



Decisão 00004/2023-9 - Plenário

Produzido em fase anterior ao julgamento

Processo: 10332/2022-7

Classificação: Controle Externo - Fiscalização - Representação

UG: PMC - Prefeitura Municipal de Cariacica

Relator: Luiz Carlos Ciciliotti da Cunha

Representante: GIESPP GESTAO INTELIGENTE DE EDUCACAO E SAUDE PUBLICA E PRIVADA LTDA

Responsável: JORGE EDUARDO DE ARAUJO SAADI, JORGE AUGUSTO BARCELOS MEIRELES

Procuradores: JHONATAN BARBOSA DE OLIVEIRA (OAB: 457191-SP), LUIZ HENRIQUE ORNELLAS DE ROSA (OAB: 277087-SP)

**FISCALIZAÇÃO – REPRESENTAÇÃO – INDEFERIR
MEDIDA CAUTELAR – SUBMETER OS AUTOS AO
RITO ORDINÁRIO – ENCAMINHAR À ÁREA
TÉCNICA PARA ANÁLISE DE MÉRITO – DAR
CIÊNCIA.**

O RELATOR EXMO. SR. CONSELHEIRO LUIZ CARLOS CICILIOTTI DA CUNHA:

1. RELATÓRIO

Tratam os autos de **REPRESENTAÇÃO COM PEDIDO DE CONCESSÃO DE MEDIDA CAUTELAR**, formulada por GIESPP – GESTÃO INTELIGENTE DE EDUCAÇÃO E SAÚDE PÚBLICA E PRIVADA LTDA., perante este Egrégio Tribunal de Contas, em face da Prefeitura Municipal de Cariacica, alegando supostas ilegalidades no bojo do **Pregão Eletrônico nº 138/2022**, cujo objeto é o “*registro de preços para a provável contratação de empresa especializada em cessão de licenciamento de uso de e manutenção de software para a gestão dos serviços desempenhados pela Rede de Saúde Pública Municipal*”.

Alega a representante, em síntese, erros formais e vícios editalícios, além de diversas irregularidades sob os aspectos jurídicos e técnicos da contratação, que restringiriam a participação de potenciais interessados, evidenciando a necessidade de Impugnação do presente Edital.

Por fim, requer:

III – DO PEDIDO

Diante de todo o exposto, a empresa GIESPP, após ter sua Impugnação recebida e conhecida, requer, liminarmente, a **SUSPENSÃO DO PREGÃO PRESENCIAL 138/2022**, promovido pela Prefeitura Municipal de CARIACICA.

No mérito, requer que a presente Impugnação seja julgada **TOTALMENTE PROCEDENTE** a fim de que sejam determinadas as pertinentes correções relatadas no corpo desta petição, por restringir o caráter competitivo da licitação (inciso I, §1º do artigo 3º da Lei Federal nº 8.666/93), infringindo, assim, o processo licitatório e os princípios constitucionais que os norteia.

Por fim, requer que todas as intimações sejam realizadas em nome dos advogados abaixo indicado no e-mail juridico@tecnogroup.com.br, sob pena de nulidade.

Através da **Decisão Monocrática 1339/2022** foi determinada a notificação dos senhores **JORGE EDUARDO DE ARAÚJO SAADI** (Secretário Municipal de Administração) e **JORGE AUGUSTO BARCELOS MEIRELES** (Pregoeiro Municipal), para que, se pronunciassem sobre as supostas irregularidades apontadas na inicial, no prazo de 05 (cinco) dias.

Notificados (evento 07 e 08), os referidos gestores apresentaram documentação inserta na Defesa/Justificativa 00029/2023 (evento 14) e Defesa/Justificativa 00030/2023 (evento 17).

Por meio da **Decisão Monocrática 00013/2023**, conheci da representação, por estarem preenchidos os requisitos de admissibilidade previstos no artigo 177 c/c 186

do Regimento Interno, Resolução TC 261/2013 e no artigo 94, da Lei Complementar Estadual 621/2012.

Encaminhados os autos à Área Técnica, essa procedeu à Manifestação Técnica de Cautelar 00020/2023, cuja proposta de encaminhamento foi a seguinte:

5.1 - Deferir Cautelar, na conformidade do art. 376 do RITCEES (aprovado pela Resolução TC 261/2013), em razão de ausência de informações claras e precisas quanto a treinamento (quantidade de eventos e de servidores a serem capacitados) interferindo na composição de custos e formulação de proposta, por conseguinte, ter potencial para afastar eventuais licitantes, de forma que seja determinado paralisar o procedimento, na fase em que se encontra, até decisão ulterior nesta Corte de Contas;

5.2 - Determinar oitiva dos Responsáveis pela condução da Licitação, Pregoeira Oficial e Secretária Municipal de Administração e, especialmente, Secretaria Municipal de Saúde do Município de Cariacica, para pronunciamento, na forma do art. 307, §3º do RITCEES, bem como, encaminhar cópia de documentação comprovando cumprimento da cautelar deferida;

5.3 - Notificar a Secretária Municipal de Saúde do Município de Cariacica para que encaminhe a esta Corte de Contas cópia integral do Processo Administrativo que cuida do Pregão Presencial 138/2022;

5.4 - Cientificar a autoridade máxima do Ente, Prefeito Municipal, bem como, o Conselho Municipal de Saúde (controle social) para que tomem conhecimento dos fatos e da existência dos presentes autos;

5.5 - Cientificar o Representante do teor da decisão a ser proferida, nos termos do art. 307, §7º do RITCEES;

É o relatório.

