



Recebi em
06/07/22
às 13:30h
[Assinatura]

ESTÂNCIA TURÍSTICA DE AVARÉ
ESTADO DE SÃO PAULO

PREGÃO PRESENCIAL nº 040/2021

PROCESSO Nº 322/2021

OBJETO:	Contratação de empresa para o fornecimento de licenças de uso de programas de informática (Sistemas Integrados)
RECORRENTES:	E & L PRODUÇÕES DE SOFTWARE LTDA. e SIGCORP TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO LTDA.
RECORRIDA:	AMENDCLA & AMENDOLA SOFTWARE LTDA.

PARECER JURÍDICO

PREGÃO PRESENCIAL - CONTRATAÇÃO DE EMPRESA PARA FORNECIMENTO DE LICENÇAS DE USO DE PROGRAMAS DE INFORMÁTICA - SISTEMAS INTEGRADOS - ABERTO PARA TODOS OS TIPOS DE EMPRESAS RECURSOS TEMPESTIVOS - CONHECIDOS - IMPROVIMENTO - PROSSEGUIMENTO.

Senhor Secretário:

Trata-se de Recursos Administrativos movido face processo licitatório em epígrafe, pelas Empresas **E & L PRODUÇÕES DE SOFTWARE LTDA.** e **SIGCORP TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO LTDA.**

SÍNTESE FÁTICA DOS RECURSOS

A empresa **E & L PRODUÇÕES DE SOFTWARE LTDA.**, em suas Razões Recursais, aduz que a decisão da pregoeira não foi justa no que tange à habilitação da empresa declarada vencedora, em razão de não ter havido distinção da parcela de maior relevância no edital do certame e que, em não sendo especificada, os atestados de capacidade técnica apresentados pela empresa Recorrida não satisfazem as exigências editalícias.

[Assinatura] No mais, pugna, ainda, pela invalidação da Sessão da Prova de Conceito, em razão de não ter sido possível o acompanhamento integral da demonstração de todos os produtos ofertados pela empresa vencedora, pelos



ESTÂNCIA TURÍSTICA DE AVARÉ
ESTADO DE SÃO PAULO

demais licitantes, haja vista a existência de "esquema de demonstração que impediu os demais concorrentes de analisarem as funcionalidades apresentados".

A empresa **SIGCORP TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO LTDA.**, também apresentou Recurso Administrativo, no qual apontou falhas na realização da Prova de Conceito, sobretudo no que diz respeito à transparência, tendo o local de sua realização sido alterado de última hora, bem como, a divisão da apresentação em módulos teria impedido o acompanhamento por parte das demais empresas.

Alegou, ainda, que havia servidores que não constavam da Portaria de designação, trabalhando no local, o que teria atrapalhado a fiscalização.

Atacou também os atestados de capacidade técnica apresentados pela vencedora.

Por fim, destacou que a pesquisa de preço realizada no início do procedimento licitatório já não correspondia a realidade de mercado quando da sessão pública, motivo pelo qual considera a proposta da empresa vencedora inexecutável.

Por sua vez, a empresa **AMENDOLA & AMENDOLA SOFTWARE LTDA.** apresentou Contrarrazões aos Recursos supracitados, através da qual sustentou o descabimento dos argumentos apresentados, tendo em vista que a empresa vencedora do certame atendeu a todos os requisitos estabelecidos no instrumento convocatório.

Nesse sentido aduziu a ausência de qualquer impedimento para o acompanhamento da Prova de Conceito, que foi realizada nos termos do instrumento convocatório.

É o que havia a relatar.

De proêmio, imperioso destacar o fato de que o exame jurídico prévio das minutas de editais de licitação, bem como, dos demais atos praticados no curso do Processo Administrativo de Licitação, inclusive os contratos, acordos, convênios ou ajustes de que trata o **parágrafo único do artigo 38, da lei nº 8.666/93**, é exame "**... que se restringe à parte jurídica e formal do instrumento, não abrangendo a parte técnica dos mesmos.**" (Tolosa Filho, Benedito de Licitações: Comentários, teoria e prática: Lei nº 8.666/93. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 119).



ESTÂNCIA TURÍSTICA DE AVARÉ
ESTADO DE SÃO PAULO

DA ADMISSIBILIDADE

Nos termos do **art. 4º, inciso XV da Lei nº 10.520/1993**, o recurso da fase de habilitação é cabível no prazo de 3 (três) dias:

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

(...)

