

Licitações SEHAC - Julio

De: RAFAEL DE ANDRADE SABBADINI [rafaelsabbadini@adv.oabsp.org.br]
Enviado em: sexta-feira, 19 de maio de 2023 17:30
Para: licitacao@alcidescarneiro.com
Assunto: Pedido de Impugnação ao Edital 024/2023
Anexos: Impug. Hospital Alcides Carneiro -RJ.pdf; Edital - HOSPITAL ALCIDES CARNEIRO, Petrópolis-RJ.PDF

Prezados (as), boa tarde.

Cumprimentando-os (as) cordialmente, venho por meio deste encaminhar Impugnação ao Pregão Presencial de n.º 024/2023 - SERVIÇO SOCIAL AUTÔNOMO HOSPITAL ALCIDES CARNEIRO - com pedido Liminar, de acordo com as razões de direito expostas no documento anexo.

Peço a gentileza de confirmarem o recebimento do e-mail.

Sendo o que tinha para o momento, manifesto meus votos de elevada estima e consideração.

Atenciosamente,

--

Rafael de Andrade Sabbadini
OAB/SP 474.617

**AO ILUSTRÍSSIMO PREGOEIRO DO
SERVIÇO SOCIAL AUTÔNOMO HOSPITAL ALCIDES CARNEIRO**

Pregão Presencial nº 024/2023
Licitante: **Serviço Social Autônomo Hospital Alcides Carneiro-RJ**

OBJETO: contratação de empresa especializada para a prestação de serviços profissionais de implantação, parametrização, treinamento, suporte técnico e manutenção de sistema integrado de saúde de gestão hospitalar pelo período de 60 meses.

RAFAEL DE ANDRADE SABBADINI, brasileiro, advogado, inscrito no CPF sob o nº 456.021.968-03, portador da cédula de identidade Nº 44.184.681-6, título de eleitor nº 405659890108, nascido em 20/03/1996, residente e domiciliado na Avenida Professor Alfonso Bovero, nº 998, Perdizes, São Paulo/SP, CEP 05.019-010, telefone (19) 9 8147-5501, e-mail rafaelsabbadini@adv.oabsp.org.br respeitosamente vem apresentar

**IMPUGNAÇÃO AO EDITAL
com Pedido Liminar de Suspensão**

em face do Edital Pregão Presencial nº 024/2023, promovido pelo Serviço Social Autônomo Hospital Alcides Carneiro, CNPJ nº 09.444.759/0001-38, situada à Rua Vigário Corrêa, 1345 – Corrêas – Petrópolis/RJ, CEP nº 25720-320, Telefone (24) 2236-6676, e-mail: licitacao@alcidescar-neiro.com, de acordo com os fundamentos de fato e de direito a seguir expostos.

O Impugnante, enquanto cidadão e fiscal das contas públicas (Erário), tem a intenção de que o Pregão em epígrafe seja retificado.

O Peticionário manifesta, preliminarmente, seu respeito pelo trabalho da Ilustre Pregoeira, da equipe de apoio e de todo o corpo do Setor de Licitações.

As **divergências**, objeto da presente Impugnação, referem-se unicamente à aplicação da Constituição Federal, bem como da **Lei Federal nº 8.666/93** em relação ao procedimento licitatório em exame. Não afetam, sob nenhuma hipótese, o respeito do ora Impugnante pela instituição e pelos profissionais que a integram.

No entanto, não se pode deixar de questionar as inconsistências presentes no Pregão Eletrônico ora promovido.

Ocorre que é patente a existência de **ilegalidades** no bojo do edital, sendo de rigor sua readequação legal, de modo que o pregão guarde relação direta com as leis e os princípios que norteiam o direito administrativo.

I. Tempestividade

01. A presente exordial trata de impugnação ao edital e seus anexos que, de forma flagrante, atenta contra os princípios e ditames do Decreto Nº 10.024/19 (Pregão Eletrônico), da Lei 8.666/93 (Lei Geral de Licitações), da Jurisprudência e da Constituição da República.

02. Aplica-se, *in casu*, o disposto no Art. 24, caput, do referido Decreto, que preconiza:

Art. 24	"Qualquer pessoa poderá impugnar os termos do edital do pregão, por meio eletrônico, na forma prevista no edital, até três dias úteis anteriores à data fixada para abertura da sessão pública"
Lei	
10.024/19	

02. Portanto, sabendo ser a data para abertura da sessão eletrônica o dia **24/05/2023**, e que o terceiro dia útil que antecede a abertura é **18/05/2023**, este ato manifesta-se tempestivo.

II. Restrição ao Caráter Competitivo

Vedação à Participação de Consórcios

03. A participação de empresas na forma de consórcios é a regra em processos licitatórios, sendo pacífico na jurisprudência que a opção pela vedação ou não a participação de consórcios é discricionária, **condicionada a apresentação de justificativa fundamentada e razoável para sua validade.**

04. Nesse sentido, o Poder Público não detém prerrogativa de vedar a participação de empresas em consórcio, sendo indispensável que do processo licitatório conste **justificativa fundamentada** desta escolha.

