

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

ILUSTRÍSSIMO SENHOR PREGOEIRO - SECRETARIA DE GESTÃO CENTRAL DE COMPRAS –MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, DESENVOLVIMENTO E GESTÃO

EDITAL PREGÃO ELETRÔNICO PARA REGISTRO DE PREÇOS Nº 3/2017

MAXTERA TECNOLOGIA, SISTEMAS E COMÉRCIO LTDA. já qualificada nos autos do processo licitatório em epígrafe, vem respeitosamente perante Vossa Senhoria, por seu representante infra-assinado, irressignada com a habilitação da empresa LECOM TECNOLOGIA S.A., apresentar suas RAZÕES complementares à manifestação de Intenção de Recurso, com fulcro nas razões de fato e de direito que passa a aduzir.

Assim, cumpridas as formalidades, requer se digne Vossa Senhoria, caso não reconsiderada a decisão, sejam as presentes razões encaminhadas à autoridade superior para, conhecido o recurso, dar-lhe integral provimento e reformar a decisão objurgada.

**DAS COMPROVAÇÕES REFERENTES À QUALIFICAÇÃO TÉCNICA**

O edital consignava a seguinte obrigação aos licitantes em seu item 9.7.2:

“9.7.2 Certificados ou credenciações por organismo credenciado, expedidos por pessoas jurídicas competentes para tanto, que comprovem:

a) a conformidade da Solução Tecnológica ofertada com a ABNT NBR ISO/IEC 27001:2013, que especifica os requisitos para estabelecer, implementar, manter, melhorar e tratar riscos de forma continuada de um sistema de gestão da segurança da informação;

b) conformidade da Solução Tecnológica ofertada com a ABNT NBR ISO/IEC 27017:2016, que fornece diretrizes para os controles de segurança da informação aplicáveis à prestação e utilização de serviços em nuvem, sendo excepcionalmente admitida uma auto declaração de conformidade com esta norma, por se tratar de certificação recente no País, e o Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão poderá realizar diligência, a qualquer tempo, para atestar que os requisitos e controles de segurança da informação prescritos pela norma ABNT NBR ISO/IEC 27017:2016 foram atendidos satisfatoriamente;

c) a disponibilidade dos serviços em conformidade com a certificação TIA 942 TIER II (datacenter uptime 99,741%).”

Ainda nesse aspecto, complementava no item seguinte:

“9.7.3 Declaração ou documento correlato expedido pela empresa proprietária (desenvolvedora) da Solução Tecnológica ofertada que ateste que a Solução atende aos Requisitos Técnicos especificados no Anexo II do Termo de Referência.”

Porém, o item 6.1.5 do Termo de Referência dava a final redação estabelecendo o meio e forma de comprovação, em sua parte inicial:

“6.1.5. Os requisitos técnicos deverão ser comprovados por meio de documentos e certificados, a serem apresentados junto com a documentação solicitada para a habilitação (qualificação técnica) (...)”

Da análise da documentação da recorrida, sob vários aspectos, o que se observa é que os requisitos técnicos não foram, material e formalmente, atendidos pela recorrida, que deixou não só de apresentar as informações relevantes requeridas, como o fez pela juntada de documentos que, sem conteúdo, também não guardavam a forma prescrita no ato convocatório.

Os aspectos materiais e formais afastam, no presente caso, qualquer discussão quanto a possibilidade de comprovação mediante multiplicidade de formas, uma vez que os documentos a seguir indicados foram incapazes de prestar os esclarecimentos requeridos e segundo o meio idôneo estabelecido no edital.

Não se trata de uma discussão sobre formalismo e formalidade, mas sim, sobre a aplicabilidade dos princípios da isonomia, da legalidade, da vinculação ao edital e do julgamento objetivo.

Sobre a necessidade de atentar-se para a compatibilidade dos requisitos de qualificação técnica e o objeto licitado, assim caminha a jurisprudência pacífica do e. TCU, sendo oportuna a lição encetada no Acórdão nº 1214/2013:

“148. (...) as limitações à discricionariedade da Administração não devem representar, na mesma medida, aumento dos riscos e criação de oportunidades para que empresas ou profissionais despreparados assumam responsabilidades com as quais não podem arcar.

