

 PREGÃO ELETRÔNICO■ **Visualização de Recursos, Contra-Razões e Decisões****RECURSO :**

ILUSTRE AUTORIDADE HIERARQUICAMENTE SUPERIOR

ILUSTRE SR. PREGOEIRO

WIPRO DO BRASIL TECNOLOGIA LTDA. – WIPRO, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob o nº 04.471.981/0001-06, com sede na Rua João Marchesini, nº 139, 6º andar, CEP 80215-432, Curitiba PR, vem, muito respeitosamente perante Vossas Senhorias, interpor

RECURSO ADMINISTRATIVO

Em face da decisão de declarar vencedora a LECOM TECNOLOGIA S.A., o que faz com base nas razões de fato e de direito expostas a seguir.

BREVE RESUMO DAS RAZÕES

A ora recorrente questiona o resultado que declarou a licitante LECOM vencedora do certame, em razão do fato de que esta não apresentou atestados de qualificação técnica (ou outros documentos equivalentes) que comprovem o atendimento à exigência contida no item 9.7.1.2, o que deveria ter lavado à sua inabilitação.

Além disso, durante a prova de conceito – POC realizada, a qual foi acompanhada por representantes da recorrente, não foi disponibilizado o roteiro contendo os cenários que deveriam ser demonstrados pela licitante LECOM, de modo a comprovar o atendimento às exigências contidas no Anexo I do Edital (Termo de Referência), o que evidentemente restringiu a participação dos representantes da ora recorrente, que ficaram impedidos de acompanhar no detalhe o que estava sendo efetivamente exigido e demonstrado.

Mesmo assim, munidos do Anexo I do Edital (Termo de Referência) os representantes da recorrente que estavam presentes à POC constataram que a licitante LECOM não foi capaz de comprovar o atendimento aos requisitos técnicos da solução exigidos nos itens S16, A10, A12, C23, C8, C18, C29, C35, C36, A15, A16, C14. Além disso, a própria equipe do MPOG admitiu durante a prova de conceito que a licitante LECOM não foi capaz de comprovar o atendimento do item C7. E, quanto ao item C30, a licitante LECOM precisou programar sua solução (e ainda assim não conseguiu demonstrar a funcionalidade do formulário a contento), mesmo sendo isso expressamente proibido no Anexo I do Edital (Termo de Referência).

Por fim, a proposta feita pela licitante LECOM é nitidamente inexecutável, tendo em vista que todos os itens de serviço estão extremamente subestimados, em especial quanto aos seus custos trabalhistas, de viagens e de infraestrutura necessária a prestação dos serviços.

NÃO COMPROVAÇÃO DE EXIGÊNCIA PARA A HABILITAÇÃO

Para a sua habilitação técnica, a licitante LECOM estava obrigada a apresentar atestados que comprovassem claramente o seguinte:

9.7.1 O licitante, cadastrado ou não no SICAF, deverá comprovar aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, por meio de:

9.7.1.1 Atestados de Capacidade Técnica (ACT) em nome da licitante, expedidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, do País ou do exterior, que comprovem fornecimento compatível com os serviços constantes deste Termo de Referência:

9.7.1.2 ACT comprovando o fornecimento da mesma Solução Tecnológica ofertada no Item I, disponibilizada no modelo Software como Serviço (SaaS), para pelo menos 500 (quinhentos) usuários atendentes (usuários que acessam funcionalidades das interfaces de atendimento e/ou configuração, definidos neste Termo de Referência como Usuários Governo);

Entretanto, nenhum dos atestados e dos contratos apresentados pela licitante LECOM comprovam o atendimento ao requisito do item 9.7.1.2 – mínimo de 500 usuários atendentes –, pois sequer trazem disposição alguma a respeito da quantidade de usuários/atendentes que funcionaram em cada contrato executado. A propósito, a ora recorrente afirma isso porque conferiu cada um dos atestados e dos respectivos contratos:

1- Prefeitura Municipal de Santos: Não há indicação da quantidade de atendentes no atestado e no contrato.

2- Multicobra Cobrança LTDA: Não há indicação da quantidade de atendentes no atestado e no contrato.

3- ASICS Brasil Distribuição e Comercio de Artigos Esportivos LTDA.: Não há indicação da quantidade de atendentes no atestado e no contrato.

