

EXCELENTÍSSIMO SENHOR PREFEITO DO MUNICÍPIO DE PETRÓPOLIS – ESTADO DO RIO DE JANEIRO.

Referência: Concorrência nº 7/2017, Processo nº 15054/2017.

Assunto: impugnação.

[REDACTED], nos termos do artigo 41 da Lei Nacional nº 8.666/1993 (Lei de Licitações e Contratos Administrativos), vem respeitosamente interpor a presente

IMPUGNAÇÃO

em face de irregularidades contidas no ato convocatório da licitação em epígrafe, pelos motivos que seguem:

1 – Primacialmente, antes de adentrarmos aos pontos que serão combatidos, o representante gostaria de ressaltar que, devido ao local de sua sede, utilizará exemplos e jurisprudências do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, com o qual está muito mais familiarizado.

2 – Mesmo sabendo que isso não é o ideal, mormente por conhecer e respeitar a autonomia existente em cada esfera administrativa (também em sua parte de fiscalização), o petionário reconhece sua ignorância acerca dos julgados do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro, todavia entende que, embora possa eventual e naturalmente haver pluralidade de interpretações, não devem ser elas tão divergentes, afinal todos os tipos de situações são provenientes da mesma “malha” legislativa.

3 – Pois bem, essa Prefeitura divulgou a licitação em voga com o objeto assim definido: **“...SISTEMAS INFORMATIZADOS FORNECIDOS EM ALUGUEL DE LICENÇA DE USO PARA TODOS OS SETORES QUE ENVOLVAM A GESTÃO PÚBLICA MUNICIPAL E**

ÓRGÃOS EXTERNOS À MUNICIPALIDADE, VINCULADOS AO PROCESSO DE EXECUÇÃO TRIBUTÁRIA, HARDWARE E SOFTWARE BÁSICO, CONFORME ESPECIFICADO NO PROJETO BÁSICO/TERMO DE REFERÊNCIA – ANEXO II...”.

4 – Ocorre que seu ato convocatório se encontra eivado, tornando-o ilegal, o que, por si só, gera sua nulidade ou a obrigação de se o retificar, independentemente de ocasionar ou não restrição à participação de interessados.

5 – Temos então a primeira mácula, na própria formação do objeto, que traz uma aglutinação indevida.

5.1 – Não obstante a própria descrição resumida do objeto já falar em *hardware* e *software*, o subitem 4.1.3 do anexo II do ato convocatório torna cristalina a necessidade de se fornecer servidores de aplicação e base de dados.

5.2 – Importante esclarecermos que os servidores se diferem dos sistemas de informática, os conhecidos *softwares*.

5.3 – São portanto objetos distintos, encontrados em mercados igualmente diversos.

5.4 – Diante dessa exigência, haverá restrição à participação de empresas que trabalhem unicamente com *softwares*.

5.5 – O Egrégio Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, no processo TC 34938/026/10, acatou argumento muito semelhante, tendo determinado à Prefeitura do Município de Bauru – Estado de São Paulo – que reformasse seu edital nesse item específico.

6 – O vício seguinte, de extrema gravidade, é a definição do tipo da licitação como sendo técnica e preço.

6.1 – Vejam, o artigo 46 da Lei de Licitações estipula que o tipo técnica e preço serve para serviços de natureza predominantemente intelectual, o que não é o caso.

6.2 – Não se trata da contratação do desenvolvimento de um *software*, mas sim da locação de sistemas já prontos, tanto que o subitem 5.5.1 do anexo II até exige manual de usuário (próprio de um produto finalizado)!

6.3 – Ainda que possa envolver algumas customizações, já que não se pode esperar que todos os sistemas sejam iguais, a predominância exigida pela Lei será da parte já pronta, e não da que necessita de revisões.

