

**ILUSTRÍSSIMO (a) SENHOR (a) PRESIDENTE DA COMISSÃO DE LICITAÇÃO DA
PREFEITURA DE MACEIO, MD. RESPONSÁVEL PELO EDITAL DO PREGÃO
ELETRÔNICO – ARSER/DL/CPL nº 31/2018.**

**URGENTE: DATA PREVISTA PARA ABERTURA DO CERTAME: 10 de abril de
2018 às 9h00.**

IMPUGNANTE: EICON CONTROLES INTELIGENTES DE NEGÓCIOS LTDA.

IMPUGNADA: PREFEITURA MUNICIPAL DE MACEIO

PREGÃO ELETRÔNICO – ARSER/DL/CPL nº 31/2018.

EICON CONTROLES INTELIGENTES DE NEGÓCIOS LTDA., pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ: 53.174.058/0001-18, inscrição estadual nº 144.282.651.118 com sede na Rua Bom Pastor, 2732 – cj. 11 – Ipiranga – São Paulo – SP CEP.: 04203-003, por seu advogado que ao final subscreve, endereço de E-mail: juridico@tecnogroup.com.br, vem respeitosamente à presença de Vossa Excelência apresentar a presente:

IMPUGNAÇÃO

ao Edital de **EDITAL DO PREGÃO ELETRÔNICO – ARSER/DL/CPL nº 31/2018**, oriundo do Processo Administrativo nº n.º 2500/014806/2017, com fundamento no artigo 41 e parágrafos da Lei Federal nº 8.666/93, pelos motivos a seguir expostos:

I – DA CONTRATAÇÃO PRETENDIDA PELO EXECUTIVO MUNICIPAL DE MACEIO

A Prefeitura Municipal de Maceió, com a finalidade de efetivar a contratação “da proposta mais vantajosa visando o fornecimento de Sistema Integrado: Escrituração Eletrônica e Nota Fiscal de Serviço Eletrônica (NFS-e), Contendo: Aquisição de Código Fonte e Transferência de Tecnologia, Implantação, Customização e Manutenção, nos termos e especificações constantes deste edital e seus anexos.”, instaurou certame licitatório na modalidade EDITAL DO PREGÃO ELETRÔNICO – ARSER/DL/CPL nº 31/2018, cujo tipo de licitação, com data de abertura e recebimento dos envelopes agendada para o dia 10/04/2018, às 10:00 horas.

Ocorre que após detalhada análise dos termos editalícios, podemos asseverar que o corpo do Edital ora impugnado está totalmente contaminado de ilegalidades e irregularidades, possuindo tais disposições incongruências com os ditames legais impostos pelas Leis Federais nº 8.666/93 e 10.520/02 e pela jurisprudência do E. Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, que regem as licitações e os contratos administrativos.

Nessa toada, apresentamos, a seguir, **os erros formais e os vícios editalícios que evidenciam a necessidade de Impugnação do presente Edital**, e que serão demonstrados e comprovados no decorrer desta Impugnação, pugnando, ao final, pela suspensão imediata do certame e posterior retificação do certame, por atentar contra os princípios administrativos insculpidos na Constituição Federal e na Lei de licitações e Contratos Administrativos.

II – DOS TERMOS DO EDITAL COMBATIDO E DO DIREITO

Ao se tratar de licitações e contratos administrativos, o ordenamento jurídico pátrio estabelece diversos preceitos que devem ser observados pela Administração Pública no âmbito de suas atribuições, não se podendo deixar de recorrer aos ditames impostos pelo artigo 37, inciso XXI, da Carta Magna, que diz:

“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:

(...)

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.”

Por sua vez, a Lei de Licitações e contratos administrativos, em seu artigo 3º, dispõe que:

“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.”

Nessa esteira, para a existência de um procedimento licitatório idôneo, não se pode cogitar o desrespeito ao sistema normativo destacado, ao qual o espírito é bem traduzido nas palavras do renomado professor *Carlos Ari Sundfeld*¹:

“O princípio jurídico é norma de hierarquia superior a das meras regras, pois determina o sentido e o alcance destas, que não podem contrariá-lo, sob pena de pôr em risco a globalidade do ordenamento jurídico.” (g.n)

Ademais, a legalidade, princípio que orienta todo o ordenamento jurídico pátrio, deve acompanhar todos os atos que emanam da Administração Pública, o que significa dizer que o Executivo Municipal de Araraquara deve agir nos mais estritos ditames legais.

Sobre a legalidade dentro do Direito Administrativo Brasileiro, o saudoso Doutor *Hely Lopes Meirelles*² ensinou:

*“A legalidade, como princípio da Administração (CF, art. 37, “caput”), significa que **o administrador público está, em toda a sua atividade funcional,***

¹ Licitação e Contrato Administrativo. Ed. Malheiros, 2ª ed. p. 19.

² MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 33ª ed. 2007. Malheiros – São Paulo, p. 87

sujeito 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". (g.n)

Dentro do contexto ora esposado, é essência o processo licitatório tomar como base a aplicação de todos os Princípios Constitucionais e Administrativos, preservando, ademais, a eleição dos contratantes de qualquer influência parcial dos agentes administrativos ou de qualquer condição subjetiva que possa direcionar o julgamento do certame.

Pois bem, em que pese a relevância do objeto pretendido pela Municipalidade através do certame ora impugnado, o Edital ora combatido contempla diversas **irregularidades no que diz respeito aos aspectos jurídicos e técnicos da contratação**, restringindo a participação de potenciais interessados na disputa e impedindo a formulação de propostas comerciais pelas licitantes, quais sejam:

II – 1. Da inadequação da modalidade de licitatória Pregão Eletrônico para contratação pretendida no certame do Pregão Eletrônico 31/2018;

II – 2. Da aglutinação da contratação de serviços de cessão de direito de uso de sistemas integrados de gestão pública cumulado com infraestrutura de datacenter;

II -3. Da proibição de participação de empresas reunidas em consórcio;

II. 4. Da irregularidade atinente à vedação da participação de empresas em processo de recuperação judicial;

II – 5. Da exigência de certidão negativa de ações cíveis;

II- 6. Da irregularidade atinente a exigência de certidão negativa de débitos trabalhistas;

II – 7. Da irregularidade atinente a exigência de certidão negativa referentes a tributos da União;

II- 7. Da Impossibilidade de elaboração de propostas comerciais por ausência de critérios referentes ao quantitativo de treinamento;

II-8. Dos aspectos técnicos que impossibilitam a contratação mais vantajosa para administração;

Desta forma, vem a ora Impugnante, tempestivamente, através deste arrazoado, demonstrar, relatar e apontar a Vossa Senhoria, de forma pormenorizada, todos os itens acima elencados que contaminam o Edital do Pregão Eletrônico de nº **31/2018**, retirando sua desejada e necessária legalidade.

Oportuno registrar, ainda, que a Administração Pública de Maceió ao prosseguir com o certame da forma como se encontra não estará observando a tríplice finalidade do procedimento licitatório, quais sejam (i) selecionar a proposta mais vantajosa para Administração; (ii) conferir isonomia aos participantes (iii) promover o desenvolvimento nacional, sem perder de vista o cumprimento princípio da vinculação ao edital, no âmbito do Pregão Eletrônico nº 31/2018.

II – 1. DA INADEQUAÇÃO DA MODALIDADE DE LICITATÓRIA PREGÃO ELETRÔNICO PARA CONTRATAÇÃO PRETENDIDA NO CERTAME DO PREGÃO ELETRÔNICO 31/2018;

O Pregão é a modalidade de licitação prevista para licitar a aquisição de bens e serviços comuns. No artigo 1º da Lei 10.520/2002, encontra-se a definição para bens e serviços comuns.

“Consideram-se bens e serviços comuns, para os fins e efeitos desse artigo, aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais de mercado”

De logo, percebe-se que a lei somente previu o cabimento do Pregão para compra e contratação de bens e serviços designados como comuns.

Não há qualquer indicação de sua utilização, portanto, para aquisição de serviços de construção de software, ou seja, solução tecnológica que ainda será produzida pelo licitante que sagrar-se vencedor do certame.

Nesse sentido, leciona o professor *Marçal Justen Filho*:

“Para concluir, numa tentativa de definição, poderia dizer-se que bem ou serviço comum é aquele que se apresenta sob identidade e características padronizadas e que se encontra disponível, a qualquer tempo, num mercado próprio.

Portanto, resta claro, que o bem “comum” é aquele que se encontra pronto e disponível no mercado.

O Tribunal de Contas União já tem se manifestado no sentido de que determinadas contratação de serviços não podem se enquadrar como comuns, notadamente aquelas que se relacionam a atividades de elevada complexidade.

É evidente, que a contratação almejada pela Prefeitura de Maceió através não se enquadra na hipótese de bens e serviços comuns, pois conforme se verifica do seu objeto haverá necessidade de desenvolvimento de software e de diversas customizações no sistema pretendido, vejamos o que dispõe o próprio edital:

O presente Termo de Referência tem por objetivo estabelecer condições específicas visando à aquisição de código fonte, treinamentos com transferência da tecnologia, implantação, customização, manutenção legal, corretiva, evolutiva e adaptativa de um Sistema de Escrituração Fiscal do ISSQN, incluindo migração de dados, configuração de ambiente de trabalho, integração com outros sistemas em uso, para atender as demandas inerentes a Secretaria Municipal de Economia (SEMEC).

