Ref.: Processo de Compras n° 964/2023
Pregão presencial n° 10/2023

- Julgamento do recurso interposto tempestivamente pela empresa ASD Treinamento e Desenvolvimento de Pessoal Ltda., referente a prova de conceito.

Trata-se de processo licitatório, objetivando a contratação de empresa para o fornecimento de solução integrada para implantação e customização de Ambiente virtual de Aprendizagem em plataforma de tecnologia LMS e serviços de gestão de conteúdo, incluindo cessão de direito de uso de software modalidade SaaS, suporte técnico e manutenção, bem como a concepção, planejamento e produção de conteúdos digitas a serem ministrados nas disciplinas de cursos de Graduação, Pós- /graduação Lato Sensu e Extensão EaD, conforme especificações e condições constantes no Termo de referência, /Anexo I do Edital.

A licitante acima referenciada, interpôs recurso contra decisão da equipe técnica designada pela Universidade, referente ao teste de conformidade, em atendimento as exigências estabelecidas no subitem 7.7. do instrumento convocatório, imposto à empresa licitante MB Intervenções Urbanas Ltda., a qual, foi habilitada na fase anterior do pregão presencial 10/2023, para registrar em sessão publica de prova de conceito, capacitação ao fornecimento do objeto definido no processo de compras 964/2022 da instituição.

A recorrente acima referenciada, interpôs recurso contra decisão da Comissão Técnica que considerou APTA a empresa MB Intervenções Urbanas Ltda., para fornecimento do objeto indicado no processo de compras n° 964/2022.

Em síntese o Recorrente alega que a atividade preponderante da empresa MB Intervenções Urbanas Ltda. é "*atividades de*

consultoria em gestão empresarial" e as atividades secundárias são: edição de livros, jornais, revistas, estúdio cinematográfico , produção de filmes, consultoria em tecnologia da informação, agenciamento de espaço para publicidade, ou seja, não exerce as atividades de acordo com as exigências técnicas constante no edital , nas quais a respectiva empresa foi considerada apta.

Questiona também, o fato de ter sido apresentado apenas um único atestado de capacidade técnica e não ter sido permitido o acesso as informações contidas no formulário, violando o direito ao contraditório e a ampla defesa.

Ao final requer o recebimento do recurso interposto, total provimento para declarar inabilitada a empresa MB Intervenções Urbanas Ltda. e, de forma subsidiária ao pedido, caso não seja acolhido de pronto as razões recursais, requer que sejam realizadas diligências por parte Universidade, com a finalidade de se averiguar a real aptidão da referida empresa, como por exemplo, notas fiscais emitidas relativa aos serviços presados, equipamentos e especialidades conforme requisitos técnicos exigidos no edital e na Prova de conceito, e caso não seja declarada a inabilitação da empresa vencedora seja acatada a nulidade da decisão.

A empresa MB Intervenções Urbanas Ltda., apresentou tempestivamente as contrarrazões rechaçando os apontamentos apresentados pela Recorrente, arguindo que a recorrente não apresentou razões ou questionamentos quanto ao procedimento vinculado à prova de conceito e o resultado do teste de conformidade. Alega que a recorrente tenta se aproveitar do direito de recurso para rediscutir atos pretéritos, com o objetivo de submeter matéria superada à nova análise da comissão.

Argumenta a recorrida que a Lei do Pregão (Lei Federal nº 10.520/2022) traz mecanismos visando a proteção da decisão

Administrativa com a instituição da preclusão temporal e decadência, estabelecidas no art. 4°, incisos XVIII e XX. Sustenta que foi data ciência da existência do *checklist* e, que o acesso ocorreu anterior a sessão de 30/05, conforme informações presentes no e-mail anexado pela própria recorrente, a qual, não participou da fase inicial do teste de conformidade, conforme constou em ata e que as questões suscitadas referente ao contrato social e o atestado de capacidade técnica já foram superadas na fase anterior da licitação, ao final , requer o reconhecimento da prescrição tendo em vista a intenção de rediscutir matéria já apreciada e decidida no âmbito desse procedimento e ao final seja negado provimento ao recurso administrativo, mantendo o ato de decretação da aptidão da recorrida ante a demonstração integral das exigências técnicas, aferidas através do teste de conformidade realizado pela equipe técnica da instituição.

