

**ILUSTRÍSSIMA SENHORA PREGOEIRA RESPONSÁVEL PELO PREGÃO ELETRÔNICO
Nº 109/2018–CPL/ARSER DA PREFEITURA DE MACEIÓ-AL.**

**URGENTE: DATA PREVISTA PARA ABERTURA DO CERTAME: 09 de Novembro
de 2018 às 10h00.**

**IMPUGNANTE: EICON CONTROLES INTELIGENTES DE NEGÓCIOS LTDA.
IMPUGNADA: PREFEITURA MUNICIPAL DE MACEIO
PELO PREGÃO ELETRÔNICO Nº 109/2018–CPL/ARSER**

EICON CONTROLES INTELIGENTES DE NEGÓCIOS., pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ: 53.174.058/0001-18, com sede na Rua Bom Pastor, 2.732 - Sala 87, Torre Norte, 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 Nº 109/2018–CPL/ARSER**, oriundo do Processo Administrativo nº n.º **2500.14806/2017**, 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 “CONTRATAÇÃO DE SISTEMA INTEGRADO DE ESCRITURAÇÃO ELETRÔNICA E NOTA FISCAL DE SERVIÇO ELETRÔNICA (NFS-E), CONTENDO: AQUISIÇÃO DE CÓDIGO FONTE E TRANSFERÊNCIA DE TECNOLOGIA, IMPLANTAÇÃO, CUSTOMIZAÇÃO E MANUTENÇÃO; SERVIÇO DE ARMAZENAMENTO DE DADOS E SISTEMAS DENOMINADOS DATA CENTER; E SERVIÇO DE TREINAMENTO NAS TECNOLOGIAS UTILIZADAS NA CONSTRUÇÃO DO REFERIDO SISTEMA INTEGRADO, cujas especificações, quantitativos e condições gerais encontram-se detalhados no termo de referência (ANEXO I)”, cujo tipo de licitação, com data de abertura e recebimento dos envelopes agendada para o dia 09/11/2018, 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 dos Egrégios Tribunais de Controle Externo, 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 Sundfeld¹:

“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.” (Grifei)

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 Maceió deve agir nos mais estritos ditames legais.

¹ Licitação e Contrato Administrativo. Ed. Malheiros, 2ª ed. p. 19.
Página 4 de 31

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, 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**”.* (Grifei)

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 Nº 109/2018–CPL/ARSER;

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

II -2. Da proibição de participação de empresas reunidas em consórcio;

II- 3. Do excesso de formalismo e da irregular previsão de apresentação de documentos com firma reconhecida;

II – 4. Da inadequação do tipo de licitação, tendo em vista que poderá a mesma não ser vantajosa para a Administração;

II – 5. Da ausência de definição da parcela de maior relevância para demonstração de capacidade técnica das licitantes;

Desta forma, vem a ora Impugnante, tempestivamente, através deste arrazoadado, demonstrar, relatar e apontar a Vossa Senhoria, de forma pormenorizada, todos os itens acima elencados que contaminam o Edital do *Pregão Eletrônico Nº 109/2018–CPL/ARSER*, 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 Nº 109/2018–CPL/ARSER;

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.

Neste mesmo sentido caminha a jurisprudência pacífica do Tribunal de Contas de São Paulo, que entendeu como irregular aglutinação de vários serviços distintos dentro da contratação do software de prateleira. Vejamos:

PRIMEIRA CÂMARA - SESSÃO:18/02/14 120 TC-024098/026/13 Contratante: Prefeitura Municipal de Barueri. Contratada: TR Tecnologia Ltda. – ME. Autoridade(s) Responsável(is) pela Homologação e que firmou(aram) o(s) Instrumento(s): Luciano José Barreiros (Secretário de Suprimentos). Objeto: Implantação do projeto “Cartão Barueri”, incluindo fornecimento de software parametrizado e customizado, com a respectiva infraestrutura. Em Julgamento: Licitação – Pregão Presencial. Contrato celebrado em 04-07- 13. Valor – R\$3.125.000,00. Justificativas apresentadas em decorrência da(s) assinatura(s) de prazo, nos termos do artigo 2º, inciso XIII, da Lei Complementar nº 709/93, pelo Conselheiro Dimas Eduardo Ramalho, publicada(s) no D.O.E. de 16-10-13. Advogado(s): Humberto Alexandre Foltran Fernandes e outros. Procurador(es) de Contas: Thiago Pinheiro Lima. Fiscalizada por: GDF-9 – DSF-I. Fiscalização atual: GDF-9 – DSF-I.

