

**ILUSTRÍSSIMO SENHOR PREGOEIRO OFICIAL DO MUNICÍPIO DE
CORDISLÂNDIA - ESTADO DE MINAS GERAIS**

REF: PREGÃO PRESENCIAL N° 008/2023

E&L PRODUÇÕES DE SOFTWARE LTDA, pessoa jurídica de direito privado, com sede à Av. Koehler, n° 238, Centro, Domingos Martins - ES, representada neste ato por seu procurador o Sr. Fabio Augusto Paes, brasileiro, casado, consultor comercial, inscrito no CPF sob o n° 009.973.106-18 e RG n° MG8237366 SSP/MG, CEP: 29.260-000, consoante instrumento de procuração e contrato social anexos (docs. 01/02), vem, respeitosamente, perante essa Augusta Equipe, para apresentar a presente

I M P U G N A Ç ã O

ao Edital do Pregão em destaque, publicado por esta Administração Pública, cuja finalidade consiste na contratação de serviços de cessão de sistemas informatizados de gestão pública.

1.0. INTRODUÇÃO

Prima facie, cumpre-nos salientar que a faculdade de revisão dos atos administrativos é inerente à Administração Pública, e constitui-se como eficiente mecanismo de controle e obediência aos princípios que a regem, mormente o da legalidade, a qual os entes públicos impõem observar (art. 37 da CR/88), sob pena de revisão via mandado judicial.

Através do feito em epígrafe foi deflagrado o procedimento licitatório sob a modalidade denominada Pregão, que recebeu o número de ordem 008/2023, e assim colocado o instrumento convocatório à disposição dos interessados em participar do certame, com a destinação específica concernente a contratação de empresa prestadora de serviços de cessão de sistemas informatizados de gestão pública, consoante se vê do respectivo edital.

Todavia, com todo o respeito e admiração pelo trabalho desenvolvido por essa Augusta Comissão de Pregão, desta vez, não agiu com o costumeiro acerto quando, ao publicar o presente Edital, inseriu cláusulas que espancam os preceitos legais básicos pré-estabelecidos nas Leis Federais nº 8.666/93 e 10.520/2002, restringindo, assim, de forma indevida, o caráter competitivo do certame, conforme veremos adiante.

2.0. DAS AMOSTRAS (DEMONSTRAÇÃO DOS SISTEMAS)

Como é sabido, durante a realização de procedimento licitatório, a Administração poderá solicitar dos licitantes amostras ou protótipos dos produtos ofertados. Trata-se da chamada prova de conceito, cujo objetivo

consiste em verificar se a solução apresentada pelo licitante provisoriamente classificado em primeiro lugar satisfaz as exigências do ato convocatório, a exemplo de características técnicas, qualidade, funcionalidades desejadas e desempenho dos produtos.

Consiste em uma verificação prática de aderência técnica da proposta ao edital, situada na fase de classificação/julgamento da licitação, desde que seja viabilizada a inspeção pelos demais concorrentes pela Administração, em homenagem ao princípio da publicidade.

Nos pregões realizados para contratação de bens e serviços de TI o procedimento de avaliação de amostras consiste na apresentação, por parte do licitante, de uma prova/demonstração dos produtos ofertados, seguida da realização de testes pelo ente promotor da licitação. Tal avaliação, em geral, ocorre ao final da fase de classificação dos interessados em participar da competição, na forma do art. 4º, inciso XI, da Lei Federal nº 10.520/2002 e do art. 11, inciso XII, do Decreto nº 3.555/2000, senão vejamos:

Lei Federal nº 10.520/2002

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

XI - examinada a proposta classificada em primeiro lugar, quanto ao objeto e valor, caberá ao pregoeiro decidir motivadamente a respeito da sua aceitabilidade. (Grifamos)

Decreto Federal nº 3.555/2000

Art. 11. A fase externa do pregão será iniciada com a convocação dos interessados e observará as seguintes regras:

XII - declarada encerrada a etapa competitiva e ordenadas as propostas, o pregoeiro examinará a aceitabilidade da primeira classificada, quanto ao objeto e valor, decidindo motivadamente a respeito. (Grifo nosso).

Tanto é assim que o Acórdão nº 1.215/2009 do Tribunal de Contas da União - TCU, em seu subitem 9.1.3.2, recomendou à Secretaria de Fiscalização de Tecnologia da Informação - Sefti que avaliasse a possibilidade de elaboração de Nota Técnica sobre *"a avaliação de amostras na contratação de bens e suprimentos de Tecnologia da Informação pela modalidade Pregão, visando minimizar o problema também corrente na Administração consistente na entrega de materiais dessa natureza de qualidade inservível e duvidosa"*.

Assim, após ser provisoriamente classificado em primeiro lugar, o licitante recebe a solicitação do pregoeiro para que, em determinado prazo, envie amostra ou promova demonstração dos produtos ofertados, a ser submetida à avaliação pelo órgão contratante.

Nessa avaliação testes e/ou verificações são aplicadas sobre a amostra/demonstração dos produtos ofertados. Dessa forma, a aceitação da amostra constitui condição para adjudicação do objeto do certame, de maneira que, caso a unidade amostrada não seja aprovada mediante as condições pré-estabelecidas no instrumento convocatório, o licitante é desclassificado, e o próximo é convocado, na ordem de classificação, ex vi do disposto no art. 4º, inciso XVI, da Lei Federal nº 10.520/2002:

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

XVI - se a oferta não for aceitável ou se o licitante desatender às exigências habilitatórias, o pregoeiro examinará as ofertas subsequentes e a qualificação dos licitantes, na ordem de classificação, e assim sucessivamente, até a apuração de uma que atenda ao edital, sendo o respectivo licitante declarado vencedor.

Implicitamente, o resultado da avaliação da amostra é estendido ao universo de produtos a ser ofertado. Em geral, o próprio procedimento de testes deverá ser transcrito no instrumento convocatório. Em outros há apenas a previsão da possibilidade de aplicação de testes, com base nas especificações técnicas do edital.

2.1. DA UTILIDADE DAS AMOSTRAS (DEMONSTRAÇÃO DOS SISTEMAS)

De acordo com o previsto no art. 3º, *caput*, da Lei Federal nº 8.666/1993, a licitação destina-se a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração, além de garantir a observância do princípio constitucional da isonomia. Nessa esteira, deve o gestor buscar todos os mecanismos legais que lhe assegurem a máxima vantagem da contratação.

