

CLEBERSON CORREA CONSULTORIA E PLANEJAMENTO ME

Rua Newton Silvestre Frozoni, nº 115, Jardim Santa Maria
São Sebastião da Gramma – SP
CEP: 13790-000

CNPJ: 19.739.025/0001-30
Telefone: (19) 3646-0602
e-mail: cleberson.correa@yahoo.com.br

**AO
ILMO. PRESIDENTE DA FUNDAÇÃO BENEFICENTE DE PEDREIRA – FUNBEPE**

**À Ilma. Superintendente da Funbepe
Ao Ilmo. Pregoeiro da Funbepe**

REF.: PREGÃO PRESENCIAL Nº 011/2019

CLEBERSON CORREA CONSULTORIA E PLANEJAMENTO-ME, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob o nº 19.739.025/0001-30, estabelecida em São Sebastião da Gramma/SP, na Rua Newton Silvestre Frozoni, nº 115 - Bairro Jardim Santa Maria, por seu representante legal, vem, mui respeitosamente, à honrosa presença de V. Exa., com fulcro no item 22.1. do ato convocatório, interpor a presente

IMPUGNAÇÃO AO EDITAL

pelos seguintes fundamentos de fato e de direito:

I – DA IMPUGNAÇÃO

Essa respeitada Fundação expediu o edital Pregão Presencial nº 011/19, cujo objetivo é a **“contratação de empresa(s) especializada(s) para locação de Sistema Integrado de Gestão Pública (LOTE 01), composto por vários módulos, e locação de Sistema Integrado de Saúde (LOTE 02), destinados ao gerenciamento e processamento das rotinas administrativas e hospitalares desta Fundação, juntamente com implantação, treinamento, suporte técnico e visitas técnicas”**.

A **IMPUGNANTE**, no intuito de participar do certame, obteve o edital em questão para poder preparar uma proposta estritamente de acordo com as necessidades dessa Administração. Contudo, após leitura integral do conteúdo do instrumento

convocatório deparou-se com ilegalidades que colocam em risco a lisura e o sucesso do procedimento licitatório a ser realizado.

A seguir, ficará demonstrada a procedência da presente impugnação, a qual deverá ser acatada por esses eminentes julgadores a bem do interesse público, ressaltando que concomitantemente, as irregularidades aqui apontadas serão prontamente encaminhadas ao Tribunal de Contas do Estado do de São Paulo visando a devida apuração.

II – DA NECESSIDADE DE REFORMA DO EDITAL

Da análise do objeto licitado foi possível perceber diversas inconsistências que colocam em xeque a validade do procedimento licitatório a ser realizado, as quais são facilmente identificáveis.

II.1. Da Imposição De Limite Temporal Aos Atestados De Capacidade Técnica

Os itens 8.1.3.1. e 8.1.3.2. do edital estabelecem como condição de qualificação técnica para fins de habilitação de licitantes, a apresentação pelos licitantes de atestados de capacidade técnica compatíveis com o objeto licitado:

“8.1.3.1. No caso da licitante que cotar o lote 01: Comprovar, através de atestado fornecido por pessoa jurídica de direito público, ou pessoa jurídica de direito privado que se subordine à Lei 4.320/1964, ter fornecido, locado ou desenvolvido software semelhante a pelo menos o módulo 01 do lote 01 do termo de referência deste edital.

[...]

8.1.3.2. No caso da licitante que cotar o lote 02: Comprovar, através de atestado fornecido por pessoa jurídica de direito público ou privado, ter fornecido, locado ou desenvolvido software compatível com o lote 02 do termo de referência deste edital.”

Contudo, ao mesmo tempo, determina em seu item 8.4. uma validade temporal máxima de três meses, a partir da expedição, para todos os documentos de habilitação que não contenham prazo de validade, sem exceção:

“8.4. As documentações que não apresentarem prazo de validade, serão consideradas válidas com data de emissão de até 03 (três) meses, antecedentes da data marcada para a abertura dos envelopes de nº 01 – proposta comercial.”

Diante do exposto acima, percebe-se que os atestados de capacidade técnica, exigidos não se encontram entre as exceções previstas pelo edital, de forma que somente serão aceitos aqueles emitidos há menos de três meses da apresentação das propostas, o que fere de morte a norma legal e restringe indevidamente a participação de concorrentes, trazendo visível prejuízo ao procedimento licitatório e

extrapola, ao alvedrio da Lei nº 8.666/93, os requisitos para comprovação da capacidade técnica dos licitantes.

É inconcebível que o órgão licitante possa impor aos licitantes a validade aos atestados de capacidade técnica para fins de habilitação em uma licitação pública. Isso não existe e não coaduna com as disposições legais vigentes, funcionando apenas como uma cláusula que restringe vertiginosamente a competitividade do presente certame.