VOTO

2. FUNDAMENTAÇÃO

Procedendo à análise de sua competência, a Área Técnica procedeu à **Manifestação Técnica de Cautelar 00020/2023**, trazendo a seguinte fundamentação, cujo núcleo segue abaixo transcrito:

A – AUSÊNCIA DE PREVISÃO DE REGIME DE EXECUÇÃO NO PREÂMBULO;

A Lei 8.666/93, em seu artigo 40, define:

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:

Percebe-se no Edital de Pregão que não consta em seu preâmbulo o regime de execução, o que é uma ilegalidade, contudo, no Anexo I, parte integrante do Edital, encontra-se explicitamente destacado:

4. REGIME DE EXECUÇÃO

O regime de execução é o de EMPREITADA POR PREÇO UNITÁRIO, na forma do art.6º, inciso VIII, alínea “b”1, e cujo critério de julgamento é o MENOR PREÇO TOTAL GLOBAL

Logo, embora haja uma eventual ilegalidade quanto a posição em que se encontra disponibilizado, não é silente o procedimento e, conseqüentemente, não há comprometimento para a contratação e muito menos dúvidas quanto ao regime de execução. Nada que uma recomendação pudesse ser suficiente, podendo ser mitigada ante a iminente revogação da Lei 8.666/93 (art. 193, Lei 14.133/2021).

A título de informação, na nova Lei, não se encontra mais tal disciplina, obrigando, no entanto, que o regime de execução esteja descrito em cláusula contratura, art. 92, inciso IV:

Art. 92. São necessárias em todo contrato cláusulas que estabeleçam:

(...)

IV - o regime de execução ou a forma de fornecimento;

Isto posto, eventual ilegalidade não possui força suficiente para respaldar uma medida cautelar e a suspensão do certame.

B - DA AUSÊNCIA DE JUSTIFICATIVA QUANTO A EXCLUSÃO DE EMPRESAS REUNIDAS EM CONSÓRCIO DA PRESENTE LICITAÇÃO;

O Edital de Pregão Eletrônico 138/2022 estabelece:

4.9. Não poderão participar desta licitação:

(...)

4.9.11. Consórcio, qualquer que seja sua forma de constituição

Segundo o representante esta proibição deveria ser precedida de justificativa enquanto que o jurisdicionado alega ser discricionário possibilitar participação.

A Lei 8.666/93 em seu artigo 33 define:

Art. 33. Quando permitida na licitação a participação de empresas em consórcio, observar-se-ão as seguintes normas:

I - comprovação do compromisso público ou particular de constituição de consórcio, subscrito pelos consorciados;

II - indicação da empresa responsável pelo consórcio que deverá atender às condições de liderança, obrigatoriamente fixadas no edital;

III - apresentação dos documentos exigidos nos arts. 28 a 31 desta Lei por parte de cada consorciado, admitindo-se, para efeito de qualificação técnica, o somatório dos quantitativos de cada consorciado, e, para efeito de qualificação econômico-financeira, o somatório dos valores de cada consorciado, na proporção de sua respectiva participação, podendo a Administração estabelecer, para o consórcio, um acréscimo de até 30% (trinta por cento) dos valores exigidos para licitante individual, inexigível este acréscimo para os consórcios compostos, em sua totalidade, por micro e pequenas empresas assim definidas em lei;

IV - impedimento de participação de empresa consorciada, na mesma licitação, através de mais de um consórcio ou isoladamente;

V - responsabilidade solidária dos integrantes pelos atos praticados em consórcio, tanto na fase de licitação quanto na de execução do contrato.

Precedentes, positivados, deste Tribunal levam a concluir que a não motivação deva ser tratada, a princípio, como irregularidade. Vide Acórdão TC 078/2019:

Este TCE tem decidido no sentido de que a formação de consórcio pode incentivar ou restringir a competição, de acordo com o caso concreto, e no sentido de que a vedação representa irregularidade se não for devidamente motivada de acordo com o caso concreto, conforme acórdãos TC1244/2016 e 505/2018, ambos do Plenário.

Com as devidas vênias, ainda que possa ser irrelevante, deixa-se registrado a reflexão do subscritor.

Pelo que se extrai do normativo, a participação de consórcio “quando permitida” deve obedecer a regras (inciso do art. 33 da Lei 8,666/93). Isto significa que a vedação posta no Edital é irrelevante (redundante), pois é a participação de empresas em consórcio quem precisa de permissão.

Empresas privadas, conforme definido na Lei 6.404/1976, art. 278, podem se reunir para formar consórcio com a seguinte regra:

Art. 278. As companhias e quaisquer outras sociedades, sob o mesmo controle ou não, podem constituir consórcio para executar determinado empreendimento, observado o disposto neste Capítulo.

§ 1º O consórcio não tem personalidade jurídica e as consorciadas somente se obrigam nas condições previstas no respectivo contrato, respondendo cada uma por suas obrigações, sem presunção de solidariedade.

Ou seja, consórcios não são regras (sem personalidade jurídica – inexistem naturalmente), e são constituídos para empreendimento específico, daí porque sua participação em licitação deveria (e deve) ser exceção também. E é este o entendimento posto em reflexão e que se tem por legitimado. Ou seja, a regra, pelo que se depreende da Lei 8.666/93, é que consórcios (que não tem personalidade jurídica) não possam participar de certames, exceto se e quando, autorizados em edital.

Até mesmo a autorização de participação de consórcio, deve ter base em princípios, conforme consta estabelecido no Acórdão já mencionado, TC 078/2019:

A opção pela participação de empresas em consórcios encontra-se na esfera da discricionariedade administrativa, sendo necessário avaliar a conveniência e a oportunidade no caso concreto. Essa análise deve ser feita de maneira cautelosa e, se ficar constatado que em razão da complexidade do objeto, sua extensão ou outras circunstâncias, a participação de consórcios é necessária, já que poucas empresas no

mercado estão aptas a executá-lo isoladamente, deve a Administração admitir a participação, em homenagem ao princípio da competitividade.

Percebe-se um contrassenso, ao mesmo tempo que exige justificativa para vedar participação de consórcios, atesta que a autorização de sua participação se vincula a objetos complexos.

O jurisdicionado descreve dentro desta interpretação, ou seja, afirma que deveria justificar a não autorização (participação) de consórcios somente na hipótese de que o objeto da licitação seja divisível, o que não seria o caso.

No campo do precedente que se ampara para esta análise, Acórdão TC 078/2019, tem-se que:

A Prefeitura Municipal de Nova Venécia apresentou suas justificativas apontando que a possibilidade de participação de consórcios poderia, no caso concreto, diminuir o número de empresas elegíveis ao certame, diminuindo a competitividade e não aumentando. Essa motivação já havia sido apresentada à empresa reclamante no bojo do processo administrativo. Deve-se acrescentar que, apesar de não admitir consórcio, o certame possibilita a subcontratação, como explanado pelos gestores na resposta à suposta irregularidade tratada na seção 2.2.

