

GRUPO I – CLASSE VII – PLENÁRIO

TC 000.954/2022-5

Natureza(s): Denúncia

Órgão/Entidade: Prefeitura Municipal de Timbaúba - PE

Responsável: Identidade preservada (art. 55, caput, da Lei n. 8.443/1992).

Interessado: Identidade preservada (art. 55, caput, da Lei n. 8.443/1992).

Representação legal: Tomás Tavares de Alencar (OAB-PE 38475) e outros

SUMÁRIO: DENÚNCIA. INDÍCIOS DE IRREGULARIDADES RELACIONADOS A CONTRATAÇÕES REALIZADAS POR MUNICÍPIO. CONVÊNIO. UTILIZAÇÃO DE SISTEMA DE MERCADO PARA PREGÕES ELETRÔNICOS. OITIVA. POSSIBILIDADE COBRANÇA. NECESSIDADE DE MODICIDADE DOS VALORES. CIÊNCIA.

RELATÓRIO

Adoto, como relatório, excerto da instrução elaborada por Auditor lotado na então Selog (peça 57), anuída pelos dirigentes da unidade (peças 58-59):

“(…)

1. Em exame Denúncia sobre supostas irregularidades praticadas no âmbito da Prefeitura Municipal de Timbaúba/PE, relacionadas aos Pregões Eletrônicos 3/2021 e 7/2021, que tiveram por objeto, respectivamente, a “aquisição de gêneros alimentícios adquiridos com recursos do Programa Nacional de Alimentação Escolar (PNAE), para montagens de kits a serem distribuídos aos pais ou responsáveis dos estudantes das escolas públicas de educação básica do município” e a “aquisição de materiais de limpeza e materiais descartáveis para atender as demandas das secretarias municipais e do Fundo Municipal de Assistência Social de Timbaúba/PE” (peça 11, p. 1; e peça 12, p. 1). Ambos os certames foram concluídos e já tiveram seus contratos assinados pela Prefeitura de Timbaúba/PE, por R\$ 994.971,00 (PE 3/2021 - peça 14) e R\$ 714.882,11 (PE 7/2021 - peça 13). E as avenças se expiraram em 31/12/2021.

2. Os fatos foram trazidos ao conhecimento desta Corte pela Polícia Federal, que também encaminhou a documentação à Controladoria-Geral da União em Pernambuco (CGU/PE) e ao Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco (TCE/PE), sendo que no TCU a documentação foi autuada como Denúncia, ao invés de Representação, a fim de preservar o sigilo do denunciante.

3. O denunciante se reportou, em síntese, às seguintes possíveis irregularidades no processamento dos PE 3/2021 e 7/2021, do município de Timbaúba/PE:

3.1. Utilização de sistema próprio para realização de pregões eletrônicos e cadastro prévio das empresas licitantes, em razão da participação de poucos interessados quando as licitações são realizadas por intermédio do portal de compras do município, com suspeita de que os servidores da prefeitura direcionam o resultado das licitações, mediante a quebra de sigilo das propostas e da identidade das empresas;

3.2. Ausência de publicidade do PE 3/2021 e exigência de identificação prévia para acesso ao edital. Quanto à falta de divulgação do edital do PE 3/2021; e quanto à necessidade de cadastramento prévio (identificação mediante CPF ou CNPJ) para acessar os editais de licitação da Prefeitura de Timbaúba/PE;

3.3. **Participação de apenas duas empresas no PE 3/2021**, em que pese a atratividade do certame, estimado em R\$ 1.087.752,00, com suspeição sobre a capacidade econômico-financeira de uma das empresas e acerca da regularidade societária e inaptidão da outra empresa para atender as necessidades da administração; e

3.4. **Participação de apenas três empresas no PE 7/2021**, em que pese a atratividade do certame, estimado em R\$ 1.343.425,30, com suspeição sobre a regularidade societária, capacidade técnica e relação familiar existente entre os sócios das empresas.

