



Instrução Técnica Conclusiva 00854/2022-1

Produzido em fase anterior ao julgamento

Processo: 07468/2021-1

Classificação: Controle Externo - Fiscalização - Representação

Sector: NOF - Núcleo de Controle Externo de Outras Fiscalizações

Criação: 11/03/2022 13:57

UG: PMC - Prefeitura Municipal de Cariacica

Relator: Sebastião Carlos Ranna de Macedo

Interessado: JOSE ROBERTO MARTINS AGUIAR, RENAN BOBBIO QUERUBINO,
HELENICE BRENDA CANDEIA

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

Procuradores: MURILLO BOTTER RODRIGUES (CPF: 484.971.048-46), BRUNELLA DE
KASSIA SILVA NANI GASQUE (OAB: 382986-SP), UESLEI ALMEIDA DOS SANTOS (OAB:
395817-SP), LUIZ HENRIQUE ORNELLAS DE ROSA (OAB: 277087-SP)

1 – INTRODUÇÃO

Trata-se de **Representação** apresentada pela sociedade empresária GIESPP Gestão Inteligente de Educação e Saúde Pública e Privada Ltda. com **pedido de medida cautelar**, em face do Município de Cariacica, por supostas irregularidades no **Edital do Pregão Eletrônico nº 161/2021** (processo 8764/2021), lançado por intermédio da Secretaria Municipal de Educação, cujo objeto é a prestação de serviço e fornecimento de solução especializada em gestão de educação, no modelo SaaS (Software as a Service), com data de abertura agendada inicialmente para 2/12/2021.

Resumidamente, o Representante informou que no Pregão Eletrônico nº 161/2021 existem erros formais e vícios editalícios que evidenciam a necessidade de Impugnação do presente Edital, pugnando, ao final, pela suspensão imediata do certame e posterior retificação do instrumento convocatório, quais sejam:

A – DA AUSÊNCIA DE PREVISÃO DE REGIME DE EXECUÇÃO CONTRARIANDO À LEI Nº 8.666/93 E ENTENDIMENTO DO TCEES;

B – DA IRREGULAR UTILIZAÇÃO DE REGISTRO DE PREÇOS PARA CONTRATAÇÃO DE LICENÇA DE USO DE SOFTWARE – INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA;

C – DA INEXISTÊNCIA DE QUALQUER GARANTIA DE QUE OS DADOS SENSÍVEIS DOS USUÁRIOS DO SISTEMA DE EDUCAÇÃO DO MUNICÍPIO DE CARIACICA SE ENCONTRAM PROTEGIDOS – POSSIBILIDADE DE QUE A CONTRATADA VENHA A SER PREJUDICADA POR ERROS DA MUNICIPALIDADE;

D – SUBJETIVIDADE E EXCESSO NA PROVA DE CONCEITO – POC

E – VISITA TÉCNICA OBRIGATÓRIA – PREVISÃO QUE CONTRARIA A JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS E CONTROLE EXTERNO;

F – AUSÊNCIA DE DESIGNAÇÃO DA EQUIPE TÉCNICA AVALIATIVA EM DESCOMPASSO COM A JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAIS DE CONTROLE EXTERNO;

G – DA INCORRETA ATRIBUIÇÃO DE COMPETÊNCIA AO PREGOEIRO PARA DECIDIR SOBRE IMPUGNAÇÕES;

H – AUSÊNCIA DE QUANTITATIVOS DE TREINAMENTO IMPOSSIBILITANDO A CONFECÇÃO DAS PROPOSTAS;

I – SUBJETIVIDADE QUANTO AO INÍCIO E CONCLUSÃO DA EXECUÇÃO

Ao final, o Representante requereu o conhecimento do expediente como representação, a suspensão liminar do Pregão Eletrônico Nº 161/2021 e no mérito, seja julgada totalmente procedente e determinadas as pertinentes correções relatadas no corpo da petição.

Por meio da Decisão Monocrática 1034/2021 (peça 6), o Relator conheceu a representação e determinou a **notificação** dos Srs. **José Roberto Martins Aguiar** – Secretário Municipal de Educação, **Renan Bobbio Querubino** – Secretário Municipal para Assuntos Administrativos e **Helenice Brenda Candeia** – Pregoeira, para manifestação.

Devidamente notificados (peças 7-15), apresentaram suas justificativas (peças 16-21).

Os autos foram encaminhados à área técnica, conforme Despacho 00543/2022-4 (peça 24), sendo emitida a **Manifestação Técnica de Cautelar 00017/2022-8** (peça 25), pela **concessão da cautelar**, conforme transcrito:

3. CONCLUSÃO/PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

Em face do exposto, conclui-se a presente manifestação técnica sugerindo-se o seguinte:

3.1 – Seja concedida medida cautelar, com fundamento no artigo 376, incisos I e II, do RITCES, em razão do fundado receio de grave lesão ao erário ou a direito alheio e do risco de ineficácia da decisão de mérito, determinando a suspensão imediata do Pregão Eletrônico para Registro de Preços nº 161/2021 da Prefeitura Municipal de Cariacica, na fase em que se encontrar, devendo a Administração se abster de praticar quaisquer atos relativos à continuidade do certame, até ulterior decisão desta Corte de Contas;

3.2 – Nos termos do art. 307, § 3º, do RITCEES a determinação de oitiva da parte, para querendo, apresentar justificativas.

Em síntese, opinou-se pelo afastamento dos itens E e G. Quanto aos itens B, D e F, entendeu-se que não restaram cumpridos o primeiro requisito para concessão da medida pleiteada, ou seja, fundado receio de grave ofensa ao interesse público (*fumus boni iuris*). Para os itens A, H e I o entendimento foi no sentido de que apresentaram o primeiro requisito para concessão da medida pleiteada. Em relação ao item C, entendeu-se por dispensar a análise naquele momento, por ter relação direta com a área de Tecnologia da Informação, sugerindo-se análise do mérito, oportunamente, por auditor com formação técnica adequada.

Na Decisão Monocrática 00047/2022-9 (peça 27), o Relator acompanhou integralmente a área técnica, sendo ratificada pelo Plenário, conforme Decisão 00003/2022-6 - Plenário (peça 38).

Devidamente notificados (peças 28-36), acostaram aos autos as suas justificativas (peças 39-44), nas quais esclareceram que o edital em apreço se encontrava suspenso antes do deferimento da medida cautelar, conforme

publicado no Diário Oficial do Município em **2/12/2021** e que a “situação” foi atualizada para “suspensa” no portal da transparência (peça 40).

Ressaltaram que o motivo da suspensão administrativa se deu em razão dos questionamentos e impugnação impetrados pela mesma representante, ainda que intempestivo, nos termos reportados também nesta Corte de Contas, a fim de agir preventivamente, mediante análise detalhada das situações apresentadas e possíveis correções (peça. 39, p.3).

Nesse sentido, informaram que “não houve qualquer ato relativo à continuidade do certame após notificação deste egrégio Tribunal de Contas, tendo sido realizadas apenas as adequações do Termo de Referência quanto aos itens necessários” (peça 39, p. 3), sendo aguardada decisão desta Tribunal para prosseguimento dos trâmites.

Por fim, os autos retornaram ao Núcleo de Controle Externo de Outras Fiscalizações – NOF para análise e instrução, por meio do Despacho 05297/2022-1 (peça 49).

2 – INDICATIVOS DE IRREGULARIDADE DESCRITOS NA MANIFESTAÇÃO TÉCNICA DE CAUTELAR 00017/2022-8

Na avaliação de concessão de medida cautelar, com exceção dos itens E (visita técnica obrigatória) e G (incorreta atribuição de competência ao pregoeiro para decidir sobre impugnações), entendeu-se que para os demais itens caberia dar continuidade a análise e oportunizar oitiva da parte, a fim de apresentar justificativas. Assim, neste tópico, será retomada a análise.

2.1 - Da ausência de previsão de regime de execução contrariando à lei nº 8.666/93 e entendimento do TCE-ES (Ref. Item A da representação);

Análise na MTC 00017/2022-8 (peça 25):

Representação:

Baseado no art. 40 da Lei 8.666/93, o representante contesta o fato de o preâmbulo do edital não conter o regime de execução adotado, o que dificultaria a formulação de sua proposta. Cita ainda o art. 10 e 55 da citada lei, os quais trazem os regimes de execução e a previsão obrigatória do regime no contrato.