149. Nesse sentido, a previsão de exigências de qualificação técnico-profissional não deve esbarrar em óbices intransponíveis decorrentes de interpretação de dispositivo de lei de forma prejudicial ao interesse público. Tanto por isso, as exigências de qualificação técnica, tanto operacional quanto profissional, pressupõem as características certas e delimitadas do objeto a ser contratado, pois não bastará à Administração que um profissional comprove ter construído um prédio qualquer, se este não for compatível com as dimensões e peculiaridades da obra a ser contratada. Ora, um profissional que constrói uma obra em concreto de menor magnitude não comprova, apenas por isso, ter capacidade técnica de construir um complexo arquitetônico como o do TCU, por exemplo.

(...)

151. Diante dessas considerações, e em observância ao princípio do julgamento objetivo da licitação, verifica-se que as exigências devem ser expressas, delimitadas, objetivas, proporcionais ao objeto da licitação, e, nessa medida, as empresas licitantes devem comprovar habilidade anterior em executar serviço ou obra em dimensões compatíveis com a almejada na licitação, pois o domínio de técnicas ou a competência para gerenciar, administrar ou executar obras e serviços mostra-se não apenas desejável,

mas imprescindível à satisfatória execução do contrato.” (grifou-se)

No mesmo sentido, também como se manifesta o c. STJ:

“A qualificação técnica do particular licitante é pressuposto indispensável ao adimplemento de sua habilitação no certame público, uma vez que a Administração somente poderá confiar-lhe a execução do objeto da licitação, se o interessado possuir e comprovar, nos termos da lei (art. 30, inc. I, da Lei nº 8.666/1993), a sua habilitação jurídica plena.” (RMS 10.736/BA, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/03/2002, DJ 29/04/2002 p. 209)

No caso do Anexo 8, “a” e “b” (Auto Declaração ISO 27017), as empresas deveriam atender o disposto no item 9.2.2 “a”, o qual requeria a prova de “conformidade da Solução Tecnológica ofertada com a ABNT NBR ISO/IEC 27001:2013, que especifica os requisitos para estabelecer, implementar, manter, melhorar e tratar riscos de forma continuada de um sistema de gestão da segurança da informação”.

Não obstante, a licitante entregou auto declaração retirada da Internet, sem autenticação, sem assinatura do fabricante e ainda por cima certificando apenas a infraestrutura na nuvem da solução, e não a solução em si, como pedido pelo item.

Nos dois anexos “a” e “b” não é dito que a solução tecnológica é certificada, mas apenas o Azure, que se trata de ambiente de implantação de soluções e não a solução propriamente dita.

Se assim fosse, seria certo dizer que qualquer solução implantada na Azure, por tabela atenderia ao ISO?

Certamente não, já que se trata de controles e requisitos que abrangem aplicações, processos e a instituição proprietária da solução como um todo.

A mesma mácula persiste no caso do Anexo 9 (SLA Máquinas Virtuais), onde, uma vez mais, temos o procedimento da concorrente em buscar informações extraída da internet, sem autenticação, assinatura e que declara que as máquinas virtuais possuem 99,9% de disponibilidade e demais SLAs, sem fazer expressa e necessária menção à solução tecnológica.

Com isso, a recorrida demonstra, ao que parece, confundir o conceito de IaaS com o conceito de SaaS, revelando evidente equívoco sob os aspectos técnicos e ausência de atendimento à determinações do edital sob o aspecto legal.

Esse mesmo procedimento de buscar informação na internet com o fito de substituir a documentação adequada para a comprovação requerida no edital, ocorre para o Anexo 9, agora “SLA para Serviços em Nuvem”, estabelecendo manifesta confusão entre IaaS e SaaS.

Por último, para comprovação referente ao Anexo 10 (Microsoft Contrato), a recorrida apresenta um contrato inapropriado que em momento algum comprova que a solução tecnológica ofertada estará hospedada ou que a Microsoft atesta qualquer SLA para a mesma em sua IaaS.

O termo juntado apenas comprova que há um contrato de compra de IaaS entre Lecom e Microsoft.

Não há um só documento entre aqueles juntados em que, na forma do edital, a Microsoft se comprometa com a solução ou com os SLAs pedidos para a Solução tecnológica.

A Microsoft nem mesmo atesta ou cita a solução tecnológica nos documentos apresentados, revelando que o Contrato não trata do objeto da presente licitação e, por isso, não é capaz de fazer a prova pretendida pela empresa recorrida.

