

GRUPO II- CLASSE VII- Plenário.

TC-015.915/2005-0.

Natureza: Representação.

Entidade: Fundação Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior, vinculada ao Ministério da Educação – CAPES/MEC.

Interessados: VAM Comércio e Representações Ltda., Sindicato das Empresas de Informática do Estado do Rio de Janeiro (SEPRORJ) e Polis Informática Ltda.

Responsável: Jorge Almeida Guimarães (Presidente).

Advogado constituído nos autos: não há

Sumário: Representações. Possíveis irregularidades praticadas pela Fundação Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior, vinculada ao Ministério da Educação (CAPES/MEC), relativamente à Concorrência nº 01/2005, cujo objeto é a contratação de serviços técnicos especializados em Tecnologia da Informação, complementares às atividades da CAPES, nas seguintes áreas: Gestão de Sistemas de Informação, Gestão de Infra-Estrutura e Desenvolvimento de Sistemas de Informação, utilizando o conceito de Fábrica de Software. Conhecimento. Procedência parcial. Fixação de prazo à CAPES, para o exato cumprimento da lei, mediante a anulação do aludido certame licitatório. Determinações à CAPES e à 6ª SECEX. Comunicação aos interessados e ao responsável.

RELATÓRIO

Apreciam-se Representações subscritas pelos interessados em epígrafe, formuladas com fundamento no art. 113, § 1º, da Lei nº 8.666/93, c/c o art. 237, inciso VII, do Regimento Interno/TCU, à vista de possíveis irregularidades envolvendo a Concorrência nº 01/2005, lançada pela Fundação Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior, vinculada ao Ministério da Educação (CAPES/MEC), constando como objeto do certame:

“a contratação de serviços técnicos especializados em Tecnologia da Informação, complementares às atividades da CAPES, nas seguintes áreas: Gestão de Sistemas de Informação, Gestão de Infra-Estrutura e Desenvolvimento de Sistemas de Informação, utilizando o conceito de Fábrica de Software”.

2.À vista das diversas impropriedades apontadas, e considerando os termos da instrução promovida pela 6ª SECEX, determinei, por despacho de 5/10/2005 (fls. 228), em sede de medida cautelar, que a CAPES se abstivesse de adotar quaisquer providências que representassem a continuidade da referida Concorrência, até que o TCU deliberasse, no mérito, a respeito da regularidade da licitação, bem como determinei a oitiva dos responsáveis.

3.Feito isso, e já considerando a audiência do Presidente-Substituto da CAPES, Senhor Renato Janine Ribeiro, adveio a instrução de fls. 455/70, promovida pela Unidade Técnica (6ª SECEX), em pareceres uniformes, cujos termos reproduzo a seguir, para efeito de compor a presente parte expositiva da matéria analisada:

“7.Da exigência de prestação de garantia de participação, na forma do art. 31, inc. III, da Lei 8.666/93, entregue até 72 horas antes da abertura dos envelopes de documentação (fl. 39)

7.1Resposta da Capes: A apresentação prévia da garantia não frustrou o caráter competitivo e sigiloso do processo uma vez que não houve a divulgação das empresas previamente habilitadas. A exigência foi adotada para haver maior comprometimento das participantes, para que a Administração não despendesse tempo em abrir licitação

que poderia vir a ser deserta e, por fim, porque a comissão de licitação não identificou, na legislação, nenhum óbice quanto à exigência.

7.2Análise: A Lei 8.666/93 trata da exigência no inc. III do art. 31, portanto dentro da fase de habilitação. Além disso, o certame deve ocorrer com observância dos procedimentos previstos no art. 43 da mesma lei, o qual, por sua vez, não prevê como condicionante de participação no certame a apresentação prévia da aludida garantia.

7.3Acerca da afirmação de que a comissão de licitação não identificou óbice na legislação à exigência, é do senso comum que o direito Administrativo não é regido pela liberdade que norteia o direito privado:

O princípio da liberdade, que norteia a vida privada, conduz à afirmação de que tudo o que não estiver disciplinado pelo direito está abrangido na esfera de autonomia. Portanto, a ausência de disciplina jurídica é interpretada como liberação para o exercício das escolhas subjetivas. Isso se traduz no postulado de que tudo o que, em virtude de lei, não for proibido nem obrigatório será reputado como permitido.

Quando se consideram as relações regidas pelo direito público, a situação se altera. (...), a ausência de disciplina jurídica tem de ser interpretada como ausência de liberação para o exercício de algum poder jurídico. Daí se afirmar que, nas relações de direito público, tudo o que, em virtude de lei, não for autorizado será reputado com proibido. (Curso de Direito Administrativo, Marçal Justen Filho, Saraiva: 2005, p. 141)

7.4Tratou-se, portanto, de exigência ilegal, porque não prevista em legislação na forma utilizada pela Capes, e que restringe à participação de interessados, contrariando, assim, os princípios definidos no inc. XXI do art. 37 da CF e no art. 3º da Lei 8.666/93.

8.Do não estabelecimento dos critérios de reajuste, de atualização financeira, de compensações financeiras, penalizações e descontos por eventuais antecipações de pagamentos (fl. 46)

8.1Resposta da Capes: Não estipulou índices de penalizações financeiras e/ou multas pois poderia ser prejudicial à Administração, vez que a jurisprudência preceitua que, em não havendo multa estipulada no contrato, não há obrigatoriedade de a Administração arcar com tais ônus. Quanto à não-estipulação de índices de compensação, também a jurisprudência indicaria que a omissão é suprida pela incidência de juros moratórios e compensatórios consoante disciplinado pelo Código Civil.

8.2Análise: Ainda que a Lei 8.666/93 preveja a indicação, no edital, dos critérios de atualização financeira, como o atraso de pagamentos é fato esporádico e os gestores usualmente seguem as práticas correntes adotadas pela Administração Pública, a ausência de critério para cálculo do valor atualizado até o efetivo adimplemento da parcela é falha que poderia ser corrigida quando da formalização do contrato e que, por si só, não comprometeria o processo licitatório.

8.3Ainda, na ausência de expressa previsão no edital ou no contrato de correção monetária para pagamentos feitos em atraso pela Administração Pública, incide, na espécie, o art. 40, inc. XIV, al. "a", da Lei 8.666/93, que confere o prazo não superior a trinta dias para pagamento das faturas que são apresentadas. A partir do trigésimo primeiro dia o montante da fatura deve ser corrigido, a fim de preservar o poder aquisitivo da moeda e não penalizar a contratada pela incúria da Administração.

8.4A aplicação de juros moratórios, todavia, diversamente do entendimento exposto pela Capes, carece de estipulação prévia, e a previsão de compensações financeiras é item obrigatório do edital, conforme os seguintes excertos de acórdãos desta Casa:

Acórdão 1503/2003 – Plenário

As estipulações contratuais de caráter penal não se presumem. Para que fosse devido o pagamento de juros de mora pelo atraso no pagamento de faturas, seria necessário que o edital das licitações e os respectivos contratos assim dispusessem de forma explícita.

A própria Lei 8.666/93, em seus arts. 40, inciso XIV, alínea “d”, e 55, inciso VII, estabelece que esse tipo de cláusula penal tem de estar prevista no edital e no contrato, sem o que não goza nem de existência nem de validade. Ao formularem suas propostas, sabiam os licitantes que não havia previsão de cláusula penal no edital e na minuta de contrato, para eventual atraso no pagamento de faturas. Os licitantes aceitaram tal condição, tanto assim que não impugnaram o edital nem o contrato.

Acórdão 54/2005 - Segunda Câmara

As condições prevendo compensações financeiras em virtude de atraso de pagamento é literal e sua validade não foi questionada até a presente data, motivo por que devem ser observadas quando da elaboração dos editais sujeitos aos ditames do Estatuto de Licitações. Deve-se registrar, inclusive, que o próprio texto constitucional prevê a obrigatoriedade de cláusulas que estabeleçam as condições de pagamento nos contratos administrativos (art. 37, XXI, CF).