Reforçando sua tese, acosta aos autos jurisprudências do Tribunal de Contas de São Paulo e a ITI nº 829/2012 dessa Corte de Contas.

Justificativas:

Renan Bobbio Querubino, José Roberto Martins e Helenice Brenda Candeia Sant'ana – [21-Peça Complementar 56656/2021](#)

Informam que:

“Em relação a ausência de previsão de regime de execução, informamos que será realizada a inclusão expressa de que o regime de execução é o de EMPREITADA POR PREÇO UNITÁRIO, na forma do art.6º, inciso VIII, alínea "b" I, e cujo critério de julgamento é o MENOR PREÇO TOTAL GLOBAL”.

Análise Técnica:

Como pode ser visto, os defendentes alegam que o regime de execução seria o de empreitada por preço unitário. Todavia, de fato essa informação não consta no edital atacado disponibilizado no [Portal da Transparência](#) do Município.

O julgamento das licitações, como é sabido, está adstrito às cláusulas e condições estabelecidas no ato de chamamento para o certame, o que se traduz no Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório, de forma que a sua não observação pode levar a nulidade do procedimento.

Demais disso, a luz do Princípio da Legalidade, a administração pública deve estar atenta a todos os comandos legais, notadamente nesse caso em que o art. 40 da Lei 8.666/93:

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: (grifamos)

Sua importância reside no fato de que eles se constituem na forma de execução do serviço ou obra, ao passo que irão repercutir na maneira em que será fixada a remuneração a ser paga ao contratado, sendo que a sua ausência pode afetar a elaboração da proposta dos licitantes e comprometer o caráter competitivo do certame.

Assim sendo, entende-se que o presente ponto apresenta fundado receio de grave ofensa ao interesse público.

Justificativas:

Renan Bobbio Querubino, José Roberto Martins e Helenice Brenda Candeia Sant'ana (peças 39-44)

Os notificados, em síntese, assim se manifestaram (peça 39, p.5-6):

...adicionou-se a tabela constante no item 03 do Termo de Referência o regime de execução da seguinte forma:

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**.

Em tempo, informamos que o edital publicado no Portal da Transparência do Município encontra-se na mesma versão, **antiga**, que foi alvo do recurso administrativo e que foi suspensa, e que este não possui as modificações que foram feitas no Termo de referência após a sua suspensão.

Análise

O indicativo de irregularidade, conforme o representante, consiste na ausência da informação obrigatória do regime de execução no edital, podendo afetar a elaboração da proposta dos licitantes e comprometer o caráter competitivo do certame uma vez que repercute tanto na maneira em que será fixada a remuneração a ser paga ao contratado quanto na forma de execução do serviço.

A nova redação para o Termo de Referência, nos moldes apresentados pelos notificados, estabeleceu que o regime de execução será o de "empregada por preço unitário", de acordo com a definição do art. 6º, inciso VIII, alínea "b" e art. 10, inciso II, alínea "b", da Lei 8.666/93 e comprovado na peça 44, p.3 e 52.

Reforça-se a necessidade de reproduzir a informação acerca do regime de execução adotado, no preâmbulo do edital, bem como na minuta do contrato, em cumprimento aos artigos 40 e 55 da Lei 8.666/93.

¹ Art. 6º Para os fins desta Lei, considera-se:

[. . .]

VIII - Execução indireta - a que o órgão ou entidade contrata com terceiros sob qualquer dos seguintes regimes:

[. . .]

b) empreitada por preço unitário - quando se contrata a execução da obra ou do serviço por preço certo de unidades determinadas;

Logo, desde que atendidos os ajustes necessários, opina-se pelo **afastamento** desse indicativo de irregularidade.

2.2 - Da irregular utilização de registro de preços para contratação de licença de uso de software – inadequação da via eleita (Ref. item B da representação)

Análise na MTC 00017/2022-8 (peça 25):

Representação:

Em primeiro lugar, o representante contesta o a utilização do sistema de registro de preço tendo em vista a natureza do serviço, ou seja, pelo fato de ser um serviço de natureza contínua, esse serviço não poderia ser adquirido todo ano, sob pena de comprometimento da gestão escolar e o erário municipal.

Enfatiza que serviços de natureza continuada não poderiam ser contratados por meio de contratações temporárias ou imediatas, como é o caso do registro de preços.

Jurisprudencialmente, traz aos autos a Súmula 31 do TCE-SP, que veda a adoção desse sistema em contratações de serviços continuados e a Decisão 396/2020, prolatada no Processo TC-1136/2020, desta Corte de Contas.

Demais disso:

“Corrobora nosso entendimento, o fato de na justificativa da contratação a Municipalidade ainda informa que serão contratados da futura empresa contratada: Os serviços especializados a serem contratados compreendem o licenciamento, implantação, parametrização, migração de dados, customização, treinamento, manutenção e suporte técnico da Plataforma pretendida.

Ou seja, está contratando muito mais que o modelo Saas (Software as a Service), pois ninguém contrata, por exemplo, uma Netflix juntamente com customização, migração e treinamento, pois o sistema é um todo integrado. No caso em tela, como dissemos, se trata de outro modelo que não admite a utilização do sistema de registro de preços”.

Requer ao final a suspensão do certame e a correção da modalidade adotada.

Justificativas:

Renan Bobbio Querubino, José Roberto Martins e Helenice Brenda Candeia Sant’ana – [21-Peça Complementar 56656/2021](#)

Segundo os defendentes:

“Entretanto, não há normativa que impeça o recurso de contratação escolhido. Em contrário, a opção pela Ata de Registro de Preços encontra-se amparada na legislação vigente, cumprindo o Princípio da Legalidade, assim como se demonstra a melhor opção para a implementação gradual - de forma "piloto" - tendo por lastro a economicidade, a conveniência e a oportunidade da Administração.

Ademais, cabe ressaltar que a presente contratação ensejará em prestação de serviço em conformidade com o crescimento da demanda do Município de Cariacica. Assim, a estimativa de quantidade de serviços inicialmente elencada será contratada e executada conforme a demanda e estratégia de implementação da municipalidade. Ademais, como há custos de implementação e treinamento de pessoal, se mostra mais econômico e eficiente a demanda por unidade escolar e eventuais integrações com demais secretarias municipais. Para fins de exemplificação, se a solução a ser contratada for integrada com sistema de acompanhamento em assistência social do município e ou secretaria municipal de saúde, para acompanhamento conjunto de frequência, vacinação e desenvolvimento escolar do aluno, há de se implementar os serviços contratados nos demais órgãos do município, o que, eventualmente e estrategicamente, pode demandar a adesão dos serviços contratados para sua expansão interna”.

Quanto ao questionamento feito pelo representante em relação a validade da ata de registro de preço, contesta a municipalidade informando que a ARP de fato possui validade de um ano, mas que o contrato firmado poderia ser prorrogado, nos termos do art. 57 da Lei 8.666/93.

Aduz, também, que o quantitativo de unidades atendidas pode variar de acordo com o censo escolar e a necessidade da Administração Municipal, *“não sendo plenamente possível definir previamente o quantitativo total a ser demandado pela Administração Pública”*.

“Melhor dizendo, há 115 unidades escolares, hoje, com previsão de expansão para o ano de 2022 e 2023 com implantação de mais 15 unidades. em Cariacica. Entretanto, a implementação do sistema de gestão deve ser gradual e de acordo com a necessidade observada no cotidiano da gestão da Secretaria de Educação de Cariacica”.

Entendem os defendentes, assim, que a sistemática adotada seria a mais adequada à contratação em apreço.

Análise Técnica:

Acerca do tema, cumpre registrar que o Estado do Espírito Santo possui regramento acerca da matéria, mais especificamente o Decreto N° 1.790-R, de 24 de Janeiro de 2007.

Indo além, seu artigo 4° indica as hipóteses em que ele pode ser adotado, senão vejamos:

Art. 4° Será adotado, preferencialmente, o Sistema de Registro de Preços nas seguintes hipóteses:

I - Quando, pelas características do bem ou serviço, houver necessidade de contratações freqüentes;

II - Quando for mais conveniente a aquisição de bens com previsão de entregas parceladas ou contratação de serviços necessários à Administração para desempenho de suas atribuições;

III - Quando for conveniente a aquisição de bens ou contratação de serviços para atendimento a mais de um órgão ou entidade, ou programas de governo;

IV - Quando, pela natureza do objeto, não for possível definir previamente o quantitativo a ser demandado pela Administração.

