

ILUSTRÍSSIMO SENHOR PREGOEIRO DO MUNICÍPIO DE IRATI/SC

Processo Administrativo nº 092/2023

Edital de Pregão Presencial nº 049/2023

BETHA SISTEMAS LTDA., sociedade constituída sob a forma de responsabilidade limitada, sediada na Rua Júlio Gaidzinski, nº 320, bairro Pio Corrêa, em Criciúma/SC - CEP 88811-000, inscrita no CNPJ sob o nº 00.456.865-0001/67, regularmente representada, vem respeitosamente à presença Vossa Senhoria, nos termos em que lhe autoriza a Lei Federal n. 8.666/93, para apresentar

IMPUGNAÇÃO ADMINISTRATIVA

face aos termos do edital supramencionado, o que faz consoante as razões de fato e de direito adiante expostas:

1. Da tempestividade da impugnação

O presente pedido de impugnação ao Edital é tempestivo, conforme previsão do Edital, senão vejamos:

7.1 - Até 02 (dois) dias úteis ANTERIORES da data fixada para recebimento das propostas, qualquer pessoa física ou jurídica poderá solicitar esclarecimentos, providências ou impugnar o ato convocatório do presente Pregão.

Observando-se a forma de contagem dos prazos prevista no artigo 110 da Lei n. 8.666/1993, considerando, ainda, que a data fixada para abertura dos envelopes será o dia 03 de outubro de 2023, tem a requerente até o dia 29 de setembro de 2023 para apresentar a impugnação, para que seja tempestiva.

Assim sendo, considerando que o presente peticionamento fora apresentado em 28 de setembro de 2023, o mesmo é plenamente tempestivo.

2. Do recebimento da impugnação via correio eletrônico

O edital menciona, no item 7.4, a possibilidade de apresentação da impugnação via e-mail, nos seguintes termos:

*7.4. Os recursos e contrarrazões de recurso, bem como impugnação ao Edital, **caso a licitante não opte pelo envio por e-mail**, deverão ser dirigidos ao Pregoeiro, protocolados junto ao Setor de Protocolo da Prefeitura, localizado no endereço do preambulo do Edital, em dias úteis, no horário de funcionamento da Prefeitura.*

(grifo nosso)

Portanto, verifica-se a previsão em edital para que a impugnação seja apresentada via e-mail, atendendo ao Princípio da Economicidade dos Atos da Administração Pública.

Nesse mesmo sentido, há entendimento consolidado do Tribunal de Contas da União (Acórdão 357/2015-Plenário), quando instrui que a Administração Pública deve pautar-se pelo princípio do formalismo moderado:

No curso de procedimentos licitatórios, a Administração Pública deve pautar-se pelo princípio do formalismo moderado, que prescreve a adoção de formas simples e suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados, promovendo, assim, a prevalência do conteúdo sobre o formalismo extremo, respeitadas, ainda, as praxes essenciais à proteção das prerrogativas dos administrados.

(grifo nosso)

Desta feita, não há óbice para que a Administração receba a presente Impugnação na forma eletrônica via e-mail, na escolha por este expediente.

3. Dos abusos e ilegalidades

A Prefeitura Municipal de Irati/SC publicou o Edital de Licitação do Pregão Presencial nº 049/2023, com data de abertura prevista para 03 de outubro de 2023, às 9h, tendo como objeto a “Contratação, de empresa especializada para fornecimento de sistema de gestão pública integrada, no modo de licenças de uso de programas, sem limite de usuários. Inclui ainda serviços complementares necessários ao funcionamento do sistema, como migração de dados, implantação, parametrizações e configurações, treinamento de usuários, suporte técnico, manutenção corretiva, legal e evolutiva, bem como hospedagem da solução em data center,

conforme especificações, quantitativos e condições estabelecidas nos Anexo I e conforme condições constantes deste Edital”.

Por vezes ocorre que a Administração Pública comete excessos ou desvirtuamentos, situação que se afigura no caso em apreço e é com esta motivação que a Peticionária vem requerer a revisão dos termos editalícios, posto que possui características que restringem a competitividade.

Ao analisar o edital e seus anexos, constata-se a existência de exigências que **comprometem a lisura e a seriedade do certame**, inclusive, são passíveis de caracterização de crimes contra a Lei de Licitações, além de se amoldar às condutas configuradoras de atos de improbidade administrativa.