9.0Do exagero nas exigências para comprovar a capacidade de desempenho:

a) no Item 01 – Gestão de Sistemas de Informação, pontuação para prestação de serviços superior a 100.000 h/ano quando serão contratadas apenas 71.808 h/ano (fl. 86);

9.1Resposta da Capes: A demanda de aproximadamente 72.000 horas/ano de serviços técnicos é válida apenas para o primeiro ano da contratação e foi estimada a prestação de 112.000 horas/ano de serviços para o ano de 2010.

9.2Análise: Nem no edital, nem no documento “Definição de Demanda” (fls. 438-44) existe estimativa das horas de trabalho que podem ser necessárias à instituição até 2010. A Capes também não apresentou projeção ou demonstrou que tem algum planejamento das demandas futuras, mesmo que apenas para justificar a quantidade de horas/ano exigidas na avaliação técnica e informadas como previstas para o ano de 2010.

9.3Apesar de a Cláusula 11.1 do edital (fl. 46) prever a possibilidade de o contrato ter sua duração prorrogada por até cinco anos, para a avaliação técnica foi exigida a comprovação de prestação de serviços correspondente apenas ao primeiro ano do ajuste. Ao que tudo indica, a instituição não dispõe de planejamento suficiente para prever a demanda destes serviços ao longo dos próximos cinco anos.

9.4Além disso, a previsão para 2010, por si só, não se aplica à planilha de avaliação atual, pois não há garantia de que o contrato será renovado até esta data, nem que a demanda de 112.000 horas/ano será a mesma se levados em conta os demais quatro anos, além de não terem sido fornecidos esclarecimentos para justificar esse número.

9.5Assim, considerando que as informações disponíveis referiram-se ao primeiro ano do contrato, a previsão de se conceder as maiores pontuações para quantidades de horas trabalhadas em desenvolvimento e/ou manutenção de sistemas de informação entre 75.001-100.000 (40 pontos) e acima de 100.000 (60 pontos) horas/anuais não se mostrou comprovadamente proporcional à demanda dos serviços solicitada no edital.

b) no Item 01 – Gestão de Sistemas de Informação, pontuação para quadro permanente de pessoal, na data de publicação do edital, com mínimo de 25 Analistas de Sistemas, quando para a prestação dos serviços são estimados somente 11 profissionais (fls. 87-89);

9.6Resposta da Capes: A exigência de que a empresa possua, na data de publicação do edital, quadro permanente de profissionais, visou coibir a utilização de “profissionais de aluguel”, visto que, em consulta a outros órgãos, constatou-se grande ocorrência de simulações, em que profissionais foram contratados para maquiagem a real capacidade das empresas, sendo dispensados após findo o processo licitatório e contratados outros com qualificação inferior. Ainda, consoante o documento da Definição de Demanda, serão necessários 33 profissionais, entre gerentes, analistas de sistemas, programadores, documentadores e web designers, ao longo dos anos de vigência do contrato.

9.7Análise: Para a execução dos trabalhos de Gestão de Sistemas de Informação foram solicitados profissionais com os seguintes perfis: gerência de projetos, análise de sistemas, programação, documentação, análise e testes e web design, os quais deverão prestar os serviços nas dependências da Capes (Descrição dos Serviços, fl. 55).

9.8Como o profissional com formação acadêmica em Análise de Sistemas pode desempenhar diferentes atribuições e as tabelas de Definição de Quantitativo para Atendimento da Demanda (fl. 442) e de Categorias Profissionais (fl. 61) indicam que serão demandados em torno de 33 pessoas para o desenvolvimento deste produto, em relação ao quantitativo, seria pertinente a previsão de pontuação máxima para empresas que comprovarem possuir mais de 25 Analistas de Sistemas. Lembra-se que o edital não exige quantia mínima, apenas avalia com menor pontuação a empresa com menos de 25 profissionais no quadro permanente.

9.9Não há, todavia, relação direta entre a qualidade dos serviços ofertados e a prévia disponibilidade dos empregados na contratada. A exigência, ou privilegia a empresa que atualmente presta serviços a Capes, com vantagem sobre os concorrentes por já dispor de pessoal alocado ao contrato anterior, remunerado e disponível para o novo contrato, ou empresas de grande porte, que já contam com extenso quadro de funcionários.

9.10Embora a condição de que os profissionais estejam contratados quando do lançamento do edital possa evitar a contratação simulada apenas para participar da licitação, não há qualquer garantia de que os profissionais considerados para a pontuação efetivamente serão os utilizados no contrato. Como comentado, mesmo se a empresa tem os analistas já contratados, mas alocados em outros contratos, posteriormente será selecionada mão-de-obra distinta para atender a Capes, sem qualquer vantagem para a Administração.

9.11Ademais, em decorrência do art. 55, inc. XIII, da Lei 8.666/93, a concorrente está obrigada a manter, durante a execução do contrato, todas as condições de qualificação exigidas na licitação e os critérios de pontuação técnica não determinam a prestação de serviços pelos funcionários relacionados no quadro de pontuação, mas tão-somente atribuem pontos àqueles licitantes que comprovem o seu atendimento. Consoante Acórdão 1351/2003 – Plenário, bastaria a apresentação de declaração formal da disponibilidade de profissionais, sob as penas cabíveis, em obediência ao § 6º do art. 30 da Lei 8.666/93.

13.1De forma a garantir que a pontuação auferida se traduza na manutenção de profissionais qualificados durante toda a execução do contrato, cabe a confrontação das qualificações e das certificações desejadas para os profissionais, definidas no edital e no escopo do contrato, com os curriculum vitae daqueles efetivamente apresentados pela contratada durante a execução do ajuste, rejeitando funcionários com qualificações não compatíveis. A Administração também poderá estipular expressamente, se for o caso, a obrigação de a contratada, nas hipóteses de

substituição de técnicos, fazer com que os profissionais substituintes tenham a mesma qualificação dos substituídos.

9.12É irregular, portanto, exigir, para a pontuação técnica, que os profissionais pertençam ao quadro permanente da participante já na data de publicação do edital.

c) no Item 01 – Gestão de Sistemas de Informação, pontuação para quantitativo de sistemas em manutenção acima de 50, quando o edital não faz alusão aos sistemas (fls. 86-87);

9.13Resposta da Capes: A instituição dispõe de cerca de 50 sistemas em produção. No documento “Definição de Demanda” é descrito que a instituição deverá re-desenvolver aproximadamente 50 sistemas nos próximos cinco anos (fl. 442), utilizando o conceito de fábrica de software. A Capes ressalta, ainda, que após lançamento do edital desenvolveu outros sistemas, contando, atualmente, com mais de 60 em produção, os quais necessitam de manutenção técnica especializada e evolução para novas tecnologias.

9.14Análise: O número de sistemas exigidos para obtenção da pontuação máxima está condizente com as quantidades em que a licitante poderá ser demandada a prestar manutenção técnica, executar migrações e/ou promover atualizações.

9.15Embora a Capes não tenha prestado justificativa do porquê não admitiu o somatório de atestados, deve-se levar em conta que a contratada terá que prestar manutenção em vários sistemas ao mesmo tempo, possivelmente existindo intercomunicação entre eles, de forma que a experiência na manutenção de número similar de sistemas em contratos diferentes, não atenderia à instituição. Dessa forma, a exigência pode ser considerada condizente com a extensão do objeto.

d) no Item 01 – Gestão de Sistemas de Informação, pontuação para tempo de experiência da licitante em serviços de Tecnologia da Informação (fl. 87);

9.16Resposta da Capes: A instituição entendeu que seria grande risco contratar empresas constituídas apenas para a participação no processo licitatório, podendo inviabilizar as atividades do órgão caso sobreviessem problemas de execução financeira ou de ordem legal. Ainda, a exigência se coaduna com a necessidade de apresentação de atestados de capacidade técnica constantes no Item 3.6 do edital, pois, uma vez que é plausível a exigência de capacidade técnica através dos atestados a serem apresentados, não é contraditória a exigência de tempo de experiência da licitante, já que tais atestados são concedidos após determinado tempo de prestação de serviços. Ademais, o fato configura apenas mais um item de caráter classificatório e não de eliminação (al. “F”, fl. 436)

9.17Análise: O tribunal no Acórdão 1094/2005 – Plenário, deixou assente que o mero tempo de existência do licitante, principalmente comprovado por meio de cópia de contrato social da empresa, nada significa em termos de qualidade dos serviços, verbis:

A utilização do critério de tempo de atuação no mercado, principalmente comprovado por meio de cópia de contrato social da empresa, não representa, de forma nenhuma, garantia de qualidade. Deve-se considerar que o contrato social possibilita, mas não garante que a empresa atue efetivamente em determinada área. Ademais, uma empresa pode permanecer longos períodos sem obter um contrato e ser obrigada a desmobilizar sua capacidade produtiva durante as fases recessivas, sendo que nesses períodos sua existência não contribui para aumentar sua experiência.