XVIII - declarado o vencedor, qualquer licitante poderá manifestar imediata e motivadamente a intenção de recorrer, quando lhe será concedido o prazo de 3 (três) dias para apresentação das razões do recurso, ficando os demais licitantes desde logo intimados para apresentar contrarrazões em igual número de dias, que começarão a correr do término do prazo do recorrente, sendo-lhes assegurada vista imediata dos autos;

(...)

A Sessão realizou-se em **25 de abril de 2022**, na qual as empresas Recorrentes manifestaram interesse em recorrer.

Através dos documentos acostados aos autos, conforme protocolos realizados no dia **27/04/2021 (fls. 2.111/2.162)** e dia **28/04/2022 (fls. 2.163/2.182)**, verifica-se o cumprimento dos requisitos de admissibilidade e tempestividade.

DO MÉRITO

Do Atestado de capacidade técnica

Restrição à competitividade do Certame

Temos por certo que a Constituição Federal não admite que as licitações contenham cláusulas restritivas à participação dos interessados, inteligência da segunda parte do **inciso XXI, do artigo 37, da Carta Magna**:

"Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de



ESTÂNCIA TURÍSTICA DE AVARÉ
ESTADO DE SÃO PAULO

legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

(...)

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações"
(GN)

Esta disposição é repetida no **artigo 3º, § 1º, I, da Lei nº 8.666/93, in verbis:**

"É vedado aos agentes públicos admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o objeto do contrato", ressalvadas exceções.
(§§ 5º a 12 do artigo e art. 3º da Lei nº 8.248/91, que dizem respeito a produtos manufaturados, serviços e informática).

Então, por disposição constitucional e legal, as únicas exigências que a Administração pode fazer aos licitantes são aquelas imprescindíveis ao estrito cumprimento do Contrato que será posteriormente firmado, sob pena de violação ao princípio da competitividade.

Ressalte-se que toda licitação possui em seu instrumento convocatório cláusulas que restringem o objeto e o universo dos participantes, tendo em vista o fato de que a Administração necessita de um determinado objeto **(o que pode excluir os demais, semelhantes ou não)** e de condições pessoais do futuro contratado que conduzam à alta probabilidade de que o Contrato será devidamente adimplido. **No entanto, tais exigências não podem ir além do estritamente necessário à obtenção do objeto desejado pelo Poder Público.**



ESTÂNCIA TURÍSTICA DE AVARÉ
ESTADO DE SÃO PAULO

Deste modo, a Administração pode e deve formular exigências, desde que estas sejam indispensáveis à obtenção do objeto que se pretende contratas.

Da requisição de atestados formulados por terceiros

O **artigo 27, da Lei Federal nº 8.666/93**, dispõe que, para efeitos de habilitação, deverá se exigir dos interessados em participar do certame a documentação relativa a habilitação jurídica, qualificação técnica, qualificação econômico-financeira, regularidade fiscal e trabalhista, bem como o cumprimento do disposto no **inciso XXX do art. 7º da Constituição Federal**.

Pois bem.

Conforme leciona **Sidney Bittecourt**¹ "a habitação, também denominada qualificação, é a fase do procedimento licitatório em que são avaliadas as condições legais dos licitantes para se habilitarem (ou se qualificarem) à execução do objeto pretendido pela Administração".

O presente estudo abordará apenas à exigência a que se refere o **inciso II do artigo 27 da Lei de Licitações de 1993**, ou seja, a qualificação técnica. Referidos requisitos se destinam a apurar a idoneidade do proponente no tocante à sua aptidão/expertise em executar o objeto a ser licitado.

Consoante dispõe a **Lei Federal nº 8.666/93**, na etapa de habilitação, a Administração poderá analisar a qualificação técnica dos licitantes, com o objetivo de aferir se dispõem de conhecimento, experiência e aparelhamentos técnicos e humano suficientes para satisfazer o contrato a ser celebrado.

Nesse caso, a Lei de Licitações autoriza a Administração a exigir tanto a prova de desempenho anterior da licitante, quanto do profissional técnico responsável.

