

Brasília-DF, 29 de outubro de 2020.

À

PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO MATEUS / ES

Secretaria Municipal de Finanças

SETOR DE LICITAÇÕES

Serviço de Protocolo da PMSM

Rua Alberto Sartório, nº 404 – Bairro Carapina

São Mateus/ES

CEP: 29.933-060

www.saomateus.es.gov.br

licitacao@saomateus.es.gov.br

ATT: Sr.^a RENATA ZANETTE – PREGOEIRA

Ref.: PREGÃO PRESENCIAL Nº 011/2020 - Registro de Preços

Processo Nº 012.077/2020

Senhora Pregoeira,

TOPOCART TOPOGRAFIA ENGENHARIA E AEROLEVANTAMENTOS LTDA, sediada no SIA Trecho 08, Lote 50/60, Zona Industrial (Guará), CEP: 71205-080, Brasília-DF, inscrita no CNPJ Nº 26.994.285/0001-17, Inscrição Estadual nº 07.310.862/001-30, participando do processo licitatório em referência, com fulcro na Lei nº 10.520/2002, Lei nº 8.666/1993 e alterações posteriores, Decretos nºs 3.555/2000, 3.784/2001, Decreto Municipal nº 7.054/2013 alterado pelo Decreto nº 9.105/2017 e as condições estabelecidas neste respectivo Edital, especificamente seu Item VIII, vem, por seu representante legal abaixo assinado, respeitosa e tempestivamente, apresentar:

RECURSO ADMINISTRATIVO

Ao resultado do Pregão Presencial nº 011/2020 SRP, conforme Ata de Realização datada de 26/10/2020, pelas razões que passa a demonstrar:

I – TEMPESTIVIDADE

De acordo com o Item 8.5 do referido Edital, em consonância com a Lei nº 10.520/2002, a licitante manifestou interesse em recorrer, registrado em Ata, e tem até o terceiro dia útil seguinte do final da sessão, para juntar seu Recurso. Uma vez que esta ocorreu no dia 26 de outubro de 2020, o prazo terminal se dá no dia 29 de outubro de 2020, portanto, tempestivo o presente recurso.

II - FATOS

O Município de São Mateus/ES realizou sessão pública de licitação sob a modalidade **PREGÃO PRESENCIAL**, tipo **MENOR PREÇO GLOBAL**, para **REGISTRO DE PREÇO para futura e eventual contratação de empresa especializada para a prestação dos serviços, de forma parcelada e por produtos específicos, visando a manutenção de sistema web de informações geográficas - multifinalitário, desenvolvimento de novos módulos a serem incorporados ao sistema web de informações geográficas - multifinalitário e o monitoramento dos dados cadastrais do Município de São Mateus.**

Não obstante o reconhecimento por parte desta licitante de que o Município segue as normas jurídicas e legislação em vigor, há de se registrar o equívoco na interpretação do Item 7.2.9.8 do Edital, por essa respeitada Prefeitura, resultando na desclassificação da TOPOCART, apesar dos argumentos expostos pela representante da empresa durante a sessão.

III – PROVA DE CONCEITO

O edital, em seu Item 7.2.9, normatiza a realização da Prova de Conceito, explanando, dos Subitens 7.2.9.1 a 7.2.9.8, como esta deve ser concretizada. Com relação ao momento da sua realização, o Subitem 7.2.9.8 menciona:

7.2.9.8 A PROVA DE CONCEITO será realizada após a fase de habilitação.

No dia 26/10/2020, ocorrendo a sessão do Pregão, a TOPOCART foi declarada VENCEDORA, com o preço de **R\$ 2.595.000,00**, com diferença de R\$ 1.659.000,00 para a segunda colocada, representando **63,93%** de economia para o Município, sendo declarada HABILITADA, na análise da respectiva documentação.

De acordo com o Edital, Subitem 7.2.9.8, a realização da Prova de Conceito deveria se dar após a fase de habilitação. Seguindo as orientações dos Subitens anteriores, todos os roteiros e informações relativas à prova seriam entregues posteriormente às licitantes, por ordem de classificação. Sendo declarada vencedora, esta empresa aguardava as orientações, assim como a data específica para a realização da Prova de Conceito.

