

ILUSTRÍSSIMA SENHORA PREGOEIRA OFICIAL DO MUNICÍPIO DE
ESTÂNCIA TURÍSTICA DE AVARÉ - ESTADO DE SÃO PAULO

REF: PREGÃO PRESENCIAL Nº 040/2021

E&L PRODUÇÕES DE SOFTWARE LTDA,
devidamente qualificada nos autos do procedimento
licitatório em epígrafe, vem, respeitosamente, perante
essa Augusta Equipe de Apoio ao Pregão, com fulcro no
inciso XVIII, do art. 4º, da Lei Federal nº 10.520/2002,
para apresentar o presente

__RECURSO ADMINISTRATIVO__

em face da decisão que habilitou a empresa **AMENDOLA & AMENDOLA SOFTWARE LTDA** no Procedimento Licitatório em destaque, de ordem dessa Administração Pública, tendo em vista os fundamentos fáticos e de direito adiante aduzidos.

1.0 - INTRODUÇÃO

Prima facie, cumpre-nos salientar que a faculdade de revisão dos atos administrativos é inerente à Administração Pública e constitui-se como eficiente mecanismo de controle e obediência aos princípios que a regem, mormente o da legalidade, a qual os entes públicos impõem observar (art. 37, da CF/88), sob pena de revisão via mandado judicial.

Através do feito em epígrafe foi deflagrado o procedimento licitatório sob a modalidade “Pregão”, que recebeu o número de ordem 040/2021, colocando o projeto básico à disposição dos interessados em participar da licitação, com destinação específica concernente à contratação de empresa especializada no fornecimento de softwares de gestão pública, consoante se vê do respectivo Edital.

Todavia, com todo o respeito e admiração pelo trabalho desenvolvido por esta Pregoeira e sua h. Equipe, desta vez não agiu com o costumeiro acerto quando, através da Ata de Realização de Abertura e Julgamento, realizada no dia 13 (treze) de janeiro deste ano de 2021, decidiu pela habilitação da empresa AMENDOLA & AMENDOLA SOFTWARE LTDA, conforme se verá adiante.

2.0 - DA QUALIFICAÇÃO TÉCNICA

Como é sabido, ao realizar procedimentos Licitatórios, é dever da Administração Pública exigir documentos de habilitação compatíveis com o ramo dos objetos licitados, especialmente aqueles que comprovem a qualificação técnica dos interessados em participar da disputa, mediante a apresentação daqueles enumerados no inciso XIII, do art. 4º, da Lei Federal nº

10.520/2002 c/c o inciso II e o § 1º, do artigo 30, da Lei Federal nº 8.666/93, senão vejamos:

LEI FEDERAL Nº 10.520/2002

Art. 4º. *Omissis.*

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. (Grifamos)

LEI FEDERAL Nº 8.666/93

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

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...

Marçal Justen Filho ensina que a qualificação técnica envolve a "comprovação de que a empresa, como unidade jurídica e econômica, participara anteriormente de contrato cujo objeto era similar para a

contratação almejada pela Administração Pública”¹ considerando que, no caso de obras e serviços, a prestação satisfatória depende da habilidade do particular em executá-la. Ou seja, a empresa proponente deve demonstrar que já executou algo compatível e similar com o objeto pretendido, garantindo à Administração Pública a prévia experiência na execução de tal atividade.

Tal medida tem por intuito a proteção do patrimônio público, evitando a contratação de empresas aventureiras, que não possuem compromisso e nem capacidade técnica (conhecimento, expertise, know-how) para suportar a execução de tais serviços, especialmente naquelas hipóteses que envolvem a execução de atividades complexas e relevantes para a Administração.

Tanto é assim, que o art. 30 da Lei 8.666/93, ao detalhar o modo como poderia ser exigida a comprovação de experiência anterior, em seus parágrafos primeiro e segundo, afirma que seria possível ao ente licitante a indicação, no instrumento convocatório, das parcelas de maior relevância, vejamos:

Art. 30 [...]

§ 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:

I - capacitação técnico-profissional: comprovação do licitante de possuir em seu quadro permanente, na data prevista para entrega da proposta, profissional de nível

¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012, p. 499.

superior ou outro devidamente reconhecido pela entidade competente, detentor de atestado de responsabilidade técnica por execução de obra ou serviço de características semelhantes, limitadas estas exclusivamente às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação, vedadas as exigências de quantidades mínimas ou prazos máximos.

§ 2º As parcelas de maior relevância técnica e de valor significativo, mencionadas no parágrafo anterior, serão definidas no instrumento convocatório. (Destacamos)

Ocorre que no presente caso o Município de Avaré não fez qualquer distinção quanto à parcela considerada de maior relevância para a presente contratação, deixando evidente que, todo o objeto licitado seria impreterivelmente necessário, relevante e indispensável, possuindo o mesmo valor significativo. Assim, as empresas interessadas deveriam possuir atestado de capacidade técnica abrangendo a totalidade dos itens licitados, para assegurar que esteja "apta para executar os serviços técnicos necessários".

