

ILUSTRÍSSIMO SENHOR PREGOEIRO DA LICITAÇÃO SOB A MODALIDADE PREGÃO PRESENCIAL Nº 001/2021 - DO MUNICÍPIO DE UNISTALDA - RS

DO OBJETO: Constitui objeto da presente licitação a contratação de empresa especializada, visando o fornecimento de serviços e soluções para aprimorar boas práticas de gestão pública e governança, com sistemas que atendam as necessidades dos cidadãos e exigências legais de prestação de contas, mantendo uma conversão total dos dados históricos, implantação com aderência e modelagem dos processos internos, capacitação e treinamento aos usuários, assim como acompanhamento assistido in loco, conforme especificações constantes do Anexo I deste Edital.

PARA CADA ATO REQUERIDO NESTA IMPUGNAÇÃO QUE PORVENTURA NÃO SEJA REFORMADO/ANULADO SE FAZ NECESSÁRIA A DEMONSTRAÇÃO DOS SEUS REQUISITOS MOTIVADORES. ESTES JÁ AMANADOS NA FASE INTERNA DA PRESENTE LICITAÇÃO (pede-se cópia numerada dos autos do processo licitatório que ilustram tais medidas), TUDO EM NOME DOS PRINCÍPIOS DA EFICIÊNCIA, EFICÁCIA, MORALIDADE, ECONOMICIDADE E LIVRE CONCORRÊNCIA. Grifos nossos!

DELTA SOLUÇÕES EM INFORMÁTICA LTDA., pessoa jurídica de direito privado inscrita no CNPJ sob o nº 03.703.992/0001-01, com sede em Porto Alegre/RS, na Av. Lageado, nº 1212, 10º andar, Bairro Petrópolis, CEP 90460-110, endereço eletrônico: comercial@deltainf.com.br, vem, respeitosamente, por seu representante legal, Sr. Jorge Luis Inocente Prado, Consultor Comercial, inscrito no CPF sob o nº 983.477.800-72 e Cédula de Identidade 4079497352, perante Vossa Senhoria, com fulcro no art. 24, caput, do Decreto nº 10.024 de 2019, **APRESENTAR IMPUGNAÇÃO AO EDITAL** em referência, pelos fatos e fundamentos a seguir expostos:

I) DO OBJETO DA PRESENTE IMPUGNAÇÃO

A Impugnante pretende participar do Processo Licitatório em epígrafe, apresentado na modalidade **PREGÃO PRESENCIAL**, do tipo **MENOR PREÇO GLOBAL PELO LOTE ÚNICO**, a ser realizado no dia **04/02/2021, às 08h e 30 minutos.**

Destaca-se que a Impugnante ao analisar o edital e seus anexos constatou a existência de ilegalidades e inconsistências que violam frontalmente a Constituição Federal, a Lei nº 8.666/93, o Decreto nº 10.024 de 2019, Decreto nº 3.555, de 2000, Jurisprudências e Princípios Constitucionais, ainda, dificultando e cerceando a participação de licitantes, além de não retratar economicidade e segurança a Administração Pública.

Dessa forma é imperiosa a Impugnação, de modo que seja anulado o presente Edital, e providenciada sua retificação, conforme os termos exigidos em lei.

Passa-se à exposição dos fundamentos que justificam a presente medida.

II) DA TEMPESTIVIDADE DA MEDIDA

Estabelece o art. 12, caput, do Decreto nº 3.555/2000, que regulamenta a modalidade Pregão, a possibilidade de apresentação de Impugnação aos termos do Edital até o segundo dia útil antes da data fixada para recebimento das propostas. Este é o teor do referido artigo:

“Art. 12 - Até dois dias úteis antes da data fixada para recebimento das propostas, qualquer pessoa poderá solicitar esclarecimentos, providências ou impugnar o ato convocatório do pregão.”

§1º. Caberá ao pregoeiro decidir sobre a petição no prazo de vinte e quatro horas.

§2º. Acolhida a petição contra o ato convocatório, será designada nova data para a realização do certame.”

