

**ILUSTRÍSSIMO SENHOR PREGOEIRO DO MUNICÍPIO DE  
ARARANGUÁ - SANTA CATARINA**

**Pregão Presencial nº 140/2021**

**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** 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 é tempestivo, conforme previsão do Edital, senão vejamos:

*4.1 As impugnações ao ato convocatório do pregão serão recebidas até dois dias úteis antes da data fixada para o fim do recebimento das propostas, no Serviço de Protocolo Geral da Prefeitura Municipal, na Rua Dr. Virgulino de Queiróz, 200, centro.*

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 05 de outubro de 2021, tem a requerente até o dia 01 de outubro de 2021 para apresentar a impugnação, de maneira que tempestiva a presente.

## 2. Do não recebimento da impugnação via protocolo eletrônico por correio eletrônico.

O edital estabelece que as Proponentes devem protocolar Impugnação presencialmente.

Ocorre que, tal exigência destoa dos princípios que norteiam o processo licitatório, caracterizando um **excesso de formalismo** por parte do Ente Público, na medida em que o protocolo eletrônico através de *e-mail* em nada prejudica o andamento regular do certame. Aliás, o que se prescreve é a antecedência com que as manifestações devem ser apresentadas.

Paralelamente aos preceitos constitucionais, vale ressaltar a inteligência do artigo 213 do caderno processual vigente que determina que “*a prática eletrônica de ato processual pode ocorrer em qualquer horário até às 24 (vinte e quatro) horas do último dia do prazo.*”

Neste sentido, cumpre ressaltar que, o Tribunal de Contas da União já se posicionou a respeito, maculando imposições que resultam em custos desnecessários anteriormente à celebração do

*Súmula 272 do TCU. No edital de licitação, é vedada a inclusão de exigências de habilitação e de quesitos de pontuação técnica para cujo atendimento os licitantes tenham de incorrerem custos que não sejam necessários anteriormente à celebração do contrato.*

Nesse mesmo sentido, orienta o TCU no acórdão 357/2015-Plenário:

*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.*

Desta feita, não há óbice para que a Administração receba a presente Impugnação na forma eletrônica via e-mail, se porventura for utilizado este expediente.

### **3. Do mérito da impugnação**

#### **3.1 Da ilegalidade na exigência de qualificação técnica**

Consta do edital acerca da qualificação técnica:

*3.9.1 Para a mínima segurança da contratação, nos termos da legislação vigente, deverá ser solicitada aptidão e experiência mínima e anterior através da seguinte documentação:*

*a) Apresentação de no mínimo 1 (um) atestado ou declaração de capacidade técnica, expedido por entidade pública ou privada, comprovando que a proponente implantou e/ou que mantém em funcionamento sistema de computação em nuvem, similar e compatível com o objeto desta licitação, pelo menos nas seguintes áreas de maior relevância: Planejamento e Orçamento; Escrituração contábil e Execução financeira; Pessoal e Folha de pagamento; Ponto eletrônico; Compras e*

*licitações; Patrimônio; Almoxarifado; Controle de frota; Portal da transparência; Portal de serviços e autoatendimento; Processo digital; Fiscalização fazendária; Escrita fiscal eletrônica; Nota fiscal eletrônica de serviços; Gestão da Arrecadação, Gestão de Tributos Municipais (IPTU, ITBI, ISSQN, taxas); Gestão de Receitas diversas; Gestão da Dívida Ativa.*

Ocorre que, a nomenclatura dos sistemas constantes no edital são bem específicas, contemplando inclusive itens que para Impugnante, são módulos aglutinados em determinados sistemas. Para além das denominações, é indispensável que a Entidade aponte para as soluções a serem fornecidas.

É sabido que, para fins de habilitação, a Administração Pública está limitada a exigir do licitante os documentos previstos nos artigos 28 a 31, da lei 8.666/93, sob pena de desrespeito ao princípio da legalidade.

Importante destacar que as exigências de qualificação técnica, materializadas no artigo 30 da Lei Federal nº 8.666/93, devem limitar-se ao contido no próprio dispositivo, ou seja, qualquer exigência que extrapole o texto do artigo 30 será considerada ilegal.

Na presente hipótese, o edital exigiu apresentação de atestado(s) de objeto idêntico ao licitado, o que é considerado ilegal, uma vez que a Lei de Licitações não prescreveu tal hipótese.