4. Em instrução inicial (peças 28-29), superada a dúvida sobre a competência desta Corte, dado que os recursos utilizados nos contratos decorrentes dos pregões foram identificados como sendo de origem federal (PNAE e Fundeb), concluiu-se, em linhas gerais, pelo afastamento das irregularidades suscitadas pelo denunciante, exceto quanto: i. à possibilidade de quebra de sigilo das empresas e das propostas, em decorrência da suspeição levantada pelo denunciante, no que o município deveria ser diligenciado para esclarecer sobre a gestão da segurança da informação no âmbito dos processos licitatórios realizados no seu Portal de Compras; e ii. à necessidade de identificação prévia para acesso ao edital, em razão de que os editais de certames já concluídos podiam ser acessados livremente, ao tempo que os editais de certames abertos exigiam, sem razão aparente, a identificação de CPF ou CNPJ de quem estava pesquisando. Quanto a este último aspecto, conquanto a exigência não fosse ilegal, dado o permissivo do art. 10 da Lei de Acesso à Informação, porém não sendo ela necessária, o município deveria ser diligenciado para justificar a razão de exigir tal informação.

5. Naquele ciclo de instrução, chamou atenção também o fato de a empresa MJ Comércio de Móveis Eirelli, mesmo sem dispor de sede própria, deter mais de 210 contratos com o estado de Pernambuco, o que requereria o encaminhamento da denúncia ao TCE/PE. Porém tal providência deixou de ser adotada em razão de que a Polícia Federal já o havia feito.

6. Promoveu-se então diligência ao município e solicitação de informações sobre a existência de eventuais ações de controle à CGU/PE e ao TCE/PB, que também haviam recebido a comunicação da Polícia Federal. Coube então à instrução de peças 44-45 analisar as respostas apresentadas.

7. A par das informações prestadas pelo município, os requisitos do sistema sobre o qual funciona o portal de compras e os procedimentos para cadastramento dos usuários e para acesso às informações se mostraram adequados para a realização de um pregão. Se havia algum tipo de fraude que colocasse em risco a inviolabilidade dos dados do portal de compras do município, que devem ser mantidos em sigilo durante a realização do pregão, capaz de interferir na atratividade e na competitividade dos certames, ela somente se revelaria por intermédio de uma auditoria de conformidade, envolvendo inclusive aspectos de TI, sobre os acessos e os dados do sistema, ou por outro meio de investigação policial, que transcendiam ao escopo da denúncia oferecida ao Tribunal. Além disso, já se tinha notícia (peça 39) de que os PE 3/2021 e 7/2021, da Prefeitura Municipal de Timbaúba, estavam sendo auditados pelo TCE/PE, em processo que se encontrava na fase de instrução. Quanto a este aspecto, concluiu-se então que as alegações do denunciante não mereciam prosperar.

8. Entretanto, inferiu-se que a pouca atratividade dos certames realizados no portal de compras do município, quando comparados com outros certames realizados no Banco Nacional de Compras (BNC), arguida pelo denunciante, poderia ser atribuída à exigência de pagamento pela utilização do sistema. Não pela cobrança propriamente dita, dado que a Lei 10.520/2002 (art. 5º, inciso III) admite a remuneração pelo fornecimento do edital e pelos custos de utilização de recursos de tecnologia da informação, mas pelo valor exigido para acesso e operação do sistema pelos potenciais fornecedores e pela forma de arrecadação. Constatou-se, a partir do endereço

eletrônico designado no edital, que são três opções de planos para acesso ao sistema: Plano Trimestral (R\$ 623,00); Plano Semestral (R\$ 755,00) e Plano Anual (R\$ 890,00).

9. Adotando-se como parâmetro um contrato semelhante, celebrado entre a Prefeitura de São Mateus/MA e a empresa GM Tecnologia e Informática Ltda., verificou-se que o instrumento foi firmado por R\$ 14.000,00, tendo sido enquadrado em hipótese de dispensa de licitação com base no valor (art. 24, II, da Lei 8.666/1993). De tal modo que, a par dos preços cobrados para acesso e operação do sistema, as receitas obtidas – que se constituem como rendimentos da empresa proprietária da plataforma, e não do município – não se restringiam, conforme previsto no art. 5º, III, da Lei 10.520/2002, ao ressarcimento dos custos que o município incorria para disponibilizar os recursos de tecnologia da informação, que se limitavam, pelo menos no caso tomado como paradigma, a R\$ 14.000,00/anuais.

