



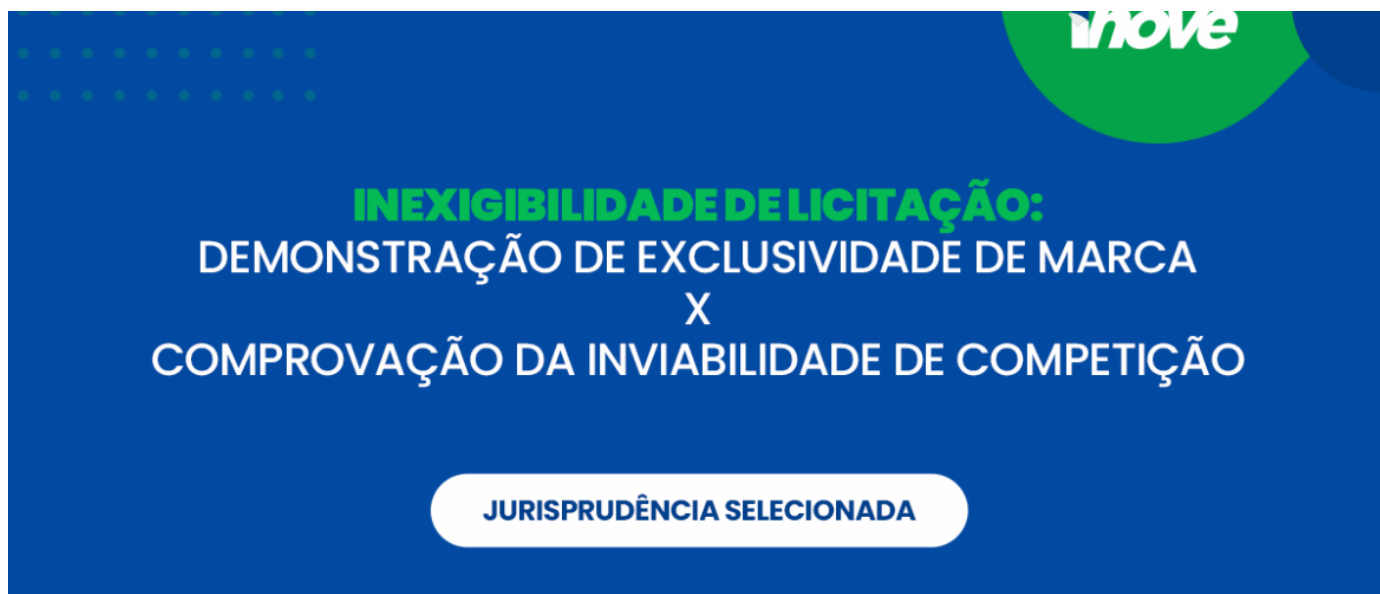
(<https://inovecapacitacao.com.br/>)

# INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO: DEMONSTRAÇÃO DE EXCLUSIVIDADE DE MARCA X COMPROVAÇÃO DA INVIABILIDADE DE COMPETIÇÃO

🕒 15 de junho de 2021    👤 Postado por: Inove

🚩 Categoria: Conteúdos (<https://inovecapacitacao.com.br/categoria/conteudos/>)

💬 Nenhum comentário (<https://inovecapacitacao.com.br/inexigibilidade-de-licitacao-demonstracao-de-exclusividade-de-marca-x-comprovacao-da-inviabilidade-de-competicao/#respond>)



**Acórdão 6.875/21 – Segunda Câmara do TCU**

**Relator:** Ministro André de Carvalho

**Data da Sessão:** 27/04/2121

**Assunto:**

Representação, com pedido de cautelar suspensiva, formulada por (...) (... ME) sobre os indícios de irregularidade na condução do Processo Administrativo (...)/2019 pelo (...) de São Paulo (...) para a subsequente contratação, por inexigibilidade de licitação, da empresa (...) Ltda., por meio do Contrato de Prestação de Serviços (...)/2020, para fornecimento de ambiente virtual de aprendizagem (LMS – Learning

Management System) de código aberto, SaaS, nativo em nuvem, com serviços de manutenção, hospedagem, monitoramento, suporte técnico, treinamento de equipes técnicas, provisionamento automático, serviços de atualização "sem as mãos", para capacitação dos alunos do ensino superior da escola (...) sob o valor global de R\$ (...).