4- COOPMIL: Não há indicação da quantidade de atendentes no atestado e no contrato.

5- PSG Tecnologia S.A: Não há indicação da quantidade de atendentes no atestado e no contrato.

6- Unimed Curitiba: Não há indicação da quantidade de atendentes no atestado e no contrato.

É certo que na sua proposta a licitante LECOM declarou um número de usuários em cada contrato. Entretanto, é fato que não apresentou documentos comprobatórios que viessem a corroborar essa declaração. Ou seja, não há nenhum atestado ou contrato de prestação de serviços que confirme esses números, o que torna verdadeiramente inócua essa declaração.

Além disso, nos documentos de habilitação técnica da licitante LECOM não constam as certificados de que esta cumpre as exigências das normas técnicas ABNT NBR ISO/IEC 27001:2013, ABNT NBR ISO/IEC 27017:2016 e TIA 942 TIER II, as quais também eram exigidas no Edital para a habilitação da licitante. Sendo assim, ao declarar habilitada a licitante LECOM, o Sr. Pregoeiro violou a norma do princípio jurídico da estrita vinculação aos termos do Edital, o que faz com que esta decisão seja ilegal, afinal, como já decidiu o Tribunal de Contas da União, verbis, o "julgamento das propostas está estritamente vinculado a critérios e fatores estabelecidos no ato convocatório". Mesmo porque:

Não pode a Administração descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada, nos termos do art. 41 da Lei nº 8.666/1993. No julgamento das propostas, a Comissão levará em consideração os critérios objetivos definidos no edital ou convite, os quais não devem contrariar as normas e princípios estabelecidos pela Lei de Licitações e Contratos Administrativos, conforme o art. 44 da Lei nº 8.666/1993. Julgamento das propostas será objetivo, devendo a Comissão de Licitação ou o responsável pelo convite realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle, em atendimento ao disposto no art. 45 da Lei nº 8.666/1993. (TCU - Acórdão 2345/2009 Plenário).

Mas além de violar as normas do Edital, a decisão que habilitou a licitante LECOM é também prejudicial ao patrimônio público, porque viola a razão de ser da habilitação técnica, a qual serve justamente para que a Administração contrate um licitante que efetivamente já comprovou fazer o mesmo serviço em outras oportunidades:

(...) em todo o tipo de contratação pode cogitar-se da exigência de experiência anterior do licitante como requisito de segurança para a contratação administrativa. Aliás até se pode afirmar que em muitos casos a capacitação técnica operacional se evidencia como a única manifestação de experiência anterior relevante e pertinente.

Em outras palavras, ao declarar a licitante LECOM habilitada, o Sr. Pregoeiro violou esses preceitos e está, na prática, expondo o Patrimônio Público ao risco de contratar com alguém que não se mostrou capaz de entregar a solução tecnológica almejada, no volume especificado no Edital.

NÃO COMPROVAÇÃO DAS EXIGÊNCIAS DURANTE A POC

Como já indicado acima, não foi disponibilizado aos demais licitantes o roteiro contendo os cenários que deveriam ser demonstrados pela licitante LECOM durante a POC, de modo a comprovar que a sua solução contempla as exigências contidas no Anexo I do Edital (Termo de Referência), o que evidentemente violou e restringiu a norma que garante a participação dos representantes da ora recorrente em quaisquer dos atos do certame, que ficaram impedidos de acompanhar no detalhe o que estava sendo efetivamente exigido e demonstrado. Sendo assim, o Sr. Pregoeiro desrespeitou o contido nos princípios gerais das licitações que contam na Lei Federal nº 8666/1993, verbis:

Art. 4º Todos quantos participem de licitação promovida pelos órgãos ou entidades a que se refere o art. 1º têm direito público subjetivo à fiel observância do pertinente procedimento estabelecido nesta lei, podendo qualquer cidadão acompanhar o seu desenvolvimento, desde que não interfira de modo a perturbar ou impedir a realização dos trabalhos.

Parágrafo único. O procedimento licitatório previsto nesta lei caracteriza ato administrativo formal, seja ele praticado em qualquer esfera da Administração Pública.

