

**ILUSTRÍSSIMO (A) SENHOR (A) PREGOEIRO (A) DO MUNICÍPIO DE
SANTA ROSA DE LIMA - SANTA CATARINA**

**PREGÃO PRESENCIAL nº 39/2022
PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 83/2022**

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 editalícia:

15.1. Até 02 (dois) dias úteis antes da data designada para a abertura da sessão pública, qualquer Licitante poderá impugnar o ato convocatório na forma eletrônica ou presencial

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 29 de novembro de 2022, tem a requerente até o dia 25 de novembro de 2022 para apresentar a impugnação, de maneira que tempestiva a presente.

2. Preliminarmente

2.1. Da existência de Representação no Tribunal de Contas discutindo aspectos de ilegalidade

Recentemente, a Betha ingressou com Representações junto ao Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina em face de processo licitatório movido por esta entidade e também pelo Município de Imbituba/SC.

Curiosamente, o texto editalício publicado por aquele Município assemelha-se, e muito, ao certame anteriormente publicado por esta Municipalidade e ao presente edital.

Assim, e devido a exigências específicas quanto a infraestrutura que as Proponentes deveriam possuir para lograr êxito no certame, bem como o requisito de fornecimento de base de dados Dicionário de Dados de todas as tabelas contidas na base de dados, incluindo detalhes sobre os formatos dos campos, relacionamento entre tabelas, indicação de chaves primárias, valores relacionados aos campos enumerados e outros metadados importantes o que trocando em miúdos, nada mais é que “*backup* em formato DUMP”, o Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina entendeu ser prudente a suspensão de ambos os dois certames até a conclusão efetiva da Representação, ante os indícios de possíveis direcionamentos do certame.

Devido a tamanha similaridade, visto que este instrumento convocatório possui as mesmas exigências técnicas que o Pregão Presencial nº 31/2022 publicado por esta Municipalidade e de Pregão Presencial nº 93/2021 publicado pelo Município de Imbituba - inclusive, os pontos de direcionamento que estão sendo apurados através de Representação e que na presente peça de Impugnação também estão sendo debatidos - por cautela entende-se que, o presente processo licitatório deve ser suspenso até que as questões lá suscitadas sejam efetivamente julgadas, sob pena desta municipalidade incorrer em ilegalidade.

3. Do mérito da impugnação

3.1 Do percentual abusivo na aplicação de penalidades em caso de inexecução contratual

Sabe-se que, todos os atos da Administração Pública precedem de uma justa motivação, significa dizer que todo ato administrativo possui um motivo que o fundamenta, sendo que a ausência de motivo implica na invalidade do ato administrativo.

O artigo 55 da Lei 8.666/1993 estabelece que ao confeccionar o ato convocatório o Ente Público deve inserir algumas cláusulas necessárias, dentre elas, a constante no inciso VII que dispõe sobre os direitos e responsabilidades das partes, bem como as penalidades cabíveis e os valores de multas consequentemente aplicáveis.

Assim, a Seção II da Lei supramencionada estabelece as sanções administrativas aplicáveis em caso de atraso injustificado na execução do contrato administrativo, conforme se detém no artigo 86 e seguintes.

Assim, extrai-se dos itens 12.2.4, 12.2.7, 12.2.12 e 14.3.2. do instrumento convocatório o seguinte preceito:

*12.2.4. Iniciar as atividades para instalação do sistema em no máximo 15 (quinze) dias após a assinatura do contrato, devendo atender todos os requisitos dos módulos analisados e implantá-los no prazo de 90 (noventa) dias após a assinatura do contrato, ficando sujeita à **multa contratual de 20%** sobre o valor do contrato em caso de descumprimento;*

*12.2.7. Os serviços de autoatendimento, como: emissão de guias, alvarás, recibos de folha de pagamento e outros disponibilizados pelo município no dia da assinatura do contrato, deverão estar presentes no momento da troca do sistema, evitando assim prejuízo para o cidadão. O item referente ao módulo de serviços e autoatendimento terá um prazo máximo de 90 dias após a assinatura do contrato para a total implantação, os demais itens não analisados deverão estar disponíveis para a contratação no máximo 6 meses depois da assinatura do contrato, sendo passível de **multa contratual de 20%** sobre o valor do contrato em caso de descumprimento. A multa somente será aplicada à empresa caso a prefeitura manifeste a intenção de contratação desses módulos;*

*12.2.12. Caso a prefeitura fique inoperante por falhas nos equipamentos e/ou sistemas contratados e tenha excedido os períodos tolerados, **será aplicado multa de 20% sobre o valor da mensalidade**, acrescido de qualquer indenização e/ou prejuízo adicional que será ocasionado pela falha.*

