

EXCELENTÍSSIMO SENHOR PREFEITO DO MUNICÍPIO DE GOIÂNIA –
ESTADO DE GOIÁS, POR INTERMÉDIO DE SEU PREGOEIRO.

Referência: Pregão Eletrônico nº 23/2023.

Assunto: impugnação em face de irregularidades.

JOSÉ EDUARDO BELLO VISENTIN, RG/SP nº 18.062.546-9, CPF nº 250.894.548-09, brasileiro, casado, advogado inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), Seção de São Paulo, sob o nº 168.357 (documento nº 01), em gozo de sua cidadania pelo Título Eleitoral nº 2451494101-41 (documento nº 02), com endereço em Rua Professora Dalva Dati Ruivo, nº 115, Cibratel II, CEP nº 11.740-000, em Itanhaém – Estado de São Paulo, infra-assinado, nos termos do subitem 10.1 do ato convocatório, vem respeitosamente interpor a presente

IMPUGNAÇÃO

em face de irregularidades contidas no ato convocatório da licitação em epígrafe, lançado pela PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE GOIÂNIA – ESTADO DE GOIÁS, CNPJ nº 01.612.092/0001-23, situada em Avenida do Cerrado, nº 999, Park Lozandes, CEP nº 74.884-092, em Goiânia – Estado de Goiás, telefone nº (62) 3524-1000, e-mail semad.gerpre@goiania.go.gov.br, pelos motivos que seguem:

1 – Primacialmente, antes de adentrarmos aos pontos que serão combatidos, o impugnante gostaria de ressaltar que, devido ao local de sua atuação profissional mais concentrada, utilizará exemplos e jurisprudências do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo (TCE/SP), 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 peticionário reconhece sua ignorância acerca dos julgados do Egrégio Tribunal de Contas Local, 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, a Prefeitura divulgou a licitação em voga com o objeto assim definido: “...Registro de Preços para o eventual e futuro fornecimento de solução tecnológica para suporte à transformação digital dos Serviços Públicos, baseada em Automação de Processos e Gestão da Informação, de forma a preservar e garantir acesso ao patrimônio documental do Arquivo Geral...”.

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 utilização do sistema de registro de preços, incompatível com a contratação de um serviço de natureza continuada.

5.1 – Vejam, já de início se pode dizer que uma das características mais marcantes do registro de preços é a possibilidade ou não de se solicitar a execução do objeto, seja a entrega de um bem, seja a realização de um serviço.

5.2 – Ele, o registro de preços, presta-se então para objetos em que não há certeza de que será executado.

5.3 – Esse sistema até admite a contratação de um serviço, mas algo que a Administração não tenha certeza de que precisará.

5.4 – Podemos dar como exemplo a contratação de serviço de reparos corretivos em prédios públicos, que obviamente ocorrerão apenas se houver alguma avaria.

5.5 – Contudo esse não é o caso do presente objeto, que, dentro da necessidade de um mínimo de planejamento por parte dos gestores públicos, é sabido que será utilizado pela Administração, ou seja, o sistema não será registrado para ser usado somente quando o órgão precisar, ele será efetivamente contratado.

5.6 – O próprio edital, no subitem 3.6 do anexo I, colaciona o artigo 3º da Lei Municipal nº 9.525/2014, cujo inciso IV deixa claro que o registro de preços será para o caso em que “não for possível definir previamente o quantitativo a ser demandado pela Administração”, quando esse mesmo anexo I traz todas as quantidades definidas de cada um dos serviços.

5.7 – Ou seja, é falsa a sensação de que a Municipalidade pode ou não pedir os produtos, como é a natureza do registro de preços.

5.8 – Vejamos, a propósito, trechos dos despachos de suspensão, respectivamente nos Processos TC 12367.989.22-5 e TC 16234.989.22-6 do TCE/SP, que se assemelham ao presente caso:

“Ademais, verifica-se expressiva quantidade para os itens previstos na futura ata (p. ex. 507 armários vestiários de aço, 1650 armários de aço, 582 estantes desmontáveis). Nesse sentido, questiona-se a regularidade da adoção da sistemática do registro de preços, que tem sido aceita por esta Corte para contratações de menor porte, de baixa monta, e quando permeadas por aspectos que criam incerteza ou comprometem intrinsecamente o planejamento da contratação, como a imprevisibilidade da demanda e do momento de sua realização, o que não parece ser o caso destes autos.”