Haja vista a realização da abertura de propostas do Pregão Presencial estar agendada para o dia **04/02/2021**, quinta-feira, o prazo para apresentação da presente Impugnação esgota-se em **02/02/2021**, terça-feira, sendo, portanto, tempestiva a presente medida.

III) DA OBRIGATORIEDADE DA ADMINISTRAÇÃO EM PRESTAR RESPOSTA A IMPUGNAÇÃO PROPOSTA

O que se verifica a partir do parágrafo 1º, art. nº. 12 do Decreto Federal que regulamenta a modalidade de Pregão, é que a resposta aos pedidos de impugnação deve ser fornecida no prazo de 24 horas a partir do pedido de esclarecimentos ou impugnação, *in verbis*:

"art. n.º. 12 – Até dois dias úteis antes da data fixada para recebimento das propostas, qualquer pessoa poderá solicitar esclarecimentos, providências ou impugnar o ato convocatório do pregão.

Parágrafo primeiro – Caberá ao pregoeiro decidir sobre a petição no prazo de vinte e quatro horas.

Parágrafo segundo – Acolhida a petição contra o ato convocatório, *será designada nova data para a realização do certame*".

Também cabe destacar recente decisão do nosso judiciário acerca de mesma matéria:

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 5000435-21.2020.8.21.0035/RS
IMPETRANTE: I P TECNOLOGIA E INFORMÁTICA LTDA. IMPETRADO:
PREFEITO - MUNICÍPIO DE SAPUCAIA DO SUL - SAPUCAIA DO SUL
DESPACHO/DECISÃO I. Trata-se de mandado de segurança impetrado por
I P TECNOLOGIA E INFORMÁTICA LTDA em desfavor do Prefeito -
MUNICÍPIO DE SAPUCAIA DO SUL - Sapucaia do Sul, sob fundamento de
ilegalidade em procedimento licitatório. Aduz que **impugnou
tempestivamente pontos do edital de Concorrência Pública nº 02/2019,
porém até a presente data não houve resposta pelo impetrado.** Imputou
à autoridade coatora conduta que viola o disposto na Lei 8.666/93, pugnando,
ao final, pela concessão de medida liminar para suspensão da licitação até
julgamento final do mandado de segurança. II. O art. 41, §2º, da Lei 8.666/93
prevê ao licitante, no caso de concorrência, a possibilidade de impugnação
do edital até o segundo dia útil anterior à abertura dos envelopes de
habilitação; no caso dos autos, estava prevista a abertura dos envelopes no
dia 04/02/2020, sendo o prazo limite para impugnação, segundo disposição
legal, o dia 31/01/2020; o impetrante comprovou o protocolo de sua
impugnação na data de 24/01/2020 (documento 08), sendo, portanto,
tempestiva. **O fato de até a presente data não ter havido resposta do
impetrado configura ilegalidade, pois não permite à impetrante efetuar
proposta compatível com o objeto da licitação, uma vez que não
esclarece os pontos impugnados. Além disso, a conduta do impetrado
acaba violando a isonomia que deve pautar todo o procedimento
licitatório, pois sua omissão não permite aos licitantes concorrerem em
condição de igualdade.** III. Assim, **acolho o pedido da impetrante para
determinar, em caráter liminar, a SUSPENSÃO da concorrência pública
do edital nº 02/2019 do Município de Sapucaia do Sul, até julgamento
final da presente ação.** Intimem-se. IV. Notifique-se a autoridade apontada
como coatora para, no prazo de 10 (dez) dias, prestar informações. V. Dê-se
ciência do feito ao órgão de representação judicial da pessoa jurídica
interessada, enviando-lhe cópia da inicial sem documentos, para que,
querendo, ingresse na ação. 31/08/2020 Documento:10001346032
https://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/visualiza_documento.php?Numero_Processo=50004352120208210035&fase=5&documento=12/2 000435-

21.2020.8.21.0035 10001346032.V6 VI. Após, dê-se vista ao Ministério Público. VII. Por fim, voltem os autos conclusos para sentença.