O art. 107 do Código Civil estabelece que a “validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir”.

No caso em comento, como visto, o edital estabeleceu a forma de apresentação, sendo inaceitável a documentação apresentada, uma vez que se trata de mero material promocional, sem carácter informativo de viés técnico e, notadamente, referente a condições de prestação dos serviços objeto da licitação em tela.

Por essas razões, apenas esses elementos já são suficientes para determinar a desqualificação da recorrida. Todavia, como passa a demonstrar, novas falhas foram identificadas na documentação da recorrida e que lhe impedem de seguir validamente no certame.

A análise dos atestados de capacidade técnica abaixo, demonstrar a inexistência de comprovação de prestação de serviços pretéritos, quantitativa e qualitativamente, similares com o objeto da prestação de serviços.

O Atestado fornecido pela Prefeitura Municipal de Santos (Anexo 1), não atesta o quantitativo de usuários fornecidos e apenas informa a quantidade de servidores/atendentes existentes na Prefeitura de Santos.

Não atesta, ainda, a prestação de serviços técnicos especializados de automação de serviços e processos de negócio em SaaS, portanto sendo um atestado nulo em relação as especificações obrigatórias do Edital.

A própria apresentação da proposta da licitante confirma não se tratar de projeto SaaS.

O ateste emitido pela Multicobra (Anexo 2) não atesta o fornecimento da solução em SaaS.

O objeto do contrato especifica “Aquisição e Implantação de Licença de Uso de Software...”, o que deveria constar o ateste. Portanto, sendo um atestado nulo em relação as especificações obrigatórias do Edital.

Repita-se que a própria apresentação da proposta da licitante confirma não se tratar de projeto SaaS.

No detalhamento dos serviços e produtos, item 2 (Implantação das Licenças de Uso de Software), torna-se claro que o produto foi instalado e não disponibilizado como serviço, este mesmo texto se repete em outros atestados, comprovando a limitação das atividades da recorrida.

Atestado expedido pela Asics (Anexo 3) traz a informação no corpo do objeto prestacional de que se trata da “cessão dos direitos de uso do produto ATOS BPM”, deixando claro se tratar de comercialização de licenciamento e não de subscrição de serviços de solução na nuvem, apesar da palavra final “em ambiente SAAS”.

Aliás, é de se estranhar inclusive o uso da sigla escrita totalmente em maiúsculo, demonstrando desconhecimento do conceito.

É importante se destacar o fato, ainda que notório, que o ato de instalar uma licença de software na

nuvem, por si só, não evidencia se tratar de solução em SaaS.

No detalhamento dos serviços e produtos no item 2 (Implantação das Licenças de Uso de Software), se torna claro que foram realizadas instalações de licenças e não o fornecimento de subscrições/serviços da solução ofertada, uma vez que se descreve processo de instalação, ao invés de disponibilização de acesso à solução por meio de link na internet.

Deve-se ter como referência o item 5.1.2 do TR, que detalha o seguinte: "A disponibilização da solução tecnológica de que trata o Item I se dará no modelo de Software como Serviço, do inglês, Software as a Service (SaaS). Em tal modelo, o fornecedor da solução se responsabiliza por toda a infraestrutura necessária à disponibilização do software (servidores, sistemas operacionais e auxiliares, conectividade, segurança da informação, qualidade do serviço, níveis de serviço, entre outros), enquanto o Contratante utiliza a solução via Internet, pagando um valor certo por seu efetivo uso, à semelhança do consumo de qualquer serviço. Ou seja, o foco deste modelo é o resultado, consubstanciado na efetiva disponibilização da solução, não nos meios necessários para tanto."

Também convém se observar o item 6.1.6, pelo qual "A solução tecnológica deverá ser disponibilizada no modelo Software como Serviço (SaaS), ou seja, pronta para utilização pelos órgãos e entidades cujos serviços serão objeto de automação, sendo transparentes para o Contratante toda e qualquer questão tecnológica ou de infraestrutura relacionada à efetiva disponibilização da ferramenta, que será acessada via Internet (em nuvem)". Ou seja, pelo texto do atestado o cliente se preocupou em atestar questões de infraestrutura, comprovando que a solução não foi entregue como serviço, mas como licença de uso de software, como dito no próprio atestado.

O Atestado da COOPMIL (Anexo 4) detalha o objeto do contrato como "A cessão dos direitos de uso de programas de computador em código objeto (software), diretamente executável pela máquina de processamento de dados".

