

**EXCELENTÍSSIMO(A) PREGOEIRO(A) DA COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÃO
DA PREFEITURA MUNICIPAL DE MAMANGUAPE - PB**

Pregão Presencial 016/2019 - SRP

REPRESENTAÇÃO COM PEDIDO DE LIMINAR - URGENTE

Abertura: 03/06/201 às 09h00

LOGBIN SERVICOS DE TECNOLOGIA

LTDA, inscrita no **CNPJ/MF sob o nº 33.187.301/0001-25**, com sede social na Rua Ester Borges Bastos, 932, sala A, Jaguaribe, João Pessoa, Paraíba, neste ato representada por seu sócio, **MARCELO RODRIGUES BATALHA**, brasileiro, natural de São Paulo - SP, nascido em 22/06/1980, divorciado, engenheiro de computação, inscrito no CPF/MF sob o nº 282.774.298-51, portado da cédula de identidade RG nº 30.508.274-7 SSP/SP, nos autos da Pregão Presencial 016/2019 – SRP, vem, perante Vossa Excelência, com o devido respeito e acatamento e, respaldado das disposições da Lei Complementar Estadual nº 18/93, 13 de julho de 1993 e, ainda, com fundamento no Regimento Interno desta Corte Resolução Normativa TC 010/2010 (com as alterações definidas até a RN TC 02/2019), interpor **REPRESENTAÇÃO AO EDITAL**, o que faz, tempestivamente, pelas razões de fato e de direito que passa a expor:

Trata o presente de certame deflagrado pelo Município de Mamanguape, por meio do Pregão Presencial 016/2019 – SRP, para o fim de registrar o preço de **LOCAÇÃO DE SISTEMAS DE INFORMÁTICA: FOLHA DE PAGAMENTO, ALMOXARIFADO, LICITAÇÃO, TESOURARIA, CONTABILIDADE, GERENCIAMENTO DE FROTA E GESTÃO TRIBUTÁRIA DESTINADO A MANUTENÇÃO DAS ATIVIDADES DA PREFEITURA E FUNDO MUNICIPAL DE SAÚDE.**

A entrega e a abertura dos envelopes está designada para o próximo dia 03 de julho, às 09h30.

E, objetivando a ora Representante socorrer ao certame deflagrado pela Administração Municipal, promoveu acurada análise do instrumento convocatório e de seus anexos, identificando impropriedades e incongruências nos documentos publicados, as quais podem dificultar o acesso de empresas interessadas e dificultar a elaboração da proposta comercial, restringindo, sobremaneira, a ampla participação no processo licitatório e o julgamento objetivo dos preços ofertados.

Viciado o edital da forma como se apresenta, conforme adiante se evidenciará, mostra-se impertinente o prosseguimento do certame, sem promoção das alterações e correções pertinentes, com a reabertura, por óbvio, do prazo para formulação das propostas comerciais.

Neste sentido, de modo a privilegiar o integral cumprimento da norma legal vigente e, ainda, dos princípios constitucionais aplicáveis ao processo licitatório, enumera, a seguir, as ocorrências indevidas apuradas:

DA PARTICIPAÇÃO EXCLUSIVA DE MICROEMPRESA E EMPRESA DE PEQUENO PORTE

A Administração definiu no instrumento convocatório a participação exclusiva de empresas enquadradas no benefício da LC nº 123/2006, tendo assim disposto no item II do instrumento convocatório:

II - DA PARTICIPAÇÃO

1 – Poderá (ão) participar do certame todos os licitantes enquadrados como ME e EPP que preencherem todos os requisitos constantes neste ato convocatório nos termos da Lei Complementar n.º 123/2006 e alterações.

Porém, ao longo do edital a própria Administração licitante contradiz as permissões de participação exclusiva de ME/ EPP, conforme se observa nos itens abaixo relacionados:

- VII - DO CONTEÚDO DO ENVELOPE "DOCUMENTOS PARA HABILITAÇÃO"
 - 1.3 - QUALIFICAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA
 - 1.3.2 Em se tratando de Sociedades Anônimas, deverá ser apresentada cópia de sua publicação no Diário Oficial ou em Jornal de grande circulação no Estado sede da Licitante.



• VIII - DA MICROEMPRESA E DA EMPRESA DE PEQUENO FORTE

1.1.1 - O licitante acima identificado que não comprovar através de documento oficial, sua condição de Microempresa ou Empresa de Pequeno Porte não usufruirá do tratamento diferenciado estabelecido na Lei Complementar nº 123, de 2006.

1.5 - Nesta licitação será assegurada como critério de desempate, preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte, conforme preconizam os artigos 44 e 45 da LC 123/2006 e alterações.

Desta forma, com a contradição identificada no instrumento publicado, não é possível afirmar se o certame é de participação exclusiva das empresas beneficiadas na forma da LC nº 123/2006 ou se poderão participar outros tipos de empresas.

Necessário, portanto, diante dos apontamentos aqui formuladas, que a Administração licitante revise o instrumento convocatório e adeque no mesmo todas as disposições acerca da participação de microempresas e empresas de pequeno porte, especialmente definindo se admitirá participação exclusiva desse tipo societário, sob pena do cometimento de afrontosa desigualdade entre os licitantes.

Por óbvio que as adequações aqui indicadas, após realizadas, ensejarão a necessária republicação do edital, com fixação de nova data para apresentação dos envelopes. É, pois, o que requer e espera.

DA POSSIBILIDADE DE PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL

A Administração licitante, no instrumento convocatório – item VII – 1.3.8 – prevê a necessidade de apresentação de certidão negativa de falência ou concordata/recuperação judicial, restringindo indevidamente a participação de empresas em recuperação judicial.

