



Decisão 01655/2023-1 - 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)

**REPRESENTAÇÃO – MUNICÍPIO DE CARIACICA –
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 – DISCORDÂNCIA DA
ITI – AUSÊNCIA DE IRREGULARIDADE –
ENCAMINHAR À ÁREA TÉCNICA PARA
INSTRUÇÃO TÉCNICA CONCLUSIVA.**

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

1. RELATÓRIO

Trata-se de Representação formulada por GIESPP – Gestão Inteligente de Educação e Saúde Pública e Privada Ltda inscrita no CNPJ sob o nº 11.042.997/0001-69, com pedido de medida cautelar, em face da Prefeitura Municipal de Cariacica (Fundo Municipal de Saúde), noticiando possíveis irregularidades existentes no Pregão Eletrônico – PE nº 138/2022, cujo objeto destina-se a “*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*”.

Por meio da **Decisão Monocrática 1339/2022** determinou-se 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, que 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, que opinou pelo deferimento da cautelar pleiteada, o que não foi acompanhado pela Decisão 04/2023-9 do Plenário.

Encaminhados os autos à Área Técnica, essa emitiu a Manifestação Técnica 0333/2023-3, sugerindo que fosse colacionado aos autos a cópia integral do processo administrativo do Pregão Eletrônico 138/2022, emitindo-se os Termos de Comunicação de Diligência 0155/2023-4 e 0156/2023-9 para os responsáveis, sendo os mesmos atendidos pela resposta de Comunicação 0419/2023-6.

Por meio da Instrução Técnica Inicial 00063/2023, a Área Técnica sugeriu a seguinte proposta de encaminhamento:

3 - CONCLUSÃO E PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

Em face do exposto e em respeito aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, sugere-se a esta Corte de Contas:

3.1 A CITAÇÃO da responsável indicada no quadro adiante, nos termos do art. 56, inc. II, da Lei Complementar Estadual 621/2012, para que, no prazo a ser assinalado por este Tribunal, apresente, razões de defesa que entenderem cabível quanto ao indicativo de irregularidade apontada:

Responsáveis	Subitem desta ITI
Helenice Brenda Candeia Sant'Ana Gerente de Plan.e Riscos de Licitação.	2.7.1 Falta de clareza do Edital

É o relatório.

2. FUNDAMENTAÇÃO

A Área Técnica, por meio da Instrução Técnica Inicial 00063/2023-6, ao analisar a representação e as respostas encaminhadas, trouxe as seguintes considerações:

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, requerendo ao final a suspensão do Pregão Presencial 138/2022, pugnando por fim pela procedência da Representação.

Identificamos nos autos que o valor estimado para a contratação pelo Ente municipal foi no valor de R\$ 11.099.636,10 (onze milhões, noventa e nove mil seiscentos e trinta e seis reais e dez centavos) (ev. 39 fls. 412)

Compulsando os autos identificamos que foi interposto pela empresa representante, impugnação junto a Administração, contendo questões semelhantes a representação em comento, (evs. 40 fls.18 a 24; 41 fls. 01 a 07; 42fls. 01 a 06 e 43 fls. 01 a 05), sendo a mesma considerada intempestiva pelo Pregoeiro, que mesmo assim, analisou os questionamentos feitos e considerou os mesmos improcedentes, (evs. 45 fls.05 e 06; 46 fls. 01 e 02) sendo sua decisão ratificada pela autoridade superior. (ev. 46 fls. 03)

Durante a etapa dos lances, assim ficou a classificação dos licitantes:

- Viver Sistemas Ltda – Valor R\$ 2.872.500,00;
- Celk Sistemas Ltda EPP – Valor R\$ 10.354.000,00;
- E & L Produções de Software Ltda – Valor R\$ 11.099.636,10.

