

ILUSTRÍSSIMO SENHOR PREGOEIRO RESPONSÁVEL PELO PREGÃO
PRESENCIAL Nº 87/2018 DA PREFEITURA MUNICIPAL DE POUSO ALEGRE
- MG.

URGENTE: DATA PREVISTA PARA ABERTURA DO CERTAME: 07 de
dezembro de 2018 às 09h00.

IMPUGNANTE: BRUNO DA COSTA ROSSIN

IMPUGNADA: PREFEITURA MUNICIPAL DE POUSO ALEGRE

PREGÃO PRESENCIAL Nº 87/2018.

BRUNO DA COSTA ROSSIN, advogado inscrito nos quadros da
OAB/SP sob o número 400.874, CPF nº 414.565.438 – 22, título de eleitor nº
400766450116, solteiro, endereço eletrônico brunocostarossin@outlook.com,
domiciliado na Rua Paula Ney, nº 690, apartamento 23, Vila Mariana, São
Paulo/SP, CEP: 04107-022, telefone (11) 98844, vem respeitosamente à
presença de Vossa Excelência apresentar a presente:

IMPUGNAÇÃO

ao Edital de EDITAL DO PREGÃO PRESENCIAL Nº 87/2018., oriundo do
Processo licitatório nº 274/2018, promovido pela PREFEITURA MUNICIPAL
DE POUSO ALEGRE - MG., com fundamento no artigo 41 e parágrafos da Lei
Federal nº 8.666/93, pelos motivos a seguir expostos:

05
RECEBIDO
07/12/18
Resp. *J. Soares*
12:55

I – DA CONTRATAÇÃO PRETENDIDA PELO EXECUTIVO MUNICIPAL DE SÃO VICENTE.

A Prefeitura Municipal de Pouso Alegre, com a finalidade de efetivar a “CONTRATAÇÃO DE EMPRESA ESPECIALIZADA NA LICENÇA DE SOFTWARES DE GESTÃO, EM AMBIENTE “WEB” COM SUA OPERACIONALIZAÇÃO INTEGRALMENTE REALIZADA VIA INTERNET PARA A MODERNIZAÇÃO DOS PROCESSOS DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA MUNICIPAL, QUE CONTEMPLARÁ O CONTROLE DA AÇÃO FISCAL E GESTÃO DE COBRANÇA DE RECEITA TRIBUTÁRIA DE IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS DE QUALQUER NATUREZA E ACOMPANHAMENTO DO VALOR ADICIONADO FISCAL INCLUINDO IMPLANTAÇÃO, CONVERSÃO, TREINAMENTO, SUPORTE E ACOMPANHAMENTO POR MONITORAMENTO, conforme as especificações contidas neste Edital”, com data de abertura e recebimento dos envelopes agendada para o dia 07/12/2018, às 09:00 horas.

Ocorre que após detalhada análise dos termos editalícios, podemos asseverar que o corpo do Edital ora impugnado está totalmente contaminado de ilegalidades e irregularidades, possuindo tais disposições incongruências com os ditames legais impostos pela Lei Federal nº 8.666/93 e pela jurisprudência do E. Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais e demais Tribunais de Controle Externo, que regem as licitações e os contratos administrativos.

Nessa toada, apresentamos, a seguir, os erros formais e os vícios editalícios que evidenciam a necessidade de Impugnação do presente Edital, e que serão demonstrados e comprovados no decorrer desta Impugnação, pugnando, ao final, pela suspensão imediata do certame e posterior retificação do certame, por atentar contra os princípios administrativos

insculpidos na Constituição Federal e na Lei de licitações e Contratos Administrativos.

II – DOS TERMOS DO EDITAL COMBATIDO E DO DIREITO

Ao se tratar de licitações e contratos administrativos, o ordenamento jurídico pátrio estabelece diversos preceitos que devem ser observados pela Administração Pública no âmbito de suas atribuições, não se podendo deixar de recorrer aos ditames impostos pelo artigo 37, inciso XXI, da Carta Magna, que diz:

“Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.”

Por sua vez, a Lei de Licitações e contratos administrativos, em seu artigo 3º, dispõe que:

“Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

§1º - É vedado aos agentes públicos:

I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato.”

Nessa esteira, para a existência de um procedimento licitatório idôneo, não se pode cogitar o desrespeito ao sistema normativo destacado, ao qual o espírito é bem traduzido nas palavras do renomado professor *Carlos Ari Sundfeld*¹:

“O princípio jurídico é norma de hierarquia superior a das meras regras, pois determina o sentido e o alcance destas, que não podem contrariá-lo, sob pena de pôr em risco a globalidade do ordenamento jurídico.” (g.n)

Ademais, a legalidade, princípio que orienta todo o ordenamento jurídico pátrio, deve acompanhar todos os atos que emanam da Administração

¹ Licitação e Contrato Administrativo. Ed. Malheiros, 2ª ed. p. 19.

Pública, o que significa dizer que o Executivo Municipal de Pouso Alegre deve agir nos mais estritos ditames legais.

