

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR CONSELHEIRO PRESIDENTE DO
TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS - TCEMG.**

**URGENTE: DATA PREVISTA PARA ABERTURA DO CERTAME: 03 de SETEMBRO
de 2020.**

**DENUNCIANTE: EICON CONTROLE INTELIGENTE DE NEGÓCIOS LTDA
DENUNCIADA: PREFEITURA MUNICIPAL DE CORONEL FABRICIANO – MG.
PREGÃO PRESENCIAL Nº 029/2020**

EICON CONTROLE INTELIGENTE DE NEGÓCIOS LTDA., pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ: 53.174.058/0001-18, com sede na rua Bom Pastor, 2.732 - Sala 87, Torre Norte, Ipiranga - São Paulo - SP, CEP: 04203-003, por seu advogado que ao final subscreve, endereço de e-mail: juridico@tecnogroup.com.br, vem respeitosamente à presença de Excelência apresentar:

**REPRESENTAÇÃO/DENÚNCIA COM PEDIDO DE CONCESSÃO DE MEDIDA
LIMINAR**

Em face do edital do **PREGÃO PRESENCIAL Nº 029/2020**, oriundo do **PROCESSO DE COMPRA N.º: 256/2020**, promovido pela **PREFEITURA MUNICIPAL DE CORONEL FABRICIANO** com fundamento artigo 113, §1º, da Lei Federal nº 8.666/93, combinado com os **arts. 60 e 61 da Lei Orgânica do TCE-MG, bem**

como nos art. 219, e 221, §§ 1º e 2º do Regimento Interno do TCE-MG, pelos motivos fático, jurídicos e técnicos a seguir expostos:

I – DA CONTRATAÇÃO PRETENDIDA PELO EXECUTIVO MUNICIPAL DE CORONEL FABRICIANO - MG.

A Prefeitura Municipal de Coronel Fabriciano, com a finalidade de efetivar a contratação de *“cessão de direito de uso de software, 100% acessível via web, incluindo treinamento e suporte técnico, para realização da gestão, monitoramento e auditoria da apuração do valor adicionado municipal – VAF, por um período de 12 meses, conforme especificações técnicas descritas neste termo, tendo como fonte de receita: Recursos Ordinários.”*, cujo tipo de licitação, com data de abertura e recebimento dos envelopes agendada para o dia 03 de setembro de 2020.

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 (TCE-MG), 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

¹ Licitação e Contrato Administrativo. Ed. Malheiros, 2ª ed. p. 19.
Página 4 de 41

pena de pôr em risco a globalidade do ordenamento jurídico.” [Grifei]

Ademais, a legalidade, princípio que orienta todo o ordenamento jurídico pátrio, deve acompanhar todos os atos que emanam da Administração Pública, o que significa dizer que o Executivo Municipal de Coronel Fabriciano 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”. [Grifei]

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

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

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:

2. I – DA IRREGULAR AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO TÉCNICA E JURÍDICA PARA VEDAÇÃO DA PARTICIPAÇÃO DE CONSÓRCIOS NO PRESENTE CERTAME;

2. II – DA ILEGAL VEDAÇÃO DE PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL. ILEGAL É A PALAVRA “CERTIDÃO NEGATIVA”. INOBSERVÂNCIA DA JURISPRUDÊNCIA DO STJ, TCE-MG E TCU;

2. III – DA AGLUTINAÇÃO DE LICENCIAMENTO E USO DE SOFTWARE E DATACENTER.

2. IV – AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DA PARCELA DE MAIOR RELEVÂNCIA.

2. V – DAS IRREGULARIDADES TÉCNICAS VERIFICADAS.

Desta forma, vem a ora Impugnante, tempestivamente, através deste arrazoadado, demonstrar, relatar e apontar a Vossa Senhoria, de forma pormenorizada, todos os itens acima elencados que contaminam o Edital do Pregão Presencial nº 029/2020, retirando sua desejada e necessária legalidade.

Oportuno registrar, ainda, que a Administração Pública de Coronel Fabriciano ao prosseguir com o certame da forma como se encontra não estará observando a tríplex 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 029/2020.

2.1 – DA IRREGULAR AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO TÉCNICA E JURÍDICA PARA VEDAÇÃO DA PARTICIPAÇÃO DE CONSÓRCIOS NO PRESENTE CERTAME.

Ilustre Julgado como é sabido a regra geral do processo licitatório é a ampla competitividade, tendo em vista que a finalidade da licitação não é o procedimento em si, mas a seleção da proposta mais vantajosa.

Em um mundo restrito de Licitantes dificilmente a Administração conseguiria concretizar àquela tripla finalidade do processo licitatório, quais sejam: *(i)* Garantir a observância do princípio constitucional da isonomia; *(ii)* Garantir seleção da proposta mais vantajosa para a administração; *(iii)* promoção do desenvolvimento nacional sustentável. Tudo isso respeitando aos princípios da legalidade, eficiência, moralidade, impessoalidade, isonomia entre outros.

Por conta de todo este arcabouço principiológico e finalista que não é possível admitir que no bojo do instrumento convocatório, que no dizer do saudoso

Doutrinador Hely Lopes Meirelles, “é lei entre as partes”, haja previsões ilegais ou que atentem contra o princípio da ampla competitividade.

Acerca deste princípio o Ilustre Relator Ministro do Tribunal de Contas da União (TCU), Augusto Nardes, consignou que:

“Por outro lado, a igualdade de condições nas licitações é princípio de estatura constitucional (art. 37, XXI, CF). Deste princípio geral decorre o da competitividade, previsto no mesmo dispositivo constitucional (somente serão permitidas ‘as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações’) e no § 1º, inc. I, art. 3º da Lei 8.666/93. Por isso, a competição não poderá ser restringida, sob pena de nulidade de todo o procedimento licitatório. Portanto, as exigências previstas na fase de habilitação não podem ser tais a ponto de impedir a participação daqueles que teoricamente estariam aptos a prestar o serviço ou executar a obra. (...)”. Concordando com a instrução, considerou o relator “procedente a alegação da representante, pois não houve proporcionalidade entre o objeto do certame e a quantidade de experiência exigida aos licitantes”³. [Grifei]

Pois bem, a vista de tudo isso, resta claro que o edital do Pregão Presencial nº 029/2020, promovida pela Prefeitura Municipal de Coronel Fabriciano

³ Acórdão 93/2015 – Relator: Ministro Augusto Nardes, Tribunal de Contas da União, Brasil.

está eivado de cláusulas e itens que restringem a ampla competitividade e por isso merece reparos e correções.

Mui Digno Julgador um destes itens que merecem reparos é a vedação a participação de empresas reunidas em consórcios no presente certame. Pedimos *vênia* para colacionar os itens que trazem tal vedação:

2.2 Não será admitida nesta licitação a participação de:

*2.2.1. **Consórcios de empresas, qualquer que seja sua forma de constituição**; [Grifei]*

Conforme visto, tal item restringe a participação de empresas reunidas em consórcio, todavia **sem fundamentar os motivos que levaram à Administração a entender que a participação de empresas consorciadas pudesse comprometer a execução do objeto do certame ou fosse impertinente.**

Na verdade, lendo o objeto do presente pregão presencial percebemos que é possível que mais de uma empresa poderá executar conjuntamente o presente contrato. Por essa razão, não é possível, pura e simplesmente, fazer uma exclusão dos consórcios.