*O sistema a ser entregue deverá ser customizado, implantado e deverá possuir todos os requisitos funcionais exigidos no Anexo I, **onde suas customizações deverão ser realizados dentro do período da implantação, devendo a Contratada se responsabilizar pela sua implantação e customização,** inclusive em relação a legislação Tributária Municipal e Federal, até o completo funcionamento dos requisitos exigidos.*

Dessa forma, é evidente, que o edital do nº 31/2018, na modalidade Pregão Eletrônico está em dissonância com os preceitos legais, devendo, portanto, ser retificado, pois, inevitavelmente, referida contratação será julgada irregular pelo Egrégio Tribunal de Contas do Alagoas.

II – 2. DA AGLUTINAÇÃO DA CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS DE CESSÃO DE DIREITO DE USO DE SISTEMAS INTEGRADOS DE GESTÃO PÚBLICA CUMULADO COM INFRAESTRUTURA DE DATACENTER;

Através da publicação do Edital de PREGÃO ELETRÔNICO – ARSER/DL/CPL nº 31/2018, a Municipalidade de Maceió pretende contratar empresa especializada em *da proposta mais vantajosa visando o fornecimento de Sistema Integrado: Escrituração Eletrônica e Nota Fiscal de Serviço Eletrônica (NFS-e), Contendo: Aquisição de Código Fonte e Transferência de Tecnologia, Implantação, Customização e Manutenção, nos termos e especificações constantes deste edital e seus anexos.*

No entanto, a apurada leitura do Termo de Referência do Edital, , estipula, como características gerais do sistema pretendido, que o mesmo **deverá estar hospedado pela contratada, em “Ambiente Data Center em nuvem, externo a Prefeitura, com Alta Performance e Balanceamento de Carga (7/24), que detém certificação reconhecida pelos órgãos competentes para todos os critérios de Segurança Física (fogo, falta de energia, furto, inundações) e Segurança Tecnológica (anti-hacke**

Portanto, a exigência acima detalhada nos permite asseverar que a Municipalidade também pretende contratar serviços de fornecimento da infraestrutura tecnológica de Datacenter para comportar o processamento, armazenamento, centralização e crescimento dos dados da Solução Tecnológica.

Conforme visto, deverá o licitante que sagrar-se vencedor prestar serviços *fornecimento de Sistema Integrado: Escrituração Eletrônica e Nota Fiscal de Serviço Eletrônica (NFS-e), Contendo: Aquisição de Código Fonte e Transferência de Tecnologia, Implantação, Customização e Manutenção, nos termos e especificações constantes deste edital e seus anexos, também efetuar os serviços de data center, em patente aglutinação de serviços.*

Vê-se de maneira cristalina que a Administração Pública contempla, frise-se, em um **ÚNICO EDITAL DE LICITAÇÃO**, a necessidade de um **SISTEMA DE GESTÃO DO**

ISSQN E NOTA FISCAL ELETRÔNICA, como também **O FORNECIMENTO DE INFRAESTRUTURA TECNOLÓGICA DE DATACENTER**, serviços incompatíveis entre si.

Ora, não restam maiores aprofundamentos para concluir que não há qualquer correlação lógica entre os serviços supracitados, na medida em que estes são distintos e autônomos entre si.

Logo, é flagrante a **ausência de consonância** entre os citados serviços a serem prestados pela licitante vencedora do certame.

Assim diante da patente disparidade supracitada, e considerando que o mercado de trabalho comporta diversas empresas especializadas apenas no fornecimento de Datacenter, o objeto do Edital em comento deverá ser fracionado e, conseqüentemente, ser instaurado um procedimento licitatório para cada tipo de serviço.

Apenas desta maneira o certame possibilitará a presença de um universo maior de Licitantes, sendo este um dos sentidos para instauração de certames licitatórios pela Administração Pública.

E, havendo um número maior de participantes, possibilitará à Administração do Município de Ananindeua a contratação de proposta mais vantajosa para atendimento de suas obrigações e para os cofres públicos.

De acordo com excerto de aresto proferido pelo E. TCU (TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO):

“A licitação não deve perder seu objetivo principal, que é obter a proposta mais vantajosa à Administração, mediante ampla competitividade, a teor do art. 3º, caput, da Lei 8.666/1993. TCU. Tribunal de Contas da União; Acórdão 1734/2009, Plenário (Sumário).”

Nesta toada, para fins de alcance da ampla competitividade, requisito esse inerente em certames licitatórios, deverão ser fracionados os serviços constantes neste ato convocatório, instaurando-se, como dito acima, processo licitatório autônomo para cada um destes.

É o que claramente determina o artigo 23, §1º, da Lei de Licitação e Contratos regidos pelo Poder Público, “*in verbis*”:

“Art. 23. (...)

§1º - As obras, serviços e compras efetuadas pela Administração serão DIVIDIDAS EM TANTAS PARCELAS QUANTAS SE COMPROVAREM TÉCNICA E ECONOMICAMENTE VIÁVEIS, procedendo-se à licitação com vistas ao melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e à AMPLIAÇÃO DA COMPETITIVIDADE sem perda da economia de escala.” (Grifo nosso).

No mesmo sentido, o doutrinador *Marçal Justen Filho* dita em sua obra “*Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*”:

“O ART. 23, § 1º, IMPÕE O FRACIONAMENTO COMO OBRIGATÓRIO. A REGRA RETRATA A VONTADE LEGISLATIVA DE AMPLIAR A CONTRATAÇÃO E O UNIVERSO DE POSSÍVEIS INTERESSADOS. O fracionamento conduz à licitação e contratação de objetos de menor dimensão quantitativa, qualitativa e econômica. Isso aumenta o número de pessoas em condições de disputar a contratação, inclusive pela redução dos requisitos de habilitação (que serão proporcionados à dimensão dos lotes). TRATA-SE NÃO APENAS DE REALIZAR O PRINCÍPIO DA ISONOMIA, MAS DA PRÓPRIA EFICIÊNCIA. A

competição produz redução de preços e se supõe que a Administração desembolsará menos, em montantes globais, através da realização de uma multiplicidade de contratos de valor inferior do que pela pactuação de contratação única.” (grifo e destaque nossos). FILHO. Marçal Justen; Comentários à lei de licitações e contratos administrativos; 13ª Edição, Editora Dialética.

Extraíndo os entendimentos tanto de Lei, doutrina e jurisprudência, todas são claras ao afirmar que o fracionamento, além de possibilitar o aparecimento de número maior de licitantes interessados em contratar com a Administração Pública, respeitará os ditames previstos pelo **PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA** e pelo **PRINCÍPIO DA ISONOMIA**.

Portanto, resta demonstrada afronta à Lei Federal nº 8.666/93, pois, ao haver previsão do fornecimento de serviços totalmente distintos dentro de um mesmo instrumento convocatório, acabará por macular um dos cernes dos processos licitatórios, que é busca pela proposta mais vantajosa para a Administração Pública.

Colacionando jurisprudências do E. TCU (Tribunal de Contas da União), temos, “*in verbis*”:

“Na forma do art. 23, § 1º, da Lei 8.666/93, DEVE A ADMINISTRAÇÃO BUSCAR O PARCELAMENTO DO OBJETO, com vistas a melhor aproveitar os recursos do mercado e, sobretudo, ampliar a competitividade do certame. TCU. Tribunal de Contas da União; Decisão nº 348/1999, Plenário, rel. Min. Benjamin Zymler.

Como também:

“O § 1º do art. 23 da Lei 8.666/93 estabelece a possibilidade de a Administração fracionar o objeto em lotes ou parcelas desde que haja viabilidade

técnica e econômica. Nos termos do § 2º, o fracionamento da contratação produz a necessidade de realização de diversas licitações. O fundamento do parcelamento é, em última instância, a ampliação da competitividade que só será concretizada pela abertura de diferentes licitações. Destarte, justifica-se a exigência legal de que se realize licitação distinta para cada lote do serviço total almejado.”

TCU. Tribunal de Contas da União; Acórdão nº 2.393/2006, Plenário, rel. Min. Benjamin Zymler.

Face ao exposto do aresto proferido pela E. Corte de Contas, a previsão de serviços distintos entre si previstos em único Edital, maculará todo o certame em si, na medida em que não estará a Administração Pública respeitando o **PRINCÍPIO DA COMPETITIVIDADE**:

“Nos certames de licitação, esse princípio conduz o gestor a buscar sempre o maior número de competidores interessados no objeto licitado. Nesse sentido, a Lei de Licitações veda estabelecer, nos atos convocatórios, exigências que possam, de alguma forma, admitir, prever ou tolerar, condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o caráter competitivo da licitação.” (in Licitações e Contratos: orientações e jurisprudência do TCU / Tribunal de Contas da União – 4. ed. rev., atual, e ampl. – Brasília).

