

ILMO. SR. PRESIDENTE DA COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÃO DO
GOVERNO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Edital de Licitação NI nº Concorrência Pública nº 02/2021
Processo nº SEI-150001/000060/2021

NEW VERSION DESENVOLVIMENO DE SISTEMAS LTDA – ME, pessoa jurídica de direito privado inscrita no CNPJ/MF sob o nº 19.470.305/0001-95, com sede na Avenida Rio Branco, nº 186, Ed. Oviedo Teixeira – Centro – Aracajú/SE, através do seu representante legal DAVI COENI DOS SANTOS, portador do RG nº 1609754-8, Fone (79) 99682-1571 e email davi@newversion.com.br, vem à presença de V. S^a ofertar **IMPUGNAÇÃO AO EDITAL** da licitação acima identificada, fazendo-o nos termos da Lei nº 8.666/93, pelos fatos e fundamentos seguintes:

O edital impugnado está eivado de vícios, com vários elementos que encerram ilegalidades, restrições à competitividade, e incongruências outras que justificam, se não a sua imediata anulação, a revisão dos seus termos.

Isso que se afirma, está tanto no Edital (“Edital”) quanto no Termo de Referência (“TR”) que o informa.

I – INDÍCIOS DE FAVORECIMENTO E DIRECIONAMENTO – QUEBRA DA ISONOMIA:

O Apêndice “B” do TERMO DE REFERÊNCIA prevê (fl. 54/55 do TR), em correspondência com o item 8.3 do próprio TR, o módulo “*REQUISITOS DE INTEGRAÇÃO DE DADOS COM O SISTEMA DE FOLHA DE PAGAMENTO*”.

Algumas das exigências ali contidas **privilegiam sobremaneira** a empresa atualmente em operação em relação às demais, porque aquela, diferentemente das demais, já conhece e já dispõe dos *layouts* e bases de dados

utilizados, que já estão parametrizados em razão da implementação da ferramenta atualmente em operação.

Está no TERMO DE REFERÊNCIA:

“29. DEMONSTRAÇÃO DA SOLUÇÃO PARA APURAÇÃO DA NOTA TÉCNICA

29.1 A partir da convocação pela Comissão de licitação, a licitante terá um prazo de 03 (três) dias úteis para montagem do ambiente para DEMONSTRAÇÃO DA SOLUÇÃO PARA APURAÇÃO DA NOTA TÉCNICA, nas dependências da SUBGEP/SECC/RJ, das 09:00 as 18:00 horas.

29.1.1 No prazo estabelecido no item 29.1 acima, a Comissão de Licitação enviará por meio de endereço eletrônico, conforme previsto no item 8.3.2.1, o arquivo e seu leiaute específico para execução na DEMONSTRAÇÃO DA SOLUÇÃO PARA APURAÇÃO DA NOTA TÉCNICA.”

Não se diga que *todos terão a mesma oportunidade* em razão de o ato convocatório prever um mesmo prazo – de 03 dias, por demais exíguo - para que todos os licitantes conheçam layouts e base de dados para teste (POC), tendo em vista que **há diferenciais relevantes em favor da empresa atualmente em operação**, como, por exemplo, **(i)** já estar com o sistema integrado e interoperável com o sistema de RH do órgão, **(ii)** já conhecer os *layouts*, **(iii)** já deter a base de dados integrada e **(iv)** já ter o sistema parametrizado.

As atividades necessárias à chegada de tal ponto correspondem, em termos gerais, à própria atividade de *implantação* do novo sistema, para a qual costuma-se conferir um prazo de 30 a 60 dias para ser concluída. O próprio edital confere prazo dessa ordem para a implantação, a partir da assinatura do contrato.