VII - DO CONTEÚDO DO ENVELOPE "DOCUMENTOS PARA HABILITAÇÃO"

1.3 - QUALIFICAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA

1.3.8 Certidão Negativa de Falência ou Concordata/Recuperação Judicial, expedida pelo distribuidor da sede da pessoa jurídica. Caso não conste prazo de validade da certidão, serão aceitas certidões emitidas nos últimos 90 (noventa) dias antes da data da sessão de abertura da licitação, descrita no preâmbulo do Edital.

A participação de empresas em recuperação judicial **DEVE SER FRANQUEADA** desde que a empresa apresente o **plano de recuperação homologado em juízo**, como tem decidido as Cortes de Contas Estaduais, a exemplo do TCE/SP, com a emissão da Súmula 50:



SÚMULA Nº 50 - Em procedimento licitatório, não pode a Administração impedir a participação de empresas que estejam em recuperação judicial, das quais poderá ser exigida a apresentação, durante a fase de habilitação, do Plano de Recuperação já homologado pelo juízo competente e em pleno vigor, sem prejuízo do atendimento a todos os requisitos de habilitação econômico-financeira estabelecidos no edital.

Também o STJ decidiu no AREsp nº 309867, que a **exigência de apresentação de certidão negativa de recuperação judicial deve ser relativizada a fim de possibilitar à empresa em recuperação judicial participar do certame**, desde que demonstre, na fase de habilitação, a sua viabilidade econômica, como se verifica no trecho do voto do acórdão:

“Em sentido diverso, existe corrente doutrinária, à qual me alinho, no sentido de que, se a Lei de Licitações não foi alterada para substituir certidão negativa de concordata por certidão negativa de recuperação judicial, não poderia a Administração passar a exigir tal documento como condição de habilitação, haja vista a ausência de autorização legislativa (NIEBUHR, Joel de Menezes in “Licitação Pública e Contrato Administrativo”. 4ª Edição. Belo Horizonte: Fórum, 2015; pág. 447). Assim, as empresas submetidas à recuperação judicial estariam dispensadas da apresentação da referida certidão.

Vale lembrar que norma restritiva, como é o caso do art. 31 da Lei n. 8.666/1993, não admite interpretação que amplie o seu sentido, de modo que, à luz do princípio da legalidade, “é vedado à Administração levar a termo interpretação extensiva ou restritiva de direitos, quando a lei assim não o dispuser de forma expressa” (AgRg no RMS 44099/ES, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, Primeira Turma, julgado em 03/03/2016, DJe 10/03/2016).

Entendo, portanto, **incabível a automática inabilitação de empresas em recuperação judicial unicamente pela não apresentação de certidão negativa**, principalmente considerando que a Lei n. 11.101, de 09/02/2005, em seu art. 52, I, prevê a possibilidade de elas contratarem com o Poder Público, o que, em regra geral, pressupõe a participação prévia em licitação.”

Assim demonstrado na ementa do acórdão:

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 309.867 - ES (2013/0064947-3) RELATOR : MINISTRO GURGEL DE FARIA AGRAVANTE : TRACOMAI TERRAPIENAGEM E CONSTRUÇÕES MACHADO LTDA - EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL ADVOGADO : IZAIAS BABILONE E OUTRO(S) - ES010671 AGRAVADO : MUNICÍPIO DE VITÓRIA PROCURADOR : RUBEM FRANCISCO DE JESUS E OUTRO(S) - ES006440

EMENTA ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. EMPRESA EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL. PARTICIPAÇÃO. POSSIBILIDADE. CERTIDÃO DE FALÊNCIA OU CONCORDATA. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA. DESCABIMENTO. APTIDÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA. COMPROVAÇÃO. OUTROS MEIOS. NECESSIDADE.



1. Conforme estabelecido pelo Plenário do STJ, "aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas até então pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça" (Enunciado Administrativo n. 2). 2. Conquanto a Lei n. 11.101/2005 tenha substituído a figura da concordata pelos institutos da recuperação judicial e extrajudicial, o art. 31 da Lei n. 8.666/1993 não teve o texto alterado para se amoldar à nova sistemática, tampouco foi derogado. 3. À luz do princípio da legalidade, "é vedado à Administração levar a termo interpretação extensiva ou restritiva de direitos, quando a lei assim não o dispuser de forma expressa" (AgRg no RMS 44099/ES, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 03/03/2016, DJe 10/03/2016). 4. Inexistindo autorização legislativa, incabível a automática inabilitação de empresas submetidas à Lei n. 11.101/2005 unicamente pela não apresentação de certidão negativa de recuperação judicial, principalmente considerando o disposto no art. 52, I, daquele normativo, que prevê a possibilidade de contratação com o poder público, o que, em regra geral, pressupõe a participação prévia em licitação. 5. O escopo primordial da Lei n. 11.101/2005, nos termos do art. 47, é viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica. 6. A interpretação sistemática dos dispositivos das Leis n. 8.666/1993 e n. 11.101/2005 leva à conclusão de que é possível uma ponderação equilibrada dos princípios nelas contidos, pois a preservação da empresa, de sua função social e do estímulo à atividade econômica atendem também, em última análise, ao interesse da coletividade, uma vez que se busca a manutenção da fonte produtora, dos postos de trabalho e dos interesses dos credores. 7. **A exigência de apresentação de certidão negativa de recuperação judicial deve ser relativizada a fim de possibilitar à empresa em recuperação judicial participar do certame, desde que demonstre, na fase de habilitação, a sua viabilidade econômica.** 8. Agravo conhecido para dar provimento ao recurso especial.

A disposição editalícia, tal como foi disponibilizada, impõe restrição indevida a participação do certame, sem qualquer respaldo legal, merecendo, pois, sua adequação, de forma a atender a legislação e jurisprudência pertinente.