6.4 – Não obstante, há muito o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo considera os *softwares* de gestão (no qual se enquadra o do presente objeto) como sendo um produto comum, “de prateleira”, se por isso sua jurisprudência consagrada e pacífica proíbe em absoluto a utilização do tipo técnica e preço para tais sistemas, a exemplo do Processo TC 1942.989.13-8, *in verbis*:

“2.5 Quanto ao tipo de licitação escolhido, ainda que legítima a preocupação do poder público em selecionar o melhor serviço para a Administração

acrescentado, para isso, uma etapa de avaliação técnica, no caso, o objeto não guarda complexidade que demande essa avaliação.

“A Lei de Licitações dispõe, em seu art. 46, que apenas para serviços de natureza predominantemente intelectual serão utilizados os tipos de licitação que envolvam um julgamento técnico.

“Na presente situação, pretende a Administração contratar a execução de serviços e fornecimento de *softwares* bastante difundidos na seara pública, em que não há desenvolvimento de uma solução, mas tão somente a contratação de serviços e programas de informática para a gestão pública municipal, considerados “*softwares* de prateleira”.

“Neste sentido, recorro que esta Casa já decidiu, em diversas oportunidades, acerca da incompatibilidade da adoção do tipo “*técnica e preço*” para objetos semelhantes ao aqui licitado, a exemplo do TC- 001471/989/13, sob a relatoria do eminente Conselheiro ROBSON MARINHO, Sessão Plenária do dia 21-08-13.”

6.5 – Apenas esclarecendo, o entendimento de que esse tipo de sistema é um produto comum se dá pelo fato de ele ser desenvolvido baseado na legislação que regulamenta a Administração Pública em geral, ou seja, trata-se de algo acessível e de conhecimento de todos (presunção absoluta), destarte qualquer empresa detém a “regra de negócio” (conhecimento técnico que fundamenta a criação das funcionalidades) para criar um *software* de gestão.

7 – A próxima ilegalidade se encontra no subitem 7.2 do ato convocatório, vez que a Municipalidade impõe que, em caso de antecipação de pagamento, haverá um desconto de dois por cento.

7.1 – Ora, a Administração nem ao menos possibilita o debate com a contratada.

7.2 – E se a empresa preferir aguardar todo o prazo para pagamento ao invés de receber antecipadamente com esse desconto?

7.3 – Importante dizermos que se trata de uma relação entre duas partes, então o edital deve no mínimo estipular uma consulta à contratada acerca da forma que ela prefere (antecipado com desconto ou dentro do prazo no valor integral).

8 – É igualmente problemática a previsão de multa do subitem 9.1.1 do ato convocatório, por prever um percentual de vinte por cento do valor global do contrato, mesmo para os casos de inexecução parcial (conforme se vislumbra no subitem 9.1).

8.1 – Nesse mesmo sentido o Processo TC 6578.989.17-0 do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, de acordo com trecho que reproduzimos:

“Por fim, a cláusula 12.1.217 do Edital merece ser aperfeiçoada prevendo que, na hipótese de inexecução parcial, a multa tenha como base de cálculo o valor correspondente à parcela não cumprida.”

9 – Prosseguindo, encontra-se duplamente irregular o subitem 2.3, alíneas “b.2.1” e “b.2.2”, do anexo I do ato convocatório, haja vista exigir comprovação de regularidade de todos os tributos, inclusive IPTU, e contrato de locação para empresa que não seja dona do imóvel de sua sede.

9.1 – Segue abaixo trecho colacionado do TC 35998/026/10 do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo:

“Concentrando-me na insurgência relativa ao item 10.1.2, alínea “b”, além de obrigar que o licitante com filial no município apresente regularidade fiscal também desta localidade, prevê, também, prova de regularidade com o fisco de todos os tributos estaduais e dos tributos mobiliários e imobiliários – relativos ao âmbito municipal –, circunstâncias que aparentemente destoam da jurisprudência da Casa, na direção de que a comprovação da regularidade deve restringir-se aos tributos decorrentes do ramo de atividade da licitante, compatível com o objeto contratual, a exemplo do que constou dos autos do TC-27069/026/10.”