A Lei nº 8.666/93, em seu artigo 30 e parágrafos, expressamente limita as exigências pertinentes aos atestados de capacidade técnica em licitações, inexistindo amparo legal para o que ora se encontra disposto como condição de habilitação. O Parágrafo Quinto do mencionado comando legal, quando trata da documentação pertinente à qualificação técnica, veda expressamente as comprovações de atividade ou de aptidão técnica com limitações de tempo ou época como as assinaladas no edital em referência:

“§ 5º DO ART. 30 - É VEDADA A EXIGÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE ATIVIDADE OU DE APTIDÃO COM LIMITAÇÕES DE TEMPO OU DE ÉPOCA OU AINDA EM LOCAIS ESPECÍFICOS, OU QUAISQUER OUTRAS NÃO PREVISTAS NESTA LEI, QUE INIBAM A PARTICIPAÇÃO NA LICITAÇÃO.” (GRIFOS NOSSOS)

Portanto, a exigência do Edital não pode impor restrição ao prazo em que foi emitido o Atestado, muito menos obrigar que o Atestado tenha sido emitido em época específica. O Atestado não possui “prazo de validade”; ele é perene, perpétuo. A experiência adquirida pelo licitante não desaparece com o tempo; a partir do momento em que é expedido o atestado, consolidou-se a prova incontestada da aptidão técnica do licitante.

Tal exigência afronta ao disposto no §5º do art. 30 acima transcrito, restringindo a competição e frustrando o objetivo maior da licitação - obtenção da proposta mais vantajosa. Segundo Marçal Justen Filho¹:

“Na linha de proibir cláusulas desarrazoadas, estabelece-se que somente podem ser previstas no ato convocatório exigências autorizadas na Lei (artigo 30, § 5º). PORTANTO, ESTÃO EXCLUÍDAS TANTO AS CLÁUSULAS EXPRESSAMENTE REPROVADAS PELA LEI Nº 8.666/93 COMO AQUELAS NÃO EXPRESSAMENTE POR ELA PERMITIDAS.”

Em vista disso, tem-se a competitividade do certame está nitidamente restringida, já

¹ Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 12ª edição. Dialética. 2008. São Paulo. p.44.

que diversas empresas detentoras de grande quantidade de atestados de capacidade técnica que, além de comprovarem a larga experiência na execução do objeto ora licitado, atendem integralmente às exigências legalmente estabelecidas, restarão impossibilitadas de participarem do certame em comento, uma vez que suas experiências e respectivas emissões se referem a períodos anteriores.

Segundo o TCU, em sua obra 'Licitações & Contratos - Orientações e Jurisprudência', fls. 407-409: **“não se deve fixar prazo de validade em atestados de qualificação técnica”**. Aliás, são diversos os Acórdãos consolidando o entendimento pela impossibilidade de se exigir validade ou data de emissão específica aos atestados de capacidade técnica (Acórdãos 890/2007, 1.557/2009 e 855/2009).

Exigir que a prova de qualificação técnica seja feita através de atestados emitidos com data ou prazo específico revela-se indevido e irregular por absoluto desrespeito à Lei. À luz da legislação vigente, não é obrigatório que os atestados tenham sido emitidos em data ou prazo determinados. Isso afasta do certame possíveis interessados que, embora possuíssem plena capacidade para executar o objeto, não possuem atestados no prazo informado no edital.

Desta feita, deve ser determinada a alteração do edital, para que o atestado de capacidade técnica seja excluído da regra imposta pelo item 8.4., o que desde já se requer em obediência às normas legais vigentes.

II.2. – Demonstração com Julgamento Classificatório/Eliminatório com o Licitante já Declarado Vencedor e Após Encerramento da Fase Recursal do Pregão – Cerceamento à Ampla Defesa e ao Contraditório

A norma estabelece duas fases ao julgamento das licitações realizadas na modalidade Pregão, quais sejam, a classificação das propostas com base no menor preço global identificado na fase de lances e, posteriormente, a avaliação das condições de habilitação do detentor do menor preço, após as quais, caso estejam de acordo com os requisitos fixados, o licitante é declarado vencedor.

Nesse sentido, o edital contestado segue justamente tal procedimento ao estabelecer em seus itens 9.15. e 9.16.:

“9.15. Considerada aceitável a proposta de menor preço por item, obedecidas às exigências fixadas no Edital, será aberto o envelope contendo os documentos de habilitação de seu autor, para confirmação das suas condições habilitatórias.

9.16. Constatado o atendimento das exigências de habilitação fixadas no Edital, o(s) proponente(s) será(ão) declarado(s) vencedor(es).”

Em ato sequencial, os itens 9.20, 9.23, e depois os itens 10.1, e 10.2, determinam que, ao final da sessão pública, deve haver obrigatoriamente a manifestação imediata da intenção recursal por parte dos licitantes inconformados quanto ao resultado da disputa, sob pena de preclusão administrativa:

“9.20. A manifestação da intenção de interpor recurso será feita no final da sessão, com registro em ata da síntese das suas razões, quando então, dependendo do resultado da consulta, a licitação seguirá um dos destinos constantes do item 10.

