

ILUSTRÍSSIMO SENHOR PREGOEIRO DA LICITAÇÃO SOB A MODALIDADE PREGÃO ELETRÔNICO Nº 085/2020 - DO MUNICÍPIO DE PALMEIRA DAS MISSÕES - RS

O objeto da presente licitação é a escolha da proposta mais vantajosa para Contratação de Empresa especializada para fornecimento de sistema informatizado de gestão pública, incluindo ainda serviços de instalação, migração de dados, treinamento, implantação, manutenção, garantia de atualização legal, atualização tecnológica e suporte, conforme condições, quantitativos e especificações constantes no instrumento convocatório, no Termo de Referência – Anexo e demais Anexos, visando suprir as necessidades da Sede Administrativa e das Secretarias do Município de Palmeira das Missões/RS e do FAPS – Fundo de Aposentadoria e Pensão do Servidor Público de Palmeira das Missões/RS

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. Lucimar Carboni, Consultor Comercial, inscrito no CPF sob o nº 832.209.170-20 e Cédula de Identidade: 4061348282 – SSP/RS, 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 ELETRÔNICO**, do tipo **MENOR PREÇO POR LOTE – LOTE ÚNICO**, a ser realizado no dia **20/10/2020, às 09h e 00 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. 24, caput, do Decreto nº 10.024/2019, que regulamenta a modalidade Pregão Eletrônico, a possibilidade de apresentação de Impugnação aos termos do Edital **até o terceiro dia útil antes da data fixada para recebimento das propostas**. Este é o teor do referido artigo:

Art. 24. Qualquer pessoa poderá impugnar os termos do edital do pregão, por meio eletrônico, na forma prevista no edital, até três dias úteis anteriores à data fixada para abertura da sessão pública.

Haja vista a realização da abertura de propostas do Pregão Eletrônico estar agendada para o dia **20/10/2020** terça-feira, o prazo para apresentação da presente Impugnação esgota-se em **15/10/2020** quinta-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. nº. 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) DOS ITEM QUE NECESSITAM DE REFORMA – DOS FUNDAMENTOS QUE AMPARAM

a) DA ERRÔNEA ESCOLHA DA MODALIDADE ELETRÔNICA PARA CONDUÇÃO DO PROCESSO LICITATÓRIO.

Iniciamos recordando o que diz o art. 5º do Decreto nº.10.024 de 2019, onde estabelece os requisitos para a adoção da modalidade de Pregão Eletrônico, com a seguinte redação: **“O pregão, na forma eletrônica, será realizado *quando a disputa pelo fornecimento de bens ou pela contratação de serviços comuns, ocorrer à distância e em sessão pública, por meio do Sistema de Compras do Governo federal, disponível no endereço eletrônico www.comprasgovernamentais.gov.br.*”**

O artigo 3º do mesmo Decreto em seus incisos II e III esclarece o que seriam os tidos serviços comuns e os diferencia dos bens e serviços especiais, assim os distinguindo:

II - BENS E SERVIÇOS COMUNS - BENS CUJOS PADRÕES DE DESEMPENHO E QUALIDADE POSSAM SER OBJETIVAMENTE

DEFINIDOS PELO EDITAL, POR MEIO DE ESPECIFICAÇÕES RECONHECIDAS E USUAIS DO MERCADO;

III - BENS E SERVIÇOS ESPECIAIS - BENS QUE, POR SUA ALTA HETEROGENEIDADE OU COMPLEXIDADE TÉCNICA, não podem ser considerados bens e serviços comuns, nos termos do inciso II;

Já o artigo 4º do mesmo Decreto explicita:

ART. 4º O PREGÃO, NA FORMA ELETRÔNICA, NÃO SE APLICA A:

I - contratações de obras;

II - locações imobiliárias e alienações; e

III - BENS E SERVIÇOS ESPECIAIS, INCLUÍDOS OS SERVIÇOS DE ENGENHARIA ENQUADRADOS NO DISPOSTO NO INCISO III DO CAPUT DO ART. 3º.

Continuando, 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 necessitarem 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.

Portanto, 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, os sistemas de Gestão aqui licitados, 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, colocam em perigo iminente a sobrevivência, a saúde ou a segurança da população.

Agora vamos estabelecer a diferença entre softwares personalizados (especiais) e de prateleira (comuns):

Um software personalizado é uma solução desenvolvida para necessidades específicas. Ele é criado de forma única diante dos requisitos apontados pelo 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.

Resumindo: Software personalizado deve atender as exigências específicas da contratante, já o software de prateleira, deve a contratante se adaptar ao que está sendo ofertado pelo programa.

VEJA QUE RESTA CRISTALINO IDENTIFICAR EM QUAL CATEGORIA RESTARIAM INSERIDOS OS SERVIÇOS DE TECNOLOGIA DE INFORMAÇÕES (Sistemas de Gestão Pública), ESTANDO ESTES POR SUA HETEROGENEIDADE E COMPLEXIDADE NA CATEGORIA DE SERVIÇOS ESPECIAIS.

Abaixo outros subsídios que amparam a qualificação que toma por especiais os sistemas licitados, defendida nesta impugnação:

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**. Contrariamente **o Software aqui licitado possui a proteção da Lei que regulamenta os direitos autorais.**

Já o Tribunal Regional Federal da 4ª Região TRF-4 – no julgamento da APELAÇÃO CIVEL: AC 5034477-06.2010.404.7100 RS 5034477-06.2010.404.7100, refere **software de prateleira como cópias múltiplas. Veja, para esta licitação há previsão de demonstração técnica justamente para verificação da compatibilidade do ofertado pela licitante ao almejado pela Administração, o que afasta completamente a possibilidade de haver Softwares de Gestão Pública idênticos.**

E no julgamento da Apelação Cível AC 10024150001972001 MG (TJ-MG), que discutia matéria semelhante mas de ordem 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 despersonalizada de programas de terceiros, incidindo apenas o ICMS (Precedentes do STF). Para os sistemas aqui licitados há claramente a incidência de ISS.**

Também faz-se necessário colacionar a esta impugnação o então recomendado pelo TCU, que, para prever dissabores nas contratações de softwares personalizados, fato que já tem-se por notório, ***“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 no Acórdão 1113/2009 – TCU – Plenário, e sustentado na nota técnica 4/2009- Sefti/TCU. (grifos nossos)

E no que confere a demonstração técnica, como bem exposto pelo TCU, o próprio instrumento convocatório PE nº 085/2020 reconhecendo a característica de personalização do objeto, assim dispõe: (grifos nossos).

1.5 Da indivisibilidade do objeto (pag 7):

1.5.1 Por se tratar de objeto singular e de complexidade tecnológica, onde as etapas de contratação de seus módulos são interdependentes, não se faz possível à atuação de mais de um fornecedor NO LOTE ÚNICO, devendo ser um único fornecedor capaz de entregar uma solução única.