9.2 – Esse entendimento é igualmente pacificado pelo Órgão que o exarou, e, muito embora já fale bastante por si mesmo, consideramos importante esclarecermos que a exigência de pertinência entre o tributo (cuja regularidade precisa ser demonstrada) e o objeto serve para que a Administração não desvie a finalidade da regra, isso é, evita que a mera participação em licitação seja um instrumento de cobrança de dívidas perante o Fisco.

9.3 – Dessa forma perguntamos: para que serve a demonstração de regularidade do IPTU se a empresa vencedora fornecerá *softwares*?

9.4 – Sobre a outra questão, do contrato de locação do imóvel da sede da licitante (em caso dela não ser proprietária), além de perder sua finalidade em razão do entendimento acima (da pertinência entre o tributo e o objeto), há também a situação de que qualquer exigência relacionada a essa parte do edital deve servir para comprovar a regularidade fiscal.

9.5 – Sendo assim, mesmo se, por um absurdo, aceitássemos a determinação de demonstração da regularidade do IPTU, como é que o contrato de locação do imóvel comprovaria tal regularidade desse imposto em específico?

9.6 – Não obstante, trata-se de um documento particular, formalizado entre duas partes, sendo que apenas uma delas participará da licitação, e a outra pode não querer dar publicidade ao contrato que firmou.

9.7 – Esse tema, inclusive, foi objeto de entendimento sumular do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, que estipulou:

“SÚMULA Nº 15 – Em procedimento licitatório, é vedada a exigência de qualquer documento que configure compromisso de terceiro alheio à disputa.”

9.8 – Bem, a Súmula é autoexplicativa...

10 – O subitem 2.13 do anexo I do ato convocatório, que fala sobre os benefícios às microempresas e empresas de pequeno porte, traz um equívoco, pois aduz que poderão ser reapresentados os documentos apenas se possuírem alguma restrição em sua regularidade fiscal, sendo que atualmente deve ser englobada também sua documentação trabalhista, conforme recente redação dada ao artigo 43, parágrafo 1º, da Lei Complementar nº 123/2006.

10.1 – Dentro das regras da hermenêutica, efetuando-se uma interpretação sistemática do edital, é fácil constatar que a licitante será inabilitada se deixar de entregar qualquer documento de habilitação ou o apresentar com algum vício.

10.2 – E aí esse dispositivo citado prevê uma única exceção, a da documentação fiscal das microempresas e empresas de pequeno porte que contiverem alguma restrição, onde as empresas com esses enquadramentos poderão regularizar os documentos com problemas.

10.3 – Contudo, e como dito, o parágrafo 1º do artigo 43 da Lei Complementar nº 123/2006 agora contempla o mesmo tipo de benefício também para a documentação trabalhista, o que não foi seguido, observado, pelo ato convocatório lançado pela Administração.

10.4 – Reiterando, trata-se de um direito das microempresas e empresas de pequeno porte, sendo uma obrigação da Administração o observar e incluir tal benefício nas ressalvas à regra geral da inabilitação.

10.5 – Sem a devida regulamentação, e sendo o edital a “lei” da respectiva licitação, as demais empresas se sentirão no direito de exigirem a inabilitação das microempresas e empresas de pequeno porte que acusarem alguma restrição em sua documentação trabalhista, o que no mínimo causará enormes confusão e transtorno durante o certame.

11 – Ainda no anexo I do ato convocatório, agora em seu subitem 4.1, apesar de falar em “parecer fundamentado e sob critérios objetivos e técnicos”, em verdade a Administração fez prever um procedimento absolutamente subjetivo, algo pleonasticamente vedado pela Lei de Licitações, que inclusive, em seu artigo 3º, eleva o julgamento objetivo à seara principiológica.

11.1 – Primeiro trata de pesquisa de satisfação com usuários, sem sequer definir parâmetros, o que deixa o procedimento subjetivo.