Insta salientar que, caso sejam mantidos no bojo do Edital todos os serviços previstos, as consequências serão graves entraves para um número demasiado de empresas em participar da licitação, vez que empresas de menor porte que não comportam os serviços pretendidos acabarão efetivamente excluídas do certame em tela, resultando em um número menor de participantes, impossibilitando, assim, a escolha de contratação de proposta mais vantajosa pela Administração Pública.

Apenas para argumentação, ainda que fosse razoável a contratação de serviços distintos no mesmo processo licitatório, seria fundamental que o edital transcrevesse a possibilidade de participação de empresas em consórcio a fim de que os serviços pudessem ser apresentados a contento para a administração. Porém, tal condição de participação se encontra vedada no presente edital.

Ademais, seguindo a linha de raciocínio ora explanada, o Edital silenciou no que tange à possibilidade de subcontratação do Data Center. Dessa forma, em não sendo permitida a subcontratação, patente está a aglutinação do objeto pretendido pelo Executivo Municipal de Maceió.

Nesse sentido, a Egrégia Corte de Contas Paulista já se manifestou sobre a possibilidade de contratação, em um mesmo edital, de sistemas informatizados e Data Center, **desde que o certame permita a participação de empresas reunidas em consórcio ou a subcontratação pela licitante vencedora**, conforme podemos verificar pelo julgado abaixo colacionado:

**TRIBUNAL PLENO - SESSÃO: 25/09/2013 EXAME
PRÉVIO DE EDITAL SEÇÃO MUNICIPAL (M-009)**

PROCESSO: TC – 001831.989.13-2

REPRESENTANTE: JOSÉ EDUARDO BELLO
VISENTIN. **REPRESENTADA:** PREFEITURA

MUNICIPAL DE BOITUVA **RESPONSÁVEL DA
REPRESENTADA:** JOSÉ BARBOSA JUNIOR -
PREFEITO

ASSUNTO: REPRESENTAÇÃO CONTRA O EDITAL
DO PREGÃO PRESENCIAL Nº 88/2013, DO TIPO
MENOR PREÇO GLOBAL, PARA A CONTRATAÇÃO
DE EMPRESA ESPECIALIZADA EM GESTÃO PÚBLICA
OBJETIVANDO A LICENÇA DE USO DE
FERRAMENTAS INFORMATIZADAS (SOFTWARES)

PARA DIVERSAS ÁREAS DE ATIVIDADE DO MUNICÍPIO, CONFORME ESPECIFICAÇÕES CONSTANTES NO ANEXO XIII DO EDITAL.

VALOR ESTIMADO: R\$ 810.100,00

ADVOGADOS: JOSÉ EDUARDO BELLO VISENTIN (OAB/SP nº 168.357) e FERNANDO JAMMAL MAKHOUL (OAB/SP nº 272.877).

PROCURADOR DE CONTAS: JOSÉ MENDES NETO.

1. RELATÓRIO:

1.1. Trata-se de representação formulada por **JOSÉ EDUARDO BELLO VISENTIN** contra o Edital do Pregão Presencial nº 088/2013, do tipo menor preço global, promovido pela **PREFEITURA MUNICIPAL DE BOITUVA**, objetivando a contratação de empresa especializada em gestão pública para fornecimento de licença de uso de ferramentas informatizadas (softwares) para diversas áreas de atividade do Município, a ser executado de forma continuada, pelo período de 12 (doze) meses.

(...)

1.2. O peticionário insurgiu-se contra o ato de convocação alegando as seguintes questões prejudiciais à competitividade e à formulação de propostas:

(...)

e) Inclusão imprópria de criação de um “Datacenter” no objeto do certame, que consiste em um ambiente, envolve infraestrutura e hardware, incompatibilizando-se com o ramo de atuação das empresas que apenas forneçam softwares e criando, assim, restrição à ampla participação.

(...)

2. VOTO:

(...)

2.7. Passo ao exame da insurgência que concerne à previsão de hospedagem do módulo de “nota fiscal eletrônica” em **Data Center de alto desempenho, com disponibilidade 24 horas por dia, 07 dias por semana e backup dos dados realizados diariamente com cópia de segurança e integração dos dados com o servidor da Prefeitura.**

À guisa de esclarecimento, Data Center consiste em um espaço onde servidores ficam acomodados com condicionamento de temperatura, fornecimento de energia redundante, sistemas de segurança interno e externo, conectados à internet com alta disponibilidade, possibilitando otimização das rotas de tráfego e com links internacionais.

Por um lado, considero aceitáveis as justificativas apresentadas pela Municipalidade para a inclusão deste serviço no objeto do certame, que consignaram a necessidade de hospedar o módulo de Nota Fiscal Eletrônica em servidor profissional, totalmente seguro, considerando o fato de a Administração não dispor de equipamento e equipe técnica aptos a garantir acesso seguro e ininterrupto ao referido módulo.

No entanto, embora se reconheça a viabilidade desta aglutinação, não há como deixar de considerar que a maior parte das empresas que comercializam licenças de softwares não dispõem de Data Center ou não oferecem diretamente os serviços de hospedagem de dados que a Municipalidade pretende contratar de forma conjugada.

Esta Corte já enfrentou questões semelhantes nos autos do

processo TC-1267/989/12-7, de minha relatoria, tendo assim deliberado o E. Plenário1:

“e. aglutinação indevida dos serviços licenciamento e serviços de software e data Center em um único lote;

2.8 A Municipalidade justificou a aglutinação, argumentando que ela é necessária uma vez que é necessário que haja compatibilidade entre o sistema e o banco de dados.

Referidas justificativas foram aceitas de forma unânime pelos órgãos instrutórios e pelo Ministério Público de Contas. Portanto, acompanho o entendimento uníssono dos órgãos instrutórios e do Ministério Público de Contas, não merecendo prosperar a impugnação.”

Neste precedente, as justificativas da Representada foram aceitas em face da previsão de subcontratação, que afastou o caráter restritivo inicialmente verificado.

Desta forma, compete determinar à Municipalidade, no presente caso, a adoção de alternativas e soluções previstas na lei para que a contratação conjunta de aquisição de licenças de softwares e hospedagem em Data Center não comprometa o caráter competitivo do certame.

Neste sentido, caberá à Municipalidade avaliar a viabilidade de permitir a subcontratação do Data Center, nos termos do artigo 72 da Lei 8.666/93, e/ou admitir a participação de empresas reunidas em consórcio, na forma do art. 33 do mesmo diploma legal, garantindo assim melhores condições de competitividade e ampla participação na disputa.

2.8. Ante todo o exposto, acolhendo pronunciamentos da Assessoria Técnica, MPC e SDG, VOTO pela PROCEDÊNCIA PARCIAL da

Representação, devendo a PREFEITURA MUNICIPAL DE BOITUVA promover a retificação do edital, especialmente para o fim de:

(...)

d) adotar alternativas previstas em lei para que a contratação conjunta de aquisição de licenças de softwares e hospedagem em Data Center não comprometa o caráter competitivo do certame, avaliando a viabilidade de permitir a subcontratação do serviço de hospedagem do módulo de “nota fiscal eletrônica” em Data Center, nos termos do artigo 72 da Lei 8.666/93, e/ou admitir a participação de empresas reunidas em consórcio, na forma do art. 33 do mesmo diploma legal.

A reformulação do edital é, portanto, medida que se impõe, em consonância com todos os aspectos desenvolvidos no corpo do voto ora proferido, com a consequente publicação do novo texto do ato convocatório e reabertura do prazo legal, nos termos do artigo 21, § 4º, da Lei Federal nº 8.666/93, para oferecimento das propostas.

Assim, diante das claras e patentes ilegalidades presentes, não restam alternativas, senão pela suspensão do certame ora impugnado e sua posterior retificação.

II -3. DA PROIBIÇÃO DE PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS REUNIDAS EM CONSÓRCIO;

Em que pese à complexidade e a totalidade dos sistemas informatizados a serem contratados pela Prefeitura Municipal de Maceio, além da indesejada aglutinação dos mesmos, já tratada em tópico apartado, a Municipalidade, ao elaborar o certame ora impugnado, não mencionou expressamente nas condições de participação da concorrência, a participação de empresas reunidas em consórcio, o que demonstra o nítido caráter restritivo do certame em exame.

Considerando o objeto licitado pelo Executivo Municipal de Maceió, o mínimo que a Municipalidade deveria ter feito, diante da amplitude dos sistemas pretendidos, seria aceitar a participação de empresas reunidas em consórcio.

Pelo contrário, o que se percebe são exigências extremamente rígidas quanto à participação das empresas, de tal forma que a competitividade inevitavelmente restará comprometida nesse certame.

Ou seja, a empresa deve executar todos os serviços abrangidos no corpo editalício e, além disso, não poderão se consorciar a outras empresas para prestação dos escopos pretendidos pela Administração.

Ora, é evidente que, se a empresa presta um tipo de serviço e se associa a outra que presta outro tipo, existe uma maior possibilidade de participação com essa união de finalidades.

Entretanto, a Municipalidade vetou essa alternativa, exigindo que **uma só empresa tenha todos os sistemas informatizados pretendidos**, para que seja considerada a licitante vencedora.

