

AUTOS DO PROCESSO DE N. 1.058.913 - 2019 (DENÚNCIA)

ÓRGÃO DENUNCIADO: SECRETARIA DE ESTADO DA FAZENDA/MG -

I - Relatório

Tratam os autos de **Denúncia** formulada a esta Corte de Contas pela empresa **M.I. MONTREAL INFORMATICA S.A.**, em face do edital de **Concorrência n. 1191001 - 45/2018**, tipo técnica e preço, realizado pela **Secretaria de Estado da Fazenda/MG**, cujo objetivo é a contratação de fornecedor especializado na prestação de serviços técnicos de informática para a SEF/MG, sob demanda, no valor estimado de R\$32.807.707,50 (trinta e dois milhões, oitocentos e sete mil, setecentos e sete reais e cinquenta centavos).

Alega a Denunciante a existência de ilegalidades no edital, em resumo: indevida determinação de remuneração mínima; ausência de orçamento e planilhas; ilegalidade de critério de pontuação, requerendo a suspensão liminar e a declaração de nulidade do certame.

Recebida a documentação em 26/02/2019, o Conselheiro-Presidente Mauri Torres determinou sua autuação e distribuição, em despacho de fl. 167.

Distribuídos os autos ao Sr. Conselheiro Substituto Victor Meyer, fl.168, este entendeu ser necessária a oitiva prévia dos responsáveis para apresentação de esclarecimentos e, sob pena de multa (fl. 169):

Cumpram-se, de acordo com o site da SEF/MG, o último ato do certame, ocorrido em 27/02/2019, foi a sessão pública de abertura das propostas técnicas, não havendo óbice, assim, para que se proceda à oitiva dos responsáveis nesse momento.

Desse modo, como medida de instrução processual, encaminho os autos à **Secretaria da Segunda Câmara** a fim de que intime, por *e-mail* e *fac-símile*, o senhor Gabriel Albino Ponciano Nepomuceno, superintendente de Planejamento, Gestão e Finanças da SEF/MG e subscritor do edital ora examinado, para que, **no prazo de 72 (setenta e duas) horas**, apresente esclarecimentos acerca dos fatos denunciados, bem como encaminhe cópia de toda a documentação relativa às fases interna e externa da licitação, inclusive de eventual contrato, caso já tenha sido assinado.

Após, determinou que retornassem os autos conclusos.

Os responsáveis foram regularmente intimados, conforme fl. 170/172 e, em seguida, o Superintendente de Planejamento, Gestão e Finanças da SEF, Sr. Gabriel

Albino Ponciano Nepomuceno, encaminhou documentação, precedida de Nota Técnica, juntadas às fl. 173/250 dos autos.

Conclusos, o Relator determinou o encaminhamento dos autos a esta Coordenadoria para exame técnico (fl. 253).

Em cumprimento à determinação de fl.253, passa-se à análise da documentação acostada aos autos em face da denúncia.

II - Da documentação apresentada pelo responsável

O responsável fez juntar a documentação que segue:

- Nota Técnica n. 4/SEF/SPGF/JURÍDICO/2019, fl. 173/185;
- decisão em mandado de segurança da 3ª. Vara da Fazenda Pública e Autarquias da Comarca de BH, impetrado pela ora denunciante contra a SEF, fl. 186/188;
- ata de reunião de julgamento de propostas técnicas da Concorrência n. 1191001 - 45/2018 - SEF/MG e divulgação do resultado, fl. 190/205;
- cópia de Convenção Coletiva de Trabalho da categoria dos empregados em empresas de processamento de dados, fl. 206/213;
- cópia de edital do Tribunal de Contas da União, de mesmo objeto, fl. 214/249;
- CD onde vieram constar as cópias dos documentos relativos ao procedimento licitatório da Concorrência n. 1191001 - 45/2018 da SEF, em cinco volumes, a saber, fl. 250:
 - solicitação do serviço pela Diretora de Governança Tecnológica da SEF à Diretoria de Compras, fl. 2;
 - Projeto Básico, fl. 3/97;
 - relatório do pedido de compra, fl. 98;
 - mapa comparativo de preços cotados junto a quatro empresas, fl. 99/100;
 - cotações, fl. 101/109;
 - minuta de edital da Concorrência, fl. 110/157;
 - solicitação de esclarecimentos e respostas, fl. 157/207;
 - minuta de edital, fl. 209/270;
 - questionamentos internos da SEF a propósito do edital, fl. 271/273;

- cópia de lei que dispõe sobre cooperativismo, fl. 274/284;
- correspondências internas, fl. 285/289;
- delegação de competências, fl. 290;
- resposta a questionamentos, fl. 291/297;
- parecer jurídico, fl. 298/314;
- minuta do edital substituída, fl. 315/376;
- ofício da Câmara de Orçamento e Finanças do Governo do Estado aprovando a contratação, fl. 377;
- declaração da existência dos recursos necessários, fl. 378;
- comunicação de ajustes no edital e minuta aprovada pela AJ/SEF, fl. 379;
- correspondência interna sobre ajustes a serem feitos no edital, fl. 380/385;
- minuta do edital substituída, fl. 386/447;
- portaria de nomeação de Comissão Especial de Licitação para a Concorrência n. 1191001 - 45/2018, fl. 448;
- correspondência interna sobre ajustes a serem feitos no edital, fl. 449/456;
- autorização para abertura da licitação pelo Superintendente de Planejamento, Gestão e Finanças, fl. 457;
- correspondência interna, fl. 458;
- publicação do aviso do edital no jornal “Minas Gerais”, no jornal “O Tempo” e no portal de compras governamental, fl. 459/460; 465 e 467;
- relatório de detalhes do processo de compras, SIAD, fl. 461/462;
- correspondência interna, fl. 463/464; 466; 558/560;
- solicitação e recibo de retirada do edital, fl. 468/471; 561
- pedidos de esclarecimento e resposta, fl. 472/491; 581/591; 592/616;
- cópia do edital, assinado pelo Superintendente e pela Assessora Jurídica, fl. 492/553;
- alterações no edital em virtude de pedidos de esclarecimento e publicação de retificações, fl. 554/557; 560;
- solicitação de esclarecimento pela ora Denunciante, solicitando a inclusão de critério de pontuação, no edital, da exigência da Certificação CMMI-DEV, fl. 562/564;
- resposta da Administração, fl. 565/580;