A Lei de Licitações e a jurisprudência não trazem conceitos que permitam uma definição objetiva e absoluta, de modo que caberia à Administração a definição de quais seriam as parcelas de maior relevância técnica e valor significativo do objeto, passíveis de exigência de comprovação da capacidade técnico operacional, na forma do art. 30, §1º, inciso I da Lei 8.666/93 e da Súmula nº 263/2011 do Tribunal de Contas da União (TCU), que disciplina:

Para a comprovação da capacidade técnico-operacional das licitantes, e desde que limitada, simultaneamente, às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto a ser contratado, é legal a exigência de comprovação da execução de quantitativos mínimos em

obras ou serviços com características semelhantes, devendo essa exigência guardar proporção com a dimensão e a complexidade do objeto a ser executado.

A teor de tais considerações, cabe à Administração definir as referidas parcelas, baseada nos quantitativos de bens e serviços que se pretende contratar. Inexistindo no instrumento convocatório a definição prévia das parcelas consideradas de maior relevância, deve-se analisar a compatibilidade dos atestados apresentados com a descrição do objeto licitado, objetivando apurar se existe pertinência e efetiva compatibilidade entre os respectivos serviços.

Por esta razão, esta Nobre Pregoeira exigiu que as empresas interessadas em participar do certame apresentassem atestado(s) comprovando a execução de objeto compatível com o licitado, sob pena de inabilitação, conforme se vê do disposto no item 8.9.1 do edital ora analisado, devidamente transcrito abaixo:

8.9. Qualificação Técnica:

A documentação relativa à qualificação técnica consistirá em:

8.9.1. No mínimo um atestado de capacidade técnica, emitido(s) por pessoa jurídica de direito público ou privado, que comprove a aptidão de desempenho do licitante compatível com o objeto licitado.

Ou seja, não foi eleita qualquer parcela de maior relevância, permitindo-nos a conclusão de que todos os módulos deveriam constar nos atestados apresentados.

Entretanto, inobstante a determinação legal e editalícia esposada acima, verifica-se da documentação acostada ao presente feito que a empresa AMENDOLA & AMENDOLA SOFTWARE LTDA apresentou atestados

genéricos e imprecisos, sem o detalhamento necessário que o caso requer.

Ao analisar os atestados emitidos pela Prefeitura Municipal de Assis e Prefeitura Municipal de Zacarias, não identificamos a comprovação de aptidão anterior no atendimento aos sistemas de Serviços ao Cidadão, Controle Interno, Portal de Compras, Administração de Benefícios, Administração de Cemitério, e, Gestão de Solicitação de Serviços On Line, razão pela qual, deveria a respectiva empresa ser inabilitada para prosseguir no certame.

Os atestados apresentados, além de serem genéricos e imprecisos, não contemplam a execução anterior dos sistemas suso mencionados e dos sistemas que operam em ambiente web. Logo, as informações trazidas à baila pelos atestados atacados são insuficientes, impossibilitando o Administrador Público de aceitá-los para não incorrer em prejuízo para a Administração.

Como é sabido, os atestados devem conter todas as informações necessárias e suficientes para que se possa, mediante comparação entre a obra ou o serviço objeto do atestado e a obra ou o serviço objeto da licitação, inferir a aptidão da proponente para a execução do contrato nos termos em que se propõe. Esse cotejo entre o conteúdo do atestado e o conteúdo do contrato não poderá admitir por critério de comparação exclusivamente a igualdade ou equivalência entre ambos, mas deverá admitir também a similaridade ou analogia dos objetos.

Tanto no original da Lei Federal nº 8.666/93, quanto no texto modificado pela Lei Federal nº 8.883/94, o § 3º do art. 30 proíbe a recusa da aptidão por similaridade, estipulando que *"será sempre admitida a comprovação de aptidão através de certidões ou atestados*

de obras ou serviços similares de complexidade tecnológica e operacional equivalente ou superior."

O legislador tornou imperativa essa admissão de similares para evitar discriminações consistentes na exigência de haver o proponente realizado obras ou serviços iguais, o que afastaria competidores que, mesmo não tendo ainda executado obra ou serviço igual ao objeto da licitação, podem executá-lo, por já haver executado similares. Assegurando os detentores de certidões ou atestados fundados na similitude, tratou de defender a isonomia do acesso e a competitividade do certame, princípios basilares da licitação, cuja inobservância a torna irremediavelmente viciosa.

Mas, exatamente para não pôr em risco a isonomia e a competitividade, teve a prudência de - no inciso II do *caput* do mesmo art. 30, exigir que a aptidão, à vista de contratos anteriores, seja comprovada pelo desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação. Como o *caput* domina o parágrafo, desde que este não seja excepcionante daquele, e como o § 3º não excepciona, mas complementa o inciso II do *caput* do art. 30, conforme evidencia a própria redação de ambos, nos quais aparece a mesma expressão - "*comprovação de aptidão*" - que os correlaciona, resulta daí que a exigência de "*comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação*" se aplica a todo e qualquer atestado ou certidão de desempenho, seja baseado na igualdade ou equivalência, seja baseado na similitude ou analogia das obras ou serviços.

