

**GOVERNO DO DISTRITO FEDERAL****FUNDAÇÃO DE ENSINO E PESQUISA EM CIÊNCIAS DA SAÚDE**

Diretoria Executiva

Procuradoria Jurídica

Parecer SEI-GDF n.º 67/2018 - FEPECS/DE/PROJUR

Referência: Processo SEI nº 00064-00003528/2018-41

Ementa: ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. CONTRATAÇÃO DIRETA POR INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. Art. 25, inciso I, da Lei nº. 8.666/93. CONTRATAÇÃO DO SISTEMA DE GESTÃO EDUCACIONAL LYCEUM, COM AMPLIAÇÃO DAS LICENÇAS EM USO, CONSULTORIA, E SERVIÇOS DE SUPORTE TÉCNICO, MANUTENÇÃO PREVENTIVA, CORRETIVA, EVOLUTIVA E ATUALIZAÇÃO, PARA USO DESSA FUNDAÇÃO DE ENSINO E PESQUISA EM CIÊNCIAS DA SAÚDE E HORAS DE CONSULTORIA. VIABILIDADE JURÍDICA, DESDE QUE ATENDIDAS AS RECOMENDAÇÕES.

I – Relatório

Versam os autos sobre a contratação direta, por inexigibilidade de licitação, do Sistema de Gestão Educacional LYCEUM, que oferece atividades de gestão acadêmica e financeira, desde a organização dos cursos, o acompanhamento da execução do projeto pedagógico, a avaliação contínua do desempenho acadêmico e financeiro, com a aquisição de 890 (oitocentos e noventa) novas licenças de uso permanente, a prestação de 160 (cento e sessenta) horas de consultoria com finalidade de customização, nas instalações da ESCS em Brasília, bem como a prestação dos serviços de Suporte Técnico, Manutenção Preventiva, Corretiva, Evolutiva e Atualização do Sistema.

O Sistema Lyceum é um software, e, portanto, os estudos preparatórios e análise de riscos da contratação observaram os normativos de aquisição de Solução de TI.

Instrume os autos, no que importa:

- Documento de Oficialização da Demanda (13250532);
- Estudo Técnico Preliminar (13251034);
- Análise de Viabilidade (13279036);
- Relatórios Setoriais sobre o funcionamento do Sistema (13284911;13284994; 13285082; 13285210; 13285303; 13285422; 13285494; 13345358; 13438089; 13439938; 13440180; 13440266);
- Estudo de Análise de Riscos (13364192);
- Certificação de Selo de Exclusividade (13848970);
- Termo de Referência (14012149);
- Proposta Comercial Lyceum (14070779);

- Apresentação de preço praticado para a concessão de licenças (14070843);
- Informação de Disponibilidade Orçamentária para atender a despesa (14342200);
- Demonstração de Adequação Orçamentária e Financeira, bem como Compatibilidade com as diretrizes orçamentárias (14416701);

É a síntese dos fatos.

II – Fundamentação

Preliminarmente, cumpre destacar que a presente análise será realizada sob o prisma estritamente jurídico acerca da contratação ora pretendida, não adentrando na análise de mérito sobre a conveniência e oportunidade dos atos praticados pela Administração, nem em aspectos de natureza eminentemente técnico-administrativa, de responsabilidade das demais áreas técnicas envolvidas na contratação.

Preceito estabelecido na Constituição Federal de 1988 estatuiu a realização de certame licitatório antecedente às contratações do poder público, onde será escolhida a proposta mais vantajosa à Administração dentre os interessados no objeto da contratação.

Todavia, a lei permitiu que, em algumas situações específicas, a Administração contrate sem a realização procedimento licitatório comum. Dentre essas hipóteses encontra-se a inexigibilidade de licitação, regulada no art. 25 da Lei 8.666/93. O legislador elencou a título exemplificativo, as três principais hipóteses de inexigibilidade, podendo o agente público, diante de um cenário em que se mostra inviável qualquer competição, promover a contratação direta nesse fundamento.

Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:

I - para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedada a preferência de marca, devendo a comprovação de exclusividade ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes;

A inexigibilidade fundada no Inciso I do Art 25 da Lei Geral de Licitações pressupõe que o serviço ou objeto da contratação somente pode ser adquirido por única pessoa ou empresa que atenda ao interesse da Administração, e desta forma, não se mostra possível a realização de qualquer disputa ou competição. Ainda que se estipulem critérios objetos para a seleção, a peculiaridade do objeto não permite a participação e disputa em regular procedimento licitatório. Somente uma pessoa viria a se apresentar apta a realizar aquele determinado serviço exclusivo. Para o ilustre professor Jacoby Fernandes, "o estudo da inexigibilidade da licitação repousa numa premissa fundamental: a de que é inviável a competição, seja porque um agente é capaz de realizá-la nos termos pretendidos, seja porque só existe um objeto que satisfaça o interesse da Administração."