10. A cobrança formatada nesses moldes, pelo menos em tese desvinculada dos custos efetivos incorridos com a contratação do sistema, funcionaria como uma espécie de barreira ou de taxa de acesso para participar das licitações, uma exigência monetária que não se coaduna com a essência das normas que tratam da matéria e que não encontra respaldo nos requisitos taxativos de habilitação (arts. 27 a 33 da Lei 8.666/1993; arts. 62 a 70 da Lei 14.133/2021). Nesse sentido que se propôs a oitiva do município, para, em relação aos certames envolvendo recursos federais, se manifestar sobre a exigência de cobrança, sob os valores praticados e a forma de arrecadação atuais, para cadastramento dos fornecedores e operação do sistema onde se realizam as licitações (pregões).

11. A matéria foi também objeto de proposta de ouvir o município, no contexto da construção participativa de deliberações, sobre as ações corretivas que poderiam ser adotadas e acerca dos efeitos de eventual determinação desta Corte proibindo qualquer tipo de cobrança dos licitantes para acesso e operação dos sistemas em que são processadas as licitações com recursos federais.

12. Sob uma ótica mais ampla da utilização dos recursos públicos, o modelo de contratação da plataforma de licitações pelo município de Timbaúba/PE suscitou ainda outra questão. A contratação do software é realizada por intermédio de dispensa de licitação com base no valor. Entretanto, apesar de o custo para o município se enquadrar no limite de dispensa do art. 24, II, da Lei 8.666/1993, em razão do montante provável de receitas auferidas pela empresa, o contrato não se adequaria à “modalidade” de licitação empregada. Por essa razão que se aventou a proposição de encaminhar ao TCE/PE, quando da apreciação do mérito processual, cópia da deliberação que vier a ser proferida, para eventual investigação quanto ao estudo técnico preliminar, se de fato apto para justificar a contratação.

13. No tocante à necessidade de informar o CPF ou CNPJ daqueles que buscavam acesso aos editais, o município a reconheceu como sendo desnecessária e informou que solicitaria a adequação do sistema do portal da transparência, para deixar de exigir a identificação, bem como alertou para a existência de um caminho alternativo, que permitia consultar os editais das licitações em andamento sem que fosse necessário informar CPF ou CNPJ dos interessados. Quanto a este ponto, conclui-se que os argumentos do denunciante, quanto à intenção lesiva do município de identificar os interessados em participar de suas licitações, também não mereciam prosperar.

14. As proposições de oitiva e de construção participativa foram ratificadas pelo Relator (peça 47). Promovidas as referidas comunicações, passa-se a analisar as respostas apresentadas, tópico a tópico, conforme transcrição/contextualização a seguir.

(...)

E. EXAME TÉCNICO

Item “a”: exigência, em certames realizados com recursos federais, de cobrança para cadastramento dos fornecedores e operação do sistema onde se realizam as licitações (pregões) por intermédio do Portal de Compras do município, dado que tal exigência, sob os valores praticados e a forma de arrecadação atuais, se apresenta excessiva e desvinculada dos custos incorridos para contratação da ferramenta, contrariando o art. 5º, III, da Lei 10.520/2002, não encontrando amparo nos requisitos taxativos de habilitação dos arts. 27 a 33 da Lei 8.666/1993 e dos arts. 62 a 70 da Lei 14.133/2021 e também contrariando a jurisprudência deste Tribunal (Súmula/TCU 272).

Contextualização:

15. A aparente pouca atratividade dos certames realizados no portal de compras do município, quando comparados com outros certames realizados no Banco Nacional de Compras (BNC), arguida pelo denunciante (peça 2, p. 2-3), poderia ser atribuída à exigência de pagamento pela utilização do sistema. Não pela cobrança propriamente dita, dado que o art. 5º, III, da Lei 10.520/2002 admite a remuneração pelo fornecimento do edital e pelos custos de utilização de recursos de tecnologia da informação, mas pelo valor exigido para acesso e operação do sistema pelos potenciais fornecedores e pela forma de arrecadação, sob planos trimestral, semestral e anual.

16. A exigência acaba operando contra a atratividade do certame, de forma que também interfere na seleção da proposta mais vantajosa para a administração. Se para participar de um pregão o interessado tem que pagar uma taxa elevada, tal cobrança acaba funcionando como um requisito de habilitação não previsto legalmente, sendo indevido então. Além disso, o TCU tem repellido exigências que impõem aos licitantes incorrer em quaisquer tipos de despesas anteriores à celebração do contrato com a administração (Súmula/TCU 272), justamente em razão da possibilidade de que tais cobranças funcionem como barreiras artificiais à ampla participação de interessados na licitação.