9.18 Qualificação Técnica (pag 23)

Observação 1: O data center será de responsabilidade da contratada **em atenção à proteção da propriedade intelectual dos softwares ofertados**, por se tratar de sistemas em web (sem compilação).

Termo de Referência (pag 25)

3.6.DAS EXIGÊNCIAS RELACIONADAS AO AMBIENTE COMPUTACIONAL - 3.6.3. **Por se tratar de sistema de propriedade intelectual da CONTRATADA,** (...)

Vossa Senhoria nos dirá que a exigência de amostras resta prevista no supracitado instrumento convocatório, conforme demonstrado abaixo, ocorre que, a modalidade ali escolhida não comporta tal funcionalidade, conforme adiante veremos:

(...)

11 DOS RECURSOS (pag 26)

11.2.4 Decididos os recursos, ou decorrido o prazo sem que nenhum tenha sido interposto, e constatada a regularidade dos atos procedimentais, **o Pregoeiro dará início a fase de avaliação técnica dos sistemas ofertados pelos licitantes vencedores**, conforme estabelecido no item 11.2.5 deste edital e no Termo de Referência.

11.2.5 Para resguardo do excepcional interesse público, **evitando os transtornos e prejuízos causados por uma aquisição que não atenda às necessidades da Administração Pública**, logo após a fase de habilitação documental, será marcada sessão (ou quantas forem

necessárias), que deverá ocorrer no prazo de até 05 (cinco) dias corridos, **visando avaliar os sistemas ofertados pela proponente vencedora da fase de lances (vencedora provisória do LOTE ÚNICO) e se este atende as necessidades da Contratante**, podendo a avaliação se dar remotamente, caso tecnicamente viável.

Sr. Julgador a modalidade eletrônica aqui escolhida resta equivocada para tal contratação, por ser esta a modalidade **que configura integralmente o rito pela internet através do endereço eletrônico referido para participação, sua funcionalidade é dar celeridade as contratações de bens e serviços comuns, não cabendo nesta modalidade a adoção de amostras.**

Ao prever avaliação técnica neste certame, a Prefeitura de Palmeira das Missões tenta criar sessões em modalidade que não comporta tal funcionalidade. As etapas legais do Pregão Eletrônico, descritas no Decreto nº. 10024 de 2019 em seu art. 6º, são as seguintes: **Operação, etapa de lances, visualização de propostas, aceitação de propostas, habilitação de fornecedores, abertura/fechamento de prazo para o registro da intenção de recursos, juízo de admissibilidade, encerramento da sessão pública.**

Claramente não há previsão de amostras na modalidade de Pregão Eletrônico! **Nesta modalidade devem ser cumpridas especificadamente e tão somente as exigências documentais. Diferentemente das modalidades que devem ser utilizadas para as contratações de softwares personalizados, que além de abarcarem tais exigências, ainda dispõe de sessão para comprovação de atendimento de requisitos técnicos, por tratar-se de bem heterogêneo.**

Ainda informamos, mesmo com o advento do **novο Decreto que regulamenta tal modalidade, o pregão eletrônico** não é meio licitatório de uso obrigatório pela Administração Pública Municipal, **o art. 1º, §1º**, torna obrigatório o uso do pregão eletrônico pelos órgãos da Administração Pública Federal Direta, Autárquica, Fundacional e os Fundos Especiais.

Por não se tratar de norma regulamentadora geral, **os Estados e os Municípios, ao contrário da União, têm a faculdade de escolher entre o Pregão ou alguma das modalidades previstas na Lei nº 8.666/93.**

Sobre mesma matéria, temos as decisões do TJ/RS:

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. LICITAÇÃO E CONTRATO ADMINISTRATIVO. **AÇÃO POPULAR. MUNICÍPIO DE SAPUCAIA DO SUL. CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS DE INFORMÁTICA. PREGÃO ELETRÔNICO. IMPOSSIBILIDADE.** COMPLEXIDADE E ESPECIFICIDADE TÉCNICAS DO OBJETO DO CERTAME LICITATÓRIO. - PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA - Reconhecida a ilegitimidade passiva dos membros da equipe de apoio ao pregoeiro designado para o pregão. Atribuições limitadas à prática de atos materiais secundários e acessórios

ao desempenho do pregoeiro, a quem incumbe a condução do certame mediante a tomada de decisões no exercício do encargo que lhe fora confiado. - **MÉRITO - Edital licitatório que teve por objeto a contratação de serviços especializados de informática, com complexidade e especificidade técnicas restritivas, desgarrando-se da hipótese de contratação por pregão, prevista para a aquisição de bens e serviços comuns, considerados como aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais de mercado**, nos termos do art. 1º, §1º, da Lei nº 10.520/02. APELO DE JOSIANE HENSEL DO CANTO PROVIDO, PARA RECONHECER A SUA ILEGITIMIDADE PASSIVA. DECRETADA DE OFÍCIO A ILEGITIMIDADE PASSIVA DE LUÍS FERNANDO EINSFELD BARBOSA APELOS DOS DEMANDADOS LEMA SISTEMA DE COMPUTADORES LTDA. E MARCELO ANDRADE MACHADO DESPROVIDOS. (Apelação Cível, Nº 70061609541, Vigésima Segunda

Por tudo resta clara a obrigatoriedade de adoção por outra modalidade neste processo licitatório.

b) DA POSSIBILIDADE DA ADOÇÃO POR MODALIDADE PREGÃO PRESENCIAL - OPÇÃO MAIS ACERTADA.

De outra banda, sabe-se que, em licitações na modalidade **PREGÃO PRESENCIAL**, há subjetiva e subsidiária inserção de verificação de amostragem.

De forma geral a exigência e análise de amostra constitui procedimento altamente benéfico para a concretização de boas aquisições – sobretudo, quando o critério de avaliação é o menor preço. Apesar de tal determinação ser jurisprudencial e doutrinária, e da legislação não dispor explicitamente sobre a exigência de amostras na Lei 8.666/93, poderá ser embasada tal solicitação com fulcro no art. 43, incisos IV e V, in verbis:

Art. 43. A licitação será processada e julgada com observância dos seguintes procedimentos:

[...]