Com efeito, o item 6 do TR dispõe o seguinte:

6 - LOCAL E PRAZO DE EXECUÇÃO DOS SERVIÇOS

6.2 Diante da necessidade de espelhamento da operação pela CONTRATADA, esta terá o prazo de até 30 (trinta) dias úteis, contados da publicação do extrato do contrato, para conclusão da implantação dos serviços, compreendendo disponibilização da solução e integração das informações, em conformidade com as especificações exigidas e constantes neste Termo de Referência.

E o que seria esse “*espelhamento*”, o próprio TR cuidou de conceituar, em nota de rodapé tirada de tal expressão, que se transcreve:

“Entende-se por espelhamento a atividade a ser desempenhada pela empresa vencedora do certame para, paulatinamente, entender e receber tanto o banco de dados como a operacionalização do sistema, a fim de que, em até 30 dias úteis da publicação da avença, esteja apta a executar fielmente o Contrato.”

São 30 dias ÚTEIS – o que corresponde, no mínimo, a 6 semanas.

Anteriormente, já foi considerada dispensável essa providência, em nível de POC ou apresentação. Se necessária sua manutenção, **que seja**

conferido prazo maior e mais razoável que o de 03 dias que consta assinado. Nessas condições, **há enorme vantagem em favor da empresa atualmente em operação.**

Em tais condições, **há expressivo e relevante elemento de distinção** entre as condições de participação dos Licitantes, **o que implica em quebra da isonomia.**

Há verdadeiro afunilamento de opções, em evidente restrição à competitividade, na medida em que se privilegia aquele que já tem a operação montada e que teve 60 dias para fazê-lo, **enquanto que os demais licitantes terá não 60, mas apenas 03 dias para realizar as mesmas atividades** – o que constitui evidente direcionamento.

A doutrina, em perfeita consonância com a legislação, repele exigências restritivas. ADILSON DALLARI explica:

Fica perfeitamente claro que a participação dos licitantes deve ser a mais ampla possível. A Constituição não fixa requisitos ou critérios a serem obrigatoriamente consignados no edital; ela apenas indica que não pode haver requisitos que não sejam pertinentes, necessários e indispensáveis à garantia do cumprimento do futuro contrato.

Aliás, a restrição à competitividade configura (tal como feito no presente Edital), sobretudo, infração ao princípio da isonomia entre licitantes. MARÇAL JUSTEN FILHO¹ comenta:

O ato convocatório somente pode conter discriminações que se refiram à “proposta vantajosa”. Quando define o objeto da licitação e, estabelece concomitantemente os limites para qualquer discriminação. Assim, o ato convocatório viola o princípio da isonomia quando: a) estabelece discriminação desvinculada do objeto da licitação; b) prevê exigência desnecessária e que não envolve vantagem para a Administração; c) impõe requisitos desproporcionados com necessidades da futura contratação; d) adota discriminação ofensiva de valores constitucionais ou legais.

(

E noutra passagem:

¹ Comentários à Lei de Licitações e Contrato Administrativo. São Paulo: Dialética, 2000, p. 61)

Veda-se cláusula desnecessária ou inadequada, cuja previsão seja orientada não a selecionar a proposta mais vantajosa, mas a beneficiar alguns particulares. (...) A invalidade não reside na restrição em si mesma, mas na incompatibilidade dessa restrição com o objeto da licitação. Aliás, essa interpretação é ratificada pelo previsto no art. 37, inc. XXI, da CF (...) o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. A incompatibilidade poderá derivar de a restrição ser excessiva ou desproporcionada às necessidades da Administração. Poderá, também, decorrer da inadequação entre a exigência e as necessidades da Administração.

Assim, respeitadas as exigências necessárias para assegurar a seleção da proposta mais vantajosa, serão inválidas todas as cláusulas que, ainda indiretamente, prejudiquem o caráter competitivo da licitação.²

II– INADEQUAÇÃO DA MODALIDADE LICITATÓRIA:

Define o Edital que o critério de julgamento do certame se dará por meio da baliza Melhor Técnica e Maior Preço Unitário. Significa dizer que se sagrará vencedor o licitante que, dentre todos, apresentar a melhor média de pontuação, considerando os critérios técnicos e o maior retorno financeiro para a administração.