05. Assim é o entendimento assentado pelo Tribunal de Contas da União:

TCU REPRESENTAÇÃO ENCAMINHADA PELO DEPARTAMENTO DE POLÍCIA FEDERAL. possível fraude em licitação para arrendamento do Terminal de Carga Geral do Porto de Imbituba. PROCEDÊNCIA PARCIAL. DETERMINAÇÕES. PEDIDO DE REEXAME. CONHECIMENTO. ARGUMENTOS SUFICIENTES A ALTERAR PARCIALMENTE A DELIBERAÇÃO ATACADA. PROVIMENTO PARCIAL.

"Necessidade de justificativa para a vedação da participação de consórcios em licitações. Mediante o Acórdão n. 1.102/2009-1ª Câmara, foi expedida determinação à Companhia Docas de Imbituba com o seguinte teor: '1.5.1.1 se abstenha de vedar, **SEM JUSTIFICATIVA RAZOÁVEL**, a participação de empresas em consórcio, de modo a restringir a competitividade do certame, contrariando o art. 3º da Lei n. 8.666/1993; Contra essa determinação, a entidade interpôs pedido de reexame, sob o argumento de que a interpretação do Tribunal estaria equivocada. O relator acompanhou a manifestação da unidade técnica, para a qual a conduta censurada, objeto da determinação, não fora a vedação da participação de empresas reunidas em consórcio, uma vez que tal decisão encontra-se no campo discricionário do administrador, **MAS SIM A AUSÊNCIA DE JUSTIFICATIVA RAZOÁVEL PARA A VEDAÇÃO**. A fim de expressar com exatidão o entendimento do Tribunal sobre a matéria, o relator propôs – e a Primeira Câmara acolheu – o provimento parcial do recurso, conferindo ao subitem 1.5.1.1 do acórdão guerreado a seguinte redação: 'caso seja feita a opção por não permitir, no edital do certame, a participação de empresas na forma de consórcios, considerando a faculdade constante do art. 33, caput, da Lei n. 8.666/1993, justifique formalmente tal escolha no respectivo processo administrativo da licitação.'"

(Tribunal de Contas da União, Brasil. Acórdão 1316/2010 – 1ª Câmara – Ministro Relator: Augusto Nardes - Data da Sessão: 16/03/2010).

06. Tal qual o entendimento arraigado do TCU, o Egrégio Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro possui jurisprudência pacífica quanto à temática, senão vejamos:

TCE RIO DE JANEIRO - REPRESENTAÇÃO EM FACE DE POSSÍVEIS IRREGULARIDADES EM EDITAL DE TOMADA DE PREÇOS. CONTRATAÇÃO DE EMPRESA PARA EXECUÇÃO DE OBRA. RECONHECIMENTO PELO JURISDICIONADO DE PARTE DAS IRREGULARIDADES SUSCITADAS PELO REPRESENTANTE. ANULAÇÃO DO CERTAME POR DECISÃO ADMINISTRATIVA. PERDA DO OBJETO DA TUTELA PROVISÓRIA PLEITEADA. NA HIPÓTESE DE RELANÇAMENTO DA LICITAÇÃO PARA O OBJETO, NECESSÁRIA RETIFICAÇÃO DA PARCELA DE MAIOR RELEVÂNCIA E EXCLUSÃO DE ITENS QUE JÁ SE ENCONTRAM EM EXECUÇÃO. VEDAÇÃO À PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS EM CONSÓRCIO QUE DEVERÁ SER EXCLUÍDA OU JUSTIFICADA EM EVENTUAL NOVO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. PROCEDÊNCIA DA REPRESENTAÇÃO. COMUNICAÇÃO. ARQUIVAMENTO.

“É relevante registrar que a vedação à participação de empresas reunidas em consórcio, em que pese situar-se no âmbito da discricionariedade do Administrador Público, nos termos do artigo 33 da Lei Federal nº 8.666/93, **os motivos que fundamentam a escolha devem estar demonstrados nos autos do procedimento licitatório e/ou no instrumento convocatório, sendo este o entendimento fixado por esta Corte e pelo Tribunal de Contas da União**”

07. Ademais, a Lei nº 14.133/21 **também acolheu este entendimento ao prever que a vedação deve ser justificada**, sendo regra e não exceção a participação de pessoa jurídica em consórcio, senão vejamos:

Art. 15
Lei nº
14.133/21

“Salvo vedação devidamente justificada no processo licitatório, pessoa jurídica poderá participar de licitação em consórcio (...)”

08. Portanto, a vedação à participação de empresas organizadas sob a forma de consórcio **constitui exceção que deve ser justificada expressamente no procedimento licitatório** de maneira lógica e não genérica.