IV - verificação da conformidade de cada proposta com os requisitos do edital e, conforme o caso, com os preços correntes no mercado ou fixados por órgão oficial competente, ou ainda com os constantes do sistema de registro de preços, os quais deverão ser devidamente registrados na ata de julgamento, promovendo-se a desclassificação das propostas desconformes ou incompatíveis;

V - Julgamento e classificação das propostas de acordo com os critérios de avaliação constantes do edital; (grifos nossos)

Na legislação do Pregão (explicitamente presencial), Lei 10.520/02, poderá a exigência de amostra ser arriada no art. 4º, inciso XV, a saber:

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; (grifos nossos)

De qualquer forma, mesmo para aqueles que não vislumbrem no art. 4º, XV, da Lei do Pregão em sua forma Presencial autorização para a exigência de amostras, deverão, então, fundamentar a solicitação na Lei Geral de Licitações, art. 43, IV, primeira parte e V, em vista da aplicação subsidiária da Lei **8.666/93 a referida modalidade.**

Sabe-se que a natureza primária do Pregão é norteada pelo princípio da sumariedade, rapidez e economicidade, podendo-se interpretar que produzir exames acerca da qualidade significaria instaurar um contencioso que desaguaria necessariamente em delongas. Ocorre que, como forma de manter as características do Pregão em sua forma Presencial e dada a importância e essencialidade do objeto licitado, o momento correto para entrega e análise da amostra, seria antes da assinatura do contrato, ou seja, apenas o vencedor do certame estaria condicionado a tal obrigação, **prerrogativas da IN 02/15 do TCU.**

Outro ponto que merece consideração e ajuste por parte deste Município.

c) DA ILEGALIDADE INTRINSECA NA ESCOLHA PELA GAMA DE SISTEMAS LICITADOS

Para este tópico se faz importante chamarmos a atenção para os itens: sistemas licitados, ausência de cobertura contratual para grupo de sistemas não constante nesta licitação, previsão de dotação orçamentaria por Secretarias que não estão abarcadas neste certame, consideração de funcionalidade por sistema individual – encarecimento da contratação.

No atual certame estão sendo licitados os seguintes sistemas (pags 3 a 6):

- 4.1 Planejamento e Orçamento Municipal
- 4.2 Contabilidade Pública (Escrituração Contábil)
- 4.2 Tesouraria (Execução Financeira)
- 4.3 Pessoal Folha de Pagamento
- 4.4 Recursos Humanos (Vida Funcional, Atestados e Afastamentos, Estágio Probatório)
- 4.5 Gestão e execução de Compras e Licitações Integração com Processos Eletrônicos (BLL, Portal Compras Públicas, Banrisul e outros)
- 4.6 Gestão e Controle de Contratos
- 4.7 Gestão e Controle de Patrimônio
- 4.8 Gestão e Controle de Estoque (Almoxarifado)

- 4.9 Gestão e Controle de Frotas e Manutenção
- 4.10 Gestão de Processos da Procuradoria Municipal
- 4.11 Portal da Transparência (Lei Federal 12.527)
- 4.12 Portal de acesso a serviços Públicos (Emissão de Negativas, Emissão de Pagamento de Tributos, etc ...)
- 4.12 Portal do Servidor Público (Emissão de Folha de Pagamento, Emissão de relatórios financeiros e outros pertinentes a RH)
- 4.13 Protocolo / Processo Digital
- 4.14 Fiscalização
- 4.15 Simples Nacional
- 4.16 Livro Eletrônico (Escrita Fiscal Eletrônica)
- 4.17 ISS Bancos
- 4.18 Nota Fiscal Eletrônica de Serviços
- 4.19 Tributos (Serviços gerais de Arrecadação)
- 4.20 Receitas (Diversas, IPTU, ITBI, ISS, TAXAS)
- 4.21 Contribuição de Melhoria
- 4.22 Obras e Posturas
- 4.23 Dívida Ativa
- 4.24 Portal Gestor (Indicadores)

Se dispõe a Prefeitura de Palmeira das Missões a pagar o valor de R\$ 746.092,32 (setecentos e quarenta e seis mil e noventa e dois reais e trinta e dois centavos) anual.

18 DO PAGAMENTO E VALOR 18.5. O valor global estimado desta licitação é de R\$ 746.092,32 (setecentos e quarenta e seis mil e noventa e dois reais e trinta e dois centavos). (pag 33)

Atualmente a Administração de Palmeira das Missões se utiliza dos termos e sistemas relacionados no contrato nº 376/2014 e aditivos, oriundo do Processo licitatório – **modalidade concorrência Pública nº. 040/2013**. Nesta contratação a prestação de serviços versa sobre os seguintes sistemas:

- Estoque Contabilidade (p/ Prefeituras)
- Tesouraria (p/ prefeitura)
- Protestos Via Cartório
- Compras/Licitações
- Patrimônio
- Frotas
- Folha de Pagamento (p/ Prefeituras)
- Tributário (**) (IPTU, Dívida, Contribuição, ISQN, Alvará, taxas e Fiscalização)
- Educação - Módulo Secretaria
- Fly Protocolo
- Livro Eletrônico (Lançamento do ISS pelo contribuinte)
- Servidor Público
- Nota Fiscal Eletrônica

Folha de Pagamento (p/ Câmara / Fundo / Fundação / Autarquia / Samae)
Fly Transparência (p/Prefeitura)
Cidadão Web Tributos
Planejamento (PPA, LDO, LOA)
Contabilidade (P/ Fundo / Fundação / Autarquia / Instituto de Previdência / Samae)
Tesouraria (p/ Fundo, Fundação, Autarquia, Instituto e Samae)
Recursos Humanos (p/ Prefeituras)
Saúde Domiciliar
Fly Saúde
Fly Transparência (p/ Fundos)

Agora, segue comparativo dos sistemas licitados atualmente PE 085/2020 *versus* os sistemas em uso pela Prefeitura e Fundo FAPS Concorrência 040/2013, **onde é possível constatar que, de um sistema atualmente em uso, a Prefeitura o multiplicou, transformando funcionalidades em sistemas individuais:**

Atendido pelo Compras/Licitações - atualmente em uso Concorrência 040/2013

- 4.5 - Gestão e Execução de Compras e Licitações - Edital PE 085/2020
- 4.5 - Integração com Processos Eletrônicos - Edital PE 085/2020

Atendido pelo Livro Eletrônico (Lançamento do ISS pelo contribuinte) – atualmente em uso Concorrência 040/2013

- 4.14 – Fiscalização - Edital PE 085/2020
- 4.15 - Simples Nacional - Edital PE 085/2020
- 4.16 - Livro Eletrônico - Edital PE 085/2020
- 4.17 - ISS Bancos - Edital PE 085/2020

Como exemplo, com fito de chamar a atenção para o sobrepreço constante nesta licitação, listamos abaixo um dos exemplos que ilustram o direcionamento de verba pública em sistemas múltiplos, onde a funcionalidade poderia facilmente ser atendida por único sistema, o que atualmente o faz:

Atendidos pelo Tributário - atualmente paga mês R\$ 5.770,39/atualmente em uso Concorrência 040/2013

- 4.14 – Fiscalização (também atendido pelo Tributário) – se propõe a pagar mês R\$ 812,42 - Edital PE 085/2020
- 4.15 - Simples Nacional (também atendido pelo Tributário) – se propõe a pagar mês R\$ 190,00 - Edital PE 085/2020
- 4.19 - Tributos (Serviços gerais de Arrecadação) – se propõe a pagar mês R\$ 3.277,70- Edital PE 085/2020
- 4.20 - Receitas (Diversas, IPTU, ITBI, ISS, TAXAS) – se propõe a pagar mês R\$ 2.155,00- Edital PE 085/2020
- 4.21 - Contribuição de Melhoria – se propõe a pagar mês R\$ 190,00 - Edital PE 085/2020
- 4.22 - Obras e Posturas – se propõe a pagar mês R\$ 590,00- Edital PE 085/2020

4.23 - Dívida Ativa – se propõe a pagar mês R\$ 759,00 - Edital PE 085/2020

Dos itens 4.14 a 4.23 totaliza-se o montante mês de 7.974,12

Excede, portanto mês R\$ 2.203,73 do que atualmente paga para as funcionalidades em comparação ao que se propõe a pagar.

