



MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO
SECRETARIA EXECUTIVA
SUBSECRETARIA DE ASSUNTOS ADMINISTRATIVOS

Processo n.º 23000.010097/2015-59
Interessado: Diretoria de Tecnologia da Informação

Assunto: Impugnação ao Edital – Pregão Eletrônico nº 31/2015

Senhor Coordenador Geral,

Trata-se de peça impugnatória impetrada pela empresa **HITSS DO BRASIL SERVIÇOS TECNOLÓGICOS LTDA**, doravante denominada impugnante, apresentou em 20/10/2015 via email, impugnação ao Edital do Pregão Eletrônico nº 31/2015, cujo objeto é o registro de Preço para a contratação de empresa(s) para a prestação de serviços técnicos especializados em atividades de engenharia de software para atender às necessidades de TI do Ministério da Educação.

1 – DA SÍNTESE DAS ALEGAÇÕES DA IMPUGNANTE

Assim argumenta a insurgente, conforme síntese abaixo transcrita:

[...]

1 – DA NECESSÁRIA ALTERAÇÃO DO EDITAL, POSSIBILITANDO A ALTERNATIVIDADE DA EXIGÊNCIA DESCRITA NO ITEM 8.3.4.1.20.1

O objeto da licitação em tela é a contratação de pessoa jurídica para prestação de serviços técnicos de Tecnologia da Informação (TI), compreendendo serviços de desenvolvimento e sustentação de sistemas de informação, de acordo com as especificações, padrões técnicos de desempenho e qualidade estabelecidos pelo MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO, conforme especificações, requisitos e exigências estabelecidas no edital e seus Anexos.

Ocorre que, diante da impossibilidade desta empresa entregar o atestado da forma exigida no item 8.3.4.1.20.1 do Edital, qual seja, em “Ponto de Função”, posto que se utiliza da métrica em Horas (esforço do desenvolvimento do software), o que, em nosso entendimento, de forma alguma compromete a lisura do certame, tampouco a referida e a futura prestação do serviço, faz-se necessária a alteração do Edital, de forma a permitir, alternativamente, tal forma de medição (em Horas), por trata-se da medida mais razoável e que de forma alguma compromete a lisura do certame, tampouco a futura prestação do serviço.

A alteração ora pretendida viabilizaria a participação da HITSS na licitação em apreço, bem como a apresentação de suas melhores propostas, privilegiando a mais ampla competição e, por conseguinte, a melhor contratação do serviço.

Mas, ao contrário, da forma como se encontra atualmente o Edital, frustrar-se-ia o caráter competitivo que dá razão de existência a um procedimento licitatório, quando existe a ampla possibilidade de os mesmos serviços serem prestados por diversas empresas de TI.

O presente pleito encontra-se de acordo com as lições da melhor doutrina, na qual o princípio da razoabilidade está pautado pelo tripé da adequação, necessidade e proporcionalidade. Considerando como um axioma a vinculação da Administração Pública ao edital, sendo este “a lei interna da licitação” segundo Hely Lopes Meirelles^[1], citamos aqui o doutrinador Celso de Albuquerque Silva, que em sua obra “Interpretação Constitucional Operativa”^[2], ao tratar pontualmente de cada um dos pressupostos de tal princípio para a imposição de obrigações aos indivíduos, na análise do inciso II do art. 5º da Constituição da República, nos ensina que:

“Adequação relaciona-se com a aptidão, idoneidade da medida postulada quando cotejada com os fins a serem alcançados. Trata-se de uma relação lógica a necessariamente incidir entre a capacidade dos meios utilizados para produzir o resultado a ser afinal alcançado, estando tanto os fins quanto os meios em consonância com o ordenamento constitucional.

(...)

A segunda exigência para que uma lei seja considerada razoável refere-se à necessidade: idôneos que sejam os meios para alcançar o fim colimado, resta então averiguar se tais meios são realmente necessários. Em outro dizer,

cuida-se de uma investigação acerca da onerosidade dos meios adotados. Se tais meios trazem um agravamento desnecessário ao direito comprimido, seja porque existem outros meios menos gravosos e igualmente aptos para o alcance da finalidade pretendida, seja porque trazem uma carga coativa superior ao bem que a lei deseja proteger e em razão do qual está limitando outro direito igualmente protegido, esta lei é desarrazoada por violação do requisito da necessidade.