Em linhas gerais, a primeira tem por objetivo demonstrar a expertise anterior da proponente, demonstrando a sua capacidade em executar o objeto licitado ou atividades semelhantes, compatíveis em características, quantidade e prazos. Sob outro viés, a segunda destina-se a comprovar a experiência do profissional indicado pelo licitante para atuar como seu responsável técnico.



ESTÂNCIA TURÍSTICA DE AVARÉ
ESTADO DE SÃO PAULO

Os requisitos para a demonstração da capacidade técnica envolvem três categorias, quais sejam, **genérica/legal, específica e operativa**.

A comprovação da primeira se dá por intermédio da inscrição no registro profissional competente. Refere-se a conselhos de fiscalização do exercício das profissões disciplinadas por lei.

Já a capacidade específica, envolve experiência e o conhecimento técnico para o atendimento do objeto, comprovados mediante atestados de desempenho de atividade compatível em quantidades e prazos com o objeto licitado.

E finalmente, a capacidade operativa, circunscreve a demonstração de existência de instalações e aparelhamento técnico adequado e disponível para a realização do objeto e pessoal detentor do conhecimento.

Nesse sentido o Relator Benjamin Zymler, proferido no **Acórdão nº Acórdão 1.265/2009 - Plenário**, donde excerta-se o que segue:

Em diversas assentadas, este Tribunal reconheceu como válida a exigência de comprovação de ambos os ângulos da capacitação técnica, que deverá abranger tanto o aspecto operacional (demonstração de possuir aptidão para o desempenho de atividade pertinente e compatível com o objeto do certame) como o profissional (deter, no quadro permanente, profissionais aptos a executar serviço de características semelhantes àquele pretendido pela Administração). Nesse sentido, vale destacar as Decisões nº 395/95- Plenário, 432/96-Plenário, 217/97-Plenário, 285/00-Plenário, 2.656/2007- Plenário, bem como o Acórdão nº 32/2003-1ª Câmara.

No caso em análise as empresas recorrentes alegam que a vencedora provisória deixou de demonstrar competência para executar os serviços estabelecidos no instrumento convocatório, tendo em vista que os atestados por esta apresentados não correspondem à totalidade do objeto licitado.

Entretanto, razão não assiste às alegações formuladas por ambas as empresas nesse sentido, tendo em vista que o **inciso II e §2º, ambos do artigo 30, da Lei Federal nº 8.666/1993**, estabelece:

Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a:



ESTÂNCIA TURÍSTICA DE AVARÉ
ESTADO DE SÃO PAULO

(...)

II - comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, e indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos;

(...)

§ 1º A comprovação de aptidão referida no inciso II do "caput" deste artigo, no caso das licitações pertinentes a obras e serviços, será feita por atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, devidamente registrados nas entidades profissionais competentes, limitadas as exigências a:

(...)

(GN)

Veja que o legislador é claro ao estabelecer que os atestados técnicos, devem ser compatíveis com o objeto da licitação e não corresponder à totalidade deste.

Ora, tal exigência seria uma afronta direta ao **inciso XXI, do artigo 37, da Constituição Federal de 1988**, que estabelece que as exigências de qualificação técnicas das empresas devem ser apenas aquelas "*indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações*".

Portanto, exigir que a empresa vencedora apresente atestado de capacidade técnica detalhado, evidencia um verdadeiro desrespeito à competitividade do certame, como bem discorrido no início do presente estudo.

Da prova de Conceitos em testes de software

A prova de conceito (**Proof of Concept - PoC**) possui duas funcionalidades nas licitações, a primeira delas tem como finalidade a amostragem do software fornecido pela empresa classificada em primeiro lugar, para a realização dos testes necessários à verificação do atendimento às especificações técnicas definidas no Termo de Referência ou Projeto Básico (**XXIV, art. 2º, IN nº 1/20192** ²).



ESTÂNCIA TURÍSTICA DE AVARÉ
ESTADO DE SÃO PAULO

Nesse caso, portanto, a prova de conceito **é uma amostra**, que deverá ser apresentada pelo primeiro colocado, independentemente da modalidade de licitação adotada pelo órgão licitante.

Uma outra funcionalidade da PoC é permitir que a Administração conheça e avalie a performance, rendimento e outros aspectos técnicos de soluções disponíveis no mercado, para somente depois decidir qual a melhor configuração da solução (**Acórdão nº 2.059/2017 - Plenário, TCU**). Logo, quando destinada a este fim, a prova de conceito deverá ser realizada durante a fase de planejamento da licitação. Entretanto, não é este o caso sob exame.