Quanto aos requisitos do ato discricionário, subsídio que por vezes é utilizado pela Administração Pública com fito de amparar ilegalidades, faz se importante trazer à baila o atual posicionamento do judiciário acerca dos atos pautados na discricionariedade administrativa, o que o faz, sem ferir, é claro, a autonomia dos Poderes, onde avalia e anula atos que se mostram ausente os requisitos motivadores.

Di Pietro assim refere:

"há situações que o Poder Judiciário, mesmo diante de um ato discricionário, poderá invalidá-lo, se observar que o ato não foi praticado de acordo com valores morais do administrador, mas em dissonância com os valores da própria sociedade e com os limites estabelecidos pelo ordenamento jurídico (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2012 p.226.)"

Desta forma, dir-se-á que o Judiciário pode anular atos administrativos discricionários fundados: na inexistência de motivo, insuficiência de motivo, inadequabilidade de motivo, incompatibilidade de motivo, desproporcionalidade de motivo, impossibilidade de objeto, desconformidade de objeto e insuficiência de objeto, apenas controlando os limites objetivos do ato discricionário

Atento à tendência doutrinária moderna, o STJ tem redesenhado o entendimento da matéria:

"ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – OBRAS DE RECUPERAÇÃO EM PROL DO MEIO AMBIENTE – ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO. 1. Na atualidade, a Administração pública está submetida ao império da lei, inclusive quanto à conveniência e oportunidade do ato administrativo. (...) 3. O Poder Judiciário não mais se limita a examinar os aspectos extrínsecos da administração, pois pode analisar, ainda, as razões de conveniência e oportunidade, uma vez que essas razões devem observar critérios de moralidade e razoabilidade. 5. Recurso especial provido." (STJ, SEGUNDA TURMA, Resp. 429570 / GO; Rel. Min. ELIANA CALMON, DJ 22.03.2004 p. 277 RSTJ vol. 187 p. 219)

Conclui-se que a motivação, portanto, também constitui parâmetro para o controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário. A ausência da necessária motivação, tanto quanto o

vício de finalidade ou causa determinante, configura ilegalidade, passível de controle jurisdicional, tudo como forma de assegurar que as garantias conferidas pelo Estado democrático de direito sejam respeitadas, tudo em prol das liberdades civis, ou seja, o respeito pelos direitos humanos e pelas garantias fundamentais, através do estabelecimento da proteção jurídica.

Requer-se que sejam reformados os atos relacionados abaixo, e, se assim o Sr. Pregoeiro não entender, que a motivação de sua permanência seja levada a público de forma pormenorizada (grifos nossos)

IV) DAS IRREGULARIDADES

A) ERRÔNEA CLASSIFICAÇÃO DE BENS E SERVIÇOS COMUNS – AUSÊNCIA DA PROVA DE CONCEITO (Poc) - DEMONSTRAÇÃO DOS SISTEMAS ATRVÉS DA APRESENTAÇÃO DOS ATESTADOS DE CAPACIDADE TÉCNICA

Primeiramente se faz importante salientar que o objeto a ser contratado neste certame se trata de locação de sistemas de informática – software de Gestão Municipal Personalizado.

Voltando a classificação de **serviços comuns**, estes são produtos **cuja escolha pode ser feita tão somente com base nos preços ofertados**, haja vista **serem comparáveis entre si e não necessitem de avaliação minuciosa**. São encontrados facilmente no mercado.

São **exemplos de bens comuns**: canetas, lápis, borrachas, papéis, mesas, cadeiras, veículos, aparelhos de ar refrigerado etc. e de execução de serviços: confecção de chaves, manutenção de veículos, colocação de piso, troca de azulejos, pintura de paredes etc.

O bem ou serviço será comum quando for possível estabelecer, para efeito de julgamento das propostas, mediante especificações utilizadas no mercado, padrões de qualidade e desempenho peculiares ao objeto.

O legislador procurou, por meio de uma lista anexada ao **Decreto nº 3.555, de 2000**, definir os bens ou serviços de natureza comum, no entanto, essa lista foi considerada meramente exemplificativa, em razão da impossibilidade de se listar tudo que é comum.