Mesmo assim, os representantes da recorrente que estavam presentes à POC constataram que a licitante LECOM não foi capaz de comprovar o atendimento aos requisitos técnicos da solução exigidos nos itens S16, A10, A12, C23, C8, C18, C29, C35, C36, A15, A16, C14 do Anexo I do Edital (Termo de Referência). Além disso, a própria equipe do MPOG admitiu durante a prova de conceito que a licitante LECOM ao foi capaz de comprar o atendimento do item C7.

E, quanto ao item C30, a licitante LECOM precisou programar sua solução (e ainda assim não demonstrou a funcionalidade do formulário), mesmo sendo isso expressamente proibido no Anexo I do Edital (Termo de Referência).

A propósito, na quinta-feira (dia 29/06 à tarde) e na sexta-feira (dia 30/06 pela manhã), a licitante LECOM mostrou que a validação dos dados de CPF e idade nos formulários eram validados por meio de programação javascript. No dia 29/06, a licitante LECOM desenvolveu o javascript e, no dia seguinte, mostrou as linhas de comando do programa e a necessidade de carregar o javascript para que pudesse executar a validação dos campos do formulário previsto no item C30 do Anexo I do Edital (Termo de Referência), o que caracteriza uma nítida violação da proibição de programar.

No vídeo da POC (dia 29/06 – parte 9, após os 21 minutos de gravação), a licitante LECOM demonstra como fez subir os scripts em node.js (javascript) para validar os dados de CPF, idade e upload de arquivo, ficando clara a necessidade de programação para os demais dados do formulário, que também necessitam ser validados. Abaixo, segue um print screen em que a licitante LECOM carrega a linha de código node.js (Validacpf.js; Idade.js; Upload-simples.js):

Portanto, está comprovada uma clara violação ao item C30 do Anexo I do Edital (Termo de Referência), a qual deveria levar à rejeição da solução ofertada pela licitante LECOM, com a consequente

desclassificação da proposta, cf. a inteligência dos itens 10.11.

Por outro lado, o Sr. Pregoeiro deveria não só desclassificar a licitante LECOM como também convocar a licitante classificada logo em seguida, conforme estabelece o item 10.12 do Anexo I do Edital (Termo de Referência), para prosseguir com o certame.

Sendo assim, a decisão do Sr. Pregoeiro de declarar a licitante LECOM vencedora viola os dispositivos do Edital, bem como foi proferida sem que houvesse uma motivação congruente, cf. exige a inteligência da Lei Federal nº 9784/1999, in verbis:

Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando: (...)

V - decidam recursos administrativos; (...)

§ 1º A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato.

E, com falta motivação congruente, o ato administrativo do Sr. Pregoeiro está em desacordo com a lei que lhe dá arrimo. É o que leciona a doutrina:

(...) o dever de justificar seus atos, apontando-lhes os fundamentos de direito e de fato, assim como a correlação lógica entre os eventos e situações que deu por existentes e a providência tomada, nos casos em que este último esclarecimento seja necessário para aferir-se a consonância da conduta administrativa com a lei que lhe serviu de arrimo.

Nesse caso, por violar o princípio da motivação congruente, a decisão do Sr. Pregoeiro é nula, cf. orienta a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

(...) A margem de liberdade de escolha da conveniência e oportunidade, conferida à Administração Pública, na prática de atos discricionários, não a dispensa do dever de motivação. O ato administrativo que nega, limita ou afeta direitos ou interesses do administrado deve indicar, de forma explícita, clara e congruente, os motivos de fato e de direito em que está fundado (art. 50, I, e § 1º da Lei 9.784/99). Não atende a tal requisito a simples invocação da cláusula do interesse público ou a indicação genérica da causa do ato. (MS 9944/DF, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 25/05/2005, DJ 13/06/2005, p. 157).

Portanto, a decisão do Sr. Pregoeiro de declarar a licitante LECOM vencedora é nula e merece ser ou reconsiderada, ou reformada, sob pena de se viciar todo o certame e a futura contratação da solução.

INEXEQUIBILIDADE DE PREÇO OFERTADO

Se já não bastassem todos os argumentos apresentados acima, todos suficientes para levar à inabilitação e desclassificação da licitante LECOM, com o devido respeito, é preciso registrar ainda que a sua proposta é inexequível.

