



Ministério Público

Estado do Rio Grande do Sul

Procuradoria-Geral de Justiça

Unidade de Licitações

Informação n.º 008/2017

Ref.: **RECURSO ADMINISTRATIVO**

– Pregão Eletrônico nº 99/2016 – Alegação de inadequação da proposta vencedora diante dos requisitos editalícios – afirmações em tese procedentes diante da oferta, no momento das contrarrazões, de produto diverso do oferecido nas propostas inicial e final e com características superiores ao apresentado por ocasião da fase competitiva. Ofensa a princípios a que a Administração Pública deve zelar. Juízo de retratação – PROVIMENTO DA INSURGÊNCIA – Desclassificação da licitante declarada vencedora. Convocação do próximo classificado.

1. Trata-se de recurso administrativo interposto por SUPORTEC CONSULTORIA DE SISTEMAS E REPRESENTAÇÕES LTDA. - SCUNNA NETWORK TECHNOLOGIES - no Pregão Eletrônico n.º 99/2016, que visa a contratação de solução de gerenciamento de desempenho de aplicações e infraestrutura APM (Application Performance Management), composta de solução de gerenciamento de desempenho de aplicações corporativas e serviços de suporte técnico presencial, em face de CERTSYS TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO LTDA., vencedora no certame.

Por ocasião da disputa, a licitante Certsys, ora recorrida, ofertou em sua proposta inicial (fl. 139 dos autos) a solução “*IBM Smartcloud Application Performance Management **Standard** Managed Virtual Server License + SW Subscription & Support 12 Months, referenciada pelo **part number DQ3TLL**”.*

Realizado o exame de conformidade pela área técnica responsável pela aquisição, foi dito que todas as propostas estavam aptas a seguir na disputa (fl. 154).



Ministério Público

Estado do Rio Grande do Sul

Procuradoria-Geral de Justiça

Unidade de Licitações

Tendo ficado em primeiro lugar na disputa, a licitante Certsys confirmou a solução ofertada em sua proposta final (fl. 155-v): *“IBM Smartcloud Application Performance Management **Standard** Managed Virtual Server License + SW Subscription & Support 12 Months, referenciada pelo **part number D0Q3TLL**”*.

Após classificação e habilitação da mencionada empresa, foi aberto o momento recursal, no qual a licitante SUPORTEC/SCUNNA registrou a seguinte intenção:

“Manifestamos intenção de recurso, pois acreditamos que a solução ofertada não atende aos requisitos técnicos expostos no edital”.

Na sequência, sobrevieram tempestivas razões de recurso, em que a recorrente apresentou os argumentos da inconformidade, todos voltados para aspectos técnicos do produto ofertado (*“IBM Smartcloud Application Performance Management **Standard** Managed Virtual Server License + SW Subscription & Support 12 Months, referenciada pelo **part number D0Q3TLL**”*).

Em suma, alegou que não encontrou comprovação de que o produto ofertado pela empresa vencedora - *IBM Smart Cloud APM **Std** Edition* - atende aos requisitos dos seguintes dispositivos do Anexo 1 - Termo de Referência: (a) 3.1.2; (b) 3.2.5.4 e seus subitens; (c) 3.2.8.1; (d) 3.2.17.1; (e) 3.2.21 e seus subitens; (f) 3.2.27; (g) 3.2.32.2 e seu subitem 1, bem como o 3.2.32.3; (h) 3.2.32.7.2; (i) 3.2.32.8 e os subitens do 3.2.32.9. Além de todos esses apontamentos, também sustentou que o produto não atende a funcionalidade exigida no subitem 3.2.31.1, referindo que tal funcionalidade estaria disponível apenas para o APM SaaS, conforme o link do fabricante.

Ao final, pediu a desclassificação da proposta da empresa vencedora e o prosseguimento do certame com a convocação do próximo classificado.