Ressalte-se que a exigência demasiada e não prevista na norma conforme estabelecido está frustrando e restringindo a competitividade, além de ser vedada pelo § 5º do inciso II do artigo 30 do mesmo diploma legal, *in verbis*:

*É vedada a exigência de comprovação de atividade ou de aptidão com limitações de tempo ou de época ou ainda em locais específicos, ou quaisquer outras não previstas nesta Lei, que inibam a participação na licitação.*

(grifo nosso)

Sobre o assunto, colha-se a jurisprudência pátria:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA. LIMINAR CONCEDIDA NO PRIMEIRO GRAU PARA SUSPENDER A LICITAÇÃO E EVENTUAL CONTRATO. PREGÃO PARA CONTRATAÇÃO DE SERVIÇO DE LEITURA DE MEDIDORES DE ENERGIA ELÉTRICA. ALEGAÇÃO DE QUE O ATESTADO DE CAPACIDADE TÉCNICA APRESENTADO PELA EMPRESA DECLARADA VENCEDORA NÃO DEMONSTRA PERTINÊNCIA QUALITATIVA E QUANTITATIVA PARA COM O OBJETO LICITADO. NÃO ACOLHIMENTO. CAPACITAÇÃO TÉCNICA DEMONSTRADA A PARTIR DE CONTRATAÇÃO SIMILAR. DESNECESSIDADE DE QUE O ATESTADO CONTEMPLE SERVIÇO IDÊNTICO. ATENDIMENTO AO ASPECTO QUANTITATIVO DO SERVIÇO REQUERIDO PELO EDITAL. SUPOSTAS NULIDADES NO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO. ADMINISTRAÇÃO QUE OFERECEU JUSTIFICATIVAS PLAUSÍVEIS PARA A INSERÇÃO DAS EXIGÊNCIAS E FORMAS CONSTANTES DO EDITAL. ILEGALIDADES NÃO DEMONSTRADAS PELA IMPETRANTE/AGRAVADA. RESPEITO ÀS OPÇÕES DO ENTE LICITADOR. VEDAÇÃO AO 5ª Câmara Cível Agravo de Instrumento nº 1.740.125-9 - Pág. 2 CONTROLE DO MÉRITO DO ATO ADMINISTRATIVO PELO JUDICIÁRIO. DECISÃO AGRAVADA REFORMADA. RECURSO PROVIDO. (TJPR - 5ª C. Cível - AI - 1740125-9 - Curitiba - Rel.: Juiz Rogério Ribas - Unânime - J. 02.04.2019)

Nesses termos, a exigência fincada em edital extrapola os limites da legislação, bem como os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, uma vez que exige prova de capacitação técnica idêntica ao objeto do edital – os mesmos módulos objeto do certame –, o que compromete diretamente a competitividade do certame, devendo, portanto, ser retificada esta exigência.

### **3.2 Prazo para emissão da Ordem de Serviço e implantação**

Consoante o edital, item 3.1.16.: “O prazo para implantação do sistema é de 90 dias a contar do recebimento da ordem de serviço.” Todavia, em nenhum momento o Edital ou o Termo de Referência especificam qual será o prazo para a emissão das Ordens de Serviço, restando indeterminado o prazo em que deve ser cumprida a previsão deste item.

Salienta-se que esta previsão é de extrema importância, considerando que as licitantes não podem ser surpreendidas com a emissão antecipada da referida ordem, o que poderá vir a prejudicar o atendimento do prazo de 90 (noventa) dias citados. Além disso, os termos editalícios devem ser claros e objetivos, atendendo ao princípio da legalidade, contudo, uma vez que não especifica data limite nem forma de divulgação da emissão das Ordens de Serviço, resta evidente o vício do presente certame, necessitando ser republicado.

Da maneira como está elaborado o processo licitatório, não há como acompanhar o real cumprimento dos 90 (noventa) dias, vez que estão condicionados a um segundo ato sem qualquer prazo limite para sua emissão. Tratam-se, os referidos prazos, de exigência sem qualquer eficácia em seu controle e aplicação. Onde está a transparência dos atos administrativos diante destes termos do edital?

Desta forma, o edital não pode prosperar diante da ausência de determinação do prazo para a emissão das Ordens de Serviço, visto que frustra o próprio escopo do processo licitatório, processo intimamente relacionado à execução dos sistemas de gestão da Administração e entes municipais.

### **3.3 Das ilegalidade da exigência de atendimento de 100% dos requisitos (excesso de exigências)**

É absolutamente ilegal a exigência dos itens 3.1039 do Edital, cuja redação tem o seguinte teor:

*3.10.39 A proponente deverá atender 100% (cem por cento) destes requisitos, sob pena de eliminação do certame.*

Esta exigência não encontra respaldo legal, tampouco tem justificativa razoável e descrita no Edital.

Neste ponto, o edital evidencia a presença de grave restrição que vai no sentido contrário aos preceitos da Lei 8.666/93, a qual proíbe a inclusão de **exigências que restrinjam o caráter competitivo do certame**, e, principalmente, que **estabeleçam tratamento diferenciado às empresas** dele participantes, conforme descreve o artigo 3º, §1º, I, acima transcrito.

Ou seja, a Lei proíbe o agente público de restringir o certame, impondo cláusulas limitantes, como no presente caso, que exige que seja **atendido 100% (todos) dos requisitos** e funcionalidades sob pena de eliminação, situação que não encontra qualquer respaldo legal.

