

De: Comercial Websis <comercial@websis.com.br>
Enviado em: quinta-feira, 31 de janeiro de 2013 23:19
Para: SDH - Licitacao
Cc: Alysson Pedro Dias Pinheiro; Adriana Peixoto de Oliveira
Assunto: IMPUGNAÇÃO - WEBSIS Tecnologia

ILUSTRÍSSIMO SENHOR PREGOEIRO DA SECRETÁRIA DE DIREITOS HUMANOS DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA.

Processo Adm. nº: 00005.007535/2012-11 - SRP Nº 1/2013 – SGPDH/SDH/PR

WEBSIS TECNOLOGIA E SISTEMAS LTDA. - ME, inscrita no CNPJ nº 02.335.970/0001-73, com sede Brasília / DF, vem respeitosamente perante V.Sa., oferecer pedido de **IMPUGNAÇÃO** a este edital pelas razões que entendemos ser de direito a seguir:

DA TEMPESTIVIDADE

Uma vez que a data de abertura da sessão foi adiada *sine die* e de acordo com o que preceitua o acesso à resposta, de interesse particular, é garantia constitucional, conforme prevê o artigo 5º, inciso XXXIII da Constituição Federal.

XXXIII - todos tem direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível a segurança da sociedade e do Estado; (**grifo nosso**)

Observe-se sobre o acolhimento ou não, bem como o julgamento da presente impugnação, a decisão tem respaldo legal, assim, caso não haja a devida resposta e encaminhamento da decisão (a respeito desta impugnação) à ora Impugnante, a Administração está incorrendo em ato ilegal e de improbidade administrativa, passível de o certame licitatório ser declarado nulo.

I - ESCLARECIMENTOS PRELIMINARES

A WEBSIS TECNOLOGIA, atua no mercado de Tecnologia da Informação – TI há mais de 15 anos, especificamente no desenvolvimento de sistemas e softwares diversos tanto para a administração pública, quanto para a iniciativa privada.

Atuamos sob o regime de Fábrica de Software em diversos clientes, somos especializados em PHP, JAVA, PostgreSQL dentre outras tecnologias, ou seja, em objetos totalmente conexos com o objeto desta licitação. Possuímos Metodologia de Desenvolvimento de Software - MDS baseado em *Unified Process*, nas boas práticas de mercado utilizando técnicas do PMI, desenvolvimento Ágil e nos padrões atuais de qualidade de desenvolvimento de software praticados no mercado. Esta metodologia está aplicada a alguns de nossos clientes da Administração Pública, durante todo esse período acumulamos experiência e maturidade em níveis acima dos mínimos no processo de desenvolvimento de software, na prática, comprovado e atestado por nossos clientes.

Por estes motivos nos identificamos totalmente com o objeto e gostaríamos muito de participar deste certame afim de contribuir com este Órgão utilizando nossa experiência e maturidade adquirida, porém, nos sentimos impossibilitados de participar do certame quando nos deparamos com a exigência obrigatória da Certificação MPS-BR nível G ou alternativamente outra compatível ou superior.

Não possuímos tais certificações, e até o momento não fazia parte de nosso planejamento nos submetermos a processos de certificações externos, haja vista o seu custo que é alto e o tempo que é demorado e ainda uma vez que tais certificações não possuem o mesmo valor de um ATESTADO o que de fato comprova e atesta experiência anterior correlata ao objeto em prazos e quantidades semelhantes em todos os certames que participamos até agora.

Até hoje não há e nunca houve fato que desabonasse nossa capacidade técnica e nosso nível de maturidade no desenvolvimento de softwares em nossos clientes, o fato de não ter tal certificação nunca nos imputou incompetência e nem atesta que nossa empresa não tem capacidade técnica para atender a demanda do objeto em discussão.