9.21. O recurso contra decisão do(a) Pregoeiro(a) terá efeito suspensivo.

9.22. O acolhimento de recurso importará a invalidação apenas dos atos insuscetíveis de aproveitamento.

9.23. A falta de manifestação motivada do licitante na sessão importará a decadência do direito de recurso.”

[...]

“10 - ADJUDICAÇÃO E HOMOLOGAÇÃO

10.1. Caso não haja recurso, o(a) Pregoeiro(a), na própria sessão pública, adjudicará o objeto do certame ao(s) licitante(s) vencedor(es), encaminhando o processo para homologação pelo(a) Superintendente e pelo(a) Presidente.

10.2. Caso haja recurso, os interessados poderão juntar memoriais no prazo de 03 (três) dias, contados do dia útil subsequente à realização do Pregão, ficando os demais licitantes desde logo intimados para apresentar contra-razões em igual número de dias, que começarão a correr no dia útil subsequente ao término do prazo do recorrente, sendo-lhes assegurada vista imediata dos autos.”

Com efeito, de acordo com o ato convocatório, o licitante precisará manifestar sua intenção recursal imediatamente, AO FINAL DA SESSÃO PÚBLICA após seu concorrente ser declarado vencedor da disputa (lances e habilitação), sob pena de decadência do direito de recurso.

Caso não haja recurso o objeto será adjudicado e encaminhado à homologação. Se houver recurso será aberto prazo de três dias para apresentação das razões escritas pelo licitante recorrente.

No entanto, estranhamente, o ato convocatório em seu item 21 indica que, quando já encerradas as fases de classificação e de habilitação do Pregão, a licitante vencedora será submetida a uma análise técnica dos softwares ofertados para comprovar se os mesmos atendem ou não às extensas exigências descritas em dezenas de páginas do Anexo VI (Termo de Referência):

“21.1. Da(s) licitante(s) vencedora(s), será exigida demonstração dos sistemas, a fim de aferir a compatibilidade dos mesmos com os requisitos do Anexo VI – Termo de referência deste edital.”

Sendo assim, compreende-se que apenas o licitante já declarado vencedor terá que se submeter a uma demonstração técnica de compatibilidade dos softwares ofertados e **descritos em dezenas de páginas do edital**. Em suma, a fase recursal, realizada **em momento único** nas licitações sob a modalidade Pregão, **já estará encerrada antes mesmo de se saber se o mencionado concorrente atenderá ou não a todos os requisitos explicitados de forma extensa e detalhada no instrumento convocatório.**

Ora, se a intenção recursal precisa ser manifestada em sessão pública, **logo após o licitante ser declarado vencedor** e sendo esta uma fase una, é evidente que uma demonstração marcada expressamente pelo edital para se iniciar em data bem posterior à própria declaração de vencedor (vide item 21.2. do edital) **extermina a possibilidade de se manejar qualquer recurso quanto a tal fase de demonstração classificatória**, caracterizando grave cerceamento à ampla defesa e ao contraditório.

E observe-se que, mesmo sendo tal demonstração realizada já com a fase recursal encerrada, **há previsão de desclassificação do licitante vencedor**, caracterizando-se assim uma terceira fase ao Pregão, onde o concorrente poderá ser aprovado já partindo-se para a homologação ou ser desclassificado mesmo já tendo sido declarado vencedor pelo ente licitante:

“21.9. HAVENDO ATENDIMENTO INTEGRAL, A LICITANTE SERÁ DECLARADA VENCEDORA, OCORRENDO A HOMOLOGAÇÃO DO OBJETO.”

21.10. Havendo desatendimento, a licitante será desclassificada, sendo a segunda colocada intimada para demonstração de seu sistema.”

Enfim, como se inserir uma fase de classificatória de avaliação dos softwares ofertados **após a adjudicação do objeto e apenas antes da homologação como reitera o item 21.9. acima? Ora, a homologação somente pode ser feita após a adjudicação**, ou seja, momento em que, na forma da lei, já se encontram encerradas as fases de habilitação e classificação no Pregão, bem como a fase recursal.

No caso, a regra do item 21.9. é ainda mais estranha já que informa que se atendidos integralmente os requisitos da fase de amostra o licitante será declarado vencedor. No entanto, veja-se que o item 21.1. informa que a mesma fase de amostra já será feita junto ao licitante vencedor:

“21.1. Da(s) licitante(s) vencedora(s), será exigida demonstração dos sistemas, a fim de aferir a compatibilidade dos mesmos com os requisitos do Anexo VI – Termo de referência deste edital.”

Por isso, como se realizar uma demonstração classificatória com o licitante vencedor para, ao final, declará-lo vencedor? Se o licitante já era vencedor, por que passar por uma nova fase (sequer prevista na lei do Pregão) para ser novamente declarado vencedor? Tais regras desafiam à lei e à lógica!

Não bastasse, se, de acordo com o item 21.9., o licitante “será declarado vencedor”, **como já se realizar diretamente a homologação do certame se a lei determina que neste momento deve ser aberta a fase recursal?** A contradição do item 21.9. com a norma é nítida, sem falar no cercamento ao direito recursal previsto em lei.