DA EXIGÊNCIA DE ALVARÁ DE LOCALIZAÇÃO E FUNCIONAMENTO

No indigitado edital, mais especificamente no item VII, 1.5, "b" há exigência para os licitantes apresentarem, dentre os documentos de habilitação, alvará de localização e funcionamento, pertinente ao ramo de atividade e compatível com o objeto do certame.

"VII - DO CONTEÚDO DO ENVELOPE "DOCUMENTOS PARA HABILITAÇÃO"



1.5 - OUTRAS COMPROVAÇÕES

b) Alvará de localização e funcionamento, pertinente ao seu ramo de atividade e compatível com o objeto do certame.”

Tal exigência caberia, vale dizer, ser formulada apenas ao vencedor do certame, sob pena de representar ônus excessivo ao participante.

Além disso, é fundamental registrar que tal documento não está inserido no rol de documentos de habilitação descritos na lei regente, tendo se excedido a Administração nesse exigência, a qual deve ser extirpada do instrumento convocatório ou lançada entre as exigências a serem atendidas pelo licitante vencedor.

A jurisprudência é uníssona em coibir este tipo de exigência:

*LICITAÇÃO – ARGUIÇÃO DE PERDA DE OBJETO AFASTADA – HABILITAÇÃO – REGULARIDADE FISCAL – **ALVARÁ DE FUNCIONAMENTO** – EXIGÊNCIA DE CÓPIA AUTENTICADA OU DOCUMENTO ORIGINAL – DOCUMENTO NÃO ELENADO NA LEI Nº 8.666/93 – SEGURANÇA CONCEDIDA. Não prospera a arguição de perda de objeto em razão da publicação do resultado da concorrência, se ainda houver pendente de julgamentos recursos aviados pela licitante. A finalidade do procedimento licitatório é obter a melhor proposta para a Administração Pública, mediante o maior número de concorrentes possíveis. O edital ao **exigir a apresentação de documento não elencado nos artigos 27 e 29 da Lei nº 8.666/93 como comprovação de regularidade fiscal, fere os princípios da ampla concorrência e acessibilidade, além de afrontar o princípio da razoabilidade.***

(MS 84365/2009, DES. CARLOS ALBERTO ALVES DA ROCHA, SEGUNDA TURMA DE CÂMARAS CÍVEIS REUNIDAS DE DIREITO PRIVADO, Julgado em 17/11/2009, Publicado no DJE 11/12/2009) (Destacamos)

*DENÚNCIA. PREFEITURA MUNICIPAL. PREGÃO PRESENCIAL. CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS DE TRANSPORTE DE PASSAGEIROS E ALUNOS DA REDE PÚBLICA DE ENSINO RESIDENTES NO MUNICÍPIO. AUSÊNCIA DE AMPLA PESQUISA DE PREÇOS. **EXIGÊNCIA DE ALVARÁ DE FUNCIONAMENTO NA FASE DE HABILITAÇÃO.** EXIGÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE DISPONIBILIDADE DE EQUIPAMENTOS E PESSOAL TÉCNICO ESPECIALIZADO PARA HABILITAÇÃO. IRREGULARIDADES. APLICAÇÃO DE MULTA AO PREGOEIRO E SUBSCRITOR DO EDITAL*

*(...)**Vistos, relatados e discutidos estes autos, ACORDAM os Exmos. Srs. Conselheiros da Primeira Câmara, por unanimidade, em conformidade com a ata de julgamento, diante das razões expendidas no voto do Relator, em: I) julgar procedente a denúncia, considerando irregulares: a) a exigência de alvará de funcionamento na fase de habilitação; b) a exigência de comprovação de disponibilidade de equipamentos e pessoal técnico especializado para habilitação; e c) a ausência de ampla pesquisa de preços; II) deixar de aplicar multa pela ausência de ampla pesquisa de preços, nos termos da fundamentação; III) aplicar multa ao Senhor Diego José de Souza Moreira, pregoeiro e subscritor do edital, no valor de R\$1.000,00 (mil reais) pelas irregularidades discriminadas nos itens a e b, o que totaliza o montante de R\$2.000,00 (dois mil reais), a teor do disposto no inciso II do art. 85 da Lei Orgânica***



do Tribunal; IV) deixar de aplicar multa ao Senhor Marcelo Faria Pereira, prefeito municipal, por entender que as falhas apuradas nos presentes autos são de responsabilidade exclusiva do pregoeiro, mas recomendando-lhe que, nas próximas licitações, não restrinja a cotação de preços aos fornecedores locais, bem como realize ampla pesquisa nos sites dos órgãos públicos; V) determinar a intimação das partes, após a deliberação; VI) determinar o arquivamento dos autos, após promovidas as medidas legais cabíveis à espécie.

(TCE-MG – DEN: 944779, Relator: CONS. CLÁUDIO TERRÃO, Data de Julgamento: 10/05/2016, Data de Publicação: 14/06/2016) (Destacamos)

(...)

Sendo assim, **exigir o alvará de funcionamento como condição de habilitação da licitante implica na imposição de cláusula ou condição que importe em frustração do caráter competitivo do certame.** Entende-se que, se a Lei nº 8666/93 veda a existência de qualquer cláusula ou condição que frustre o caráter competitivo, se o rol dos artigos 27 a 31 é taxativo, ou seja, não admite que a autoridade amplie suas exigências, e se a legislação específica que regulamenta a modalidade Pregão, Lei nº 10520/2002, sequer faz menção, em seu inciso XIII do artigo 4º, à exigência do alvará de funcionamento, à autoridade administrativa é vedado incluir no edital essa exigência.

