



DECISÃO EM SEDE DE RECURSO ADMINISTRATIVO

PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 034/2024

PREGÃO ELETRÔNICO Nº 009/2024

RECORRENTE: 4R TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO LTDA., já qualificada nos autos.

RECORRIDA: AMÊNDOLA & AMÊNDOLA SOFTWARE LTDA., já qualificada nos autos.

1. HISTÓRICO:

A Administração Municipal deu início a processo licitatório, na modalidade Pregão Eletrônico, cujo objeto é o seguinte: **“CONTRATAÇÃO DE EMPRESA ESPECIALIZADA EM CESSÃO DE DIREITO DE USO DE SISTEMAS INTEGRADOS DE GESTÃO PÚBLICA PARA A PREFEITURA E CÂMARA, nos termos do SIAFIC e em conformidade com as especificações constantes no ANEXO I – TERMO DE REFERÊNCIA.”**

A sessão pública ocorreu no dia 13 de agosto de 2024. Após a fase de lances, vencida pela licitante AMÊNDOLA & AMÊNDOLA SOFTWARE LTDA., a sessão foi suspensa para que a Administração Municipal pudesse realizar a análise e avaliação da conformidade da proposta, o que se deu através da apresentação do objeto a ser contratado para a prova de conceito.

Após a realização da prova de conceito, foi aceita a proposta apresentada pela licitante AMÊNDOLA & AMÊNDOLA SOFTWARE LTDA. ora recorrida.

Inconformada com a decisão que declarou aceita a proposta apresentada pela licitante AMÊNDOLA & AMÊNDOLA SOFTWARE LTDA., a licitante 4R TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO LTDA. interpôs recurso, alegando em síntese, que a proposta deveria ser desclassificada. Segundo a recorrente, a aceitação da proposta da recorrida teria se dado em desrespeito às regras do edital, pois a comissão designada para a análise da prova de conceito não teria acompanhado integralmente a apresentação do sistema. Além disso, ainda segundo a recorrente, a recorrida não teria conseguido demonstrar que o seu sistema atingiu no mínimo 80% de efetividade conforme exigia o edital.

2. DAS RAZÕES RECURSAIS:

Dentro do prazo legal, a licitante ora recorrente, apresentou as suas razões recursais.

Alegou a recorrente:

“O primeiro ponto, e mais importante, trata do não acompanhamento integral da Comissão designada pela própria Prefeitura Municipal de Catiguá para avaliação e verificação do cumprimento do percentual mínimo previsto de 80% (oitenta por cento), conforme determina o subitem 2.8.1 do Termo de Referência.”



Prefeitura Municipal de Catiguá

CNPJ: 45.124.344/0001-40



“Neste ponto necessário destacar que, conforme previsão do subitem 2.8.1 do Termo de Referência os membros da Comissão de Avaliação deveriam acompanhar todas as demonstrações de cada um dos módulos licitados para que pudessem avaliar o cumprimento das exigências.”

“O segundo ponto, ainda mais gravoso, refere-se à ausência de Relatório Individualizado por módulo de sistema onde constem os assentamentos dos servidores que o avaliarão, constando os itens que foram cumpridos satisfatoriamente, parcialmente cumpridos e os que não foram atendidos pela empresa Recorrida Amendola.”

“Não obstante os fatos narrados acima, em que pese todo o zelo dos servidores municipais que avaliaram a apresentação dos sistemas, temos que a empresa Recorrida não atendeu o percentual mínimo de 80% (oitenta por cento) estabelecidos nos módulos de sistema de Protocolo, Administração Tributária, Portal Serviços Web, Cemitério, ISSQN Web, Educação e Gestão e Controle de Processos Digitais.”

“Como restou devidamente comprovado, é cristalino que a empresa Recorrida AMÊNDOLA não atendeu as exigências contidas na Prova de Conceito, deixando de atingir o percentual mínimo para aprovação conforme demonstrado acima, não restando outra solução senão a sua desclassificação nos termos do subitem 2.8.4 do Termo de Referência do edital do Pregão Eletrônico nº 009/2024.”

Ao final requer:

“Ante ao todo exposto, pugnamos pelo conhecimento do presente Recurso Administrativo vez que tempestivo e, no mérito seja julgado PROCEDENTE, declarando a DESCLASSIFICAÇÃO da empresa Recorrida AMÊNDOLA & AMÊNDOLA SOFTWARE LTDA pelo descumprimento dos subitens 2.8.1. e 2.8.4 do Termo de Referência do edital do Pregão Eletrônico nº 009/2024.