Foi considerada arrematante pelo menor preço ofertado a empresa Viver Sistemas Ltda, sendo a mesma convidada a realizar a prova de conceito. (ev 46 fls. 15)

Ao realizar a prova de Conceito perante a Comissão responsável pela análise, instituída pela portaria 024/SEMUS de 14 de dezembro de 2022, foi considerado pela referida comissão, que o Software apresentado pela licitante não atende ao pretendido pela Administração Municipal, conforme Relatório juntado aos autos. (ev. 46 fls. 112 a 115).

Foi convocada então a empresa Celk Sistemas Ltda. (2ª colocada) para a realização da prova de conceito, sendo que o software da mesma foi aceito pela Comissão instituída para a sua análise. (evs. 49 fls. 37 a 44; ev. 50 fls. 01 a 20; ev. 51 fls. 01 a 21; ev. 52 fls. 01 a 21 e ev.53 fls. 01 a 10).

Posteriormente, a empresa Celk Sistemas Ltda. foi declarada vencedora do certame, tendo feito uma redução no valor da proposta para R\$ 10.350.000,00 (dez milhões e trezentos e cinquenta mil reais), sendo que a publicação do ato administrativo, foi realizada no dia 20 de março de 2023, no Diário Oficial do Município. (ev. 53 fls. 80 e fls. 114)

Ao Consultar o site oficial do município constatamos que o procedimento administrativo se encontra atualmente em fase de adjudicação/homologação.

2 - ANÁLISE TÉCNICA

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

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

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:

Percebe-se no Edital de Pregão que não consta em seu preâmbulo o regime de execução, o que se demonstra uma irregularidade, 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 irregularidade quanto a posição em que se encontra disponibilizado, consta no Edital sub examine de forma explícita o Regime de Execução e, conseqüentemente, não há comprometimento para a contratação, e muito menos dúvidas quanto ao regime de execução. Nada que uma recomendação pudesse ser suficiente.

Por todo o exposto, sugere-se o afastamento do presente indício de irregularidade.

2.2 - 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 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.

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.

Em sua defesa assim se manifestou os responsáveis:

A outro giro a denunciante não apresenta nenhuma razão de ordem técnica que, em contraposição justificasse a admissibilidade dos consórcios. E não o fez, por uma razão elementar: Não haver no objeto da licitação campo para a sua divisibilidade.

Aqui cabe destacar que as argumentações quanto a obrigação de justificativa quando da não admissibilidade da reunião de licitantes em consórcio se sustentam na possibilidade, ainda que remota, da divisibilidade do objeto, posto que sobreleva o interesse público no aumento da competitividade nos certames desde que esta não traga risco para a exequibilidade segura do objeto.

Sobre o tema, Marçal Justen Filho (Comentários à lei de licitações e contratos administrativos, 12. ed., São Paulo: Dialética, p. 410) assevera que:

“Admitir ou negar a participação de consórcios é o resultado de um processo de avaliação do mercado em face do objeto a ser licitado e da ponderação dos riscos inerentes à atuação de uma pluralidade de sujeitos associados para a execução do objeto.”

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.

Assim, a decisão da vedação da participação de consórcio pela Administração Pública, insere-se na discricionariedade do Gestor.

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.

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.

A lei estabelece que a regra é a disputa individual de empresas na licitação, porém, quando admitida a participação de consórcios, deve ser observado o disposto no art. 33 da Lei 8.666/93. Ressalte-se que, independentemente da opção efetuada pela unidade requisitante, devem ser juntadas aos autos as justificativas para a admissão ou a vedação à participação de consórcios, o que de fato não restou evidenciado.

A Jurisprudência do TCU explicita as razões para a admissão ou a vedação à participação de consórcio de empresas, uma vez que o princípio da motivação exige que a Administração Pública indique os fundamentos de fato e de direito de suas decisões, inclusive das discricionários. Acórdão 1453/2009 – Plenário. Entretanto, na licitação sub examine, apesar de não ser identificado nos autos as justificativas para a admissão ou vedação à participação de consórcios na mesma, dada a natureza do objeto a ser licitado, e por não ser o mesmo divisível e nem complexo, existe uma motivação implícita para tal.