Em contrarrazões, CERTSYS sustentou estar apta a atender as exigências do Edital e, especialmente, as do seu Anexo I. Trouxe à baila argumentos de que era possível a aceitabilidade de um produto superior às especificações do edital, comprovando sua tese com doutrina e jurisprudência da matéria licitatória. Em sequência, afirmou ter ocorrido erro material quanto à descrição do produto na proposta, tendo a recorrente se apegado a “nomenclaturas técnicas”, referindo genérica e vagamente o desatendimento editalício, o que vinha sem “substrato técnico”, devendo a irresignação ser desacreditada.



Posteriormente a esta “introdução”, a recorrida apresentou o produto que efetivamente iria ofertar ou, em outras palavras, o produto que se queria ofertar, mas sofrera alteração por conta de eventual “erro material”, qual seja o produto tecnicamente superior e mais completo *IBM Application Performance Management **Advanced** Managed Virtual Server License + SW Subscription & Support 12 Months – **Part number D1HVYLL***. A recorrida referiu ainda que nenhum custo adicional seria acrescentado pela oferta de produto mais completo, mantidas rigorosamente todas as condições de preço da proposta vencedora, não havendo prejuízo ao erário ou à lisura do certame.

Por fim, terminou sua peça defensiva sem contraditar os pontos levantados pela recorrente e solicitando a total improcedência do recurso.

Por conta dessa falta de subsídio e fundado na arguição de desatendimento ao edital, a área solicitante requereu esclarecimentos técnicos e efetuar diligências junto à recorrida, para tornar segura a manifestação sobre o atendimento ou não do edital pela proposta. Houve troca de alguns e-mails entre a área técnica da PGJ/MPRS e a recorrida, onde foram debatidos os pontos atacados pela recorrente, mas ainda restavam tópicos a terem seu atendimento comprovado.

Durante a realização dessas diligências, houve constatação, pela equipe de apoio ao pregoeiro, de que o produto oferecido nas propostas (inicial e final) era diverso (Standard) daquele frisado no contrarrecurso (Advanced).

Orientado para que solicitasse comprovações de que o produto oferecido nas propostas inicial e final atendesse ao edital, a área técnica enviou mensagem à recorrida, que respondeu na mesma linha de sua peça recursal defensiva, ou seja, dizendo ter havido erro material, ofertando produto superior, destacando a similaridade entre as soluções (mencionando que houve aprovação da parte técnica por parte do pregoeiro), e reiterando a possibilidade de oferecimento de produto superior às especificações técnicas estabelecidas no instrumento convocatório.

Diante dessa resposta, o pregoeiro remeteu mensagem com abordagem direta sobre o atendimento do edital pelo produto oferecido nas propostas inicial e final da licitante ora recorrida.

Em resposta, houve novamente a mesma tergiversação: (a) erro material e (b) o edital seria totalmente atendido pela solução Advanced. Em resumo, nenhuma comprovação técnica.



Ministério Público

Estado do Rio Grande do Sul

Procuradoria-Geral de Justiça

Unidade de Licitações

Nessa linha, a área técnica disse que não possui condições de afirmar que a solução atende aos termos do edital.

É o relatório.

2. O recurso merece conhecimento, dado o cumprimento dos pressupostos de estilo.

No mérito, é caso de provimento.

O Pregão Eletrônico nº 99/2016 tem como objeto a “*contratação de Solução de Gerenciamento de Desempenho de Aplicações e Infraestrutura - APM (Application Performance Management), pelo período de 12 meses, prorrogável até o limite legal, composta de solução de gerenciamento de desempenho de aplicações corporativas e serviços de suporte técnico presencial, conforme especificações constantes no Edital e seus Anexos*”. No item 3 do Termo de Referência - Anexo I -, estão elencadas as especificações técnicas necessárias à adequação do produto à necessidade da área solicitante.

A proposta da empresa CERTSYS TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO LTDA. ficou em primeiro lugar na fase de disputa, ofertando o seguinte produto, repetido na Proposta Final:

“Para atendimento a todos os itens do Termo de Referência – Anexo I do Edital, a Certsys está ofertando 4 licenças da solução IBM SmartCloud Application Performance Management Standard Managed Virtual Server License + SW Subscription & Support 12 Months – Part number DOQ3TLL, com período de cobertura de 12 meses”.