Sobre a legalidade dentro do Direito Administrativo Brasileiro, o saudoso Doutor *Hely Lopes Meirelles*² ensinou:

*"A legalidade, como princípio da Administração (CF, art. 37, "caput"), significa que **o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso**". (g.n)*

Dentro do contexto ora esposado, é essência o processo licitatório tomar como base a aplicação de todos os Princípios Constitucionais e Administrativos, preservando, ademais, a eleição dos contratantes de qualquer influência parcial dos agentes administrativos ou de qualquer condição subjetiva que possa direcionar o julgamento do certame.

Pois bem, em que pese a relevância do objeto pretendido pela Municipalidade através do certame ora impugnado, o Edital ora combatido contempla diversas irregularidades no que diz respeito aos aspectos jurídicos e técnicos da contratação, restringindo a participação de potenciais interessados na disputa e impedindo a formulação de propostas comerciais pelas licitantes, quais sejam:

A- Do cerceamento do direito de impugnar ao edital de forma ampla;

² MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 33ª ed. 2007. Malheiros – São Paulo, p. 87

- B- Da irregular contratação de serviços sob demanda variável sem quantitativos máximos, ofendendo ao princípio da economicidade;
- C- Da divergência existente no edital e na minuta de contrato acerca da possibilidade de subcontratação do objeto;
- D- Da possibilidade de apresentação de certidão positiva com efeito de negativa somente para comprovação de regularidade trabalhista e para microempresas e empresas de pequeno porte;
- E- Do irregular tratamento da prova de conceito como condição para habilitação;
- F- Da irregular aglutinação de assessoria tributária e licença de uso de software;

Desta forma, vem a ora Representante, tempestivamente, através deste arrazoado, demonstrar, relatar e apontar a Vossa Excelência, de forma pormenorizada, todos os itens acima elencados que contaminam o Edital do Pregão Presencial nº 87/2018, retirando sua desejada e necessária legalidade.

Oportuno registrar, ainda, que a Administração Pública de Pouso Alegre ao prosseguir com o certame da forma como se encontra não estará observando a trílice finalidade do procedimento licitatório, quais sejam (i) selecionar a proposta mais vantajosa para Administração; (ii) conferir isonomia

aos participantes *(iii)* promover o desenvolvimento nacional, sem perder de vista o cumprimento princípio da vinculação ao edital, no âmbito do **Pregão Presencial nº 87/2018.**

A- DO CERCEAMENTO DO DIREITO DE IMPUGNAR AO EDITAL DE FORMA AMPLA.

Em que pese o edital trazer a possibilidade de os licitantes apresentarem impugnações ao instrumento convocatório por meio de envio de impugnações ao pregoeiro de forma física Superintendência de Gestão de Recursos Materiais, localizada na Rua dos Carijós, 45, Centro, na cidade de Pouso Alegre/MG, tal previsão é deveras restritiva e possui o condão de cercear o direito de petição.

O edital prevê a possibilidade de os licitantes impugnarem aos termos do edital no item 5, contudo de forma restritiva, vejamos:

“5 – DA IMPUGNAÇÃO AO EDITAL

*5.1. Qualquer pessoa, física ou jurídica, é parte legítima para solicitar esclarecimentos ou providências em relação ao presente **PREGÃO**, ou ainda, para impugnar este edital, desde que o faça com antecedência de até dois dias úteis da data fixada para recebimento das propostas, observado o disposto no § 1º do art. 12 do Decreto Municipal 2.545/2002.*

5.1.1. Caberá ao Pregoeiro decidir sobre a impugnação em 48 horas.

5.1.2. Quando o acolhimento da impugnação implicar em alteração do edital, capaz de afetar a formulação das propostas, será designado nova data para a realização deste **PREGÃO**.

5.2. A impugnação feita tempestivamente pela licitante, não a impedirá de participar deste **PREGÃO** até o trânsito em julgado da decisão.

5.3. Não serão aceitas impugnações por e-mail, devendo as mesmas serem protocolizadas na Superintendência de Gestão de Recursos Materiais, localizada na Rua dos Carijós, 45, Centro, na cidade de Pouso Alegre/MG, conforme § 1º do art. 41 da Lei 8.666/93."

O direito de impugnar aos ditames do edital de licitação está calcado no direito constitucional de petição³ e contraditório insculpidos no artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil. Tanto o direito de petição como o direito ao contraditório devem ser homenageados e ampliados, uma vez que qualquer restrição afeta a legalidade de todo o processo licitatório. O Supremo Tribunal Federal tem entendimento sedimentado de que o direito de petição deverá ser resguardo como corolário do direito de defesa e manifestação perante instituições estatais. *In verbis*:

O direito de petição, presente em todas as Constituições brasileiras, qualifica-se como importante prerrogativa de caráter democrático. Trata-se de

³ Art. 5º (...) (omissis) XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder;

instrumento jurídico-constitucional posto à disposição de qualquer interessado – mesmo daqueles destituídos de personalidade jurídica –, com a explícita finalidade de viabilizar a defesa, perante as instituições estatais, de direitos ou valores revestidos tanto de natureza pessoal quanto de significação coletiva. Entidade sindical que pede ao PGR o ajuizamento de ação direta perante o STF. Provocatio ad agendum. Pleito que traduz o exercício concreto do direito de petição. Legitimidade desse comportamento.

[ADI 1.247 MC, rel. min. Celso de Mello, j. 17-8-1995, P, DJ de 8-9-1995.]

Não sem razão que a Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos traz de forma clara e inequívoca que qualquer cidadão é parte legítima para impugnar aos termos do edital de licitação. Vejamos:

Art. 41. A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada.