O Sr. Pregoeiro e a equipe técnica, se manifestaram no sentido de que as questões que supostamente ensejariam qualquer contestação devem guardar relação única e tão somente com arrazoado definido nos aspectos meramente técnicos e/ ou tecnológicos. Alegam que a execução por parte da licitante habilitada para a empreitada, permitiu a universidade mitigar a probabilidade de insucesso orientados à implantação e posterior fornecimento do serviço objeto, considerando que essa fase do projeto esteve focada em todos os aspectos e pormenores técnicos necessários para satisfazer as exigências contidas no termo de referência.

Argumentam que o recurso apresentado retoma questões de habilitação, já definidas em momento anterior. Quanto ao cerceamento de recorrente, argumentam que foi dado ciência ao recorrente, tendo sido demonstrado o envio de correspondência eletrônica datada de 06/06/ 2023, no intervalo temporal que se estendeu entre as 11h:01min e 11h:56 min e, que a questão do cerceamento não poderá se sustentar e muito menos o estabelecimento de nulidade absoluta dos atos proferidos e seus correlatos, visto que foi assegurado o cumprimento de um dos

princípios fundamentais da Lei Geral de Licitações o princípio da isonomia. Reiteram que a atribuição da comissão é exclusivamente emitir parecer considerando elementos de cunho técnicos, discorrer acerca das supostas dissonâncias ao apregoado no edital, notadamente no que se refere as questões ligadas à capacitação técnica documental da empresa MB Intervenções, ou de qualquer outra licitante, cuja apreciação do tema se deu em sessão pública anterior, inclusive, resultando em contestação relativa à admissibilidade documental.

A comissão alega que no teste de conformidade, objeto passivo de contestação, torna-se bastante dificultoso para quaisquer dos avaliadores ajuizar valor concernente às supostas afrontas no que tange a atual etapa do processo licitatório, dado que os elementos textuais aportados ao documento apresentado pela recorrente, não guardam relação direta com a motivação para interposição de recurso contra a decisão dos técnicos e suas considerações que culminaram no posicionamento conjunto para determinar a avaliação imposta à licitante MB Intervenções, sendo que a posição conjunta referendada se deu tão somente após exaustão dos quesitos inerentes ao teste de conformidade, qualificando-a para fornecimento do objeto a ser contratado.

A comissão apontou que a recorrente, pouco acessou a demonstração da prova de conceito datada de 30 de maio do ano corrente, conforme registro em ata circunstanciada daquela sessão pública, ao final se manifestaram no sentido de que seja negado provimento ao recurso apresentado pela empresa recorrente, mantendo a decisão em que fora decretada a aptidão da empresa MB Intervenções Urbanas Ltda. para fornecer o objeto do certame.

É O RELATÓRIO

DA DECISÃO

Do ponto de vista formal, está presente a tempestividade recursal, bem como a subscrição das razões e das contrarrazões recursais apresentados pelas empresas.

Preliminarmente, cumpre ressaltar que a prova de conceito configura de modalidade de amostra. É aplicada com o objetivo de verificar se a solução apresentada pelo licitante, devidamente habilitado, atende às exigências e requerimentos do instrumento convocatório, no que tange à suas características, qualidade, desempenho, funções, níveis de serviços entre outros.

No presente caso, a Prova de Conceito se propõe a permitir que a USCS confirme a efetiva adequação da proposta da licitante MB Intervenções Urbanas Ltda., ao objeto exigido no processo licitatório. A aplicação da prova de conceito, por si só, não restringe a competitividade, desde que ela seja efetivamente necessária, que seja requerida apenas para o licitante arrematante, e que as definições, regras e especificações estejam previamente justificadas e definidas no Edital.

