

PROCESSO: 912205

NATUREZA: Denúncia

DENUNCIANTE: Fram Consulting Ltda

DENUNCIADO: Prefeitura Municipal de Alfenas

À Secretaria da 2ª Câmara

Trata-se de denúncia formulada por Fram Consulting Ltda, em face do edital de licitação do Pregão Presencial — 0002/2014, promovido pela Prefeitura Municipal de Alfenas, visando à contratação de serviços “técnicos profissionais especializados na cessão de softwares de gestão municipal integrada, bem como serviços de migração, implantação, treinamento, manutenção e suporte técnico remoto”, nas condições, quantitativos e especificações técnicas constantes do Anexo I do Edital, bem como do Anexo VIII-Termo de Referência, às fls. 47 a 108.

Registre-se, inicialmente, que a documentação referente à presente denúncia foi protocolizada neste Tribunal em 14/03/2014, fl. 01, tendo os autos chegado nesse Gabinete no dia 17/03/2014, ou seja, na véspera da abertura da licitação, marcada para o dia 18/03/2014, às 09:00 horas, conforme consta do Preâmbulo do Edital, à fl. 18 dos presentes autos.

O inconformismo e a insatisfação da denunciante foram esboçados na denúncia em três itens distintos, quais sejam, (i) da necessidade de divisão do objeto do Edital, (ii) da ilegalidade da exigência de visita técnica em data única e (iii) da exigência do licitante demonstrar possuir em seus quadros profissionais com vínculo empregatício.

Alega a denunciante que o objeto do Edital em exame concerne a serviços técnicos profissionais especializados na cessão de softwares de gestão municipal, e serviços de migração, implantação, treinamento e manutenção de suporte técnico remoto para diversos sistemas: (i) Contabilidade Pública, Orçamento, Tesouraria e Produção Financeira; (ii) Gestão das Receitas Municipais; (iii) Gestão de Recursos humanos; (iv) Ponto Eletrônico via Internet; (v) Gestão de Serviços e Materiais; (vi) Gestão da Frota Municipal; (vii) Controle de Processos Administrativos; (viii) Controle de Processos Judiciais; (ix) atendimento ao Servidor Público na Web; (x) Atendimento ao Cidadão na Internet; (xi) Informações Gerenciais; (xii) Controle e publicação de Leis e Decretos Municipais; (xiii) Ouvidoria Municipal.

Aduz a denunciante que o instrumento convocatório exige do licitante o fornecimento de computadores para funcionar como servidores de banco de dados e de aplicativos, necessários para a operação dos sistemas.

A Denunciante entende que, ao reunir em um único lote todos os sistemas acima listados, bem como o fornecimento de computadores, o edital desconsiderou a previsão do art. 23, §1º, quanta à possibilidade de parcelamento do objeto, com o propósito de aumentar a competitividade sobre a licitação de cada sistema.

A previsão do mencionado §1º do art. 23 da Lei de Licitação tem por propósito ampliar a competitividade do certame. Assim, ao optar por não fazê-lo, ou ainda, fazer exatamente o contrário, alocando várias demandas em uma única, deveria a Administração, ao menos, justificar a estratégia, esclarecendo a razão da inclusão de tantos itens em um só lote, porquanto parece-nos lógico que a competitividade restará diminuída.

Acórdão 2717/2008 Plenário TCU

1. Processo n. TC n. 007.937/2008-7.

1.1. Apenso: TC n. 009.702/2008-0

2. Grupo I — Classe VII — Assunto: Representação.

3. Interessadas: Orion Serviços e Eventos Ltda., CNPJ 03.567.231/0001-70, e ZL Ambiental Ltda., CNPJ 04.275.196/0001-88.

4. Entidade: Fundação Cultural Palmares - MinC.

5. Relator: Auditor Marcos Bemquerer Costa.

6. Representante do Ministério Público: não atuou.

7. Unidade Técnica: 6ª Secretaria de Controle Externo — 6ª Secex.

8. Advogado constituído nos autos: não há.

9. Acórdão:

.....

9.2.2. em atenção ao comando disposto no art. 23, § 1º, da Lei n. 8.666/1993, verifique a possibilidade de realizar licitações distintas nos casos em que o objeto for divisível, desde que não haja prejuízo para o conjunto ou perda de economia de escala, com vistas à propiciar a ampla participação de interessados;

Alega, também, que a previsão para a visita técnica em data única, consignada no item 8 do Termo de Referência, fl. 108, prevista para o dia 13 de março das 14:00 às 18:00 horas, configura-se como restrição à competitividade, citando jurisprudências deste Tribunal, fls. 06 e 07, além de outra similar do Tribunal de Contas da União, fls. 07 e 08, neste sentido.