Parágrafo único. Poderá ser realizado registro de preços para a contratação de bens e serviços de informática, obedecida a legislação vigente, desde que justificada e caracterizada a vantagem econômica.

No presente caso, destacamos o que preconiza o parágrafo único do referido artigo, em que se permite a contratação de bens e serviços de informática por meio desse regime. Mesmo havendo uma jurisprudência do TCE-SP, com base no normativo capixaba, não é possível se afirmar, nesse momento, que há indícios de fundado receio de grave ofensa ao interesse público.

Posto isso e considerando que na presente fase a análise dos fatos é feita de forma perfunctória e, considerando também que o ponto em questão será analisado com maior profundidade quando da verificação do mérito, **entende-se que não restou cumprido o primeiro requisito para concessão da medida pleiteada.**

Diante da notificação após expedida a medida cautelar, os notificados não se manifestaram quanto a este item específico.

Análise

O indicativo de irregularidade, segundo o representante, refere-se à inadequação do uso do sistema de registro de preço para a contratação pretendida, em razão de o serviço ser de natureza contínua.

O Tribunal de Contas da União (TCU) assim conceitua² os “Serviços de Natureza Contínua”:

² Brasil. Tribunal de Contas da União. Licitações e contratos: orientações e jurisprudência do TCU / Tribunal de Contas da União. – 4. ed. rev., atual. e ampl. – Brasília : TCU, Secretaria-Geral da Presidência : Senado Federal, Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2010, p. 772. Disponível em

Serviços de natureza contínua são serviços auxiliares e necessários à Administração no desempenho das respectivas atribuições. São aqueles que, se interrompidos, podem comprometer a continuidade de atividades essenciais e cuja contratação deva estender-se por mais de um exercício financeiro.

O que é contínuo para determinado órgão ou entidade pode não ser para outros. São exemplos de serviços de natureza contínua: vigilância, limpeza e conservação, manutenção elétrica, manutenção de elevadores, manutenção de veículos etc.

Na situação examinada, ou seja, a eventual implementação do sistema de gestão escolar, vislumbra-se características de serviço contínuo, pois uma vez interrompido seu funcionamento, poderá comprometer a continuidade das atividades essenciais.

Embora a jurisprudência do TCE-SP, por meio da Súmula 31, vede a utilização do SRP para a contratação de serviço contínuo, não houve respaldo para igual entendimento pelo TCU, tampouco pelo TCE-ES.

De acordo com o Informativo de Licitações e Contratos nº 113 do TCU, embasado no **Acórdão TCU nº. 1737/2012 - Plenário**, “É lícita a utilização do sistema de registro de preços para contratação de serviços contínuos, desde que configurada uma das hipóteses delineadas nos incisos I a IV do art. 2º do Decreto 3.931/2001”³.

<https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A24D6E86A4014D72AC81CA540A&inline=1>. Acesso em 3/3/2022.

³ **Decreto 3.931/2001**

Art. 2º Será adotado, preferencialmente, o SRP nas seguintes hipóteses:

- I - quando, pelas características do bem ou serviço, houver necessidade de contratações frequentes;
- II - quando for mais conveniente a aquisição de bens com previsão de entregas parceladas ou contratação de serviços necessários à Administração para o desempenho de suas atribuições;
- III - quando for conveniente a aquisição de bens ou a contratação de serviços para atendimento a mais de um órgão ou entidade, ou a programas de governo; e
- IV - quando pela natureza do objeto não for possível definir previamente o quantitativo a ser demandado pela Administração.

Embora **revogado pelo Decreto 7.892/2013**, essas hipóteses foram mantidas, alterando-se apenas o inciso II - quando for conveniente a aquisição de bens com previsão de entregas parceladas ou contratação de serviços remunerados por unidade de medida ou em regime de tarefa;.

Na **Decisão TCEES 01246-2021-3** – Plenário (Processo TC – 00363/2021-3), que tratou do Edital do Pregão Eletrônico N° 002/2021 lançado pelo Departamento Estadual de Trânsito do Espírito Santo (Detran/ES), cujo objeto⁴ foi o Registro de Preços para eventual contratação de empresa especializada na prestação de serviços compreendendo a disponibilização de solução tecnológica para aplicação de exames teóricos remotos (provas eletrônicas não presenciais), o posicionamento foi no sentido de que o serviço a ser contratado, ainda que de caráter contínuo, enquadrou-se em uma das hipóteses previstas no Decreto Estadual nº 1.790-R/2007, conforme transcrito:

(...)

2.1.1 DA INADEQUAÇÃO DO USO DE REGISTRO DE PREÇOS EM RAZÃO DA COMPLEXIDADE TÉCNICA E DO USO EXCLUSIVO DA SOLUÇÃO PELO DETRAN/ES.

Conforme já relatado **a reclamante alega que os serviços de natureza continuada são incompatíveis com a adoção do Sistema de Registro de Preços - SRP**, afirmando que Decreto Estadual nº 1.790-R/2007, em seu artigo 4º, traz 04 pilares que conduziram a aplicação deste sistema de registro de preços, e que essas condições não se encontram reunidas no edital atacado.

(...)

Foi afirmado que sem dúvida, no caso em tela **é lícita a utilização do sistema de registro de preços para contratação de serviços contínuos, uma vez que o caso do processo licitatório em comento, se enquadra no inciso IV, do art. 3, do citado decreto**, uma vez que apesar de existir uma previsão máxima e mínima de execução, não há como se precisar o real volume de provas a serem realizadas, ou seja, a execução vai depender a demanda da sociedade.

(...)

Ademais da simples leitura do caput do artigo acima fica evidente que o mesmo trata de previsões de hipóteses em que fica autorizada a realização do SRP e que essas hipóteses são independentes, ou seja, não são condições cumulativas como quer fazer crer a empresa representante.

⁴ Registro de Preços para eventual contratação de empresa especializada na prestação de serviços compreendendo a disponibilização de solução tecnológica para aplicação de exames teóricos remotos (provas eletrônicas não presenciais) com validação biométrica por reconhecimento facial ininterrupta do examinado, incluindo suporte técnico e repasse de conhecimento, adequação, integração de sistemas, manutenção e atualizações necessárias de software e sustentação técnica da Infraestrutura, de forma a atender as regulamentações do CONTRAN, necessidades do DETRAN-ES, conforme condições e especificações do Termo de Referência e em seus Anexos, com valor estimado de R\$ 4.121.521,92.

Desta forma, concordando com os esclarecimentos do gestor de que o caso presente se enquadra no inciso IV do supracitado Decreto Estadual, conclui-se que não há como afirmar a existência do *fumus boni iuris* quanto ao ponto aqui abordado.

(g.n)

Quanto à **Decisão TCE/ES 396/2020 – Plenário**, mencionada pelo representante, entendeu-se não se aplicar à situação ora examinada, uma vez que o SRP não se enquadrou pela previsão de fornecimento de uma licença apenas, conforme trecho transcrito:

2.2.1 Da utilização do registro de preços

(...) em um primeiro momento, não verifico que as características do objeto a ser contratado autorizem-nos a pensar que essa contratação se enquadra em um permissivo para a utilização da sistemática do registro de preços. Isso porque, aparentemente, o item principal seria o “fornecimento de licença de uso perpétua, implantação e treinamento da solução tecnológica BPMS integrada com ECMS”, e, em relação a esse item, a sua quantidade é de apenas 1 unidade, descaracterizando assim uma eventual frequência da contratação.

(...)

No âmbito do Município de Cariacica, a regulamentação do SRP se dá por meio do **Decreto n. 33, de 26 de fevereiro de 2015**, que dispõe em seu artigo 3º os casos em que será adotado, preferencialmente, conforme transcrito:

Art. 3º - O Sistema de Registro de Preços será adotado, preferencialmente, pela Administração Municipal nos seguintes casos:

I - Quando, pelas características do bem ou serviço, houver necessidade de contratações frequentes;

II - Quando for mais conveniente a aquisição de bens com previsão de entregas parceladas ou a contratação de serviços necessários à Administração para o desempenho de suas atribuições;

III - Quando da aquisição de bens ou contratação de serviços para atendimento a mais de um órgão ou entidade ou à programas de governo;

IV - Quando, pela natureza do objeto, não for possível definir previamente o quantitativo que será contratado e a previsão de recebimento entrega.