### Sumário:

REPRESENTAÇÃO. (...). SERVIÇOS DE TIC. **CONTRATAÇÃO DIRETA POR INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO**. PEDIDO DE CAUTELAR SUSPENSIVA. **IMPOSSIBILIDADE DE USO DA PREFERÊNCIA DE MARCA COMO LEGÍTIMA MOTIVAÇÃO PARA A INVIABILIDADE DE COMPETIÇÃO**. CONHECIMENTO. PARCIAL PROCEDÊNCIA. PREJUÍZO AO PEDIDO DE CAUTELAR SUSPENSIVA. DETERMINAÇÃO. CIÊNCIA PREVENTIVA E CORRETIVA. ARQUIVAMENTO.

### Acórdão

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de representação, com pedido de cautelar suspensiva, formulada por (...)

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão da 2ª Câmara, ante as razões expostas pelo Relator, em:

9.1. conhecer da presente representação, por atender aos requisitos de admissibilidade previstos nos arts. 235 e 237, VII, do RITCU, para, no mérito, assinalar a sua parcial procedência, diante dos elementos de convicção até aqui obtidos pelo TCU;

9.2. anotar, como prejudicado, o pedido de cautelar suspensiva, diante do presente julgamento de mérito do feito;

9.3. determinar, nos termos do art. 250, II, do RITCU, que o (...) se abstenha de promover a próxima prorrogação do subsequente contrato e, para tanto, deve providenciar a futura e tempestiva licitação por intermédio, preferencialmente, do pregão com a efetiva indicação, no respectivo termo de referência, dos parâmetros objetivos de funcionamento do ambiente virtual de aprendizagem, para a superveniente contratação do aludido serviço em substituição ao atual Contrato de Prestação de Serviços (...)/2020 assinado em (...), **diante da falha na atual contratação direta pela ausência de adequada motivação sobre a suposta inviabilidade de competição a partir da exclusividade no fornecimento da correspondente marca, pois essa exclusividade no fornecimento da marca não figuraria como a exclusividade do fornecedor, não servindo, assim, para a suposta inexigibilidade de licitação, ante a evidente dissonância com os princípios administrativos da transparência, impessoalidade, motivação e ampla competitividade no certame, além da busca da proposta mais vantajosa para a administração**, ao passo que a atual empresa contratada não teria o eventual direito subjetivo à superveniente prorrogação do atual contrato público, mas apenas a mera expectativa de direito sobre essa medida, já que a futura prorrogação contratual estaria sob a evidente discricionariedade da administração pública, não merecendo, todavia, essa prorrogação ser promovida diante da referida **falha na contratação direta por inexigibilidade de licitação**;

(...)

*Análise Técnica*

Os principais indícios de irregularidades apontados na representação, sobre os quais repousaram as oitivas efetivadas junto ao (...) e à empresa (...), podem ser resumidos na possível **escolha injustificada de marca para aquisição de produto pela Entidade**, que culminaram nos questionamentos relacionados nos parágrafos desta instrução: 2.1 (**existência de outras empresas no mercado que fornecem o serviço de ambiente virtual de aprendizagem**), 2.2 (escolha da ferramenta "AVA/LMS CANVAS" sem o devido embasamento técnico), 2.3 (exigências de características sem justificativas), 2.9 (**não foi demonstrada a inviabilidade de competição necessária para a contratação por inexigibilidade**).

(...)

**Voto:**

(...)

8. Bem se vê que o principal argumento do (...) para a inexigibilidade da licitação residiria na **suposta exclusividade** do fornecimento do ambiente virtual para a aprendizagem em LMS – Learning Management System pela "AVA/LMS CANVAS" junto à Instructure Licenciamento de Software Ltda.; não tendo o (...) promovido, no entanto, a **efetiva demonstração sobre a inexistência de outros produtos semelhantes com vistas, assim, a resultar na verdadeira evidenciação da suposta inviabilidade de competição**.

