

JULGAMENTO DO PEDIDO DE IMPUGNAÇÃO AO EDITAL DE CONVITE Nº 010/2021

A **Agência São Paulo de Desenvolvimento - ADE SAMPA** torna público nos termos do item “11.1” do Edital de Convite nº 010/2021 e de suas posteriores publicações de retificadoras, cujo objeto é a convocação de empresas do ramo de Tecnologia da Informação para a apresentação de Propostas Comerciais cujo escopo seja o fornecimento de solução corporativa informatizada de Gestão de Relacionamento com Clientes, na modalidade de software as a service (SaaS), incluindo os serviços de licenças básicas de uso, migração de dados, customização e parametrização, integração de sistemas, treinamento e serviço especializado de consultoria, customização e parametrização da solução de CRM sob demanda, o **RESULTADO DO JULGAMENTO DA IMPUGNAÇÃO** emitido pela **COMISSÃO DE LICITAÇÃO** acerca das razões apresentadas pela proponente **SENIOR SISTEMAS S.A.**.

Preliminarmente, quanto à análise formal do Pedido de Impugnação, cumpre destacar que fora apresentado tempestivamente e subscrito por representante legal da proponente devidamente identificado ao final da peça e que, portanto, está formalmente adequado para seguir à avaliação de seu mérito.

Em apertada síntese, a proponente requer a revisão de dois pontos do Edital, quais sejam: a propriedade intelectual do produto tratada no item 16.1. do Anexo I - Termo de Referência do Edital; e o sistema de aplicação de multas proposto pela **ADE SAMPA** na cláusula 13.2. do Edital, no item 15.2. do Anexo I - Termo de Referência e na cláusula 10.1. do Anexo V - Minuta de Termo de Contrato.

No que tange ao primeiro ponto, da propriedade intelectual da ferramenta, é importante esclarecer que em momento algum se tratou de objetivo do certame requerer a propriedade intelectual do sistema a ser disponibilizado pela empresa que será

contratada, de maneira que a previsão do item 16.1. do Anexo I - Termo de Referência do Edital encontra-se isolada e contradiz todo o restante da peça de Edital. Assim, a **ADE SAMPA** elucida que o referido ponto de fato foi redigido de maneira equivocada, promovendo dúvida interpretação, de maneira que a palavra “produto” deveria ser substituída pelas palavras “dados” e/ou “informação” durante a vigência do contrato. Nesse sentido, comunicamos que trata-se de um quesito que justifica a revisão deste item no Edital.

Já no que diz respeito ao segundo ponto trazido pela proponente, referente ao sistema de aplicação de multas previsto no Edital e em seus Anexos, é fundamental destacar que, apesar da Proponente alegar que tais previsões de multa se referem às mesmas condutas, isto não é verdade. Nesse sentido, pela leitura da cláusula 13.2. do Edital verifica-se que a aplicação de Multas no valor de 0,1% do valor total do Contrato destinam-se a: **i)** hipótese de atraso (somente atraso) na entrega do produto/serviço (provisória ou definitiva); e **ii)** outras hipóteses, naturalmente as não expressamente previstas. Por conseguinte, o item 15.2. do Anexo I - Termo de Referência do Edital estabelece o percentual de 0,5% do valor do Contrato na hipótese de não cumprimento das condições específicas de fornecimento da solução e suporte, que constam detalhadamente nesta peça, Anexo I - Termo de Referência, e não ao longo do Edital e do Anexo V - Minuta de Termo de Contrato. Assim, não há que se falar em gradação em sede de hipóteses diferentes. No que diz respeito a indagação acerca da cláusula 10.1. do Anexo V - Minuta de Termo de Contrato, cumpre salientar novamente que se tratam de hipóteses diversas das trabalhadas inicialmente no Edital e no Anexo I - Termo de Referência, sendo possível observar sem dificuldade a gravidade do prejuízo gerado à **ADE SAMPA** caso essas hipóteses ocorram, quais sejam: **i)** recusa injustificada da licitante vencedora em assinar o Contrato; **ii)** o atraso sem apresentação de justificativa (ou seja, sem qualquer posicionamento à **ADE SAMPA**); **iii)** pela inexecução total ou parcial do que fora contratado pela **ADE SAMPA**. Vale salientar ainda que para todas essas hipóteses, ou seja, as que seriam hipoteticamente motivadas pela contratada, seriam necessárias antes da aplicação da referida Multa a pena de Advertência e oportunidade de manifestação, garantindo-se assim à contratada o contraditório e a ampla defesa, na forma do art. 87 da Lei nº 8.666/93.

