

■ Visualização de Recursos, Contrarrazões e Decisões

RECURSO :

ILMA. SRA. PREGOEIRA DA SUPERINTENDÊNCIA ESTADUAL DE LICITAÇÕES – SUPEL

PREGÃO ELETRÔNICO Nº: 688/2022/CEL/SUPEL/RO
PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº: 0070.067779/2022-33

INDRA BRASIL SOLUÇÕES E SERVIÇOS TECNOLÓGICOS LTDA. ("RECORRENTE"), sociedade empresária limitada, com sede na Av. Guido Caloi, nº 1002, Torre III, 1º andar, Bairro Jd. São Luis, São Paulo/SP, CEP 05802-140, inscrita no CNPJ sob o nº 01.645.738/0001-79, vem, por meio da presente, apresentar RECURSO ADMINISTRATIVO em face da habilitação das licitantes ALABIA LTDA. ("ALABIA"), habilitada em 1º lugar, e FSBR - FÁBRICA DE SOFTWARE DO BRASIL LTDA. ("FSBR"), habilitada para o cadastro de reserva, com base no item 13.2 do Edital c/c art. 44, §1º, do Decreto Federal nº 10.024/2019, pelos fatos e fundamentos de direito que passa a expor:

SÍNTESE DOS FATOS E DO RECURSO

1. A Superintendência Estadual de Licitações – SUPEL tornou público o edital do Pregão Eletrônico nº 688/2022/CEL/SUPEL/RO (o "Edital"), tendo como objeto o "Registro de preços para futura e eventual contratação de serviços especializados de consultoria, transferência de conhecimento, desenvolvimento, construção, implantação, documentação, suporte e manutenção de software, seguindo a metodologia da SETIC, baseada nas ideias e práticas do movimento 'Ágil' e do 'Software Craftmanship'", e tendo como interessada a Superintendência Estadual de Tecnologia da Informação e Comunicação – SETIC.

2. Encerrada a etapa de lances, foi a licitante ALABIA declarada habilitada e vencedora do certame, sendo a licitante FSBR, classificada em 3º lugar na etapa de lances, habilitada para o cadastro de reserva, tendo em vista a prévia inabilitação da licitante classificada em 2º lugar, a empresa E L Alves Junior Comercio Atacadista de Material Elétrico Ltda.

3. Porém, como se demonstrará nas presentes razões recursais, nenhuma das licitantes habilitadas atendeu integralmente às exigências relativas à qualificação técnica e comprovação de capacidade técnico-operacional para a execução do objeto licitado, conforme expressamente previsto no item 12.7 e subitens do Edital.

4. Portanto, restou violado o princípio da vinculação ao instrumento convocatório, previsto no art. 3º, caput, da Lei Federal nº 8.666/93, e, como consectário lógico, os princípios da isonomia e legalidade, impondo-se a necessidade de reforma da decisão ora recorrida.

DA TEMPESTIVIDADE

5. O prazo para apresentação das presentes razões de recursais é de 03 (três) dias úteis, conforme estabelecido no item 13.2 do Edital:

13.2. Será concedido à licitante que manifestar a intenção de interpor recurso o prazo de 03 (três) dias para apresentar as razões recursais, ficando as demais licitantes, desde logo, intimados para, querendo, apresentarem contrarrazões em igual prazo, que começará a contar do término do prazo do recorrente, sendo-lhes assegurada vista imediata dos autos (redação conforme o inc. XVIII, art. 4º, Lei Federal n.º 10.520).

6. Além disso, o Edital estabelece no item 25.8 que, na contagem de prazos, excluir-se-á o dia do início e incluir-se-á o do vencimento:

25.8. Na contagem dos prazos estabelecidos neste Edital e seus Anexos, excluir-se-á o dia do início e incluir-se-á o do vencimento. Vencendo-se os prazos somente em dias de expediente normais no órgão responsável pela licitação.

7. Considerando-se que a decisão pela habilitação das licitantes ALABIA e FSBR foi publicizada em 07/03/2023, o termo inicial do prazo para apresentação de razões recursais foi dia 08/03/2023, sendo seu termo final a data de 09/03/2023. Portanto, são tempestivas as presentes razões recursais, as quais deverão ser recebidas e processadas de acordo com os termos do Edital e da legislação aplicável.