Cabe agora lembrarmos que, sistemas de Gestão são os responsáveis pelo processamento de dados do Município, intermediários das atividades essenciais e indispensáveis ao atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, assim entendidas as que, não atendidas, coloquem em perigo iminente a sobrevivência, a saúde ou a segurança da população.

Agora vamos estabelecer a diferença entre softwares personalizados e de prateleira:

Um software personalizado é uma solução desenvolvida para necessidades específicas. Ele é criado de forma única diante dos requisitos apontados pelo contratante. Por causa disso, irá atuar de forma pontual de acordo com as exigências da Contratante.

O software de prateleira foca em soluções comuns ao mercado. Esse tipo pode ser adquirido por qualquer Contratante que se adapte ao que é oferecido pelo programa. É um tipo de software mais genérico e generalista, cujo a intenção é alcançar o maior número de consumidores. Além disso, não oferece tanta especificidade nas resoluções dos problemas.

Segundo o Superior Tribunal de Justiça STJ – ao julgar o RECURSO ESPECIAL: RESp 1641775 SP 2016/0306215-3, o software comercial “de prateleira” afasta pagamento de direitos autorais/royalties.

Já o Tribunal Regional Federal da 4ª Região TRF-4 – no julgamento da APELAÇÃO CÍVEL: AC 5034477-06.2010.404.7100 RS 5034477-06.2010.404.7100, refere software de prateleira como cópias múltiplas.

Já na Apelação Cível AC 10024150001972001 MG (TJ-MG), que discutia matéria Tributária, veja o que o legislador destacou:

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL - MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO - TRIBUTÁRIO - ISSQN - LICENCIAMENTO OU CESSÃO DE DIREITO - SOFTWARE "DE PRATELEIRA" - NÃO INCIDÊNCIA DO TRIBUTO - NATUREZA DE MERCADORIA - PROVA DOS AUTOS - NÃO COMPROVAÇÃO DE QUE OS SOFTWARES NÃO SÃO PERSONALIZADOS - SEGURANÇA

DENEGADA - RECURSO NÃO PROVIDO. 1- Segundo entendimento jurisprudencial, constitui prestação de serviços sujeita à incidência de ISSQN o fornecimento de programas de computador (softwares) desenvolvidos de forma personalizada para o consumidor; por outro lado, os softwares de prateleira são considerados mercadorias, pois constituem comercialização despessoalizada de programas de terceiros, incidindo apenas o ICMS (Precedentes do STF).

O Sistema de Gestão Pública a ser adquirido nesta licitação, trata-se nada menos que software desenvolvido de forma personalizada, imprescindível que suas condições sejam antevistas pela Contratante (grifos nossos).

Observar-se que alguns bens não podem ser considerados comuns, como é o caso de software de alta complexidade desenvolvido em exclusividade para um único órgão público, não tendo utilidade para outros órgãos ou entidades. **Este software é considerado como incomum/personalizado (grifos nossos).**

E, o TCU para complementar a magnitude e importância de ante prever dissabores nas contratações de softwares personalizados reconhece que “necessária nas licitações para contratação de solução de tecnologia da informação **a exigência de prova de conceito para verificar se o proposto pelo licitante atende as exigências do edital.** Exigência também integrante do Acórdão 1113/2009 – TCU – Plenário, e sustentado na nota técnica 4/2009-Setfi/TCU.

Uma Prova de Conceito (PoC) é a demonstração cujo objetivo é verificar se certos conceitos ou teorias tem potencial para aplicações no mundo real. Portanto a (PoC) é a evidência documentada de que um produto ou serviço pode ser bem sucedido.