Como é cediço, em nossa melhor doutrina e Jurisprudência, a lei, ao permitir a participação de empresas em consórcio, procurou dar mais amplitude ao universo de licitantes, possibilitando, assim, a garantia do princípio da economicidade.

Buscando melhor entender tal instituto, o sítio eletrônico www.portaltributario.com.br traz maiores explicações sobre o consórcio de empresas³:

“O consórcio de empresas consiste na associação de companhias ou qualquer outra sociedade, sob o mesmo controle ou não, que não perderão sua personalidade jurídica, para obter finalidade comum ou determinado empreendimento, geralmente de grande

³ Obtido em http://www.portaltributario.com.br/guia/consorcio_empresas.html, em 30/04/09.

vulto ou de custo muito elevado, **exigindo para sua execução conhecimento técnico especializado e instrumental técnico de alto padrão.**

Os principais tipos de consórcios são constituídos para:

- a) execução de grandes obras de engenharia;
- b) atuação no mercado de capitais;
- c) acordos exploratórios de serviços de transporte;
- d) exploração de atividades minerais e correlatas;
- e) atividades de pesquisa ou uso comum de tecnologia;
- f) licitações públicas”.**

Como se observa do certame em exame, em que pese a indevida aglutinação de objeto, trata-se de caso que exige conhecimento técnico e especializado, por isso não há nenhum motivo que justifique a vedação da participação de consórcios, que apenas proporcionaria maior competição entre as licitantes.

No mesmo sentido, o sítio eletrônico retro mencionado traz algumas características do consórcio de empresas, que consistem basicamente em:

“1) Objetivo comum para execução de determinado projeto, empreendimento ou prestação de serviço.

2) Administrado pela empresa designada líder.

3) Não se confundem com grupos de sociedades”.

Novamente, resta claro que não há porque impedir a participação em consórcios, tendo em vista que se trata de união de empresas com um objetivo em comum para executar os serviços licitados.

Em verdade, o Consórcio nasce do fato de que, em determinadas hipóteses, as circunstâncias de mercado e/ou a própria complexidade do objeto a ser licitado tornam a sua formação (do consórcio) **a via mais adequada para a consecução daquele objeto**, propiciando, assim, a ampliação do universo de licitantes.

Esse é o caso em questão, entretanto, a Municipalidade, sem qualquer motivo ou justificativa técnica, simplesmente não admitiu a participação de empresas reunidas em consórcio, o que gerará o seguinte efeito em cascata: haverá menor competitividade na

licitação, logo o preço será maior e isso atingirá o interesse público, pois os dispêndios serão maiores, prejudicando a supremacia do interesse público em detrimento do interesse privado.

Com a costumeira sapiência que lhe é peculiar, consigna o mestre Marçal: “O consórcio também pode prestar-se a resultados positivos e compatíveis com a ordem jurídica. Há hipóteses em que as circunstâncias de mercado e (ou) a complexidade do objeto tornam problemática a competição. Isso se passa quando grande quantidade de empresas, isoladamente, não dispuserem de condições para participar da licitação. Nesse caso, o instituto do consórcio é a via adequada para propiciar ampliação do universo dos licitantes”⁴.

Dessa forma, ainda que presente a indesejável aglutinação de objeto, a Municipalidade deveria ter admitido a participação de empresas reunidas em consórcio. Nesse sentido, transcreve-se r. decisão dessa Colenda Corte de Contas:

“Proc.: TC-011.868/026/2006 – incluso TC-012.186/026/2006 Representantes: a) CONSTRUTORA CVS S/A Diretor: Helvécio Pereira da Rocha Filho b) SANETECH ENGENHARIA E MEIO AMBIENTE LTDA.

Sócio: João Dimas Christiano Liporaci Representada: PREFEITURA MUNICIPAL DE OSASCO Prefeito: Emídio Pereira de Souza.

Objeto: Possíveis irregularidades no Edital de Pré-Qualificação nº 001/PMO/SOT/DLCL/2006 – Processo Administrativo nº 15.262/2005, que tem por objeto a seleção de empresas para participação em futura concorrência, na forma de execução indireta, sob o regime de empreitada por preços unitários, com vistas à prestação de serviços de engenharia para execução da canalização do córrego João Alves, serviços e

⁴ Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 13ª ed., Dialética: São Paulo, 2009, pg. 476.

drenagem e pavimentação asfáltica da Av. Nova Granada, serviços complementares, execução de ligações através de rotatória com a Av. Flora e anel metropolitano com construção do túnel rodoviário, incluindo remoção de favelas, construção de unidades habitacionais e recolocação de famílias com amparo social.

A CONSTRUTORA CVS S/A alega que o Edital contém exigências que ofendem a Lei de Licitações, a saber: 1) Item 3.2.4 – proibição de empresas reunidas em consórcio. A seu ver a vedação é despida de qualquer motivação técnica ou econômica e que apenas restringe a competitividade face a tamanha diversidade e seu elevado quantitativo;

(...)

A SANETECH ENGENHARIA E MEIO AMBIENTE LTDA. , também alega que o edital contém exigências que violam a Lei de Licitações, a saber:

(...)

2) Subitem 3.2 e 3.2.4 – Vedação de Participação de empresas reunidas em consórcio. Diz que a diversidade do objeto, que envolve orçamento de grande vulto, aliadas a vedação da reunião de empresas em consórcio, restringem, sobremaneira o universo de licitantes e que em casos semelhantes esta Corte já se pronunciou favorável à permissão de consórcio, a exemplo dos TCs-9835/026/04, 10050/026/04 e 9849/026/04;

(...)

*A Assessoria de Engenharia, Chefia da ATJ e SDG, de forma unânime, opinaram pela PROCEDÊNCIA DAS REPRESENTAÇÕES. **A Assessoria de Engenharia, quanto à reunião de empresas em consórcio,***

entendeu que as “alegações partem de pressuposição frágil que carece de comprovação” ...”e é só nos atermos aos parágrafos seguintes da defesa para percebermos que é plenamente viável e saudável, que as empresas se organizem em consórcio”.

(...)

VOTO

As representações mostram-se, de fato, PROCEDENTES. As irregularidades saltam aos olhos, e mesmo exigências que isoladamente poderiam se inserir no campo da discricionariedade do Administrador, CASO DA NÃO PERMISSÃO DE REUNIÃO DE EMPRESAS EM CONSÓRCIO (item 3.2.4), NO PRESENTE CASO, SE MOSTRA MALÉFICA E RESTRITIVA, DADA A AGLUTINAÇÃO DE SERVIÇOS TÃO DISTINTOS: canalização de córrego, drenagem e pavimentação asfáltica, construção de túnel rodoviário por método não destrutivo NATM, ligações de rotatórias, remoção de favelas, construção de unidades habitacionais e recolocação de famílias com amparo social”.

Em face do acima articulado, também considerando a aglutinação de sistemas distintos no certame em tela, resta demonstrado que a não admissão de participação de empresas reunidas em consórcio é prejudicial à competitividade do certame, motivo pelo qual deve ser retificado o edital.

II. 4. DA IRREGULARIDADE ATINENTE À VEDAÇÃO DA PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS EM PROCESSO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL;

O edital ora impugnando, que trata das empresas licitantes que estarão impedidas de participar da presente licitação, Certidão Negativa de Ações Cíveis, expedida pelo Fórum da Comarca em que a licitante tenha sede, a fim de comprovar a inexistência de falência e concordata e/ou recuperação judicial.

Segue abaixo colacionada a supramencionada cláusula impeditiva:

Ocorre que a vedação à participação no certame de empresa em estado de recuperação judicial fere frontalmente jurisprudência recente do Egrégio Tribunal de Contas do Estado de São Paulo.

Nessa seara, o E. Tribunal de Contas Paulista se manifestou recentemente no sentido de ser **restritiva a proibição de participação no certame de empresas em recuperação judicial**, senão vejamos.

"EXAME PRÉVIO DE EDITAL

*RELATOR CONSELHEIRO SIDNEY ESTANISLAU
BERALDO*

*TRIBUNAL PLENO - SESSÃO DE 30-09-15 -
MUNICIPAL*

Processos: TC-003987.989.15-9.

TC-004033.989.15-3.

Representantes: Ilumitech Construtora Ltda.

Larissa Alves Nogueira

Representada: Prefeitura Municipal de Lorena

*Assunto: Exame prévio do edital do pregão presencial nº
57/2015, do tipo menor preço global, que tem por objeto o
"registro de preços para a contratação de empresa
especializada em manutenção dos equipamentos de
iluminação pública do Município".*

Responsável: Fábio Marcondes (Prefeito Municipal).

*Advogadas no e-TCESP: Renata Thebas de Moura
(OAB/SP nº 270.126) e Larissa Alves Nogueira (OAB/SP
nº 316.204).*

Valor estimado: R\$ 5.842.717,17

(...)

*1.3 Por sua vez, LARISSA ALVES NOGUEIRA
questionou os seguintes aspectos do ato convocatório:*

(...)