Das justificativas apresentadas pela administração, é possível extrair informações que demonstram a possibilidade de enquadramento em pelo menos dois dos casos previstos de utilização do SRP (III e IV), ainda que sejam independentes, conforme verificado na peça 21, p. 4:

Desta feita, resta clara a possibilidade de utilização da sistemática da Ata de Registro de Preços, pois conveniente e oportuna - além de necessária - a contratação dos serviços em voga com a **possibilidade de atendimento a mais de um órgão ou programa do Governo de Cariacica.**

Cabe, ainda, destacar que o quantitativo de unidades atendidas pode variar de acordo com o senso escolar e a necessidade da Administração Municipal, **não sendo plenamente possível definir previamente o quantitativo total a ser demandado pela Administração Pública.**

(g.n)

Pelo exposto, entendeu-se que não assiste razão ao representante quanto à inadequação do sistema de registro de preços para a contratação pretendida.

2.3 - Da inexistência de qualquer garantia de que os dados sensíveis dos usuários do sistema de educação do Município de Cariacica se encontram protegidos – possibilidade de que a contratada venha a ser prejudicada por erros da municipalidade (Ref. item C da representação)

Análise na MTC 00017/2022-8 (peça 25):

Representação:

De acordo com o representante, o edital guerreado não apresenta qualquer informação referente aos níveis de segurança dos dados em poder da Prefeitura Municipal, acrescentando ainda que o certame não informa se a futura contratada terá que atender a Lei Geral de Proteção de Dados.

Em suas palavras:

“Com efeito, para que as Licitantes consigam atender aos ditames do presente edital, sem cair em uma “arapuca”, faz-se necessário que o edital traga de forma clara quais são as condições/níveis de segurança dos servidores da Prefeitura nos quais serão instaladas as soluções tecnológicas da contratada.

Igualmente que informe quais meios/métodos de segurança tem adotado para proteger estes dados de vazamentos intencionais ou não intencionais. Esclarecer quem é o responsável na prefeitura pelo tratamento destes dados.

Sem tais explicações e esclarecimentos, a Municipalidade poderá estar jogando para a contratada sua responsabilidade por eventuais vazamentos de dados ocorridos por conta da falta de implementação de quaisquer protocolos de segurança”.

Justificativas:

Renan Bobbio Querubino, José Roberto Martins e Helenice Brenda Candeia Sant’ana – [21-Peça Complementar 56656/2021](#)

Por seu turno, os defendentes aduzem que as informações requeridas pelo representante já constariam no edital, mais especificamente no termo de referência, itens 9 e 10. Quanto a aplicação da lei, informam que o próprio representante já deixa claro que ela se aplica tanto a pessoas jurídicas de direito público ou privado.

Por fim, esclarece que irá promover alterações no edital fazendo constar novos tópicos, que estão discriminados em sua peça de defesa.

Análise Técnica:

Nos termos da exordial, o edital guerreado não apresenta qualquer dado relativo à segurança da informação, de forma que a futura contratada poderia sofrer algum tipo de responsabilização sem, no entanto, ter dado causa ao comprometimento dos dados.

O município afirma que as informações ditas ausentes se encontram no edital, mais especificamente nos itens 9 e 10 do Termo de Referência:

9. INFRAESTRUTURA DE DATACENTER

Para que todas as funções do sistema possam ser disponibilizadas de forma adequada, a Licitante devera disponibilizar em seu Datacenter as seguintes condições:

- Infra-estrutura virtualizada, elástica e automaticamente dimensionada.
- Banco de dados com licença Open Source
- Backup diário, gerenciado e armazenado automaticamente, sendo 7 backups diários referente aos últimos 7 dias, 1 backup semanal 14 dias anteriores à data atual, e 1 backup mensal 30 dias anteriores à data atual.
- Disaster recovery - WAL logs (Em caso de falha do HD, seja por problema no hardware ou alguma catástrofe na localidade do servidor, o banco de dados será recuperado no mesmo instante em que foi perdido em outra localidade geográfica.)
- Todas as comunicações de rede são realizadas sob HTTPS (proteção contra MITM)
- Todas as ferramentas de infra-estrutura exigem 2FA
- A aplicação deverá possuir mecanismos contra brute-force

- Infra-estrutura deverá possuir ferramentas contra DDoS
- Senhas no banco de dados devem ser criptografadas com algoritmos modernos e salt
- Controle de falhas com correções automáticas
- IP's de entrada e saída dinâmicos, controlados pelo próprio provedor.

- Data Center com Alta Performance e Balanceamento de Carga 7/24, que atenda aos critérios de Segurança Física (fogo, falta de energia, antifurto) e Segurança Tecnológica (anti-hackers);

- Servidores (aplicativos, Internet e Banco de Dados) trabalhando com componentes que ofereçam redundância no ambiente acessado pelos usuários e também quanto às questões relativas às Seguranças Física e Tecnológica e Backups;

- Firewall Clusterizado com Balanceamento de Carga em 3 Camadas com topologia de RACK, Load Balance no Banco de Dados Distribuído e na camada WEB;

- Links de comunicação de alto desempenho com Banda compatível com a demanda e com garantia de Alta Disponibilidade, capazes de disponibilizar acesso via WEB aos usuários do sistema;

- Conexões SSL, com Certificação Segura e Criptografada do Transporte das Informações - HTTPS;

- Sistemas de antivírus/spywares, para proteção contra eventuais vírus, evitando paradas e perdas para os usuários da rede de saúde e para a Administração;

- Softwares para segurança da informação que garantam o sigilo e a proteção contra "roubo de informações" que possam ocorrer através de ataques realizados por pessoas de fora do ambiente e também de dentro do próprio ambiente disponibilizado;

- Sistemas gerenciadores de banco de dados padrão SQL;

- Softwares de gerenciamento para acompanhamento, medição e monitoramento da performance dos equipamentos de infraestrutura, operando de forma proativa para situações eventuais de instabilidade, proporcionando qualidade e segurança para a infraestrutura fornecida, devendo ser disponibilizado a CONTRATANTE painel com os indicadores de monitoramento;

10. SEGURANÇA DA INFORMAÇÃO

Quanto à segurança das informações que serão processadas e armazenadas na solução a Contratada deverá providenciar meios e ferramentas que possibilitem aos usuários cumprir todas as normas da Contratante no que tange à Segurança da Informação.

A contratada deverá realizar a cada 30 dias, a transferência das informações apuradas nos processamentos de backups para arquivo físico que ficará à total disposição da Contratante para consulta, cópia ou quaisquer outras finalidades convenientes à ocasião.

A contratada deverá manter uma base de dados para testes, denominada área de teste, para a execução de testes e/ou verificação de aprendizado, ficando a base oficial (produção) livre de riscos por falha no teste de novos cálculos, relatórios, baixa de versões e outros.

Ao final do contrato, não havendo interesse em renovação por parte desta Administração, a empresa fornecedora do sistema deverá garantir o direito de acesso aos dados para consulta e impressão dos dados oriundos da operacionalização do sistema Integrado durante a vigência do contrato. Essa garantia deverá ser por um período de 06 (seis) meses.

A Contratada deverá garantir a manutenção do sistema ofertado visando mantê-lo em conformidade com a legislação, sem nenhum ônus adicional para a Contratante, durante a vigência do Contrato.

Além disso, no caso de encerramento do contrato, a empresa fornecedora do sistema deverá garantir que todas as informações armazenadas no Banco de Dados gerado pela utilização do sistema serão replicadas nos servidores de dados da Contratante.

Considerando que o questionamento tem relação direta com a área de Tecnologia da Informação; considerando que os processos em que haja pedido ou concessão de medida cautelar deverão ser analisados com absoluta prioridade, nos termos do art. 3, inciso VII, da Resolução 300/2016; e, considerando que já há elementos suficientes para a concessão da medida cautelar pleiteada; **sugere esta área técnica que a análise deste ponto em específico seja feita quando da análise do mérito por auditor com formação técnica adequada.**

Justificativas:

Renan Bobbio Querubino, José Roberto Martins e Helenice Brenda Candeia Sant'ana (peças 39-44)

Os notificados, assim se manifestaram (peça 39, p.6-7):

Das questões referentes a proteção de dados:

Adicionou-se ao Termo de Referência, especificamente na tabela do Anexo 1 - Modelo de Proposta Comercial,

A empresa no momento da assinatura do contrato deverá declarar que atende a LGPD e todas as adequações de proteção de dados que serão feitos pela PMC através do comitê gestor.

