

Pregão Eletrônico

■ Visualização de Recursos, Contra-Razões e Decisões

RECURSO :

ILMO. SR. PREGOEIRO DO MINISTÉRIO DA JUSTIÇA

EDITAL DE PREGÃO ELETRÔNICO SRP Nº 00004/2018 – SCG/SEPLAG
PROCESSO nº 08006001519201713

CAPGEMINI BRASIL S.A., pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob o nº 65.599.953/0004-06, com sede no Setor Bancário Norte, Quadra 01, Bloco F – 4º andar, por seu representante legal abaixo assinado, vem tempestiva e respeitosamente, com base no inciso XVIII do art. 4º da Lei nº 10.520, de 17/07/2002, bem como no item VIII do Instrumento Convocatório, apresentar

RAZÕES RECURSAIS

em face da Ata de Sessão de Abertura e Julgamento, referente à fase de análise dos documentos de habilitação do PREGÃO (ELETRÔNICO) nº SRP Nº 004/2018, requerendo, data vênua, que após as formalidades legais, caso V.S.^a, não faça uso do juízo de retratação, seja o presente recurso encaminhado à autoridade competente para o regular processamento, devida apreciação e julgamento, conforme razões expostas.

1 – DAS RAZÕES

1.1. O supramencionado Pregão Eletrônico tem por objeto Registro de Preços visando a contratação de contratação de empresa para o fornecimento de solução de software e de serviços de desenvolvimento e manutenção de sistemas – Fábricas de Software.

1.2. In casu, é de presunção absoluta que a Administração, antes da definição dos termos do Edital, procedeu a uma vasta e exaustiva pesquisa dos elementos que deveriam ser exigidos aos licitantes, sobretudo no que se refere às condições de habilitação, definição do objeto, apresentação das propostas, classificação e julgamento, adjudicação e homologação, tendo com paradigma a sua efetiva necessidade de contratação.

1.3. Assim sendo, o Edital não se constitui em um amontoado de vocábulos com significação difusa. Ora, é a “lei da licitação”. Cristaliza, pois, os anseios da Administração, devendo ser rigidamente seguido pelos licitantes, sob pena de desclassificação e inabilitação. Ora, não foi de forma diferente que previu o Edital, em seu item 8.3.2, os critérios de qualificação técnica.

1.4. Nesse sentido, a decisão deste r. Pregoeiro em manter habilitada a licitante CTIS TECNOLOGIA S/A não merece prosperar, uma vez que os atestados de capacidade técnica apresentados NÃO ATENDEM aos requisitos exigidos no instrumento convocatório, não havendo qualquer fundamento fático ou jurídico que tornem os documentos técnicos aptos à comprovação de objetos similares ao Edital, conforme será detidamente demonstrado.

2 – DO DESCUMPRIMENTO DA QUALIFICAÇÃO TÉCNICA

2.1. Conforme Edital, os subitens abaixo transcritos exigem, para fins de comprovação da qualificação técnica da empresa, a apresentação de atestado de capacidade técnica constituído por pelo menos 5.000 (cinco mil) Pontos de Função, que represente 60% em demandas baseadas na linguagem Java, com utilização de servidor de aplicações JBoss, Wildfly, Tomcat e bancos de dados Oracle, PostgreSQL, SQL Server, MySQL:

“10.10. A qualificação técnica deverá ser comprovada pela LICITANTE vencedora da fase de lances com a apresentação de atestados de capacidade técnica, fornecidos por pessoa(s) jurídica(s) de direito público ou privado, que comprovem que a empresa executou serviços desenvolvimento e manutenção de sistemas para o desempenho de atividade compatível o objeto definido neste Termo de Referência e seus Anexos, de acordo com os seguintes requisitos técnicos:

10.10.1. Item 1 - Desenvolvimento e Sustentação de Sistemas

10.10.1.1. Apresentar, no mínimo, um atestado de capacidade técnica constituído por pelo menos 5.000 (cinco mil) Pontos de Função, considerando a seguinte distribuição por plataforma:

10.10.1.1.1. 60% em demandas baseadas na linguagem Java, com utilização de servidor de aplicações JBoss, Wildfly, Tomcat e bancos de dados Oracle, PostgreSQL, SQL Server, MySQL sendo pelo menos 01(um) atestado com utilização de cada SGBD - Sistema Gerenciador de Banco de Dados, em qualquer versão;”

2.2. Ocorre que, a partir da análise dos atestados apresentados, constata-se que a CTIS TECNOLOGIA S/A não logrou êxito em comprovar experiência em demandas baseadas em servidor de aplicações Wildfly - requisito exigido pelo Edital para habilitação técnica da empresa.

2.3. Isso porque o Edital é claro ao exigir a comprovação da experiência nos servidores de aplicações de forma cumulativa, e não alternativa, o que se constata por meio da não utilização da conjunção alternativa “ou”:

na linguagem Java, com utilização de servidor de aplicações JBoss, Wildfly, Tomcat E bancos de dados Oracle, PostgreSQL, SQL Server, MySQL(...)

2.4. Adicionalmente, numa ampliação da interpretação, o que admite-se apenas em hipótese, sequer poder-se-ia

afirmar que o servidor de aplicações Wildfly seria o mesmo que JBoss, pois duas simples razões:

- Caso fosse esta interpretação, a redação do requisito de habilitação técnica seria simplesmente "servidor de aplicações JBoss OU Wildfly"; e
- Toda a comunidade de Tecnologia de Informação sabe que notadamente, o Wildfly é uma evolução do servidor de aplicações JBoss, a partir de uma determinada versão do mesmo possuindo substanciais diferenças técnicas entre um e outro, razão pela qual corretamente o Ministério da Justiça, no sentido de manter compatibilidade entre seu ambiente de tecnologia de informação e os requisitos técnicos de habilitação exigiu a comprovação de experiência no servidor JBoss E no servidor Wildfly.

3 - DA APLICAÇÃO DO DIREITO

3.1. Digna Comissão, muito embora o direito administrativo pátrio tenha consagrado o princípio do formalismo moderado, elegendo-o como balizador da conduta dos agentes públicos encarregados de procedimentos administrativos (inclusive dos licitatórios), fato é que a moderação quanto à forma não pode ser confundida com a absoluta informalidade, nem tampouco com o desapego às regras aplicáveis. Há, pois, vícios que são sanáveis e outros efetivamente insanáveis.

3.2. No caso em tela, a falta de pressupostos que satisfaça o atendimento dos requisitos técnicos na forma, conteúdo e expertise de cada licitante, gera vício verdadeiramente insanável, ora, uma vez observados e resguardados os requisitos necessários para que haja a lisura do processo licitatório, e mais adiante, uma contratação segura nos termos editalícios, afasta opiniões pessoais e vai de frente com o que o Edital determina.

3.3. Logo, a consequência jurídica é a descaracterização da habilitação, agasalhada, sobretudo, sob o manto do princípio da vinculação ao instrumento convocatório.

3.4. A Constituição Federal, aplicada subsidiariamente a Administração Pública, sobretudo no que se refere à aplicação de princípios, consagra de forma expressa os princípios que regem todo o sistema:

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 legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (...)

3.5. Ainda que, no âmbito interno da Administração, quando da elaboração do Edital, a discricionariedade seja ferramenta hábil, a partir do momento em que o instrumento convocatório é publicizado, o proceder da Administração dá azo única e exclusivamente à legalidade. Emerge o Edital em autêntica fonte normativa, passando a ter efeito jurídico vinculante no que tange aos atos administrativos relacionados à condução do processo licitatório e, principalmente, ao julgamento das propostas.

3.6. No mesmo sentido é a lição de José dos Santos Carvalho Filho [Manual de Direito Administrativo, 26 Ed., 2013]:

"A vinculação ao instrumento convocatório é garantia do administrador e dos administrados. Significa que as regras traçadas para o procedimento devem ser fielmente observadas por todos. Se a regra fixada não é respeitada, o procedimento se torna inválido e suscetível de correção na via administrativa ou judicial.