Essa conclusão geral é inegável. Ora, uma tal exigência de comprovação referida especificamente a características, quantidades e prazos, somente poderá ser atendida por atestados ou certidões que sejam também

especificamente detalhados, o suficiente para satisfazê-la, o que não ocorreu no caso em tela. Esse detalhamento é necessário, indispensável, sob pena de não se atender à Lei. Aliás, agiu bem o legislador nesse ponto, pois a generalidade é incompatível com a comprovação. Afirmações genéricas e abstratas, como apresentou a empresa AMENDOLA & AMENDOLA SOFTWARE LTDA provam muito pouco. Toda prova realmente eficaz é específica e concreta: contém e demonstra particularidades suficientes para identificar e comprovar o fato a que se destina provar.

Logo, as certidões ou os atestados de aptidão ou de desempenho, com base seja na similitude, seja na equivalência, devem no seu conteúdo referir-se a contratos *in concreto*, devidamente identificados pelos elementos que os individualizam: - as partes e o objeto, as principais obrigações e condições contratadas, até o preço e o prazo, o que for necessário para permitir que se possa inferir, em cada atestado, se as características, as quantidades e os prazos das obras ou serviços já realizados comprovam, efetivamente, a sua pertinência e compatibilidade com o objeto da licitação e, por esse modo concreto, específico e efetivo, garantir o interesse público que está em jogo na licitação, ao lado dos interesses privados nem sempre com ele condizentes.

Esse sentido de concretude e especificação, garantia e segurança, não se contrapõe às palavras do Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, Antônio Roque Citadini, senão vejamos:

O administrador há de encontrar, para cada caso concreto, uma maneira objetiva de aferir a capacidade técnico-operacional dos interessados, de forma a garantir a possibilidade de participação daqueles que tenham real capacidade potencial para desenvolver obras e serviços com a segurança que o interesse público requer, mesmo que ainda não tenham, principalmente no que se refere aos quantitativos.

Nesse mesmo sentido caminha a doutrina do Mestre Marçal Justem Filho, o qual alude à expressão qualificação técnica real, para designar a qualificação que deve ser investigada, nos seguintes termos:

Alude-se, nessa linha, à qualificação técnica real. Significa que a qualificação técnica a ser investigada é não apenas aquela teórica, mas também a efetiva, concreta, prática. É a titularidade de condições práticas e reais de execução do contrato. Em vez de exame apenas teórico do exercício da atividade, as exigências se voltam para a efetiva condição prática de desempenhar satisfatoriamente o objeto licitado.

Por tudo isso, temos que a admissão de atestados genéricos e imprecisos, voltados para a generalidade e/ou contendo um detalhamento insuficiente, assim como o que foi apresentado pela empresa AMENDOLA & AMENDOLA SOFTWARE LTDA, burla a prudência do legislador, abusando do pressuposto de admissibilidade por ele estipulado.

Assim, não se chega a outra conclusão senão da necessidade de inhabilitar a empresa AMENDOLA & AMENDOLA SOFTWARE LTDA uma vez que não comprovou ter condições de executar o objeto almejado por esta Administração Pública, conforme demonstrado acima.

3.0 - DO PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO

Mantendo a Empresa Concorrente (AMENDOLA & AMENDOLA SOFTWARE LTDA) habilitada, esta ínculta Equipe acaba por desrespeitar os princípios constitucionais e infraconstitucionais da licitação, que se apresentam como as proposições básicas que fundamentam as ciências, sendo de suma importância dentro do sistema jurídico.

O vocábulo "princípios" é originário do latim - *principiu* - e, de acordo com o Dicionário Aurélio, refere-se a **"proposições diretoras de uma ciência, às quais todo o desenvolvimento posterior dessa ciência deve estar subordinado"**, merecendo, neste aspecto, observar a lição do Mestre Celso Antônio Bandeira de Mello, in **ELEMENTOS DE DIREITO ADMINISTRATIVO**. São Paulo: RT, 1981. p. 230, abaixo transcrita:

...violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. (Destacamos).

Dentre os princípios infraconstitucionais da licitação merece destaque, neste momento, o princípio da vinculação ao instrumento convocatório, esculpido no art. 3º da Lei Federal nº 8.666/93 e reafirmado nos arts. 41 e 43, inciso V, desse mesmo diploma, senão vejamos:

Art. 3º. A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a solucionar a proposta mais vantajosa para a Administração 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 lhe são correlatos.

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

Art. 43. A licitação será processada e julgada com a observância dos seguintes procedimentos:

V - julgamento e classificação das propostas de acordo com os critérios de avaliação constantes do edital.
(Grifamos).

Segundo este princípio, estabelecidas as regras através das quais o procedimento será realizado, tornam-se elas inalteráveis a partir da publicação do ato convocatório, em nada justificando qualquer alteração pontual para atender a esta ou àquela situação.