Sobre o tema, vejamos a jurisprudência do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo em caso idêntico:

*EMENTA: EXAME PRÉVIO DE EDITAL. LOCAÇÃO DE LICENÇA DE SOFTWARE. DADOS ESSENCIAIS AO OBJETO. ESTIMATIVA DOS TREINAMENTOS. DEMONSTRAÇÃO DO SISTEMA. PRAZO PARA INÍCIO DA DEMONSTRAÇÃO. JUNÇÃO DE MÓDULOS. RECOMENDAÇÃO. CORREÇÃO DETERMINADA. Por haver riscos de direcionamento vedado pelo art. 3º, § 1º, I, da Lei 8.666/93, **não é permitida a exigência do atendimento de 100% das especificações na demonstração dos sistemas de informática pela 1ª colocada do certame**, devendo a Administração fixar, para cada sistema licitado, apenas a demonstração de requisitos e funcionalidades eleitas como relevantes, definindo-se também critérios objetivos de avaliação. (Tribunal de Contas do Estado de São Paulo. Processo n. TC-014387.989.19-7)*



No mesmo sentido, a jurisprudência do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul:

*É lícito à Administração, como forma de comprovar a experiência anterior das empresas licitantes, exigir a demonstração da execução de um valor mínimo de quantitativos de serviços que sejam indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações, entretanto, a definição dos quantitativos mínimos exigidos não escapa ao controle da razoabilidade, não sendo adequada a exigência de quantitativo mínimo para qualificação técnica de quase 100% do estimado para contratação. (Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul. Acórdão 3131/2011- Plenário).*

A fim de colocar uma pá de cal sobre o assunto, vejamos posicionamento do Tribunal de Contas da União (TC 006.636/2018-7) sobre o excesso de exigências para prova de conceito:

*(...) 2. Acolhendo o parecer da unidade técnica, concedi a cautelar pleiteada por meio do Despacho acostado à Peça nº 10, nos seguintes termos:(...)c) falta de objetividade na prova de conceito, com a exagerada exigência de alguns itens de forma em relação ao objeto do edital e com a utilização de diferentes critérios de avaliação entre a ora representante e a licitante vencedora, resultando na indevida desclassificação da ora representante; d) indevida aprovação da licitante (AGE) na prova de conceito ante a aceitação de itens sem o atendimento das demonstrações exigidas; e) violação ao princípio da motivação, uma vez que o Sesi-DN não teria adequadamente motivado a sua decisão de rejeitar o detalhado recurso técnico administrativo apresentado tempestivamente pela ora representante; f) apresentação de preços elevados para as customizações em contradição com a declaração da AGE no sentido de que atenderia adequadamente os respectivos itens; e g) avaliação da prova conceito por diferentes equipes, a despeito de a matéria e os requisitos serem idênticos. 3. Após a análise do feito, a unidade técnica anotou a possível inconsistência de boa parte dos aludidos questionamentos, além da possível superação da indevida inabilitação da então licitante, em face da suposta necessidade de autenticação do balanço na junta comercial, já que a ora representante teria retornado ao certame por força do suscitado acordo judicial. 4. De todo modo, além destacar a necessidade de explicação para os demais questionamentos, a unidade técnica apontou os*



*seguintes indícios adicionais de irregularidade: (i) inexistência de disputa na licitação ante a participação de apenas 3 licitantes, tendo uma licitante sido inabilitada; (ii) restrição à competitividade em função do excesso de requisitos obrigatórios na prova de conceito (dos 870 requisitos obrigatórios, deveriam ser atendidos, no mínimo, 617 para a aprovação da correspondente licitante).(...)*

Por outro lado, o Edital determina ainda que:

*3.10.44 A proponente deverá atender no mínimo 90% (noventa por cento) dos requisitos por módulo enumerado, sob pena de eliminação do certame, permitindo-se que os eventuais requisitos ali não atendidos até o limite de 10% (dez por cento), sejam objeto de customização, sem custos para a licitante, devendo os mesmos serem concluídos até o fim do prazo da implantação.*

Em outros termos, pouco importa que os módulos atendam apenas 90% e, **aqui, se esta diante de um funil ilegal e viciado**, qua 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.

Nesses termos, **a exigência constante no item 3.10.39 e 3.10.44, do edital consubstanciam-se como descabida e restritiva e, por consequência ilegais**, limitando a participação de empresas e direcionando o certame, por consequência, trazendo prejuízos imprevisíveis ao erário público, de modo que deve ser excluída do ato convocatório esta exigência, republicando-se o Edital, com reabertura de prazo.

**3.3 Itens não essenciais à contratação que devem ser extirpados do Edital (excesso de exigências)**

Compulsando o texto editalício, denota-se que o mesmo possui uma série de itens meramente desclassificatórios, caracterizando a restrição da competitividade do certame.