*14.3.2. **Multa de até 20% (vinte por cento) sobre o valor do contrato;***

(grifo nosso)

Ocorre que, embora a Lei não determine limites de percentuais aplicáveis, sabe-se que os mesmos devem obedecer os princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

Sobre o tema, leciona Marçal Justen Filho:

Ainda que se insista acerca da legalidade e da ausência de discricionariedade, é pacífico que o sancionamento ao infrator deve ser compatível com a gravidade e a reprovabilidade da infração. [...] Então, o instrumento jurídico fundamental para elaboração de uma teoria quanto às sanções atinentes à contratação administrativa reside proporcionalidade.¹

(grifo nosso)

De encontro ao acima exposto, e em se tratando de atuação administrativa, vale ressaltar a inteligência do artigo 22, parágrafo segundo da LINDB:

Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.

(...)

§ 2º Na aplicação de sanções, serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a administração pública, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente.

(grifo nosso)

O percentual **de e/ou até 20% (vinte por cento)** acima exposto, ultrapassa os limites da proporcionalidade e razoabilidade, visto que o artigo 86 da Lei de Licitações determina à aplicação de multa em caso inadimplemento da empresa contratado, porém, o que este desautoriza é a fixação de percentual exorbitante que importe em enriquecimento ilícito da Administração Pública.

À respeito, colhe-se da jurisprudência:

¹Comentários à lei de licitações e contratos administrativos, 17ª ed., São Paulo: RT, 2016, p. 1.342-1.343

[...] Percentual de 30% que se mostra exorbitante e importa em locupletamento ilícito da Administração. Possibilidade de aplicação supletiva das normas de direito privado aos contratos administrativos (art. 54, da Lei de Licitações). Aplicação do princípio da razoabilidade. Precedentes. Sentença de improcedência reformada. Recurso parcialmente provido. (TJSP, AC 1005314-34.2015.8.26.0114, Rel. Des. HELOÍSA MARTINS MIMESSI, 5ª Câmara de Direito Público, j. 30.5.2017)

(grifo nosso)

E ainda:

*CONTRATO ADMINISTRATIVO. MULTA DE MORA. EXCESSIVIDADE. REDUÇÃO PELO JUIZ. CABIMENTO. 1. É lícito ao juiz reduzir a multa de mora imposta pelo retardo no adimplemento de contrato administrativo, se verificar sua excessividade. O princípio da proporcionalidade deve ser observado sempre, impedindo que o direito se transforme em instrumento da injustiça. 2. **Correta a sentença ao reduzir a 10% o valor da multa**, aplicando, por analogia, o art. 52, § 1º, do Código do Consumidor e o art. 924 do Código Civil. 3. Hipótese em que, além do mais, a imposição da multa não foi precedida do devido processo legal, determinado pelos arts. 86, § 2º, da Lei 8.666/93 e 5º, LIV, da Constituição. 4 - Apelo desprovido." (AC – APELAÇÃO CIVEL 97.04.52237-1, ANTONIO ALBINO RAMOS DE OLIVEIRA, TRF4 – QUARTA TURMA, DJ 13/09/2000 PÁGINA: 257.)*

(grifo nosso)

Vale salientar que, o recebimento por parte da Administração Pública de valor exorbitante acarreta em enriquecimento sem causa, sendo que o ordenamento jurídico veda eminentemente qualquer hipótese de enriquecimento ilícito, independentemente da natureza jurídica da parte, logo, a permanência de tal percentual caracteriza na violação frontal ao que determina o Código Civil em seu artigo 884.

Ademais, caso o Município realize diligência no âmbito do Estado de Santa Catarina, constará facilmente que o percentual máximo aplicável no mercado não ultrapassa 10% do valor total contratado, e valores acima a este são considerados exorbitantes e ilegais, sendo rechaçada pelos Tribunais de Contas e de Justiça do Brasil. Desta feita, o presente Edital merece ser reformado.

3.4. Da exigência de fornecimento de “backup” das bases de dados acompanhadas de dicionário de dados de todas as tabelas contidas na base de dados, incluindo detalhes sobre os formatos

O ato convocatório, estabelece como uma obrigação da Contratada o fornecimento de “cópias de seguranças com todos os detalhes, relacionamentos, chaves, e metadados importantes” com o que nada mais é que *backup restaurável/DUMP em outras palavras*, conforme segue:

*5. O Sistema Gerenciador de Banco de Dados deve permitir a realização de “Cópias Segurança” de todos os dados, de forma “on-line” - com o Banco de Dados em utilização. Sempre que solicitado pela CONTRATANTE, **deverá ser fornecido o Dicionário de Dados de todas as tabelas contidas na base de dados, incluindo detalhes sobre os formatos dos campos, relacionamento entre tabelas, indicação de chaves primárias, valores relacionados aos campos enumerados e outros metadados importantes.***

(grifo nosso)

Inicialmente, sob este aspecto, 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.