- solicitação de vista dos autos pela ora Denunciante, fl. 617;
- impugnação ao edital pela ora Denunciante, acompanhado de documentação da empresa impugnante, fl. 618/702;
- resposta da Administração negando provimento à impugnação, fl. 708/713;
- credenciamento da empresa CAPGEMINI BRASIL S.A., fl. 720/775;
- credenciamento da empresa M. I. MONTREAL INFORMATICA S.A., fl. 776/858;
- documentos de habilitação da empresa CAPGEMINI BRASIL S.A., fl. 859/1.116;
- documentos de habilitação da empresa M. I. MONTREAL INFORMATICA S.A., fl. 1.117/1.276;
- Ata de abertura dos documentos de habilitação em 12/02/2019, fl. 1.277/1.278;
- Ata de julgamento dos documentos de habilitação em 13/02/2019, fl. 1.277/1.279;
- publicação dos resultados da habilitação, fl. 1.280/1.282;
- convocação para abertura de envelopes de propostas técnicas, fl. 1.283;
- proposta técnica da empresa CAPGEMINI BRASIL S.A., fl. 1.284/1.655;
- proposta técnica da empresa M. I. MONTREAL INFORMATICA S.A., fl. 1.656/1.802;
- Ata de abertura das propostas técnicas em 27/02/2019, fl. 1.803/1.804;
- diligências, fl. 1.805/1.832;
- Ata da reunião de julgamento das propostas técnicas em 11 e 12/03/2019, fl. 1.233/1.847.

III – Da análise da documentação apresentada pelo responsável em face da denúncia

3.1 Sobre a exigência de remuneração mínima, violando o artigo 40, X, da Lei Federal n. 8.666/93.

Razões da Denunciante:

Alega a Denunciante que o edital da Concorrência n. 1191001 - 45/2018 da Secretaria de Estado da Fazenda, ao prever que a empresa vencedora prestará serviços

de informática a serem pagos mediante “horas-atividade”, com a descrição das funções, atividades, estimativa e valor mínimo de salários dos prestadores de serviço - base de cálculo da hora atividade, estaria violando os princípios da competitividade e da obtenção da proposta mais vantajosa (fl. 03/04).

Transcreve o item 3 do edital que faz referência a texto do Anexo, que por sua vez traz tabela contendo a remuneração de 297 funções, dando destaque às cinco últimas funções, sobre as quais incidirão reajustes programados. Afirma não haver respaldo legal para a fixação de piso remuneratório.

Diz que a Lei de Licitações veda expressamente o estabelecimento de fixação de preço mínimo em editais (artigo 40, X), cita doutrina que indica o artigo 3º desta lei como norteador de qualquer edital, e ainda afirma que nem assim ficam garantidas a dignidade da remuneração nem a qualidade dos serviços. E (fl. 06):

26- A fixação, no edital de licitação, de valor mínimo para remuneração de prestadores de serviço praticamente retira a margem de variação a menor das propostas de preços a serem ofertadas, uma vez que a remuneração da mão-de-obra, em regra, tem um altíssimo peso no custo total desses contratos.

...
NÃO HÁ DE SE PERDER DE VISTA QUE O CONTRATO LICITADO É ESSENCIALMENTE DE LOCAÇÃO MÃO DE OBRA, E EM HAVENDO A PREDETERMINAÇÃO DA REMUNERAÇÃO DOS FUNCIONÁRIOS, A CONCORRÊNCIA NO MODO “TÉCNICA E PREÇO” RESTA PREJUDICADA, EIS QUE O PREÇO SERÁ O MESMO PARA TODOS, FERINDO OS PRINCÍPIOS DA LIVRE CONCORRÊNCIA E VANTAGEM ECONÔMICA DA ADMINISTRAÇÃO. (sic)

Cita ainda a Constituição Federal, quando aborda o princípio da isonomia, e jurisprudência do Tribunal de Contas da União (fl. 07). E afirma:

34- E a manutenção dos valores mínimos – que é o que deverão praticados por todos os proponentes, já que altíssimos e acima do preço de mercado – inviabilizará na prática, a própria concorrência, eis que a mesma é da modalidade “preço e técnica”, e sendo que o preço será o mesmo para todos, restará a diferença na técnica, o que caracteriza uma vantagem indevida ao fornecedor do contrato.

Razões da Denunciada:

Em suas justificativas, afirma a Administração (fl. 174):

Tal regra editalícia visa preservar a qualidade da mão-de-obra e dos serviços prestados, evitando a rotatividade dos profissionais alocados no projeto, o que poderia prejudicar significativamente a manutenção e, principalmente, o desenvolvimento dos sistemas de Tecnologia de Informação – TI existentes ou em fase de implementação, em detrimento do serviço prestado pela SEF/MG e do interesse público.

Aduz experiências anteriores a 2011, em que a Administração firmou contratos sem previsão salarial mínima o que resultou em vários problemas, pois causava grande rotatividade dos profissionais, a incapacidade das empresas em prestar serviços com a experiência exigida pela SEF/MG (devido a salários mais baixos que o mercado) e também problemas relacionados a prestadores de serviço recebendo salários diferentes dentro da mesma empresa, cobrando o mesmo custo do serviço da SEF/MG e executando a mesma função, no mesmo nível de exigência.