DA INDEVIDA HABILITAÇÃO DA LICITANTE ALABIA

8. Para fins de atender às exigências de qualificação técnica previstas no Edital, a licitante ALABIA apresentou um único atestado técnico, emitido pela empresa PRIME SISTEMAS DE ATENDIMENTO AO CONSUMIDOR LTDA., que faz negócios sob o nome fantasia MUTANT.

9. O referido atestado, no entanto, não contém o mínimo de informação necessária para atendimento do item 12.7.2, letras "a" a "f" do Edital.

10. De acordo com o referido item do Edital, os atestados apresentados pelas licitantes devem contemplar características, quantidades e metodologias específicas, compatíveis com o objeto licitado:

12.7.2. A CONTRATADA deve apresentar Atestados de Capacidade Técnica, comprovando que já realizou serviços compatíveis com o objeto deste Termo de Referência, conforme abaixo:

- Entende-se por pertinente e compatível em características ou similar atestado que demonstre que já tenha realizado serviços compatíveis com o objeto deste Termo de Referência;
- Entende-se por pertinente e compatível em quantidade(s) o(s) atestado(s) que em sua individualidade ou soma

de atestado, comprove que já tenha realizado pelo menos 30.000 (dez mil) [sic] UST (Unidade de Serviço Técnico);

c) Entende-se por pertinente e compatível em prazo o(s) atestado(s) que em sua individualidade ou soma de atestados concomitantes no período de execução (tendo sido os serviços dos atestados prestados no mesmo período), demonstre que a empresa já realizou serviços compatíveis com o objeto deste Termo de Referência pelo período mínimo de 12 (doze) meses;

d) O(s) atestado(s) de capacidade técnica apresentado(s) estará(ão) sujeito(s) a confirmação de autenticidade exatidão e veracidade conforme previsto no art. 43, parágrafo 3º da Lei Federal nº 8.666/93, sujeitando o emissor às penalidades previstas em lei caso ateste informações inverídicas;

e) O atestado deverá indicar dados da entidade emissora (razão social, CNPJ, endereço, telefone, data de emissão) e dos signatários do documento (nome, função, telefone, etc.), além da descrição do objeto e quantidades;

f) Serão aceitos Atestados de Capacidade Técnica, preferencialmente, nas seguintes metodologias ágeis: "eXtreme Programming" (XP), "Scrum", "Kanban", LEAN, "Feature Driven Development" (FDD), "Dynamic Systems Development Method" (DSDM), "Adaptive Software Development", "Crystal", "Pragmatic Programming" ou "Test Driven Development";

11. O atestado apresentado pela licitante ALABIA, no entanto, não é capaz de comprovar nenhum dos itens exigidos pelo Edital, conforme demonstrado a seguir:

12. Primeiramente, é preciso ressaltar o fato de o atestado referir-se à execução de objeto que não possui qualquer relação com o objeto do presente certame ("Desenvolvimento de website, consultoria em tecnologia da informação, desenvolvimento de soluções tecnológicas, licenças de software de assistente virtual inteligente para automatização de atendimento em multicanal e processos para o Projeto Azul"). Causa espanto o fato de atestado tão inapropriado tenha sido aceito sem qualquer questionamento pela SUPEL, para fins de comprovação de experiência pretérita em "ideias e práticas do movimento Ágil e do Software Craftmanship".

13. Não bastasse, (i) não consta do atestado qualquer informação sobre volumetria, sendo que o Edital exige de forma expressa a comprovação de 30.000 UST; (ii) não consta qualquer informação sobre o período mínimo, sendo que o Edital exige que os serviços tenham sido prestados pelo período mínimo de 12 meses; (iii) não há descrição do objeto e quantidades; e (iv) não há qualquer referência à metodologia ágil empregada.

14. Portanto, impõe-se a inabilitação da licitante ALABIA, tendo em vista não haver atendendo a absolutamente nenhuma das exigências de qualificação técnica previstas no Edital.

DA INDEVIDA HABILITAÇÃO DA LICITANTE FSBR

15. Assim como a licitante ALABIA, a licitante FSBR também não foi capaz de comprovar sua capacidade técnico-operacional para executar o objeto licitado. Ainda que tenha apresentado diversos atestados, deixou de atender integralmente às exigências de qualificação técnica previstas no Edital.

16. A licitante FSBR apresentou os seguintes atestados, os quais, no entanto, apresentam uma série de problemas, já que não contemplam todas as informações necessárias à comprovação da qualificação técnica:

(i) Agência Estadual de Tecnologia da Informação de Pernambuco (ATI-PE):

- O item 12.7.2, letra "a", do Edital, estabelece que será considerado como pertinente e compatível em características ou similar, o atestado que demonstre que a licitante já tenha realizado serviços compatíveis com o objeto licitado.