Vale salientar o que o art. 4º da Lei nº 10.520/2002 (Lei do Pregão) a respeito do procedimento que deve ser seguido pelos entes licitantes no âmbito de um Pregão:

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

XV - VERIFICADO O ATENDIMENTO DAS EXIGÊNCIAS FIXADAS NO EDITAL, O LICITANTE SERÁ DECLARADO VENCEDOR;

[...]

XVIII - DECLARADO O VENCEDOR, QUALQUER LICITANTE PODERÁ MANIFESTAR IMEDIATA E MOTIVADAMENTE A INTENÇÃO DE RECORRER, quando lhe será concedido o prazo de 3 (três) dias para apresentação das razões do recurso, ficando os demais licitantes desde logo intimados para apresentar contra-razões em igual número de dias, que começarão a correr do término do prazo do recorrente, sendo-lhes assegurada vista imediata dos autos;

[...]

XX - a falta de manifestação imediata e motivada do licitante importará a decadência do direito de recurso e a adjudicação do objeto da licitação pelo pregoeiro ao vencedor;

XXI - DECIDIDOS OS RECURSOS, A AUTORIDADE COMPETENTE FARÁ A ADJUDICAÇÃO DO OBJETO DA LICITAÇÃO AO LICITANTE VENCEDOR;

XXII - HOMOLOGADA A LICITAÇÃO PELA AUTORIDADE COMPETENTE, O ADJUDICATÁRIO SERÁ CONVOCADO PARA ASSINAR O CONTRATO NO PRAZO DEFINIDO EM EDITAL;”

Como se observa da norma legal:

i) o licitante somente pode ser declarado vencedor quanto atendidas todas as condições e exigências fixadas em edital, ou seja, **o item 21.1. se equivoca ao já considerar vencedor um licitante que ainda passará por avaliação e exame classificatório de seu produto;**

ii) logo que declarado vencedor deve ser aberta a fase recursal, ou seja, **não há como se declarar um vencedor (item 21.1.) e se iniciar uma fase de classificação para verificação de atendimento do licitante aos requisitos do edital;**

iii) a declaração de vencedor da licitação obriga a abertura da fase recursal, ou seja, **o item 21.9. contraria à lei ao dispor que se aprovado o licitante no exame do objeto o processo licitatório será imediatamente homologado.**

E nem se alegue que o item 21.11. do mesmo edital traria a previsão da possibilidade de manejo de recurso quanto à fase de demonstração:

“21.11. Em caso de desclassificação nos termos do item 21, ou havendo manifestação por parte das licitantes presentes, será garantido direito de recurso, aplicando-se o rito previsto no subitem 10.2. deste edital.”

Primeiro, nota-se que tal previsão editalícia apenas disponibiliza prazo recursal para o caso de desclassificação do licitante submetido ao exame de sua amostra, ou seja, não contempla a possibilidade de recurso quando a amostra do licitante avaliado for aprovada. Isso, aliás, é evidente já que, como visto, o item 21.9. trata que em tal hipótese o processo será encaminhado diretamente para homologação. Assim, os licitantes que desejem contestar o resultado que aprovou os sistemas de um concorrente não poderão exercer o seu direito recursal.

Em segundo, abrir uma nova fase recursal na modalidade Pregão é ilegal, já que neste procedimento esta é aberta uma única vez quando declarado o licitante vencedor. Como visto, o item 21.1. já fará a análise da amostra junto ao licitante vencedor!

Ora, para se iniciar a fase recursal do citado Pregão seria preciso que a análise do produto ofertado pelo licitante vencedor já estivesse finalizada. Aliás, **tal licitante somente pode ser declarado vencedor quando atendidas todas as fases do certame.** Caso contrário, com a fase recursal já encerrada, como poderão os demais licitantes recorrer contra eventuais falhas e descumprimentos observados nos sistemas de sua concorrente? **Pior, COMO OS LICITANTES PODERÃO RECORRER DA APROVAÇÃO DA AMOSTRA DO CONCORRENTE SE O ITEM**

21.9. JÁ DETERMINA A IMEDIATA HOMOLOGAÇÃO? Impossível! Segundo a doutrina especializada²:

“COMO SE NÃO BASTASSE, CUMPRE OBSERVAR, AO FINAL, QUE TAIS ANÁLISES TÉCNICAS CLASSIFICATÓRIAS EM PREGÕES VÊM SENDO REALIZADAS EM ALGUNS CASOS DEPOIS DA MANIFESTAÇÃO DE INTENÇÃO RECURSAL PELOS LICITANTES, OU SEJA, INVENTA-SE UMA FASE DE CLASSIFICAÇÃO TÉCNICA DOS PARTICIPANTES NO PREGÃO E AINDA FAZ-SE A INSERÇÃO DA MESMA EM MOMENTO NO QUAL NÃO É MAIS POSSÍVEL A MANIFESTAÇÃO PELOS DEMAIS CONCORRENTES ACERCA DE EVENTUAIS DESCUMPRIMENTOS AO EDITAL (CERCEAMENTO À AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO, PRINCÍPIOS CONSAGRADOS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA).