2. VOTO.

2.1. Os esclarecimentos trazidos aos autos pela Origem não foram suficientes para afastar a totalidade das irregularidades suscitadas na instrução do feito. 2.2. De fato, indevida a utilização da “técnica e preço” no caso em tela, pois o objeto licitado demonstra claramente que a contratação não tem por escopo o desenvolvimento de

um sistema a ser produzido unicamente para a Administração de Barueri, abrangendo, isto sim, a obtenção de licença de uso para softwares já existentes, a serem tão somente customizados e parametrizados, de forma que suas aplicações sejam adaptadas a demandas específicas, em flagrante ofensa ao artigo 46 da Lei Federal nº 8.666/93.

2.3. Na presente hipótese, a própria utilização da modalidade “pregão”, assim como a evolução tecnológica, fez com que se perdesse a razão de ser do disposto no artigo 45, § 4º, da Lei Federal nº 8.666/93. Nesse sentido ensina a doutrina :

Com a evolução e o progresso, os bens e serviços na informática inseriram-se no processo de massa. Perderam suas especificidades. Isso significa que, tal como se passa com a maior parte dos produtos, os bens e serviços de informática podem ser distinguidos em duas categorias fundamentais. Há os padronizados, disponíveis facilmente no mercado, e há os dotados de peculiaridades e especificidades. Assim, é perfeitamente possível encontrar equipamentos de informática à venda em supermercados e lojas não especializadas. Ali também se vendem os chamados ‘softwares de prateleira’: programas com perfil não diferenciado, comercializados em massa e que podem ser facilmente instalados e operados. Ora, é evidente que essa espécie de bens não demanda licitação de técnica e preço, eis que não há nem sequer possibilidade de cogitação de variação técnica apta a satisfazer de modo mais adequado o interesse sob tutela do Estado. Aliás, o reconhecimento da procedência do

raciocínio conduziu à possibilidade de utilização de pregão para contratação nessa área. Essa orientação foi expressamente consagrada no art. 9º, § 2º, do De. fed. Nº 7.174, que regulamenta as contratações públicas no setor de informática e automação.

2.4. Conforme mencionado pelo MPC, há precedente nesta Corte condenando procedimento assemelhado, nos autos do TC-020613/026/092 .

2.5. Além disso, o objeto aglutina serviços de naturezas distintas, como fornecimento de software customizado; confecção do “Cartão Barueri”; provimento de infraestrutura de rede lógica e elétrica necessária à realização do cadastramento dos municípios, e disponibilização de mobiliário e equipamentos (computadores, monitores, no-break, impressoras, scanner, webcam), em ofensa ao artigo 23, § 1º, da Lei Federal nº 8.666/93.

A prática adotada pela Administração afasta do certame empresas que atuem apenas no ramo de software, assim como aquelas cuja atividade limita-se à locação ou venda de equipamentos de informática, algo que é bastante comum no mercado. Ressalto, por oportuno, que, somente 03 (três) empresas participaram do certame, um número bastante reduzido, tendo em vista o porte do município de Barueri e sua localização, na região metropolitana de São Paulo.

2.6. Os atos levados a efeito, no caso em tela, vai de encontro aos princípios da legalidade, competitividade,

eficiência e busca da proposta mais vantajosa, preconizados no caput do artigo 37 da Constituição Federal e no artigo 3º da Lei Federal nº 8.666/93.

2.7. A rigor, considerando a gravidade das impropriedades constatadas, a prática adotada enseja a aplicação de multa ao responsável, nos termos do artigo 104, inciso II, da Lei Orgânica deste Tribunal, em importância correspondente a 300 (trezentas) UFESPs, que se revela apropriada ao caso concreto.