Assim, além de todo exposto anteriormente, conforme itens 9 e 10, e demais justificativas apresentadas, fora incluído também:

- A Contratada deverá manter sigilo absoluto sobre quaisquer dados e informações contidos em quaisquer documentos e mídias, incluindo os equipamentos e seus meios de armazenamento, de que venha a ter conhecimento durante a execução dos serviços, não podendo, sob qualquer pretexto, divulgar, reproduzir ou utilizar, sob pena de lei, independentemente da classificação de sigilo conferida pelo Contratante a tais documentos.
- O Termo de Confidencialidade, contendo declaração de manutenção de sigilo e respeito às normas de segurança vigentes na entidade, a ser assinado pelo representante legal da Contratada, e Termo de Ciência, a ser assinado por todos os empregados da Contratada diretamente envolvidos na contratação, serão inseridos no Termo de Referência

Análise

O indicativo de irregularidade, segundo o representante, diz respeito a insuficiência de informações no edital para garantir a segurança dos dados, inclusive, quanto à aplicação da Lei Geral de Proteção de Dados - LGPD.

Embora os notificados tenham afirmado que as informações requeridas pelo representante já constavam no edital, mais especificamente nos itens 9 e 10 do TR, prontificaram-se a acrescentar outras.

Verificou-se que dos acréscimos propostos, constam no Termo de Referência apenas a informação de que "A empresa no momento da assinatura do contrato deverá declarar que atende a LGPD e todas as adequações de proteção de dados que serão feitos pela PMC através do comitê gestor " (peça 44, p. 3, 4 e 52).

Ressalta-se que não restou claro se os requisitos de proteção de dados descritos na peça 21, p. 5-6 serão mantidos, pois também não constam no TR retificado (peça 44), quais sejam:

Com a finalidade de promover critério objetivo e amplo de atendimento aos preceitos da Lei 13.709/2018, informamos que realizaremos a modificação do edital para incluir o seguinte tópico:

REQUISITOS DE PROTEÇÃO DE DADOS

- O sistema de gestão integrada deverá se pautar pelos conceitos de privacy by design e privacy by default, nos moldes

previstos nos artigos 46, § 2º e 49 da Lei Geral de Proteção de Dados - LGPD (Lei nº 13.709/2018).

- Devem ser observados os princípios da transparência na coleta de dados; adoção de ações preventivas de segurança de tratamento de dados pessoais; a privacidade por padrão, ou seja, projetar a configuração padrão do produto ou serviço ofertado objetivando sempre a privacidade dos dados; proteção durante todo o ciclo de vida do desenvolvimento do produto ou serviço, isto é, ter a proteção de dados pensada de ponta a ponta; foco no usuário; funcionalidade completa e bem protegida; além de visibilidade e transparência, de modo a permitir que o titular dos dados tenha ciência do processo de coleta com a maior transparência possível.

- O sistema de gestão integrada deve oferecer ferramentas de anonimização dos dados pessoais tratados. 5.3.4 O sistema de gestão integrada deverá prover alerta de vazamento de dados, bem como interface com o titular dos dados pessoais (usuário interno e externo) para atendimento dos artigos 9º e 18 da LGPD.

Dessa forma, entende-se necessária a adequação do TR com a inclusão do tópico “REQUISITOS DE PROTEÇÃO DE DADOS” nos moldes apresentados, para que não restem dúvidas quanto ao tema em análise.

Pelo exposto, desde que atendidos os ajustes necessários, opina-se pelo **afastamento** desse indicativo de irregularidade.

2.4 – Subjetividade e excesso na prova de conceito – POC (Ref. item D da representação)

Análise na MTC 00017/2022-8 (peça 25):

Representação:

Segundo o representante, a exigência de que a licitante deverá atender a todos os requisitos do sistema de gestão quando da realização da Prova de Conceito restringe a competição, pois o mesmo edital prevê que a implantação e uso do sistema se daria ao longo de 12 meses, de forma que com essa exigência, a contratada já deverá apresentar o sistema totalmente pronto e operando no ato da referida prova.

“Tal possibilidade obrigará que as licitantes tenham pronto para a POC o sistema inteiro, ou seja, apesar do sistema contratado ter previsão de implantação e uso durante os 12 meses de contrato, a licitante deverá ter pronto todo sistema do termo de referência para POC, o que é totalmente restritivo”.

Reforça sua argumentação trazendo aos autos algumas jurisprudências do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo.

Justificativas:

Renan Bobbio Querubino, José Roberto Martins e Helenice Brenda Candeia Sant'ana – [21-Peça Complementar 56656/2021](#)

Os defendentes apresentam as seguintes justificativas:

“Assim, em relação a prova de conceito, a própria empresa diverge ao apresentar jurisprudência quanto ao tema, e traz de forma vaga, à fl. 21, quando diz "muitos editais" não apresentando nenhum que seja de forma diferente. A empresa ainda não demonstra de forma objetiva seus questionamentos. Diga-se que a prova de conceito está detalhada no item 12 do Termo de Referência, onde consta todo o regramento para a execução de tal etapa do processo licitatório. Ademais, em se tratando de sistema educacional, formado de módulos diferentes e independentes, mas com dados que se relacionam, não há em que se dizer na simplificação da demonstração do sistema, visto que o mesmo deve funcionar em sua integralidade desde o primeiro momento.

Por fim, ressaltamos que o sistema, além de complexo, deve ser integrado, de forma que não há de se falar em demonstração apenas de partes do mesmo.

Sem a conferência da usabilidade e da capacidade de compilação de dados pelo sistema apresentado, não é possível aferir com clareza se atende plenamente as funcionalidades pretendidas pela administração.

Ademais, pretender "simplificar" a prova de conceito seria o mesmo que forçar a Administração a aprovar uma "versão beta", de testes. Assim, concluída a licitação, se espera que o programa já esteja disponível e funcional, sendo passível de ampla análise dos técnicos que compõem a comissão de análise”.

Análise Técnica:

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)

Inferese 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 caso⁵. Dessa forma, em uma análise perfunctória, própria das medidas cautelares, não se mostra tal cláusula restritiva da competitividade.

Entende-se, pois, que não restou cumprido o primeiro requisito para concessão da medida pleiteada.

Para a notificação após expedição da medida cautelar, não houve manifestação dos notificados sobre este item específico.

Análise

O indicativo de irregularidade, segundo o representante, diz respeito à prova de conceito (uma demonstração do funcionamento do sistema), considerada subjetiva e excessiva pelo representante em razão de não delimitar os itens que serão submetidos à avaliação, exigindo-se o atendimento a todos os requisitos do sistema de gestão no ato da prova, o que pode restringir a competição.

⁵ **12 PROVA DE CONCEITO**

Após a análise e aprovação da documentação habilitatória da primeira empresa classificada, a licitante que ofertou o menor preço global, fará **PROVA DE CONCEITO**, que consiste na comprovação de todas as funcionalidades e qualidade sistêmica descritas neste **TERMO**, em até **02 (dois) dias úteis** contados da data da convocação pela Contratante, no horário de 09:00 às 17:00 horas. A convocação será realizada exclusivamente através do chat de mensagens do site licitacoes-e do Banco do Brasil.

Os entendimentos do TCE-SP elencados pelo representante são nesse sentido de que o Termo de Referência deva destacar os itens sujeitos a avaliação, ao invés de exigir que a “licitante deverá atender todos os requisitos do sistema de gestão, apresentando as funcionalidades que a comissão de avaliação da Contratante solicitar”, a fim de não infringir o art. 3º, § 1º, I, da Lei 8.666/93 e afastar a subjetividade.