A proposta mais vantajosa, no caso das licitações na modalidade Pregão, é aquela que, atendidos os requisitos técnico-qualitativos da contratação, possua o menor preço. Para se atingir esse objetivo, deve-se adotar mecanismos para se alcançar o menor preço e, ao mesmo tempo, garantir que o objeto da contratação contemple todos os requisitos necessários ao atendimento da necessidade que motivou a contratação.

A potencial obtenção do menor preço é uma consequência da adoção da modalidade Pregão, que, além de permitir unicamente o tipo menor preço, pela sua sistemática, ampliou o acesso das empresas às compras públicas.

Dessa forma, com a crescente adoção do Pregão nas aquisições de TI, resultado, inclusive, da evolução da jurisprudência do Tribunal de Contas da União - TCU, o gestor deve buscar, cada vez mais, mecanismos legais para garantir qualidade e eficiência da contratação, atuando em compensação à conseqüente ampliação do número de participantes nas licitações públicas.

De acordo com o voto condutor do Acórdão nº 1.215/2009 - TCU - Plenário, nas compras da Administração Federal, é recorrente o problema de entrega de bens e suprimentos de TI de qualidade duvidosa ou até mesmo inservível, pela observância unicamente do menor preço ofertado, conseqüente da disputa por Pregão.

Esse problema é decorrente também de uma percepção equivocada de muitos gestores públicos de que o Pregão leva à contratação de bens e serviços pelo menor preço possível no mercado. Na verdade, o Pregão é uma modalidade de licitação que propicia a compra pelo menor preço entre os bens e serviços que atendam aos requisitos estabelecidos de forma razoável no edital.

De qualquer modo, a avaliação de amostras é uma das alternativas de que dispõe o gestor para assegurar a eficácia da contratação. Na prática, o procedimento propicia ao gestor um contato inicial com o produto a ser adquirido. Nessa oportunidade, o gestor poderá proceder a uma avaliação do produto e/ou a uma gama de testes, com objetivo de verificar a aderência do produto ofertado aos requisitos de qualidade e desempenho estabelecidos no instrumento convocatório de forma razoável, conforme veremos adiante.

2.2. DA RAZOABILIDADE E DA COMPETITIVIDADE

Entretanto, os critérios pré-estabelecidos no edital para análise das amostras apresentadas pelas concorrentes não podem ser utilizados para restringir o caráter competitivo do certame, afastando competidores em potencial da luta pelo futuro contrato.

Através de uma análise simples do edital, identificamos que a exigência do atendimento de 90% (noventa por cento) das especificações técnicas descritas no termo de referência para os sistemas almejados ultrapassa os limites da razoabilidade, uma vez que não é utilizado em licitações como esta por limitar a competição.

Percentual tão elevado e desproporcional, sem admitir um percentual razoável admissível para ajustes por customização na fase de implantação, representa excesso por parte da Administração Pública licitante e cria restrições a participação, facilitando a contratação por preferência.

Exigir que uma proponente atenda a inúmeros requisitos técnicos de softwares na análise (opinião) de avaliadores para sagrar-se vencedora em processo licitatório, sem admitir customização de implantação, restringe a participação e torna flagrante a possibilidade de direcionamento da solução desejada a um fornecedor em especial (direcionamento). Se admitida esta possibilidade, com facilidade membros que redigem o termo de referência podem incluir especificações técnicas só encontráveis em softwares de um fornecedor.

O correto seria estabelecer requisitos básicos, especialmente de padrão tecnológico, concedendo prazo para que a licitante vencedora possa customizar os softwares para atendimento a todos os requisitos técnicos após a assinatura do contrato.

Na modalidade Pregão não cabe tornar obrigatório o atendimento de percentuais tão elevados de atendimento de uma quantidade excessiva de requisitos técnicos e conseqüentemente desclassificar empresas especializadas na área. Apenas requisitos comuns, mínimos, deveriam ser exigidos das proponentes e, considerando-se que os softwares das empresas especializadas são diferentes entre si, dever-se-ia dar o direito/obrigação a vencedora de customizar parte dos requisitos técnicos.

Até porque, como foi dito anteriormente, exigir sistemas de gestão pública com todas as características estabelecidas no edital certamente limitará a competitividade e/ou direcionará a licitação, o que não se pode admitir.

Tais características acabam por, ainda que sabidamente sem intenção, direcionar para um software específico, em detrimento de todos os outros disponíveis no mercado, sem, contudo, restar demonstrado o real benefício técnico e econômico que a Administração pretende alcançar com tal escolha, o que acaba por constituir-se como verdadeira afronta ao princípio da legalidade, em especial o disposto no art. 3º, §1º, inciso I, da Lei Federal nº 8.666/93, bem como art. 3º, inciso II da Lei Federal nº 10.520/02.

O art. 7º da Lei Federal nº 8.666/93, em seu parágrafo quinto, determina:

Art. 7º. As licitações para a execução de obras e para a prestação de serviços obedecerão ao disposto neste artigo e, em particular, à seguinte seqüência:

[...]

§ 5º. É vedada a realização de licitação cujo objeto inclua bens e serviços sem similaridade ou de marcas, características e especificações exclusivas, salvo nos casos em que for tecnicamente justificável, ou ainda quando o fornecimento de tais materiais e serviços for feito sob o regime de administração contratada, previsto e discriminado no ato convocatório.

A doutrinadora Dora Maria de Oliveira Ramos, reforça que o direcionamento do objeto da licitação (ainda que involuntário) é pratica totalmente vedada em nosso ordenamento jurídico, vejamos:

Deve a entidade licitante, no entanto, cuidar para não especificar o bem de forma a direcionar o procedimento a um único fornecedor. Se existe justificativa técnica para a escolha, lícito será a administração fazê-la, cabendo-lhe o ônus tão somente de demonstrar nos autos da contratação a circunstância específica. Não existindo esta, não poderá usar de subterfúgios para dar aparente legalidade a seu procedimento, dirigindo a licitação. (RAMOS, Dora Maria de Oliveira. Temas Polêmicos sobre Licitações e Contratos Administrativos. 4ª ed. Malheiros: São Paulo, 2000, p. 65)

O objetivo da licitação é buscar o maior número possível de interessados e aumentar a competitividade, garantindo que a Administração contrate o objeto pretendido pelo menor custo possível (sem comprometer a qualidade).

Ao incluir exigências e especificações que somente podem ser atendidos por uma ÚNICA EMPRESA, sem a possibilidade de customizar, durante o período de implantação, a Administração está declinando da obrigação de conseguir

melhores preços e competição em seu processo, para determinar a escolha de um produto específico.

