TC nº 72-000.846.04-56

ANÁLISE. CONTRATO. INEXIGIBILIDADE. TERMO ADITIVO. SPTRANS. Serviços técnicos especializados. Desenvolvimento de software. Gestão de Sistema Integrado de Transporte Público. Art. 25, Lei 8.666/93. Contratação reconhecida. Ausência de índice de atualização e data base. Justificativas aptas. Afastada a ausência de fundamentação legal. Relevadas a não instauração de processo administrativo e a publicação extemporânea do TA. ACOLHIDOS. Votação unânime.

Legislação citada: Art. 25 e 26, Lei 8.666/93.

TCs citados: 72-003.917.03-28 e 72-004.858.02-15.

2.691ª Sessão Ordinária

Transitado em julgado 25.11.2013

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, devolvidos na presente sessão pelo Conselheiro DOMINGOS DISSEI – Revisor, após vista que lhe fora concedida na 2.674ª S.O., ocasião em que votou o Conselheiro MAURÍCIO FARIA – Relator.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, em relevar a não instauração de processo administrativo, assim como a publicação extemporânea do extrato do aditamento, visto que foi sanada com a publicação posterior, bem como em acolher o Contrato 2003/115 e seu respectivo Termo de Aditamento 01-Reg. nº 2003/A-138, celebrado entre a São Paulo Transporte S.A. – SPTrans e a empresa Microsoft Informática Ltda.

Participaram do julgamento os Conselheiros DOMINGOS DISSEI – Revisor, ROBERTO BRAGUIM e EURÍPEDES SALES.

Presente a Procuradora Chefe da Fazenda MARIA HERMÍNIA PENTEADO PACHECO E SILVA MOCCIA.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 31 de julho de 2013.

EDSON SIMÕES – Presidente.

MAURÍCIO FARIA – Relator.

RELATÓRIO

Trata-se da análise do Contrato nº 2003/115, celebrado entre a SPTRANS e a empresa Microsoft Informática Ltda., com fulcro no caput do artigo 25 da Lei Federal 8.666/93, visando a prestação de serviços técnicos especializados para desenvolvimento de software para gestão do Sistema Integrado de Transporte Público da Cidade de São Paulo, a fim de possibilitar o monitoramento, controle e fiscalização da qualidade do serviço prestado à população, por meio de coleta e de disponibilização contínua de informações sobre os veículos, passageiros, sistema viário e sobre as interfaces entre esses elementos, a ser desenvolvido em ambiente Microsoft SQL Server. Em julgamento, também, o Termo de Aditamento 01-Reg 2003/A-138, que fixou o prazo de vigência do contrato a partir da emissão da OS e alterou a cláusula de pagamento.

Inicialmente a Auditoria apontou que não foi autuado processo administrativo, tampouco foi indicado o índice de reajuste e data-base, mas solicitou a manifestação da área especializada de informática. Quanto ao aditamento, o considerou irregular, diante da extemporaneidade da publicação e da falta de despacho de autorização.

O Secretário de Informática desta Corte considerou que a contratação da Microsoft foi norteada pelo pressuposto técnico que envolve a alteração do código fonte do software SQL SERVER e que o sistema pretendido pela SPTRANS é considerado complexo e crítico, sendo responsável pelo gerenciamento do transporte público da cidade de São Paulo. Asseverou, todavia, que outras empresas poderiam prestar o serviço pretendido, desde que contratassem a Microsoft para proceder apenas às alterações desejadas no software, encampando todo o restante do projeto, que envolve outras atividades significativas e que não são exclusivas da Microsoft. Alertou que referida contratação é idêntica à tratada no TC 4.858.02-15, cujo objeto é a contratação de serviços para o desenvolvimento do SAC, no âmbito do qual a Secretaria de Informática manifestou-se contrariamente à forma de contratação adotada.1

Manifestou a impossibilidade de apresentar considerações quanto ao preço, exatamente em função da complexidade e especificidade do objeto, mas reafirmou a viabilidade de competição diante da apresentação de proposta por outra empresa (ICI). 2

A Assessoria Jurídica de Controle Externo, considerando as manifestações precedentes, sugeriu a intimação da Origem.

---

[1] (TC está com Relator EES desde 21.10.08 e SG já se manifestou)

[2] Fez constar observação no sentido de que, exatamente por essa complexidade, lhe pareceu estranho o envio pela contratante de solicitação de proposta de serviços a três empresas com prazo de entrega de apenas dois dias, o que seria inviável diante a complexidade do projeto. Informou que o protocolo da entrega à Microsoft se deu um dia antes do das demais, que foi enviado pelo correio, o que tornou ainda mais exíguo o prazo para as outras empresas, de apenas um dia, mas que a Microsoft apresentou sua proposta, contendo 50 páginas um dia após ter recebido o pedido pela SPTURIS. Concluiu que a Microsoft participou de levantamentos de necessidades junto à contratante, fato que considera normal.