(...)

*O último dos requisitos apontados pela doutrina é a **proporcionalidade em sentido estrito**, que nada mais é que um juízo de valoração custo/benefício no caso concreto. (...) A proporcionalidade em sentido estrito oferece a oportunidade para averiguação se ao ônus imposto ao direito sacrificado corresponde um benefício ao direito privilegiado compatível com standards mínimos de justiça.” (grifos nossos).*

*Nesta mesma esteira, resta incomprovada a **necessidade** daquelas exigências editalícias, não havendo razão para a sustentação das restrições impostas. Por fim, ausente também o último elemento do princípio da Razoabilidade, a **proporcionalidade em sentido estrito**, visto que a relação custo/benefício coloca em risco o atendimento do Interesse Público e da própria Economicidade na contratação, sendo o direito sacrificado, in casu, não o direito subjetivo da HITSS ou de terceiros que pretendam participar da presente licitação, mas o próprio interesse público de toda a Sociedade em não ver o Erário Público arcar com uma contratação deficitária.*

Em suma, mantido o Edital da forma em que se encontra estar-se-á frustrando o princípio da isonomia, uma vez que a exigência formulada restringe seriamente o número de empresas capacitadas para a prestação dos serviços, o que em uma última análise não favorece a verdadeira, justa e ampla competição e a economicidade da contratação.

Para ilustrar a importância do Princípio da Isonomia, transcrevemos ensinamento do ilustre Jessé Torres Pereira Júnior (“Licitações de Informática”, Renovar, 2000, pág. 30):

“(i) O Princípio da Igualdade impõe à Administração elaborar regras claras, que assegurem aos participantes da licitação condições de absoluta equivalência durante a disputa, tanto entre si quanto perante a Administração, intolerável qualquer espécie de favorecimento;”

Considerando-se os dispositivos legais, princípios constitucionais e entendimentos doutrinários sobre a matéria, não pode haver procedimento seletivo com discriminação entre participantes, ou com cláusulas do instrumento convocatório que afastem eventuais proponentes ou os desnivalem no julgamento, conforme preceitua o art. 3º, § 1º da Lei nº 8.666/93, a seguir transcrito, in verbis:

“Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.”

Nesta esteira, merece destaque a Lei de Licitações, que em seu artigo 3º, § 1º, inciso I, prevê expressamente como intolerável a atuação contrária ao interesse público e à competitividade, proibindo peremptoriamente a adoção de condutas dissonantes com os desideratos da Lei.

“Art. 3º - É vedado aos agentes públicos:

I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou do domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato;”

Assim, para que seja viável a participação concreta no certame de um maior número de interessados, o que evidentemente fará com que este alcance um maior grau de competitividade, possibilitando uma contratação mais vantajosa para a instituição, é necessário que se permita a alternatividade da apresentação dos atestados relativos ao desenvolvimento do software, da métrica descrita acima, de forma a não alijar peremptoriamente qualquer um dos interessados em participar do procedimento licitatório.

*Nesta mesma esteira, resta incomprovada, tampouco a **necessidade** das exigências editalícias como as que se apresentam acima, não havendo razão para a sustentação de qualquer restrição nesse sentido.*

Assim, conforme infere-se da leitura anterior, deve a Administração Pública procurar sempre estimular a competitividade e economicidade do serviço licitado, abarcando o maior número possível de licitantes.

*Por todo o exposto, requeremos o acolhimento do pleito ora destacado, sendo certo que tal medida encontra respaldo nos princípios da Legalidade, Isonomia, Ampla Competitividade e Razoabilidade, na forma do disposto na Lei 8.666/93.
[...]*

2 – DOS PROCEDIMENTOS ADOTADOS POR ESTE PREGOEIRO

Por tratar-se de assunto referente às especificações técnicas do objeto este Pregoeiro encaminhou a Impugnação à Diretoria de Tecnologia da Informação, por meio eletrônico, para que a mesma se pronunciasse sobre o pleito, e que nos fornecesse subsídio visando o encaminhamento do documento de resposta a demandante.

3 – DAS JUSTIFICATIVAS DA ADMINISTRAÇÃO

Em função da solicitação deste Pregoeiro, a área técnica emitiu o seguinte pronunciamento:

[...]

