TC nº 72-004.858.02-15

ANÁLISE. CONTRATO. SMSP. Serviços técnicos especializados para o desenvolvimento de sistema de gestão. SAC-Gestão integrado ao SAC-Cidadão. Decorrente de inexigibilidade não caracterizada. IRREGULAR. DETERMINAÇÃO. Votação por maioria. EFEITOS FINANCEIROS ACEITOS. Votação unânime.

Legislação citada: Art. 37, XXI, CF. Art. 2º e 25, Lei 8.666/93.

2.743ª Sessão Ordinária

Transito em julgado: 19/02/2015

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, devolvidos na presente sessão pelo Conselheiro Vice-Presidente ROBERTO BRAGUIM, no exercício da Presidência, após determinação de Sua Excelência, na 2.742ª S.O., para que lhe fossem conclusos, a fim de proferir voto de desempate. Na referida sessão, votaram os Conselheiros JOÃO ANTONIO – Revisor, MAURÍCIO FARIA e DOMINGOS DISSEI, com voto anteriormente proferido pelo Conselheiro EDSON SIMÕES – Relator, na 2.739ª S.O.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, por maioria, pelos votos dos Conselheiros EDSON SIMÕES – Relator, de conformidade com o seu relatório e voto, e JOÃO ANTONIO – Revisor, com declaração de voto apresentada, votando o Conselheiro Vice-Presidente ROBERTO BRAGUIM, no exercício da Presidência, para efeito de desempate, nos termos do artigo 14, alínea "h", da Lei Municipal 9.167/80, combinado com o artigo 26, inciso IX, alínea "a", do Regimento Interno desta Corte, em julgar irregular o Contrato 73/SMSP/Cogel/2002, tendo em vista o desrespeito ao dever de licitar, previsto no inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal e no artigo 2º da Lei Federal 8.666/93, logo não se enquadrando a presente contratação direta na hipótese de inviabilidade prevista no artigo 25 da referida norma federal.

Vencidos os Conselheiros MAURÍCIO FARIA e DOMINGOS DISSEI, nos termos de seus votos proferidos em separado, que julgaram regular o ajuste.

ACORDAM, ademais, à unanimidade, em aceitar os efeitos financeiros decorrentes do ajuste, sendo que os Conselheiros EDSON SIMÕES – Relator e JOÃO ANTONIO – Revisor, o fizeram em carácter excepcional.

ACORDAM, ainda, por maioria, pelos mesmos votos, em determinar à Secretaria Municipal de Coordenação das Subprefeituras – SMSP que,

em futuros ajustes, tendo por objeto serviços tecnológicos que envolvam titularidade exclusiva de direitos de produtos, a exemplo de "software", seja realizada a licitação para a parcela sobre a qual não haja restrições de exclusividade, bem como observe, rigorosamente, nas futuras consultas de mercado, os princípios constitucionais da impessoalidade e da isonomia.

Vencidos os Conselheiros MAURÍCIO FARIA e DOMINGOS DISSEI que não exararam determinação.

ACORDAM, afinal, à unanimidade, em determinar o arquivamento dos autos.

Participaram do julgamento os Conselheiros JOÃO ANTONIO – Revisor, MAURÍCIO FARIA e DOMINGOS DISSEI.

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

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 21 de maio de 2014.

ROBERTO BRAGUIM
Vice-Presidente no exercício da Presidência,
com voto

EDSON SIMÕES
Relator

RELATÓRIO

Cuida o presente da análise do Termo de Contrato nº 73/2002, celebrado pela Secretaria Municipal das Subprefeituras (atual Secretaria Municipal de Coordenação das Subprefeituras) com a Microsoft Informática Ltda, tendo por objeto a prestação de serviços técnicos especializados para o desenvolvimento de sistema de gestão das solicitações – SAC Gestão – integrado ao sistema de atendimento ao cidadão – SAC da PRODAM, tendo como prazo 18 (dezoito) meses, no valor global de R$ 11.700.00,00 (onze milhões e setecentos mil reais).

A contratação deu-se sem licitação, justificando a Origem configurar, na espécie, a inviabilidade de competição, hipótese prevista no artigo 25 “caput” da Lei Federal 8.666/93.

A Subsecretaria de Fiscalização e Controle, ao analisar o ajuste, no tocante aos itens da planilha e respectivos normativos, concluiu pela sua regularidade formal.