09. Logo, em consonância com a jurisprudência da nobre Corte de Contas da União, bem como a Nova Lei de Licitações, para se **vedar a participação de consórcio, o ente licitante deve explicitar, circunstanciadamente, o porquê da sua decisão**. Em especial, deveria dizer o porquê, naquele certame específico, a possibilidade de reunião em consórcio não é a mais consentânea com os princípios licitatórios, previstos no Art. 11, da referida Lei, notadamente, o Princípio do Resultado Mais Vantajoso:

Art. 11
Lei nº
14.133/21

“O processo licitatório tem por objetivos:

- I - assegurar a seleção da proposta apta a gerar o **resultado de contratação mais vantajoso para a Administração Pública**, inclusive no que se refere ao ciclo de vida do objeto;
- II - assegurar **tratamento isonômico entre os licitantes**, bem como a justa competição;
- III - evitar contratações com sobrepreço ou com preços manifestamente inexequíveis e superfaturamento na execução dos contratos;
- IV - incentivar a inovação e o desenvolvimento nacional sustentável.”

10. Deste modo, **não cabe ao Poder Público contrapor-se a algo sancionado pela própria Lei**, tendo em vista que, mesmo estando no âmbito do Poder Discricionário da Administração pública

deliberar sobre a vedação de tais empresas, para rejeitar tais participações deve-se **observar os Princípios da Motivação e da Razoabilidade**.

11. Diante disto, seguindo os ditames da Legislação pátria em vigor, **deve o Edital ser retificado** no que concerne a participação de empresas em consórcio.

III. Omissão

a. Proteção de Dados Pessoais

12. O presente instrumento convocatório **NÃO** dispõe sobre Política de Segurança e Informação. Trata-se de aspecto crucial, dado que no objeto da licitação e demais anexos não há menção ao tratamento de dados pessoais dos eventuais usuários do sistema a ser implantado.

13. Crucial frisar que por ser tratar de um sistema voltado para **controle de prontuários** e, conseqüentemente, acarretar na **manipulação de dados sensíveis**, é substancial que o processo licitatório disponha de elementos que preservem os dados pessoais e informe, à vista disso, a respeito de seu tratamento, resguardando os direitos fundamentais de liberdade e privacidade.

14. Deve-se atentar que a Proteção de Dados vai além da segurança da informação, pois além de se buscar que as informações estejam seguras e resguardadas de eventuais vazamentos, também há uma preocupação de que os titulares destas informações tenham o **controle sob seus dados**.

15. Posto isto, é sabido que o ordenamento jurídico pátrio possui legislação própria em vigor acerca do tema. Trata-se da **LGPD - LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS** (Lei nº 13.709/18).

16. A referida legislação preceitua acerca de um maior controle sobre os dados que transitam nos sistemas de informação, a fim de que somente sejam utilizados os dados se devidamente autorizados pelos seus titulares.

17. Ocorre que a **LGPD impacta diretamente no objeto da presente licitação**, haja vista que se trata da implantação de um sistema eletrônico de **gerenciamento e controle de margem de dados**.

18. Observemos que há **mera citação** à referida legislação, sem ao menos prever qualquer disposição de como serão tratados esses dados ou quais **procedimentos de segurança** serão exigidos das empresas:

19. Ademais, não é simplório alertar que os dados a serem tratados pela eventual Contratada serão ainda mais **sensíveis por suas características**, lembra-se que alguns dados oriundos dos pacientes podem revelar **patologias e doenças** que são constrangedoras para estes, ficando o cidadão a mercê de eventual vazamento ou de manipulação inadequada de seus dados.

20. Ainda neste aspecto, o **CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA – CFM** – por meio da recente Resolução nº 2299/21 definiu:

Art. 3º
Res. nº
2299/21
CFM

“Os **dados dos pacientes** devem trafegar na rede mundial de computadores (internet) com infraestrutura, gerenciamento de riscos e os requisitos obrigatórios para a segurar registro digital apropriado e seguro, **obedecendo às normas do CFM pertinentes à guarda, ao manuseio, à integridade, à veracidade, à confidencialidade, à privacidade e à garantia do sigilo profissional das informações**.
§ 2º Deve ser assegurado cumprimento integral à Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD)”

21. Com esta previsão de entrega completa e desarrazoada da integralidade dos dados, não poderão as licitantes garantir a **integridade do banco de dados** e estarão expostas.

22. Logo, de acordo com este edital omissivo, que nada prevê acerca da devida segurança dos dados dos indivíduos, poderão os cidadãos atendidos nessa instituição hospitalar terem seus dados vazados ou “furtados” através de ataques “hacker”, culminando em possíveis divulgações de todas suas características físicas (exame físico, peso, altura, sexo, raça, cor), familiares (nome da mãe, nome do pai) e geográficas (logradouro, bairro, número da residência).