Entendemos que o Edital foi elaborado por equipe altamente qualificada, visando o melhor para a Administração Pública, no entanto talvez pelo excesso de rigor e formalismo, ou ainda talvez por se tratar do primeiro contrato de Fabrica de Software realizado na história deste Órgão, e por isso, conforme respostas anteriores do próprio pregoeiro, pode ter se baseado em pregões de outros Órgãos com experiência, volume, quantidades, níveis de maturidade e prática bem maior, sem perceber, incorreu em ato ilegal da administração, objetivando o excesso de rigor na qualidade pretendida, deixou-se de lado eficácia, senão vejamos:

II – DOS FATOS

A Presidência da República, representada pela Secretaria de Direitos Humanos, publicou edital na data de 21 de janeiro de 2013 com o fito de realizar licitação na modalidade de PREGÃO ELETRÔNICO, do tipo MENOR VALOR GLOBAL, com o objetivo de “...*contratação de serviços técnicos na área de tecnologia da informação, compreendendo elicitação de requisitos, análise, projeto, codificação, teste e implantação de sistemas de informação, manutenção corretiva, evolutiva e adaptativa, no modelo de FÁBRICA DE SOFTWARE, na forma presencial e não presencial, conforme condições, quantidades e exigências estabelecidas neste Edital e seus anexos, independente de transcrição, para atendimento às necessidades da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República – SDH/PR.*”

Analisando as respostas do Sr. Pregoeiro às impugnações interpeladas pelas empresas que pretendem participar do certame, verificamos diversas incongruências na interpretação, por parte do Sr. Pregoeiro, principalmente no que se refere aos Acórdãos do Tribunal de Contas da União - TCU.

A presente impugnação almeja afastar do presente procedimento licitatório, exigência feita em extrapolação ao disposto no estatuto que disciplina o instituto das licitações, com intuito inclusive, de evitar que ocorra restrição desnecessária do universo de possíveis e capacitados competidores, obstando a **BUSCA DA CONTRATAÇÃO MAIS VANTAJOSA**, pela experiência e pelo preço, como se discorrerá minuciosamente, a seguir.

Em síntese, o Sr. Pregoeiro argumenta que (textos extraídos das respostas, comentários e grifos nossos):

4. No documento de Estratégia da Contratação, conforme preceitua a Instrução Normativa 04/2010, a equipe de planejamento apresenta os seguintes argumentos, como justificativa técnica:

4.1 “Para comprovar que a empresa LICITANTE possui maturidade mínima na gestão do processo de desenvolvimento de software necessária para execução dos serviços correlatos aos do objeto deste Projeto, a LICITANTE deverá apresentar avaliação [MPS.BR](#) (Melhoriade Processos do Software Brasileiro), vigente, de nível G, ou superior, reconhecida pela

Associação para Promoção da Excelência do Software Brasileiro – SOFTEX, através de atestado ou certificação oficial;

4.2 Será aceito alternativamente, em detrimento à comprovação acima, a comprovação de que a empresa LICITANTE obteve êxito na avaliação do nível de maturidade compatível com [MPS.BR](#) nível G, do processo de desenvolvimento de software nos modelos CMM e CMMI. Nesse caso, a certificação deverá estar vigente e ser comprovada pelo SEI – Software Engineering Institute, através de atestado ou certificação oficial.”

(o Documento Estratégia da Contratação não pode ser citado como base legal para disciplinar o estatuto das licitações)

6. Nesse sentido, corroborando tal entendimento, reproduzimos trechos do Acórdão 1172/2008 – Plenário TCU: (grifo nosso)

6.1 e) Comprovação que a "certificação CMMI ou MPS/BR ou SPICE (ISO/IEC 15504) ou equivalente, em qualquer nível" é uma prática difundida no mercado de TI, justificando sua necessidade e utilidade para o desenvolvimento do objeto do contrato – exigência contida no Pregão Eletrônico n.º 6/2008 - item 12.3.12

(este acórdão não pode ser citado em nenhuma argumentação, pois foi suprimido pelo acórdão 2521/2008)

11. A SDH possui seu Processo de Engenharia de Softwares – PES, elaborado pela Coordenação de Internet e Tecnologia da Informação – CITI/SDH e aprovado pelo Comitê de Tecnologia da Informação – CTI da Secretaria.

12. Portanto, em virtude da consideração anterior, o nível de maturidade do PES da Secretaria é inicial. Entendemos que é razoável e admissível exigir níveis mínimos de maturidade da CONTRATADA com vistas a que estes influam na melhoria da maturidade da CONTRATANTE. Exigir da CONTRATADA um nível de maturidade superior ao da CONTRATANTE é que restaria inadmissível e desarrazoado.

