III – ACÓRDÃO

ACO-UTR-54/2025

Processo	-	TC/013075/2023
Representante	-	KMV Medical Produto Hospitalar Ltda.
Representada	-	Secretaria Municipal da Saúde
Objeto	-	Representação em face do edital de Pregão Eletrônico 695/2023/SMS, cujo objeto é a contratação de empresa especializada em serviços de gestão organizacional, administração informatizada e gerenciamento de dados dos processos da Central de Material e Esterilização – CME, visando as boas práticas na distribuição e armazenagem de produtos utilizados na assistência à saúde dos cidadãos, por meio da sistematização e rastreabilidade informatizada com gestão de fluxos apropriados para o abastecimento de insumos, saneantes e correlatos para a execução das atividades do Hospital Municipal Maternidade Escola Doutor Mário de Moraes Altenfelder Silva – HMEC

3.356ª Sessão Ordinária

REPRESENTAÇÃO. EDITAL. PREGÃO. SMS. GESTÃO ORGANIZACIONAL. ADMINISTRAÇÃO INFORMATIZADA. GERENCIAMENTO DE DADOS. CENTRAL DE MATERIAL E ESTERILIZAÇÃO. CONSÓRCIO. VEDAÇÃO. JUSTIFICATIVA. DIREITO DE PROPRIEDADE INTELECTUAL. 1. A vedação à participação de empresas reunidas em consórcio é permitida mediante justificativa apresentada no processo licitatório. Art. 15, L 14.133/2021. 2. É necessária a autorização dos proprietários de softwares, em razão da reserva de direito de propriedade intelectual, quando o objeto licitado configurar prestação de serviço em que a licitante assume a responsabilidade pelos dados e indicadores que orientarão as atividades a serem desenvolvidas, visando prevenir riscos jurídicos contratuais. CONHECIDA. Votação unânime. PARCIALMENTE PROCEDENTE. DETERMINAÇÃO. 1. Inclua no processo administrativo referente ao edital a justificativa para a vedação à contratação de consórcio. RECOMENDAÇÃO. 1. Na hipótese de não prosseguimento do certame, proceda-se à revogação formal do edital. Votação por maioria.

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, dos quais é Relator o Conselheiro RICARDO TORRES.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, em conhecer da representação, pois foram preenchidos os pressupostos de admissibilidade previstos nos arts. 54 e 55 do RITCMSP.

ACORDAM, por maioria, quanto ao mérito, pelos votos dos Conselheiros RICARDO TORRES – Relator, ROBERTO BRAGUIM e JOÃO ANTONIO, em julgá-la parcialmente procedente, apenas para determinar à Origem que inclua no processo administrativo referente ao edital a justificativa para a vedação à contratação de consórcio, recomendando-se que, na hipótese de não prosseguimento do certame, proceda-se à revogação formal do edital.

Vencido o Conselheiro EDUARDO TUMA, consoante declaração de voto apresentada, que julgou a representação procedente e fez recomendação à Origem.

ACORDAM, à unanimidade, em determinar o envio de cópia do relatório e voto do Relator e deste Acórdão à representante e ao Secretário Municipal da Saúde, nos termos do artigo 58 do RITCMSP, bem como às demais partes interessadas no feito, para ciência.

ACORDAM, afinal, à unanimidade, em determinar, após o trânsito em julgado e cumpridas as demais cautelas de praxe, o arquivamento dos autos.

Participaram do julgamento os Conselheiros ROBERTO BRAGUIM – Revisor, JOÃO ANTONIO e EDUARDO TUMA.

Presente o Procurador-Chefe da Fazenda CARLOS JOSÉ GALVÃO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 19 de fevereiro de 2025.

DOMINGOS DISSEI – Presidente
RICARDO TORRES – Relator
EDUARDO TUMA – Conselheiro com declaração de voto

/cv

I – RELATÓRIO E VOTO DO CONSELHEIRO RICARDO TORRES – RELATOR

Processo: **TC/013075/2023**
Origem: *Secretaria Municipal da Saúde – SMS*
Objeto: Representação em face do Edital de Pregão Eletrônico 695/2023/SMS, cujo objeto é a contratação de empresa especializada em serviços de gestão organizacional, administração informatizada e gerenciamento de dados dos processos da Central de Material e Esterilização – CME, visando as boas práticas na distribuição e armazenagem de produtos utilizados na assistência à saúde dos cidadãos, por meio da sistematização e rastreabilidade informatizada com gestão de fluxos apropriados para o abastecimento de insumos, saneantes e correlatos para a execução das atividades na unidade do Hospital Municipal Maternidade Escola Dr. Mário de Moraes Altenfelder Silva – HMEC (SEI nº 6018.2023/0027883-0)

REPRESENTAÇÃO. SMS. PREGÃO ELETRÔNICO 695/2023/SMS. **1**. A vedação a participação de consórcios deve estar justificada no Processo Administrativo da contratação. **2**. PARCIALMENTE PROCEDENTE. Determina-se à origem que inclua no processo administrativo referente ao edital a justificativa para a vedação à contratação de consórcio.