Na mesma linha são os ensinamentos do professor Lucas Rocha Furtado Coelho:

"A primeira hipótese prevista no citado dispositivo como situação de inexigibilidade de licitação diz respeito à existência de fornecedor exclusivo. As situações de unicidade de produtor, fornecedor ou representante, vedado a preferência de marca, não permitem a realização de licitação porque os materiais, equipamentos ou gêneros, somente podendo ser fornecidos por uma única pessoa, tornam absolutamente inviável qualquer tentativa de se obter mais de uma proposta. Entretanto, a vedação à preferência de marca serve para que não fique caracterizada a exclusividade à marca e sim ao tipo de produto. Se existirem diversas marcas de um mesmo tipo de produto, obviamente, pode-se proceder a competição.

Conforme já estudado, a licitação visa, dentre outros aspectos, à obtenção da proposta mais vantajosa dentre as que lhe são apresentados. Ora, se a

Administração, de antemão, sabe que apenas uma empresa ou profissional dispõe de condições para fornecer determinado objeto, único capaz de satisfazer as necessidades daquela Administração, que sentido faria a realização da licitação?

Algumas observações sobre essa hipótese de inexigibilidade de licitação (fornecedor exclusivo) tornam-se necessárias. Em primeiro lugar, deve o administrador muito bem justificar porque necessita de contratar algo que apenas uma pessoa poderia fornecer. Em segundo lugar deve ser demonstrada a exclusividade do fornecedor. (in Curso de Licitações e Contratos Administrativos, Ed. Fórum, 2007, pp. 92/93)”.

No que toca ao posicionamento dos órgãos de controle, vale transcrever algumas das decisões do Tribunal de Contas da União sobre o assunto, que traduzem as cautelas que devem ser observadas para o deslinde do reconhecimento da inexigibilidade de licitação.:

A ausência de observação das formalidades inerentes à inexigibilidade de licitação, em desacordo com o art. 26 da Lei nº 8666/1993, caracteriza grave infração à norma legal, ensejando a irregularidade das contas dos responsáveis.

Acórdão 2560/2009 Plenário

Para se configurar a hipótese de inexigibilidade de licitação, não basta que se esteja perante um dos serviços arrolados no art. 13 da Lei nº 8.666/1993, mas, tendo natureza singular, a singularidade nele reconhecível seja necessária para o bom atendimento do interesse administrativo posto em causa, devidamente justificado. **Acórdão 933/2008 Plenário**

Não prescinde da avaliação subjetiva, a contratação por inexigibilidade de licitação em virtude de objeto singular e de notória especialização do contratado, no que pertine à escolha da empresa ou do profissional a ser contratado. É necessário, no entanto, que tal escolha guarde inteira consistência com outros elementos de caráter objetivo a serem devidamente explicitados. **Acórdão 2142/2007 Plenário**

A inexigibilidade de licitação é indevida quando não for devidamente comprovada a inviabilidade de competição. **Acórdão 827/2007 Plenário**

A inexigibilidade de licitação para a prestação de serviços de informática somente é admitida quando guardar relação com os serviços relacionados no art. 13 da Lei nº 8.666/1993, ou quando se referir à manutenção de sistema ou software em que o prestador do serviço detenha os direitos de propriedade intelectual, situação esta que deve estar devidamente comprovada nos termos do inciso I do art. 25 da referida norma legal, conforme os termos do item 9.1.3 do Acórdão 2094/2004 Plenário. **Acórdão 648/2007 Plenário** (Sumário)

Faça constar dos processos de contratação por inexigibilidade de licitação os elementos que justifiquem adequadamente os preços praticados, de modo a atender ao disposto no inciso III do § único do art. 26 da Lei nº 8.666/1993. Evidencie, nos processos de inexigibilidade de licitação, para contratação de serviços enumerados no art. 13 da Lei nº 8.666/1993, o perfil técnico exigido da empresa ou do profissional, informando se as técnicas utilizadas pelo contratado se baseiam em métodos não padronizados, que não sejam passíveis de ser enfrentados por outro profissional ou empresa, de modo a demonstrar o cumprimento do disposto no inciso II do art. 25 citado diploma legal. **Acórdão 3051/2008 Plenário**

Proceda à contratação por inexigibilidade de licitação de software já em uso, somente quando restar comprovado ser econômica e operacionalmente desvantajosa a aquisição de novo software no mercado por licitação, com fundamento no art. 25, inciso I, da Lei nº 8.666/1993. **Acórdão 822/2007 Plenário**

Súmula 255 - TCU Nas contratações em que o objeto só possa ser fornecido por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, é dever do agente público responsável pela contratação a adoção das providências necessárias para confirmar a veracidade da documentação comprobatória da condição de exclusividade.