Ao exigir o fornecimento de “Cópias Segurança” de todos os dados, de forma “on-line” - com o Banco de Dados em utilização. Sempre que solicitado pela CONTRATANTE, deverá ser fornecido o Dicionário de Dados de todas as tabelas contidas na base de dados, incluindo detalhes sobre os formatos dos campos, relacionamento entre tabelas, indicação de chaves primárias, valores relacionados aos campos enumerados e outros metadados importantes”, fica explícita à exposição das tecnologias das Proponentes, considerando que ao final do contrato, a Contratada se verá obrigada a disponibilizar a modelagem de seus softwares, ou seja, a forma com que estes foram estruturados, divulgando informação até então, análoga à segredo industrial.

O próprio Município nos itens 3.6.1 e 3.10.12. demonstra preocupação com a proteção da propriedade intelectual das Proponentes, ao passo em que as expõe quando exige que o *backup* seja realizado em um determinado formato.

3.6.1 Por se tratar de sistema de propriedade intelectual da CONTRATADA, nos termo da Lei Federal no 9.609 de 19 de fevereiro de 1999, esta deverá disponibilizar o data center para alocação dos sistemas objeto desta licitação, com capacidade de processamento, como: links, servidores, nobreaks, fontes alternativas de energia (grupo gerador), softwares de virtualização, segurança, sistema de climatização; compatíveis com as necessidades do sistema ofertado e o volume de operações da CONTRATANTE;

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 [...].

(grifo nosso)

O tema em questão foi alvo de recente discussão processual entre a Impugnante e o Município de Garopaba, visto que este, através de Ação de Obrigação de Fazer c/ Pedido Liminar, requer que a

Impugnante a disponibilize *backup* em formato *DUMP restaurável* à Entidade, e aqui vale ressaltar o decidido pela 4ª Câmara de Direito Público:

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

*Tal premissa torna-se verdadeira, quando se verifica que o formato "Dumps de bancos de dados normalmente são publicados por software livre e projetos de conteúdo livre, para permitir reuso ou bifurcação de banco de dados". (https://pt.wikipedia.org/wiki/Dump_de_banco_de_dados). **Não são, portanto, disponibilizados livremente em sistemas/programas informatizados com códigos-fonte fechados e que tenham valor comercial, como é o caso do objeto licitado.***

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

(grifo nosso)

Como já 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 da bases em detalhes que caracteriza a abertura de propriedade intelectual 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.

Qual é o prejuízo para a Administração no recebimento dos dados em outro formato humanizado, como o de texto?

Alguma exigência ou prática que encontre amparo - fundamento - razoável e formal, deduzido pela Entidade licitante?

3.5. Do direcionamento de tecnologia

a) Da exigência de data center exclusivo

No caso concreto, assim como no texto editalício, 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 diárias e prestem o melhor serviços aos seus contribuintes.

Assim, 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.

De fato, o Município deve preocupar-se com questões de segurança relacionadas à infraestrutura das soluções que está contratando, porém, estabelecer condições que atendam a um determinado e específico tipo de *data center* configura situação anticompetitiva, pois restringe a participação de empresas.

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 uma determinada empresa.

4 -DAS ESPECIFICAÇÕES MÍNIMAS DO PADRÃO TECNOLÓGICO E DE SEGURANÇA DO SISTEMA

[...]

2. 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.

3. 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;

4. A CONTRATADA deverá fornecer o Banco de Dados (SGBD) utilizado, bem como as licenças para esta CONTRATANTE, caso seja necessário;

5. O Sistema Gerenciador de Banco de Dados deve permitir a realização de "Cópias Segurança" de todos os dados, de forma "on-line" - com o Banco de Dados em utilização. Sempre que solicitado pela CONTRATANTE, deverá ser fornecido o Dicionário de Dados de todas as tabelas contidas na base de dados, incluindo detalhes sobre os formatos dos campos, relacionamento entre tabelas, indicação de chaves primárias, valores relacionados aos campos enumerados e outros metadados importantes;

6. Deverá a CONTRATADA fornecer ferramenta informatizada para monitoramento e download de cópia dos dados (backup), a ser realizado por Servidor Público do Quadro da CONTRATANTE em extensão própria (txt ou csv), juntamente com o fornecimento do dicionário de dados, a ser realizado por usuário do quadro da CONTRATANTE com conhecimento técnico e expressamente autorizado pela CONTRATANTE;

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

A Betha, 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, 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.

Percebe-se que a infraestrutura exigida no presente certamente difere da disponibilizada pela Betha, o Município exige um data center privado, enquanto que a Betha dispõe de um data center compartilhado.