Por outro lado, após análise de caso que tangencia a situação ora examinada, por meio da Decisão 1246-2021-3 o plenário do TCEES adotou posicionamento de que para o fornecimento de “solução pronta”, ao invés de “desenvolvimento de software”, é cabível exigir na prova de conceito, o cumprimento integral de todos os itens do edital, conforme trechos transcritos:

2.1.2 DO DIRECIONAMENTO DO EDITAL – DESCRIÇÃO TÉCNICA PORMENORIZADA DIRECIONADA A SOLUÇÃO ESPECÍFICA E PRONTA – PROVA DE CONCEITO QUE EXIGE CUMPRIMENTO INTEGRAL DE TODOS OS ITENS DO EDITAL.

Segundo o representante, as exigências impostas para a contratação do sistema apontam um possível direcionamento para alguma solução já existente de empresa determinada.

Foi afirmado que o direcionamento não se revela pela descrição detalhada dos itens que de vem compor a solução a ser adquirida pelo Detran/ES, mas sim pelo fato de serem os mesmos exigidos integralmente em sede de Prova de Conceito, a ser realizada em até 05 dias úteis após a convocação feita pelo Pregoeiro e também pelo fato de que o software deverá ser entregue em até 10 dias úteis.

Alegou-se que se trata de serviço inédito e que dessa forma não poderia o Detran/ES exigir que as empresas apresentem em Prova de Conceito uma solução 100% aderente, sem que dê prazo para que as empresas interessadas possam adequar suas soluções, em prazo razoável, privilegiando o princípio da ampla competitividade.

(...)

Por fim foi requerida a anulação do edital ou que o mesmo seja modificado para que a prova de conceito seja restrita apenas às funcionalidades básicas e que seja permitido o “prazo mínimo” de 60 dias para a parametrização do sistema para atendimento integral do objeto do edital.

Por sua vez o Detran/ES destacou que pretende contratar a disponibilização de solução tecnológica para aplicação de exames teóricos remotos (provas eletrônicas não presenciais) e não o desenvolvimento de um sistema, se assim fosse o objeto da licitação seria o desenvolvimento do software.

(...)

No que se refere a exigência de prova de conceito, foi afirmado que a autarquia não poderia exigir características diferentes das pretendidas e constantes no Termo de Referência e se assim o fizesse estaria se afastando do objeto pretendido, sendo que tal prática buscaria a comprovação de que a solução possui uma segurança para realizar os serviços contratados.

(...)

De uma simples leitura do edital do pregão verifica-se a procedência do afirmado pelo Gestor do Órgão quanto ao objeto do certame, ou seja, procura-se solução pronta, não desenvolvimento de sistema. (g.n)

Esse entendimento é corroborado pela busca de comprovação de capacidade técnica atestando que a empresa já tenha fornecido o objeto buscado, conforme o item 13 do Termo de Referência:

13. DA HABILITAÇÃO

13.1. A empresa vencedora do certame deverá fornecer atestado de capacidade técnica, com as seguintes informações:

13.1.1. Comprovação de implantação do sistema proposto em organização pública ou privada;

(...)

Em resumo, não obstante a evidente busca por solução pronta, mesmo as empresas que necessitassem de prazo para adequar seu sistema já teriam essa demanda atendida em vista do tempo decorrido desde a publicidade das especificidades da solução buscada, assim não há como no presente momento afirmar existência do fumus boni iuris quanto ao alegado pela empresa representante.

O objeto do Edital do Pregão Eletrônico nº 161/2021 é a prestação de serviço e **fornecimento de solução especializada em gestão de educação**, no modelo Saas (Software as a Service).

No TR (peça 4, p. 55) é feita essa exigência para a qualificação técnica:

6. QUALIFICAÇÃO TÉCNICA

(...)

2.Comprovação de que presta, ou prestou, serviços de implantação e manutenção, no sistema oferecido pela proponente, com as funcionalidades e características do sistema de gestão de educação descritas no termo de referência e que, necessariamente, o sistema esteja em funcionamento.

Embora esteja discriminada no tópico 3 do TR – Escopo de Fornecimento, no item 03 da tabela (peça 44, p. 3) uma estimativa de “hora técnica” com medição

por demanda, que possibilite o **posterior desenvolvimento** de alguma funcionalidade não contemplada das características extraídas do edital (analisado no item 2.6 desta instrução), infere-se que o sistema buscado pela administração se assemelha a “solução pronta”, conhecida também como “software de prateleira”.

Pelo exposto, entendeu-se que não assiste razão ao representante, pois ainda que possível a administração avaliar, em prova de conceito, pontos essenciais e/ou críticos que darão uma dimensão do funcionamento do sistema como um todo, não foi encontrado óbice, neste caso concreto, para se exigir o funcionamento integral do sistema, não se confirmando, portanto, o indicativo de irregularidade.

2.5 - Ausência de designação da equipe técnica avaliativa em descompasso com a jurisprudência dos Tribunais de Controle Externo (Ref. item F da representação)

Análise na MTC 00017/2022-8 (peça 25):

Representação:

Com base em jurisprudência de origem do TCE-SP, afirma o representante que:

“Nobre Julgador a jurisprudência da Egrégia Casa de Contas Bandeirante caminha no sentido que considerar irregular a ausência de designação da comissão avaliativa, tendo em vista tal ausência ofender o princípio da publicidade e o diploma geral de licitações e contratos”.

Justificativas:

Renan Bobbio Querubino, José Roberto Martins e Helenice Brenda Candeia Sant’ana – [21-Peça Complementar 56656/2021](#)

Os defendentes assim se posicionam:

“Observa-se novamente a juntada de jurisprudência divergente ao questionado e convergente ao descrito no Edital, pois o mesmo traz no item 12 do Termo de Referência, a necessidade de formação de uma equipe para Prova de Conceito, porém não há o que se falar na nomeação dos representantes da administração neste momento, visto que o objeto ainda nem fora licitado, e conforme a própria empresa menciona, a equipe

deve ser formada e publicada em tempo anterior a Prova de Conceito e não no procedimento licitatório”.

Análise Técnica:

Nas palavras do representante, a irregularidade pode ser descrita da seguinte forma:

“No edital, apesar de informar que esta Comissão será responsável pela avaliação dos sistemas em sessão de demonstração, não há em todos edital qualquer informação ou menção a designação prévia desta comissão, vejamos: (...)”

Todavia, apesar da jurisprudência do TCE-SP, entende-se que a razão, neste momento, assiste aos defendentes.

Consoante se depreende do edital as pessoas e respectivas qualificações da equipe técnica estão descritas no item em que se trata da prova de conceito, sendo que a nomeação dos avaliadores não é cabível no momento em que se encontra a licitação.

Entende-se, pois, que não restou cumprido o primeiro requisito para concessão da medida pleiteada.

Em sede de notificação após expedida a medida cautelar, não houve manifestação dos notificados a respeito deste item específico.

Análise

A suposta irregularidade, segundo o representante, trata-se da ausência de designação da equipe técnica responsável pela avaliação do *software* durante a prova de conceito, o que segundo a representante, ofenderia o princípio da publicidade.

Ressalta-se a necessidade de formalizar e dar publicidade à equipe designada, mencionada pelo representante e ratificada pelos notificados de que “a equipe deve ser formada e publicada em tempo anterior a Prova de Conceito”.

Assim, embora concorda-se que não é cabível a nomeação dos avaliadores no momento em que se encontra a licitação, sendo importante incluir no edital que “a comissão será designada previamente à prova de conceito e formalmente publicada”, nos termos apresentados pelos notificados.

Logo, desde que atendidos os ajustes necessários, opina-se pelo **afastamento** desse indicativo de irregularidade.

2.6 - Ausência de quantitativos de treinamento impossibilitando a confecção das propostas (Ref. item H da representação)

Análise na MTC 00017/2022-8 (peça 25):

Representação:

O representante, nos moldes já apresentado, cita diversa jurisprudências emanadas do TCE-SP, em que teria sido julgado irregular a ausência de previsão do quantitativo de treinamentos que a contratada deverá ofertar.

Justificativas:

Renan Bobbio Querubino, José Roberto Martins e Helenice Brenda Candeia Sant'ana – [21-Peça Complementar 56656/2021](#)

De seu lado, os defendentes argumentam que:

“Em relação ao treinamento fica evidente a tabela constante no item 4.1. alínea do item 2 do objeto ora licitado, trata que os treinamentos ocorrerão quando da implantação e parametrização do sistema de gestão, e conforme for expandindo o uso na rede, a contratada deve incluir suporte aos usuários, conforme item 1 da tabela”.

