



GABINETE DA CONSELHEIRA
CRISTIANA DE CASTRO MORAES
(11) 3292-3553 - gcccm@tce.sp.gov.br

DECISÃO

Processo: TC-13311.989.19-8

Representante: Cleberson Correa Consultoria e Planejamento-ME, por seu representante Cleberson Correa (OAB/SP n.º 198.391)

Representada: Prefeitura Municipal de Leme

Responsável: Wagner Ricardo Antunes Filho – Prefeito Municipal

Assunto: Representação formulada contra o Edital de Pregão Presencial nº 25/2019, Processo Administrativo n.º 105/2019, que objetiva a contratação de empresa para prestação de serviços de tecnologia da informação, destinados ao fornecimento (mediante licenciamento de uso por tempo determinado) de uma solução de sistemas de administração pública desenvolvidos para operar exclusivamente na internet, contemplando os serviços de implantação, manutenção e suporte técnico, que atendam às especificações constantes neste edital e seus anexos.

Trata-se de Representação formulada contra o Edital de Pregão Presencial nº 25/2019, Processo Administrativo n.º 105/2019, que objetiva a contratação de empresa para prestação de serviços de tecnologia da informação, destinados ao fornecimento (mediante licenciamento de uso por tempo determinado) de uma solução de sistemas de administração pública desenvolvidos para operar exclusivamente na internet, contemplando os serviços de implantação, manutenção e suporte técnico, que atendam às especificações constantes neste edital e seus anexos.

De acordo com a documentação que acompanha a inicial, a sessão de abertura do procedimento está marcada para o dia 03/06/2019, às 09h.

O peticionário, em apertada síntese, critica os seguintes aspectos do Edital:

- Indefinição e grave equívoco quanto ao objeto pretendido

Indica que, do detalhamento dos valores a serem pagos pela Prefeitura de Leme, depreende-se que haverá um pagamento único para os serviços de implantação dos softwares e um pagamento mensal pela manutenção e suporte técnico dos respectivos sistemas informatizados.

Em seu entendimento, isso significa que simplesmente foi deixado de fora o principal objeto licitado, qual seja o pagamento mensal da licença de uso por tempo determinado dos softwares integrados de gestão pública municipal. Aliás, segundo acrescenta, este é o objeto efetivamente licitado constante do item 1.1 do Termo de Referência e da Minuta de Contrato.

Sustenta que não existe a modalidade de acesso a uma licença de software para consulta e, ainda que existisse, a mesma precisaria ser formalizada em contrato (art. 62 da Lei nº 8.666/93), bem como paga à empresa licenciadora, sob pena de enriquecimento ilícito, sem contar a impossibilidade de tal serviço se dar por tempo indeterminado.

- Imposição de fornecimento do objeto licitado por tempo indeterminado e de modo gratuito à Prefeitura de Leme

Critica, na sequência, a disposição contida no Anexo I, subitem 5 do ato de chamamento,

segundo o qual há previsão de que, ao final da contratação, a empresa prestadora dos serviços deverá fornecer, gratuitamente e por prazo indeterminado, uma versão completa dos sistema, onde todos os módulos ficarão disponibilizados para consulta indefinidamente.

Aduz, primeiramente, que o licenciamento de uso se caracteriza por ser aquele pelo qual o proprietário, ou seja, o desenvolvedor ou licenciante, que detém os direitos autorais do software/módulo, concede a terceiro o direito de usar tais sistemas por tempo determinado e de forma não exclusiva para uso em suas máquinas.

Segundo acrescenta, nesse sentido, revela-se inadmissível à Administração Pública contratar junto a uma empresa privada o fornecimento da licença de uso dos softwares e, ao final, impor a cessão gratuita das mesmas licenças, por tempo indeterminado, alegando ser tal uso apenas para fins de consulta.

Demais, enfatiza que tal modelagem proposta pela Administração de Leme afronta o disposto no § 3º do artigo 57 da Lei Federal n.º 8.666/93.

- Imposição à execução de serviços incompatíveis com a modalidade Pregão

Observa que o objeto licitado não se resume apenas ao licenciamento de softwares, bastando ver sua descrição no Anexo I, onde se percebe nos subitens 2 e 6.28 a necessidade de prestação pelo futuro contratado de serviços técnicos especializados de customização e, ainda, de desenvolvimento sob demanda dos sistemas informatizados.