2.8. Diante do exposto, VOTO pela irregularidade do Pregão e do Contrato, com acionamento do disposto nos incisos XV e XXVII do artigo 2º da Lei Complementar nº. 709/93, concedendo ao Exmo. Prefeito Municipal de Barueri o prazo máximo de 60 (sessenta) dias para que informe a esta Corte as providências adotadas face à presente decisão, inclusive apuração de responsabilidades e imposição das sanções administrativas cabíveis.

2.9. VOTO, ainda, nos termos do artigo 104, II, da Lei Complementar nº 709/93, pela aplicação de multa equivalente a 300 (trezentas) UFESPs ao Senhor Luciano José Barreiros – então Secretário Municipal de Barueri, autoridade que homologou o certame, adjudicou o objeto e assinou o Contrato e o Termo de Ciência e Notificação, por violação ao caput do artigo 37 da Constituição Federal e aos artigos 3º, 23, § 1º, e 46, da Lei Federal nº 8.666/93, fixando-lhe o prazo máximo de 30 (trinta) dias para atendimento.

DIMAS EDUARDO RAMALHO
CONSELHEIRO [Grifei]

É evidente consoante precedente acima transcrito, 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:

5.1.1.2 O sistema a ser entregue deverá ser implantado, parametrizado e/ou customizado no que precisar e deverá possuir todos os requisitos funcionais exigidos no Anexo I, onde suas parametrizações e/ou customizações deverão ser realizados dentro do período da implantação previsto para o módulo, devendo a Contratada se responsabilizar pela sua implantação, parametrização e/ou 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 109/2018, 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 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 Maceió, 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 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”.

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

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:

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

“Proc.: TC-011.868/026/2006 – incluso TC-012.186/026/2006 Representantes: a) CONSTRUTORA CVS S/A Diretor: Helvético 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 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 realocação 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". [Grifei]

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- 3. DO EXCESSO DE FORMALISMO E DA IRREGULAR PREVISÃO DE APRESENTAÇÃO DE DOCUMENTOS COM FIRMA RECONHECIDA;

Douto Julgador, além desta citada impropriedade o edital combatida ainda prevê que os licitantes apresentem documentos com firma reconhecida quando da apresentação de atestados e certificados dos profissionais que possuam conhecimento comprovado em implantação. Tal previsão já foi censurada pelos Tribunais de Contas, pois a veracidade dos documentos apresentados pelos licitantes podem ser verificados pelos responsáveis pelo Certame. Pedimos vênha para colacionar os itens que trazem a previsão ora combatida.

II. Profissional com conhecimento e experiência comprovada em implantação de Soluções Integradas nas áreas de Administração Tributária. Esta experiência deverá ser comprovada com participações em projetos com mesma similaridade (matéria tributária), através de atestados ou certificados expedidos por pessoa jurídica de direito público ou privado, com firma reconhecida. [Grifei]

Tal previsão é totalmente contrária ao espírito republicano das licitações, pois impede que todo e qualquer licitante que deseje participar do pleito seja tolhido por conta da falta de firma reconhecida em cartório.

O Tribunal de Contas do Estado de São Paulo tem entendimento consolidado no sentido de entender exagerada e impertinente a previsão em edital de apresentação documentos com firma reconhecida. *In verbis*:

TC. 11079.989.16-6, 11101.989.16-8, 11130.989.16-3 e 11253.989.16-4. SESSÃO DE 28/09/2016. RELATORA CONSELHEIRA CRISTIANA DE CASTRO MORAES:

“Embora a exigência de reconhecimento de firma em documentos seja até usual, estando amparada de forma genérica pelo Código Civil no caso dos mandatos, fato é que eventual não aceitação de credenciamento de proponente, representado por procurador, munido do instrumento do mandato, para manifestação em Sessão Pública, em função da inexistência de reconhecimento de firma no documento, extrapola, a meu ver, os limites da razoabilidade, podendo colocar em risco o atingimento das finalidades da licitação.”

Ademais, considerando a desnecessidade dessa formalidade em outros documentos tão ou mais importantes para o Certame, como a própria proposta, e todas as declarações exigidas das licitantes, cujos modelos constam dos Anexos do Edital, a previsão impugnada me parece incoerente, devendo, portanto, ser revista.