Análise Técnica:

Em sua defesa, os representados argumentam que as informações tidas como ausentes estariam discriminadas na cláusula 4.1 do Termo de Referência, mais especificamente no item 2 da tabela, conforme segue:

Item	Manutenção Mensal	Qtde	Valor Unitário Mensal	Valor Total Mensal
01	Sistema de Gestão Educacional com módulo de gestão escolar WEB, incluindo, atualização e suporte aos usuários, bem com o manutenção do sistema para o desenvolvimento da educação. (Saas)	120	R\$ xx,xx	R\$ xx,xx
Valor Total para Mensal = R\$ xx,xx Valor Total para 12 Meses = R\$ xx,xx				
Item	Implantação e Capacitação	Qtde	Valor Unitário	Valor Total
02	Implantação, parametrizações iniciais, treinamentos e capacitações.	01	R\$ xx,xx	R\$ xx,xx
Valor Total da implantação = R\$ xx,xx				
VALOR TOTAL DA PROPOSTA (Item 01 + 02)= R\$ xx,xx				
Item	Hora Técnica	Hora	Valor Unitário	
03	Custo da hora técnica para customização, desenvolvimento, novos treinamentos e integração	20000	R\$ xx,xx	
Estimativa total = R\$ xx,xx Medição sob demanda, mediante termo de aceite				

Inferese daí que de fato a tabela apresenta um quantitativo, todavia esse seria apenas de 01 para os seguintes objetos do contrato: “Implantação, parametrizações iniciais, treinamentos e capacitações”. No caso, a dúvida que paira é se cada um desses itens seria prestado apenas uma vez? Lembrando que estão escritos no plural e a quantidade de horas disponibilizadas para alguns deles seria de duas mil.

Logo abaixo, no item 03, é apresentada a quantidade de horas (duas mil horas) a serem prestadas pela contratada para os seguintes itens: Custo da hora técnica para customização, desenvolvimento, novos treinamentos e integração. Ou seja, as duas mil horas abarcariam apenas um treinamento?

De fato, seguindo a linha apresentada na representação, apesar de não estarem ausentes, as quantidades apresentadas pelo edital não permitem que a licitante interessada elabore uma proposta de preço com base nos dados informados, comprometendo o caráter competitivo da licitação.

Demais disso, o item 6 do Termo de Referência prevê que:

“Para cada perfil previsto, é definida uma carga horária mínima a ser provida pelo Licitante Vencedor, necessária para o desenvolvimento do nível esperado de conhecimento. São apresentadas também as habilidades que se espera que os profissionais adquiram após a execução do treinamento correspondente”.

Extraí-se, ainda, que existem 3 perfis ali definidos: Módulo I – Perfil: Equipe e Gestores da Secretaria Municipal de Educação; Módulo II – Perfil: Equipe de Sustentação; Módulo III – Perfil: Administradores da Solução, o que já denota que a quantidade de treinamentos será maior que “01”, como apontado no edital pelos representados.

Assim sendo, entende-se que o presente ponto apresenta fundado receio de grave ofensa ao interesse público.

Justificativas:

Renan Bobbio Querubino, José Roberto Martins e Helenice Brenda Candeia Sant'ana (peças 39-44)

Os notificados, em síntese, assim se manifestaram (peça 39, p.7-8):

Em consideração a este item, houve uma readequação do Termo de Referência para que a quantidade de implementação, parametrização inicial, treinamento e capacitação seja igual a quantidade **Manutenção Mensal**.

Item 2 - Trata-se de implementação, parametrização inicial, treinamento e capacitação seja igual a quantidade de locações, pois será feito durante a fase inicial do projeto, sendo esse quantitativo igual a capacidade de **Manutenção Mensal**. Assim fica estabelecido a mesma quantidade de treinamentos em relação a quantidade de implementação.

Item	Implantação e Capacitação	Qtde (E)	Valor Unitário (F)	Valor Total (E x F)
02	Implantação, parametrizações iniciais, treinamentos e capacitações	130	R\$ xx,xx	R\$ xx,xx

Item 3 - Trata-se Custo da hora técnica para customização, desenvolvimento, novos treinamentos e integração, ou seja, somente será executado caso exista a necessidade de desenvolvimento de função, treinamentos e integrações que não estejam previstos em quantitativo ou especificação no Termo de referência.

Item	Hora Técnica	Hora	Valor Unitário
03	Custo da hora técnica para customização, desenvolvimento, novos treinamentos e integração	20.000	R\$ xx,xx

Análise

O indicativo de irregularidade, de acordo com o representante, consiste na insuficiência da informação sobre o quantitativo de treinamento,

impossibilitando a adequada confecção das propostas pelos possíveis licitantes.

No Termo de Referência retificado apresentado pelos notificados, foi alterado o quantitativo estimado de treinamento de 1 para 130 (peça 44, p. 3). O critério adotado foi a previsão de **manutenção mensal**, que por sua vez, corresponde ao número de escolas nas quais se pretende disponibilizar o sistema, sendo que “há 115 unidades escolares, hoje, com previsão de expansão para o ano de 2022 e 2023 com implantação de mais 15 unidades”, totalizando **130** (Peça 21, p. 4).

Os treinamentos devem ocorrer no “ambiente de trabalho”, conforme previsto no TR (peça 4, p. 40), transcrito:

6. TREINAMENTO

(...)

A Secretaria de Educação será responsável por disponibilizar mobiliários, equipamentos e locais adequados à realização dos treinamentos, objetivando que ocorram no ambiente de trabalho.

Em relação à quantidade de hora técnica estimada no item 03 (para necessidades não previstas em quantitativo ou especificação no TR), verifica-se que ora é discriminada a necessidade de **20.000** h, outrora **20000** h, o que levou ao entendimento inicial por esta Corte de Contas de que seriam **duas mil horas**, não contestado pelos representados.

Nesse contexto, considerando o período contratual de 12 meses, chega-se a uma média de 1.667 ou 167 h mensais e 56 ou 5,6 h diárias. Por outro lado, se a base de cálculo for o número de escolas (130), seriam aproximadamente 154 ou 15,4 h para cada uma.

Assim, é preciso justificar e/ou revisar a previsão de **20.000 ou 2.000 h**, pois interfere no custo da prestação do serviço.

A fim de não restar dúvidas sobre a eventualidade da hora técnica, entende-se necessário acrescentar ao edital/TR a justificativa apresentada no item 3:

Item 3 - Trata-se Custo da hora técnica para customização, desenvolvimento, novos treinamentos e integração, ou seja, somente será executado caso exista a necessidade de desenvolvimento de função, treinamentos e integrações que não estejam previstos em quantitativo ou especificação no Termo de referência.

Pelo exposto, desde que saneados os questionamentos acerca da quantidade da hora técnica estimada e acrescentada a justificativa mencionada, opina-se pelo **afastamento** do indicativo de irregularidade.

2.7 - Subjetividade quanto ao início e conclusão da execução (Ref. item I da representação)

Análise na MTC 00017/2022-8 (peça 25):

Representação:

O representante assim se manifesta:

“Nobre Julgador, igualmente irregular se apresenta a ausência de qualquer informação quanto ao prazo de início e entrega dos serviços, apenas informando que recebida a Ordem de Serviços a Contratada deverá obedecer aos prazos de início e conclusão ali definidos. Vejamos:

(...)

Contudo, não há esclarecimento acerca do prazo que a empresa contratada terá para concluir.

Os prazos de conclusão para entrega dos serviços são essenciais para que as empresas que participam do certame consigam definir as estratégias de trabalho.

Sem as informações acerca dos prazos de execução, as licitantes que participam podem ser surpreendidas com prazos que tornam a execução impossível, o que poderá resultar em aplicação de multa.

Por essa razão é imperioso que a Municipalidade defina e informe os prazos de entrega, para que as empresas que participam do certame possam verificar se sua metodologia de trabalho se adequa as necessidades da Municipalidade”.

Justificativas:

Renan Bobbio Querubino, José Roberto Martins e Helenice Brenda Candeia Sant’ana – [21-Peça Complementar 56656/2021](#)

Justificando a impugnação feita, os representados informam que:

“Em se tratando de licitação, a arrematante deve estar apta a iniciar os serviços imediatamente, caso seja emitida a Ordem de Serviço. Por padrão, sabe-se que o fornecimento tem um prazo de até 30 (trinta) dias para ser iniciado ou entregue. Porém, em se tratando de implementação de um sistema de gestão, esse prazo poderá sofrer acréscimos, a critério da CONTRATANTE”.

