

EXMA. SRA. PREGOEIRA DO BADESUL DESENVOLVIMENTO S.A. - AGÊNCIA DE
FOMENTO/RS

Ref.: **Edital de Processo Licitatório nº: nº 0002/2024**

Processo nº 23/4000-0000476-7

A **SHAREPRIME TECNOLOGIA LTDA.**, inscrito no CNPJ 21.456.509/0001-13, por intermédio de seu representante legal, o Senhor João Batista Silva de Almeida, portador da Carteira de Identidade nº 9072390181 SJSRS e do CPF nº 932.541.990-49, vem por intermédio deste, embasado pelo do disposto no inciso V do art. 165 da Lei 14.133\2001 interpor:

RECURSO ADMINISTRATIVO, com pedido de efeito suspensivo

Em face de decisão tomada em Pregão Eletrônico nº 02/2024, que **desclassificou a SHAREPRIME por supostamente não estar de acordo com as funcionalidades do Termo de Referência**, assim como habilitou a empresa Doc Spider, que não atende de forma integral as funcionalidades exigidas, com base nas questões de fato e de direito que adiante se seguem:

PRELIMINARMENTE

1. DA TEMPESTIVIDADE

O fundamento principal do recurso administrativo é de índole constitucional e repousa nos incisos XXXIV e LV do artigo 5º da Carta Constitucional, os quais apresentam a seguinte redação:

“Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:(...)”

XXXIV – são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidades ou abuso de poder;(...)

LV – aos litigantes, em processo judicial ou **administrativo**, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios **e recursos a ela inerentes.**”

O texto supracitado garante o contraditório, a ampla defesa e, inclusive, o recurso no processo administrativo. Assim sendo, o princípio da ampla defesa não estará completo se não se garantir ao interessado o direito de interposição de recursos. Com efeito, hipóteses de arbitrariedades e condutas abusivas por parte de maus administradores devem ser corrigidas pelos agentes superiores, e para que o interessado leve sua pretensão a estes certamente se socorrerá do instituto recursal. Cercear o recurso, portanto, é desnaturar indevidamente o fundamento pertinente ao próprio direito de defesa.

O artigo 58 da Lei nº 9784/99 afirma que têm legitimidade para interpor recurso administrativo:

- **os titulares de direitos e interesses que forem parte no processo;**
- aqueles cujos direitos ou interesses forem indiretamente afetados pela decisão recorrida;
- as organizações e associações representativas, no tocante a direitos e interesses coletivos;

- os cidadãos ou associações, quanto a direitos ou interesses difusos.

Assim, para interpor recurso administrativo o administrado lesado relativamente a interesses individuais deve ostentar a condição de interessado, seja porque é parte no processo ou porque seus interesses serão indiretamente afetados pela decisão, como é o caso em tela.

O presente documento é tempestivo visto que, conforme artigos 16.1 e seguintes, dos atos do pregão cabem recurso após o final da sessão pública, em 05 (cinco) dias úteis:

“16.1 Dos atos do pregão caberá recurso que dependerá de manifestação do licitante ao final da sessão pública, em formulário eletrônico específico, manifestando sua intenção com registro da síntese das suas razões, **sendo lhe concedido o prazo de 05 (cinco) dias úteis para apresentação das razões do recurso**, ficando os demais licitantes desde logo intimados para apresentar contrarrazões em igual número de dias, que começarão a contar do término daquele prazo;

16.4 **A petição de recurso dirigida à Autoridade Administrativa deverá ser fundamentada e enviada eletronicamente;**”

Isso porque a comunicação da habilitação da empresa DocSpider, que foi considerada a vencedora do certame, se deu no dia 26 de março de 2024, estando a **SHAREPRIME** dentro do prazo previsto para apresentação de suas razões de recurso.

2. DO CABIMENTO DO EFEITO SUSPENSIVO - PERICULUM IN MORA

O artigo 61 da Lei n. 9784/99 estabelece que, salvo disposição de lei em contrário, o recurso não tem efeito suspensivo, MAS, **havendo justo receio de prejuízo de difícil ou incerta reparação decorrente da execução**, a autoridade recorrida ou a imediatamente superior poderá, de ofício ou a pedido, como o caso dos autos, dar efeito suspensivo ao recurso:

Art. 61. Salvo disposição legal em contrário, o recurso não tem efeito suspensivo.

Parágrafo único. **Havendo justo receio de prejuízo de difícil ou incerta reparação decorrente da execução, a autoridade recorrida ou a imediatamente superior poderá, de ofício ou a pedido, dar efeito suspensivo ao recurso.**

No presente caso, considerando o teor da r. decisão em que se DESCLASSIFICOU ILEGALMENTE a recorrente e acarretaria a contratação de outra empresa que não possui qualificação descrita no Termo de Referência e com preço mais caro ao praticado pela recorrente, há justo receio de prejuízo de incerta reparação, visto que haveria o cometimento de desclassificação ilegal, prejudicando a concorrência e onerando excessivamente o Órgão em questão. Assim, **é imperioso que seja concedido efeito suspensivo a este recurso administrativo, em caráter de urgência, visto que o risco de lesão irreparável na concretização da decisão é evidente, assim como poderá fazer o Exmo. Pregoeiro incorrer em ilegalidade ao desclassificar de forma indevida a ora recorrente!**

Dessa forma, plenamente cabível este recurso, com efeito suspensivo, inclusive, à luz do art. 61, parágrafo único, da Lei nº 9.784/99, porquanto há a certeza de prejuízo de difícilíssima reparação à ora recorrente.

3. DA SITUAÇÃO FÁTICA E DA PROVA DE CONCEITO (POC)

A **SHAREPRIME**, a fim de ampliar sua rede de negócios, optou por participar do presente processo licitatório, qual seja, Pregão Eletrônico n. 02/2024 do **BADESUL**, cujo objeto é, pelo **menor preço global**, de serviços de licenciamento, sustentação em nuvem, consultoria, documentação, treinamento e implementação de software de gestão de normas internas.

É importante esclarecer que a **SHAREPRIME** é fornecedora do **BADESUL** em outros itens licitados anteriormente, realizando um trabalho de excelência há mais de 06 (seis) anos consecutivos. Logo, não está se falando de uma empresa aventureira ou que não é confiável

quanto à entrega das suas soluções, conforme é atestado pelo próprio **BADESUL** ao realizar as respectivas renovações contratuais.

Consoante trazido no item acima, após ser habilitada na etapa de apresentação de proposta e de documentos, foi intimada para realizar a Prova de Conceito, nos termos do Edital.

Conceitualmente, a prova de conceito, *proof of concept* ou POC, é aplicada diante de um objeto complexo, ou seja, busca verificar se a solução apresentada pelo licitante atende às exigências do ato convocatório, no que se refere à suas características, qualidade, funcionalidade, desempenho, níveis de serviços entre outros. **Assim, a Prova de Conceito destina-se a permitir que a Administração confirme a efetiva adequação da proposta do licitante ao objeto exigido no processo licitatório.**

A Instrução Normativa nº 01/2019, que dispõe o processo de contratação de soluções de Tecnologia da Informação e Comunicação - TIC pelos órgãos e entidades integrantes do Sistema de Administração dos Recursos de Tecnologia da Informação - SISP do Poder Executivo Federal, por exemplo, define a Prova de Conceito como 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.

Ainda cumpre observar que **o TCU estabeleceu a obrigação dos editais de fazer a devida previsão completa de como será realizada eventual prova de conceito** ou análise de amostra conforme abaixo:

"Adote em editais de pregão critérios objetivos, detalhadamente especificados, para avaliação de amostras que entender necessárias a apresentação. Somente as exija do licitante classificado provisoriamente em primeiro lugar no certame". (TCU - Acórdão 1168/2009 Plenário)

"Impõe-se o detalhamento dos testes de aderência previstos no edital, com vistas a atestar a adequação das propostas e das ofertas aos requisitos de qualidade pretendidos, na medida necessária para subsidiar a decisão da Administração, **prescindindo-**

se a descrição das minúcias de realização dos referidos testes"

(TCU - Acórdão 394/2009 Plenário (Sumário))

Tudo isto é bem corroborado pelo Edital do certame, que aduz:

2.13. Por último, **é imprescindível a realização da Prova de Conceito** previamente à assinatura do contrato, **visto a necessidade de confirmar se o software atende aos requisitos técnicos necessários para os processos do Badesul**, evitando investimentos em soluções inadequadas.

2.14. **A prova de conceito (PoC) é um método que visa demonstrar a viabilidade técnica e funcional de uma solução**, antes de se efetuar o investimento completo na sua contratação.

2.15. **A PoC permite que a Administração Pública verifique se o software de normas oferecido pelos licitantes atende aos requisitos mínimos estabelecidos no edital**, bem como se é compatível com o ambiente operacional do órgão contratante.