Passa-se ao exame dos requisitos essenciais para a contratação por inexigibilidade.

No caso em exame, a demanda foi iniciada com o Planejamento da Contratação, em conformidade com a Instrução Normativa nº 4, de 11 de setembro de 2014, emitida pela Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, que evidenciou a essencialidade de ferramenta de Gestão Estudantil para a rotina de trabalho da ESCS e ETESB, conjuntamente com a área de tecnologia da informação 13250532.

Por seu turno, o Estudo Técnico Preliminar reforçou os ganhos para a contratação da empresa já em funcionamento na FEPECS contra a realização de novo procedimento para desenvolvimento de software próprio e exclusivo, que envolveria outros custos para a migração de dados.

Levadas as alternativas para atendimento da demanda, foram listados os seguintes benefícios para o cenário escolhido:

"Por hipótese caso se optasse por outra solução que não a licitação na forma de inexigibilidade, correríamos o risco de descontinuidade do serviço, ou ainda pior, a perda do serviço, que é essencial aos trabalhos dessa Fundação, mesmo com essas colocações apresentamos abaixo um quadro demonstrativo de como seria um investimento para uma solução nova, desenvolvida exclusivamente para Fepecs.

BENEFICIOS A SEREM ALCANÇADOS:

- 10.1 Melhorar as condições tecnológicas para enfrentamento dos diversos desafios que são requeridos pela comunidade acadêmica;
- 10.2 Adequar, evoluir e melhorar a qualidade da Gestão Acadêmica quanto à complexidade existente no ambiente Acadêmico;
- 10.3 Promover níveis satisfatórios de qualidade e disponibilidade de Informações Acadêmicas;
- 10.4 Oferecer ao gestor da Fundação um sistema de informações integrado de apoio à gestão;
- 10.5 Possibilitar a melhoria das informações para a tomada de decisão do Gestor desta Fundação;
- 10.6 Automatizar as tarefas rotineiras
- 10.7 Melhorar o controle interno das operações do Mundo Acadêmico
- 10.8 Melhorar o atendimento dos usuários
- 10.9 Melhorar a eficiência e eficácia dos processos do mundo acadêmico
- 10.10 Otimizar o uso dos recursos humanos na comunidade acadêmica"

Em sintonia com os estudos antecedentes, e a análise de riscos, o Termo de Referência apresentou a delimitação da contratação, bem como as justificativas para escolha empresa Techne como responsável exclusiva pela oferta das licenças de uso do Sistema Acadêmico LYCEUM, mediante inexigibilidade de licitação fundada no Art.25, I. O enquadramento na inexigibilidade reside, então, no reconhecimento de que a ampliação das licenças do Sistema LYCEUM não são usualmente fornecidas no mercado por diversas empresas, mas exclusivamente ofertadas pela empresa TECHNE Engenharia e Sistemas LTDA.

Os autos evidenciam que a contratação do serviço especializado não decorre de eleição de marca, mas de objeto prestado exclusivamente por único fornecedor, que atende a rotina de trabalho de gestão acadêmica das escolas mantidas pela FEPECS. Delimitado o objeto de interesse da FEPECS, não

seria possível o lançamento de certame para competição entre os interessados para venda das licenças do sistema Lyceum.

Quanto ao selo de exclusividade apresentado na Carta 13848970, a Associação Brasileira de Empresas de Software certifica a exclusividade da Techne nos direitos de comercialização, manutenção, suporte e implementação do sistema Lyceum. Anota-se a exigência de postura ativa da Administração na conferência de que a carta de exclusividade orfetada seja autêntica e condizente com a realidade, conforme preceitua a súmula 255 do Tribunal de Contas da União, e a Orientação Normativa n. 16, de 1º de abril de 2009, da Advocacia-Geral da União, *in verbis*: “Compete à Administração averiguar a veracidade do atestado de exclusividade apresentado nos termos do art. 25, inciso I, da Lei n. 8.666/193”.

Indo adiante, ainda que se reconheça a inviabilidade de competição, a justificativa de preços deve demonstrar a pertinência do preço praticado com comparativo de preços usuais praticados no mercado junto a outros entes. Observa-se que essa medida foi adotada com a apresentação de contrato da empresa Tehcne com o Hospital Albert Einstein de São Paulo. Prudente recolher outras notas fiscais para os demais serviços da contratação, como o de Suporte Técnico, Manutenção Preventiva, Corretiva, Evolutiva e Atualização, e aferição de compatibilidade de preços.