A fase recursal no Pregão é una, ou seja, é aberta apenas quando verificadas e aprovadas as condições de habilitação e classificação do proponente. **Não há, portanto, como realizar o exame classificatório de compatibilidade com o edital apenas antes da homologação!**

Qual será a viabilidade da fase recursal em tal certame? Como o licitante poderá manifestar de fato sua intenção recursal E MOTIVÁ-LA IMEDIATAMENTE, sob pena de preclusão se a análise dos sistemas (objeto licitado) será realizada apenas após as fases de classificação e de habilitação? Como o licitante poderá recorrer contra a aprovação da amostra se já haverá imediata homologação?

Realizar essa demonstração quando definido pelo edital aponta grave descumprimento aos princípios da ampla defesa e do contraditório preconizados pela Constituição da República. Há total interesse dos demais concorrentes em apontar eventuais equívocos e apresentar recurso relativo a tal prova de conceito. Ora, **se há julgamento posterior e pendente para admissão do licitante como vencedor ele não se pode dar após o encerramento do direito recursal.**

A busca da celeridade não pode transpor aos limites da legalidade e, muito menos, sufocar o direito recursal a ponto de tornar seu exercício algo impossível. No entanto, de acordo com o edital contestado, no entanto, a fase recursal será meramente decorativa, já que, sabendo-se que o objeto ofertado pela vencedora será posteriormente julgado, não haverá como se fazer a intenção recursal imediata em sessão pública, em clara inviabilização ao direito recursal.

² Licitação para todos. Ricardo Silva das Neves. Editora Schoba – São Paulo-SP. 2015 – Página 66.

Dessa forma, deve-se retificar o ato convocatório para que o mesmo exclua as disposições legais dos itens 21.1. e 21.9., bem como adequar o edital às disposições do art. 4º da Lei nº 10.520/2002.

II.3. Serviços de Customização de Software e Prestação de Serviço não prevista no Edital

É de se observar que o objeto licitado não se resume apenas ao licenciamento de softwares, bastando ver que no item 7.3. do Anexo VI, onde se percebe a necessidade de prestação pelo futuro contratado de **serviços técnicos especializados de customização**:

“7.3. A CONTRATADA SOMENTE PODERÁ COBRAR POR ALGUM SERVIÇO ADICIONAL, quando se tratar de pedido feito exclusivamente por vontade desta Fundação, E TAL PEDIDO IMPLICAR EM MUDANÇA NA ESTRUTURA DO SISTEMA (CUSTOMIZAÇÃO), OU TAMBÉM QUANDO TAL SERVIÇO CONSISTIR EM INCLUSÃO DE MÓDULO NÃO PREVISTO EM CONTRATO, SITUAÇÃO EM QUE SERÁ FIRMADO TERMO ADITIVO, desde que dentro dos limites previstos no Artigo 65 da Lei 8.666/1993 e após avaliação se tal função já deveria fazer parte do sistema original. Antes de a contratada iniciar qualquer serviço pago, deverá encaminhar orçamento prévio para análise e possível liberação.”

Como visto, é prevista, além do licenciamento dos sistemas informatizados, a possibilidade de execução de serviços especializados de **CUSTOMIZAÇÃO** e, inclusive, **INCLUSÃO DE SOFTWARE NÃO PREVISTO EM CONTRATO**, atividades estas incompatíveis com a norma, bem como não passíveis de serem licitadas por meio da modalidade licitatória do Pregão.

Primeiramente, causa espécie a possibilidade aventada pelo edital da inclusão no contrato a ser firmado de sistemas informatizados não previstos no edital. Ora, o objeto licitado precisa ser certo e previamente definido. Inclusões de outros objetos não são permitidas, além de caracterizarem um subjetivismo sem precedentes posto que impõe ao contrato condições desconhecidas.

De outro lado, sabe-se que a customização de softwares é uma atividade já amplamente reconhecida como serviço técnico especializado expressamente previsto no art. 13 da Lei nº 8.666/93, os quais, por sua vez, não podem ser licitados por meio de Pregão, tal como a Funbepe pretende.

Em decisão sobre caso semelhante, esse E. Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, inclusive, suspendeu licitação similar, onde se pretendia licitar por Pregão os serviços de customização e desenvolvimento de sistemas informatizados:

“PROCESSO: 8865.989.16-4.