Situação semelhante foi enfrentada pelo Plenário, recebendo o mesmo tratamento, nas Representações n. 287.989.15-6, 303.989.15-6 e 327.989.15-8, em Sessão de 15/04/2015, sob a relatoria do eminente Conselheiro Edgard Camargo Rodrigues.” [Grifei]

O excesso de formalismo⁵ acaba prejudicando a finalidade do pleito licitatório, que a escolha da oferta mais vantajosa para a Administração Pública. A Administração Pública com esses itens impertinentes acabam por criar empecilhos ao desiderato do certame, por conta disso, é mister que tal previsão seja retirada do instrumento convocatório do pregão eletrônico 109/2018, a vista de homenagear os princípios norteadores da Administração Pública.

Não sem razão que a Corte de Contas da União tem se pautado pelo formalismo moderado, haja vista que o rigor dos procedimentos formais acaba por afastar a licitação do seu fim último, qual seja a contratação da proposta mais vantajosa para a Administração. Neste sentido:

“17.1. Entretanto, considerando os princípios do formalismo moderado e da verdade material, mecanismos mais flexíveis de ponderação de formalidades e valoração de fatos, que regem o processo de controle externo, entende-se devem os argumentos trazidos como alegações de defesa serem analisados e considerados” (Acórdão 12633/2018 Primeira Câmara).

Em face de tudo o que foi exposto, requer seja tal apontamento considerado irregular e após seja determinada sua correção.

II -4. DA INADEQUAÇÃO DO TIPO DE LICITAÇÃO, TENDO EM VISTA QUE PODERÁ A MESMA NÃO SER VANTAJOSA À ADMINISTRAÇÃO;

Digno Julgador, se não bastasse a falta adequação da modalidade de licitação, a Prefeitura Municipal de Maceió também peca na escolha do tipo de licitação, haja vista a possibilidade de tal modalidade culminar na aquisição de serviços mais caro, ou seja, em desacordo com o princípio da vantajosidade na aquisição de bens e serviços por parte da administração.

Não é demais lembrar que o edital peca na escolha da modalidade Pregão Eletrônico, uma vez que a norma geral do pregão aduz que o julgamento das propostas será pelo tipo menor Preço. Vejamos:

Art. 4º A fase externa do pregão será iniciada com a convocação dos interessados e observará as seguintes regras:

[omissis]

X - para julgamento e classificação das propostas, será adotado o critério de menor preço, observados os prazos máximos para fornecimento, as especificações técnicas e parâmetros mínimos de desempenho e qualidade definidos no edital;

No entanto, ao que parece a Prefeitura escolheu como critério de julgamento preço e técnica. Vejamos:

16.1 O julgamento da proposta será realizado pelo critério do **MENOR PREÇO POR GRUPO**, observadas as **EXIGÊNCIAS MÍNIMAS DE QUALIDADE** do objeto proposto pelo licitante.

Pois bem, a expressão observadas as exigências mínimas de qualidade na verdade revela que a Prefeitura de Maceió visa uma contratação cujo o critério de julgamento é totalmente incompatível com a Pregão Eletrônico.

Não só isso, até o tipo de licitação demonstrar que a Licitante não se ateve as peculiaridade do que está requerendo contratar. Vejamos o objeto do presente certame:

1 O OBJETO DA LICITAÇÃO

1.1 A presente licitação tem por objetivo a CONTRATAÇÃO DE SISTEMA INTEGRADO DE ESCRITURAÇÃO ELETRÔNICA E NOTA FISCAL DE SERVIÇO ELETRÔNICA (NFS-E), CONTENDO: AQUISIÇÃO DE CÓDIGO FONTE E TRANSFERÊNCIA DE TECNOLOGIA, IMPLANTAÇÃO, CUSTOMIZAÇÃO E MANUTENÇÃO; SERVIÇO DE ARMAZENAMENTO DE DADOS E SISTEMAS DENOMINADOS DATA CENTER; E SERVIÇO DE TREINAMENTO NAS TECNOLOGIAS UTILIZADAS NA CONSTRUÇÃO DO REFERIDO SISTEMA INTEGRADO, cujas especificações, quantitativos e condições gerais encontram-se detalhados no termo de referência (ANEXO I).