23. Imagine-se, Senhor Pregoeiro, os potenciais **danos à imagem dos indivíduos** que estarão inep-tos diante da **omissão do edital** em prever qualquer segurança aos seus dados.

24. Assim, não há, como apontado, qualquer descrição de como será feito este gerenciamento de dados, levando a Administração a realizar contrato de prazo determinado junto ao desastre eminente, **caso o Ilustre Pregoeiro, bem como sua competente Equipe de Apoio não intervenham de prontamente.**

25. Isto é, **não se preocupou o Órgão licitante em detalhar acerca dos procedimentos de segurança, tampouco a se prevenir.**

26. A impressão que fica aos cidadãos, data vênia, é que a Administração Pública, ora licitante, pretende fruir dos dados de milhares, sem se importar com eventuais danos de um vazamento, que se diga, vão muito além de um escândalo midiático para um montante pecuniário oriundo de eventuais indenizações.

27. Nem se pode dizer que trata-se de análise pessimista ou sensacionalista do edital, pois estamos diante atualmente de diversos ataques “hackers” a órgãos públicos de todas as esferas administrativas, inclusive órgãos de saúde, tais como o Ministério da Saúde que sofreu recentemente com um ataque com comprometimento de sistemas de notificação de casos de Covid, do Programa Nacional de Imunização e do Conect-SUS.

28. Lembra-se ainda que a **LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS** prevê sanções administrativas, podendo ser aplicadas multas que podem chegar até a **50 milhões de reais** (Art. 52, II), além de bloqueio da operação enquanto se regulariza o tratamento de dados:

Art. 52
LGPD

“Os agentes de tratamento de dados, em razão das infrações cometidas às normas previstas nesta Lei, ficam sujeitos às seguintes sanções administrativas aplicáveis pela autoridade nacional:

II - **multa simples**, de até 2% (dois por cento) do faturamento da pessoa jurídica de direito privado, grupo ou conglomerado no Brasil no seu último exercício, excluídos os tributos, limitada, no total, a **R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais) por infração;**

III - **multa diária**, observado o limite total a que se refere o inciso II;

IV - **publicização da infração** após devidamente apurada e confirmada a sua ocorrência;

V - **bloqueio dos dados pessoais a que se refere a infração até a sua regularização;**

VI - eliminação dos dados pessoais a que se refere a infração;

X - **suspensão parcial do funcionamento do banco de dados** a que se refere a infração pelo período máximo de 6 (seis) meses, prorrogável por igual período, até a regularização da atividade de tratamento pelo controlador

XI - **suspensão do exercício da atividade de tratamento dos dados pessoais** a que se refere a infração pelo período máximo de 6 (seis) meses, prorrogável por igual período;

XII - **proibição parcial ou total do exercício de atividades relacionadas a tratamento de dados.”**

29. Logo, o **prejuízo** para a administração pode ser de grande valia, **ultrapassando o valor da**

própria licitação, o que torna esse edital, da maneira como se encontra, em grande e indevido passivo financeiro para as contas da.

30. Soma-se ao prejuízo pecuniário, o prejuízo no atendimento dos cidadãos, pois a depender do nível da falha seria necessária e acobertado por Lei **paralisar toda a operação** de atendimento de saúde da unidade hospitalar em razão de uma falha que poderia ser evitada com um **Edital minimamente adequado**.

31. De um modo geral, o tratamento de dados pessoais, pela Administração, é vinculado a atividades específicas, e, uma vez **encerrada a necessidade de tratamento desses dados**, estes devem ser **descartados ou anonimizados**, respeitando os princípios gerais da proteção de dados, entretanto, como dito, não há previsão de como isto será feito ou exigência que comprove que a eventual empresa contratada seja capaz de cumprir a lei.

32. Neste sentido, determina ainda a LGPD:

Art. 26

LGPD

“O uso compartilhado de dados pessoais pelo Poder Público deve atender a finalidades específicas de execução de políticas públicas e atribuição legal pelos órgãos e pelas entidades públicas, respeitados os princípios de proteção de dados pessoais elencados no art. 6º desta Lei.”

33. Desde logo, portanto, a redação dos contratos administrativos merece cuidados com a inserção de obrigações específicas para respeito e atenção ao disposto na referida Lei.

34. De maneira lógica, é de extrema relevância **explicitar** ao Contratado os **cuidados** que a Administração exige no **tratamento dos dados pessoais disponibilizados**, inclusive quanto à sua vedação para finalidades diversas de como se dará o tratamento dos dados da população envolvida.

35. Nestes casos de omissões, a Administração Pública não será capaz de se certificar de que o licitante contratado está apto ou não para tratar dados pessoais de terceiros, através da comprovação da implementação das rotinas pertinentes à LGPD.

36. Logo, **não pode a Administração se omitir quanto a segurança de seus próprios cidadãos e colaboradores**, de modo a desfrutar dos dados destes indivíduos enquanto mantém sua postura omissa.