§ 1º Qualquer cidadão é parte legítima para impugnar edital de licitação por irregularidade na aplicação desta Lei, devendo protocolar o pedido até 5 (cinco) dias úteis antes da data fixada para a abertura dos envelopes de habilitação, devendo a Administração julgar e responder à impugnação em até 3 (três) dias úteis, sem prejuízo da faculdade prevista no § 1º do art. 113.

Sendo direito de qualquer cidadão impugnar ao edital de licitação, tal direito deverá ser resguardado e ampliado, por meio de diversas formas de protocolo da peça de impugnação (física, e-mail, por meio de correio ou fax). A previsão de que somente por meio físico será possível impugnar ao

edital delimita e cerceia a possibilidade de qualquer licitante /cidadão impugnar ao edital vergastado. Não só isso, a previsão de que o responsável pela condução do certame somente receberá as impugnações ao edital por meio físico encare todo o procedimento e diminui o alcance do direito de impugnar.

Assim sendo, vemos que a Constituição Federal e a Lei de Regência não colocaram qualquer óbice ao direito de petição/impugnação, por isso não tem como prosperar a limitação criada pela Prefeitura Municipal de Pouso Alegre quando restringiu o conhecimento da peça de impugnação ao protocolo da impugnação na forma física. Vejamos isto no edital combatido:

***5.3. Não serão aceitas** impugnações por e-mail, devendo as mesmas serem protocolizadas na Superintendência de Gestão de Recursos Materiais, localizada na Rua dos Carijós, 45, Centro, na cidade de Pouso Alegre/MG, conforme § 1º do art. 41 da Lei 8.666/93.”*

Tal previsão ofende ao direito de petição e restringe a possibilidade de impugnação dos termos do edital por qualquer cidadão. É necessário se atentar que a Lei de regência e a Constituição Cidadã de 1988 aduzem que qualquer cidadão é parte legítima para peticionar aos poderes públicos contra uma **ILEGALIDADE** ou impugnar ao edital em face de **IRREGULARIDADES** e ofensas à legislação⁴.

⁴ Impugnar significa atacar, combater, contradizer, reprimir determinado ato ilegal ou injusto. Na licitação, a impugnação é o ato que instrumentaliza a possibilidade de controle do edital por parte de seus destinatários, a saber: licitantes e cidadãos em geral. (<https://www.conjur.com.br/2016-mar-17/interesse-publico-bem-processo-licitatorio-impugnar-preciso>)

Portanto, a lei não estabelece limites territoriais para que qualquer cidadão possa impugnar ao edital, pois tanto um cidadão brasileiro domiciliado no Município de Pouso Alegre como outro domiciliado em Belo Horizonte são partes legítimas para impugnar aos termos do edital que ofendem aos princípios da administração e do processo licitatório. O que há na verdade com essa ilegal vedação ao amplo direito de petição é uma tentativa de tolher que uma ampla gama de pessoas (jurídicas e naturais) possam levar aos Órgãos da Administração Pública seus reclamos e exercer sua função de fiscais do uso erário.

Sendo assim é de se concluir que tal vedação tem como única intenção limitar a possibilidade de qualquer cidadão brasileiro impugnar ao edital, sendo uma limitação ao direito de petição constitucionalmente garantido, e por conseguinte ilegal.

B- DA IRREGULAR CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS SOB DEMANDA VARIÁVEL SEM QUANTITATIVOS MÁXIMOS OFENDENDO AO PRINCÍPIO DA ECONOMICIDADE.

Ademais da impropriedade acima ventilada o edital combatido também aduz que a Prefeitura Municipal de Pouso Alegre poderá adquirir do ganhador do certame serviços sob demanda variável, ou seja, hora técnica, contudo sem especificar os quantitativos máximos de horas que a Municipalidade demandará. Vejamos isto no edital vergastado:

17.1.3. Serviços Sob Demanda Variável: os serviços ofertados por hora técnica (sob demanda) serão pagos de acordo com o número de horas técnicas utilizadas no mês anterior ao mês do pagamento, em conjunto com as parcelas mensais.

6. DOS PAGAMENTOS E PRAZOS

6.1. *As parcelas serão distribuídas de acordo com as seguintes regras:*

3. *Serviços Sob Demanda Variável: os serviços ofertados por hora técnica (sob demanda) serão pagos de acordo com o número de horas técnicas utilizadas no mês anterior ao mês do pagamento, em conjunto com as parcelas mensais.*

5.1 *As parcelas serão distribuídas de acordo com as seguintes regras:*

5.1.3. *Serviços Sob Demanda Variável: os serviços ofertados por hora técnica (sob demanda) serão pagos de acordo com o número de horas técnicas utilizadas no mês anterior ao mês do pagamento, em conjunto com as parcelas mensais.*

2.1.3. *Serviços Sob Demanda Variável: os serviços ofertados por hora técnica (sob demanda) serão pagos de acordo com o número de horas técnicas utilizadas no mês anterior ao mês do pagamento, em conjunto com as parcelas mensais.*

Como é possível verificar da leitura atenta dos itens acima transcritos há previsão de que a Prefeitura Municipal de Pouso Alegre arcará com os valores dos serviços de demanda variável, contudo sem especificar o limite máximo de serviços que poderão ser demandados a contratada. Ou seja,

não há nenhuma informação no edital acerca dos quantitativos de horas técnica que a Prefeitura irá desembolsar.

