

São Paulo, 26 de agosto de 2013.

Ao Departamento de Tecnologia e Informação
Sr. José Braz de Araújo

Ref.: Inexigibilidade – SAP Brasil Limitada

Parecer nº PJ 114/13

Prezados Senhores,

Consultam-nos V.S^{as}. acerca da possibilidade de contratação direta, por inexigibilidade de licitação, da empresa SAP Brasil Limitada para a prestação de serviços especializados de licenciamento e manutenção do software SAP *Business Objects Planning and Consolidation*.

Nessa oportunidade, propõe o Gerente do Departamento de Tecnologia da Informação a contratação, nos seguintes termos:

A EMAE utiliza atualmente o software SAP ERP para a realização de suas tarefas operacionais que atende às principais tarefas transacionais das áreas corporativas (financeira, recursos humanos e suprimentos) da Empresa. Entretanto, este software não possui a capacidade de tratamento e disponibilização de informações gerenciais e estratégicas necessárias para a gestão da Empresa, o que provôca demasiado dispêndio de tempo para a elaboração de planilhas eletrônicas que traduzem os dados obtidos do sistema transacional, com diversas inconsistências nas informações disponíveis.

A implantação de um sistema analítico voltado para a elaboração e acompanhamento orçamentário da EMAE, que contempla a realização de simulações e projetos de fluxo de caixa, demonstrativos de resultados e balanço patrimonial servirá para responder questões que os gestores têm ao tentarem buscar informações analíticas na base de dados operacionais tratada pelo SAP ERP.

Analisando as ferramentas disponíveis no mercado chegamos a conclusão que o produto SAP Business Objects Planning and Consolidation é o que mais atende às necessidades da Empresa por possuir completa integração com o SAP ERP já implantado na EMAE, possui uma plataforma centralizada para gerenciamento do ambiente tecnológico envolvido nesta solução, permitir criar guias de referências, possibilitando os usuários localizarem e interpretarem de maneira rápida a informação corporativa, possuir uma guia de processos, possibilitando ao usuário associar relatórios e análises de cada estágio do processo de previsão orçamentária e permitir a livre implementação de painéis de controle que atendam à filosofia de gerenciamento da empresa.

A empresa SAP AG é desenvolvedora do sistema de gestão empresarial SAP ECC e do software SAP Business Objects Planning and Consolidation, sendo a empresa SAP Brasil a única subsidiária no Brasil da empresa SAP AG autorizada a comercializar, distribuir e prestar serviços de manutenção e suporte em todo o território nacional destes softwares, conforme apresentado na Certidão ABES anexa.

Inicialmente, cumpre-nos esclarecer que a contratação pela EMAE com terceiros para obras, serviços - inclusive de publicidade-, compras, alienações, concessões, permissões e locações, devem ser precedidas de licitação, conforme o disposto no artigo 2º, da Lei Federal nº 8.666/93, nos seguintes termos:

Art. 2º.

As obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas nesta Lei. (...)

Diante do disposto no mencionado artigo, denota-se que, ressalvadas as hipóteses previstas na Lei Federal nº 8.666/93, a contratação com terceiros deve ser realizada mediante regular procedimento licitatório.

As ressalvas tratadas no dispositivo em questão referem-se aos artigos 24 e 25 desta lei, os quais indicam, expressamente, as hipóteses nas quais o procedimento licitatório é dispensável e inexigível, respectivamente.

Ocorre caso de inexigibilidade de licitação pública, em regra, quando verificada a ocorrência de (i) fornecedor exclusivo; (ii) contratação de serviços técnicos profissionais de natureza singular; (iii) contratação de serviços artísticos; (iv) contratação mediante credenciamento; e (v) contratação interadministrativa.

Ao agente administrativo só é lícito dispensar a licitação diante de expressa autorização legal; ao legislador, por sua vez, só é lícito autorizar a dispensa de licitação pública diante de hipótese fática capaz de sacrificar o interesse público ou de impor-lhe gravame desmedido.

Em consideração à situação acima narrada e à base normativa citada, analisaremos a possibilidade de contratação direta, por inexigibilidade de licitação, nos termos do art. 25, inciso I, da Lei Federal nº 8.666/93.

O artigo 25, inciso I, da Lei Federal nº 8.666/93 assim dispõe:

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.”

(g.n.)

De acordo com a disposição acima transcrita, cuja enumeração é exemplificativa, denota-se que o pressuposto fático da inexigibilidade é, indubitavelmente, a **inviabilidade de competição**, sendo, no presente caso, conjugado com a notória especialização da empresa e a singularidade dos serviços.

Serviços singulares são aqueles que, para a sua execução, demandam do executor, além da sua normal habilitação técnica e profissional, conhecimentos profundos na área de atuação.

Conforme preleciona o ilustre jurista MARÇAL JUSTEN FILHO¹:

A modalidade mais evidente de inviabilidade de competição é aquela derivada da ausência de alternativas para a Administração Pública. Se existe apenas um único produto em condições de atender à necessidade estatal, não há sentido em realizar licitação. Seria um desperdício de tempo realizar a licitação (...) (g.n)

Noutros termos, a singularidade dos serviços, associada à inviabilidade de competição e à notória especialização, é que irá justificar a inexigibilidade do procedimento licitatório para a contratação de serviços técnicos especializados com profissionais ou empresas de notória especialização.