Encaminhados os autos para a Assessoria Jurídica de Controle Externo, a fim de pronunciar-se a respeito da matéria, opinou pela oitiva da Secretaria de Informática desta Corte de Contas, quanto à exclusividade da Contratada e ao valor contratado.

A Área de Tecnologia, incluindo em sua análise elementos constantes do Processo Administrativo nº 2002-0.020.675-0, apontou que:

(a) - o projeto inicial, com valor estimado de R$ 4.477.124,42 (Quatro milhões, quatrocentos e setenta e sete mil, cento e vinte e quatro reais e quarenta e dois centavos), foi posteriormente discutido com técnicos da PRODAM, da Secretaria de Implementação das Subprefeituras (SIS), da Microsoft e de algumas Administrações Regionais, motivando a solicitação à Microsoft para desenvolver estudo referente à modernização do Serviço de Atendimento ao Cidadão;

(b) – no prazo de 30 dias a Microsoft apresentou Proposta Técnica para o Desenvolvimento de Sistema de Gestão das Solicitações – SAC Gestão – integrado ao Sistema de Atendimento ao Cidadão – SAC da PRODAM-SP (folhas 50/90), cuja proposta comercial foi no valor de R$ 11.700.000,00 (Onze milhões e setecentos mil reais), contendo um escopo bem mais abrangente que o original;

(c) – a partir do projeto da Microsoft, a Origem também solicitou propostas técnicas e comerciais ao Instituto Curitiba de Informática – ICI- e à MTEL Tecnologia Ltda., concedendo prazo de 04 dias para seu retorno;

(d) - o Instituto Curitiba de Informática apresentou proposta no valor de R$ 11.970.000,00 (Onze milhões, novecentos e setenta mil reais) e a METEL, de R$ 12.760.000,00 (Doze milhões, setecentos e sessenta mil reais), sendo que ambas observaram que no caso de alterações dos códigos-fonte dos softwares que compõem o ambiente básico, estas seriam feitas em parceria com a Microsoft, titular dos direitos de propriedades do produto;

(e) - a PRODAM, consultada pela Origem, diz-se impossibilitada de desenvolver os trabalhos propostos, alegando não possuir recursos disponíveis para a realização do projeto dentro do cronograma estabelecido; e

(f) - é inquestionável a qualidade técnica dos profissionais que compõem o quadro da empresa Microsoft, porém outras empresas poderiam prestar o serviço, mesmo que em parceria com a Microsoft (proprietária do software utilizado na plataforma tecnológica adotada no SAC implantado pela Prefeitura do Município de São Paulo).

Ao final, o Núcleo de Tecnologia deste Tribunal assim concluiu:

1) quanto ao preço da contratação: houve pesquisa de mercado mediante apresentação de propostas, compatíveis com o valor contratado,

não tendo, entretanto, a Especializada, condições técnicas de aferir o preço praticado, em função do extremo grau de complexidade do projeto, acrescido do fato de a Origem haver ampliado o projeto inicial, com diversas inclusões e fixar prazo exíguo para as propostas técnicas comparativas de preços; e

2) quanto à alegada exclusividade da Microsoft: o fato de outras empresas apresentarem propostas e a própria PRODAM declarar que não poderia assumir o projeto por impossibilidade de atender ao cronograma previsto e não por falta de capacidade técnica, demonstram que outras empresas poderiam prestar o serviço, mesmo que em parceria com a Microsoft, que não é a única empresa habilitada para o desenvolvimento do citado projeto.

Após a Origem apresentar suas justificativas, a Assessoria Jurídica concluiu pela descaracterização da hipótese de inexigibilidade de licitação por inviabilidade de competição e opinou pelo não acolhimento do ajuste, respaldada no pronunciamento do Setor de Tecnologia, segundo o qual mesmo com as especificidades técnicas da Contratada, a Microsoft não seria a única empresa capaz de realizar o objeto do referido contrato.

A Subsecretaria de Fiscalização e Controle, amparada nos pareceres técnicos supervenientes, reviu seu posicionamento e acompanhou as conclusões dos órgãos técnicos no tocante à irregularidade do ajuste, posto que insubsistente a hipótese de inexigibilidade de licitação.

O Ordenador da despesa foi intimado e, uma vez apresentada a defesa, a Assessoria Jurídica de Controle Externo manifestou-se, novamente, mantendo seu entendimento no sentido de ser irregular o contrato em pauta.

A Procuradoria da Fazenda Municipal, lastreando-se nas justificativas e no parecer técnico oferecidos pela Origem, opinou pelo acolhimento do instrumento em análise, por entender demonstrada a exclusividade que fundamentou a inexigibilidade do procedimento licitatório.