O ponto sensível gira em torno do fato de que não há uma definição entre “melhor” ou “pior”, “mais benéfico” ou “prejudicial”, ambos possuem pontos de destaque e aspectos positivos - como toda e qualquer tecnologia. O fato em questão é: **quais os parâmetros que esta municipalidade utilizou para definir que um data center privado suprirá suas necessidades? Pois então, que seja apresentado o Estudo Técnico Preliminar que chegou a esta conclusão.**

No presente caso, assim como o anterior, 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.

Sob o ponto de vista prático e ancorado no princípio da transparência, tem-se por ilegal a exigência mencionada antes e mais uma vez agora, 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.

3.6. Dos itens passíveis de questionamento

O Termo de Referência descreve detalhadamente uma estrutura de Data Center que as Proponentes deverão estar inclusas em suas propostas de preço.

À respeito, questiona-se:

01) Quais são as variáveis que a Entidade utilizou para determinar essa configuração mínima, considerando que apenas um dos orçamentos utilizados para balizar esse processo, continha datacenter e, separado?

02) Foi considerado o atual sistema de gestão do Município ou sua arquitetura no cálculo do Data Center?

03) Foram considerados nesse cálculo a utilização de servidores escaláveis de maneira automática e por demanda?

04) Os recursos serão fixos ou variáveis (escalonáveis) de acordo com o uso?

05) Qual o histórico de utilização destes recursos na Entidade?

06) O cálculo para os recursos de *Data Center* considerou eventuais falhas lógicas ou na arquitetura de software que possam ocasionar consumo excessivo de hardware de servidor?

07) Que tipo de compensação financeira a Prefeitura teria, caso a capacidade de processamento fosse utilizada para outras finalidades?

Em obediência ao Princípio da Transparência, aguarda-se a resposta pontual de todos os itens, visto que, para atingir os parâmetros expostos no ato convocatório, no mínimo, esta municipalidade deveria valer-se de um Estudo Técnico Preliminar.

Por todo o exposto, consigna-se, mais uma vez, o desrespeito ao Princípio da Isonomia, que nada mais é do que a égide da igualdade entre os licitantes, em que todos serão tratados iguais perante a Lei, sem qualquer distinção, assegurando uma competição justa e cristalina nos procedimentos licitatórios, uma vez que o presente certame apresenta uma série de condicionantes que restringem seu caráter competitivo.

3.7. Do acesso a plataforma após rescisão contratual

E ainda acerca deste subtítulo, o subitem 12.2.21 estabelece que *“Em caso de rescisão do contrato, fornecer cópia dos dados em formato legível à CONTRATANTE, em extensão própria (txt ou csv), juntamente com o fornecimento do dicionário de dados e senhas necessárias para acesso completo aos dados **e permitir por período de 24 meses acesso a plataforma WEB com permissão de consulta a todos os relatórios e cadastros dos sistemas contratados.**”*

Contudo, inobstante vossa legítima preocupação com a continuidade do serviço público, registramos que paira-nos a dúvida sobre o a obrigação de serviços gratuitos de licenciamento ao sistema com finalidade de consulta, vez que essa “obrigação” outrora de 36 meses e agora reduzida para 24 meses, é um tanto quanto atípica, e não usual no mercado de softwares, haja vista que a lei 8.666/93 concede à Licitante hipóteses limitadas para a rescisão em seu artigo 78, XIII ao XVII, **e que a liberação de acesso aos softwares configura por si só, independentemente da finalidade, a cessão do seu direito de uso, e que esta deve portanto ser remunerada.**

Considerando ainda que a Contratada tem por obrigação a entrega da base de dados, sem contar que somente os dados constantes da base de dados dos sistemas informatizados são de propriedade do município e que os sistemas atuam como meros depositários das informações, logo, nos casos de encerramento contratual a vossa preocupação com as consultas e relatórios de dados deve estar inserta no bojo do novo processo licitatório, cuja obrigação recaia à nova prestadora dos softwares em sede de serviços técnicos de migração da atual base de dados, sendo esta remunerada para garantir a continuidade do serviço público, desobrigando os fornecedores de prestar serviços sem a devida contraprestação pecuniária, e sim somente fornecer a base de dados do Município.

Neste sentido, questiona-se, a entrega das bases de dados

para migração deste pela nova empresa contratada (cujo prazo de implantação consigna-se 90 dias) supriria a necessidade do Município, quanto a continuidade dos do serviço público devendo esta obrigação ser **extirpada** deste instrumento editalício?