A exigência não criaria obstáculo à competição, já que todos os participantes deveriam cumprir o mesmo requisito e (fl. 175):

A determinação da remuneração mínima no Edital é utilizada nos Editais da SEF desde 2011 e tais valores foram obtidos com base em pesquisas de mercado efetuadas previamente e calcadas tanto em dados obtidos junto a associações e sindicatos de cada categoria profissional, como em informações divulgadas por outros órgãos públicos que contrataram o mesmo tipo de serviço (como o edital TCU PE 73/2016). No caso da presente contratação, foi utilizado como referência para remuneração mínima o valor estipulado no Edital de 2017, aplicados os índices de reajuste da convenção coletiva de 2017 (1,8%) e a estimativa feita para 2018 (2,0%), em anexo.

Cita três editais anteriores da SEF/MG para o mesmo objeto, os de 2011, 2013 e 2017, que geraram contratos com três diferentes empresas e que tiveram a mesma previsão de remuneração mínima; e que a escolha da modalidade técnica e preço vem justamente com a finalidade de se obter proposta mais vantajosa em qualidade, e não só pelo preço. Que a empresa denunciante já participou de dois certames anteriores, ocasião em que não ofertou este questionamento. Que busca o princípio da eficiência, em consonância com o artigo 3º da Lei de Licitações. Que a Superintendência de Informática do órgão, com base em experiência anterior em que o piso salarial não era exigido, revelou-se incapaz de cumprir o objeto com qualidade.

Cita doutrina a respeito de observância de pisos salariais mínimos em licitações (fl. 176). Além do que os salários representam apenas uma parcela do preço, um dos elementos formadores dele, portanto, o estabelecimento de piso salarial não de choca com o artigo 40 (inciso X) da Lei de Licitações, e cita entendimento do Tribunal de Contas da União em diferentes acórdãos, no sentido de que o nível salarial da equipe interfere diretamente na qualidade do serviço prestado (fl. 177/178).

Faz ainda referência ao artigo 44, § 3º da Lei de Licitações e combate a afirmação da denunciante quanto à declaração sem fundamento do que seja “preço altíssimo” e “preço de mercado”.

Ao final informa, ainda, que a denunciante impetrou mandado de segurança com os mesmos argumentos em processo perante a 3ª Vara da Fazenda Pública e Autarquias, para o qual não foi concedida liminar, anexando os documentos respectivos; que neste pedido não foi incluída a declaração de nulidade do procedimento; que ele prosseguiu, tendo sido habilitadas duas empresas, uma delas a ora denunciante, e adiciona vários anexos: cópia integral do procedimento, planilha, cópia do mandado de segurança e das informações da autoridade coatora, ata de julgamento e sua publicação, convenção coletiva, cópia de edital do TCU.

Análise

Em decisão sobre pedido de liminar em mandado de segurança n. 5020763-61.2019.8.13.0024, o Juiz da 3ª Vara da Fazenda Pública e Autarquias da Comarca de Belo Horizonte indeferiu-o e solicitou informações da SEF/MG, cópia anexada às fl. 186/188.

A Administração informa que o procedimento se encontra, em 15/03/2019, em fase de recurso sobre o julgamento das propostas técnicas, após publicação no “Minas Gerais”, em que duas empresas foram habilitadas, a Denunciante, que obteve a pontuação 49,50, e o índice técnico de 5,38; e a empresa CAPGEMINI BRASIL S/A, que obteve a pontuação 92,00, com índice técnico de 10,00 (fl. 190/204v).

Em consulta ao *site* do Portal de Compras do Governo Estadual¹, verifica-se que foram interpostos recursos tanto pela Denunciante, M.I. MONTREAL INFORMATICA S.A., quanto pela CAPGEMINI BRASIL S/A, ambas habilitadas no certame, não se obtendo, entretanto, acesso às razões recursais.

A Denunciante mostra-se irresignada contra disposição constante do item 3 do Projeto Básico, Anexo II ao edital (fl. 112):

3. REMUNERAÇÃO SALARIAL MÍNIMA

O Anexo V apresenta tabela de perfis, em regime de contratação baseado na Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, contendo a remuneração mínima a ser paga aos profissionais do fornecedor que sagrar-se vencedor

¹ http://www.compras.mg.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=1056:aviso-de-concorrancia-concorrancia-no-452018-contratacao-de-fornecedor-especializado-na-prestacao-de-servicos-tecnicos-de-informatica-sef&catid=21&Itemid=112.

do certame e for contratado, visando preservar a qualidade da mão-de-obra e dos serviços prestados, evitando a rotatividade dos profissionais alocados no projeto, o que poderá prejudicar significativamente a manutenção e, principalmente, o desenvolvimento dos sistemas de Tecnologia da Informação – TI existentes ou em fase de implementação, em detrimento do serviço prestado pela SEF/MG e do interesse público.

A tabela de remuneração salarial mínima a que se refere o item acima citado contém o serviço e a remuneração proposta para 297 funções, pela Administração (veja-se fl. 121/128), e pretende-se ter havido violação à legalidade, à busca pela proposta mais vantajosa e à competitividade. A proposta mais vantajosa ficaria comprometida, porque não se atingiria o melhor custo-benefício, retirando-se a margem de variação a menor no momento da negociação das propostas pelos licitantes.

Entende a Denunciante que constitui ingerência da Administração quanto à necessidade da adoção de piso salarial para as diferentes funções dos trabalhadores em informática no projeto.