Mais uma vez o objeto deixa claro se tratar de fornecimento de licença de software e não de solução tecnológica como SaaS, apesar das palavras "ambiente SAAS", mais uma vez também colocado todo em maiúsculo.

No detalhamento dos serviços e produtos, tanto no item 1, como no item 2, claramente se relata que foram implantadas licenças de uso de software, diferentemente do pedido no edital, que pede a disponibilização de solução tecnológica em SaaS.

Melhor sorte não socorre o ateste da PSG (Anexo 5) que explicita o objeto como "cessão dos direitos de uso do produto ATOS BPM" e não do fornecimento de solução em SaaS.

O documento de apresentação da documentação da licitante também evidencia não se tratar de projeto de SaaS, como já visto anteriormente.

Um ponto de grande atenção por parte desse i. Pregoeiro reside nesse atestado.

No documento de apresentação da proposta, tabela de atestados de capacidade técnica a licitante, se deixa claro no item/anexo 5 que o atestado PSG não é SaaS, mas no texto do atestado do PSG, na seção 2 - Implantação das Licenças de Uso de Software, está descrito o seguinte texto: "Instalação da solução LecomBPM em ambiente SAAS contendo".

Ou seja, a empresa prestou informação aparentemente contraditória com seus atestados na apresentação de sua proposta, o que demanda a desconsideração do documento.

O atestado de emissão da UNIMED (Anexo 6) novamente traz a indicação de objeto que trata da cessão dos direitos de uso de programas de computador em código-objeto e mesmo com o texto ambiente SAAS (tudo em maiúsculo!), claramente deixando evidente que se entregou software e não solução tecnológica em SaaS.

De igual modo que no detalhamento dos serviços e produtos, tanto no item 1, como no item 2, claramente se relata que foram implantadas licenças de uso de software, diferentemente do pedido no edital, que pede a disponibilização de solução tecnológica em SaaS.

Segundo a lição de Hely Lopes Meirelles, "... toda licitação está sujeita a determinados princípios irrefragáveis no seu procedimento, sob pena de se descaracterizar o instituto e invalidar o seu resultado seletivo."

É sabido que o edital de convocação faz lei entre as partes e as vincula, invariavelmente, a todos os seus termos, não tendo as concorrentes qualquer forma de alterá-los, senão pelo remédio legal oferecido pela Lei n. 8.666/93, alterada pela Lei 8.883/94, qual seja, a impugnação na forma do art. 41, §2º.

Uma vez que permaneceu intacta a exigência editalícia, todos os licitantes e a própria Administração ficam inequivocamente obrigados a fazer aquilo que dispõe a lei interna, em sua forma e qualidade.

Intimamente ligado ao Princípio da Legalidade, surge o princípio da Vinculação aos termos do Edital, o que, na nobre lição inserta no livro do saudoso mestre HELY LOPES DE MEIRELLES, significa:

"Vinculação ao edital: a vinculação ao edital é princípio básico de toda licitação. Nem se compreenderia que a Administração fixasse no edital a forma e o modo de participação dos licitantes e no decorrer do procedimento ou na realização do julgamento se afastasse do estabelecido, ou admitisse documentação e propostas em desacordo com o solicitado. O edital é a lei interna da licitação, e, como tal, vincula aos seus termos tanto os licitantes como a Administração que o expediu (art. 41)." (in DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO, Hely Lopes de Meirelles, 19ª edição, Malheiros Editores, São Paulo, 1994, pág. 249/250, grifou-se)

Não se pode admitir, em hipótese alguma, que as empresas concorrentes, após a abertura dos envelopes de habilitação, observando serodidamente o rigor legal e sadio do edital de convocação, tentem dar o aspecto de legalidade e normalidade aos seus atos equivocados.

Por outro lado, a Administração não deve abrir exceções àqueles que, após acatarem as condições editalícias, deliberadamente não cumprem com sua obrigação de apresentar os seus documentos em conformidade com o disposto no edital.

Dessa forma, aqueles que assim procedem, não podem escapar à aplicabilidade do rigor da norma que determina a inabilitação/desclassificação daquelas concorrentes que não atendam às exigências básicas contidas no edital.

Ora, vigendo o Edital, a obrigação de fazer deve ser igual para todos os concorrentes, não podendo, ante esse ou aquele motivo, serem ignoradas as normas e os procedimentos legais.