Pedimos novamente *vênia* para colacionar o objeto do certame:

OBJETO: Cessão de direito de uso de software, 100% acessível via web, incluindo treinamento e suporte técnico, para realização da gestão, monitoramento e auditoria da apuração do valor

adicionado municipal – VAF, por um período de 12 meses, conforme especificações técnicas descritas neste termo, tendo como fonte de receita: Recursos Ordinários. [Grifei]

Lendo o termo de referência resta claro que não se trata tão somente de contratação de software dito de prateleira, ou contrário, trata-se de verdadeira contratação de desenvolvimento de software para a Municipalidade Licitante.

Igualmente impede informar que não haverá possibilidade que qualquer tipo de subcontratação de quaisquer serviços, ora contratado, o que faz com que o presente edital seja ainda mais irregular do ponto de vista jurídico.

Veja que para haver subcontratação é necessário haver por parte da Administração autorização, contudo, a própria Administração de antemão já está vedando a possibilidade de parte do objeto ser subcontratado.

Por conseguinte, tal vedação ofende o princípio da competitividade e restringe que empresas que produzem softwares possam ser consorciar e participarem do presente certame.

Por fim, é sabido que há o entendimento de que a previsão de participação de consórcios no certame é uma decisão discricionária da Administração, contudo, mesmo os atos discricionários devem ser fundamentados, pois não são meros frutos da vontade do Administrador, mas de uma escolha que envolve o interesse público. Na esteira deste entendimento é possível colacionar entendimento do Colendo Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, que DENÚNCIA N. 911645, de relatoria do Conselheiro DURVAL ÂNGELO, vejamos:

DENÚNCIA N. 911645 Denunciante: *Marcela Alexandrina Rodrigues Silva* Denunciada: *Prefeitura Municipal de Itabira* Responsáveis: *Damon Lázaro de Sena e Roberto Ferreira de Alencar* Interessados: *Eponina Matilde Bragança Silva, Robinson Mendes Felix* Procurador: *Alfredo Lage Drummond, OAB/MG 113.919* MPTC: *Maria Cecília Borges* RELATOR: **CONSELHEIRO DURVAL ÂNGELO** EMENTA **DENÚNCIA. CONCORRÊNCIA. CONTRATAÇÃO DE EMPRESA PARA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE LOCAÇÃO DE VEÍCULOS. APONTAMENTOS IMPROCEDENTES: AUSÊNCIA DE NUMERAÇÃO E ASSINATURA; AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DE AUTORIDADE SUPERIOR; PRAZO DE EXECUÇÃO PARA ALÉM DO EXERCÍCIO FINANCEIRO; É IRREGULAR O PROJETO BÁSICO QUE ESTABELEÇA MELHORES PROCEDIMENTO TÉCNICOS QUANDO NÃO SE TRATAR DE OBRA OU SERVIÇOS DE ENGENHARIA; EXIGÊNCIA DE GARAGEM NO MUNICÍPIO; ESTIPULAÇÃO DE PRAZO PARA QUE DIRIGENTES OU RESPONSÁVEIS TÉCNICOS DAS LICITANTES TENHAM SE DESVINCULADO DA ADMINISTRAÇÃO; EXIGÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE ATIVIDADE OU DE APTIDÃO COM LIMITAÇÕES DE TEMPO OU DE ÉPOCA; PRORROGAÇÃO DO CONTRATO SEM FUNDAMENTO LEGAL. AUSÊNCIA DE CLÁUSULAS RELATIVAS À LEI COMPLEMENTAR N. 123/2006 E VEDAÇÃO À PARTICIPAÇÃO DE CONSÓRCIOS. APONTAMENTOS PROCEDENTES: EXIGÊNCIA DE VÍNCULO EMPREGATÍCIO DO CONDUTOR COM A EMPRESA;**

RESTRIÇÃO À PARTICIPAÇÃO DE COOPERATIVAS;
RESTRIÇÕES IMPERTINENTES OU IRRELEVANTES
PARA A OBTENÇÃO DO OBJETO LICITADO;
INSUFICIÊNCIA DO PROJETO BÁSICO; AUSÊNCIA DE
PLANILHA DE PREÇOS UNITÁRIOS E AUSÊNCIA DE
JUSTIFICATIVA PARA A CONTRATAÇÃO DO OBJETO
DO CERTAME. DENÚNCIA PARCIALMENTE
PROCEDENTE. APLICAÇÃO DE MULTA.

[...]

13) Embora a aceitação ou não de empresas em consórcio na licitação seja um ato discricionário da Administração contratante (art. 33 da Lei n. 8.666/93), a decisão restritiva deve ser justificada no processo licitatório. [Grifei]

O Conselheiro Gilberto Diniz, Relator do **Processo n. 859.159**, entendeu que a Administração deve sempre motivar a sua opção por não permitir a participação de empresa consorciadas. Vejamos:

No entanto, embora esteja no âmbito da discricionariedade da Administração, o Poder Público não está liberado para decidir pela vedação da participação de empresas em consórcio, tornando-se necessário que do processo licitatório conste justificativa plausível da sua escolha, conforme vem se sedimentando a jurisprudência, baseada no entendimento do TCU, exarado no Acórdão n. 1102/2009 - 1ª Câmara, com o seguinte teor: Necessidade de justificativa para a vedação da participação de consórcios em licitações. Mediante o Acórdão n. 1.102/2009-1ª Câmara, foi expedida

determinação à Companhia Docas de Imbituba com o seguinte teor:

"1.5.1.1. se abstenha de vedar, sem justificativa razoável, a participação de empresas em consórcio, de modo a restringir a competitividade do certame, contrariando o art. 3º da Lei n. 8.666/1993". Contra essa determinação, a entidade interpôs pedido de reexame, sob o argumento de que a interpretação do Tribunal estaria equivocada. O relator acompanhou a manifestação da unidade técnica, para a qual a conduta censurada, objeto da determinação, não fora a vedação da participação de empresas reunidas em consórcio, uma vez que tal decisão encontra-se no campo discricionário do administrador, mas sim a ausência de justificativa razoável para a vedação. A fim de expressar com exatidão o entendimento do Tribunal sobre a matéria, o relator propôs – e a Primeira Câmara acolheu – o provimento parcial do recurso, conferindo ao subitem 1.5.1.1 do acórdão guerreado a seguinte redação:

"caso seja feita a opção por não permitir, no edital do certame, a participação de empresas na forma de consórcios, considerando a faculdade constante do art. 33, caput, da Lei n. 8.666/1993, justifique formalmente tal escolha no respectivo processo administrativo da licitação." [Grifei]

Sendo assim, é possível afirmar que no edital não há nenhuma fundamentação ou motivação, por parte do Administrador, ao vedar a participação

de empresas reunidas em consórcio. Tal motivação deve fazer parte do edital, tendo em vista o princípio da publicidade que também ilumina todo o processo licitatório.