37. Portanto, diante deste contexto legal, fica claro que o edital peca novamente, desta vez por não elencar disposições que exijam que as empresas licitantes sejam capazes de demonstrar sua aptidão mínima para observar a Lei Geral de Proteção de Dados, se tratando, portanto, de um **vício insanável**, caso este não seja devidamente **readequado e retificado**.

III. Omissão

b. Quantitativos de Migração de Dados

38. Depreende-se do presente instrumento convocatório, manifestas omissões, como por exemplo no item destacado do Termo de Referência:

7. SERVIÇOS PRELIMINARES

7.1 Se houver necessidade, por interesse do CONTRATANTE, após a efetiva implementação e operacionalização do sistema, a empresa vencedora deverá realizar a **migração dos dados cadastrais existentes** para o sistema de gestão de saúde a ser disponibilizado, de forma que este esteja totalmente operante, no prazo máximo de 30 (trinta) dias a contar da entrega das informações, ou

finalização da implementação, com o objetivo de se evitar a paralisação do atendimento aos pacientes e manter a continuidade dos trabalhos já executados nos sistemas atualmente utilizados pela CONTRATANTE;

7.4 A empresa vencedora deverá emitir relatórios com pareceres técnicos em cada etapa do processo de implantação do sistema, nos quais deverão ser apresentados apontamentos detalhados e conclusivos, com os resultados de testes de integridade dos **dados importados**, assim como da operacionalidade e da estabilidade do sistema durante os **processos de migração** e de implantação;

21. PRAZO DE EXECUÇÃO E VIGÊNCIA DO CONTRATO

22.1 Após a assinatura do contrato pela CONTRATADA, os seguintes prazos deverão ser atendidos:

b) 30 (trinta) dias após a implantação e por solicitação do CONTRATANTE, se houver interesse, para promover a **migração de todos os dados cadastrais existentes** para o sistema de gestão de saúde a ser disponibilizado;

39. Apesar da Administração Pública prever no ato convocatório a necessidade da migração de dados, restaram suprimidos dados imprescindíveis:

Quais **sistemas** em uso pelo Hospital requerem a migração dos dados?

Qual o **volume** desses dados?

Quais **dados** serão migrados?

Quais os **formatos** desses dados a serem migrados?

40. Havendo a previsão de migração de dados, porém sem a sua respectiva **quantificação**, acarretará aos interessados consequente **ausência de parâmetros** para elaboração de suas propostas, tal como a potencial capacidade de realização dos serviços.

41. Tal fato influi sobremaneira, em mais uma hipótese, os participantes do processo licitatório, considerando a **incerteza na contabilização dos custos**, tal como na quantificação e qualificação da mão de obra.

42. Observemos, nessa esteira, o entendimento assentado pelo E. Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro:

43. Tal qual o entendimento arraigado do TCU, o Egrégio Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro possui jurisprudência pacífica quanto à temática, senão vejamos:

TCE RIO DE JANEIRO REPRESENTAÇÃO EM FACE DE EDITAL DE PREGÃO PRESENCIAL. CONTRATAÇÃO DE EMPRESA PARA FORNECIMENTO DE SOFTWARE. IRREGULARIDADES CONSTATADAS. CERTAME SUSPENSO EM ATENDIMENTO À DESCISÃO DESTA CORTE DE CONTAS. AJUSTES QUE AINDA SE MOSTRAM NECESSÁRIOS. INFORMAÇÕES SOBRE A PROVA DE CONCEITO QUE PRECISAM SER ACRESCENTADAS. MELHOR DESCRIÇÃO QUANTO AO SERVIÇO DE “TREINAMENTO” E AOS DADOS A SEREM CONVERTIDOS. EXIGÊNCIA DE CAPITAL SOCIAL MÍNIMO INTEGRALIZADO QUE DEVE SER EXCLUÍDA. INCLUSÃO DA POSSIBILIDADE DE PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL OU EXTRAJUDICIAL. PROSSEGUIMENTO DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO AUTORIZADO DESDE QUE ATENDIDAS AS DETERMINAÇÕES DESTES TRIBUNAL. CONFIRMAÇÃO DA TUTELA PROVISÓRIA. PROCEDÊNCIA PARCIAL. COMUNICAÇÃO. ARQUIVAMENTO.

7 – Os serviços de conversão e higienização normalmente se completam, pois é necessária a crítica das informações que estão na descrição do objeto, pois os arquivos com os dados necessários são fornecidos pelo atendimento do portal Sefaz RJ de forma unificada com as informações de todos os municípios e demandam análise prévia em confronto com nossa base de dados (caso apresentem falta ou erro de informações) para a devida implantação.

Além disso, é padrão na contratação de novos serviços de locação de software desta natureza, este trabalho, não havendo assim necessidade de um detalhamento específico.

