RECURSO DE REPRESENTAÇÃO:

MIDNAL SERVIÇOS DE TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO LTDA.

REFERÊNCIA: Processo nº 77491599/2017

DECISÃO

1. Trata-se de "Recurso de Representação" interposto pela empresa **MIDNAL SERVIÇOS DE TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO LTDA.**, com fulcro no art. 109, II, da Lei nº 8.666/93 contra a decisão da Comissão Permanente de Licitação da SESP que julgou improcedente a impugnação ao edital da Concorrência Pública nº 001/2018 (fls. 650/655).

2. Em apertada síntese, o recurso questiona as seguintes questões: a) inobservância ao tratamento diferenciado e simplificado para microempresas e empresas de pequeno porte; b) adoção da modalidade de *concorrência*; c) afronta ao princípio da competitividade; d) e impossibilidade de convalidação de ato administrativo. Por fim, requer o deferimento do recurso para conceder efeito suspensivo à decisão e a anulação do certame.

3. É o breve relatório. Passo à análise.

4. Em linhas gerais, o recurso reitera os argumentos da recorrente, já enfrentados pela Comissão Permanente de Licitação (CPL) da SESP, abaixo transcritos:

> ***"I – ALEGAÇÃO DE EXISTÊNCIA DE VÍCIO FORMAL DE INOBSERVÂNCIA AO TRATAMENTO DIFERENCIADO E SIMPLIFICADO PARA MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE.***
>
> *Tese da impugnante:*
>
> *3. O impugnante sustenta não ter sido conferido tratamento diferenciado para microempresas e empresas de pequeno porte, nos termos previstos no art. 146, "d", da Constituição Federal/1988, e das disposições da Lei Complementar nº 123/2006 (alterada pela Lei Complementar nº 147/2014), e do Decreto Estadual nº 2.060/2008, em especial, por ter havido o descumprimento do art. 48, III, da Lei Complementar nº 123/2006 (acrescido pela Lei Complementar nº 147/2014).*
>
> *Manifestação da Comissão Permanente de Licitação:*
>
> *4.* ***Não assiste razão à impugnante.***
>
> *5. O art. 48, III, da Lei Complementar nº 123/2006 (acrescido pela Lei Complementar nº 147/2014), assim dispõe:*

Art. 48. Para o cumprimento do disposto no art. 47 desta Lei Complementar, a administração pública:
(...)
*III - deverá estabelecer, **em certames para aquisição de bens de natureza divisível, cota de até 25% (vinte e cinco por cento) do objeto para a contratação de microempresas e empresas de pequeno porte**. (Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014)*
(...)

6. Considerando a inexistência de normatização e padronização infralegais para atender as disposições do art. 47 c/c o art. 48, III, da Lei Complementar nº 123/2006, que trata da adoção de reserva de cota de 25% do objeto para a contratação de ME/EPP, consoante exarado no parecer paradigma da PGE (Despacho PGE/PCA nº 1280/2017) acerca do tema.

7. Considerando que a adoção da reserva de cota de até 25% do objeto em favor das ME/EPP, no presente certame, configuraria ausência de vantagem para a Administração Pública e prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto da contratação, o que exige a não aplicação do art. 48, III, da LC nº 123/2006, com a redação conferida pela LC nº 147/2014;

*8. Considerando, por fim, que a adoção da reserva de cota de 25% do objeto produziria, ainda, desvantagem econômica ao certame, pois importaria em redução da economia de escala da contratação pretendida e, com isso, possível aumento de preços do objeto, violando-se o princípio da economicidade a ser alcançado pela Administração Pública, **adotou a Administração a opção por realizar a licitação** sem a reserva da cota de 25% (vinte e cinco por cento) do objeto para contratação de ME e EPP, até ulterior regulamentação da matéria pela PGE e SECONT, conforme entendimento cristalizado nos referidos órgãos*[1].

9. Rejeita-se, portanto, a impugnação do licitante.

II – DA ALEGAÇÃO DE VÍCIO NA ADOÇÃO DA MODALIDADE DE CONCORRÊNCIA.

Tese da impugnante:

[1] Acrescenta-se, desta feita, em reforço à fundamentação acima exposta, no tocante à alegação da inobservância de tratamento diferenciado para ME e EPP, a expressa previsão do art. 49, III, da Lei Complementar nº 123/2006, que afasta o tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte quando não for vantajoso para a administração pública ou representar prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto a ser contratado[1].

10. O impugnante sustenta que o Decreto Estadual nº 1.790/2007, que regulamenta a sistemática de registro de preços prevê a obrigatoriedade de adoção da modalidade de pregão.