A **Instrução Normativa 04/14**, e a **Instrução Normativa 02/15, art. 2º, XXV**, editada pela **Secretaria de Logística e tecnologia da Informação (SLTI) do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG)**, que dispõe sobre o processo de contratação de Soluções de Tecnologia da Informação pelos Órgãos integrantes do Sistema de Administração dos Recursos de Informação e Informática – Do poder Executivo Federal, conceitua a Prova de Conceito da seguinte forma:

“Prova de Conceito: amostra a ser fornecida pelo licitante classificado provisoriamente em primeiro lugar para realização dos testes necessários à verificação do atendimento às especificações técnicas definidas no Termo de Referência ou Projeto Básico;”

A realização da prova de conceito, fundada em critérios de conveniência e oportunidade, se fundamenta no dever legal do Gestor, também como já referido, resta previsto no **art. 30, art. 43, IV, da Lei nº 8.666/1993**, que deve ser utilizado subsidiariamente na modalidade Pregão Presencial, e diretamente na aplicação do **art. 9º, da Lei n. 10.520/2002.**

Isso, sem mencionar a **prerrogativa discricionária, prevista no art. 43, §1º, da Lei n. 8.666/1993, “a promoção de diligência destinada a esclarecer ou a complementar a instrução do processo, vedada a inclusão posterior de documento ou informação que deveria constar originariamente da proposta”.**

Portanto é legal, usual e necessária nas licitações para contratação de solução de tecnologia da informação a exigência de prova de conceito para verificar se o proposto pelo licitante atende as exigências do edital.

Importante ressaltar que **a prova de conceito é questão atinente ao produto que está sendo ofertado, não à empresa, e, portanto, é item classificatório.** A prova de conceito só deve ser exigida do licitante que estiver classificado provisoriamente em primeiro lugar. Essa é a orientação do **Tribunal de Contas da União, Acórdão 2.763/2013 – Plenário.**

Com efeito, sabe-se que ao Estado (sentido lato), enquanto ente soberano é atribuído uma função inescapável: a busca incondicional do atendimento ao interesse público. Para tanto, ao Estado é atribuído uma série de poderes e deveres que devem ser utilizados sempre que o interesse da coletividade assim o demandar.

Tais atribuições e poderes decorrem de um plexo normativo, típicos da atividade administrativa do Estado, que consubstanciam o conhecido “regime jurídico-administrativo”.

Segundo a tradicional doutrina administrativista, esse regime se divide em dois “grandes” princípios norteadores: (i) a supremacia do interesse público sobre o privado e (ii) a indisponibilidade, pela Administração Pública, dos interesses públicos. O segundo princípio (indisponibilidade do interesse público) implica na obrigação de a Administração sempre buscar o interesse público e de adotar condutas que visem resguardá-lo, dentre eles, obrigações de prestação de contas, a necessidade de realização de concurso público e, no caso, a obrigação de **adotar o procedimento licitatório como condição para efetuar contratações.**

A licitação pública é um procedimento obrigatório, ressalvado casos expressamente descritos em lei, pois tem como um dos objetivos tentar **obter a proposta mais vantajosa para a Administração Pública** (princípio da indisponibilidade, pela Administração, do interesse público).

No caso, **A PROPOSTA MAIS VANTAJOSA NÃO É SOMENTE AQUELA QUE POSSUA O MENOR PREÇO, MAS SIM, AQUELA QUE, COMPROVADO O ATENDIMENTO AOS REQUISITOS TÉCNICOS DA CONTRATAÇÃO, POSSUA O MENOR PREÇO.** Por isso, o gestor deve buscar mecanismos para tentar prezar-se pela qualidade e eficiência da contratação.

Nesse sentido, de acordo com **o TCU (Acórdão nº 1.215/2009 – TCU – Plenário): “é recorrente o problema de entrega de bens e suprimentos de TI de qualidade duvidosa ou inservíveis para a Administração, considerando apenas a utilização unicamente do critério do menor preço”. POR ISSO, É INEGÁVEL QUE A PROVA DE CONCEITO É UMA MEDIDA ESSENCIAL DE QUE DISPÕE O GESTOR PARA ASSEGURAR A EFICÁCIA DA CONTRATAÇÃO. (GRIFOS NOSSOS)**

É totalmente temerária e prejudicial aos interesses da Administração deixar para fazer essa verificação de adequação técnica, especialmente quando o escopo é o fornecimento de soluções de TI. Isso, porque demandará muito mais tempo, esforço e oneração financeira a realização de

aplicação de penalidades, rescisão e realização de nova licitação, para suprir a necessidade da Administração.