A empresa foi declarada vencedora, pois ofertou o menor preço e restou habilitada.

Momento seguinte, a empresa SUPORTEC CONSULTORIA DE SISTEMAS E REPRESENTAÇÕES LTDA. - SCUNNA NETWORK TECHNOLOGIES – interpôs recurso, suscitando a inadequação entre o produto ofertado pela empresa vencedora e vários requisitos técnicos exigidos no Anexo I.



Oportunizadas as contrarrazões, a empresa Certsys referiu estar disponibilizando produto superior ao exigido no certame, qual seja: “*IBM Application Performance Management **Advanced** Managed Virtual Server License + SW Subscription & Support 12 Months – Part number **DIHVLL***”, suscitando possível erro formal contido na proposta e afirmando que o produto DIHVLL é superior e mais completo do que o apresentado na proposta que participou da disputa, além de atender a todos os requisitos exigidos pelo Anexo I do edital.

Com efeito, verifica-se ausência de similaridade entre o produto ofertado nas propostas inicial e final e a manifestação da Certsys em contrarrazões, corroborando a tese da recorrente, de que o produto oferecido inicialmente não contempla todos os requisitos técnicos previstos no Anexo I – Termo de Referência.

Observa-se que **o produto contido na proposta inicial trata-se de um modelo Standard, diferente do modelo Advanced, trazido à baila nas contrarrazões**. Certamente que o segundo modelo é mais completo, conforme afirmação da própria Certsys, demonstrando a inadequação do produto ofertado na proposta inicial frente aos requisitos contidos no Edital e Anexos.

A despeito disso, em diligências realizadas por este pregoeiro junto à Certsys, questionando sobre o atendimento dos requisitos técnicos do produto ofertado (modelo Standard), a resposta de seu Diretor Técnico foi a seguinte:

Reitero os termos do e-mail abaixo e das contrarrazões, ou seja, (i) houve, apenas, um erro material na nomenclatura da indicação da solução na proposta vencedora; (ii) a solução Advanced, sim, atende plenamente ao objeto da Licitação.

Não há que se falar de possível erro material – de descrição do objeto, uma vez que há diferença significativa entre os modelos, conforme a própria recorrida informa. O erro material se caracteriza por ser evidente (não deixar dúvidas quanto ao seu cometimento – erro de cálculo² ou inversão de letras, por exemplo) e por não afetar substancialmente a proposta, considerando a capacidade geral de entendimento sobre o real produto ofertado (por exemplo, erro de forma, mas que atinge o objetivo a que se propõe, como a assinatura em local diverso do indicado, ausência de valor unitário). Nesses casos, pelo princípio da instrumentalidade, seria possível retificar e validar o ato praticado.

¹ Resposta a e-mail por Stiverson Palma, Diretor Executivo da Certsys.

² Artigo 143 do CC: O erro de cálculo apenas autoriza a retificação da declaração de vontade.



No entanto, *in casu*, houve erro substancial³, pois, conforme suscita a recorrente e confessa a recorrida, o produto ofertado inicialmente não atende os requisitos mínimos previstos no Termo de Referência, desatendendo, desse modo, as qualidades essenciais do objeto da presente licitação.

De outra banda, quanto à alegada ausência de prejuízo à administração pública, não se pode desvincular dos meios utilizados para se obter vantagem. Primeiramente, há que se verificar se o produto atende os requisitos do edital, para somente depois verificar se a administração pública está contratando pelo menor preço.

Em havendo erro substancial, intencional ou não, faz-se necessária a desclassificação do licitante, pois sua conduta afronta os princípios basilares aplicados ao direito administrativo e, mais especificamente, às licitações, nomeados no artigo 3º da Lei 8.666/93⁴, com destaque aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo.

A recorrida prega a observância aos princípios, mas não o faz, adotando atitude diversa: defende a apresentação de produto superior, mas oferece produto que não atende o edital e o quer mudar em sede recursal, ofendendo vários daqueles princípios que referiu que se deve observar.