Por tudo isso requer seja tal item do instrumento convocatório corrigido, para que preveja a possibilidade da mais ampla participação de empresas reunidas em consórcio, ou que seja consignado no documento a justificativa técnica e jurídica para a presente vedação.

2. II – DA ILEGAL VEDAÇÃO DE PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL. ILEGAL É A PALAVRA “CERTIDÃO NEGATIVA”. INOBSERVÂNCIA DA JURISPRUDÊNCIA DO STJ, TCE-MG E TCU.

Ilustre julgador, se não bastassem as irregularidades que acima denunciemos, outra ainda chamam atenção desta impugnante, ou seja, a clara vedação a participação de empresa em recuperação judicial ou extrajudicial.

Fazendo a análise do presente edital, nos deparamos com as seguintes restrições no que tange a participação de empresas em recuperação judicial. Vejamos:

10.1.3. Relativa à Qualificação Econômico-financeira:

a) *Certidão Negativa de Falência ou **Concordata**, expedida pelo distribuidor judicial do foro da pessoa jurídica ou Certidão Judicial Cível Negativa, expedido nos últimos 90 dias; [Grifei]*

Lendo os itens acima colacionado resta claro que no presente certame a Administração Pública de Coronel Fabriciano não permitirá que empresa que estejam em recuperação judicial participem do certame, tendo em vista a obrigatoriedade de apresentação de certidão negativa de concordata, que atualmente foi denominada de recuperação judicial com o advento da Lei Federal nº 11.101/2005..

Ora, o princípio da função social da empresa deverá sempre ser privilegiado, tendo em vista que esta produz renda e emprego. Na situação atual, em que muitas empresas se deparam com a crise, estas buscam no processo de recuperação judicial uma possibilidade de sair da crise.

Não seria justo com estas empresas, recorrem a um meio legal, criado para proteger estas empresas e diante de um processo licitatório estas empresas serem ilegalmente excluídas.

Este não é o espírito da Constituição Cidadã de 1988, tanto isso é verdade que o Tribunais Pátrios, tem repetido que é ilegal afastarem estas empresas do certame público. Vemos este entendimento no bojo da **Denúncia 1031209**, de relatoria do Conselheiro WANDERLEY ÁVILA, que entendeu ser ilegal tal restrição, *in verbis*:

DENÚNCIA N. 1031209

Apenso: Denúncia n. 1031482 Denunciantes: Allbrax Consultoria e Soluções em Informática Ltda., e CMM Sistemas de Informação e Serviços Ltda. Partes: Diógenes Lopes Nogueira de Souza Vilela, Fernando Antônio Carvalho Franco, Fernando Meira de Faria, Dalton Leandro Nogueira, Alessandra Nogueira Santos Araújo, Jardel Carlos de Araújo, João Paulo Corradi Vasconcelos, Warlei Eustáquio de Souza, Peter Igor Volf,

Leonardo Lopes Dornas Órgão: Prefeitura Municipal de Itaúna

RELATOR: CONSELHEIRO WANDERLEY ÁVILA

EMENTA

DENÚNCIA. REFERENDO. PREGÃO PRESENCIAL. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS TÉCNICOS ESPECIALIZADOS DE CESSÃO E DIREITO DE USO DE SOFTWARES INTEGRADOS DE GESTÃO PÚBLICA MUNICIPAL. IMPEDIMENTO DE PARTICIPAÇÃO NO CERTAME DE EMPRESAS EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL. PRESENÇA DOS REQUISITOS DA PROBABILIDADE DO DIREITO E DO PERIGO DE DANO. SUSPENSÃO LIMINAR DO CERTAME. DECISÃO MONOCRÁTICA REFERENDADA.

É irregular o impedimento de participação no certame de empresas em recuperação judicial, devendo ser acrescentado no ato convocatório a aceitação de certidão positiva de recuperação judicial. E no caso de empresa enquadrada nesta condição vencer o certame, a Administração deverá proceder a diligências para que a licitante comprove sua capacidade econômico-financeira para assumir o contrato [Grifei]

O entendimento o Ilustre Conselheiro está plena consonância com o entendimento dos demais Tribunais de Controle Externo, que tem repetido e seus julgados, até sumulando a matéria, que é ilegal a vedação de empresa em recuperação, sendo igualmente irregular requerer a apresentação de certidão negativa de recuperação judicial.

Exemplo deste entendimento jurisprudencial que reconhece a ilegalidade da vedação a participação de empresas em recuperação é o do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, que por meio da súmula nº 50, sacramentou seu entendimento. Vejamos:

SÚMULA Nº 50 - Em procedimento licitatório, não pode a Administração impedir a participação de empresas que estejam em recuperação judicial, das quais poderá ser exigida a apresentação, durante a fase de habilitação, do Plano de Recuperação já homologado pelo juízo competente e em pleno vigor, sem prejuízo do atendimento a todos os requisitos de habilitação econômico-financeira estabelecidos no edital. [Grifei]

Ademais, na seara do entendimento jurisprudencial dos Tribunais Superiores, restou consolidado o entendimento do Colendo Superior Tribunal de Justiça (STJ) no sentido de entender ilegal da restrição a participação de empresas em recuperação de certames públicos. Vejamos isto no bojo do **AREsp: 309867 ES 2013**, de relatoria do Ministro Gurgel de Faria:

ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. EMPRESA EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL. PARTICIPAÇÃO. POSSIBILIDADE. CERTIDÃO DE FALÊNCIA OU CONCORDATA. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA. DESCABIMENTO. APTIDÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA. COMPROVAÇÃO. OUTROS MEIOS. NECESSIDADE. 1. Conforme estabelecido pelo Plenário do STJ, "aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas até então pela jurisprudência do

Superior Tribunal de Justiça" (Enunciado Administrativo n. 2). 2. Conquanto a Lei n. 11.101/2005 tenha substituído a figura da concordata pelos institutos da recuperação judicial e extrajudicial, o art. 31 da Lei n. 8.666/1993 não teve o texto alterado para se amoldar à nova sistemática, tampouco foi derogado. 3. À luz do princípio da legalidade, "é vedado à Administração levar a termo interpretação extensiva ou restritiva de direitos, quando a lei assim não o dispuser de forma expressa" (AgRg no RMS 44099/ES, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 03/03/2016, DJe 10/03/2016). **4. Inexistindo autorização legislativa, incabível a automática inabilitação de empresas submetidas à Lei n. 11.101/2005 unicamente pela não apresentação de certidão negativa de recuperação judicial, principalmente considerando o disposto no art. 52, I, daquele normativo, que prevê a possibilidade de contratação com o poder público, o que, em regra geral, pressupõe a participação prévia em licitação.** 5. O escopo primordial da Lei n. 11.101/2005, nos termos do art. 47, é viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica. **6. A interpretação sistemática dos dispositivos das Leis n. 8.666/1993 e n. 11.101/2005 leva à conclusão de que é possível uma ponderação equilibrada dos princípios nelas contidos, pois a preservação da empresa, de sua função social e do estímulo à atividade econômica atendem também, em última análise, ao interesse da coletividade, uma vez que se busca a manutenção da fonte produtora, dos postos de trabalho e dos interesses dos credores.** **7. A exigência de apresentação de certidão negativa de recuperação judicial deve ser relativizada a fim de possibilitar à empresa em recuperação judicial participar do certame, desde que demonstre, na fase de habilitação, a sua viabilidade econômica.** 8. Agravo conhecido para dar provimento ao recurso especial.