“...assemelha-se inadequada a adoção do sistema de registro de preços. Trata-se de objeto com demanda previsível, que compreende a instalação de pontos de ônibus no município. Aparentemente, a Administração tem condições de dimensionar suas necessidades, estabelecendo precisamente os quantitativos envolvidos, os respectivos custos e o cronograma de execução.”

5.9 – Veja, Excelência, no primeiro trecho, o TCE/SP ainda demonstra um outro entendimento, qual seja o de que o sistema do registro de preços serve para contratações menores, algo muito distante daquela que aqui se pretende, estimada em quase cinquenta milhões de reais.

5.10 – Mas é um entendimento sumular do TCE/SP que melhor demonstra a questão aqui enfrentada, sobre a incompatibilidade do registro de preços com serviços de natureza contínua, como segue:

“SÚMULA Nº 31 – Em procedimento licitatório, é vedada a utilização do sistema de registro de preços para contratação de serviços de natureza continuada.”

6 – O vício seguinte se dá pela aglutinação indevida de objetos, uma reunião de licenciamento de *software*, prestação de serviços comuns e até de serviços intelectuais.

6.1 – Sobre a parte do sistema, embora não seja a mais relevante em valores (apesar dos valores agregados dos serviços que a acompanham), ela é a mais cristalina dentro das especificações do objeto, com a definição de que deva haver uma licença perpétua e com a relação completa das funcionalidades.

6.2 – Justamente por estar muito bem delineada é que a parte do sistema deveria ser licitada separadamente, uma vez que existe todo um mercado próprio de desenvolvimento e/ou licenciamento de *softwares*, bem como os serviços correlatos.

6.3 – É uma grande verdade o fato de que a separação dos objetos, por si só, não garante os menores preços, mas assegura um maior número de potenciais interessados advindos de cada área individualizada, aumentando a competitividade e bem assim as chances de se obter maiores descontos.

6.4 – Não seriam, aliás, a competitividade e a busca pela maior vantagem, o verdadeiro espírito das licitações?

6.5 – Ademais, é fácil notar que o todo do objeto é realmente dividido em fases, como regulamenta o anexo I, porém o problema é que cada parte é igualmente importante, e até por isso poderia ser feita separadamente, de maneira a melhor se aproveitar as peculiaridades de cada mercado.

6.6 – Há um grande volume de digitalizações a serem feitas, serviços notadamente comuns, e aqueles tidos como intelectuais, mormente os de classificação técnica arquivística e de higienização de documentos, também são robustos e complexos (com toda uma organização e planejamento acerca da documentação existente e outros serviços afins).

6.7 – Nesse aspecto, com o agrupamento de tantos objetos, não há como considerar que um certame vá conseguir os melhores valores alijando da disputa aquelas empresas que são especializadas em apenas um ou outro mercado.

6.8 – O objeto traz também, como dito, serviços de digitalização, algo que qualquer pessoa comum pode fazer.

6.9 – Sua junção com os demais objetos acaba por gerar uma grande distorção, pois, do todo, quase dezenove milhões, praticamente dois terços do total estimado, serão para serviços de digitalização.

6.10 – Sendo um serviço comum, um trabalho humano, quem pode garantir que empresas mais simples (que não agregam todos os demais serviços aqui descritos) não poderiam fazer as digitalizações por um preço bem menor?

6.11 – A razoabilidade manda que exista esse entendimento, de que haveria uma maior disputa para um serviço essencialmente humano se ele fosse separado dos demais, porém, dessa maneira agrupada, há um enorme risco de que os objetos mais complexos (como a parte do *software*) “amarrem” também o serviço de digitalização por valores mais altos.

