

Licitações de informática e os mecanismos legais para ampliar a competitividade dos certames

*Regina Cláudia de Alencar Ximenes **

1. INTRODUÇÃO

O Estado, gestor dos recursos públicos por excelência, dia a dia busca prover mais agilidade e qualidade na prestação dos serviços que lhe são inerentes. Para tanto, precisa modernizar-se automatizando suas atividades através da incorporação de recursos tecnológicos, assim entendidos como bens e serviços de informática, de modo a atingir a tão almejada eficiência consagrada em nossa Carta Magna como princípio da Administração Pública. Para incorporar recursos tecnológicos, o Estado muitas vezes precisa contratar com terceiros, o que, de regra, deverá fazê-lo mediante um processo licitatório.

Como consequência da rapidez com que evolui a tecnologia, freqüentemente surge no mercado uma grande variedade de produtos e serviços de informática, para cuja contratação o legislador estabeleceu regras adicionais àquelas previamente dispostas no Estatuto que regula as Licitações e Contratos Administrativos. Na seara das licitações de informática, dentre as inúmeras possibilidades de composição de objetos, voltamos nossa atenção, de modo especial, aos objetos complexos, isto é, aqueles que por englobarem uma grande variedade de bens e/ou serviços, abrangem especialidades diferentes do ramo da informática, para cuja execução muitas vezes torna-se difícil encontrar no mercado empresas com capacidade para abarcar.

Objetos complexos normalmente decorrem do "empacotamento" de vários objetos em um único, fato que nas licitações de informática, na prática, conveniou-se chamar "soluções integradas". Assim intitulando o objeto da licitação, o Administrador tem em vista realizar uma única contratação ao invés de várias, caso fosse o objeto licitado em partes. Para tanto, estabelece no Edital que a adjudicação será global.

Ocorre que o dito "empacotamento" nem sempre

é legal, porque a depender das condições estabelecidas no ato convocatório pode tal circunstância se constituir em violação ao caráter competitivo do certame, tendo em vista que nem sempre há no mercado empresas com capacidade para executar o objeto licitado ou, de outro modo, pode ser muito reduzido o número de empresas com tal capacidade. Se somente um pequeno número de empresas acudirem à licitação, a Administração corre o risco de realizar uma contratação não econômica, em decorrência do reduzido número de propostas, não tendo, neste caso, a Lei atingido seu fim: selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração.

A Lei de Licitações e Contratos estabelece alguns mecanismos os quais, se utilizados de forma adequada, podem evitar o problema da restrição à competitividade dos certames, principalmente em se tratando de licitações com objeto amplo ou complexo. Os mecanismos aos quais nos reportamos são o fracionamento do objeto, quando técnica e economicamente viável, e também a subcontratação e o consórcio de empresas, quando permitidos expressamente no Edital. Todavia, a adequabilidade da utilização de quaisquer de tais mecanismos irá depender do objeto licitado e de fatores outros que devem ser ponderados pelo agente público quando da elaboração do Edital, na fase interna da licitação.

2. LICITAÇÕES DE INFORMÁTICA E A QUESTÃO DA COMPETITIVIDADE DOS CERTAMES

A seleção da proposta mais vantajosa para a Administração é o fim legal buscado pelo legislador ao estabelecer as normas e os princípios norteadores da licitação. Assegurar no ato convocatório a isonomia entre os licitantes, visando sempre ampliar a competitividade do certame, é o meio pelo qual deve a Administração se utilizar para que seja alcançado o refe-

* Analista de Sistemas e Bacharela em Direito

rido fim legal. Quanto maior for a competitividade, maior será o número de propostas apresentadas e maiores serão as chances da Administração selecionar aquela com melhores condições, inclusive quanto ao preço, para a satisfação do interesse público. A competitividade é, portanto, a alma, a essência da licitação.

É bastante vasta a classificação dos bens e serviços considerados de informática para fins de aplicação do direito pertinente a esse campo da atuação humana. Em geral, nas licitações de informática, compras podem envolver o fornecimento de equipamentos (hardware) bem como de sistemas ou programas aplicativos (software). Dentre os serviços de informática licitados com maior frequência destacam-se: desenvolvimento, implantação e manutenção de sistemas; instalação, configuração, suporte técnico de equipamentos ou aplicativos; locação; treinamento; consultoria e também projeto e implementação de redes de computadores. Neste último caso, a infra-estrutura necessária para a interconexão dos equipamentos, isto é, o cabeamento lógico e elétrico estruturado, que, na verdade, corresponde a uma parcela de obra de engenharia, na maioria das vezes é contemplado como parcela integrante do objeto de informática.