No mínimo o edital peca pela falta de clareza, pois tal informação é de importância basilar para que as licitantes possam compor o preço desses serviços em sua proposta de preços. Peca ainda mais o edital, pois no modelo ofertado pela Prefeitura Municipal de Pouso Alegre em seu Anexo III (**MODELO PADRÃO DE PROPOSTA COMERCIAL**) não há nem espaço para que as Licitantes lancem de forma imediata o valor da hora técnica. Vejamos:

ANEXO III

MODELO PADRÃO DE PROPOSTA COMERCIAL

A empresa estabelecida na inscrita no CNPJ/MF sob o n.º propõe fornecer à Prefeitura do Município de Pouso Alegre/MG, em estrito cumprimento ao quanto previsto no edital da licitação em epígrafe, os itens relacionados abaixo:

Descrição	Unidade	Quantidade	Valor Unit.	Valor Total
1ª Fase: Configuração do Sistema e Análise do Código Tributário Municipal. Proposta de Minuta de Legislação Normativa para disciplinar o ISS.	Serviço	01 (mês)		
2ª Fase: Configuração do Cadastro, Conversão e crítica dos dados cadastrais, criação de ambiente de testes. Capacitação/Treinamento.	Serviço	01 (mês)		
3ª Fase: Licenciamento de Uso de Software, destinados a modernização dos processos da administração tributária, controle da ação fiscal e gestão de cobrança de receita tributária.	Serviço	10 (meses)		
VALOR GLOBAL DA PROPOSTA				

O prazo de validade desta Proposta de Preço é de 60 (sessenta) dias corridos a contar da data de sua apresentação.

Ora, não havendo possibilidade de previamente as Licitantes informarem o valor de sua hora técnica, corre o risco de quando a Municipalidade demandar tais serviços os valor arbitrado pela Contratada seja questionado pela Administração Pública de Pouso Alegre, ou até deixar de pagar por serviços prestados. Outrossim, havendo por parte da Municipalidade pagamento de horas técnicas cujo valor é extremamente superior ao valor de mercado, haverá verdadeiro desrespeito ao princípio da economicidade⁵.

⁵Art. 15. As compras, sempre que possível, deverão: (...) IV - ser subdivididas em tantas parcelas quantas necessárias para aproveitar as peculiaridades do mercado, visando economicidade;

Os Tribunais de Controle Externo têm criticado a falta de homenagem do princípio da economicidade por parte dos Gestores Públicos. Vejamos:

Tribunal de Contas do Estado de São Paulo:

PRIMEIRA CÂMARA GC- CCM SESSÃO 22/07/2014
ITEM Nº 053 PROCESSO: **TC-7444/026/12**

CONTRATANTE: PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE MAUÁ CONTRATADA: MAGIL COMÉRCIO DE ELETRODOMÉSTICOS LTDA.

OBJETO: FORNECIMENTO DE ELETRODOMÉSTICOS, ELETROELETRÔNICOS E MOBILIÁRIOS DESTINADOS À SECRETARIA DE EDUCAÇÃO EM EXAME: PREGÃO PRESENCIAL Nº 95/2011 CONTRATO Nº 01/2012, ASSINADO EM 20.01.2012, NO VALOR DE R\$2.025.000,00, PELO PRAZO DE 12 MESES (FLS.537/538)

“Conforme manifestações unânimes dos órgãos de Instrução e Técnicos da Casa, os argumentos apresentados pela Origem não conseguiram afastar, entre outras, as graves impropriedades relacionadas à prévia pesquisa de preços para demonstração da compatibilidade do valor ajustado com o de mercado, o que macula todo o procedimento desde o seu nascedouro.

Constata-se dos autos considerável discrepância entre os preços praticados na presente licitação e os apurados em pesquisa junto aos sites de compras, atingindo esta última, em relação ao preço contratado, o patamar de 57,32% a menor - (conforme documentos encartados a fls.617/706 – Relatório da Fiscalização), não se podendo inferir

que tenham sido observados os princípios da economicidade e vantajosidade do ajuste para a Administração.

Como bem anotado por ATJ, a pesquisa de preços realizada abrangeu três empresas situadas no Município de Jundiaí, distante aproximadamente 79 km da Prefeitura de Mauá, incluindo a vencedora do certame.

A elaboração criteriosa de ampla pesquisa prévia de preços no mercado é de fundamental importância, entre outros efeitos, para orientar o julgamento das propostas, a fim de selecionar a mais vantajosa para a Administração, em atendimento ao disposto no artigo 3º, "caput", da Lei de Licitações. [Grifei]

Tribunal de Contas da União:

