

ILUSTRÍSSIMA SENHORA PREGOEIRA DA COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÃO DA ARSER – MACÉIO / ALAGOAS

EMPRESA AMC INFORMÁTICALTDA, com sede na Rua Rodovia Governador Mário Covas, nº 3.979 – Bairro Planalto de Carapina – CEP 29162-703, Estado Espírito Santo, inscrita no CNPJ/MF sob o nº 62.541.735/0006-94, e-mail: josereis@amcinformatica.com.br, telefone (27) 3338-9085 por seu responsável legal, sr. José dos Reis DE Campos, vem respeitosamente, vem, mui respeitosamente apresentar, com fulcro no art. 37, inciso XXI da Constituição Federal, no art. 3º, caput e §1º, I, c/c art. 7º, §5º e §6º da Lei 8.666/1993; apresentar

“IMPUGNAÇÃO AO EDITAL DO “PREGÃO ELETRÔNICO Nº 038/2018”

Em razão de exigências que somadas resultam num *illegal* e involuntário direcionamento, o qual reduzirá amplamente a competitividade, sacrificando os principais princípios constitucionais que norteiam a Administração Pública.

1. DA TEMPESTIVIDADE

A licitação em epígrafe tem sua Sessão Pública de Abertura agendada para o dia 10 de abril de 2018, às 09h00min.

O edital de licitação estabelece no item 7.2 o prazo para a interposição de impugnação, conforme se transcreve:

7.2 A licitante **devidamente qualificada** poderá impugnar no horário das 8:00 às 14:00, no protocolo da ARSER/CPL, situada na Rua Engenheiro Roberto Gonçalves de Menezes nº 71, (antiga Rua da Praia) – Centro – Maceió/AL – CEP: 57.020-680 – Fone: (82) 3315-3713/3714/3715, ou por meio eletrônico através do e-mail: gerencia.licitacoes@arser.maceio.al.gov.br, até 02 (dias) úteis antes da data fixada para a abertura da sessão pública.

Levando-se em conta o prazo estabelecido e considerando-se que a data fixada para abertura da sessão é dia 10 de abril às 9:00hs do corrente ano. Logo o prazo para interposição de Impugnação encerra-se em 06 de abril de 2018.

Em face do exposto, deve ser a presente Impugnação considerada, nestes termos, plenamente tempestiva.

2. DOS FATOS

A empresa, ora Impugnante, obteve o Edital de

licitação através do site; licitações do Banco do Brasil, analisando-se todas as suas condições de entrega, pagamento, especificações e após as verificações, a empresa detectou **graves vícios no referido edital**, os quais põem em risco a sua participação no certame, tanto quanto de quaisquer outros prováveis interessados.

O instrumento convocatório é composto de tão somente 01 (um) lote, com 22 (vinte e dois) itens.

Para o lote de um vasto universo de itens em um mesmo grupo, que cumulados possuem um único e claro *ilegal vício*, qual seja, **limitar a participação no certame a uma única empresa que atenda todos os itens.**

Nada obsta informar que, o conjunto do Edital, exigências do termo de referência, seja através da especificação técnica, seja através das exigências acima evidenciadas, **o Edital está maculado de vício insanável de tal forma que somente que prejudica completamente o caráter competitividade.**

Portanto, excluindo todas as outras maiores empresas de desenvolvimento de softwares disponíveis no mercado nacional com potencialidade de participar e atender a finalidade deste certame, afrontando a todos os princípios constitucionais que prezam pela eficiência, isonomia, competitividade (ampla concorrência), razoabilidade, finalidade e, em especial, **moralidade.**

3. DO UNIVERSO DE ITENS PARA UM MESMO GRUPO: RESULTANDO EM RESTRIÇÃO A AMPLA COMPETITIVIDADE. NECESSIDADE DE DEMEMBRAMENTO DOS GRUPOS.