Consta no item 4 do edital:

*4. A CONTRATADA deverá prover recursos que garantam a segurança e a alta disponibilidade do sistema, com as seguintes características:*

*a. enlace eBGP (Protocolo de Roteamento Dinâmico) através dos roteadores com no mínimo 2 operadoras distintas a fim de garantir a alta disponibilidade do seu bloco IP.*

*b. Possuir firewall de borda com técnicas redundantes a fim de prevenir invasão por falhas nos protocolos TCP/IP.*

*c. Realizar análise do tráfego a fim de inibir ataques do tipo SQL Injection e Negação de Serviço, ou seja, esta análise deverá atuar na camada de aplicação.*

*d. A fim de garantir o acesso ao sistema de forma transparente por meio de um único domínio/sub-domínio exclusivo da CONTRATANTE, deverá a CONTRATADA disponibilizar 1 (um) IP público exclusivo para acesso ao sistema através de comunicação segura HTTPS com certificado válido.*

*Justifica-se também essa exigência em virtude do melhor controle de banda de internet da entidade, onde seja possível garantir que o tráfego autorizado seja realizado para um determinado IP específico, bem como a necessidade de domínio/sub-domínio exclusivo da CONTRATANTE para uso do Login Único da plataforma Gov.Br para autenticação de usuários.*

*5. Além do firewall de borda, é necessário também o fornecimento de firewall interno, disponível exclusivamente para a CONTRATANTE a fim de permitir a criação de regras NAT (Network Address Translation) para portas acessíveis externamente conforme necessidade das aplicações, ex. 80 (http) e 443 (https), desta forma fornecendo uma estrutura virtual exclusiva, garantindo assim isolamento necessário dos eventuais demais clientes da CONTRATADA;*

**Em que pese o teor da exigência, a forma como posta em edital, tem efeito caracterizar de direcionamento e restrição do certame, violando a isonomia e a ampla competitividade.**



Frise-se que, embora esta Administração pretenda grafar esses itens como requisitos considerados “essenciais”, em verdade, são dispensáveis à contratação do objeto do certame.

Soluções em nuvem da modalidade “*Software as a Service - SaaS*” adotam modelos de arquitetura conhecidos como multi inquilino ou multi-tenant. Estes modelos de arquiteturas basicamente definem estratégias de como os recursos de computação, armazenamento e de aplicação serão compartilhados entre os usuários que contratam a solução. Existem diversos tipos de arquitetura multi inquilino ou multi-tenant, que vão desde o isolamento completo até o compartilhamento total de recursos entre usuários de uma solução.

A especificação de um IP exclusivo para um cliente ou ainda o uso de um *firewall* interno disponível exclusivamente para o cliente contratante, acaba por direcionar o certame para um modelo de arquitetura envolvendo o isolamento dos componentes de rede para cada cliente, o que restringe a participação de fornecedores que por conveniência, optaram por modelos de arquitetura que compartilham tais componentes.

Em termos claros, não é uma prática do mercado de soluções em nuvem, dar acesso a personalização de regras em *firewalls* ou em outros componentes de infra estrutura para os clientes contratantes, visto ser responsabilidade da própria empresa fornecedora zelar pela segurança dos serviços oferecidos.

Salienta-se, que tal exigência incide no modelo de arquitetura de infraestrutura optado pela Proponente e não cabe à Administração Pública efetuar a exigência destes aspectos, pois adentram na forma como a empresa implementa a sua solução.

Por outro lado, o que o Ente Público pode e deve exigir é a segurança da informação e sua alta disponibilidade, **o que é**

garantido pela tecnologia ofertada por esta empresa impugnante, apesar de não seguir a exigência exposta neste tópico do Edital.

Apenas para reforçar os argumentos acima, pondera-se: **não é de atribuição desta municipalidade definir a forma como a empresa fornecedora da solução implementa estes requisitos não funcionais básicos de um software, principalmente quando implicam em aspectos particulares do estilo de arquitetura de infraestrutura adotado.** Portanto, a exigência de que *“é necessário também o fornecimento de firewall interno, disponível exclusivamente para a CONTRATANTE”* é completamente descabida, ante a ausência de qualquer motivação técnica que possua plausibilidade.

O edital em comento em hipótese alguma deveria conter condições que estabeleçam essa exclusividade, uma vez que não cabe a Administração Pública exigir a forma com que os Proponentes desenvolvem e mantêm suas soluções. Significa dizer que, ao definir as características técnicas no Termo de Referência, o Ente Público deve ater-se exclusivamente às características dos produtos que satisfaçam suas necessidades. Considerando que o mesmo deve ser pautado pelo Princípio da Isonomia, conforme elencado no Art. 3 da Lei nº 8.666/93, assegurando assim, a todos os participantes uma igualdade de condições.

Notadamente tais requisitos excluem a participação de Proponentes que dispõem de plena capacidade para fornecer a solução almejada pelo Município, porém em outras condições, já que as exigências desta Administração Pública estão além do razoável.