*Ao examinar o Pregão Eletrônico n.º 2009/22510, promovido pelo Banco do Brasil, a unidade técnica constatou "a existência de inconsistências outras que, em sede de cognição sumária, demonstraram restar configurada a plausibilidade fático-jurídica que ampara a medida de exceção". Em consequência, o relator concedeu cautelar suspendendo o prosseguimento do certame e, na mesma oportunidade, solicitou a oitiva do Banco do Brasil e da empresa vencedora da licitação. Referendando a "percuciente análise dos elementos apresentados", promovida pela unidade técnica, o relator registrou, em seu voto, que **"a escolha dos critérios de mensuração assume importância, de forma que***

uma análise de parâmetros objetivos permita asseverar acerca da adequabilidade dos valores estipulados. Neste diapasão, a mensuração homens-hora aparenta, à primeira vista, ser diretamente proporcional à quantidade de serviço produzida”. Destacou, no entanto, que o TCU “vem reiteradamente se posicionando pela inconveniência desse modelo, vez que expõe o ente público ao chamado paradoxo lucro-incompetência, condição em que quanto menos eficiente e produtivo for o fornecedor, maior o seu lucro, contrariando obviamente o interesse público”. O relator fez, ainda, menção ao Decreto n.º 2.271/97, o qual dispõe, no § 1º do seu art. 3º, que sempre que a prestação de serviço, objeto da contratação, puder ser avaliada por determinada unidade quantitativa de serviço prestado, esta será utilizada como um dos parâmetros de aferição do resultado. Ao final, o relator propôs e o Plenário decidiu “Conhecer da presente representação” para, no mérito, considerar “procedentes os indícios de irregularidades/impropriedades” levantados pela unidade técnica, fixando prazo para o Banco do Brasil promover a anulação do Pregão Eletrônico n.º 2009/22510, “ante as evidências de que o modelo de contratação adotado, baseado no fornecimento de mão-de-obra e na remuneração por homens-horas medidas após a prestação dos serviços, ofende os princípios da eficiência e da economicidade, ao item 9.4.3 do Acórdão n.º 786/2006-TCU-Plenário, ao item 9.1.4 combinado com o 9.13 do Acórdão n.º 2.471/2008-TCU-Plenário e ao art. 3º, § 1º, c/c o art. 4º, II, do Decreto n.º 2.271/1997”. Decidiu também o Pleno determinar

ao Banco do Brasil que, nas próximas contratações de serviços de TI: a) “elabore termo de referência que atenda ao conteúdo mínimo indicado no item 9.1 do Acórdão nº 2.471/2008-TCU-Plenário e detalhado na Nota Técnica Sefti/TCU nº 1 (www.tcu.gov.br/fiscalizacaoti)”; b) “inclua no termo de referência, em atendimento ao princípio da eficiência e com base nas orientações disponíveis no item 9.4 do Acórdão nº 786/2006-TCU-Plenário, no item 9.1.1 do Acórdão nº 1.215/2009-TCU-Plenário, na Instrução Normativa SLTI/MP nº 4/2008 e na norma ABNT ISO/IEC NBR 20000:2008, claro detalhamento do nível de serviço necessário à execução do objeto, com a definição de cada resultado esperado, inclusive quanto a prazo e qualidade aceitáveis, dos mecanismos de aferição da qualidade e do desempenho e dos mecanismos de segregação de funções, que assegure a não ocorrência de conflito de interesse na medição e remuneração de serviços;”. **Acórdão n.º 947/2010-Plenário, TC-024.761/2009-3, rel. Min. Valmir Campelo, 05.05.2010. [Grifei]**

Como é possível perceber da leitura do edital combatido este modelo de contratação tem sido veementemente combatido pelos Tribunais de Contas, conforme jurisprudência acima citada, tendo em vista a clara possibilidade de a Municipalidade efetuar pagamentos acima do valor de mercado e ainda sem parâmetros claros e precisos. Sem contar que os valores pagos a título de hora técnica podem superar o valor estimado para a aquisição dos produtos e serviços.

Assim sendo, é necessário que seja informado de maneira precisa os quantitativos máximos de horas técnicas que a Municipalidade de Pouso Alegre poderá contratar durante a vigência do contrato, bem como que

seja disponibilizado no Anexo III, que trata da proposta de preços, espaço para que as licitantes incluam em suas propostas o valor da hora técnica.

C- DA DIVERGÊNCIA EXISTENTE NO EDITAL E NA MINUTA DE CONTRATO ACERCA DA POSSIBILIDADE DE SUCONTRATAÇÃO DO OBJETO.

A falta de clareza que objetividade do instrumento convocatório é uma irregularidade que afeta a própria interpretação de suas cláusulas causando insegurança jurídica e dificultando a que as empresa formulem suas propostas com segurança.

O edital, como já restou sacramentado em doutrina especializada e na jurisprudência dos Tribunais pátrios, é lei que rege todo o processo licitatório⁶. Sendo assim, não é possível tolerar que a “lei” que rege todo o processo licitatório possua incongruências e divergências que ponham em risco a contratação que se objetiva com o certame.

Pois bem, da leitura da edital combatido é possível perceber que o edital traz incongruência acerca da possibilidade de subcontratação de parte do objeto a ser contratado. A minuta do contrato traz de forma clara que é causa de rescisão contratual a subcontratação dos serviços:

⁶ AGRAVO DE INSTRUMENTO. LICITAÇÃO E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIÇOS DE TRANSPORTE ESCOLAR. DESCUMPRIMENTO À EXIGÊNCIA EDITALÍCIA. **PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO EDITAL.** 1. **"O edital é a lei interna da licitação e, como tal, vincula aos seus termos tanto os licitantes como a Administração que o expediu", consoante lição de Hely Lopes Meirelles.** 2. Hipótese em que a empresa vencedora do certame deixou de apresentar prova de inscrição no Cadastro de Contribuintes do Estado relativo ao domicílio ou sede do licitante, pertinente ao seu ramo de atividades, embora tal exigência constasse do edital. Probabilidade do direito alegado pelo impetrante que autoriza o deferimento da liminar pleiteada, a fim de que seja suspenso o certame até a apreciação do mérito do writ. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO. (Agravado de Instrumento Nº 70073472193, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Torres Hermann, Julgado em 25/10/2017).