Ainda na esteira de aplicação de Multas, a proponente indaga a ausência de um prazo mínimo a ser considerado pela **ADE SAMPA** como balizador de um evento de reincidência. De fato, tal prazo não está posto de maneira objetiva no Edital e em seus

Anexos, de maneira que esse quesito será corrigido na próxima publicação retificadora do Edital.

Desta maneira, por todo o exposto e no uso de minhas atribuições definidas pela Comissão de Licitação desta agência, CONHEÇO PARCIALMENTE o Pedido de Impugnação apresentado, no que se refere à redação do item 15.1. do Anexo I - Termo de Referência do Edital e a ausência de estipulação de prazo mínimo para ser constatada a reincidência. Assim, desde já informo que tais pontos serão superados na próxima publicação do Edital analisado.

Por fim, determino a publicação do presente julgamento para que seja dada a mais ampla publicidade e chegue ao conhecimento de todos os interessados.

São Paulo, 26 de fevereiro de 2021

Aline Dias Martins

Presidente da Comissão de Licitação da ADE SAMPA

AO PREGOEIRO DESIGNADO PELA AGÊNCIA SÃO PAULO DE DESENVOLVIMENTO - ADE SAMPA

Ref. Edital de Convite nº 010/2021
Processo SEI nº: 8710.2021/0000028-3

SENIOR SISTEMAS S.A., sociedade empresária com sede na Rua São Paulo, nº 825, Bairro Victor Konder, CEP 89012-001, no município de Blumenau/SC, inscrita no CNPJ sob o nº 80.680.093/0001-81, e-mail juridico.senior@senior.com.br, vem, respeitosamente, perante Vossa Senhoria, apresentar a seguinte

IMPUGNAÇÃO AO EDITAL

do Pregão Eletrônico acima indicado, pelos fatos e fundamentos a seguir alinhavados.

I. DO CABIMENTO DA IMPUGNAÇÃO

1. A presente impugnação encontra perfeito cabimento no item 11.1 da Cláusula Décima Primeira (p. 16) do Instrumento Convocatório.

2. Não obstante o cabimento da presente medida, oportuno ressaltar sua tempestividade, já que está sendo apresentada dentro do lapso temporal contido no texto legal.

3. Deste modo, requer-se, de pronto, que seja a presente impugnação recebida, conhecida e processada, sendo, ao final, acolhidos integralmente seus pleitos.

II. RAZÕES DA IMPUGNAÇÃO QUANTO À PROPRIEDADE INTELECTUAL

4. A Impugnante tem o interesse em participar do Convite 010/2021, promovido pela ADE SAMPA, que tem por objeto "a convocação de empresas do ramo de Tecnologia da Informação, (...) para apresentação de Propostas Comerciais para o fornecimento de solução corporativa informatizada de Gestão de Relacionamento com Clientes, na modalidade de software as a service (SaaS), incluindo os serviços: licenças básicas de uso, migração de dados, customização e parametrização, integração de sistemas, treinamento e serviço especializado de consultoria, customização e parametrização da solução de CRM sob demanda".

5. **Nota-se que o Edital não possui como objeto a transferência de tecnologia ou o desenvolvimento específico de software para a ADE SAMPA.**

6. O objeto da licitação em questão é referente a "fornecimento de solução corporativa informatizada de Gestão de Relacionamento com Clientes".

7. Desta forma, pressupõe a contratação de um produto acabado, com os respectivos serviços de implantação, treinamento, atualização e suporte técnico, conforme especificado no Edital e anexos.

8. Contudo, o Termo de Referência, em seu item 16.1, traz a transferência de propriedade sobre produtos elaborados na vigência do Contrato e, inclusive, posteriormente, senão vejamos:

16. CONSIDERAÇÕES FINAIS

16.1. Todos os produtos elaborados na vigência **e posteriormente** a essa serão de propriedade da Agência São Paulo de Desenvolvimento – ADE SAMPA, não podendo ser divulgadas sem prévia autorização da mesma, como também não cabendo à contratada nenhum direito sobre estes produtos ou sobre sua utilização. (Grifamos)

9. Nota-se que essa previsão seria cabível se os serviços executados fossem de desenvolvimento específico, tal como se estivesse sendo contratada fábrica de software, o que não é o caso.