Ocorre que, conforme clarissimamente descrito na Ata de Realização do Pregão, o Secretário de Finanças desse r. Município, restou pelo entendimento de que a prova deveria ser realizada "... *imediatamente após o término da sessão de habilitação*".

Ora, é certo que a realização da Prova de Conceito deverá ser posterior à análise dos documentos de habilitação, o que significa que somente a licitante vencedora deverá ter despesas referentes à essa etapa. As licitantes que venham a ser inabilitadas não deverão incorrer em custos totalmente desnecessários para atender às exigências de uma etapa a qual não participarão.

Não há explicação viável para que seja exigido de TODOS os licitantes, independentemente de estarem habilitados ou de sua classificação, que tenham de efetuar tal gasto para cumprir essas exigências.

Por conta da pacificação de entendimento do TCU quanto ao momento da realização da Prova de Conceito, a TOPOCART não viu de forma diversa que não haveria lapso temporal entre a fase de habilitação e a prova. Até mesmo, pelo sentido semântico da palavra "após".

Veja que o Secretário de Finanças, ao ser arguido pela Pregoeira sobre a data de realização da prova de conceito, se utilizou do advérbio de tempo "imediatamente", para dar significado e reforçar o seu entendimento. Só isso já deixa claro que o verbete "após", por si só, é uma preposição que se refere a uma ação no tempo, mas que não define o quando, devendo ser complementada para determinar qual o lapso temporal a que se refere (*imediatamente após, após dois dias, após uma semana, etc.*).

Mais uma vez, o Secretário empregou termos definidos ao não reconsiderar sua decisão – "... *de forma imediata*." –, ainda que solicitado pela pregoeira, tendo em vista a economicidade para a Administração Pública, versada na proposta vencedora (63,93% para a segunda colocada).

Como é notório, a realização da prova de conceito deve ocorrer somente para a licitante provisoriamente classificada em primeiro lugar. Este entendimento é pacífico, e assim considerado pelo Tribunal de Contas da União (TCU). Desta forma, o edital não pode trazer exigências que venham fazer com que todas as licitantes tenham de suportar custos desnecessários anteriores à fase final.

De maneira clara e incisiva, o Tribunal de Contas da União (TCU), com fundamento na Constituição Federal de 1988, art. 37, Inciso XXI, Lei nº 8.666/93, art. 3º, § 1º, Inciso I, arts. 27 e 30 e art. 44, § 1º, Lei nº 9.784/99, art. 2º, caput e Inciso VI do § único, estabeleceu posição, que não deixa dúvidas:

- Súmula TCU 272:

No edital de licitação, é vedada a inclusão de exigências de habilitação e de quesitos de pontuação técnica para cujo atendimento os licitantes tenham de incorrer em custos que não sejam necessários anteriormente à celebração do contrato.

- Acórdão nº 1113/2008 Plenário | Relator: ANDRÉ DE CARVALHO:

Não é possível exigir a apresentação de amostras como condição de habilitação, portanto, antes da fase de julgamento. Somente pode-se exigir a apresentação de amostras ou protótipos ao licitante provisoriamente classificado em primeiro lugar. (...)

A exigência de amostras a todos os licitantes, na fase de habilitação ou de classificação, além de ser ilegal, pode impor ônus excessivo aos licitantes, encarecer o custo de participação na licitação e desestimular a presença de potenciais interessados.

- Acórdão nº 1812/2019 - Plenário TCU:

Diante do exposto, a jurisprudência do TCU tem se consolidado no sentido de coibir a inclusão, nos editais, de exigências desarrazoadas para cujo atendimento os licitantes tenham de incorrer em despesas que sejam desnecessárias e anteriores à própria celebração do contrato ou que frustrem o caráter competitivo do certame (v. Acórdãos 2.561/2004-TCU-2ª Câmara, 126/2007-TCU-Plenário e 2.575/2008-TCU-1ª Câmara; Relatores respectivos: Benjamin Zymler, Ubiratan Aguiar e Marcos Vilaça).

- Acórdão 669/2008-Plenário | Relator: BENJAMIN ZYMLER:

É indevido exigir ou pontuar qualquer quesito que exija das licitantes gastos anteriores à assinatura do contrato, como a existência prévia de profissionais certificados pertencentes ao quadro da empresa ou de estrutura de e-learning.