Outro não é o entendimento do **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ**, que assim vem se manifestando:

O edital é elemento fundamental do procedimento licitatório. Ele é que fixa as condições de realização da licitação, determina o seu objeto, discrimina as garantias e os deveres de ambas as partes, regulando todo o certame público. (RMS nº 10.847/MA, 2ª T., rel. Min. Lauria Vaz, j. em 27.11.2001, DJ de 18.02.2002).

A Administração, bem como os licitantes, estão vinculados aos termos do edital [art. 37, XXI, da CB/88 e arts. 3º, 41 e 43, V, da Lei n. 8.666/93], sendo-lhes vedado ampliar o sentido de sua cláusulas, de modo a exigir mais do que nelas previsto. (MS-AgR nº 24.555/DF, 1ª T., rel. Min. Eros Grau, j. em 21.02.2006, DJ em 31.03.2006). **(Grifo nosso).**

É certo que o edital é 'a lei interna da tomada de preços', conforme afirma Hely Lopes Meirelles, citado por José dos Santos Carvalho Filho. 'O edital traduz uma verdadeira lei porque subordina administradores e administrados às regras que estabelece. Para a Administração, desse modo, o edital é ato vinculado e não pode ser desrespeitado por seus agentes' [Carvalho

Filho, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo, 14^a ed., Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005, p. 226] (RMS n° 22.647/SC, 1^a T., rel. Min. Denise Arruda, j. em 10.04.2007, DJ em 03.05.2007). (Destacamos).

Seguindo a mesma linha de raciocínio, vejamos o posicionamento do **TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO - TCU**:

Abstenha-se de aceitar propostas de bens com características diferentes das especificadas em edital, em respeito ao princípio de vinculação ao instrumento convocatório, consoante o art. 3º da Lei nº 8.666/1993. (Acórdão 932/2008 Plenário). (Grifamos)

Zelee para que não sejam adotados procedimentos que contrariem, direta ou indiretamente, o princípio básico da vinculação ao instrumento convocatório, de acordo com os arts. 3º e 41 da Lei nº 8.666/1993. (Acórdão 2387/2007 Plenário)

Voltando a questão do Atestado de Capacidade Técnica, é claro que o princípio da vinculação ao instrumento convocatório obriga a Administração e o licitante a observarem as regras e condições previamente estabelecidas no edital. Logo, independente da empresa alegar que possui capacidade técnica, não podemos fechar os olhos para o gritante descumprimento do Edital, uma vez que o item **8.9.1** deste instrumento versa que a qualificação técnica dos interessados será comprovada através da apresentação de "*No mínimo um atestado de capacidade técnica, emitido(s) por pessoa jurídica de direito público ou privado, que comprove a aptidão de desempenho do licitante compatível com o objeto licitado*".

Analisando de forma mais específica a palavra compatível, a mesma quer dizer: Que pode coexistir; que pode ser combinado com outra coisa, sem conflito ou oposição. Destaco que o objeto desta

licitação consiste na contratação de serviços de cessão do direito de uso de vários tipos de sistemas de gestão pública. Logo, os interessados em participar da competição devem comprovar que já executaram serviços similares a cada tipo de sistema almejado por esta Administração Pública de forma clara e precisa.

Como parâmetro, imaginemos uma licitação cujo objeto contemplasse apenas a locação de Sistema de Educação e fosse exigido atestado de capacidade técnica comprovando a prestação de serviços de características técnicas compatíveis às do objeto licitado e uma determinada empresa apresentasse Atestado contemplando, de forma genérica, a execução de serviços de locação de Sistema de Obras e Engenharia. Certamente seria inabilitada do certame por não ter comprovado execução anterior em objeto compatível com o Sistema de Educação, que possui uma infinidade de funcionalidades próprias. Se assim não o fosse, qualquer empresa que tenha prestado serviço de cessão do direito de uso de sistemas informatizados, independentemente da área de aplicação da ferramenta, poderia participar e vencer a disputa, mesmo não tendo executado serviço com características semelhantes a perseguida pelo Poder Público licitante, assim como vem ocorrendo no caso em tela, o que não se pode admitir.

Assim, tendo em vista o fato de que a empresa AMENDOLA & AMENDOLA SOFTWARE LTDA não comprovou ter executado serviços semelhantes aos objetos da presente licitação, outra alternativa não há senão a da necessidade de se declarar a inabilitação da mesma, o que desde já se requer.

4.0 - DO PROCEDIMENTO

Ad argumentadum tantum, caso não seja este o entendimento desta Comissão, o que admitimos

apenas para argumentar e por amor a causa, temos que a Prova de Conceito deverá ser invalidada.

Como é sabido, os atos da licitação devem se desenvolver em sequência lógica, a partir da exigência de determinada necessidade pública, iniciando-se pelo planejamento e prosseguindo até a assinatura do contrato.

O Procedimento em questão vem sendo realizado através da modalidade denominada Pregão, em total sintonia com os preceitos legais básicos estabelecidos nas Leis Federais nº 10.520/2002 (Lei do Pregão) e 8.666/1993 (Estatuto das Licitações e Contratos).