Igual posicionamento foi adotado pela Secretaria Geral, destacando que outras empresas, ainda que capazes de executar o projeto, necessitariam fazer parceria com a Microsoft, única habilitada a realizar a alteração do código da fonte dos seus produtos, entendendo, ainda, observada a pesquisa de mercado, em atenção ao princípio da economicidade, opinando, assim, pela regularidade do ajuste.

É o relatório

VOTO

Os óbices apontados pelas áreas técnicas para o acolhimento do ajuste dizem respeito ao preço contratado, que seria superior ao

estimado pela Origem, e à exclusividade da Microsoft, questionada em razão de outras empresas terem apresentado propostas para a realização do projeto.

O Núcleo de Tecnologia da Informação deste Tribunal de Contas trouxe dados relevantes permitindo-se constatar que a Origem não observou os princípios básicos inerentes à licitação e aos contratos administrativos, sobretudo o da igualdade e da impessoalidade, posto que, enquanto a empresa Contratada participou de reuniões prévias à elaboração de projeto técnico, totalizando dois meses de lida com a questão, as empresas consultadas tiveram apenas 04 (quatro) dias para desenvolverem as propostas técnicas e comerciais, o que não possibilita aquilatar se os preços apresentados seriam os mesmos se as proponentes tivessem prazo equivalente ao da Microsoft para conhecer o complexo projeto e elaborar propostas em bases reais.

Igualmente, ficou demonstrado que não havia inviabilidade de competição, posto que existem outras empresas habilitadas para o desenvolvimento do trabalho pretendido pela Origem, tendo a Contratada apenas exclusividade quanto à propriedade do software, o que obrigaria sua participação tão somente na alteração dos respectivos códigos-fontes.

Conclui-se, portanto, que houve desrespeito ao dever de licitar, previsto no inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal e no artigo 2º da Lei Federal 8.666/93, logo não se enquadrando a presente contratação direta na hipótese de inviabilidade prevista no artigo 25 da referida norma federal.

Ante o exposto e lastreado nos pareceres da Subsecretaria de Fiscalização e Controle, do Núcleo da Tecnologia e Informação e da Assessoria Jurídica de Controle Externo, no sentido de que "*outras empresas poderiam prestar o serviço, mesmo que em parceria com a Microsoft, considerando que o objeto da contratação não se resume à alteração do código fonte do software*", descaracterizando "*a hipótese excludente de licitação invocada pela Origem*", fundamentos que adoto como razões de decidir, julgo irregular o Termo de Contrato nº 73/2002, aceitando, excepcionalmente, os efeitos financeiros dele decorrentes.

Determino à Origem que, em futuros ajustes tendo por objeto serviços tecnológicos que envolvam titularidade exclusiva de direitos de produtos, a exemplo de software, seja realizada a licitação para a parcela sobre a qual não haja restrições de exclusividade, bem como observe, rigorosamente, nas futuras consultas de mercado, os princípios constitucionais da impessoalidade e da isonomia.

Cumpridas as formalidades legais, arquivem-se os autos.**(2.739ª S.O.)**.

Declaração de VOTO apresentada pelo Conselheiro João Antonio:

Acompanho o voto do Relator **(2.742ª S.O.)**.

VOTO em separado proferido pelo Conselheiro Maurício Faria:

Acompanho o posicionamento da Procuradoria da Fazenda Municipal e da Secretaria Geral, no sentido de regularidade do Contrato nº 73/SMSP/COGEL/2002, em razão de a empresa contratada ser a única empresa tecnicamente habilitada a realizar a alteração do código fonte dos produtos da Origem, por ser detentora dos direitos autorais do produto nominado SQL Server.

Endossam tal conclusão as informações da Assessoria Técnica de Sistemas de Informática, ao esclarecer que, à época da definição do projeto (junho de 2002), os softwares Windows 2003 Server só estavam disponíveis para a própria Microsoft; que somente a Microsoft detinha capacidade técnica na implantação e desenvolvimento nesta plataforma para transferência de conhecimento tecnológico para o quadro de técnicos do Munícipio; que houve pesquisa de mercado mediante apresentação de propostas, compatíveis com o valor contratado, asseverando, por fim, tratar-se de sistema com extremo grau de complexidade.

Nestes termos, voto pela regularidade do ajuste em julgamento, na esteira dos posicionamentos da Procuradoria da Fazenda Municipal e da Secretaria Geral **(2.742ª S.O.)**.

