

Processo nº: 1.120.230

Natureza: Denúncia

Denunciante: Mirian Athie

Jurisdicionado: Poder Executivo do Município de Pouso Alegre

Trata-se de denúncia, com pedido de medida cautelar, formulada pela Senhora Mirian Athie, advogada, inscrita na OAB/SP sob o nº 79.338, em face do edital do Pregão Eletrônico nº 86/22, Processo Licitatório nº 160/22, destinado ao registro de preços para contratação de empresa para fornecimento de sistema informatizado de gestão, incluindo serviços de instalação, migração de dados, treinamento, implantação, manutenção, garantia de atualização legal, atualização tecnológica e suporte técnico, conforme condições, quantidades e exigências estabelecidas no instrumento convocatório e em seus anexos.

Protocolizada em 18/07/22, sob o nº 9000664900/2022, a denúncia veio instruída basicamente com cópia do instrumento convocatório e de seus anexos (peças nºs 1 e 2), tendo sido recebida por despacho do conselheiro-presidente e distribuída à minha relatoria na mesma data (peças nºs 5 e 6).

Consoante preâmbulo do edital, a sessão de abertura do pregão estava prevista para ocorrer às 14hs do dia 20/07/22.

Relata, sucintamente, a denunciante que o edital do Pregão Eletrônico nº 86/22 contém os seguintes vícios, que afetam a competitividade e a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública de Pouso Alegre:

1. ausência de definição do regime de execução;
2. incongruências e insuficiência de clareza quanto ao atestado de capacidade técnica;
3. ausência de possibilidade de subcontratação e participação de empresas em consórcio;
4. aglutinação indevida do fornecimento de software e datacenter;

5. não atendimento aos requisitos mínimos quanto à previsão de realização da demonstração do sistema (prova de conceito);
6. utilização indevida do Sistema de Registro de Preços (SRP), haja vista o objeto do certame caracterizar-se como serviços continuados indispensáveis e que devem ser fornecidos sem interrupção;
7. ausência de especificação dos detalhes contendo o quantitativo de servidores a serem treinados e a carga horária, bem como a quantidade de dados a serem migrados e qual o tipo de banco de dados, impedindo a correta precificação do certame;
8. previsão de contratação de serviços posteriores, sem qualquer fundamento ou base legal, de ampliação do serviço de data Center;
9. ausência de previsão de responsabilidades quanto à Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD).

Ao final, **requer a suspensão imediata do Pregão Eletrônico nº 86/22, Processo Licitatório nº 160/22**, de modo a resguardar o erário.

Em 19/07/22, à vista das considerações apresentadas pela denunciante e da documentação juntada, encaminhei os autos à Secretaria da Segunda Câmara a fim de que intimasse, com urgência, o Senhor Silvestre Candido de Souza Turbino, secretário de Administração e Finanças, bem como o Senhor Luiz Gustavo Libânio Borges, pregoeiro, (CPL), para que apresentassem as alegações que entendessem pertinentes acerca dos fatos apontados na inicial da denúncia.

Devidamente intimados, os gestores manifestaram-se aduzindo o que segue:

BREVE RESUMO DO PREGÃO ELETRÔNICO Nº 86/2022

Inicialmente, vale dizer que a sessão pública de pregão transcorreu normalmente no dia 20/07/2022 pelo Portal de Compras Públicas, sem intercorrência alguma. Aliás, mister salientar que o Edital sequer foi impugnado, tampouco foram apresentados pedidos de esclarecimento, fato que, aliado à participação de 3 (três) licitantes, evidenciam a estrita observância aos princípios da ampla concorrência e da competitividade.