Ato contínuo, seja a Recorrente 4R TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO LTDA convocada para a realização da Prova de Conceito nos termos estabelecidos no edital do Pregão Eletrônico nº 009/2024.”

3. DA ANÁLISE:

Passando agora à análise do mérito do recurso apresentado, temos que o cerne da questão gira em torno da aceitação da proposta ofertada pela recorrida, mais precisamente em razão da aprovação do sistema apresentado, durante a prova de conceito.

Em geral, quando o licitante elabora a sua proposta, se faz necessária a apresentação de bens ou serviços que atendam aos descritivos mínimos constantes do edital, inclusive com a indicação da marca, para que a Administração saiba exatamente o que está sendo oferecido.



Prefeitura Municipal de Catiguá

CNPJ: 45.124.344/0001-40



A indicação de produtos condizentes com o que é exigido pelo Termo de Referência serve ainda para a ampliação da disputa, uma vez que cada licitante, conhecendo o produto oferecido pelos concorrentes, terá mais segurança para avançar em seus lances.

A modalidade pregão, instituída pela já revogada Lei nº 10.520/2002, foi criada com o intuito de conferir agilidade aos procedimentos licitatórios. Para tanto, a fase de lances no pregão, ao possibilitar que os interessados reduzam os valores de suas propostas iniciais, acirra a competitividade do certame e aumenta a chance de obtenção de proposta mais vantajosa à Administração Pública. Todavia, certas cautelas devem ser tomadas para que essa fase competitiva não conduza à seleção de proposta que, embora apresente o menor valor, não esteja de acordo com os requisitos de qualidade previstos no edital ou não se demonstre financeiramente inexequível.

A aceitação trata-se da fase de análise da proposta de preços realizada após o encerramento da fase competitiva. Neste momento o Pregoeiro procederá à aceitação da proposta classificada em primeiro lugar, quanto ao objeto e valor. A fase de aceitação da proposta é bem retratada no Decreto Federal nº 10.024/2019, que regulamenta o pregão na forma eletrônica. Vejamos:

“Art. 39. Encerrada a etapa de negociação de que trata o art. 38, o pregoeiro examinará a proposta classificada em primeiro lugar quanto à adequação ao objeto e à compatibilidade do preço em relação ao máximo estipulado para contratação no edital (...)”.

No caso dos autos, decidiu-se pela aceitação da proposta de menor preço, apresentada pela recorrida vencedora da fase de lances, em razão de estarem presentes os requisitos estipulados no edital, referentes ao objeto e ao valor.

A fase de julgamento do pregão contou com a realização da análise e avaliação da conformidade do sistema oferecido pela recorrida, através da realização da prova de conceito que serviu como fundamento para a aceitação da proposta.

Segundo a Lei nº 14.133/2024, a Administração Pública pode prever nos editais de licitação a fase de “*análise e avaliação da conformidade das propostas*”, o que deverá ocorrer com base em homologação de amostras, exame de conformidade e prova de conceito. Em última análise, o objetivo da avaliação é a comprovação da aderência do objeto ofertado na proposta às especificações definidas no termo de referência ou no projeto básico.

A análise e avaliação da conformidade das propostas deve ocorrer na fase de julgamento, ou seja, deve recair sobre a proposta apresentada pela licitante vencedora da fase de lances. Este é o entendimento que se extrai do Art. 17, § 3º da Lei nº 14.133/2021. Vejamos:

“Art. 17. O processo de licitação observará as seguintes fases, em sequência:

(...)

IV - de julgamento;



Prefeitura Municipal de Catiguá

CNPJ: 45.124.344/0001-40



(...)

§ 3º Desde que previsto no edital, na fase a que se refere o inciso IV do caput deste artigo, o órgão ou entidade licitante poderá, em relação ao licitante provisoriamente vencedor, realizar análise e avaliação da conformidade da proposta, mediante homologação de amostras, exame de conformidade e prova de conceito, entre outros testes de interesse da Administração, de modo a comprovar sua aderência às especificações definidas no termo de referência ou no projeto básico.”

No caso em tela, o edital prevê a utilização da prova de conceito para a comprovação da conformidade do produto apresentado com as exigências do edital.

