

▪ Visualização de Recursos, Contrarrazões e Decisões

RECURSO :

Ilmo.(a) Sr.(a) Pregoeiro(a) da
AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA – ANEEL
PREGÃO ELETRÔNICO Nº 28/2020
Processo: 48500.001272/2020-74

SPREAD SISTEMAS E AUTOMAÇÃO LTDA., já qualificada no Pregão em referência (PREGÃO ELETRÔNICO nº 28/2020), conforme item 11 do Edital em epígrafe, vem à presença de Vossa Senhoria apresentar

RECURSO ADMINISTRATIVO

nos termos das Razões a seguir aduzidas, visto que a Proposta indicada como vencedora, da empresa G&P (Recorrida), deixa de atender as exigências do Edital, violando, assim, as disposições dos artigos 30 e 41 da Lei 8.666/93, como se demonstra a seguir.

Desde já REQUER o integral provimento do presente, com as providências necessárias à garantia de integral legalidade e regularidade do certame.

1. TEMPESTIVIDADE

A declaração da G&P como vencedora do certame deu-se aos 02/06/2020 através do Portal Governamental de Compras www.comprasgovernamentais.gov.br momento em que ficaram estabelecidos os prazos para registro de recurso (09/06/2021) e contrarrazão (14/06/2021), conforme abaixo;

02/06/21 - G&P declarada habilitada e vencedora. Aberto prazo para manifestação de intenção de recurso. Manifestaram: Spread e Hits. Data limite para registro de recurso: 09/06/2021. Data limite para registro de contrarrazão: 14/06/2021.

Tem-se, portanto, que protocolado aos 09/06/2021, o presente Recurso é tempestivo, preenchendo todos os requisitos para seu conhecimento e integral provimento.

2. DESATENDIMENTO AOS REQUISITOS TÉCNICOS DE HABILITAÇÃO

O presente Edital tem como Objeto:

Prestação de serviços técnicos especializados em estruturação de dados, arquitetura, desenvolvimento e sustentação de soluções de Tecnologia da Informação (TI), conforme especificações deste Edital e seus anexos.

Para que a licitante possa ser contratada com vistas à execução do objeto editalício o ente promotor da Licitação estabeleceu, justificadamente, como prevê a Lei, uma série de requisitos de habilitação técnica que devem ser atendidos, o que não se verificou com a Recorrida G&P, em razão do que deve ser inabilitada. Senão, vejamos.

O Edital traz em seu item 9.5 os requisitos de qualificação técnica que devem ser atendidos e comprovados para habilitação e contratação para a prestação dos serviços, ora licitados.

Em consonância ao objeto do Contrato, a ANEEL deu ênfase à qualificação da empresa no uso de práticas ágeis na prestação dos serviços em razão do que especificou, em particular, o item 9.5.1.2 e seu subitem 9.5.1.2.1, os requisitos de comprovação do uso dessa técnica, em prazo e volume, conforme transcrito a seguir:

9.5.1.2 Que implementou e/ou aplicou práticas ágeis para a entrega de soluções de TI no âmbito de contratos compatíveis com o objeto licitado, por período não inferior a 1 (um) ano, contínuos ou não, podendo ser aceito o somatório dos atestados.

9.5.1.2.1 No referido atestado deverá ser comprovada a execução de pelo menos 121.968 (cento e vinte e um mil e novecentos e sessenta e oito reais) horas de serviço técnico em execução de metodologias ágeis.

Mesmo apresentando alguns atestados, não restou comprovado, pela Recorrida, a execução de pelo menos 121.968 (cento e vinte e uma mil, novecentas e sessenta e oito) horas de execução de serviços técnicos com o emprego de metodologias ágeis, exigidos no item 9.5.1.2.1, conforme se demonstra.

No Despacho nº 0103/2021-SLC/ANEEL de 02 de junho de 2021, a Superintendência de Licitações e Controle de Contratos e Convênios – SLC informa que, na alínea b) do item 23, para comprovar o item de qualificação 9.5.1.2.1 do Edital, a Comissão de Licitação considerou os atestados emitidos por: JUCESP (ACT_1058), PRODESP (ACT_1070), ALESP (ACT_1062) e CIJUN (ACT_1044), assim consignando:

b) A cláusula 9.5.1.2, de comprovação de execução de metodologia ágil por, pelo menos 1 ano, foi atendida por meio da apresentação de 4 atestados (JUCESP/SP, Prodesp/SP, Assembleia Legislativa de São Paulo e CIJUN).