O Termo de Referência estipula especificações minuciosas de todos os itens a serem adquiridos, com rigor de detalhes, reunindo 22 (vinte e dois) itens em um mesmo lote/grupo, cuja natureza genérica abaixo relacionamos;

- a) Aquisição de códigos-fontes,
- b) Implantação, treinamento e transferência da tecnologia;
- c) Fornecimento de serviços continuados de terceirização de mão-de-obra especializada para manutenção da solução implantada, e
- d) Fornecimento de Infraestrutura e Garantia Tecnológica,

Salienta-se que todos estes itens, resultando em 22 (vinte e dois) itens, que formariam lotes distintos, foram AGRUPADOS EM UM MESMO LOTE UNICO, demonstrando-se desarrazoada e desproporcional, **sendo impossível qualquer justificativa que possa sustentar o referido agrupamento de tantos itens distintos.**

No que se refere ao Item (a), existe uma dúvida de interpretação, pois no Anexo I, os critérios base na capacitação

No anexo I – A encontramos como **CRITÉRIOS BÁSICOS**: Como exigência básica desta contratação a **solução tecnológica a ser contratada** deverá seguir os seguintes critérios básicos, com base na capacidade de manutenção contínuo deste projeto:

“Aquisição da solução, acompanhada de todo código fonte, scripts de banco de dados, manuais de operação, implantação e do código fonte”.

Neste caso, é necessário que seja definido com clareza, o objeto a ser contratado: “Aquisição do código-fonte” ou a “aquisição da solução com disponibilização do código-fonte”, em conformidade com o que diz o **TJ/DF, AC nº 20130111046103**:

O pedido da Administração foi julgado improcedente em primeiro grau “por não haver disposição expressa quanto à disponibilização do código fonte” nos documentos que instruíram o procedimento licitatório ou no contrato firmado. O Relator, ao apreciar o caso, adotou parte dos argumentos lançados na sentença como razão para decidir e citou o seguinte trecho “denota-se claramente que o edital convocatório do certame, bem como o contrato assinado entre as partes, nada mencionam quanto à disponibilização do código-fonte dos sistemas elaborados, não fazendo parte, portanto, do objeto da licitação promovida pela Administração Pública”. Acrescentou que o **“código-fonte de linguagem computacional encontra amparo no Direito Autoral e os negócios que o envolvem interpretam-se restritivamente”** e complementou que, diante desse quadro, **“mostra-se imprescindível expressa previsão contratual para que a contratada ceda, em favor da contratante, a propriedade intelectual do código-fonte proveniente dos serviços prestados”**. Por fim, considerou que a Administração não comprovou o fato constitutivo do seu direito e decidiu por denegar provimento aos recursos interpostos, mantendo a sentença recorrida. (Grifamos.) **(TJ/DF, AC nº 20130111046103)**

O objeto a ser licitado se trata de e **“aquisição / disponibilização** de softwares com fornecimento dos códigos fontes, com implantação, treinamento e transferência de tecnologia; “manutenção legal, corretiva, evolutiva e adaptativa” e “infraestrutura e garantia tecnológica”, a unificação dos objetos para contratação em um único lote e por EMPREITADA GLOBAL, conforme Clausula 5ª, item 5.1 da Execução do Objeto, contraria o que determina o:

ACÓRDÃO 1710/2004 – PLENÁRIO TCU:

“Quanto ao argumento sobre a conveniência da contratação conjunta do licenciamento dos softwares e dos serviços correlatos - assistência técnica, treinamento e certificação, suporte técnico e consultoria, há que se ressaltar,

conforme apontado no Voto condutor da decisão recorrida, que, antes mesmo da prolação dessa decisão, este Tribunal já havia firmado o entendimento, por meio das Decisões 186/1999 e 811/2002 do Plenário, no sentido da obrigatoriedade da contratação separada desses fornecimentos. (grifos nossos).