Independente da forma pela qual é realizada a prova de conceito, fato é que esta deverá respeitar o procedimento previamente estabelecido no Edital, conforme estabelece o **§ 1º, do artigo 12, da IN nº 01/2019³**, que regulamenta a PoC no âmbito federal.

O procedimento da prova de conceito foi definido no **item 4.0 do Termo de Referência**, que estabelece a necessidade de apresentação de todas as **"ESPECIFICAÇÕES TÉCNICAS DAS FUNCIONALIDADES MÍNIMAS DOS SISTEMAS"**.

Além disso, o **item 4.6** estabelece:

4.6. Serão disponibilizados pela administração uma sala adequada para realização dos trabalhos de demonstração dos sistemas com todo o mobiliário necessário, um projetor multimídia e computador com acesso à internet sem nenhuma restrição de proxy ou firewall, à licitante para apresentação. Demais equipamentos que forem necessários à apresentação deverão ser fornecidos pela licitante.

Verifica-se "in casu" que a Administração, em verdade, disponibilizou mais do que aquilo que, pelas disposições acima transcritas, estava obrigada a disponibilizar para à licitante classificada em primeiro lugar.

Dessa forma, entende-se desarrazoada e sem amparo legal, a irresignação das Recorrentes, pelo fato de a Administração ter montado uma estrutura maior do que aquela a que estava obrigada, de modo a viabilizar a apresentação detalhada de cada módulo do sistema a ser contratado, **para os**



ESTÂNCIA TURÍSTICA DE AVARÉ
ESTADO DE SÃO PAULO

membros da Comissão de Servidores designados para tal fim, bem como, para aqueles que efetivamente farão uso do software objeto da licitação.

Os operadores dos diversos módulos tiveram a oportunidade de fazer os questionamentos que julgassem necessário, inclusive com a demonstração simulada, em ambiente de teste, e viram as funcionalidades em efetiva execução. Tudo isso, **TAMBÉM ACOMPANHADO PELOS MEMBROS DA COMISSÃO DESIGNADA PELA PORTARIA nº 10.755, de 16/06/2021.**

Ao contrário do quanto alegado pelas Recorrentes, assim agindo, **a Administração AMPLIOU A PUBLICIDADE e a TRANSPARÊNCIA do certame licitatório**, além de privilegiar os princípios constitucionais da eficiência e celeridade.

Com efeito, neste particular, merece especial destaque o fato de que todas as licitantes inclusive as Recorrentes, tiveram o mais amplo, geral e irrestrito acesso a todas as dependências do local onde as apresentações foram realizadas, inclusive aos diversos computadores utilizados para a demonstração de todos os módulos indicados no Edital.

As **fotos de fls. 2161/2162, 2169/2170 e 2173**, que instruíram os Recursos ora debatidos, bem demonstram que as Recorrentes tiveram livre acesso a todas as bancadas de apresentação dos módulos do sistema.

É certo que a todas as licitantes é assegurado o direito de **ACESSO** as dependências e informações de todas as fases do processo licitatório, inclusive da **“Prova de Conceitos”**, entretanto, não se pode perder de vista que esta **TEM POR DESTINATÁRIO** o Ente Contratante.

Como visto, não há que se falar em falta de transparência do certame, conforme equivocadamente sustentado pelas Recorrentes.

Portanto, tendo em vista o fato de que todos os módulos do sistema de informática, objeto da Licitação, foram efetivamente demonstrado aos membros da Comissão de Avaliação designada para este especial fim, bem como APROVADO pelos mesmos, os quais CERTIFICARAM e ATESTARAM que os referidos módulos executam a contento todas as funções obrigatórias descritas no Edital do Pregão Presencial nº 040/2021 - Processo nº 322/2021 (fls.



ESTÂNCIA TURÍSTICA DE AVARÉ
ESTADO DE SÃO PAULO

1870/1974), entende-se que neste particular (falta de transparência), não procede o Recurso ora analisado.

