem especificados com acesso ao sistema de banco de dados que estas tabelas estão armazenadas”.

A irresignação da Requerente fundamenta-se numa compreensão absolutamente equivocada da natureza do objeto licitado. Além dos serviços conforme prescritos, licita-se o fornecimento de licença de uso de software. Por óbvio, a comercialização da licença de utilização implica necessariamente na preexistência do software no mercado.

Nos autos do procedimento licitatório, documentou-se haver comercializados pelo menos três softwares de gestão de créditos habitacionais.

Sobre o conteúdo do Anexo I-A, refere-se à disposição do edital, Anexo V, item 3.1.5.19, não cabendo a interpretação dada pelo Requerente.

Acerca da aludida ilegalidade da regra de habilitação altercada, a capacidade técnico-operacional objetiva demonstrar, por meio de atestado emitido em nome da pessoa jurídica, a experiência anterior da licitante enquanto organização empresarial capaz de realizar o fornecimento e os serviços a serem contratados.

Para tanto, nos termos da jurisprudência do TCU, é possível a Administração estabelecer exigência de parcelas a serem comprovadas pelas licitantes em seus atestados. O tema foi pacificado com a edição da Súmula nº 263/11:

Para a comprovação da capacidade técnico-operacional das licitantes, e desde que limitada, simultaneamente, às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto a ser contratado, é legal a exigência de comprovação da execução de quantitativos mínimos em obras ou serviços com características semelhantes, devendo essa exigência guardar proporção com a dimensão e a complexidade do objeto a ser executado³.

Nesse viés, a exigência guarda proporção com a dimensão e a complexidade dos serviços, o gerenciamento dos créditos concedidos aos beneficiários do Fundo de Apoio Habitacional aos Militares do Estado de Minas Gerais – FAHMEMG, criado pela Lei Estadual nº 17.949, de 22 de dezembro de 2008.

³ Habilitação – Técnica – Parcela de maior relevância – Definição – Importância. Revista Zênite – Informativo de Licitações e Contratos (ILC), Curitiba: Zênite, n. 255, p. 498, mai. 2015, seção Perguntas e Respostas.

E tal exigência de qualificação técnica, uma vez que vinculada às parcelas de maior relevância, não caracteriza qualquer prejuízo ao caráter competitivo do certame, como salienta o já citado doutrinador Marçal Justen Filho⁴:

Portanto, a invalidade não reside na restrição em si mesma, mas na incompatibilidade dessa restrição com o objeto da licitação e com os critérios de seleção da proposta mais vantajosa. Aliás, essa interpretação é ratificada pelo previsto no art. 37, XXI, da CF/1988 "(...) o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações)". A incompatibilidade poderá derivar de a restrição ser excessiva ou desproporcionada às necessidades da Administração.

Também o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou sobre o tema:

(...)4. Não fere a igualdade entre os licitantes, nem tampouco a ampla competitividade entre eles, o condicionamento editalícios referente a experiência prévia dos concorrentes no âmbito do objeto licitado, a pretexto de demonstração de qualificação técnica, (...).

5. Os princípios da igualdade entre os concorrentes e da ampla competitividade não são absolutos, devendo ser ponderados com outros princípios próprios do campo das licitações, entre eles o da garantia da seleção da melhor proposta e o da segurança do serviço/produto licitado.

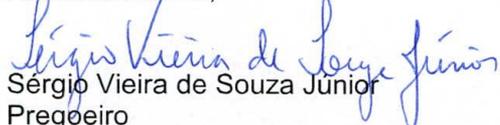
6. Tem-se aí exigência plenamente proporcional pois (i) adequada (a prévia experiência em atividades congêneres ou similares ao objeto licitado é medida que faz presumir, como meio a qualificação técnica – o fim visado), (ii) necessária (a prévia experiência em atividades congêneres ou similares ao objeto licitado é medida de fácil demonstração, autorizando a sumarização das exigências legais) e (iii) proporcional em sentido estrito (facilita a escolha da Administração Pública, porque nivela os competidores uma vez que parte de uma qualificação mínima, permitindo, inclusive, o destaque objetivo das melhores propostas com base no background dos licitantes).

7. precedentes desta corte Superior.

8. Recurso especial provido. " (REsp nº 1.257.886/PE, 2ª T., rel, MIN Mauro Campbell Marques, j. em 03.11.2011, DJe de 11.11.2011). (Grifamos)

Por todo o exposto, a solicitação de qualificação técnica feita no edital em questão não fere qualquer princípio norteador das licitações públicas e apenas estabelece exigência para a execução adequada e eficaz do serviço objeto da licitação, nos moldes da Constituição Federal e da legislação específica, ao que considero não procedentes as alegações da requerente e o pedido para modificação da exigência contida no edital, Anexo II, item 2.4, não será acolhido.

Atenciosamente,


Sérgio Vieira de Souza Júnior
Pregoeiro

Banco de Desenvolvimento de Minas Gerais S.A. – BDMG

⁴ Marçal Justen Filho. *Comentários a Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 17ª. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 94.