Feitas essas observações, acompanho, na íntegra, o Voto apresentado pelo eminente Relator. TCU, Sala das Sessões, 3 de novembro de 2004. Augusto Sherman Cavalcanti - Ministro-Substituto - GRUPO I – CLASSE V – Plenário - TC 002.116/2015-4.

Desta forma, afastada quaisquer tentativas de justificar a realização da disputa nos termos inicialmente programados, patente a necessidade de desmembramento.

Observe-se ainda que a Jurisprudência do TCU é pacífica no sentido de que a regra geral é de adjudicação por item e não por grupo, conforme Súmula 247 do TCU:

Súmula 247 do TCU SÚMULA Nº 247. É obrigatória a admissão da adjudicação **por item e não por preço global**, nos editais das licitações para a contratação de obras, serviços, compras e alienações, cujo objeto seja divisível, desde que não haja prejuízo para o conjunto ou complexo ou perda de economia de escala, tendo em vista o objetivo de **propiciar a ampla participação de licitantes** que, embora não dispondo de capacidade para a execução, fornecimento ou aquisição da totalidade do objeto, possam fazê-lo com relação a itens ou unidades autônomas, devendo as exigências de **habilitação adequar-se a essa divisibilidade**

Neste sentido, o Tribunal de Contas da União também se posicionou que as licitações por lotes podem ser realizadas desde que: não afastem drasticamente a competitividade e os materiais guardem relação entre si, favorecendo economia de escala e padronização nos mesmos ambientes.

3.1 NECESSIDADE DE SEPARAÇÃO: AQUISIÇÃO DE SOFTWARES, MANUTENÇÃO DA SOLUÇÃO IMPLANTADA E INFRAESTRUTURA E GARANTIA TECNOLÓGICA

Neste sentido, inegável que são objetos distintos, para atender uma solução global. Sendo, portanto, considerado produtos que merecem ser licitados em lotes distintos, num mesmo processo, visando a ampla competitividade.

Quanto as “**manutenções legal, corretiva, evolutiva e adaptativa**”, subitens: 1.1, 2.1, 2.2, 2.3, 3.1, 4.1, 4.2, 5.1, 6.1, 7.1, 8.1, 9.1, 10.1, 11.1, 12.1, 12.2, 13.1, 14.1, 14.2, 15.1, 16.1, após a implantação da Solução de Tecnologia objeto deste processo licitatório, pelo prazo de 45 (quarenta e cinco) meses, ou seja, prestação de serviços continuados, amparados pelo Plano Plurianual, que é regulamentado pelas IN nº 2, de 30.04.2008, alterado pela IN nº 6, de 23.12.2013 e

IN nº 5, de 25.05.2017, que obriga a apresentação da PLANILHA ANALÍTICA DE COMPOSIÇÃO DE CUSTOS E FORMAÇÃO DE PREÇOS CONSTANTE DO ANEXO III.

Quanto a **“customização, implantação, possíveis migrações”**, itens 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15 e 16, é estipulado um prazo de 3 (três) meses, neste caso os serviços não são continuados; poderão ser feitas a junção aos “treinamentos” itens 17, 18, 19, 20 e **“aquisição/disponibilização quanto de código fonte”** item 21, em um único lote, por serem objetos associados.

Ocorre que o Item 5.1.4 – A contratada será responsável por realizar **“vários”** eventos, destinados aos usuários do módulo, contribuintes, associações de classe (exe. contabilidade), bem como promover treinamentos, para técnicos, auditores fiscais e técnicos de informática; 5.1.4.8 A Contratada deverá incluir em seus custos, todos os ônus relativos aos treinamentos.

Com exceção dos 5 (cinco) técnicos de informática explicitados no Item 5.1.7.5.3, não há quantitativos definidos, pois o termo **“vários”**, significa indefinidos, o que inviabiliza a formação dos custos da proposta das participantes do presente processo licitatório.