Como é perceptível há elementos do objeto do presente certame que denotam que não só uma licitante, mas duas ou até três poderão ofertar de forma diversificada os serviços que a Prefeitura Licitante deseja contratar, haja vista que os serviços poderão ser divididos em módulos unitários. O tribunal de Contas da União analisando a adoção do tipo de licitação de menor preço por grupo entendeu que esta não seja a melhor escolha, a vista do princípio da vantajosidade. In verbis:

4. A adoção de critério de adjudicação pelo menor preço global por lote em registro de preços 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.

Representação relativa a licitação promovida pelo Comando Militar do Leste (CML), mediante pregão eletrônico destinado a registro de preços para futura e eventual aquisição de equipamentos, acessórios e materiais de informática, apontara possível restrição à competitividade do certame. A limitação decorreria, dentre outros aspectos, da utilização injustificada de licitação por lotes. Em juízo de mérito, realizadas as oitivas regimentais, o relator destacou, em preliminar, que a licitação fora *"dividida em grupos, formados por um ou mais itens, (...) facultando-se ao licitante a participação em quantos grupos forem de seu interesse, devendo oferecer proposta para todos os itens que o compõem"*. Relembrou que a jurisprudência do TCU *"tem sido no sentido de que a adoção da adjudicação do menor preço global por grupo/lote, concomitantemente com disputa por itens, pode ser excepcionalmente admissível se estiver embasada em robusta e fundamentada justificativa, capaz*

de demonstrar a vantajosidade dessa escolha comparativamente ao critério usualmente requerido de adjudicação por menor preço por item, em cumprimento às disposições dos arts. 3º, § 1º, inciso I, 15, inciso IV, e 23, §§ 1º e 2º, todos da Lei n. 8.666/1993". E anotou que "a modelagem de que se valeu o Comando Militar do Leste, isto é, a adjudicação pelo menor preço global por grupo/lote concomitantemente com a disputa por itens, já foi objeto de crítica por parte do Tribunal de Contas da União (...) nos autos do TC 022.320/2012-1 (Acórdão n. 2.977/2012 – Plenário)". Desse julgado, destacou importante excerto, no qual se lê: "A adjudicação por grupo, em licitação para registro de preços, sem robustas, fundadas e demonstradas razões (fáticas e argumentativas) que a sustente, revela-se sem sentido quando se atenta para o evidente fato de que a Administração não está obrigada a adquirir a composição do grupo a cada contrato, podendo adquirir isoladamente cada item, no momento e na quantidade que desejar. (...) O que fica registrado quando a adjudicação se dá pelo menor preço por grupo, não é o menor preço de cada item, mas o preço do item no grupo em que se sagrou vencedor o futuro fornecedor. (...) Em modelagens dessa natureza, **é preciso demonstrar as razões técnicas, logísticas, econômicas ou de outra natureza que tornam necessário promover o agrupamento como medida tendente a propiciar contratações mais vantajosas, comparativamente à adjudicação por item.** É preciso demonstrar que não há incoerência entre adjudicar pelo menor preço global por grupo e promover aquisições por itens, em sistema de registro de preços. **A Administração não irá adquirir grupos, mas itens.**

Repisando, na licitação por grupos/lotes, a vantajosidade para a Administração apenas se concretizaria se fosse adquirido do licitante o grupo/lote integral, pois o menor preço é resultante da multiplicação de preços de diversos itens pelas quantidades estimadas. Em registro de preços, a realização de licitação utilizando-se como critério de julgamento o menor preço global por grupo/lote leva, vis à vis a adjudicação por item, a flagrantes contratações antieconômicas e dano ao erário, potencializado pelas possibilidades de adesões, uma vez que, como reiteradamente se observa, itens são ofertados pelo vencedor do grupo a preços superiores aos propostos por outros competidores”