Conforme procura demonstrar, parte dos serviços que se pretende licitar (customização e desenvolvimento sob demanda de sistemas) são manifestamente técnicos especializados, ou seja, exigem de modo incontestável demanda intelectual diferenciada em sua execução, até porque será realizada para isso customização com obrigação de invenção de funcionalidades novas dos sistemas e consequente desenvolvimento, com exigências de profissionais especializados e suporte ininterrupto.

Portanto, não há como se considerar, a seu ver, que o edital em referência verse sobre serviços simples ou padronizados que permitam a licitação por meio de Pregão.

- Previsão de execução pelo contratado de serviços de “desenvolvimento sob demanda” (item 2.1. do Anexo I), sem que conste qualquer descrição mínima a respeito de tal atividade

Aponta que, de acordo com o edital, é prevista a execução de SERVIÇOS DE DESENVOLVIMENTO SOB DEMANDA, sem, no entanto, especificar adequadamente no que consistirá tal atividade.

Indica que o ato convocatório, inclusive, chega a afirmar que tais serviços não constam do edital, que avaliará a viabilidade e orçamento, prazo para execução e que, ainda, formalizará aditivo ao contrato.

Nesse cenário questiona de que forma será possível aditar um ajuste com a inclusão de serviços não previstos no Edital e, ainda, sem descrição de suas condições, prazos, quantidades e custos, de modo que interpreta que o termo de referência encontra-se incompleto e tecnicamente insuficiente, em patente afronta ao artigo 44, § 1º da Lei Federal n.º 8.666/93.

Pugna, assim, pela suspensão do procedimento licitatório, com posterior julgamento pela procedência das questões suscitadas.

A Prefeitura Municipal de Leme, espontaneamente, compareceu aos autos com justificativas, combatendo as impugnações apresentadas.

Nesse sentido, em relação à primeira impugnação, explica que no próprio Termo de Referência está transcrito de forma detalhada o objeto pretendido, qual seja:

1. Detalhamento do objeto e dos serviços diretamente vinculados:

1.1. Do licenciamento de uso por tempo determinado

1.1.1. O prazo de vigência contratual será de 12 (doze) meses, podendo ser prorrogado até o limite da Lei;

1.1.2. O licenciamento de uso dos sistemas deverá contemplar toda a vigência contratual, sem condicionantes quanto ao número de usuários ou locais e postos de trabalho.

1.1.3. Em caso de prorrogação do contrato de prestação de serviços, o novo termo, obrigatoriamente, não contemplará os serviços de implantação.

1.1.4. Em caso de encerramento ou rompimento contratual, os sistemas deverão permanecer ativos para consulta por, no mínimo, 6 (seis) meses, cessando-se automaticamente os serviços de manutenção e suporte técnico.

1.1.5. A Prefeitura designará servidores municipais das áreas de informática e profissionais das áreas atendidas pelos sistemas para apoio aos técnicos da empresa contratada;

1.1.6. Os sistemas deverão ser hospedados n

1.1.7. Mensalmente, para comprovar a efetiva realização dos serviços, deverão ser entregues relatórios técnicos circunstanciados, para avaliação e aprovação das áreas competentes.

Nesse sentido, procura demonstrar que os serviços pretendidos consistem na implantação, licenciamento e consequente manutenção e suporte técnico durante a vigência do ajuste.

Esclarece que a planilha constante do modelo de proposta traz somente o resumo dos descritivos do termo de referência, nada havendo de irregular ou obscuro a qualquer licitante realmente interessado.

Ademais, ressalta que se trata de evidente possibilidade de esclarecimento de dúvida eventualmente existente, que poderia ser esclarecida mediante simples solicitação pelo Representante, pela via administrativa, não sendo, portanto, motivo para paralisação do certame.

Na sequência, explica que não há no ato convocatório previsão de fornecimento de objeto por tempo indeterminado e de modo gratuito, na medida em que só existe a condição de possibilidade de acesso aos dados lançados no sistema, que são pertencentes ao Município.