9.18Entende-se que, vinculado a outros itens de comprovação técnica, com fundamento na experiência da licitante, poder-se-ia considerar que o tempo de atuação de uma empresa no mercado oferta à Administração segurança maior por uma constituição já relativamente estável e/ou duradoura e, sob este aspecto, considerá-lo como critério válido para pontuação técnica.

9.19 Não obstante, como fixado no edital da Capes, a pontuação para tempo de experiência da licitante está lastreado apenas no registro do Contrato Social, o que fere a isonomia e mostra-se irregular.

9.20 A capacitação técnico-profissional, por sua vez, deve ser aferida, nos termos do art. 30, 1º, inc. I, da Lei 8.666/93, com a exigência de atestados de responsabilidade técnica por execução de obra ou serviço de características semelhantes, os quais não tem vinculação com o tempo de existência da licitante, pois o que realmente define a capacidade da empresa não é o seu tempo de permanência no mercado, mas a qualidade e complexidade dos trabalhos por ela realizados anteriormente, descritos pelos atestados.

e) no Item 02 – Gestão de Infra-Estrutura, pontuação para prestação de serviços superior a 20.000 h/ano quando serão contratadas apenas 2.112 h/ano, 6.336 h/ano, 6.336 h/ano e 14.784 h/ano, respectivamente, para os subitens Análise de Segurança da Informação, Administração de Bancos de Dados, Gerenciamento e Análise de Redes e Técnico de Suporte (fls. 97-98);

9.21 Resposta da Capes: A previsão futura dos serviços de infra-estrutura alcançará mais de 57.000 horas/ano.

9.22 Análise: Pelos valores da tabela da demanda prevista (fl. 69), tem-se que serão contratadas, aproximadamente, 2.112h anuais para Segurança da Informação, 4.224h para Administração de Banco de Dados; 6.336h para Gerenciamento de Redes e 23.232h para Técnico de Suporte (para rede, hardware e software).

9.23 Para a avaliação técnica foi exigida a comprovação de serviços com base anual e, mesmo que se considere a possibilidade de prorrogação do contrato, o edital não apresenta as quantidades de horas que poderiam ser futuramente demandadas, a fim de dar a conhecer a compatibilidade com o total de horas exigidas para a pontuação máxima dos quesitos demandados no objeto do contrato, a exceção do item Técnico de Suporte.

9.24 A priori, as pontuações determinadas para esses trabalhos valoram empresas de maior porte e não têm a necessária correlação com os quantitativos definidos para as áreas de Segurança da Informação, Administração de Banco de Dados e Gerenciamento de Redes.

f) no Item 02 – Gestão de Infra-Estrutura, pontuação para tempo de experiência da licitante em serviços de Tecnologia da Informação e exigência de quadro permanente de pessoal, na data de publicação do edital (fls. 98-100);

9.25 Quanto à pontuação para o tempo de experiência da empresa, valem as considerações feitas no tópico anterior, correlato.

9.26 Além disso, como visto, não pode ser exigido que os profissionais estejam contratados já na data da publicação do edital. Permanece, portanto, irregular também essa exigência.

g) no Item 03 – Fábrica de Software, pontuação para quantidade de Pontos de Função desenvolvidos em Fábrica de Software acima de 40.000 H/PF (fl. 109);

9.27 Resposta da Capes: As informações contidas no documento “Definição de Demanda” apontam a necessidade de migrar aproximadamente 50 sistemas nos próximos cinco anos. Considerando que, em média, para cada sistema, terão que ser alocados três analistas e cinco programadores durante três meses, tem-se 511.200 horas de serviços prestados. Assim, a demanda de desenvolvimento de sistemas em fábrica de softwares é bem elevada, justificando-se a quantidade de pontos de função pré-determinada no edital.

9.28 Análise: No Projeto Básico a Capes estimou a contratação inicial 42.240 horas/homem anuais para serviços técnicos de desenvolvimento e/ou manutenção de

sistemas em regime de “Fábrica de Software” (fl. 74) e fixou, no Item 5.3 (fl. 70), que não se obriga com nenhum quantitativo de horas mínimo a ser executado para este serviços, sendo este executado de acordo com as necessidades da instituição. Para a avaliação técnica utilizou a métrica dos “Pontos de Função – PF”.

9.29 Como a instituição previu o volume inicial de trabalho e pontuação técnica utilizando unidades métricas diferentes e, além disso, não demonstrou, mesmo que a título de justificativa, quais as quantidades de trabalho que poderiam vir a ser requeridas futuramente (em PF's), permanece não comprovada a pertinência das quantidades de pontos exigidos na avaliação técnica das propostas (de até 10.000 PF e acima de 40.000PF, fls. 109-10) com a demanda de trabalho prevista para o contrato em questão.

9.30 Uma vez que os critérios de avaliação fixados pelo edital precisam guardar consonância e proporção com o objeto pretendido pela Administração e não foram apresentados dados pela Capes que comprovem a conformidade entre as exigências de pontuação e as necessidades de serviço da instituição, a gradação de pontos atribuída nesse item deve ser considerada inadequada.

9.31 Cabe registrar que a avaliação prevista no edital tem como fundamento a mera quantidade de pontos de função realizados pelos concorrentes, sem consideração da complexidade do sistema ou da qualidade do desenvolvimento. Portanto essa pontuação não avalia desempenho, que é o efetivamente desejado em uma avaliação técnica, e simplesmente atribui mais pontos àquela empresa que, embora tenha promovido grande volume de serviços em fábrica de software, pode ter executado tarefas simples. A pontuação, como prevista, não é determinante da capacidade técnica da empresa em executar o objeto.

h) no Item 03 – Fábrica de Software, pontuação para quantidade de Pontos de Função desenvolvidos em Java acima de 7.000 H/PF, atestados em uma única contratação (fl. 111);

9.32 Resposta da Capes: A solicitação de um único atestado deveu-se ao fato de que os sistemas de Avaliação dos Programas de Pós-Graduação e os sistemas de Concessão de Bolsas e Auxílios para estudantes no país e exterior serem de considerável tamanho e complexidade, comportando, juntos, mais de 1.300 regras de negócio e estrutura de banco de dados com mais de 900 tabelas, além de views e proxy tables.

9.33 Análise: Quanto à não aceitação de somatório de atestados, leva-se em conta a informação de que, a partir de 2000, a Capes iniciou o desenvolvimento de seus sistemas com a utilização da linguagem Java (Definição de Demanda, fl. 439) e que estes detêm elevado tamanho. Sendo assim, apenas o somatório de atestados comprovando o desenvolvimento de sistemas menores provavelmente não permitiria aferir a experiência da licitante nem seu desempenho na manutenção e desenvolvimento de sistemas de proporcional porte. Seria o volume de serviços executados simultaneamente no passado que demonstraria o desempenho e a aptidão do licitante em utilizar a metodologia necessária à Capes, no que tange ao porte.

9.34 Nesse sentido, a vedação ao somatório dos atestados estaria pertinente com o objeto que a instituição pretende contratar, já que possibilitaria a demonstração de experiência da licitante no fornecimento de serviços em volume semelhante.