(nesta resposta subentende-se que o PES é equivalente a uma certificação MPS exigida)

13. Para corroborar este entendimento, o Acórdão 1.233/2012/Plenário do TCU recomenda à SLTI que :

13.1 “9.2.3. elabore um modelo de processo de software para a os entes sob sua jurisdição, observando as boas práticas sobre o tema (e.g., NBR ISO/IEC 12.207 e 15.504, [MPS.BR](#), CMMI; subitem II.5)”

13.2 “9.2.4. estabeleça a obrigatoriedade de que os entes sob sua jurisdição formalizem um processo de software para si, observando as boas práticas sobre o tema (e.g., NBR ISO/IEC 12.207 e 15.504, [MPS.BR](#), CMMI; subitem II.5);

14. Isto é, o Tribunal de Contas recomendou à STLI que os órgãos membros do SISP, caso da SDH, tenham seu modelos de processo de software desenvolvidos de acordo com as boas práticas do mercado como o MPS-BR e CMMI.

III – DA ANÁLISE DOS ARGUMENTOS

A Secretaria de Direitos Humanos está utilizando uma justificativa, para não impugnar os itens 12.2.4.3.1 e 12.2.4.3.2, do referido edital, baseada em um Acórdão do TCU, que teve sua redação alterada por um Acórdão ulterior da Corte de Contas. O Acórdão 2521/2008 – TCU – Plenário, que muda a redação do Acórdão 1172/2008 – Plenário TCU como se observa:

Acórdão 2521/2008 – TCU – Plenário:

9.2. em consequência, alterar o subitem 9.2.2. do Acórdão 1.172/2008-TCU-Plenário, que passa a vigorar com a seguinte redação:

"9.2.2. *excluir a cláusula* n.º 12.3.12 do edital do pregão n.º 06/2008, *que exige a certificação como critério de habilitação*"; (grifo nosso)

Nesse sentido, entende o TCU que os certificados CMMI e/ou MPS.Br, ou qualquer outro, **não se aplicam aos critérios mínimos legais** estabelecidos pela Lei de Licitações, especialmente por que tal exigência afronta o artigo 30 em sua totalidade e o artigo 37, XXI da Constituição Federal. O Sr. Pregoeiro não pode usar a redação original do Acórdão 1172/2008 como justificativa de apoio legal para não impugnar os itens supracitados. Tal interpretação por parte do Sr. Pregoeiro encontra-se equivocada e **DESATUALIZADA**.

Mesmo outras empresas licitantes insistindo no argumento de que o acórdão 2521/2008 altera sim o acórdão 1172/2008 de acordo com palavras do próprio Exmo. Ministro:

"9.2. em consequência, *alterar o subitem 9.2.2. do Acórdão 1.172/2008-TCU-Plenário*, que passa a vigorar com a seguinte redação:"

Mais uma vez:

9.3.3. *exclua cláusula do pregão* n.º 27/2008, sucessor do pregão n.º 06/2008, *que exige certificação como critério de habilitação*

A SDH insiste em desrespeitar a Lei, chegando citar pedaços do acórdão dando interpretação dúbia no sentido de que ele não altera e sim reforça o seu entendimento. Ora vejamos a parte citada na íntegra:

9.3. determinar à CAPES que:

9.3.1. caso entenda necessário *definir métodos de trabalho no Termo de Referência*, objetivando *adquirir serviços de qualidade em Tecnologia da Informação*, assegure, por meio de avaliação, ainda que interna, de sua maturidade, que o nível mínimo estabelecido em processos de desenvolvimento de software na licitação, *esteja coerente com a sua própria maturidade em contratar e fiscalizar serviços dessa natureza*, devendo o resultado dessa apreciação estar consignado nos autos do processo de contratação;

9.3.2. *republique o Pregão* 27/2008, *reabrindo o prazo* inicialmente estabelecido, nos termos do § 4º do art. 21 da Lei nº 8.666/1993, em face das alterações determinadas nos itens, acima mencionados, *de modo a possibilitar que potenciais empresas participantes do mercado, apresentem suas propostas*;

9.3.3. *exclua cláusula do pregão* n.º 27/2008, sucessor do pregão n.º 06/2008, *que exige certificação como critério de habilitação*

É preciso trocar as lentes ultrapassadas sob a ótica do bom senso e enxergar que tal argumentação utilizada até o momento não se sustenta mais.

Ora, “Definir métodos de trabalho no Termo de Referência...” não é o mesmo que exigir certificação na fase de habilitação.