- Combinando-se essa exigência com os requisitos previstos nos itens 16.6 e 16.7 do Termo de Referência, verifica-se que há uma especial importância conferida pelo Edital sobre a quantidade de sistemas em operação e suas tecnologias, destacando-se as tecnologias PHP, .NET, Node, Java, IIS, OpenShift, Nginx e Apache.

- O atestado, no entanto, contempla apenas e tão-somente as tecnologias PHP, Node, Java e IIS, deixando de comprovar experiência pretérita nas demais tecnologias exigidas.

- Além disso, de acordo com o item 12.7.2, letra "h", em caso de atestado emitido em métrica diferente da UST, deverá a licitante demonstrar a sua equivalência. O atestado emitido pela ATI apresenta toda sua volumetria em Pontos de Função, não tendo a licitante FSBR realizado qualquer comprovação da relação entre Pontos de Função e UST.

- Conclusão: o atestado deve ser desconsiderado, tendo em vista que:

(a) contempla medida diversa da exigida pelo Edital, não havendo a licitante FSBR realizado qualquer comprovação da relação entre Pontos de Função e UST; (b) não há concomitância com os demais atestados em relação ao período de prestação dos serviços, como exigido pelo item 12.7.2, letra "h"; e (c) isoladamente considerado, o atestado não cumpre todas as exigências de qualificação técnica do Edital.

(ii) Universidade de Pernambuco – UPE:

- Foram apresentados 2 (dois) atestados emitidos pela UPE; no entanto, ambos os atestados são relativos ao mesmo contrato e ao mesmo período de execução dos serviços.

- O quantitativo de UST em ambos atestados, ainda que se refiram ao mesmo contrato e mesmo período, são divergentes, de modo que não podem ser somados, devendo ser considerado somente aquele de maior volume (16.902).

- Ambos os atestados não comprovam as tecnologias essenciais exigidas, deixando de atender ao item 12.7.2, letra "f" do Edital.

- Os atestados não contemplam nenhuma informação adicional sobre compatibilidade dos serviços e tecnologias, conforme exigido pelos itens 16.6 e 16.7 do Termo de Referência.

- Conclusão: O atestado que contempla menor volumetria deve ser desconsiderado, já que ambos os atestados se referem ao mesmo contrato, não podendo, por isso, seus quantitativos serem somados. Ademais, nenhum dos dois atestados atende às alíneas do item 12.7.2 do Edital, devendo, por isso, ambos serem desconsiderados.

(iii) Consórcio de Transporte da Região Metropolitana do Recife - CTM:

- O atestado apresentado não qualquer informação acerca do período de prestação de serviços, fato que deixou de ser esclarecido em sede de diligências.

- O atestado comprova experiência pretérita apenas na tecnologia Java, não demonstrando a capacidade técnico-operacional da licitante FSBR nas demais tecnologias essenciais, previstas no item 12.7.2, letra "f", do Edital.

- Conclusão: o atestado deve ser desconsiderado, por não contemplar informação obrigatória sobre o período de prestação de serviços. Ademais, não contempla todas as tecnologias essenciais exigidas pelo Edital.

(iv) Bar do Cuscuz e Restaurante Ltda.:

- De acordo com o item 12.7.2, letra "h", do Edital, em caso de atestado emitido em métrica diferente da UST,

deverá a licitante demonstrar a sua equivalência. O atestado emitido pelo Bar do Cuscuz é medido em horas, não tendo a licitante FSBR realizado qualquer comprovação da relação entre horas e UST.

- O atestado não demonstra a capacidade técnico-operacional da licitante FSBR nas tecnologias essenciais exigidas pelo item 12.7.2, letra "f", do Edital.

- Conclusão: o atestado deve ser desconsiderado, por descumprir as letras 'f' e 'h' do item 12.7.2 do Edital.

(v) Grupo Avil Têxtil Ltda.:

- O atestado comprova experiência pretérita apenas na tecnologia PHP, não demonstrando a capacidade técnico-operacional da licitante FSBR nas demais tecnologias essenciais, previstas no item 12.7.2, letra "f", do Edital.

- Conclusão: o atestado, isoladamente, não atende à volumetria exigida de 30.000 UST, conforme item 12.7.2, letra 'b', devendo ser desconsiderado.