6.12 – Os outros serviços já mencionados, os trabalhos de classificação e de higienização dos documentos, são o pior, visivelmente incompatíveis com os demais, em razão de se caracterizar como intelectual, caso em que o critério de julgamento será diferente do menor preço, como aqui previsto.

6.13 – Devem ser classificados como serviços técnicos, de consultoria ou assessoria, que demandam atuação intelectual.

6.14 – Até para demonstrar o quanto esse entendimento é antigo no TCE/SP, segue trecho do longínquo Processo TC 2856.989.13-2 que demonstra cristalinamente que os objetos não se misturam:

“Examinando os termos da presente representação, observei que o novo Edital lançado pela Prefeitura Municipal de Rancharia, embora com pequenas modificações na redação dada ao objeto e ao Termo de Referência (Anexo I), contém as mesmas impropriedades que deram causa à determinação de paralisação do Certame no âmbito do processo acima referido.

“Refiro-me à aglutinação do fornecimento de software com os serviços de consultoria, contrariando a jurisprudência deste Tribunal, nos processos 1717.989.13-1, 1725.989.13-1 e 1742.989.13-0, em Sessão Plenária de 04/09/2013, sob a relatoria do eminente Conselheiro Edgard Camargo Rodrigues.”

7 – Prosseguindo, o subitem 3.5 do ato convocatório, que regulamenta a participação de consórcios, possui duas irregularidades.

7.1 – A primeira delas está na exigência do subitem 3.5.1, que determina seja o documento particular de compromisso de constituição do consórcio registrado em Cartório,

quando o artigo 33, parágrafo 2º, da Lei de Licitações, obriga ao registro apenas como condição de assinatura do contrato, ou seja, após o resultado da licitação.

7.2 – Aliás, nem deveria ser diferente, pois qual o sentido em se efetivar a constituição de um consórcio se ele não for o pretense contratado?

7.3 – Além disso, o inciso II de mesmo artigo determina que as condições de liderança do consórcio sejam definidas no edital, algo que não foi feito nesse caso.

8 – Também há uma incongruência entre alguns prazos contidos no ato convocatório.

8.1 – No subitem 5.10.2, o prazo previsto para o registro de preços é de doze meses.

8.2 – Já o subitem 6.15.7 de seu anexo I fala em sessenta dias para a implantação da solução.

8.3 – Por fim, o item 14 da proposta, no anexo IV, estabelece doze meses de “Suporte de Garantia Atualização e Suporte Técnico”.

8.4 – Se a Municipalidade previu o pagamento de doze meses para o suporte a um sistema que será implantado em sessenta dias, das duas, uma: ou ela cometeu um erro relacionado aos prazos (se for considerar sessenta dias de implantação para depois pagar doze meses de suporte, então o prazo do registro de preços seria de quatorze meses, ou, se for considerar doze meses totais, seriam sessenta dias de implantação e apenas dez meses de suporte) ou pretende pagar suporte nos dois meses iniciais enquanto o sistema ainda não estará em total funcionamento (o que pode ser considerado como mau uso de dinheiro público).

9 – Também é ilegal a previsão do subitem 7.2.1.5 do ato convocatório, por determinar que a proposta seja válida por noventa dias.

9.1 – Vejam, o artigo 6º da Lei Nacional nº 10.520/2002 (Lei do Pregão) até amplia o tipo, dizendo que a proposta valerá por sessenta dias, se outro prazo não for estipulado, contudo o mesmo não ocorre para a Lei de Licitações.

9.2 – Segundo seu artigo 64, parágrafo 3º, as licitantes devem ser liberadas de suas propostas após o decurso de sessenta dias.

9.3 – Nesse aspecto, conclui-se que, ao estabelecer prazo superior a sessenta dias, a Administração se encontra retirando das licitantes o direito que possuem de desistirem de suas propostas após esse interregno.

9.4 – Trata-se de cristalino caso de violação ao princípio constitucional da legalidade, pelo qual o Poder Público somente pode fazer aquilo permitido em lei, algo que obviamente não se aplica aos noventa dias adotados pela Municipalidade, já que existe apenas o prazo de sessenta dias previsto naquele artigo 64.