2.16. **A realização da PoC na licitação de um software de normas se justifica pela necessidade de se garantir a qualidade, a segurança e a eficiência da solução a ser contratada**, evitando-se riscos de incompatibilidade, obsolescência, indisponibilidade ou falhas no sistema.

2.17. Além disso, **a PoC contribui para a promoção da competitividade e da isonomia entre os licitantes, uma vez que possibilita a avaliação objetiva e imparcial das propostas**, sem a restrição a marcas ou fornecedores específicos.

Ou seja, a regulamentação vigente, os órgãos fiscalizadores e o próprio **BADESUL** estão corretos com relação ao conceito da Prova de Conceito e não deveríamos estar diante do presente documento para evitar prejuízo ao erário e descumprimento de direitos da **SHAREPRIME** como licitante vencedora.

No dia 27 de fevereiro de 2024 a **SHAREPRIME** enviou, ao e-mail de informações do Edital, pedidos de esclarecimento a respeito de como se daria a dinâmica da referida prova de

conceito. Além de ter suas demandas retornadas, recebeu, por parte do **BADESUL**, o mapa de testes que seria utilizado, baseado nas mesmas descrições encontradas no edital.

Já neste ponto foi realizado um esclarecimento prévio a respeito do ambiente de realização da POC, visto que o Edital se contradiz quanto a esta ocorrência, senão vejamos:

“Anexo I, item 5.10

5.10. A POC consistirá em:

5.10.2. Preparação pelo BADESUL do ambiente operacional para a realização da prova de conceito, providenciando os equipamentos, os softwares, os dados, os acessos e os recursos necessários para a execução dos testes”

No mesmo Edital, todavia, em item anterior, constou disposição contrária, senão vejamos:

“5.4. Escopo da prova de conceito:

5.4.1. A prova de conceito será realizada em um ambiente de teste da LICITANTE;”

Resta evidente que o Edital merecia revisão a fim de seja estabelecido o trâmite para a realização da Prova de Conceito, o qual desobrigue a realização da mesma de modo presencial, garantindo uma melhor eficiência, isonomia e legalidade pela Administração, pois não dará margem para que a licitação se vija nula.

Ficou visível, desde este momento, que haveria divergências na execução da POC. Isso porque, consoante disposição da cláusula 5.10.2 acima colacionada, a **SHAREPRIME** esperava que na data da POC seriam liberados os ambientes do **BADESUL** para configuração.

Todavia, após os esclarecimentos solicitados pela **SHAREPRIME** ao **BADESUL**, esta destacou que o ambiente de teste deveria ser preparado pela própria licitante. De qualquer modo, buscando o melhor para o erário, a **SHAREPRIME** procedeu com a realização da Prova de Conceito conforme a equipe do **BADESUL** instruiu, **mesmo com tal contradição no Edital e com apenas 2 (dois) dias para realizar a referida preparação para a POC.**

Após a realização da POC, que ocorreu em 3 ocasiões diferentes, sendo que na primeira e na segunda apresentação, os envolvidos passaram 3 (três) horas demonstrando a solução, enquanto na terceira e última apresentação a duração foi de 1 (uma) hora, a **SHAREPRIME** obteve acesso à Ata de Despacho e Resultado da referida POC, na qual verificou-se que a **SHAREPRIME**, na visão dos avaliadores, não atendia a todos os itens do Termo de Referência, de forma que restou absurdamente desclassificada do certame.

Conforme o Edital, **considerando que a SHAREPRIME atingiu todos os itens técnicos previstos no Termo de Referência**, esta deveria ter sido classificada e tido sua contratação homologada:

“5.11. Caso o relatório indique que a solução tecnológica está em conformidade com as especificações exigidas, o licitante será declarado classificado no processo licitatório e, caso indique a não conformidade, o licitante será desclassificado do processo licitatório;”

É evidente que ao comparar-se a realização da Prova de Conceito e o referido documento de resultado da POC, denota-se que, em realidade, houve irregularidade na avaliação da solução apresentada pela **SHAREPRIME**, visto que a empresa atende, de fato, a todos os requisitos funcionais que constam no Termo de Referência, consoante será a seguir demonstrado. **Consequentemente, a revisão da decisão que desclassificou a SHAREPRIME é medida que se impõe.**

Como exemplo de outras contradições e irregularidades durante o certame, isso se comprova na própria documentação, pois em primeira análise o BADESUL entendeu que algumas funcionalidades não eram atendidas, mas, em outra reunião, considerou atendidas (o que é o entendimento correto).

Ora, há toda comprovação de atendimento e a SHAREPRIME possui condição de demonstrar que todos os requisitos são atendidos em quantas horas forem necessárias, mas para isso há de existir colaboração do ente público e entendimento acerca do Termo de Referência publicado. Isso porque, respeitosamente, não se pode confundir preferência pessoal com requisito do Termo de Referência.

Após o resultado da POC e a desclassificação da **SHAREPRIME**, consoante será a seguir descrito, a empresa que ocupou a segunda posição na fase de habilitação documental, Doc

Spider, foi convocada para realizar sua POC, sendo posteriormente habilitada e declarada vencedora do certame, o que ocorreu no dia 26 de março de 2024.

Todavia, consoante será a seguir demonstrado, a desclassificação da **SHAREPRIME** ocorreu de forma irregular, de forma que, consequentemente, a habilitação da empresa vencedora também deverá ser revista.

4. DAS RAZÕES DA DESCLASSIFICAÇÃO DA SHAREPRIME

Conforme já relatado, após a habilitação na etapa de apresentação de proposta e análise documental, a **SHAREPRIME** foi convocada para a POC (Prova de Conceito) do sistema objeto da licitação, cuja especificação pode ser encontrada no **Anexo I, item 5 do edital**.

Para a referida prova de conceito, a empresa vencedora da fase de habilitação documental deveria realizar a apresentação do sistema, cujos itens constantes no Edital seriam julgados de acordo com os critérios previamente definidos no documento do certame.

Após a apresentação da prova de conceito, foi considerado – **irregularmente** - que a **SHAREPRIME** não atenderia aos requisitos necessários, conforme Ata de Despacho e Resultado.

Cumpre referir que, em 11 de março de 2024, isto é, em 3 (três) dias úteis após a comunicação da desclassificação da **SHAREPRIME**, esta apresentou pedido de reconsideração da decisão, na qual foram apresentadas as razões que serão abaixo reiteradas. **Todavia, o referido pedido não foi recebido pelo BADESUL, o que se encontra em dissonância com a Lei de Licitações (Lei 14.133/2021), que permite, em seu art. 165, inciso II, a apresentação de pedido de reconsideração.**

Não obstante a irregularidade do órgão, a **SHAREPRIME** vem, portanto, trazer novamente os motivos que demonstram que a desclassificação da empresa ocorreu de forma irregular. Assim, passemos a analisar cada um dos fatos posteriores que comprovam o alegado, na Prova de Conceito propriamente dita:

3.1 Dos Critérios de Julgamento

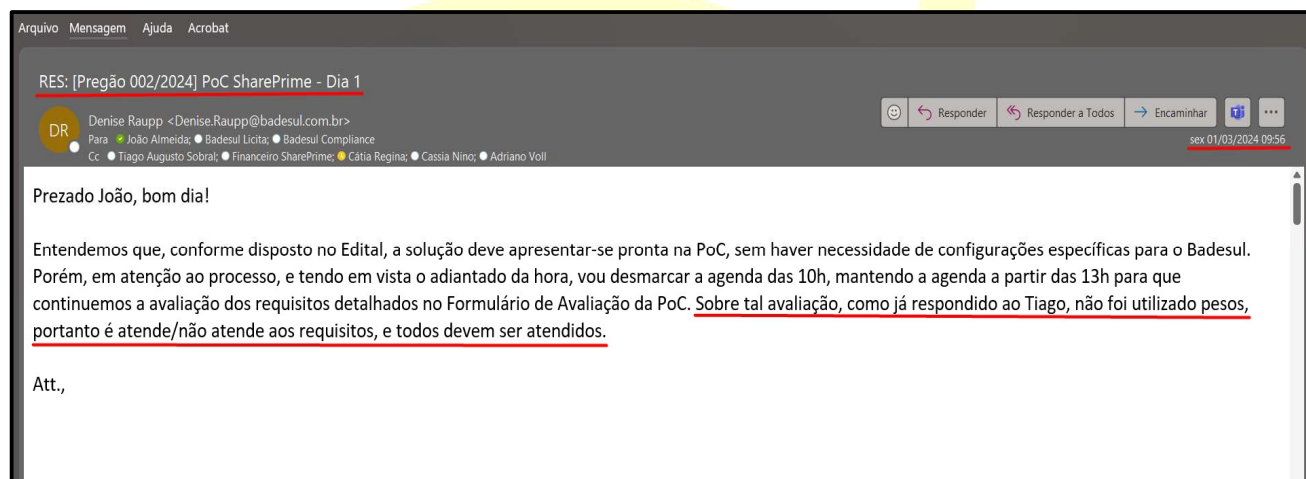
Segundo o edital, a Prova de Conceito seria regida sob a seguinte ótica de classificação dos itens:

5.10.3. Elaboração pelo Ade um roteiro de testes para a proposta, contendo as principais funcionalidades e características do software de normas a serem avaliadas, **os critérios de aceitação**, **os métodos de verificação** e **os pesos atribuídos a cada item**, sendo utilizado como roteiro os requisitos do item 3.2(...)