A título de atualização acerca do andamento do certame, consigna-se que o Pregão Eletrônico nº 86/2022 foi disputado pelas seguintes concorrentes:

RANKING DO PROCESSO

Prefeitura Municipal de Pouso Alegre
Prefeitura Municipal de Pouso Alegre
Registro de Preços Eletrônico - 86/2022

0001 - LOTE ÚNICO - SISTEMA INTEGRADO DE GESTÃO PÚBLICA MUNICIPAL | Valor de Referência: 3.253.476,16

Fornecedor	CNPJ/CPF	Valor Unitário	Tipo	LG 123/2006
EL Produções de Software Ltda	38.781.752/0001-02	R\$ 2.968.230,84	Lote/Esvazi	Não
SPM Informática Ltda	04.258.827/0001-41	R\$ 3.188.730,86	Lote/Esvazi	Não
EMPREZO INFORMATICA SIRELI	22.483.903/0001-40	R\$ 3.188.000,00	Lote/Esvazi	Não

Conforme se depreende da tabela acima, a licitante EL Produções de Software Ltda consagrou-se arrematante do lote licitado e, nos termos do item 10.11. do instrumento editalício, foi convocada para prova de conceito no dia 01/08/2022.

NO MÉRITO

Quanto ao mérito, a representação aviada no processo em epígrafe deve ser rejeitada, e indeferida a medida liminar, com o prosseguimento do processo licitatório, uma vez que não procedem os argumentos que a subsidiam.

1. REGIME DE EXECUÇÃO

A denunciante aduz nulidade absoluta por inexistência de indicação, no preâmbulo do Edital, do regime de execução dos serviços.

Data venia, o argumento não procede. A uma, porque tal não impede nem dificulta, em absoluto, a compreensão de como se dará a execução de cada serviço que compõe o objeto da licitação. A duas, porque se trataria, no máximo, de mera irregularidade, insuficiente para inquinar a validade do processo, conforme se verifica do próprio precedente reproduzido na representação.

Ademais, o Edital, ao descrever com exímia precisão os serviços pretendidos pela Administração, tratou de sanar quaisquer incertezas acerca do regime de execução.

2. ATESTADO DE CAPACIDADE TÉCNICA

Alega-se a ilegalidade da exigência de atestado de capacidade técnica, na medida em que o item 11.5.1 do Edital estaria a limitar a participação no certame a licitantes que possuam contrato vigente, o que caracterizaria a exigência de atestado com limitação de tempo ou época, vedada pelo art. 30, §5º, da Lei nº 8.666/1993.

Data venia, não existe tal limitação no Edital. O que consta do item 11.5.1 é a exigência de que o licitante tenha “em funcionamento

sistemas em nuvem similares aos solicitados”, o que somente impede a participação de fornecedores que não tenham um sistema em condições de implantação, que ainda o necessitem adquirir ou desenvolver.

Isso, todavia, não se confunde com a alegada – e inexistente – exigência de contrato vigente.

Não há, ademais, divergência em relação ao conteúdo das citadas Súmulas nº 263 do TCU e nº 24 do TCE-SP, uma vez que a cláusula editalícia não impôs quantitativos mínimos de prova de execução de serviços similares e a validação dos atestados, na fase própria do procedimento, tampouco destoará daqueles enunciados.

3. AGLUTINAÇÃO SOFTWARE X HARDWARE

Alega-se na representação que o Edital, ao exigir o fornecimento de estrutura de datacenter concomitantemente ao fornecimento do sistema de informática teria realizado indevida aglutinação de objetos, restringindo o caráter competitivo do certame, dada a impossibilidade de subcontratação e de participação de empresas em consórcio.

Ao contrário do alegado, não há indevida aglutinação, diante da íntima, permanente e inevitável interface entre as atividades que compõem o objeto desta licitação. Em verdade, segundo critérios técnicos, o questionamento deveria ocorrer se o sistema informatizado e o datacenter não fossem licitados conjuntamente.

Com efeito, a variedade de linguagens de programação e a diversidade de provedores traria grande prejuízo ao desempenho do sistema como um todo, que apresentaria performance sempre inferior à de uma solução completa integrada, como a que se pretende contratar. Há, ademais, no mercado, diversas empresas que oferecem uma solução completa de ERP (Enterprise Resource Planning, ou sistema de gestão integrado), como a que se pretende contratar, de modo que não há que se falar em restrição da concorrência.