Todos os sistemas atualmente em uso pela Prefeitura e Fundo, poderiam tecnicamente ilustrar licitação sob a aquisição de aplicativos em tecnologia web, contemplando inclusive a integração total entre as ferramentas, segurança de dados, velocidade, perseguida. Tecnicamente não há fator que ampare o fracionamento de funcionalidades em sistemas únicos como o apresentado no supracitado Pregão.

E tão grave quanto o sobrepreço apresentado acima, temos a informação de que para os serviços de implantação na presente licitação PE 085/2020, se propõe a Prefeitura a pagar o valor de R\$ 159.780,00 (cento e cinquenta e nove mil setecentos e oitenta reais), quando no certame concorrência Pública nº. 040/2013 essa se propôs a pagar por toda a gama de sistemas (incluindo Administrativos, Fazenda Arrecadação, Contábil, Pessoal, Compras, Procuradoria, Geral, Saúde, Educação, Assistência Social) o valor de R\$ 170.000,00 (cento e setenta mil reais)

Na comparação acima para os serviços de implantação temos apenas a diferença de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), será que este seria o valor que contemplaria a complexidade dos serviços de implantação para sistemas de Educação, Saúde, Saúde Domiciliar e Assistência Social? Se faz necessário que a Prefeitura esclareça como fará a divisão do valor constante no PE 085/2020 por sistema, e o que o ampara.

Também a Prefeitura de Palmeira das Missões ao mesmo tempo que emprega sobrepreço a sistemas ao utilizar-se da prática de multiplicação de ferramentas, bem como, encarecendo serviços, acaba por não precificar e considerar o pagamento pelos serviços de manutenção do provimento de data center (trato sucessivo), serviços que carecem de contraprestação pecuniária sob pena de dificultar a execução das exigências editalícias, para este último resta claramente configurado o enriquecimento ilícito municipal.

Assim dispõe o Edital de Licitação (pag 23):

*9.18.1 Declaração formal de que, caso vencedor da licitação, **disponibilizará data center (próprio ou terceirizado) com capacidade de processamento (links, servidores, nobreaks, fontes alternativas de energia (grupo gerador), softwares de virtualização, segurança, sistema de climatização), para alocação dos sistemas objeto desta licitação, conforme orientações do termo de referência;***

*Observação 1: **O data center será de responsabilidade da contratada em atenção à proteção da propriedade intelectual dos softwares ofertados, por se tratar de sistemas em web (sem compilação).***

Mais um fato que chama a atenção refere-se aos Sistemas de Educação, Saúde e Assistência Social, que embora as Secretarias estejam contribuindo para a Dotação Orçamentária do presente certame, estranhamente não restam contemplados no Edital de Pregão Eletrônico nº. 085/2020.

2 DAS DOTAÇÕES ORÇAMENTÁRIAS (pag. 8 e 9)

(...)

Órgão 09 - Secretaria Municipal da Educação

Projeto/Atividade 2050 – Manutenção Atividades de Ensino - MDE (RV-20)

Despesa 33.3.90.40.06.00.00.00 – Locação de Software

(...)

Órgão 06 - Secretaria Municipal da Saúde

Projeto/Atividade 2400 – Manutenção Secretaria Municipal da Saúde (RV40)

Despesa 3.3.90.40.06.00.00.00 – Locação de Software

(...)

Órgão 08 - Secretaria Municipal de Assistência Social

Projeto/Atividade 2200 – Manutenção Atividades da Sec. Mun. de Assistência Social (RV-01)

Despesa 3.3.90.40.06.00.00.00 – Locação de Software

O que motiva o uso das dotações orçamentárias destas Secretarias sem a concreta licitação para locação dos respectivos sistemas de Gestão, e como será a manutenção dos serviços uma vez que o contrato de nº 376/2014 já resta em eminência de conclusão sem a previsão futura das atuais manutenções. Importantes Secretarias restarão em breve sem as suas ferramentas de Gestão.

E diante de tal ausência, **como será mantida a integração dos sistemas perseguida por esta Gestão Municipal** ilustrada em diversas passagens do Instrumento Convocatório e de seus anexos:

Edital (pag 7):

*“1.5.1 Por se tratar de **objeto singular e de complexidade tecnológica, onde as etapas de contratação de seus módulos são interdependentes, não se faz possível à atuação de mais de um fornecedor** NO LOTE ÚNICO, **devendo ser um único fornecedor capaz de entregar uma solução única.**”*

Termo de Referência (pag 7):

*“**O município pretende a contratação de um sistema de última geração e integrados, no intuito de proporcionar maior celeridade, reduzir o retrabalho (integração de módulos), dar maior transparência as ações de governo e gastos públicos e cumprir os propósitos Constitucionais e da Lei Orgânica do Município, que norteiam a administração pública municipal.**”*

Ao não contemplar no presente certame os sistemas Educação, Saúde e Assistência Social, a Prefeitura de Palmeira das Missões não considera a partir de conclusão de subjetividade de nova licitação, que o uso de banco de dados com origem diferente será inevitável.

Fator que não resta o mais adequado, devido à fatal incompatibilidade de tecnologia de diferentes empresas, com linguagens desconectas que acabarão por tornar a operacionalização morosa, onerosa e insegura, o que poderá comprometer a integridade de informações, e, para a integração completa dos dados como almeja o Município, será necessária à criação de ferramenta específica, o que demandará mais gastos.

Em exemplo usamos a almejada ferramenta de Portal da Transparência e Portal do Gestor, que, para completa e eficiente gestão e transparência de recursos deverão obrigatoriamente integrar-se com todas os aplicativos, de todas as Secretarias, a proposta inserida no Edital não possibilitará tal integração, ou, deverá o Município investir em Sistema Integrador para que seja possível compatibilizar todas as informações.

Necessário que seja realizada a integração de funcionalidades por sistemas únicos, que seja incorporada a esta licitação a contratação dos sistemas de Educação, Saúde e Assistência Social, com nova cotação de preços, e com a previsão dos serviços para manutenção da estrutura de data center.

Também se requer que esta Prefeitura traga a público os orçamentos que embasam o atual processo licitatório no número de três, bem como os fundamentos que motivam a divisão dos sistemas, informando a fonte de pesquisa que ampara o fracionamento, bem como os motivos que sustentam a adoção por processos licitatórios distintos, diverso do histórico deste município.