RELATÓRIO

Egrégio Plenário,

Trata-se de Representação formulada pela Empresa KMV Medical Produto Hospitalar LTDA, com pedido cautelar, em face do Edital de Pregão Eletrônico nº 695/2023/SMS cujo objeto é a contratação de empresa especializada em serviços de gestão organizacional, administração informatizada e gerenciamento de dados dos processos da Central de Material e Esterilização - CME, visando as boas práticas na distribuição e armazenagem de produtos utilizados na assistência à saúde dos cidadãos, por meio da sistematização e rastreabilidade informatizada com gestão de fluxos apropriados para o abastecimento de insumos, saneantes e correlatos para a execução das atividades na unidade do Hospital Municipal Maternidade Escola Dr. Mário de Moraes Altenfelder Silva – HMEC.

A Representante solicitou a imediata suspensão do certame para evitar violação aos princípios norteadores da licitação, a celebração de contratos não vantajosos ao interesse público e a realização de despesas ilegais (Peça 1).

Alegou, em síntese, as seguintes irregularidades do *Edital nº 695/2023/SMS*: item 2.1 - vedação da participação de consórcios na licitação e a obrigação de

implantação, e item 2.2 - utilização de *software* de logística de propriedade da licitante sob o fundamento de que prejudicam a competitividade (Peça 1).

Registra-se que a sessão virtual do Certame *sub judice* estava marcada para ser realizada em 24/03/2023, entretanto, por iniciativa da Origem, ultimou-se suspenso em 23/10/2023.

A *Origem* apresentou esclarecimentos (Peças 19/20), abaixo expostos de forma sintética:

1. Quanto ao primeiro tópico, apresentou a justificativa para a restrição à participação de consórcios (*SEI nº 093511958*). Aduziu, em síntese, que consoante exigido pelo *art. 15 da Lei nº 14.133/2021*, a Origem argumentou que a participação das empresas reunidas em consórcio não seria vantajoso para a Administração, pois estas empresas passariam a ter responsabilidade solidária em relação às obrigações trabalhistas e previdenciárias, o que traria riscos para a contratação, podendo gerar graves repercussões para o cumprimento do contrato firmado com o Município, caso tais empresas tenham seus valores financeiros bloqueados pela Justiça para fins de pagamento de dívidas.

2. Quanto ao segundo ponto, afirmou que não há elementos que demonstrem restrição excessiva à competitividade, no sentido de que a obrigação de *Implantação e Utilização de software de logística de propriedade da licitante*, formalmente, afigura-se plausível e técnico-juridicamente viável, a partir dos seguintes argumentos:

i. Inobservância da Representante quanto as premissas do Objeto licitatório, onde não se trata de *Software* de logística, e sim prestação de serviço onde a licitante se responsabiliza pela integridade dos dados e indicadores que nortearão a SMS sobre a evolução das atividades descritas em seu corpo;

ii. Necessidade de cunho técnico para fins de operabilidade, *in casu*, de que o registro do *Software* seja titularizado pela licitante – em seu "nome", haja vista a obrigação atribuída à Contratada de atender às necessidades da Unidade

Gestora, isto é, da Origem, no tocante ao teor do ***item 8.2***[1] do Instrumento Convocatório;

iii. Necessidade de autorização de proprietários de *Softwares por* ***Reserva*** **de** ***direito de Propriedade Intelectual***, onde a exigência de apresentação de tal registro resguarda a Origem a segurança de não transgredir os direitos de desenvolvimentos sem a Anuência de seus proprietários, como prevê a Lei n° *9.609/1998* em consonância com *Decreto nº 2.556/1998*.

Após, em atendimento ao disposto no *art. 3º, § 2º, da Resolução nº 18/2019*, uma vez que já houve manifestação da Origem sobre o conteúdo representado, o presente feito foi encaminhado ao crivo da *Coordenadoria VIII*, cuja ***primeira manifestação*** nos autos assumiu a forma de ***Relatório Conclusivo*** (Peça 28), em conformidade com a Determinação exarada por este C. Relator (Peça 22). Concluiu a *Coordenadoria VIII*, a partir de seu entendimento acerca do quanto esclarecido pela Origem (Peça 19), pela procedência dos apontamentos 2.1 e 2.2.