Analisando a pretensões do recorrente e das suas razões recursais não se apura impugnação específica à decisão que declarou a recorrida Apta para fornecer o objeto do certame, apenas alega que o recorrido não observou a instruções limitando-se a transcrever itens do edital, sem, contudo, apontar qual dos requisitos técnicos obrigatórios de que a solicitação deve atender não foi atendido, não apontou qual o item da planilha estava em desacordo com o estabelecido no termo de referência.

A ausência de impugnação específica do recorrente revela apenas o seu inconformismo com o resultado declarado, além de importar em prejuízo do contraditório em razão da violação do princípio da dialeticidade recursal.

Não obstante a simplicidade e informalismo, previsto no edital (11.1 e ss), quando a causa de pedir e os pedidos não convergirem no sentido de atacar a decisão recorrida é de ser reconhecer a inépcia recursal.

Com efeito, ainda que o referido dispositivo preveja a interposição de recurso, não está o recorrente desobrigado de demonstrar fundamentadamente sua irresignação. Isto porque a exposição do fato e do direito é requisito essencial de admissibilidade recursal, tratando-se de prova de conceito, sem à cabal demonstração do item constante do checklist, não é possível delimitar o âmbito da devolutividade da pretensão recursal.

Fazendo uso da doutrina processualista, ensina Daniel Amorim Assunção Neves, em seu "Manual de Direito Processual Civil", 2ª ed. São Paulo: Método, 2010, p.530, explica que:

> "Em decorrência do princípio da dialeticidade, todo o recurso deverá ser devidamente fundamentado, expondo o recorrente os motivos pelos quais ataca a decisão impugnada e justificando seu pedido de anulação, reforma, esclarecimento ou integração. Trata-se, na verdade, da causa de pedir recursal. A amplitude das matérias dessa fundamentação divide os recursos entre aqueles que tem fundamentação vinculada e os que tem fundamentação livre."

Nesse sentido, a lição de Teresa Arruda Alvim sobre a ausência de dialeticidade recursal, senão vejamos:

> "Na verdade, o que se pretende com esse dispositivo é desestimular as partes a redigir recursos que não sejam umbilicalmente ligados à decisão impugnada. Não é incomum que a apelação seja uma repetição da inicial ou da contestação: isto é. indesejável. O recurso tem que impugnar especificamente os fundamentos da decisão recorrida, embora possa, é claro, repisar alguns argumentos de fato ou de direito constantes nas peças iniciais. Ademais, recursos que não atacam especificamente os fundamentos da decisão impugnada geram uma quase impossibilidade de exercício pleno à defesa, -porque dificultam sobremaneira a resposta: de duas uma, ou a

parte responde ao recurso, ou sustenta que deve prevalecer a decisão impugnada". (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim ... [et ai] Coordenadores. Primeiros comentários ao novo Código de Processo 'Civil: artigo por artigo [livro eletrônico. 28 Ed. São Paulo: 2016. Epub. ISBN 978-85-203-6758-2)

Após a entrada em vigor do CPC/2015, o STJ vem empregando o ônus de dialeticidade de modo que *"entre a motivação utilizada como fundamento do julgamento e as razões do recurso que impugna tal decisão deve haver relação de congruência, de maneira a permitir que o órgão com competência recursal possa examinar a juridicidade da "ratio decidendi", pena de inobservância do ônus da dialeticidade"* a impor o não conhecimento de recursos.(STJ, 1ª S, AgIntEDcl no PUIL N° 111, Rel. Min. Campbell Marques, DJe: 08/11/20160)

O princípio da dialeticidade, constitui ônus do recorrente expor, de forma clara e precisa, a motivação ou as razões de fato e de direito de seu inconformismo, impugnando os fundamentos da decisão recorrida, de forma a amparar a pretensão recursal deduzida, requisito essencial à delimitação da matéria impugnada e consequente predeterminação da extensão e profundidade do efeito devolutivo do recurso interposto, bem como à possibilidade do exercício efetivo do contraditório.