Assim, a partir das informações trazidas aos autos pelos gestores, relacionadas à motivação que levou a Administração a não permitir a participação de consórcio, não identificamos a irregularidade alegada pela representante quanto a esta vedação.

Concretamente, como não há cópia do Processo não se pode afirmar com absoluta certeza que não houve justificativa (acredita-se que não foi positivada diante da resposta do jurisdicionado), entretanto, independente de interpretações e reflexões, as argumentações apresentadas pelos gestores notificados dão razão e demonstram que existiram motivos, e, portanto, leva a que se considere justificada a vedação.

*Ou seja, trata-se de um único bem, licenciamento de software (significa que existente e não para ser desenvolvido ainda), sendo que o Representante não trouxe e não há nos autos, elementos que demonstrem o contrário do alegado pelo jurisdicionado. Limitou-se a dizer que não havia justificativa, mas não que a vedação não caberia para o caso. Assim, não há como suportar o *fumus boni iuris*.*

A título de registro, na nova Lei de Licitações, 14.133/2021 já em vigor, mas até abril de 2023 concomitantemente com a Lei 8.666/93, altera sobremaneira os termos de regramento, de forma que enquanto uma precisa ser autorizada a participação de consórcio, na outra, garante participação, devendo exceção ser devidamente justificada, pois que, em seu art. 15, disciplina:

Art. 15. Salvo vedação devidamente justificada no processo licitatório, pessoa jurídica poderá participar de licitação em consórcio, observadas as seguintes normas:

C – EXCESSO DE EXIGÊNCIAS NO ATESTADO DE CAPACIDADE TÉCNICA – RESTRIÇÃO DA COMPETITIVIDADE

O Edital de Pregão em discussão trouxe descrito a exigência.

11. ATESTADO DE CAPACIDADE TÉCNICA

Comprovação de capacidade técnico-operacional, através da apresentação de atestado ou certidão de capacidade técnica, constando que a licitante prestou e/ou presta os serviços de maior relevância técnica e financeira da presente licitação, ou seja, o licenciamento de software de gestão de saúde, incluindo os serviços de implantação, manutenção e suporte técnico, para município, estado ou instituição privada que atenda, no mínimo, 193.000 (cento e noventa e três mil pessoas).

- No caso de atestado emitido por pessoa jurídica de direito público, este será aferido pela população estimada pelo IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística) para o ano de 2021. O número de pessoas corresponde aproximadamente a metade da população do município de Cariacica ES.*

Na representação não há contestação à exigência, até mesmo porque esta já é consolidada na jurisprudência desta Corte, questionou-se sim, o fato de que não havia possibilidade de atestados cumulativos para atingir a exigência.

Da jurisprudência cita-se, a título de exemplo, passagem do Acórdão TC 1395/2022:

Pois bem. Inicialmente, é importante esclarecer que a capacidade técnica operacional, inserida em editais de licitação, referem-se à experiência que deve ser comprovada pelo licitante, pessoa jurídica, organização empresarial, demonstrando para o contratante que possui aptidão para desempenhar as atividades pertinentes e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação.

Da mesma forma que o indicativo apontado anteriormente, os Tribunais de Contas também evoluíram com relação aos seus entendimentos acerca da capacidade técnica operacional, 411/2016 – Plenário, 460/2015 – Plenário, 311/2021 – 1558/28018 – 2ª Câmara, 1179/2019 – 2ª Câmara e 736/2020 – 2ª Câmara.

Assim, podemos concluir que é farta a jurisprudência desta Corte em possibilitar o atendimento a quantidade máxima possível de ser exigida a título de atestado de capacidade técnica operacional indicada, qual seja, no máximo 50 % (cinquenta por cento) da quantidade total licitada, como foi a proposta apresentada no edital licitado.

O jurisdicionado esclarece que não se pode alegar exigência exacerbada, demonstrando entre coisas que em relação número de habitantes é inferior a 50% do estimado. Além disto disserta que em razão do objeto não seria possível a aplicabilidade da demanda.

Deve-se dar razão ao jurisdicionado. É fato que muito das vezes a possibilidade de se acumular atestados para alcançar objetivo é salutar e desejável, contudo, no caso concreto, trata-se de um item específico, um software (gestão de serviços desempenhados na rede de saúde), para ser utilizado em procedimentos de saúde, necessitando de suporte para dados, cadastros, e uma diversidade de informações que não se faz pertinente que sejam diluídos, ou seja, não atende a exigência que se comprove um percentual em um atestado, outro percentual em um segundo atestado, entre outros. Isto é, por se tratar de um software que deve suportar dados da grande massa populacional de Cariacica não se atestará capacidade técnica se diluídos em vários contratos ou atestados.

É adequado que para demonstrar capacidade técnica haja o atestado que fornece o software e que este suporte registro de uma determinada população.

Não há nos autos os elementos que amparem diluir atestado em vários outros e ainda assim cumprir com o propósito a que se destina. Conseqüentemente não se reconhece irregularidade, bem como, indícios da ocorrência do direito.

D (F) – DO EXCESSO E SUBJETIVIDADE DA PROVA DE CONCEITO – AUSÊNCIA DE ROTEIRO COM OS REQUISITOS MINIMOS E INDISPENSÁVEIS;

Entre outras informações acerca da Prova de Conceito consta do Edital em comento:

A licitante classificada provisoriamente em primeiro lugar na fase de lances será convocada para demonstrar à Comissão Avaliadora, nas dependências da Secretaria Municipal de Saúde, as funcionalidades relacionadas no ANEXO I-D, do Termo de Referência, para aferição da proposta quando ao objeto, consoante o inciso XI do art. 4º da Lei nº 10.520/02;

(...)