Após ciência do Relatório Conclusivo, a Origem apresentou defesa (Peças 42 e 50) reiterando os termos da manifestação preliminar. Em nova análise, a Especializada manteve o seu posicionamento anterior acostado à peça 28, com a ressalva que o ***item 2.1*** é ***passível de superação***, "*desde que a justificativa para vedação aos consórcios seja incorporada ao processo administrativo*" (Peça 55).

A Assessoria Jurídica (Peça 58), convergindo com o entendimento externado pela *Coordenadoria VIII*, opinou pela procedência da Representação.

Instada a se manifestar, a Procuradoria da Fazenda Municipal – PFM, representando os interesses jurídicos da municipalidade, requereu que a Representação seja declarada prejudicada em relação ao item 2.1 e improcedente quanto ao item 2.2 (Peça 61).

---

[1] **"8.2.** Deverá atender condições técnicas, para o bom desempenho das funções, sendo de responsabilidade da CONTRATADA os custos com os serviços referentes a: **8.2.1.** Rede lógica interna; **8.2.6.** Deverá permitir a parametrização de fluxos e controles sem alteração das rotinas estabelecidas pela CONTRATANTE; **8.2.7.** Manter o desempenho do banco de dados e servidores nas dependências do CME, oferecendo independência da rede WEB para o funcionamento do sistema, com suporte de atendimento por fabricantes ou proprietários; **8.2.8.** Deverá permitir alterações e desenvolvimento de melhorias do sistema baseado nas necessidades da CONTRA TANTE; **8.2.9.** Deverá permitir interfaces entre demais sistemas em operação na CONTRATANTE; **8.2.**10. Deverá possibilitar back-up e espelhamento dos dados gerados no processo sem paralização ou comprometimento das atividades diárias da CONTRATANTE; **8.2.11.** Deverá dispor as informações para leitura dos processos, em seu banco de dados, possibilitando a CONTRATANTE acesso as informações do sistema de gerenciamento, sendo obrigatória a manutenção dos registros por 5 (cinco) anos; **8.2.12.** Disponibilizar auditoria total dos fluxos dos processos, do ponto inicial (recebimento do material) ao ponto final (paciente), através de sistema eficaz, registrando quem recebeu, quem executou cada procedimento, o lote u/lizado de cada insumo, quem dispensou e o colaborador que transportou.

Finalizada a instrução processual, foram os autos remetidos ao crivo da D. Secretaria Geral, que opinou pela procedência dos apontamentos encartados pela peticionante na exordial.

Conforme diligência, em consulta ao sistema Átomo, consta como um dos "*Atos do Processo – 096045324*" o seguinte: *"Considerando que até a presente data 28/12/2023 não houve conclusão licitatória, certame está suspenso pelo TCM, e se a licitação for adjudicada positivamente, o mesmo deverá ser atualizado, e poderá iniciar os serviços com estimativa meados de janeiro/2024. E, em 2024, onerará dotação orçamentária de 2024. Diante do exposto, solicitamos cancelar saldo da nota de reserva no valor de R$ 311.450,25."*

Outrossim, ainda no que envolve o processo administrativo no instrumento em análise, o último procedimento "*Atos do Processo – 096086373*", de *29/12/2023*, foi a reabertura no "*ponto SMS/HMME-040, para adequação/ajustes na reserva orçamentária. Em continuidade em 2024, se faz necessário atualizações no processo*".

Por fim, a Origem (doc. 119115049) considerou que o objeto da presente contratação está devidamente abarcado no processo nº 6018.2024/0017965-6, encerrou o SEI de nº 6018.2023/0027883-0 sem que houvesse, no entanto, revogação formal do edital.

É o **relatório**.

V O T O

A presente Representação deve ser conhecida e, no mérito, julgada parcialmente procedente.

1. Preenchidos os pressupostos de admissibilidade dos artigos 54 e 55 do Regimento Interno desta E. Corte, é o caso de conhecer da Representação.

2. Haja vista que não houve revogação formal do edital e que a Origem demonstra interesse de prosseguir com o formato de contratação analisado (conforme o disposto no SEI 6018.2024/0017965-6) remanesce válido o interesse neste julgamento.