4. DA ANÁLISE DO PONTO QUESTIONADO

*Não obstante, é oportuno alertar que os termos descritos no item **8.3.4.1.20.1 em tempo algum descrevem a exigência apontada pela Impugnante, senão vejamos:***

“8.3.4.1.20.1 Comprovar que a licitante prestou ou está prestando, a contento, serviços técnicos relacionados com o objeto contratual pretendido, atendendo aos padrões de qualidade, cumprindo os Acordos de Níveis de Serviço de forma satisfatória, comprovando a adoção das melhores práticas de segurança conforme descrito no processo ISO/IEC 27001, nas plataformas indicadas no ANEXO XVI mensurados da seguinte forma:”

*Conforme transcrição acima, a Impugnante não consignou a atenção devida aos termos do edital e seus anexos, a ausência de fundamentação, por si só, já seria motivo suficiente para a não apreciação da Impugnação. Contudo, com o intuito de preservar o instituto da isonomia, este Órgão irá manifestar-se acerca do relato, inferindo que a matéria impugnada são aquelas descritas nos itens **8.3.4.1.20.1.1: “Comprovar que a licitante prestou ou está prestando, a contento o montante mínimo de 6.350 PF’s para serviços de Fábrica de Software”; 8.3.4.1.20.1.2: “Comprovar que a licitante prestou ou está prestando, a contento o montante mínimo de 4.600 PF’s para serviços de Fábrica de Software”; e, 8.3.4.1.20.1.3: “Comprovar que a licitante prestou ou está prestando, a contento o montante mínimo de 5.350 PF’s para serviços de Fábrica de Software”.***

A que se destacar que, a técnica do Ponto de Função é a métrica que apoia os serviços de desenvolvimento de software dos órgãos e entidades da administração pública federal, sob a gestão da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do MPOG e organizado sob a forma de sistema, SISP (Sistema de Administração dos Recursos de Tecnologia da Informação).

Portanto, o MEC, órgão integrante do SISP, permeia o desenvolvimento e a manutenção dos sistemas que suportam sua atividade fim através da aplicação da métrica do Ponto de Função, quando são produzidos resultados (entregáveis) que permitem a aplicação da métrica conforme padronizado pelo SISP e/ou catálogos análogos conforme o nosso (MEC). Nestes catálogos (guias de métrica) cada atividade prevista no escopo do serviço contratado tem um índice que indica o custo baseado em uma produtividade média de mercado. Independentemente do tempo que o contratado levou para realizar o serviço.

Os serviços que permeiam o regime de Fábrica de Software utilizam as melhores práticas criadas para o processo de desenvolvimento e manutenção de software. Todas as etapas do ciclo de desenvolvimento das operações da fábrica de software são realizadas utilizando indicadores de qualidade e produtividade, de acordo com metodologia própria, ferramentas de gestão e processos estruturados para que todos os prazos, custos e requisitos sejam rigidamente seguidos.

Frente a essa regra, a comprovação de aptidão para desempenho da atividade de desenvolvimento e manutenção de sistemas deve ser compatível em características, ou seja, na técnica de mensuração dos resultados produzidos, em quantidade e prazos similares. Não sendo outro o intuito do MEC, do que a compatibilidade de serviços, a ser demonstrada com a apresentação de atestado de capacidade técnica que vislumbre a realização de serviços com a técnica utilizada pela pasta, Ponto de Função, em quantitativos mínimos a 50% do volume de maior relevância (desenvolvimento e manutenção) e com a mesma similaridade.

Traz-se a baila posicionamento do e.TCU sobre a matéria.

Acórdão 1636/2007 Plenário (Sumário)

“Estabeleça, por ocasião da avaliação da qualificação técnico-operacional das empresas licitantes, percentuais mínimos acima de 50% dos quantitativos dos itens de maior relevância da obra ou serviço, salvo em casos excepcionais, cujas justificativas deverão estar tecnicamente explicitadas no processo administrativo anterior ao lançamento do respectivo edital, ou no próprio edital e seus anexos, em observância ao inciso XX I do art. 37 da Constituição Federal, inciso I do § 1º do art. 3º e inciso II do art. 30 da Lei nº 8.666/1993.

As exigências quanto à qualificação técnico-profissional e técnico-operacional devem limitar-se às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação e, no caso destas, restringirem-se a aspectos de qualificação técnica e econômica que sejam indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações do futuro contrato.”