Celso Antônio Bandeira de Melo, enfatiza que “[...] as especificações não podem ultrapassar o necessário para o atingimento do objetivo administrativo que comanda seu campo de discricionariedade.” (MELO, Celso Antônio Bandeira de. *Licitação*. 1ª ed. São Paulo: RT, p. 16)

Há de se destacar que significativa parcela das características e requisitos previstos no Projeto Básico, definidas como obrigatórias, não possuem previsão legal, caracterizando-se como requisitos próprios de uma solução de mercado, em alguns casos, até dispensáveis.

O doutrinador Adilson Abreu Dallari, ensina que:

Não se exige senão o necessário e quando necessário, dispensando-se requisitos inúteis, meramente burocráticos ou indevidamente restritivos da participação ou habilitação. Coisas desse tipo servem apenas para criar empecilhos que ensejam contendas jurídicas intermináveis e impedem o desenvolvimento da atuação administrativa. Por isso devem ser simplesmente eliminadas do edital. Enfim, o que interessa saber, o que precisa ser comprovado, é a aptidão para realizar o objeto do futuro contrato, sendo exigível, portanto, apenas o que for pertinente e suficiente para garantir (até a medida do razoável) tal execução, vedas exigências supérfluas. (DALLARI, Adilson Abreu. *Aspectos Jurídicos da Licitação*. 5ª ed. Saraiva: São Paulo, 2000)

Por tais razões, resta claro que as especificações constantes no instrumento convocatório maculam o processo licitatório, constituindo-se requisitos inúteis para a efetiva aferição do objeto que se pretende contratar e

das características mínimas que o sistema deverá possuir, razão pela qual cabe a esta Administração promover a revisão do percentual mínimo que deverá ser observado pelas empresas proponentes à época da realização da prova de conceito.

3.0. DA SOLICITAÇÃO DE PRAZO RAZOÁVEL PARA APRESENTAÇÃO DOS SISTEMAS

Outro ponto interessante diz respeito ao prazo de apenas 02 (dois) dias úteis para que a concorrente provisoriamente classificada em primeiro lugar demonstre as funcionalidades dos sistemas licitados.

Isto porque, tal medida demanda das empresas concorrentes uma programação prévia, especialmente no que diz respeito a escolha dos técnicos responsáveis por cada sistema almejado. Tais profissionais exercem diversas atividades, principalmente no que diz respeito ao atendimento rotineiro dos usuários dos sistemas. Logo, não é plausível exigir que as concorrentes deixem seus técnicos em estado de espera (sem produzir), sem, contudo, saberem se terão sucesso na etapa de disputa de preços.

Além disso, também demanda custos elevados das empresas interessadas em participar da competição, especialmente daquelas sediadas em outros Estados ou cidades distantes, que terão que enviar a esta cidade técnicos de diversas especialidades para apresentarem seus produtos.

Como exemplo dessas despesas podemos citar passagens aéreas e de ônibus, hospedagem, alimentação, dentre outras, em total desrespeito ao princípio da competitividade.

Para Joel de Menezes Niebuhr, *in* **Licitação e Contrato Administrativo**, 2012, p. 473:

A Administração deve agir com prudência e moderação ao exigir em seus instrumentos convocatórios a apresentação de amostras. Isso porque, muitas vezes, a apresentação de amostras é algo inútil. Noutras vezes, também ocorre, que a fabricação da amostra demanda tempo e envolve altos custos, que acabam por restringir substancialmente a competitividade. (Destacamos)

No mesmo sentido é o Acórdão proferido no TC 44225/26/10, Tribunal Pleno, Sessão realizada em 02/02/2011, do qual se lê:

...a apresentação e a análise de amostra somente da vencedora, como requisito da contratação, é a que melhor se ajusta à situação. À luz desse entendimento, impõe-se a retificação do texto convocatório, para fins de estabelecer a obrigatoriedade da apresentação das amostras - e a conseqüente análise -, somente do vencedor e em prazo razoável, como condição para assinatura do contrato. (Grifo nosso)

Assim, diante das informações prestadas acima e comprovado o fato de que o edital ora analisado não estabelece prazo proporcional para início da demonstração do objeto, não há que se falar em prosseguimento do certame.

4.0. DOS ATESTADOS

Como é sabido, ao realizar procedimentos Licitatórios é dever da Administração Pública exigir documentos de habilitação compatíveis com o ramo dos objetos licitados, especialmente aqueles que comprovem a qualificação técnica dos interessados em participar da disputa, mediante a apresentação daqueles enumerados no inciso XIII, do art. 4º, da Lei Federal nº 10.520/2002 c/c o

inciso II e o § 1º, do artigo 30, da Lei Federal nº 8.666/93, senão vejamos:

LEI FEDERAL Nº 10.520/2002
Art. 4º. Omissis.

XIII - a habilitação far-se-á com a verificação de que o licitante está em situação regular perante a Fazenda Nacional, a Seguridade Social e o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS, e as Fazendas Estaduais e Municipais, quando for o caso, com a comprovação de que atende às exigências do edital quanto à habilitação jurídica e qualificações técnica e econômico-financeira. (Destacamos).

LEI FEDERAL Nº 8.666/93
Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a:

II - comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, e indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos.

§ 1º A comprovação de aptidão referida no inciso II do "caput" deste artigo, no caso das licitações pertinentes a obras e serviços, será feita por atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, devidamente registrados nas entidades profissionais competentes...

A qualificação técnica tem por escopo aferir se os licitantes reúnem as condições técnicas necessárias para a execução satisfatória do objeto. Assim, temos que a comprovação de *"aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação"*, se faz por meio de atestado que demonstre já ter o proponente executado objeto similar ao licitado.

O que se avalia, então, é a experiência do licitante no passado. Para tanto, busca-se saber se a empresa já executou objeto com características, quantidades e prazos similares ao objeto da licitação, mediante a apresentação de atestado(s) fornecido(s) por pessoa jurídica de direito público ou privado, registrado(s) na entidade profissional competente, quando for o caso.

A dificuldade reside, justamente, em identificar as parcelas de maior relevância que devem estar contempladas no atestado, com o escopo de comprovar que o objeto descrito no atestado é similar ao da licitação.