9. Teria subsistido no aludido processo de inexigibilidade, então, a **falha pela inadequada caracterização da contratada como fornecedora exclusiva do serviço**, ante a insuficiência de efetivas justificativas para a indicação da "CANVAS", como marca, até porque o certificado emitido pela ABES Software **não atestaria a exclusividade do fornecimento do serviço de ambiente virtual para a aprendizagem, mas tão-somente a exclusividade sobre a negociação da respectiva marca** (...).

10. A jurisprudência do TCU até possibilitaria a indicação de marca na contratação de bens ou serviços em sintonia, entre outros, com o Acórdão 2206/2014-TCU-Plenário (<https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/doc/acordao-completo/2206/2014/Plen%C3%A1rio>), mas essa possibilidade, por óbvio, figuraria como excepcionalidade em face do consolidado regramento pela não-indicação da marca, devendo essa indicação de marca ficar expressamente vedada, no entanto, para funcionar como aceitável motivação (justificativa) em prol da inexigibilidade de licitação.

11. Não por acaso, em sintonia com os princípios administrativos da transparência, impessoalidade e ampla competitividade no certame, o art. 25, I, da Lei n.º 8.666, de 1993, estabeleceria, como foco para o subjacente princípio da motivação, o seguinte parâmetro técnico:

(...)

13. Por conseguinte, diante da **fragilidade dessas justificativas para a aludida inexigibilidade de licitação a partir da suposta inviabilidade de competição pela mera indicação da referida marca**, o TCU deve prolatar a correspondente determinação no sentido de a administração abster-se de promover a eventual prorrogação do subsequente contrato, devendo providenciar a futura e tempestiva licitação por intermédio, preferencialmente, do pregão, com a efetiva indicação no respectivo termo de referência dos parâmetros objetivos de funcionamento do ambiente virtual de aprendizagem, para a superveniente contratação em substituição ao aludido Contrato de Prestação de Serviços (...)/2020 assinado em (...).

14. Bem se sabe, aliás, que, para o envio dessa determinação, o TCU não necessitaria de promover a prévia oitiva da eventual contratada, até porque a correspondente empresa não teria o eventual direito subjetivo à superveniente prorrogação do aludido contrato público, mas apenas a mera expectativa de direito sobre essa medida, já que a futura prorrogação contratual estaria sob a evidente discricionariedade da administração pública, não merecendo, todavia, essa prorrogação ser promovida diante da referida **falha na contratação direta pela ausência de robustas justificativas sobre a criação dessa suposta inviabilidade de competição a partir da exclusividade no fornecimento da marca, pois a exclusividade no fornecimento da marca não figuraria como a exclusividade do fornecedor, não servindo, desse modo, para a suposta inexigibilidade de licitação, ante a evidente dissonância com os princípios administrativos da transparência, impessoalidade e ampla competitividade no certame, além da busca por proposta mais vantajosa para a administração.**

Uma empresa focada no desenvolvimento e aperfeiçoamento das habilidades de seus clientes: geramos valor para as pessoas e sucesso para carreiras do setor público.

## Inove Capacitação

Sobre nós

Capacitação online

Soluções

Palestrantes

Contato

Notícias

Share:

**Fale com a gente**

**(41) 3618-9954**

**contato@inovecapacitacao.com.br**

Atendimento das 9h às 18h (dias úteis)

**Inove Capacitação © 2021**

R. Delegado Leopoldo Belczak, 2783 - Cristo Rei, Curitiba - PR



(<http://www.facebook.com/InoveSolucoesemCapacitacao>)

([https://www.instagram.com/inovecapacitacao\\_/](https://www.instagram.com/inovecapacitacao_/))

(<https://pt.linkedin.com/company/inove-capacitacao>)

(<https://www.youtube.com/inovecapacitacao>)

([https://api.whatsapp.com/send/?phone=5541995514496](https://api.whatsapp.com/send?phone=5541995514496))