Cumpre aqui consignar ainda que o mercado dispõe de várias grandes empresas que não oferecem tais modalidades de personalização, como por exemplo *Google, Oracle, e Salesforce*, dentre outras. Assim, questionamos: **SERÁ QUE ESTAS EXIGÊNCIAS SERIAM AS MELHORES TECNICAMENTE? CONSIDERANDO AS GIGANTES DE TECNOLOGIA CITADAS.**

No item 1 referente aos módulos de compras e licitação, o subitem 1 descreve que deve se “Possuir no cadastro de materiais, contendo um campo para a descrição sucinta e **detalhada sem limitação** de caracteres, possibilitando organizar os materiais informando a que grupo, classe ou subclasse o material pertence, bem como relacionar uma ou mais unidades de medida”. Entretanto ao acessar o do Tribunal de Contas Estadual de Santa Catarina<sup>1</sup>, a informação referente a descrição do item da licitação conta como tamanho para envio de até 1.000 (mil) caracteres. É cristalino que esse é apenas mais um item em que ocorre tal direcionamento, exigindo uma funcionalidade que não condiz com os requisitos legais determinados. Podendo assim evidenciar excesso de exigências não fundamentadas.

#### Item de Licitação

Representa cada material, bem, obra ou serviço licitado

#### Parâmetros de Entrada

Descrição do campo	Tipo	Tamanho	Obrigatório	Observações
#Número Sequencial do item	Númerico	5	Sim	Número sequencial do item da licitação informado pela unidade
Descrição do Item da Licitação	Carácter	1000	Sim	Descrição do item licitado

Com efeito, tais requisitos excluem a participação de Proponentes que dispõem de plena capacidade para fornecer a solução almejada pelo Município, porém em outras condições, já que as exigências desta Administração Pública estão além do razoável, de modo, que devem ser extirpadas do edital.

Para além disto, o item 10.65, estabelece que:

10.65 O sistema deve possuir recurso de desenho, configuração e execução de workflow, com as seguintes características:

- Deverá fazer parte do sistema de gestão, no mesmo SGBD, sem necessidade de acesso ou integração com outro sistema;
- Permitir a realização de documentação, manual e/ou através

*do relacionamento de documentos digitais e textos jurídicos constantes no cadastro único;*

*c) Permitir execução automática de funções e carregamento de formulário/telas integrantes da solução através de um gerenciador único.*

*d) A ferramenta de Workflow, deverá permitir desenho de processos utilizando-se da metodologia BPMN (Business Process Model and Notation), incluindo Raias (horizontal e vertical), Eventos, Atividades, etc.*

*e) Permitir o controle de ativação/desativação/homologação e versionamento de processos, possibilitando a evolução natural dos processos;*

*f) Registrar a cada alteração histórico de alterações realizadas no Work-Flow, permitindo também visualizar em histórico cada manutenção realizada, contendo recursos para de comparar e restaurar entre uma alteração e outra;*

Mais uma vez, uma condição tão específica acaba por restringir o caráter competitivo do certame, sabe-se que **apenas** uma empresa possui sistema com configuração e execução de *workflow*, o que impede que as demais Proponentes que também entregam o objeto do certame, mas que não possuem sistema com configuração desenhável, automaticamente sejam impedidas de lograr êxito no certame.

É inadmissível que um edital traga condições tão específicas que levam a êxito apenas uma empresa, sem qualquer chance para as demais licitantes que entregam o objeto pretendido pela Administração Pública, e não possuem características acessórias e amplamente dispensáveis.

Qualquer Proponente que entrega o objeto aqui proposto deve ter **IGUALDADE** de condições ao participar do certame, sendo sua configuração e execução através de *workflow*, de *script* ou fórmulas de cálculo, tendo em vista que não há interferência no objeto da licitação, a entrega é a mesma, tanto a empresa que opera através de *script* quanto a empresa que opera através de *workflow* realizam a entrega do objeto da licitação, sendo assim, o único efeito de tais condições é restringir o universo de participantes do certame.



O excesso de exigências analisadas em conjunto são sérios indícios de direcionamento do processo. Importante mencionar que o edital e seus anexos possuem exigências desarrazoadas e em excesso, as quais podem indicar o direcionamento da licitação.

Sobre o assunto, colhe-se jurisprudência do Tribunal de Justiça do Paraná:

Apelação cível. Licitação, na modalidade pregão eletrônico, para aquisição de incubadoras neonatais. Julgamento de improcedência. **Exigências que analisadas em conjunto, ultrapassam o limite da razoabilidade, em afronta à legislação de regência (Lei federal nº 8.666/93, art. 3º, caput e § 1º, inciso I, e Lei federal nº 10.520/2002, art. 3º, inciso II).** Laudo Pericial indicando seu atendimento por apenas um único fornecedor. **Violação ao caráter competitivo do certame. Nulidade. Recurso provido para julgar procedente a ação.** (TJPR. 5ª C. Cível – 0018752-21.2008.8.16.0001 – Curitiba – Rel. Des. Adalberto Jorge Xisto Pereira – Julgado em 04.08.2018).

Ademais, cabe aqui ressaltar que não apenas a Administração possui responsabilidade relativo a inclusão de itens editalícios não essenciais, mas **também decorre para com a comissão de licitação tal responsabilidade.** Nesse sentido o Tribunal de Contas da União vem se posicionando:

Acórdão nº 2.561/2004 – 2ª Câmara, ratificado pelo Acórdão nº 2.068/2005 – 2ª Câmara.