Conseqüentemente, esta Comissão exigiu que as empresas interessadas em participar do certame apresentem atestado contemplando mais de 50% (cinquena por cento) dos serviços almejados, conforme se vê do disposto no item 10.5.1.1 do edital:

10.5.1.1 - Para fins da comprovação de que trata este subitem, os atestados deverão dizer respeito à cessão do direito de uso dos seguintes sistemas informatizados:

**Contabilidade Pública.
Compras de Materiais e Serviços.
Controle de Licitações.
Patrimônio Público.
Controle de Frota.
Gestão de Recursos Humanos.**

Tributos Municipais

Entretanto, analisando a exigência suso mencionada verificamos que esta Equipe de Pregão se equivocou quando estabeleceu tal percentual. Isso porque, o Tribunal de Contas da União - TCU tem recomendado que os quantitativos máximos exigidos no edital não ultrapassem a 50% (cinquenta por cento) do objeto, conforme se infere dos seguintes julgados:

9.4.4 - exigência excessiva de apresentação de atestados, por parte das licitantes, comprovando a execução de, no mínimo, 437,63 TR num único contrato, tendo em vista que, no Senac Tiradentes, unidade que exige maior qualificação técnica, são necessários apenas 213,8 TR, sendo suficiente que, em consonância com o entendimento deste Tribunal, a participante do certame demonstre ter capacidade para executar 50% dos serviços exigidos na unidade de Tiradentes, ou seja, 106 TR, vez que a exigência de comprovação da qualificação técnica deve ser pertinente e compatível com o objeto da licitação ou da contratação direta e indispensável ao cumprimento do objeto. (TCU. Acórdão n° 1.695/2011 - Plenário). (Grifos nossos).

Por ocasião da avaliação da qualificação técnico-operacional das empresas licitantes, em licitações envolvendo recursos federais: - não estabeleça, em relação a fixação dos quantitativos mínimos já executados, percentuais mínimos acima de 50% dos quantitativos dos itens de maior relevância da obra ou serviço, salvo em casos excepcionais, cujas justificativas para tal extrapolação deverão estar tecnicamente explicitadas, ou no processo licitatório, previamente ao lançamento do respectivo edital,

ou no próprio edital e seus anexos, em observância ao inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal; inciso I do § 1º do art. 3º e inciso II do art. 30 da Lei 8.666/1993; - não inclua item sem relevância ou sem valor significativo entre aqueles que serão utilizados para a comprovação de execução anterior de quantitativos mínimos, em obediência ao inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal e inciso I do § 1º do art. 3º da Lei 8.666/1993; bem assim, por analogia, ao § 1º, inciso I, do art. 30 da referida lei, que limita a comprovação da qualificação técnico-profissional as parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação, conforme decidido na Decisão 574/2002 Plenário. (TCU. Acórdão nº 1284/2003 Plenário). (Destacamos).

Assim, não há que se falar no prosseguimento do certame sem a correção deste equívoco.

6.0. DA RESTRIÇÃO À PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Importante observar, também, que esta Equipe de Pregão, amparada pelo disposto no art. 31, inciso II, da Lei Federal nº 8.666/93, exigiu, por meio do item 7.1.3.1 do edital, que os futuros concorrentes comprovem sua qualificação econômico-financeira através da apresentação de Certidão Negativa de Falência ou Concordata, senão vejamos:

LEI 8.666/93

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

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;

EDITAL

10.4.1 - Certidão Negativa de Falência, Recuperação Judicial ou Extrajudicial, Concordata expedida pelo FORO de domicílio da proponente, dentro do prazo de validade previsto na mesma, referente à data de abertura desta licitação, admitindo-se certidões digita

Ocorre que, ao exigir a certidão negativa de falência ou concordata, hoje recuperação judicial, o edital acaba restringindo a participação de empresas que estejam em processo de recuperação judicial.

Isto porque, a recuperação judicial possui regime jurídico distinto da antiga concordata, não se admitindo aplicação imediata do dispositivo legal supracitado (art. 31, inciso II).

O Tribunal de Contas da União - TCU, ao interpretar os requisitos de qualificação econômico-financeira da Lei Federal nº 8.666/93, admitiu a possibilidade de que as empresas em recuperação judicial participem de licitações, desde que estejam aptas econômica e financeiramente.

Trata-se do Acórdão nº 8271/2011 - TCU - 2ª Câmara, devidamente colacionado abaixo:

Determinações/Recomendações: 1.5.1. Dar ciência à Superintendência Regional do DNIT no Estado do Espírito Santo que, em suas licitações, é possível a participação 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. (TCU. 2ª Câmara. Processo nº 020.996/2011-0, relator Ministro Aroldo Cedraz de Oliveira).

Recentemente o TCU voltou a se manifestar sobre essa questão, senão vejamos:

A certidão negativa de recuperação judicial é exigível por força do art. 31, inciso II, da Lei 8.666/1993 porém a apresentação de certidão positiva não implica a imediata inabilitação da licitante, cabendo ao pregoeiro ou à comissão de licitação diligenciar no sentido de aferir se a empresa já teve seu plano de recuperação concedido ou homologado judicialmente - Lei 11.101/2005 (Acórdão 2265/2020-Plenário).

Destacamos

A exigência de apresentação de certidão negativa de inexistência de concordata em curso pode ser relativizada pela Administração, desde que a sociedade empresária obtenha certidão do juízo em que tramita a recuperação judicial atestando a sua capacidade econômico-financeira, apresente comprovação de regularidade com as Fazendas Públicas e comprove condições econômico-financeiras de executar o objeto licitado.

Assim, temos que a exigência de apresentação de certidão negativa de falência ou concordata, hoje recuperação judicial, de forma absoluta, como consta no edital ora atacado, é desarrazoada e acaba restringindo o caráter competitivo do certame, o que não se pode admitir.

Como sugestão para correção do equívoco apontado acima sugerimos adotar a redação transcrita abaixo:

7.1.3. ...

7.1.3.1. Certidão Negativa de Falência, Concordata, Recuperação Judicial ou Extrajudicial expedida pelo distribuidor da sede da pessoa jurídica e, quando se tratar de Sociedade Simples, apresentar Certidão Negativa dos Distribuidores Cíveis, com data não superior a 60 (sessenta) dias de sua emissão, quando não for expresse sua validade.

a) Caso a licitante se encontre em processo de recuperação judicial ou extrajudicial, deverão ser cumpridos, por meio da documentação apropriada constante no envelope de habilitação, os seguintes requisitos, cumulativamente:

a.1) Cumprimento dos demais requisitos de habilitação constantes neste edital;

a.2) Sentença homologatória do plano de recuperação judicial ou certidão judicial informando que a empresa encontra-se apta para participar de licitação.