10 – O subitem 7.2.1.7.2 do ato convocatório exige equivocadamente firma reconhecida na procuração para o credenciamento, em total descompasso com o artigo 3º, inciso I, da Lei Nacional nº 13.726/2018 (nova Lei de Desburocratização), a exemplo do Processo TC 8924.989.20-5 do TCE/SP:

“A jurisprudência desta Corte entende por inadequada a exigência de firma reconhecida na apresentação de documentos (TC-025350.989.18-2, TC-025372.989.18-5, TC25511.989.18- 8 e TC-7800.989.17-0).”

11 – As comprovações de regularidade fiscal do subitem 8.6 do ato convocatório estão ilegalmente sendo permitidas tão somente através de certidões negativas, quando é amplamente difundida a possibilidade de que sejam apresentadas também certidões positivas com efeitos de negativas.

12 – Uma nova irregularidade pode ser aferida no subitem 8.7.1 do ato convocatório, haja vista proibir a participação de empresas em recuperação judicial.

12.1 – A título de exemplo, vejamos o que diz a Súmula nº 50 do TCE/SP:

“SÚMULA Nº 50 – Em procedimento licitatório, não pode a Administração impedir a participação de empresas que estejam em recuperação judicial, das quais poderá ser exigida a apresentação, durante a fase de habilitação, do Plano de Recuperação já homologado pelo juízo competente e em pleno vigor, sem prejuízo do atendimento a todos os requisitos de habilitação econômico-financeira estabelecidos no edital.”

12.2 – Apesar de os procedimentos de recuperação judicial e extrajudicial terem vindo para substituírem a concordata, fato é que tratam de situações muito mais simples, que não impedem, por si só, uma empresa de ser contratada e fornecer seu produto ou serviço.

12.3 – As recuperações nada mais são do que regulamentações das maneiras com as quais uma empresa poderá continuar atuando em seu mercado, ou seja, ela não está impedida de o fazer, apenas seguirá diretrizes, o que não atinge totalmente sua situação econômico-financeira.

12.4 – Ademais, embora a substituição da concordata pelas recuperações judicial e extrajudicial tenha ocorrido na esfera empresarial, o mesmo não pode ser dito da Lei de Licitações, que continua contendo as palavras “falência” e “concordata” em seu artigo 31, isso é,

utilizar as recuperações como obstáculos à participação de alguém significa necessariamente burla ao princípio da legalidade, segundo o qual a Administração pode fazer apenas aquilo autorizado por lei.

12.5 – Esse entendimento, aliás, foi corroborado também pelo Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro, conforme TCE-RJ nº 203.476-1/19, que determinou:

“3.e - altere a o edital a fim de possibilitar a participação de sociedades empresárias em recuperação judicial ou com pedido homologado pelo juízo competente, em observância ao princípio da preservação da empresa (art. 47, Lei 11.101, de 2005);

“3.f - inclua item no edital com a exigência de que a empresa em recuperação judicial deverá apresentar comprovação de que o plano de recuperação foi acolhido na esfera judicial, na forma do art. 58 da Lei nº 11.101, de 2005;”

13 – Igualmente problemática é a exigência de assinatura de profissional de contabilidade em um documento apartado da empresa com os índices contábeis, como exigido no subitem 8.7.2.5 do ato convocatório.

13.1 – Já existe a obrigatoriedade de que esse tipo de profissional assine o balanço patrimonial da empresa, de onde são extraídos os dados para as fórmulas contábeis, daí ser abusiva tal exigência.

13.2 – O TCE/SP, em seu Processo TC 17896.989.18-3, assim asseverou:

“Por outro, igualmente se ressentido de amparo normativo a requisição de assinatura de profissional devidamente registrado no Conselho Regional de Contabilidade na demonstração de índices contábeis, conforme diversos precedentes desta Corte.”

13.3 – Dessa forma, ao contrário da assinatura de contabilista no balanço patrimonial, que é exigida por lei, a determinação de que também assine esse documento configura compromisso de terceiro alheio à disputa, contrariando à outra Súmula do TCE/SP:

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

14 – Outros dois problemas se encontram no item 10 do ato convocatório, por descumprir de maneira direta aos dizeres do artigo 41 da Lei de Licitações, haja vista que esse último dispositivo estabelece o prazo de dois dias úteis para a interposição de impugnações, e não três dias úteis, como determina o edital, e por ultrapassar os limites de competência do Pregoeiro, que não pode ser responsável pelas impugnações.