10. Além dessa exigência não condizer com o escopo da contratação em questão, a previsão é genérica e imprecisa, pois não limitam a incidência aos desenvolvimentos específicos realizados no âmbito do Contrato, o que se demonstra abusivo, uma vez que a solução é de propriedade da Contratada. Trata-se de propriedade intelectual resguardada legalmente.

11. Ademais, a cláusula prevê claramente que estão inclusos nesses casos produtos elaborados "posteriormente" a vigência do

Contrato, o que gera uma extensão indevida à previsão, garantindo à Contratante direitos sobre algo que extrapola o objeto do Contrato!

12. Não se tratando de contratação de desenvolvimento de software, e sim de licenciamento/fornecimento de solução pronta, não deveria existir qualquer dispositivo prevendo a propriedade da Contratante sobre os produtos ofertados pelas licitantes, muito menos aqueles elaborados posteriormente a vigência do Contrato!

13. Se a necessidade surge do interesse da ADE SAMPA em preservar a continuidade dos serviços por outra empresa após o término do Contrato, seria suficiente a entrega das informações do banco de dados. Não há necessidade alguma de transferência dos direitos resguardados legalmente das licitantes.

14. Desta forma, entendemos que a cláusula ora mencionada (16.1) precisa ser integralmente excluída, por ser manifestamente incompatível com o objeto do edital ou, no mínimo, ajustada para a realidade da contratação, limitando a propriedade somente para os produtos elaborados especificamente para a Contratante no âmbito do Contrato.

III. RAZÕES DA IMPUGNAÇÃO QUANTO AS MULTAS

a) DA BASE DE CÁLCULO DAS MULTAS POR DESCUMPRIMENTOS PARCIAIS DO CONTRATO

15. O item 13.2 do Edital fixa multas com a base de cálculo sobre o valor total do instrumento contratual, conforme se observa:

I – Multas

a. De 0,1 % (um décimo por cento) **do valor total do Contrato**, na qual tenha sido entregue ou realizado (provisória ou definitivamente) com atraso, qualquer produto ou serviço a ele destinado, aplicável por dia de atraso, entendendo-se como atraso o não cumprimento do prazo contratual de entrega/realização do produto/serviço;

b. De 1,0 % (um por cento) **do valor total do Contrato** por infração a qualquer de suas cláusulas ou condições, que não as especificadas na alínea “a” deste inciso, aplicada em dobro na reincidência;

16. Já a cláusula 10.1 da Minuta do Contrato estabelece:

10.1. Nos termos dos artigos 81 a 88, da Lei n.º 8.666/93, fica a CONTRATADA, garantida prévia defesa, sujeita, a critério da administração, a advertência e/ou multa de 1% (um por cento) **sobre o valor do Contrato**, por infração de qualquer cláusula contratual, dobrada na hipótese de reincidência.

17. No entanto, não se pode admitir que o percentual da multa em questão, nos casos de descumprimento **parcial**, incida sobre o valor **total** do Contrato, haja vista o fato gerador referente a somente parte do Contrato.

18. Não nos parece justa tal base de cálculo, tendo em vista que, uma vez ocorrido o descumprimento tão somente de parte do Contrato, é razoável que o cálculo da penalidade incida apenas sobre aquela parcela descumprida e não sobre o valor total da contratação, como se a Contratada tivesse descumprido obrigações contratuais em sua totalidade.

19. Desta forma, em caso de descumprimentos pontuais/parciais e específicos na execução dos serviços a base de cálculo da multa deverá ser o valor da parcela ou do serviço em atraso, e não o valor total das obrigações.

20. Diante deste cenário, nota-se que o disposto no Edital é excessivo, desproporcional e fere os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, que devem necessariamente ser utilizados no momento da elaboração de Editais.

21. Por todo o exposto, requer a adequação dos itens mencionados, para que o percentual da multa nos casos mencionados no item 13.2 do Edital e na cláusula 10.1 da Minuta do Contrato incidam sobre o valor da parcela (mensal) ou valor do serviço em atraso, e não sobre o valor total do Contrato.

b) DA AUSÊNCIA DE GRADAÇÃO DAS MULTAS DE ACORDO COM A GRAVIDADE DA OCORRÊNCIA

22. O item 13.2 do Edital estabelece:

I – Multas

a. De 0,1 % (um décimo por cento) **do valor total do Contrato**, na qual tenha sido entregue ou realizado (provisória ou definitivamente) com atraso, qualquer produto ou serviço a ele

destinado, aplicável por dia de atraso, entendendo-se como atraso o não cumprimento do prazo contratual de entrega/realização do produto/serviço;

b. De 1,0 % (um por cento) **do valor total do Contrato** por infração a qualquer de suas cláusulas ou condições, que não as especificadas na alínea "a" deste inciso, aplicada em dobro na reincidência;