9.0. DA MÉDIA DE PREÇOS APURADA PELA ADMINISTRAÇÃO E O JULGAMENTO OBJETIVO

Os atos da licitação devem se desenvolver em sequência lógica, a partir da exigência de determinada necessidade pública, iniciando-se pelo planejamento e prosseguindo até a assinatura do contrato, através de duas fases distintas, a saber:

1 - Fase Interna: Delimita e determina as condições do ato convocatório antes de trazê-lo ao conhecimento

público, proibindo o início da fase subsequente sem o exaurimento desta.

2 - Fase Externa: Inicia-se com a publicação do ato convocatório e termina com a efetivação da contratação do objeto.

Durante a fase interna, a Administração Pública licitante observará a seguinte sequência de atos preparatórios:

- . Solicitação expressa do setor requisitante interessado, com indicação de sua necessidade;
- . Aprovação da autoridade competente para início do processo licitatório, devidamente motivada e analisada sob a ótica da oportunidade, conveniência e relevância para o interesse público;
- . Estimativa do valor da contratação;
- . Indicação de recursos orçamentários para fazer face à despesa;
- . Verificação da adequação orçamentária e financeira, em conformidade com a Lei de Responsabilidade Fiscal;
- . Elaboração de projeto básico;
- . Definição da modalidade e do tipo de licitação a serem adotados.

Salienta-se que a observância dos atos suso mencionados caracteriza-se por ser pressuposto de admissibilidade e de validade da licitação, não podendo o órgão licitante deixar de estimar custos e promover a indicação dos recursos orçamentários que serão empregados.

Neste sentido, vejamos o que nos ensina o mestre Marçal Justem Filho através da obra **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**, p. 110/111:

Como não atua empresarialmente em certos setores, a Administração não disporá de elementos para fixar o orçamento detalhado. Mas isso não elimina o dever de estimar custos, pois não é lícito a Administração iniciar a licitação sem previsão dos valores a desembolsar...

Depois, essa estimativa conduzirá à possibilidade de determinar a modalidade de licitação aplicável e o cumprimento de certas formalidades relacionadas com contratos de grande valor.

Qualquer contratação que importe dispêndio de recursos públicos depende da previsão de recursos orçamentários. Assim se impõe em decorrência do princípio constitucional de que todas as despesas deverão estar previstas no orçamento (art. 167, incs. I e II), somente podendo ser assumidos compromissos e deveres com fundamento na existência de receita prevista. É obvio que a previsão orçamentária envolve estimativas aproximadas, pois a licitação apurará o montante a ser desembolsado.

(Grifamos).

De acordo com o Tribunal de Contas da União (TCU) a apuração do valor médio a ser contratado deve ser realizada através de, no mínimo, 03 (três) orçamentos distintos, obtidos através de uma cesta de preços estabelecida em suas instruções normativas e anexada ao procedimento licitatório.

Entretanto, da simples leitura do processo administrativo em comento verificamos que a média apurada pelo Departamento de Compras desta Prefeitura deve ser desconsiderada.

Isto porque deixou de contemplar os preços unitários de cada sistema almejado, conforme se vê da Tabela inserida no item 11 do Termo de Referência, o que não se pode admitir.

Tal confusão, causada pela falha na apuração dos valores envolvidos, possibilita que concorrentes desleais pratiquem o famoso “jogo de planilha” e dá ensejo a valorações subjetivas, em total desrespeito ao princípio do julgamento objetivo, firmado no art. 3º, da Lei Federal nº 8.666/93, que assim estabelece:

Art. 3º. A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a solucionar 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 lhe são correlatos. (Grifamos).

Imaginem a necessidade de contratação de sistemas específicos. Qual seria o valor de cada sistema?

Caso haja necessidade de aditar o contrato para alteração quantitativa ou qualitativa de determinado sistema sobre qual valor será formalizado o aditamento?

Havendo necessidade de suprimir algum sistema qual valor será reduzido do contrato?

Tecendo comentários sobre a importância do ato convocatório, assim lecionou o mestre Marçal Justem Filho, através de sua obra **Comentários à Lei de**

Licitações e Contratos Administrativos, 13^a ed.,
Dialética, São Paulo, 2009, p. 515:

A maioria dos problemas práticos ocorridos em licitações deriva da equivocada elaboração do ato convocatório. Não seria exagero afirmar que os equívocos na elaboração dos editais constituem-se em fatores muito mais prejudiciais do que as complexidades ou defeitos da Lei 8.666/93. Se esse diploma possui defeitos, eles são potencializados em virtude de editais mal redigidos... Muitas vezes, os editais parecem retratar a intenção de garantir para a Administração, por via oculta e indireta, o poder de decidir arbitrariamente, a faculdade de excluir imotivadamente os licitantes incômodos ou antipáticos. Isso é um despropósito, eis que a atividade administrativa do Estado tem de nortear-se pelos princípios constitucionais próprios... o edital tem de ser claro e explícito acerca de todas as exigências necessárias. Não é admissível transformar a licitação em uma espécie de prova de habilidade, recheada de armadilhas e exigências ocultas. (Destacamos).

Para o saudoso Hely Lopes Meirelles, *in Licitação e Contrato Administrativo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, p. 28:

Nulo, portanto, o edital omissivo ou falho quanto ao critério e fatores de julgamento, como nula é a cláusula que, ignorando-os, deixe ao arbítrio da Comissão Julgadora a escolha da proposta que mais convier à Administração. (Grifamos)

Outro não é o posicionamento do Tribunal de Contas da União (TCU), senão vejamos:

Não apenas é necessário que a comissão de licitação se conduza em coerência com as exigências do mencionado princípio (objetivo), como também é imprescindível [...] que o edital estabeleça, com clareza e precisão, os fatores e correspondentes critérios que serão utilizados em tal julgamento. E mais, é preciso que estes fatores e critérios, conforme Antônio Marcelo da Silva, citado por Hely Lopes Meirelles [...], sejam objetivos, no sentido de pertinentes e adequados ao objeto da licitação. (TCU, TR 2981791, DOU de 16/9/92).

Assim, diante das informações prestadas acima e comprovado o fato de que o edital ora analisado apresenta falha na apuração/demonstração dos valores envolvidos, não há que se falar em prosseguimento do certame.

10.0. DO PRAZO EXÍGUO PARA EXECUÇÃO DO OBJETO LICITADO

Além das mazelas expostas acima, outro ponto que macula o procedimento licitatório ora analisado diz respeito ao prazo para que as soluções estejam implantadas, não observamos no edital prazo definido para a entrega.