REPRESENTANTE: MV&P Tecnologia em Informática Ltda., por seu representante legal Roberto Alves (sócio). REPRESENTADA: Fundação Municipal de Saúde de Rio Claro. ASSUNTO: Despacho de apreciação sobre pedido de representação formulado contra o edital do Pregão Presencial n.º 11/16, certame processado pela Fundação Municipal de Saúde de Rio Claro, com propósito de contratar o fornecimento de licença de uso de software para assistência à saúde. MV&P Tecnologia em Informática Ltda., sociedade empresária inscrita no CNPJ sob o n.º 03.012.197/0001-77 e por seu representante legal, representou contra o edital do Pregão Presencial n.º 11/16, certame processado pela Fundação Municipal de Saúde de Rio Claro, com propósito de contratar o fornecimento de licença de uso de software para assistência à saúde. Em suma, reclamou dos seguintes aspectos: **A) UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO PREGÃO, JÁ QUE HÁ PREVISÃO DE CUSTOMIZAÇÃO E DESENVOLVIMENTO DO SISTEMA, NÃO CONFIGURANDO, PORTANTO, SOFTWARE DE PRATELEIRA**; b) aglutinação indevida do objeto, por reunir o fornecimento de “Data Center”; [...] Com a documentação reclamada pelo §2º, do artigo 220 do Regimento Interno deste Tribunal, requereu a impugnação do edital, segundo o qual a data de recebimento dos envelopes está prevista para amanhã, dia 13 de abril, às 09h00. A princípio e tendo em vista os questionamentos levantados contra o regramento de qualificação técnica, com potencial para restringir a participação no certame, **ENTENDO PLAUSÍVEL O PEDIDO DE PARALISAÇÃO DA LICITAÇÃO, COMO FORMA DE EVITAR LESÃO IRREVERSÍVEL À ORDEM LEGAL**. Diante da inviabilidade de submeter a pretensão oportunamente ao exame do E. Plenário desta Corte, **CONCEDO** a liminar para o fim de ordenar a sustação do andamento do Pregão Presencial n.º 11/16, da Fundação Municipal de Saúde de Rio Claro, determinando o processamento da inicial sob o rito do **Exame Prévio de Edital**. Assim sendo, assino à autoridade competente o prazo de 48 (quarenta e oito) horas, para que tome conhecimento da representação, encaminhando informações, documentos e cópia do instrumento convocatório impugnado, a fim de, com isso, essencialmente justificar a validade das cláusulas impugnadas. [...] Publique-se (13/04/2016).”

Ao analisar caso análogo ao que se apresenta, o Egrégio Tribunal Regional Federal da 1º Região se posicionou da seguinte maneira:

“ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. INADEQUAÇÃO DA MODALIDADE DO PREGÃO PARA A CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS NÃO ENQUADRADOS NA

CATEGORIA DE "COMUNS". VIOLAÇÃO À LEGISLAÇÃO. ANULAÇÃO DO CERTAME.

[...]

II - Da análise do caso concreto, VERIFICA-SE QUE PARA A CONTRATAÇÃO DE EMPRESA ESPECIALIZADA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE INFORMÁTICA, VISANDO O DESENVOLVIMENTO DE SOFTWARE DE APOIO À TOMADA DE DECISÕES, NÃO SE AFIGURA CABÍVEL A LICITAÇÃO NA MODALIDADE DO PREGÃO, POR TRATAR-SE DE SERVIÇO QUE NÃO SE CARACTERIZA NOTORIAMENTE COMO "SERVIÇOS COMUNS", na forma da legislação de regência. II - Remessa oficial desprovida. Sentença confirmada. (REO 2006.34.00.011440-8/DF, Rel. Des. Federal Souza Prudente, Sexta Turma, e-DJF1 p.160 de 26/01/2009)

Como já demonstrado, parte dos serviços que se pretende licitar (customização de sistemas) são manifestamente técnicos especializados, ou seja, exigem de modo incontestável demanda intelectual diferenciada em sua execução, até porque será realizada para isso customização com obrigação de invenção de funcionalidades novas aos sistemas e conseqüente desenvolvimento, com exigências de profissionais especializados e suporte ininterrupto.

Portanto, **não há como se considerar que o edital em referência versa sobre serviços simples ou padronizados que permitam a licitação por meio de Pregão**. Neste mesmo sentido, confira-se o entendimento adotado pelo colendo Tribunal de Contas da União, o qual determinou a anulação de uma licitação do Tribunal Regional Federal da 1ª Região bastante similar ao ora pretendido:

“Tribunal de Contas da União

Processo: 004.891/2005-8

[...]

Inicialmente, faz-se necessário e oportuno transcrever o contido no Anexo I - Termo de Referência (fls. 13/17), do referido edital de Pregão 47/2004:

'1 - Do objeto - O **presente Projeto Básico tem por objeto a contratação de empresa especializada** para o fornecimento de profissionais de informática, que atuarão no **desenvolvimento e manutenção de atividades técnico-especializadas**, conforme descrito neste termo de referência.

(...)

13. OBSERVA-SE QUE AS ATIVIDADES A SEREM DESENVOLVIDAS SÃO DE UM NÍVEL DE COMPLEXIDADE TÉCNICA MUITO GRANDE, NÃO PODENDO, EM HIPÓTESE ALGUMA SER ENQUADRADAS COMO SERVIÇOS COMUNS, CUJOS PADRÕES SÃO DEFINIDOS POR ESPECIFICAÇÕES USUAIS DE MERCADO. A própria legislação elenca vários produtos e serviços que são considerados comuns e que em nada

se assemelham com os serviços especializados de informática que serão contratados. **Comuns são aqueles que não primam por uma especialização**, que não necessitam mensurar a qualidade dos profissionais que executarão os serviços, como por exemplo serviços de limpeza, vigilância, conservação, agenciamento de viagem, digitação, etc.