A prova de conceito deverá necessariamente observar a sequência disposta no Termo de Referência, devendo ser apresentados item a item;

É facultado às demais licitantes participarem de todas as sessões de demonstração, sendo aconselhada a presença de, no máximo, dois representantes por empresa;

Durante a demonstração, não será permitida qualquer tipo de manifestação de licitantes que estejam na condição de espectadores. Eventuais manifestações deverão ser formalizadas no devido prazo recursal, que será divulgado pelo Pregoeiro;

O sistema proposto pela licitante demonstradora deverá atender a 100% (cem por cento) dos requisitos funcionais previstos no Anexo I – D, do Termo de Referência, sob pena de desclassificação da proposta quanto ao objeto. (...)

(...)

A Administração fará a seleção dos membros da Comissão Avaliadora, de modo que esta seja composta por profissionais com competência para acompanhar todas as etapas da prova de conceito. A referida Comissão será responsável por elaborar o Termo de Aceite ou Não Aceite da solução demonstrada.

A Representante questiona o fato de exigir demonstração de cem por cento (100%) dos requisitos funcionais exigindo aderência a inúmeras funcionalidades. Reclama, ainda, ser subjetivo o edital já que não traz um roteiro lógico dos itens indispensáveis que deverão ser atendidos por ocasião da demonstração do sistema.

Por outro lado, contesta a administração que dois são os subitens que cuidam o objeto a ser licitado e que o exigido é somente para os “requisitos funcionais do software”. E completa:

É importante também relatar que o edital é claro em detalhar que a prova de conceito será aplicada tomando como base os requisitos funcionais, ou seja, esta administração avaliou na prova de conceito os requisitos que são fundamentais para o pleno funcionamento da plataforma, trazendo assim garantia de que a proponente esteja apta a executar o objeto que temos pretensão de contratar.

Toma-se emprestado os argumentos postos em análise na MTC 17/2022-8, e que cuida de matéria relacionada a Prova de Conceito:

A prova de conceito, segundo a [Instrução Normativa nº 1/2019, do Ministério da Economia](#), apresenta o seguinte conceito em seu art. 2º, inciso XXIV:

Prova de Conceito: amostra a ser fornecida pelo licitante classificado provisoriamente em primeiro lugar para realização dos testes necessários à verificação do atendimento às especificações técnicas definidas no Termo de Referência ou Projeto Básico;

A realização desse ato tem como fundamento o dever legal do gestor, previsto no art. 43, IV, da Lei nº 8.666/1993, de “verificação da conformidade de cada proposta com os requisitos do edital”, se aplicando também ao procedimento do pregão de forma subsidiária, por força do art. 9º, da Lei n. 10.520/2002.

O entendimento do TCU vai nessa linha, segundo o qual é recorrente o problema de entrega de bens e suprimentos de TI de qualidade duvidosa ou inservíveis para a Administração, principalmente com a adoção do critério de julgamento menor preço. Assim sendo, é inegável que a prova de conceito é uma medida essencial de que dispõe o gestor para assegurar a eficácia da contratação (Acórdão nº 1.215/2009 – TCU – Plenário).

Seguindo ainda o que diz o TCU, tem-se que:

"Adote em editais de pregão critérios objetivos, detalhadamente especificados, para avaliação de amostras que entender necessárias a apresentação. Somente as exija do licitante classificado provisoriamente em primeiro lugar no certame". (TCU - Acórdão 1168/2009 Plenário)

Infere-se daí que o procedimento da prova de conceito é um instrumento que será utilizado para se verificar se o bem ou serviço demandado se enquadra nas exigências do edital, sendo certo que deverá ser exigido

apenas do licitante classificado em primeiro lugar, como é o caso. Dessa forma, em uma análise perfunctória, própria das medidas cautelares, não se mostra tal cláusula restritiva da competitividade.

O software a ser contratado é pulverizado em diversos itens (módulos), especificados no Termo de Referência, e necessário a demonstração destes, de modo a avaliá-los.

Exigir a prova de conceito ou amostra ou demonstração do objeto (no caso, software), nada mais é que apresentar um sistema que irá funcionar, e como consequência, garantir uma adequada contratação.

No que se refere à reclamação de um roteiro para apresentação do sistema, a forma deve ser a que melhor atender o licitante e no que se refere à ordem, está explícito no Edital:

- A prova de conceito deverá necessariamente observar a sequência disposta no Termo de Referência, devendo ser apresentados item a item;*

A comissão de avaliação, naturalmente que especializada, é que irá definir (observando, questionando, analisando, etc.) esta viabilidade (se atendem as necessidades técnicas operacionais e legais), para cada uma das funcionalidades.

As ações de controle, interna ou externa, somente poderão agir, nesta situação, se houverem exageros, abusos, ilegalidades, etc., pois o mínimo, implícito, em uma prova de conceito, é demonstração de que a ideia do sistema irá funcionar de acordo com o objeto do certame. Não é crível, por exemplo, que se exija demonstrar a funcionalidade da função “integração com dispositivos móveis” e não de “aplicativo de saúde do paciente”, tanto é assim que a demonstração exigida, explicitamente, define que deve ser para cada subitem (função).

Em relação a prova de conceito o que tem sido vedado nesta Corte são a não possibilidade de que seja efetivada em sessão pública e que somente vencedor do certame realize, fato que, no caso concreto, se encontra à conformidade com entendimento.

Nesta etapa (prova de conceito) não se avalia empresa, mas sim, o produto a ser ofertado. É apresentada, em sessão pública, dela podendo participar representantes das demais licitantes, e, naturalmente, poderão capturar elementos para, se necessário, insurgirem e buscar as vias adequadas para exigir a correção de quaisquer irregularidades.

Não há, nos autos, elementos que suportem a este Tribunal afirmar que a apresentação de apenas uma parte das funções constantes do TR – Anexo I – D, seria suficiente para que a Administração atestasse e validasse o objeto a ser contratado.

Também não há como este Tribunal tomar a frente da Comissão específica de avaliação e realizar testes e mesmo que o fizesse, não transparece ser possível validar baseado somente em critérios objetivos. A extensão e profundidade em cada função depende de até onde se pode chegar para considerar o “aceite ou não aceite” da solução encontrada.