Como é sabido, a elaboração do edital subordina-se a regras vinculantes previstas em lei, somadas ao exercício de escolhas discricionárias da Administração Pública licitante. Assim, todas as vezes que analisamos um edital, podemos nos deparar com vícios tanto de natureza vinculada como de natureza discricionária.

No caso presente, veremos que o lapso editalício supramencionado vai de encontro aos preceitos legais estabelecidos no Estatuto Licitatório (Lei Federal nº 8.666/93), mormente no que diz respeito ao inciso I, do § 1º do seu artigo 3º, ficando caracterizado que o Edital

ora analisado apresenta vícios de competência vinculada, senão vejamos:

Art. 3º. A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a solucionar 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 lhe 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; (Grifamos)

Neste sentido já se manifestou o Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais (TCE-MG), conforme se vê do julgado colacionado abaixo:

... Ademais, não se mostra razoável que a Administração Municipal, a quem compete o exercício de suas obrigações pautada em mínimo planejamento, submeta empresas com quem contrata a súbitas necessidades, colocando-as em eterno estado de prontidão para atender a demandas em prazo demasiado exíguo. A exigência retratada no Edital de Pregão Presencial [...], sem a menor dúvida, afronta a competitividade e a

razoabilidade, sendo contrária, portanto, aos princípios insculpidos no art. 3º da Lei nº 8.666/93, [...]. (Denúncia nos 862.797 - Relator: Conselheiro Presidente Antônio Carlos Andrada, sessão de julgamento para referendo pela Segunda Câmara em 09/02/2012).

11.0. DOS PRINCÍPIOS BÁSICOS QUE REGEM A MATÉRIA

Mantendo os equívocos apontados acima, esta ínclita Comissão acaba por desrespeitar os princípios constitucionais e infraconstitucionais da licitação, que se apresentam como as proposições básicas que fundamentam as ciências, sendo de suma importância dentro do sistema jurídico.

O vocábulo "princípios" é originário do latim - *principiu* - e, de acordo com o Dicionário Aurélio, refere-se a "*proposições diretoras de uma ciência, às quais todo o desenvolvimento posterior dessa ciência deve estar subordinado*", merecendo, neste aspecto, observar a lição do Mestre Celso Antônio Bandeira de Mello, in **Elementos de Direito Administrativo**. São Paulo: RT, 1981. p. 230, abaixo transcrita:

...violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.

Dentre os princípios da licitação merece destaque, neste momento, o princípio da razoabilidade, através do qual a Administração Pública, no uso de seu poder discricionário, deverá agir de modo razoável e de acordo com o senso comum das pessoas equilibradas.

Para Marçal Justem Filho, *in* **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**, 8^a ed., Dialética, São Paulo, p. 469:

...é imperioso avaliar a relevância do conteúdo da exigência. Não é incomum constar do edital que o descumprimento a qualquer exigência formal acarretará a nulidade da proposta. A aplicação dessa regra tem de ser temperada pelo princípio da razoabilidade. É necessário ponderar os interesses existentes e evitar resultados que, a pretexto de tutelar o interesse público de cumprir o edital, produza-se a eliminação de propostas vantajosas para os cofres públicos.
(Grifo nosso).

Outro princípio que deve ser levado em consideração é o da competitividade, esculpido no inciso I, do § 1º, do artigo 3º da Lei Federal nº 8.666/93, oportunamente transcrito.

Para o Professor Marçal Justem Filho, através de sua obra suso mencionada, p. 82/83:

Respeitadas as exigências necessárias para assegurar a seleção da proposta mais vantajosa, serão inválidas todas as cláusulas que, ainda indiretamente, prejudiquem o caráter "competitivo" da licitação. A Lei reprime a

redução da competitividade do certame derivada de exigências exageradas ou abusivas.
(Destacamos).

12.0. DO PARCELAMENTO DO OBJETO DE NATUREZA DIVISÍVEL

Da simples leitura do edital ora analisado verificamos que esta Municipalidade deixou de parcelar o objeto licitado, apesar de sua natureza divisível e da possibilidade de separação dos serviços em grupos distintos, restringindo, assim, de forma indevida, o caráter competitivo do certame.

Como é sabido, a maximização do número de licitantes depende da aderência do objeto à conformação do mercado fornecedor dos produtos ou serviços. Assim, a opção de não parcelar o objeto perseguido através do presente feito contraria a lógica de organização das prestadoras de serviços e revela-se potencialmente antieconômica.

No caso *sub examine* está previsto a prestação de serviços de cessão do direito de uso de sistemas de gestão pública, fornecimento de Consultoria e assessoria técnica. Esses serviços não guardam relação necessária entre si, sendo possível identificar, no mercado, várias empresas que atuam em apenas um desses ramos de atividade ou se interesse por apenas um dos serviços, mesmo atuando em todas as áreas.

Tal medida (não separação dos serviços suso mencionados em grupos distintos) vai de encontro aos preceitos legais estabelecidos no Estatuto Licitatório (Lei Federal n° 8.666/93), mormente no que diz respeito ao inciso I, do § 1º, do seu artigo 3º; inciso IV, do seu art. 15 e §§ 1º e 2º, do art. 23, senão vejamos:

Art. 3º. A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a solucionar 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 lhe 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;

Art. 15. As compras, sempre que possível, deverão:

IV - ser subdivididas em tantas parcelas quantas necessárias para aproveitar as peculiaridades do mercado, visando economicidade. (Grifamos)

Art. 23. *Omissis:*

§ 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. (Destacamos)

§ 2º Na execução de obras e serviços e nas compras de bens, parceladas nos termos do parágrafo anterior, a cada etapa ou conjunto de etapas da obra, serviço ou compra, há de corresponder licitação distinta, preservada a modalidade pertinente para a execução do objeto em licitação.

Veja que, associando os dispositivos legais suso mencionados, temos que o parcelamento da licitação em tantas parcelas quanto se comprovem técnica e economicamente viáveis é um imperativo ao Administrador. No caso em apreço, mais do que cristalina é a possibilidade da licitação dos serviços de cessão do direito de uso de sistemas de gestão pública, fornecimento de Data Center e Assessoria Contábil em lotes distintos, uma vez que não guardam relação necessária entre si.