A prova de conceito é uma ferramenta que tem sido usada com frequência em processos de licitação para que seja avaliado se o objeto ofertado pela licitante atende às especificações técnicas definidas no edital, no projeto básico ou no termo de referência. Trata-se de uma etapa do certame em que se aplica determinada metodologia, previamente regrada no edital, a fim de que seja verificado se a proposta do licitante classificado em primeiro lugar contempla os requisitos mínimos para a satisfação da necessidade pública atrelada à contratação.

Para que a ferramenta do exame de conformidade atinja o objetivo esperado, a sua realização deve ser pautada pelos princípios da razoabilidade, proporcionalidade e formalismo moderado.

Conforme consta dos autos, a Comissão de Avaliação designada para a análise e avaliação da prova de conceito decidiu pela aprovação do sistema apresentado pela recorrida. Vejamos:

“5. Conclusão

Com base nas análises e testes realizados, a empresa 1ª Colocada comprovou a aderência técnica e operacional aos requisitos do Pregão Eletrônico nº 009/2024, Processo Administrativo nº 034/2024, e Edital Nº 001/2024, com desempenho superior a 80% das funcionalidades exigidas.”

É possível observar que, embora a peça recursal traga a afirmação de que vários módulos apresentados pela recorrida na prova de conceito não teriam atingido o mínimo de eficiência exigido pelo edital, tal afirmação não ultrapassou o campo da mera alegação. Não há prova técnica alguma apresentada pela recorrente que seja capaz de contrapor o laudo elaborado pela Comissão de Avaliação, que pugnou pela aprovação do sistema apresentado pela recorrida.

Diante de tudo, restou comprovado que a recorrida atendeu aos requisitos mínimos estipulados pelo edital e desta forma, agiu em estrita obediência ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório.



Prefeitura Municipal de Catiguá

CNPJ: 45.124.344/0001-40



Ainda que alguns dos módulos do sistema apresentado, eventualmente não tivessem atingido o desempenho mínimo, o que não restou comprovado, deveria ser levado em conta todo o contexto fático que envolveu a apresentação durante a prova de conceito. Ora, a recorrida apresentou o sistema durante dois dias para um grande número de servidores, sob a supervisão da Comissão de Avaliação. Durante e após a apresentação, a Comissão fez a análise do sistema apresentado, levando em conta as suas funcionalidades e as opiniões dos servidores participantes.

Tem sido notório o avanço na doutrina e na jurisprudência, da tese do Princípio do Formalismo Moderado analisado em conjunto com o Princípio da Proposta mais vantajosa, o que inclusive foi consagrado pela Lei nº 14.133/2021, a chamada Nova Lei de Licitações.

São frequentes as decisões proferidas pelos Tribunais de Contas, com destaque para o Tribunal de Contas da União, que prestigiam a adoção do princípio do formalismo moderado e a possibilidade de saneamento de falhas porventura ocorridas ao longo do procedimento licitatório para que a Administração Pública atinja o objetivo maior dos processos licitatórios que é a contratação mais vantajosa. Este também é o caminho seguido pelo Poder Judiciário conforme restará demonstrado.

Este é o entendimento extraído do acórdão TCU nº 357/2015-Plenário:

“No curso de procedimentos licitatórios, a Administração Pública deve pautar-se pelo princípio do formalismo moderado, que prescreve a adoção de formas simples e suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados, promovendo, assim, a prevalência do conteúdo sobre o formalismo extremo, respeitadas, ainda, as praxes essenciais à proteção das prerrogativas dos administrados”.

No caso concreto não poderia o princípio da vinculação ao edital levar à negação dos demais princípios, como os do interesse público e o da ampla participação. Sendo assim, a desclassificação de qualquer proposta pelo simples fato de um ou outro módulo do sistema eventualmente não ter atingido a efetividade de 80% (oitenta por cento), seria priorizar o excesso de formalismo em detrimento da disputa.

A comissão responsável pela análise da prova de conceito não pode ficar presa, e de fato não ficou, à estrita descrição do sistema constante do edital. Se assim fosse, a análise poderia ser feita por qualquer pessoa, ainda que leiga no assunto, pois bastaria seguir um “check list” previamente estabelecido.