(Processo nº 877079 – Primeira Câmara – Relator: Conselheiro José Alves Viana – Julgamento em: 12/11/13) (Destacamos)

Reforçando ao exposto o ilustre jurista Jessé Torres Pereira Junior leciona:

“(...) A redação adotada pelo novo estatuto estabelece relações *numerus clausus*, vedando que Administração demande apresentação de qualquer prova diversa daquelas inscritas nos termos da lei. Suprimiu, no pertinente àquelas qualificações, o espaço discricionário e criou vinculação estrita. Poderá a Administração deixar de exigir todos os documentos previstos na lei, sob pena de exceder-se no exercício do dever geral de licitar e sujeitar-se à invalidação da exigência indevida, mantidas apenas aquelas que se compatibilizarem com a provisão legal.”^v

No mesmo contexto, trazemos à baila os ensinamentos de Marçal Justen Filho:

“o art. 27 efetivou a classificação dos requisitos de habilitação. As espécies constituem “*numerus clausus*”.^v(...)”

“o elenco dos arts. 28 a 31 deve ser reputado como máximo e não como mínimo, ou seja, não há imposição legislativa a que a Administração, em cada licitação, exija comprovação integral quanto a cada um dos itens contemplados nos referidos dispositivos. O edital não poderá exigir mais do que ali previsto, mas poderá demandar menos.”^{vi}

Também no TCU é pacífica a vedação da exigência de apresentação de alvará de funcionamento, como demonstra o Acórdão 7982/2017 da Segunda Câmara:

“Acórdão 7982/2017 - Segunda Câmara - Data da sessão - 29/08/2017
Relator ANA ARRAES - Tipo do processo - REPRESENTAÇÃO

Enunciado

Para fins de habilitação jurídica, é vedada a exigência de apresentação de alvará de funcionamento sem a demonstração de que o documento



constitui exigência do Poder Público para o funcionamento da licitante, o que deve ser evidenciado mediante indicação expressa da norma de regência no edital da licitação.

Voto:

Este processo trata de representação do Tribunal de Contas dos Municípios do Estado de Goiás a respeito de possíveis irregularidades nas tomadas de preço 2 e 3/2017, conduzidas pelo município de Mozarlândia/GO para contratação de pavimentação/recapamento asfálticos em setores daquela municipalidade com recursos obtidos por meio dos contratos de repasse registrados no Siconv sob os números 820241/2015 e 829000/2016, firmados com a União, por intermédio do Ministério das Cidades, representado pela Caixa Econômica Federal, nos valores totais de R\$ 850.000,00 e R\$ 250.000,00, respectivamente.

[...]

3. Os questionamentos contidos nos documentos encaminhados ao Tribunal se relacionaram às seguintes exigências, constantes dos editais dos certames, as quais seriam restritivas à competitividade:

a) apresentação para fins de habilitação jurídica de alvará de funcionamento da empresa do ano vigente, expedido pelo município onde fica a sua sede (subitem 7.6.1, alínea d) ;

[...]

8. Quanto ao mérito, também estou de acordo com a unidade técnica. Várias das disposições dos editais das licitações extrapolam o rol taxativo contido nos arts. 28 a 31 da Lei 8.666/1993 e/ou vão contra a legislação e jurisprudência recente do TCU citada na instrução.

[...]

10. A discussão desses pontos tem por principal fundamento a necessidade de observar o caráter competitivo dos certames públicos de forma a se garantir a seleção da melhor proposta para a Administração.

11. E, neste caso, restou demonstrado que cláusulas questionadas podem efetivamente ter comprometido a competitividade das licitações porque, ainda que sete empresas tenham participado da tomada de preços 2/2017 e cinco, da tomada de preços 3/2017, apenas a [empresa] (também contratada após o processamento da tomada de preços 1/2017) foi habilitada nos certames (...).

[...]

12. Em relação à exigência de alvará de funcionamento, vale observar que, no acórdão 4.182/2017 - 2ª Câmara, relatado pelo ministro Aroldo Cedraz, se concluiu pela inexistência de irregularidade na habilitação de empresa que não detinha autorização ou alvará de funcionamento para o endereço indicado na documentação apresentada. Entretanto, o entendimento que conduziu a deliberação do colegiado foi no sentido de que o documento não deveria ser exigido por não constar do rol do art. 30 da Lei 8.666/1993, conforme se extrai do seguinte trecho do voto proferido:

5. Quanto ao alvará de funcionamento, importa destacar que não há rompimento do tratamento isonômico em relação àquilo que não é cobrado de nenhuma das licitantes. No caso em exame, veja-se que o art. 30 da Lei 8.666/1993 estabelece o rol de documentos relativos à qualificação técnica a serem exigidos nas licitações, no qual não consta a necessidade de apresentação de alvará ou licença de funcionamento. Ademais, referido alvará



nem mesmo é necessário para o cadastramento das empresas no SICAF. Sobre essa questão, portanto, não há irregularidade que diga respeito à competência deste Tribunal.

13. Em outra deliberação (acórdão 3.409/2013 - Plenário, igualmente da relatoria do ministro Aroldo Cedraz), o Tribunal, do mesmo modo, fez restrição à exigência de apresentação de autorização de funcionamento ou documentação semelhante, ressalvadas apenas as situações em que a exigência do documento for imposta pelo Poder Público como requisito para funcionamento da empresa, o que deverá ser expressamente indicado no edital mediante citação da norma de regência.

14. Assim, esse ponto, embora não incluído na proposta de encaminhamento da instrução, deve ser objeto de ciência à municipalidade para evitar repetição da falha nos próximos certames.

Acórdão:

9.3. considerar a representação procedente;

9.4. dar ciência ao município de Mozarlândia/GO sobre as seguintes ocorrências, verificadas nas tomadas de preço 2 e 3/2017, a fim de que adote, se ainda não o fez, as medidas necessárias para evitar sua repetição nas próximas licitações:

[...]