Segundo se depreende da justificativa da área técnica, a contratação da empresa SAP Brasil Limitada é imprescindível para a manutenção das atividades operacionais da empresa, especialmente nas áreas de finanças, suprimentos e recursos humanos.

¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, Dialética, 14ª Edição, p. 360 e 361.

A exclusividade da SAP para o fornecimento do módulo virtual que se pretende implantar na EMAE, nos termos da justificativa da área, é comprovada por meio da anexa Certidão nº 130301/23.759, emitida pela Associação Brasileira das Empresas de Software - ABES, declarando que a empresa SAP Brasil Limitada executa esse tipo de serviço com exclusividade, conforme atestado emitido em 13/03/2012, válido por 180 (cento e oitenta) dias, até 01/03/2013, nos seguintes termos: “(...) Certifica mais, que documentos devidamente firmados em seu poder atestam que a SAP BRASIL LTDA é a ÚNICA subsidiária no Brasil da empresa SAP AG, autorizada a comercializar, distribuir, bem como prestar serviços de manutenção e suporte em todo o território nacional, nos termos do Contrato “Software Distribution Agreement” firmados entre as partes, aos programas de computador abaixo listados: SAP BUSINESS OBJECTS ENTERPRISE PERFORMANCE MGMT (EPM) SOLUTIONS (BA&T) – BA&T SAP Business Objects Plan. & Cons., SAP Netweaver Platf Acc. Comp.” (g.n.)

Logo, a empresa SAP Brasil Limitada é prestadora exclusiva, em todo o território nacional, do tipo de serviço pretendido pela Empresa Metropolitana de Águas e Energia - EMAE, situação que revela a ausência de opções para a Administração Pública realizar o procedimento licitatório, inviabilizando, por essa razão, a competição que objetiva a lei.

Por oportuno, importante trazer à colação alguns julgados do Egrégio TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO que esclarecem a questão:

(...) Observo que a inexigibilidade foi tecnicamente fundamentada no artigo 25, I, da lei de Licitações, sendo sua justificativa plenamente aceitável em razão da contratada ser fornecedora exclusiva do objeto do ajuste. (TC nº 2 36471/026/10, Conselheiro Relator Robson Marinho, de 22/02/11) (g.n.)

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 à adoção das providências necessárias para confirmar a veracidade da documentação comprobatória da condição de exclusividade. (TC nº 0633-10/10-P, Conselheiro Relator Ministro José Jorge, de 31/03/10) (g.n.)

(...) O ajuste se fez com inexigibilidade de licitação, com fundamento no artigo 25, I, da Lei nº 8.666/93.

Na fls. 13 está certidão da ABES – ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE EMPRESAS DE SOFTWARE.

Atesta que a contratada é a única “desenvolvedora e detentora dos direitos autorais e de comercialização” em todo o território nacional do programa para computador EDUCANDUS (...)

Determinei a audição da digna SDG que enfatizou que a contratada detém a exclusividade dos direitos autorais e de comercialização dos softwares educacionais e respectivas licenças em apreço e, nos autos do TC-40169/026/01, figurou também como fornecedora exclusiva do referido material, tendo o procedimento sido julgado regular. (...) (TC nº 018171/026/05, Conselheiro Relator Cláudio Ferraz de Alvarenga, de 25/04/08) (g.n.)

Por fim, cabe ressaltar os ensinamentos do saudoso professor HELY LOPES MEIRELLES², *in verbis*:

(...) a licitação é inexigível em razão da impossibilidade jurídica de se instaurar competição entre eventuais interessados, pois não se pode pretender melhor proposta quando apenas um é proprietário do bem desejado pelo Poder Público ou reconhecimento capaz de atender às exigências da Administração no que concerne à realização do objeto

²LOPES MEIRELLES, Hely. *Direito Administrativo Brasileiro*, Malheiros, 35ª Edição, 287.

em contrato. (...) Para a Administração, a exclusividade do produtor é absoluta e afasta sumariamente a licitação em qualquer de suas modalidades. (g.n.)

Pelas razões acima enumeradas, reputamos atendidas as exigências dispostas em lei para que seja realizada a contratação direta, por inexigibilidade de licitação da empresa SAP Brasil Limitada, para o fim exclusivo almejado na justificativa que instrui a consulta.

Todavia, em que pese a autorização legal para a inexigibilidade do procedimento licitatório, como vimos de ver, ainda assim se faz necessário que V.S^{as}. observem, no que couber, as regras estabelecidas no artigo 26, parágrafo único, da susomencionada legislação.

Pelo exposto, com fulcro nos artigo 25, inciso I, da Lei Federal nº 8.666/93, entendemos cabível, s.m.j., a contratação direta, por inexigibilidade de licitação, da empresa SAP Brasil Limitada para a prestação de serviços especializados de licenciamento e manutenção do software SAP *Business Objects Planning and Consolidation*.

É o parecer.

Atenciosamente,


Vanessa Ribeiro
OAB/SP 296.249

De acordo.


Pedro Eduardo Fernandes Brito
Gerente do Departamento Jurídico