14.1 – Sobre o prazo, a Lei do Pregão, embora específica para a modalidade, não regulamenta a questão da impugnação, deixando a cargo de seu artigo 9º utilizar a Lei de Licitações como subsidiária, daí a necessidade de se seguir o prazo daquele artigo 41.

14.2 – Em caso idêntico, o TCE/SP, em seu Processo TC 24658.989.20-7, decidiu:

“Também enseja reparo o prazo para interposição de impugnações (subitem 17.1.), para conformar-se ao teor do art. 41, §2º da Lei nº 8.666.

“Como já se pronunciou esta Corte no passado, não deve ser acolhida a argumentação da defesa quanto à aplicabilidade do Decreto Federal nº 10024/2019 ao caso, já que se trata de normativo circunscrito à esfera federal ou ainda aplicável a licitações com recursos provenientes de tal esfera (TC-014468.989.20-7 (Tribunal Pleno, Sessão de 15/07/20, sob relatoria do e. Substituto de Conselheiro Márcio Martins de Camargo), devendo prevalecer a norma geral que rege a matéria.”

14.3 – Em relação ao Pregoeiro, a explicação é bem simples: suas atribuições se encontram exauridas no inciso IV do artigo 3º da Lei Nacional nº 10.520/2002 (Lei do Pregão), isso é, qualquer outra ação a ele imputada é considerada como burla ao princípio da legalidade.

14.4 – Nesse aspecto, pode o Pregoeiro apenas tecer considerações e tomar decisões acerca da sessão do pregão, deixando naturalmente o julgamento de impugnações para a autoridade competente.

14.5 – Nesse mesmo sentido é o Processo TC 5095.989.16-6 do TCE/SP:

“Sobre os eventuais excessos de poder atribuídos ao Pregoeiro, igualmente creio que o instrumento convocatório deva bem limitar o

campo de atuação da autoridade, conforme, aliás, já prescreve o art. 3º da Lei nº 10.520/02.”

14.6 – Até porque, se esse mesmo inciso IV dá à autoridade competente o poder de nomear o Pregoeiro, e se é também dela a atribuição de assinar o edital, não terá sentido que o Pregoeiro, um subordinado, analise, julgue e determine a retificação de alguma cláusula que teria sido criada por seu superior hierárquico.

15 – Já o subitem 20.2.1 do ato convocatório traz o prazo indevido de sessenta meses como uma possibilidade de vigência do contrato.

15.1 – Ora, a Lei de Licitações, em seu artigo 15, parágrafo 3º, inciso III, é explícita em determinar que o registro de preços tenha validade não superior a um ano, aí vem esse edital pretendendo ultrapassar esse obstáculo através do contrato que será materializado da ata de registro de preços?

15.2 – Ou seja, o instrumento principal, que é a ata, não pode superar doze meses, mas o contrato vai até sessenta meses!

16 – Passando ao subitem 20.16 do ato convocatório, verifica-se que, em caso de subcontratação, será necessária a demonstração da qualificação técnica da subcontratada em relação às parcelas de maior relevância, sem no entanto ofertar os parâmetros daquilo que será considerado como tal, isso é, o edital é omissivo, obscuro, destarte subjetivo, algo pleonasticamente proibido pelas leis de regência.

17 – Excelência, o impugnante deseja agora falar sobre dois aspectos da licença de uso perpétua do *software* no anexo I do ato convocatório.

17.1 – Em um primeiro momento, questiona-se o valor estimado pela Administração por algo que ela utilizará indefinidamente.

17.2 – Dentro do objeto como um todo, que beira os cinquenta milhões de reais, não dá para se aceitar que a ferramenta tecnológica terá o pequeno valor de pouco mais de um milhão de reais.