(STJ - AREsp: 309867 ES 2013/0064947-3, Relator: Ministro GURGEL DE FARIA, Data de Julgamento: 26/06/2018, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 08/08/2018) [Grifei]

Apresentando, portanto, o plano de recuperação homologado pelo Juízo Competente, não há falar desclassificação por conta da não apresentação de certidão negativa de falência ou recuperação judicial.

Ilustre Julgador, a vista do entendimento pacífico dos Tribunais de Controle Externo e do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, requer seja o item combatido corrigido para preveja o que aduz a súmula 50 do TCE-SP e a **Denúncia nº 1031209** de relatoria do Mui Digno Conselheiro Wanderley Ávila, respeitando o princípio de preservação empresa.

2. III – DA AGLUTINAÇÃO DE LICENCIAMENTO E USO DE SOFTWARE E DATACENTER.

Ilustre julgador, ademais de tudo quanto já noticiamos, o edital do Pregão Presencial nº 029/2020 ainda está eivado de vícios que compromete a formulação de propostas. Estamos denunciando a aglutinação ilegal de cessão de uso de software e infraestrutura datacenter.

Como é possível verificar da leitura atenta do item 9, determina que as licitantes devem possuir um datacenter no qual a solução deverá funcionar. Vejamos:

9. PLATAFORMA

9.1. A solução tecnológica para apuração do VAF deverá funcionar em data center de alta disponibilidade, com balanceamento de carga e contingência operacional, como um serviço (SAAS), onde toda a estrutura

computacional deverá estar disponível com o próprio software (servidores, conectividade, segurança de informações, instalações de versões de quaisquer aplicativos).

9.2. O software aqui especificado deverá ser 100% WEB e executável diretamente a partir dos principais browsers do mercado, fornecendo armazenamento de dados em tecnologia de datawarehouse.

9.3. O sistema deve utilizar o protocolo HTTPS (Hyper Text Transfer Protocol Secure), para transferência de dados na internet de forma segura, com a utilização de um certificado seguro válido SSL (Secure Sockets Layer) emitido por uma Autoridade Certificadora (CA), para garantir a integridade, autenticidade e confidencialidade das informações recebidas e enviadas através do sistema.

Portanto, a exigência acima detalhada nos permite asseverar que a Municipalidade também pretende contratar serviços de fornecimento da infraestrutura tecnológica de Datacenter para comportar o processamento, armazenamento, centralização e crescimento dos dados da Solução Tecnológica.

Conforme visto, deverá o licitante que sagrar-se vencedor prestar serviços técnicos especializados para o fornecimento de solução tecnológica, além de fornecer a infraestrutura tecnológica de Datacenter para comportar o processamento, armazenamento, centralização e crescimento dos dados da Solução Tecnológica.

Em que pese à exigência que o licitante vencedor possua o data center, verifica-se que o Edital em tela veda a subcontratação.

Vê-se de maneira cristalina que a Administração Pública contempla, frise-se, em um **ÚNICO EDITAL DE LICITAÇÃO**, a necessidade *de uma solução tecnológica*, como também **O FORNECIMENTO DE INFRAESTRUTURA TECNOLÓGICA DE DATACENTER**, serviços incompatíveis entre si. Além disso, tais serviços não podem ser subcontratados, ocasionando à indesejada aglutinação de objetos na mesma licitação.

Ora, não restam maiores aprofundamentos para concluir que não há qualquer correlação lógica entre os serviços supracitados, na medida em que estes são distintos e autônomos entre si.

Logo, é flagrante a ausência de consonância entre os citados serviços a serem prestados pela licitante vencedora do certame.

Assim diante da patente disparidade supracitada, e considerando que o mercado de trabalho comporta diversas empresas especializadas apenas no fornecimento de Datacenter, o objeto do Edital em comento deverá ser fracionado e, consequentemente, ser instaurado um procedimento licitatório para cada tipo de serviço.

Apenas desta maneira o certame possibilitará a presença de um universo maior de Licitantes, sendo este um dos sentidos para instauração de certames licitatórios pela Administração Pública.

E, havendo um número maior de participantes, possibilitará à Administração do Município de Coronel Fabriciano a contratação de proposta mais vantajosa para atendimento de suas obrigações e para os cofres públicos.

De acordo com excerto de aresto proferido pelo E. TCU (TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO):

“A licitação não deve perder seu objetivo principal, que é obter a proposta mais vantajosa à Administração, mediante ampla competitividade, a teor do art. 3º, caput, da Lei 8.666/1993. TCU. Tribunal de Contas da União; Acórdão 1734/2009, Plenário (Sumário).”

Nesta toada, para fins de alcance da ampla competitividade, requisito esse inerente em certames licitatórios, deverão ser fracionados os serviços constantes neste ato convocatório, instaurando-se, como dito acima, processo licitatório autônomo para cada um destes.

É o que claramente determina o artigo 23, §1º, da Lei de Licitação e Contratos regidos pelo Poder Público, *“in verbis”*:

“Art. 23. (...)

§1º - As obras, serviços e compras efetuadas pela Administração serão DIVIDIDAS EM TANTAS PARCELAS QUANTAS SE COMPROVAREM TÉCNICA E ECONOMICAMENTE VIÁVEIS, procedendo-se à licitação com vistas ao melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e à AMPLIAÇÃO DA COMPETITIVIDADE sem perda da economia de escala.” (Grifo nosso).

No mesmo sentido, o doutrinador Marçal Justen Filho dita em sua obra *“Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos”*:

“O ART. 23, § 1º, IMPÕE O FRACIONAMENTO COMO OBRIGATÓRIO. A REGRA RETRATA A VONTADE LEGISLATIVA DE AMPLIAR A CONTRATAÇÃO E O UNIVERSO DE POSSÍVEIS INTERESSADOS. O

fracionamento conduz à licitação e contratação de objetos de menor dimensão quantitativa, qualitativa e econômica. Isso aumenta o número de pessoas em condições de disputar a contratação, inclusive pela redução dos requisitos de habilitação (que serão proporcionados à dimensão dos lotes). TRATA-SE NÃO APENAS DE REALIZAR O PRINCÍPIO DA ISONOMIA, MAS DA PRÓPRIA EFICIÊNCIA. A competição produz redução de preços e se supõe que a Administração desembolsará menos, em montantes globais, através da realização de uma multiplicidade de contratos de valor inferior do que pela pactuação de contratação única.” (grifo e destaque nossos). FILHO. Marçal Justen; Comentários à lei de licitações e contratos administrativos; 13ª Edição, Editora Dialética. [Grifei]

Extraíndo os entendimentos tanto de Lei, doutrina e jurisprudência, todas são claras ao afirmar que o fracionamento, além de possibilitar o aparecimento de número maior de licitantes interessados em contratar com a Administração Pública, respeitará os ditames previstos pelo **PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA** e pelo **PRINCÍPIO DA ISONOMIA**.