Como se vê, o modelo adotado permite sinergias altamente benéficas para todas as atividades, que são interdependentes e se complementam, bem como propiciam ganhos de eficiência, com significativa economia para o poder público. Por outro lado, quando essas atividades são atribuídas a empresas diferentes, a má performance de uma prejudica sobremaneira as atividades da outra.

Importante destacar, ademais, que, diferentemente do alegado, não há proibição à subcontratação, exigindo-se apenas que ela seja expressamente informada e autorizada pela Administração Contratante, conforme item 11.2.14 do Edital.

Finalmente, quanto à participação de empresas consorciadas, trata-se de uma discricionariedade da Administração Pública, conforme dispõe o art. 33 da Lei nº 8.666/1993. Há, ademais, importante precedente do E. TCU sobre o tema (Acórdão nº 1.094/2004), no sentido de que a eventual permissão ao consórcio deve ser devidamente justificada no Edital, do que se infere o caráter excepcional (e não natural nem muito menos impositivo) da admissão de empresas consorciadas.

4. PROVA DE CONCEITO

Aduz-se, na representação, que haveria ilegalidades na prova de conceito, em razão do prazo exíguo para sua realização, excesso nos requisitos técnicos, ausência de roteiro de avaliação, inexistência de prévia divulgação da comissão técnica e dubiedade quanto ao percentual de atendimento dos requisitos.

Mais uma vez, *data venia*, trata-se de argumentos meramente retóricos, que não resistem a um exame mais acurado.

Conforme disposição expressa do item 9.3 do Edital, está assegurado à empresa declarada provisoriamente vencedora o prazo de 10 (dez) dias úteis para a realização da prova de conceito. Ao contrário do alegado, o dispositivo não dá à Administração a possibilidade de convocar arbitrariamente a prova de conceito, por exemplo, com apenas 1 (um) dia de antecedência. Ele a rigor estabelece, como é lógico e necessário, um prazo máximo para que a prova se realize, ao mesmo tempo em que garante ao licitante provisoriamente vencedor a possibilidade de usá-lo integralmente, até o décimo dia útil, o que, de fato, ocorreu. Durante a sessão pública de pregão, findada a fase de lances, o pregoeiro oportunizou à empresa arrematante a escolha de data de melhor conveniência para a elaboração da prova de conceito, que, evidentemente, deveria ocorrer dentro do prazo de 10 (dez) dias úteis.

No que tange aos requisitos técnicos, a alegação de excessividade é genérica e especialmente frágil, na medida em que nem sequer aponta em que itens estariam os alegados excessos. Frisa-se o fato de que o suposto teor excessivo nem mesmo foi impugnado pela denunciante.

O mesmo se diga a respeito da ausência de um roteiro de avaliação. Basta a simples leitura do item 9 do Edital, para se verificar que há previsão justificada, objetiva e detalhada de como ocorrerá a prova de conceito.

Especificamente a respeito do tempo máximo de resposta do sistema, é evidente que os tempos estabelecidos na tabela do item 9.23.15 referem-se à resposta do sistema após o comando do operador, nele não se incluindo o tempo de digitação. Daí se evidencia o equívoco

– senão a má-fé – da alegação de que “em caso de erro humano por frações de segundos poderá ser desclassificada a licitante”, *data venia*.

A avaliação, ademais, será feita por Comissão Especial “formada por servidores com conhecimento técnico pertinentes dos órgãos participantes” (item 9.3), a qual será nomeada e designada previamente à prova de conceito.

Finalmente, quanto ao percentual de atendimento dos requisitos, se realmente houver divergência do item 10.11.24.2 (90%) em relação aos demais itens do Edital em que é indicado o percentual de 95%, deverá prevalecer aquele mais favorável ao licitante, sem qualquer mácula ao certame.

5. REGISTRO DE PREÇOS

Segundo a representação, haveria indevida opção pelo sistema de registro de preços, uma vez que o certame visa à contratação de serviços continuados, que não podem sofrer solução de continuidade.