Ao realizar o exame dos 4 (quatro) atestados conclui-se que apenas os atestados emitidos pelas instituições ALESP (ACT_1062) e CIJUN (ACT_1044) se prestam para a comprovação deste requisito, uma vez que somente estes 2

(dois) atestados mencionam o uso de práticas de metodologias ágeis nos serviços prestados pela Recorrida.

Atestado Emissor Data Emissão Referência USTs Executadas Convertido para Horas
ACT_1062 ALESP 22/10/2020 0799/2017 4.856 4.856
ACT_1044 CIJUN 20/09/2019 0067/2018 - 20.842,5
Total de Horas Executadas 25.698,5

Como se pode verificar o volume comprovado de horas de serviços prestados pela Recorrida, utilizando as técnicas de metodologias ágeis é de apenas 25.698,5 horas, muito aquém das 121.968 (cento e vinte e uma mil, novecentas e sessenta e oito) horas requeridas pelo Edital em seu item 9.5.1.2.1.

Entretanto, apenas por reconhecer a faculdade da Administração de promover diligências, nos documentos apresentados, com o propósito de buscar esclarecimentos e comprovações, é que se admite considerar o atestado emitido pela PRODESP (ACT_1070), apesar de tal documento não mencionar o emprego de qualquer das práticas preconizadas pela metodologia Ágil.

No Despacho nº 0103/2021-SLC/ANEEL de 02 de junho de 2021, a Superintendência de Licitações e Controle de Contratos e Convênios – SLC informa, na alínea c5) do item 23, que foi possível observar no Edital da PRODESP (documento suplementar que não havia sido apresentado com a Proposta) a utilização da metodologia Ágil no Edital de licitação, que teria dado origem ao Contrato nº PRO.00.7465 entre a Recorrida e a PRODESP e por isto considerou o total 33.662 HSTs, indicadas no atestado (ACT_1070).

c.5) O atestado da Prodesp indica um total de 33.662 HSTs, que foram consideradas totalmente já que o edital da Prodesp deixa clara a utilização da metodologia ágil em toda a execução.

Atestado Emissor Data Emissão Referência USTs Executadas Convertido para Horas
ACT_1062 ALESP 22/10/2020 0799/2017 4.856 4.856
ACT_1044 CIJUN 20/09/2019 0067/2018 - 20.842,5
ACT_1070 PRODESP 26/03/2021 PRO.00.7465 - 33.662
Total de Horas Executadas 59.360,5

Desta forma, atualizando os números, tem-se que a Recorrida conseguiu comprovar apenas 59.360,5 horas, ainda muito aquém das 121.968 (cento e vinte e uma mil, novecentas e sessenta e oito) horas requeridas pelo Edital em seu item 9.5.1.2.1.

No intuito de suprir informações ausentes da Proposta da G&P, a Comissão de Licitação também promoveu diligência relativa ao atestado (ACT_1058) emitido pela JUCESP, ainda que tal documento, igualmente ao emitido pela PRODESP, não tenha feito qualquer menção ao emprego de técnicas ou práticas das metodologias Ágeis.

Ocorre que nem o Atestado (ACT_1058), nem o Contrato nº 16/2016, celebrado entre a JUCESP e a Recorrida, e nem o Edital do Pregão Eletrônico nº 25/2016, do qual originou o contrato, em qualquer momento mencionam a utilização de práticas, técnicas ou mesmo do uso de metodologias Ágeis, o que impede sua utilização com fins de atendimento ao requisito de habilitação técnica 9.5.1.2.1.