*Não há propósito para que se considere irregular que o jurisdicionado se cerque dos cuidados necessários para buscar uma solução informatizada (software) que lhe garanta o serviço desejado, e assim não há que se falar em *fumus boni iuris*.*

E (G) – AUSÊNCIA DE DESIGNAÇÃO PRÉVIA DA COMISSÃO TÉCNICA ESPECIAL;

Equivocada a investigação do Representante, isto porque, conforme consta do portal da transparência de Cariacica, em 14 de dezembro de 2022, por intermédio da Portaria 024/2022, em sua ementa constou:

Institui comissão para análise e avaliação do edital de pregão eletrônico 138/2022 referente à representação de prova de conceito.

Também no portal de transparência constata-se que o Edital de Pregão Eletrônico 138/2022 foi publicado (disponibilizado) em 15 de dezembro de 2022.

Assim, não resta dúvida de que a Comissão composta por 6 servidores, 3 da Secretaria de Saúde e 3 do setor de tecnologia e

inovação era conhecida desde bem antes que o certame e a própria prova de conceito (a ser realizada em 2023) viesse (ou venha) a ser realizada, portanto, não se constata a irregularidade e, conseqüentemente, a fumaça do bom direito.

F (H) - DEMAIS APONTAMENTOS”

A representação reúne diversas outras questões abaixo reproduzidas:

1) Na estruturação de preços e da ata o edital menciona apenas a quantidade de unidades, ocorre que no descritivo destas unidades existem Unidades básicas de saúde, pronto socorros e unidades especializadas. Como se trata de unidades de características diferentes, porte diferentes e que contemplam processos sistêmicos diferentes as mesmas não podem ser equiparadas para efeito de precificação e deveriam ser tratadas de forma independente

Em resposta, alegou o jurisdicionado:

Quanto a primeira questão, sobre a diversidade dos equipamentos onde os serviços serão prestados, respondemos que por mais que existam tipos de equipamentos de saúde com suas diferentes especificidades é de comum saber que todas compartilham de funcionalidades similares, e que no final se somam para formar uma grande malha de informações sobre a saúde pública municipal, sendo este o motivo de não haver diferenciação por tipo de serviço, portanto, preços diferentes.

As empresas no geral, tem sua própria política de preços e customização, assim é difícil atestar razões específicas. A alegação ou dúvida apresentada, dá mostras de que não faz muito sentido. Trata-se de um único software, estando os requisitos funcionais dissertados no Termo de Referência.

Pelo que se pode extrair do questionamento parece pretender que sejam um software por cada estabelecimento. Aqui, com todas as vênias, principalmente tratando-se de serviços de saúde pública, efetivados em “rede”, o importante não são os estabelecimentos, mas sim, as funcionalidades do sistema.

No Edital o objeto licitado está assim registrado:

A presente licitação tem por objeto registro de preços para a provável contratação de empresa especializada em cessão de licenciamento de uso de e manutenção de software para a gestão dos serviços desempenhados pela Rede de Saúde Pública Municipal, conforme descrito neste Edital

Os estabelecimentos que serão atendidos e, inclusive, seus endereços encontram-se no Edital e seus anexos. As funcionalidades do sistema também.

Ora, é ilógico que a Administração tenha que alterar seu projeto, seu intento em software de gestão, diga-se, para gestão de serviços em “rede”, para atender o pleito do Representante. Demais disto, não se extrai dos termos do edital e do próprio tema, isto é, gestão dos serviços desempenhados em rede na área de saúde, qualquer relevância quanto ao estabelecimento de saúde que oferta o serviço. O importante são os pacientes, tanto é assim que o atestado de capacidade técnica solicita serviços que atendam a 193.000 pessoas e não quantidade de unidades (estabelecimentos) de saúde.

Não há, nos autos, elementos que corroborem ou minimamente ponha em dúvida a unificação do software, e conseqüentemente, dar razão ao Representante.

2) Na definição de carga horária de treinamento o edital cita o mínimo de 4h de treinamento para cada turma e não cita um volume máximo de treinamento e nem o número de usuários a serem treinados. A falta desta informação impede a formatação adequada de uma proposta de preços o que pode favorecer empresas que já conheçam o projeto de forma a direcionar o edital.

Em resposta, alegou o jurisdicionado:

Quanto a segunda questão, em relação a carga horária de treinamento a administração municipal com o objetivo de garantir que a etapa do projeto referente aos treinamentos seja exequível definiu como carga horária mínima 4 horas, tendo em vista que cada proponente entende da complexidade ou mesmo da quantidade de horas total necessária para compartilhar o conhecimento de sua plataforma. Já a quantidade de pessoas por turma a mesma será levantada no momento da execução do contrato observando o disposto na página 37 do edital.

De fato, há uma falha nas informações, quanto a quantitativo de servidores e usuários, no entanto, não existem indícios prováveis de que visem a favorecer licitantes.

Se por um lado não há informações sobre quantidade de servidores a serem treinados (capacitados), de outro, está explícito no subitem 3.1 do Termo de Referência, e no Anexo I – B do TR, que a Secretaria Municipal de Saúde providenciará o local do treinamento e computadores para os participantes, bem como, os treinamentos devem ser diretamente nas unidades que a contratante solicitar a fim de minimizar os impactos destes, no entanto, é da contratada a obrigação de fornecer material didático e despesas com deslocamento.

Numa leitura simplista, não se verifica outra interpretação de que serão, no máximo, 45 treinamentos, ou seja, uma para cada unidade de saúde. Para tanto, sejam 2 ou 20 os servidores a ser treinado, custos de equipamento e local é do contratante e um instrutor atende, também, a 2 ou 20 servidores a serem capacitados.

O objeto para a licitação em comento é iluminado no que concerne licenciamento de software, no entanto, também existem adicionais, como por exemplo, serviços de treinamentos. E este (treinamento) precisa ser considerado. Quanto ao tema não é difícil, pois refere-se à utilização do produto (software), entretanto, a execução carece de informações, sendo que estas são essenciais na composição de custos.

Ora os gastos com um instrutor, sua performance, deslocamento, etc. por um dia (4 horas, p.e.), não é o mesmo que se realizado 45 vezes. O material didático produzido para 10 servidores participantes do treinamento não é o mesmo que para 100 servidores.

Tudo isto partindo do princípio que o máximo de treinamento seja 45 estabelecimentos de saúde, pois na falta de clareza, é necessário interpretar, e daí corre-se riscos de entender diferente do que foi intenção.