Inicialmente, cumpre aqui registrar, diante dos argumentos da denunciante e das regras editalícias, que o modelo de contratação adotado pela Administração se mostra obscuro, vez que prevê no objeto que a contratação do serviço técnico de informática será por demanda, mas no corpo do edital vislumbra-se uma contratação com característica de terceirização, que é de natureza continuada, o que compromete a compreensão do objeto e a formulação de propostas pelos licitantes.

O formato da contratação terceirizada difere do formato da contratação sob demanda, vez que naquela se contrata uma empresa interposta para a prestação do serviço, no qual se admite a definição de remuneração mínima na planilha de composição de custos e formação de preços, o que se verifica às fl.121/128. Na planilha de serviço terceirizado estão incluídos valores referentes ao salário, encargos sociais, vale-transporte, ticket alimentação/refeição, lucros e despesas indiretas, tributos sobre o faturamento, além de outras despesas. Já na contratação sob demanda, definida no objeto da contratação em tela, fl.44, contrata-se uma empresa que irá prestar o serviço diretamente à Administração sendo que o pagamento será por medição, observado o resultado.

De mais a mais, em se tratando de contratação terceirizada não é cabível o regime de empreitada por preço unitário, conforme expresso no preâmbulo do edital,

fl.43; enquanto que, no caso de contratação sob demanda, mostra-se cabível a adoção do referido regime.

Diante da obscuridade da contratação em tela, vislumbra-se várias irregularidades, inclusive quanto à formação do preço, que carece de razoabilidade, e também quanto a fixação da remuneração mínima no edital, uma vez que, em se tratando de terceirização, cabe à Administração definir o salário que irá compor a planilha de custos, sendo estes previamente definidos, pertinente, portanto, neste caso o julgamento pelo menor preço global.

De outra sorte, na contratação sob demanda, não cabe à Administração interferir na remuneração, o que seria uma ingerência na empresa, a quem caberá arcar com os custos da remuneração dos seus funcionários por ser um custo seu, o que, é claro, poderá ser considerado na sua proposta.

Todavia, em se considerando que a contratação em tela é uma terceirização, passa-se à análise das razões apresentadas na denúncia.

Quanto à fixação de remuneração mínima questionada pela denunciante, registre-se que, conforme orientação prolatada em norma federal, este não é o entendimento predominante. Cite-se, a título de referência, a Instrução Normativa n. 5, de 26/05/2017, que “dispõe sobre as regras e diretrizes do procedimento de contratação de serviços sob o regime de execução indireta, no âmbito da Administração Pública federal, autárquica e fundacional”, o Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, caracterizando os serviços terceirizados²:

Art. 5º É vedado à Administração ou aos seus servidores praticar atos de ingerência na administração da contratada, a exemplo de:

...

VI - definir o valor da remuneração dos trabalhadores da empresa contratada para prestar os serviços, salvo nos casos específicos em que se necessitam de profissionais com habilitação/experiência superior a daqueles que, no mercado, são remunerados pelo piso salarial da categoria, desde que justificadamente; e...

Atente-se que, neste caso, nem mesmo se conhece a remuneração da categoria, para que sejam analisados os pisos salariais adotados.

² <https://www.comprasgovernamentais.gov.br/index.php/legislacao/instrucoes-normativas/760-instrucao-normativa-n-05-de-25-de-maio-de-2017>

Em tese, o edital não infringiria a norma do artigo 40, inciso X da Lei de Licitações³, que veda a fixação de preços mínimos, já que o objeto em questão trata-se de serviço terceirizado, conforme enunciado do TCU⁴:

A fixação de remuneração mínima no edital somente é cabível, com restrições, nos casos de terceirização de mão-de-obra com alocação de postos de trabalho, sendo vedado tal procedimento quando os serviços prestados pelo contratado devam ser medidos e pagos por resultados.

Tem-se ainda outro entendimento do TCU⁵, a conferir:

... o juízo mais recente do Tribunal é de ser possível o estabelecimento de valores mínimos para os salários dos empregados, sem que ocorra, com isso, infração ao aludido dispositivo [Lei 8.666/93, art. 40, X], consoante o Voto condutor do Acórdão nº 256/2005 - Plenário ...

[...]

9. A controvérsia a respeito do presente processo reside também, com efeito, na extensão e alcance da interpretação do que seriam os 'preços mínimos' vedados por imposição legislativa. Julgo que o tema comporta maiores esclarecimentos, como bem o fez o nobre Ministro Marcos Vinícios Vilaça, pela necessidade de distinção a ser realizada entre a proibição legal do estabelecimento de preço mínimo e a fixação de patamar salarial relativo a serviço a ser prestado em contrato de terceirização.

10. Em primeiro plano, cumpre observar que o conceito de preço mínimo é bastante restrito. Nos editais da Câmara dos Deputados examinados por ocasião da auditoria, trata-se do preço final ofertado pelo licitante, o qual, via de regra, é composto pelo salário do profissional que irá executar o serviço, pelos encargos legais pertinentes, custos incorridos e pela margem de lucro da empresa.

[...]

12. Ora, o item serviço não é composto apenas pelo salário do empregado. Há outras variáveis que devem ser consideradas, como os custos diretos e indiretos incorridos pelo licitante, e a sua margem de lucro. Nesse ínterim, entendo que a prefixação de remuneração pretendida por aquela Casa Legislativa poderia ocorrer por meio do ajuste de um 'salário-paradigma', a ser pago a determinado profissional, o que não significaria, a meu ver, a fixação de preço mínimo vedada pela norma. Preço mínimo seria o todo, o item preço do serviço a ser contratado, comportando outros subitens, enquanto que tal salário, neste caso a remuneração a ser paga pela contratada aos empregados, seria uma das variáveis do preço do serviço.