Quando devido às características técnicas do hardware ou do software licitado houver o risco de ocorrerem problemas relativos à compatibilidade, desempenho, interconectividade ou interoperabilidade entre os mesmos ou entre eles e o ambiente computacional já existente na entidade que está promovendo a licitação, é comum, na prática, licitar-se as ditas "soluções integradas", que nada mais são do que um complexo de bens (hardware e software) e serviços de informática, que, para efeitos de licitação, devem ser vistos com um objeto único e indivisível, a fim de que se possa garantir o atendimento a requisitos de funcionalidade, compatibilidade e integração. Note-se que essa indivisibilidade do objeto da licitação somente pode ser justificada por questões de ordem técnica.

Como em toda licitação, o problema da competitividade dos certames de informática deve ser analisado levando-se em consideração o objeto licitado, as disposições legais e as características do mercado fornecedor dos bens e/ou serviços licitados. Surgem então os seguintes questionamentos: como garantir a competitividade nas licitações de informática, consi-

derando a complexidade dos objetos licitados e a tendência cada vez mais crescente de especialização das empresas disponíveis no mercado? Quais as vantagens e desvantagens de cada um dos mecanismos legais disponíveis para ampliar a competitividade dos certames e como podem ser aplicados em licitações de informática? É o que pretendemos analisar a seguir.

2.1. O fracionamento do objeto de natureza divisível

Um primeiro recurso que pode ser utilizado para ampliar a competitividade das licitações públicas é o fracionamento (ou parcelamento) do objeto licitado, isto é, a sua subdivisão em parcelas quando o mesmo tenha natureza divisível. O fracionamento do objeto é previsto no art. 15, inc. IV e no art. 23, §§ 1º e 2º, da Lei nº 8.666/93, e visa ampliar a competitividade dos certames, na medida em que possibilita a participação de empresas de menor porte, mesmo naquelas licitações que englobem objetos compostos de uma grande diversidade de bens e/ou serviços. Com isto permite-se o melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado, aumentando as chances de uma contratação mais econômica para a Administração Pública.

No que tange as compras (art. 15, inc. IV), o fracionamento deve ser definido em função das peculiaridades do mercado, com base nas quais serão definidas as parcelas da divisão. Tratando das compras, a Lei é silente quanto à necessidade de se avaliar a viabilidade técnica do fracionamento. Todavia, notadamente nas licitações de informática, entendemos ser este um requisito indispensável uma vez que fatores de ordem técnica, a exemplo da compatibilidade requerida entre certos equipamentos ou entre estes e algum software específico, podem não recomendar a aquisição do objeto em parcelas, inviabilizando assim o pretensão fracionamento, ainda que, em tese, seja divisível a natureza do bem.

Em se tratando de obras, serviços e compras, a Lei impõe a subdivisão em parcelas, desde que comprovadamente técnica e economicamente viável (art. 23, § 1º). Neste caso, a viabilidade técnica e econômica não só ratifica a divisibilidade material do objeto como também, de regra, obriga o seu fracionamento. Entendemos que a única exceção a tal obrigatoriedade seria quando restar comprovado que, pelas caracte-

terísticas do mercado, a grande maioria das empresas disponíveis teria condições de ofertar o objeto como um todo, caso em que o fracionamento perderia a sua força e sentido, uma vez que em nada estaria contribuindo para ampliar a competitividade do certame, nem tampouco para aumentar as chances de uma contratação mais vantajosa. Como se trata de exceção à regra, o não fracionamento do objeto, quando o mesmo se mostra técnico e economicamente viável, deve ser devidamente justificado no processo. Outrossim, não será admitido o fracionamento quando este não trazer vantagens econômicas para a Administração.