3. No mérito, a Representante, em seus quesitos encartados em face *Edital de Pregão Eletrônico n° 695/2023/SMS*, insurgiu-se em face de dois pontos que, supostamente configura ofensa à ampla competitividade do Certame. Veja-se:

> ***3.1.*** *Da vedação imotivada à participação de Consórcio – prejuízo à competitividade;*
> ***3.2.*** *Da obrigação de Implantação e Utilização de software de logística de propriedade da licitante – prejuízo à competitividade.*

4. É o caso de considerar **parcialmente procedentes** os quesitos encartados pela Representante na exordial. É o que passo a detalhar.

5. No que tange ao **apontamento 2.1**, filio-me ao posicionamento exarado pela Coordenadoria VIII (peça 55), considerando-o passível de superação desde que a justificativa para vedação de consórcios conste do Processo Administrativo que instrui a contratação.

6. Já na dimensão do **apontamento 2.2**, não há que se falar em irregularidades imputáveis aos aspectos formais do Edital, considerando que a defesa da Origem (Peça 20), suficientemente demonstrou que o objeto licitado, diversamente do que seria um mero *software de logística* – consoante apontado pela Auditoria (Peça 28), na realidade, configura *prestação de serviço* em que a Licitante assume, integralmente, a responsabilidade dos dados e indicadores que nortearão a *Secretaria Municipal de Saúde* sobre a evolução das atividades descritas no *item 8.2 do Edital*. É dizer, há necessidade de atribuir ao contratado a exigência de permitir interfaces entre demais sistemas em operação na Origem, além da permissão de autorizações e desenvolvimento de melhorias no sistema implementado – conforme as necessidades da Contratante, fazendo-se necessária a autorização por parte dos proprietários de *softwares por reserva de direito de propriedade intelectual*, no sentido de precaver hipotéticos riscos jurídicos contratuais à Pasta.

7. À luz de todo o exposto, é o caso de julgar ***PARCIALMENTE PROCEDENTE A REPRESENTAÇÃO*** apenas para determinar à Origem que inclua no processo administrativo referente ao edital a justificativa para a vedação à contratação de consórcio.

Recomenda-se, ainda, que, na hipótese de não prosseguimento do certame, proceda-se à revogação formal do edital.

INTIME-SE a Origem, na pessoa do *Sr. Secretário Municipal de Saúde*, bem como as demais partes interessadas no feito, para ciência do presente voto e do acórdão resultante.

Após o trânsito em julgado e o cumprimento das cautelas de praxe, arquivem-se os autos.

É como voto.

Plenário Conselheiro **PAULO PLANET BUARQUE**, 19 de fevereiro de 2025.

Ricardo Torres
Conselheiro

II – DECLARAÇÃO DE VOTO DO CONSELHEIRO EDUARDO TUMA

TC/013075/2023 – KMV Medical Produto Hospitalar Ltda. – Secretaria Municipal da Saúde – **Representação** em face do edital de Pregão Eletrônico 695/2023/SMS, cujo objeto é a contratação de empresa especializada em serviços de gestão organizacional, administração informatizada e gerenciamento de dados dos processos da Central de Material e Esterilização – CME, visando as boas práticas na distribuição e armazenagem de produtos utilizados na assistência à saúde dos cidadãos, por meio da sistematização e rastreabilidade informatizada com gestão de fluxos apropriados para o abastecimento de insumos, saneantes e correlatos para a execução das atividades do Hospital Municipal Maternidade Escola Doutor Mário de Moraes Altenfelder Silva – HMEC

01. Trata-se de Representação formulada, com pedido cautelar, em face do Edital de Pregão Eletrônico nº 695/2023/SMS cujo objeto é a contratação de empresa especializada em serviços de gestão organizacional, administração informatizada e gerenciamento de dados dos processos da Central de Material e Esterilização - CME, visando as boas práticas na distribuição e armazenagem de produtos utilizados na assistência à saúde dos cidadãos, por meio da sistematização e rastreabilidade informatizada com gestão de fluxos apropriados para o abastecimento de insumos, saneantes e correlatos para a execução das atividades na unidade do Hospital Municipal Maternidade Escola Dr. Mário de Moraes Altenfelder Silva – HMEC.

02. A representante solicitou a imediata suspensão do certame para evitar violação aos princípios norteadores da licitação, a celebração de contratos não vantajosos ao interesse público e a realização de despesas ilegais (peça 1, fls. 11).

03. Alegou, em síntese, as seguintes irregularidades do Edital nº 695/2023/SMS: item 2.1 - vedação da participação de consórcios na licitação e a obrigação de implantação, e item 2.2 - utilização de software de logística de propriedade da licitante sob o fundamento de que prejudicam a competitividade (peça 1, fls. 3/11).