Mais uma vez se equivocou a representante, porque o sistema de registro de preços, conforme ampla justificativa contida no Anexo I – Termo de Referência, é o que melhor atende aos objetivos da Administração no caso concreto.

Ainda que a implantação do sistema só ocorra uma vez e a manutenção do seu funcionamento seja permanente, o que permitiria a adoção de outro método licitatório, para vários itens licitados o sistema de registro de preços é essencial para assegurar a economicidade e a eficiência da contratação. É o que acontece, por exemplo, com o item 12.9 do Anexo I – Termo de Referência, que assim dispõe:

12.19. Com o passar do tempo de utilização e efetivo armazenamento e rotinas da contratante, poderá ser necessária a ampliação dos recursos do datacenter disponibilizados pela contratada, motivo pelo qual é necessário que sejam também cotados os custos de eventuais aumentos dos recursos de informática disponibilizados, conforme tabela a seguir:

É coerente que, se alguns itens requerem por natureza a adoção do sistema de registro de preços, e outros não, deve a Administração deliberar pela sua escolha.

6. IMPLANTAÇÃO E MIGRAÇÃO

Alega-se que o Edital não especifica o quantitativo de servidores e a carga horária do treinamento, nem a quantidade de dados a serem migrados e o tipo de banco de dados, o que impediria a correta precificação.

Trata-se, mais uma vez, de mera retórica, uma vez que há explícita quantificação dos números de usuários, bem como das horas de treinamento para cada módulo (Anexo I – Termo de Referência – Item 4.5. – pg. 51-53).

Quanto à suposta ausência de informações acerca dos dados a serem migrados, o Edital é nítido ao dispor que o contratado terá acesso aos dados, em formato txt, no momento da implantação, a fim de que seja importado/convertido para o SGDB do licitante.

Ainda, o instrumento editalício esclarece que a não indicação do tipo do SGBD no ato convocatório ocorre sob o intento da não restrição do certame a nenhum modelo específico daqueles mais utilizados no mercado.

Por fim, cumpre dizer que as definições inerentes aos requisitos tecnológicos a serem cumpridos pelo sistema são claras. A título de exemplo, o item 12 se refere ao Ambiente Computacional e o item 13 quanto ao Padrão Tecnológico a serem atendidos.

7. DEMAIS ‘‘ILEGALIDADES’’

Finalmente, sob o título de “demais ilegalidades”, alega-se haver a previsão de contratação de “serviços posteriores” sem fundamento ou base legal; e que haveria ilegalidade na ausência de previsão de responsabilidades quanto à Lei Geral de Proteção de Dados - LGPD.

Data venia, são argumentos pueris.

A própria redação do item 12.19 do Anexo I – Termo de Referência (já transcrito acima) contém a justificativa para a previsão no certame dos custos de ampliação, tendo em vista novas necessidades que poderão surgir com o passar do tempo. Trata-se, ademais, da perfeita implementação do planejamento, tão importante e valorizado na concepção contemporânea de gestão pública.

Segue a lógica dos demais valores inerentes ao datacenter, os quais se encontram planilhados em observância ao princípio da transparência no que diz respeito a todos os valores que compõe a contratação buscada.

Necessário repisar que os serviços de armazenamento e processamento do datacenter não representam contratação paralela. Portanto, conforme já dito, tais serviços integram a contratação da licença do sistema de gestão.

Quanto à LGPD, é evidente que, mesmo que não existisse expressa menção no Edital, suas normas são de obediência obrigatória. Ocorre que o ato convocatório menciona o referido diploma legal em diversas oportunidades (item 1.1 alínea “j”; item 11.1.17; item

14.37.45; item 14.37.46; e cláusula 8.17 da Minuta Contratual – Anexo III).