O Edital nos itens 8.5, 8.6 e 8.7 traz uma estipulação objetiva para classificar e descartar ab initio as propostas que considera inexequíveis. E, para que sua proposta fosse considerada válida, a licitante LECOM deveria ter apresentado uma proposta que não fosse inferior a 30% (trinta por cento) da média dos preços apresentados para o mesmo item. Contudo, quando se observa a média das propostas válidas apresentadas para cada item, é forçoso constatar que a licitante LECOM apresentou proposta bem abaixo do limite.

Como a proposta da licitante LECOM se fixou em R\$ 52,60, R\$ 70,00 e R\$ 230,00 os valores dos serviços dos itens II, III e IV, é evidente que a sua proposta está muito abaixo de 30% (trinta por cento) da média das propostas apresentadas para o referido item, violando assim a norma contida no item 8.7 do Edital.

De qualquer forma, mesmo se fosse diligenciado para averiguar a exequibilidade da proposta da licitante LECOM, o fato é que o preço ofertado viola literalmente o dispositivo do Edital.

Por outro lado, é possível de se constatar com facilidade até que os valores da hora técnica proposto pela licitante LECOM, não é equivalente ao valor das horas técnicas previsto em seus contratos privados, os quais não levam em consideração as despesas relacionadas com deslocamento (Bauru/Brasília), hospedagem, refeição, locação do imóvel para treinamento, material didático etc.

Com efeito, os contratos que subsidiam os atestados de capacidade técnica da licitante LECOM permitem confirmar que a hora técnica para o ano de 2016 correspondia a R\$202,00 (duzentos e dois reais), sendo que além desse valor, os clientes é que suportaram as despesas relacionadas com transporte, hospedagem, refeição e local (no caso de treinamento):

- Contrato: PSG
- Contrato MULTICOBRA COBRAÇA LTDA.

É possível verificar de modo ainda mais evidente essa falta de informações confiáveis na proposta da licitante LECOM quando se observa a tabela de despesas com deslocamento constantes no próprio contrato que manteve com a ASICS.

Todavia, no presente certame essa situação se inverte, isto é, a licitante LECOM deveria ter incluído em sua proposta os custos que costuma deixar de fora de seu orçamento, o que evidencia que a proposta oferecida no presente não é capaz de fazer frente a esses custos, sem que caracterize uma espécie de dumping.

Além disso, a proposta da licitante LECOM também não suporta a contratação ou a disponibilização de um profissional capacitado para realizar os trabalhos técnicos exigidos pelo certame, bem como todas as despesas de natureza trabalhista, viagem infraestrutura daí decorrentes.

Isso significa dizer que, se o referido profissional deverá ser experiente e detentor ao menos de um cargo de analista (ou superior), que possui remuneração bruta aproximada de R\$5.000,00 (cinco mil reais) ou superior, conforme os levantamentos de mercado realizados pela ora recorrente. Este valor, somados aos encargos trabalhistas – 71% aproximadamente do valor total –, corresponde a um custo de mão de obra equivalente hora de R\$ 53,43, despesa esta que os valores da hora técnica (item II, III e IV) oferecida na proposta não comporta.

Do mesmo modo, no valor da hora técnica praticada em contratos privados, não estão incluído os tributos, diferentemente do que ocorre com o valor proposto no presente certame. Observe-se o que consta no Contrato PSG!

Logo, ao ofertar um valor muito menor no presente certame do que aquele que é praticado em seus contratos privados, a licitante LECOM não está computando ao mesmo tempo os tributos, os encargos trabalhistas e os custos pra operacionalizar estes serviços.

Em outras palavras, o preço da hora técnica da licitante LECOM não é suficiente para suportar os encargos tributários e trabalhistas e os diversos custos associados a essa atividade, como se comprova por meio da análise dos contratos que acompanham os seus atestados de capacidade técnica.

Nessa situação, não se pode olvidar que, cf. a estipulação do item 7.18 do Anexo I (Termo de Referência) do Edital, todas essas despesas – relacionadas com salários, obrigações trabalhistas e tributárias, equipamentos, materiais de consumo e outros insumos, custos com transporte e estadia, remuneração do capital, entre outras – devem ser suportados exclusivamente pela Licitante e dentro do preço indicado na proposta, in verbis:

7.18. Nos preços propostos para Usuários Governo, USTA, USTI, e Hora-aula, deverão estar incluídos todos os custos relativos ao cumprimento integral das obrigações contratuais e legais, tais como salários, obrigações trabalhistas e tributárias, equipamentos, materiais de consumo e outros insumos, custos com transporte e estadia, remuneração do capital, entre outros.