3.8. Das dúvidas quanto às obrigações:

Da leitura do edital em comento, observa-se que alguns itens que merecem clarificar o seu significado para melhor entendimento, segue:

*“12.2.6. **Prestar suporte** para o produto em horário comercial, através de telefone em língua portuguesa ou acesso remoto, em **no máximo 1 (uma) hora após informada a ocorrência**. Caso seja necessária **presença ao local**, o prazo para a prestação do serviço é de **24 (vinte quatro) horas**, salvo comum acordo entre as partes;”*

*“3.5.1 - a) **Manutenção corretiva (erros de software)**: é o processo que inclui o diagnóstico e a correção de um ou mais erros decorrente de problemas de funcionalidade no sistema e detectados pelo usuário, ou seja, funcionamento em desacordo com o que foi especificado. Entretanto, tais anomalias estão restritas aos “erros de software” e não tem correlação com parametrizações, inserções incorretas de dados, inconsistências nos bancos de dados e tabelas ou erros de operação dos usuários. A primeira atividade de manutenção ocorre porque não é razoável presumir que a atividade de testes descobrirá todos os erros latentes na implantação de um grande sistema de software. Durante o uso de qualquer sistema de grande porte, erros ocorrerão e deverão ser relatados à Contratada. **O prazo máximo para reparos e correções em erros de software é de até 5 (cinco) dias úteis após o seu formal conhecimento pela CONTRATADA;**”*

(grifo nosso)

Tratando-se de licitação que visa a prestação de serviços técnicos complexos, entende-se que o prazo de suporte técnico em 01 hora, 24 horas e 5 dias (úteis) mostram-se desarrazoados, insta primeiramente se aferir as responsabilidades, vez que, em face de natureza do objeto, resta dificultoso determinar se as responsabilidades pelas defeitos, falhas ou irregularidades apontadas pela Contratante, são ora da Contratada decorrente de falhas e erros em seus sistemas, ou ora da Contratante, decorrentes de uso irregular ou mal uso dos sistemas.

Data venia, somente após criteriosa análise técnica tais responsabilidades poderão ser constatadas, suas correções viabilizadas em prazo hábil, haja vista tratar-se de prestação de serviços de sistema informatizado de gestão pública municipal.

Ademais, não se mostra razoável que a Administração, a quem compete o exercício de suas obrigações pautada em mínimo planejamento, submeta empresas com quem contrata a súbitas necessidades, colocando-as em eterno estado de prontidão para atender a demandas em prazo demasiado exíguo.

Essa exigência retratada no presente Edital implica em eventual restrição da competitividade, sendo contrária, portanto, aos princípios insculpidos no art. 3º da Lei nº 8.666/93.

Notório que o principal objetivo dos procedimentos licitatórios é a prevalência do interesse público. Assim o administrador deve buscar obter serviços de qualidade, pelo menor preço possível e conceder prazo razoável que permita um

planejamento por parte da Administração, bem como por parte da Contratada.

Logo, o prazo de suporte técnico de 01 hora, 24 horas e 05 dias úteis apresentam-se não só exíguos considerando a complexidade do objeto, qual seja conversão, implantação de sistemas informatizados de gestão pública municipal, como impossível para qualquer empresa do segmento do mercado.

Em face disso, questiona-se reputa-se mais adequado que o prazo de suporte técnico de 5 horas, 5 dias seja para início do atendimento, averiguações e análise das correções necessárias, nos casos cuja responsabilidade couber à Contratada. Assim como, definido que a resolução dos problemas face a defeitos de fabricação e qualidade inadequada ocorra em prazo hábil acordado entre as partes, face à complexidade do objeto em tela. É imperioso que se estabeleça um prazo compatível e que o mesmo reflita os padrões mínimos de execução de mercado, evitando-se a restrição de competitividade neste certame.

3.9. Da pesquisa de preços de mercado

Sabe-se que para constituir um valor de referência, a Administração Pública, durante a fase interna do processo licitatório, realiza uma pesquisa junto ao mercado e obtém - **no mínimo - 03 (três) orçamentos**, além de ter a possibilidade de realizar outras formas de pesquisa como, por exemplo, nos portais de compras públicas.

É baseado nesta pesquisa orçamentária que a Entidade realiza uma média e obtém o valor de referência exposto no ato convocatório.

A pesquisa de mercado é um processo obrigatório que antecede as contratações da Administração Pública. É o processo no qual a Administração define o valor estimado a ser gasto com a contratação pretendida.

Significa dizer que o valor unitário e global disposto no Termo de Referência diz respeito à média realizada pela Entidade através de sua “Pesquisa de Mercado”.

A Pesquisa de Preços deve representar-se em valores aceitáveis, dentro da faixa de preços definida pelo mercado. Significa dizer que, tais valores não devem estar nem muito abaixo do valor inferior (geralmente, 70% abaixo do valor médio) e nem muito acima (30%) do maior valor constante.