Ocorre que o critério de julgamento definido pela Administração não se encontra adstrito à norma legal que norteia o certame.

É que o critério de julgamento estabelecido não se encontra adstrito à Lei Federal nº 8.666/93 – invocada no procedimento.

Data vênua, Concorrência do tipo Melhor Técnica e Maior Preço Unitário não é um tipo de licitação prevista no sistema legal invocado pela Administração, qual seja a Lei Federal nº. 8.666/93. Mais que isso, ele é desconforme, incompatível mesmo, com a modalidade licitatória utilizada.

A Lei Federal nº. 8.666/93 – à qual se encontra o certame adstrito – define em seu artigo 45 que, além de ocorrer de forma objetiva, deverá o julgamento das propostas ser realizado em conformidade com os tipos de licitações, que são previstos pela própria lei – nesse artigo mencionado -, em seu parágrafo primeiro. São eles:

² (JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 7.º ed. São Paulo: Dialética, 2000, p. 82)

Art. 45. O julgamento das propostas será objetivo, devendo a Comissão de licitação ou o responsável pelo convite realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle.

I - a de menor preço - quando o critério de seleção da proposta mais vantajosa para a Administração determinar que será vencedor o licitante que apresentar a proposta de acordo com as especificações do edital ou convite e ofertar o menor preço;

II - a de melhor técnica;

III - a de técnica e preço.

IV - a de maior lance ou oferta - nos casos de alienação de bens ou concessão de direito real de uso.

Não se identifica, portanto, no ordenamento referido, o tipo de licitação que conjugue melhor técnica e maior oferta para a Administração.

Ainda que o inciso IV anuncie o permissu do critério “maior lance ou oferta” – que alguma similitude possui com o certame impugnado, a análise do Art. 45, § 1º, da Lei nº 8.666/93, no entanto, permite concluir que a Licitação por Maior Lance ou Oferta, não é prevista na modalidade conjugada com técnica, ocorrendo apenas nas hipóteses de:

- alienação de bens imóveis recebidos em pagamento;
- alienação de bens móveis inservíveis;
- alienação de bens móveis legalmente apreendidos;
- concessão de direito real de uso.

Significa dizer que não existe na Lei nº. 8.666/93, modalidade e ou tipo de licitação, cujo vencedor decorra da conjugação da análise de melhor técnica e maior oferta financeira feita à Administração. O modelo proposto no Edital de Licitação Concorrência 002/2021 é inexistente e encerra ilegalidade!

Ademais, não sendo a Administração responsável pelos custos da Contratação – visto que a remuneração será realizada pelas Consignatárias - , está a realizar uma licitação, cujo critério de julgamento é a obtenção de vantagem para si, em afronta literal também ao disposto no §3º do art. 7º da Lei Geral de Licitações, segundo o qual:

§ 3º É vedado incluir no objeto da licitação a obtenção de recursos financeiros para sua execução, qualquer que seja a sua origem, exceto nos casos de empreendimentos executados e explorados sob o regime de concessão, nos termos da legislação específica.

O edital, contrariando a norma legal, estabelece a necessidade de **RETORNO FINANCEIRO** à Administração – sem a menor justificativa – chegando a afirmar, inclusive, que serão desclassificados aqueles que não assegurarem um retorno mínimo de R\$ 0,15 à Administração, por linha processada:

7.9 Serão desclassificadas as propostas que não atenderem no todo ou em parte, as disposições deste edital, e aquelas que ofertarem valor inferior ao mínimo estabelecido no item 26.2 do Termo de Referência(R\$0,15).

O mesmo se vê no Termo de Referência:

26.2 O preço mínimo admitido pela Subsecretaria de Gestão de Pessoas, da Secretaria de Estado da Casa Civil é de R\$ 0,15 (quinze centavos).