Necessário que seja justificado o valor que inevitavelmente será empregado com a realização de processos múltiplos, e o retrabalho que inevitavelmente será gerado aos servidores atuantes nas licitações desta Prefeitura.

Portanto mais um ponto que merece reforma.

d) DA AUSÊNCIA DE REALIZAÇÃO DE VISITA TÉCNICA, ENTENDIMENTO EDITALÍCIO NÃO AFETO AO REAL SIGNIFICADO DO INSTITUTO, DESCUMPRIMENTO AO ART. 30, III DA LEI 8.666/93 E INTERPRETAÇÃO AVESSA AOS JULGADOS DO TCU.

Não há exigência de Visita Técnica no Edital de Pregão Eletrônico nº 085/2020 da Prefeitura de Palmeira das Missões.

A Lei de Licitações autoriza que a Administração exija a realização de visita técnica pelo licitante como requisito de qualificação. Isso se afere a partir da leitura do art. 30, inciso III da Lei nº8.666/93, que assim dispõe: “a documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á: (...) III – comprovação, fornecida pelo órgão licitante, de que recebeu os

documentos, e, quando exigido, de que tomou conhecimento de todas as informações e das condições locais para o cumprimento das obrigações objeto da licitação”.

Acerca da finalidade da realização de visita técnica – também chamada de visita prévia – o **Tribunal de Contas da União, no Acórdão nº 4.968/2011** – Segunda Câmara, assim se manifestou:

“A visita de vistoria tem por objetivo dar à Entidade a certeza e a comprovação de que todos os licitantes conhecem integralmente o objeto da licitação e, via de consequência, que suas propostas de preços possam refletir com exatidão a sua plena execução, evitando-se futuras alegações de desconhecimento das características dos bens licitados, resguardando a Entidade de possíveis inexecuções contratuais. 11.1.3.2. Portanto, a finalidade da introdução da fase de vistoria prévia no edital é propiciar ao proponente o exame, a conferência e a constatação prévia de todos os detalhes e características técnicas do objeto, para que o mesmo tome conhecimento de tudo aquilo que possa, de alguma forma, influir sobre o custo, preparação da proposta e execução do objeto”.

Ainda o TCU em seus julgados ao contrário do que muitas empresas defendem e do entendimento deste Município, apenas solicita que a Contratante não restrinja indevidamente o caráter competitivo do certame, evitando “a exigência de que as **licitantes realizem visita técnica obrigatória em um único dia e horário**”. Esse é o raciocínio que se extrai do Acórdão nº 110/2012 – Plenário: **“de exigência para a realização de vistoria técnica em um único dia e horário, constitui-se em restrição à competitividade e ofensa ao disposto no art. 3º, caput, e §1º, inciso II, da Lei 8.666/1993, além de favorecer ajustes entre os potenciais competidores”.**

Desse modo, quando necessária a visita técnica, o TCU tem expedido determinações no sentido de que a Administração “estabeleça prazo adequado para a sua realização, tanto para evitar que os potenciais licitantes tomem conhecimento prévio do universo de concorrentes através de reunião no mesmo local e horário, como para assegurar que os possíveis interessados ainda contem, após a realização da visita, com tempo hábil para a finalização de suas propostas.”

Outro apontamento da Corte de Contas acerca da visita técnica referido no Acórdão nº 785/2012 – considera que: **“Em tese, não há óbices para que tal visita seja feita por profissional terceirizado pela empresa, sendo razoável, somente, exigir que ele possua conhecimento técnico suficiente para tal incumbência”.**

Portanto legal e cabível para esta contratação a realização de visita técnica, por toda a complexidade do objeto licitado, por necessidade prévia dos licitantes de conhecimento das estruturas de hardware e software a serem fornecidas pela Prefeitura, que influenciarão diretamente na evolução da Plataforma solicitada pela Contratante e ofertada pela contratada, o que retratará diretamente no desempenho do produto ofertado.

Resta muito claro que a Prefeitura de Palmeira das Missões não está preocupada em empregar eficiência tanto no certame quanto no serviço que posteriormente será prestado, e por enfatizamos que por longo período! (grifos nossos)

Repetimos o melhor preço e sempre o ofertado pelo produto que retratará eficiência, diferente disto estaria se empregando esforços por falsa economia!

Ponto que merece acolhimento.

d) DO DESCUMPRIMENTO EDITALÍCIO A LEGISLAÇÃO AO EXIGIR SEMELHANÇA EM QUANTIDADE NA APRESENTAÇÃO DOS ATESTADOS DE QUALIFICAÇÃO.

Mais uma irregularidade editalícia está inserida no instrumento convocatório, senão vejamos:

Edital (pag 23):

*9.18 Qualificação Técnica: 9.18.2 Apresentação de no mínimo 1 (um) atestado ou declaração de capacidade técnica, obrigatoriamente pertinente e compatível com o objeto desta licitação, expedido por entidade pública ou privada, usuária do serviço em questão, comprovando que a proponente implantou e/ou que mantém em funcionamento sistemas em nuvem obrigatoriamente, pertinente e compatível com o objeto da licitação, tendo como base obrigatória os eixos contabilidade, tributação e folha de pagamento além de comprovação de módulos similares aos solicitados no presente edital, **em condições, qualidade, características e quantidades com o objeto desta licitação.** Somente serão considerados válidos atestados com timbre da entidade expedidora e com identificação da razão social e CNPJ.*

Para o item acima importante repassar com mais afinco o que traduz o art. 30 da lei de licitações:

“Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a: (...)
(...)”

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

I – capacitação técnico-profissional: comprovação do licitante de possuir em seu quadro permanente, na data prevista para entrega da proposta, profissional de nível superior ou outro devidamente reconhecido pela entidade competente, detentor de atestado de responsabilidade técnica por execução de obra ou serviço de características semelhantes, limitadas estas exclusivamente às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação, **VEDADAS AS EXIGÊNCIAS DE QUANTIDADES MÍNIMAS OU PRAZOS MÁXIMOS;**” (grifos nossos)

Outro ponto que carece urgentemente de reforma, a manutenção desta exigência sugere flagrante desrespeito ao princípio da legalidade e da livre concorrência. Deve-se a atual licitação limitar-se as características inseridas no art.citado acima.

e) DA POSSIBILIDADE EDITALICIA DE FRACIONAR A APRESENTAÇÃO DE DEMONSTRAÇÃO DOS MÓDULOS E AS ATRIBUIÇÕES DO PREGOEIRO

Assim dispõe o Edital:

Item 11 (pag 28) - subitem 11.2.15 **“Para acelerar os trabalhos, a avaliação dos módulos poderá ser realizada concomitantemente, através da formalização de grupos de avaliação, compostos cada um por três servidores da área de trabalho afeta aos programas, sendo um grupo para cada módulo/conjunto de Programas.”**

Tal possibilidade não merece prosperar, sua manutenção invalidará todo o conjunto de apresentações.