Portanto, resta demonstrada afronta à Lei Federal nº 8.666/93, pois, ao haver previsão do fornecimento de serviços totalmente distintos dentro de um mesmo instrumento convocatório, acabará por macular um dos cernes dos processos licitatórios, que é busca pela proposta mais vantajosa para a Administração Pública.

Colacionando jurisprudências do E. TCU (Tribunal de Contas da União), temos, “*in verbis*”:

“Na forma do art. 23, § 1º, da Lei 8.666/93, DEVE A ADMINISTRAÇÃO BUSCAR O PARCELAMENTO DO OBJETO, com vistas a melhor aproveitar os recursos do mercado e, sobretudo, ampliar a competitividade do certame. TCU. Tribunal de Contas da União; Decisão nº 348/1999, Plenário, rel. Min. Benjamin Zymler.

Como também:

“O § 1º do art. 23 da Lei 8.666/93 estabelece a possibilidade de a Administração fracionar o objeto em lotes ou parcelas desde que haja viabilidade técnica e econômica. Nos termos do § 2º, o fracionamento da contratação produz a necessidade de realização de diversas licitações. O fundamento do parcelamento é, em última instância, a ampliação da competitividade que só será concretizada pela abertura de diferentes licitações. Destarte, justifica-se a exigência legal de que se realize licitação distinta para cada lote do serviço total almejado.”
TCU. Tribunal de Contas da União; Acórdão nº 2.393/2006, Plenário, rel. Min. Benjamin Zymler.

Face ao exposto do aresto proferido pela E. Corte de Contas, a previsão de serviços distintos entre si previstos em único Edital, maculará todo o certame em si, na medida em que não estará a Administração Pública respeitando o **PRINCÍPIO DA COMPETITIVIDADE**:

“Nos certames de licitação, esse princípio conduz o gestor a buscar sempre o maior número de competidores interessados no objeto licitado. Nesse sentido, a Lei de Licitações veda estabelecer, nos atos convocatórios, exigências que possam, de

alguma forma, admitir, prever ou tolerar, condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o caráter competitivo da licitação.” (in Licitações e Contratos: orientações e jurisprudência do TCU / Tribunal de Contas da União – 4. ed. rev., atual, e ampl. – Brasília).

Insta salientar que, caso sejam mantidos no bojo do Edital todos os serviços previstos, as consequências serão graves entraves para um número demasiado de empresas em participar da licitação, vez que empresas de menor porte que não comportam os serviços pretendidos acabarão efetivamente excluídas do certame em tela, resultando em um número menor de participantes, impossibilitando, assim, a escolha de contratação de proposta mais vantajosa pela Administração Pública.

Apenas para argumentação, ainda que fosse razoável a contratação de serviços distintos no mesmo processo licitatório, seria fundamental que o edital transcrevesse a possibilidade de participação de empresas em consórcio a fim de que os serviços pudessem ser apresentados a contento para a administração. Porém, tal condição de participação se encontra vedada no presente edital, conforme exposto linhas atrás.

Ademais, seguindo a linha de raciocínio ora explanada, o Edital **vedou expressamente à possibilidade de subcontratação do Data Center**. Dessa forma, em não sendo permitida a subcontratação, patente está a aglutinação do objeto pretendido pelo Executivo Municipal de Coronel Fabriciano.

Nesse sentido, a Egrégia Corte de Contas Paulista já se manifestou sobre a possibilidade de contratação, em um mesmo edital, de sistemas informatizados e Data Center, **desde que o certame permita a participação de empresas reunidas em consórcio ou a subcontratação pela licitante vencedora**, conforme podemos verificar pelo julgado abaixo colacionado:

TRIBUNAL PLENO - SESSÃO: 25/09/2013 EXAME PRÉVIO DE EDITAL SEÇÃO MUNICIPAL (M-009)
PROCESSO: TC – 001831.989.13-2
REPRESENTANTE: JOSÉ EDUARDO BELLO VISENTIN. **REPRESENTADA:** PREFEITURA MUNICIPAL DE BOITUVA **RESPONSÁVEL DA REPRESENTADA:** JOSÉ BARBOSA JUNIOR - PREFEITO

ASSUNTO: REPRESENTAÇÃO CONTRA O EDITAL DO PREGÃO PRESENCIAL Nº 88/2013, DO TIPO MENOR PREÇO GLOBAL, PARA A CONTRATAÇÃO DE EMPRESA ESPECIALIZADA EM GESTÃO PÚBLICA OBJETIVANDO A LICENÇA DE USO DE FERRAMENTAS INFORMATIZADAS (SOFTWARES) PARA DIVERSAS ÁREAS DE ATIVIDADE DO MUNICÍPIO, CONFORME ESPECIFICAÇÕES CONSTANTES NO ANEXO XIII DO EDITAL.

VALOR ESTIMADO: R\$ 810.100,00

ADVOGADOS: JOSÉ EDUARDO BELLO VISENTIN (OAB/SP nº 168.357) e FERNANDO JAMMAL MAKHOUL (OAB/SP nº 272.877).

PROCURADOR DE CONTAS: JOSÉ MENDES NETO.

1. RELATÓRIO:

1.1. Trata-se de representação formulada por **JOSÉ EDUARDO BELLO VISENTIN** contra o Edital do Pregão Presencial nº 088/2013, do tipo menor preço global, promovido pela **PREFEITURA MUNICIPAL DE BOITUVA**, objetivando a contratação de empresa especializada em gestão pública para fornecimento de licença de uso de ferramentas informatizadas (softwares) para diversas áreas de atividade do Município, a ser

executado de forma continuada, pelo período de 12 (doze) meses.

(...)

1.2. O peticionário insurgiu-se contra o ato de convocação alegando as seguintes questões prejudiciais à competitividade e à formulação de propostas:

(...)

e) Inclusão imprópria de criação de um “Datacenter” no objeto do certame, que consiste em um ambiente, envolve infraestrutura e hardware, incompatibilizando-se com o ramo de atuação das empresas que apenas forneçam softwares e criando, assim, restrição à ampla participação.

(...)

2. VOTO:

(...)

2.7. Passo ao exame da insurgência que concerne à previsão de hospedagem do módulo de “nota fiscal eletrônica” em **Data Center** de alto desempenho, com disponibilidade 24 horas por dia, 07 dias por semana e backup dos dados realizados diariamente com cópia de segurança e integração dos dados com o servidor da Prefeitura.