Trecho do Relatório:

“Conforme relatado, foram inseridas, no edital, várias condições injustificadas e/ou desnecessárias para a execução do objeto, mas que estabeleceram distinções entre os participantes, restringindo o caráter competitivo. Como consequência, restou configurada afronta ao art. 3º, caput e § 1º, inciso I, da Lei 8.666/93, ensejando audiência dos responsáveis, no caso, a coordenadora-geral de informática e telecomunicações, responsável pela área técnica que estabeleceu os critérios do Edital de Concorrência, e o subsecretário

de assuntos administrativos, responsável pela sua análise e aprovação, para que apresentem suas razões de justificativa em relação às seguintes ocorrências:

(...)

Acórdão nº 557/2006 – Plenário. Trecho do Voto: “5. Do momento que foi proferido o Acórdão 1.859/2004 - P, chamo atenção para o seguinte trecho do Voto Revisor: ‘Manifesto-me em linha de concordância com o Ministério Público junto ao TCU e com o eminente Ministro Ubiratan Aguiar **no sentido de que houve direcionamento no certame licitatório. No entanto, embora concorde com a existência de direcionamento, entendo que somente o Sr. ..., Diretor Técnico da Superintendência do Porto de Itajaí, deve ser responsabilizado.** No que se refere ao Superintendente do Porto de Itajaí, Sr. ..., em linha de concordância com o Ministério Público, entendo que suas contas devem ser julgadas regulares com ressalva. Embora esse agente público tenha assinado o edital de licitação - que contém o Memorial Descritivo por meio do qual se operou o direcionamento do certame -, **ficou comprovado que foi o Diretor Técnico o responsável direto pela elaboração das especificações que levaram à restrição do caráter competitivo da licitação.** Foi ele, também, quem elaborou a planilha de custos de forma inadequada, o que levou a apresentação de orçamentos irreais por parte da COPABO. Quanto aos membros da comissão de licitação - em linha de concordância com o Ministro Ubiratan Aguiar e de discordância com o Parquet -, creio que suas contas devam ser julgadas regulares com ressalva’.

Dessa forma, considerando o excesso de exigências, bem como a ausência de justificativa plausível e técnica no edital e seus anexos em relação aos pontos elencados nesta impugnação, requeremos a suspensão do pregão presencial em questão, a fim de corrigir as ilegalidades e distorções estabelecidas no edital.

### **3.4 Da necessidade de cotação específica para**

#### **Data center**

O edital em comento objetiva a “contratação de

Rua Júlio Gaidzinski nº 320, empresa especializada para fornecimento de solução tecnológica web (em nuvem)  
Bairro Pio Corrêa  
Criciúma/SC  
CEP 88811-000  
(48) **3431.0733**



*integrada para gestão pública municipal, especializada na área de informática objetivando a locação de software para o Município de Araranguá, incluindo fundos, Fundação Ambiental do Município de Araranguá – FAMA e Serviço Autônomo Municipal de Água e Esgoto – SAMAE, cujas especificações encontram-se detalhadas no Termo de Referência anexo a este edital”.*

Cumpre-nos consignar que, ao determinar que a empresa Proponente seja detentora de sistemas em nuvem e que a mesma deve prover todos os serviços necessários para o pleno funcionamento da licença de uso dos sistemas, o Município está contratando um “pacote” que independem de descrições específicas e exageradas, como é o presente caso, relacionadas ao “*data center*”, item este que não é cotado separadamente, o que mais uma vez evidencia sua secundariedade quando se licita licenciamento de *softwares*.

No caso concreto, o Município está contratando o licenciamento de *software* para gestão pública, logo, objetiva-se a contratação de sistemas com determinadas funcionalidades para que seus Servidores realizem suas atividades e prestem o melhor serviços aos seus contribuintes.

Por esse motivo, a Proposta de Preço dos produtos deve estar condicionada estritamente aos módulos licitados. A cobrança por serviços que envolvem a infraestrutura dos sistemas, não devem ser atreladas à Administração, considerando que, esta objetiva a locação de um sistema pronto, construído inteiramente pelas Proponentes, e não utilizará do *data center*.

Diferentemente seria, caso o Município objetivasse a contratação de infraestrutura para assim construir suas soluções, o que, obviamente, não é o caso.

Significa dizer que, não há qualquer fundamento para que o Município de Araranguá contrate um *data center*, pois de fato não irá utilizá-lo, operar ou desenvolver sistemas no mesmo. O objeto da licitação em si é o **licenciamento de software**, o *data center* deve ser tratado apenas como item “acessório”, onde as Proponentes devem

deve exigir.

Conclui-se, portanto, que não há qualquer sentido em licitar um serviço que a Entidade não pretende utilizar, e aqui repisa-se: a não ser que esta pretenda desenvolver suas soluções.

Não fosse isso, o edital em comento, através do item 3.6.2 possibilita que a estrutura de *data center* seja terceirizada.

A Betha, por exemplo, encaixa-se nesta possibilidade, pois dispõe de infraestrutura compartilhada.