9.4.3. requerimento de apresentação, para a habilitação jurídica, de alvará de funcionamento sem demonstração de que o documento constitui exigência do poder público para o funcionamento da licitante, bem como de certificado de registro cadastral (subitem 7.6.1, alíneas d e e), em desacordo com as disposições dos artigos 27 e 28, inciso V, da Lei 8.666/1993, os princípios da motivação e da competitividade e com a jurisprudência deste Tribunal (acórdãos 2.951/2012, 2.857 e 3.409/2013 do Plenário e 4.182/2017 da 2ª Câmara);”

Sendo assim, exigir o alvará de funcionamento como condição de habilitação da licitante implica a **imposição de cláusula ou condição que frustra o caráter competitivo do certame**. A Lei 8.666/93 define a documentação que poderá ser exigida para comprovar habilitação jurídica, qualificação técnica, econômico-financeira e regularidade fiscal. **Não prevê, entretanto, apresentação de licença ou alvará de funcionamento.**

Mais essa disposição há de ser corrigida no instrumento.

DA VALIDAÇÃO DO SISTEMA APÓS A HABILITAÇÃO DOS LICITANTES



O instrumento convocatório em questão, prevê, no item abaixo citado, a realização da validação do sistema ofertado pelo licitante, após a declaração de sua habilitação.

“IX - DO PROCEDIMENTO E DO JULGAMENTO

13 - Se a oferta não for aceitável, ou se a licitante desatender as exigências para a habilitação incluindo a não validação do sistema conforme descrito no Termo de Referência, a Pregoeira examinará a oferta subsequente de menor preço observada à ordem de classificação, e assim sucessivamente.”

Também no Termo de Referência, anexo ao edital, em seu item 12, há previsão da validação do sistema após a declaração de habilitação.

“12 – DA VALIDAÇÃO DOS SISTEMAS

12.1 Declarado habilitado o licitante, a sessão será suspensa e retomada no prazo de 03 (três) dias úteis para a realização da demonstração técnica do sistema, a fim de comprovar seu real atendimento às condições mínimas descritas neste Termo de Referência. A análise objetivará comprovar atendimento às condições técnicas operacionais exigidas bem como às funcionalidades mínimas requeridas e eventual integração entre as mesmas, e, ainda, o pleno atendimento dos sistemas ofertados às exigências do Tribunal de Contas do Estado da Paraíba, dentre outras plataformas mencionados neste Termo de referência.”

A **validação do sistema**, é preciso registrar, caracteriza-se como uma **prova/amostra do produto licitado** e, em razão disso, sua avaliação haveria de se dar juntamente com a fase de análise das propostas comerciais, eis que inerente ao preço.

Não guarda relação a validação do sistema com qualquer dos critérios de habilitação, sendo totalmente impertinente promover a avaliação pretendida após a classificação dos licitantes.

Segundo conceitua o art. 2º, XXV, da Instrução Normativa nº 4, de 11 de setembro de 2014, da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, **“Prova de Conceito”** é a **“amostra a ser fornecida pelo licitante classificado provisoriamente em primeiro lugar para realização dos testes necessários à verificação do atendimento às especificações técnicas definidas no Termo de Referência ou Projeto Básico”**.

A realização da prova de conceito, fundado em critérios de conveniência e oportunidade, se fundamenta no dever legal do gestor, previsto no art. 43, IV, da Lei nº 8.666/1993, de **“verificação da conformidade de cada proposta com os requisitos do edital”**, o qual se aplica também ao procedimento do pregão subsidiariamente, por aplicação do art. 9º, da Lei n. 10.520/2002.



Tal prova de conceito não pode ser exigida como condição de qualificação técnica da licitante, junto com a habilitação, tendo em vista que o artigo 30 da Lei 8.666/1993, traz uma relação limitativa das exigências possíveis para a qualificação técnica e a prova de conceito não está lá relacionada. Ademais, **a prova de conceito é questão atinente ao produto que está sendo ofertado, não à empresa, e, portanto, é item classificatório. A prova de conceito só deve ser exigida do licitante que estiver classificado provisoriamente em primeiro lugar.** Essa é a orientação do Tribunal de Contas da União, Acórdão 2.763/2013 – Plenário:

“Acórdão 2763/2013 – Plenário - Data da sessão 09/10/2013

Relator WEDER DE OLIVEIRA

REPRESENTAÇÃO

Enunciado

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.

Resumo

Em Representação contra edital de pregão eletrônico da Companhia Brasileira de Trens Urbanos (CBTU), para aquisição de solução de gerenciamento eletrônico de documentos e para contratação de serviço de digitalização de documentos e certificados digitais, verificou-se, dentre outras, possível irregularidade na exigência de realização de prova de conceito pelos licitantes, como requisito de qualificação técnica. A unidade técnica especializada do Tribunal, ao analisar a matéria, esclareceu que a prova de conceito se assemelha à avaliação de amostras. No caso em questão, a prova de conceito objetivaria verificar se a solução apresentada satisfaz as exigências do termo de referência. Destacou, entretanto, que, “quando exigida, não pode constituir condição de habilitação dos licitantes, devendo limitar-se ao licitante classificado provisoriamente em primeiro lugar. Caso não seja aceito o material entregue ou apresentado para análise, o licitante deve ser desclassificado, devendo ser exigido do segundo e assim sucessivamente, até ser classificada uma empresa que atenda plenamente às exigências do ato convocatório”. Apoiado em jurisprudência pacificada da Corte, e em consonância com o posicionamento da unidade técnica especializada, o relator sustentou que “a prova de conceito, meio para avaliação dos produtos ofertados pelas licitantes, pode ser exigida do vencedor do certame, mas não pode ser exigida como condição para habilitação, por inexistência de previsão legal”. Ao acolher a proposta do relator, o Tribunal considerou a Representação procedente e determinou à CBTU, quanto ao ponto, que em futuras licitações “abstenha-se de estabelecer prova de conceito como requisito para habilitação técnica dos licitantes, ante o disposto no art. 30, caput e § 5º, da Lei 8.666/1993”.