Tal fato é corroborado pelo art. 33 da Lei 13.303, que rege o Edital:

“Art. 33. O objeto da licitação e do contrato dela decorrente será definido de forma sucinta e clara no instrumento convocatório.”

Ao deparar-se com o presente Edital, a **SHAREPRIME** prontamente realizou o questionamento ao **BADESUL** sobre como tal disposição seria atendida na prática. A agência, por sua vez, enviou a seguinte resposta:



Analisando a resposta acima colacionada, depreende-se que, alterando o disposto no Edital, o **BADESUL apenas avaliou os itens com atende e não atende, sem fornecer qualquer peso ou qualquer método de verificação**, este último, gerando surpresas durante a execução da POC, visto que a representante do órgão passou a relatar como gostaria que os itens fossem entregues, conforme pode ser constatado nos vídeos. **Na maioria deles, com abrangência ou interpretação distinta da escrita do item – O QUE É UMA CLARA IRREGULARIDADE E SIMPLEMENTE DEMONSTRA GOSTO PESSOAL E NÃO UM REQUISITO TÉCNICO PREVIAMENTE PREVISTO NO EDITAL E NO TERMO DE REFERÊNCIA.**

Diante dessa atuação discricionária por parte da avaliadora, no sentido de avaliar os requisitos de forma diferente do que constava no Termo de Referência e de acordo com sua

interpretação pessoal do que seria mais adequado, **é a solução da SHAREPRIME foi vista como não totalmente adequada ao Edital. SOMENTE POR ISSO!**

É dizer, portanto, que houve clara inobservância aos termos do Edital que regem o presente pregão eletrônico, visto que inexistiram critérios de avaliação condizentes com o documento mencionado, bem como que a conduta da avaliadora também não se mostrou condizente com os requisitos que estavam sendo exigidos no Termo de Referência vinculado ao Edital, conforme passaremos a analisar na sequência de forma detalhada.

3.2. Dos Itens SUPOSTAMENTE “Não Atendidos” pela SHAREPRIME

a) Dispor de versão “Desktop” e “Mobile”, com todas as funcionalidades e recursos web.

Com relação ao ponto acima, a motivação para a classificação como não atende, registrada na ata pelo **BADESUL** se deu pela seguinte razão:

“As funcionalidades não foram demonstradas no dispositivo mobile.”

Na primeira rodada da POC, realizada no dia **29/02/2024**, conforme vídeo que segue em anexo, foi demonstrada a existência da versão Desktop e da versão mobile da solução. Ressalte-se que a POC foi conduzida pela representante do **BADESUL**, passando por cada um dos itens, de forma que em nenhum momento (conforme pode ser verificado nos três vídeos) solicitou que os demais itens do mapa de testes fossem apresentados em ambas as versões, dando o item como apresentado quando demonstrada a existência de ambas as versões!

Quanto ao ponto, explicita-se que o próprio Edital é claro quanto a possibilidade de uso de 16 (dezesesseis) horas para a execução da POC, consoante item 5.5 do Edital, que foi constantemente acelerada pela representante do **BADESUL**, visto que se totalizaram apenas 7 (sete) horas de apresentação da solução da **SHAREPRIME**. Inclusive, conforme veremos adiante, tal displicência poderia, inclusive, ser denunciada e avaliada como prática equivocada do servidor público com relação ao tratamento da licitação.

Importante reforçar, quanto ao ponto, que houve pressa por parte da representante do **BADESUL** especialmente na última sessão, que foi agendada com apenas 01 (uma) hora

de duração e cujo vídeo comprova a atuação inapropriada da representante no sentido de buscar finalizar a apresentação de forma rápida.

Reforça-se, porque não é demais, dado o cenário de insegurança, em nenhum momento foi solicitado que além de mostrar a versão mobile idêntica a web, cada um dos requisitos da planilha fosse também checado em ambas as versões.

b) Permitir a inclusão de “sinônimos”

Com relação ao ponto acima, a motivação para a classificação como **não atende**, registrada na ata pelo **BADESUL** se deu pela seguinte razão:

“Implementado após a primeira apresentação, mas tem que acessar, individualmente, o local de cada documento para saber quais tem sinônimos. Não é apresentada uma busca geral.”.

Observe que a descrição do edital traz apenas o pedido: **“permitir a inclusão de sinônimos”**, como um item dentro da classificação buscador no documento de mapa de testes.

O texto “Incluir sinônimos” não indica como se quer a apresentação visual do item, isto é, não indica se a busca deveria ser geral, detalhada, ou de que forma deveria ser entregue o item. **Foi apresentado, conforme vídeo da sessão 3, a área de inclusão de sinônimos e a busca de sinônimos, cujo resultado (pode ser verificado também no vídeo 3) são todos os documentos que possuem aquele sinônimo.** Obviamente, para saber qual dos sinônimos está inserido, é necessário abrir o documento.

É claro, portanto, que o requisito exigido no item é apenas **permitir a inclusão de sinônimos e esta inclusão é permitida**. Qualquer outra especificidade cobrada que seja diferente disso se trata de subjetividade da representante do **BADESUL**, visto que o Edital e o Termo de Referência restaram claros com relação ao referido ponto, sendo, portanto, a existência do item razão suficiente para que o item seja atendido.

c) Comparação automática no visualizador entre versões anteriores e destaque de todas as alterações

Com relação ao ponto acima, a motivação para a classificação como **não atende**, registrada na ata pelo **BADESUL** se deu pela seguinte razão:

“A comparação não é automática no visualizador entre todas as versões anteriores, é necessário utilizar a funcionalidade nativa do word, dentro do documento específico, para comparar documentos a serem escolhidos pelo usuário que está comparando.”.

O requisito foi apresentado pela **SHAREPRIME** tal qual está disposto no Edital: comparação automática entre versões anteriores e destaque para as alterações. A comparação é automática, bastando selecionar quais versões deseja comparar, visto que o usuário precisa indicar a comparação desejada para que o sistema possa automaticamente gerar. O fato de ser uma funcionalidade nativa do word em nada desclassifica o atendimento do item, visto que a solução apresentada trabalha com o uso deste como editor padrão.

Conforme vídeo da sessão três, é possível verificar que foi demonstrado e a representante do **BADESUL** passou a explanar como gostaria que o item fosse apresentado, isto é, **novamente trazendo para o item um critério subjetivo de interpretação, o que, reitera-se, não pode ser aceito dentro de um certame público, visto que é obrigatória a observância ao Edital e documentos que o integram.**

Aqui, mais uma vez nos deparamos com o problema da falta de clareza dos, deixando a interpretação aberta para que a representante decidisse se, ainda que existente, a funcionalidade era ou não “da forma como queria”.

d) Criação de múltiplas revisões com vigência Futura

Com relação ao ponto acima, a motivação para a classificação como **não atende**, registrada na ata pelo **BADESUL** se deu pela seguinte razão:

“Possibilita criar diferentes arquivos das novas versões programando vigência futura, mas não múltiplas revisões com vigência futura na mesma publicação.”

No que diz respeito a esse item, depreende-se que pode ter ocorrido falha no entendimento da representante do **BADESUL**, visto que não se espera que esta tenha agido de má fé a fim de entender que a **SHAREPRIME** não atendeu ao item.

Isso porque o sistema permite programar toda e qualquer revisão para que tenha vigência futura, sendo uma revisão sem alteração de versão (conforme vídeo 03 da POC) gera no sistema um subitem de versão e aderente ao item solicitado, **visto que legalmente, qualquer alteração em documento público oficial precisa ser publicada, para garantir o princípio da publicidade e garantir a sua integridade.**

Portanto, com relação ao item mencionado, **foi apresentada tanto a programação de vigência futura de novas versões, como de revisões, chamadas no sistema de versões filhas, todas encadeadas com a versão original.**

e) Aprovação colaborativa com interação simultânea sobre o documento com recurso de “chat” para conversa entre os aprovadores

Com relação ao ponto acima, a motivação para a classificação como **não atende**, registrada na ata pelo **BADESUL** se deu pela seguinte razão:

“Foi apresentada uma solução que faz um link para o Teams padrão, abrindo um chat normal com uma pessoa, sem vínculo com o documento específico.”.