11.2 – Depois fala em fatos que comprovem má execução contratual, apenas citando dois exemplos e incluindo um genérico “outras condições contratuais”, o que deixa o procedimento igualmente subjetivo.

11.3 – Sendo assim, subjetivo, desnecessárias maiores demonstrações de que é ilegal...

12 – Por derradeiro, a prova de conceito, prevista no anexo II, item 10, do ato convocatório, desatende a dois entendimentos jurisprudências do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, a saber:

TC 4901.989.16-0:

“Sobre a obrigatoriedade de divulgação dos membros da Comissão Técnica a quem incumbirá avaliar a operacionalidade do sistema a ser apresentado pela licitante classificada em primeiro lugar, acompanho as manifestações exaradas pelo Ministério Público de Contas e pela Secretaria-Diretoria Geral, que sustentam suas opiniões no princípio da publicidade ou da transparência.

“Para o d. Procurador de Contas, a providência possibilitaria “(...) eventuais impugnações dirigidas contra a qualificação e/ou condição impeditiva ou de suspeição dos membros da Comissão (...)”.

“Sobre isso, a Municipalidade deixou de apresentar qualquer esclarecimento. Nesse contexto, penso que seja adequado determinar que promova a divulgação dos membros da Comissão Técnica.

“A propósito, este foi o posicionamento adotado pelo Tribunal de Contas da União em situação semelhante:

““(...) 8. É preciso ter em mente que a Lei 8.666/93, ao determinar que o processo administrativo referente à licitação (o qual tem natureza pública, conforme §3º, do art. 3º) deverá conter o ato de designação da CPL (art. 38, III), indica a necessidade de transparência na constituição da comissão que irá conduzir a licitação (art. 51). Assim, os participantes entram na disputa tendo ciência dos critérios objetivos de julgamento, que necessariamente devem estar descritos no edital, e dos responsáveis pela condução do certame.

“9. Esse mesmo espírito legislativo é aplicável à comissão técnica em comento, que teve participação essencial na análise das propostas técnicas e dos recursos contra o julgamento dessas propostas. Em respeito à transparência do certame, a participação da comissão técnica deveria ter sido prevista no edital ou no projeto básico, bem como deveria ter sido dispensada à constituição dessa comissão a mesma publicidade dada à constituição da CPL.(...)” (Acórdão 1.488/2009. Plenário. Rel. Ministro Augusto Sherman Cavalcanti).”

[REDACTED]

TC- 004228.989.14-1:

“b) Ausência de informações essenciais à demonstração técnica dos sistemas, a saber: tempo máximo disponível para sua realização, existência de Comissão Técnica apoiando o pregoeiro na apresentação e julgamento de ordem técnica, existência ou não de acesso à internet e ordem de apresentação das funcionalidades;

“Deste modo, deve ser aperfeiçoada a redação dos dispositivos citados, de forma a estabelecer prazo razoável para a demonstração do sistema, consignando, ainda, quais os requisitos mínimos a serem avaliados.

“De forma a evitar quaisquer resquícios de subjetividade, considero oportuno que a Administração detalhe o procedimento em questão, indicando o tempo disponível para sua realização, os responsáveis pela avaliação técnica e demais informações pertinentes.”

12.1 – Pelos dizeres dessas duas jurisprudências, o edital então carece da qualificação da comissão técnica que avaliará a prova de conceito, bem como imite a ordem das funcionalidades a serem demonstradas e o tempo máximo do procedimento.

13 – *Ex positís*, pelos argumentos desse documento, requer-se seja a presente impugnação julgada procedente para que sejam reformados os itens tidos como irregulares do ato convocatório da licitação, modalidade Concorrência nº 7/2017, Processo nº 15054/2017.

Termos em que
pede DEFERIMENTO.

[REDACTED] 7 de Dezembro de 2018.

[REDACTED]