Acórdão:

[...] **ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão da 1ª Câmara, ante as razões expostas pelo Relator, em:**

[...]

9.2. **fixar o prazo de 15 (quinze) dias**, nos termos do art. 71, inciso IX, da Constituição Federal, art. 45, caput, da Lei n.º 8.443/1992 e art. 251, caput, do Regimento Interno/TCU, para que o Tribunal Regional Federal da 1ª Região **ADOpte PROVIDÊNCIAS DESTINADAS À ANULAÇÃO DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO REFERENTE AO PREGÃO N.º 047/2004, ANTE A IMPOSSIBILIDADE DE LICITAÇÃO, NA MODALIDADE PREGÃO, PARA CONTRATAÇÃO DE BENS E SERVIÇOS DE INFORMÁTICA, QUANDO NÃO CARACTERIZADOS COMO BENS E SERVIÇOS COMUNS**, conforme preceitua o art. 45, § 4º, da Lei n.º 8.666/1993, c/c art. 1º, do Decreto n.º 1.070/1994; [Item tornado insubsistente pelo AC-0752-05/09-1.]

9.3. determinar ao Tribunal Regional Federal da 1ª Região que se abstenha de utilizar a modalidade Pregão para a aquisição de produtos e serviços de informática, com nível de complexidade similar ou superior àqueles objeto do Pregão n.º 47/2004;

9.4. **informar ao Tribunal Regional Federal da 1ª Região que, permanecendo o interesse da administração em efetivar a contratação dos serviços descritos no Edital do Pregão n.º 047/2004, deve ser aberto procedimento licitatório do tipo técnica e preço; [...].”**

Por essas razões, não é lícito proceder a uma licitação que visa serviços técnicos especializados por meio de Pregão, destinado a bens e serviços comuns. **SERVIÇOS TÉCNICOS DE CUSTOMIZAÇÃO SOB DEMANDA NÃO SÃO COMUNS.**

Com efeito, de forma a evitar a frustração do processo licitatório sob análise e adequando-se aos preceitos da Lei de Licitações, devem ser sanadas tais impropriedades uma vez que um objeto que envolve expressamente a prestação de serviços técnicos especializados não pode ser licitada por meio de Pregão.

Como já demonstrado, os serviços que se pretendem são técnicos especializados, ou seja, exige-se de modo incontestável uma demanda intelectual diferenciada na sua execução, com exigências de profissionais especializados e uma extensa lista de obrigações, dentre centenas de outras exigências técnicas.

Como se não bastasse, de acordo com o edital, é prevista a execução de SERVIÇOS DE CUSTOMIZAÇÃO, sem, no entanto, se especificar adequadamente no que consistirá tal atividade, a qual é conhecidamente complexa e de alto custo logístico e profissional. **Pode um edital inserir a previsão futura de um serviço sem sequer descrever suas condições, prazos, quantidades e custos?**

E mais, **na medida em que o edital nada diz a respeito sobre o que seria a “customização” pretendida qualquer coisa poderá ser enquadrada neste conceito!** Fica claro que o termo de referência formulado se encontra incompleto e tecnicamente insuficiente. De acordo com o art. 8º do Decreto nº 3.555/2000:

“Art. 8º A fase preparatória do pregão observará as seguintes regras:[...]

II - o termo de referência é o documento que deverá conter elementos capazes de propiciar a avaliação do custo pela Administração, diante de orçamento detalhado, considerando os preços praticados no mercado, a definição dos métodos, a estratégia de suprimento e o prazo de execução do contrato;

iii - a autoridade competente ou, por delegação de competência, o ordenador de despesa ou, ainda, o agente encarregado da compra no âmbito da administração, deverá:

c) ESTABELEECER os critérios de aceitação das propostas, as exigências de habilitação, as sanções administrativas aplicáveis por inadimplemento e as cláusulas do contrato, INCLUSIVE COM FIXAÇÃO DOS PRAZOS E DAS DEMAIS CONDIÇÕES ESSENCIAIS PARA O FORNECIMENTO; e”

Como já verificado, o edital em comento deixa de apresentar informações que deveriam estar disponibilizadas a todos os licitantes de modo padronizado. O edital não dispõe especificamente suas necessidades, deixando a cargo do contratado tal tarefa, o que é um grande equívoco.

Tais fatores omissos fatalmente acarretarão na frustração do certame licitatório em epígrafe, até porque o objeto licitado não pode conter obscuridades ou imprecisões. Cumpre esclarecer que a manutenção do edital na forma em que se encontra afronta diretamente o disposto no §1º do art. 44 da Lei nº 8.666/93:

“§ 1º do art. 44 - É vedada a utilização de qualquer elemento, critério ou fator sigiloso, secreto, subjetivo ou reservado que possa ainda que indiretamente elidir o princípio da igualdade entre os licitantes.”