Conforme Manual de Orientação de Pesquisa de Preços elaborado pelo e. Superior Tribunal de Justiça² :

Dentre as diversas funções da pesquisa de preços, destacam-se:

- a. informar o preço justo de referência que a Administração está disposta a contratar;*
- b. verificar a existência de recursos suficientes para cobrir as despesas decorrentes de contratação pública;*
- c. definir a modalidade licitatória;*
- d. auxiliar a justificativa de preços na contratação direta;*
- e. identificar sobrepreços em itens de planilhas de custos;*
- f. identificar jogos de planilhas;*
- g. identificar proposta inexequível;*
- h. impedir a contratação acima do preço de mercado;*
- i. garantir a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração;*

2

https://www.stj.jus.br/static_files/STJ/Licita%C3%A7%C3%B5es%20e%20contas%20p%C3%ABlicas/Manual%20de%20pesquisa%20de%20pre%C3%A7o/manual_de_orientacao_de_pesquisa_de_preços.pdf

- j. auxiliar o gestor a identificar a necessidade de negociação com os fornecedores, sobre os preços registrados em ata, em virtude da exigência de pesquisa periódica;*
- k. servir de parâmetro para eventuais alterações contratuais;*
- l. subsidiar decisão do pregoeiro para desclassificar as propostas apresentadas que não estejam em conformidade com os requisitos estabelecidos no edital.*

Antes de iniciar a entidade deverá definir claramente o objeto a ser adquirido. Ao menos as principais características devem estar definidas: descrição detalhada do objeto, quantidade, condições de entrega e código do objeto no www.comprasgovernamentais.gov.br. Sem estes itens, a entidade não poderá produzir uma estimativa de preços de qualidade.

As pesquisas de preços são compostas pelos documentos comprobatórios dos preços praticados e pelo quadro de análise comparativa destes preços.

Ocorre que, esta Municipalidade valeu-se de dois orçamentos solicitados aos fornecedores ainda para o certame anterior, haja vista suas datas remeterem ao mês pretérito de janeiro e maio do corrente ano, sem constar no processo licitatório outras formas de consulta de preços ou evidências que foram realizadas, nem mesmo consta o quadro de análise comparativa destes preços, logo sua média de mercado compõe valores não correspondentes a qualquer média de mercado.

Por óbvio, os preços obtidos não apenas devem estar válidos, mas devem refletir a realidade do mercado no momento da pesquisa.

Assim, considera-se válidos os preços obtidos **em até 180 dias contados da data da pesquisa**. Isto vale para qualquer preço obtido, inclusive aqueles praticados por outros órgãos. **Ocorre que os orçamentos que constam nos autos do processo foram obtidos em janeiro e maio do corrente ano, motivo pelo qual sua admissibilidade é questionável.**

O Tribunal de Contas da União, na decisão proferida no Acórdão o TCU 1785/2013 – Plenário esclareceu que a ausência de pesquisa que represente adequadamente os preços de mercado, além de constituir afronta à jurisprudência do Tribunal de Contas, pode render ensejo à contratação de serviços ou aquisição de bens por preços superiores aos praticados pelo mercado, ferindo, assim, o princípio da economicidade.

O que novamente, leva ao mesmo entendimento, os valores utilizados para compor a média de mercado do presente ato convocatório não possuem elementos suficientes que os fundamentam.

Conforme Manual supracitado “insta frisar que a impossibilidade de utilização de alguma das fontes acima especificadas deve estar consignada nos autos do processo de contratação, de forma a comprovar que, embora a Administração tenha adotado os procedimentos necessários à obtenção de preços daquela fonte, não foi possível alcançar êxito na solicitação.”

Considerando-se ainda o Manual de Orientação de pesquisa de preços do Superior Tribunal de Justiça, dentre os 10 erros recorrentes na realização da

pesquisa de preços pode-se constatar a presença de pelo menos 7 erros na composição da pesquisa de preços neste processo licitatório, a saber:

Dez erros recorrentes na realização da Pesquisa de Preços:

I. inexistência de comprovação da realização da pesquisa;

II. pesquisa composta por menos de três propostas válidas sem

a devida justificativa;

III. não observância dos aspectos formais da proposta, tais como assinatura do responsável, razão social, CNPJ, endereço da empresa, entre outros;

IV. inexistência de análise crítica dos valores orçados de forma a desconsiderar aqueles que apresentem grande variação em relação aos demais;

V. inexistência de comprovação da pesquisa de contratações similares de outros entes públicos;

VI. inexistência de comprovação de pesquisa realizada no Portal de Compras Governamentais, em sítios eletrônicos especializados ou de domínio amplo;

VII. desconsideração de valores exequíveis sem a devida justificativa;

VIII. utilização de apenas uma fonte na realização da pesquisa de preços sem a devida justificativa;

IX. pesquisa com prazo de validade vencido;

X. pesquisa de preço realizada exclusivamente na internet sem a devida justificativa quanto à impossibilidade de obtenção de preços junto às demais fontes;