9.35 No entanto, como no tópico anterior, a Capes não demonstrou a pertinência da quantidade de PF's exigida na avaliação técnica com os serviços que poderão ser demandados. Além disso, como visto, o número de pontos de função, por si só, é medida adequada para medir o tamanho, e não a complexidade de um sistema desenvolvido. O critério de pontuação baseado apenas na quantidade de pontos de função não avalia o desempenho dos serviços realizados, pois não leva em consideração

aspectos importantes como a complexidade dos sistemas elaborados e a qualidade com que os serviços foram prestados. Ao contrário, tal critério favorece empresas que detenham contratos de grande porte, ainda que demandem serviços simples, ao passo que prejudica, na competição, empresas capazes de realizar o trabalho, mas cuja experiência seja decorrente da prestação de serviços complexos em diversos contratos de menor envergadura.

9.36A se considerar as próprias ponderações apresentadas pela Capes, os serviços a serem contratados seriam tecnicamente complexos e críticos, ligados ao desenvolvimento e funcionamento de sistemas estratégicos para as atividades finalísticas da instituição. A métrica para verificar a capacidade da empresa no desenvolvimento de sistemas e a qualidade dos produtos desenvolvidos deveria mensurar o esforço, em horas de trabalho, por pontos de função e a quantidade de falhas de software por pontos de função. Assim, a mera quantidade de pontos de função realizados, como solicitado, não se presta a medir a complexidade ou a qualidade dos sistemas desenvolvidos pelos licitantes, o que seria mais condizente com a alegação da Capes acerca da envergadura de seus sistemas.

9.37Restou, portanto, não comprovada a pertinência da pontuação com as características técnicas dos serviços a serem demandados.

i) no Item 03 – Fábrica de Software, pontuação para quadro permanente de pessoal, na data de publicação do edital, com mínimo de 25 Analistas de Sistemas, quando para a prestação dos serviços são estimados somente 16 profissionais (fls. 111-114)

9.38Resposta da Capes: Fazendo a distribuição das 211.200 horas de desenvolvimento estimadas para a migração do legado de sistemas da Capes, tem-se que serão necessários 55 analistas para realizar o trabalho.

9.39Análise: Para este trabalho são solicitados os serviços de Gerência de Projetos, Análise de Sistemas e Codificação de Sistemas (fls. 70-1). Considerando, como já comentado, que o profissional com formação acadêmica em Análise de Sistemas pode desempenhar as diferentes atribuições e a Capes informa que serão demandados em torno de 55 terceirizados para o desenvolvimento deste produto, resta justificada, especificamente em relação ao quantitativo, a previsão de pontuação máxima para empresas que comprovarem possuir mais de 25 profissionais. Lembra-se que, neste quesito, o edital igualmente não exige “mínimo de 25 analistas”.

9.40Porém, nesse caso também é exigido que os profissionais estejam contratados já na data da publicação do edital, o que é irregular, como anteriormente tratado.

10.Da requisição de atestados registrados no CRA e de responsável técnico com carteira do CRA (fls. 38 e 49)

10.1Resposta da Capes: A Resolução Normativa 295/2004 do Conselho Federal de Administração – CFA, em seu art. 1º, estabelece que toda pessoa jurídica que explore as atividades específicas da área de informática deve obrigatoriamente promover seu registro nos conselhos regionais de administração e, em seu art. 2º, prevê que a responsabilidade técnica pelas empresas deverá ser exercida por profissional devidamente registrado. De acordo com a norma, os CRA's são os órgãos competentes para regulação e fiscalização das atividades de informática.

10.2Análise: Além de o Acórdão 1.449/2003 – Plenário, citado na instrução anterior, ter deixado assente que não cabe a exigência de obrigatoriedade do registro de profissionais de informática ou de certificados de capacitação técnica referentes a essa atividade no CRA, a exigência do registro da atividade de informática nos conselhos profissionais, especialmente no CRA e no CREA, tem sido julgada irregular pelo

Superior Tribunal de Justiça e pelos tribunais regionais federais, consoante as ementas abaixo, que servem de exemplo:

a) *STJ, REsp 496149 / RJ, Processo 200300159908, DJ 15/8/2005 p. 236*

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL - COMPLEMENTAÇÃO DAS CUSTAS INICIAIS - CANCELAMENTO DA DISTRIBUIÇÃO APÓS A SENTENÇA - IMPOSSIBILIDADE - PRECEDENTES - CONSELHO REGIONAL DE ADMINISTRAÇÃO - EXIGÊNCIA DE INSCRIÇÃO E COBRANÇA DE ANUIDADES DE PROFISSIONAIS E PESSOAS JURÍDICAS DA ÁREA DE INFORMÁTICA - DESCABIMENTO - LEI 4.769/65.

STJ, REsp 488441 / RS, Processo 200201710602, DJ 20/9/2004 p. 238

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - CONSELHO REGIONAL DE ADMINISTRAÇÃO - EXIGÊNCIA DE INSCRIÇÃO E COBRANÇA DE ANUIDADES DE PROFISSIONAIS E PESSOAS JURÍDICAS DA ÁREA DE INFORMÁTICA - DESCABIMENTO - LEI 4.769/65 - RESOLUÇÃO NORMATIVA CFA 125/92.

1. *A jurisprudência firmou entendimento de que é a atividade preponderante do profissional ou da empresa que determina qual o conselho que tem competência para a fiscalização.*

2. *A atividade preponderante do profissional da área de informática é a utilização de sistemas e aplicativos (que têm base teórica específica, técnicas, metodologias e ferramentas próprias) a serem utilizados via computadores ou outros meios eletrônicos.*

3. *O art. 2º da Lei 4.769/65, ao enumerar as atividades privativas do administrador, não faz qualquer referência às atividades desenvolvidas pelo pessoal da área de informática, tendo a Resolução Normativa CFA 125/92 exorbitado da previsão legislativa.*

4. *Descabimento da exigência de inscrição e pagamento de anuidades, não se submetendo o profissional de informática às penalidades do art. 16 da Lei 4.769/65 e art. 52 do Decreto 61.934/67.*

5. *Recurso especial improvido.*

b) *TRF 2ª Região, AMS 48504, Processo 199550010064744, DJU 30/9/2004 p. 148*

EMENTA - MANDADO DE SEGURANÇA - ADMINISTRATIVO - CONSELHO DE ADMINISTRAÇÃO - PRINCÍPIO DA LEGALIDADE - OBRIGATORIEDADE DE REGISTRO OU DE CONTRATAR PROFISSIONAIS - ATIVIDADE PREPONDERANTE DA EMPRESA.

I - *O art. 1o, da Lei nº 6.839/80, estabelece que o registro de empresa em entidade competente para a fiscalização do exercício profissional é obrigatório em razão da atividade preponderante ou básica exercida pela sociedade.*

II - *A atividade central da Empresa Impetrante está ligada a prestação de serviços, comercialização e representação na área de processamento de dados e informática, de modo que não está obrigada ao registro no Conselho Regional de Administração, a despeito da Resolução nº.198/97, que não encontra amparo legal na letra "b", do art. 2º, da Lei nº 4769/65.*

III - *Assim, se o objeto social da empresa não guarda relação com as atividades definidas na Lei nº 4.769/65, inexistem motivos para o registro junto ao Conselho Regional de Administração ou contratação de profissionais habilitados.*

IV - *Afronta o princípio constitucional da legalidade a lavratura de auto de infração pelo Conselho Regional de Administração contra empresa não sujeita à sua fiscalização.*

c) TRF 2ª Região, AC 242419, Processo 200002010468816, DJU 31/3/2004 p. 216

ADMINISTRATIVO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. CONSELHO REGIONAL DE ADMINISTRAÇÃO. EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇOS DE INFORMÁTICA INEXIGIBILIDADE DE REGISTRO.

(...) 2) Na espécie, como a empresa impetrante tem como objeto principal a prestação de serviços de informática, inexistente a obrigatoriedade de registro no Conselho Regional de Administração (TRF 2ª Região, AMS 15020, DJ 30/9/2002; TRF 1ª Região, REO 01367639, DJ 12/12/2002; TRF 5ª Região, REO 66553, DJ 16/03/2001).

3) Nego provimento ao recurso e à remessa necessária.