Pois bem, a demonstração acima, para além de evidenciar a inexecuibilidade da proposta da licitante LECOM, mostra também a decisão do Sr. Pregoeiro de declará-la vencedora fere a economicidade do certame.

Aliás, com relação à "economicidade [ela] diz respeito a se saber se foi obtida a melhor proposta para a efetuação da despesa pública, isto é, se o caminho perseguido foi o melhor e mais amplo, para chegar-se à despesa e se ela fez-se com modicidade, dentro da equação custo-benefício".

Ora, com o devido respeito, o Sr. Pregoeiro não respeito o princípio da economicidade pois cometeu os equívocos assim definidos pela doutrina:

São muito variados, evidentemente, os vícios que podem ocorrer na fase de classificação. Resultam de desobediência as normas legais ou as regras do edital. Impossível pretender arrolá-los de maneira exaustiva. É útil, todavia, compendiar sumuladamente alguns dos possíveis vícios, resumindo certos pontos enfocados:

São vícios mais comuns ou mais temíveis: (...)

II – classificar proposta que deveria ter sido desclassificada em razão de um dos seguintes defeitos:

a) carente de seriedade por inexecuível, o que pode ocorrer em razão de estar abaixo do valor mínimo estipulado no edital ou – mesmo à falta de mínimo estipulado – quando inviável o valor oferecido ou a técnica proposta, considerados de per si ou em suas relações recíprocas; (...)

IV – classificar com base em critérios que: (...) b) sejam vagos, imprecisos ou, por qualquer modo, deixem a decisão pendente de subjetivismo excessivo à comissão julgadora por falta ou insuficiência de parâmetros objetivos que especifiquem os padrões de análise dos ângulos técnicos ou dos demais fatores a serem apreciados; (...).

Portanto, tendo sido demonstrado o equívoco cometido, consoante a jurisprudência assentada pelo TCU, a desclassificação da proposta da licitante LECOM por inexecuibilidade é medida que se impõe e deve ocorrer a partir dos critérios previamente estabelecidos no Edital (conforme já julgou o TCU conforme o Acórdão 1092/2013-Plenário e o Acórdão 2528/2012-Plenário).

Na realidade, a decisão do Sr. Pregoeiro destoa do Acórdão 2.186/2013-TCU-2ª Câmara, que determina "o exame de propostas que se enquadrem como inexecuíveis deve ser minucioso por parte da unidade responsável pela licitação, de maneira a não se perder oportunidade de contratação por preço vantajoso à Administração Pública".

Em resumo, a recorrente evidencia acima que, por vários pontos de vista, a proposta da licitante LECOM é inexecuível e deveria ser desclassificada ao invés de declarada como vencedora.

PEDIDOS

Sendo assim, a recorrente, mui respeitosamente, requer que:

I – seja dado provimento ao presente recurso;

II – o Sr. Pregoeiro reveja e reconsidere sua decisão de declarar a licitante LECOM vencedora; inabilitando-a e/ou desclassificando-a pelas razões expostas acima ou;

III – sucessivamente a Autoridade Hierarquicamente Superior reforme a r. decisão do Sr. Pregoeiro, inabilitando a licitante LECOM e/ou desclassificando-a pelas razões expostas acima.

IV – seja aberto o contraditório;

V – seja dado andamento ao certame, convocando-se a licitante classificada em seguida para a realização da POC.

Nestes termos, pede deferimento.
Curitiba, 10 de julho de 2017.

WIPRO DO BRASIL TECNOLOGIA LTDA.
Representante Legal

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Licitações e Contratos - Orientações e Jurisprudência do TCU. 4ª Ed. TCU: Brasília, 2010, p. 482.

2 JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 11. Ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 332.

3 MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 14. Ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 94.

4 <http://tabelasalarial.com/tabela-salarial-de-profissionais-de-ti/>

5 <http://contadores.cnt.br/noticias/tecnicas/2016/03/15/brasil-tem-o-maior-nivel-de-encargos-e-direitos-trabalhistas-do-mundo.html>

6 REZENDE, Fernandes. Finanças Públicas. São Paulo: Atlas, 1980, p. 111/112.

7 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 611.

Voltar