Sobre o Princípio da Legalidade, traz-se à baila o artigo 21 do Decreto nº 5.450/2005⁵, que dispõe que os licitantes devem

³ Sobre o tema, destaca-se os artigos 138, 139, incisos I e II, 140 e 142, do Código Civil (Lei nº 10.406/02), os quais discorrem sobre a nulidade dos atos jurídicos, nestes termos: “Art. 138. São anuláveis os negócios jurídicos, quando as declarações de vontade emanarem de erro substancial que poderia ser percebido por pessoa de diligência normal, em face das circunstâncias do negócio. Art. 139. O erro é substancial quando: I - interessa à natureza do negócio, ao objeto principal da declaração, ou a alguma das qualidades a ele essenciais; (...) III - sendo de direito e não implicando recusa à aplicação da lei, for o motivo único ou principal do negócio jurídico. Art. 140. O falso motivo só vicia a declaração de vontade quando expresso como razão determinante. (...) Art. 142. O erro de indicação da pessoa ou da coisa, a que se referir a declaração de vontade, não viciará o negócio quando, por seu contexto e pelas circunstâncias, se puder identificar a coisa ou pessoa cogitada.

⁴ 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.

⁵ Art. 21. Após a divulgação do edital no endereço eletrônico, os licitantes deverão encaminhar proposta com a descrição do objeto ofertado e o preço e, se for o caso, o



apresentar proposta com a descrição do objeto ofertado e o preço, até a data e hora marcadas para a abertura da sessão. Destarte, o proponente está impedido de substituir o objeto ofertado após a abertura da sessão, mesmo que apresente outro de qualidade superior e sem prejuízo à administração pública, como prevê o § 4º do mesmo dispositivo legal, até porque tal produto não foi objeto de análise pelos concorrentes e pela área técnica no momento adequado. Ademais, tal atitude gera intransponível prejuízo à competitividade do certame, uma vez que a qualidade reflete no preço ofertado.

A ordem do processo de licitação deve ser respeitada, a fim de impedir a discricionariedade e o subjetivismo no decorrer do procedimento de licitação, garantindo critérios objetivos estabelecidos previamente. Se, no caso, fosse aceita a substituição do produto ofertado por outro que preenchesse as exigências do edital após a abertura da sessão, haveria violação ao **princípio da impessoalidade**, prejudicaria os demais competidores e geraria insegurança jurídica na própria execução do contrato. A publicação do Edital e seus anexos tem exatamente essa finalidade: estabelecer as regras e limites do processo licitatório, para que não haja favorecimentos ou prejuízos aos licitantes.

Sobre o tema, leciona Rosa Costa⁶:

Da mesma forma, falhas, omissões ou lacunas detectadas em propostas devem ser tratadas como irregularidades, devendo a Administração decidir pela desclassificação da proposta caso os vícios apresentados afetarem o perfeito entendimento quanto ao objeto ofertado e as condições essenciais exigidas na licitação, principalmente quando representarem possibilidade de redução de custos da proposta, acarretando desequilíbrio na comparação das propostas, considerando que este procedimento ou conduta desnivela a disputa em relação aos demais participantes que apresentam propostas em estrita observância às exigências do edital.

Em princípio, o que pode significar apenas um pequeno erro ou vício na proposta, pode resultar em desigualdades para seleção da proposta vencedora ao apresentar oferta de menor valor, embora sem satisfazer todas as exigências necessárias. Assim, sabemos que o menor preço será o fator essencial para definir o vencedor da licitação e assinar o contrato, porém não se terá absoluta certeza quanto à execução integral do objeto licitado e pretendido pela Administração.

respectivo anexo, até a data e hora marcadas para abertura da sessão, exclusivamente por meio do sistema eletrônico, quando, então, encerrar-se-á, automaticamente, a fase de recebimento de propostas. (...) § 4º Até a abertura da sessão, os licitantes poderão retirar ou substituir a proposta anteriormente apresentada.