DA EXEQUIBILIDADE

Da incompatibilidade do § 1º, do artigo 48, da Lei Federal nº 8.666/1993

O artigo 48, inciso II, da Lei nº 8.666/93, prevê a desclassificação das propostas quando ofertadas com valor global superior ao limite estabelecido **ou com preços manifestamente inexequíveis**, assim consideradas aquelas que não venham a ter demonstrada a sua viabilidade através de documentação que comprove que os custos dos insumos são coerentes com os de mercado e que os coeficientes de produtividade são compatíveis com a execução do objeto do contrato, condições estas necessariamente especificadas no ato convocatório da licitação.

O §1º, do mesmo artigo, ao relacionar os elementos para caracterização da exequibilidade da proposta, **refere-se a licitações de menor preço para obras e serviços de engenharia.**

No caso em análise, foi aberta licitação na modalidade Pregão Presencial, para contratação de empresa para o **fornecimento de licença de uso de sistema integrado de informática.**

Diferentemente da execução de uma obra ou serviço de engenharia, cujo uso de insumos próprios da Construção Civil, que atuam diretamente no custo da sua execução, o **fornecimento de licença de uso de sistema integrado de informática**, basicamente, consiste na disponibilização de um software já existente, desenvolvido previamente.

As despesas mais relevantes para execução do objeto do contrato serão as inerentes a implantação do novo sistema, com a migração de dados do sistema anterior, e a assistência técnica.

Dessa forma, regra da exequibilidade prevista no **artigo 48, da Lei Federal nº 8.666/93**, deve ser apreciada com cautela e, se o caso, mitigada.

Isso porque, além do fato de que há variações das condições dependendo do objeto a ser contratado, é possível que a empresa considere em sua proposta de preços questões importantes, capazes de representar sensível



ESTÂNCIA TURÍSTICA DE AVARÉ
ESTADO DE SÃO PAULO

diminuição de seus custos de operação, sem que isso implique, necessariamente, na inexecutabilidade de sua oferta.

Estabelecidos os critérios exigidos no **artigo 48, da Lei Federal nº. 8.666/93**, incisos e parágrafos, até para que não paire dúvidas quanto à executabilidade da proposta da empresa classificada em primeiro lugar, será realizada, a seguir, a apuração detalhada do que se entende por proposta inexecutável.

A priori, de acordo com o **inciso II, do § 1º, alínea "b", do artigo 48, da Lei Federal nº 8.666/93**, deve-se considerar o valor orçado pela Administração Municipal e, em seguida, a média aritmética das propostas cujos valores sejam inferiores a **70%** deste valor, os quais deverão ser considerados inexecutáveis, resultando na sua desclassificação.

Contudo, o referido dispositivo é incompatível com a sistemática do Pregão, tendo em vista que tal modalidade é aplicada para aquisição de bens e serviços comuns, ou seja, aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado, nos termos do **artigo 1º da Lei Federal nº 10.520/2002**.

Ocorre que, conforme dito anteriormente, o critério de aferição da executabilidade das propostas estabelecido no **§ 1º, do artigo 48, da Lei Federal nº 8.666/93**, refere-se às licitações destinadas à contratação de "obras e serviços de engenharia".

Senão, vejamos "in verbis":

Art. 48. Serão desclassificadas:

(...)

§ 1º Para os efeitos do disposto no inciso II deste artigo consideram-se manifestamente inexecutáveis, no caso de licitações de menor preço para obras e serviços de engenharia, as propostas cujos valores sejam inferiores a 70% (setenta por cento) do menor dos seguintes valores:

(...)


A literalidade do artigo, portanto, **não deixa dúvidas quanto à aplicabilidade exclusiva do dispositivo para licitações de obras e serviços de engenharia**, objetos estes que não são licitáveis por meio da modalidade Pregão.



ESTÂNCIA TURÍSTICA DE AVARÉ
ESTADO DE SÃO PAULO

O **Decreto Federal nº 3.555/2000**, dispõe de forma **expressa e taxativa** a vedação ao uso da modalidade pregão para a licitação de obra e serviço de engenharia, *in verbis*:

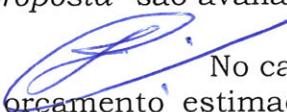
Art. 5º *A licitação na modalidade de pregão não se aplica às contratações de obras e serviços de engenharia, bem como às locações imobiliárias e alienações em geral, que serão regidas pela legislação geral da Administração.*