Joel de Menezes Niebuhr explica:

“(...) o pregoeiro agrega praticamente as mesmas funções da comissão de licitação, tal qual disposta na Lei nº 8.666/93, no que tange às demais modalidades. A função dele – insista-se – é pôr em prática o edital, conduzindo a fase externa da licitação, recebendo documentos e propostas, procedendo ao julgamento, à classificação das propostas, à habilitação, recebendo os recursos e, se não os houver, adjudicando o objeto licitado ao vencedor.”

O Decreto 3.555/00 dispõe da seguinte forma as atribuições do pregoeiro:

“Art. 9º As atribuições do pregoeiro incluem:

I - o credenciamento dos interessados;

II - o recebimento dos envelopes das propostas de preços e da documentação de habilitação;

III - a abertura dos envelopes das propostas de preços, o seu exame e a classificação dos proponentes;

IV - a condução dos procedimentos relativos aos lances e à escolha da proposta ou do lance de menor preço;

V - a adjudicação da proposta de menor preço;

VI - a elaboração de ata;

VII - a condução dos trabalhos da equipe de apoio;

VIII - o recebimento, o exame e a decisão sobre recursos; e

IX - o encaminhamento do processo devidamente instruído, após a adjudicação, à autoridade superior, visando a homologação e a contratação.”

Na figura do pregoeiro estão concentradas, portanto, todas as atribuições conferidas à comissão de licitação. **É o único responsável pelas decisões a serem tomadas na sessão do Pregão.**

Esta é uma peculiaridade importante da modalidade. Nas outras modalidades, a responsabilidade é compartilhada entre presidente e membros da comissão.

Em razão da peculiaridade mencionada é que **não se pode falar em “comissão de pregão”**. Há **“pregoeiro”** e **“integrantes da equipe de apoio”**. **Não há órgão colegiado na modalidade e sim singular. As decisões são monocráticas, unicamente do pregoeiro. Ou seja, importantíssimo destacar que o pregoeiro é o único responsável pelas decisões tomadas durante a licitação sob a modalidade do Pregão,** PORTANTO AS SESSÕES DE DEMONSTRAÇÃO NÃO POSSUEM VALIDADE ALGUMA SE NÃO FOREM CONDUZIDAS PELO PREGOEIRO, AO CONTRÁRIO, TODOS OS ATOS EMANADOS NESTAS NÃO SERÃO POR PESSOA COMPETENTE – FLAGRANTE VICIO DE FORMA!

No caso em comento não poderá o Pregoeiro presidir sessão que não esteja presente, e resta impossível que este acompanhe as sessões concomitantes de demonstração, conforme assim requer este município.

f) DOS LIMITES LEGAIS A IMPOSIÇÃO DE MULTA CONTRATUAL E O CONTRASTE DA DETERMINAÇÃO CONSTANTE NO ITEM 19.1 “J” DO EDITAL DE PREGÃO ELETRÔNICO Nº 085/2020

Pelo Edital tem-se:

19 DAS SANÇÕES ADMINISTRATIVAS. (pag 33 a 35):
(...)

j) Multa pela prestação dos serviços em desacordo com o contratado que cause prejuízo, **ressarcimento na proporção de 200% (duzentos por cento)** dos prejuízos causados pelo erro de sistema, apurados pela administração municipal, mesmo que a falha tenha sido detectada após o vencimento do contrato;

Outro ponto que se mostra extremamente excessivo, uma vez que a legislação limita a imposição de multa cominatória nas seguintes proporções:

Art 412. Do Código Civil: **“O valor da cominação imposta na cláusula penal não pode exceder o da obrigação principal.”**

Já a Lei de Licitações (art. 58, incisos III e IV) possibilita a ampla fiscalização dos contratos administrativos e confirma a prerrogativa dos órgãos públicos de aplicar sanções sempre que observadas inexecuções contratuais. Contudo, quando se trata **de multas pecuniárias, não há previsão de índices específicos e limitação das penalidades, o que enseja a imposição**

unilateral de tais cláusulas contratuais pela Administração Pública, que muitas vezes age em dissonância com os direitos patrimoniais do particular na celebração da avença.

A bem ver, o art. 86 da Lei de Licitações reconhece o cabimento de multa contratual na hipótese de atraso no cumprimento das obrigações previamente estabelecidas, **entretanto, é fundamental que se atenda a finalidade da norma, que definitivamente não pretende prejudicar os particulares prestadores de serviços retirando a comutatividade da avença, muito menos captar proveitos econômicos ao Poder Público, e sim reprimir a mora contratual com percentuais de multa razoáveis e proporcionais ao inadimplemento verificado.**

Necessária para tal aplicação a observância da lesão causada ao ente público, do grau de culpa na conduta do agente e, principalmente, do interesse público, para a dosagem da sanção a ser estipulada, adequando-a à finalidade da norma e cumprindo os preceitos legais.

Nesta esteira, o objetivo legal para cláusula de penalidade moratória é apenas penalizar o contratado ou contratante pelo período de mora (de atraso), sendo que os padrões usuais aplicáveis aos contratos de prestação de serviços exigem multas sobre o valor mensal da parcela do serviço em atraso ou inadimplida, a ser apurada por hora ou fração, na proporção de 0,1% (baixa criticidade); 0,2% (média criticidade); ou 0,3% (alta criticidade), sendo em todos os casos, este tipo de penalidade **limitado até o percentual de 2% (dois por cento) até 10% (dez por cento) sobre o valor mensal da parcela do serviço em atraso, o que for aplicável e devido na época do inadimplemento.**

A limitação do percentual da penalidade moratória é respaldada na legislação do Código de Defesa do Consumidor o qual permite a aplicação de 2% (dois por cento), buscando tornar justa e adequada a aplicação de penalidade contratual. A limitação de 10% encontra fundamento na Lei de Usura, prevista no Decreto no. 22.626/33, art. 9º, que dispõe sobre a não validade da cláusula penal superior à importância de 10 % (dez por cento) da dívida (entenda-se também por obrigação contratual).

Além dos diplomas legais citados acima, acrescenta-se as disposições contidas no Código Civil, que por força do art. 54 da Lei de Licitações se aplicam subsidiariamente aos contratos administrativos. Dentre elas, destaca-se o art. 413, cuja redação é clara no sentido de permitir a redução da penalidade caso seja excessiva ou a obrigação principal e tiver sido cumprida em parte.

Mais um ponto que merece correção, com a adequação de todos os subitens contidos no item 19 do supracitado Pregão, pelas regras e limitações expostas acima, conferindo um a uma e determinando de forma justa a sanção pecuniária a ser aplicada, se for o caso.

g) DAS CLÁUSULAS CONSTANTES NO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO QUE POSSUEM O CONDÃO DE ANULAREM-SE.

Segue normas editalicias:

PARTICIPAÇÃO (pag 12): 4.15 Fica expressamente vedada pela administração a subcontratação

Contrasta com o Item 9.16.10 (pag 22) - A licitante melhor classificada deverá, também, apresentar a documentação de regularidade fiscal das microempresas e/ou empresas de pequeno porte que **serão subcontratadas no decorrer da execução do contrato**, ainda que exista alguma restrição, aplicando-se o prazo de regularização previsto no art. 4º, §1º do Decreto nº 8.538, de 2015.