Relatório:



35. Nesse sentido, destaca-se a aplicabilidade dos entendimentos da Nota Técnica 04/2009 - Sefti/TCU [...], que discute a possibilidade de avaliação de amostras em pregões de TI, à contratação em tela, porquanto a realização de prova de conceito se assemelha à avaliação de amostras. Nesta nota técnica, concluiu-se que:

Nos certames realizados por Pregão, em que a avaliação de amostras fizer-se necessária, esta deve ser exigida somente na fase de classificação e apenas do licitante provisoriamente em primeiro lugar, após a etapa de lances (Lei nº 8.666/1993, art. 3º, § 1º, inciso I e arts. 27 a 31; Decisão nº 1.237/2002 - TCU - Plenário, subitem 8.3.2; Acórdãos TCU nos 808/2003, subitem 9.2.5 e 526/2005, subitem 9.3, ambos do Plenário).

Voto:6. Três possíveis ilegalidades foram suscitadas:

[...]

necessária apresentação de prova de conceito pelo licitante;

[...]

8. A prova de conceito, meio para avaliação dos produtos ofertados pelas licitantes, pode ser exigida do vencedor do certame, mas não pode ser exigida como condição para habilitação, por inexistência de previsão legal. Esse é o entendimento pacificado nesta Corte, no Acórdão 1113/2009 - TCU - Plenário, e sustentado na nota técnica 4/2009-Sefti/TCU.

Acórdão:

9.1. conhecer da presente representação, para no mérito considerá-la procedente;

[...]

9.3. determinar à [omissis], que, em futuras licitações:

9.3.1. abstenha-se de estabelecer prova de conceito como requisito para habilitação técnica dos licitantes, ante o disposto no art. 30, caput e §5º, da Lei 8.666/1993;

Publicado - Informativo de Licitações e Contratos nº 172 - Boletim de Jurisprudência nº 12 de 21/10/2013."

Mais do que isto, em sendo uma etapa da classificação das empresas, a prova de conceito deve ser realizada em sessão pública, com convocação para todos os interessados e cabendo recurso do seu resultado, posto que é o seu resultado que define a classificação da empresa vencedora.

Sendo assim, a validação do sistema não é condição de habilitação da licitante, mas sim uma etapa pertinente a análise da proposta comercial do licitante, havendo de ser alocada para este momento processual.

DA VALIDAÇÃO DO SISTEMA E A NÃO ADJUDICAÇÃO DO OBJETO



O Termo de Referência anexo ao instrumento convocatório, **prevê a não adjudicação do objeto** quando não atendimento a qualquer funcionalidade requerida.

Tal irregularidade se verifica no item 12.1.1, que estabelece que a validade do sistema se dará por *amostragem*, na qual a Prefeitura indicará as funcionalidades relevantes a serem demonstradas e a forma de comprovação das mesmas.

“12.1.1 A análise dos sistemas e seus módulos será realizada por técnicos da Prefeitura, por amostragem, no qual indicará as funcionalidades relevantes a serem demonstradas e forma de comprovação das mesmas.”

No item subsequente (12.1.2) dispõe que o não atendimento a qualquer funcionalidade requerida implicará na não adjudicação do objeto à licitante.

“12.1.2 O não atendimento a qualquer funcionalidade requerida implicará na não adjudicação do objeto à licitante e conseqüentemente no chamamento da empresa melhor classificada em segundo lugar na etapa de lances para negociação do preço ofertado, análise de sua habilitação, e, validação da mesma forma das funcionalidades dos sistemas, e assim sucessivamente.”

Em tais dispositivos, duas impropriedades se evidenciam. Primeiramente, se reproduz a incorreção apontada acima, eis que não declara desclassificada a empresa que não atender à validação do sistema, mas sim prevê que a mesma não terá a adjudicação do objeto em seu nome. Ora, as etapas de eliminação do certame são duas apenas: habilitação ou classificação. E, não sendo um critério habilitatório a validação do sistema, o licitante QUE NÃO ATENDER aos critérios objetivos de sua realização, haveria de ser DESCLASSIFICADO.

O edital só fala em não adjudicação do objeto, o que é uma impropriedade considerável. A inversão de fases prevista no questionado edital não encontra qualquer amparo legal, não podendo prosperar, sob pena de subverter todo o rito processual fixado e estabelecido na legislação regente, de observância e cumprimento obrigatório da Administração Pública.

Outro ponto que demanda reprimenda desta corte, diz respeito à exigência de 100% das funcionalidades dos sistemas licitados, eis que estabelece que a validação do sistema se dará por AMOSTRAGEM e, o não atendimento a qualquer delas, implicará na não adjudicação do objeto.

Ora, entende-se dessa disposição que **qualquer falha do licitante ensejará sua eliminação da disputa**, representando uma excessividade de rigor e de ônus aos



licitantes. Seria de bom alvitre, portanto, que a Administração exigisse, ao menos, o atendimento de 90% das funcionalidades do sistema, ou definisse, se o caso, as parcelas de maior relevância e valor significativo, passíveis de demonstração do produto ofertado.

Assim, a exigência de demonstração da totalidade do sistema licitado não se mostra adequado, especialmente em licitação deflagrada na modalidade registro de preço, onde há mera expectativa de contratação.

O considerável ônus do licitante, ao disponibilizar equipamentos e funcionários técnicos habilitados a promover a validação de todos os sistemas licitados, dado seu volume e especificidade, alijaria, por certo, potenciais interessados, privando a ADMINISTRAÇÃO da obtenção da melhor proposta, especialmente, repisa-se, por se tratar de registro de preço.