*g) Impossibilidade de participação no certame de
empresas que estejam em processo de recuperação*

judicial;

(...)

1.5 Ante a existência de indícios de restrição indevida à competitividade, a suspensão do certame foi decretada e a medida liminar referendada por este E. Plenário.

(...)

É o relatório.

2. VOTO

(...)

Em que pese a discussão havida acerca da possibilidade de se requisitar a certidão negativa de recuperação judicial na fase habilitatória, **considero inexistir controvérsia de que o Administrador não pode vedar, de plano, a participação de empresas que se encontrem nesta situação.**

Nesse aspecto, impende consignar, em apertada síntese, que, pelo procedimento da Lei nº 11.101/05, a empresa que se encontrar em situação de crise financeira pode requerer a recuperação judicial ao juízo competente (art.51), que, caso considere pertinente seu acolhimento, determinará o prosseguimento do feito (art.52), para posterior análise do Plano de Recuperação (art. 53 e 54), seguida de apreciação e aprovação pela Assembléia Geral de Credores (art. 55 a 57). Após esse trâmite, o juiz poderá conceder a recuperação judicial (art.58), que “implica novação dos créditos anteriores ao pedido, e obriga o devedor e todos os credores a ele sujeitos”.

Deste modo, a empresa que obteve a concessão da Recuperação Judicial não está, de antemão, inapta para ser contratada, podendo assumir riscos e compromissos nos limites previstos no seu Plano de Recuperação que, diferentemente da concordata, possui maior flexibilidade na sua negociação junto aos credores.

Todavia, **a mera existência de plano de recuperação**

judicial, por si só, não garante a capacidade da empresa em executar as obrigações contratuais, até porque o descumprimento de qualquer obrigação estabelecida no plano acarretará a convalidação da recuperação em falência (art. 61, §1º).

Assim, imprescindível a confrontação do caso concreto com os termos do referido Plano para se avaliar a viabilidade econômico financeira da interessada.

Impende destacar que este é o entendimento que embasou decisão do E. Tribunal de Contas da União no sentido de permissão de participação, em licitações, de “empresa em recuperação judicial, desde que amparada em certidão emitida pela instância judicial competente, que certifique que a interessada está apta econômica e financeiramente a participar de procedimento licitatório nos termos da Lei 8.666/93” (Acórdão 8271/2011 – 2ª Câmara, DOU de 04-10-2011).

Importante frisar que a apresentação da certidão de concessão de recuperação judicial não suprime a obrigação de a empresa comprovar todos os quesitos requeridos no certame, inclusive econômico financeiros, pois necessário conferir igual tratamento a todas as licitantes, perante o princípio da isonomia.

Nestes termos, o que pode observar é que a não apresentação da certidão negativa de recuperação judicial não pode resultar na inabilitação imediata da licitante, mas deve ser sucedida de avaliação dos demais requisitos de habilitação econômico-financeira que, no caso de empresas naquela situação, deve abarcar a verificação de que o Plano de Recuperação encontra-se vigente e atende as exigências “indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações” (art. 37, XXI, CF).

(...)

Feitas essas ponderações, considero, de plano, ilegal

a previsão de vedação de participação no certame de empresas que estejam em situação de recuperação judicial, podendo, todavia, ser requisitada a certidão negativa durante a fase de habilitação.

(...)

2.16 Posto isto, circunscrito estritamente às questões analisadas, considero parcialmente procedentes as impugnações, determinando que a Administração, querendo dar seguimento ao certame, adote as medidas corretivas pertinentes para dar cumprimento à lei, especialmente para:

(...)

b) Possibilitar a apresentação de certidão positiva de recuperação judicial, requisitando a documentação a ela relacionada, que comprove seu regular trâmite e viabilidade econômico-financeira.

(...)

Sala das Sessões, 30 de setembro de 2015.

SIDNEY ESTANISLAU BERALDO – CONSELHEIRO”

“Expediente: TC-000735.989.16-2

Representante: Alan Cesar de Araujo.

Representada: Prefeitura Municipal de Bertioga.

Assunto: Representação que visa ao exame prévio do edital do pregão presencial nº 01/16, do tipo menor preço global por lote, que tem por objeto o “registro de preços para eventual aquisição de materiais de uso coletivo para atender a demanda das diversas unidades escolares da Prefeitura, para o ano letivo de 2016”.

Responsável: José Mauro Dedemo Orlandi (Prefeito Municipal).

Sessão de abertura: 21-01-16, às 09h30min

Advogados: Não constam advogados cadastrados no e-TCESP.

1. ALAN CESAR DE ARAUJO formula, com fundamento no artigo 113, § 1º, da Lei nº 8.666/93, representação que

visa ao exame prévio do edital do pregão presencial nº 01/16, do tipo menor preço global por lote, elaborado pela **PREFEITURA MUNICIPAL DE BERTIOGA**, cujo objeto é o “registro de preços para eventual aquisição de materiais de uso coletivo para atender a demanda das diversas unidades escolares da Prefeitura, para o ano letivo de 2016, conforme solicitado pela Secretária de Educação, atendendo as especificações contidas no Anexo I”

2. Insurge-se o **Representante** contra as seguintes especificações do edital:

(...)

5. Além dos questionamentos suscitados pela Representante, necessário que a Administração justifique também a vedação à participação no certame de empresas que estejam em recuperação judicial, em descompasso com o novel entendimento deste Tribunal (TCs- 3987.989.15-9 e 4033.989.15-315).

6. É o quanto basta para concluir, em exame prévio e de cognição não plena, pela ocorrência de possível violação à legalidade e competitividade desejadas, suficiente para a concessão da providência cautelar, a permitir sejam bem esclarecidas, durante a instrução, **todas as questões suscitadas.**

Considerando que a entrega das propostas está designada para o **dia 21-01-15, às 09h30min**, acolho a solicitação de exame prévio do edital, determinando, liminarmente, ao Prefeito que **SUSPENDA** a realização da sessão pública de recebimento dos envelopes e **ABSTENHA-SE DA ADOÇÃO DE QUAISQUER MEDIDAS CORRETIVAS NO EDITAL ATÉ ULTERIOR DELIBERAÇÃO DESTA CORTE.**

(...)

GCSEB, 20 de janeiro de 2016.

SIDNEY ESTANISLAU BERALDO – CONSELHEIRO”

Portanto, resta comprovado que a proibição editalícia da participação no certame de empresas em recuperação judicial fere flagrantemente as disposições e entendimento do E.

Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, **sendo necessária a imediata suspensão do certame e posterior correção do edital**, para que não exista restrição à competitividade inerente às licitações promovidas pelo Poder Público e à consequente contratação da proposta mais vantajosa para os cofres públicos.

Ainda no que se refere ao instituto da recuperação judicial, o r. Edital ora combatido estipula, para fins de habilitação das licitantes interessadas na disputa, que **as empresa interessadas em participarem do certame deverão apresentar certidão negativa de recuperação judicial, extrajudicial, falência e concordata, expedida pelo distribuidor da sede da pessoa jurídica**, em descompasso com as exigências permitidas pela Lei Federal nº 8.666/93 e a jurisprudência recente da C. Corte Estadual de Contas.

Nessa seara, a supramencionada Lei de Licitações e Contratos Administrativos concede à Administração Pública a faculdade de exigir das licitantes interessadas na disputa do certame licitatório, em seu artigo 31, inciso II, para fins de qualificação econômico-financeira, ***"certidão negativa de falência ou concordata expedida pelo distribuidor da sede da pessoa jurídica, ou de execução patrimonial, expedida no domicílio da pessoa física."***

A apurada leitura do dispositivo infraconstitucional acima colacionado nos permite asseverar que **em nenhum momento** a lei federal nº 8.666/93 permite a exigência de certidão negativa de recuperação judicial das licitantes interessadas no certame, conforme expressamente exigido pelo Edital promovido pela Prefeitura Municipal de Ananindeua/PA.

Ademais, recente jurisprudência do E. Tribunal de Contas (TC 4033.989.15-3 – já colacionada neste mesmo tópico) permitiu a exigência, nos Editais promovidos pelo Poder Público, de **certidão positiva de recuperação judicial**.

Logo, por todo o exposto, uma vez mais se faz necessária a suspensão do certame e a consequente retificação do presente Edital a fim de que seja exigida, caso assim queira a Municipalidade, a possibilidade de apresentação de certidão positiva de recuperação judicial, sendo respeitada, dessa forma, os ditames impostos pela Lei de Licitações e Contratos Administrativos e a recente jurisprudência do E. Tribunal de Contas do Estado de São Paulo.

II – 5. DA EXIGÊNCIA DE CERTIDÃO NEGATIVA DE AÇÕES CÍVEIS;

A Lei nº 8.666/93 elenca em seus artigos 27 a 31, o rol de documentos que podem ser exigidos ao licitante pelo edital. Os documentos previstos nos artigos acima é

conjunto máximo de documentos que o órgão licitante pode exigir, assim somente poderão ser solicitados em certame licitatório aqueles expressamente previstos entre os arts. 27 a 31 da Lei de Licitações.