17. Da análise realizada, portanto, conclui-se que a licitante FSBR, por meio dos atestados apresentados, não foi capaz de atender às exigências de qualificação técnica previstas no item 12.7.2 do Edital, razão pela qual impõe-se sua inabilitação.

DA VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO

18. Deixando as licitantes ALABIA e FSBR de atender às exigências mínimas de qualificação técnica, suas respectivas habilitações constituem-se em manifesta afronta ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório.

19. O referido princípio está disciplinado nos arts. 3º, 41 e 55, XI, da Lei Federal nº 8.666/93, bem como no art. 2º do Decreto Federal nº 10.024/2019, respectivamente:

Lei nº 8.666/93

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

Art. 41. A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada.

Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam: [...]

XI - a vinculação ao edital de licitação ou ao termo que a dispensou ou a inexistiu, ao convite e à proposta do licitante vencedor.

Decreto nº 10.024/2019

Art. 2º O pregão, na forma eletrônica, é condicionado aos princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da eficiência, da probidade administrativa, do desenvolvimento sustentável, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo, da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade e aos que lhes são correlatos.

20. É cediço que a atuação do administrador é vinculada, o que significa dizer que só poderá atuar nos estritos termos da lei. O mesmo se verifica no âmbito do procedimento licitatório, pois as regras do Edital devem ser interpretadas de forma estrita, sem inovações ou alterações.

21. Nesse sentido, a lição de Marçal Justen Filho, segundo a qual é inadmissível que a Administração Pública ignore as condições estabelecidas em ato convocatório por ela própria veiculado:

"Não se pode admitir que a Administração veicule ato convocatório estabelecendo limites, exigências, condições de participação e de elaboração de propostas e, depois, simplesmente ignore a sua própria conduta anterior. Sequer se pode invocar, pura e simplesmente o princípio da ampliação da competição para justificar a inobservância do conteúdo do edital. Quanto a isso, deve-se ter em vista o universo de competidores foi delimitado pelas regras do ato convocatório. Aqueles que não preenchiam as exigências deixaram de participar do certame. Seria a suprema injustiça que o sujeito ousado, que ignorou as regras do edital e se aventurou a participar do certame sem preencher os requisitos para tanto, fosse premiado com a vitória. Então, todos os empresários sérios e honestos, que se abstiveram de competir por respeitarem as condições do certame, teriam sido lesados e ludibriados". (Comentários à legislação do pregão comum e eletrônico. 6ª ed., 2013).

22. Assim, ao julgar a conformidade dos documentos e das propostas em certames licitatórios, o administrador pratica ato administrativo vinculado. Logo, o julgamento da documentação dos participantes deve ser balizado pela estrita observância à lei e ao edital (princípio da legalidade), sob pena de ser caracterizada a ilicitude do ato, como se observa no caso em apreço.

23. Uma vez transcorrida a etapa de esclarecimentos e impugnações, considera-se o instrumento convocatório perfeito e acabado, não havendo qualquer restrição ou ressalva à mais ampla aplicação de suas regras. Este é o momento em que se observa a eficácia do princípio da vinculação ao instrumento convocatório em toda sua extensão, obrigando a Administração Pública a cumprir com todos os itens, requisitos e cláusulas editalícias, nos limites dos esclarecimentos eventualmente prestados em face de questionamentos apresentados pelas licitantes.

24. Inadmissível, portanto, que a SUPEL tenha estabelecido no Edital o modo de participação das licitantes, mas, na análise da qualificação técnicas das licitantes ALABIA e FSBR, tenha simplesmente se afastado das regras do Edital, declarando-as habilitadas quando, manifestamente, deixaram de atender a todas as exigências previstas.

25. Vale ainda destacar que a habilitação das licitantes ALABIA e FSBR também viola frontalmente o disposto no art. 4º, inciso VII, Lei Federal nº 10.520/2002, que impõe, como condição à habilitação, a comprovação do atendimento às regras do Edital:

Art. 4º A fase externa do pregão será iniciada com a convocação dos interessados e observará as seguintes regras: [...]

XIII - a habilitação far-se-á com a verificação de que o licitante está em situação regular perante a Fazenda Nacional, a Seguridade Social e o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS, e as Fazendas Estaduais e Municipais, quando for o caso, com a comprovação de que atende às exigências do edital quanto à habilitação jurídica e qualificações técnica e econômico-financeira.