A amostra e aqui entenda-se, a validação do sistema, há de servir para minimamente demonstrar a adequação das funcionalidades básicas do sistema licitado, sem inviabilizar a participação no certame, ferindo o princípio da ampla participação.

O Ministério Público de Contas do Estado de São Paulo, em suas orientações interpretativas, teve oportunidade de discorrer sobre a exigência de amostras, assim aduzindo:

OL-MPC/SP n.º 01.24: A exigência de apresentação de amostras somente é válida quando acompanhada de critérios objetivos de avaliação previamente definidos no ato convocatório.

Segundo o Tribunal de Contas da União, “especificados no edital os critérios técnicos exigidos para avaliação da amostra objeto do certame, não há que se falar em subjetividade na análise das mesmas por ocasião do julgamento do certame” (TCU, Plenário, Acórdão 2077/2006). Da mesma forma, a Colenda Corte de Contas do Estado de São Paulo tem repudiado a falta de objetividade da Comissão no momento da avaliação das amostras (TCE/SP, Tribunal Pleno, TC 1115/010/10, Rel. Cons. Edgard Camargo Rodrigues, j. 13.10.2010). Também neste sentido:

“REPRESENTAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE – EXAME PRÉVIO DE EDITAL- FORNECIMENTO DE CESTAS BÁSICAS DE ALIMENTOS – APRESENTAÇÃO DAS AMOSTRAS NO MOMENTO DAS PROPOSTAS – ESPECIFICAÇÕES E PARÂMETROS OBJETIVOS PARA A AFERIÇÃO DA ACEITABILIDADE DAS AMOSTRAS. “[...] Necessária, pois, a reforma do item “8.5”, do Anexo I, a fim de adequá-la à jurisprudência desta Corte, pois injustificada a antecipação da apresentação das amostras na forma disposta naquela cláusula editalícia. Como bem ressaltado pelos órgãos técnicos, a jurisprudência consolidada na Súmula nº 19, deste Tribunal, busca tutelar o princípio de que as amostras devem ser apresentadas no mesmo momento das propostas, estando vedada qualquer espécie de antecipação. E neste sentido é que se mostra indevida a interpretação literal daquele enunciado que se acha invocada nas justificativas da origem. De outra parte, também se mostra procedente a impugnação dirigida contra a ausência de especificações e parâmetros objetivos para a aferição da aceitabilidade das



amostras, à vista da completa omissão a respeito nas cláusulas do item “08”, do Anexo I, o que se mostra incompatível com o princípio do julgamento objetivo, consagrado na Lei Geral das Licitações.” (TCE/SP, Tribunal Pleno, TC 18587/026/09, Rel. Cons. Eduardo Bittencourt Carvalho, j. 17.06.2009)

Ainda que se considere que, pela natureza do objeto, o exame das amostras possa se limitar ao mero confronto entre as características do item e as especificações constantes do objeto, a redação genérica do dispositivo revela indesejável subjetividade, podendo ensejar a utilização de critério ou fator sigiloso, secreto, subjetivo ou reservado na avaliação, o que seria vedado pelo art. 44,

§ 1º da Lei Federal 8.666/93, tal como decidido, a título de exemplo, nos TCs 5646/989/14, 5660/989/14 e 5662/989/14.

OI-MPC/SP n.º 01.25: Somente é possível exigir a apresentação de uma amostra para cada item licitado se observados os critérios da proporcionalidade e da razoabilidade, de modo a evitar ônus desnecessários aos interessados.

Denotando a adoção implícita do critério da razoabilidade, há precedente do Egrégio TCE/SP frisando que, “as amostras envolvem pequena quantidade de itens, todos de prateleira, não configurando patente restrição ou imposição de alguma dificuldade à livre participação de interessadas” (TCE/SP, Tribunal Pleno, TC 1860/989/14-4, Rel. Cons. Sidney Estanislau Beraldo,

j. 15.04.2014). Ainda que de forma secundária, o assunto também foi debatido na decisão abaixo

transcrita:

“Acerca da matéria, destaco trecho da decisão plenária de 04-06-14, nos autos dos TCs 928/989/14-4 e 941/989/14-7: ‘A exigência de apresentação, já na sessão do pregão, de uma amostra para cada item do lote no qual o licitante venha a ser o vencedor, configura-se restritivo em razão do ônus desnecessário aos interessados a participar do certame. Isto porque, a despeito de o ato convocatório direcionar a exigência de apresentação de amostras apenas ao vencedor dos itens selecionados, todas as empresas licitantes terão que providenciar amostras já na sessão do pregão, pois sua exigência se dá no mesmo momento da apresentação das propostas. Além disso, somada a grande quantidade de amostras que as interessadas teriam que apresentar (67 produtos dos 117 que estão sendo licitados), ainda existem aquelas que pedem personalização (brasão e/ou logotipo), ficando ainda mais patente a onerosidade excessiva da exigência. Ademais, o sistema de registro de preços visa à aquisição futura e incerta, de acordo com a necessidade da Administração, não se coadunando, portanto, com a exigência de apresentação de amostras por todas as interessadas na disputa, no início da sessão pública’. Assim, deve a Administração retificar o edital para que a apresentação de amostras passe a ser requerida apenas do vencedor do certame, concedendo-se prazo razoável para sua apresentação, de forma permitir a personalização quando necessária.” (TCE/SP, Tribunal Pleno, EPE 1597/989/15-1, Rel. Cons. Sidney Estanislau Beraldo, j. 24.06.2014)

Aborda, ainda, o Digno Parquet Estadual que a avaliação há de se dar com base em critérios objetivos, os quais não constam do edital e tampouco do termo de referência, inviabilizando uma justa e adequada apreciação.