A Origem apresentou sua defesa no sentido de que não havia no mercado outra empresa com capacidade técnica para desenvolver o serviço, em especial pela natureza e circunstâncias do objeto, detendo a Microsoft direitos autorais de ambiente e dos códigos fontes exigidos, e, também, destacando a exigência de padronização, pois a SPTRANS já operava, à época, oito Terminais Inteligentes com produtos da Microsoft.

A Auditoria manteve o posicionamento anterior pela irregularidade, asseverando que: não foi caracterizada situação passível de invocação da inexigibilidade de licitação e, por esta razão, alega prejuízo ao erário; não foi autuado PA; os esclarecimentos relacionados ao índice de reajuste não estão refletidos na cláusula contratual, que é genérica. Quanto ao TA, manteve o posicionamento pela irregularidade pelos aspectos anteriormente apontados e ainda por decorrer de contrato irregular. Destacou a manifestação da Secretaria de Informática em relação ao curto espaço de tempo concedido para a formulação das propostas em projeto de alta complexidade, prazo este ainda menor para as concorrentes da Microsoft. Quanto a esse aspecto, o Núcleo de Tecnologia da Informação se reporta à defesa da Origem no sentido de que as empresas já vinham acompanhando o desenvolvimento da proposta, sendo conhecedoras da solução, e que apesar de não existir nos autos nenhuma demonstração dessa participação, a informação reforça o posicionamento no sentido de que são empresas capazes de executar o projeto. Manteve o posicionamento anterior contrário ao reconhecimento da hipótese de inexigibilidade, considerando que as informações da Origem nada acrescentaram.

A AJCE entendeu que o fato de a empresa ser detentora de direitos autorais não a autoriza a proceder à distribuição ou à comercialização exclusiva desse software, e, de igual forma, a padronização não remete à inexigibilidade de licitação. Arrematou no sentido de que a alegada ausência de prejuízo não é argumento suficiente para afastar a irregularidade apontada e do correspondente aditamento, somando-se a isso a ausência de índice de reajuste, data base, e por fim, falta de publicação do extrato do despacho de autorização para formalização do TA.

Conferindo pleno atendimento ao disposto no artigo 5º, LV da Carta Magna, procedeu-se à intimação dos ordenadores de despesa e da contratada.

A presença dos requisitos legais para a inexigibilidade foram reiterados e a Microsoft asseverou que esta decorre da inviabilidade de competição genericamente estabelecida no “caput” do artigo 25, e, ainda, da exclusividade no fornecimento do serviço. No caso, afirmou ser a única empresa autorizada a fornecer, no Brasil, o serviço de consultoria exclusivo - MCS (Microsoft Consulting Services). Alegou ainda que a continuidade da utilização da tecnologia Microsoft também decorria da necessidade de segurança e integração do sistema, o que já torna o objeto singular e a competição impossível, uma vez que, embora outras empresas pudessem comercializar o software objeto do contrato, somente a Microsoft detém a exclusividade para alterar o ambiente e o código fonte do programa, ação imprescindível para a plena consecução do objeto.

Neste passo, sustentou que esta parte do objeto só poderia ser realizada através de subcontratação, o que tornaria mais oneroso o ajuste, além de exigir que os técnicos da Microsoft, na condição de subcontratada, adquirissem o necessário conhecimento do know how do projeto e requisitos do aplicativo, o que ensejaria mais esforço, tempo e, necessariamente, maior custo. Acrescentou ainda que a solicitação de outras propostas pela contratante se deu apenas para mensurar no mercado o valor de uma contratação como a pactuada, de forma que essa questão não pode ser considerada apta a afastar a inviabilidade de competição.

A PFM invocando os argumentos apresentados pela Origem, asseverou que não há indícios de dolo ou má fé e propugnou pelo acolhimento dos ajustes.

De outra parte, a Secretaria Geral mencionou a manifestação exarada nos autos do TC 4.858.02-15 no sentido de que as demais empresas não poderiam executar o projeto sem a parceria da Microsoft, considerando correto o fundamento do ajuste e que a pesquisa de mercado realizada teve apenas o fito de nortear a ação administrativa, alicerçando o princípio da economicidade.

Nesse sentido, acrescentou que, embora a Origem não tenha demonstrado adequadamente, por ocasião da contratação, as questões relacionadas aos aspectos técnicos e de preço, tais fatos surgiram no decorrer da instrução probatória, restando comprovada a inviabilidade de competição, já que se comprovou que a Microsoft era a única detentora da licença de utilização de seus próprios produtos e que o sistema implantado está baseado na plataforma Microsoft SQL Server e deverá ser integrado através do software de gestão a ser desenvolvido também pela Microsoft.