À guisa de esclarecimento, *Data Center* consiste em um espaço onde servidores ficam acomodados com condicionamento de temperatura, fornecimento de energia redundante, sistemas de segurança interno e externo, conectados à internet com alta disponibilidade, possibilitando otimização das rotas de tráfego e com links internacionais.

Por um lado, considero aceitáveis as justificativas apresentadas pela Municipalidade para a inclusão deste

serviço no objeto do certame, que consignaram a necessidade de hospedar o módulo de Nota Fiscal Eletrônica em servidor profissional, totalmente seguro, considerando o fato de a Administração não dispor de equipamento e equipe técnica aptos a garantir acesso seguro e ininterrupto ao referido módulo.

No entanto, embora se reconheça a viabilidade desta aglutinação, não há como deixar de considerar que a maior parte das empresas que comercializam licenças de softwares não dispõem de Data Center ou não oferecem diretamente os serviços de hospedagem de dados que a Municipalidade pretende contratar de forma conjugada.

Esta Corte já enfrentou questões semelhantes nos autos do

processo TC-1267/989/12-7, de minha relatoria, tendo assim deliberado o E. Plenário1:

“e. aglutinação indevida dos serviços licenciamento e serviços de software e data Center em um único lote;

2.8 A Municipalidade justificou a aglutinação, argumentando que ela é necessária uma vez que é necessário que haja compatibilidade entre o sistema e o banco de dados.

Referidas justificativas foram aceitas de forma unânime pelos órgãos instrutórios e pelo Ministério Público de Contas. Portanto, acompanho o entendimento uníssono dos órgãos instrutórios e do Ministério Público de Contas, não merecendo prosperar a impugnação.”

Neste precedente, as justificativas da Representada foram aceitas em face da previsão de

subcontratação, que afastou o caráter restritivo inicialmente verificado.

Desta forma, compete determinar à Municipalidade, no presente caso, a adoção de alternativas e soluções previstas na lei para que a contratação conjunta de aquisição de licenças de softwares e hospedagem em Data Center não comprometa o caráter competitivo do certame.

Neste sentido, caberá à Municipalidade avaliar a viabilidade de permitir a subcontratação do Data Center, nos termos do artigo 72 da Lei 8.666/93, e/ou admitir a participação de empresas reunidas em consórcio, na forma do art. 33 do mesmo diploma legal, garantindo assim melhores condições de competitividade e ampla participação na disputa.

2.8. Ante todo o exposto, acolhendo pronunciamentos da Assessoria Técnica, MPC e SDG, VOTO pela PROCEDÊNCIA PARCIAL da Representação, devendo a PREFEITURA MUNICIPAL DE BOITUVA promover a retificação do edital, especialmente para o fim de:

(...)

d) adotar alternativas previstas em lei para que a contratação conjunta de aquisição de licenças de softwares e hospedagem em Data Center não comprometa o caráter competitivo do certame, avaliando a viabilidade de permitir a subcontratação do serviço de hospedagem do módulo de “nota fiscal eletrônica” em Data Center, nos termos do artigo 72 da Lei 8.666/93, e/ou admitir a participação de empresas reunidas em consórcio, na forma do art. 33 do mesmo diploma legal.

A reformulação do edital é, portanto, medida que se impõe, em consonância com todos os aspectos desenvolvidos no corpo do voto ora proferido, com a consequente publicação do novo texto do ato convocatório e reabertura do prazo legal, nos termos do artigo 21, § 4º, da Lei Federal nº 8.666/93, para oferecimento das propostas.

Assim, diante das claras e patentes ilegalidades presentes, não restam alternativas, senão pela suspensão do certame ora impugnado e sua posterior retificação.

2. IV – AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DA PARCELA DE MAIOR RELEVÂNCIA.

Nobre Julgador, ademais das incongruências que já ventilamos, o instrumento convocatório igualmente peca ao não trazer com clareza a parcela de maior relevância.

Como é sabido para fins de verificação da qualificação técnica, a Administração poderá exigir dos licitantes a apresentação de atestados de desempenho anterior que demonstrem sua capacidade técnica. Visando preservar a competitividade do certame, todavia, tal exigência somente será válida relativamente às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto, nos termos do art. 30, inc. I, § 1º da Lei nº 8.666/93.

A revista especializada em licitações públicas de forma bastante simples esclarece o que seja a parcela de maior relevância. Vejamos:

Diante disso, como identificar as parcelas de maior relevância e valor significativo na prática?

A formação desses conceitos deve ser feita em vista da determinação constitucional constante do inc. XXI do art. 37 da Constituição da República, segundo a qual a Administração somente poderá exigir das licitantes a comprovação de aspectos técnicos e econômicos indispensáveis ao cumprimento das obrigações inerentes ao futuro contrato.

Sob esse enfoque, parece válido considerar como “parcela de maior relevância técnica” o conjunto de características e elementos que individualizam e diferenciam o objeto, evidenciando seus pontos mais críticos, de maior dificuldade técnica, bem como que representam risco mais elevado para a sua perfeita execução. Trata-se aqui da essência do objeto licitado, aquilo que é realmente caracterizador da obra ou do serviço, que é de suma importância para o resultado almejado pela contratação.

Por sua vez, a aferição da fórmula “valor significativo do objeto” toma em conta a relação estabelecida entre o valor da parcela eleita para comprovação da experiência em vista do valor total do objeto⁴.

Contudo, o presente edital deseja que as licitantes comprovem experiência em todos os serviços descritos e que serão contratados por meio deste edital, vejamos:

10.1.4.1. Deverá ser apresentado Atestado de Capacidade Técnica em nome da licitante, fornecido(s) por pessoa jurídica de direito público ou privado, comprovando ter a licitante desempenhado atividades pertinentes e compatíveis em características, quantidades e prazos com o objeto desta licitação.

⁴ Disponível em: <<https://www.zenite.blog.br/como-identificar-a-parcela-de-maior-relevancia-e-valor-significativo-do-objeto-da-licitacao/>>. Acesso no dia 12 de agosto de 2020.

(...)

10.1.4.1.2. O atestado deverá constar, no mínimo, que o software possui:

a) Importação de arquivos:

1) Arquivo de ATIVOS

2) Arquivo de RETORNO DO VAF

3) Arquivo de Escrituração Fiscal Digital - EFD ICMS-IPI

b) Funcionalidades:

1) Processamento das DAMEFs carregadas no sistema;

2) Geração do RESUMO DE CFOPs, para o ano base de apuração do VAF, a partir da EFD ICMS-IPI;

3) Montagem da DAMEF a partir da EFD ICMS-IPI;

4) Apuração de divergências entre os valores apresentados na DAMEF versus aqueles obtidos da EFD ICMS-IPI;

5) Envio de notificações eletrônicas;

6) Módulo para gerenciamento das respostas às notificações expedidas. [Grifei]

Uma simples leitura dos itens acima arrolados demonstra que no presente edital, apesar do regramento legal determinar que a comprovação técnica operacional deverá recair sobre as parcelas de maior relevância, a Municipalidade decidiu determinar que todos os serviços/módulos fossem objeto de comprovação técnica pelos licitantes⁵, o que é ilegal.