Aqui, mais uma vez a falta de descrição prévia no Edital deixou o item aberto a interpretações, o que acabou ocorrendo com a representante do **BADESUL**. Resta claro, no Edital, que o requisito é a existência de um chat, para interação **SOBRE** o documento, não existindo qualquer obrigatoriedade de o chat estar **VINCULADO** a ele, visto que não é o que está descrito no requisito (e plano de testes).

Portanto, o chat apresentado diz respeito a um componente de ativação do Teams dentro do documento ou do sistema, para que possa existir a interação entre os aprovadores de forma simultânea, atendendo **INTEGRALMENTE** o solicitado.

3.3. Dos itens “Não Atendia” com relação à SHAREPRIME.

A Ata, ainda, faz constar que alguns itens não atendiam na primeira sessão e foram implementados para a segunda rodada. Dado que durante a primeira rodada a **SHAREPRIME** foi surpreendida com a interpretação da representante aos itens, **foi necessário parametrizar (mudar configurações de funções existentes no sistema) para buscar atender como a representante do BADESUL solicitou em meio a apresentação, AINDA QUE NÃO FOSSE OBRIGATÓRIO**, já que os itens poderiam ser entregues **IPSIS LITERIS** da forma como estão descritos, não sendo obrigatório atender a discricionariedade da representante em como gostaria de ter a funcionalidade e sim que a funcionalidade existe e atende o requisito do certame.

Ainda sobre esses itens, cumpre asseverar que a Ata de Despacho e Resultado não especificou se a **SHAREPRIME** atendeu ou não os requisitos funcionais. **Dessa forma, com relação aos referidos itens, entende-se que quando a representante do BADESUL indica que foi implementado, deve-se levar em conta que o requisito está atendido.**

4. DA DESCLASSIFICAÇÃO DA DOC SPIDER

Após o resultado da POC e a desclassificação da **SHAREPRIME**, consoante será a seguir descrito, a empresa que ocupou a segunda posição na fase de habilitação documental, denominada Doc Spider, foi convocada para realizar sua POC, sendo posteriormente habilitada e declarada vencedora do certame, o que ocorreu ilegalmente no dia 26 de março de 2024.

Todavia, consoante será a seguir demonstrado, a desclassificação da **SHAREPRIME** ocorreu de forma irregular, de forma que, conseqüentemente, a classificação da empresa vencedora também deverá ser revista, inclusive por descumprimentos do Termo de Referência e do Edital, conseqüentemente.

a) Dos itens NÃO Atendidos pela Vencedora (Doc Spider) e Da Contradição entre a Avaliação de itens entre SharePrime e Doc Spider

Consoante previamente narrado, após a DESCLASSIFICAÇÃO da **SHAREPRIME**, convocou-se a segunda colocada (Doc Spider) para a prova de conceito, passando a apresentar também os mesmos itens anteriormente apresentados pela **SHAREPRIME**. Após a prova de conceito foi considerado pelo time do **BADESUL** que a empresa licitante da segunda POC (Doc Spider) atendeu a todos os requisitos, de forma que foi tida como a vencedora do procedimento licitatório.

A **SHAREPRIME**, todavia, em seu direito assegurado no Edital, participou de todas as apresentações supra referidas, nas quais restaram verificadas irregularidades e diferença de tratamento quanto aos itens apresentados, além do descumprimento evidente de itens pela Doc Spider, conforme será a seguir demonstrado.

b) Dispor de versão “Desktop” e “Mobile”, com todas as funcionalidades e recursos web

Quanto ao item acima, os representantes da DocSpider apresentaram sua solução de forma semelhante ao que foi feito pela **SHAREPRIME**, isto é, **mostrando a responsividade para qualquer formato de dispositivo**, deixando claro que o sistema é WEB e pode ser apresentado em qualquer dispositivo (assim como o sistema da **SHAREPRIME**). Além disso, assim como a **SHAREPRIME**, os representantes da DocSpider fizeram a referida demonstração por meio da apresentação da home page e mais 3 (três) telas da solução.

Entretanto, no relatório gerado a partir da POC da **SHAREPRIME**, foi considerado que as funcionalidades NÃO FORAM APRESENTADAS, enquanto no caso da DocSpider, foi considerado que a solução ATENDE ao item em questão.

Nenhum dos dois licitantes apresentou todos os itens, visto que ambos apresentaram a visão de responsividade geral. **Porém, reitera-se, para a surpresa da SHAREPRIME, houve clara divergência de tratamento entre os licitantes, visto que, a partir de demonstração semelhante de funcionalidades das duas soluções, a representante do BADESUL concedeu resultados completamente diferentes, ao dispor que a SHAREPRIME não**

demonstrou as funcionalidades enquanto estas teriam sido demonstradas pela DocSpider.

c) Busca avançada

Conforme pode ser observado no vídeo de apresentação do dia 01 de apresentação da empresa DocSpider, o responsável pela apresentação demonstrou que pode ser cadastrada, no sistema, funcionalidade em que se verifica uma relevância por pesos, sem, todavia, mostrar se tal ponto realmente é funcional. Isto é, o representante da Doc Spider limitou-se a dizer e mostrar que o cadastro de relevância existe, sem, todavia, mostrar a execução da referida funcionalidade e tampouco a ordenação dos resultados, a qual é requisito do item.

A fim de comprovar o exposto, colaciona-se o item que foi considerado atendido pela DocSpider:

“Permitir que o usuário administrador possa configurar o buscador utilizando a “relevância” e ordenação dos resultados”.

Conclui-se, portanto, que em nenhum momento restou comprovado que o usuário administrador consegue configurar a ordenação dos resultados, bem que o representante da DocSpider não expôs a relevância de fato funcionando.

d) Revisões vigência futura

Neste item, considerou-se que a solução da **SHAREPRIME NÃO ATENDE** ao item, **sendo que a forma de funcionamento é igual a forma de funcionamento da DocSpider**, isto é, possibilita criar diferentes revisões dos documentos, programando para cada uma, versões com vigência futura, visto que cada nova revisão a ser publicada gera um novo documento, mas não múltiplas revisões com vigência futura na mesma publicação.

Reitera-se que para a **SHAREPRIME** foi considerado NÃO ATENDE e para a DocSpider ATENDE. **Em ambos os sistemas, o comportamento é o mesmo: revisa, publica com data futura gerando nova versão.**

Na apresentação do recurso da solução da empresa DocSpider, há, inclusive, clara menção de que **o documento vigente não é revisado**, de modo que se abre uma nova versão, assim como para cada revisão que será válida.

e) Gerenciamento dos mais diversos tipos de documentos e formatos, com opção de editor HTML avançado e/ou documentos elaborados em ferramentas de mercado

Neste ponto, o time Doc Spider fez a demonstração de um editor, sem demonstrar a opção de edição HTML avançadas e nem de edição de documentos elaborados em alguma outra ferramenta de mercado, demonstrado apenas a edição básica de dados de documento criados no próprio editor da ferramenta. Ainda assim, o time **BADESUL** considerou atendido o requisito. Durante esse ponto, o apresentador, no minuto 42:50' do Video Pregão 0022024 PoC DocSpider Dia 1 - Realizado em 19-03, que cita que se fosse um arquivo elaborado em editor de mercado a opção se habilitaria, porém não demonstrou se isso de fato pode ser realizado. Para justificar a não habilitação, o apresentador relata que configurou o tipo de documento para ser editado apenas dentro da ferramenta **(que só possui recursos simples e não avançados conforme solicita o Edital)**, porém, durante toda a apresentação, **jamais demonstrou ser verdade tal afirmação.**

Após a troca de apresentadores, o novo recurso de Doc Spider repassou novamente este item, sendo que, mais uma vez, não demonstrou tipos de documento diferentes, formatos de documentos diferentes e tampouco documentos elaborados em editor de mercado (a apresentadora abriu, fora do sistema, um documento word, porém mostra apenas o famoso "ctl c + ctlv" do texto do word).

e) Processo configurável para criação/revisão de documentos com opção de fluxos (rotas e regras) diferenciadas por tipo de documento

Para este item, o time da DocSpider realizou um download de processos "bpmn" dos tipos de documento, mostrando que são diferentes, e posteriormente abriu a configuração do tipo de documento, mostrando a vinculação entre documento e processo, porém, em nenhum momento, demonstrou **COMO ESSES FLUXOS SÃO CRIADOS**.

f) Aprovação colaborativa com interação simultânea sobre o documento com recurso de “chat” para conversa entre os aprovadores

Não foi demonstrado pela DocSpider o recurso de CHAT, mas sim apenas o campo de comentários nativo do documento, além de não ter sido demonstrada a interação SIMULTÂNEA, com mais de um recurso trabalhando ao mesmo tempo no mesmo documento.

g) Processo configurável de “Alerta antecipado por vencimento” ou “Alerta por previsão de revisão” ou “Alerta por prazo vencendo” dos documentos

Não foi demonstrado pela DocSpider um processo configurável de alerta, tendo sido demonstrada apenas a configuração de prazo para tipos de alerta que já são fixos no sistema.

h) Comparação automática no visualizador entre versões anteriores e destaque de todas as alterações

O sistema da DocSpider não permite a comparação entre todas as versões anteriores, apenas para a versão anterior de cada versão. Se um mesmo documento possuir, por exemplo, 10 (dez) versões, sistema o sistema permite comparar a primeira versão com a segunda, e a segunda com a terceira, porém, não deixa comparar todas as versões anteriores, como, por exemplo, a primeira e a décima versão.