Em verdade, pretende a Administração ser recompensada, violando as disposições legais, pelo simples fato de lançar um edital e propor uma contratação à bem da comunidade e da qual não lhe acarretará qualquer despesa.

Assim como em relação aos itens precedentes, para este, vale à máxima segundo a qual **“à administração somente é dado proceder na forma autorizada pela Lei”**.

A partir disso, confirma-se (i) que nem poderia utilizar-se o órgão licitante de tipo de licitação outro, que não um dos 04 previstos no §1º do art. 45, conforme exaustivamente demonstrado, como também (ii) que não poderia pretender obter receita/vantagem, promovendo a presente licitação.

A obtenção de receitas via licitação somente é admitida nas hipóteses de concessões e permissões previstas na Lei nº 8.987/95 (Lei Geral de Concessões), cujo regime é adstrito aos serviços públicos, ou nas de Parcerias Público-Privadas (PPP's) dispostas na Lei nº 11.079/2004. Mas em nenhuma delas enquadra-se o objeto da licitação ora impugnada!

Ainda que a Lei nº. 14.133/2021 – nova lei de licitações – admita a possibilidade de critério de julgamento que garanta maior retorno econômico à Administração, sua aplicação deve ser expressamente prevista nos certames que venham ocorrer antes de revogadas as disposições da Lei 8.666/93 e depende ainda de sua previsão expressa no instrumento convocatório.

O que se vê do Edital impugnado é que o mesmo – expressamente – é regido pelas normas da Lei nº. 8.666/93, de forma que não se pode admitir hipóteses licitatórias e critérios por essa lei não contemplados.

Não por menos é que a prática administrativa usual é não licitar o objeto em questão – porque a hipótese está fora do âmbito de incidência da regra de licitação exigível.

É, de **forma direta**, que contrataram a maioria dos entes públicos nacionais, inclusive os de porte e, dentre entes, mesmo os órgãos de controle – seja administrativo, seja jurisdicional – dentre os quais se pode mencionar, à guisa de exemplo, aqueles a cujos controles se sujeita este TST: é o caso do Conselho Nacional de Justiça – CNJ (proc. 06352/2016), do Ministério Público da União – MPU/MPDFT (proc. nº 08191.034091/2017-45) e do próprio Tribunal de Contas da União – TCU (proc. nº 006.291/2016-3). Ainda no âmbito federal, e de cúpula, mencione-se as contratações encetadas pelo Supremo Tribunal Federal – STF (proc. 357350/2015), Superior Tribunal de Justiça – STJ (proc. 5147/2015) e Defensoria Pública da União – DPU (proc. nº 1037894), todas à míngua de licitação, por reconhece-la descabida (inexigível), firmando de forma direta os contratos de comodato respectivos. Aliás, doações e empréstimos sequer estão sob o âmbito de incidência da Lei nº 8.666/93.

Fato é que o critério de julgamento revela-se inadequado à licitação pretendida, que deve ser norteadada tão somente pelos critérios técnicos, não competindo à Administração julgar e definir uma licitação de acordo com as benesses que possa vir a receber, por meio de “compensação”.

Erra a Administração por adotar o critério de “melhor técnica e maior valor unitário”, e quanto a isso deve o edital, no mínimo, ser retificado ou revogado, sob pena de definir vencedor àquele que não caracteriza a melhor oferta técnica no mercado.

Mas não se encerram aí as ilegalidades identificadas no Edital.