VOTO em separado proferido pelo Conselheiro Domingos Dissei:

Na esteira das manifestações da Procuradoria da Fazenda Municipal e da Secretaria Geral, que adoto como razão de decidir, considerando, inclusive, que este Plenário, no âmbito do processo TC nº 846/04-56, em situação análoga, acolheu contrato firmado pela São Paulo Transportes S/A com a Microsoft, com amparo no artigo 25 "caput", da Lei Federal nº 8.666/93, ACOLHO o Contrato nº 73/SMSP/COGEL/2002, por entender que o caso tratado nestes autos configura hipótese de inexigibilidade de licitação prevista no dispositivo legal retro mencionado.

É o voto. **(2.742ª S.O.)**.

VOTO de desempate proferido pelo Conselheiro Vice-Presidente Roberto Braguim no exercício da Presidência:

Como demonstra a resenha apresentada anteriormente, na Sessão n.º 2.742, realizada em 15/05/2014, ocorreu empate no julgamento do Contrato n.º 73/SMSP/GOCEL/2002, celebrado entre a Secretaria Municipal das Subprefeituras – SMSP e Microsoft Informática Ltda., objetivando a prestação de serviços técnicos para desenvolvimento de sistema de gestão das solicitações SAC-Gestão, no valor de R$ 11.700.000,00 (onze milhões e setecentos mil reais).

Esse resultado decorreu dos votos díspares exarados por duas correntes, assim delineadas: de um lado a liderada pelo Relator, Conselheiro Edson Simões, com acompanhamento do Conselheiro João Antonio, dando pela irregularidade do Contrato, com aceitação excepcional dos efeitos financeiros e aposição de determinações e, de outro, a iniciada pelo Conselheiro Maurício Faria, seguida pelo Conselheiro Domingos Dissei, considerando regular o ajuste.

Tal descompasso teve origem, em síntese, na apreciação da caracterização da inexigibilidade de Licitação, qualificada pela exclusividade, hipótese legal que justificou e embasou o Contrato em pauta, e mais, no tema do preço praticado, sendo certo que os fundamentos desse dissídio encontram-se expostos adequadamente nos votos prolatados. Nada obstante o reconhecimento do vigor da argumentação desenvolvida pelos nobres Conselheiros Maurício Faria e Domingos Dissei, tenho para mim, a partir de um exame atento e detalhado dos autos e que me conduz à revisão de conduta anterior, que a corrente capitaneada pelo ilustre Relator guarda o melhor Direito, amparada que se mostra nos elementos instrutórios do processo, que evidenciaram irregularidade de porte.

Assim concluo a partir da reflexão a respeito da configuração ou não "in casu" da exclusividade, que, por sua natureza preliminar e prejudicial, pode contaminar de vez o Contrato em sua essência, sem necessidade de qualquer outro acréscimo. Nesse âmbito, a Assessoria Jurídica de Controle Externo e a Secretaria de Informática, ou seja as duas áreas técnicas desta Casa com mais familiaridade com a questão posta, foram incisivas e precisas ao afirmarem que outras empresas, senão a Microsoft, poderiam prestar o serviço, ainda que em parceria com ela, o que descaracterizou a presença de inexigibilidade de licitação, na forma eleita pela Pasta.

Com efeito, como ficou expresso nas várias manifestações, inclusive naquelas que se orientaram pela presença da exclusividade, o serviço contratado não se limitava à parcela sobre a qual a Microsoft detinha direitos exclusivos, mas, ao contrário, expandia-se por largo espectro, perfeitamente passível de competição. Por esses fundamentos, adoto o posicionamento defendido pelos nobres Conselheiros Edson Simões e João Antonio, julgando irregular o Contrato n.º 73/SMSP/COGEL/2002, aceitando, porém, seus efeitos financeiros, excepcionalmente, mantida a determinação oposta.

PROCLAMAÇÃO DO RESULTADO: Por maioria, com voto de desempate do Presidente, o Tribunal julgou irregular o Contrato n.º 73/SMSP/COGEL/2002, com aceitação excepcional dos efeitos financeiros e com determinação para que a Secretaria, em futuros ajustes tendo por objeto serviços tecnológicos que envolvam titularidade exclusiva de direitos e produtos, a exemplo de software, seja realizada a licitação para a parcela sobre o qual não haja restrições de exclusividade, bem como observe, rigorosamente, nas futuras consultas de mercado, os princípios constitucionais da impessoalidade e da isonomia.