04. Registra-se que o certame representado estava marcado para ser realizado em 24.03.23, mas foi suspenso pela Origem em 23.10.23 (peça 07).

05. A Origem apresentou esclarecimentos (peças 19/20), no sentido de que a conveniência em admitir a participação dos consórcios é decisão meramente discricionária da Administração, nos termos do art. 15 da Lei 14.133/2021; não seria vantajoso, no caso, para a Administração Pública contratar empresas em regime de consórcio, tendo em vista que estas empresas passariam a ter responsabilidade solidária em relação às obrigações trabalhistas e

previdenciárias, o que traria riscos para a contratação, podendo gerar graves repercussões para o cumprimento do contrato firmado com o Município, caso tal empresa tenha os seus valores financeiros bloqueados pela Justiça para fins de pagamento de dívidas e que a vedação quanto à participação de consórcio de empresas no presente procedimento licitatório não limitará a competitividade.

06. Já quanto ao segundo item, a Origem alega que não se trata de software de logística, e sim de prestação de serviço em que a licitante se responsabiliza pela integridade dos dados e indicadores que nortearão a SMS sobre a evolução das atividades descritas no edital. O registro em nome da licitante é necessário em virtude da obrigação da contratada de atendimento às necessidades da SMS descritas no item 8.2 do edital.

07. Após análise da defesa, foi elaborado Relatório Conclusivo pela Subsecretaria de Controle Externo-SCE, que concluiu ser procedente a presente Representação (peça 28).

08. Após ciência do Relatório da SCE, a SMS se manifestou (peças 41/42 e 50). Em nova análise, a SCE manteve o seu posicionamento anterior acostado à peça 28, com a ressalva que o item 2.1 é passível de superação, "desde que a justificativa para vedação aos consórcios seja incorporada ao processo administrativo" (peça 55, fls. 8).

09. A Assessoria Jurídica opinou pela procedência da Representação (peças 57/58).

10. A Procuradoria da Fazenda Municipal opinou pelo conhecimento da Representação, que ela seja declarada prejudicada em relação ao item 2.1 e improcedente quanto ao item 2.2 (peça 61, fls. 4).

11. A Secretaria Geral (peças 63/64), por sua vez, acompanhou as manifestações precedentes, quanto ao conhecimento da representação e, no mérito, por sua procedência, com a observância destacada pela Auditoria em relação ao item 2.1.

12. É o relatório.

VOTO

13. Trata-se de Representação interposta pela empresa KMV MEDICAL PRODUTO HOSPITALAR LTDA. acerca de supostas irregularidades no certame licitatório que

implicariam em prejuízos à competitividade do certame, em decorrência da existência de cláusulas exorbitantes do Edital de Pregão Eletrônico n° 695/20283/SMS.

14. Preliminarmente, anoto que a Representação preenche os requisitos de admissibilidade, constantes dos artigos 54 e 55 do Regimento Interno desta Corte, motivo pelo qual me manifesto pelo seu conhecimento.

15. Conforme informado acima, a representante apontou duas irregularidades no Edital de Pregão Eletrônico nº 695/2023/SMS, as quais passo a analisar.

2.1 Da vedação imotivada à participação de Consórcio – prejuízo à competitividade (peça 1, fls. 3/7)

16. Segundo a representante, constou no item 3.1, "d" do Edital a vedação da participação de empresas constituídas em forma de consórcio sem a devida justificativa, prejudicando a competitividade e ocasionando direcionamento da licitação.

17. *Ab initio*, cumpre relembrar que o consórcio pode ser definido como uma associação temporária entre duas ou mais pessoas jurídicas, por meio da qual as sociedades unem esforços para a consecução de um objetivo comum, sem que, contudo, percam sua independência, nos termos do artigo 278, *caput* e §1°, da Lei n° 6.404/76.

18. Menciona o artigo 33 da Lei Federal n° 8.666/933 que possibilita a participação de empresas reunidas em consórcio, desde que haja permissão no edital, cita doutrina e jurisprudência do TCU, TJMG e TJRS que asseveram ser a escolha competência discricionária do Administrador, desde que pautada em critérios técnicos, e que eventual vedação deverá considerar o caso concreto.

19. Entretanto, a representante não observou, no item 1 do edital, que este expressamente se baseia na Lei 14.133/2021, a qual inverteu a regra geral sobre participação de consórcio em licitações.