23. Já o item 15.2 do Termo de Referência prevê:

15.2. Multa no valor **de 05%** (cinco por cento) do valor mensal em caso de não cumprimento das cláusulas estipuladas neste termo de referência;

24. Por fim, a cláusula 10.1 da Minuta do Contrato estabelece:

10.1. Nos termos dos artigos 81 a 88, da Lei n.º 8.666/93, fica a CONTRATADA, garantida prévia defesa, sujeita, a critério da administração, a advertência e/ou multa **de 1%** (um por cento) **sobre o valor do Contrato**, por infração de qualquer cláusula contratual, dobrada na hipótese de reincidência.

25. Nota-se que em nenhum dos itens elencados acima há previsão de gradação das multas, mas apenas o percentual fixo de aplicação da multa, independentemente da gravidade do fato que gerou a penalidade.

26. Desta forma, eventual descumprimento irrisório, de baixo grau de impacto, pode gerar a mesma multa que um descumprimento mais agravoso.

27. No mesmo sentido é o entendimento do Tribunal de Contas da União:

Estipule, em atenção aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, penalidades específicas e proporcionais a gravidade dos eventuais descumprimentos contratuais (Acórdão 1453/2009 Plenário).

28. Deve-se observar, portanto, a proporcionalidade entre o fato gerador e a penalidade aplicada ao caso.

29. Sendo assim, REQUER que em todos os itens ora mencionados o termo "de" seja alterado para "até", para que assim cada descumprimento seja avaliado e a multa aplicada de acordo com a gravidade da ocorrência, podendo ser até o percentual indicado.

c) DAS AUSÊNCIA DE CLAREZA SOBRE AS REINCIDÊNCIAS

30. O item 13.2 do Edital estabelece:

I – Multas

(...)

b. **De 1,0 %** (um por cento) **do valor total do Contrato** por infração a qualquer de suas cláusulas ou condições, que não as especificadas na alínea "a" deste inciso, **aplicada em dobro na reincidência;**

31. Já a cláusula 10.1 da Minuta do Contrato estabelece:

10.1. Nos termos dos artigos 81 a 88, da Lei n.º 8.666/93, fica a CONTRATADA, garantida prévia defesa, **sujeita**, a critério da administração, a advertência e/ou multa **de 1%** (um por cento) **sobre o valor do Contrato**, por infração de qualquer cláusula contratual, **dobrada na hipótese de reincidência.**

32. Ocorre que não há clareza sobre o formato de aplicação da multa em dobro, senão vejamos: Nessa redação havendo um descumprimento no primeiro mês de Contrato e outra ocorrência após meses, ou até anos, de Contrato, configuraria a reincidência e, conseqüentemente, a aplicação da multa em dobro.

33. Nesse cenário, não há nenhuma proporcionalidade ou razoabilidade na aplicação da multa.

34. Cumpre esclarecer que a licitante não quer se eximir do cumprimento das sanções estabelecidas. Pede-se apenas que estas sejam aplicadas de forma proporcional ao fato que as ensejou.

35. Assim, REQUER que para a aplicação da multa em dobro, a reincidência ocorra dentro do período de 15 (quinze) dias, tendo em vista que o Edital não limita o período entre as ocorrências para configuração da reincidência e aplicação da multa em dobro, considerando o princípio da proporcionalidade, ao qual a Administração Pública está diretamente vinculada.

IV. DO PEDIDO

36. Ante o exposto, para garantir o atendimento aos princípios norteadores dos procedimentos licitatórios, requer que Vossa Senhoria julgue motivadamente a presente impugnação, acolhendo-a e

promovendo as alterações necessárias nos termos do Edital e seus anexos, sua consequente republicação e suspensão da data de realização do certame.

Nestes termos, pede deferimento.

Blumenau, 23 de fevereiro de 2021.

CARLENIO BEZERRA
CASTELO
BRANCO:62064258434

Assinado de forma digital por
CARLENIO BEZERRA CASTELO
BRANCO:62064258434
Dados: 2021.02.23 15:21:25 -03'00'

SENIOR SISTEMAS S/A
CNPJ 80.680.093/0001-81
Carlênio B. Castelo Branco
Diretor Presidente