(grifo nosso)

Consigna ainda o Manual:

*A jurisprudência do TCU aponta para a necessidade de se realizar pesquisa de preços da maneira mais ampla possível de modo a verificar a compatibilidade das propostas apresentadas com os preços de mercado. **Destaque-se que a obtenção de no mínimo três propostas válidas de fornecedores é requisito indispensável de aceitabilidade da pesquisa de preços, devendo a Administração não se limitar a efetuar o mínimo exigido, mas envidar esforços no sentido de se obter o maior número possível de cotações de fontes diversas que reflitam a realidade do mercado. Assim, a pesquisa de preços deve ter tantos orçamentos quanto forem possíveis de serem obtidos nas diversas fontes, devendo ser consignado no processo de contratação justificativa quanto à impossibilidade de utilização de alguma das fontes ou não obtenção de no mínimo três orçamentos válidos de fornecedores.***

[...]

*Considerando que a administração do Superior Tribunal de Justiça utiliza o Portal de Compras Governamentais, a pesquisa de preços deverá respeitar as regras de negócio desse sítio. Registre-se que a Instrução Normativa n. 5/2014 - SLTI/MP estabelece que, para serem utilizadas como fonte de pesquisa de preços, as 28 contratações similares de outros entes públicos devem estar vigentes ou terem sido concluídos nos 180 dias anteriores à data da pesquisa de preços. **A referida IN especifica ainda que no caso da pesquisa com fornecedores somente serão admitidos os preços cujas datas não se diferenciem em mais de 180 dias.***

(grifo nosso)

Desta feita, ressalta-se que orçamentos que compõem a média de preços são inválidos pelo exposto acima. Tem-se que a média aqui realizada está na contramão da Lei, não há o devido respaldo do praticado no mercado de licenciamento de software.

Ante todo o elucidado, merece o presente ato convocatório ser declarado nulo, visto que possui vícios insanáveis desde sua égide, devendo uma nova pesquisa ser realizada, essa que de fato reflita a realidade do mercado.

3.10. Dos itens divergentes

Da leitura do edital em apreço, assim como do Termo de Referência, observa-se a pluralidade de informações divergentes as quais afetam a composição dos preços e a formulação da proposta de preços a seguir descritas.

Eis que , questiona-se:

01) Qual o prazo de implantação correto? Já que consignado inúmeros prazos diversos, sendo 90 dias, 120 dias, 06 meses ou 12 meses conforme abaixo? Qual a data base para início da contagem, da assinatura do contrato ou do recebimento da ordem de serviço?

*“12.2.4. Iniciar as atividades para instalação do sistema em no máximo 15 (quinze) dias após a assinatura do contrato, devendo atender todos os requisitos dos módulos analisados e implantá-los no prazo de **90 (noventa) dias após a assinatura do contrato**, ficando sujeita à multa contratual de 20% sobre o valor do contrato em caso de descumprimento;”*

*“12.2.7. Os serviços de autoatendimento, como: emissão de guias, alvarás, recibos de folha de pagamento e outros disponibilizados pelo município no dia da assinatura do contrato, deverão estar presentes no momento da troca do sistema, evitando assim prejuízo para o cidadão. O item referente ao módulo de serviços e autoatendimento terá um prazo máximo de 90 dias após a assinatura do contrato para a total implantação, **os demais itens não analisados deverão estar disponíveis para a contratação no máximo 6 meses depois da assinatura do contrato**, sendo passível de multa contratual de 20% sobre o valor do contrato em caso de descumprimento. A multa somente será aplicada à empresa caso a prefeitura manifeste a intenção de contratação desses módulos;”*

“3.1.11. O prazo para implantação do sistema é de 120 (cento e vinte) dias a contar do recebimento da ordem de serviço;”

“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 no prazo máximo de 12 (doze) meses após a assinatura do contrato.”

(grifo nosso)

02) Qual o índice de reajustamento de preços correto? INPC ou IGP-M, considerando que o IGPM é desenvolvido pela Fundação Getúlio Vargas - FGV e INPC é desenvolvido pelo Instituto brasileiro de Geografia Estatística - IBGE?

10.1. O preço contratado poderá ser reajustado, observada a periodicidade mínima de 12 meses a contar da data de implantação do sistema, com base no **Índice Nacional de Preços ao Consumidor – INPC da Fundação Getúlio Vargas - FGV**, acumulado no período, ou outro índice que venha a substituí-lo.

03) Qual o prazo para execução da prova de conceito correto? 10 dias úteis ou 30 dias corridos? A mesma poderá ser realizada na modalidade virtual?