17.3 – Na sequência, a alínea “I” do subitem 6.5.35 determina que seja fornecido o código-fonte do sistema, no entanto, trata-se de um licenciamento de uso, ainda que perpétuo, e não da aquisição do *software*.

17.4 – Com o licenciamento de uso perpétuo, a Prefeitura passa a poder utilizar o sistema por prazo infinito, mas não se torna a proprietária do produto, ele continua sendo de quem se encontra o licenciando.

17.5 – E o código-fonte é algo inerente à propriedade, pelo qual é possível efetuar alterações estruturais no sistema.

17.6 – Assim, com o licenciamento perpétuo, a propriedade continua sendo da licenciante, cabendo a ela, e não à licenciada, realizar alterações no sistema, que, por sua vez, dão-se através do conhecimento do código-fonte.

17.7 – Se a Administração estivesse comprando o *software*, aí sim passaria a deter a propriedade intelectual e seria correta a exigência de entrega do código-fonte, para que ela pudesse o customizar da maneira como bem entendesse.

18 – A alínea seguinte, a “m”, exige a compatibilidade com determinados bancos de dados, quando o correto seria que a contratada tivesse a possibilidade de fornecer algum outro, desde que arcasse com suas custas.

18.1 – Vejamos a propósito o que aduz o Processo TC 362.989.13-9 do TCE/SP:

“As justificativas apresentadas pela Prefeitura quanto à exigência dos bancos de dados SQL Server ou Oracle, a nosso ver, não prosperam. Com efeito, o Edital de Licitação contempla o licenciamento ou locação de um “Sistema Integrado de Gestão Pública” englobando 15 módulos, os quais se utilizarão do mesmo repositório de dados a ser contratado. O item 5.1.5 do Edital enfatiza que, no preço a ser ofertado, estarão incluídos também serviços de conversão e migração de dados, donde concluímos que dados de aplicações eventualmente existentes serão transferidos para o novo banco de dados e utilizados pelos novos programas. Embora em suas justificativas a Prefeitura argumente que já possui os bancos de dados SQL Server e Oracle, e que seus funcionários conheçam a “linguagem” para executar tarefas e gerenciá-los, caso o banco de dados contratado seja diferente, o impacto não será significativo, uma vez que, sendo o banco de dados relacional, a linguagem SQL (linguagem de consulta estruturada) será a mesma, dado que é um padrão internacional para operação em bancos de dados relacionais; embora algumas empresas desenvolvedoras de bancos de dados tenham efetuado aperfeiçoamentos a ela e criado versões próprias, os principais comandos são comuns a todos eles. A inclusão dos serviços de conversão e migração de dados no rol de serviços licitados e a não inclusão de serviços de integração de sistemas,

pressupõe que os dados do sistema integrado objeto da contratação, e os dos sistemas atualmente em uso, não serão necessariamente compartilhados. Em assim sendo, dada a disponibilidade no mercado de outros produtos que atendem às especificações técnicas do Edital, não vislumbramos motivos que justifiquem, em termos técnicos e econômicos, que a restrição imposta pelo Edital seria mais vantajosa para a Administração."

19 – No subitem 6.5.36 do anexo I do ato convocatório, são exigidos documentos durante a “vistoria de avaliação técnica” que não se encaixam no escopo do objeto.

19.1 – Verifica-se que são documentos que dizem respeito a condições de trabalho, entretanto, ao se analisar o edital, as únicas partes que tratam de algum tipo de vistoria ou de avaliação são a prova de conceito, que trata do sistema de informática, e a vistoria *in loco*, que é opcional (subitem 7.1 do anexo I).

19.2 – Enfim, não há qualquer correlação entre os documentos requeridos e as possíveis vistorias.

20 – Ainda nesse anexo I, seu subitem 6.11.5 exige a integração a qualquer sistema já utilizado pela Prefeitura, algo extremamente subjetivo sem a relação daquilo que a Administração já possui instalado.

21 – Já o subitem imediatamente seguinte, o 6.11.6, além de requer a possibilidade de que a contratante faça alterações no sistema, também vincula a obrigação por parte da fabricante.