O princípio da vinculação tem extrema importância. Por ele, evita-se a alteração de critérios de julgamento, além de dar a certeza aos interessados do que pretende a Administração. E se evita, finalmente, qualquer brecha que provoque violação à moralidade administrativa, à impessoalidade e à probidade administrativa.

Se o instrumento de convocação, normalmente o edital tiver falha, pode ser corrigido, desde que oportunamente, mas os licitantes deverão ter conhecimento da alteração e a possibilidade de se amoldarem a ela.

Vedado à Administração e aos licitantes é o descumprimento das regras de convocação, deixando de considerar o que nele se exige, como, por exemplo, a dispensa de documento ou a fixação de preço fora dos limites estabelecidos. Em tais hipóteses, deve dar-se a desclassificação do licitante, como, de resto, impõe o art. 48, I, do Estatuto."

3.7. Note-se a objetividade da norma, em conformidade com a legislação aplicável. A objetividade da norma exige objetividade de interpretação e objetividade de julgamento, em consonância com o princípio do critério objetivo. Nesse mesmo diapasão, há necessidade de indicação clara da consequência do descumprimento da norma, sob pena de sua inutilidade.

3.8. Neste intento, os documentos habilitatórios, em atenção a qualificação técnica exigida pela Administração Pública, visam proteger o interesse público e em hipótese alguma pode ser desconsiderado. Além do mais, a Administração não fez nenhuma exigência sobejante, mas apenas exigiu atestados para comprovar atividades compatíveis com o objeto licitatório.

3.9. A lei de licitações, no seu artigo 30, dispõe sobre a documentação necessária à qualificação técnica. O seu inciso II, reza que é necessário "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".

3.10. A lei, ao estabelecer esta disposição, pretende oferecer oportunidades de contratação com o Poder Público não a qualquer interessado, mas aos que possam comprovar que dispõem de condições para executar o objeto da licitação e atender plenamente o interesse público.

3.11. Necessário tornar-se a comprovar uma experiência anterior, para que possa haver uma presunção de que a empresa possui condições de conhecimento e habilidade para executar o objeto licitado. Assim, serão habilitadas as que já tenham executado objeto semelhante.

3.12. Com os atestados apresentados, não há como comprovar que a empresa possui aptidão para desempenhar a atividade.

3.13. UMA VEZ DESCUMPRIDAS AS DISPOSIÇÕES DO EDITAL, A RESPONSABILIDADE PELA SEGURANÇA DA CONTRATAÇÃO, ANTES DA ALÇADA EXCLUSIVA DA ADMINISTRAÇÃO, PASSA A SER DE RESPONSABILIDADE

EXCLUSIVA PESSOAL DO AGENTE, COMO SE ESTIVESSE DEIXADO DE CUMPRIR UMA ORDEM MANIFESTAMENTE LEGAL E COGENTE, REPRESENTADA PELOS COMANDOS DO EDITAL.

3.14. Em reforço aos argumentos aqui pugnados, importante destacar acórdãos do TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, que de forma ÚNISSONA, firmou os seguintes entendimentos, in verbis:

A violação de princípios básicos da razoabilidade, da economicidade, da legalidade e da oralidade administrativa, e a desobediência às diretrizes fundamentais da licitação pública, no caso, a isonomia entre licitantes, o julgamento objetivo, a vinculação ao instrumento convocatório, bem como o caráter competitivo do certame constituem vícios insanáveis que ensejam a fixação de prazo para exato cumprimento da lei, no sentido de declarar a nulidade do certame.

Acórdão 6198/2009 Primeira Câmara (Sumário)

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

Zeie 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

102.Outrossim, a Administração encontra-se adstrita ao princípio da legalidade e à vinculação ao instrumento convocatório. Portanto, não se admite que a Comissão de Outorga deixe de aplicar as exigências do próprio edital, ainda mais ao se constatar que não se tratou de mera irregularidade formal, mas sim que a contratada deixou de demonstrar a capacidade técnico-operacional por meio do atestado exigido.