Veja-se que, de acordo com o **artigo 9º da Lei Federal nº 10.520/2002**, as regras estabelecidas na **Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos**, somente se aplicam à modalidade Pregão de forma subsidiária, mas naquilo que lhe for compatível, não havendo qualquer nexo a utilização de regras relativas a certames destinados à contratação de obras e serviços de engenharia à modalidade que abrange serviços de baixa complexidade, como é o caso do pregão. Como se verá a seguir, os cálculos previstos no **§ 1º, do artigo 48, da Lei Federal nº 8.666/93**, sequer têm aplicabilidade no procedimento do pregão, ou seja, é juridicamente e matematicamente impossível a sua aplicação.

Outrossim, nos procedimentos de pregão, seja presencial ou eletrônico, as propostas de preço são verificadas uma a uma, individualmente, ou seja, a proposta da primeira colocada é avaliada e somente se for recusada é que será verificada a segunda proposta, conforme o **inciso XI, do artigo 4º, da Lei Federal 10.520/2002**:

“examinada a proposta classificada em primeiro lugar, quanto ao objeto e valor, caberá ao pregoeiro decidir motivadamente a respeito da sua aceitabilidade.”

Assim sendo, não há como aferir a fórmula de inexequibilidade prevista no **§ 1º do artigo 48, da Lei de Licitações**, pois, nesse caso, todas as propostas deveriam ser avaliadas conjuntamente, o que ocorre normalmente nas modalidades previstas na **Lei Federal nº 8.666/93**, em que todos os envelopes “proposta” são avaliados simultaneamente.


No caso do Pregão, somente é possível avaliar o valor proposto com o orçamento estimado pela Administração, ou seja, não há comparação entre propostas, mas entre o valor previsto no Edital e em eventuais planilhas presentes no Termo de Referência, o que não é o caso.



ESTÂNCIA TURÍSTICA DE AVARÉ
ESTADO DE SÃO PAULO

Alinhado a esse entendimento, **a inaplicabilidade do § 1º conduz à do § 2º**, pois não há como se calcular o menor valor previsto utilizando a fórmula da alínea “a”, o que inviabiliza a exigência de garantia adicional.

Dessa forma, **ante a impossibilidade material (incompatibilidade legal) e formal (impossibilidade prática dos cálculos contidos na lei)**, não há que se falar na inexecutabilidade do preço ofertado pela empresa provisoriamente vencedora.

Da mesma forma, ante a impossibilidade da soma que compara as propostas ofertadas pelos licitantes, impossível aferir a garantia adicional, que também não poderá ser exigida.

Da apuração de exequibilidade

A apuração de exequibilidade no Pregão deve ser realizada mediante a análise do caso concreto e, na hipótese de ser a proposta considerada inexecutável, deve solicitada a autora da mesma, a apresentação de planilhas que comprovem a viabilidade da prestação dos serviços ofertados pela licitante.

Nesse sentido é o entendimento do Tribunal de Contas da União (TCU)⁴, que firmou o entendimento de que, antes da eventual desclassificação de uma proposta por inexecutabilidade, ao licitante deve ser franqueada oportunidade de demonstrar as condições plenas de sua proposta, nesses termos:

“Antes de ter sua proposta desclassificada por inexecutabilidade, ao licitante deve ser franqueada oportunidade de defendê-la e demonstrar sua capacidade de bem executar os serviços, nos termos e condições exigidos pelo instrumento convocatório”.

“*In casu*” os serviços que serão realizados dependem, unicamente, de mão-de-obra intelectual, logo, perfeitamente possível a volatilidade dos valores oferecidos, concluindo-se pela sua exequibilidade, portanto.

Nesse sentido, **Marçal Justen Filho⁵** é categórico quanto a aplicação das regras do **artigo 48 da Lei de Licitações**, levando em consideração o caso concreto:

Discorda-se do entendimento de que todas as hipóteses de inexecutabilidade comportam tratamento jurídico idêntico. Ao



ESTÂNCIA TURÍSTICA DE AVARÉ
ESTADO DE SÃO PAULO

contrário, deve impor-se uma diferenciação fundamental, destinada a averiguar se a proposta pode ou não ser executada pelo licitante, ainda que seu valor seja deficitário. A questão fundamental não reside no valor da proposta, por mais ínfimo que o seja – o problema é a impossibilidade de o licitante executar aquilo que ofertou.