- Acórdão 339/2019-Plenário | Relator: AUGUSTO NARDES:

A exigência de que a licitante utilize ferramenta de robotização durante a realização de prova de conceito em processo de contratação de fábrica de software é impertinente à prestação do objeto pretendido, além de implicar à licitante despesa desnecessária e anterior à celebração do contrato, infringindo o princípio constitucional da isonomia, o art. 3º, caput e § 1º, inciso I, da Lei 8.666/1993, e o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal.

- Acórdão 526/2013-Plenário | Relator: MARCOS BEMQUERER:

*É vedada a inclusão de exigências de habilitação e de quesitos de pontuação técnica para **cujo atendimento os licitantes tenham de incorrer em custos que não sejam necessários** anteriormente à celebração do contrato, como a exigência que a licitante tenha em seu quadro de pessoal, no momento do certame, profissional com qualificação técnica para a execução do objeto a ser contratado, bem como certidão que comprove o tempo de experiência dos profissionais que prestarão os serviços.*

- Acórdão 237/2009-Plenário | Relator: BENJAMIN ZYMLER:

*Não é cabível exigir ou incluir quesitos de pontuação técnica para cujo atendimento as **empresas licitantes tenham de incorrer em despesas que sejam desnecessárias** e anteriores à própria celebração do contrato ou **frustrem o caráter competitivo do certame**, como a exigência de profissionais certificados com a comprovação de vínculo empregatício prévio.*

- Acórdão 4614/2008-Segunda Câmara | Relator: ANDRÉ DE CARVALHO:

*É ilegal qualquer exigência ou procedimento que **implique aos licitantes a realização de despesas anteriores** à contratação.*

- Acórdão 2008/2008-Plenário | Relator: UBIRATAN AGUIAR:

*São **indevidos os critérios** de pontuação técnica para **cujo atendimento os licitantes têm de incorrer em despesas desnecessárias** e anteriores à própria celebração do contrato, como a previsão de pontuação às licitantes em razão do número de profissionais qualificados e certificados em seu quadro de pessoal.*

- Acórdão 362/2007-Plenário | Relator: UBIRATAN AGUIAR:

*São **irregulares os quesitos** de pontuação técnica para **cujo atendimento as empresas licitantes tenham de incorrer em despesas que sejam desnecessárias** e anteriores à celebração do contrato **ou frustrem o caráter competitivo do certame**, a exemplo da pontuação para licitantes que possuírem, já na abertura da licitação, determinado quadro de pessoal com técnicos certificados e qualificados; a existência de plataforma de treinamento à distância para os funcionários da licitante; ambiente próprio de help desk para suporte remoto aos profissionais do contrato.*

- Acórdão 2763/2013-Plenário | Relator: WEDER DE OLIVEIRA:

*A prova de conceito, meio para avaliação dos produtos ofertados, pode ser **exigida do licitante provisoriamente classificado em primeiro lugar**, mas não pode ser exigida como condição para habilitação, por inexistência de previsão legal.*

- Acórdão 2059/2017-Plenário | Relator: BENJAMIN ZYMLER:

Provas de conceito não devem ser utilizadas na fase interna da licitação (planejamento da contratação), uma vez que não se prestam a escolher solução de TI e a elaborar requisitos técnicos, mas a avaliar, na fase externa, se a ferramenta ofertada no certame atende às especificações técnicas definidas no projeto básico ou no termo de referência.

- Acórdão 1332/2007 Plenário TCU:

Limite-se a inserir exigência de apresentação de amostras de bens a serem adquiridos na fase final de classificação das propostas, apenas ao licitante provisoriamente em primeiro lugar.

Tendo em vista todas as jurisprudências apontadas, sendo claro e indiscutível o entendimento, a TOPOCART seguiu a inteligência do argumento, e aguardava que, caso vencedora, lhe fosse comunicado em que prazo deveria retornar com o ferramental e pessoal necessários à Prova de Conceito.

Pelo interesse da Administração Pública, especificamente da Prefeitura de São Mateus/ES, deveria ser aberto prazo para o atendimento às exigências, mesmo que o entendimento do Secretário fosse distinto. Uma vez que tenha sido ele próprio a redigir o Termo de Referência, é esperado que todas as mensagens estejam claras em sua mente; mas, para os que adquirem o documento posteriormente à sua elaboração e o leem, causou dúvidas, divergências e confusão quanto ao momento de realização da prova.