III - CRITÉRIO DE DESEMPATE – CONTRARIEDADE À LEI Nº. 8.666/93:

O Edital de Licitação ora impugnado, estabelece no item 7.11, que resultando da Pontuação Final empate entre os licitantes participantes, será declarado vencedor aquele **que tiver originalmente ofertado a maior proposta de preço:**

***7.11** Havendo empate entre licitantes, após a apuração da Pontuação Final – PT, item acima, declarar-se-á-vencedor o licitante que obtiver a maior proposta comercial, ou seja, aquele que tiver ofertado o maior preço.*

Em seguida prevê que, estando empatadas as notas finais e havendo empate entre as propostas de maior preço, o vencedor deverá ser definido por meio de sorteio público:

7.12 No caso de empate entre as propostas de maior preço e técnica será utilizado o critério de desempate por sorteio público, sem prejuízo do disposto no item 7.10.2.5, na forma do disposto no § 2º do Art. 45 da Lei 8.666/93.

A leitura dos itens citados conduz à seguinte conclusão: **(i)** é o maior preço o primeiro critério a ser utilizado para desempate de pontuação; **(ii)** havendo empate também em relação ao preço, utilizar-se-á como método subsidiário de desempate o sorteio, **que é a regra legal!!!!**

Ou seja, antes de observar o critério da lei, **o edital está a pretender inovar, criando hipótese distinta** daquela prevista na norma de regência, e em tema que há reserva legal, ou seja, em tema que não comporta inovação via edital, porque o legislador não quis conferir essa margem ao Administrador.

Ora, a Lei nº. 8.666/93 em seu artigo 45, §2º é categórica ao elencar os critérios a serem observados pela Administração, na hipótese de empate entre licitantes. Significa dizer que **a norma legal não abriu margem** para que o Administrador preveja os critérios de desempate considerando sua conveniência e oportunidade.

O critério de desempate a ser utilizado decorre do comando normativo e por essa razão **revela-se ilegal o Edital impugnado, na parte aqui sob comento.**

Veja o que determina o artigo 45, §2º da Lei nº. 8.666/93:

Art. 45. O julgamento das propostas será objetivo, devendo a Comissão de licitação ou o responsável pelo convite realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle.

(...)

§ 2º No caso de empate entre duas ou mais propostas, e após obedecido o disposto no § 2º do art. 3º desta Lei, a classificação se fará, **obrigatoriamente, por sorteio, em ato público**, para o qual todos os licitantes serão convocados, vedado qualquer outro processo.

(grifei)

Em verdade, antes mesmo do sorteio, há na lei outros critérios de desempate a serem observados precedentemente, quais sejam aqueles previstos no §2º do art. 3º da Lei nº 8666/93. Referimo-nos às hipóteses de

preferência nacional e do atendimento a normas sociais ali referidos. Note-se que o próprio §2º supratranscrito indica a preferência da regra em questão.

Mas a previsão de critério contrário ao previsto em legislação não é a única irregularidade que se pode constatar e extrair do item 7.11 e 7.12 do Edital.

Além de contrariar o ordenamento – **o que por si só encerra ilegalidade** – o estabelecimento primeiro de desempate, tendo por critério a proposta de preço ofertada, acaba por subverter a definição do modelo de empresa a ser contratada e abre margem para práticas nocivas, que extrapolam o sentido de gestão de margem de crédito e revela possivelmente direcionamento do certame.

A forma apresentada é um convite para participação – e vitória - de empresas cuja atividade não se encontra adstrita ao objeto previsto no certame. Essas empresas não se importam em ofertar o melhor preço - recompensa - à Administração, simplesmente porque a remuneração por seus serviços não se encontra adstrita à gestão de margem de consignação (que efetivamente é o pretendido pela Administração), mas sim das recompensas (pagamentos) advindas das próprias consignatárias – Instituições Bancárias - pelo exercício de atividades não contempladas do certame, como prospecção de ofertas de créditos e vendas de produtos.

Essa prática viola o princípio da transparência e da igualdade de participação entre os interessados, visto que, nem todos, arriscam violar as regras que norteiam a sua atividade para, à margem da legalidade, ofertar informações para a obtenção de “receitas alternativas” (que são ilegais).