Desse modo, o recorrente apenas aponta mácula a instrução normativa sem expor, quando, onde e como o recorrido teria descumprindo o instrumento legal, o edital do certame e o respectivo termo de referência, não foi efetuado qualquer apontamento sobre os itens da planilha referente aos requisitos técnicos obrigatórios que a solicitação deve atender.

No caso dos autos, o recorrente se utiliza de recurso como mero pedido de reapreciação do que foi discutido anteriormente, sem, contudo, apresentar razões efetivas para que a decisão seja alterada

ou invalidada, vale dizer, a mera insurgência contra a decisão não é suficiente.

A alegação de ofensa aos princípios do contraditório e a ampla defesa, cai por terra ante a demonstração cabal de que todos atos e termos foram dados ciência aos licitantes, o sr. Pregoeiro conforme se verifica às fls. 433 dos autos, no e-mail enviado e recepcionado pela empresa na pessoa do Sr. Mauricio (mauricioinacio@asdtreinamentos.com.br), informou sobre a questão do prazo e a disponibilidade do autos, a saber:

Recorrente:

Prezado Lúcio Flávio, bom dia.

Referente ao Pregão Presencial n° 10/2023

Sobre o comunicado divulgado na data de ontem (05/06/2023):

COMUNICADO: ...

Gostaria de solicitar por gentileza, o relatório da área técnica, indicando o parecer dos avaliadores no ato da prova de conceito, se pode ser enviado por e-mail ou precisamos comparecer presencialmente no prazo de 3 dias, para fazer vistas?

Administração:

Senhor Maurício,

Na verdade, o relatório fornecido pelos integrantes da comissão técnica de avaliação se pautou tão somente no preenchimento daquele formulário que foi disponibilizado aos senhores, salvo engano, na sexta-feira 26/05/2023 que antecedeu a realização do teste.
Com relação ao prazo, os três dias são para ***interposição de recurso e já contempla vistas ao processo****. (nosso grifo)*
Se os senhores pretendem ingressar com recurso e quiserem ver o material, lembrem-se que o expediente nesta semana se encerra amanhã*.(nosso grifo)*

Cordialmente,

Conforme se verifica, a Recorrente foi informada dos prazos e da disponibilidade dos autos, denotando-se que não houve interesse em examinar o processo, confirmando-se que não houve violação

do princípio do contraditório e da ampla defesa e que o entendimento de que o presente recurso carece da fundamentação própria para o seu conhecimento.

Nesse sentido, verifica-se que a inobservância do princípio da dialeticidade recursal, acarreta o não conhecimento do recurso, em face a ausência de argumentos combativos dos fundamentos da decisão que declarou a empresa recorrida Apta para fornecer o objeto do certame em questão.

A decisão que declarou a empresa recorrida Apta a fornecer o objeto do certame não merece retoque pois, acertadamente, a Comissão entendeu que todas as exigências foram atendidas nos termos estabelecidos no edital.

Independente da inobservância do princípio da dialeticidade, melhor sorte não assiste ao recorrente quanto aos outros pontos apresentados, cuja matéria já foi objeto de outro recurso na fase anterior do presente certame.

As questões apresentadas pela recorrente, relativa ao atestado de capacidade e adequação do objeto social da empresa ao objeto da licitação, muito embora já tenha precluído o direito de fazê-lo, visto que nesta fase compete a discussão somente sobre a prova técnica, privilegiando o princípio da ampla defesa, cumpre ratificar o posicionamento anterior, ou seja, a questão da apresentação de um único atestado de capacidade técnica, não caracterizava impedimento ou obstáculo para a habilitação da empresa.