Diferentemente do que prevê o Edital em sua página 26 e 27:

[...] “ estabelece-se como comprovação hábil a demonstrar atendimento ao objeto licitado a demonstração da experiência do licitante na execução de atividade similar por meio de atestados de capacidade técnica compatíveis com o objeto licitado em características, quantidades e prazos, nos termos do art. 30 da Lei 8.666/93.

[...]

“ Ainda, de acordo com a Lei 10.520/2002 no Pregão o critério de julgamento é o menor preço, já que são licitados bens e serviços comuns, o que dispensa a realização de uma fase de demonstração técnica, a qual, inclusive, sequer existe no âmbito do procedimento definido em lei.

Logo, por se tratarem de padrões qualidade existentes no mercado, aspectos comumente encontrados em produtos dessa espécie disponibilizados no mercado, a comprovação satisfatória de atendimento ao objeto licitado será certificada na presente licitação por meio da efetiva comprovação da capacidade técnica na fase de habilitação, evidentemente, sem desprezar o compromisso do licitante vencedor, caso contratado, em entregar o objeto na forma e nas condições previstas em edital sob pena de restar incurso nas penalidades administrativas cabíveis.”

Com efeito, **DE NÃO VERIFICAÇÃO VAI PELA CONTRAMÃO DO FUNDAMENTO DA LICITAÇÃO** (economicidade, eficiência, bom uso de dinheiro público), de se buscar a proposta mais vantajosa, já que o saneamento da irregularidade irá demandar longos e imprevisíveis atrasos, aumentando muito os custos com a pretendida execução do objeto contratual. Desta forma recomenda-se o uso da Prova de Conceito (PoC) como meio de verificação da ferramenta de Gestão a ser contratada, o que **ESTRANHAMENTE ESTE INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO NÃO PREVÊ**, inviabilizando o completo aferimento dos serviços frente as necessidades do Município de Unistalda **e fortalecendo este argumento, é possível verificar que um sistema de tecnologia específico seja aferido através apenas de um atestado de capacidade técnica, sem a realização da Prova de Conceito?**

Sabe-se que o atestado de qualificação técnica é apenas para aferir a experiência da empresa em quantidade e prazos com o objeto da licitação. Por si só, não comprovam o

desempenho da ferramenta e não possui o condão de verificar se o sistema atende à necessidade tecnológica do Município.

V – CONCLUSÃO

Diante das falhas e ilegalidades apontadas nesta Impugnação, que violam disposições da Lei nº 8.666/1993, do Decreto nº 10.024 de 2019, Decreto nº 3.555, de 2000, da Lei 9784/99, bem como o entendimento do Tribunal de Contas da União e Princípios Constitucionais fundamentais, impõe-se a anulação do Instrumento Convocatório em comento.

Salientamos, no silêncio desta Prefeitura, as razões aqui expostas merecerão ser apreciadas e submetidas ao crivo e implicações expostas pelos Órgão Controladores, bem como, pelo Poder Judiciário.

É seguro e unanime afirmar que, na ausência de correção destes apontamentos, o resultado desta licitação poderá colocar em perigo o funcionamento de todo o Município.

Ante o exposto, **REQUER** a Impugnante:

- a) a anulação do Edital do Pregão Eletrônico nº 001/2021 ou;
- b) a reforma integral dos itens atacados no presente recurso ou;
- c) a se a opção desta Prefeitura for pela manutenção dos atos tidos como ilegais, que haja a explanação individual fundamentada e,
- c) a designação de nova data para o certame;

Porto Alegre, em 28 de Janeiro de 2021

Delta Soluções em Informática Ltda.
CNPJ: 03.703.992/0001-01
Sr. Jorge Prado – Consultor Comercial
CPF: 983.477.800-72
Cédula de Identidade: 4079497352