CLAUSULA DECIMA - DA INEXECUÇÃO E RESCISÃO DO CONTRATO

10.1. A **CONTRATANTE** reserva-se no direito de rescindir de pleno direito o contrato, independentemente de interpelação judicial ou extrajudicial, sem que caiba à **CONTRATADA**, direito a indenização de qualquer espécie, quando ocorrer:

(...)

c) a subcontratação dos serviços;

Já o edital aduz ser possível que alguns serviços possam ser subcontratados. Vejamos:

10.3. Hospedagem do Sistema em Data Center

O sistema deverá ser instalado em Data Center, de propriedade da Contratada ou contratado pela mesma, que ofereça estrutura adequada para comportar as instalações e configurações necessárias para a operação do sistema. Responsabilidades da Contratada durante a vigência do contrato, de forma a prover recursos e serviços, que possibilitem a operação do SISTEMA: [Grifei]

O **item 10.3** traz a possibilidade de a empresa vencedora do certame subcontratar o serviço de datacenter, contudo, o cláusula 10 da minuta do contrato diz que será causa de rescisão contratual a subcontratação dos serviços. Ora, essa incongruência entre a possibilidade de subcontratação ou não poderá prejudicar a composição das ofertas, bem como poderá afastadas empresas que tenham interesse em participar do certame, haja vista que nem todas as empresas possuem datacenter próprio.

O edital e a minuta do contrato não podem trazer informações contraditórias e divergentes, sob pena de causar prejuízo a competitividade. Este também é o entendimento consolidado na jurisprudência do Colendo Tribunal de Contas da União, consoante processo a seguir: **Acórdão 1060/2009 Plenário; Acórdão 1932/2009 Plenário; Acórdão 932/2008 Plenário dentre outros.**

A vista de todo o exposto, é necessário que a minuta do contrato traga de forma clara a possibilidade de a empresa vencedora do certame subcontratar parte do objeto, sem que isso incorra em causa de rescisão do contrato.

D- DA POSSIBILIDADE DE APRESENTAÇÃO DE CERTIDÃO POSITIVA COM EFEITO DE NEGATIVA SOMENTE PARA COMPROVAÇÃO DE REGULARIDADE TRABALHISTA E PARA MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE.

O edital vergastado também apresente impropriedades no que se refere a possibilidade de todos os licitantes apresentarem certidões positivas com efeito de negativa para comprovar a regularidade fiscal e trabalhista.

De início o edital traz o rol de certidões fiscais que as licitantes devem apresentar, sem, contudo, deixar claro que os licitantes que não possuem certidões negativas de débitos fiscais podem igualmente apresentar tais certidões positivas com efeitos de negativa.

No entanto, quando trata da apresentação de certidões negativas de débitos trabalhistas o edital é claro ao afirmar que poderá ser apresentadas tanto certidões negativas como as positivas com efeito de negativas. Vejamos:

8.3.4.8.. Certidão Negativa ou Positiva com efeito de Negativa de Débitos Trabalhistas (CNDT), de

acordo com a Lei Federal nº 12.440/2011, podendo ser aceitas as certidões positivas com efeito de negativas.

Ora, uma vez que o edital especifica que a certidão que comprova a regularidade de débitos trabalhista poderá ser apresentada tanto como negativa como com positiva com efeito de negativa, gerará dúvidas acerca da possibilidade de que outras certidões de regularidade fiscal também possam ser apresentadas.

Além disso, o edital traz de forma clara a possibilidade de microempresas e empresas de pequeno porte apresentarem certidões positivas com efeito de negativas:

*8.3.4.11. Havendo alguma restrição na comprovação da regularidade fiscal, será assegurado o prazo de **(05) cinco dias úteis, a contar do encerramento da sessão que o declarou vencedor**, prorrogáveis por igual período, a critério da Prefeitura Municipal de Pouso Alegre/MG, para a regularização da documentação, pagamento ou parcelamento do débito, e emissão de eventuais certidões negativas ou positivas, com efeito de certidão negativa.*

Ora, se o edital especifica que para certidões de débitos trabalhista e que empresas que estejam contempladas pela Lei Complementar 123 de 2006 também podem apresentar certidões positivas com efeito de negativa, logo não foi um erro ou esquecimento da Administração Pública Licitante, mas uma forma deliberada de a Municipalidade Licitante impedir que sejam apresentadas certidões positivas com efeito de negativa em completo desrespeito a Lei Complementar nº 5.172/66 (Código Tributário Nacional), que

aduz que as certidões positivas com efeito de negativa produzem o mesmo efeito que as certidões negativas⁷.