Após a elaboração do edital (Pregão Presencial nº 040/2021) e a análise do mesmo pela Procuradoria Jurídica desta Prefeitura, a Comissão de Pregão publicou o aviso no Diário Oficial competente, em obediência ao art. 4º, inciso I da Lei Federal nº 10.520/2002.

Durante a Sessão Pública de Abertura e Julgamento da Licitação *sub examine*, verificou-se que 04 (quatro) empresas apresentaram propostas e realizaram credenciamento, motivo pelo qual o Pregoeiro deu início a competição, com a abertura dos envelopes contendo as propostas de preços, nos moldes estabelecidos no art. 4º, inciso VII, da Lei do Pregão.

Posteriormente, após a realização da etapa de lances, esta Administração declarou a empresa AMENDOLA & AMENDOLA SOFTWARE LTDA vencedora do certame.

Ato contínuo, convocou a referida empresa para realizar a demonstração dos sistemas ofertados pela mesma, até então provisoriamente

classificada em primeiro lugar. Entretanto, não foi possível acompanhar a apresentação de todas as funcionalidades exigidas através do instrumento convocatório em questão, conforme veremos adiante, tornando a prova de conceito nula.

4.1 - DAS AMOSTRAS (DEMONSTRAÇÃO DOS SISTEMAS)

Como é sabido, durante a realização de procedimento licitatório, a Administração poderá solicitar dos licitantes amostras ou protótipos dos produtos ofertados. Trata-se da chamada prova de conceito, cujo objetivo consiste em verificar se a solução apresentada pelo licitante provisoriamente classificado em primeiro lugar satisfaz as exigências do ato convocatório, a exemplo de características técnicas, qualidade, funcionalidades desejadas e desempenho dos produtos.

Consiste em uma verificação prática de aderência técnica da proposta ao edital, situada na fase de classificação/julgamento da licitação, desde que seja viabilizada a inspeção pelos demais concorrentes pela Administração, em homenagem ao princípio da publicidade.

Nos pregões realizados para contratação de bens e serviços de TI o procedimento de avaliação de amostras consiste na apresentação, por parte do licitante, de uma prova/demonstração dos produtos ofertados, seguida da realização de testes pelo ente promotor da licitação. Tal avaliação, em geral, ocorre ao final da fase de classificação dos interessados em participar da competição, na forma do art. 4º, inciso XI, da Lei Federal nº 10.520/2002 e do art. 11, inciso XII, do Decreto nº 3.555/2000, senão vejamos:

Lei Federal nº 10.520/2002

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

XI - examinada a proposta classificada em primeiro lugar, quanto ao objeto e valor, caberá ao pregoeiro decidir motivadamente a respeito da sua aceitabilidade. (Grifamos)

Decreto Federal nº 3.555/2000

Art. 11. A fase externa do pregão será iniciada com a convocação dos interessados e observará as seguintes regras:

XII - declarada encerrada a etapa competitiva e ordenadas as propostas, o pregoeiro examinará a aceitabilidade da primeira classificada, quanto ao objeto e valor, decidindo motivadamente a respeito. (Grifo nosso).

Tanto é assim que o Acórdão nº 1.215/2009 do Tribunal de Contas da União - TCU, em seu subitem 9.1.3.2, recomendou à Secretaria de Fiscalização de Tecnologia da Informação - Sefti que avaliasse a possibilidade de elaboração de Nota Técnica sobre "a avaliação de amostras na contratação de bens e suprimentos de Tecnologia da Informação pela modalidade Pregão, visando minimizar o problema também corrente na Administração consistente na entrega de materiais dessa natureza de qualidade inservível e duvidosa".

Assim, após ser provisoriamente classificado em primeiro lugar, o licitante recebe a solicitação do pregoeiro para que, em determinado prazo, envie amostra ou promova demonstração dos produtos

ofertados, a ser submetida à avaliação pelo órgão contratante.

Nessa avaliação testes e/ou verificações são aplicadas sobre a amostra/demonstração dos produtos ofertados. Dessa forma, a aceitação da amostra constitui condição para adjudicação do objeto do certame, de maneira que, caso a unidade amostrada não seja aprovada mediante as condições pré-estabelecidas no instrumento convocatório, o licitante é desclassificado, e o próximo é convocado, na ordem de classificação, ex vi do disposto no art. 4º, inciso XVI, da Lei Federal nº 10.520/2002:

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

XVI - se a oferta não for aceitável ou se o licitante desatender às exigências habilitatórias, o pregoeiro examinará as ofertas subsequentes e a qualificação dos licitantes, na ordem de classificação, e assim sucessivamente, até a apuração de uma que atenda ao edital, sendo o respectivo licitante declarado vencedor.

Implicitamente, o resultado da avaliação da amostra é estendido ao universo de produtos a ser ofertado. Em geral, o próprio procedimento de testes deverá ser transcrito no instrumento convocatório. Em outros há apenas a previsão da possibilidade de aplicação de testes, com base nas especificações técnicas do edital.