Os agentes responsáveis pela análise e avaliação da conformidade das propostas em licitações, seja através da verificação de amostras ou da realização de provas de conceito, devem agir dentro dos limites determinados pelos princípios da razoabilidade, proporcionalidade e formalismo moderado. Diante disso, deve haver uma margem de tolerância para possíveis divergências que possam existir nos bens ou serviços apresentados na fase de análise de amostras ou prova de conceito.



Prefeitura Municipal de Catiguá

CNPJ: 45.124.344/0001-40



Este é o entendimento consagrado pela jurisprudência dos Tribunais que compõem o Poder Judiciário. Vejamos:

“EMENTA MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. MODALIDADE PREGÃO ELETRÔNICO. FASE DE AMOSTRAS. INTERPRETAÇÃO DE CLÁUSULAS DO EDITAL. FORMALISMO EXCESSIVO E INTERESSE PÚBLICO NA MELHOR CONTRATAÇÃO. RECURSO NÃO PROVIDO. (...) 2 – A orientação que vem prevalecendo no STJ é a de que o princípio da vinculação ao edital não é "absoluto", de forma a impedir o Judiciário de interpretar o sentido e alcance de suas cláusulas, e cujo excessivo rigor possa afastar do certame as melhores propostas para a Administração, beneficiando o formalismo exacerbado em detrimento do interesse público. Precedentes. 3 – Caso em que, na fase de exame das amostras, a comissão, interpretando as cláusulas do edital, adotou como parâmetro para exame dos produtos margem de tolerância (0,1 cm para mais ou para menos) compatível com o bem examinado (bocais para etilômetro), em detrimento de medida transcrita no edital (0,1 mm para mais ou para menos), que a própria impetrante concorda ser irrisória e de impossível observação pelas empresas concorrentes. 4 – Apelação não provida.” (TRF-3 - ApCiv: 50101131820184036000 MS, Relator: Desembargador Federal NERY DA COSTA JUNIOR, Data de Julgamento: 29/03/2022, 3ª Turma, Data de Publicação: Intimação via sistema DATA: 20/04/2022).

Sendo assim, ainda que houvesse a indicação de que, durante a prova de conceito alguns módulos que compõem o sistema teriam apresentado falhas, tal fato, por si só, não seria capaz de levar à desclassificação sumária da proposta.

É certo que as licitações públicas devem obediência ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório. Entretanto, é necessário dizer que os princípios não são incompatíveis entre si e que diante de um eventual conflito de princípios, sendo, vinculação ao instrumento convocatório e obtenção da proposta mais vantajosa, a adoção deste não provoca a aniquilação daquele.

Vejamos o que nos ensina a melhor Doutrina a respeito do assunto:

“No campo das licitações, é extenso o rol de oportunidades que surgem todos os dias aos que lidam com o tema para a aplicação da regra do sopesamento ou preponderância dos princípios em conflito. Isto ocorre porque a Lei Geral, sendo norma abstrata, não tem condições de prever todas as minúcias do processo administrativo licitatório, o que leva à necessidade de se construir um pensamento que coloque numa balança todas as diversas possibilidades de interpretação e aplicação da norma. Muitas vezes, o agente público se depara com situações em que precisa relegar a segundo plano o princípio da vinculação ao instrumento convocatório, principalmente em questões procedimentais, de forma a prestigiar o princípio do interesse público, o da impessoalidade e o da ampla participação.

(...)



Prefeitura Municipal de Catiguá

CNPJ: 45.124.344/0001-40



No campo da licitação, tal fato poderia se dar numa situação em que a mera aplicação de determinada regra burocrática prevista no edital levasse à obrigação de contratação de um dos últimos colocados na disputa, eliminando-se os anteriores, o que levaria a um pagamento muito superior ao previsto par ao primeiro colocado.

Neste contexto, a nosso ver, a aplicação do princípio da vinculação ao edital não poderia levar à subversão dos demais princípios, notadamente os da impessoalidade, interesse público e ampla participação, de forma que, ou o edital deveria ser interpretado com o objetivo de encontrar uma ligação de proporcionalidade e razoabilidade apta a sustentar uma reformulação da disputa, ampliando-a novamente, ou toda a licitação estaria fadada à nulidade ou revogação, já que o objetivo maior da licitação, que é a obtenção da proposta mais vantajosa para a Administração, também não estaria sendo obtido.” (Sarai, Leandro, Tratado da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos: Lei 14.133/21 Comentada por Advogados Públicos / organizador Leandro Sarai – 2. Ed. – São Paulo: Editora JusPodivm, 2022).