Quanto ao **“DATA CENTER”**, item 21, entendemos que seja o Item 20. INFRAESTRUTURA E GARANTIA TECNOLÓGICA; 20.1. Infraestrutura tecnológica, trata-se fornecimento de equipamentos, softwares, de acordo com o subitem 2.1, subitens “a” a “k”, na qual não estabelece as quantidades e especificações técnicas mínimas dos equipamentos a serem fornecidos; e 20.2 e 20.2. Garantia Tecnológica; o Edital no Item 25. DA INFRAESTRUTURA E GARANTIA TECNOLÓGICA, o subitem 25.1 diz “As condições da Infraestrutura e Garantia Tecnológica estão descritas nas Cláusulas Nona e Décima da Minuta do Contrato Administrativo, anexo VI deste edital.”.

Para surpresa da requerente ao analisar a Minuta do Contrato, a Clausula Nona – Estrutura Tecnológica, Subitem 9.1, explicita as condições do item, e para surpresa da requerente não encontra a Clausula Décima – Garantia Tecnológica, o que impossibilita apurar os custos deste lote, pela falta das informações que deveriam constar na mesma.

Diante de todo o exposto no Tópico 3 desta Impugnação, requer-se que:

4. DO DESCUMPRIMENTO LEGAL

A Carta Magna vincula os atos da Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência e dispõe:

Art. 37...

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que **assegure igualdade de condições a todos os concorrentes**, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos

termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. (grifo nosso)

Neste sentido, em consonância ao princípio da Soberania Constitucional, a Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos nº 8.666/93, veda de forma clara e veemente a utilização de quaisquer manobras, atos, cláusulas e/ou condições, julgamentos e decisões que discriminem ou afastem o caráter competitivo do certame, bem como estabeleçam preferências, distinções ou situações impertinentes ou irrelevantes para especificar o objeto do contrato.

O inciso I do art. 40, da lei r. Lei estabelece que o objeto deve ser descrito no edital de licitação de forma sucinta e clara e o inciso I, do art. 3º, assim determina:

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

Não obstante, a Lei Geral de Licitações, em seu art. 7º,5º e §6º, se posiciona expressamente contrário ao direcionamento e a concomitante restrição da competitividade ao procedimento licitatório, conforme transcrevemos abaixo:

Art. 7º....

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

no ato convocatório.

§6º A infringência do disposto neste artigo implica a nulidade dos atos ou contratos realizados e a responsabilidade de quem lhes tenha dado causa. (grifo nosso).

A doutrina de Hely Lopes Meirelles, acerca de tão relevante tema, assim nos ensina:

A igualdade entre os licitantes é princípio impeditivo da discriminação entre os participantes do certame, que através de cláusulas que, no edital ou convite, favoreçam uns em detrimento de outros, quer mediante julgamento faccioso, que desiguale os iguais ou iguale os desiguais.

O desatendimento a esse princípio constitui a forma mais insidiosa de desvio do poder, com que a Administração quebra a isonomia entre os licitantes, razão pela qual o Judiciário tem anulado editais e julgamentos em que se descobre a perseguição ou o favoritismo administrativo, sem nenhum objetivo ou vantagem de interesse público. (grifo nosso).

A Doutrina do Ilustre Marçal Justen Filho, acerca de tão relevante tema assim nos ensina

“Caberá à Administração, na fase interna antecedente à própria elaboração do ato convocatório, avaliar os requisitos necessários, **restringindo-se ao estritamente indispensável a assegurar um mínimo de segurança quanto à idoneidade dos licitantes.**”

“Um dos caracteres mais marcantes da Lei nº 8.666 foi a redução da margem de liberdade da Administração Pública nesse campo e a limitação do âmbito das exigências. **Buscou evitar que exigências formais e desnecessárias acerca da qualificação técnica se constituam em instrumento de indevida restrição à liberdade de participação em licitação.**” (grifo nosso).