⁶<http://licitacao.uol.com.br/apoio-juridico/artigos/58-desconformidade-da-proposta.html>



Lembra-se também do Princípio da Moralidade e Probidade Administrativa, o qual tem o escopo de garantir a observância por parte de todos os envolvidos no processo de licitação (servidores públicos e licitantes) para a necessidade de conduta ilibada, pautada na ética, na legalidade e nas normas técnicas do próprio procedimento licitatório. Se o produto ofertado na data indicada no edital não preenche os requisitos técnicos mínimos para o aceite da proposta, certamente isso terá repercussão no custo do produto, gerando injusta competição com os participantes que orçaram produtos de acordo com o Edital e afastando a isonomia entre os licitantes.

O Princípio do julgamento objetivo também foi ofendido, pois, houve utilização de critérios subjetivos ou não previstos no edital, mesmo que venha a garantir benefício à administração pública. Tal princípio impede que seja aceita a substituição do produto ofertado após o início da seção, mesmo que de melhor qualidade, pois o julgamento estaria sendo realizado com critérios alheios ao previsto no edital.

De outra banda, a referência à aprovação técnica por parte do pregoeiro é reflexo de um posicionamento que não privilegia a boa-fé e, ao mesmo tempo, mostra o desconhecimento total sobre a existência e a incidência do princípio da autotutela (o qual prevê revisão dos atos administrativos a qualquer tempo), confortado no princípio da indisponibilidade do interesse público.

Considerando que, no presente processo licitatório, a fase de julgamento da proposta já havia sido superada, destaca-se que a administração pública pode rever seus atos a qualquer tempo, se emanados de vícios e erros, por aplicação do princípio da autotutela. Desconhecendo a real capacidade técnica do produto ofertado, no momento da análise da proposta, a administração pública pode rever suas decisões, no momento em que vier à tona o defeito insanável ou mesmo a simples dúvida sobre a existência de defeito ou ilegalidade.

Por fim, a recorrida menciona a “fragilidade da peça recursal”, mas não oferece nenhum contraposto técnico aos dispositivos citados pela recorrente, em uma grave afronta ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório, pois tais dispositivos sequer foram alvos de impugnação no momento tempestivo determinado em lei.

Assim, conforme as razões acima expostas, o único caminho possível é o da desclassificação da proposta da empresa CERTSYS TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO LTDA., por desatender o edital, nos seguintes dispositivos do Anexo 1 - Termo de Referência: (a) 3.1.2; (b) 3.2.5.4 e seus subitens; (c) 3.2.8.1; (d) 3.2.17.1; (e) 3.2.21 e seus subitens; (f) 3.2.27; (g) 3.2.32.2 e seu subitem 1, bem como o



Ministério Público

Estado do Rio Grande do Sul

Procuradoria-Geral de Justiça

Unidade de Licitações

3.2.32.3; (h) 3.2.32.7.2; (i) 3.2.32.8 e os subitens do 3.2.32.9; (j) subitem 3.2.31.1.

Em decorrência, deve o certame ser retomado, com a convocação do próximo classificado para os momentos de negociação, julgamento de proposta, habilitação, julgamento de habilitação e recursos.

3. Ante o exposto, este Pregoeiro decide:

(a) pelo **conhecimento** do recurso administrativo interposto pela empresa SUPORTEC CONSULTORIA DE SISTEMAS E REPRESENTAÇÕES LTDA. - SCUNNA NETWORK TECHNOLOGIES;

(b) pelo seu provimento, para, em juízo de retratação, desclassificar a proposta da empresa CERTSYS TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO LTDA. por ofertar produto que não atende às exigências do instrumento convocatório;

(c) pelo prosseguimento do processo de licitação, com a convocação do próximo classificado para a negociação com este pregoeiro, a ocorrer dia 06 de fevereiro de 2017, às 13 horas.

Publique-se.

Registre-se.

Era o que havia para informar.

Porto Alegre, 31 de janeiro de 2017.

Luciano Fernandes Teixeira,
Pregoeiro.