Diante de todos os fatos acima narrados, que comprovam que a Doc Spider não atende diversos requisitos que constam no Termo de Referência e que foram objetos da Prova de Conceito, depreende-se que se está diante de claro caso de desclassificação do licitante.

Quanto ao ponto, cumpre trazer o disposto na cláusula 5.11 do próprio Termo de Referência, que expõe que a falta de conformidade da solução tecnológica com os requisitos do documento leva à desclassificação do licitante:

“5.11. Caso o relatório indique que a solução tecnológica está em conformidade com as especificações exigidas, o licitante será declarado classificado no processo licitatório e, caso indique a não conformidade, o licitante será desclassificado do processo licitatório;

Cumpre ressaltar que tal disposição se encontra em plena consonância com a Lei de Licitações (Lei n. 14.133/2021), que, em seu artigo 59, expõe em quais situações uma proposta deverá ser desclassificada em um procedimento licitatório, senão vejamos:

“Art. 59. Serão desclassificadas as propostas que:

I - contiverem vícios insanáveis;

II - não obedecerem às especificações técnicas pormenorizadas no edital;

III - apresentarem preços inexequíveis ou permanecerem acima do orçamento estimado para a contratação;

IV - não tiverem sua exequibilidade demonstrada, quando exigido pela Administração;

V - apresentarem desconformidade com quaisquer outras exigências do edital, desde que insanável.

§ 1º A verificação da conformidade das propostas poderá ser feita exclusivamente em relação à proposta mais bem classificada.”

Dessa forma, analisando o dispositivo legal acima, conclui-se que o contexto trazido, isto é, a falta de conformidade da solução apresentada pela Doc Spider com o Termo de Referência que está ligado ao Edital, além de estar previsto na referida cláusula 5.11, encaixa-se na situação prevista no inciso II do artigo 59 da Lei de Licitações, já que as especificações técnicas do Edital não foram observadas pela empresa.

Por exemplo, assim entendeu o Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas sobre o tema:

“APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. DECISÃO DE DESCLASSIFICAÇÃO DO LICITANTE VENCEDOR DO PREGÃO ELETRÔNICO. PRELIMINAR DE AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. INOCORRÊNCIA. ART. 93, X, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INOBSERVÂNCIA DAS EXIGÊNCIAS DO EDITAL DO CERTAME. AUSÊNCIA DE ATO ILÍCITO. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. O processo licitatório deve

atender aos princípios da legalidade e da igualdade, encontrando-se o Administrador vinculado às exigências previamente definidas no Edital do Certame. Inteligência do artigo 3º da Lei 8.666/93 e dos Princípios Constitucionais da Administração Pública. 2. Na espécie, a empresa impetrante pugna pela reforma da sentença proferida, por entender que houve ilegalidade na decisão de desclassificação. 3. **Entretanto, observa-se que houve desrespeito as normas do certamente, especificamente no que diz respeito às especificações técnicas do produto ofertado.** 4. **Dessa forma, correta a decisão do Administrador Público em declarar a desclassificação do licitante que não se adequou às exigências previamente definidas, inexistindo postura ilícita ou violação das regras da licitação.** 5. Recurso não provido. (TJ-AM - AC: 06531035220188040001 AM 0653103-52.2018.8.04.0001, Relator: Jomar Ricardo Saunders Fernandes, Data de Julgamento: 05/05/2021, Câmaras Reunidas, Data de Publicação: 05/05/2021) (grifo nosso)”

Nessa linha, diante do que fora trazido, não há outra conclusão senão a de desclassificação da empresa DocSpider em razão da falta de atendimento aos requisitos do Termo de Referência, visto se tratar de solução tecnológica que em muito diverge daquela buscada pelo **BADESUL**, assim como devem ser considerados atendidos itens pela **SHAREPRIME** que são semelhantes aos aprovados para a DocSpider.

5. DA NECESSIDADE DE CUMPRIMENTO DA REFERÊNCIA EDITALÍCIA E DA LEGISLAÇÃO APLICÁVEL

A Lei de Licitações atualmente vigente no Brasil, e aplicada de forma subsidiária no caso concreto, é instrumento criado e utilizado para garantir que os processos licitatórios sigam normas rígidas e evitem a escolha da administração pública por vontade do agente público, por simpatia a uma das entregas ou ainda por motivos quaisquer que não os dispostos nos editais.

5.1. Dos Princípios Da Licitação Pública

Os princípios que regem as licitações públicas veem insculpidos no art. 37 da Constituição Federal de 1988, bem como no art. 3º da Lei 8.666/93, com destaque à supremacia do interesse público na busca da proposta mais vantajosa ao Poder Público.

A **SHAREPRIME**, no claro intuito de clarear tópicos omissos ou obscuros no corpo do Edital, realizou questionamentos na justa expectativa de tê-la respondida, seja ela uma resposta positiva ou negativa.

Para análise e entendimento da construção técnico-jurídica existente no caso em apreço e do vício presente na condução do processo licitatório, necessário se faz a consolidação de alguns conceitos básicos de licitação, seu conceito, natureza jurídica, além das disciplinas normativas presentes.

Calcado e fundamentado, como já dito, na busca da proposta mais vantajosa ao Poder Público (lato senso), é de ser observado o regramento específico e suas nuances principiológicas, que embasam o ideal da contratação pública.

No caso em análise, para que tal objetivo fosse alcançado, a atuação dos representantes do **BADESUL** deveria ter sido diferente em diversos pontos.

a. Da Ofensa ao Contraditório e à Ampla Defesa

Todo procedimento, assim como qualquer ato processual, deve ser conduzido com estrita observância aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, sob pena de nulidade.

Ao instaurar um processo com repercussão à sociedade, todo trâmite deve ser conduzido de forma a garantir o direito ao contraditório e à ampla defesa conforme clara redação constitucional:

"Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:(...)"

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, **e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa**, com os meios e recursos a ela inerentes;(..."

No entanto, em manifesta quebra ao direito constitucional, ao desclassificar a **SHAREPRIME** com itens que sequer foram solicitados na POC, ou ainda, conforme gosto pessoal do avaliador, **VISTO QUE CONSIDEROU ITENS SEMELHANTES COMO ATENDIDOS PELA DOC SPIDER**, sem que isso fosse justificado legalmente no procedimento administrativo, incorreu o **BADESUL** em ilegalidade e abuso de Direito. Ou seja, trata-se de inequívoca quebra do direito constitucional à ampla defesa, especialmente por inibir a principal ferramenta de defesa do **SHAREPRIME**, conforme precedentes:

"(..) tenho para mim, na linha de decisões que proferi nesta Suprema Corte, que se impõe reconhecer, **mesmo em se tratando de procedimento administrativo, que ninguém pode ser privado de sua liberdade, de seus bens ou de seus direitos sem o devido processo legal, notadamente naqueles casos em que se estabelece uma relação de polaridade conflitante entre o Estado, de um lado, e o indivíduo, de outro**. Cumpre ter presente, bem por isso, na linha dessa orientação, que o Estado, em tema de restrição à esfera jurídica de qualquer cidadão, não pode exercer a sua autoridade de maneira abusiva ou arbitrária (...). Isso significa, portanto, **que assiste ao cidadão (e ao administrado), mesmo em procedimentos de índole administrativa, a prerrogativa indisponível do contraditório e da plenitude de defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, consoante prescreve a Constituição da República em seu art. 5º, LV**. O respeito efetivo à garantia constitucional do '*due process of law*', ainda que se trate de procedimento administrativo (como o instaurado, no caso ora em exame, perante o E. Tribunal de Contas da União), condiciona, de modo estrito, o exercício dos poderes de que se acha investida a Pública Administração, sob pena de descaracterizar-se, com grave ofensa aos postulados que informam a própria concepção do Estado Democrático de Direito, a legitimidade jurídica dos atos e resoluções emanados do Estado, especialmente quando tais deliberações, como sucede na espécie, importarem em invalidação, por anulação, de típicas situações subjetivas de vantagem." (MS 27422 AgR, Relator Ministro Celso de Mello)

A doutrina, no mesmo sentido, segue este entendimento.

