

LICITAÇÃO: PREGÃO ELETRÔNICO 0004/2021

ASSUNTO: JULGAMENTO DE IMPUGNAÇÃO AO EDITAL

RECORRENTE(S): IBROWSE CONSULTORIA E INFORMÁTICA LTDA

OBJETO: Contratação de serviços de Análise de Negócios, pelo menor preço global, sem dedicação exclusiva de mão de obra.

1. DOS FATOS

- 1.1. Trata-se de impugnação ao Edital apresentada pela **IBROWSE CONSULTORIA E INFORMÁTICA LTDA** no processo de licitação em epígrafe.
- 1.2. Passamos a análise da impugnação.

2. DO JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE

- 2.1. Foram examinados os pressupostos de admissibilidade da impugnação, especialmente a legitimidade e o interesse para recorrer, a tempestividade, a regularidade formal e material.
- 2.2. A impugnação da **IBROWSE CONSULTORIA E INFORMÁTICA LTDA** apresentava todos os pressupostos.
- 2.3. Havendo atendido aos requisitos, foi recebido o recurso de impugnação.

3. DO RECURSO E DAS ALEGAÇÕES

- 3.1. A **IBROWSE CONSULTORIA E INFORMÁTICA LTDA** alega o seguinte:

Foi publicado o Edital de Pregão Eletrônico para Registro de Preços nº 04/2021 com o seguinte objetivo: “Contratação de serviços de Análise de Negócios, pelo MENOR PREÇO GLOBAL, sem dedicação exclusiva de mão de obra.”, em cujo texto se vislumbra equívoco pertinente às condições de participação no certame, que não se conciliam com o regramento jurídico vigente, tampouco com o que refere a Jurisprudência.

2.- Restrição à participação de empresa específica.

Este tópico diz respeito aos itens 2.6, 3.1 e 4.2.1 do Termo de Referência, que proíbem a participação da ora recorrente por ter vencido a licitação de Fábrica de Software.

No Termo de Referência se apresenta esta exigência de apresentação de equipe em tempo de habilitação, in verbis:

“3.1 Como algumas das atividades desempenhadas pelos Analistas de Negócios terão um papel de verificação nas atividades realizadas pela equipe de Fábrica de Software, a empresa vencedora desse Edital não poderá ser a mesma que presta os serviços de Fábrica de Software, visando a evitar o conflito de interesses.” (grifo nosso)

Primeiramente, cabe ressaltar que a exigência é ilegal, pois está baseada em premissa falsa. O fato de analistas de sistemas e desenvolvedores serem da mesma empresa não significa que erros e falhas serão acobertados.

Tanto que a Tomada de Preços do próprio BADESUL, TP 001/2020, trazia estes objetos de forma conjunta e, ainda, a consultoria e mentoring de metodologia SCRUM.

A orientação para divisão de objetos não tem por objetivo PROIBIR que a mesma empresa execute mais de um objeto. Mas apenas permitir a ampliação da disputa, considerando a existência de empresas especializadas em parte de um objeto mais amplo.

Cada um dos Termos de Referência e seus consequentes editais trazem os acordos de nível de serviço (SLA), obrigações das contratadas, métricas, prazos, enfim, tudo quanto suficiente para realizar, medir e avaliar os prestação dos serviços.

O zelo subjetivo do Administrador não pode coibir o direito isonômico de participação do indivíduo.

Ao supor que se os analistas de negócios forem da mesma empresa da fábrica podem, possivelmente, imaginativamente, favorecer à empresa que presta serviços de fábrica, se está incorrendo em extremos subjetivismo.

Se for assim, temos que evitar que Analistas e Desenvolvedores se tornem amigos, parentes, frequentadores dos mesmos templos religiosos.

Assim se estará ferindo o princípio da IMPESSOALIDADE, que obriga a Administração a observar nas decisões critérios objetivos previamente estabelecidos, afastando a discricionariedade e o subjetivismo na condução dos procedimentos de licitação.

Sem se esquecer do princípio do Julgamento Objetivo, que significa que o administrador deve observar critérios objetivos definidos no ato convocatório para julgamento da documentação e das propostas.

Um dogma na definição dos itens de qualificação e, ainda mais cirurgicamente, em itens de restrição, como os itens aqui atacados.

De uma suposição indevida surge uma restrição particular, individual, que acaba por cercear a participação de empresa específica.

E mais, ao não conter esta restrição no edital de Fábrica (Pregão Eletrônico 0002/2021 - Processo nº 214000-0000049-3), torna-se uma surpresa ao vencedor do referido Edital, e suplanta o direito de escolha da então vencedora do Edital de Fábrica.

Reprisamos que a divisão do objeto tem o objetivo da ampla competição, mas nunca o da restrição.

A manutenção da restrição apontada pela recorrente leva a uma clara quebra dos princípios da isonomia, do julgamento objetivo e da impessoalidade. Pois a regra é baseada em suposição de possível favorecimento que só se apresenta agora.