Desta forma, a carência das informações claras e suficientes relacionadas ao quantitativo de eventos para instrução e da quantidade de servidores a serem capacitados, há força suficiente para inviabilizar uma concreta composição de preços e apresentação de proposta, podendo ser determinante no afastamento de potenciais licitantes ao certame.

Presente, portanto, o fumus boni iuris.

3) O edital solicita que sejam alocados no mínimo 2 técnicos de suporte para prestar atendimento nas dependências da secretaria de saúde, ocorre que na tabela de preços não consta nenhuma forma de cobrança destes profissionais, o que impede que a proposta de preços seja realizada da forma clara e transparente,

Em resposta, alegou o jurisdicionado:

O terceiro ponto em relação ao apreçamento dos serviços técnicos temos que os profissionais solicitados fazem parte do item 2, suporte técnico, sendo detalhado de forma clara no item 3, páginas 39 a 43, todas as suas especificidades.

Pois bem, constou do Edital:

Visando a completa cobertura de todas as eventuais demandas de suporte técnico, a empresa disponibilizará durante a vigência do contrato uma equipe de suporte técnico distribuída na seguinte estrutura;

- Técnicos de suporte atuando de forma remota, em estrutura de Central de Atendimento, atendendo aos chamados de Nível 1 e 2, via telefone 0800, aplicativo de mensagens e portal de chamados.*
- No mínimo 02 (dois) técnicos de suporte atuando de forma presencial, nas dependências da Secretaria Municipal de Saúde ou Subsecretaria de Tecnologia da Informação, atendendo aos chamados escalonados pela equipe da Central de Atendimento que apresentem necessidade de suporte presencial, em qualquer setor ou estabelecimento da Secretaria Municipal de Saúde*

Ao que se extrai do regramento posto acima, razão assiste ao jurisdicionado, pois o custo dos técnicos de suporte, fazem parte do

item 2 por ele mencionado. Tanto os presenciais (contestado) quanto os remotos (aos quais o representante não questionou).

Mais uma vez há questões de interpretação no tema e aqui deixa-se registrado o que se entende da exigência. O licitante (contratada) deixará à disposição do Jurisdicionado (contratante) uma equipe de atendimento remoto para resolução de questões envolvendo o software. Além disto, se necessário for, técnicos presenciais para resolução de problemas diretamente no equipamento.

Não quer dizer que os técnicos necessitem estar no local definido constantemente, mas sim, por e quando chamados.

Esta interpretação vem do fato de que, aparentemente, o software estará funcionando, no mínimo, em 45 estabelecimentos de saúde, e dois técnicos não conseguiriam estar em todos lugares.

Então funcionaria, por interpretação (e pelo que geralmente ocorre), encontrado um problema faz chamado remoto e tenta-se resolução, não resolvendo, no mínimo 2 técnicos devem estar disponíveis para atender presencialmente no local de chamado (secretaria, UBS, UPA, etc.).

É uma questão de suporte técnico, isto é, problemas com o produto fornecido e de resolução obrigatória pelo contratado, e seus custos estarão presentes quando valorar o serviço.

Assim, por conseguinte, não há razão à Representação.

4) Os requisitos funcionais descritos no edital, chegam ao ponto de detalhar campos de cadastro e modelos de relatórios Isto demonstra claramente o direcionamento do edital, pois torna-se abusivo a solicitação de detalhes que atendam a estrutura de um determinado software, sendo que o edital deveria contemplar funcionalidades de forma macro para que cada concorrente atende-se a esta funcionalidade conforme características e estrutura de seu software, pois para o Município o importante e ter a funcionalidade atendida e contemplada e não a estrutura de campos que o sistema utiliza para isso.

Em resposta, alegou o jurisdicionado:

No quarto ponto quanto ao detalhamento dos requisitos funcionais, não há que se falar em direcionamento, o que aliás, restou demonstrado pela disputa na concretização do certame, pois é obrigação da Administração detalhar de forma clara todas os requisitos técnicos que atendem de forma tácita as necessidades do município. Os campos citados no referido edital e questionado pela impugnante são campos básicos para o pleno atendimento do objeto.

O Representante não traz um relato contundente ou identifica claramente qualquer funcionalidade que tenha por propósito direcionar objeto.

Ora, não parece razoável que seja considerado abusivo o fato do jurisdicionado definir estrutura do software, que lhe custará de milhões de reais e que deseja usufruir.

É preciso refletir que, são dois os componentes de formatação da aquisição, o setor de tecnologia da informação que trabalha a programação, desenvolvimento, etc. e o usuário, no caso um setor específico, criterioso, com regras que vão além do jurisdicionado (SUS – tripartite), isto é, setor de saúde pública.

O que um programador escreve não necessariamente um usuário, técnico de saúde, pode não ter mesma leitura. Portanto, não se avalia como direcionamento (até porque, qualquer programador deveria ter por obrigação alcançar resultado que por antecedência foi divulgado), mas sim para garantir que o produto a ser entregue atenda à sua finalidade, que é referente ao setor de saúde pública.

Desta forma, não se pode contestar o fato de que o jurisdicionado descreva, ainda que em detalhes, serviços e ou relatórios que atendam suas expectativas, conseqüentemente, não procede a contestação deste subitem.

5) O edital no descritivo de funcionalidades solicita módulo de GESTÃO E ATENDIMENTO HOSPITALAR, ocorre que na própria descrição de unidades existentes no município que serão contempladas pelo edital NÃO consta nenhuma unidade Hospitalar.

Desta forma solicitar funcionalidades de algo que não será implantado no município é abusivo e só tem o objetivo de direcionar o edital impedindo a participação de empresas que não contemplem a gestão hospitalar

Em resposta, alegou o jurisdicionado:

O quinto ponto diz respeito a exigência de um módulo de gestão e atendimento hospitalar e o Município não incluiu dentre as unidades a serem atendidas nenhum equipamento com tais características. No ponto cabe esclarecer que muito embora não conste do rol de estabelecimentos, o município de Cariacica possui em seu quadro de equipamentos da saúde uma maternidade, a Maternidade Municipal de Cariacica, atualmente sob gerencia de uma OSC (Organização da Social Civil). Ocorre que a gestão do equipamento é tripartite (Estado, Município e OSC), estando em curso uma proposta do Estado em devolve-la integralmente ao Município, justificando, de antemão a exigência editalícia.