A própria Comissão de Licitação reconhece no Despacho nº 0103/2021-SLC/ANEEL de 02 de junho de 2021, a Superintendência de Licitações e Controle de Contratos e Convênios – SLC, na alínea c3, que o atestado não explicita a utilização de metodologia Ágil e que o Gestor do Contrato na JUCESP, “confirmou por e-mail que a média anual de contratação de HSTs girava em torno de 88.346,70 HSTs (90% do contratado anual)” (grifo nosso). Obviamente, tal reconhecimento fere frontalmente o Princípio da Razoabilidade ao considerar como confirmação uma mera inferência de “uma média que girava em torno de...”.

c.3) o atestado da Junta Comercial de São Paulo, em seu texto não trazia a indicação explícita de utilização de metodologia ágil, porém, o gestor do contrato na Junta, confirmou por e-mail que a média anual de contratação de HSTs girava em torno de 88.346,70 HSTs (90% do contratado anual), e que o contrato teve em torno de 490.815 HSTs contratada.

Em que pese o esforço da Comissão de Licitação não há como considerar as horas reportadas pelo Gestor do Contrato na Junta, como comprovação de execução de serviço técnico em execução de metodologias Ágeis.

Se para o reconhecimento do uso de práticas ágeis esta Comissão de Licitação foi buscar no Edital do Processo Licitatório da PRODESP a comprovação do uso de metodologia Ágil, no caso do atestado da JUCESP, nenhum dos documentos apresentados e/ou diligenciados e que compõem a prova: Atestado, Contrato e Edital - traz qualquer menção sobre a aplicação de metodologia Ágil na execução do serviço contratado pela JUCESP, motivo pelo qual não se pode admitir que as horas atestadas pela JUCESP, tenham sido executadas segundo um modelo ou uma metodologia Ágil e por esta razão o atestado (ACT_1058) emitido pela JUCESP não pode ser utilizado para a comprovação do requisito de qualificação técnica 9.5.1.2.1.

A Licitante, portanto, não conseguiu comprovar a utilização de Métodos Ágeis nos serviços executados para a JUCESP no âmbito do contrato cujos serviços são referenciados no atestado em tela, e também resta absolutamente claro que o próprio quantitativo de horas executadas não pode ser considerado comprovado, sendo absurdo considerar-se que o esclarecimento prestado pelo gestor do contrato através de um e-mail informando que “a média anual de contratação de HST girava em torno de 88.346,70 HSTs (90% do contrato anual)” possa ser entendido como comprovação inequívoca do quantitativo de horas efetivamente executadas e muito menos, ainda, que todas essas horas executadas tenham sido prestadas com a utilização de metodologias ágeis, como requer o Edital do certame em tela.

Caso a Douta Comissão de Licitação da ANEEL entendesse que seria possível considerar esses serviços como tendo sido executados com a utilização de metodologias ágeis, mesmo quando nenhum dos documentos os mencionasse dessa forma, deveria ter solicitado as Ordens de Serviço e os artefatos produzidos no atendimento destas, de

forma a comprovar inequivocamente o teor dos serviços executados. Também teria de solicitar os respectivos atestes da quantidade de HSTs consumidas e pagas referentes a cada uma dessas Ordens de Serviço, de modo a possibilitar a totalização dos quantitativos executados com utilização de metodologias ágeis de forma inquestionável.

Cabe registrar a importância da metodologia ágil que já foi assim reconhecida pelo TCU (Acórdão Nº 2314/2013 – TCU – Plenário) como instrumento de aperfeiçoamento da qualidade na prestação de serviços de software:

2. Os “métodos ágeis” constituem um novo paradigma para a construção de sistemas informatizados, ainda pouco difundidos nacionalmente, principalmente no âmbito das instituições públicas. No entanto, sua adoção tem se mostrado crescente. Dessa forma, a Sefti entendeu necessário aprofundar seu conhecimento teórico acerca do tema, verificar de que forma estão ocorrendo as contratações públicas para desenvolvimento de software com base nesses métodos, bem como identificar riscos associados a essas contratações.