20. Destaco que o artigo 15 da novel lei licitatória traz agora a regra geral consistente na permissão à participação de consórcios, inclusive quando houver omissão no edital. Portanto, para que haja vedação deste modelo de participante no certame, é necessário que o faça de maneira inequívoca, tal qual como constou.

21. Portanto, a alegação de que a origem não cumpriria a regra geral da Lei 8.666/93 é insubsistente ante à inequívoca previsão editalícia.

22. De outra sorte, alega a representante que a restrição aos consórcios ofende a competitividade e ocasionaria direcionamento da licitação.

23. De fato, razão assiste à representante. Em que pese se tratar de decisão discricionária da Administração, há que se pautar em balizas concretas e transparentes, dentre as quais a exposição dos motivos para a vedação.

24. Rebato, com o mesmo trecho doutrinário utilizado pela Origem, a necessidade de justificativa para uma decisão em âmbito discricionário da Administração.

> O ato convocatório admitirá ou não a participação de empresas em consórcio. Trata-se de escolha discricionária da Administração Pública, o que evidentemente não significa autorização para decisões arbitrárias ou imotivadas.
> (JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativo*s, 12. ed., São Paulo: Dialética, p. 410)

25. Para além de não haver, no processo SEI 6018.2023/0027883-0, traços de justificativa para a vedação à participação de empresas em consórcio, ou expressas análises quanto ao objeto licitado que permitissem esclarecer os motivos considerados para sua vedação, a defesa se manifestou no seguinte sentido, após provocação deste Tribunal de Contas:

> Dessa forma, não seria vantajoso para a Administração Pública contratar empresas em regime de consórcio, tendo em vista que estas empresas passariam a ter responsabilidade solidária no que concerne às obrigações trabalhistas e previdenciárias, o que traria riscos para a contratação, podendo gerar graves repercussões para o cumprimento do contrato celebrado com o Município, caso tal empresa, de repente, tivesse os seus valores financeiros bloqueados pela Justiça, para fins de pagamento de dívidas (peça 20, fl. 03).

26. Ora, não se sustenta a argumentação supra quanto à pluralidade de empresas, haja vista que a contratação de empresas individuais também incorre em tal risco, não havendo vantagens para a Administração manter tal vedação apoiada somente neste amparo.

27. Contudo, diante do argumento da Origem de que "a previsão no edital da possibilidade de subcontratação permitiria haver participação de interessados sem a expertise completa para atender ao objeto, mas possibilitando incorporar tais elementos posteriormente, ao mesmo tempo que centralizaria as decisões em um único responsável pelo contrato", acompanho a Especializada no sentido de que o **item 2.1 é passível de superação** *desde que a justificativa*

para a opção de vedação da participação dos consórcios seja incorporada ao processo administrativo que instruiu a contratação.

2.2 – Da obrigação de Implantação e Utilização de software de logística de propriedade da licitante – prejuízo à competitividade (peça 1, fls. 7/10)

28. A representante informa que o item 6.1.10, "c" do edital exige que as empresas licitantes disponibilizem um software desenvolvido por ela e de sua propriedade, mediante apresentação do certificado de registro de arca perante o INPI. Alega que referida exigência, sem a devida justificativa prejudica a competitividade, direcionando indevidamente a licitação, vez que não há qualquer fundamento em exigir que o software logístico seja desenvolvido pela licitante, muito menos que este seja de propriedade desta, podendo a futura contratada possuir apenas a licença do software, como se é feito geralmente com os softwares comerciais, como Microsoft Windows, Office, dentre outros.

29. Em suas defesas, a Origem alega que não se trata de software de logística, e sim de prestação de serviço em que a licitante se responsabiliza pela integridade dos dados e indicadores que nortearão a SMS sobre a evolução das atividades descritas no edital. O registro em nome da licitante seria necessário em virtude da obrigação da contratada de atendimento às necessidades da SMS descritas no item 8.2 do edital.

30. De fato, o item 15 do Termo de Referência (peça 27, pp. 65/67) apresenta as obrigações da Contratada, sendo que o subitem 15.24 estatui que a Licitante deve:

> 15.24. Possuir o domínio dos códigos fonte do aplicativo sistematizado a ser implantado e ter domínio total do banco de dados dos programas específicos para execução do objeto deste termo de referência, e ainda possuir **Certificado de Registro de Marca perante ao INPI** para Programas de Computador Gravados **em nome da CONTRATADA**;
>
> *(grifos nossos).*

31. A Lei 9.609/98, que dispõe sobre a proteção da propriedade intelectual de programa de computador, não obriga o registro de programas de computador ou software no Instituto Nacional da Propriedade Intelectual – INPI, havendo outros meios para isso como, por exemplo, a Associação Brasileira de Empresas de Software – ABES.