Análise Técnica:

Reclama o representante que o edital em apreço não estipulou um prazo de início e tão pouco de entrega do objeto, ao passo que esse ficaria a cargo discricionário da administração.

Por seu lado, informam os defendentes que a contratada “*deve estar apta a iniciar os serviços imediatamente*” e que “*Por padrão, sabe-se que o fornecimento tem um prazo de até 30 (trinta) dias para ser iniciado ou entregue*”.

Todavia, é sabido que não há dispositivo legal que subsidie as afirmações dos defendentes, como pode ser visto na jurisprudência desta Corte:

ACÓRDÃO 1466/2019 – SEGUNDA CÂMARA

Tratam os autos de Representação, com pedido de medida cautelar, apresentada em face da Prefeitura Municipal de Divino de São Lourenço, tendo em vista as supostas irregularidades no Pregão Presencial nº 011/2019, cujo objeto é o registro de preços visando futura contratação de empresa especializada para fornecimento parcelado de pneus destinado aos veículos e máquinas de toda a frota da Prefeitura.

(...) 2. Obrigatoriedade de entrega do objeto em até 02 dias, a partir da data do recebimento da Ordem de Serviço ou Autorização de Fornecimento

O Representante alega que o prazo de 02 (dois) dias para entrega do objeto seria pequeno, o que comprometeria a participação de empresas de fora do município. (...)

Como é omissa a legislação quanto ao fornecimento do objeto, a Equipe Técnica fez uma pesquisa bibliográfica (Manifestação Técnica 10238/2019), levantando dados de editais similares e da jurisprudência de outras Cortes de Contas, concluindo que não há um consenso na definição do prazo para entrega do objeto demandado e afastando a irregularidade.

(...) Deve a administração seguir os ditames da Lei Geral de Licitações, mais especificamente seu artigo 3º, §1º, inciso I, (...)

Em suma, cabe a administração publicar e fixar um prazo razoável para não frustrar o caráter competitivo e a busca pela proposta mais vantajosa, utilizando como premissa básica a localização geográfica do Município e o tempo que o fornecedor disporá entre o recebimento da ordem de compra e a efetiva entrega das mercadorias, bem como outros fatores que podem influenciar no prazo.

Resta salientar que, o representante, apesar de contestar o prazo definido pelo Edital, não apresenta fatos que corroborem a sua alegação.

Apesar de o julgado não possuir o mesmo objeto aqui licitado, é bem claro e didático quanto a sistemática da fixação do prazo, devendo a administração pública adotar um prazo razoável para que não fruste o caráter competitivo da licitação.

No caso em tela não houve nem a fixação desse prazo, o que contraria inclusive o Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório, prejudicando a elaboração por parte das licitantes de uma proposta.

Assim sendo, entende-se que o presente ponto apresenta fundado receio de grave ofensa ao interesse público.

Justificativas:

Renan Bobbio Querubino, José Roberto Martins e Helenice Brenda Candeia Sant'ana (peças 39-44)

Os notificados, em síntese, assim se manifestaram (peça 39, p.9):

Verifica-se no Termo de Referência que a execução do serviço ocorrerá de imediato e a licitante arrematante deverá se submeter a prova de conceito conforme já estabelecido, assim, entende-se que a execução do objeto deve ocorrer de imediato, porém, para adequação do Termo de Referência à Decisão do egrégio Tribunal de Contas, adicionou-se o prazo de execução do objeto e execução do serviço:

13. DO PRAZO DE EXECUÇÃO E VIGÊNCIA DO CONTRATO

O prazo para início de execução do objeto licitado é de 30 (trinta) dias a contar da data de recebimento da Ordem de Serviços e o prazo de execução dos serviços será de 12 (doze) meses a partir da assinatura do contrato, podendo ser prorrogado a critério do CONTRATANTE.

Entende-se como início de execução do objeto a implantação, parametrizações iniciais, treinamentos e capacitações, sendo a execução do serviço o período em que as etapas descritas anteriormente tiverem sido realizadas.

Análise

O representante questionou a ausência de fixação de prazo para o início e a conclusão dos serviços, dando margem à subjetividade, o que dificulta a definição das estratégias de trabalho, podendo comprometer o cumprimento do prazo pela contratada.

A nova redação para o Termo de Referência, nos moldes apresentados pelos notificados, fixou prazos considerados razoáveis tanto para o início (30 dias, a partir do recebimento da Ordem de Serviços) quanto para a conclusão da prestação dos serviços (doze meses a partir da assinatura do contrato), conforme peça 44, p. 46.

Logo, entendeu-se que o questionamento foi respondido satisfatoriamente e opina-se pelo **afastamento** desse indicativo de irregularidade.

3 – CONCLUSÃO

Reitera-se que a Administração suspendeu o certame em análise antes da concessão da cautelar e informou que “não houve qualquer ato relativo à continuidade do certame após notificação deste egrégio Tribunal de Contas, tendo sido realizadas apenas as adequações do termo de referência quanto aos itens necessários” (peça. 39, p. 3), sendo aguardada decisão desta Tribunal para prosseguimento dos trâmites.

Os responsáveis não contestaram a cautelar concedida, tampouco, interuseram recurso. Ademais, procederam com ajustes no termo de referência e edital, reconhecendo, portanto, a procedência da representação.

Entretanto, ao analisar as justificativas apresentadas pelos responsáveis, verificou-se a necessidade de se promover outros ajustes pontuais no termo de referência e edital concernentes ao certame em apreço, conforme evidenciado nos subitens 2.1, 2.3, 2.5 e 2.6 desta instrução.

Assim, na situação ora examinada, não há responsabilização a ser atribuída, já que o edital está suspenso e as irregularidades não se consolidaram.

Nesse sentido, destaca-se a combinação do §5º, do art. 307, e do inciso I, do art. 310, ambos do RITCEES, que impõe o julgamento do feito com resolução de mérito, quando constatados, simultaneamente, o cumprimento da medida cautelar já proferida, a inexistência de contestação e de interposição de

recurso, além do necessário e indispensável saneamento das irregularidades, senão vejamos:

Art. 307. *Omissis*

[...]

§ 5º Quando o responsável der cumprimento à medida cautelar e deixar de contestá-la, com o saneamento das irregularidades, e não houver interposição de recurso, o Tribunal proferirá, desde logo, decisão de mérito, observado o disposto no artigo 310 deste Regimento.

Art. 310. A instrução da unidade técnica será conclusiva, pela extinção do processo, na hipótese de:

I - acatamento da decisão cautelar sem contestação e sem interposição de recurso, com o saneamento das irregulares, nos termos do § 5º do art. 307;

Frisa-se que esta Corte já se manifestou dessa forma em situação semelhante, nos termos do Acórdão Plenário 539/2016-3.

Neste caso concreto, em que pese o certame ter sido suspenso e não revogado, vislumbra-se o saneamento das irregularidades, desde que revistos o edital e o TR, nos moldes propostos.

Ressalta-se a possibilidade de alcance dos responsáveis, caso os ajustes indicados nesta instrução técnica, sejam descumpridos.

Por fim, registra-se que as análises empreendidas nestes autos se restringiram aos itens apontados pelo representante, não abrangendo outros elementos que possam ser futuramente questionados nesta Corte de Contas, bem como, em eventuais fiscalizações ao jurisdicionado.

4 – PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

Tendo em vista as análises procedidas em relação aos indicativos de irregularidades apontados pelo representante no Edital do Pregão Eletrônico nº 161/2021, submete-se à consideração superior a seguinte proposta de encaminhamento:

4.1. Extinguir o processo com julgamento de mérito, nos termos do art. 307, §5º, e do 310, inciso I, do RITCEES, haja vista a suspensão do certame e a demonstração da Administração em realizar os ajustes sugeridos nos subitens 2.1, 2.3, 2.5 e 2.6 desta instrução, antes do prosseguimento do pregão eletrônico 161/2021;

4.2. Dar ciência ao Representante do teor da decisão final, na forma do art. 307, § 7º do RITCEES.

Danise Simon Robers Gomes

Auditora de Controle Externo

Mat. 203.043