26. O descumprimento de tais preceitos, em especial do princípio da vinculação ao ato convocatório, compromete a higidez de todo o processo licitatório, sujeitando-o à declaração de nulidade, com evidentes prejuízos à Administração Pública e aos demais licitantes.

27. Vale destacar que o tema é pacificado na jurisprudência, tendo o Supremo Tribunal Federal, inclusive, destacado que o nem mesmo a vantajosidade se sobrepõe ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório:

“2. Impõe-se, pelos princípios da vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo, a desclassificação do licitante que não observou exigência prescrita no edital de concorrência. 3. A observância ao princípio constitucional da preponderância da proposta mais vantajosa para o Poder Público se dá mediante o cotejo das propostas válidas apresentadas pelos concorrentes, não havendo como incluir na avaliação a oferta eivada de nulidade”. (RMS 23640/DF).

28. Também o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou sobre o tema, reforçando o entendimento de que todo o procedimento licitatório é norteado pelo princípio da vinculação ao instrumento convocatório:

“ADMINISTRATIVO. PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. PREGÃO. PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO EDITAL. REQUISITO DE QUALIFICAÇÃO TÉCNICA NÃO CUMPRIDO. DOCUMENTAÇÃO APRESENTADA DIFERENTE DA EXIGIDA. O Tribunal de origem entendeu de forma escorreita pela ausência de cumprimento do requisito editalício. Sabe-se que o procedimento licitatório é resguardado pelo princípio da vinculação ao edital; esta exigência é expressa no art. 41 da Lei n. 8.666/93. Tal artigo veda à Administração o descumprimento das normas contidas no edital”. (RESP 1178657).

29. O Tribunal de Contas da União, por sua vez, há muito sedimentou o entendimento de que o licitante que observou os termos do edital não poderá ser prejudicado em detrimento de licitante que não cumpriu as exigências previstas, sob pena de violação ao princípio da igualdade:

“REPRESENTAÇÃO. LICITAÇÃO. VINCULAÇÃO AO EDITAL. JULGAMENTO OBJETIVO DAS PROPOSTAS. VINCULAÇÃO DAS PARTES AO ATO CONVOCATÓRIO. IMPROCEDÊNCIA. Quando a Administração estabelece, no edital ou na carta-convite, as condições para participar da licitação e as cláusulas essenciais do futuro contrato, os interessados apresentarão suas propostas com base nesses elementos; ora, se for aceita proposta ou celebrado contrato com desrespeito às condições previamente estabelecidas, burlados estarão os princípios da licitação, em especial o da igualdade entre os licitantes, pois aquele que se prendeu aos termos do edital poderá ser prejudicado pela melhor proposta apresentada por outro licitante que os desrespeitou”. (Acórdão nº 3474/2006).

30. Portanto, tendo sido amplamente demonstrado que as licitantes ALABIA e FSBR deixaram de atender a todas as exigências de qualificação técnica previstas em Edital, suas inabilitações devem ser obrigatoriamente declaradas, sob pena de restar violado o princípio da vinculação ao instrumento convocatório e, por via de consequência, os princípios da legalidade e da isonomia – não há justificativa legal para que as licitantes ALABIA e FSBR recebam tratamento diferenciado com relação à documentação comprobatória de sua capacidade técnico-operacional.

31. É também imprescindível salientar que a falha na documentação de qualificação técnica, como acima apontado, não é ínfima ou irrisória; ao contrário, impacta diretamente no resultado do certame, em clara afronta ao que é exigido do particular-contratado para execução do objeto licitado, ou seja, a comprovação de sua capacidade técnica.

32. Verifica-se, assim, que a decisão que habilitou as licitantes ALABIA e FSBR padece de flagrante ilegalidade, impondo-se, conseqüentemente, sua imediata reforma, sob pena de serem adotadas as medidas legais cabíveis, junto ao Tribunal de Contas do Estado e Ministério Público.

CONCLUSÃO

33. Em face de todo o exposto, requer sejam acolhidas as presentes razões recursais, ao efeito de ser reformada a decisão ora recorrida, declarando-se a inabilitação das licitantes ALABIA e FSBR, em razão de claro e manifesto descumprimento das exigências previstas no Edital para a comprovação de capacidade técnico-operacional, com conseqüente violação aos princípios da vinculação ao instrumento convocatório, isonomia e legalidade.

N. Termos,
P. Deferimento.

São Paulo, 9 de março de 2023.

INDRA BRASIL SOLUÇÕES E SERVIÇOS TECNOLÓGICOS LTDA.
Assessoria Jurídica

Fechar