Tanto é assim que o Tribunal de Contas da União (TCU) tem firmado entendimento de que o parcelamento de objeto de natureza divisível, assim como ocorre no caso em tela, é, em regra, obrigatório. Assim, a Administração deve promover a licitação por itens/lotes num único procedimento licitatório, ou em procedimentos licitatórios distintos, se for o caso, a fim de ampliar o caráter competitivo do certame, ex vi do disposto em sua Súmula de nº 247/2004 e nos Acórdãos nº 2.393/2006, 1.899/2007 e 336/2008:

***Súmula nº 247/2004 do TCU**

É obrigatória a admissão da adjudicação por item e não por preço global, nos editais das licitações para a contratação de obras, serviços, compras e alienações, cujo objeto seja divisível, desde que não haja prejuízo para o conjunto ou complexo ou perda de economia de escala, tendo em vista o objetivo de propiciar a ampla participação de licitantes que, embora não dispondo de capacidade para a execução, fornecimento ou aquisição da totalidade do objeto, possam fazê-lo com relação a itens ou unidades autônomas, devendo as exigências de habilitação adequar-se a essa divisibilidade.

*Acórdão n° 2.393/2006 do TCU

O § 1° do art. 23 da Lei n° 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 § 2°, 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 realiza licitação distinta para cada lote do serviço total almejado.

*Acórdão n° 1.899/2007 do TCU

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de representação em que se examinam possíveis irregularidades ocorridas no Pregão Eletrônico n° 2/2007, promovido pela Superintendência Federal de Agricultura no Estado do Rio de Janeiro para contratação de mão-de-obra nas áreas de limpeza, copeiragem, mecânica de automóveis e digitação. ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão

do Plenário, diante das razões expostas pelo Relator, e com fundamento nos artigos 237, inciso VII, e 250, inciso I, do Regimento Interno/TCU, em: 9.1. conhecer desta representação, haja vista o preenchimento dos requisitos de admissibilidade, para, no mérito, julgá-la parcialmente procedente; 9.2. determinar à Superintendência Federal de Agricultura no Estado do Rio de Janeiro que siga as seguintes orientações em seus futuros procedimentos licitatórios: 9.2.1. a habilitação das empresas licitantes procede-se de acordo com o previsto nos arts. 27 a 31 da Lei nº 8.666/93, sendo ilegal a estipulação de exigências não previstas na lei ou que não sejam pertinentes à aferição da capacidade da empresa em prestar o serviço ou fornecer o produto. Para garantir o fiel cumprimento do pactuado, a Administração pode condicionar os pagamentos mensais à comprovação da efetiva satisfação das obrigações fiscais, trabalhistas e previdenciárias do mês anterior, conforme preconizado no Acórdão nº 112/2007-Plenário; 9.2.2. na definição da divisão do objeto em itens ou certames independentes deve ser utilizado como parâmetro a conformação do mercado fornecedor dos produtos ou serviços, sempre buscando maximizar a competição. Restou, portanto, injustificada a inclusão no mesmo objeto de serviços tão distintos quanto limpeza, dedetização, manutenção de automóveis e digitação; 9.3. dar ciência da presente decisão à representante, enviando-lhe cópia deste Acórdão, bem como do Relatório e Voto que o fundamentam; 9.4. arquivar o presente processo.

*Acórdão n° 336/2008
PRESTAÇÃO DE CONTAS. RELATÓRIOS DE AUDITORIA
JUNTADOS. AUDIÊNCIA DOS RESPONSÁVEIS. ALGUMAS
IRREGULARIDADES DESCARACTERIZADAS. OUTRAS
CONFIGURADAS. CONTAS DO EX-DIRETOR-PRESIDENTE
IRREGULARES. CONTAS DOS DEMAIS RESPONSÁVEIS
REGULARES COM RESSALVA. 1. Não é cabível a
contratação, por inexigibilidade de licitação,
de empresa para realizar manutenção de
elevadores, com base em atestado de
exclusividade de utilização da marca do
elevador. 2. Para a contratação por dispensa de
licitação com base no art. 24, inciso XIII, da
Lei n° 8.666/93, é preciso que haja nexos entre o
dispositivo legal, o objeto a ser contratado e a
natureza da instituição. 3. A inviabilidade
técnica ou econômica do parcelamento das obras,
serviços e compras por parte da administração
deve ser devidamente justificada, uma vez que a
regra é o parcelamento, de forma a ampliar a
competitividade dos certames.

A respeito do parcelamento do objeto, é relevante trazer
à baila trechos de duas obras que tratam do tema:

O art. 23, §1º, impõe o fracionamento como
obrigatório. A regra retrata a vontade
legislativa de ampliar a competitividade 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 de uma multiplicidade de contratos de valor inferior do que pela pactuação de contratação única (Marçal Justen Filho, in Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 13^a Edição, Dialética, São Paulo, 2009, pag. 265).

... o parcelamento da execução é desejável sempre que assim o recomendem dois fatores cumulativos: o 'melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado' e a 'ampliação da competitividade'. Ocorrentes ambos haverá conveniência para o interesse público em que parcele a execução do objeto, que resultará em vantagem para a Administração. Por conseguinte, parcelas a execução, nessas circunstâncias, é dever a que não se furtará a Administração sob pena de descumprir princípios específicos da licitação, tal como o da competitividade. Daí a redação trazida pela Lei n^o 8.883/94 haver suprimido do texto anterior a ressalva 'a critério e por conveniência da Administração', fortemente indicando que não pode haver discricção (parcelar ou não) quando o interesse público decorrer superiormente atendido do parcelamento. Este é de rigor, com evidente apoio no princípio da legalidade (Jessé Torres Pereira Júnior, in Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública, 5^a Edição, pag. 251).

Registra-se aqui que nesta linha já se situavam o entendimento de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (Temas polêmicos sobre licitações e contratos, 4^a ed. São Paulo: Malheiros, 2000, pag. 56-57) e Ivan Barbosa Rigolin (Manual prático das licitações. São Paulo. Saraiva, 1999, pag. 260-261).

Diante de todo exposto, resta claro que em nosso ordenamento jurídico a regra é o parcelamento das obras, serviços e compras, em quantas parcelas revelarem-se técnica e economicamente viáveis.

Ademais disso, temos que a contratação dos serviços almejados através do presente processado de forma conjunta, indubitavelmente, requer uma empresa ou consórcio com capacidade técnico-operacional muito superior ao que seria requerido para uma empresa, por exemplo, que fosse contratada para execução apenas do serviço de assessoria contábil, sendo natural a fuga de empresas menores do certame e a perda da competitividade, restando caracterizada a prática de ato de gestão com grave infração à norma legal.