O posicionamento do Tribunal de Contas acerca do agrupamento de itens é claro sobre a **necessidade de justificativa que o admite:**

A licitação por lote, com a adjudicação pelo menor preço global, sem comprovação de eventual óbice de ordem técnica ou econômica que inviabilize o parcelamento do objeto em itens, **caracteriza restrição à competitividade do certame, em vista do**

disposto nos art. 15, inciso IV, e 23, § 1º, da Lei 8.666/93.

Representação relativa à licitação conduzida pelo Banco do Brasil A, mediante pregão para ata de registro de preços, destinada à aquisição de equipamentos de ar condicionado tipo split, para as dependências do banco localizadas nos estados do Amapá e ará, apontara, dentre outras irregularidades, possível restrição à competitividade do certame. A limitação decorreria da organização da licitação em um único lote e da adjudicação pelo menor preço global, sem a comprovação da inviabilidade técnica e econômica do parcelamento do objeto em itens. Em juízo de mérito, realizadas as oitivas regimentais após concessão da cautelar pleiteada pelo representante, o relator considerou insuficientes os argumentos trazidos pelo Banco do Brasil, mormente no que respeita aos óbices à participação de fabricantes dos equipamentos licitados, decorrentes da adoção de lote único. Nesse sentido, consignou que “a falta de parcelamento do objeto, quando este é técnica e economicamente viável, contraria a legislação em vigor (arts. 15, inciso IV, e 23, § 1º, da Lei nº 8.666/1993) e a jurisprudência consolidada no Tribunal (Súmula nº 247), restringe a competitividade da licitação e prejudica a obtenção da proposta mais vantajosa para a Administração, ao impedir que os fabricantes dos produtos possam participar diretamente da competição”. Nesse passo, configurada a irregularidade, o Tribunal, ao acolher o juízo de mérito formulado pelo relator, julgou procedente a Representação e fixou prazo para o Banco do Brasil adotar medidas destinadas à anulação do pregão. Acórdão 1913/2013-Plenário, TC 004.526/2013-9, relator Ministro José Múcio Monteiro, 24.7.2013

Seguindo os entendimentos pacíficos do TCU:

O critério de julgamento de menor preço por lote somente deve ser adotado quando for demonstrada inviabilidade de se promover a adjudicação por item e **evidenciadas razões que demonstrem ser aquele o critério que conduzirá a contratações economicamente mais vantajosas.**

Representação formulada por licitante a respeito de possíveis irregularidades cometidas pelo

Comando da 8ª Região Militar na condução de pregão eletrônico destinado a registro de preços para contratação de solução de infraestrutura de servidores de rede, contemplando o fornecimento de gabinetes (chassis), de servidores de rede em lâminas (blade) e de softwares de virtualização. Foram apresentadas pela representante cinco alegações de irregularidades que, após análise de oitivas pela unidade técnica, mostraram-se inexistentes ou sem suporte documental para fundamentá-las. No entanto, do exame da ata do pregão questionado, a unidade instrutiva constatou que a licitante vencedora, embora tenha oferecido o melhor preço global, ofertou preço unitário mais vantajoso em somente 11 (34,35%) dos 32 itens da licitação: nove dos dezessete itens do Lote 1 (revogado pelo órgão licitante antes mesmo do atendimento das oitivas) e dois dos quinze itens que compunham o Lote 2. Tal fato, consignou a unidade técnica, contraria a jurisprudência do TCU, a qual considera que a adjudicação por lote é, em regra, incompatível com a aquisição futura por itens, tendo em vista que alguns itens podem ser ofertados pelo vencedor do lote a preços superiores aos propostos por outros competidores (Acórdão 2695/2013-Plenário) e que nas licitações por lote para registro de preços, mediante adjudicação por menor preço global do lote, deve-se vedar a possibilidade de aquisição individual de itens registrados para os quais a licitante vencedora não apresentou o menor preço (Acórdão 343/2014- Plenário). Por se tratar de registro de preços, a unidade técnica propôs restringir adesões à ata de registro de preços do Comando da 8ª Região Militar, uma vez que a permissão integral pode levar a que outros órgãos da administração equivocadamente adquiram produtos para os quais a detentora da ata não ofertou preço mais vantajoso na fase de lances. No mérito, o Relator anuiu às conclusões da unidade instrutiva e colacionou julgado no sentido de se adotar preferencialmente o critério de adjudicação por item, admitindo-se o julgamento de menor preço por lote aos casos de comprovada inviabilidade do primeiro e evidenciada vantagem econômica, haja vista que na licitação por menor preço global do lote, a vantajosidade para a Administração somente se concretiza na medida em que for adquirido do