103.Na mesma esteira, apenas a UTB e a Cootransp tiveram suas documentações analisadas (peça 45), sendo que a segunda foi desclassificada logo no começo do certame. Caso as exigências de qualificação técnica fossem relaxadas, como ocorreu no caso concreto, é lícito assumir que poderia ter havido mais competição, dado o universo de potenciais interessados citados no item 99.

104.Ou seja, a aceitação do ato da ANTT de ter acolhido o atestado apresentado pela UTB não poderá ocorrer sem irremediável comprometimento ao princípio da isonomia, vinculação ao instrumento convocatório e legalidade.

[...]

26.Em relação ao outro atestado que demonstraria a capacidade técnica da licitante (peça 55, p. 27), observa-se que ele apenas indica que a UTB (peça 55, p. 27) operaria dezenove "serviços de transporte rodoviário de coletivo regular interestadual semiurbano", apresentando as datas de autorização das operações. O item 104.2 do edital não é atendido, uma vez que não é discriminado o tamanho frota utilizada, tampouco quando efetivamente ocorreu a prestação dos serviços. Assim, não se deve considerar que o mencionado atestado atenda aos requisitos do instrumento convocatório.

[...]

46.Cabe ressaltar também que não está sendo afirmado que o atestado apresentado pela empresa é fraudulento, mas tão somente que, com base na indisponibilidade do interesse público, impessoalidade e na vinculação ao instrumento convocatório, e em face das dúvidas existentes acerca dos termos do atestado apresentado e dos indícios acerca de sua inadequação, deveria a ANTT ter realizado investigações adicionais. Em se tratando de licitação, na qual o interesse central é de cunho público, cabe à empresa apresentar atestado que demonstre cabalmente a qualificação solicitada no edital.

(...)

No caso em apreço, a delimitação do escopo das exigências para qualificação técnica se inseriu no espectro de discricionariedade da entidade reguladora, todavia, ao inseri-las no edital passa a Administração a vincular-se ao disposto no instrumento convocatório. Doutra forma, estaria a ferir a isonomia do certame.

ACÓRDÃO 2730/2015 – PLENÁRIO, Processo: 004.540/2015-8 (Recursos ACÓRDÃO 1478/2016 ATA 21/2016 – PLENÁRIO)

Dar ciência à Funasa/ES de que a habilitação da empresa L.L.O Construtora Ltda. na Tomada de Preços 2/2014, com base nos atestados de capacidade técnica apresentados pela empresa, relativos ao acervo técnico do engenheiro designado que seria responsável técnico da obra, não poderia ter ocorrido, pois os mesmos não atendiam minimamente às exigências do item 6.2, alínea 'b' do edital da licitação, o que caracteriza nítida afronta ao princípio de vinculação ao instrumento convocatório, previsto nos artigos 3º, caput, e 41, caput, da Lei 8.666/1993.

ACÓRDÃO 142/2017 - PLENÁRIO

3.15. Observa-se, contudo, estudo realizado pelo Tribunal de Contas da União, o qual enfatiza a relevância as regras estabelecidas no Edital e seus Anexos, o qual obriga a Administração e o licitante a observarem as normas e condições estabelecidas no ato convocatório. ["Licitações e Contratos", Orientações e Jurisprudência do TCU, 4ª Edição - Revista, atualizada e ampliada. Pág. 253]

Ato convocatório - edital ou convite - é a lei interna de licitações públicas.

Tem por finalidade fixar as condições necessárias à participação dos licitantes, ao desenvolvimento da licitação e à futura contratação, além de estabelecer determinado elo entre a Administração e os licitantes. Deve ser claro, preciso e fácil de ser consultado.

Em observância ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório, as exigências editalícias devem ser cumpridas integralmente, ressalvadas aquelas consideradas ilegais. Não é demais afirmar que o sucesso da licitação depende de ato convocatório e anexos bem elaborados.