Por todo o exposto, sugere-se o afastamento do presente indício de irregularidade.

2.3 - 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.

Quanto ao alegado pelo representante assim se manifestou o jurisdicionado:

No ponto não há o que se falar em “exigências exacerbadas” tendo em vista que o Município solicita que a licitante demonstre que prestou e/ou presta os serviços de maior relevância técnica e financeira para licenciamento de software de gestão de saúde, incluindo os serviços de implantação, manutenção e suporte técnico, ou seja, existe extrema similaridade com o objeto que estamos contratando.

Outro ponto relevante, a população atual do município de Cariacica é de 386.495 mil habitantes segundo informações do IBGE, conforme link(<https://www.ibge.gov.br/cidades-e-estados/es/cariacica.html>), sendo assim o quantitativo populacional usado como a base para o atendimento do Atestado de Capacidade Técnica é de menos de 50%.

Quanto a possibilidade da apresentação de mais de um atestado, fácil perceber pela natureza do objeto, sua inaplicabilidade sob pena de não ser possível aferir a capacidade de atendimento da contratada ao objeto tal qual pretendido.

O jurisdicionado esclarece que não se pode alegar exigência exacerbada, demonstrando entre outras 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.

É salutar a soma de atestados de capacidade técnica com a finalidade de se aumentar a competitividade entre os licitantes, mas no caso concreto, temos uma demanda em que a Administração pretende a disponibilização de um software para atender uma grande massa de moradores, e se for apresentado pelos licitantes, inúmeros atestados de serviços realizados em municípios de pequeno porte, os atestados apresentados podem não atestar a capacidade técnica pretendida pela Administração.

É adequado que para demonstrar capacidade técnica haja o atestado que fornece o software e que este suporte registro de uma determinada população. Por todo o exposto, sugere-se o afastamento do presente indício de irregularidade.

2.4 - DO EXCESSO E SUBJETIVIDADE DA PROVA DE CONCEITO – AUSÊNCIA DE ROTEIRO COM OS REQUISITOS MÍNIMOS 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.

Quanto ao alegado pelo Representante assim se manifesta a Administração:

A representante insurge-se quanto aos parâmetros da prova de conceito invocando precedentes do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo.

Em relação ao que chama de excesso percebe-se claramente a intenção da denunciante de confundir este nobre julgador. Aliás, registre-se residir aqui grande dificuldade desta municipalidade em compreender o que argumenta a insurgente. Todavia, cabe-nos o esforço de buscar das necessárias respostas, sobretudo, ante a certeza da legalidade dos atos praticados.

Ao avaliar o anexo I-D que trata do item do 2 do termo de referência, cessão de uso de software integrado para a gestão da saúde, podemos ver de forma clara que ele possui 2 subitens, conforme descrevemos abaixo;

1- REQUISITOS MÍNIMOS E CARACTERÍSTICAS GERAIS DO SISTEMA DE GESTÃO MUNICIPAL DA SAÚDE:

2- REQUISITOS FUNCIONAIS DO SOFTWARE

Fica claro que esta administração não está solicitando que 100% das funcionalidades sejam apresentadas na prova de conceito pois exclui desta fase o subitem 1. Tal justificativa é afirmada em primeiro momento pela impugnante e que em outro momento se contradiz.

É importante relatar que o único local do edital que existe o termo todas as funcionalidades é no item 9 página 29 que trata sobre GARANTIA, MANUTENÇÃO E ATUALIZAÇÃO DO SOFTWARE, que será medido após a execução do contrato, fato posterior à prova de conceito.

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 avaliara 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.

Todos os demais itens previstos em edital, e que não fazem parte da prova de conceito deverão ser executadas respeitando prazos, requisitos e funcionalidades conforme afirma o item 9, GARANTIA, MANUTENÇÃO E ATUALIZAÇÃO DO SOFTWARE e demais cláusulas editalícias.