Em face de tamanha ilegalidade, os Tribunais de Controle Externo têm julgado como irregular editais que não preveem de forma adequada a parcela de maior relevância. Vejamos isto nos autos do **TC. 00015699.989.17** do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo:

⁵ Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a:

[...]

§ 2º As parcelas de maior relevância técnica e de valor significativo, mencionadas no parágrafo anterior, serão definidas no instrumento convocatório. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

Referida tabela, ademais, inclui uma pluralidade de itens de obra e reforma de edificações, que demandam a elaboração de projetos de engenharia específicos, não fornecidos pelo edital, circunstância que não apenas denota a falta de clareza e correta definição do objeto colocado em disputa, como prejudica a aferição de eventual complexidade técnica e/ou valor significativo das parcelas eleitas como relevantes. [Grifei]

No mesmo sentido, julgado do Tribunal de Contas da União:

Acórdão 1898/2011-Plenário

Data da sessão

20/07/2011

Relator

RAIMUNDO CARREIRO

Área

Licitação

Tema

Qualificação técnica

Subtema

Exigência

Outros indexadores

Critério, Relevância, Capacidade técnico-operacional, Valor

Tipo do processo

RELATÓRIO DE AUDITORIA

Enunciado

A exigência de comprovação de capacidade técnico-operacional deve se limitar estritamente às parcelas do objeto licitado de maior relevância técnica e de valor mais significativo.

Resumo

Em auditoria realizada no Departamento Penitenciário Nacional (Depen), na Caixa Econômica Federal (CEF) e no Governo do Estado do Mato Grosso do Sul, com o objetivo de verificar a conformidade da aplicação de recursos federais em obras públicas de reforma e ampliação do estabelecimento penal masculino de Corumbá/MS, o Tribunal detectou diversas irregularidades, dentre elas, a necessidade de comprovação, por parte das licitantes, da capacitação técnico-operacional, mediante apresentação de atestados, para item de pouca

relevância técnica. Para a unidade técnica responsável pelo feito, "a exigência de comprovação de capacidade técnica-operacional deve se limitar estritamente às parcelas do objeto licitado de maior relevância técnica e de valor mais significativo". **No caso em exame, o edital da concorrência 30/2010-CLO exigira atestado de capacidade técnica relativo ao item "cobertura com telha galvanizada trapezoidal", que não apresentava qualquer relevância ou complexidade técnica com relação ao empreendimento que justificasse a exigência, já que não haveria necessidade de qualquer profissional ou equipamento especial, que não estivesse presente em grande parte das obras de engenharia. Além disso, "empresas construtoras que já executaram coberturas com telhas de fibrocimento, ou ainda com telhas cerâmicas, possuem plena capacidade técnica para construir telhados com telhas galvanizadas, não sendo razoável exigir um tipo de telhamento específico"**. Destacou a unidade técnica, ainda, que a discricionariedade dada à Administração para juízo de valor quanto ao que seria relevante, para fins de comprovação de capacidade técnica, não dispensaria razoabilidade na escolha dos itens de referência, pelo que a exigência, na espécie, deveria ser considerada indevida, o que foi acolhido pelo relator, o qual votou por que o Tribunal desse ciência da irregularidade ao Governo do Estado do Mato Grosso do sul, sem prejuízo de que fosse promovida a audiência do servidor responsável pelo fato, no que contou com a anuência do Plenário. Acórdão 1898/2011-Plenário, TC-011.782/2011-0, rel. Min. Raimundo Carreiro, 20.07.2011.

Em caso similar julgado pelo Colendo Tribunal de Contas de Minas Gerais, o **Excelentíssimo Procurador do Ministério Público de Contas de Minas Gerais, Dr. Marcílio Barenco Corrêa de Mello**, verificando que o edital requeria que os licitantes comprovassem todos os serviços exigidos no certame, deu o seguinte parecer:

Processo nº: 977.863 Natureza: Denúncia Relator:
Conselheiro Cláudio Couto Terrão Apenso: Denúncia nº
977.863 Denunciante: Walmir de Albuquerque Costa
Denunciada: Edital: Câmara Municipal de Mariana Pregão
Presencial nº 006/2016/CMM

Ademais, a exigência contido no subitem 12.2, alíneas "b" e "c" do instrumento convocatório se mostra excessiva por exigir experiência anterior na INTEGRALIDADE do objeto e de se comprovar a experiência em todos os postos de trabalho por, no mínimo, dois anos.

Com a devida vênia, de acordo com o entendimento deste Órgão Ministerial, a exigência em tela restringiu o universo de participantes e afrontou o preceito constitucional da isonomia.

É importante observar que a função do atestado é comprovar que o licitante detém capacidade técnica de realizar o objeto do procedimento licitatório, devendo ser definida as parcelas de maior relevância.

A Súmula 263 do Colendo Tribunal de Contas da União indica não haver irregularidade na exigência de capacitação técnico-operacional dentro dos limites da razoabilidade, in verbi,

Súmula nº 263 de 19/01/2011 Para a comprovação da capacidade técnico-operacional das licitantes, e desde que limitada, simultaneamente, às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto a ser contratado, é legal a exigência de comprovação da execução de quantitativos mínimos em obras ou serviços com características semelhantes, devendo essa exigência guardar proporção com a dimensão e a complexidade do objeto a ser executado. (Grifo nosso).

A exigência da comprovação integral do objeto do certame é excessiva, não guardando proporção ao objeto a ser executado, podendo frustrar o caráter competitivo do certame

Ainda neste sentido:

DENÚNCIA N. 1015672

Denunciante: Romano Donadel e Advogados Associados
Denunciada: Prefeitura Municipal de Ipatinga Partes: *Sebastião de Barros Quintão e Maria Alminda da Costa Guimarães*
Procuradores: Felipe Rodrigues Moreira - OAB/MG 123.865, Pyther Paiva - OAB/MG 173.725 MPTC: *Glaydson Santo Soprani Massaria*

RELATOR: CONSELHEIRO GILBERTO DINIZ

EMENTA

DENÚNCIA. PREFEITURA MUNICIPAL. CONCORRÊNCIA. SERVIÇOS DE ASSESSORIA E CONSULTORIA TÉCNICO-JURÍDICA E ADVOCATÍCIOS. IRREGULARIDADES. RESTRIÇÃO À PARTICIPAÇÃO NO CERTAME. SUSPENSÃO LIMINAR DA LICITAÇÃO. CORREÇÃO PARCIAL DOS APONTAMENTOS. EXIGÊNCIA DE ATESTADO PARA COMPROVAÇÃO DE CAPACIDADE TÉCNICA FORNECIDO SOMENTE POR PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO. IRREGULARIDADE MANTIDA. DETERMINAÇÃO PARA ALTERAÇÃO DO ATO CONVOCATÓRIO. 1. É admitida a contratação de serviços advocatícios, por meio de licitação, quando demonstrada a ausência de pessoal em número suficiente para representar o órgão em juízo ou administrativamente nas demandas existentes. 2. A licitação tem por finalidade garantir que a Administração Pública possa selecionar a proposta mais vantajosa para o interesse público, em conformidade com os princípios que regem os processos administrativos, entre eles, a legalidade, a isonomia, a moralidade, a publicidade, a vinculação ao instrumento

convocatório, o julgamento objetivo, a motivação, a razoabilidade e a proporcionalidade.