“O princípio que refuta a restrição ao caráter competitivo não é absoluto, representando essencialmente a expressão sintetizada de uma orientação vista em caráter de generalidade, a admitir, por óbvio, excepcionalidades que sejam conduzidas por circunstâncias ensejadoras de determinada feição fora do comum. Não se admite a discriminação arbitrária na seleção do contratante, sendo insuprimível o tratamento uniforme para situações uniformes, tendo em vista que, nos termos do art. 3º, caput, da Lei nº 8.666/1993, a licitação destina-se a

garantir não só a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração, e também a observância do princípio constitucional da isonomia. Acórdão 1631/2007 Plenário (Sumário)”. (grifo nosso)

A única previsão legal de restrição à participação é de empresa ou pessoa que tenha participado da autoria de projeto básico ou executivo.

Qualquer outra restrição, sem justificativa aposta no Termo de Referência relacionados é ilegal.

“Art. 9º - Não poderá participar, direta ou indiretamente, da licitação ou da execução de obra ou serviço e do fornecimento de bens a eles necessários:

- o autor do projeto, básico ou executivo, pessoa física ou jurídica; (grifo nosso)

Se houvesse justificativa, esta deveria estar posta nos 2 (dois) Termos de Referência relacionados, de forma manter-se a ISONOMIA.

Considerando que:

- 1) O Edital de 014/2015, do BADESUL, com o mesmo objeto aqui licitado, não restringia a quem atendia em fábrica;
- 2) A TP 002/2020, do BADESUL, previa a execução dos dois objetos por só uma empresa;
- 3) O Pregão Eletrônico 0002/2021, de fábrica, do BADESUL, não previa a restrição aqui esgrimada;
- 4) E, pasmem, o Termo de Referência encaminhado para cotação de preços, base para o presente pregão, ao qual respondemos em 4 de abril de 2021, também não tinha esta restrição;
- 5) Se o BADESUL cotou Analistas de Negócios com a IBROWSE, tendo a

Ibrowse ficado em 1º lugar no pregão de fábrica, do BADESUL, em 31/3, indicou para a Ibrowse que não haveria restrição.

Somando-se esta prova de “novidade”, reforçamos que a base para esta exigência é subjetiva, logo, não há como se manter este item que traz uma restrição específica e individual a recorrente, a qual tem ótimo histórico de

prestação de serviços ao BADESUL e outros entes da Administração Pública.

Assim, os fundamentos jurídicos aqui expendidos são razões suficientes a proclamar a retificação do edital no tocante às exigências que extrapolam os comandos legais, impondo-se o provimento da presente impugnação, que é o que se requer, como medida de direito e justiça.

- 3.1.1.1. O teor completo da impugnação encontra-se disponível no site www.badesul.com.br.

4. DO MÉRITO

- 4.1. Assim passamos ao julgamento da impugnação da **IBROWSE CONSULTORIA E INFORMÁTICA LTDA.**

- 4.1.1. Da alegação de restrição à participação de empresa específica:

- 4.1.2. A empresa impugnante, em linhas gerais, requer seja alterado o edital para retirar o impedimento de participação da empresa vencedora do serviço de desenvolvimento de fábrica de software a especificação técnica do objeto, conforme abaixo:

3. DOS IMPEDIMENTOS

3.1. Como algumas das atividades desempenhadas pelos Analistas de Negócios terão um papel de verificação nas atividades realizadas pela equipe de Fábrica de Software, a empresa vencedora desse Edital não poderá ser a mesma que presta os serviços de Fábrica de Software, visando a evitar o conflito de interesses.

- 4.1.3. Sobre a restrição à competição e motivação leciona Renato Geraldo Mendes na lei anotada.com da Zênite referente à anotação 25000 do art. 33 da Lei das Estatais:

Além de atender à necessidade, garantir o padrão mínimo de qualidade e preservar a necessária economia, é fundamental que a descrição do objeto não imponha restrição imotivada. Para que uma descrição seja legal, isto é, atenda às exigências da ordem jurídica, é indispensável que todas as condições apontadas tenham sido atendidas simultaneamente. Quem planeja a contratação e

quem realiza o controle, seja interno ou externo, tem de saber disso. A análise do controle de legalidade deve ser feita com base nas indicadas condições. É preciso ter a clareza de que existem dois tipos de restrição: aquelas que se justificam em razão da necessidade e as que não se justificam em razão dela. Toda descrição é, em princípio, restritiva. A exigência é restritiva quando cria duas ordens distintas: a dos beneficiários e a dos excluídos. Isso ocorre, portanto, em razão do fato de que uns podem atender às exigências impostas na descrição e outros não. Para os que não podem atender à descrição, ela será restritiva, pois eles estarão impedidos de obter sucesso na disputa, ainda que possam dela participar. Logo, a restrição terá de ser justificada, isto é, será preciso demonstrar por que tal condição (a que restringe) constou da descrição. A justificativa implica deixar claro que ela é indispensável em razão da própria necessidade que a solução visa a atender, ou seja, sem ela, a necessidade não poderia ser atendida adequadamente ou haveria potencialidade razoável de risco para o atendimento da necessidade.

