

Ilmo. Sr. Pregoeiro do
FUNDO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO DA EDUCAÇÃO - FNDE

Ref. Pregão Eletrônico 88/2012
PROCESSO Nº 23034.025135/2012-38

WINBID CONSULTORIA EM GESTÃO LTDA., pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob o nº 14.272.957/0001-00, com sede em Curitiba/PR, na Rua Grã Nicco, nº 113, Bloco 2, 5º Andar, bairro Mossunguê, vem respeitosamente perante Vossa Excelência, para, nos termos do art. 41, § 2º, da Lei 8.666/93, apresentar

IMPUGNAÇÃO

Em face do Edital de licitação em epígrafe, conforme razões de fato e de direito adiante expostas.

SÍNTESE FÁTICA

Por meio do Edital supracitado, o FNDE deu conhecimento da realização de certame licitatório objetivando a “Contratação de empresa(s) especializada(s) em prestação de serviços transitórios de Apoio à Gestão de Qualidade de Software dimensionados em Horas de Serviços Técnicos (HST) devidamente atrelados à entrega de produtos, aferidos com base em Acordos de Nível de Serviço (ANS), conforme as especificações, padrões técnicos de desempenho e qualidade estabelecidos pelo FNDE, mediante Ordens de Serviço (OS), limitadas ao quantitativo máximo de HST estimado, sem garantia de consumo mínimo”.

Entretanto, e tendo em vista que o mencionado instrumento convocatório encontra-se em contrariedade com o Estatuto de Licitações e Contratos, bem como contraria o entendimento do Egrégio Tribunal de Contas da União, faz-se necessária a reformulação do Edital consoante passa a ser demonstrado.

TEMPESTIVIDADE

Nos termos do art. 41, § 2º da Lei 8.666/93, as licitantes interessadas em impugnar o ato convocatório poderão fazê-lo até o 2º dia útil que antecede a abertura dos envelopes:

“Art. 41. A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada.

(...)

§ 2º Decairá do direito de impugnar os termos do edital de licitação perante a administração o licitante que não o fizer até o segundo dia útil que anteceder a abertura dos envelopes de habilitação em concorrência, a abertura dos envelopes com as

propostas em convite, tomada de preços ou concurso, ou a realização de leilão, as falhas ou irregularidades que viciariam esse edital, hipótese em que tal comunicação não terá efeito de recurso”;

E tendo em vista que a abertura do certame será no dia 24/01/2013, o prazo para impugnar se encerrará no dia 22/01/2013. Logo, são tempestivas as razões recursais ora apresentadas.

DAS RAZÕES DE DIREITO

1. EXIGÊNCIA DE CERTIFICAÇÕES DE QUALIDADE EXCLUSIVAMENTE VINCULADAS AO DESENVOLVIMENTO DE SOFTWARE – RESTRIÇÃO INDEVIDA PARA EMPRESAS DE FÁBRICA DE TESTES

O FNDE pretende a contratação de empresa especializada na prestação de serviços de “**Apoio à Gestão de Qualidade de Software**”. E, conforme escopo do projeto, definido no Anexo I, observa-se que tratam-se de serviços de teste de software que, inclusive, devem ser prestados por empresas distintas daquelas que hoje são responsáveis pelos serviços de Fábrica de Software e Fábrica de Métricas (item II.1.3 do Anexo I):

(...) desde já fica estabelecido que os serviços de Apoio à Gestão de Qualidade de Software terão de ser prestados por distintas empresas, NOS TERMOS DO ART. 6º DA IN/SLTI nº 04/2010, não sendo possível a contratação de qualquer uma das empresas CONTRATADAS no Pregão 25/2011, bem como, dentro dos demais processos afins, que com este se relacionem quer quanto à avaliação, planejamento, mensuração e/ou fiscalização; (grifamos)

Todavia, em que pese ser o objeto específico sobre qualidade de software (teste de software), e a previsão editalícia de que não podem as empresas de desenvolvimento que já são prestadoras de serviços para o FNDE participarem do referido certame, ainda assim a Administração vincula a aptidão técnico operacional à certificações que dizem respeito exclusivamente às melhores práticas de desenvolvimento de software, conforme item X.2.1 do Anexo I. Veja-se:

A contratada, consoante orientações do TCU quanto à adoção da melhores práticas de TI, deverá comprovar possuir aderência aos padrões de qualidade de desenvolvimento de software previstos na ISO NBR 15.504. Esta maturidade poderá ser comprovada por meio da apresentação de certificados válidos de avaliação de maturidade, do tipo do CMMi-Dev nível 2 ou superior, ou MPS.Br Nível F ou superior. (grifamos)

Assim, e considerando a existência de empresas especializadas em Fábrica de Testes, mas que não necessariamente prestam serviços de desenvolvimento, entendemos estar havendo uma restrição à competitividade pelo menos em duas vertentes: exigência incompatível com o objeto licitado, vez que se refere à

desenvolvimento e não a testes; exigência que restringe a participação de empresas que prestam serviços exclusivamente de testes e, com isso, encontram-se impedidas de participar. E isso porque, reforce-se, a Administração está licitando serviços de testes mas exigindo certificações de desenvolvimento.