"É sabido que a ampla defesa e o contraditório não alcançam apenas o processo penal, mas também o administrativo, nos termos do art. 5º, LV da CF/88. É que a Constituição estende essas garantias a todos os processos, punitivos ou não, bastando haver litígios. Logo, os processos administrativos que tramitam nos Tribunais de Contas deverão observar esses princípios constitucionais, sob pena de nulidade". (Harrison Leite, Manual de Direito Financeiro, Editora jus podium, 3ª edição, 2014, p. 349)

b. Da Legalidade, Impessoalidade, Transparência e Razoabilidade

Cumpramos ressaltar que, transparência, planejamento, impessoalidade e razoabilidade são não apenas essenciais mais obrigatórios em qualquer processo licitatório, senão vejamos o disposto na Lei de Licitações:

Art. 5º Na aplicação desta Lei, serão observados os princípios da legalidade, **da impessoalidade**, da moralidade, da publicidade, da eficiência, do interesse público, da probidade administrativa, da igualdade, **do planejamento, da transparência**, da eficácia, da segregação de funções, da motivação, da vinculação ao edital, do julgamento objetivo, da segurança jurídica, **da razoabilidade**, da competitividade, da proporcionalidade, da celeridade, da economicidade e do desenvolvimento nacional sustentável, assim como as disposições do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro). **(grifos nossos)**

A licitação, nas sábias palavras do ilustre Prof. Celso de Mello é, **in verbis**:

"O procedimento administrativo pelo qual uma pessoa governamental, pretendendo alienar, adquirir ou locar bens, realizar obras ou serviços, outorgar concessões, permissões de obra, serviço ou de uso exclusivo de bem público, segundo condições por ela estipulados previamente, convoca interessados na apresentação de propostas, **a fim de selecionar a que se revele mais conveniente em função de**

parâmetros antecipadamente estabelecidos e divulgados." (Curso de Direito Administrativo, 10a ed., pg. 333)"

Presume-se como sendo prerrogativa da Administração Pública a congregação do maior número possível de concorrentes, viabilizando agregar preço e qualidade aos serviços, como aspectos que interagem e se complementam, promovendo, desta forma, maior competitividade entre os participantes e opções para o órgão licitante em adequar suas possibilidades e necessidades junto ao serviço licitado.

Citando as sábias palavras de Hely Lopes Meirelles:

"A legalidade, como princípio de administração (CF, art. 37, caput), significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeitos aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso."

No princípio da legalidade a Administração nada pode fazer senão o que a lei determina, trata-se de uma relação de subordinação para com a lei. Pois se assim não o fosse, poderiam as autoridades administrativas impor obrigações e proibições aos administrados, independente de lei – **COMO OCORREU NO CASO EM QUESTÃO**. Daí decorre que nessa relação só pode fazer aquilo que está expresso na lei.

Analisando o princípio da legalidade na seara do Direito Administrativo, se conclui que toda a ação do Estado, em todos os níveis de atuação, que implique na obrigação de alguém fazer ou deixar de fazer alguma coisa, deve necessariamente ser precedido de uma lei que delineie os poderes-deveres do Estado, bem como os deveres relativos a um fazer ou a uma abstenção a que cada indivíduo está sujeito.

Celso Antônio Bandeira de Mello ensina que:

"A Administração não poderá proibir ou impor comportamento algum a terceiro, salvo se estiver previamente embasada em determinada lei que lhe faculte proibir ou impor algo a quem quer que seja. Vale dizer, não lhe é possível expedir um regulamento, instrução, resolução, portaria ou seja lá que ato for para coartar a

liberdade dos administrados, salvo se em lei já existir delineada a contenção ou imposição que o ato administrativo venha a minudenciar.”

Complementando o raciocínio, o doutrinador Roque Antonio Carrazza afirma que: **“A aplicação do princípio da legalidade conduz a uma situação de segurança jurídica, em virtude da aplicação precisa e exata das leis preestabelecidas”**.

Dessa forma, com base nesse princípio, resta claro que os agentes públicos, que atuam em nome da administração pública, não podem agir em dissonância com a lei ou até mesmo outros documentos que determinam a forma de sua atuação, **como o Edital e o Termo de Referência do certame em debate**.

Aqui cumpre ressaltar, também, que o caso concreto diz respeito a uma licitação com modalidade técnica, visto a necessidade de comprovação técnica dos requisitos aliados ao menor preço. Neste tipo de licitação a etapa de comprovação técnica possui suas delimitações também previamente determinadas na mesma lei:

“Art. 37. O julgamento por melhor técnica ou por técnica e preço deverá ser realizado por:

(...) II - **atribuição de notas** a quesitos de natureza qualitativa por banca designada para esse fim, de **acordo com orientações e limites definidos em edital**, considerados a demonstração de conhecimento do objeto, a metodologia e o programa de trabalho, a qualificação das equipes técnicas e a relação dos produtos que serão entregues;**(grifos nossos)”**

Ou seja, os requisitos são avaliados **COM BASE NO EDITAL E NO TERMO DE REFERÊNCIA** e **não na vontade do agente**. Não há de se falar, portanto, em atuação discricionária do agente público, no sentido de agir de acordo com o que este entende, em sua subjetividade, o que se encaixa ou não em requisitos pré-estabelecidos, visto que o Edital e os documentos que o acompanham, tal qual o Termo de Referência, já estabelecem todas as exigências, de forma exaustiva, que devem ser levadas em conta.

Agir de forma diferente disso é agir em dissonância com o princípio da legalidade e com os demais princípios da administração pública, visto que não se trata de conduta íntegra e

impessoal, visto que o agente colocará suas próprias opiniões e pensamentos acima da vontade máxima da administração pública, que deve prevalecer nos casos acima.

Consequentemente, não se tem a escolha da melhor proposta para os administrados, e tampouco tratamento isonômico entre os licitantes, o que é reforçado por meio da verificação da diferença entre a POC feita com a SHAREPRIME e com a empresa vencedora do certame, de forma que o objetivo da licitação deixa de ser cumprido em sua integralidade.

Tudo isto é abarcado pelo artigo 31 da Lei 13.303, que, conforme destacamos, EXPRESSAMENTE PREVÊ A VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO E AO JULGAMENTO OBJETIVO:

“Disposições de Caráter Geral sobre Licitações e Contratos

Art. 31. As licitações realizadas e os contratos celebrados por empresas públicas e sociedades de economia mista destinam-se a assegurar a seleção da proposta mais vantajosa, inclusive no que se refere ao ciclo de vida do objeto, e a evitar operações em que se caracterize sobrepreço ou superfaturamento, devendo observar os princípios da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da eficiência, da probidade administrativa, da economicidade, do desenvolvimento nacional sustentável, da vinculação ao instrumento convocatório, da obtenção de competitividade e do julgamento objetivo.”

O referido princípio encontra como origem o artigo 41 da antiga Lei de Licitações, que possui a seguinte redação:

“A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada.”.

Nas licitações e contratos de que trata esta Lei, ainda, devem ser observadas as seguintes diretrizes:

“Art. 32. II - busca da maior vantagem competitiva para a empresa pública ou sociedade de economia mista, considerando custos e

benefícios, diretos e indiretos, de natureza econômica, social ou ambiental, inclusive os relativos à manutenção, ao desfazimento de bens e resíduos, ao índice de depreciação econômica e a outros fatores de igual relevância;”

No Edital em análise, para que tal objetivo fosse alcançado, a realização da prova de conceito seria através de critérios de aceitação, métodos de verificação e os pesos atribuídos a cada item. **Contudo, nunca foi atribuída nenhuma classificação de pesos na análise, sendo apenas colocado “atende/não atende”.**

Aqui, já resta clara a violação aos princípios citados, uma vez que a prova de conceito feita com a **SHAREPRIME**, e posteriormente com a Doc Spider, não ocorreu com base no que ficou fixado no Termo de Referência que integra o Edital, mas sim com base nos entendimentos PESSOAIS da representante do **BADESUL** sobre os requisitos.

Quanto ao ponto, por exemplo, cumpre trazer entendimento do Tribunal de Justiça de São Paulo acerca do princípio da vinculação do Edital:

“RECURSO DE APELAÇÃO – MANDADO DE SEGURANÇA – PREGÃO PRESENCIAL – DESCLASSIFICAÇÃO DE PROPOSTA – DESCUMPRIMENTO DE CLÁUSULA EDITALÍCIA – VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO LICITATÓRIO. Ação mandamental impetrada visando a anular ato administrativo que desclassificou a impetrante do pregão presencial, em face da ausência de apresentação de Planilha Cronograma de Desembolso Financeiro exigido no edital, e, assim, impediu-a de adjudicar o objeto da licitação. **O princípio da vinculação ao edital obriga as partes às regras editalícias em conformidade com a legislação pertinente.** Sentença mantida. Recurso desprovido. (TJ-SP - AC: 10004517720208260302 SP 1000451-77.2020.8.26.0302, Relator: Nogueira Diefenthaler, Data de Julgamento: 09/03/2021, 5ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 09/03/2021) **(grifo nosso)**”

Dessa forma, a prova de conceito atua como um mecanismo de verificação técnica, proporcionando aos tomadores de decisão uma base sólida para escolher a proposta mais alinhada com os requisitos e expectativas estabelecidos no edital.