1.1 ESPECIFICAÇÕES TÉCNICAS DO OBJETO O sistema integrado de administração e gestão para o setor público deve preencher os requisitos indispensáveis para atingir o padrão mínimo de qualidade estabelecido no Parágrafo Único, Inc. III do art. 48 da LC 101 de responsabilidade fiscal, e regulamentado pela União através do Decreto 10.540/2020 e da Portaria 548 de 22/11/2010 do Ministro da Fazenda. A solução deve ser constituída de módulos integrados que busquem a identidade e consistência das informações de diferentes áreas da administração pública, inibindo a multiplicidade de ações para os mesmos fins. O sistema integrado deve atender especificamente deve oferecer meios para que o município cumpra as seguintes normas: (...) J) Disposições da Lei 13.709/2019 (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais – LGPD) (...)

Com efeito, a sustação de procedimento licitatório, como medida de tutela de urgência, nos termos dos arts. 197 e 198, III, do Regimento Interno, obrigando a autoridade administrativa a não praticar nenhum ato até que o mérito do processo seja julgado, assume caráter de excepcionalidade, que demanda a demonstração clara da presença dos fundamentos básicos previstos no art. 300, *caput*, do Código de Processo Civil (CPC), quais sejam: a probabilidade do direito alegado e o perigo da demora.

Não basta a presença de um ou outro, senão de ambos os elementos da tutela provisória, devidamente comprovados, sob pena de inobservância do princípio do devido processo legal, ante a antecipação de decisão e a preterição das fases processuais, sem a devida premência a justificar o tratamento excepcional.

Nessa linha, discorre Didier Jr. acerca do perigo de dano para fins de concessão de medida acautelatória, *in verbis*:

Importante é registrar que o que justifica a tutela provisória de urgência é aquele perigo de dano: i) concreto (certo), e, não, hipotético ou eventual, decorrente de mero temor subjetivo da parte; ii) atual, que está na iminência de ocorrer, ou esteja acontecendo; iii)

grave, que seja de grande ou média intensidade e tenha aptidão para prejudicar ou impedir a fruição do direito.¹

Ou seja, o perigo de dano que autoriza a tutela cautelar deve ser **concreto, atual e grave**, delimitado com precisão por quem alega.

Desse modo, em um juízo perfunctório, à vista das substanciosas razões apresentadas pelos gestores do Município de Passos e notadamente diante do fato de não ter havido qualquer impugnação ou pedido de esclarecimento quanto aos termos e cláusulas do instrumento convocatório pela ora denunciante, consoante afirma o Senhor Silvestre Cândido de Souza Turbino, secretário Municipal de Administração e Finanças, considero que não restou devidamente comprovada a probabilidade do direito alegado, fundamental para autorizar a adoção de medida tão extrema.

Dessa forma, **indefiro, nesse momento, a medida cautelar** requerida pela denunciante.

Ressalte-se que essa decisão não obsta, todavia, a fiscalização ulterior desta Corte de Contas dos desvios ou ilegalidades porventura praticados.

Isso posto, encaminho os autos à **Secretaria da Segunda Câmara** a fim de que, intime, com urgência, por meio eletrônico, nos termos do inciso VI do §1º do art. 166 do Regimento Interno, o Senhor Silvestre Cândido de Souza Turbino, secretário de Administração e Finanças, o Senhor Luiz Gustavo Libânio Borges, pregoeiro, bem como a Senhora Mirian Athie, denunciante, sobre o teor desta decisão.

Ato contínuo, remetam-se os autos à Coordenadoria de Fiscalização de Editais de Licitação (CFEL) para análise técnica.

¹ DIDIER JR. Fredie. *Curso de direito processual civil*, 13. ed., Salvador: Jus Podivm, 2016, vol. II, p. 609.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Gabinete do Conselheiro Cláudio Couto Terrão



Em seguida, encaminhe-se o processo ao Ministério Público junto ao Tribunal de Contas (MPC) para que se manifeste nos termos do art. 61, § 3º, do Regimento Interno.

Belo Horizonte, 02 de agosto de 2022.

Cláudio Couto Terrão
Conselheiro Relator