Saliente-se, aliás, que não é por falta de outras certificações de mercado específicas para testes, que já existem e foram devidamente desenvolvidas por entidades nacionais e internacionais conceituadas, que podem atestar, da mesma forma como ocorre para o desenvolvimento, a maturidade de uma empresa em processos de testes e, assim, atingir a finalidade pretendida pelo FNDE. A exemplo, citamos as certificações *Test Maturity Model integration - TMMi* (da TMMi Foundation); a Melhoria de Processo de Teste Brasileiro – **Mpt.Br**, que é uma adaptação do modelo MPS.Br para testes de software, concebida Riosoft e SoftexRecife, em parceria com a ALATS; e a **ISO-IEC 29119**.

Neste sentido, e considerando que as normas do edital devem sempre ser interpretadas em favor da ampliação da disputa, a exigência do item X.2.1 do Anexo I está afastando do certame empresas perfeitamente aptas a prestação dos serviços mas que, em virtude da escolha inadequada da Administração, encontram-se atualmente impedidas de participar do certame, pois ainda que cumpra os critérios de habilitação, não é possível para uma empresa que trabalha exclusivamente com testes adquirir uma certificação CMMI ou MPS.Br vez que, repita-se, as mencionadas certificações de qualidade avaliam apenas o processo de desenvolvimento do software, e não os processos de teste. Daí a inviabilidade inclusive de certificação futura.

E, uma vez sendo a exigência desvinculada do objeto do certame e, ainda, restritiva à competitividade, deve ser obrigatoriamente julgada inválida.

Nas palavras do jurista Marçal Justen Filho,

“A adoção de condições de participação desvinculadas do objeto contratual pode desembocar na invalidade. São inválidas, primeiramente, as condições não necessárias. Isso se passa naqueles casos de exigências que ultrapassam os requisitos mínimos exigíveis do interessado em formular uma proposta.

(...) São inválidas, também, as condições não adequadas, o que se verifica quanto à exigência que não se relaciona com o objeto da licitação. Nessa hipótese, há exigências impertinentes ou defeituosas, pois a comprovação de seu preenchimento não acarreta presunção de que o sujeito estaria habilitado a executar satisfatoriamente o contrato. O defeito, por assim dizer, é qualitativo”.(grifamos)

(JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 11ª ed. São Paulo: Dialética, 2005, p. 303-304).

Ademais, a impugnante, visando preservar o instrumento convocatório e pelo aproveitamento dos atos processuais já praticados, inclusive solicitou esclarecimento

no sentido de que fossem aceitas certificações de qualidade aderentes à fábrica de testes. Mas, foi surpreendida ao ter resposta de que somente seriam aceitos, rigorosamente, o CMMI e MPS.Br.

Veja-se que não obstante a fundamentação até o momento tecida, o entendimento do FNDE confronta o posicionamento da Egrégia Corte de Contas da União. Acompanhe-se:

“ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo Relator, em:

(...)

9.3. determinar ao Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial em Minas Gerais - Senai/MG e ao Serviço Social da Indústria em Minas Gerais - Sesi/MG, que, no caso de abertura de novo procedimento licitatório em substituição à Concorrência n. 002/2005, observem os princípios dispostos no art. 2º do Regulamento de Licitações e Contratos - RLC aprovado para as respectivas Entidades, bem como os seguintes preceitos:

(...) 9.3.3. estabeleçam a aceitabilidade de todas as certificações idôneas disponíveis no mercado para o processo de desenvolvimento e/ou manutenção de software dos fornecedores, emitidas por entidade certificadora independente, não incluindo produtos específicos, senão em caráter exemplificativo, tais como "certificação CMM ou similar", caso necessitem incluir como quesito técnico para julgamento das propostas a certificação do fornecedor em qualidade no desenvolvimento de software:

(ACÓRDÃO 1878/2005 - Plenário - TCU).

Assim, pleiteia a impugnante seja reformulado o instrumento convocatório no sentido de: ou excluir o item que exige as certificações de qualidade CMMI e MPS.Br, ou de aceitar também as certificações de testes (a exemplo da **TMMi, Mpt.Br e ISO-IEC 29119**) em substituição às primeiras.

DO PEDIDO

Ante o exposto, requer seja acolhida a presente impugnação para o fim de alterar o Edital quanto a exigência de certificações de qualidade (item X.2.1 do Anexo I), seja para excluir a obrigatoriedade das referidas certificações (CMMI e MPS.Br), por

ser este critério absolutamente ilegal e contrário ao posicionamento dos tribunais, seja para, em optando a Administração por preservar os atos até o momento praticados, aceitar as certificações de qualidade de teste (**TMMi**, **Mpt.Br** e **ISO-IEC 29119**) em substituição àquelas irregularmente exigidas.

Ao final, destaca-se que se porventura não forem adotadas as medidas necessárias para devolver ao certame o seu regular processamento, nos moldes da Lei, a recorrente solicita o benefício do recurso hierárquico.

Informa, ainda, que dará ciência das citadas irregularidades ao Tribunal de Contas da União, sem prejuízo das medidas judiciais cabíveis para assegurar aos licitantes o direito LÍQUIDO e CERTO de participação no certame.

Termos em que
Pede deferimento.

Curitiba, 22 de janeiro de 2013.

Luana Mara Rocha
Advogada / Consultora de Licitações
OAB/PR 62.816

e-mail: luana.rocha@winbid.com.br
fax: (41)3091-2900