É certo que este Tribunal de Contas já se manifestou a respeito em diversas circunstâncias, sendo pacífico o entendimento de que a previsão de data única para a visita técnica pode comprometer a

participação de um número maior de interessados, conforme expresso na Denúncia nº 757158, de relatoria do Conselheiro Antônio Carlos Andrada, fls. 06 e 07.

De fato a legislação de regência autoriza que a Administração exija a realização de visita técnica pelo licitante como requisito de qualificação. Isso se afere a partir da leitura do art. 30, inciso III da Lei nº 8.666/93, que dispõe : “a documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á: (...) III — comprovação, fornecida pelo órgão licitante, de que recebeu os documentos, e, quando exigido, de que tomou conhecimento de todas as informações e das condições locais para o cumprimento das obrigações objeto da licitação”.

Sobre a finalidade da realização de visita técnica o Tribunal de Contas da União, no Acórdão nº 4.968/2011 — Segunda Câmara, assim se manifestou:

“A visita de vistoria tem por objetivo dar à Entidade a certeza e a comprovação de que todos os licitantes conhecem integralmente o objeto da licitação e, via de consequência, que suas propostas de preços possam refletir com exatidão a sua plena execução, evitando-se futuras alegações de desconhecimento das características dos bens licitados, resguardando a Entidade de possíveis inexecuções contratuais. 11.1.3.2. Portanto, a finalidade da introdução da fase de vistoria prévia no edital é propiciar ao proponente o exame, a conferência e a constatação prévia de todos os detalhes e características técnicas do objeto, para que o mesmo tome conhecimento de tudo aquilo que possa, de alguma forma, influir sobre o custo, preparação da proposta e execução do objeto”.

Contudo, é preciso reconhecer que a referida exigência limita o universo de competidores, uma vez que acarreta ônus excessivo aos interessados que se encontram em localidades distantes do local estipulado para o cumprimento do objeto. Em virtude disso, para que a visita técnica seja legal, é imprescindível a demonstração da indispensabilidade de sua realização para a perfeita execução do contrato. Esse raciocínio está em consonância com o disposto no art. 37, inciso XXI da Constituição da República, que reputa como legítima apenas as “exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”.

Conforme entendimento do TCU, o fato da exigência de visita técnica ser em um único dia e horário torna prejudicial a obtenção de proposta mais vantajosa para a administração, uma vez que possibilita que as empresas tomem conhecimento de quantos e quais são os participantes do certame. Esse é o raciocínio que se extrai do Acórdão nº 110/2012 — Plenário:

“31. Com relação à exigência de que os competidores devem realizar visita técnica ao local da obra, em dia e hora único, definido no edital, foi demonstrado que a jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de repudiar tal medida, por configurar restrição indevida à competitividade do certame e por favorecer o prévio acerto entre os pretendentes. Neste caso, a falta é suficiente para macular a licitação e ensejar proposta para a anulação do processo licitatório, sem prejuízo de dar ciência ao *omissis* que a inserção no edital de licitação de exigência para a realização de vistoria técnica em um único dia e horário, constitui-se em

restrição à competitividade e ofensa ao disposto no art. 3º, caput, e §1º, inciso II, da Lei 8.666/1993, além de favorecer ajustes entre os potenciais competidores”.

Desse modo, quando necessária a visita técnica, o TCU tem expedido determinações no sentido de que a Administração “estabeleça prazo adequado para a sua realização, tanto para evitar que os potenciais licitantes tomem conhecimento prévio do universo de concorrentes através de reunião no mesmo local e horário, como para assegurar que os possíveis interessados ainda contem, após a realização da visita, com tempo hábil para a finalização de suas propostas.”

Assim, admite-se que a visita técnica seja exigida como critério de habilitação, no entanto, essa condição deve ser ponderada a luz do art.3º da Lei de Licitações e do art. 37, inc. XXI da Constituição Federal. Em face desses dispositivos, a exigência somente será legítima quando essencial para o cumprimento adequado das obrigações contratuais, sendo pertinente a criteriosa avaliação dos moldes em que a vistoria será realizada, de modo a evitar a restrição indevida ao caráter competitivo do certame, como se dá em caso de data única.

Alega, ainda, a empresa denunciante que a exigência contida no item 5, subitens 5.3 e 5.3.1, fls. 105, de que a empresa licitante deverá demonstrar vínculo empregatício referente ao técnico responsável pela equipe de implantação extrapola a previsão do art. 30 da Lei federal nº 8.666/93. Neste aspecto, entende-se que o instrumento convocatório está em conformidade com as exigências da Lei nº 8.666/93

Além dos pontos suscitados pela denunciante, verifica-se que o Termo de Referência, anexo III, item 6, fl. 106, dispõe que o licitante ofertante da melhor proposta comercial, após a fase de lances, será convocado em até 48 (quarenta e oito horas) para um teste de conformidade dos softwares a fim de comprovar o atendimento dos requisitos obrigatórios relacionados no item 01 e seus subitens do termo de referência em tela. Na hipótese do aplicativo apresentado não ser aprovado no teste de conformidade, o edital prevê que o licitante será desclassificado do certame e será incluso nas penalidades legais previstas na Lei nº 8.666/93, sem, contudo, fixar o devido prazo de recurso.