(grifos do relator). Analisando o caso concreto, registrou o relator que os argumentos apresentados pelo CML foram incapazes de demonstrar a vantajosidade do modelo escolhido. Em conclusão, considerando a efetiva competição verificada no pregão, exceto em um dos grupos, optou o relator pela manutenção da licitação, “devido à possibilidade de que os ganhos com a repetição do certame sejam inferiores ao custo de um novo procedimento”. Nesse sentido, caracterizada falha estrutural nesse tipo de modelagem, sugeriu fosse expedida determinação destinada a adoção de iniciativa junto à Secretaria de Logística e Tecnologia do Ministério do Planejamento “no sentido de que seja desenvolvido mecanismo que impeça a administração, em pregões eletrônicos regidos pelo sistema de registro de preços com a opção pela adjudicação por grupos, de registrar em ata de registro de preços item com preço superior àquele de menor valor resultante da disputa por itens dentro do

*respectivo grupo, ainda que o item de maior valor faça parte da proposta vencedora contendo o menor valor global por grupo”, bem como determinação ao CML para que restrinja a utilização da ata de registro de preços ao próprio órgão. O Tribunal, ao acolher o juízo de mérito formulado pelo relator, julgou parcialmente procedente a Representação, expedindo, dentre outras, as determinações propostas. **Acórdão 2695/2013-Plenário, TC 009.970/2013-4, relator Ministro-Substituto Marcos Bemquerer Costa, 02.10.2013.** [Grifei]*

Nestes termos, pede-se que o presente instrumento convocatório seja devidamente corrigido, a fim de prestigiar o princípio da economicidade e vantajosidade, bem como em perfeito acatamento a jurisprudência pacífica dos Tribunais de Controle Externo Pátrios.

II -5. DA AUSÊNCIA DE DEFINIÇÃO DA PARCELA DE MAIOR RELEVÂNCIA PARA DEMONSTRAÇÃO DE CAPACIDADE TÉCNICA DAS LICITANTES.

Ilustre Julgador o instrumento convocatório também traz previsão em dissonância com lei geral de licitações e a jurisprudência pacífica dos Tribunais de Contas pátrios, uma vez que não define as parcelas de maior relevância para aferição da capacidade técnica das licitantes.

Ora, consoante dito alhures, o edital combatido não traz nenhuma previsão de que os licitantes demonstre a capacidade técnica operacional por meio de adequação as parcelas de maior relevância.

Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a:

(omissis)

§ 2º As parcelas de maior relevância técnica e de valor significativo, mencionadas no parágrafo anterior, serão definidas no instrumento convocatório. [Grifei]

Ora não sendo claras as parcelas de maior relevância o edital acaba por criar uma séria insegurança jurídica em torno dos atestados de capacidade técnica.

Não é demais trazer a baila que o Tribunal de Contas da União tem jurisprudência consolidada acerca da necessidade de definição de parcela mais relevante. Vejamos:

SÚMULA TCU 263: *Para a comprovação da capacidade técnico-operacional das licitantes, e desde que limitada, simultaneamente, às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto a ser contratado, é legal a exigência de comprovação da execução de quantitativos mínimos em obras ou serviços com características semelhantes, devendo essa exigência guardar proporção com a dimensão e a complexidade do objeto a ser executado.*

Igualmente o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo tem jurisprudência consolidada acerca da necessidade de definição da parcela de maior relevância como critério de aferição da capacidade técnica operacional.

SÚMULA Nº 23 - Em procedimento licitatório, a comprovação da capacidade técnico-profissional, para obras e serviços de engenharia, se aperfeiçoará mediante a apresentação da CAT (Certidão de Acervo Técnico), devendo o edital fixar as parcelas de maior relevância, vedada a imposição de quantitativos mínimos ou prazos máximos.

SÚMULA Nº 24 - Em procedimento licitatório, é possível a exigência de comprovação da qualificação operacional, nos termos do inciso II, do artigo 30 da Lei Federal nº 8.666/93, a ser realizada mediante apresentação de atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, devidamente registrados nas entidades profissionais competentes, admitindo-se a imposição de quantitativos mínimos de prova de execução de serviços similares, desde que em quantidades razoáveis, assim consideradas 50% a 60% da execução pretendida, ou outro percentual que venha devida e tecnicamente justificado.

A vista de tamanha jurisprudência é urgente que o edital combatido traga previsão das parcelas de maior relevância, estando assim em consonância com norma geral de licitações e a com a jurisprudência pacífica dos tribunais de controle externo.