O Colendo Tribunal de Contas da União possui entendimento que corroboram o que estamos defendendo, por isso pedimos vênia para poder citá-lo:

AC-1699-35/07-P

[VOTO]

9. *Com relação aos documentos de habilitação requeridos pelo pregão da ABDI, noto, em primeiro lugar, que houve confusão quanto à diferença entre prova de “quitação” e de “regularidade” junto aos órgãos fazendários. Como explicado pela 5ª Secex, uma empresa pode não estar quite com o fisco, porém mesmo assim gozar de situação regular, se firmou acordo para novação ou parcelamento da dívida.*

10. *Segundo a ABDI, é do seu costume aceitar certidão positiva com efeito de negativa, ou seja, que reconheça a existência de débito cuja exigibilidade, contudo, está suspensa, equivalendo aos propósitos da prova de regularidade.*

11. De fato, o art. 206 do Código Tributário Nacional prescreve que tal certidão, que, em princípio, atestaria apenas o estado de regularidade, tem os mesmos efeitos da prova de quitação. Nada obstante, não está claro no edital que os licitantes possam valer-se da certidão positiva com efeito de negativa.

12. Por conseguinte, para que algum potencial licitante não desista de concorrer porque não possui exatamente uma prova de quitação, e sim de regularidade, é aconselhável o esclarecimento do requisito de habilitação fiscal.

[...]

[ACÓRDÃO]

9.3. *determinar à ABDI que, quando da abertura de novos procedimentos licitatórios, inclusive em substituição ao Pregão Presencial nº 09/2007,*

⁷ Art. 206. Tem os mesmos efeitos previstos no artigo anterior a certidão de que conste a existência de créditos não vencidos, em curso de cobrança executiva em que tenha sido efetivada a penhora, ou cuja exigibilidade esteja suspensa.

observe os seguintes preceitos na elaboração do edital:

[...]

9.3.1. limite-se a exigir, como condição para habilitação, a documentação referente à regularidade fiscal prevista no inciso IV do art. 12 do Regulamento de Licitações e Contratos da Agência, abstendo-se de requerer prova de quitação com a fazenda pública, a seguridade ou o FGTS; [Grifei]

A vista de tudo o que foi exposto, é censurável a falta de clareza do edital, bem como a exclusão ilegal que é feita da possibilidade de apresentação de certidão positiva com efeito de negativa que teria o condão de comprovar a regularidade fiscal das licitantes.

E - DO IRREGULAR TRATAMENTO DA PROVA DE CONCEITO COMO CONDIÇÃO PARA HABILITAÇÃO

Se não bastassem as impropriedades acima indicadas, o edital combatido ainda peca por tratar a prova de conceito, que tem a função de verificação da compatibilidade do sistema que a Municipalidade deseja contratar com as especificações do Termo de Referência.

Tal impropriedade foi insculpida do **item 12.7**, do instrumento convocatório:

12.7. Concluída a Prova de Conformidade da licitante de menor preço, verificada a comprovação ao atendimento das especificações obrigatórias mínimas, conforme o Termo de Referência e Anexo – Verificação dos Itens de Conformidade e aceitável a sua Prova de Conceito, o (a) pregoeiro (a) anunciará a abertura do envelope referente aos DOCUMENTOS DE HABILITAÇÃO desta licitante

Tal irregularidade tem sido veementemente criticada pelo Egrégio Tribunal de Contas da União, pois a Lei de Regência de Licitações e

Contratos Administrativos, bem como a Lei que institui o Pregão não tratam a prova de conceito como condição para habilitação. Vejamos o entendimento consolidado daquela Egrégia Casa neste sentido:

4. A prova de conceito, meio para avaliação dos produtos ofertados, pode ser exigida do licitante provisoriamente classificado em primeiro lugar, mas não pode ser exigida como condição para habilitação, por inexistência de previsão legal.

Em Representação contra edital de pregão eletrônico da Companhia Brasileira de Trens Urbanos (CBTU), para aquisição de solução de gerenciamento eletrônico de documentos e para contratação de serviço de digitalização de documentos e certificados digitais, verificou-se, dentre outras, possível irregularidade na exigência de realização de prova de conceito pelos licitantes, como requisito de qualificação técnica. A unidade técnica especializada do Tribunal, ao analisar a matéria, esclareceu que a prova de conceito se assemelha à avaliação de amostras. No caso em questão, a prova de conceito objetivaria verificar se a solução apresentada satisfaz as exigências do termo de referência. Destacou, entretanto, que, *“quando exigida, não pode constituir condição de habilitação dos licitantes, devendo limitar-se ao licitante classificado provisoriamente em primeiro lugar. Caso não seja aceito o material entregue ou apresentado para análise, o licitante deve ser desclassificado, devendo ser exigido do segundo e assim sucessivamente, até ser classificada uma empresa que atenda plenamente às exigências do ato convocatório”*. Apoiado em jurisprudência pacificada da Corte, e em consonância com o posicionamento da unidade técnica especializada, o relator sustentou que **“a prova de conceito, meio para avaliação dos produtos ofertados pelas licitantes, pode ser exigida do vencedor do certame, mas não pode ser exigida como condição para habilitação, por inexistência de previsão legal”**. Ao acolher a proposta do relator, o Tribunal considerou a Representação procedente e determinou à CBTU, quanto ao ponto, que em futuras licitações **“abstenha-se de estabelecer prova de conceito como requisito para habilitação técnica dos licitantes, ante o disposto no art. 30, caput e § 5º, da Lei 8.666/1993”**. **Acórdão 2763/2013-Plenário, TC 012.741/2013-2, relator Ministro-Substituto Weder de Oliveira, 9.10.2013.**

Ora, a prova de conceito deverá ser exigida da licitante que provisoriamente se classificou em primeiro lugar, entendendo com isso a que deu o melhor lance e que se mostrou hábil para contratar com a Administração. Portanto, o melhor seria que se fizesse a prova de conceito com aquelas empresas que já tivessem apresentado seus documentos que comprovam a capacidade jurídica para contratar com a Administração Licitante, deixando a prova de conceito com última fase do certame, antes da homologação e adjudicação do objeto ao vencedor.