Não é outro o entendimento do i. doutrinador JESSÉ TORRES PEREIRA JÚNIOR, ao comentar o art. 41 da lei 8.666/93, quando esclarece que:

"A vinculação da Administração às normas e condições do edital (vale também para a carta-convite), que a lei qualifica de estrita, acarreta pelo menos três conseqüências importantes:

(a) a discricionariedade da Administração para estabelecer o conteúdo do edital transmuda-se em vinculação uma vez este publicado, passando a obrigar tanto o administrador quanto os competidores;

(b) o descumprimento de disposição editalícia, pela Administração, equivale à violação do direito subjetivo dos licitantes de se submeterem ao certame segundo regras claras, previamente fixadas, estáveis e iguais para todos os interessados;

(c) para que o edital vincule legitimamente a Administração e os licitantes, necessário é que todas as suas cláusulas e condições conformem-se aos princípios regentes da matéria e à lei, seguindo-se que o edital não é peça intangível, ao inteiro alvedrio da Administração." (in COMENTÁRIOS À NOVA LEI DAS LICITAÇÕES PÚBLICAS, Jessé Torres Pereira Júnior, 2ª Tiragem, Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 1993, pág. 212/213, grifou-se)

Ao habilitar a recorrida, mesmo essa tendo flagrantemente descumprido as exigências do instrumento convocatório, esse i. Pregoeiro não permitiu que empresas, aparentemente iguais, concorressem sob critérios e condições diferentes.

A persistência da condição diversa – empresas desiguais concorrendo igualmente – não pode persistir, sob pena de transgredir-se preceito constitucional adotado pelo Direito Administrativo no que diz respeito às licitações públicas e a própria lição aristotélica segundo a qual "se as pessoas são desiguais em méritos, tão-pouco as recompensas deverão ser iguais".

Por fim, vale trazer decisão do Eg. Superior Tribunal de Justiça, que analogicamente aplicado, mostra com precisão o acerto da decisão do i. Pregoeiro:

"ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. INTERPRETAÇÃO DO ART. 30, II, § 1º, DA LEI Nº 8.666/93. 1. Não se comete violação ao art. 30, II, da Lei nº 8.666/93, quando, em procedimento licitatório, exige-se comprovação, em nome da empresa proponente, de atestados técnicos emitidos por operadores de telefonia no Brasil de execução, no País, em qualquer tempo, de serviço de implantação de cabos telefônicos classe "L" e "C" em período consecutivo de 24 meses, no volume mínimo de 60.000 HXh, devidamente certificados pela entidade profissional competente. 2. 'O exame do disposto no art. 37, XXI, da Constituição Federal, em sua parte final, referente a "exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações" revela que o propósito aí objetivado é oferecer iguais oportunidades de contratação com o Poder Público, não a todo e qualquer interessado, indiscriminadamente, mas, sim, apenas a quem possa evidenciar que efetivamente dispõe de condições para executar aquilo a que se propõe' (Adilson Dallari). 3. Mandado de segurança denegado em primeiro e segundo graus. 4. Recurso especial improvido. Decisão Por unanimidade, negar provimento ao recurso." (RESP 172232/SP RECURSO ESPECIAL, DJ 21/09/1998 PG: 89 – RSTJ VOL.:115 PG:194, Relator: Min. JOSÉ DELGADO, Os grifos não constam do original)

O princípio da vinculação ao edital e seus correlatos, assim, determina a inabilitação da empresa recorrida pela não comprovação do atendimento aos requisitos técnicos de habilitação obrigatórios acima apontados, consoante já firmemente motivado anteriormente.

#### CONCLUSÃO

Em conclusão, pleiteia a recorrente se digne Vossa Senhoria conhecer do presente recurso para, no mérito, dar-lhe integral provimento, reformando a decisão preferida e que determinou a empresa LECOM TECNOLOGIA S.A habilitada, reconhecendo a ausência de demonstração de sua capacidade técnica, determinando o prosseguimento do feito após a sua exclusão do certame.

Nestes termos,

Pede deferimento.

Brasília/DF, 10 de julho de 2017.

MAXTERA TECNOLOGIA, SISTEMAS E COMÉRCIO LTDA

OBS: Enviaremos o recurso também por e-mail (central.licitacao@planejamento.gov.br)

**Voltar**