A seguir são apresentados os apontamentos que infringem a Constituição Federal, a Lei, os princípios gerais do Direito Administrativo, a doutrina e a jurisprudência que regem os procedimentos licitatórios, influenciando diretamente na restrição da competitividade e consequente restrição à participação de eventuais interessados no Pregão Presencial nº 049/2023.

3.1 Do Edital de Pregão Presencial nº 036/2022 - Suspenso em 31/10/2022

Em 24 de agosto 2022 a Administração Municipal publicou o Edital de Pregão Presencial nº 036/2022, cujo objeto é **idêntico** ao objeto da contratação do edital vigente (049/2023), como pode ser observado no quadro abaixo:

Edital nº 049/2023	Edital nº 036/2022 – <u>SUSPENSO</u>
<i>Contratação, de empresa especializada para fornecimento de sistema de gestão pública integrada, no modo de licenças de uso de programas, sem limite de usuários. Inclui ainda serviços complementares necessários ao funcionamento do sistema, como migração de dados, implantação, parametrizações e configurações, treinamento de usuários, suporte técnico, manutenção corretiva, legal e evolutiva, bem como hospedagem da solução em data center, conforme especificações, quantitativos e condições estabelecidas nos Anexo I e conforme condições constantes deste Edital.</i>	<i>Contratação de empresa especializada para fornecimento de sistema de gestão pública integrada, no modo de licenças de uso de programas, sem limite de usuários. Inclui ainda serviços complementares necessários ao funcionamento do sistema, como migração de dados, implantação, parametrizações e configurações, treinamento de usuários, suporte técnico, manutenção corretiva, legal e evolutiva, bem como hospedagem da solução em data center, conforme especificações, quantitativos e condições estabelecidas nos Anexo I e conforme condições constantes deste Edital.</i>

Convém registrar que a municipalidade possui contrato vigente estabelecido com esta impugnante – Contrato nº 083/2021 – originário do Edital de Pregão Presencial nº 53/2021, cuja **vigência** pode ser prorrogada **até 17/11/2025**.

No entanto, ainda no ano de 2022, a entidade publicou o primeiro edital de licitação para a contratação do mesmo objeto, edital este eivado de vícios – indícios de direcionamento e restrição da competitividade – razões pelas quais o processo de contratação foi **suspenso em 31/10/2022** por meio do Decreto Municipal nº 239/2022.



Estado de Santa Catarina
MUNICÍPIO DE IRATI

DECRETO Nº 239/2022

DISPÕE SOBRE A SUSPENSÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 088/2022, MODALIDADE PREGÃO PRESENCIAL Nº 036/2022, DO MUNICÍPIO DE IRATI E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS.

NEURI MEURER, Prefeito Municipal de Irati – Estado de Santa Catarina, no uso de suas atribuições que lhe confere o artigo 071, Inciso IV da Lei Orgânica Municipal,

CONSIDERANDO, determinação expressa do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina, Processo @REP 22/80074880,

DECRETA

Art. 1º. Fica suspenso o Processo Administrativo de Licitação nº **088/2022**, Modalidade Pregão Presencial nº 036/2022, emitido pelo Município de Irati/SC.

Art. 2º. A suspensão acontecerá até o julgamento final do Processo em epígrafe, que se encontra em andamento desde 19.10.2022.

Art. 3º. Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação, revogando-se as disposições em contrário.

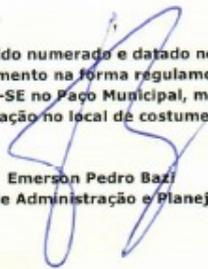
Gabinete do Prefeito em 31 de outubro de 2022.



NEURI MEURER

Prefeito

Conferido numerado e datado neste Departamento na forma regulamentar. **PUBLIQUE-SE** no Paço Municipal, mediante afixação no local de costume.


Emerson Pedro Bazi
Assessor de Administração e Planejamento

Certifico que este documento foi afixado no Mural Público conforme Portaria 069/2017, nesta data: 31/10 /2022. Publicação

Nº 403 /2022.


Mauricio Eduardo Zanella
Responsável p/ publicação

Em setembro do corrente ano, novamente a municipalidade apresenta edital de contratação, com algumas alterações nas características em relação ao certame suspenso de 2022, porém, **mantendo condições restritivas da competitividade** como passaremos a expor a seguir.

O Edital nº 036/2022 previa a contratação de datacenter, no item 7 da Proposta de Preços, com valor mensal de locação, e este item constou em impugnação apresentada à época, tendo sido rechaçado pelo Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina em manifestação em sede de Representação (Processo @REP 23/80044737 – Município de Catanduvas), referente ao Pregão Eletrônico nº 0017/2023, condenando a cobrança separada por componentes de datacenter:

Nesse sentido, **quando um provedor de SaaS implementa a cobrança separada por componentes de datacenter, isso pode resultar em um aumento da complexidade na administração de custos** e ir de encontro o conceito de simplicidade e previsibilidade de gastos, características comumente associadas ao modelo SaaS.