Assim, ao elaborar sua Tabela de Preços, esta, por uma questão comercial e legal, optou por atribuir aos valores de seus produtos todos os gastos que o envolvem, e para isso, considera custos de *data center*. Logo, participar de certame cotando separadamente os serviços de *data center* seria como cobrar duas vezes pelo mesmo serviço, o que geraria maior dispêndio à Administração.

Ademais, ao participar de um certame envolvendo o licenciamento de *software*, toda e qualquer empresa deve atender requisitos básicos como, por exemplo, certificar-se de que um *software* de Contabilidade possa gerar um empenho; o *software* de Tributos permita cadastrar um imóvel; no Folha de Pagamento, cadastrar os servidores, cargos e salários. As condições relacionadas ao provimento de *data center* são atributos básicos do *software* que todos os sistemas em nuvem devem possuir, e estão intrínsecas no fornecimento do licenciamento.

Estabelecer condições que atendam a um determinado e específico tipo de *data center* configura situação anticompetitiva, pois restringe a participação de empresas - e daí se descaracteriza a natureza comum de um *software* que embasa a viabilidade de contratação de soluções de tecnologia via Pregão.

Trata-se de ponto sensível, onde resta claro que há interesse em direcionar o presente certame, porque valoriza, detalha e liga às especificações técnicas relacionadas ao modelo de *data center*

adotado por cada empresa, e isso sequer atrela-se aos sistemas/*softwares* em si.

A fim de melhor contextualizar a situação, mister consignar que, atualmente o mercado dispõe de alguns tipos de computação em nuvem, como: *On-Premises, IaaS, PaaS e SaaS*.

A Peticionária, por exemplo, adota o modelo *SaaS - Software as a Service (software como serviço)* - responsabilizando-se por toda a estrutura necessária à disponibilização do sistema (servidores, conectividade, segurança e disponibilidade). Dentre as opções de infraestrutura usuais do mercado, existem diversos modelos de arquitetura que vão desde o isolamento ao compartilhamento completo de recursos entre usuários de uma solução. No caso da Peticionária, sua estrutura é compartilhada, seus dados estão hospedados em provedor de plataforma de nuvem mundial - aderente à pilares sólidos de Compliance e Segurança, que possui elevados requisitos de segurança como ISO 27001, 27017 e 20718. Porventura o provedor desenhado no edital tem condições de cumprir com estes padrões da ISOs?

Percebe-se que ao detalhar com tanta veemência o *data center*, que estaria intrínseco no objeto de fornecimento de sistemas em nuvem, a real intenção do Município, que é o direcionamento da licitação para determinada empresa, que cumprirá todas as regras dispensáveis ali estabelecidas.

Resta que o poder discricionário da Administração Pública não é absoluto, tendo em vista que a legislação pátria determina 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 eminente jurista Hely Lopes Meirelles: "*Discricionariedade é a liberdade de ação administrativa, dentro dos limites permitidos em lei.*"

Ultrapassar esta linha tênue em licitações envolvendo o licenciamento de *software*, para descrever condições técnicas



de *data center* que estão intrínsecas no fornecimento da licença, e que não precisavam estar detalhadas no termo de referência caracteriza, irrefutavelmente, um direcionamento.

No presente caso, não há qualquer justificativa plausível para tais exigências no processo licitatório, considerando que o mesmo deve ser pautado pelo Princípio da Isonomia, assegurando a todos os participantes uma igualdade de condições, independentemente da estrutura técnica que tenha decidido adotar.

Notadamente, tais requisitos excluem a participação de Proponentes que dispõem de plena capacidade para fornecer a solução almejada pelo Município, porém, em outras condições de *data center*, já que as exigências desta Administração Pública estão além do razoável.

Para trazer maior compreensão, exemplifica-se: Na hipótese de execução de uma determinada obra. A municipalidade elabora instrumento convocatório e nele determina o objeto e as características técnicas necessárias à sua satisfação, sendo que uma de suas características técnicas é de que a Proponente deve utilizar máquinas de um certo modelo. Obviamente, não cabe ao Ente Público definir quais serão os modelos de máquinas que as Proponentes deverão utilizar na execução da obra, pois independente dos equipamentos utilizados, a obra será entregue nos exatos termos do objeto. Ocorre que, se uma terceira empresa atende os termos do Edital, porém executa seus serviços com máquinas de modelo diverso ao exigido, ou seja, mesmo que a empresa tenha o necessário para satisfazer o objeto do certame, esta não contempla uma condição editalícia alheia a entrega da obra, que a inibe de lograr êxito no certame.

Desta feita, cabe a esta municipalidade reavaliar os itens e condições aqui impostos, uma vez que suas exigências não interferem na entrega do objeto, mas direciona o certame apenas para empresas que possuam essas características.