O Jurisdicionado, por si só, já traz argumentos suficientes para descaracterizar o questionamento que é a Maternidade Municipal. Aliás, o argumento de que é gerido por OS não lhe retira a titularidade e responsabilidade do Ente ao qual se vincula.

Porém, ainda que não possuísse “unidade hospitalar”, não cabe a licitante enveredar por um tema se cabe ou não exigir. Sua autorização está em representar em casos de irregularidades e não pelos módulos que o jurisdicionado pretende ver disponibilizado. Se assim agisse, daria azo, por exemplo, que um licitante questionasse o fato do jurisdicionado “terceirizar” um sistema informatizado em detrimento ao desenvolvimento direto por seus servidores na área de informatização.

Para além de tudo isto, a questão é que se está a referir em ações e serviços de saúde, abrigado pelo SUS, tendo como princípio a Universalidade, e o módulo gestão hospitalar, pelo que se extrai, além de outros é a possibilidade de qualquer Município, qualquer Estado, entre outros, garantir direito de acessar cadastro e conter informações necessárias.

O Ministério da Saúde vem trabalhando incessantemente na produção de sistemas informatizados que possam abarcar os serviços de saúde, principalmente, pacientes. E como o SUS alcança todos os serviços de saúde, desde atenção básica a tratamento hospitalar, acredita-se que não competiria a esta Corte definir que, aquele módulo incluído (justificado, mas ainda que não fosse) seja ou não exigido.

Portanto, não se faz procedente o questionamento e demanda do Representante.

6) O edital solicita que sejam disponibilizadas 4000 horas referentes a unidades técnicas de serviço, este volume de horas e absurdo e não faz o menor sentido a partir do princípio de que está sendo adquirido um produto padronizado (necessidade básica para uso da modalidade de pregão) e que conta com mais de 1000 requisitos funcionais descritos.

Justificaram os notificados:

E ainda, o sexto ponto quanto ao volume de horas referentes a unidades técnicas. Ora, trata-se de questão de trato interno da Administração pois as mesmas se traduzem em plena garantia da administração pública de conseguir implementar todas as funcionalidades que não estão previstas no corpo editalícia e que são fundamentais para nossa operação. Ressalte-se que as 4000 horas são para um período de 24 meses e se fizermos um cálculo pormenorizado por unidade, 45, serão aproximadamente 88 horas por unidade para o período de 24 meses, olhando com a ótica mensal temos aproximadamente 4 horas mensais por unidade. Ademais, as horas técnicas não se resumem apenas em implantar novas funcionalidades sistêmicas mais sim atender por completo todos os pontos que estão detalhadamente descritos no ANEXO I-E.

Neste subitem discute-se serviços técnicos “sob demanda”, isto é, em casos de necessidades encontradas durante execução do contrato, e de maneira “extraordinária”, isto é, serviços não previstos no Edital (e contrato).

Entende-se que se trata de serviços que não serão exigidos, mas, que podem vir a surgir, sendo que a hora é equivalente a uma

unidade de serviço e não necessariamente o tempo. Assim constou no Edital (Anexo I – E -TR item 4):

A unidade de medida adotada em cada classe de serviço denomina-se Unidade de Serviço Técnico – UST, que corresponde ao esforço para a realização de atividades extras que venham a ser necessárias no decorrer do projeto e não tenham sido pensadas anteriormente e não façam parte deste termo de referência, independentemente da quantidade de recursos alocados, condicionados a pagamento por entregas e atendimento aos níveis de serviços.

Não está previsto a contratação de serviços continuados para sustentação e operação de ambientes. Os serviços fornecidos devem estar caracterizados em uma das seguintes classes:

Cada UST equivale ao esforço de 1 hora homem de trabalho

Por se tratar de serviço público de saúde, o alcance de atendimento/pacientes pode vir ser maior que a própria população de Cariacica, arredondados (para mais) em 400 mil habitantes. Estes ainda, diluídos em 45 unidades de saúde. Isto representa, se necessário for (serviço é por demanda), aproximados 3,7 unidades de serviços (ou perto de 3:45 horas) mensais por cada estabelecimento.

O representante alegou absurdo e que não faria sentido exigir 4.000 horas disponibilizadas de serviços. A alegação ficou no campo das palavras, não havendo nenhum indicativo probatório para o alegado.

Contrário disto, não se tratam de horas disponibilizadas (estas deverão ser até maiores, já que catalogadas), mas de serviços (correspondente em horas) que somente serão exigidos nos casos não previstos no catálogo de serviços, isto é, atividades que não foram idealizadas durante o projeto para software, e que se necessários devem ser realizados.

Após esclarecimento do jurisdicionado e ante ausência de outras alegações e respectivos indícios probatórios contrários a estes, não há nos autos, elementos suficientes que possam respaldar e ou confirmar a notícia trazida pelo Representante.

*Quanto ao periculum in mora, o processo de contratação está em sua fase de andamento, o certame ocorreu, contou com 3 (três) empresas interessadas, e sagrou-se vencedora a empresa VIVVER SISTEMAS LTDA., no valor de R\$ 2.872.500,00, tendo sido convocada para “prova de conceito”. Assim, resta explicitado o receio de que a efetividade do processo e sua Decisão venha a fomentar dano irreparável ou de difícil reparação, devendo consequentemente ser **expedida medida cautelar determinando a paralização do procedimento licitatório na fase em que se encontra.***

À guisa de conclusão, consta da referida ITC o seguinte:

Mais uma vez, para reafirmar, carece os presentes autos, para uma avaliação concreta e, se for o caso, de responsabilizações, constar com a cópia fiel e integral do processo administrativo que cuida do PE 138/2022 da PM de Cariacica, razão pela qual, se entender pelo prosseguimento o feito, deve ocorrer notificação para seu encaminhamento a esta Corte de Contas.

A análise efetuada contou na participação do jurisdicionado em justificativas e de interpretações dos termos do Edital, de forma que poderia ser alterada, embora acredita-se convictamente que seria confirmada na forma como aqui efetuada.