13. Há, contudo, outros pontos que devem ser considerados no presente julgamento, como aduzido pelo recorrente. Trata-se da questão da proposta mais vantajosa e a satisfação do interesse público. Reconheço que existe, sim, a possibilidade de aviltamento dos salários dos terceirizados e conseqüente perda de qualidade dos serviços, o que estaria

³ Art. 40. O edital conterá no preâmbulo ... e indicará, obrigatoriamente, o seguinte: ...X - o critério de aceitabilidade dos preços unitários e global, conforme o caso, permitida a fixação de preços máximos e vedados a fixação de preços mínimos ...

⁴ Fonte: [https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/jurisprudencia-selecionada/*/KEY:JURISPRUDENCIA-SELECIONADA-](https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/jurisprudencia-selecionada/*/KEY:JURISPRUDENCIA-SELECIONADA-31698/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520COLEGIADO%2520asc%252C%2520ANOACORDAO%2520desc%252C%2520NUMACORDAO%2520desc/0/sinonimos%3Dfalse)

31698/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520COLEGIADO%2520asc%252C%2520ANOACORDAO%2520desc%252C%2520NUMACORDAO%2520desc/0/sinonimos%3Dfalse

⁵ Fonte: [https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/jurisprudencia-selecionada/*/KEY:JURISPRUDENCIA-SELECIONADA-](https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/jurisprudencia-selecionada/*/KEY:JURISPRUDENCIA-SELECIONADA-33928/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520COLEGIADO%2520asc%252C%2520ANOACORDAO%2520desc%252C%2520NUMACORDAO%2520desc/0/sinonimos%3Dfalse)

33928/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520COLEGIADO%2520asc%252C%2520ANOACORDAO%2520desc%252C%2520NUMACORDAO%2520desc/0/sinonimos%3Dfalse. Acesso em 28/03/2019

em choque com satisfação do interesse público. Nesse aspecto, no caso de uma contratação tipo menor preço, em que as empresas mantivessem os profissionais pagando-lhes apenas o piso da categoria, entendendo que não seria razoável considerar, apenas como vantagem a ser obtida pela Administração, o menor preço. Livres de patamares salariais, os empregadores, de forma a maximizar seus lucros, ofertariam mão-de-obra com preços de serviços compostos por salários iguais ou muito próximos do piso das categorias profissionais, o que, per se, não garantiria o fornecimento de mão-de-obra com a qualificação pretendida pela Administração. Sob esse prisma, entendendo que a qualidade e a eficiência dos serviços postos à disposição de órgãos públicos não pode ficar à mercê da política salarial das empresas contratadas.

14. Assim, proposta mais vantajosa não significa apenas preço mais baixo. Há que se considerar a tutela de outros valores jurídicos além do menor preço, como, por exemplo, o atendimento ao princípio da eficiência. Nada obstante, devo destacar que tal condição não abre caminho para contratação por qualquer patamar, como já ressaltado por esta Corte. O administrador continua obrigado a justificar os preços a que se propõe ajustar, e a demonstrá-los compatíveis também com as especificidades dos serviços que serão prestados e com os profissionais que irão executá-los.

[...]

16. Retornando ao tema central, julgo que a fixação do salário a ser pago pela licitante também não se revestiria em obstáculo à competitividade do certame, visto que todas as empresas partiriam de um mesmo patamar para apresentar suas propostas, que poderiam estar diferenciadas no tocante a outros custos incorridos pelo empregador e à margem de lucro que este se dispuser a aceitar na composição do preço do serviço. Por óbvio que nessas condições não haveria restrição à competitividade nem restaria prejudicada a possibilidade de seleção da proposta mais vantajosa, preservando-se, também, o interesse público, visto que por meio de um salário-paradigma poderiam ser contratados profissionais melhor qualificados.

17. Também não se pode olvidar que não compete a esta Corte de Contas interferir em questões privadas, de empregado e empregador, notadamente no que toca às garantias trabalhistas ou acordos coletivos. Entretanto, este Tribunal não pode ignorar o princípio da eficiência e o interesse público presente na contratação de mão-de-obra qualificada e na necessidade de se coibir a danosa rotatividade de mão-de-obra que tantos transtornos têm causado à Administração, além da conseqüente responsabilização trabalhista que tem recaído sobre os órgãos públicos contratantes, em razão do abandono dos empregados por seus empregadores, sem o devido pagamento de seus direitos e encargos, dadas as características peculiares das contratações com fins de terceirização.

18. Ante as considerações apresentadas, julgo que a fixação do salário-paradigma, como por exemplo, os valores já pagos em contratação anterior como remuneração aos empregados, atualizados, por certo, de forma a manter o poder aquisitivo dos valores ao tempo das respectivas contratações, pode se constituir em um referencial, como mencionado pelo ilustre administrativista citado no presente Voto, servindo para balizar as ofertas dos licitantes e para garantir a continuidade, qualidade e eficiência dos serviços prestados. Vale também frisar que o salário-paradigma é relativo aos valores recebidos pelo trabalhador, ser humano, não se confundindo com um valor de referência para coisas ou bens, como, por exemplo, o item serviço de um edital de licitação.

[...]

21. Ao arrimo do ensinamento exposto, considero que o aludido dispositivo da Lei de Licitações (art. 40, inciso X) não deve ser aplicado *Stricto sensu*, vez que não se apresenta completo em seu enunciado, mas, antes, deve este Tribunal considerar a dimensão do princípio da eficiência, sua aplicação ao caso concreto e o interesse público.