[...]

É vedado aos agentes públicos estabelecer condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o caráter competitivo da licitação; ou ainda, preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer exigência impertinente ou irrelevante para o objeto do contrato.

3.16. Muito mais do que a simples obediência legal, a conduta vinculada da Administração é destinada a uma finalidade, conferindo aos interessados, de forma isonômica, oportunidade de contratação, com base em "regras de jogo" previamente definidas e com a certeza de que serão estritamente obedecidas. É a consolidação do princípio basilar da segurança jurídica, corolário do Estado Democrático de Direito.

3.17. A discricionariedade da Administração nos atos preparatórios e o dever de observância do princípio da vinculação ao instrumento convocatório são temas consolidados na doutrina e de recorrentes comentários. Neste diapasão é bastante oportuna a lição do festejado juriconsulto MARÇAL JUSTEN FILHO, in Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 15ª Edição, São Paulo, 2012, Ed. Dialética, páginas 657 a 670:

... o edital ou o convite são instrumento de divulgação pública de existência da licitação, convidando os interessados e exercitarem o direito de licitar e formularem suas propostas. (...) Depois, contém as regras fundamentais acerca da licitação, disciplinando as exigências que serão impostas aos interessados e as regras procedimentais que serão adotadas. Sob esse ângulo, edital e convite retratam o exercício de poderes discricionários que, uma vez exercitados, exaurem-se.

(...)

O instrumento convocatório (seja edital, seja convite) cristaliza a competência discricionária da Administração, que se vincula a seus termos. Conjugando a regra do art. 41 com aquela do art.4º, pode-se afirmar a estrita vinculação da Administração ao Edital, seja quanto a regras de fundo quanto àquelas de procedimento.

(...)

A obrigatoriedade do ato convocatório não é dirigida propriamente aos terceiros, mas especificamente à Administração Pública. No ato convocatório, são fixadas as regras que nortearão a conduta da própria Administração.

(...)

O descumprimento às exigências e regras contidas no ato convocatório não acarreta sanção aos licitantes, mas sua inabilitação ou desclassificação.

(...)

O estrito cumprimento ao procedimento e às regras contidas no ato convocatório é um dever para a Administração, cuja observância pode ser exigida pelos licitantes. (...) Se fosse dado à Administração ignorar as regras contidas no ato convocatório, os particulares ficariam em situação de insegurança. (...) O descumprimento às regras contidas no ato convocatório ofende o interesse público." (grifos não originais)

3.18. Ao ignorar os termos do Edital e decidir no sentido de considerar o atestado aqui impugnado, manifesta e inequivocamente, descumpriu regras substanciais do Edital, o Sr. Pregoeiro, ao arremio da lei, viola não só à estrita vinculação ao instrumento convocatório, mas também aos mais basilares princípios que norteiam as licitações, notadamente a isonomia entre potenciais participantes do processo.

3.19. Como consequência exógena ao certame, o Sr. Pregoeiro, ao habilitar a CTIS TECNOLOGIA S/A, visto que não atende a qualificação técnica, reputa insignificante as disposições do edital violadas e, assim, por via indireta, aniquila a participação de potenciais licitantes que, por ventura, não participaram em face de tais exigências, cujos comando foram ignorados no julgamento aqui guerreado.

4 - DO PEDIDO

4.1. Diante de todo o exposto, requer-se que V. Sa. se digne a julgar PROCEDENTE o pedido realizado no presente Recurso, a fim de que sejam rejeitados os Atestados de Capacidade Técnica apresentados, face as inconformidades insanáveis dos itens impugnados, uma vez que não atendem as exigências da qualificação técnica exigida pelo Edital, bem como a consequente INABILITAÇÃO da licitante CTIS TECNOLOGIA S/A.

Termos em que,
Respeitosamente, pede o deferimento.

Barueri/SP, 09 de agosto de 2018.

CAPGEMINI BRASIL S.A.
RAUL MITSUYUKI HARA
CPF: 143.020.188-60

Fechar