Vale ressaltar que, conforme previsto no art. 23, § 2º, da Lei nº 8.666/93, uma vez promovido o fracionamento do objeto, a cada parcela corresponderá uma licitação distinta, sendo que todas as parcelas deverão ser licitadas na mesma modalidade cabível caso fosse o objeto licitado globalmente, sob pena de restar caracterizado o fracionamento da despesa, vedado por Lei. A licitação por itens é considerada uma outra forma de se promover o fracionamento do objeto, que tem se revelado muito utilizada na praxe administrativa em virtude de proporcionar economia de tempo e de recursos materiais da Administração Pública. O § 7º do art. 23 prevê ainda uma outra forma de fracionamento, interno à própria licitação, pelo qual, na compra de bens de natureza divisível e desde que não haja prejuízo para o conjunto ou complexo, facultase aos licitantes a formulação de propostas parciais que contemplem a cotação de quantidade inferior àquela demandada no ato convocatório. Esta forma de fracionamento é especialmente indicada para evitar que a aquisição de grandes quantidades de um determinado bem venha a se constituir em fator restritivo da competitividade do certame, por limitar o universo da disputa a somente grandes fornecedores.

2.2. O problema da indivisibilidade técnica do objeto e as alternativas para ampliar a competitividade

Quando o objeto da licitação é indivisível, por natureza ou ainda por motivo de ordem técnica (a exemplo da compatibilidade, interconectividade, interoperabilidade, desempenho, dentre outros) ou de ordem econômica, o fracionamento não poderá ser realizado, caso em que a execução global será obrigatória.

Em se tratando de licitações de informática, o pro-

blema da indivisibilidade de ordem técnica se agrava em virtude da complexidade da qual poderá se revestir o objeto que, uma vez englobando produtos e serviços pertencentes a ramos especializados da informática, dificilmente poderia ser executado integralmente por uma única empresa. Ante a forte tendência de especialização das empresas da área, a indivisibilidade de objetos complexos nas licitações de informática constitui-se em fator que, na maioria das vezes, frustra ou restringe o caráter competitivo do certame.

A Lei nº 8.666/93 prevê alguns institutos que, se utilizados adequadamente, podem minimizar o problema, de modo a não restar prejudicada a competitividade das licitações de informática com objetos complexos e tecnicamente indivisíveis. Um dos institutos é o da subcontratação, tratado nos arts. 72 e 78, inc. VI da referida Lei; o outro, é o do consórcio de empresas, previsto no art. 33 do mesmo diploma legal.

2.2.1. Subcontratação

Regra geral, o contrato administrativo é *intuitu personae*, não podendo o contratado transferir ou ceder a terceiros a execução das prestações a que se incumbiu. Contudo, a lei abre uma exceção ao permitir que a Administração, conforme o caso, avalie a conveniência de permitir a subcontratação de partes da obra, serviço ou fornecimento (art. 72, da Lei nº 8.666/93). Ademais, a subcontratação não autorizada ou efetivada fora dos limites estabelecidos constitui-se em motivo para rescisão unilateral do contrato pela Administração, conforme disposto no inciso VI, do art. 78, do mesmo diploma legal.

A subcontratação parcial é portanto admitida, mas desde que a sua permissão esteja expressa no ato convocatório ou no contrato (se não houver licitação), devendo serem respeitados os limites impostos pela Administração em cada caso. Uma vez omissa o Edital ou o contrato, em ocorrendo subcontratação, deve-se entendê-la como ilegal.

Na subcontratação, o vínculo só se estabelece entre a subcontratante e a subcontratada. Assim sendo, a Administração não pode demandar contra a subcontratada, uma vez que, pelo integral cumprimento do contrato, quem responde é aquela por ela diretamente contratada. Todavia, Marçal Justen Filho (2000, p. 570) entende que o subcontratado responde solidariamente com o subcontratante pela perfeição da pres-

tação executada, em decorrência da responsabilidade que recai sobre o fabricante ou prestador de serviços pela perfeição da prestação realizada.

Para Justen Filho (2000, p.569), a subcontratação é cabível, por exemplo, *“quando o objeto licitado comporta uma execução complexa, em que algumas das fases, etapas ou aspectos apresentam grande simplicidade e possam ser desempenhados por terceiros sem que isso acarrete prejuízo”*. E, considerando que a permissividade ou não da subcontratação é ato discricionário da Administração, com sabedoria esclarece o autor que a escolha da Administração deve ser orientada pelos princípios que regem a atividade privada, advertindo que: *“Se, na iniciativa privada, prevalece a subcontratação na execução de certas prestações, o ato convocatório deverá albergar permissão para que idênticos procedimentos sejam adotados na execução do contrato administrativo.”*

No que tange a questão de ser ou não possível a subcontratação total do objeto, o entendimento predominante na doutrina e na jurisprudência do TCU, com o qual concordamos, é o de não ser permitida a subcontratação total do objeto contratado, admitindo-se tão-somente a subcontratação de partes, desde que prevista no edital e no contrato e até o quantitativo permitido.