Está sendo afirmado pela SEF que: “a regra editalícia visa preservar a qualidade da mão-de-obra e dos serviços prestados, evitando a rotatividade dos profissionais”; que “a experiência da SEF em contratos sem previsão salarial mínima em anos anteriores a 2011 resultou em vários problemas a essa Secretaria”; que se trata de “valores praticados no mercado” e “tais valores foram obtidos com base em pesquisas de mercado efetuadas previamente e calcadas tanto em dados obtidos junto a associações e sindicatos de cada categoria profissional, como em informações divulgadas por outros órgãos públicos que contrataram o mesmo tipo de serviço”; e que foram estipulados “como referência os valores praticados no edital de 2017”, aplicada sobre estes o reajuste da Convenção Coletiva para aquele ano e o ano corrente, de 2018.

Como se pode extrair da leitura da Convenção Coletiva de Trabalho 2017/2019, válida para o Estado de Minas Gerais, anexada nos autos pela Administração às fl. 206/213, está sendo indicado o piso salarial de apenas três segmentos da categoria, por sinal bem inferiores aos praticados pela SEF (valores que remontam a R\$1.435,00 - para os que operam em cidades com população igual ou maior do que 100.000 habitantes; R\$1.353,00 - para os que operam em cidades com população menor do que 100.000 habitantes; R\$1.094,00 - para os que exercem atividades administrativas, fl. 206v), sendo que o Edital da Concorrência sob exame descreve 297 tipos de funções, com salários diferentes para cada uma delas e bem superiores aos constantes nesta Convenção (algumas delas beirando o patamar de R\$15.000,00).

Constatou-se, ainda, não existir regulamentação própria, em Convenção Coletiva de Trabalho, para cada uma das funções demandas pela Administração.

Isso posto, esta Unidade Técnica não poderá se ater a critérios técnicos para definição da remuneração mínima, por não ter *expertise* para tanto.

Dessa forma, sem perder o foco do apontamento anterior quanto à obscuridade da contratação, que antecede à questão da remuneração mínima, entende-se que os autos podem ser encaminhados à Diretoria de Tecnologia da Informação, a quem compete, nos termos da Resolução Delegada n. 01/2019:

X - exarar parecer nos processos de aquisição de soluções de TI demandadas por outras unidades do Tribunal a fim de afastar eventuais

incompatibilidades técnicas ou operacionais do produto ou serviço a ser adquirido com a infraestrutura de TI, ou com a política de desenvolvimento, implantação ou manutenção de tecnologia da informação do Tribunal;

Conclui-se, pois, pela regularidade da fixação de remuneração mínima para contratação de serviço terceirizado, mas não para a contratação de serviço sob demanda. Em razão da obscuridade do objeto em tela, entende-se que este não está claro, o que ofendo o disposto no art. 40, I, da Lei nº 8.666/93.

3.2 Sobre a ausência do orçamento e planilhas no edital, constituindo violação ao artigo 40, § 2º, II, da Lei Federal n. 8.666/93.

Razões da Denunciante:

Aponta a Denunciante que inexistem no edital sob exame as planilhas utilizadas para o alcance dos valores estipulados como remuneração mínima nos empregados da vencedora do certame, sendo que tais valores vão impactar diretamente no resultado da licitação, além de ela ficar restrita à técnica, sendo que o tipo escolhido foi o de “técnica e preço”. Isto, ao contrário do previsto no artigo 40, § 2º, II da Lei de Licitações (fl. 08).

Cita julgado do Tribunal de Contas da União a respeito da obrigatoriedade da inclusão no edital de orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários.

Razões da Denunciada:

Ao contrário do afirmado, diz a Administração que age com zelo e responsabilidade, respeitando a legislação. E que (fl. 179):

Não há obrigação legal de constar no edital os cálculos para formação de preços relativos à remuneração salarial mínima e, ainda que a denunciante tivesse interesse em ter acesso a tais dados, poderia tê-lo feito através de questionamentos e por meio da própria impugnação feita por ela e que sequer mencionou os pontos aqui discutidos.

E acrescenta (fl. 179):

...foi inserida no edital a planilha final referente à remuneração salarial mínima conforme se verifica do Anexo V, não havendo que se falar em violação ao art. 40, § 2º, II da Lei 8.666/93, pois a tabela de remuneração mínima não representa o preço de referência do processo de compra. Conforme já informado, a planilha referente à remuneração salarial mínima presente no edital foi elaborada com base na planilha do último

certame licitatório da SEF/MG ocorrido em 2017 (Concorrência nº 1191001 23/2017) com consequente celebração de contrato.

Análise

Considerando o apontamento da Denunciante, a propósito de lacuna no edital quanto à orçamento e planilhas, veja-se como dispõe a Lei de Licitações:

Art. 40. O edital conterá no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte:

(...)

§ 2º. Constituem anexos do edital, dele fazendo parte integrante:

(...)

II - orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários.

Posiciona-se a jurisprudência pátria no sentido de que a presença, como anexo ao edital, do orçamento estimado em planilhas, é obrigatória e não poderá ser suprida (exceto no pregão) por sua confecção na fase interna do procedimento.

Dessa forma, entende-se que não consta do edital, como anexo, a planilha orçamentária de composição de custos e formação do preço. Logo, a denúncia é procedente.

3.3 Sobre critério de pontuação que afronta o artigo 3º da Lei Federal n. 8.666/93.

Razões da Denunciante:

A denunciante cita três critérios técnicos de pontuação que integram o edital, 2.3, 2.4 e 2.5, afirmando que tais requisitos beneficiam a empresa ora prestadora do serviço, afirmando (fl. 10):

49- Nos termos do edital, há uma falsa correlação entre o quadro de pessoal pré-existente à época da licitação e a garantia de realização dos serviços ao desprezar o fato de que, após vencida a licitação, a empresa poderá organizar sua capacidade produtiva de modo a dar cumprimento ao contrato que será celebrado.