Entendemos, portanto, que o principal intuito da impugnante é macular a presente contratação concluindo de forma equivocada que a administração municipal está exigindo que seja comprovado ou mesmo está deixando de forma vaga as demais condições para aplicação da prova de conceito.

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 avaliara 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.

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).

Infer-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.

Da análise do instrumento convocatório identificamos que o software a ser contratado é pulverizado em diversos itens (módulos), especificados no Termo de Referência, sendo necessária 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, é que irá definir (observando, questionando, analisando, etc.) esta viabilidade (se atendem as necessidades técnicas operacionais e legais), para cada uma das funcionalidades exigidas.

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.

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 em conformidade com entendimento.

Nesta etapa (prova de conceito) se avalia que o produto a ser ofertado atende as necessidades da Administração Pública, sendo apresentada pela licitante com a presença dos outros licitantes a fim de se dar a transparência necessária, e fazer posteriormente futuros questionamentos que entenderem pertinentes ao assunto

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.

Portanto, não pode ser considerado irregular que o jurisdicionado se cerque dos cuidados necessários, para buscar uma solução informatizada (software), que lhe garanta o serviço desejado.

Por todo o exposto, sugere-se o afastamento do presente indício de irregularidade.

2.5 - AUSÊNCIA DE DESIGNAÇÃO PRÉVIA DA COMISSÃO TÉCNICA ESPECIAL

Não assiste razão a afirmação da empresa representante ao afirmar que inexistente a designação prévia da Comissão Técnica para avaliação da prova de Conceito.

Compulsando os autos identificamos a existência da Portaria/SEMUS/ 024 de 14 de dezembro de 2022 que instituiu comissão para análise e avaliação do edital de pregão eletrônico 138/2022 referente à representação de prova de conceito. (ev. 39 fls. 728 e 729)

Tal portaria foi publicada no Diário Oficial do Município no dia 27/12/2022. (ev. 40 fls. 5)

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, portanto, não se constata a irregularidade.

Por todo o exposto, sugere-se o afastamento do presente indício de irregularidade.

2.6 - DEMAIS APONTAMENTOS

2.6.1 – Alega o Representante 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.

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, independentemente de qual tipo de unidade de saúde utilizar o software pretendido pela Administração.

Por todo o exposto, sugere-se o afastamento do presente indício de irregularidade.

2.6.2 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 apreamento 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 os 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.

Por todo o exposto, sugere-se o afastamento do presente indício de irregularidade.

2.6.3 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 é 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 melhor lhe atenda, e que de acordo com o orçamento feito, custará um valor significativo para os cofres públicos.

Portanto, não se avalia como direcionamento, 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 representação quanto a este subitem.

Por todo o exposto, sugere-se o afastamento do presente indício de irregularidade.

2.6.4 - 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.

O Município já prevê de antemão a necessidade para uma unidade hospitalar, não cabendo ao licitante se imiscuir nesta seara.

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.

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.

Por todo o exposto, sugere-se o afastamento do presente indício de irregularidade.

2.6.5 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 trata 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.

Deste modo, não se configura nenhum absurdo a previsão editalícia.

Por todo o exposto, sugere-se o afastamento do presente indício de irregularidade.

2.7 – Do Indicativo de irregularidade

2.7.1 - Falta de Clareza no Edital

Critério: Infringência ao Arts. 14, 38 e 40, inciso I da Lei 8.666/93 c/c art. 3º da Lei 10.520/02.

Responsável:

Identificação:

Helenice Brenda Candeia Sant'Ana – Gerente de Plan. e Riscos de Licitação

Conduta:

Elaborou Edital de licitação, contendo falta de informações capaz de impedir a formatação adequada de proposta de preços pelos licitantes, incorrendo em erro grosseiro

Nexo causalidade:

Ao elaborar edital de licitação contendo falta de informações capaz de impedir a formatação adequada de proposta de preços pelos licitantes, a responsável pela elaboração do edital gerou o questionamento efetuado

Culpabilidade:

A culpabilidade se configura pela exigência de uma conduta diversa, haja vista que a irregularidade em questão afronta dispositivo legal, dando margem ao questionamento efetuado.