3. As metodologias relacionadas a esse conceito propõem diversas simplificações com relação aos métodos tradicionais de desenvolvimento de software. Em essência, buscam um processo mais eficiente, por meio da eliminação de desperdícios e da entrega de produtos mais céleres e frequentes. Seus fundamentos preceituam: a valorização de indivíduos e sua interação mais que processos e ferramentas; a colaboração entre contratante e cliente acima da negociação de contratos; e a aceitação natural de mudanças de requisitos do produto, ante a obrigação de se seguir um plano. Essa nova abordagem pressupõe práticas como planejamento breve, execução por iterações, redução expressiva da documentação de software e maior autonomia dos desenvolvedores. O presente trabalho descreve de forma detalhada os fundamentos teóricos e técnicas das metodologias ágeis que têm sido recentemente empregadas em contratações públicas de sistemas de informação, denominadas Scrum, eXtreme Programming (XP) e Kanban.

Dessa forma, considerando a importância do requisito Metodologia Ágil e o número mínimo de horas a ser comprovado para habilitação, imprescindível que o requisito seja integralmente atendido para fins de habilitação.

Como demonstrado, a Recorrida não comprovou a execução de pelo menos 121.968 (cento e vinte e uma mil, novecentas e sessenta e oito) horas de execução de serviços técnicos com o emprego de metodologias ágeis, e por consequência não atendeu o requisito de qualificação técnica 9.5.1.2.1 em razão do que a Recorrida G&P deve ser declarada inabilitada e a respeitável decisão que habilitou a G&P necessita ser reformada.

3. DO DIREITO A SER OBSERVADO

a) Desatendimento aos Requisitos do Edital

Estabelece o Edital que serão desclassificadas as propostas que não atenderem às exigências do mesmo e seus Anexos, que sejam omissas ou que apresentem irregularidades insanáveis. De lembrar que o Tribunal de Contas da União, em repetidos julgados, tem consagrado a necessidade da observância do princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório (Acórdão 1730/2006 – TCU – Plenário e Acórdão 15/2005 – TCU – 1ª Câmara). Também o doutrinador Marçal Justen Filho quanto ao mencionado princípio (in Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 15ª edição, ed. Dialética, p. 73-74), ensina:

“... a Administração dispõe de autonomia para configurar o certame. Mas incumbe a ela determinar todas as condições da disputa antes de seu início, e as escolhas realizadas vinculam a autoridade e os participantes;

“... à Administração reservou-se a liberdade de escolha do momento da realização da licitação, do seu objeto, das especificações de condições de execução e de pagamento, etc. Essa competência discricionária se exerce no momento preparatório da licitação; uma vez realizadas suas escolhas, exaure-se a discricionariedade.

“... Se a Administração quiser renovar o exercício da discricionariedade, estará sujeita, como regra, a refazer toda a licitação; a autoridade dispõe da faculdade de escolha, ao editar o ato convocatório. Nascido o mesmo, a própria autoridade fica a ele subordinada; ao produzir o ato convocatório, a Administração exercita juízos sobre o objeto a ser contratado, os requisitos de participação, os critérios de seleção do vencedor. Se a Administração identificar, posteriormente, algum defeito na sua atuação anterior, ser-lhe-á assegurada a faculdade de rever o edital, mas isso importará a invalidação do certame e a renovação da competição.

O que salienta na presente questão é que o princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório possui precisamente o efeito de diminuir a discricionariedade à medida que o procedimento avança. É como assevera o TCU (AC-649-2/16-2):

“... ao prolar o Acórdão 2.730/2015-Plenário, sob a relatoria do ilustre Ministro Bruno Dantas, o TCU deixou assente que: “Inserir-se na esfera de discricionariedade da Administração a eleição das exigências editalícias consideradas necessárias e adequadas em relação ao objeto licitado, com a devida fundamentação técnica. Entretanto, em respeito ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório, é inadmissível que a Administração deixe de aplicar exigências previstas no próprio edital que tenha formulado.” (grifou-se)

“Também oportunas nesse ponto as palavras da eminente Ministra Ana Arraes, no voto condutor do Acórdão 460/2013-2ª Câmara, quando destacou que: “É obrigatória, em observância ao princípio da vinculação ao edital, a verificação de compatibilidade entre as regras editalícias e as propostas de licitantes. Propostas em desacordo com o instrumento convocatório devem ser desclassificadas.” (grifou-se).

[...]