Vejamos posicionamento do TCU sobre o tema:

“Também importante é o entendimento pacífico de que a justificativa de preço é elemento essencial da contratação, posto que a sua validade depende da verificação da razoabilidade do preço ajustado, conforme prevê o inciso III do art. 26 da Lei nº 8.666/1993. (...) a inviabilidade de competição não constitui óbice, por si, à verificação da razoabilidade do preço. Diversos são os parâmetros que poderão ser utilizados para se avaliar a adequação dos preços, mesmo quando se tratar de fornecedor exclusivo(TCU, Acórdão nº 2.611/2007, Plenário, Rel. Min. Augusto Nardes, j. em 05.12.2007)”.

No que toca ao procedimento, o Art. 26 da Lei de Licitações estabelece o rito do procedimento de inexigibilidade de licitação, nos seguintes termos:

Art. 26. As dispensas previstas nos §§ 2º e 4º do art. 17 e no inciso III e seguintes do art. 24, as situações de inexigibilidade referidas no art. 25, necessariamente justificadas, e o retardamento previsto no final do parágrafo único do art. 8º desta Lei deverão ser comunicados, dentro de 3 (três) dias, à autoridade superior, para ratificação e publicação na imprensa oficial, no prazo de 5 (cinco) dias, como condição para a eficácia dos atos. ([Redação dada pela Lei nº 11.107, de 2005](#)).

Parágrafo único. O processo de dispensa, de inexigibilidade ou de retardamento, previsto neste artigo, será instruído, no que couber, com os seguintes elementos:

- I - caracterização da situação emergencial ou calamitosa que justifique a dispensa, quando for o caso;
- II - razão da escolha do fornecedor ou executante;
- III - justificativa do preço.
- IV - documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados. ([Incluído pela Lei nº 9.648, de 1998](#)).

Verifica-se que ainda não foram realizados os procedimentos de ratificação da inexigibilidade e a sua publicação, conforme preconiza artigo 26 da Lei Geral de Licitações, cabendo a adoção dessas medidas para o regular procedimento de contratação por inexigibilidade.

Em relação à Habilitação, de forma anterior à contratação caberá a averiguação dos documentos que atestem a habilitação jurídica, fiscal e trabalhista da contratada, bem como declaração de não emprego de menor de idade.

Por fim, no que toca ao contrato que será assinado, uma vez que o Termo de Referência não abordou o prazo de vigência contratual deve ser emitido pronunciamento a esse respeito, com a

fixação do prazo contratual, abordando-se ainda se será aberta a possibilidade de prorrogações.

Ao final, realizados os procedimentos necessários, bem como a autorização da contratação pelo Ordenador de Despesas, retornem os autos a esta Procuradoria Jurídica para disponibilização do Termo de Contrato, que deve seguir o termo padrão aprovados pelo Decreto nº 23.287, de 17 de outubro de 2002.

III – Conclusão.

Por todo o exposto, opina-se pela viabilidade de contratação, por meio de inexigibilidade de licitação, desde que observadas as recomendações constantes desta manifestação, que, sem prejuízo da leitura integral do opinativo, podem ser assim sintetizada: **i) manifestação sobre a autenticidade do selo de exclusividade; ii) definição do prazo de vigência contratual; iv) ratificação da inexigibilidade de licitação pela autoridade superior e sua publicação; iv) autorização de realização da contratação e emissão de empenho pelo Ordenador de Despesas; v) verificação da habilitação jurídica e fiscal da futura contratada; vi) assinatura de contrato.**

Breno Lima Barão
Gerente de Contratos e Convênios
GECON/PROJUR/FEPECS

Aprovo o Parecer SEI-GDF n.º 67/2018 - PROJUR pelos seus fundamentos e determino o envio dos autos à UAG/DE/FEPECS para conhecimento e deliberação quanto à continuidade do feito.

Kelen Cristina de Oliveira
Chefe da Procuradoria Jurídica
PROJUR/DE/FEPECS



Documento assinado eletronicamente por **KELEN CRISTINA DE OLIVEIRA - Matr.0272702-1, Chefe da Procuradoria Jurídica**, em 30/10/2018, às 10:59, conforme art. 6º do Decreto nº 36.756, de 16 de setembro de 2015, publicado no Diário Oficial do Distrito Federal nº 180, quinta-feira, 17 de setembro de 2015.



Documento assinado eletronicamente por **BRENO LIMA BARÃO - Matr.0271738-7, Técnico(a) Administrativo(a)**, em 30/10/2018, às 11:01, conforme art. 6º do Decreto nº 36.756, de 16 de setembro de 2015, publicado no Diário Oficial do Distrito Federal nº 180, quinta-feira, 17 de setembro de 2015.



A autenticidade do documento pode ser conferida no site:
http://sei.df.gov.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0&verificador=14428176&codigo_crc=73B531BE.

"Brasília - Patrimônio Cultural da Humanidade"

SMHN Quadra 03, Conj. "A", Bloco 01 Edifício Fepecs – Brasília-DF - Bairro Asa Norte - CEP 70.710-907 - DF

(61) 3325-4981