2.2.2. Consórcio de empresas

O consórcio de empresas é especialmente indicado quando o objeto da licitação é dito complexo e para cuja execução não haja no mercado empresa capaz de abarcá-lo ou ainda quando é muito reduzido o número de empresas capazes de satisfazê-lo por completo. Através do consórcio, as empresas reúnem seus esforços, conjugando recursos humanos, conhecimentos técnicos, experiência e condições econômico-financeiras, visando todas, em conjunto, a plena execução do objeto licitado. Se isoladamente tais empresas não teriam condições de participar da licitação, reunidas em consórcio empresas de pequeno e médio porte poderão competir em pé de igualdade com as grandes empresas, ampliando assim o leque de possíveis interessados. A participação de empresa em consórcio na licitação, na medida em que possibilita um maior número de propostas, aumenta as chances de contratação de uma proposta mais vantajosa para a Administração Pública, inclusive em termos econômicos.

O consórcio de empresas está previsto no art.

33, da Lei de Licitações, o qual estabelece as normas que devem ser observadas quando for permitida a participação de empresas assim reunidas. A Lei estabelece expressamente no art. 33, inc. V, a responsabilidade solidária entre as empresas participantes, tanto para a fase de licitação quanto para a fase de execução contratual. Cada empresa consorciada responde pela plena execução do objeto contratado, de modo que, na ocorrência de inadimplemento do contrato, poderá a Administração acionar qualquer uma delas ou todas em conjunto. Esta, portanto, a principal vantagem do instituto do consórcio sobre o da subcontratação.

O edital da licitação poderá admitir ou não a participação de empresas em consórcio. Para admitir, terá que fazê-lo de forma expressa, autorizando não somente o consórcio, mas também estabelecendo as regras correspondentes. Omissis o Edital, não serão permitidos consórcios na licitação.

O *caput* do art. 33, da Lei de Licitações, dispõe que, *verbis*: *“art. 33. Quando permitida na licitação a participação de empresas em consórcio, observar-se-ão as seguintes normas: ...(omissis) ...”*. Em decorrência da referida redação, parte da doutrina entende que a permissão ou não de consórcio no Edital trata-se de escolha discricionária da Administração. Neste sentido, Marçal Justen Filho (2000, p. 370) e Jessé Torres Pereira Júnior (1997, p. 251). Este, entendendo de início que nenhum princípio parece estar em jogo na tutela especial estabelecida para a participação de empresas em consórcio, chega à conclusão de que a Lei abre amplo espaço à discricionariedade administrativa na matéria, seja quanto à decisão de permitir a participação, ou quanto às exigências de habilitação preliminar.

Data venia, ilustres autores, entendemos que a questão deve ser melhor analisada. Somente interpretando-se isoladamente o conteúdo normativo do art. 33 poder-se-ia chegar a tal conclusão! O art. 33 não pode e não deve ser interpretado de forma isolada, mas adotando-se uma abordagem lógico-sistemática, à luz dos princípios que norteiam as licitações públicas, em respeito ao interesse público e à finalidade da Lei. Somos da opinião de que a faculdade legal atribuída à Administração no que tange a decisão pela permissão ou não da participação de empresas em consórcio nas licitações públicas não é absoluta, e, somente pode ser legi-

timada ponderando-se as dimensões e complexidade do objeto licitado frente às características do mercado local.

Neste sentido, destacamos a lição de Luís Alberto Blanchet (1999, p. 106) que também entende que frente a um objeto vultoso, somente haverá discricionariedade para a Administração, na escolha pela admissibilidade ou não do consórcio, se houver no mercado um número considerável de empresas capazes de executar o objeto da licitação. Caso contrário, ou seja, se dificilmente puder o objeto ser executado por empresas isoladas, não há como se justificar a opção pela proibição de consórcio. Assim, também, o valioso entendimento de Sundfeld (1995, p. 131) que conclui que, a despeito de não conter a Lei disposição expressa exigindo a admissão de consórcios, *“disso não deriva a total discricionariedade para a Administração decidir a respeito, pois a incidência do princípio da competitividade pode, nos casos concretos, determinar sua obrigatoriedade.”* E assevera, ainda, que *“na licitação, deve-se sempre buscar a máxima competitividade, através de condições que permitam a máxima afluência de licitantes. Por isso, sobretudo quando a contratação é de porte elevado ou envolve múltiplas especialidades, deve-se admitir o consórcio, viabilizando a participação de pessoas que, isoladas, não teriam capacitação suficiente para concorrer.”* (grifo nosso)