4.2. DA UTILIDADE DAS AMOSTRAS (DEMONSTRAÇÃO DOS SISTEMAS)

De acordo com o previsto no art. 3º, *caput*, da Lei Federal nº 8.666/1993, a licitação destina-se a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração, além de garantir a observância do princípio constitucional da isonomia. Nessa esteira, deve o gestor buscar todos os mecanismos legais que lhe assegurem a máxima vantajosidade da contratação.

A proposta mais vantajosa, no caso das licitações na modalidade Pregão, é aquela que, atendidos os requisitos técnico-qualitativos da contratação, possua o menor preço. Para se atingir esse objetivo, devem-se adotar mecanismos para se alcançar o menor preço e, ao mesmo tempo, garantir que o objeto da contratação contemple todos os requisitos necessários ao atendimento da necessidade que motivou a contratação.

A potencial obtenção do menor preço é uma consequência da adoção da modalidade Pregão, que, além de permitir unicamente o tipo menor preço, pela sua sistemática, ampliou o acesso das empresas às compras públicas.

Dessa forma, com a crescente adoção do Pregão nas aquisições de TI, resultado, inclusive, da evolução da jurisprudência do Tribunal de Contas da União - TCU, o gestor deve buscar, cada vez mais, mecanismos legais para garantir qualidade e eficiência da contratação, atuando em compensação à consequente ampliação do número de participantes nas licitações públicas.

De acordo com o voto condutor do Acórdão nº 1.215/2009 - TCU - Plenário, nas compras da Administração Federal, é recorrente o problema de entrega de bens e suprimentos de TI de qualidade duvidosa ou até

mesmo inservível, pela observância unicamente do menor preço ofertado, consectário da disputa por Pregão.

Esse problema é decorrente também de uma percepção equivocada de muitos gestores públicos de que o Pregão leva à contratação de bens e serviços pelo menor preço possível no mercado. Na verdade, o Pregão é uma modalidade de licitação que propicia a compra pelo menor preço entre os bens e serviços que atendam aos requisitos estabelecidos de forma razoável no edital.

De qualquer modo, a avaliação de amostras é uma das alternativas de que dispõe o gestor para assegurar a eficácia da contratação. Na prática, o procedimento propicia ao gestor um contato inicial com o produto a ser adquirido. Nessa oportunidade, o gestor poderá proceder a uma avaliação do produto e/ou a uma gama de testes, com objetivo de verificar a aderência do produto ofertado aos requisitos de qualidade e desempenho estabelecidos no instrumento convocatório.

Outro não é o entendimento do Tribunal de Contas da União - TCU, que assim vem se manifestando:

Exija, em processos licitatórios, prova de conceito ou apresentação de amostras, documente os procedimentos que atestaram a avaliação e a homologação ou rejeição do objeto licitado, atentando para a descrição dos roteiros e testes realizados e sua vinculação com as características técnicas e funcionalidades desejadas, em obediência aos princípios do julgamento objetivo e da vinculação ao instrumento convocatório, bem assim da publicidade e da motivação, previstos no art. 3º da Lei nº 8.666/1993 e no art. 2º da Lei nº 9.784/1999. (Acórdão 2932/2009 Plenário). (Destacamos).

Nos certames em que não há essa previsão, o gestor não possui meios para avaliar de maneira direta o produto licitado, previamente à celebração contratual. Assim, há o risco de o gestor constatar, somente após a celebração contratual, que o bem ou suprimento fornecido não atende aos requisitos mínimos de qualidade previstos no edital ou, até mesmo, que é inservível. Nesse momento, já se gastou esforço e tempo, e, para solucionar o problema, será necessário penalizar a empresa, efetuar o distrato e nova contratação, gerando custos e atrasos para a Administração, o que não se pode admitir.

Nesse cenário, a exigência em tela, quando eficaz e razoável, poderá constituir um ganho de eficiência nas compras do Estado, porquanto reduziria o tempo e o custo de uma contratação.

Assim, o procedimento de avaliação de amostras apresenta-se como meio útil para a Administração Pública aumentar a probabilidade de adquirir produtos com melhor qualidade, na medida em que permite efetiva avaliação do objeto licitado previamente à celebração contratual.

4.3 - DA RAZOABILIDADE E DA COMPETITIVIDADE

De acordo com o que foi exposto acima, podemos verificar que o ato convocatório da licitação deve estabelecer quais são as condições e os critérios relativos ao exame das amostras ou protótipos apresentados, inclusive no que diz respeito ao direito dos demais concorrentes de poderem acompanhar todos os procedimentos respectivos.

É permitida a inspeção de amostras ou protótipos dos itens ofertados, entregues para julgamento. Pode o licitante acompanhar a apresentação dos produtos ofertados pelos concorrentes, ainda que não conste do ato convocatório esse direito.

Quanto às exigências de amostras ou protótipos, deve estar definido com clareza no ato convocatório, por exemplo, as seguintes condições: momento de entrega, prazos de início e de conclusão, critérios de avaliação e de julgamento técnico, data e horário de inspeção para que os licitantes interessados possam estar presentes e acompanharem a demonstração de todas as funcionalidades almejadas de cada sistema.