50- Ora, a quantidade e a qualidade dos profissionais que prestarão o serviço serão relevantes durante a execução do contrato, e não antes.

Por isto mesmo é que só se exige do vencedor os currículos dos profissionais, conforme item 2.15 - Alocação da Equipe, e subitem 2.15.1.

Outra irregularidade seria que o item 2.15.2, fl.112, prevê que a Administração poderá recusar o profissional indicado, além de que a Administração estaria livre também para solicitar a substituição de profissionais.

Tal disposição revelaria incongruência com o requisito de pontuação em relação à empresa que detenha, pelo menos a seis meses, um funcionário que a Administração pode, a seu critério, não aceitar.

Continua citando os princípios da Lei de Licitações (fl. 11), vendo aí indícios de direcionamento no instrumento convocatório para a prestadora atual dos serviços naquela Secretaria.

Razões da Denunciante:

Garantia de não ocorrência de falhas na execução dos serviços, assegurar padrões de qualidade são os fatores que nortearam a Administração quanto à pontuação técnica. Reconhece que (fl. 179):

De fato, a jurisprudência do TCU é pacífica no sentido de que a exigência de comprovação de tempo de experiência mínima dos profissionais a serem disponibilizados pela licitante, para fim de qualificação técnica, afronta o disposto do art. 30, § 5º, da Lei nº 8.666/93. Entretanto, importante esclarecer que a exigência desarrazoada de tempo mínimo de experiência do profissional na fase preliminar de habilitação técnica, **não se confunde com a previsão de valoração da experiência profissional como critério de pontuação técnica.** Esta é legítima na aferição de qualificação técnica como parte da proposta do tipo “técnica e preço”. A fase de proposta técnica visa classificar os licitantes habilitados e **não tem caráter eliminatório, mas sim, classificatório.** Portanto, não há frustração ao caráter competitivo do certame licitatório e nenhum licitante irá deixar de participar da licitação nesta fase, uma vez que já foi habilitado na fase anterior. Isso significa que pontua-se melhor aquele que comprovar melhor qualificação para execução do objeto. (sic)

Defende a ideia de que a licitação de “técnica e preço” busca equilibrar a melhor técnica com o desembolso compatível com essa melhor técnica, “não necessariamente o menor valor ofertado por todos, mas, como se disse, aquele que *adequada e apropriadamente diga respeito à técnica a que corresponder.*

Além do que a pontuação neste tipo de licitação não é proibida em nenhum diploma legal. Acosta entendimento do TCU e doutrina (fl. 180/181) e advoga o cumprimento do princípio da eficiência.

Análise

O Anexo III ao edital da Concorrência n. 1191001 - 45/2018 da Secretaria de Estado da Fazenda traz os critérios da avaliação e pontuação.

Quanto à Nota Técnica, com valor total de 42 pontos, a Denunciante destaca (fl. 149):

2.3 Quantidade de profissionais com certificação CFPS conferida pelo International Function Point Users Group: serão atribuídos até 5 pontos de acordo com a quantidade de profissionais certificados, pertencentes ao quadro do licitante há pelo menos 6 meses, contados até a data de protocolização da proposta, conforme item 1.4 do edital;

2.4 Quantidade de profissionais com certificação PMP conferida pelo Project Management Institute: serão atribuídos até 5 pontos de acordo com a quantidade de profissionais certificados, pertencentes ao quadro do licitante há pelo menos 6 meses, contados até a data de protocolização da proposta, conforme item 1.4 do edital;

2.5 Quantidade de profissionais com certificação SUN na tecnologia Java Sun Certified Enterprise Architect for the Java 2 Platform, ou Oracle Certified Master, Java EE 5 Enterprise Architect (ou versão superior de Java EE): serão atribuídos até 5 pontos de acordo com a quantidade de profissionais certificados, pertencentes ao quadro do licitante há pelo menos 6 meses, contados até a data de protocolização da proposta, conforme item 1.4 do edital;

Diz a Denunciante que a atual prestadora do serviço dispõe deste pessoal, portanto estaria sendo favorecida, já que, como detentora do contrato, possui estas prerrogativas.

Os atributos de qualidade indispensáveis a um padrão de qualidade mínima só podem ser estabelecidos pela Administração, conhecedora das necessidades públicas. A elevação da qualidade reflete-se na elevação da nota, o que distingue a licitação do tipo técnica e preço daquela de menor preço (no dizer abalizado de Marçal Justen Filho)⁶; nesta, a formulação de proposta de qualidade superior ao mínimo não trará qualquer benefício ao licitante, eis que a seleção de proposta vencedora se fundará no critério de menor preço”.

Todavia, em relação à pontuação técnica referente as certificações constantes nos itens 2.3, 2.4 e 2.5 do Anexo III, fl. 113, não se mostra razoável vez que impõe aos licitantes incorrer em despesas desnecessárias e anteriores à própria celebração do contrato. Logo, tratam-se de critérios que frustram o caráter competitivo do certame, afrontando, assim, o art. 3º, parágrafo primeiro, inciso I, da Lei nº 8.666/93.

⁶ JUSTEN FILHO, Marçal in “Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos”, 16ª ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2014, p. 826/828.