Ademais, qualquer contratante que exija os padrões CMMI e/ou MPS.Br em qualquer que seja o nível, necessita a contratante apresentar nível de maturidade semelhante para que o contrato seja executado com eficácia junto a licitante vencedora, o que a SDH não tem.

Mais uma vez o Sr. Pregoeiro utiliza-se de uma **INTERPRETAÇÃO EQUIVOCADA** de um Acórdão do TCU **quando equipara o seu Processo de Engenharia de Software - PES à certificação [MPS.BR](#).**

O Acórdão mais recente 1.233/2012 – TCU – Plenário possui a seguinte redação:

*“9.2.3. elabore **um modelo** de processo de software para a os entes sob sua jurisdição, **observando as boas práticas sobre o tema** (e.g., NBR ISO/IEC 12.207 e 15.504, [MPS.BR](#), CMMI; subitem II.5)”*

*“9.2.4. estabeleça a obrigatoriedade de que os entes sob sua jurisdição formalizem **um processo de software para si, observando as boas práticas sobre o tema** (e.g., NBR ISO/IEC 12.207 e 15.504, [MPS.BR](#), CMMI; subitem II.5);*

O Acórdão utiliza o artigo indefinido **“um”** antes das palavras **“modelo”** e **“processo”**. Isso deixa claro que a Corte de Contas, em momento algum, definiu o processo de software que deve ser seguido, e ainda sugere apenas a observação, tampouco limitou os processos a alguma exigência obrigatória ao citar um **ROL EXEMPLIFICATIVO**.

Entendemos que seria de grande valia, talvez nem apresentaríamos esta demanda se a SDH apresentasse seu certificado de Nível de Maturidade com níveis mínimos e comuns de mercado de acordo com o que foi exigido das empresas licitantes, no entanto se resume em apresentar o “PES” e ainda afirma ser equivalente às certificações exigidas, sendo este apenas um documento elaborado internamente e que não passou pelo processo de avaliação do MPS-BR ou CMMI, neste sentido seria razoável aceitar das empresas suas metodologias e processos sob a mesma ótica, ainda mais quando estas vêm acompanhadas de um atestado de capacidade técnica garantindo execução na prática de objeto similar.

Cumpramos ressaltar, que esta é a 1ª contratação de Fábrica de Software realizada pela SDH, ou seja, teoricamente, data vênua, na prática, o nível de maturidade e experiência não existe nesta Secretaria, ou é simplesmente nulo, ou totalmente teórico, pois este Órgão nunca executou na sua história nenhuma contratação Fábrica de Software.

Sendo assim, caberia a CONTRATADA apenas adequar-se ao PES da Secretaria de Direitos Humanos, não cabendo a exigência de [MPS.BR](#) ou CMMI, em fase de habilitação ou qualquer outra fase licitatória, uma vez que a SDH não possui tais certificações.

Tal dispositivo veda cláusula desnecessária ou inadequada, cuja previsão seja orientada não a selecionar a proposta mais vantajosa, **mas a beneficiar alguns particulares que ao ter ou não ter tais documentos nada acrescentaria ao processo**. Se a restrição for necessária para atender ao interesse público, nenhuma irregularidade existira em sua previsão. A inviabilidade não reside na restrição em si mesma, mas na incompatibilidade dessa restrição com o objeto da licitação. Essa interpretação é ratificada pelo previsto no art. 37, XXI, da Constituição Federal (“... **o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis a garantia do cumprimento das obrigações**”).

Por essas razões, tais exigências são ilegais, e, portanto, devem ser suprimidas do Edital, sob risco de prejudicar o interesse público tutelado pelo Instrumento.

Neste sentido, esta Licitante, caso seja vencedora do certame, tem plenas condições de demonstrar sua capacidade técnica, apresentando toda a documentação **exigida por lei** como, por exemplo, do seu modelo de desenvolvimento de software além de Atestados de Capacidade Técnica, que é a forma utilizada para a comprovação da qualificação técnica operacional em licitação de Pregão Eletrônico do tipo Menor Preço, que busca dar garantia e segurança para a Administração Pública de que a empresa licitante tem a aptidão para desempenho do objeto licitado, ou seja, que esta tem a maturidade e a experiência necessária para a efetividade do serviço a ser prestado/contratado.