32. Como bem sintetizou a Auditoria em seu relatório Conclusivo (peça 28), o registro junto ao INPI – Instituto Nacional de Propriedade Industrial, é uma faculdade do fornecedor do software e não uma obrigação legal imposta às empresas desse segmento de

mercado. Exigi-lo dos licitantes tem o condão de obstaculizar a competição, podendo resultar na escolha de uma proposta que não seja a mais vantajosa para a Administração.

33. Não obstante, como forma de resguardar eventuais violações a direitos autorais, admite-se a possibilidade de se solicitar do vencedor que comprove o registro do software ou do direito de comercialização e de licenciamento do produto, mediante registro no INPI, na ABES, ou por quaisquer instrumentos jurídicos idôneos. Aliás, a própria Lei 9.609/98, em seu artigo 3º, aventa tal solução, tendo seu regramento disciplinado pelo Decreto 2.556/98:

> **Lei 9.609/98. Art. 3º, *caput*.** Os programas de computador **poderão**, a critério do titular, **ser registrados em órgão ou entidade a ser designado por ato do Poder Executivo**, por iniciativa do Ministério responsável pela política de ciência e tecnologia.
> **Decreto 2.556/98. Art. 1º, *caput*.** Os programas de computador **poderão**, a critério do titular dos respectivos direitos, ser registrados no Instituto Nacional da Propriedade Industrial - INPI.
>
> *(grifos nossos).*

34. Ademais, como também ponderou a Auditoria no citado relatório, da análise feita dos documentos relativos à fase interna da Licitação, acostados no processo SEI em voga, não se identifica a justificativa técnica para a exigência de registro no INPI referente ao sistema que faz parte do objeto da licitação.

35. Softwares de logística são programas com alta complexidade de desenvolvimento, sendo previsível e aceitável a contratação de empresas especializadas que desenvolvem e implementam o software de acordo com a exigência de cada cliente.

36. Razão assiste à Representante, sendo, pois, **procedente** seu inconformismo, quando alega que a exigência requerida apresenta potencial dano à licitação, no sentido de que poderá frustrar o caráter competitivo do certame, impedindo a Administração de adquirir a melhor solução ao menor custo.

37. Desta forma, a conduta que se esperaria da Secretaria Municipal de Saúde – SMS seria a de ajustar o Edital, com vistas a exigir que a licitante vencedora comprove seu direito de comercialização e manutenção do sistema, parte do objeto desta licitação, podendo fazer isso por meio de qualquer instrumento jurídico idôneo.

38. Cabe ressaltar, de outra parte que, em análise ao processo SEI 6018.2023/0027883-0, que tratou do Pregão Eletrônico objeto da Representação ora em julgamento, observo que sobreveio o encerramento do alvitrado processo, dele constando