Que não alegue a Administração Licitante que o Tribunal de Contas da União possui jurisprudência isentando os certames que buscam adquirir licenças de uso de software da necessidade de previsão de clara previsão de parcela de maior relevância, uma vez que no presente certame o que a Municipalidade objetiva

adquirir não é só a licença de uso de um software de prateleira, mas uma gama de serviços embutidos neste software. Vejamos o entendimento do Colendo TCU para verificarmos a distinção daquele posicionamento o objeto do presente pregão. *In verbis:*

2. Nas licitações destinadas à aquisição de licenças de uso de softwares já desenvolvidos, se caracterizada a unicidade e indivisibilidade de cada item licitado, não há que se estabelecer item ou parcela de maior relevância para fins de comprovação da qualificação técnica.

Representação acerca de possíveis irregularidades em pregão eletrônico promovido pelo Exército Brasileiro – Comando da 1ª Região Militar, destinado à aquisição de licenças de uso de software e respectivos serviços de instalação e treinamento, apontara, dentre outros aspectos, a falta de identificação das parcelas de maior relevância do objeto licitado, para fins de julgamento dos atestados de capacidade técnica. Em síntese, a irregularidade cingia-se à ausência de justificativa técnica para a indicação de todos os seis softwares objeto da licitação como relevantes para fins de julgamento dos atestados de capacidade técnica. Realizadas as oitivas regimentais, lembrou a relatora que, nos termos da jurisprudência do TCU, *“as exigências de qualificação técnica, quer técnico-profissional quer técnico-operacional, devem recair sobre parcelas que sejam, simultaneamente, de maior relevância e valor significativo”*. E que tais requisitos *“devem ser demonstrados no instrumento convocatório ou no processo administrativo da licitação, sendo desarrazoada, como forma de comprovação da qualificação técnica dos*

*licitantes, a exigência em edital de percentuais mínimos superiores a 50% dos quantitativos dos itens de maior relevância da obra ou serviço". Entretanto, analisando o caso concreto, observou a relatora que a licitação em foco tinha por objeto "a aquisição de seis licenças de softwares, cada qual compondo um item específico do certame e com previsão de aquisição de uma licença para cada um dos itens licitados". Além disso, estabeleceu o edital que "a comprovação de capacitação técnica se dê com a apresentação de atestados que evidenciem a prestação dos serviços em características, quantidades e prazos compatíveis com o item licitado". Em tal contexto, concluiu a relatora que "Por não se tratar de desenvolvimento de **software**, mas da aquisição de licenças já prontas, não há, no caso concreto, como indicar item de maior relevância para o produto em questão, que é uno e indivisível". O Plenário do TCU, acatando a proposta da relatora, julgou parcialmente procedente a Representação (improcedente quanto ao ponto em questão), indeferindo a cautelar pleiteada. **Acórdão 3257/2013-Penário, TC 008.907/2013-7, relatora Ministra Ana Arraes, 27.11.2013.** [Grifei]*

Pois bem, em se tratando da aquisição pura e simples de licença de uso de software de prateleira não há realmente que falar em parcela de maior relevância, haja vista ser um produto todo já pronto, no caso em tela a Prefeitura de Maceió deseja adquirir um software propenso a customizações.

Corroborando nosso entendimento o tipo de licitação escolhido pela Municipalidade Licitante, ou seja, menor valor por grupo, ou seja, se é por grupo a Prefeitura admite a divisão do objeto em lotes ou grupos, sendo possível, que a esta

mesma Prefeitura diga qual destas parcelas é a de maior relevância para aferição da capacidade técnica.

Em face do exposto requer seja o edital combatido corrigido para passe a prevê a possibilidade a parcela de maior relevância consoante farta jurisprudência acostada na presente peça vestibular.

III- DO PEDIDO

Pelo exposto, requer-se inicialmente a suspensão, no estado em que se encontra, o **PREGÃO ELETRÔNICO Nº 109/2018–CPL/ARSER.**, 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 dos advogados abaixo indicados no e-mail juridico@tecnogroup.com.br, sob pena de nulidade.

Nestes Termos
Pede deferimento

São Paulo, 06 de novembro de 2018.

LUIZ HENRIQUE ORNELLAS DE ROSA

OAB/SP 277.087