21.1 – Sobre as customizações, elas entram na mesma seara da propriedade: sendo só licenciamento (ainda que perpétuo), apenas a detentora pode modificar o sistema.

21.2 – Já em relação à questão da fabricante, isso também viola a Súmula nº 15 acima disposta, no sentido de que não se deve exigir obrigação de quem não está participando da licitação.

22 – Adentrando à prova de conceito regulamentada pelo subitem 6.12.2 de mesmo anexo I, vemos duas irregularidades.

22.1 – Primeiramente o subitem 6.12.12.1.1 fala que deverão ser atendidos noventa por cento dos itens do sistema.

22.2 – O TCE/SP já condenava a exigência de cem por cento das características, de acordo com o Processo TC 19152.989.16-6:

“Ainda sobre o tema, na esteira do precedente invocado por SDG (TC-006505.989.15, Pleno, Cons. Rel. Sidney Estanislau Beraldo, j. 07/10/15), o edital deverá definir quais requisitos mínimos serão avaliados no teste de conformidade, pois o atendimento, de antemão, das 389 (trezentas e oitenta e nove) funcionalidades listadas no Anexo I afigura-se, de fato, potencial entrave ao amplo acesso de eventuais interessados.”

22.3 – Depois, no Processo TC 9475.989.19-0, também recomendou à Administração que reavaliasse o percentual de noventa por cento pela proximidade com o total:

“É preciso consignar os nomes e qualificações da comissão avaliadora, bem como sanar a reconhecida dubiedade acerca do percentual a ser demonstrado, recomendando-se à Administração reavaliar tal proporção (90%), hoje tão próxima do total.”

22.4 – E, posteriormente, no Processo TC 21224.989.20-2, determinou a suspensão liminar da licitação por exigir, na demonstração, um percentual total de oitenta e cinco por cento, cujo trecho transcrevemos:

“Na hipótese, oportuno que a Administração justifique todas as questões impugnadas, das quais destaco, a princípio, a exigência de atendimento de 85% de todos os requisitos técnicos relacionados no Termo de Referência por ocasião da demonstração do sistema, em desconformidade com a jurisprudência da Corte, que entende pertinente a apresentação apenas dos requisitos mínimos necessários à prova da funcionalidade do sistema, a fim de promover a participação de maior número de interessados.”

22.5 – Para qualquer dos casos, o argumento é bem simples: muito embora esse objeto possa ser considerado comum, “de prateleira”, é certo que cada empresa desenvolve os seus sistemas com parte das funcionalidades idealizadas apenas por ela.

22.6 – Assim, quando é publicada alguma licitação, é muito comum que a licitante não atenda a todas as funcionalidades, precisando de um tempo razoável para as atender (ainda que o edital não exija cem por cento do sistema).

22.7 – Dessa forma, havendo esse entendimento pacificado, de que não cabe um percentual tão alto quando da fase de demonstração, deve ser considerado que os noventa por cento aqui previstos também são abusivos.

22.8 – O Processo TC 20862.989.22-5, ainda mais recente, uma redação que esclarece bem o caso:

“O edital exige para a prova de conceito a apresentação de 85% a 100% das funcionalidades do sistema, o que contraria a jurisprudência desta Corte, uma vez que esta fase deve se limitar aos pontos que sejam suficientes para demonstrar a solução ofertada.”

22.9 – Assim, se são necessários apenas os pontos “suficientes para demonstrar a solução ofertada”, claro está que noventa por cento, um percentual muito próximo da totalidade do sistema, será muito mais do que aquilo tido como suficiente, ou seja, nada razoável.

22.10 – E o subitem 6.12.6 é problemático ao estipular que o desatendimento a algum item durante a demonstração acarretará na desclassificação imediata da licitante.

22.11 – Contudo, imaginemos que isso ocorra com a participante: ela não demonstra algum item, é desclassificada, porém interpõe recurso e é reconduzida ao certame (sim, pois, se não houvesse essa possibilidade, para que serviria o recurso administrativo?).

22.12 – Poderemos ter uma licitação passível de desclassificação a cada funcionalidade discutível e conseqüentemente de recursos intermináveis.