É para evitar burlas no procedimento que a lei, conforme já descrito, estabelece categoricamente o critério a ser adotado em caso de empate dos licitantes, não podendo outro ser adotado sem importar mácula e ilegalidade no procedimento licitatório, **de forma que há de se alterar o edital, no ponto.**

IV – INCONGRUÊNCIA IDENTIFICADA NO TERMO DE REFERÊNCIA

O item 6.5 do Termo de Referência, que integra o tópico “Local e Prazo de Execução dos serviços” revela a existência de uma fase de teste do sistema já no curso da execução contratual. Vejamos:

*6.5 Na fase de teste, a Subcomissão Técnica da Subsecretaria de Gestão de Pessoas - SUBGEP, subsecretaria integrante da estrutura da Secretaria da Casa Civil do Estado do Rio de Janeiro - SECC, analisará a conformidade do sistema. **Caso seja reprovado, a CONTRATADA deverá, após a notificação da SUBGEP, realizar os ajustes necessários para torná-los aderentes às especificações técnicas. (grifei)***

A leitura do item permite a conclusão de que, constatando incompatibilidade e/ou inconformidade de algumas funcionalidades do sistema,

deverá a área competente promover a notificação da contratada para a realização dos ajustes que se fizerem necessários.

Ocorre que as funcionalidades serão todas testadas na PROVA DE CONCEITO (TESTE DE CONFORMIDADE), de modo que a verificação de ausência ou de inconformidade de quaisquer das funcionalidades exigidas **corresponderá em infração contratual que não comporta corrigenda**. É importante reiterar que a previsão do item 6.5 do Termo de Referência destina-se à execução do serviço, quando já declarada a vencedora do procedimento licitatório.

Ora, se iniciada a execução do serviço, passa a Contratada a apresentar falhas em sua solução, não há que se falar em abertura de prazo para a realização de ajustes no sistema. O não atendimento do quanto previsto no edital, já na fase de execução do contrato é hipótese de descumprimento de contrato e, portanto, cabível a aplicação de penalidade e até mesmo a rescisão contratual, nos termos do artigo 78, da Lei Federal nº. 8.666/93.

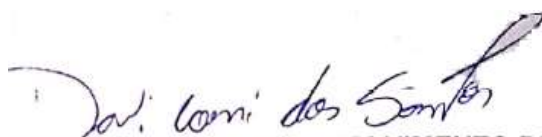
O que está o item 6.5 pretendendo regular é a inconciliável situação de deferir a possibilidade de, no curso da execução do contrato, desenvolver-se uma ou algumas das funcionalidades que, na licitação, constituem condição para a permanência ou classificação no certame.

Não pode a Administração, depois de declarado o vencedor e iniciada a prestação de serviço, oportunizar que o contratado realize reparos em seus sistemas – em prejuízo dos licitantes que não alcançaram a melhor nota na demonstração da técnica -, pois já ultrapassado o momento de demonstração de conformidade. Caso tenha sagrado-se vencedor e assinado o contrato, obriga-se o contratado à perfeita execução do avençado, encontrando-se submetido às penalidades contratuais, no caso de desconformidade.

V – REQUERIMENTOS:

Em vista do exposto, demonstradas as ilegalidades no instrumento convocatório, requer seja esta impugnação conhecida e acolhida, para fins de anular o edital impugnado, por ilegalidade, ou revogá-lo, por fundamentos de ordem administrativa, cautelarmente suspendendo-se a sessão designada para o próximo dia 25/10/2020, se entender não ser possível de plano determinar aquelas medidas.

Nestes termos,
Pede deferimento.
Rio de Janeiro, 20/10/2020.

A handwritten signature in black ink, reading "Davi Coeni dos Santos". The signature is fluid and cursive, with a large initial 'D' and a long, sweeping underline.

NEW VERSION DESENVOLVIMENTO DE SISTEMAS LTDA - ME

CNPJ/MF nº 19.470.305/0001-95

DAVI COENI DOS SANTOS

davi@newversion.com.br