Destarte é o entendimento do Tribunal de Contas da União, o qual em sua decisão nº 523/1997 afirma que *“Administração Pública, para fins de habilitação, deve se ater ao rol de documentos constantes dos arts. 28 a 31, não sendo lícito exigir outro documento ali não elencado”*.

Em igual sentido o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, possui entendimento sumulado de nº 29 o qual define que *“em procedimento licitatório, é vedada a exigência de certidão negativa de protesto como documento habilitatório”*.

Como se vê a exigência prevista no **11.1.4.1 Certidão Negativa de Ações Cíveis, expedida pelo Fórum da Comarca em que a licitante tenha sede, a fim de comprovar a inexistência de falência e concordata e/ou recuperação judicial** é ilegal, posto que o art. 31 da Lei nº 8666/93, delimita as exigências quanto à documentação da qualificação econômico-financeira e não relaciona em seu rol de documentos, certidão negativa de protestos e títulos, vejamos:

“Art. 31. A documentação relativa à qualificação econômico-financeira limitar-se-á a:

I - balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social, já exigíveis e apresentados na forma da lei, que comprovem a boa situação financeira da empresa, vedada a sua substituição por balancetes ou balanços provisórios, podendo ser atualizados por índices oficiais quando encerrado há mais de 3 (três) meses da data de apresentação da proposta;

II - certidão negativa de falência ou concordata expedida pelo distribuidor da sede da pessoa jurídica, ou de execução patrimonial, expedida no domicílio da pessoa física;

conjunto máximo de documentos que o órgão licitante pode exigir, assim somente poderão ser solicitados em certame licitatório aqueles expressamente previstos entre os arts. 27 a 31 da Lei de Licitações.

Destarte é o entendimento do Tribunal de Contas da União, o qual em sua decisão nº 523/1997 afirma que *“Administração Pública, para fins de habilitação, deve se ater ao rol de documentos constantes dos arts. 28 a 31, não sendo lícito exigir outro documento ali não elencado”*.

Em igual sentido o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, possui entendimento sumulado de nº 29 o qual define que *“em procedimento licitatório, é vedada a exigência de certidão negativa de protesto como documento habilitatório”*.

Como se vê a exigência prevista no **11.1.4.1 Certidão Negativa de Ações Cíveis, expedida pelo Fórum da Comarca em que a licitante tenha sede, a fim de comprovar a inexistência de falência e concordata e/ou recuperação judicial** é ilegal, posto que o art. 31 da Lei nº 8666/93, delimita as exigências quanto à documentação da qualificação econômico-financeira e não relaciona em seu rol de documentos, certidão negativa de protestos e títulos, vejamos:

“Art. 31. A documentação relativa à qualificação econômico-financeira limitar-se-á a:

I - balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social, já exigíveis e apresentados na forma da lei, que comprovem a boa situação financeira da empresa, vedada a sua substituição por balancetes ou balanços provisórios, podendo ser atualizados por índices oficiais quando encerrado há mais de 3 (três) meses da data de apresentação da proposta;

II - certidão negativa de falência ou concordata expedida pelo distribuidor da sede da pessoa jurídica, ou de execução patrimonial, expedida no domicílio da pessoa física;

III - garantia, nas mesmas modalidades e critérios previstos no "caput" e § 1º do art. 56 desta Lei, limitada a 1% (um por cento) do valor estimado do objeto da contratação.

§ 1º A exigência de índices limitar-se-á à demonstração da capacidade financeira do licitante com vistas aos compromissos que terá que assumir caso lhe seja adjudicado o contrato, vedada a exigência de valores mínimos de faturamento anterior, índices de rentabilidade ou lucratividade. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

§ 2º A Administração, nas compras para entrega futura e na execução de obras e serviços, poderá estabelecer, no instrumento convocatório da licitação, a exigência de capital mínimo ou de patrimônio líquido mínimo, ou ainda as garantias previstas no § 1º do art. 56 desta Lei, como dado objetivo de comprovação da qualificação econômico-financeira dos licitantes e para efeito de garantia ao adimplemento do contrato a ser ulteriormente celebrado.

§ 3º O capital mínimo ou o valor do patrimônio líquido a que se refere o parágrafo anterior não poderá exceder a 10% (dez por cento) do valor estimado da contratação, devendo a comprovação ser feita relativamente à data da apresentação da proposta, na forma da lei, admitida a atualização para esta data através de índices oficiais.

§ 4º Poderá ser exigida, ainda, a relação dos compromissos assumidos pelo licitante que importem diminuição da capacidade operativa ou absorção de disponibilidade financeira, calculada esta em função do patrimônio líquido atualizado e sua capacidade de rotação.

§ 5º A comprovação de boa situação financeira da empresa será feita de forma objetiva, através do cálculo de índices contábeis previstos no edital e devidamente justificados no processo administrativo da licitação que tenha dado início ao certame licitatório, vedada a exigência de índices e valores não

usualmente adotados para correta avaliação de situação financeira suficiente ao cumprimento das obrigações decorrentes da licitação. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

§ 6º (VETADO)”

Portanto, conforme demonstrado acima, a Lei nº 8666/93 não autoriza o órgão licitante exigir apresentação de “Certidão negativa de ações cíveis”, como condição para habilitação nos procedimentos licitatórios.

Assim a exigência de certidão não prevista em Lei se caracteriza ato ilegal e atentatório contra ao princípio da ampla competitividade, bem como fere flagrantemente as disposições e entendimento de jurisprudência pacífica dos Tribunais de Contas da União e do Estado de São Paulo, bem como dos Tribunais de Contas dos Estados Brasileiros, sendo necessária a imediata suspensão do certame e posterior correção do edital, para que não exista restrição à competitividade inerente às licitações promovidas pelo Poder Público e a consequente contratação da proposta mais vantajosa para os cofres públicos.

II- 6. DA IRREGULARIDADE ATINENTE A EXIGÊNCIA DE CERTIDÃO NEGATIVA DE DÉBITOS TRABALHISTAS;

O Edital ora impugnado estipula clausula 11.1.2.4 CNDT- Certidão Negativa de Débitos Trabalhista, expedida pela Justiça do Trabalho, o qual exige das licitantes interessadas na participação do certame a apresentação de “Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas – CNDT”.

Muito embora seja louvável o intuito da Administração Pública em exigir a CNDT como requisitos de habilitação, demonstrando elevada atualidade com as novas normas legais inseridas no âmbito das licitações públicas, há de se ressaltar que o Direito é sistemático e deve ser interpretado na sua totalidade, não podendo se admitir a leitura isolada de artigos de lei que, na verdade, prescindem de complemento. É o caso da

inovação trazida pela Lei Federal nº 12.440/2011, criadora da Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas.

Isso porque, muito embora através da lei 12.440/2011 tenha se incluído no rol taxativo do artigo 29, a previsão quanto a necessidade de apresentação de certidão negativa de débitos trabalhistas, há de se anotar que a mesma lei fez incluir na CLT o artigo 642-A, esculpido da seguinte forma:

“Art. 642-A. - É instituída a Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas (CNDT), expedida gratuita e eletronicamente, para comprovar a inexistência de débitos inadimplidos perante a Justiça do Trabalho.

§ 1º O interessado não obterá a certidão quando em seu nome constar:

I – o inadimplemento de obrigações estabelecidas em sentença condenatória transitada em julgado proferida pela Justiça do Trabalho ou em acordos judiciais trabalhistas, inclusive no concernente aos recolhimentos previdenciários, a honorários, a custas, a emolumentos ou a recolhimentos determinados em lei; ou

II – o inadimplemento de obrigações decorrentes de execução de acordos firmados perante o Ministério Público do Trabalho ou Comissão de Conciliação Prévia.

§ 2º Verificada a existência de débitos garantidos por penhora suficiente ou com exigibilidade suspensa, será expedida Certidão Positiva de Débitos Trabalhistas em nome do interessado com os mesmos efeitos da CNDT. (grifos nossos)

§ 3º A CNDT certificará a empresa em relação a todos os seus estabelecimentos, agências e filiais.

§ 4º O prazo de validade da CNDT é de 180 (cento e oitenta) dias, contado da data de sua emissão.”

Ora, a lei que criou a CNDT deixa clara a possibilidade de emissão de Certidão Positiva de Débitos Trabalhistas com Efeitos de Negativa, ou seja, possibilita que a comprovação de regularidade perante a Justiça do Trabalho seja feita através da Certidão Positiva com Efeitos de Negativa.

Assim, é abusiva, restritiva e inibitória a previsão editalícia que limita a participação na licitação a interessados que possuam apenas a CNDT, isso porque é garantido, pela Lei, o reconhecimento dos mesmos efeitos das certidões negativas àquelas emitidas na conformidade do artigo 642-A, § 2º da CLT (Certidões Positivas com Efeitos de Negativas).

Portanto, se a Lei autoriza, não pode o edital limitar a participação de interessados no certame, sob risco de violação do princípio da Igualdade e da Ampla Competitividade, o que certamente representa um óbice a obtenção do escopo maior das licitações, a contratação do objeto pela melhor proposta possível.