Conforme exposto no julgamento do outro recurso, a Universidade Municipal de São Caetano do Sul, na qualidade de autarquia

municipal, somente pode fazer aquilo que a lei autoriza e, pelo disposto no art. 30 da Lei n° 8.666/93, não pode exigir dos licitantes documentos além daqueles elencados no citado ato normativo, dentre eles, notas fiscais para comprovação da capacidade técnica –, uma vez que se trata de rol taxativo, nos claros termos da jurisprudência, *in verbis*:

> "Constitucional e Administrativo. Mandado de Segurança. Licitação. Pregão Eletrônico. Atestado de Capacidade Técnica. Exigência de apresentação de notas fiscais. Ilegalidade. Ordem concedida para anular as sanções impostas e impedir a suspensão do credenciamento da impetrante do sistema de cadastramento de fornecedores. Não é lícito à Administração Pública fazer exigência que a lei não faz (artigo 30, II, da lei n°. 8.666/93). Sendo assim, a vinculação de comprovação da capacidade técnica por meio de apresentação das respectivas notas fiscais traduz-se ilegal e desarrazoada, violando direito líquido e certo do impetrante. (TJAC. Relator (a): Des. Arquilau de Castro Melo; Comarca: N/A; Número do Processo:0501127-63.2010.8.01.0000; Órgão julgador: Tribunal Pleno. Jurisdicional; Data do julgamento: 13/04/2011; Data de registro: 27/04/2011)
>
> "É ilegal a exigência de que atestados de capacidade técnica estejam acompanhados de cópias de notas fiscais ou contratos que os lastreiem, uma vez que a relação de documentos de habilitação constante dos artigos 27 a 31 da Lei 8.666/1993 é taxativa. TCU. Acórdão 2435/2021-Plenário | Relator: RAIMUNDO CARREIRO ÁREA: Licitação | TEMA: Qualificação técnica | SUBTEMA: Atestado de capacidade técnica outros indexadores: Documentação, Rol taxativo, Nota fiscal, Contrato Publicado: Boletim de Jurisprudência n° 376 de 25/10/2021
>
> É indevida a exigência de que atestados de qualificação técnica sejam acompanhados de cópias das respectivas notas fiscais, visto não estarem estes últimos documentos entre os relacionados no rol exaustivo do art. 30 da Lei 8.666/1993. TCU. Acórdão 15239/2021- Segunda Câmara | Relator: RAIMUNDO CARREIRO ÁREA: Licitação | TEMA: Qualificação técnica | SUBTEMA: Atestado de capacidade técnica outros indexadores: Nota fiscal, Rol taxativo Publicado: Boletim de Jurisprudência n° 374 de 13/10/2021
>
> É indevida a exigência de que atestados de qualificação técnica sejam acompanhados de cópias das respectivas notas fiscais, visto não estarem estes últimos documentos entre os relacionados no rol exaustivo do art. 30 da Lei 8.666/1993. TCU. Acórdão 944/2013- Plenário | Relator: BENJAMIN ZYMLER ÁREA: Licitação | TEMA: Qualificação técnica | SUBTEMA: Atestado de capacidade técnica outros indexadores: Nota fiscal, Rol taxativo, Cópia de documento Publicado: Informativo de Licitações e Contratos n° 148."

O atestado de capacidade técnica apresentado pela empresa MB Intervenções Urbanas Ltda., atendeu suficientemente os requisitos previstos no edital para comprovação de sua qualificação técnica,

quanto a capacidade da referida empresa, a prova de conceito certificou a efetiva adequação entre o objeto oferecido pela licitante em sua proposta e as condições técnicas estabelecidas no instrumento convocatório.

Relativo as alegações de adequação do contrato social ao objeto da licitação, a jurisprudência não é pacífica sobre esse assunto, por entender que é irrelevante "objeto social" no exame da habilitação jurídica da empresa participante: conforme o TJ/RS, AgrInstr. 70033139700: *"Caso em que a mera análise do objeto social da empresa licitante não justifica sua inabilitação"; e o TCU, no Acórdão nº 1203/2011-P e Acórdão nº 571/2006-2ªCâm.: "... não seria razoável exigir que ela tenha detalhado o seu objeto social a ponto de prever expressamente todas as subatividades complementares à atividade principal").*

Não há, na Lei de Licitações, exigência explícita de que o objeto social da empresa contemple exatamente o objeto licitado. Exige-se somente que a empresa demonstre estar devidamente cadastrada na esfera pertinente (Municipal, se prestador de serviços; Estadual se comércio).