Evidente, pois, diante de todas as gravosas impropriedades aqui registradas a impossibilidade de prosseguimento deste certame, que carece da intervenção desta Egrégia Corte de Contas, para obstaculizar a consagração de tantas irregularidades.

DA AUSÊNCIA DE PREVISÃO DE REAJUSTE DE PREÇOS

O item 16 do Termo de Referência, a seguir transcrito, prevê a possibilidade de prorrogação do contrato a ser firmado com a licitante que tiver seu preço registrado.

16 - DO PRAZO DO CONTRATO:

16.1 O Contrato vigorará a contar de sua assinatura pelas partes no prazo até 12 meses. O prazo constante nesta cláusula poderá ser prorrogado, em havendo acordo entre ambas as partes, depois de observado o Art. 57 da Lei Federal n.º 8.666/93.

Contudo, **não há qualquer previsão do reajuste de preços**, havendo apenas a possibilidade de revisão, que é instituto completamente diverso. A Lei de Licitação, aplicável a espécie, prevê em seu **art. 40, inciso XI** a necessidade de definição do critério de reajuste, que deverá retrair a variação efetiva do custo de produção, admitida a adoção de índices específicos ou setoriais, desde a data prevista prevista para apresentação da proposta, ou do orçamento a que essa proposta se referir.

E, no **art. 55** do mesmo diploma, constam as cláusulas necessárias em todo contrato, dentre as quais, no **inciso III**, figuram o preço, as condições de pagamento, os critérios, a data base e periodicidade do reajustamento de preços.

Nenhum dos dispositivos legais citados foi observado pela Administração licitante que, deflagrou edital, em afronta a legislação, com total ausência das regras de reajuste de preços.

DA AUSÊNCIA DE PREVISÃO DA REALIZAÇÃO DE VISITA TÉCNICA

O edital não prevê a realização de visita técnica pelos licitantes, o que praticamente inviabiliza a formulação da proposta comercial. Ainda que facultativa, tem que haver tal disposição ou, ainda, previsão de exigência do licitante de apresentação de declaração de responsabilidade que elaborará, por sua conta e risco, o preços dos serviços que se pretende registrar, mesmo sem conhecimento específico e verificação "in loco" dos sistemas existentes.

Ressalte-se que, dentre as obrigações do licitante vencedora, está a de fazer a conversão e integração dos sistemas e, para tanto, é imprescindível que sejam disponibilizadas as informações pertinentes no edital ou seja franqueada a possibilidade de visita técnica: neste edital não há nem um, nem outro, inviabilizando a adequada elaboração da proposta comercial e, portanto, o prosseguimento do procedimento.



DA EXIGUIDADE DE PRAZO PARA EXECUÇÃO DO OBJETO

O item 1.2 do Termo de Referência, abaixo descrito, fixa o prazo de 30 (trinta) dias para que o licitante vencedor promova a instalação, conversão, integração dos sistemas e treinamento do pessoal.

“1.2 Prazo para entrega do objeto: A instalação, conversão, integração dos sistemas e treinamento do pessoal em conformidade com as especificações constantes neste Termo, ocorrerá no prazo máximo de 30 (trinta) dias a contar da emissão da ordem de serviço;”

Além de exiguidade de prazo para realizar tarefa tão detalhada, que demanda troca de informações, análises acuradas do sistema existente na Administração (cuja especificação não consta do edital e de nenhum de seus anexos e, tampouco há previsão da realização de visita técnica no certame), também não há indicação do número de usuários que serão treinados, o que compromete a adequada formulação da proposta comercial, que retratará o real custo do serviço licitado.

5. DO TREINAMENTO

5.1 O treinamento de utilização dos sistemas aos usuários deverá obedecer aos seguintes critérios: a) A CONTRATANTE apresentará à CONTRATADA a relação de usuários a serem treinados, sendo estes, todos os que utilizarão os sistemas locados. b) A CONTRATANTE indicará um usuário ao qual o treinamento será realizado com características de possibilidade de suporte aos demais usuários posteriormente. c) Definida a equipe de treinamento, a CONTRATADA realizará o treinamento, em uma única etapa, e constará de apresentação geral do sistema e acompanhamento de toda a documentação em nível de usuário. d) O treinamento prático deverá possibilitar todas as operações de inclusão, alteração, exclusão e consulta referente a cada tela, bem como a emissão de relatórios e suas respectivas análises.

Desta forma, além do prazo impossível fixado, de exíguos 30 dias para realizar a INSTALAÇÃO, CONVERSÃO, INTEGRAÇÃO DOS SISTEMAS E TREINAMENTO DO PESSOAL, não há elementos suficientes para o dimensionamento do treinamento requerido.

Falta de objetividade do edital, por mais essa razão, é flagrante, ensejando, pois, sua reformulação e republicação.



DO PEDIDO

POR TODO O EXPOSTO, representa-se o edital do Pregão nº 16/2019, instaurada pelo Município de Mamanguape, perante esta Egrégia Corte de Contas, pelos motivos acima delineados, requerendo a concessão em caráter de URGÊNCIA, *inaudita altera parte*, da **IMEDIATA SUSPENSÃO DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO**, cuja sessão de entrega dos envelopes está designada para o próximo dia 03 de julho, às 09h00.

No mérito, requer-se seja determinado à Administração promotora do certame, a **retificação, adequação e complementação do instrumento convocatório** nas questões aqui apontadas, **promovendo-se, após isso, a devida e necessária publicidade**, nos termos da lei, de modo a observar e prestigiar os princípios administrativos regentes do processo licitatório.

Termos em que
pede deferimento.
João Pessoa, 01 de julho de 2019.



MARCELO RODRIGUES BATALHA
CPF/MF sob o nº 282.774.298-51