Sobre a falta do índice de reajustamento, considerou que a contratante apresentou os esclarecimentos necessários através de tabelas com a composição da fórmula do índice divulgado pela secretaria de Finanças e Desenvolvimento Econômico e, quanto ao tempo exíguo para apresentação da proposta, igualmente considerou satisfatório o esclarecimento da Origem.

Em relação aos demais apontamentos, considerou passíveis de relevação a não instauração de Processo Administrativo, em face da implantação pela empresa do procedimento interno denominado Processo Administrativo de Licitações e Contratos e a publicação extemporânea do extrato do aditamento, opinando pelo acolhimento dos ajustes, sem prejuízo de determinações em face das impropriedades detectadas.

É o relatório.

V O T O

No que tange ao apontamento de não instauração de processo administrativo, cumpre consignar que no TC 3.917.03-28 este Plenário adotou o entendimento segundo o qual a irregularidade apontada, no caso concreto, não estaria revestida de gravidade suficiente a ensejar a rejeição do ajuste, pois não obstante a inexistência de numeração do Processo Administrativo verificou-se que havia a numeração das folhas do processo e a respectiva rubrica do funcionário. Considerando que a Origem, inclusive, adotou o procedimento denominado Processo Administrativo de Licitações e Contratos, e que tais elementos estão igualmente presentes no presente processo, relevo a irregularidade. Igualmente passível de relevação é a publicação extemporânea do extrato do aditamento, posto que foi sanada com a publicação posterior, dando-se cumprimento ao princípio da publicidade.

Assim, considero que quatro questões mais relevantes devem ser enfrentadas. São elas:

1.- Fundamento legal para a contratação por inexigibilidade de licitação pelo caput do art. 25 e em decorrência da exclusividade: O contrato em exame foi celebrado diante da demonstrada necessidade do desenvolvimento de software para a operacionalização do Sistema Integrado de Transporte e Trânsito da Cidade de São Paulo, quando parte dos terminais já estavam implantados com produtos e tecnologia baseados na plataforma Microsoft, tornando-se necessária a aquisição de software compatível com o sistema já operante.

De acordo com a Certidão emitida pela Associação Brasileira das Empresas de Softwares – ABES –, a Microsoft Informática LTDA “é a única empresa autorizada” para fornecer com exclusividade para o Brasil, o serviço de consultoria exclusivo intitulado “Microsoft Consulting Services” - “MCS”, que compreende a possibilidade de alterar de qualquer forma, o código fonte do software Microsoft incluindo-se o “SQL Server”.

Pelo que consta nos autos, a maneira que o código fonte é ordenado e compilado define as características e as funcionalidades do software, tornando-se essencial o seu domínio para a execução do objeto. Portanto, a alteração do código fonte é uma atividade imprescindível para consecução do projeto, de forma a parecer razoável constatar que a contratação de empresa não detentora de todas as capacidades fundamentais para o desenvolvimento do software significaria assumir risco passível de comprometimento da implantação do Sistema Integrado de Transporte.

Nesse sentido, são aceitáveis as argumentações da Origem, posto que o contrato firmado diretamente com a Microsoft garante a execução do escopo do objeto.

Assim, na esteira da manifestação da Secretaria Geral, considero que somente a contratada estaria apta a executar o objeto em sua

integralidade, o que rende ensejo à contratação por inexigibilidade presente nos termos do art. 25 da Lei 8666/93.

2. - prejuízo ao erário em decorrência da suposta ausência de fundamentação legal para a contratação por inexigibilidade: (dano presumido). Em relação a este aspecto, afasto o apontamento em face da coerência lógica baseada na afirmação de legalidade da contratação direta, tal qual asseverado no item precedente.

3. - ausência de índice de atualização e data base: Neste aspecto, acompanho a manifestação da Secretaria Geral no sentido de que a Origem, através das tabelas de composição da fórmula do índice divulgado pela Secretaria de Finanças e Desenvolvimento Econômico (fls. 167/168), apresentou justificativas aptas a demonstrar o índice de reajuste e a data base de sua aplicação no contrato,

4. - Prazo exíguo para apresentação de propostas. Este apontamento tornou-se irrelevante diante do reconhecimento da legalidade da contratação por inexigibilidade de licitação, uma vez que restou evidenciado que se tratou tão somente de pesquisa de preços, para a comprovação de sua razoabilidade e atendimento ao disposto no artigo 26 da Lei Geral de Licitações.

Além disso, consta dos autos que as especificações dos serviços eram de conhecimento público, de forma que as empresas conheciam o projeto e possuíam dados suficientes para a formulação das referências de preços no prazo concedido.

Diante dos argumentos expostos e na esteira da manifestação da Secretaria Geral, acolho o contrato nº 2003/115 celebrado entre a SPTRANS e a empresa Microsoft Informática Ltda., e seu respectivo Termo de Aditamento 01-Reg 2003/A-138. **(2.674ª S.O.)**.