10.3A profissão de informática não é regulamentada, estando ainda em tramitação conjunta na Câmara dos Deputados projetos com esta finalidade (fl. 454, vol. 2)

10.4Dessa forma, ao inexistir regulamentação profissional para o setor de informática, são inválidas as resoluções dos conselhos profissionais que buscam submeter a área de computação e informática à disciplina corporativa. A Constituição Federal assegura, em seu art. 5º, XIII, o livre exercício de qualquer ofício, trabalho ou profissão, “atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”. Enquanto a lei não estabelecer condições para o exercício das profissões da área, normas de hierarquia inferior, a exemplo das resoluções dos conselhos profissionais, não podem fazê-lo. Trata-se de matéria sujeita à reserva legal (art. 5º, II, da Constituição Federal).

TRF 1ª Região, AMS 91.01.12716-0/PA, DJ 15/5/1998 p.399

ADMINISTRATIVO. ENTIDADE CORPORATIVISTA. CONSELHO REGIONAL DE ADMINISTRAÇÃO. EXIGÊNCIA DE REGISTRO DE EMPRESA ATUANTE NA ÁREA DE PROCESSAMENTO DE DADOS.

1.O critério adotado pelo nosso ordenamento jurídico para a definição da vinculação corporativista é o da atividade básica (Lei nº 6.839/80, art. 1º).

2.A inexistência de disciplina legal regulamentadora da profissão de técnico ou tecnólogo em processamento de dados não autoriza o Conselho de Administração a preencher este vazio legislativo. Trata-se de matéria de reserva legal.

10.5Mesmo a Resolução/Confea 418/98 que pretendeu disciplinar o registro nos Creas e a fiscalização das atividades de pessoas físicas e jurídicas que prestam serviços de projeto, fabricação, instalação, manutenção e assistência técnica de equipamentos de informática, computadores e periféricos foi suspensa em face de questionamentos envolvendo a sua ilegalidade e inadequações e, posteriormente, foi revogada pela Resolução 478/03.

10.6Assim, é inválida a disposição editalícia que condiciona a participação das empresas no certame à apresentação de certidão comprobatória de sua inscrição perante o CRA e que requer que o responsável técnico apresente carteira do CRA. A exigência também pode comprometer e restringir a competição de empresas interessadas, mas que não possuam os registros (art. 3º, § 1º, inc. I, da Lei 8.666/93).

11.Destinação de 3% do faturamento do contrato na capacitação dos profissionais alocados nos itens 01 e 02 (fls. 60 e 68)

11.1Resposta da Capes: Os valores não configuram interferência na administração privada uma vez que constariam no quadro de Insumos da planilha de formação de preços. Outro fator a ser considerado é que a Capes, nos últimos anos, por falta de previsão de treinamento no contrato em vigor, esteve próxima da estagnação tecnológica, de maneira que buscou-se, com a exigência, solução que permitisse continuar a obter serviços de qualidade.

11.2Análise: Apesar de estar inserta no quadro de insumos, a destinação de 3% do faturamento anual do contrato na capacitação dos profissionais responsáveis pela execução dos serviços de Gestão de Sistemas de Informação e de Gestão de Infra-Estrutura é obrigatória e não facultativa, como seria o oferecimento de convênio médico e vale alimentação, por exemplo, vez que está determinada nos subitens 5.12 do Item 01 (fl. 60) e 5.2.2 do Item 02 (fl. 68) do edital.

11.3Como não cabe à Administração interferir nas políticas de treinamento e de investimento da contratada, que deve decidir quando e quanto investir em seus empregados, bastaria a exigência de que a empresa vencedora mantivesse os empregados devidamente preparados e atualizados para a prestação dos serviços, o que poderia ser checado quando da fiscalização na fase de execução do contrato, com base na obrigação legal de manter, durante toda a execução do contrato, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação (art. 55, inc. XIII, da Lei 8.666/93).

11.4No mais, apesar de os serviços, em tese, terem caráter continuado, não há certeza na prorrogação do ajuste, cuja vigência inicial seria de doze meses, e a renovação dependeria das condições estabelecidas no item 11.1 do edital (fl. 46) e pode incluir a verificação da adequação sobre a efetiva capacidade técnica dos prestadores alocados ao serviço.

11.5Dessa forma, considera-se indevida a exigência de destinação de percentual do faturamento do contrato no treinamento dos terceirizados alocados na instituição.

12.Exigência simultânea de certificação CMM e ISO (fls. 381-382)

12.1Resposta da Capes: As solicitações de certificação ISO e CMM, para pontuação técnica, não se prestam a mesma finalidade. A certificação CMM mede a maturidade de uma organização no que diz respeito à melhoria do processo de desenvolvimento de software, enquanto a ISO refere-se a garantias de qualidade.

12.2Análise: Segundo informação colhida junto à Secretaria de Tecnologia da Informação – Setec, unidade deste tribunal especializada em assuntos relativos à área de informática, a certificação ISO é genérica de qualidade de processos, enquanto a CMM (*Capability Maturity Model*) é específica para desenvolvimento de sistemas.

12.3As certificações são, portanto, complementares e não há impropriedade na previsão de pontuação simultânea.

13.Exigência relativa ao número de atestados para fins de avaliação de qualificação técnica (fls. 38-39).

13.1Resposta da Capes: Não se exige, para fins de habilitação, que a empresa possua quantidades mínimas de atestados. Solicita-se, apenas, como critério de pontuação técnica, que demonstre possuir clientes em que tenham executado satisfatoriamente os serviços para os quais foram contratadas.

13.2Análise: O edital não limita genericamente o número de atestados a serem apresentados pelos concorrentes e, mesmo na pontuação técnica, está facultada a apresentação de um ou mais atestados, exceto para o quantitativo de sistemas em manutenção no Item 01 – Gestão de Sistemas de Informação e para a quantidade de Pontos de Função desenvolvidos em Java do fator Desempenho do Item 03 – Fábrica de Software, já tratados.

14.Previsão de tabela de salários para atribuição de nota técnica (fls. 90-92 e 101-103).

14.1Resposta da Capes: O fator padronização, questionado, refere-se apenas aos itens 01 e 02 do edital e são os serviços que deverão ser prestados nas dependências da Capes. Não há que se falar em fixação de salários pois o fator refere-se aos critérios de pontuação, os valores são apenas estimativos bem como foram obtidos através de consultas formais ao mercado. A licitante poderá optar por uma faixa de remuneração, o

que lhe dá flexibilidade para negociar, e as faixas salariais informadas pelas licitantes são relevantes para que a Administração possa contar com profissionais com níveis de remuneração adequado, ambiente estável e profícuo, buscando evitar-se elevado turn over.

14.2Análise: O entendimento dessa Corte era pacificado de que a fixação de valores mínimos para os salários a serem concedidos pelos licitantes aos profissionais em decorrência de eventual contratação implicava fixação de preços para a licitação, vedada pelo art. 40, inc. X, da Lei de Licitações. Todavia, a posição mais recente do tribunal é de ser possível o estabelecimento de valores mínimos para os salários mensais, sem com isso infringir o citado dispositivo, consoante o seguinte trecho do Acórdão 256/2005 – Plenário:

10. Sobre esse tema, e revendo a posição que adotei por ocasião do julgamento do TC 020.732/2003-4 (Acórdão 963/2004 - Plenário), não acredito que o estabelecimento de valores mínimos para os salários mensais infrinja o mencionado inciso X do art. 40 da Lei de Licitações.

11. A proibição estabelecida pela Lei está vinculada ao princípio da indisponibilidade do interesse público, pelo qual o gestor não está autorizado a recusar propostas mais vantajosas à Administração. Ocorre, entretanto, que a vantajosidade não pode ser aferida em todos os casos apenas com base no preço, apesar de ser este, obviamente, o seu indicativo mais preciso. Mais que isso, em alguns casos os itens adquiridos têm seu valor mínimo estabelecido por força de normativos o que lhes torna inaplicável a mencionada regra do art.40.

(...)

18. É importante ressaltar, todavia, que a garantia de condições mínimas aos terceirizados, através do estabelecimento de um patamar mínimo para os salários, tem que ser realizado de forma clara, objetiva e fundamentada, devendo, ainda, restar adequadamente documentado no processo. Não pode servir, de qualquer maneira, como desculpa para o pagamento de quantias não razoáveis, nem de valores que desviem da média praticada pelo mercado e pela Administração Pública.