Nesse sentido, orientação da Advocacia Geral da União-AGU para a contratação de serviços terceirizados na área de tecnologia da informação⁷:

9.2.5. abstenha-se de incluir critérios de pontuação técnica para cujo atendimento os licitantes tenham de incorrer em despesas desnecessárias e anteriores à própria celebração do contrato ou que frustrem o caráter competitivo do certame, a exemplo dos quesitos que pontuam os licitantes que possuírem, já na abertura da licitação, determinadas estruturas, tais como plataformas de treinamento à distância e suporte remoto por meio de linha telefônica 0800;

9.2.6. ao determinar a apresentação de certificação de qualidade como critério de pontuação, evite o direcionamento a um certificado específico, estabelecendo a aceitabilidade de todas as certidões idôneas disponíveis no mercado, emitidas por entidade certificadora independente, não mencionando produtos específicos, senão a título exemplificativo;

Outra incongruência, segundo ela, configura-se no fato da contratante reservar-se o direito de recusar o profissional indicado, item 2.15.2 do Projeto Básico, ou no item 2.15.4, substituí-lo, conflitando com as exigências de pontuação técnica acima destacadas, a saber (fl. 112):

2.15.2 - O fornecedor vencedor deverá enviar o currículo do profissional selecionado para que a SEF/MG possa avaliar se o profissional atende às especificações do perfil e ao tipo de serviço que será prestado, podendo entrevista-lo e/ou submetê-lo a testes para aferição do conhecimento. A SEF/MG poderá recusá-lo caso o julgue inadequado. Nesse caso, o fornecedor vencedor terá mais 7 (sete) dias corridos para apresentar outro profissional e encaminhar seu currículo para avaliação. Se houver nova recusa, o fornecedor vencedor poderá ser penalizado pela intempestividade na mobilização da equipe.

...

2.15.4 - Quando a SEF/MG rejeitar o profissional com rendimento insatisfatório ou quando um profissional solicitar sua dispensa caberá ao fornecedor vencedor substituí-lo no prazo de 7 (sete) dias úteis, contados da data de recebimento da notificação da SEF/MG. Constatada a insuficiência técnica de profissional no prazo de até 15 (quinze) dias úteis contados do início da prestação dos serviços, estes não serão pagos pela SEF/MG.

Resta demonstrar se tais requisitos estabelecidos para efeito de classificação estariam ou não limitando a competitividade e se a possibilidade de interferência da Administração na indicação de profissionais, e sua substituição no decorrer do contrato, seria admissível.

Contudo, se considerarmos que o objeto da contratação em tela é uma terceirização, não cabe à Administração interferir na escolha dos profissionais da empresa interposta, entrevistando-os e/ou submetendo-os a testes, para aferição do

⁷ Fonte: www.agu.gov.br/page/download/index/id/16013646. Acesso em 28/03/2019

conhecimento que se deseja, sob pena de caracterizar relação trabalhista, o que desconfigura a terceirização.

Entende-se, pois, que os itens questionados pela denunciante são irregulares, sendo, portanto, procedente a denúncia.

IV - Da conclusão

Por todo o exposto, da análise do edital da Concorrência n. 1191001 45/2018 da Secretaria de Estado da Fazenda frente à Denúncia, entende este Órgão Técnico pelas seguintes irregularidades, suficientes para a **suspensão do certame**:

- **Obscuridade do objeto da contratação (se terceirização ou contratação sob demanda), que não está claro, ofendendo o disposto no art. 40, I, da Lei nº 8.666/93.** Responsáveis: Sr. Gabriel Albino Ponciano Nepomuceno, Superintendente de Planejamento, Gestão e Finanças, subscritor do edital, fl.64, e os Srs. Lindenberg Naffah Ferreira, Superintendente de Tecnologia da Informação – STI, e Carolina Pinho Castro França, Diretora de Compras, estes subscritores do termo de referência, fl. 66, e aquele subscritor do projeto básico, fl.112.

- **Ausência de orçamento e a planilha de quantitativos e preços unitários.** Responsáveis: Sr. Gabriel Albino Ponciano Nepomuceno, Superintendente de Planejamento, Gestão e Finanças, subscritor do edital, fl.64, e os Srs. Lindenberg Naffah Ferreira, Superintendente de Tecnologia da Informação – STI, e Carolina Pinho Castro França, Diretora de Compras, estes subscritores do termo de referência, fl. 66, e aquele subscritor do projeto básico, fl.112.

- **Itens 2.3, 2.4 e 2.5 do Anexo III, que tratam de critérios que frustram o caráter competitivo do certame, afrontando, assim, o art. 3º, parágrafo primeiro, inciso I, da Lei nº 8.666/93.** Responsáveis: Sr. Gabriel Albino Ponciano Nepomuceno, Superintendente de Planejamento, Gestão e Finanças, subscritor do edital, fl.64, e os Srs. Lindenberg Naffah Ferreira, Superintendente de Tecnologia da Informação – STI, e Carolina Pinho Castro França, Diretora de Compras, estes subscritores do termo de referência, fl. 66, e aquele subscritor do projeto básico, fl.112.

- **Itens 2.15.2 e 2.15.4 do projeto básico, uma vez que, em se tratando de terceirização, não cabe à Administração interferir na escolha dos profissionais da empresa interposta, entrevistando-os e/ou submetendo-os a testes, para aferição do**

conhecimento que se deseja, sob pena de caracterizar relação trabalhista.

Responsável: Sr. Lindenberg Naffah Ferreira, Superintendente de Tecnologia da Informação – STI, subscritor do projeto básico, fl.112.

Diante da gravidade das irregularidades em tela e considerando que o certame está na fase de julgamento de recursos interpostos em face das propostas técnicas, entende esta Unidade Técnica pela **SUSPENSÃO DO CERTAME**, uma vez presentes os requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*.

Entende-se, afinal, que os responsáveis podem ser citados para apresentarem defesa acerca das irregularidades enumeradas acima, além dos apontamentos que porventura possam ser feitos pelo Ministério Público de Contas.

À consideração superior.

CFEL, 28 de março de 2019.

Evelyn Simão
Analista de Controle Externo
TC-02305-9