Em resumo, **ao contratar um software como serviço, a cobrança por itens de datacenter não é considerada apropriada**, pois contraria a ideia central do modelo SaaS, que propõe a entrega de um serviço integral, abarcando inclusive a infraestrutura, como parte de uma única taxa de assinatura.

Portanto, a utilização do modelo de Software como Serviço (SaaS) visa oferecer uma forma simplificada de acessar e operar softwares. Uma das grandes vantagens deste modelo é a delegação da responsabilidade sobre a infraestrutura física, incluindo o datacenter, ao fornecedor do serviço.

Dessa forma, **esta área técnica entende que a irregularidade relacionada à cobrança pela administração do fornecimento de datacenter ainda persiste**.

Ao verificar a manifestação do TCE/SC reprovando a cobrança pelo serviço de datacenter, o Município retirou no Edital nº 049/2023 tal previsão, para que supostamente o edital atual pudesse ter suas características atendidas pelo mercado de licenciamento de software, o que não é verdade, como apresentaremos em sequencia, a exemplo do atendimento de 100% do Padrão Tecnológico, sem oferecer qualquer margem de adaptação durante o período de implantação dos sistemas, o que é claramente restritivo da competitividade; ainda existe a exigência de backup em formato DUMP; e a previsão de serviços de demanda técnica com valor zerado (cortesia).

Ou seja, ainda que as características técnicas do Edital nº 049/2023 sejam pouco diferentes do Edital nº 036/2022, ainda persistem condições limitadoras da ampla concorrência, salutar às contratações públicas.

3.2 Das exigências injustificadas de Performance na Prova de Conceitos

Verifica-se no item 3.10.1 do Termo de Referência a faculdade que compete à Administração Pública de submeter a solução ofertada a uma avaliação de conformidade, mediante AMOSTRA do objeto ofertado:

*3.10.1 Definido um vencedor da disputa de lances e este sendo habilitado após análise de sua documentação, **é facultado a Administração, caso seja de seu interesse, submeter a solução ofertada a uma avaliação de conformidade, mediante AMOSTRA do objeto ofertado**, conforme Instrução Normativa nº 04/2014, da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação SLTI do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão – MPOG e orientações da Nota Técnica nº 04/2008/TCU, visando dar segurança a contratação, conforme preconizado na Lei de Licitações.*

(grifo nosso)

E continua com exigências injustificadas conforme item 3.10.17:

*3.10.17 A Avaliação da Amostra do Objeto consistirá consiste na validação dos requisitos mínimos exigidos no Termo de Referência quanto a três aspectos fundamentais da solução ofertada: **a) Padrão Tecnológico e de Segurança; b) Requisitos Específicos por Módulo de Programas. Caso a solução ofertada não atenda 100% dos requisitos relacionados ao Padrão Tecnológico e de Segurança, não se passará a etapa de Avaliação dos Requisitos Específicos por módulos de Programas, sendo automaticamente reprovada, por princípio de economicidade, celeridade e utilidade do procedimento.***

(grifo nosso)

No item acima o edital requer **atendimento de 100% dos requisitos do Padrão Tecnológico**. Ora, atendimento de 100% seria justificável no caso de existirem de fato somente normas gerais de Padrão Tecnológico, as regras estruturantes, mas não é o que ocorre neste caso, que contempla regras secundárias, regras tão específicas cuja única finalidade é afastar demais empresas licitantes.

Estamos diante de um funil ilegal e viciado, que apresenta requisitos que aparentam ser de total irrelevância para o processo licitatório em questão. Tal exigência de padrão tecnológico, unicamente tem o objetivo de desviar a finalidade da licitação, permitindo a vitória de empresa determinada.

Resta que, o poder discricionário da Administração Pública não é absoluto, tendo em vista que a legislação brasileira fixa os limites de atuação dos agentes públicos. Ao valer-se do poder discricionário, esta municipalidade deve estar pautada na liberdade de escolha, conveniência e oportunidade, efetuando suas escolhas dentro do que permite o ordenamento jurídico, sob pena de agir com arbitrariedade.