(...)

20. Observo, por último, que não está se propondo a desconsideração da vedação ao estabelecimento de preço mínimo imposta pelo art. 40 da Lei n.º 8.666/93 que, aliás, constitui notável avanço em relação ao regime do antigo Decreto n.º 2.300/86. Trata-se, aqui, de uma situação específica, em que o estabelecimento de piso salarial visa preservar a dignidade do trabalho, criar condições propícias à eficiente realização do serviço e não implica benefícios diretos à empresa contratada (mas sim aos trabalhadores), nem cria obstáculos à competição ou tem a capacidade de determinar o preço final da contratação.”

14.3Além disso, as hipóteses em que o tribunal vedava a exigência de aceitabilidade de preços ditados pela Administração difere do presente caso, que utiliza o parâmetro das faixas de remuneração somente como quesito de pontuação da proposta técnica.

14.4Nesses termos, está-se valorizando aspecto que refletirá em ganho para a instituição, porque relacionado diretamente à qualidade do serviço que será realizado, já que a nota técnica pelo atendimento de qualquer faixa de remuneração será atribuída ao licitante em função de comprometer-se em manter pessoal qualificado com padrão de remuneração compatível com as atividades e serviços técnicos. Este fato também pode favorecer a estabilidade dos funcionários na empresa, refletindo-se em benefício pela redução de rodízios dos empregados alocados na execução dos serviços do contrato,

implicando menos tempo despendido com adaptações/treinamentos ou risco de perda/extravio de informações.

14.5 Ademais, a adoção de faixa de remuneração a ser observada durante a execução do contrato é discricionária pela licitante, que pode optar pela Faixa A, de menor pontuação, de forma a não se obrigar a cumprir faixa alguma, podendo, posteriormente, pagar salários maiores, se assim desejar. Mesmo o licitante que optar pelas faixas B ou C, poderá futuramente, pagar salários maiores, apenas não poderá reduzi-los abaixo do mínimo fixado na faixa. Apesar de não estar expressamente fixado no edital que o contratado poderá aumentar as faixas salariais, não se vê impedimento para tanto, já que a ação se revelaria favorável à Administração e prejudicial apenas ao contratado que deixou de pontuar, anteriormente, pela faixa de remuneração mais elevada. As faixas, a priori, também foram formuladas de forma fundamentada e refletem valores praticados no mercado.

14.6 Registra-se que, a fim de resguardar a obtenção dos benefícios almejados, a exigência atribuirá à Capes a responsabilidade de verificar se o compromisso assumido pela licitante na proposta está sendo observado durante a execução do contrato, o qual, por sua vez, deverá prescrever a implicação pelo não atendimento.

14.7 Assim, entende-se regular a previsão de pontuação para o licitante que se comprometer a assumir determinada faixa de remuneração durante a execução do contrato.

15. Exigência de titularidade prévia de instalações (como no item Estrutura Computacional Instalada do Anexo II, Lote 3 – Fábrica de Software) (fls. 114-116).

15.1 Resposta da Capes: Tal solicitação é de vital importância para quando for demandado o desenvolvimento de um sistema de média ou grande complexidade. Senão guardadas as devidas especificidades e perfis profissionais, não haveria necessidade de se contratar desenvolvimento em fábrica, pois poder-se-ia realizar internamente. O fato também configura item classificatório, não ensejando a eliminação da empresa que não o possuir.

15.2 Análise: O quesito impõe ao licitante dispor de ambiente próprio de Fábrica de Software, para obtenção de pontuação no quesito “Estrutura Computacional Instalada” do item 03 – Fábrica de Software, bem como de laboratório próprio de Treinamento e Reciclagem com, no mínimo, quinze estações de trabalho AMD/Pentium IV de 1GHz ou superior e comprovação de, no mínimo, um treinamento oficial fornecido a cliente.

15.3 A exigência, para pontuação, de que a licitante possua ambiente de fábrica de software é condizente com o objeto almejado pela contratação – desenvolvimento de sistemas –, consoante a seguinte manifestação da Setec, no Acórdão 1094/2004 – Plenário:

2.3.2 Parecer da Setec:

A fábrica de software é justificável como pontuação para o item 2.1 - Desenvolvimento de Sistemas, uma vez que trata-se de utilização de método específico de desenvolvimento de sistemas que favorece a qualidade do software a ser fornecido.

15.4 O critério, portanto, não provoca restrição à competitividade, nem frustra o comando do art. 3º, § 1º, inc. I, da Lei 8.666/93, sendo aceitável a previsão de ambiente computacional próprio como fator de pontuação para o produto Fábrica de Software.

15.5 Registra-se, no tocante ao quesito, que apenas não foram apresentadas as razões para as faixas de pontuação definidas. Previu-se a pontuação somente para as empresas que tenham, no mínimo, 25 postos de trabalho, caso contrário, a licitante não pontua, bem como não há registro para a diferença técnica entre um concorrente que possui até 25 postos de trabalho receber apenas 1 ponto, outro com até 50 obter apenas

5 pontos, e um terceiro com mais de 50 postos de trabalho alcançar 20 pontos. Assim, não estão claros os motivos que levaram a definição da faixas de pontuação.

15.6 Quanto à existência de ambiente de treinamento próprio, não existe no edital nem no projeto básico justificativa para essa necessidade e a correspondente vantagem proporcionada à execução do contrato, vez que, por exemplo, os funcionários da empresa podem ser treinados em ambientes externos, sem que isso proporcione prejuízos ao treinamento a ser ministrado ou implique qualidade diferenciada no desempenho dos serviços. A quem contrata interessa apenas o resultado a ser obtido, nos termos expressos no edital e no contrato. O TCU entendeu ser esse critério indevido quando da apreciação de situação semelhante no Acórdão 2561/2004 – Segunda Câmara.

15.7 Aqui também, bastaria a exigência, na licitação, de que a empresa vencedora mantivesse os empregados devidamente preparados e atualizados para a prestação dos serviços, o que poderia ser avaliado quando da fiscalização da execução do contrato, ou promovesse o treinamento periódico dos técnicos alocados na instituição nas tecnologias empregadas nos serviços, podendo ser especificado que o treinamento ocorra fora das dependências da Capes.

15.8 Portanto, a previsão de pontuação para estrutura própria de fábrica de software pode ser considerada devida, desde que as faixas de pontuação sejam tecnicamente justificadas, mas a previsão para laboratório próprio de treinamento e reciclagem é indevida.

16. Exigência específica de certificação ISO9001 (fls. 83 e 95).

16.1 Resposta da Capes: Não adiantaria à Capes estipular certificação genérica, pois qualquer licitante que possua certificado ISO em qualquer área, mesmo não sendo relacionada à área de Tecnologia da Informação, obteria a pontuação requerida. O intuito foi tornar pertinente a exigência de certificação com o escopo dos objetos do edital.

16.2 Análise: As planilhas de pontuação técnica prevêm, no quesito “Melhoria de Processo “ dos itens 01 e 02, a apresentação de certificação ISO 9001:2000 em determinadas categorias, sendo que, a cada categoria comprovada, o competidor ganha 15 para o Item 01 e 20 pontos para o Item 02, perfazendo os máximos de 105 e 120 pontos, respectivamente.

16.3 Além de as pontuações previstas não serem determinantes no cômputo total, pois correspondem aos máximos de 105 pontos do total de 2.870 para ao Item 01 e de 120 pontos de 2.960 para o Item 02, a certificação ISO não é feita para a organização com um todo, mas por áreas ou processo. Assim, de fato, não teria sentido para a Administração conceder pontos para áreas não relacionadas aos produtos de que necessita.

16.4 Proceder diferente seria conceder pontuação com base em critérios subjetivos, prejudicando a objetividade na análise das propostas (art. 44 da Lei 8.666/93) e a isonomia entre os concorrentes (art. 3º, caput, da mesma lei), de maneira que se entende pertinente o critério de pontuação determinado pela Capes.