Por essa razão, deve o edital ser revisado, para que as informações acerca do que seria a “customização” estabelecida no Anexo VI, bem como seja excluída a possibilidade de inclusão ao contrato de objetos não previstos no edital, a bem do interesse público, do julgamento objetivo e da lisura do presente procedimento.

II.4. – Ausência de Critérios Objetivos de Julgamento – Análise dos Softwares Licitados

Observou-se, ainda, que o edital contestado prevê critérios contraditórios acerca da realização a análise mínima da amostra do objeto licitado para declaração do vencedor do certame.

Segundo o item 21, que trata da amostragem dos sistemas, o licitante deverá demonstrar atendimento aos requisitos do Anexo VI (Termo de Referência):

“21. DA AMOSTRAGEM DO(S) SISTEMA(S):

21.1. Da(s) licitante(s) vencedora(s), será exigida demonstração dos sistemas, a fim de aferir a compatibilidade dos mesmos com os requisitos do Anexo VI – Termo de referência deste edital.”

Já o item 21.5. estabelece, logo a seguir, que os citados requisitos técnico, para fins de aprovação, precisam apenas ser demonstrados por meio de telas dos sistemas, ou seja, não será necessário realizar qualquer simulação de funcionamento destas:

“21.5. As funcionalidades descritas acima deverão ser apenas demonstradas, bastando exibir em tela as interfaces necessárias para seu funcionamento, não sendo necessário fazer simulações, todavia, ao demonstrar uma funcionalidade, a licitante declara automaticamente que a mesma de fato funciona e atende as todas as exigências do Anexo VI, sob pena de posterior rescisão contratual e aplicação das sanções previstas neste edital e na Lei 8.666/1993.”

Desse modo, não haverá necessidade de uma demonstração efetiva da operação dos sistemas informatizados e das funcionalidades exigidas, não obstante, como já visto, os itens 21.9 e 21.11. preverem a desclassificação caso não atendidas tais exigências.

Daí se pergunta: como se realizar uma análise de softwares classificatória durante a licitação quando os referidos programas, como visto, não serão de fato avaliados? Como se conceder a aprovação de sistemas que sequer precisaram ser demonstrados em funcionamento?

Para piorar, os itens 2.5. e 2.6. do Anexo VI preveem em seu item 02 que o exame dessas funcionalidades será feito apenas no âmbito do contrato já assinado:

“02 - TOLERÂNCIA QUANTO A FUNCIONALIDADES EXIGIDAS NESTE TERMO E NÃO EXISTENTES NOS SISTEMAS OFERECIDOS

“2.5. Considerando que DURANTE O TREINAMENTO O SISTEMA SERÁ TOTALMENTE ESTUDADO PELOS USUÁRIOS, OCASIÃO EM QUE SE IDENTIFICARÁ A MAIORIA DAS FUNCIONALIDADES AUSENTES, E

CONSIDERANDO QUE NO MOMENTO AINDA ESTARÁ OCORRENDO A IMPLANTAÇÃO DOS SISTEMAS, ESPERA-SE QUE A LICITANTE DESENVOLVA TUDO O QUE FALTA NO INTERVALO DA IMPLANTAÇÃO E ENTREGUE O SISTEMA TOTALMENTE FUNCIONAL QUANDO A IMPLANTAÇÃO FOR FINALIZADA. SE ISSO NÃO OCORRER, APLICA-SE O PRAZO DO ITEM 2.3.

2.6. SE FOR IDENTIFICADA ALGUMA FUNCIONALIDADE AUSENTE AO LONGO DA VIGÊNCIA DO CONTRATO, aplica-se também o disposto no item 2.3.”

Enfim, embora haja uma previsão de avaliação de atendimento do licitante aos sistemas ofertados, inclusive com resultado de classificação ou não, percebe-se que, na realidade, a **mencionada análise não ocorrerá, bastando ao participante apresentar “telas” sem demonstrar os sistemas em funcionamento.** E mais, constata-se que **o próprio edital estabelece que a avaliação efetiva será feita no âmbito da contratação, o que é totalmente irregular!**

Diante disso, devem tais critérios de julgamento da avaliação de atendimento aos requisitos técnicos descritos no Anexo VI serem revistos para que o exame classificatório do objeto licitado se dê por meio da demonstração efetiva e em funcionamento dos sistemas informatizados ofertados pelo proponente, evitando-se o risco da Administração Pública adquirir *softwares* e serviços que não atendem ao disposto como mínimo pelo ato convocatório.

III - DO PEDIDO

Pelo exposto, espera a IMPUGNANTE o acolhimento e provimento da presente impugnação, a fim de que se corrijam os vícios detectados no Edital, fazendo-se valer então os princípios acima expostos e, na forma da lei.

**Nestes Termos,
Requer deferimento.
São Paulo, 10 de julho de 2019.**

CLEBERSON CORREA CONSULTORIA E PLANEJAMENTO-ME

Representante Legal: Cleberson Correa
CPF 260.558.048-24