Vale lembrar que apesar de previsão simples sobre a prova de conceito na Lei de Licitações, existem diversas jurisprudências claras no sentido de que é necessário que seja utilizada para verificar os requisitos delimitados no Edital, senão vejamos o posicionamento do Tribunal de Contas da União:

“A comissão de licitação deve fundamentar adequadamente as avaliações das propostas técnicas, deixando-as consignadas nos autos dos processos licitatórios, não se limitando a meramente expressar as notas ou conceitos. Quanto maior a margem de subjetividade que restar ao avaliador na aplicação dos critérios de julgamento, mais consistente e fundamentada deverá ser a justificativa para a nota ou conceito atribuída a cada licitante. - Acórdão 3139/2013 – TCU Plenário (grifo nosso)”

Aliás, os Tribunais de Contas têm jurisprudência uníssona no sentido de que as exigências do Edital devem estar voltadas à seleção da proposta mais vantajosa à Administração, não só financeiramente, mas também operacionalmente – **o que ocorreria com a solução da SHAREPRIME, INCLUSIVE POR JÁ SER FORNECEDORA DO BADESUL HÁ DIVERSOS ANOS E SEM QUALQUER IRREGULARIDADE OU RECLAMAÇÃO.**

Inclusive, conforme entendimento abaixo, deve-se discutir, em outra instância, se é lícita a exigência de cumprimento de 100% do Termo de Referência, pois alguns itens podem não ser os mínimos possíveis para viabilizar a classificação conforme a utilidade desejada pelo Órgão:

“o ato convocatório há que estabelecer as regras para a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração, não se admitindo cláusulas desnecessárias ou inadequadas, que restrinjam o caráter competitivo do certame. Tanto é que o próprio art. 37, inciso XXI, da CF, que estabelece a obrigatoriedade ao Poder Público de licitar quando contrata, autoriza o estabelecimento de requisitos de qualificação técnica e econômica, desde que indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. Por outras palavras, pode-se afirmar que fixar requisitos excessivos ou desarrazoados iria de encontro à própria sistemática constitucional acerca da universalidade de participação em licitações, porquanto a Constituição

Federal determinou apenas a admissibilidade de exigências mínimas possíveis. Dessarte, se a Administração, em seu poder discricionário, tiver avaliado indevidamente a qualificação técnica dos interessados em contratar, reputando como indispensável um quesito tecnicamente prescindível, seu ato não pode prosperar, sob pena de ofender a Carta Maior e a Lei de Licitações e Contratos.” (TCU - AC-0423- 11/07-P Sessão: 21/03/07 Grupo: I Classe: VII Relator: Ministro Marcos Bemquerer Costa - FISCALIZAÇÃO - REPRESENTAÇÃO - <https://contas.tcu.gov.br>, acesso em 01 março de 2010.)

Conforme citado acima, o amplo espectro da ação do controle pelos Tribunais de Conta extrapola o até então inquestionável mérito do ato administrativo, para verificar não só a sua conformidade com o interesse público, mas também quanto a ser a prática a melhor forma de satisfazê-lo ou não. Nesse mesmo diapasão, encontramos a manifestação de Marçal Justen Filho:

“(…) não é possível a Administração invocar algum tipo de presunção de legitimidade de atos administrativos para transferir ao particular o ônus de prova extremamente complexa. Assim o é porque foi a Constituição que determinou a admissibilidade apenas das exigências as mais mínimas possíveis. Portanto, quando a Administração produzir exigências maiores, recairá sobre ela o dever de evidenciar a conformidade de sua conduta em face da Constituição. Mas há outro motivo para isso. É que, se a Administração impôs exigência rigorosa, fê-lo com base em alguma avaliação interna. Em última análise, a discricionariedade na fixação das exigências de qualificação técnico operacional não significa que a Administração possa escolher as que bem entender. A escolha tem de ser resultado de um processo lógico, fundado em razões técnico-científicas. Portanto, o questionamento do particular conduz, em primeiro lugar, à Administração revelar publicamente os motivos de sua decisão. Depois, conduz à aplicação da teoria dos motivos determinantes. Ou seja, se a Administração tiver avaliado mal a realidade, reputando como indispensável uma experiência que tecnicamente se revela

dispensável, seu ato não pode prevalecer.” (in “Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos”, Dialética, 7ª edição, p.337).

Vejam que o Tribunal de Contas em questão traz que quanto mais subjetividade restar ao avaliador mais consistente e fundamentada deverá ser a justificativa – **o que obviamente não ocorreu!**

Diante do que fora trazido, chega-se à conclusão que a forma pela qual as provas de conceito, tanto da SHAREPRIME quanto da empresa posteriormente declarada vencedora, foram conduzidas equivocadamente no caso objeto do presente recurso, pois além de violarem o princípio da legalidade, violaram o princípio da vinculação ao Edital, ao deixar-se de observar os requisitos funcionais da solução que poderia ser contratada pelo **BADESUL** que constaram no Termo de Referência de forma objetiva, consoante restou demonstrado ao longo do item 4 do presente recurso.

Com relação à Prova de Conceito e ao Termo de Referência, é importante acrescentar que neste último documento, especificamente em sua Cláusula 5.1, constou que a solução a ser considerada como classificada na Prova de Conceito deveria atender 100% (cem por cento) das funcionalidades obrigatórias exigidas na minuta do contrato a ser firmado entre as partes, que, em realidade, são todos os pontos abordados na Prova de Conceito. Colaciona-se, para tanto, a referida cláusula:

“5.1. O licitante classificado em primeiro lugar será convocado, com antecedência mínima de 3 (três) dias úteis da data estabelecida para realização de Prova de Conceito – POC, visando aferir o atendimento de 100% das funcionalidades obrigatórias exigidas na cláusula 3.2. especificação do objeto da minuta do contrato.”

Entretanto, tal exigência não é razoável, pois não se espera que uma solução em software siga, de forma rigorosa e integral, cada ponto levantado pelo órgão como necessário à solução. Esse é o entendimento da jurisprudência pátria e que pode ser visualizado na decisão abaixo:

“Na hipótese, oportuno que a Administração justifique todas as questões impugnadas, das quais destaco, a princípio, a exigência de atendimento de 85% de todos os requisitos técnicos relacionados no Termo de Referência por ocasião da demonstração do sistema, em desconformidade com a jurisprudência da Corte, que **entende pertinente a apresentação apenas dos requisitos mínimos necessários à prova da funcionalidade do sistema**, a fim de promover a participação de maior número de interessados.” (Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, Processo TC 21224.989.20-2) (grifos nossos)

É dizer, portanto, que não é admissível que a Administração Pública exija a adequação do software de forma integral ao Termo de Referência, visto que as soluções apresentadas pelos licitantes não necessariamente foram elaboradas de forma exclusiva para a licitação em comento.

É do conhecimento do mercado, portanto, que a exigência do Edital insere condições que reduz gravemente o número de participantes do procedimento licitatório. Após realização de ampla pesquisa, constatou-se que tal condição é DEZARRAZOADA e não habitual em contratações deste objeto, pois ter que demonstrar 100% (cem por cento) do funcionamento de um software através de um checklist em ambiente que não será o definitivo trará conclusões imprecisas do funcionamento ou não do produto e dos requisitos pretendidos, ainda mais pelo fato de ter itens OBRIGATÓRIOS, onde a não apresentação de 1 (um) único quesito obrigatório implicará na eliminação do licitante. Além é claro de existir conteúdo ali meramente interpretativo.

Quanto ao ponto, ainda que se considerasse que a necessidade de cumprimento de 100% dos pontos do Termo de Referência, o que não se espera, não se pode desclassificar uma empresa que poderia sanar os vícios referentes aos itens que supostamente não foram atendidos, visto que se tratam de requisitos que podem ser alterados pela SHAREPRIME para fins de atender as exigências. Para corroborar o que é trazido, colaciona-se jurisprudência que reflete esse entendimento:

“É irregular a desclassificação de proposta vantajosa à Administração por erro de baixa materialidade que possa ser sanado mediante diligência, por afrontar o interesse público.