“Fica claro, pois, que a jurisprudência do TCU é no sentido de que a administração pública deve pautar as suas ações pela estrita observância ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório, de tal modo que as propostas em desacordo com o instrumento convocatório devem ser desclassificadas. (g.n.)

Nesse fundamento, também o Supremo Tribunal Federal já decidiu:

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCORRÊNCIA PÚBLICA. DESCLASSIFICAÇÃO. PRINCÍPIOS DA VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO E DO JULGAMENTO OBJETIVO.

[...]

2. Impõe-se, pelos princípios da vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo, a desclassificação do licitante que não observou exigência prescrita no edital de concorrência.

3. A observância ao princípio constitucional da preponderância da proposta mais vantajosa para o Poder Público se dá mediante o cotejo das propostas válidas apresentadas pelos concorrentes, não havendo como incluir na

avaliação a oferta eivada de nulidade.

[...]

5. Negado provimento ao recurso. (RMS23640/DF)

b) Limites legais às Diligências

A proposta técnica da Recorrida G&P deixou de atender o disposto no item 9.5.1.2.1, do Edital, que veio a ser posteriormente parcialmente suprido por diligências.

Em abrandamento legal ao formalismo exacerbado em benefício de eventual realização de "melhor compra" pela Administração, a Lei 8.666/93, em seu art. 43, § 3º, prevê a possibilidade de realização de diligências complementares, limitando tais diligências "a esclarecer ou a complementar a instrução do processo, vedada a inclusão posterior de documento ou informação que deveria constar originariamente da proposta".

No presente caso, concessa vênua, restou extrapolado o conceito legal de "diligência", visto que foi oportunizado à licitante G&P a inclusão posterior de documento ou informação que deveria constar originariamente da proposta, violando, literalmente, a legislação aplicável.

Ao assim "flexibilizar" os requerimentos do Edital até o momento em que a licitante conseguisse atender o que deveria estar demonstrado desde a proposta originalmente apresentada, restaram violados os princípios licitatórios da isonomia e objetividade inscritos no artigo 3º da Lei 8.666/93.

Na acepção de Ivo Ferreira de Oliveira, em sua obra *Diligências nas Licitações Públicas*, (Curitiba, JM Editora, 2001, p. 24.) a diligência tem por objetivo:

"...oferecer meios para que a Comissão de Licitação ou a Autoridade Superior possa promover inquirições, vistorias, exames pertinentes a questões que eventualmente surjam e até autorizar a juntada de documentos, permitindo à Comissão ou à Autoridade julgar corretamente o certame, graças aos esclarecimentos que a diligência lhe propiciou, mas sem perder de vista os princípios constitucionais e legais que norteiam o processo licitatório."

As diligências previstas em Lei concentram-se, notadamente, em momentos que antecedem decisões, já que sua principal finalidade é a de eliminar dúvidas, esclarecer pontos controversos e obscuros, possibilitando um julgamento correto, baseado em dados e fatos reais, o que não era o caso do presente certame onde inexistia qualquer dúvida a ser eliminada ou ponto obscuro a ser esclarecido; simplesmente não houve a apresentação de atestados que atendessem a todos os requisitos do Edital.

Tanto não atendia que foram necessárias "diligências" frente à PRODESP e JUCESP para que a fosse, parcialmente, demonstrado o atendimento de aproximadamente 50% da exigência do requisito editalício, visto que, ainda assim, a Recorrida conseguiu comprovar apenas 59.360,5 horas, quantitativo muito aquém das 121.968 (cento e vinte e uma mil, novecentas e sessenta e oito) horas requeridas pelo Edital, em seu item 9.5.1.2.1.

Não pode ser admitida a realização de "diligências" com a extrapolação dos limites conferidos pela Lei nº 8.666/93, que possam restringir ou frustrar a participação de qualquer licitante no certame, pois na medida em que tal conduta vier a ser praticada estar-se-ia violando os princípios licitatórios, e a violação a um princípio informador revela-se de maior gravidade que o descumprimento de qualquer disposição normativa.