Ponto que merece correção, com a manutenção da vedação de subcontratação pelos motivos já expostos nesta presente impugnação.

h) DAS ILEGAIS EXIGÊNCIAS CONSTANTES NO TERMO DE REFERÊNCIA E A FARTA SUGESTÃO DE DIRECIONAMENTO DO CERTAME

Ao observarmos o item 1.2.1. “A plataforma referente aos recursos funcionais de sistemas, que deve ser em Nuvem, ou seja em Data Center sob responsabilidade da empresa contratada. Considerando assim o compromisso de manter sua eficiência e eficácia em período integral, como todos os serviços de manutenção, atualização dos sistemas e backup da base de dados;”

Logo após temos o ordenamento expresso no item 1.2.2. “As soluções devem rodar nativamente em ambiente web. Ou Seja, nenhum outro plugin adicional deve ser necessário para uso da aplicação, exceto para funções específicas como integração com equipamentos. Para operação do sistema não é permitida a utilização de nenhum recurso tecnológico, como runtimes e plugins, exceto em casos onde houver necessidade de sistema intermediário para acesso a outros dispositivos (como leitor biométrico, impressoras, leitor de e-CPF/e-CNPJ) ou integração com aplicativos da estação cliente (como Microsoft Office, exibição de documentos PDF), por motivos de segurança de aplicações web. Nesses casos, porém não é permitida a integração através de aplicações que utilizem o recurso NPAPI dos navegadores como Applets. Este requisito é necessário para que não sejam realizadas despesas desnecessárias com aumento de banda de dados ou de aquisição de máquinas robustas com capacidade de rodar emuladores ou componentes de processamento acessórios, tornando imediatamente obsoleto o atual parque de máquinas.”

Também necessário que seja chamada a atenção para o item 1.2.3. “ É Vedada a proposta de qualquer estrutura de sistema, que apresenta algum tipo de emulação em Plataforma Web, considerando o sistema original em essência desktop. Tal medida se justifica pela subjeção de fatores técnicos criando gargalos de processamento de fluxos de dados entre plataformas, ainda correndo o risco de incompatibilidade de recursos nativos entre sistemas operativos e também integrações falhas entre plataformas. A emulação é tratada tecnicamente como uma

adaptação de um sistema que tem uma outra proposta para funcionar com mobilidade e acessibilidade, considerando assim como uma solução técnica paliativa."

Completando, trazemos o item **1.2.6**. *"Além disso, a implementação de um sistema web, com provimento de datacenter, possibilitará a desoneração do orçamento com os constantes investimentos em licenças operacionais, hardware e infraestrutura necessários, imprescindíveis e dispendiosos requeridos pelos sistemas locais tradicionais."*

Veja Ilustre julgador, pelos itens citados acima, se a garantia deve ser dada pelo fornecedor quanto ao desempenho, porque limitar o uso de determinadas tecnologias, alegando infundadamente que oferecem um desempenho inferior? Esse item impede a competitividade entre as empresas, restringindo a uma única participante, que como bem já relacionado, direciona a empresa IPM Sistemas.

Vemos claramente que a preocupação aqui não é o desempenho, mas sim, impedir determinadas empresas de participar. Fosse o caso da opção pelo melhor desempenho, certamente a Prefeitura abriria uma prova de conceito para avaliação do sistema de forma mais criteriosa (apenas presencialmente e com o acompanhamento integral do Sr. Pregoeiro).

Ainda sobre esse item, os custos de datacenter devem ser absorvidos pela empresa vencedora, que será a que atender os requisitos e tiver o melhor preço. Sabe-se que um software que apresente 1% de desempenho inferior a um sistema desenvolvido nativamente web pode compensar com um hardware 2% melhor.

Ainda parece ser de desconhecimento do município a evolução tecnológica que permite que qualquer sistema seja acessado via navegador, baseando-se claramente em pré-conceito quanto a uma solução adotada a nível mundial.

Para o indicativo constante no Termo de Referência que ilustra a redação: *"considerando assim como uma solução técnica paliativa."* **Resta uma dúvida e se faz imprescindível o devido esclarecimento: baseando-se em que artigo científico de domínio público e aceito amplamente, está lastreada tal alegação? (grifos nossos) PEDE-SE QUE SEJA DADA PUBLICIDADE AO ESTUDO TÉCNICO DE VIABILIDADE QUE TRAZ O AMPARO DESTA ACUSAÇÃO, ESTE DEVERÁ CONSTAR NOS AUTOS DO PROCESSO LICITATÓRIO EM SUA FASE INTERNA E CONTER A INDICAÇÃO DE NUMERAÇÃO DE PÁGINA.**

Também pelo termo de Referência, tem-se a seguinte passagem: *"Definiu-se como premissa e estratégia para este projeto a condição de implantação de sistemas de gestão modular e integrada, em ambiente WEB, solução está tecnologicamente **mais atual no mercado**, de acordo com as necessidades de cada área de aplicação e que possa ser acessado em dispositivos móveis, como tablets, smartphones, notebooks devidamente conectados à Internet (rede, 3G ou Wi-Fi)."*

Caractere altamente subjetivo, pois, dito isto, como será definida se a empresa participante tem a solução tecnologicamente mais atual do mercado? (grifos nossos)

Pelo termo de Referência, tem-se a seguinte passagem: "*Destaca-se a **necessidade da fornecedora ser a portadora do desenvolvimento das ferramentas (produtoras de software, ou fábrica do software)**. Considerando que esta característica apresenta segurança e garantias para a instituição pública que suas necessidades de produção serão atendidas por sua demanda institucional ou via de regras particulares ou judicial.*"

AQUI TEMOS CLARAMENTE OUTRO ITEM DIRECIONADO A APENAS UM FORNECEDOR NO MERCADO, neste caso, dado a particularidade de sistemas licitados, dos padrões tecnológicos exigidos, dada a particularidade de atendimento destes para a Avaliação técnica dos Sistemas, desenha-se que única e exclusivamente a empresa IPM Sistema poderá participar deste Pregão.

Por estes critérios a Prefeitura de Palmeira das Missões descumpre princípios constitucionais pétreos como: a livre concorrência, a impessoalidade, a moralidade, a eficiência, a economicidade e a legalidade.

A Prefeitura ao publicar no instrumento convocatório a exigência estampada acima, acaba por desabonar empresas amplamente conhecidas e que atendem a legislação de todos os municípios do Estado do Rio Grande do Sul a mais de 20 anos, apenas por apresentarem o status de representação das ferramentas, que muito embora possuam condições de prestar os serviços de atendimento técnico, além por obvio do fornecimento de locações de sistemas, veem cerceado seu direito de participar de certame.