A exigência legal é no sentido da comprovação, quando necessário, de que o particular tem condições efetivas de entregar ou executar o que está sendo licitado. Isso já é qualificação técnico-operacional.

Sobre esse assunto, Marçal Justen Filho, em Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos[1], assevera: *"o problema do objeto social compatível com a natureza da atividade prevista no contrato se relaciona com qualificação técnica. Se uma pessoa jurídica*

[1] MARÇAL JUSTEN FILHO, Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 11ª ed., pág. 209

apresenta experiência adequada e suficiente para o desempenho de certa atividade, a ausência de previsão dessa mesma atividade em seu objeto social não poderia ser empecilho a sua habilitação".

O fato do objeto social da empresa não coincidir precisamente com o objeto central da licitação **não** é motivo suficiente para sua inabilitação. Noutras palavras, revela-se contrária ao princípio da competitividade a inabilitação do licitante em razão da diferença entre o seu CNAE e o objeto licitado.

Cabe à Administração verificar se as atividades dispostas nos documentos constitutivos da empresa são compatíveis, de forma geral, com o objeto da licitação, uma vez que inexiste no edital do presente certame a exigibilidade de que esteja expressamente prevista no Contrato Social a atividade específica objeto da licitação, isto porque não vigora no âmbito do procedimento licitatório o chamado "Princípio da Especialidade", que restringe a atuação das pessoas jurídicas aos limites do objeto social descrito em seus atos constitutivos.

Sobre o assunto, interessante citar o posicionamento de Joel de Menezes Niebuhr:

> [...] a Lei n° 8.666/93, pelo menos no que tange à habilitação jurídica, não exige que o documento constitutivo preveja expressamente que o licitante se dedique especificadamente à atividade correspondente ao objeto da licitação. No entanto, as pessoas jurídicas não devem atuar em atividades estranhas ao seu objeto social, que sejam incompatíveis com ele. Tanto isso é verdade que o inciso III do parágrafo único do art. 1.015 do Código Civil enuncia que o excesso por parte dos administradores das sociedades simples pode ser oposto a terceiros se ocorrer operação evidentemente estranha aos negócios da sociedade. Dessa sorte, a Administração deve verificar apenas se as atividades desempenhadas pelos licitantes como dispostas em seus documentos constitutivos são compatíveis, em linha geral, com o objeto da licitação. Licitante deve ser inabilitado apenas se houver incompatibilidade. Repita-se que o documento constitutivo não precisa dispor

expressa e especificamente sobre o objeto da licitação. (NIEBUHR, 2011, p. 372.) (Grifamos.)

O Tribunal de Contas da União tem entendimento consolidado no sentido de que "[...] *o cadastro de atividades na Receita Federal do Brasil não é motivo suficiente para impedir a participação da empresa, ainda mais que tal cadastro não era totalmente discrepante do objeto do certame. É certo que esse cadastro é uma imposição legal e deve estar atualizado, porém em nenhum momento há previsão legal de impedir uma empresa de participar em virtude de uma discrepância desse cadastro. Caberia aos responsáveis a formação de juízo crítico com base em todas as informações apresentadas, especialmente a simples leitura do Contrato Social da empresa representante*" (TCU, **Acórdão 1.203,** Plenário, rel. Min. José Múcio Monteiro, j. 11.05.2011).

Assim, diante dos fundamentos apresentados, conclui-se que a definição do objeto social da empresa, como constante no ato constitutivo, diversa do objeto da licitação, não pode ser o único motivo para inabilitá-la em certame licitatório.

DA DECISÃO

Isto posto, CONHEÇO do Recurso Administrativo interposto pela ASD Treinamento e Desenvolvimento de Pessoal Ltda., no processo licitatório referente ao Edital de PREGÃO PRESENCIAL n° 10/2023, NEGO PROVIMENTO, mantendo a empresa MB INTERVENÇÕES URBANAS LTDA. como APTA a fornecer o objeto do certame.

São Caetano do Sul, 26 de junho de 2023.

Prof. Ms. Silton Marcell Ramboli
Reitor em exercício