11. Alega o impugnante que não houve qualquer justificativa para a adoção de modalidade diversa da determinada no referido decreto estadual, não restando comprovada a inviabilidade técnica para a realização do certame pela modalidade de pregão.

Manifestação da Comissão Permanente de Licitação:

12. ***Não assiste razão à impugnante.***

13. Conforme expressamente declarado à fl. 375 dos autos, o objeto em questão não se enquadra no conceito de "objeto comum", como exigido pelo parágrafo único do art. 1º, da Lei Federal nº 10.520/2002[2] (lei que instituiu o pregão no ordenamento jurídico brasileiro), para que seja impositiva a utilização da modalidade de pregão.

14. Não é demais lembrar que, por força do art. 22, XXVII, da Constituição Federal[3], a União tem competência privativa para estabelecer as "normas gerais" de licitação e contratação em todas as modalidades para a Administração Pública. Nesse sentido, é pressuposto para a contratação por meio de pregão que o objeto seja comum, nos termos do aludido art. 1º, da Lei Federal nº 10.520/2002.

15. Ocorre, contudo, que o objeto em tela não é comum, do que se extrai a impossibilidade de contratação por meio de pregão.

16. Ademais disso, o art. 21, § 2º, "b" e o art. 45, § 4º, da Lei nº 8.666/93[4], preveem expressamente que nas licitações do tipo "técnica e preço" seja adotada a licitação na modalidade de concorrência, conforme entendimento já externado por esta Comissão Permanente de Licitação às fls. 165/167 dos autos, conforme abaixo transcrito:

---

[2] Art. 1º Para aquisição de bens e serviços comuns, poderá ser adotada a licitação na modalidade de pregão, que será regida por esta Lei.
Parágrafo único. **Consideram-se bens e serviços comuns, para os fins e efeitos deste artigo, aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado.**

[3] Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:
XXVII – normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1°, III; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

[4] § 2º O prazo mínimo até o recebimento das propostas ou da realização do evento será:
(...)
b) concorrência, quando o contrato a ser celebrado contemplar o regime de empreitada integral ou quando a licitação for do tipo "melhor técnica" ou "técnica e preço"; (Incluída pela Lei nº 8.883, de 1994)

Já o TIPO DE LICITAÇÃO a ser adotado há de ser de ***TÉCNICA E PREÇO****, como insculpido no supra referido art. 6º, do Decreto nº 1.790-R/2007 e no parágrafo único do art. 45, §1º, I, §4º, da Lei de Licitações, vez ser essa a modalidade legalmente prevista para ser adotada para a aquisição de bens e serviços de informática:*

Art. 45. O julgamento das propostas será objetivo, devendo a Comissão de licitação ou o responsável pelo convite realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle.

§ 1o Para os efeitos deste artigo, constituem tipos de licitação, exceto na modalidade concurso: (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)
I - a de menor preço - quando o critério de seleção da proposta mais vantajosa para a Administração determinar que será vencedor o licitante que apresentar a proposta de acordo com as especificações do edital ou convite e ofertar o menor preço;
II - a de melhor técnica;
III - a de técnica e preço.
IV - a de maior lance ou oferta - nos casos de alienação de bens ou concessão de direito real de uso. (Incluído pela Lei nº 8.883, de 1994) (destacamos)

(...)
§ 4o Para contratação de bens e serviços de informática, a administração observará o disposto no art. 3o da Lei no 8.248, de 23 de outubro de 1991, levando em conta os fatores especificados em seu parágrafo 2º e ADOTANDO OBRIGATORIAMENTE O TIPO DE LICITAÇÃO "TÉCNICA E PREÇO"*, permitido o emprego de outro tipo de licitação nos casos indicados em decreto do Poder Executivo. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)*
(...)

A este respeito, Marçal Justen Filho assim dispõe[5]*:*

1.1 - Portanto, tem de interpretar-se o §4º de modo compatível com a Constituição, para evitar o resultado prático de a Administração ser obrigada a desembolsar valores superiores aos necessários. ***A licitação do tipo técnica e preço será aplicada sempre que a necessidade administrativa envolver alguma característica especial ou peculiar que não possa ser satisfeita por meio dos produtos padronizados****. Para ser mais preciso, até se pode admitir que a Administração possa adquirir produtos sob encomenda, não disponíveis, valendo-se de licitação de menor preço quando sua necessidade não exigir variações técnicas, qualidades especiais ou atributos diferenciados por parte dos bens e serviços que pretende adquirir. (destacamos)*

[5] Marçal Justen Filho. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos.** 16ª edição. Ed. Revista dos Tribunais. p. 828.