22.13 – Sendo assim, o correto é que a prova de conceito prossiga, ainda que uma funcionalidade demonstre problema, para que o recurso administrativo, ao final, seja único.

23 – O subitem 6.13.3 repete o problema da Súmula nº 15 já citada, por exigir outras providências da fabricante, que pode ser terceira alheia à disputa dessa licitação.

24 – Sobre a migração, vista em mesmo anexo I, subitem 6.15.3, ocorre uma omissão do volume de dados a ser migrado, omissão essa condenada pelo TCE/SP, por impossibilitar a elaboração da proposta, conforme TC 2074.989.21-1:

“Procedentes, do mesmo modo, reclamações quanto à ausência de dados indispensáveis à formulação de propostas.

“Dessa sorte, deve o edital estabelecer a quantidade máxima de servidores a serem treinados em cada módulo da solução licitada, disponibilizar informações técnicas acerca das tabelas que compõem a base de dados

atualmente em uso pela Prefeitura e estabelecer expressamente o número de unidades nas quais os sistemas serão implantados.”

25 – O subitem 18.2.1.1 do anexo I do ato convocatório exige indevidamente que o profissional, entre outras, tenha experiência em elaboração de tabela de temporalidade, quando, sabemos, ela não será feita pela contratada, e nem poderia, visto ser, por atribuição, uma obrigação do órgão público.

25.1 – Nessa senda, se a contratada não vai realizar determinado serviço, exigir experiência pontual para isso nada mais é do que um excesso, capaz apenas de obstaculizar a participação de interessadas.

26 – Por derradeiro, carece, o ato convocatório como um todo, de garantias à Administração para os casos de rescisão contratual, dada a complexidade do objeto.

26.1 – O artigo 55, inciso IX, da Lei de Licitações determina que sejam previstas as garantias para a Administração em caso de o contrato ser rescindido, o que não ocorre nesse edital (apenas trata das punições, mas nada sobre direitos).

26.2 – Tendo em vista que a contratada ficará em posse de documentos e informações da contratante, o edital deve prever regras sobre o que acontecerá com eles caso o contrato seja interrompido.

26.3 – Esse foi o entendimento do TCE/SP em caso análogo, do Processo TC 10817.989.18-9, como vislumbramos:

“A Representante requereu a concessão de liminar para suspensão da licitação, pois, segundo alegou, o edital apresenta ilegalidades e precisa ser retificado, conforme indica:

“c – ausência de garantias em caso de rescisão contratual, desatendendo o artigo 55, inciso IX, da Lei 8.666/93;

“Sobre a referida conclusão houve manifestação unânime da Chefia de ATJ, MPC e SDG no sentido de que procedem as impugnações apontadas acima no relatório sob as letras “c” e “d”

“ASSIM SENDO, VOTO PELA PROCEDÊNCIA PARCIAL DA REPRESENTAÇÃO, COM DETERMINAÇÃO À CÂMARA MUNICIPAL DE JANDIRA PARA QUE ADOTE AS MEDIDAS CORRETIVAS PERTINENTES, que viabilizem o adequado seguimento do procedimento licitatório, observando rigorosamente a

legislação de regência, o repertório de Súmulas e a jurisprudência deste Tribunal, bem como providenciando a republicação do novo texto e reabertura do prazo legal, nos termos do artigo 21, § 4º, da Lei Federal nº 8.666/93.”

26.4 – Não cabe ao edital simplesmente dizer que, em caso de rescisão, a contratada reconhece os direitos da contratante, mister se faz que sejam eles especificados, igualmente por uma questão de segurança jurídica, e obviamente para que seja atendido o inciso IX do artigo 55 da Lei de Licitações.

27 – *Ex positis*, requer-se seja a presente impugnação julgada procedente para que sejam reformados os itens tidos como irregulares do ato convocatório da licitação, modalidade Pregão Eletrônico nº 23/2023 da Prefeitura do Município de Goiânia – Estado de Goiás.

Termos em que
pede DEFERIMENTO.

Itanhaém/SP, 25 de Maio de 2023.

JOSÉ EDUARDO BELLO VISENTIN.