7.12. Posteriormente ao encerramento da sessão, a proponente classificada será convocada em **até 30 (trinta) dias corridos** para realizar a avaliação de conformidade – (Termo de Referência).

“3.10.3 A prova de conceito deverá ser realizada em até 10 (dez) dias úteis após a sagração da empresa provisoriamente declarada vencedora, por Comissão Especial a ser designada, formada por servidores com conhecimento técnico pertinente.”

04) De quais equipamentos a entidade se refere no item 12.2.12? A presente licitação prevê equipamentos e serviços?

*“12.2.12. Caso a prefeitura fique inoperante por falhas **nos equipamentos** e/ou sistemas contratados e tenha excedido os períodos tolerados, será aplicado multa de 20% sobre o valor da mensalidade, acrescido de qualquer indenização e/ou prejuízo adicional que será ocasionado pela falha.”*

05) Qual é a natureza da prestação de serviços? Onerosa ou gratuita? É possível o fornecimento de licenças de software e banco de dados livre? Nesse caso, como deverá ser preenchida a proposta de preços? Como será exigida a entrega de licença de softwares e bancos livres?

*“12.2.20. Com relação ao data center, manter os sistemas básicos (Sistema Operacional, Servidor de Aplicação, Servidor de Banco de Dados, etc.) em constante atualização, especialmente quando falhas de segurança forem reportadas pelos fabricantes (quando licenciados) ou comunidade (quando **software livre**);”*

*“3.6.6 Ainda quanto ao data center, a CONTRATADA fica responsável por manter os sistemas básicos (Sistema Operacional, Servidor de Aplicação, Servidor de Banco de Dados, etc.) em constante atualização, especialmente quando falhas de segurança forem reportadas pelos fabricantes (quando **licenciados**) ou comunidade (quando **software livre**);”*

*“i) com relação ao data center, manter os sistemas básicos (Sistema Operacional, Servidor de Aplicação, Servidor de Banco de Dados, etc.) em constante atualização, especialmente quando falhas de segurança forem reportadas pelos fabricantes (**quando licenciados**) ou comunidade (**quando software livre**);”*

*“h) **fornecer o Banco de Dados utilizado, bem como as licenças para esta CONTRATANTE, caso seja necessário;** “*

*k) **fornecer o Banco de Dados utilizado, bem como as licenças para esta CONTRATANTE,** caso seja necessário, face a necessidade de manter banco de dados local em execução, com dados obtidos por meio de formato legível em extensão própria (txt ou csv), fornecido juntamente com o dicionário de dados.*

06) Qual é a finalidade do backup diário exigido? Após vencido o prazo a contratada deverá excluí-los? Aonde serão armazenados os backups diários na sede da entidade?

*“u. A contratada deverá **realizar backups diários, e mantê-los pelo período mínimo de 30 dias;**”*

07) Considerando que para fins de avaliação da Prova de Conceito, a entidade nomeará Comissão Especial formada por servidores com conhecimento técnico pertinente, considerando que a sessão de licitação é pública, considerando o princípio constitucional da isonomia, por qual motivo as demais licitantes poderão participar com apenas 01 representante, sendo que a licitação concentra inúmeras áreas da gestão pública em uma única licitação? Será vedada a participação de munícipes? A prova de conceito poderá ser realizada na modalidade virtual?

*“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.”*

08) Considerando que a lei 8.666/93 confere prazo máximo para extensão dos contratos relacionados a software em 48 meses, como pode o edital exigir a prestação de serviços do banco de dados por 5 anos, ou seja 60 meses, em tempo real?

*“3.6.11 O data center a ser fornecido deverá ser suficiente para manter as informações controladas para acesso em tempo real **por no mínimo 5 (cinco) anos**, inclusive os logs de uso, podendo as informações de períodos anteriores serem armazenadas em backups. Esses dados armazenados em backups devem ser restaurados caso seja necessário.”*

Art. 57. A duração dos contratos regidos por esta Lei ficará adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários, exceto quanto aos relativos:

*IV - ao aluguel de equipamentos e à **utilização de programas de informática**, podendo a duração estender-se **pele prazo de até 48 (quarenta e oito) meses** após o início da vigência do contrato.*

Estas são algumas inquietações que merecem ser respondidas à Peticionária e para a sociedade que tem o direito de conhecer as motivações para as decisões - neste caso de âmbito técnico - adotadas pela Entidade.

Desta feita, os itens aqui descritos, tratam-se de evidentes ilegalidades do ato convocatório, merecendo o mesmo ser anulado.

4. Dos pedidos

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

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

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

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

Criciúma, 22 de novembro de 2022.

Daniela Ramos Silva Guollo
Advogada OAB/SC 38.394
Betha Sistemas Ltda.