Da forma como consta do edital, os interessados que possuírem Certidões Trabalhistas Positivas com Efeitos de Negativas estarão impossibilitados de participarem do certame, vez que de certo serão inabilitados, o que não pode ser admitido. Se a lei autoriza, não cabe a Administração Pública contrariá-la.

A lei não deixa margem de dúvidas que os efeitos produzidos tanto pela Certidão Negativa, quanto a Certidão Positiva Com Efeitos de Negativa, são idênticos.

Nessa esteira, os Órgãos Técnicos do Egrégio Tribunal de Contas do Estado de São Paulo vem apontando, como irregularidade ocorrida no procedimento licitatório, à exigência de certidão negativa de débitos trabalhistas em detrimento da certidão positiva com efeitos de negativa, conforme podemos verificar pela sucinta análise do despacho abaixo colacionado, proferido pelo Eminente Conselheiro Doutor Dimas Eduardo Ramalho:

"Processo TC-006926/026/13

Contratante: Fundação Padre Anchieta – Centro Paulista de Rádio e TV Educativas.

Responsáveis: João Sayad (Presidente – Diretoria Executiva); Neide Saraceni Hahn (Vice-Presidente de Gestão – Diretoria Executiva); Eduardo Brandini (Vice-Presidente de Conteúdo – Diretoria Executiva); Marcos Pereira da Silva (Coordenador de Suprimentos); Augusto Saraiva da Silva (Coordenador Administrativo Jurídico); Roberto Aparecido Lima (Departamento de Compras) e Marcos P. da Silva (Departamento de Compras).

Contratada: ACC Brasil Indústria e Comércio de Computadores Ltda.

Responsáveis: Silvio Ferraz de Campos (sócio); William de Araújo (sócio) e Maria Cristina de Oliveira (Assistente Comercial).

Assunto: Aquisição de equipamentos de informática (servidores).

(...)

Processo TC-001342/989/12-6(Representação eletrônica)

Representante: Full Prime Comércio e Serviços de Informática Ltda. ME.

Responsáveis: José Roberto Carvalho (sócio) e Livia Joelma

Martins Carvalho (sócia).

Representada: Fundação Padre Anchieta – Centro Paulista de Rádio e TV Educativas.

Responsáveis: João Sayad (Presidente – Diretoria Executiva); Neide Saraceni Hahn (Vice-Presidente de

Gestão – Diretoria Executiva); Eduardo Brandini (Vice-Presidente de Conteúdo – Diretoria Executiva); Marcos Pereira da Silva (Coordenador de Suprimentos); Augusto Saraiva da Silva (Coordenador Administrativo Jurídico); Roberto Aparecido Lima (Comprador) e Marcos P. da Silva (Departamento de Compras).

Assunto: Comunicação de possíveis irregularidades, contidas, em tese, no Edital de Pregão Eletrônico nº 029/12, da Fundação Padre Anchieta.

(...)

Trata-se de análise de Edital – Pregão Eletrônico nº 029/12 e Autorização de Fornecimento nº 047/12, de 30/11/12, firmada entre a Fundação Padre Anchieta – Centro Paulista de Rádio e TV Educativas e a empresa ACC Brasil Indústria e Comércio de Computadores Ltda., tendo como objeto a aquisição de 05 (cinco) servidores, conforme especificações constantes do Memorial Descritivo, integrante do Edital, como Anexo I.

Em exame, também, Representação Eletrônica, interposta pela empresa Full Prime Comércio e Serviços de Informática Ltda. ME., em face do Edital de Pregão Eletrônico nº 029/12, da Fundação Padre Anchieta, insurgindo-se contra a exigência de qualificação técnica contida na Cláusula IV, item 1.4, 'e', do Instrumento Convocatório, consubstanciada na apresentação de declaração do fabricante, no caso de a licitante não for a própria fabricante dos servidores ofertados, autorizando-a a comercializar e prestar os serviços de garantia exigidos (Processo Eletrônico TC-001342/989/12-6).

A Fiscalização e sua Chefia constataram a presença de irregularidades, pugnando pela procedência da Representação, consoante se depreende dos autos

(fls. 484/494 do Processo TC-006926/026/13 e Processo TC-001342/989/12-6).

Ante o exposto, assino à Fundação Padre Anchieta – Centro Paulista de Rádio e TV Educativas o prazo de 15 (quinze) dias, para que, nos termos do inciso XIII, do artigo 2º, da Lei Complementar nº 709/93, adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, ou apresente justificativas que entender pertinentes, em face do quanto apontado pela Fiscalização, ficando, ainda, os responsáveis supracitados notificados para acompanhar o presente feito, caso queiram, no mesmo prazo, apresentar os esclarecimentos que entender cabíveis. Solicito, em especial, que a Origem esclareça algumas questões, versadas nas seguintes exigências constantes do Edital:

(...)

c) Prova da inexistência de débitos inadimplidos perante a Justiça do Trabalho, mediante apresentação de Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas – CNDT;”

Assim, é de direito que o item ilegal e restritivo seja corrigido, promovendo-se a adequação do edital aos preceitos legais, fazendo constar expressamente no instrumento convocatório a possibilidade de apresentação de Certidão Positiva de Débitos Trabalhistas com Efeitos de Negativa para efeitos de habilitação, tudo como medida de garantia a observância à Igualdade e à Ampla Competitividade inerente aos certames promovidos pelo Poder Público.

II- 7. DA IRREGULARIDADE ATINENTE A EXIGÊNCIA DE CERTIDÃO NEGATIVA REFERENTES A TRIBUTOS DA UNIÃO;

Edital ora impugnado estipula no seu item 11.1.2 “Regularidade Fiscal e Trabalhista”, que as licitantes interessadas na participação do certame deverão apresentar Certidão de Regularidade Fiscal Pessoa Jurídica expedida pela Receita Federal:

11.1.2.1 Certidão de Regularidade Fiscal Pessoa Jurídica expedida pela Receita Federal;

A falta de menção expressa à Certidão Negativa de Débito, o que torna a exigência do edital mais rigorosa do que o dispositivo legal que a ampara, posto que são afastados do certame os licitantes que sejam detentores de certidões positivas com efeito de negativa.

Desta maneira, o item do edital representa prejuízo à ampla competitividade do certame, já que está em descompasso com a lei e com a jurisprudência sobre o tema.

Sobre o tema já se manifestou o Egrégio Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, determinando a revisão do ato convocatório face a exigência de CND para comprovação da regularidade perante a seguridade social.

(...)

“Refiro-me ao subitem 6.3.3.5 que exige expressamente Certidão Negativa de Débito – CND para comprovação de regularidade relativa à seguridade Social.

Embora a Administração tenha sustentado que o subitem 6.3.3.7 do edital possibilite a apresentação de Certidão Positiva com Efeito de Negativa, a previsão contida no citado

dispositivo legal é limitada à prova de regularidade perante as Fazendas e não propriamente em relação à Previdência, demandando uma revisão do ato convocatório.

(...)

Em razão do exposto, meu voto considera parcialmente procedente a Representação (...), a fim de se determinar àquele Executivo a correção dos seguintes aspectos do edital:

a) Subitem 6.3.3.5 possibilitando a apresentação de Certidão Positiva com efeito de Negativa para demonstração da regularidade perante a Seguridade Social; (TC-36858/026/11 - Substituta de Conselheiro Cristiana de Castro Moraes)”

Vale verificar a decisão do EGRÉGIO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO.

“Quanto a exigência de débitos não inscritos em dívida ativa, cabe dizer que podem estes estar sendo parcelados ou questionados em juízo, ou ainda, discutidos no âmbito da própria administração, o que por si só, não torna a situação do licitante irregular perante à Fazenda Pública, haja vista o disposto no art. 151, incisos III, IV, V e VI, do Código Tributário Nacional (...) (Acórdão nº 1.848/2003, Plenário, rel. Min. Adilson Motta).”

Face o exposto, considerando ainda a previsão do Código Tributário Nacional na qual a certidão positiva com efeito de negativa atende as finalidades da CND, ora se requer seja corrigido o item do edital, para aceitação de certidão positiva com efeito de negativa para a prova de regularidade fiscal perante a Fazenda Federal.

II- 7. DA IMPOSSIBILIDADE DE ELABORAÇÃO DE PROPOSTAS COMERCIAIS POR AUSÊNCIA DE CRITÉRIOS REFERENTES AO QUANTITATIVO DE TREINAMENTO E AGLUTINAÇÃO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE CURSOS TÉCNICOS;

Excelência, o Edital promovido pela Municipalidade de Maceió, pretende contratar, de acordo com os ditames do Termo de Referência, **Treinamento de pessoal**, o qual a empresa vencedora, simultaneamente à implantação do programa, deverá realizar treinamento de pessoal em diversas frentes, quais sejam: Treinamento Contribuinte (associações de classe), Treinamento no suporte operacional, Treinamento nos módulos de integração, Treinamento nos códigos fontes e scripts de banco de dados (transferência de tecnologia).

Após analisar minuciosamente as disposições editalícias referentes ao treinamento dos usuários do sistema, a empresa Peticionante entendeu que não foram especificados a contento os quantitativos de treinamento, impedindo, dessa forma, a formulação de propostas pelas licitantes interessadas na disputa do certame e violando, como consequência lógica, a competitividade inerente aos certames promovidos pela Administração Pública.