- 4.1.3.1. Por se tratar de especificação exigida pela área técnica, foi realizada consulta à Superintendência de tecnologia da informação do Badesul a fim de verificar se há elementos justificadores que respaldem tal impedimento.
- 4.1.3.2. Em resposta, a área técnica justificou que não considera restritiva a participação da empresa contratada para fábrica de software em a fim de preservar o princípio da segregação de funções, conforme segue:

Em resposta ao pedido de impugnação da empresa Ibrowse esclarece-se o que segue:

A motivação para que o BADESUL tenha restringido a participação neste Edital se apoia no princípio de

segregação de funções. Uma vez que a equipe de Analistas de Negócios irá realizar atividades de verificação em algumas atividades realizadas pela Fábrica de Software, é uma boa prática as equipes não serem da mesma empresa. Citam-se como exemplo algumas atividades desempenhadas pela equipe de Analistas de Negócios:

- Avaliar a execução dos projetos de sistemas desenvolvidos pela fábrica de software, com o objetivo de verificar a sua qualidade e aderência ao nível do serviço, de acordo com premissas e regras definidas pelo BADESUL e boas práticas de mercado;
- Revisar a documentação técnica gerada pela fábrica de software durante a execução de projetos de desenvolvimento e manutenções dos Sistemas de Informação do BADESUL com o objetivo de garantir a sua assertividade e qualidade;
- Homologar os sistemas desenvolvidos pela fábrica de software, garantindo sua conformidade com as especificações relacionadas.

A Ibrowse cita o Procedimento Ordinário de Licitação (POL) 0001/2020 do BADESUL, um Edital que foi anulado, do tipo Técnica e Preço que tinha como escopo a contratação dos seguintes serviços por apenas um fornecedor: Fábrica de Software, Analistas de Negócios e Consultoria e Metodologias Ágeis. A empresa ainda relata:

Tanto que a Tomada de Preços do próprio BADESUL, TP 001/2020, trazia estes objetos de forma conjunta e, ainda, a consultoria e mentoring de metodologia SCRUM.

Entretanto não cabem comparações aqui visto que os processos de desenvolvimento especificados nos dois Editais não são os mesmos. Considerando que no POL 0001/2020 a empresa vencedora seria a mesma, não foram definidas atividades de verificação para a equipe de Analistas de Negócios nos mesmos moldes do presente Edital.

A Ibrowse cita ainda o processo licitatório de 2015:

O Edital de 014/2015, do BADESUL, com o mesmo objeto aqui licitado, não restringia a quem atendia em fábrica

Cabe ressaltar que não houve restrição, mas a vencedora não é a mesma empresa que presta serviços de Fábrica de Software. Com essa organização, após seis anos de execução dos contratos, percebeu-se que é uma boa prática e trouxe bons resultados ter duas empresas diferentes, uma para cada equipe. Essa análise foi realizada através de uma comparação com o período anterior a 2015, onde tinha-se a mesma empresa desempenhando os dois tipos de serviços.

Em relação à seguinte afirmação da Ibrowse:

O Pregão Eletrônico 0002/2021, de fábrica, do BADESUL, não previa a restrição aqui esgrimada;

No momento da publicação do Edital para Fábrica de Software ainda não havia certeza internamente sobre a forma da restrição a ser aplicada para o Edital de contratação dos serviços de Analistas de Negócios. Após discussões internas, houve essa decisão.

Em relação ao pedido de orçamento que foi encaminhado para a Ibrowse sobre os serviços de Análise de Negócios, ressalta-se que um orçamento não é garantia de contratação. Trata-se de uma pesquisa de mercado para formação de preço apenas. Dessa forma, por que não poderíamos consultar a empresa em relação a seus preços praticados?

Considerando os pontos apresentados, consideramos improcedente o pedido de impugnação.

- 4.1.4. Diante do exposto, entendemos que se trata de decisão motivada pela área técnica, a qual não vislumbrou caráter restritivo da competição em relação ao impedimento considerando a necessidade de preservação da segregação de funções e por força do princípio da razoabilidade e do interesse público.
- 4.2. Assim sendo, entende-se improcedente a impugnação da **IBROWSE CONSULTORIA E INFORMÁTICA LTDA.**

5. DA DECISÃO

- 5.1. Considerando o exposto, a legislação aplicável, e tendo conhecido da impugnação, a Pregoeira decide:
- 5.2. Negar provimento à impugnação da **IBROWSE CONSULTORIA E INFORMÁTICA LTDA** mantendo a redação original do edital ora objeto de impugnação.
- 5.3. Encaminham-se os autos, com as informações pertinentes à autoridade superior, para que sofra o duplo grau de julgamento, com o seu “De Acordo”, ou querendo, formular opinião própria.
- 5.4. Após a decisão da Autoridade Superior, dê-se conhecimento dos atos publicando-se no sites www.badesul.com.br.

Porto Alegre, 09 de junho de 2021.

Daniele Ughini Scaranto,
Pregoeira.