Tal exigência está ferindo o princípio da recorribilidade previsto no art. 40, XV c/c art. 109, I, ambos da Lei 8666/93 c/c o art. 4º, XVIII, da Lei 10.520/02, que assim dispõem:

Art. 40. O edital conterà 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:

[...]

XV - instruções e normas para os recursos previstos nesta Lei;

Art. 109. Dos atos da Administração decorrentes da aplicação desta Lei cabem:

- I - recurso, no prazo de 5 (cinco) dias úteis a contar da intimação do ato ou da lavratura da ata, nos casos de:
- a) habilitação ou inabilitação do licitante;
 - b) julgamento das propostas;
 - c) anulação ou revogação da licitação;
 - d) indeferimento do pedido de inscrição em registro cadastral, sua alteração ou cancelamento;
 - e) rescisão do contrato, a que se refere o inciso I do art. 79 desta Lei; (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)
 - f) aplicação das penas de advertência, suspensão temporária ou de multa;

Art. 4º A fase externa do pregão será iniciada com a convocação dos interessados e observará as seguintes regras:

[...]

XVIII - declarado o vencedor, qualquer licitante poderá manifestar imediata e motivadamente a intenção de recorrer, quando lhe será concedido o prazo de 3 (três) dias para apresentação das razões do recurso, ficando os demais licitantes desde logo intimados para apresentar contra-razões em igual número de dias, que começarão a correr do término do prazo do recorrente, sendo-lhes assegurada vista imediata dos autos;

O ordenamento jurídico brasileiro, de fato, consagrou o princípio da ampla defesa e do contraditório, assegurando aos litigantes em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral o contraditório e a ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes.

Consoante se observa do inciso XV, do artigo 40, é obrigatória a previsão de instruções e normas para a interposição de recursos previstos na Lei de licitações, o que, além de assegurar o direito fundamental dos participantes do certame, também realiza o interesse público primário, ao possibilitar a máxima ampliação da competitividade e proporcionar à Administração as melhores condições de contratação.

Verificou-se, ainda, neste exame perfunctório, que os itens 4, 5 e 7 do Termo de Referência elencam etapas as quais deverão ser executadas pelo futuro contratado além da cessão dos softwares, tais como os serviços de migração da base de dados, projeto de implantação, treinamento e capacitação dos usuários.

Contudo, tais serviços relacionados nos citados itens 4, 5 e 7 não foram contemplados na planilha de quantitativos e preços unitários disponibilizada no item 8 do Termo de Referência. Observa-se que a quantificação de referidos valores é fundamental para que, na possibilidade de futura prorrogação do contrato, a Administração do Município de Alfenas possa distinguir quais os serviços e fornecimentos efetivamente deverão ser prorrogados, evitando o pagamento por serviços eventualmente não prestados.

No que tange às contratações públicas, a Lei de Licitações previu, de maneira expressa, o período máximo de vigência dos contratos de licença de uso de software. Trata-se da hipótese prevista no artigo 57, inciso IV . Transcreve-se:

“Art. 57. A duração dos contratos regidos por esta Lei ficará adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários, exceto quanto aos relativos:

(...)

IV — ao aluguel de equipamentos e à utilização de programas de informática, podendo a duração estender-se pelo prazo de até 48 (quarenta e oito) meses após o início da vigência do contrato”.

Consoante dispositivo acima, portanto, a utilização de licença de uso de software pela Administração Pública pode perdurar por até 48 meses. Não se trata, portanto, de uma obrigação pontual, mas de uma prestação que pode se estender no tempo (até o limite de 48 meses).

Quanto ao treinamento, assessoria e manutenção do programa, estas caracterizam, na verdade, condições para a viabilidade do uso do software em análise.

Compreendem, então, obrigações acessórias (sendo a licença de uso a obrigação principal da contratação). Como o acessório segue a sorte do principal, as obrigações relativas ao treinamento, assessoria e manutenção do software acompanharão o prazo relativo à licença respectiva. Ou seja, se a licença de uso for prorrogada por até 48 meses, tais serviços também o serão, sobretudo a assessoria e manutenção.

Logo, se uma mesma pessoa vai conceder a licença de software e executar os serviços descritos no objeto editalício, parece-nos desarrazoado estipular momentos distintos para a vigência, mesmo porque, trata-se de um só contrato na hipótese.