Vale lembrar que o certame licitatório não representa um fim em si mesmo, mas um meio que busca o atendimento das necessidades públicas.

O professor Adilson Abreu Dallari nos traz uma lição preciosa, ao afirmar que:

"A licitação não é um concurso de destreza, destinado a selecionar o melhor cumpridor de edital". (Adilson Abreu Dallari, in ASPECTOS JURÍDICOS DA LICITAÇÃO, Saraiva, 5ª Edição).

Neste sentido, há algum tempo o Tribunal de Contas da União tem proferido decisões que caracterizam o excesso de formalismo como irregular, diante dos prejuízos causados aos objetivos da licitação, com destaque para a vantajosidade.

No caso concreto, porém, é possível afirmar que a licitante ora recorrida atendeu às disposições do edital e, desta forma, obedeceu também ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório.

O oferecimento das propostas nas licitações é de inteira responsabilidade das licitantes. Aceitar propostas cujos bens ou serviços estejam em desacordo com as exigências do edital, ou desclassificar aquelas que as atendem, feriria de morte os princípios basilares que regem as licitações públicas, com destaque para o princípio da vinculação ao instrumento convocatório.

O princípio da vinculação ao instrumento convocatório possui extrema relevância, na medida em que vincula não só a Administração, como também os administrados às regras nele estipuladas. Além das disposições legais aplicáveis num procedimento licitatório, a Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha essencialmente vinculada.



Prefeitura Municipal de Catiguá

CNPJ: 45.124.344/0001-40



Nas palavras do Mestre Hely Lopes Meirelles temos que:

"O edital é a lei interna da licitação e vincula inteiramente a Administração e os proponentes." (Hely Lopes Meirelles, "Direito Administrativo Brasileiro", 30a ed., SP: Malheiros, p. 283).

Desta forma, observado o conceito do princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório, resta evidente que em se tratando de regras constantes deste instrumento, deve haver vinculação a elas, tanto pela Administração quanto pelos licitantes.

Analisando os autos, resta comprovado, inclusive pela área técnica responsável, que a licitante recorrida cumpriu com as exigências do edital quanto à prova de conceito relacionada ao sistema ofertado, devendo a sua proposta ser aceita pela Administração Municipal sob pena de afronta ao princípio da vinculação ao edital. Se assim não fosse, a Administração estaria descumprindo as regras estabelecidas por seu próprio edital.

Aceitar o descumprimento de norma constante do Edital, tanto pela Administração quanto pelos licitantes, afrontaria também o próprio princípio da segurança jurídica. Do contrário, seriam permitidas inúmeras alterações dos critérios de julgamento e da própria execução de seu objeto, perpetuando-se total insegurança de seus termos. Sendo assim, se há no edital especificações mínimas relacionadas à proposta a ser apresentada, Administração e licitantes estão obrigados a segui-las. Resta à Administração aceitar as propostas das licitantes que cumprirem com as exigências do edital.

Novamente, Hely Lopes Meirelles ensina:

"A vinculação ao edital significa que a Administração e os licitantes ficam sempre adstritos aos termos do pedido ou do permitido no instrumento convocatório da licitação, quer quanto ao procedimento, quer quanto à documentação, às propostas, ao julgamento e ao contrato. Em outras palavras, estabelecidas as regras do certame, tornam-se obrigatórias para aquela licitação durante todo o procedimento e para todos os seus participantes, inclusive para o órgão ou entidade licitadora". (Licitação e Contrato Administrativo, 14º ed. 2007, p. 39).

Não aceitar qualquer proposta que esteja em conformidade com as exigências do Edital, feriria de morte os princípios constitucionais que norteiam a licitação pública.

5. DA DECISÃO:

Em razão dos fatos e argumentos até então expostos, recebo o recurso interposto, dele conheço porque tempestivo, para, no mérito, negar provimento, com base no Edital da licitação, e com base na legislação que rege a matéria, para o fim de manter a classificação da proposta apresentada pela recorrida.



Prefeitura Municipal de Catiguá

CNPJ: 45.124.344/0001-40



Em atenção ao § 2º, do art. 165, da Lei nº 14.133/2021, encaminho estes autos à análise e decisão da autoridade Superior.

Catiguá - SP, 18 de setembro de 2024.


JOÃO OTÁVIO BORGES DE AZEVEDO
Agente de Contratação / Pregoeiro