16.5 Registra-se que, no mesmo Acórdão 1094/2004 – Plenário, a Secretaria de Tecnologia da Informação – Setec também manifestou a pertinência de se observar a compatibilidade do certificado com a natureza do serviço a ser contratado:

É uma tendência na área de tecnologia de informação a busca de melhoria de processos e da qualidade dos serviços prestados, o que é comprovado por meio de certificados com credibilidade em âmbito internacional, tais como ISO, CMM, ITIL, PMI, COBIT e outros. Estas certificações são mecanismos isentos de avaliação de qualidade dos serviços prestados pela empresa e de sua preocupação com a melhoria

dos processos de trabalho. A obtenção desses certificados implica a submissão da empresa a um processo criterioso de avaliação e sua manutenção requer a realização de auditorias periódicas por parte das empresas certificadoras. Embora o TCU não entenda que tais certificados possam ser exigidos como documentos obrigatórios em processos de licitação, os mesmos são freqüentemente solicitados e admitidos como critérios de pontuação, desde que observada a compatibilidade do certificado com a natureza do serviço contratado.

17. Conclusão

17.1 A licitação, se concluída, resultará na contratação com valor estimado em R\$ 9 milhões aproximadamente (fl. 76). Embora procedente a preocupação dos responsáveis em realizar certame licitatório que atenda aos princípios da melhor competitividade, qualidade e menor preço, o edital desatende a princípios e normas do instituto das licitações, pelo que cabe propor a anulação do certame e determinações pertinentes com vistas a evitar a repetição dos vícios constatados na Concorrência 1/2005.

17.2 Consoante a informação prestada, os serviços de informática da Capes estão sendo providos por um contrato emergencial que expirará em 31/12/2005. Logo, cabe deixar assente que, a fim de não comprometer a continuidade da execução de trabalhos essenciais ao funcionamento da instituição, esta poderá adotar, se for necessário, medidas no sentido de promover contratação direta dos serviços, ou de parte dos serviços, objeto do contrato atualmente vigente, até que novo certame seja promovido. Posicionamento similar foi adotado no Acórdão 481/2004 – Plenário.

17.3 Ante o exposto, submeto os autos à consideração superior, propondo:

a) conhecer a presente representação com fulcro no art. 113, § 1º, da Lei 8.666/93 e no art. 237, inc. VII, do RI/TCU, para, no mérito, considerá-la parcialmente procedente;

b) determinar à Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior do Ministério da Educação, com fulcro no art. 71, inc. IX, da Constituição Federal e no art. 45 da Lei 8.443/92 c/c o art. 251 do Regimento Interno/TCU, que adote as providências necessárias, no prazo de quinze dias, com vistas a ANULAR o Edital da Concorrência 1/2005 e informe ao tribunal no mesmo prazo as providências adotadas em atendimento a essa determinação;

c) autorizar a Capes a efetuar, caso necessário, contratação em caráter emergencial dos serviços técnicos de informática considerados imprescindíveis, no prazo definido no inc. IV, do art. 24, da Lei de Licitações, durante o qual deverão ser adotadas providências com vistas à promoção do(s) devido(s) processo(s) licitatório(s), nos termos preconizados pela legislação e em consonância com as orientações desta Corte;

d) determinar à Capes que, nas futuras licitações:

d.1) abstenha-se de exigir a entrega da garantia de participação do art. 31, inc. III, da Lei 8.666/93 antes da abertura dos envelopes de documentação e não fixe condições de participação em certames licitatórios não previstas na Lei 8.666/93 (item 7);

d.2) estabeleça, nos editais e nos respectivos contratos, os critérios de reajuste – inc. XI, art. 40 da Lei 8.666/93 –, de atualização financeira – al. “c”, inc. XIV, art. 40, da mesma lei – e de compensações financeiras e penalizações por eventuais atrasos e descontos por eventuais antecipações de pagamentos – al. “d”, inc. XIV, art. 40, da mesma lei (item 8);

d.3) ao fixar os fatores de ponderação das propostas técnicas, leve em conta que as faixas de valores atribuídas aos índices técnicos devem ser proporcionais ao volume e grau de complexidade dos serviços incluídos em cada um dos itens do objeto a ser contratado, devidamente comprovados por meio do plano diretor de informática da

instituição, quando houver, do projeto básico ou de estudo técnico especializado (item 9, “a”, “e”, “g” e “h” e item 15);

d.4)deixe de incluir, nos editais de licitação, fatores de avaliação técnica e exigências que violem os princípios da legalidade e da competitividade e que representem invasão à esfera da empresa privada, a exemplo da obrigatoriedade de a licitante ter quadro de pessoal contratado na data de publicação do edital, de dispor de ambiente próprio para treinamento e de comprometer-se a aplicar percentual do faturamento do contrato em treinamento (item 9, “b” e “i”; itens 11 e 15);

d.5)abstenha-se de incluir quesito que atribua pontos na avaliação da proposta técnica pelo tempo de existência do licitante na prestação de serviços na área de informática, aferido pela apresentação do contrato social (item 9, “d” e “f”);

d.6)nos processos de contratação de serviços de informática, abstenha-se de estabelecer quesitos de pontuação que valorem apenas a quantidade de serviços realizados em experiências passadas dos licitantes, sem considerar o desempenho destes ou a complexidade dos serviços realizados (item 9, “g” e “h”);

d.7)abstenha-se de exigir que os atestados de capacidade técnica referentes à atividade de informática sejam registrados no Conselho Regional de Administração ou em qualquer outro conselho profissional, por falta de amparo legal (item 10);

d.8)no caso de atribuir pontuação técnica pela fixação de determinada faixa salarial, inclua no escopo do contrato cláusula prevendo a obrigação de a licitante comprovar, durante a execução do ajuste, o cumprimento do compromisso assumido, bem como dispositivo que prescreva a implicação pelo não cumprimento (item 14);

e) remeter cópia da deliberação que vier a ser proferida, do relatório e do voto que a fundamentarem, às empresas VAM Comércio e Representações Ltda. e Polis Informática Ltda. e ao Sindicato das Empresas de Informática do Estado do Rio de Janeiro – SEPRORJ.”

É o Relatório.

VOTO

Preliminarmente, cabe conhecer das Representações ora apreciadas, ante o preenchimento dos requisitos de admissibilidade previstos no art. 113, § 1º, da Lei nº 8.666/93, e no art. 237, inciso VII, do Regimento Interno/TCU.

2.Tais documentos foram submetidos à consideração deste Tribunal pelos interessados VAM Comércio e Representações Ltda., Sindicato das Empresas de Informática do Estado do Rio de Janeiro (SEPRORJ) e Polis Informática Ltda, à vista de possíveis irregularidades praticadas pela Fundação Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior, vinculada ao Ministério da Educação (CAPES/MEC), relativamente à Concorrência nº 01/2005, cujo objeto é a contratação de serviços técnicos especializados em Tecnologia da Informação, complementares às atividades da CAPES, nas seguintes áreas: Gestão de Sistemas de Informação, Gestão de Infra-Estrutura e Desenvolvimento de Sistemas de Informação, utilizando o conceito de Fábrica de Software.

3.Como visto no Relatório precedente, não obstante a preocupação da CAPES em realizar certame licitatório que atenda aos princípios da melhor competitividade, qualidade e menor preço, o edital que ora se discute desatende preceitos fundamentais do Instituto das Licitações e Contratos, o que impõe a sua anulação, sem prejuízo de determinações à entidade, com vistas a evitar a repetição dos vícios constatados.

4.Os argumentos oferecidos pelo responsável foram devidamente analisados pela 6ª SECEX, que, ponto a ponto, ofereceu o posicionamento que melhor se ajusta à Lei nº 8.666/93, à doutrina e à jurisprudência predominante deste Tribunal.

5.Acolho, portanto, o exame técnico empreendido pela Unidade Instrutiva, o qual incorporo às minhas razões de decidir.

6.Em consequência, acompanho a proposta de encaminhamento colocada ao final da instrução (item 17.3), exceto quanto à necessidade de se autorizar a CAPES a efetuar, caso necessário, contratação em caráter emergencial dos serviços técnicos de informática considerados imprescindíveis.