Portanto, o ideal é que se estabeleça o cronograma físico e financeiro dos serviços para fins de delimitar os prazos para consecução de cada etapa (ou fase) do objeto editalício, propiciando a leitura pela contratada dos custos para execução de cada etapa, bem como a fiscalização pela municipalidade.

Na realidade, no lapso de vigência estipulado (por até 48 meses), cada obrigação descrita se esvairá em conformidade com as diretrizes fixadas. Assim, a instalação se esgota com o ato de instalar. O treinamento, em princípio, se esvai com a concretização da programação fixada no ajuste. Tão somente as atividades de assessoria e manutenção é que, para o fim mesmo de utilização do software, se estenderão pelo lapso máximo definido para o objeto (48 meses).

Por conta disso, trata-se, o ajuste, de uma obrigação complexa, a qual abarca uma principal (a concessão de licença de uso), e outras acessórias (implantação, treinamento, assessoria, manutenção),

tendo tal relação complexa como vigência máxima o lapso temporal estabelecido no artigo 57, IV, da Lei nº 8.666/93 — 48 meses.

Assim sendo, a ausência de cronograma físico e financeiro e a quantificação na planilha de preços dos valores para migração, implantação, treinamento e capacitação de usuários maculam o procedimento licitatório em questão.

O item 7 do Termo de Referência, à fl. 107, diz respeito à descrição dos serviços de capacitação dos usuários. Por exemplo, na redação do item 7, não ficaram estabelecidos os valores que são indispensáveis para a formulação da proposta comercial e posterior execução do contrato, haja vista a possibilidade de sua prorrogação até o prazo de 48 meses.

Constata-se que a existência dos itens editalícios, ora analisados, podem restringir a participação e à competitividade no certame, emergindo, daí, o *fumus boni iuris* nas alegações da denunciante.

O risco de dano ao erário decorre da possibilidade da restrição da competitividade impedir a melhor contratação possível, aliado ao fato da iminente contratação do objeto, uma vez que a abertura do certame ocorreu nesta data às 09:00, configurando o *periculum in mora*.

Em face do exposto e com fulcro no art. 267, *caput*, do Regimento Interno desta Corte de Contas, estabelecido pela Resolução TC 12/2008 c/c art. 60 da Lei Complementar Estadual n. 102/2008, bem como da exegese legal e jurisprudencial, além da verificação da configuração do *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, aptos a ensejar a suspensão do certame, cuja abertura estava prevista para ocorrer hoje, 18/3/14, às 09:00h, **determino, inaudita altera pars, ad referendum da Segunda Câmara, a suspensão na fase em que se encontra do Pregão Presencial nº 002/14, Processo n 004/2014, promovido pela Prefeitura Municipal de Alfenas.**

Determino, ainda, a intimação do Prefeito Municipal de Alfenas, bem como do Sr. Hermes Gonçalves, Pregoeiro, para que se abstenham da prática de qualquer ato referente ao citado pregão, devendo ser encaminhado a este Tribunal o(s) comprovante(s) da(s) publicação(ões) da suspensão, assim como a remessa de documentos referentes à fase interna e externa do referido pregão, bem como da ata de abertura e demais atos praticados no prazo de 05 dias úteis a contar do recebimento da intimação, sob pena de multa no valor de R\$5.000,00(cinco mil reais), nos termos do art. 318, inciso III, do RITCMG.

Em caso de revogação, anulação ou republicação do referido edital pela Prefeitura Municipal de Alfenas, bem como em caso de contratação direta sem licitação com o referido objeto, determino a imediata comunicação a este Tribunal de Contas, sob pena de multa, nos termos da Lei Orgânica do

Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, LCE 102/2008 c/c o Regimento Interno desta Corte, Res. 12/08.

Encaminho os autos à Secretaria à 2ª Câmara para que proceda à intimação do Prefeito Municipal e do Pregoeiro, em caráter de urgência, por *email* e *fac-símile* e, também da Denunciante sobre o teor desta decisão, nos termos do art. 166, + 1º, incisos VI e VII do Regimento Interno.

Em seguida, determino o encaminhamento dos autos à Coordenadoria de Análise de Editais de Licitação (CAEL) para análise técnica preliminar, em 15 dias nos termos dos art. 306, II c/c o art. 147, inciso III, e 150 do Regimento Interno.

Após, encaminhem-se os autos ao Ministério Público de Contas, nos termos do §3º, do artigo 61, do Regimento Interno, Resolução 12/2008.

Em seguida, retornem os autos conclusos a este Relator.

Belo Horizonte, 18 de março de 2014.

LICURGO MOURÃO
RELATOR