Assim nos permite asseverar que **a Municipalidade não forneceu, elementos essenciais para a composição dos dispêndios relativos ao treinamento de pessoal.**

Dessa forma, **as licitantes não possuem conhecimento da quantidade exata de funcionários municipais, contribuintes, técnicos que necessitaram de treinamento, prejudicando a formulação de propostas pelas licitantes interessadas na disputa, comprometendo a isonomia no certame, porquanto abre margem ao oferecimento de propostas com valores calcados em projeções distintas de números de servidores e contribuintes que serão treinados.**

Portanto Excelência, necessário se faz a estipulação exata de quantos servidores municipais deverão ser treinados para que a licitante possa considerar seus gastos com equipe, deslocamento, hospedagem, bem como a viabilidade de execução dentro do cronograma proposto.

Assim, considerando que o edital em epígrafe não estabelece de forma precisa, a quantidade de servidores municipais que deverão participar do treinamento e capacitação, fato que impossibilita à prévia precificação, bem como a estimativa de gastos ao decorrer da execução contratual, as licitantes estão impossibilitadas de elaborarem firme proposta comercial, prejudicando a participação de empresas interessadas na disputa.

O problema se agrava, na análise do item 4.6 que estabelece o prazo para implantação do sistema, vejamos:

Implantação de Programas

O prazo para conclusão dos serviços de migração, conversão e saneamento dos dados, bem como a implantação dos módulos e o treinamento dos usuários será de no máximo 3 (três) meses após o recebimento da Ordem de Serviço e cumprimento do Cronograma físico-financeiro disposto no Termo de Referência.

Portanto Excelência, **considerando a ausência de informações quanto a quantidade exata de funcionários municipais e contribuintes, que deverão receber os treinamentos previsto no presente edital,** prejudica, sobremaneira a formulação de propostas comerciais e, conseqüentemente, a ampla participação de interessados na disputa, assim necessária se faz a suspensão do certame e posterior adequação do Edital, com vistas a constar de maneira exata, a quantidade de pessoas que serão treinadas na presente contratação.

Ainda no que se refere ao treinamento dos servidores públicos que utilizaram o sistema a ser contratado, temos ainda, que o edital não especifica qual o

conteúdo deverá ser ministrado no treinamento realizado pela empresa contratada, o que impossibilita, mais uma vez, a correta elaboração de proposta comercial, tendo em vista, ausência de critérios objetivos para aferir quais serão os gastos com elaboração de materiais, bem como a estimativa de horas que serão utilizados para o treinamento do pessoal, configurando, portanto, em impossibilidade da correta elaboração de proposta comercial.

Além das questões acima ventiladas, temos ainda, no que se refere ao treinamento, que o Edital estipula Treinamento na linguagem de programação, frameworks, scripts de banco de dados, etc., utilizados na solução.

Ocorre, que referido treinamento em linguagem de programação, pode ser realizado por outras empresas, conforme se verifica em breve pesquisa no google.

No Município de Maceió existem diversas empresas que disponibilizam esses cursos de linguagem em programação, e que não poderão participar do certame ora impugnado, pois foram tolhidas pelo próprio edital do Pregão Eletrônico nº 31/2018.

Nos links ora colocados, temos diversas empresas no Município de Maceió que prestam esses serviços de maneira independente, vejamos:

<http://www.correiodosmunicipios-al.com.br/2017/03/sebrae-alagoas-promove-curso-front-in-maceio-frameworks-edition/>.

<https://educacao.infojobs.com.br/cursos/programacao/maceio-al/?c=1&s=11&ilo=170&ci=5202196>.

Como vemos, são diversos serviços que deverão ser prestados (Treinamento na linguagem de programação, frameworks, scripts de banco de dados, etc., utilizados na solução) que devem ser implantados, atendendo várias áreas internas da Administração Municipal de Maceió.

Assim, o fracionamento do objeto da licitação, com absoluta certeza, trará uma competitividade maior ao certame, reduzindo sensivelmente os preços das contratações e, por óbvio, trazendo uma melhor prestação de serviços à Administração do Município de Maceió.

Essa possibilidade de fracionamento está expressamente prevista na Lei de Licitações, no artigo 23, §1º, o qual segue abaixo transcrito por razões de conveniência e oportunidade:

"Art. 23. (...)

§ 1º. As obras, serviços e compras efetuadas pela Administração serão divididas tantas parcelas quantas se comprovarem técnica e economicamente viáveis, procedendo-se à licitação com vistas ao melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e à ampliação da competitividade sem perda da economia em escala."

Nesse sentido, o doutrinador *Marçal Justen Filho* dita em sua obra *"Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos"*:

"O ART. 23, § 1º, IMPÕE O FRACIONAMENTO COMO OBRIGATÓRIO. A REGRA RETRATA A VONTADE LEGISLATIVA DE AMPLIAR A CONTRATAÇÃO E O UNIVERSO DE POSSÍVEIS INTERESSADOS. O fracionamento conduz à licitação e contratação de objetos de menor dimensão quantitativa, qualitativa e econômica. Isso aumenta o número de pessoas em condições de disputar a contratação, inclusive pela redução dos requisitos de habilitação (que serão

proporcionados à dimensão dos lotes). TRATA-SE NÃO APENAS DE REALIZAR O PRINCÍPIO DA ISONOMIA, MAS DA PRÓPRIA EFICIÊNCIA. A competição produz redução de preços e se supõe que a Administração desembolsará menos, em montantes globais, através da realização de uma multiplicidade de contratos de valor inferior do que pela pactuação de contratação única.” (grifos e destaques nossos). FILHO. Marçal Justen; Comentários à lei de licitações e contratos administrativos; 13ª Edição, Editora Dialética.

Nossos Tribunais também recomendam essa prática, tudo para que sejam resguardados os interesses da própria Administração:

“Na forma do art. 23, §1º, da Lei 8.666/93, deve a Administração buscar o parcelamento do objeto, com vistas a melhor aproveitar os recursos do mercado e, sobretudo ampliar a competitividade do certame.” (Grifos Nossos) TCU. Tribunal de Contas da União; Decisão nº 348/1999, Plenário, rel. Min. Benjamin Zymler.

“O §1º do artigo 23 da Lei 8666/93 estabelece a possibilidade da Administração fracionar o objeto em lotes ou parcelas desde que haja viabilidade técnica e econômica. Nos termos do §2º, o fracionamento da contratação produz a necessidade de realização de diversas licitações. O fundamento do parcelamento é, em última instância, a ampliação da competitividade que só será concretizada pela abertura de diferentes licitações. Destarte, justifica-se a exigência legal

de que se realize licitação distinta para cada lote do serviço total almejado. (Acórdão nº 2.393/2006, Plenário, rel. Min. Benjamin Zymler, Tribunal de Contas da União).

Face ao exposto dos arestos proferidos pela E. Corte de Contas da União, a previsão de serviços distintos entre si, previstos em único Edital, maculará todo o certame em si, na medida em que não estará a Administração Pública respeitando o **PRINCÍPIO DA COMPETITIVIDADE**:

“Nos certames de licitação, esse princípio conduz o gestor a buscar sempre o maior número de competidores interessados no objeto licitado. Nesse sentido, a Lei de Licitações veda estabelecer, nos atos convocatórios, exigências que possam, de alguma forma, admitir, prever ou tolerar, condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o caráter competitivo da licitação.” (in Licitações e Contratos: orientações e jurisprudência do TCU / Tribunal de Contas da União – 4. ed. rev., atual, e ampl. – Brasília).

Partindo dessa premissa, de que o fracionamento só trará benefícios à Administração, não pode esta abrir mão deste benefício, sob risco de inviabilizar o presente certame, criando impedimentos e dificuldades aos interessados, afrontando gravemente o princípio da ampla competitividade, além de não lograr êxito na obtenção da proposta mais vantajosa.

Logo, certo de que o objeto da presente licitação deve ser fracionado, deve o presente edital ser anulado, com o fito de que seja retificado pela Administração do Município de Maceió.

III- DO PEDIDO

Pelo exposto, requer-se inicialmente a suspensão, no estado em que se encontra, o **PREGÃO ELETRÔNICO – ARSER/DL/CPL nº 31/2018.**, promovido pela Prefeitura Municipal de Maceió, para posterior análise da presente Impugnação.

No mérito, requer sejam determinadas as pertinentes correções relatadas no corpo da presente Impugnação, por restringir o caráter competitivo da licitação (inciso I, §1º do artigo 3º da Lei Federal nº 8.666/93), infringindo, assim, o processo licitatório e os princípios constitucionais que os norteia.

Por fim, requer que todas as intimações sejam realizadas exclusivamente em nome do advogado **Dr. Luiz Henrique Ornellas de Rosa, inscrito na OAB/SP 277.087**, sob pena de nulidade.

Nestes Termos
Pede deferimento

São Paulo, 05 de Abril de 2018.



LUIZ HENRIQUE ORNELLAS DE ROSA

OAB/SP 277.087