licitante o lote integral dos itens, pois o preço é resultante da multiplicação de preços dos bens licitados pelas quantidades estimadas, configurando danos ao erário a compra de itens cujos preços registrados não sejam os menores ofertados na disputa (Acórdão 4.205/2014 - 1ª Câmara). Destacou, também, precedente do TCU com determinação ao Comando da 9ª Região Militar para que se abstenha, em licitação para registro de preços, de adotar como critério de adjudicação o de menor preço global por grupo/lote, concomitantemente com disputa por itens, sem demonstração da vantagem econômica dessa modelagem de certame (Acórdão 2.977/2012- Plenário). O Tribunal, seguindo o voto do relator, decidiu determinar ao Comando da 8ª Região Militar que não adquira, individualmente, os itens do Lote 2 não adjudicados pelo melhor lance e se abstenha de autorizar adesão a quaisquer dos referidos itens, dando ciência ao referido Comando de que o critério de julgamento de menor preço por lote, como o verificado no Pregão Eletrônico 28/2014, somente deve ser adotado quando for demonstrada inviabilidade de promover a adjudicação por item e evidenciadas fortes razões que demonstrem ser esse o critério que conduzirá a contratações economicamente mais vantajosas. Acórdão 1680/2015-Plenário, TC 030.513/2014-6, relator Ministro Marcos Benquerer Costa, 8.7.2015.

5. DA RESPONSABILIZAÇÃO ADMINISTRATIVA.

A competitividade é um princípio fundamental da licitação e tem a devida proteção pela legislação, tipificando a ação injusta e culminando pena aos agentes que ensejarem frustrar este princípio, conforme disposição da Lei Geral de Licitações:

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. (grifo nosso).

Outrossim, a Administração Pública ao estabelecer, sem justificativa conforme determina a Lei 8.666/93, agrupamento de itens que inviabilizem a competição, é motivo *illegal* de

limitar o objeto do certame, poderá culminar na *necessária* nulidade do procedimento, responsabilizando os agentes públicos, nos termos acima expostos.

6. DOS PEDIDOS

Ante o acima exposto, vem à presença de Vossa Senhoria, com o devido respeito, a fim de requerer:

- a) Deferir a expedição da presente Impugnação e, assim sendo:
- b) Sejam sanadas as irregularidades apontadas do Edital em epígrafe, quais sejam: *(I) inserir a Planilha Analítica de Composição de Custos e Formação de Preços; (II) Inserir a Clausula Décima da Minuta de Contrato; (III) Desmembramento do LOTE UNICO, viabilizando a máxima competitividade, criando-se lotes distintos para os 22 (vinte e dois) itens, conforme demonstrado nesta impugnação. (IV) Seja excluída qualquer cláusula que viole competitividade e a isonomia dos licitantes, conforme fundamentação.*

De qualquer decisão proferida sejam fornecidas as fundamentações jurídicas da resposta e todos os pareceres jurídicos e técnicos a este respeito;

Nestes termos,
Pede deferimento

São Paulo (SP), 6 de abril de 2018



JOSE DOS REIS DE CAMPOS
REPRESENTANTE LEGAL
CPF: 904.566.108/04 – RG: 7.443.065-SSP/SP