Tais condições e critérios foram estabelecidos através do item 5 do Termo de Referências, senão vejamos:

5.0. PROVA DE CONCEITO

5.1. Com a finalidade de aferir o exato cumprimento das condições estabelecidas no presente Termo de Referência, após a finalização dos lances, a empresa vencedora provisória do certame será convocada para comparecer à Prefeitura para, após no mínimo 5 (cinco) dias úteis, comprovar o atendimento aos requisitos estabelecidos neste termo através de Demonstração Técnica dos Sistema, em data e horário agendado pelo Pregoeiro.

5.2. Os membros da equipe técnica responsáveis pela avaliação dos sistemas são os designados através da Portaria nº 10755/2021, CONFORME

ANEXO X.

5.3. A verificação de atendimento do produto ofertado pela licitante vencedora em sua proposta em relação às condições estabelecidas no Termo de Referência, se dará via demonstração prática dos requisitos relacionados no item "ESPECIFICAÇÕES TÉCNICAS DAS FUNCIONALIDADES MÍNIMAS DOS SISTEMAS" do Termo de Referência identificados como "OBRIGATÓRIOS = SIM". A demonstração do sistema será avaliada por servidores municipais os quais irão verificar o atendimento às especificações contidas no edital.

5.4. As demais licitantes poderão acompanhar a apresentação, porém sem possibilidade de manifestação ou questionamentos durante a apresentação para que seu prazo possa ser cumprido, podendo manifestar-se apenas ao final da sessão.

5.5. Após a análise, a equipe emitirá parecer, aceitando ou rejeitando o sistema apresentado, o qual será parte integrante dos autos. Após, retornando os autos ao Pregoeiro, será determinada data para apresentação do resultado e demais atos pertinentes e legais, em nova sessão.

5.6. 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.

5.7. Se a oferta de menor preço não atender às exigências da demonstração e de habilitação, o Pregoeiro convocará para nova demonstração e examinará as ofertas subsequentes, na ordem de classificação, podendo negociar com os respectivos autores, até a apuração de uma proposta que, verificada sua aceitabilidade e a habilitação do licitante, será declarada vencedora.

Em relação ao direito dos concorrentes de poderem acompanhar a apresentação das amostras, assim vem decidindo o Tribunal de Contas da União - TCU:

Viabilize, em licitações que requeiram prova de conceito ou apresentação de amostras, o acompanhamento de suas etapas para todos os licitantes interessados, em consonância com o princípio da publicidade, insculpido no art. 3º da Lei 8.666/1993. Realize o acompanhamento in loco das principais etapas da prova de conceito ou da apresentação de amostras, a exemplo da etapa de produção, no caso de licitações que requeiram tais demonstrações. (Acórdão 1984/2008 Plenário - TCU).

Limite-se a exigir a apresentação de amostras ou protótipos dos bens a serem adquiridos ao licitante provisoriamente em primeiro lugar, nos termos dos incisos XII e XIII do art. 4º da Lei nº 10.520/2002 c/c art. 30 da Lei nº 8.666/1993, observando-se, no instrumento convocatório, os princípios da publicidade dos atos, da transparência, do contraditório e da ampla defesa. (Acórdão 1113/2008 Plenário - TCU).

Deve ser definido com clareza no edital, caso seja exigida a apresentação de amostra nas licitações e desde que não seja ainda na fase de habilitação, o momento de entrega dos protótipos, os critérios de avaliação, bem assim a data em que tal avaliação e julgamento técnico serão efetuados, de modo a dar oportunidade a que os licitantes interessados estejam presentes, em obediência ao art. 3º, § 3º, da Lei nº 8.666/1993. (Acórdão 346/2002 Plenário - TCU).

Entretanto, inexplicavelmente, esta Municipalidade adotou um esquema de demonstração que impediu os demais concorrentes de analisarem as funcionalidades dos sistemas apresentados.

Isso porque a Prova de Conceito foi realizada no auditório do teatro, que foi dividido em 06 (seis) "módulos" através de mesas e cadeiras (vide fotos anexas). Em cada mesa foi apresentada uma área ao mesmo tempo, impossibilitando a inspeção dos demais concorrentes, uma vez que, por ocasião da sessão de abertura da licitação *sub examine*, esta Administração informou que cada licitante só poderia participar da demonstração através de 01 (um) analista técnico, ferindo de morte o caráter competitivo do certame e contrariando as decisões e orientações dos órgãos de controle externo, especialmente do Tribunal de Contas da União - TCU, o que não podemos admitir.

Ademais disso, salientamos que não instauraram nenhuma sessão, não registraram a presença de nenhum técnico das concorrentes e a Comissão de Licitação não estava presente para acompanhar os trabalhos.

Tal medida faz parecer que foi criada uma armadilha para excluir imotivadamente os licitantes incômodos.