As notícias de irregularidades, de forma geral, não lograram ser confirmadas, uma ou outra impropriedade formal como o regime de execução para a contratação que não se encontrava no preâmbulo do Edital, mas que não faltou no regramento de forma que todos que se interessassem na participação dele teria conhecimento. Também a vedação de participação de empresas em consórcio que talvez e provavelmente (não há cópias) não constasse do processo original foi justificada pelos gestores.

Também questões como prova de conceito, nomeação de comissão de avaliação, exigência de atestado capacidade técnica, e demais questionamentos não lograram ser confirmadas nesta análise.

Entretanto, em relação à obrigatoriedade de treinamento de servidores, seu quantitativo esteve ausente no procedimento e tratam-se de dispêndios que uma futura contratada terá na execução contratual, e afeta diretamente nos custos que terá e que deverá ser arcado. Por dedução lógica afeta a formulação de propostas de eventuais licitantes.

Assim, por este motivo, a medida cautelar pleiteada deve ser concedida.

Embora trate-se de matéria relevante e vinculada à saúde não se mostra adequado e pertinente reconhecer o periculum in mora reverso, uma vez que são 35 anos de SUS e a funcionalidade com os procedimentos até então efetuados se perpetraram, de forma que, garantir uma justa e legítima contratação, atrasando a contratação em alguns poucos meses é que irá garantir abraçar o interesse público.

Também há que se deixar clareado, novamente, que foram tratados somente questões levantadas pela Representante, não convertendo em eventuais coisas julgadas demais questões que possam vir a ser discutidas.

Ademais, trata-se de uma atividade meio, uma regra para gerir e administrar questões relacionadas à saúde, entretanto, não são imprescindíveis para que pacientes possuam atenção e tratamento digno e esperado.

Em alguns subitens faz-se menção a nova Lei de Licitações, Lei 14.133/2021, contudo, deve-se deixar claro que ocorreu a título de informação, a uma porque é de praxe que os Municípios capacitem seus servidores para implementá-la, e especialmente, porque não há nenhuma interpretação dada pelo TCEES a respeito.

*Propõe-se **cientificar** a autoridade máxima do Ente, no caso, o **Prefeito Municipal** para que tome conhecimento da demanda e destes autos, e também, **de forma excepcional** (não é rotineiro), ao Controle Social, no caso representado pelo **Conselho Municipal de***

Saúde, para que tome ciência e acompanhe, bem como, em vista do tema, da relevância, da contribuição que pode advir no cumprimento das atribuições que lhes compete, inclusive, se for o caso, adotar medidas que entender adequada.

Pois bem. O que se verifica é que as supostas irregularidades trazidas pelo representante, em uma análise perfunctória, não foram corroboradas pelo entendimento técnico, estampado na Manifestação Técnica de Cautelar 00020/2023, na sua maioria. Apenas em relação ao tópico do quantitativo de treinamento de servidores entendeu estar presente motivos para a expedição de medida cautelar. O trecho abaixo sintetiza o posicionamento da Área Técnica:

Entretanto, em relação à obrigatoriedade de treinamento de servidores, seu quantitativo esteve ausente no procedimento e tratam-se de dispêndios que uma futura contratada terá na execução contratual, e afeta diretamente nos custos que terá e que deverá ser arcado. Por dedução lógica afeta a formulação de propostas de eventuais licitantes.

Entretanto, é preciso apor minha discordância em relação a essa conclusão. Isso porque, conforme justificou a autoridade licitante, houve a definição prévia da carga horária mínima de 4 horas, e, em relação ao quantitativo de pessoas por turma, tal informação seria levantada no momento da execução do contrato. Eventuais dúvidas relacionadas aos custos de tais procedimentos, inclusive quanto ao material didático, só para darmos um exemplo, poderiam ser sanadas até mesmo por meio de pedidos de esclarecimento, conforme previsão no item 5 do edital.

Soma-se a isso que, em um cenário de incerteza, no tocante até mesmo a eventual rotatividade de servidores públicos, fenômeno brasileiro popular, exigir precisão em relação a quantidade de servidores que necessitem de treinamento é impor ônus pesado à Administração Pública. Deve-se ressaltar ainda que a legislação brasileira possui mecanismos de segurança para garantir a exequibilidade dos contratos, e evitar prejuízos financeiros para a contratada, e um desses mecanismos é a revisão contratual, a ser procedimentalizada conforme hipóteses legais. Assim, eventual prejuízo financeiro excepcional que ameaçasse a higidez contratual poderia e

poderá ser combatida, por meio do manuseio dos instrumentos competentes.

Ausente, portanto, a presença do *fumus boni iuris*, a fundamentar a concessão de medida cautelar, e, via de consequência, ausente *periculum in mora*.

3. DISPOSITIVO

Diante de todo o exposto, divergindo do posicionamento técnico, VOTO no sentido de que o Colegiado aprove a seguinte minuta de DECISÃO que submeto à sua consideração.

LUIZ CARLOS CICILIOTTI DA CUNHA

Conselheiro Relator

1. DECISÃO TC-004/2023-9

VISTOS, relatados e discutidos estes autos, **DECIDEM** os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, reunidos em Sessão do Plenário, ante as razões expostas, em:

1.1. INDEFERIR a medida cautelar requerida, nos termos da fundamentação acima;

1.2. SUBMETER a presente representação ao **RITO ORDINÁRIO**, e encaminhar os autos à Área Técnica, para a devida instrução meritória;

1.3. DAR CIÊNCIA na forma regimental.

2. Unânime.

3. Data da Sessão: 31/01/2023 – 001ª Sessão Ordinária do Plenário.

4. Especificação do quórum:

4.1. Conselheiros: Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun (presidente), Luiz Carlos Ciciliotti da Cunha (relator), Sebastião Carlos Ranna de Macedo, Sérgio Aboudib Ferreira Pinto, Domingos Augusto Taufner, Sérgio Manoel Nader Borges, Rodrigo Coelho do Carmo.

5. Membro do Ministério Público de Contas: procurador Luciano Vieira em substituição ao procurador-geral

CONSELHEIRO RODRIGO FLÁVIO FREIRE FARIAS CHAMOUN

Presidente