Deparado com a dúvida, em prol do interesse público, deveria haver diligências para sanar as imprecisões. Nomeadamente, qual seria o prejuízo para a Prefeitura em marcar data para a Prova de Conceito? Entendendo o Secretário de forma diversa, exacerbou ao extrapolar o formalismo, ferindo o Princípio da Razoabilidade.

Além deste princípio, largamente cobrado e utilizado nas licitações, o Princípio da Vinculação ao Edital está sendo igualmente ferido, uma vez que "após" tem significado outro que "imediatamente após", o que está prejudicando a empresa TOPOCART, licitante concorrente. Com isso, outros princípios estão deixando de ser observados, como o Princípio da Economicidade, Princípio da Livre Concorrência, da Moralidade, da Publicidade, etc.

Desta forma, é imprescindível e fundamental que seja reconsiderada a desclassificação da TOPOCART, empresa declarada VENCEDORA com o menor preço, representando economia de 63,93% ao Município, com a marcação de data para realização da Prova de Conceito.

IV – CONCLUSÃO

Para que se tenha um processo limpo, crédulo, sem a pecha do erro, do favoritismo, de forma que estejam presentes todas as condições pertinentes aos Princípios basilares dos procedimentos licitatórios, há de se reconsiderar a desclassificação da empresa TOPOCART e convocá-la para a realização da Prova de Conceito.

É de perfeito conhecimento dos seguidores da Lei do Pregão (10.520/2002), da Lei dos Contratos e Licitações (8.666/93), e da Carta Magna (CF 88), que as licitações devem cumprir os ditames legais nelas estabelecidos.

Quando se ultrapassam as exigências do Edital, incorrendo em procedimentos ambíguos, que possam resultar em direcionamentos, favorecimentos, dúvidas e incertezas, acaba-se por prejudicar a participação de licitantes sérios, com flagrante desrespeito à legislação, que existe justamente para evitar sequer indícios que possam suscitar inseguranças.

Sopesando o Art. 3º da Lei 8.666/93, ao estabelecer:

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável 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 lhes são correlatos.

Desta forma, recorre-se do resultado da sessão pública de 26/10/2020, para que possam ser retificados os erros apontados, a tempo de evitar a eiva da dúvida, direcionamento e prejuízo à Administração Pública.

Pelo exposto, a Prefeitura Municipal de São Mateus/ES, por meio da Secretaria Municipal de Finanças, deve reconsiderar a desclassificação da empresa TOPOCART Topografia Engenharia e Aerolevantamentos Ltda., convocando-a para realização da Prova de Conceito.

Assim, estarão devidamente corrigidas e sanadas as irregularidades apontadas, de forma que a lisura acompanhará o Pregão Presencial nº 011/2020, Processo nº 012.077/2020, resultando na melhor vantagem para a Administração Pública, conferindo segurança às empresas aptas a prosseguir dentre as fases do respectivo certame.

V – DO PEDIDO

Por essas razões, requer:

Seja reconsiderado o resultado da sessão de 26/10/2020, abrindo prazo para que a primeira colocada no Pregão Presencial 011/20202 SRP, a empresa **TOPOCART TOPOGRAFIA ENGENHARIA E AEROLEVANTAMENTOS LTDA**, se apresente e realize a Prova de Conceito, de acordo com o Item 7.2.9 do Edital.

Caso Vossa Senhoria não veja motivos e razões determinantes para reconsiderar o resultado da sessão, rogamos submeter este Recuso à consideração da autoridade superior competente, para posterior análise e decisão.

Nestes Termos, respeitosamente,

Pede e espera JUSTIÇA!

TOPOCART TOPOGRAFIA ENGENHARIA E AEROLEVANTAMENTOS LTDA.
CNPJ nº 26.994.285/0001-17

CLÁUDIO MARCIO QUEIROZ
REPRESENTANTE LEGAL
CREA 37.435-D/MG

MARCO ANTONIO CAPPARELLI
ASSESSOR JURÍDICO
OAB/RJ 78.466