Sobre o tema, importante frisar o que leciona o jurista Hely Lopes Meirelles “*Discricionariedade é a liberdade de ação administrativa, dentro dos limites permitidos em lei*”. Desta feita, os itens aqui descritos tratam de evidentes ilegalidades do ato convocatório, merecendo o mesmo ser reformado.

3.3 Da exigência de fornecimento de backup em formato DUMP

O ato convocatório, por meio do ANEXO VII, na Minuta de Contrato de Prestação de Serviços, estabelece como uma obrigação da Contratada o fornecimento de backup em formato restaurável:

Sub-Cláusula 6.4 – Obrigações da CONTRATADA:

6.4.1. *Constituem obrigações da CONTRATADA, dentre outras inerentes ou decorrentes deste Contrato:*

(...)

i. *fornecer mecanismo para monitoramento e download de cópia dos dados, no formato **DUMP RESTAURÁVEL** do próprio SGBD, a ser realizado por usuário do quadro da CONTRATANTE com conhecimento técnico e expressamente autorizado;*

j. *fornecer o Banco de Dados utilizado, bem como as licenças para esta CONTRATANTE, caso seja necessário, face a necessidade de manter banco de dados local em execução, com dados obtidos por meio de restore do arquivo de **backup DUMP**, fornecido;*

k. *após a rescisão do contrato, **fornecer backup DUMP RESTAURÁVEL** e senhas necessárias para acesso completo aos dados;*

(grifo nosso)

Inicialmente, sob este aspecto, convém destacar que os dados são armazenados em formas e colunas, havendo a possibilidade de sua exportação em diversos formatos.

Logo, o formato mais indicado para o fornecimento de backup é através de formato de texto, sendo ele considerado como de fácil compreensão, que permite a qualquer terceiro abrir o documento de texto sem dificuldades em interpretar a leitura dos dados.

O formato com que o backup é disponibilizado não afeta a Administração Pública, mas sim a empresa que o disponibiliza, isso se, disponibilizado em formato que a exponha.

Ao exigir o fornecimento de “backup DUMP RESTAURÁVEL”, fica explícita à exposição das tecnologias das Proponentes, considerando que ao final do contrato, a Contratada se verá obrigada a disponibilizar a modelagem de seus softwares, ou seja, a forma com que estes foram estruturados, divulgando informação até então, análoga ao segredo industrial.

O tema em questão foi alvo de recente discussão processual entre a Impugnante e o Município de Garopaba, visto que este, através de Ação de Obrigação de Fazer c/ Pedido Liminar, requer que a Impugnante a disponibilize backup em formato DUMP restaurável à Entidade, e aqui vale ressaltar o decidido pela 4ª Câmara de Direito Público:

Registre-se, ademais, que a matéria em discussão possivelmente avança sobre proteção da propriedade intelectual de programa de computador, haja vista que trata de "programação", "modelagem de base de dados" e "código-fonte", particularidade que deve ser examinada com precaução sob as luzes da norma de regência.

Tal premissa torna-se verdadeira, quando se verifica que o formato "Dumps de bancos de dados normalmente são publicados por software livre e projetos de conteúdo livre, para permitir reuso ou bifurcação de banco de dados".

*(https://pt.wikipedia.org/wiki/Dump_de_banco_de_dados). **Não são, portanto, disponibilizados livremente em sistemas/programas informatizados com códigos-fonte fechados e que tenham valor comercial, como é o caso do objeto licitado.***

*Nessa ambiência, revela-se prudente o deferimento do efeito suspensivo pleiteado, ante a presença de plausibilidade do direito aventado, sobretudo **quando existem indícios de que o requerimento do ente público possa violar a Lei n. 9.609/1998.***

(grifo nosso)

Como já dito, o fornecimento de backup em formato de texto não viola qualquer diploma legal, ou impede que a Administração realize a conversão do sistema, logo, a exigência em formato DUMP restaurável interfere diretamente na solução das Proponentes, ferindo a propriedade intelectual, conforme recente decisão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina supracitada, devendo tal item ser reformado.

3.4 Dos serviços sob demanda técnica não possuírem valor determinado e serem previstos como “cortesia”

O objeto da presente contratação é a prestação de serviços técnicos e fornecimento de software para a gestão pública da Prefeitura Municipal, do Fundo Municipal de Saúde e da Câmara de Vereadores de Irati/SC. Os itens a serem contratados estão contemplados no Anexo II – Termo de Referência, em Lote Único, de acordo com descritivo constante nas páginas 24 e seguintes do Termo de Referência.