Nesse sentido, por se tratar de serviço de informática, em que se deve observar o tipo de licitação "técnica e preço" (art. 45, §4°), observando-se o critério estabelecido no art. 46, §2°, da Lei de Licitações dispõe sobre os critérios e procedimentos a serem considerados e adotados nas licitações do tipo "técnica e preço", senão vejamos:

Art. 46. (...)
(...)
§ 2o Nas licitações do tipo "técnica e preço" será adotado, adicionalmente ao inciso I do parágrafo anterior, o seguinte procedimento claramente explicitado no instrumento convocatório:
I - será feita a avaliação e a valorização das propostas de preços, de acordo com critérios objetivos preestabelecidos no instrumento convocatório;
1.2 - II - a classificação dos proponentes far-se-á de acordo com a média ponderada das valorizações das propostas técnicas e de preço, de acordo com os pesos preestabelecidos no instrumento convocatório.

Vale notar ser imprescindível que os critérios para aferição, tanto da habilitação técnica, quando da qualidade técnica das propostas, sejam definidos de forma ***objetiva****, permitindo-se o controle externo e assegurando a igualdade de oportunidade entre os participantes, a teor do art. 46, §2°, I, da Lei de Licitações:*

19. Além disso, a pontuação das propostas técnicas precisa ser objetiva, de modo a permitir que todos saibam com antecedência como ela se dará e que todos possam, posteriormente, verificar sua precisão. Nesse caso, alguns quesitos de pontuação que recaiam sobre apresentação de metodologia e conhecimento de problemas ou técnicas, por exemplo, envolvem certo grau de subjetividade e devem ser incluídos apenas quando necessários e pertinentes ao objeto da licitação. Por outro lado, a pontuação de atestados mostra-se um procedimento objetivo, o que evita dúvidas ou direcionamentos. Quanto à pontuação de atestados, o Tribunal possui deliberações acolhedoras do procedimento:
(TC-010.632/2011-5 / TCU, Plenário).

Ademais, essas exigências devem ser expressamente indicadas, como nos ensina Marçal Justen Filho:

1.3 - ***Não é suficiente, por outro lado, delimitação implícita dos requisitos técnicos de participação. As exigências quanto à qualificação técnica devem estar previstas de modo expresso.*** *Para tanto, a Administração deverá verificar os requisitos para desempenho das atividades que constituirão encargo do sujeito contratado.* ***Eventualmente, a execução da prestação pressupõe o domínio de determinado tipo de habilidade ou de certas tecnologias;*** *em outros casos, faz-se necessária a posse de certo maquinário; em outros casos, é imprescindível a participação de pessoal qualificado. Admite-se comprovação de experiência anterior na execução de prestações semelhantes.* ***O conceito de "qualificação técnica" permite, para isso, ampla definição para o caso concreto. Alude-se, nessa linha, à qualificação técnica real. Significa que a qualificação técnica a ser investigada é não apenas aquela teórica, mas também a efetiva, concreto.***

É a titularidade de condições práticas e reais de execução de contrato. Em vez de exames apenas teórico do exercício da atividade, as exigências voltam-se para a efetiva capacitação de desempenhar satisfatoriamente o objeto licitado. *(destacamos)*

Diante do exposto, opinamos no sentido de que a presente licitação seja realizada na modalidade de ***CONCORRÊNCIA*** *do tipo* ***TÉCNICA E PREÇO*** *para REGISTRO DE PREÇOS dos itens previstos no termo de referência para contratação do serviço técnico especializado em desenvolvimento de software.*

17. Diante disso e da especificação do objeto, conforme previsto no termo de referência (fls. 2/25 e 193/226), a autoridade competente decidiu, à fl. 168 dos autos, por realizar a licitação na modalidade de Concorrência em vista da singularidade do objeto, na forma da jurisprudência do TCU acerca da matéria.

18. De rigor acentuar, outrossim, que a concorrência é modalidade licitatória de maior complexidade e rigor nas fases da licitação e habilitação dos licitantes, ainda mais do tipo "técnica e preço", o que reforça o controle da Administração Pública na qualidade dos serviços a serem contratados e prestados.

19. Não é demais lembrar que o objeto deste processo é direcionado à utilização de softwares essenciais para os órgãos de segurança pública estaduais, tais quais: Delegacia On-Line, CIODES, Disque-Denúncia, entre outros que não permitem solução de continuidade, sendo mandatório, portanto, que seja conferido o máximo de rigor e critério na presente contratação, o que se garante na escolha do procedimento de maior formalidade, que é o caso da concorrência e na modalidade de "técnica e preço".