(...)

Por outro lado, a inexecutabilidade se configura, usualmente, como uma questão relativa. Essa relatividade envolve não apenas os diferentes setores econômicos, mas também os diversos agentes atuantes numa mesma atividade.

*Logo, existem atividades que comportam margem de lucro muito reduzida, enquanto existem outras que apenas podem ser viabilizadas mediante remuneração mais elevada. Logo, **não há como estabelecer soluções padronizadas, aplicáveis a diferentes segmentos de atividades econômicas.** Mesmo no âmbito interno de uma mesma atividade, existem diferenças marcantes. **Como os custos são diversos para cada empresa e como cada qual apresenta uma estrutura operacional distinta, é perfeitamente cabível que a mesma proposta possa ser qualificada como inexecutável para uma empresa e mereça enquadramento distinto para outra. (GN)***

Não bastasse, o próprio TCU já firmou entendimento nesse sentido, através da **Súmula 252**, na qual orienta pela oportunidade de a empresa considerada inexecutável demonstrar as condições plenas de sua proposta. Senão:

SÚMULA TCU 262: O critério definido no art. 48, inciso II, § 1º, alíneas "a" e "b", da Lei 8.666/1993 conduz a uma presunção relativa de inexecutabilidade de preços, devendo a Administração dar à licitante a oportunidade de demonstrar a executabilidade da sua proposta.


Veja-se que o trabalho desenvolvido pelas empresas, objeto do presente processo, é predominantemente intelectual, o que dificulta na aferição dos



ESTÂNCIA TURÍSTICA DE AVARÉ
ESTADO DE SÃO PAULO

preços, tendo em vista a maleabilidade dos valores requisitados pela prestadora de serviços.

Por outro lado, verifica-se que os argumentos apresentados pela **Recorrente SIGCORP às fls. 2178**, quanto a suposta inexecutabilidade da proposta vencedora do certame, são diametralmente opostos aqueles suscitados pela mesma, em Representação formulada pela mesma empresa (**SIGCORP**) perante o Ministério Público do Estado de São Paulo (**Cópia em anexo**).

Naquela representação a Recorrente SIGCORP, sustentou que as cotações efetivadas pelo Departamento de Compras do Município organizador do certame licitatório “... **realizou a pesquisa de preços somente através de orçamentos de empresas privadas, sem sequer comparar o preço atual contratado pelo município com o preço orçado.**”, *in verbis*:

Destaca-se também, que o orçamento realizado pelo Departamento de Compras não contemplou nenhum fornecedor atual (E & L , Sigcorp), ou até mesmo fornecedores anteriores como a Fiorilli.

Uma simples comparação dos valores contratados atualmente, com o previsto neste certame destaca-se a majoração em cerca de 80% (oitenta por cento), uma vez que os contratos originados do pregão 194/2018 foram no total de R\$ 1.020.370,69 (HUM MILÃO E VINTE MIL E TREZENTOS E SETENTA REAIS) e o Valor da Pesquisa de Mercado foi de R\$ 1.831.275,00 (HUM MILHÃO E OITOCENTOS E TRINTA E UM MIL E DUZENTOS E SETENTA E CINCO REAIS).

Tal diferença se torna ainda mais destoante, ao comparar os preços previstos no Edital 194/2018 com o certame atual, sendo que apresentamos abaixo comparativo de preços da cotação realizada (Pesquisa de Mercado em anexo):

Conforme consta dos inclusos **Contratos nºs 020/2019 e 021/2019**, e respectivos “*Termos de Prorrogação*”, extraídos do **Pregão Presencial nº 194/18 – Processo nº 552/18, de 18 de dezembro de 2018**, o valor pago atualmente pelo Município de Avaré à **Empresa/Recorrente E & L PRODUÇÕES DE SOFTWARE LTDA.** é na ordem de **R\$745.266,64 (por 12 meses)**, ou **R\$62.105,55 (Mensais)**, mais **R\$352.472,40 (por 12 meses)**, ou **R\$29.372,70 (Mensais)**.

Assim, o valor pago atualmente é no importe de **R\$1.097.739,04 (Por 12 meses)**, o que equivale a **R\$91.478,25 mensais**.