Ao contrário do alegado, enfatiza que a eventual contratada não estará prestando serviço algum ao término do contrato, mas sim, e isso é essencial, o sistema pretendido deve permitir o acesso para consulta dos dados lançados, pertencentes ao Município, e tal, também por óbvio, não pode ter limite temporal imposto pela eventual contratada.

Já no tocante à obscuridade relacionada às características técnicas sobre os serviços previstos de desenvolvimento sob demanda, aduz que o edital apenas estabelece a possibilidade de atualização/customização das funcionalidades dos softwares durante o pedido de vigência contratual, a depender da realidade fática das atualizações por ventura existentes, e não a obrigatoriedade de desenvolvimento de novos sistemas específicos.

Nesse cenário, defende que, consoante prevê expressamente o item 2.2 do ato de chamamento, em caso de eventual necessidade, a contratada deverá analisar a possibilidade da atualização proposta pelo Município, dentro dos limites legais, não havendo, portanto, obrigação/imposição de tal desenvolvimento, acrescentando que não há o estabelecimento de sanções, em caso de inviabilidade técnica do procedimento.

Assim, interpreta que não se vislumbra, neste sentido, afronta ao artigo 65, e seus incisos, da Lei Federal n.º 8.666/93.

Prossegue explicando que, justamente por isso, ou seja, pela não imposição de desenvolvimento algum, é que os sistemas ora licitados, podem e são sim, considerados como "de prateleira". Acrescenta que, tanto isso é verdade que, nas consultadas para orçamento a várias empresas fora encaminhada a minuta do edital, contendo as mesmas cláusulas ora questionadas, e nenhuma arguiu qualquer problema no seu entendimento.

Traz, em favor de sua defesa, precedente desta Casa, segundo o qual, inclusive, foi reconhecida a possibilidade de utilização do pregão para contratação da espécie.

Com fundamento em suas justificativas, requer seja indeferida a liminar pleiteada, com o posterior arquivamento da representação.

É o relatório.

Decido.

Apreciando os termos da presente Representação não identifico razões para, ao menos nesta análise apriorística, determinar o processamento do feito sob o rito de exame prévio de edital.

A defesa espontânea trazida pela Municipalidade busca esclarecer pontos que ficaram obscuros ao Representante, assim como explicar condições editalícias de caráter técnico.

Nesse sentido, não visualizo questões remanescentes que possuam envergadura suficiente a determinar a medida excepcional de paralisação do procedimento licitatório, vez que não me parece demonstrada, de forma inequívoca, a ocorrência de patente restritividade ao certame.

Demais disso, tais pontos impugnados poderiam ter sido solvidos por intermédio de pedidos de esclarecimentos ou impugnações pela via administrativa, assim como bem destacou a Prefeitura Municipal de Leme em sua defesa, o que não ficou demonstrado nos presentes autos.

Tal constatação não impede, por certo, que as questões suscitadas na inicial e demais aspectos inerentes ao Certame em apreço sejam ou venham a ser objeto de fiscalização no rito ordinário desta Corte, especialmente caso as condições delimitadas no instrumento convocatório sejam utilizadas pela Municipalidade de modo inadequado ou com intuito de restringir a ampla participação de eventuais interessadas no certame.

Ante o exposto, adstrita exclusivamente aos questionamentos da petição inicial, deixo de adotar medida de suspensão do certame e determino o arquivamento do feito, com prévia ciência, por meio eletrônico, desta decisão ao Representante e à Representada.

Esclareço que, por se tratar de procedimento eletrônico, na conformidade da Resolução n.º 01/2011, a íntegra da decisão e da representação e demais documentos poderão ser obtidos, mediante regular cadastramento, no Sistema de Processo Eletrônico – e.TCESP, na página www.tce.sp.gov.br.

Publique-se.

Dê-se ciência ao Ministério Público de Contas.

Ao Cartório para as providências cabíveis.

G.C., em 31 de maio de 2019.

CRISTIANA DE CASTRO MORAES

Conselheira

CÓPIA DE DOCUMENTO ASSINADO DIGITALMENTE POR: CRISTIANA DE CASTRO MORAES. Sistema e-TCESP. Para obter informações sobre assinatura e/ou ver o arquivo original acesse <http://e-processo.tce.sp.gov.br> - link 'Validar documento digital' e informe o código do documento: 1-UCL7-B406-6LOI-32KV