Oportuno neste momento a lição do mestre Marçal Justem Filho, através de sua obra **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**, 13ª ed., Dialética, São Paulo, 2009, p. 515:

... o edital tem de ser claro e explícito acerca de todas as exigências necessárias. NÃO É ADMISSÍVEL TRANSFORMAR A LICITAÇÃO EM UMA ESPÉCIE DE PROVA DE HABILIDADE, RECHEADA DE ARMADILHAS E EXIGÊNCIAS OCULTAS. (Destacamos).

Registra-se aqui que essa configuração se trata de um dos maiores absurdos já presenciados durante uma licitação pública, que, inclusive, poderá ser caracterizado como crime, com pena de reclusão de 04 (quatro) a 08 (oito) anos, ex vi do disposto no art. 337-F do Código Penal Brasileiro:

CÓDIGO PENAL BRASILEIRO

Art. 337-F. Frustrar ou fraudar, com o intuito de obter para si ou para outrem vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação, o caráter competitivo do processo licitatório

Pena - reclusão, de 4 (quatro) anos a 8 (oito) anos, e multa.

6.0 - CONCLUSÃO

Conclui-se, portanto, que sob todos os ângulos que se queira analisar a *quaestio jûris* ora em debate, não se chega a outra conclusão, senão, da

oportunidade e necessidade de reforma da decisão que habilitou e declarou vencedora do certame a Empresa Concorrente (AMENDOLA & AMENDOLA SOFTWARE LTDA), decisão que, se mantida, desafiará a sua correção via mandado judicial, o que, face à zelosa atuação desta Pregoeira e sua Augusta Equipe de Apoio, certamente, não permitirá que adentremos a tão espinhosa e desgastante - tanto para a Recorrente quanto para a Administração Pública - medida para ver preservada a legalidade do respectivo procedimento licitatório.

7.0 - DO PEDIDO

ANTE O EXPOSTO, respeitosamente requer a essa Pregoeira e sua Nobre Equipe de Apoio que:

7.1. Acolhendo os argumentos articulados no presente Recurso Administrativo, seja reformada a decisão que habilitou a empresa AMENDOLA & AMENDOLA SOFTWARE LTDA, declarando-se a sua inabilitação, com a continuação do certame nos moldes estabelecidos pela Lei Federal nº 10.520/2002;

7.2. Caso não seja este o entendimento desta Comissão e,

CONSIDERANDO a supremacia da Administração Pública na condução e encerramento dos procedimentos licitatórios de sua competência;

CONSIDERANDO a prerrogativa de autotutela da Administração Pública de rever seus próprios atos para alcançar aspectos de legalidade, e que tem o dever de obedecer à Lei e verificar a presença dos pressupostos de validade dos atos que pratica;

CONSIDERANDO que a Administração deve reconhecer e anular de ofício seus próprios atos quando acometidos de vícios de ilegalidade, com fulcro no art. 49 da Lei Federal nº 8.666/93 e nas Súmulas nº 346 e 473 do Supremo Tribunal Federal;

- Lei Federal nº 8.666/93

Art. 49. A autoridade competente para a aprovação do procedimento somente poderá revogar a licitação por razões de interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta, devendo anulá-la por ilegalidade, de ofício ou por provocação de terceiros, mediante parecer escrito e devidamente fundamentado.

- Súmula 346 do STF: A Administração Pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos.

- Súmula 473 do STF: A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não

se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

CONSIDERANDO que o Tribunal de Contas da União (TCU) vem determinando que, em processos licitatórios para contratação de sistemas informatizados, deve ser exigido a realização da prova de conceito pelo concorrente provisoriamente classificado em primeiro lugar;

CONSIDERANDO que nos certames em que não há essa previsão, o gestor não possui meios para avaliar de maneira direta o produto licitado, previamente à celebração contratual.

CONSIDERANDO que esta Administração adotou medida que impossibilitou as demais concorrentes de analisarem as funcionalidades dos sistemas apresentados pela empresa provisoriamente classificada em primeiro lugar;

Que a Prova de Conceito seja anulada, uma vez que foi realizada sem observância dos preceitos legais básicos estabelecidos no Ordenamento Jurídico Brasileiro e nas orientações dos órgãos de controle externo, mormente o Tribunal de Contas da União, conforme amplamente demonstrado acima;

7.3. Seja instaurado procedimento administrativo para apurar os supostos indícios de fraude no procedimento licitatório em destaque, de tudo cientificando os interessados;

7.4. Seja declarado efeito suspensivo ao respectivo procedimento licitatório até ulterior decisão do presente recurso, na forma do art. 109, § 2º, da Lei Federal nº 8.666/93, de tudo cientificando os demais interessados, por ser imperativo de direito e da mais lúdima JUSTIÇA!

Termos em que,
Pede deferimento.

Domingos Martins, 27 de abril de 2022.

E&L Produções de Software Ltda
CNPJ n.º 39.781.752/0001-72
Sâmella Rangel Oliosí
Coordenadora da Divisão de Licitações
RG n.º 3.162.513 SPTC-ES
CPF n.º 124.593.697-27
Procuradora

ANEXOS