7.É que a contratação direta nos casos de emergência constitui faculdade conferida à Administração pela Lei nº 8.666/93 (art. 24, inciso IV). Portanto, o exercício dessa prerrogativa legal prescinde de qualquer autorização do TCU, dependendo exclusivamente da própria Administração e das circunstâncias que rendem ensejo à aplicação da regra de excepcionalidade. No caso, não é demais lembrar o entendimento deste Tribunal a respeito do emprego adequado desse normativo, manifestado por meio da Decisão Plenária nº 347/1994, a saber:

a) que, além da adoção das formalidades previstas no art. 26 e seu parágrafo único da Lei nº 8.666/93, são pressupostos da aplicação do caso de dispensa preconizado no art. 24, inciso IV, da mesma Lei:

a.1) que a situação adversa, dada como de emergência ou de calamidade pública, não se tenha originado, total ou parcialmente, da falta de planejamento, da desídia administrativa ou da má gestão dos recursos disponíveis, ou seja, que ela não possa, em alguma medida, ser atribuída à culpa ou dolo do agente público que tinha o dever de agir para prevenir a ocorrência de tal situação;

a.2) que exista urgência concreta e efetiva do atendimento a situação decorrente do estado emergencial ou calamitoso, visando afastar risco de danos a bens ou à saúde ou à vida de pessoas;

a.3) que o risco, além de concreto e efetivamente provável, se mostre iminente e especialmente gravoso;

a.4) que a imediata efetivação, por meio de contratação com terceiro, de determinadas obras, serviços ou compras, segundo as especificações e quantitativos tecnicamente apurados, seja o meio adequado, efetivo e eficiente de afastar o risco iminente detectado;

Com essas considerações, acolhendo parcialmente o encaminhamento alvitrado pela Unidade Técnica competente, voto por que o Tribunal de Contas da União adote a deliberação que ora submeto a este Colegiado.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 30 de novembro de 2005.

VALMIR CAMPELO
Ministro-Relator

ACÓRDÃO Nº 2.095/2005 – Plenário - TCU

1. Processo TC-015.915/2005-0.
2. Grupo II, Classe de Assunto: VII – Representação.
3. Interessados: VAM Comércio e Representações Ltda., Sindicato das Empresas de Informática do Estado do Rio de Janeiro (SEPRORJ) e Polis Informática Ltda.

3.1 Responsável: Jorge Almeida Guimarães (Presidente).

4. Entidade: Fundação Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior, vinculada ao Ministério da Educação – CAPES/MEC.

5. Relator: Ministro Valmir Campelo.

6. Representante do Ministério Público: não atuou.

7. Unidade Técnica: 6ª Secretaria de Controle Externo (6ª SECEX).

8. Advogado constituído nos autos: não há.

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos reunindo Representações formuladas pelos interessados em referência, com fundamento no art. 113, § 1º, da Lei nº 8.666/93, c/c o art. 237, inciso VII, do Regimento Interno/TCU, à vista de possíveis irregularidades envolvendo a Concorrência nº 01/2005, lançada pela Fundação Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior, vinculada ao Ministério da Educação (CAPES/MEC).

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Plenária, diante das razões expostas pelo Relator, e com fundamento no art. 1º, inciso II, da Lei 8.443/92, e no art. 1º, incisos XXI e XXVI, do Regimento Interno/TCU, em:

9.1. conhecer das presentes Representações, uma vez preenchidos os requisitos de admissibilidade previstos no art. 113, § 1º, da Lei 8.666/93, e no art. 237, inciso VII, do Regimento Interno/TCU;

9.2. no mérito, considerar as Representações parcialmente procedentes;

9.3. fixar, com base no art. 71, inciso IX, da Constituição Federal, e no art. 45, caput, da Lei nº 8.443/92, c/c o art. 251 do Regimento Interno/TCU, o prazo de 15 dias para que Fundação Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES/MEC) adote as providências necessárias ao exato cumprimento do art. 49, caput e §1º, da Lei nº 8.666/93, procedendo à anulação da Concorrência nº 01/2005, em razão das ilegalidades apontadas no Relatório e Voto que fundamentam o presente Acórdão;

9.4. determinar à CAPES que, nas futuras licitações:

9.4.1. abstenha-se de exigir a entrega da garantia de participação, de que trata o art. 31, inciso III, da Lei 8.666/93, antes da abertura dos envelopes de documentação, e não fixe condições de participação em certames licitatórios não previstas na Lei 8.666/93 (cf. item 7 da instrução);

9.4.2. estabeleça, nos editais e nos respectivos contratos, os critérios de reajuste (inciso XI do art. 40 da Lei 8.666/93), de atualização financeira (alínea “c” do inciso XIV do art. 40 da mesma lei) e de compensações financeiras e penalizações, por eventuais atrasos, e descontos, por eventuais antecipações de pagamentos (alínea “d” do inciso XIV do art. 40 da mesma lei) – cf. item 8 da instrução;

9.4.3. ao fixar os fatores de ponderação das propostas técnicas, leve em conta que as faixas de valores atribuídas aos índices técnicos devem ser proporcionais ao volume e grau de complexidade dos serviços incluídos em cada um dos itens do objeto a ser contratado, devidamente comprovados por meio do plano diretor de informática da instituição, quando houver, do projeto básico ou de estudo técnico especializado (cf. item 9, “a”, “e”, “g” e “h” e item 15, todos da instrução);

9.4.4. deixe de incluir, nos editais de licitação, fatores de avaliação técnica e exigências que violem os princípios da legalidade e da competitividade e que representem invasão à esfera da empresa privada, a exemplo da obrigatoriedade de a licitante ter quadro de pessoal contratado na data de publicação do edital, de dispor de ambiente próprio para treinamento e de comprometer-se a aplicar percentual do

faturamento do contrato em treinamento (cf. item 9, “b” e “i”; itens 11 e 15, todos da instrução);

9.4.5. abstenha-se de incluir quesito que atribua pontos na avaliação da proposta técnica pelo tempo de existência do licitante na prestação de serviços na área de informática, aferido pela apresentação do contrato social (cf. item 9, “d” e “f”, da instrução);

9.4.6. nos processos de contratação de serviços de informática, abstenha-se de estabelecer quesitos de pontuação que valorem apenas a quantidade de serviços realizados em experiências passadas dos licitantes, sem considerar o desempenho destes ou a complexidade dos serviços realizados (cf. item 9, “g” e “h”, da instrução);

9.4.7. abstenha-se de exigir que os atestados de capacidade técnica referentes à atividade de informática sejam registrados no Conselho Regional de Administração ou em qualquer outro conselho profissional, por falta de amparo legal (cf. item 10 da instrução);

9.4.8. no caso de atribuir pontuação técnica pela fixação de determinada faixa salarial, inclua no escopo do contrato cláusula prevendo a obrigação de a licitante comprovar, durante a execução do ajuste, o cumprimento do compromisso assumido, bem como dispositivo que prescreva a implicação pelo não cumprimento (cf. item 14 da instrução);

9.5. determinar à 6ª SECEX que monitore a implementação do contido nos itens 9.3 e 9.4 supra, representando ao Tribunal em caso de descumprimento;

9.6. encaminhar cópia desta deliberação, bem como do Relatório e Voto que a fundamentam, aos autores das Representações e ao Presidente da CAPES.

10. Ata nº 47/2005 – Plenário

11. Data da Sessão: 30/11/2005 – Ordinária

12. Especificação do quórum:

12.1. Ministros presentes: Adylson Motta (Presidente), Marcos Vinícios Vilaça, Valmir Campelo (Relator), Guilherme Palmeira, Ubiratan Aguiar, Benjamin Zymler e Augusto Nardes.

12.2. Auditores convocados: Lincoln Magalhães da Rocha e Augusto Sherman Cavalcanti.

12.3. Auditor presente: Marcos Bemquerer Costa.

ADYLSON MOTTA

Presidente

VALMIR CAMPELO

Relator

Fui presente:

PAULO SOARES BUGARIN

Procurador-Geral em substituição