O Tribunal de Contas da União, em paradigmático julgado, a respeito desses limites, ensina que a realização de "diligências" não poderá configurar "... tratamento diferenciado entre licitantes, ao menos no grave sentido de ação deliberada destinada a favorecer determinada empresa em detrimento de outras, o que constituiria verdadeira afronta aos princípios da isonomia e da impessoalidade." (TCU – Acórdão nº 1.758/2003-Plenário)

Vale ressaltar que a realização de diligência não está prevista como fase obrigatória do processo licitatório e que o particular tem a obrigação, desde o protocolo, de juntar todos os documentos necessários (em conteúdo e forma) à análise de sua proposta.

Em nenhum dos dispositivos legais que regem a licitação está determinada a ocorrência de uma "segunda chance" para instrução da proposta, a oportunidade de saneamento (não prevista em lei, portanto), quando adotada, deve ser tratada com a interpretação mais restrita possível, em virtude da sua excepcionalidade.

André Guskow Cardoso (*), ensina que:

Evidentemente, nos casos em que não existia mera dúvida, mas sim verdadeira certeza a respeito do descumprimento do contido no edital por parte do licitante, não há cabimento em se produzir diligências.

[...]

Ressalte-se, ainda, que há outro limite à realização de diligências. Trata-se da impossibilidade de a Administração, por meio do uso da diligência, violar a isonomia de tratamento com relação aos demais licitantes.

Não se trata de impedir a realização de toda e qualquer diligência sob a alegação de que os demais licitantes teriam apresentado documentação regular e que afastaria qualquer dúvida com relação ao atendimento do ato convocatório.

[...]

É a situação de licitante que deixa de apresentar determinado atestado para comprovação da qualificação técnica mínima exigida pelo edital e que pretende, no curso das diligências, demonstrar essa qualificação. No entanto, não se pode confundir essa situação com aquela em que o licitante apresenta o atestado e, por qualquer motivo, surge dúvida a respeito da descrição de determinado serviço nele contido ou sobre as técnicas utilizadas na referida obra ou serviço. Nessa hipótese, há inequívoca possibilidade de realização de diligências para sanar essas dúvidas.

Contudo, no primeiro caso, há nítido descumprimento da exigência de tratamento isonômico entre os licitantes, o que não é admitido pela Lei 8.666/93 (art. 3º). Em termos gerais, situações dessa espécie impedem a realização de diligências por parte da Administração.

(*) CARDOSO, André Guskow. *As diligências produzidas nos processos licitatórios e a necessidade de respeito ao contraditório e à ampla defesa*. Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, Curitiba, nº 15, mai. 2008

Constata-se portanto, que a proposta da empresa G&P, a despeito de diligências que, equivocadamente, acolheram documentos suplementares, que não haviam sido apresentados com a proposta, deixa de atender requisito técnico exigido no Edital, item 9.5.1.2.1 , em especial ausente comprovação de execução de pelo menos 121.968 (cento e vinte e uma mil, novecentas e sessenta e oito) horas de execução de serviços técnicos com o emprego de metodologias ágeis, sendo necessário a desclassificação da proposta da empresa dada como vencedora, em atendimento ao princípio de vinculação ao instrumento convocatório, como disposto no artigo 3º da Lei 8.666/93, prosseguindo-se o certame como previsto no Edital.

4. CONCLUSÃO

Face o exposto, necessária a reforma da decisão que declarou como vencedora do Pregão a empresa G&P, visto que a mesma teve habilitada sua proposta técnica, após a realização de "diligências" destinadas a permitir o atendimento do item 9.5.1.2.1 do Edital, o que mesmo assim não foi atendido, visto que a habilitação deferida extrapola a previsão legal aplicável às diligências (art. 43, § 3º, Lei 8.666/93) e viola os princípios licitatórios da isonomia, impessoalidade e julgamento objetivo (art. 3º, Lei 8.666/93), deixando de atender, em especial, o Princípio de Vinculação ao Edital, devendo a mesma deve ser desclassificada por não atender as exigências de habilitação técnica do Edital.

Pede Deferimento

São Paulo, 09 de junho de 2021

SPREAD SISTEMAS E AUTOMAÇÃO LTDA.

Eduardo José Seba
Procurador
327.847.246-20

Lany Candida Campos
Procuradora
861.309.516-04

Fechar