Alega o Representante que 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 o 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.

Respaldando o entendimento, a afirmação do jurisdicionado ao afirmar que o quantitativo de pessoas a serem treinadas por turma será levantada no momento da execução do contrato, corroborando com a incerteza que cerca os licitantes, ao realizar o levantamento de seus custos, no momento da formulação da proposta.

A definição do objeto deve indicar, de modo sucinto, preciso, suficiente e claro, o meio pelo qual uma necessidade da Administração deverá ser satisfeita, vedadas especificações excessivas, irrelevantes ou desnecessárias que limitem a competição.

Segundo o saudoso Helli Lopes Meirelles o objeto da licitação “é a obra, o serviço, a compra, a alienação, a concessão, a permissão e a locação que afinal, será contratada com o particular” (1999, p. 250) (grifamos)

Ao definir a forma correta um objeto a ser licitado, não somente a Administração beneficia-se dos resultados ao final, quando de sua entrega, porém, principalmente o licitante, pois lhe possibilitará sua perfeita compreensão e quantificação das propostas para a contratação almejada.

O legislador andou bem quando, preocupado, com a precisão da definição do objeto a ser licitado, disciplinou no art. 3º, da Lei 10.520 de 17/07/2002, que a definição do objeto deverá ser precisa, suficiente e clara, vedadas as especificações que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, limitem a competição. Não é diferente da conjugação dos arts. 14, 38, caput e 40, inciso I da Lei 8.666/93, que, juntos, dispõe da mesma forma, ou seja, que o objeto da licitação deva ser caracterizado de forma adequada, sucinta e clara.

Assim dispõe a Lei 8.666/93, acima citada:

Art. 14. Nenhuma compra será feita sem a adequada caracterização de seu objeto e indicação dos recursos orçamentários para seu pagamento, sob pena de nulidade do ato e responsabilidade de quem lhe tiver dado causa.

Art. 38. O procedimento da licitação será iniciado com a abertura de processo administrativo, devidamente atuado, protocolado e numerado, contendo a autorização respectiva, a indicação sucinta de seu objeto e do recurso próprio para a despesa, e ao qual serão juntados oportunamente:

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:

I - objeto da licitação, em descrição sucinta e clara;

E ainda a Lei 10.520/02, assim dispõe:

Art. 3º A fase preparatória do pregão observará o seguinte: I - a autoridade competente justificará a necessidade de contratação e definirá o objeto do certame, as exigências de habilitação, os critérios de aceitação das propostas, as sanções por inadimplemento e as cláusulas do contrato, inclusive com fixação dos prazos para fornecimento;

II - a definição do objeto deverá ser precisa, suficiente e clara, vedadas especificações que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, limitem a competição;

Analisando detidamente os autos não foi identificado por este servidor, que a falta de clareza no Edital, que deu causa ao questionamento apresentado pelo representante, se derivou de uma conduta praticada pelo Pregoeiro Municipal ou pelo Secretário Municipal responsável pela licitação.

O pregoeiro pode ser responsabilizado por algum ato na condução do processo em que ocorre alguma irregularidade/ilegalidade, e não foi este o caso sub examine.

Sobre o tema o Tribunal de Contas da União já se manifestou no mesmo sentido, através do Acórdão 2.389/2006 – Plenário, a saber:

O Pregoeiro não pode ser responsabilizado por irregularidade em edital de licitação, já que sua elaboração não se insere no rol de competências que lhe foram legalmente atribuídas.

Da mesma forma, não foi identificado nos autos, nenhuma conduta praticada pelo Secretário Municipal de Administração, pasta responsável pela deflagração do certame licitatório, que possa vir macular de irregularidade o procedimento administrativo.