[...]

Em face do exposto da exordial e na manifestação da administração, entendemos que **o termo de referência não levanta maiores detalhes acerca do serviço complementar de conversão e higienização de dados.**

Nesse sentido, espera-se que a administração tenha levantado informações acerca do atual estado dos dados que planeja converter para a nova solução e que devem ser higienizados, sendo esperado que a contratante conheça o meio em que se encontram os dados (papel ou meio eletrônico), onde estes encontram-se armazenados qual o formato destes dados (arquivos Excel, Word, digitalizados como imagem, “xml”, “pdf”, banco de dados, etc.), além de uma avaliação preliminar mínima da qualidade dos mesmos (e.g. integridade, duplicidade, consistência), entre outros diversos a seu critério, que **contribuam para a completa, clara e precisa descrição do objeto em todos os seus aspectos.**

Mais uma vez, destacamos o art. 40, inc. I, da Lei 8.666/1993, que **compele a descrição clara e precisa do objeto, em favor da seleção mais vantajosa.**

Isto posto, concluímos pela procedência da representação quanto a estes itens.

[...]

III.4. Incluir no termo de referência do Edital de Pregão Presencial nº 017/2022, de maneira objetiva, **informações acerca do atual estado dos dados que planeja converter para a nova solução e que devem ser higienizados, a fim de tornar a descrição do objeto clara e precisa e favorecer a formação de preços mais vantajosa para a administração**, levando em consideração os seguintes critérios, mas não se limitando a eles: o meio em que se encontram os dados (papel ou meio eletrônico), o formato destes dados (arquivos Excel, Word, digitalizados como imagem, “xml”, “pdf”, banco de dados, etc.), uma avaliação preliminar mínima da qualidade dos mesmos (e.g. integridade, duplicidade, consistência);

Acórdão nº 125139/2022 – Processo nº 208088-4/2022 – Plenário – Data da Sessão: 01/08/2022.
Relatora Conselheira Andrea Siqueira Martins

44. Mais uma vez cabe salientar que, diante da omissão do quantitativo de dados a serem migrados, resta inviável mensurar, não somente o **valor da execução do serviço**, como também o **tempo total para a efetividade deste**. O Edital estabelece prazo específico para conversão/importação e migração das informações.

45. Logicamente, uma **alta demanda de dados a serem migrados** fará com que o **período de transferência** dessas informações possivelmente **perdure na mesma proporção**, por isso a necessidade e a importância da descrição dos quantitativos no instrumento convocatório sob análise.

46. Nada obstante, resta questionável se os **valores incluídos na proposta** efetivamente correspondem aos serviços a serem prestados em sua integralidade.

47. Diante do empecilho oriundo do instrumento convocatório, resta **prejudicada a competitividade** e a certeza na elaboração das propostas.

48. Para dirimir qualquer dúvida acerca da necessidade de previsão objetiva e clara, cabe salientar, novamente, o texto do Art. 7º, §4º, da Lei 8.666/93:

Art. 7º
§4º
Lei
8.666/93

“É **VEDADA**, ainda, a inclusão, no **objeto da licitação**, de fornecimento de materiais ou serviços **sem previsão de quantidades ou cujos quantitativos não correspondam às previsões** reais do projeto básico ou executivo.” – grifei

49. Assim como arguido no item anterior, independentemente da modalidade, tipo de licitação e seu objeto, deverá o ato convocatório **dispor de maneira enfática** a respeito de todos os quantitativos envolvidos na licitação correspondente.

50. Portanto, se mantidas as disposições descrevendo a migração dos dados sem estipulação de informações fundamentais sobre tal serviço, restar-se-á totalmente **transgredido o Art. 7º, §4º. da Lei Federal 8.666/93**, como também, o entendimento maciço doutrinário.

51. Diante da patente ilegalidade, deverá o edital em tela ser **redefinido e devidamente retificado** para fins de adequação aos ditames legais.

III. Omissão

b. Elementos da Prova de Conceito

51. Notadamente, Ilmo. Pregoeiro, é sabido que a Prova de Conceito possui a finalidade de permitir que a Administração confirme a efetiva adequação da proposta do licitante ao objeto demandado no processo licitatório. Assim, o procedimento será **exigido** do licitante que estiver classificado provisoriamente em **primeiro lugar**, de modo a garantir que a proposta esteja congruente à realidade.

52. Em razão de sua importância, seja para a Administração garantir a execução dos serviços, seja para o Licitante demonstrar a segurança de sua prestação de serviços, se faz necessário **definir no instrumento convocatório as regras para a realização da prova de conceito**.

53. Logo, é indispensável que haja previsão no Edital de **como será realizado** o teste de conformidade do software e **o que deve ser atendido**, bem como as **condições para a aprovação e/ou reprovação do sistema** quando da sua análise.