13. DA COMPETITIVIDADE

De acordo com o disposto no edital ora analisado verificamos que as empresas interessadas em participar do certame deverão possuir condições para executar os serviços de manutenção e suporte técnico nos sistemas de gestão pública de "propriedade" desta Administração.

Para que isso seja possível, esta Administração deve inserir no edital as informações necessárias a respeito das condições do fornecimento do código fonte ao licitante vencedor da disputa.

Isto devido ao enorme volume de informações que são trabalhados no desenvolvimento de um software, além da complexidade das atividades trabalhadas e a integridade dos dados, pois, como é sabido, o objetivo da contratação ora analisada consiste na prestação de serviços de manutenção, suporte técnico e atualização em sistemas de

gestão pública, programas essenciais para o devido andamento da máquina pública.

Diante da enorme quantidade de linhas de códigos, cálculos, relatórios, dentre outros propostos em cada sistema, não há, por exemplo, como outra empresa que não a produtora do software, saber o que significa `pr_comp_rec.frf`, pois, somente o desenvolvedor do programa saberá que `pr_comp_rec.frf` significa Relatório de Comprovante de Recebimento de um Trâmite de Processo no Sistema de Protocolo.

Outra questão muito importante diz respeito a integridade de dados, anteriormente citada, haja vista que os dados e informações são de total propriedade da organização pública.

Portanto, imagine uma empresa que não desenvolveu o Banco de Dados entender uma matriz e num clique de botão saber como gravar informações no campo correto, bem como buscar valores de vários campos diferentes para calcular uma folha de pagamento, por exemplo.

A título de informação, num sistema de Protocolo, onde não há muitas telas e relatórios, dentre outros, existem cerca de 5.000 (cinco mil) a 10.000 (dez mil) linhas de programação, divididos nos mais diversos tipos de eventos, que vão desde um clique do mouse até a impressão de relatórios seguindo ideais como:

1. Compatibilidade com Sistemas Operacionais;
2. Compatibilidade com Hardwares;
3. Experiência na linguagem de programação;

4. Experiência em Análise de Banco de Dados;
5. Experiência em Banco de Dados;
6. Controle de Acesso ao Sistema;
7. Trâmites de Processos;
8. Cálculos necessários;
9. Enfim, todo o sistema.

Como um programador que nunca teve acesso a essas informações poderá operar, atualizar e dar manutenção de forma correta nos sistemas, sem qualquer tipo de explicação? Impossível.

Logo, silente o edital em relação ao fornecimento do código fonte, apenas a(s) atual(is) contratada(s) terá(ao) condições de executar os serviços, o que não se pode admitir.

Trata-se de lapso editalício que vai de encontro aos preceitos legais estabelecidos no Estatuto Licitatório (Lei Federal nº 8.666/93), mormente no que diz respeito ao inciso I, do § 1º do seu artigo 3º, ficando caracterizado que o instrumento convocatório ora analisado apresenta vícios de competência vinculada, senão vejamos:

Art. 3º. A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a solucionar 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

juízo objetivo e dos que lhe 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; (Grifamos)

Veja que a admissão de condições que só podem ser atendidas pela(s) empresa(s) que já presta(m) serviços para esta Municipalidade se configura como condição que restringe e frustra o caráter competitivo do certame, o que, inclusive, poderá ser caracterizado como crime com pena de detenção de 04 (quatro) a 08 (oito) anos, senão vejamos do disposto no art. 337-F do Código Penal Brasileiro:

Art. 337-F. Frustrar ou fraudar, com o intuito de obter para si ou para outrem vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação, o caráter competitivo do processo licitatório:

Pena - reclusão, de 4 (quatro) anos a 8 (oito) anos, e multa.

Mantendo essas condições, provavelmente apenas uma empresa apresentará proposta ou será classificada (desenvolvedora dos sistemas), em total desrespeito aos preceitos legais básicos que regem a matéria, afastando possíveis interessados da disputa, o que não se pode admitir.

No que diz respeito a inclusão de condição capaz de restringir ou frustrar o caráter competitivo da licitação, vejamos o que vem decidindo o Tribunal de Contas da União - TCU:

Abstenha-se de incluir em instrumentos convocatórios exigências não justificadas que restrinjam o caráter competitivo das licitações, em observância ao art. 37, inciso XX I, da Constituição Federal e em atendimento aos dispositivos legais que vedam cláusulas editalícias restritivas da competitividade, em especial o art. 3º, § 1º, inciso I, o art. 30, § 1º, inciso I, e § 5º, da Lei nº 8.666/1993. (TCU - Acórdão 1312/2008 Plenário).

Evite estabelecer cláusula ou condição capazes de comprometer, restringir ou frustrar indevidamente o caráter competitivo do certame quando do estabelecimento dos requisitos de capacidade técnico-operacional, conforme art. 30 da Lei nº 8.666/1993. (TCU - Acórdão 890/2008 Plenário).

Desta feita, levando-se em consideração as circunstâncias impertinentes suso mencionadas, temos que esta competente Equipe de Pregão deverá promover a inclusão de cláusula estabelecendo as condições de fornecimento do código fonte ao vencedor da disputa, o que desde já se requer.

14.0. DA CONCLUSÃO

Desta feita, levado a efeito o procedimento nas condições estabelecidas no Edital, ferir-se-á o disposto no art. 37 da Constituição da República Federativa do Brasil, mormente quanto aos princípios da LEGALIDADE e da ISONOMIA, assim como as prescrições contidas na Lei Federal nº 8.666/93, atitude que desafia a correção via mandado judicial, o que, por certo, face à zelosa atuação

desta Augusta Comissão, não permitirá que adentremos a tão espinhosa e desgastante - tanto para a Impugnante quanto para a Administração Pública - medida para ver preservada a legalidade do respectivo procedimento licitatório.

15.0. DO PEDIDO

ANTE O EXPOSTO, respeitosamente requer a essa Augusta Comissão que, acolhendo os argumentos articulados na presente impugnação, determine o sobrestamento do respectivo procedimento licitatório, corrigindo-se os equívocos ora apresentados, publicando-se novo aviso, com vistas à efetiva publicidade do certame, por ser imperativo de direito e da mais lúdima JUSTIÇA!

Termos em que, Pede deferimento.

Domingos Martins-ES, 13 de Junho de 2023

E&L Produções de Software Ltda
CNPJ n.º 39.781.752/0001-72
Fabio Augusto Paes
Consultor Comercial
CPF n.º 009.973.106-18
RG n.º MG8237366 SSP/MG
Procurador