O TCU vem consolidando a correta utilização da matriz de responsabilização para que, em cada irregularidade, reste evidenciada de forma clara, precisa, e individualizada, a análise do nexo de causalidade e o exame de culpabilidade, para somente então permitir a responsabilização dos agentes envolvidos.

Vale lembrar do entendimento do TCU acerca da responsabilidade dos gestores de nível hierárquico conforme dispõe o Acórdão TCU 65/1997 – Plenário, que assim dispõe:

Prender que todas as informações de subalternos sejam checadas por seus superiores, sob o risco de inviabilizar-se a administração. Aliás, se assim o fosse, não seriam necessários os servidores subalternos. Bastariam os chefes...

Compulsando os autos identificamos que a elaboração da minuta do edital foi realizada pela Sra. Helenice Brenda Candeia Sant'ana, que deu margem a irregularidade apontada pelo representante. (Ev. 39 fls. 420, 422 e 424), devendo essa servidora, esclarecer as ponderações feitas relativas a este item pela empresa na sua exordial.

Nesse sentido, sugere esta área técnica a citação da responsável para que apresente suas justificativas.

Pois bem.

Minha discordância em relação ao entendimento técnico refere-se ao item 2.7.1 da Instrução Técnica Inicial 63/2023, que trouxe como indicativo de irregularidade a falta de clareza no edital, devido ao fato de o edital, ao definir a carga horária de treinamento, teria citado o mínimo de 4 horas para cada turma, sem citar um volume máximo de treinamento e o número de usuários a serem treinados, o que se constituiria em erro grosseiro.

Primeiramente, é preciso destacar que o objeto do certame licitatório é a 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, sendo o treinamento atividade meramente acessória. Como explicou o jurisdicionado em sua resposta, o quantitativo de pessoas por turma só seria definido no momento da execução do contrato.

A própria Área Técnica, mesmo entendendo pela insuficiência das informações trazidas no edital, considerou que não existiriam indícios prováveis de visar ao favorecimento de licitantes. Também trouxe que, “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”. Em suma, foi possível à Área Técnica, que não é licitante, uma previsão do item treinamento, o que, de fato, também se torna possível por parte dos licitantes.

Outro ponto que minimiza eventual impacto desse item na contratação é o fato de que é a própria Secretaria Municipal de Saúde quem providenciará o local do treinamento e os computadores para os participantes, restando à contratada o fornecimento de material didático e as despesas de deslocamento.

Finalmente, estando já o certame em fase adiantada, não há qualquer indício de que a disputa tenha sido prejudicada.

Por todo o exposto, não se verifica que a não indicação do número exato de horas de treinamento possa ser considerada uma falha ou omissão do edital, considerando a possibilidade de se chegar a um número pela análise dos termos do edital e seus anexos, e também considerando a possibilidade de os próprios licitantes apresentarem pedidos de esclarecimentos endereçados à própria Administração licitante, a fim de sanar eventuais dúvidas.

Assim, discordo do apontamento exarado no item 2.7.1 da respectiva Instrução Técnica Inicial 63/2023, não havendo irregularidades remanescentes, conforme entendimento da Área Técnica consubstanciado na mesma peça processual.

3. DISPOSITIVO

Ante o exposto, divergindo da Área, **VOTO** no sentido de que o Colegiado aprove a seguinte minuta de Acórdão que submeto à sua consideração.

LUIZ CARLOS CICILIOTTI DA CUNHA

Conselheiro Relator

1. DECISÃO TC-1655/2023-1

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. ENCAMINHAR os autos à Área Técnica, para a elaboração da competente instrução técnica conclusiva, nos termos do artigo 319 do Regimento Interno desta Corte de Contas.

2. Unânime

3. Data da Sessão: 15/06/2023 – 27ª 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 e Rodrigo Coelho do Carmo.

5. Membro do Ministério Público de Contas: procurador-geral Luis Henrique Anastácio da Silva.

CONSELHEIRO RODRIGO FLÁVIO FREITAS FARIAS CHAMOUN

Presidente