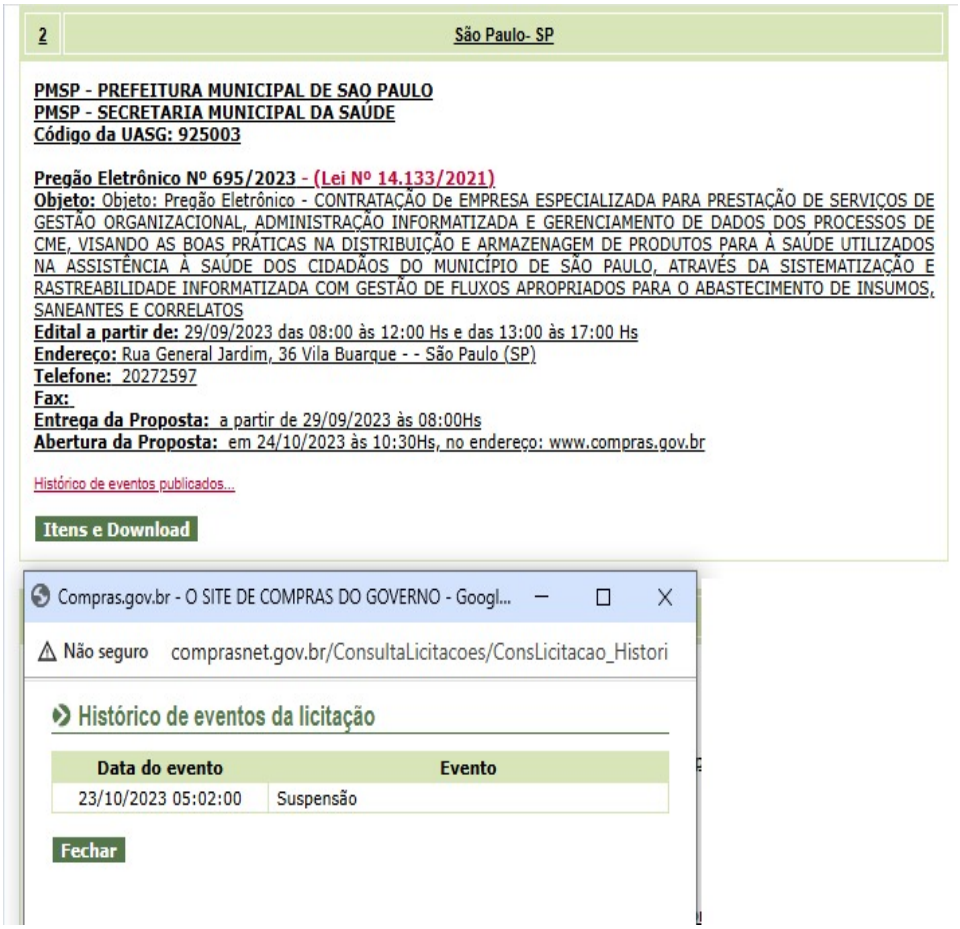
informação antecedente no sentido de que o objeto da contratação estaria devidamente abarcado no processo nº 6018.2024/0017965-6, que contemplará a unidade demandante. A licitação objeto do último está ainda na fase interna, não sendo possível, no momento, verificar a incorporação de eventual ajuste.

39. Ora, é indubitável a prerrogativa de autotutela da Administração Pública, ou seja, o poder que o Estado possui de controlar e rever seus próprios atos, sem necessidade de recorrer ao Poder Judiciário, seja pela anulação de atos ilegais, seja pela revogação de atos inoportunos ou inconvenientes, garantindo a legalidade e a eficiência da gestão pública.

40. Também é verdade que tanto a anulação, quanto a revogação de um pregão, traz como consequência o 'encerramento' do caminho licitatório do objeto; em outras palavras, o 'encerramento' de um processo administrativo é o desdobramento, o efeito emergido do ato administrativo.

41. O que esta Corte de Contas frisa e cobra é a obrigação de a Administração, neste caso a Origem, promover formalmente o encerramento do Pregão Eletrônico em referência, considerando os desdobramentos decorrentes, já que o despacho de encerramento do processo SEI volta-se, a princípio, às providências no âmbito do respectivo processo eletrônico, sem irradiar efeitos que alcancem, propriamente, o procedimento licitatório em curso, cujos atos, ademais, demandam tanto publicidade, como atualização nos respectivos portais de compras públicas.

42. Nesse sentido, como se extrai, o respectivo Pregão consta como suspenso no Portal Compras.Net, conforme pesquisa realizada em 18 de fevereiro deste exercício:



43. Por desfecho, mas guardada a sua importância, exponho que a **Instrução 02/2015 do Tribunal de Contas do Município de São Paulo**, aprovada pela Resolução 10/2015, em seu artigo 2º determina que "*Antes da inauguração de novo procedimento licitatório, em substituição a outro, o procedimento anterior deverá ser formalmente anulado ou revogado, conforme o caso*".

44. Ante o exposto, **CONHEÇO DA REPRESENTAÇÃO**, pelo preenchimento dos pressupostos de admissibilidade; e no mérito **JULGO-A PROCEDENTE. No que tange ao item 2.1, acompanho a determinação do Conselheiro Relator, no sentido de que a Origem inclua no processo administrativo referente ao edital a justificativa para a vedação à contratação de consórcio; contudo, no que tange ao item 2.2 anteriormente referido, com amparo nas manifestações dos órgãos técnicos preopinantes deste Tribunal de Contas, manifesto-me pela necessidade de adequação do edital, reformando-se a obrigação de Implantação e Utilização de software de logística de propriedade da licitante**.

45. RECOMENDO à Origem que informe a este Tribunal a situação atual do Edital de Pregão Eletrônico 695/2023/SMS, tendo em vista o encerramento do processo SEI 6018.2023/0027883-0, sem que tenham sido localizadas medidas administrativas relacionadas com o encerramento do procedimento licitatório propriamente dito.

46. Cumpridas as formalidades legais, arquivem-se os autos.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 19 de fevereiro de 2025.

EDUARDO TUMA
Conselheiro