20. Não há de se falar, igualmente, na restrição à competitividade, pois, várias empresas já formularam questionamentos no presente certame, denotando inexistir qualquer limitação à participação de licitantes, ainda mais pelo fato de o edital de concorrência do tipo "técnica e preço" ter sido publicado o prazo de antecedência legalmente previsto, ampliando sobremaneira a participação no certame.

21. Destaca-se também que a SESP já realizou procedimento licitatório para a contratação de objeto similar ao presente – Concorrência Pública da SESP nº 001/2016 (processo nº 67965130) – de serviços técnicos especializados em manutenção, monitoramento e suporte nos sistemas de informações corporativas da SESP-ES, quando também foi realizada licitação na mesma modalidade (concorrência) e do mesmo tipo ("técnica e preço").

22. Ante o exposto, pelas razões acima expostas, esta Comissão Permanente de Licitação entende que o presente ponto da impugnação deve ser julgado ***IMPROCEDENTE.***

III – DA ALEGAÇÃO DE AFRONTA AO PRINCÍPIO DA COMPETITIVIDADE.

Tese da impugnante:

23. O impugnante alegou haver ofensa ao princípio da competitividade no tocante à exigência de apresentação de Atestado de Capacidade Técnica de Execução de Serviços na Plataforma JEE7, conforme estabelecido no item 9.1.3.2, e pontuado no FATOR DE DESENVOLVIMENTO.

24. Tendo em vista se tratar de matéria de natureza técnica os autos foram remetidos ao setor técnico solicitante, que prestou as seguintes informações (fls. 425/429):

1. DA AFRONTA AO PRINCÍPIO DA COMPETITIVIDADE
A exigência do padrão JEE7 ou superior se justifica pelos motivos abaixo:
a. Em primeiro lugar, a versão JEE6 sugerida pelo reclamante (sic, impugnante) está defasada em relação às novas tecnologias, pois foi disponibilizada em 2009, tendo sido substituída por novas versões há mais de 5 anos, pela versão JEE7. Esta foi disponibilizada em 2013.
b. Atualmente já há versão mais atualizada (JEE8), que fora disponibilizada em 2017, portanto, exigir o padrão JEE7 não reduz a competividade do certame.
c. A versão JEE6 não acompanha o avanço das tecnologias de microservices e usabilidade dos principais navegadores. Para exemplificar, as funcionalidades abaixo não estão presentes no padrão JEE6 e já estão incorporadas ao padrão JEE7:

i. Tecnologias Empresariais:
1. *JSR 236: Concurrency Utilities for Java EE 1.0*
2. *JSR 250: Common Annotations for the Java Platform 1.2*
3. *JSR 316: Managed Beans 1.0*
4. *JSR 318: Interceptors 1.2*
5. *JSR 322: Java EE Connector Architecture (JCA) 1.7*
6. *JSR 330: Dependency Injection for Java 1.0*
7. *JSR 338: Java Persistence API (JPA) 2.1*
8. *JSR 343: Java Message Service (JMS) 2.0*
9. *JSR 345: Enterprise JavaBeans (EJB) 3.2*
10. *JSR 346: Contexts and Dependency Injection (CDI) for the Java EE*

ii. Platform 1.1
1. *JSR 349: Bean Validation 1.1*
2. *JSR 352: Batch Applications for Java Platform 1.0*
3. *JSR 907: Java Transaction API (JTA) 1.2*
4. *JSR 919: JavaMail 1.5*

iii. Tecnologias para Web Services:
1. *JSR 93: Java API for XML Registries (JAXR) 1.0 (opcional para Java EE 7)*
2. *JSR 101: Java API for XML-based RPC (JAX-RPC) 1.1 (opcional Java EE 7)*
3. *JSR 109: Implementing Enterprise Web Services 1.4*
4. *JSR 181: Web Services Metadata for the Java Platform 2.1*
5. *JSR 222: Java Architecture for XML Binding (JAXB) 2.2*
6. *JSR 224: Java API for XML Web Services (JAX-WS) 2.2*

7. JSR 339: Java API for RESTful Web Services (JAX-RS) 2.0

iv. Tecnologias para Segurança e Gerenciamento:

1. JSR 77: J2EE Management API 1.1

2. JSR 88: Java Platform EE Application Deployment API 1.2 (opcional para Java EE 7)

3. JSR 115: Java Authorization Contract and Containers (JACC) 1.5

4. JSR 196: Java Authentication Service Provider Inteface for Containers (JASPIC) 1.1

d. Como parte das aplicações da SESP/ES já estão em JEE7 e, as que ainda não se encontram, já estão planejadas para migrarem para JEE7, não há interesse da SESP/ES em contratar empresas que desenvolvam no obsoleto padrão JEE6.

e. O JEE6 não é compatível com o padrão HTML5 utilizado para estruturação e apresentação de conteúdo na World Wide Web, o qual traz melhorias significativas com novas funcionalidades de semântica e acessibilidade, além de melhorar o suporte aos mais recentes conteúdos de multimídias, oferecendo assim uma melhor experiência ao usuário final.

f. Já a versão JEE7 apresenta novos recursos de suma importância e altamente aderentes aos serviços da SESP/ES tais como o protocolo WebSocket, API com suporte para Json, compatibilidade com Servlet 3.1 (o que permite que um Servlet gerencie múltiplas requisições, por exemplo), compatibilidade com JSF 2.2 (que resolve vários problemas da implementação do JSF 2.0 compatível com JEE6);

Ante o exposto a utilização de plataforma JEE6 ou JEE7 NÃO é meramente compatibilidade dos Frameworks e Bibliotecas e sim um comprometimento das LICITANTES que estão preocupadas em atualizações tecnológicas adotando os novos padrões e funcionalidades aderentes à filosofia de trabalho da SESP/ES. Logo, a SESP/ES não entende haver motivos de afronta à competitividade que justifiquem o deferimento da impugnação do certame.

25. Ante o exposto, pelas razões acima expostas, esta Comissão Permanente de Licitação entende que o presente ponto da impugnação deve ser julgado ***IMPROCEDENTE.****". (grifo nosso)*

26. Nesse sentido, adoto como razão de decidir os fundamentos acima expostos para, no mérito, **INDEFERIR** a **IMPUGNAÇÃO** apresentada pela interessada.

27. Publique-se o extrato desta decisão no Diário Oficial do Estado e disponibilize-se a íntegra desta decisão no *website* da SESP.

Vitória, 10 de outubro de 2018.

NYLTON RODRIGUES RIBEIRO FILHO
Secretário de Estado da Segurança Pública e Defesa Social

Governo do Estado do Espírito Santo
Procuradoria Geral do Estado

Processo nº: 76461777

Despacho PGE/PCA nº 01280/2017

Aprovo em parte o R. Parecer PGE/PCA nº 00653/2017 juntado às fls. 122-124, elaborado pelo Ilustre Procurador do Estado Dr. Joemar Bruno F. Zagoto.

A ressalva se encontra na afirmação de que, com base no art. 48, III, da Lei Complementar Federal nº 123/2006, "*a Administração "deverá" estabelecer, "em certames para aquisição de bens de natureza divisível, cota de até 25% (vinte e cinco por cento) do objeto para a contratação de microempresas e empresas de pequeno porte. " Isso significa que é um dever e não mais uma faculdade da Administração reservar, na aquisição de bens divisíveis (como seringas...), uma cota para ME e EPP que poderá ser de até 25% do objeto licitado.*"

Embora a leitura do dispositivo sem dúvida aponte nessa direção, uma compreensão sistemática logo mostra que não se faz possível concluir pela incidência automática da disposição tão somente com base na "natureza divisível" dos bens a serem adquiridos.

Inicialmente, é preciso considerar que faticamente a situação da "cota de até 25%" é muito diferente da licitação exclusiva. Nessa situação, a demanda integral da administração está limitada a oitenta mil reais; naquela, a demanda será fracionada, o que gera consequências que precisam ser objeto de prévio estudo pela Administração.

Governo do Estado do Espírito Santo
Procuradoria Geral do Estado

existe problema ainda sem solução normativa de qual seria o contrato com prioridade na execução, o com melhor preço ou o da Micro/Pequena Empresa.

Essas questões apontam no sentido de que o benefício do art. 48, III, depende de normatização e padronização infralegais, ainda inexistentes, dos bens suscetíveis de atender o conjunto das disposições legais e aos princípios constitucionais da isonomia e eficiência.

Assim, recomendo à SESA a continuidade do Pregão nº 119/2017.

Por sua vez, recomendo a digitalização das fls. 81-119 destes autos para que possam instruir os estudos desta PGE, em conjunto com a D. SECONT, para efetivação do normativo tratado.

À SPGA.

Vitória, 03 de agosto de 2017.

LEANDRO MELLO FERREIRA
Procurador-Chefe da Procuradoria de Consultoria Administrativa - PCA