3. **A Administração não pode limitar a participação no certame, mediante a exigência de comprovação de aptidão de desempenho com quantitativo idêntico ao do objeto licitado, considerando que, consoante estatui a Lei nº 8.666, de 1993, a comprovação de capacidade técnica deve restringir-se às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação.**

4. Revela-se restritiva à competitividade a exigência de comprovação de capacidade técnica para execução do objeto licitado mediante apresentação de atestado fornecido exclusivamente por pessoa jurídica de direito público. 5. Determina-se a publicação da retificação do ato convocatório, com a exclusão da irregularidade remanescente. [Grifei]

Portanto, é nítido que exigência de atestado na forma que se encontra no edital, ofende a Lei e a jurisprudência pacífica dos Tribunais de Contas por prever que os licitantes demonstre capacidade técnica em todos os serviços que serão contratados, por essa razão é imperioso que seja definidas de forma clara e precisa quais são as parcelas de maior relevância, retirando a previsão ilegal de demonstrar experiência em tudo.

2. V – DAS IRREGULARIDADES TÉCNICAS VERIFICADAS.

Ademais de tudo quanto já mencionamos, cumpre trazer a baila as irregularidades técnicas verificadas no presente edital.

Itens 6.2.2 e 6.2.2.1 do termo de referência.

6.2.1. *Disponer dos profissionais necessários para a execução dos serviços, que será acompanhada de pelo menos um servidor da CONTRATANTE.*

6.2.2. *Apresentar relatório, visando à homologação dos serviços de implantação e capacitação, assinado pelo responsável pela execução dos serviços e da área atendida*

Os itens 6.2.2 e 6.2.2.1 do Termo de Referência fala sobre implantação e que a licitante vencedora deverá apresentar relatório visando a homologação dos serviços. No entanto o Edital NÃO POSSUI descrição para os serviços de implantação.

Não há métricas para aferição dos serviços, tendo em vista que estes não existem no edital. Como o item trata de obrigação da futura contratada e ainda condicionada a pagamento e prazo, resta clara a impossibilidade de o licitante elaborar a proposta por não conhecer o escopo das atividades de implantação.

Portanto, tais itens comportam correção e esclarecimentos.

O item 6.2.8 também determina:

6.2.8. *Deverá designar um profissional para gerenciar todo o processo de implantação dos sistemas, que fará toda a interlocução com a Administração municipal no decorrer da execução dos serviços.*

Este item não esclarece qual profissional deverá ser designado, sendo assim resta clara a ausência de clareza.

Item 11.2.1.2. também apresenta vícios e erros, vejamos:

11.2.1.2. O Teste de conformidade do software deverá ser feito em local e data estabelecida pelo Pregoeiro, que disponibilizará um equipamento com acesso à internet, bem como arquivos para importação, conforme item 9.1 deste Termo.

Pois bem.

Durante a prova de conceito a prefeitura informa que disponibilizará arquivos para a licitante, conforme item 9.1. Todavia, o item 9.1 não possui qualquer especificação ou tipos/nomes, layouts conhecidos de arquivos relacionados ao objeto, para permitir que a licitante avalie seu sistema quanto a possibilidade de conseguir importá-los, porque o item 9.1 fala sobre plataforma tecnológica e não descreve quais arquivos serão disponibilizados pela Prefeitura para importação que possibilite o teste de conformidade.

Deste modo, necessária se faz tais informações para que as licitantes possam avaliar se seus sistemas estão aptos ou configurados para importar arquivos.

Isto só é possível tendo conhecimento prévio de quais arquivos serão estes, conhecer seu layout/estrutura física.

Outra irregularidade técnica diz respeito a previsão de item inexistente, o que impede que os licitantes consigam atender ao objeto do certame.

No item 8.3 do termo de referência é previsto que

8.3. CADASTRO DE NOTIFICAÇÕES Os textos das notificações contempladas no item 3.6 deverão ser definidos através de um módulo de cadastro de notificações. Este módulo deverá contemplar: a) Cadastro do texto da notificação b) Cadastro do assunto do e-mail c) Inserção do

brasão municipal d) Cabeçalho com inserção de dados variáveis, tais como: nº do retorno utilizado, razão social, inscrição estadual, município, telefone, e-mail. [...]

No item 8.4, igualmente determina que:

8.4. CADASTRO DO FORMULÁRIO DE RESPOSTA O sistema deverá possuir um módulo para criação do formulário de resposta, utilizado pelo contador, para emitir sua resposta à uma determinada notificação. Este módulo deverá contemplar:

a) Seleção da notificação à qual o formulário de resposta estará associado. Isto é, o sistema deverá dar a possibilidade de criar um formulário de resposta específico para cada tipo de notificação especificada no item 3.6.

b) Todo formulário de resposta deverá conter, no mínimo, os seguintes campos e ou informações:

- 1) Identificação do município;
- 2) Identificação da notificação, conforme item 3.6;

Da simples leitura dos itens acima citados, verificamos que todos remetem para o item 3.6 que neste edital inexistente.

Se este item 3.6 não existe, como os licitantes poderão atender aos itens 8.3 e 8.4?

Na verdade, sem a inclusão do item 3.6 ficará realmente difícil que as licitantes consigam atender ao instrumento convocatório em sua integralidade, por essa razão é urgente que seja determinado que o edital seja corrigido a fim de evitar possível prejuízos para a Administração Pública e para as licitantes.

Portanto, novamente o edital padece de objetividade e clareza, o que faz com que seja irregular e prejudique a confecção de proposta adequadas por parte dos licitantes.

III- DO PEDIDO

Pelo exposto, requer inicialmente a Concessão da **MEDIDA LIMINAR** pretendida, na forma que prelecionar a Lei Orgânica e Regimento Interno deste Egrégio Tribunal de Contas, para que o presente certame (**Pregão Presencial nº 029/2020**) seja suspenso à vista das impropriedades que o instrumento convocatório apresenta e que poderá comprometer a higidez de todo o procedimento licitatório, bem como causar graves danos ao erário.

No mérito, requer sejam determinadas as pertinentes correções relatadas no corpo da presente Representação, 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 e-mail juridico@tecnogroup.com.br, sob pena de nulidade.

Nestes Termos
Pede deferimento.

São Paulo, 31 de agosto de 2020.



LUIZ HENRIQUE ORNELLAS DE ROSA
OAB/SP Nº 277.087

UESLEI ALMEIDA DOS SANTOS
OAB/SP Nº 395.817