ESTÂNCIA TURÍSTICA DE AVARÉ
ESTADO DE SÃO PAULO

Logo, o valor ofertado pela Empresa provisoriamente vencedora (R\$710.000,00 p/ 10 meses ou R\$71.000,00 mensais), corresponde a 77,61% do valor pago atualmente, JUSTAMENTE, PARA AS EMPRESAS RECORRENTES.

Por outro lado, em pesquisa na internet, localizamos documentos que demonstram a contratação de serviços similares, efetivadas por Municípios com população superior à do Município de Avaré (**83.000 habitantes**), por valores próximos ao ofertado pela Licitante provisoriamente declarada vencedora. É o caso de **Votorantim, com 122.000 habitantes (R\$480.000,00 p/ Março de 2018 e R\$630.000,00 – Atualizado p/ Junho de 2022)**, e, também de **Paulínia com 106.000 habitantes (R\$830.000,00 p/ Maio de 2020 e R\$1.008.000,00 – Atualizado p/ Junho de 2022)**.

Após a análise dos números acima discriminados, os quais foram obtidos através da aplicação dos critérios indicados pela **Recorrente SIGCORP** em sua representação perante o Ministério Público do Estado de São Paulo, **temos que o valor proposto pela Empresa Amendola & Amendola Software Ltda. não pode ser considerado inexecuível.**

Esta é a conclusão a que se chega, quando analisamos os valores praticados atualmente pelo Município de Avaré, em face das Empresas Recorrentes.

Com efeito, bem se vê, que a tese sustentada na **Representação apresentada ao MP/SP, em 31 de agosto de 2021 (início do procedimento licitatório)**, pela **Recorrente SIGCORP** é radicalmente **oposta** a tese sustentada pela mesma Empresa no Recurso sob exame, o qual foi interposto em **ABRIL/2022 (na fase final do procedimento licitatório)**.

Tal atitude evidencia que o verdadeiro propósito das Recorrentes é meramente protelatório, já que atualmente são as Recorrentes que estão prestando os serviços a serem contratados ao final do presente processo.

Entretanto, os inúmeros entraves suscitados pelas Recorrentes ao longo deste e dos outros **02 (Dois)** procedimentos licitatórios que a Administração optou por anular, de modo a permitir o seu aprimoramento, acabou por favorecer ao Contratante, na medida em que colaborou para a redução do valor final do objeto a ser contratado.



ESTÂNCIA TURÍSTICA DE AVARÉ
ESTADO DE SÃO PAULO

CONCLUSÃO

Diante de tudo quanto acima exposto, s. m. j. e *sub censura*, **OPINAMOS pelo INDEFERIMENTO dos Recursos ora analisados.**

Neste sentido é o nosso entendimento e é o nosso parecer.

Por derradeiro, cumpre-nos destacar o fato de que o presente arrazoado tem caráter meramente opinativo, não vinculando o administrador em sua decisão conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal no Mandado de Segurança nº 24073, Relator Ministro Carlos Velloso.

Avaré/SP, 24 de junho de 2022.

ANTÔNIO CARDIA CASTRO JUNIOR
Procurador Jurídico Municipal
OAB/SP nº 170.021

¹ In Licitação passo a passo: comentando todos os artigos da Lei nº 8.666/1993, 7ª ed., Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 309.

² Art. 2º Para fins desta Instrução Normativa, considera-se:

[...]

XXIV - Prova de Conceito: amostra a ser fornecida pelo licitante classificado provisoriamente em primeiro lugar para realização dos testes necessários à verificação do atendimento às especificações técnicas definidas no Termo de Referência ou Projeto Básico;

³ Art. 12. O Termo de Referência ou Projeto Básico será elaborado pela Equipe de Planejamento da Contratação a partir do Estudo Técnico Preliminar da Contratação, incluindo, no mínimo, as seguintes informações: [...]

§ 1º Nos casos de necessidade de realização de Prova de Conceito, os procedimentos e critérios objetivos a serem utilizados na avaliação da mesma deverão constar no Termo de Referência;

⁴ Acórdão nº 1244/2018 – Plenário. TCU;

⁵ Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 17 ed. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2016, p.1.018/1.019

De acordo e em acordo com o parecer expresso pelo Procurador Jurídico
Ao Dep. de Licitação para prosseguimento. OS 97.022
Ronaldo A. Guardiano