Sob o ponto de vista prático e ancorado no princípio da transparência, tem-se por ilegal a exigência mencionada, na medida em que não se justifica. E aqui, com a devida licença, é inservível a

justificativa, pois se trata de item operacional relacionado ao próprio fornecimento do sistema, e que diz respeito apenas às empresas prestadoras dos serviços em relação ao seu formato de negócio. Para tal, ter robusta fundamentação para sustentar o patamar indicado no edital, que justifique a sua permanência, é condição que se impõe, em especial para a Peticionária, que busca excelência em seus produtos e serviços.

Também por este motivo, merece o edital ser reformado.

Caso a Entidade persista com o item, questiona-se: como a empresa Betha Sistemas deve apresentar sua Proposta de Preços? Visto que, o valor referente ao *data center* encontra-se embutido no produto?

### **3.5. Da exigência de fornecimento de *backup* em formato DUMP**

Inicialmente, cumpre salientar que, uma das premissas da Betha é nunca participar de certames que, de alguma maneira, exponham seus atributos sistêmicos, tendo como situação mais expoente, o código fonte dos produtos. Tanto é sensível o assunto para a Impugnante, que na letra “m” da cláusula terceira de seu Contrato Social há previsão da sociedade para que seja permitida a celebração de contrato que envolva o Código Fonte, mediante autorização expressa. Condição excepcional, nunca vista!

O ato convocatório, estabelece que “*após a rescisão do contrato, fornecer backup DUMP RESTAURÁVEL e senhas necessárias para acesso completo aos dados*”. Ocorre que, a entrega dos módulos na forma pretendida, revelará a estrutura dos sistemas das Proponentes, permitindo que anos de pesquisas e desenvolvimento sejam expostos, sem justificativa plausível. São valores que, sopesados, não encontram qualquer equilíbrio.

Convém gizar 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. É, no mínimo, curioso que a Entidade exija este determinado formato.

Então, dito isto, indaga-se: por qual motivo o Município necessita dos dados desta maneira? Qual é o prejuízo para a Administração no recebimento dos dados em outro formato humanizado, como o de texto?

Aqui, há necessidade de que sejam apresentadas as justificativas para tal exigência, ou que se faça a reforma do edital.

Merece destaque, o item 3.10.12 do Termo de Referência, percebe-se que de alguma forma o Município demonstrou preocupação com a propriedade intelectual das licitantes:

*3.10.12 Para o bom andamento dos trabalhos de avaliação, bem como resguardo de direitos do particular quanto à propriedade intelectual protegidos por Lei, só será permitida a participação de no máximo um representante das demais licitantes por sala de apresentação, sendo-lhe vedado a manifestação, resguardado o direito de tomar apontamentos por escrito.*

Ocorre que, ao exigir o fornecimento de “*backup DUMP RESTAURÁVEL*”, fica explícita à exposição de suas tecnologias, que as proponentes terão ao participar do certame, considerando que ao final do contrato, terão que disponibilizar a modelagem de seus softwares, ou seja, a forma com que estes foram estruturados, divulgando informação até então, análoga à 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 disponibilize backup em formato DUMP 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](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.*

Como já se disse, 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* 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.

Desta feita, as alíneas "j, k e l" de que trata o item 3.8.1 tratam-se e evidentes ilegalidades do ato convocatório, merecendo o mesmo ser reformado.

### **3.6 Da ilegalidade de exigência quanto ao tempo máximo de execução das funcionalidades**

Salta aos olhos da Impugnante que o Ente Público delimite como requisito essencial ao atendimento do objeto do ato convocatório, um tempo máximo de execução dos serviços, conforme se detém da Tabela de Parâmetros de Tempo Máximo de Resposta constante neste processo licitatório.

Afinal, quais os impactos à Administração Pública se determinada funcionalidade fosse gerada em 01 (um) ou 02 (dois) segundos a mais do que o exigido por esta Administração? Há, a toda evidência, **nuances de favorecimento de uma parte**, o que, desde logo, não será admitido pela Impugnante.

Sendo assim, nos termos da Lei de Licitações, cabe à Administração Pública definir no ato convocatório a descrição do objeto especificando os serviços ou produtos e ainda descrever cada serviço pretendido.

A existência de cláusula quanto ao desempenho do sistema, sem qualquer justificativa para tal, está alheia ao que a Lei de Licitações permite à Administração Pública definir, portanto, quando esta municipalidade utiliza desta condição pode-se afirmar que está configurado um abuso de seu poder discricionário.

Sob o ponto de vista prático e ancorado no **Princípio da Transparência**, tem-se por ilegal a exigência mencionada, na medida em que não justifica a sua exigência. E aqui, com a devida licença, é inservível a justificativa singela, pois se trata de item operacional relacionado ao desempenho do sistema. Para tal, ter robusta fundamentação para o patamar indicado no edital, que justifique a sua exigência, é condição que se impõe, em especial para a petionária, que busca excelência em seus produtos e serviços.

Elencamos alguns destes prazos apresentados no edital, que necessariamente precisam ser esclarecidos:

“Depreciação automática de 3.800 bens” em 60 segundos. **De que forma se chegou a quantidade de 3.800 bens como referência para ser executado em 60 segundos?**