Ao contrário, na forma que o edital previu a prova de conceito, é perceptível que tal fase do certame está sendo tratada como condição de habilitação, o que a nosso ver e conforme jurisprudência do TCU é irregular.

Por tudo isso, requer seja determinada a correção do item 12.7 para que a prova de conceito deixe de ser tratada como condição de habilitação e seja prevista para após a fase de habilitação.

F – DA IRREGULAR AGLUTINAÇÃO DE ASSESSORIA TRIBUTÁRIA COM LICENÇA DE USO DE SOFTWARE.

Se não bastassem as irregularidades ventiladas nos apontamentos retro, o edital ainda aglutina no mesmo lote serviços de assessoria tributária com licença de uso de software. O edital de forma irregular coloca no mesmo lote na fase contratual análise de legislação tributária. Vejamos:



Cronograma de Atividades. Fase 1.	15 dias	30 dias	40 dias	50 dias
Análise da Legislação vigente, incluindo Código Tributário Municipal, Leis Complementares, Decretos e Atos normativos referente ao ISS.	x			
Proposta de Minuta de Projeto de Lei/Instrução Normativa		x		
Configuração do Sistema	x	x		
Fase 2.	x	x		
Configuração do Cadastro, análise, conversão e crítica dos dados cadastrais.	x	x	x	
Criação de Ambiente para Teste			x	x
Capacitação/Treinamento			x	x
Homologação do Funcionamento do Sistema				x
Criação do Ambiente de Produção				x

O edital trouxe no cronograma de atividades a previsão de a contratada fazer análise da legislação vigente, incluindo Código Tributário e outras normas tributárias, contudo, tais serviços são estranhos ao escopo do objeto do certame, pois análise de legislação está adstrita ao campo do trabalho puramente intelectual, sendo por isso serviço distinto da contratação de licença e uso de software.

Ressalta-se ainda que se mostra irregular a falta de qualquer especificação no edital da abrangência do termo “análise de legislação tributária”, uma vez que sem este tipo de especificação ficará difícil para a futura contratada fazer o dimensionamento de da quantidade de profissionais especializados em direito tributário serão necessários para dar conta desta análise legislativa.

Os Tribunais de Controle Externo tem criticado a aglutinação de serviços distintos no mesmo objeto, notadamente, licença de uso de software e assessoria tributária. Nesse sentido, quando do julgamento do **processo nº. 573.989.13-4**, Plenário do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, acolhendo voto proferido pela Douta Conselheira Cristiana de Castro Moraes, determinou a anulação de procedimento licitatório com falha semelhante:

“(…) a divisão do objeto é medida que prestigia a ampla competitividade, conforme §1º do artigo 23 da Lei nº 8.666/93, devendo a Administração conceber certames distintos, um destinado a aquisição de licenças de uso de softwares e outro voltado à contratação da consultoria necessária à recuperação de ativos que pretende, sendo de rigor se determinar a anulação do procedimento, nos termos do artigo 49 do referido diploma legal.(…)

Portanto, se a Municipalidade de Pouso Alegre tinha intenção de contratar juntamente com a licença e uso de software o serviço de assessoria tributária deveria ter feito em dois lotes, cumprindo assim os ditames legais.

A vista do todo exposto, é mister que a Municipalidade esclareça o que significa o serviços de análise de legislação tributária, bem como sua abrangência no presente pregão, sendo após, a vista da clara aglutinação de serviços distintos o fracionamento do objeto em mais de um lote.

III- DO PEDIDO

Pelo exposto, requer-se inicialmente a suspensão, no estado em que se encontra do **PREGÃO PRESENCIAL Nº 87/2018.**, promovido pela Prefeitura Municipal de Pouso Alegre, para posterior análise da presente Impugnação.

No mérito, requer sejam determinadas as pertinentes correções relatadas no corpo da presente Impugnação, por restringir o caráter competitivo da licitação (inciso I, §1º do artigo 3º da Lei Federal nº 8.666/93), infringindo, assim, o processo licitatório e os princípios constitucionais que os norteia.

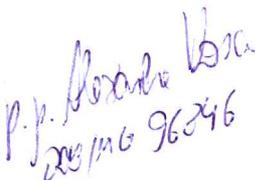
Por fim, requer que todas as intimações sejam realizadas exclusivamente em nome dos advogados abaixo indicados no endereço eletrônico brunodacostarossin@outlook.com, sob pena de nulidade.

Termos em que,
pede deferimento.

São Paulo, 03 de dezembro de 2018.


BRUNO DA COSTA ROSSIN

OAB/SP 400.874


P. P. Roxo
2018/12/03 96346