Por tudo que foi exposto, entendemos que, ante a amplitude ou complexidade do objeto licitado, especialmente quando for muito reduzido o número de empresas que isoladas poderiam executá-lo, a escolha do agente da Administração por incluir no Edital cláusula que vede a participação de empresas em consórcios constitui-se em fator que compromete, restringe ou frustra a competitividade do certame, ferindo com isto o princípio consagrado no art. 3º, inc. I, da Lei nº 8.666/93. A competitividade é condição essencial ao sucesso da licitação, daí é que a Lei exige o fracionamento do objeto, previsto nos art. 15, inc. IV e art. 23, § 1º, para ampliar o acesso das pequenas e médias empresas aos certames, ao mesmo tempo em que permite e favorece o consórcio, que cumpre o mesmo objetivo (SUNDFELD, 1995, p. 22).

Ademais, a exigência de execução globalizada nas licitações com objeto complexo, tenha ou não o mes-

mo natureza divisível, não veda a competitividade entre as empresas concorrentes, desde que o Edital permita a participação de empresas em consórcio que, em última análise, resulta no parcelamento das contratações, na inteligência harmônica das disposições contidas nos arts. 15, inc. IV e 23, § 1º, com redação do art. 33, todos da Lei nº 8.666/93, conforme já decidiu o Superior Tribunal de Justiça (ROMS nº 6.597/MS (95.0071453-1), em 16/12/89).

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A competitividade é a essência da licitação, é a medida do tratamento isonômico assegurado no Edital. Muitas das normas dispostas na Lei de Licitações têm em vista este objetivo: ampliar a competitividade, visando economicidade. Assim é o caso das normas dispostas nos arts. 15, inc. IV e 23, § 1º, da Lei de Licitações, que impõem o fracionamento do objeto de natureza divisível. Em se tratando de licitações de informática, além da natureza divisível do objeto, faz-se necessário avaliar a viabilidade técnica do fracionamento, posto que fatores de ordem técnica podem não recomendar a aquisição do objeto em parcelas. Há também outros institutos previstos na Lei de Licitações, tais como a subcontratação e o consórcio de empresas, que uma vez utilizados adequadamente podem ser a solução para evitar restrições ao caráter competitivo nas licitações de informática com objeto complexo e tecnicamente indivisível.

A utilização ou não desses institutos não pode ser vista como uma mera faculdade da Administração Pública, porque, a depender da amplitude do objeto em questão e das características do mercado, a subcontratação ou o consórcio de empresas deve ser recomendado. Daí porque entendemos que a interpretação dada aos arts. 72 e 78, inc. IV, bem como ao art. 33 da Lei de Licitações não pode ser literal e isolada, já que isto conduziria à conclusão equivocada de que a Lei abre amplo espaço à discricionariedade administrativa. O administrador, ao exercer a discricionariedade que lhe foi concedida por Lei deve, portanto, ter em vista os princípios basilares da licitação, buscando sempre condicioná-la à persecução do fim legal, e, em respeito ao interesse público, optar pela melhor solução para a coletividade, sem levar em consideração seu interesse particular ou sua comodidade.

4. BIBLIOGRAFIA

- BLANCHET, Luiz Alberto. **Licitação**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 1999.
- GASPARINI, Diógenes. Consórcio de empresas. **Boletim de Licitações e Contratos**, São Paulo, n. 12, p.p. 581-592, dez. 1999.
- ILC - Informativo de Licitações e Contratos. Análise dos pressupostos que tornam obrigatória a divisão do objeto em itens. Curitiba: Zênite, n. 10, p.p. 847-877, out. 2001. Seção Consulta em Destaque.
- JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 8. ed. São Paulo: Dialética, 2000.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 1999a.
- _____. **Licitação e contrato administrativo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1999b.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 2001a.
- MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **Eficácia nas licitações e contratos**. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.
- PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. **Comentários à Lei das licitações e contratações da administração pública**. 4. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Renovar, 1997.
- SUNDFELD, Carlos Ari. **Licitação e contrato administrativo**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.