Nessa perspectiva, NÃO HÁ PORQUE PROSPERAR os argumentos trazidos na peça impugnante, visto que, o tema impugnado foi matéria de questionamento com resposta disponibilizada no sítio www.comprasnet.gov.br no dia 20/10/2015 10:04:18, nos seguintes termos “Não está correto o entendimento. Para o item “Desenvolvimento de novos sistemas e manutenções de sistemas”, somente serão aceitos atestados de capacidade técnica de serviços que foram mensurados em Ponto de Função, pois impõe um rito metodológico diferenciado para viabilizar a contagem de Pontos de Função. [...].

A imposição mostra-se razoável haja vista que, o uso da métrica Ponto de Função (PF) para o serviço de desenvolvimento/manutenção de sistema, de acordo com o novo modelo de contratação de TI, é ressaltada como a mais recomendada nas contratações de serviços de desenvolvimento e manutenção de softwares, nos termos da Portaria SLTI/MP nº 31, de 29 novembro de 2010, que recomenda o uso da métrica Ponto de Função para os órgãos integrantes do SISP, bem como a adoção do Roteiro de Métricas de Software do SISP na contratação de serviços de desenvolvimento e manutenção de soluções de software.

Sendo, em mesmo sentido a redação da Instrução Normativa SLTI nº 4, de 11 de setembro de 2014, que recomenda o uso de métricas em contratos de projetos de software, restringindo o uso da métrica de esforço homemhora.

Além disso, o Tribunal de Contas da União (TCU) tem publicado vários acórdãos que recomendam a utilização da métrica Ponto de Função em contratos de prestação de serviços de desenvolvimento e manutenção de sistemas, entre os quais podem ser citados:

• Acórdão nº 1.782/2007: recomenda o uso da métrica Ponto de Função como forma de pagamento dos serviços contratados de desenvolvimento e manutenção de sistemas, ao invés de se realizar a conversão dos pontos de função em horas, baseado na produtividade média da tecnologia empregada.

• Acórdão nº 1.910/2007: em atenção ao princípio da eficiência, faz duas recomendações: adotar a técnica de medição por ponto de função sem ajustes pelas características da aplicação (pontos de função não ajustados) e diferenciar, na fórmula de cálculo, os custos dos pontos de função para desenvolver novas funcionalidades, daqueles relativos a supressões ou alterações de funcionalidades existentes.

• Acórdãos nos 1.125/2009 e 1.274/2010: determinam não vincular a métrica de tamanho funcional (Ponto de Função) com a de esforço (homem-hora).

• Acórdãos nos 2.348/2009 e 1.647/2010: reforçam a determinação de não usar qualquer tipo de fator de ajuste na medição por pontos de função na contratação de serviços de desenvolvimento de software, para impossibilitar alterações na remuneração da funcionalidade medida, por se basear em interpretação subjetiva dos níveis das características gerais de sistemas, em desacordo com o previsto no art. 54, § 1º, da Lei nº 8.666/93 e art. 2º, VIII, da IN SLTI nº 04/2008.

Dessa forma, não se está frustrando o caráter competitivo do certame ou a isonomia do processo. Busca-se tão somente contratar serviços que sejam aferidos de acordo com a prática de mercado e em consonância com os ditames da Corte de Contas.

Entendemos que um dos princípios da licitação é a garantia da ampla concorrência, entretanto, tal princípio não pode ser tomado por absoluto, antes, deve ser interpretado e sopesado conjuntamente com outros importantes princípios tais como a razoabilidade, proporcionalidade e eficiência nas contratações.

Sendo assim, não há que se falar em ilegalidade ou alegação da existência de exigências que comprometam ou restrinjam o caráter competitivo, mas apenas a primazia pela contratação de serviços de qualidade, a serem prestados de maneira técnica, adequada e segura.

Sendo assim, não procede a alegação trazida pela Impugnante. Tal argumento é contrário a prática de mercado e aos ditames da Corte de Contas.

[...]

4 – CONCLUSÃO

Diante do exposto e com base nas razões apresentadas pela Diretoria de Tecnologia da Informação, acolho a presente peça por ser tempestiva, para, no mérito julgar **IMPROCEDENTE** a impugnação apresentada pela empresa, conforme parecer da área técnica.

Brasília, 21 de outubro de 2015.

RICARDO DOS SANTOS BARBOSA
Pregoeiro