54. A necessidade de definir previamente as regras para a realização da prova de conceito foi muito bem observada em recente acórdão do Tribunal de Contas da União:

TCU REPRESENTAÇÃO. PREGÃO ELETRÔNICO 5/2016 DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO (AGU). REGISTRO DE PREÇOS PARA EVENTUAL CONTRATAÇÃO DE FORNECIMENTO DE ANTIVIRUS E DE ANTISPAM. CAUTELAR CONCEDIDA PARA DETERMINAR À AGU QUE NÃO AUTORIZASSE ADESÕES À ATA DE REGISTRO DE PREÇOS DECORRENTE DO MENCIONADO PREGÃO. INDÍCIOS DE DESVIRTUAMENTO DOS INCENTIVOS PREVISTOS NOS ARTIGOS 170, INCISO IX, E 179, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. OITIVA DA EMPRESA VENCEDORA E DA AGU. AUSÊNCIA DE FRAGILIDADE ECONÔMICA POR PARTE DA EMPRESA VENCEDORA QUE JUSTIFIQUE O USUFRUTO DO REGIME DIFERENCIADO PREVISTO NA LEI COMPLEMENTAR 123/2006. CARACTERIZAÇÃO DE GRUPO ECONÔMICO. REPRESENTAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. INFORMAÇÃO DA AGU DE QUE REVOGOU A ATA DE REGISTRO DE PREÇOS E RETOMOU O PREGÃO ELETRÔNICO, DESCONSIDERANDO A CONDIÇÃO DE EPP DA EMPRESA FAST HELP INFORMÁTICA LTDA. CIÊNCIA.

9.4. dar ciência à AGU, com base no artigo 7º, da Resolução/TCU 265/2014, das seguintes **IMPROPRIEDADES** verificadas no Pregão Eletrônico 5/2016:

9.4.1. previsão, no edital, da **realização de prova de conceito como etapa facultativa e sem indicar quais pontos seriam avaliados durante os testes, o que contraria os princípios da publicidade (transparência) e do julgamento objetivo**; - grifei.

Tribunal de Contas da União, Brasil. Acórdão nº 2.992/2016 – Plenário – Ministro Relator: Walton Alencar Rodrigues, Data da Sessão: 23/11/2016.

55. Mais do que isso, se tratando de uma etapa classificatória, a prova de conceito deve ser realizada em **sessão pública, com convocação para todos os interessados e cabendo recurso do seu resultado**, posto que é o seu resultado que define a classificação da empresa vencedora.

56. Em que pese a previsão estabelecida no Edital acerca da temática abordada, alguns pontos essenciais da prova de conceito carecem de informações, sendo omitidos neste ato constitutivo.

57. Para tanto, não há qualquer disposição referente à **equipe responsável** pelo teste de conformidade, **tampouco a respeito do cronograma** deste.

58. Ainda em relação a Prova de Conceito, cabe trazer à baila entendimento consolidado do TCU no Acórdão 1667/2017:

TCU REPRESENTAÇÃO. PREGÃO PRESENCIAL INTERNACIONAL, SOB O TIPO MENOR PREÇO GLOBAL. CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS TÉCNICOS ESPECIALIZADOS PARA O SISTEMA DE CONTROLE E RASTREAMENTO DA PRODUÇÃO DE CIGARROS. REVOGAÇÃO DA MEDIDA CAUTELAR. SOLICITAÇÃO DE INGRESSO NOS AUTOS. INDEFERIMENTO. NÃO CONHECIMENTO DE AGRAVO OPOSTO. RECONHECIMENTO DA ADEQUAÇÃO DA MODALIDADE LICITATÓRIA ESCOLHIDA. CONHECIMENTO DA REPRESENTAÇÃO. IMPROCEDÊNCIA. ARQUIVAMENTO. RELATÓRIO

O Tribunal entende, então, que o desenvolvimento e a manutenção de *softwares* não necessariamente são objetos predominantemente intelectuais. Se objetivamente definidos por meio de especificações usuais no mercado, enquadram-se na categoria de **bens/serviços** comuns prevista na legislação. Desse modo, o juízo do Tribunal é de que o pregão, do tipo menor preço, é, em regra, a modalidade de licitação adequada para a contratação desses objetos, basta que a solução atenda aos parâmetros de desempenho e qualidade estabelecidos no edital.

Assim, no geral, aplica-se, à contratação de bens e serviços de TI, toda a legislação, doutrina e jurisprudência relativas ao pregão.