No entanto o edital da forma como está, destina-se a restringir a participação, deixando de fora licitantes **capacitadas e com experiência para** executar o objeto licitado, que é serviço de natureza comum. **Caso as exigências não sejam retiradas, a participação de mais empresas qualificadas e que poderiam ofertar menores preços, será prejudicada no presente certame.**

Restam, portanto, cristalinas as ILEGALIDADES trazidas nos itens **12.2.4.3.1 e 12.2.4.3.2**, superadas pela corte de contas como demonstrado, uma vez que **RESTRINGEM E FRUSTRAM A COMPETITIVIDADE DO CERTAME**, acarretando em inequívoco **PREJUÍZO DO INTERESSE PÚBLICO**, e **ONERANDO A ADMINISTRAÇÃO**.

IV – DA SUSPENSÃO IMEDIATA DO CERTAME

A suspensão do certame serve para garantir o eventual direito da impugnante de nele participar, o que afasta o chamado "fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação" (art. 273, I, do CPC).

Uma vez que esta impugnação apresenta razões de iminente interesse público, faz-se necessária a aplicação do § 2º do art. 109 da Lei no 8.666/93, que assim versa:

“Art. 109. Dos atos da Administração decorrentes da aplicação desta Lei cabem:

I - recurso, no prazo de 5 (cinco) dias úteis a contar da intimação do ato ou da lavratura da ata, nos casos de:

a) habilitação ou inabilitação do licitante;

b) julgamento das propostas;

c) anulação ou revogação da licitação; (...)

§ 2º O recurso previsto nas alíneas "a" e "b" do inciso I deste artigo terá efeito suspensivo, podendo a autoridade competente, motivadamente e presentes razões de interesse público, atribuir ao recurso interposto eficácia suspensiva aos demais recursos.”

Assim sendo requer, conforme procedimento adotado pelo Tribunal de Contas da União (art.21, da Resolução 36/1995), a determinação liminar de sustação do curso da licitação, até o julgamento da presente impugnação e, por conseguinte, que seja **REFORMULADO** o edital, **EXTIRPANDO** os vícios que contrariam dispositivos constitucionais e da legislação pertinente, para não restringirem a competitividade do certame, o que acarretam inevitável prejuízo para o interesse público.

Por último, vale dizer que a exigência em questão se revela justificável, sobretudo em razão de existirem outros documentos e meios a demonstrar habilitação, capacidade técnica, experiência e maturidade para o cumprimento do objeto desta licitação.

V – DOS PEDIDOS

Em face do exposto, serve esta para **requerer** a Vossa Senhoria o recebimento, conhecimento, acolhimento e provimento da presente IMPUGNACAO, para que seja:

a) Liminarmente, determinada a sustação do certame a que se refere esta IMPUGNAÇÃO, até o seu julgamento final de mérito, por estar devidamente motivada, justificada e presente as razões de interesse

público que autorizam a medida de suspensão do certame, a fim de que possa ser julgada a impugnação de forma arrazoada e sensata para extirpar os vícios apontados;

b) Após colhidas todas as informações necessárias, adicionando ao que consta nesta peça, no mérito, seja **JULGADA TOTALMENTE PROCEDENTE A PRESENTE IMPUGNAÇÃO** para retirar dos termos Editalícios os itens **12.2.4.3.1, 12.2.4.3.2**, por frustrarem a isonomia e o caráter competitivo da licitação, reformulando as cláusulas e condições do Edital, conforme articulado com fatos e fundamentos nesta peça, a fim de que possam dar cumprimento à Lei de regência e permitir a maior participação possível de licitantes que atendam efetivamente à necessidade pública que é o interesse maior da Administração Pública e do objeto da licitação;

c) Em consequência à total procedência da presente impugnação, seja determinada a publicação do Edital com as alterações que o façam atender à lei de regência e, em ato contínuo, aberto novo prazo para divulgação das novas condições de apresentação da proposta (§ 4º, art.21 da Lei 8.666/93).

d) Caso seja negado em primeira avaliação, seja ainda esta peça submetida à avaliação da autoridade superior e ainda da consultoria jurídica deste Órgão, de modo a responder esta demanda de forma detalhada, zelosa e justificada, uma vez que o pregoeiro tem demonstrado total opinião formada sobre o tema debatido em questionamentos anteriores realizados por outras licitantes, apresentando em sua maioria respostas controversas, sequer admitindo a mudança de postura do TCU frente ao tema;

Nestes termos,

Pede Deferimento

At.

Luis Fernando. C. Mendonça

Diretor