Representação apresentada por licitante apontou possíveis irregularidades na concorrência 04/2017-CC, do tipo menor preço, conduzida pelo Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas no Estado do Pará (Sebrae/PA) para reforma de seu edifício-sede. A principal ocorrência examinada foi a desclassificação da representante, que ofertara a proposta mais vantajosa. A comissão de licitação do Sebrae fundamentou sua decisão no fato de a empresa representante não ter apresentado a composição de preço unitário referente ao serviço “rodapé de 15 cm”, cujo valor correspondia a menos de 0,5% do total da proposta. A relatora do feito, apesar de considerar que as condutas dos responsáveis não eram graves o suficiente para apená-los, consignou não ter encontrado “nas defesas apresentadas, em virtude das audiências e oitivas, razões suficientes a justificar tal proceder do Sebrae/PA, a não ser excessivo rigor e formalismo no exame da proposta da [representante] e inconsistências/equívocos no procedimento licitatório referente à concorrência 4/2017”. Ao tratar do recurso administrativo interposto pela empresa representante em decorrência da sua desclassificação, a relatora observou que o parecer jurídico da entidade “equivocadamente registrou que a proposta de preços da empresa omitiu o valor do subitem 10.5, erro substancial que impede a validação do valor global ofertado e fundamenta a desclassificação da licitante no certame, sendo que na verdade a única ausência era a da composição de preços unitários do subitem”. Conforme verificado pela relatora, o citado subitem 10.5 constava da proposta da licitante desclassificada, estando ausente somente a composição do seu preço unitário. Para ela, em conclusão, “não há como acolher o posicionamento do Sebrae/PA no sentido de que se tratava de omissão insanável e de que diligência em qualquer tempo resultaria necessariamente em novas propostas, com violação ao §3º do art. 43 da Lei 8.666/1993 e ao princípio da isonomia”, pois diligência objetivando “a apresentação pela citada empresa da composição de preços para subitem de pouquíssima relevância em momento algum

feriria a Lei de Licitações. Ao contrário, buscaria cumprir seu art. 3º na seleção da proposta mais vantajosa para a Administração, posto que a proposta da [representante] foi menor em R\$ 478.561,41 em relação à da empresa contratada”. Ao acolher o voto da relatora, o Plenário julgou procedente a representação e fixou prazo para o Sebrae/PA anular o contrato, além de “dar ciência ao Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas do Pará que a desclassificação de proposta vantajosa à Administração por erro de baixa materialidade que possa ser sanado mediante diligência afronta o interesse público e contraria a ampla jurisprudência deste Tribunal de Contas da União”. (Acórdão 2239/2018 Plenário, Representação, Relator Ministra Ana Arraes.)” (grifo nosso)

Ademais, não obstante o que fora discorrido até aqui, cumpre referir que ao deixar de seguir os parâmetros fixados no Edital a Administração Pública não escolherá a proposta mais vantajosa de vieses financeiro e técnico, conforme modalidade de licitação do caso concreto, **e poderá ocorrer a responsabilização do ente público ao qual o agente público é subordinado.**

Isso se dá porque **a referida falta de observação ao Edital, é capaz de gerar danos aos administrados**, visto que será utilizada uma solução que não é tão adequada para a necessidade em questão, o que poderá ensejar a responsabilização do ente público **com direito à regresso ao agente responsável pelo dano**. Quanto ao ponto, cumpre referir que tal disposição é de ordem constitucional, estando prevista na Carta Magna brasileira, mais precisamente em seu art. 37, parágrafo 6º, que segue abaixo colacionado:

“Art. 37. (...):§ 6º **As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.**”

Esse dispositivo consagra a teoria do risco administrativo, segundo a qual a administração pública responde objetivamente pelos danos causados por seus agentes a terceiros, independentemente de culpa ou dolo. No entanto, essa responsabilidade é subsidiária e regressiva em relação à responsabilidade do agente público

causador do dano, que responde subjetivamente pelos seus atos ilícitos, culposos ou dolosos.

Não há dúvidas, diante disso, que no caso objeto do presente recurso, pelos motivos discorridos ao longo da peça, há violação aos princípios da administração pública, de forma que, se mantido o posicionamento da Ata de Despacho e Resultado em dissonância ao Termo de Referência, **deverá haver a responsabilização da pessoa jurídica à qual o agente que cometeu a irregularidade se encontra subordinado e, inclusive, do próprio agente público por regresso.**

Inclusive é o que está previsto na Lei 13.303, em seu art. 85, podendo a **SHAREPRIME** ser denunciante ativa neste caso:

“DA FISCALIZAÇÃO PELO ESTADO E PELA SOCIEDADE

Art. 85. Os órgãos de controle externo e interno das 3 (três) esferas de governo fiscalizarão as empresas públicas e as sociedades de economia mista a elas relacionadas, inclusive aquelas domiciliadas no exterior, quanto à legitimidade, à economicidade e à eficácia da aplicação de seus recursos, sob o ponto de vista contábil, financeiro, operacional e patrimonial.

§ 2º Qualquer licitante, contratado ou pessoa física ou jurídica poderá representar ao tribunal de contas ou aos órgãos integrantes do sistema de controle interno contra irregularidades na aplicação desta Lei, para os fins do disposto neste artigo.”

Diante de tudo o que fora trazido ao longo da presente peça, resta evidente, portanto, que a metodologia de avaliação utilizada em ambas as provas de conceito não corresponde com a estipulada no Edital, merecendo, assim, revisão, a fim de seja preservado os princípios da legalidade e da vinculação ao edital, bem como a competitividade e o melhor interesse público, para que a melhor solução seja a vencedora do certame.

6. DO CABIMENTO DE MANDADO DE SEGURANÇA

Além de todo o narrado é importante deixar claro que a SHAREPRIME possui direito líquido e certo para realizar a suspensão do certame por meio de mandado de segurança – que não se impetrou ainda por acreditar na reversão extrajudicial do ato administrativo ilícito.

De acordo com a Constituição Federal de 1988, conceder-se-á Mandado de Segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público (art. 5º, LXIX). De modo que, cabe ao impetrante demonstrar a lesão a direito líquido e certo, ou seja, direito que se considera incorporado definitivamente ao patrimônio de alguém e sobre o qual não paira dúvida ou contestação possível.

Igualmente, o artigo 1º, da Lei nº 12.016/09 institui que será concedido o mandado de segurança "para proteger direito líquido e certo, não amparado por 'habeas corpus' ou 'habeas data', sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça".

Diante da inequívoca ilegalidade do ato administrativo, deveria a própria Administração Pública rever seus próprios atos (Súmula 473 do STF), o que está se dando, novamente, a oportunidade para tanto.

Todavia, caso o **BADESUL** permaneça em inércia, por força do princípio da inafastabilidade da jurisdição, caberá ao Judiciário a revisão do ato quando eivado de ilegalidade ou abuso de poder.

7. DOS PEDIDOS

Por todo o exposto, visando evitar prejuízo ao erário e até mesmo eventual denúncia ao Tribunal de Contas competente e/ou que seja impetrado de Mandado de Segurança que poderia suspender/revogar o certame, requer-se:

- a) Recebimento do presente documento como recurso administrativo;
- b) **A concessão de efeito suspensivo ao recurso, com base na certeza de prejuízo de difícil reparação e no *periculum in mora*;**

- c) A reforma da respeitada decisão, de forma que a empresa SHAREPRIME seja classificada, e, conseqüentemente, o prosseguimento no certame considerando sua participação como licitante, tendo em vista que possui o melhor preço, cumpre com o Termo de Referência e a Prova de Conceito;
- d) A DESCLASSIFICAÇÃO da empresa Doc Spider, nos termos descritos nesse documento.

Porto Alegre/RS, 03 de abril de 2024.

João Almeida

SHAREPRIME TECNOLOGIA LTDA.

João Batista Silva de Almeida

Recurso Administrativo Shareprime - 02.04.24

Relatório de auditoria final

2024-04-03

Criado em:	2024-04-03
Por:	João Almeida (assinaturas@shareprime.com.br)
Status:	Assinado
ID da transação:	CBJCHBCAABAAtJ4RtIH6XRz6lniCKWF0LzR9OHVggPmR

Histórico de "Recurso Administrativo Shareprime - 02.04.24"

-  Documento criado por João Almeida (assinaturas@shareprime.com.br)
2024-04-03 - 13:26:07 GMT- Endereço IP: 177.206.191.58
-  Documento enviado por email para JOAO BATISTA SILVA DE ALMEIDA (joao.almeida@shareprime.com.br) para assinatura
2024-04-03 - 13:26:16 GMT
-  Email visualizado por JOAO BATISTA SILVA DE ALMEIDA (joao.almeida@shareprime.com.br)
2024-04-03 - 13:37:21 GMT- Endereço IP: 179.223.72.6
-  Documento assinado eletronicamente por JOAO BATISTA SILVA DE ALMEIDA (joao.almeida@shareprime.com.br)
Data da assinatura: 2024-04-03 - 13:39:35 GMT - Fonte da hora: servidor- Endereço IP: 179.223.72.6
-  Contrato finalizado.
2024-04-03 - 13:39:35 GMT