Na página 24 do Termo de Referência, item 2, denominado **Serviços sob demanda (Reserva técnica)**, são apresentadas especificações técnicas nos seguintes termos:

2	SERVIÇOS SOB DEMANDA (RESERVA TÉCNICA)				
2.1	Serviços de atendimento técnico e outros não incluídas atividades de personalização e customização de softwares.	100	Hora	cortesia	cortesia
2.2	Serviços de personalização e customização de softwares e serviços correlatos.	100	Hora	cortesia	cortesia
Subtotal Item 2				cortesia	cortesia

São previstas 100 horas técnicas em serviços de atendimento técnico e outros não incluídas atividades de personalização e customização de softwares bem como 100 hora

técnicas para serviços de personalização e customização de softwares e serviços correlatos, ambos os serviços com **valor zerado**, ou melhor, como **cortesia**.

Diante de tal previsão, muitos questionamentos surgem:

1) Para atender ao edital, as empresas fornecedoras interessadas em participar deste certame deverão arcar com os custos de horas técnicas durante os 48 meses de contrato?

2) Quão onerosa será esta contratação para a empresa fornecedora que idoneamente apresenta orçamento para atender ao objeto da contratação?

Tal previsão infringe claramente ao princípio da competição ou da ampla disputa, norteadores da elaboração do ato convocatório e de sua interpretação que se relaciona com a competitividade, com foco nas cláusulas da igualdade de condições a todos os concorrentes.

Tal norma de Direito Administrativo está fundamentada no princípio da livre concorrência (inciso IV do art. 170 da Constituição Federal). Assim, como a lei reprime o abuso do poder econômico que vise à denominação dos mercados e a eliminação da concorrência, a lei e os demais atos normativos não podem limitar a competitividade na licitação.

Destaca-se que é vedado aos agentes públicos admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, 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 (§ 1º, do art. 3º, da Lei nº 8.666/93).

Ainda, o inciso II do mesmo parágrafo possui resquício dessa vedação ante a proibição de se estabelecer tratamento diferenciado de natureza comercial, legal, trabalhista, previdenciária ou qualquer outra entre empresas brasileiras e estrangeiras.

Conforme o Tribunal de Contas, não se admite a discriminação arbitrária na seleção do contratante, sendo insuprível o tratamento uniforme para situações uniformes, tendo em vista que a licitação se destina a garantir não só a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração, como também a observância do princípio constitucional da isonomia (Acórdão 1631/2007 Plenário).

Dessa forma, qualquer exigência qualitativa ou quantitativa que, de algum modo, sob qualquer ângulo, restrinja a competitividade deve ser rechaçada. Inclusive, a mera omissão de informações essenciais poderá ensejar a nulidade do certame, como já deliberou o TCU (Acórdão 1556/2007 Plenário).

O que se vislumbra nesta restrição à competitividade, além do favorecimento a somente uma empresa do mercado de software, implica que, inevitavelmente, somente esta empresa participará deste certame, eis que somente uma empresa atende à tais exigências. Merece o edital ser reformado ou mesmo anulado, a fim de solucionar os vícios supramencionados.

4. Dos pedidos

Ante o exposto, considerando que pairam sob este processo, ilegalidades, passíveis de sua imediata suspensão, tal como apontadas acima, confia-se que sejam sopesadas e, assim, que se declare, por decisão fundamentada, a suspensão integral do certame, e consequentemente sua anulação.

Por cautela, na remota hipótese de ver ultrapassado o requerimento

acima, a presente Impugnação aponta uma variedade de outras peculiaridades que impõem também a sua imediata suspensão e, se assim entendido, a retificação do certame, com a efetiva e substancial correção das regras editalícias aqui resistidas, para extirpar qualquer nuance que limite a ampla participação de fornecedores.

Ao final, ressalta-se que em caso de indeferimento desta impugnação, a Peticionária não terá outra alternativa senão levar ao conhecimento do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina e Ministério Público as ilegalidades aqui cometidas.

Nesse sentido, requer e confia no integral deferimento da presente Impugnação, com a devida anulação do presente Edital em face dos vícios insanáveis.

Criciúma, 28 de setembro de 2023.

Matias Meier
Gerente da Filial Chapecó
Betha Sistemas Ltda
CNPJ 00.456.865/0001-67

Fábia Aparecida Aigner
Advogada
OAB/SC 24.771

Assinantes

Veracidade do documento



Documento assinado digitalmente.
Verifique a veracidade utilizando o QR Code ao lado ou acesse o site **verificador-assinaturas.plataforma.betha.cloud** e insira o código abaixo:

6MX**L3M****Y21****NVP**