Nesse tipo de contratação, o procedimento de avaliação de amostras consiste na **apresentação, por parte do licitante, de uma amostra dos produtos ofertados, seguida da realização de testes pelo ente promotor da licitação.**

A Nota Técnica 4/2009-Sefti/TCU, publicada em 10/4/2010, prevê a possibilidade de exigência de procedimento de avaliação de amostras nas licitações para aquisições de bens e suprimentos de TI mediante a modalidade pregão:

‘Entendimento I. **É possível prever procedimento de avaliação de amostras nas licitações para aquisições de bens e suprimentos de TI** mediante a modalidade Pregão (Lei nº 8.666/1993, art. 3º, *caput*, e art. 43, inciso IV; Lei nº 10.520/2002, art. 3º, inciso I, e art. 4º, incisos XI e XVI; Acórdãos TCU nº s 1.182/2007, item 9.1, e 1.168/2009, item 9.2.1, ambos do Plenário).

Entendimento II. Nos casos em que o edital previr o procedimento de avaliação de amostras, sua realização deve constar como obrigatória. **O procedimento previsto somente deixará de ser executado nas situações objetivamente descritas e justificadas no instrumento convocatório, respeitando-se, sempre, a isonomia entre os interessados** (Lei nº 8.666/1993, art. 44, § 1º, e art. 3º, *caput*; Lei nº 9.784/1999, art. 50, inciso I).

Entendimento III. Nos certames realizados por Pregão, em que a avaliação de amostras fizer-se necessária, esta deve ser **exigida somente na fase de classificação e apenas do licitante provisoriamente em primeiro lugar, após a etapa de lances** (Lei nº 8.666/1993, art. 3º, § 1º, inciso I, e arts. 27 a 31; Decisão nº 1.237/2002 – TCU – Plenário, subitem 8.3.2; Acórdãos TCU nº s 808/2003, subitem 9.2.5, e 526/2005, subitem 9.3, ambos do Plenário).

Entendimento IV. Nos casos em que a avaliação de amostras fizer-se necessária, devem-se **prever no instrumento convocatório**, pelo menos, os seguintes itens (Princípio da publicidade – Constituição Federal, art. 37, *caput*; Princípio do julgamento objetivo e da isonomia – Lei nº 8.666/1993, art. 3º, *caput*; Princípio da segurança jurídica – Lei nº 9.784/1999, art. 2º, *caput*):

- a. **Prazo adequado** para entrega da amostra pelo licitante;
- b. A possibilidade e a forma de participação dos interessados, inclusive dos demais licitantes, no **acompanhamento** do procedimento de avaliação da amostra;
- c. A **forma de divulgação**, a todos os licitantes, **do período e do local da realização** do procedimento de avaliação de amostras e do **resultado de cada avaliação**;
- d. O **roteiro** de avaliação, detalhando todas as condições em que o procedimento será executado, além dos **critérios de aceitação da amostra** e, conseqüentemente, da proposta do licitante;

e. Cláusulas que especifiquem a responsabilidade do ente contratante quanto ao estado em que a amostra será devolvida e ao prazo para sua retirada após a conclusão do procedimento licitatório.’

59. Dessa forma, é inequívoco se atentar às condições da prova de conceito, para que estas estejam ajustadas à efetiva e correta análise do sistema ofertado, **sem se tornar uma condição de restrição à competitividade da licitação e nem criar uma subjetividade indevida para o julgamento da melhor proposta.**

IV. Pedido Cautelar

60. Diante dos fatos externados, de rigor a **concessão de medida cautelar**, uma vez que esta tem a finalidade de, emergencialmente, prevenir, conservar, proteger ou assegurar direitos, conforme depreende-se do Código de Processo Civil:

Art. 300
CPC

“A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a **probabilidade do direito e o perigo de dano** ou o risco ao resultado útil do processo.
§ 2º A tutela de urgência pode ser **concedida liminarmente ou após justificação prévia**”.

62. Destarte, tendo em vista que **há indícios de irregularidades no objeto**, condição esta que tem o condão de limitar indevidamente a participação certame e, conseqüentemente, de prejudicar a obtenção da proposta mais vantajosa, reputa-se configurado o *fumus boni iuris*.

63. No caso em tela, o Pregão Presencial será realizado em **24/05/2023** e, diante do evidente **risco de dano ao erário público**, considerando a restrição à competitividade presente no instrumento convocatório, que poderá culminar, por consequência, na escolha da proposta menos vantajosa à Administração Pública, resta caracterizado o *periculum in mora* apto à concessão da cautelar de suspensão do procedimento licitatório.

V. Pedidos Finais

64. Em face do exposto, requer:

- a) concessão da medida cautelar de **SUSPENSÃO** imediata do certame até julgamento definitivo do presente, a fim de que se evitem danos irreparáveis ou de difícil reparação ao Erário.
- b) estabelecimento de **NOVO PRAZO** para abertura da sessão, ao passo que as alterações pleiteadas afetarão diretamente a formulação das propostas.
- c) envio do feito ao **MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS**;
- d) **PROCEDÊNCIA** da Impugnação ao Edital nº 009/2023 em epígrafe, pelas razões acima apontadas;

Pelo deferimento,

São Paulo, 19 de maio de 2023.

Rafael de Andrade Sabbadini
OAB/SP nº 474.617