Ainda se tem outra normativa editalícia que estampa o direcionamento: "*A questão fundamental levantada pelo setor de TI do município, é que as soluções devem ser de última geração, ou seja, desenvolvidas nativamente para web (por exemplo: PHP, C# ou qualquer outra operável via Internet). Não se vislumbra interesse público na aquisição de tecnologias obsoletas, como plataformas desktop ou variações emuladas destas, na condição de respostas paliativas.*"

Aqui, a Prefeitura ERRONEAMENTE informa que apenas softwares nativamente WEB são considerados de última geração. Desenvolver um sistema em linguagem nativa WEB não é garantida de qualidade.

Quanto ao **item 2.1.10**. "*Como é de conhecimento da área de TI, por questão de segurança, os desenvolvedores de browser (Microsoft, Apple, Mozilla e Google) vêm implementando funcionalidades como controle de ActiveX[5] , estratégia para evitar danos aos usuários, dificultando e até impedindo o funcionamento de recursos não nativos, o que pode impactar na funcionalidade de qualquer solução dependente deste tipo de tecnologia.*"

Para o item acima vemos mais uma afirmação infundada, o que só mostra o desconhecimento e pré-conceito quanto as tecnologias de "emulação" existentes atualmente. Datamos que as linguagens de programação "ditas" como modernas surgidas em 1995, ainda sobre este item, vemos que além do desconhecimento mostrado na afirmação acima, **o item serve**

apenas para excluir uma grande quantidade de empresas que usam a tecnologia de "emulação".

Fosse o caso da preocupação quanto ao mal funcionamento, seria dada a oportunidade de demonstração das tecnologias que funcionam perfeitamente em ambiente web, bem como suas funcionalidades e desempenho. Ao restringir tão grande gama de empresas em participar do certame, mostra claramente que o intuito não é a busca da melhor solução, mas sim de uma única solução.

Para o Item "2.1.13. *"Emuladores, como o Go-Global, o Sky-one e outros, conforme enunciado pelos respectivos autores, "servem como solução temporária para uso enquanto se trabalha em cenários de longo prazo" [7], (ou seja, enquanto se desenvolve sistema em linguagem nativa para uso pela web). Os sistemas que exigem emuladores não apresentam a mesma performance que os nativos web, como também exigem mais recursos de infraestrutura dos usuários, implicam em custos adicionais para uso e apresentam diversas outras desvantagens[8] de modo que não se mostra vantajoso e portanto contrário a Lei, a Administração Pública adotar sistemas que dependam desse tipo de solução."*

Aqui temos outro grande absurdo, a Prefeitura afirma que: *"servem como solução temporária para uso enquanto se trabalha em cenários de longo prazo"[7]"*, indicando como fonte da informação **"Disponível em <https://skyone.solutions/pb/fornecedores-de-software/>".** **Notem que no referido site não existe essa informação, nem a transcrição acima retirada da página 191 do edital.** Trata-se de uma afirmação no mínimo inexistente, para justificar o impedimento da participação de empresas com produtos similares, porem "não nativas WEB". Notem que nenhum argumento é realmente válido para justificar a contratação de linguagem nativa que não possua vício em sua origem.

Continuando...pelo Edital tem-se *"Não há interesse público, em aceitar um software que, para funcionar na web, exija emulador, por diversos motivos, além dos citados, inclusive pelos custos posteriores de uma nova migração "do emulado" para um "nativo web"[9]"*.

Novamente temos uma fonte que não procede com a realidade. **O endereço citado, além de não existir, na ficção de existir, é uma mera notícia de um jornal especializado em notícias de uma cidade ou microrregião, excluindo todos os mais importantes periódicos brasileiros e mundiais sobre as tecnologias de virtualização.** Sem comprovação nenhuma do aumento de custos, o que na verdade é justamente o contrário. **A utilização de tecnologias modernas de virtualização, vem justamente para baratear o custo de implantação de tecnologia WEB, fazendo justamente o contrário do proposto pelo município, onde possivelmente se opta por uma solução mais cara apenas para direcionar a fornecedor de sua preferência**

No o Item **2.1.35.** lê-se *"Nesse diapasão, é utilizado como referência para esta licitação, além de editais anteriormente utilizados por esse município na aquisição de softwares, os editais utilizados pelos municípios gaúchos de Coronel Bicaco, Horizontina, Sapucaia do Sul e outros disponíveis nos sítios públicos. Isso porque, todo o processo licitatório de Horizontina foi*

analisado e aprovado pelo Tribunal de Contas; de Coronel Bicaco julgado pelo Judiciário de 1ª e 2ª instância, e de Sapucaia do Sul cujo processo também foi julgado pelo Judiciário 1ª e 2ª Instância, poderes constituídos no nosso Estado. "

A Prefeitura diz que pegou como modelo para construir este edital os municípios de Coronel Bicaco Pregão Presencial 10/2018, Horizontina Pregão Presencial nº. 83/2019, Sapucaia do Sul Concorrência 02/2019, só que todos eles foram vencidos pela empresa IPM Sistemas, e se olharmos a descrição dos itens dos sistemas veremos que são semelhantes.

Também carece de verdade a afirmação de que para construção do referido Pregão Eletrônico nº 85/32020 fora utilizado como referência editais anteriormente utilizados por esse município na aquisição de softwares, pois conforme já relatado nesta impugnação o último processo licitatório realizado para aquisição de mesmo produto e serviços fora completamente diferente deste aqui apresentado.

Esta empresa IPM do qual a Prefeitura de Palmeira das Missões se espelha, está sob investigação no Processo nº. 5001275-19.2020.8.21.0039 juntamente com a Prefeitura de Viamão por direcionamento em Licitação, e não pode licitar por lá – processo ainda em movimento.

O Edital de Sapucaia Concorrência 02/2019 está suspenso por indícios de direcionamento por apresentar sistemas semelhantes aos da empresa IPM Sistemas, processo nº. 5000435-21.2020.8.210035 Mandado de Segurança, ainda em movimento.

A Prefeitura de Mata por seu Pregão Presencial Nº 01/2020, do qual possui os mesmos fundamentos constantes neste Pregão, inclusive os mesmos editais/município que embasam como espalhamento, está suspenso por determinação do TCE.

Aqui o município diz que seu edital é parecido com o de outros municípios tentando validar um edital viciado. É fácil perceber que ainda não existe qualquer justificativa no Edital do Pregão Eletrônico nº 085/2020 que justifique a manutenção das nulidades apontadas neste recurso.

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 085/2020;
- b) a reforma integral dos itens atacados no presente recurso;
- c) se a opção desta Prefeitura for pela manutenção dos atos tidos como ilegais, que haja a explanação individual fundamentada.
- c) **a designação de nova data para o certame;**

Porto Alegre, em 15 de outubro de 2020

Delta Soluções em Informática Ltda.
CNPJ: 03.703.992/0001-01
Lucimar Carboni – Representante Legal
Consultor Comercial
CPF: 832.209.170-20
Cédula de Identidade: 4061348282 – SSP/RS