Manifestação da Unidade Jurisdicionada sobre os indícios de irregularidades (peça 52):

a) O Decreto 10.024/2019 e a Instrução Normativa 206/2019, da Secretaria Especial de Desburocratização, Gestão e Governo Digital, do Ministério da Economia, estabeleceram prazos para que os órgãos e entidades da Administração Pública Estadual, Distrital e Municipal passassem a utilizar, obrigatoriamente, a modalidade pregão eletrônico, ou a dispensa eletrônica, quando executarem recursos da União;

b) nesse contexto, o uso do pregão presencial se tornou medida excepcional, mediante prévia justificativa da autoridade competente, desde que comprovada a inviabilidade técnica ou a desvantagem para a administração na realização da forma eletrônica;

c) para se adequarem aos normativos legais, os municípios têm buscado formas de operacionalizar a realização dos pregões eletrônicos, através de sistemas que melhor se adequam às suas necessidades;

d) nesse sentido, o Decreto 10.024/2019, em seu art. 5º, §2º, permite a utilização de sistemas disponíveis no mercado, bem como, em seu art. 13, II, outorga à autoridade competente a responsabilidade por indicar o provedor do sistema;

Art. 5º (...)

(...)

§ 2º Na hipótese de que trata o § 3º do art. 1º, além do disposto no *caput*, poderão ser utilizados sistemas próprios ou outros sistemas disponíveis no mercado, desde que estejam integrados à plataforma de operacionalização das modalidades de transferências voluntárias.

(...)

Art. 13. Caberá à autoridade competente, de acordo com as atribuições previstas no regimento ou no estatuto do órgão ou da entidade promotora da licitação:

(...)

II - indicar o provedor do sistema;

e) em suma, para realização do pregão eletrônico, a entidade promotora pode utilizar o sistema de compras do Governo federal, sistemas próprios ou sistemas disponíveis no mercado, desde que estejam integrados à plataforma de operacionalização das modalidades de transferências voluntárias do Governo Federal (Plataforma + Brasil);

f) a escolha do sistema de pregão eletrônico se insere, portanto, no âmbito do poder discricionário dos órgãos e entidades da administração pública, que devem, na fase de planejamento da contratação, proceder com a análise comparativa das três possibilidades mencionadas, levando em consideração aspectos como a estabilidade dos softwares e hardwares, a inviolabilidade dos ambientes eletrônicos, a velocidade das operações, a possibilidade de customização, a existência de suporte permanente e de treinamento das pessoas responsáveis por conduzir os procedimentos da licitação;

g) observa-se então a possibilidade de os provedores de sistemas cobrarem pelos serviços, uma vez que não seria razoável supor que o legislador estivesse se referindo a algum mercado que prestasse serviços gratuitos. Ademais, a cobrança a título de contraprestação pelos serviços, além de não ser proibida, é expressamente autorizada pela legislação. Ademais, deve-se ressaltar que a eventual gratuidade de um determinado sistema não se traduz, necessariamente, em efetiva economia ou economicidade, posto que os aspectos qualitativos, em concreto, se afiguram mais relevantes;

h) no caso do sistema BRConectado, a possibilidade de customização e de integração com os sistemas de gestão do município e a disponibilização de treinamento e suporte técnico permanentes são vantagens operacionais que se revelam imprescindíveis. Além disso, o sistema é criptografado, dispensando o uso de certificação digital e facilitando o acesso dos licitantes, especialmente os microempreendedores individuais, as microempresas e as empresas de pequeno porte. E também não há exigência de certificação digital para os pregoeiros e para a autoridade responsável pela homologação, eliminando esse custo para a entidade promotora da licitação;

i) deve ser ressaltado ainda que a impossibilidade de integração do Comprasnet com os sistemas de gestão utilizados pelos entes federados implica a necessidade de lançamento manual das informações pertinentes ao pregão eletrônico no sistema, significando custos adicionais e prejuízo à celeridade do procedimento. Alguns municípios que utilizam o Comprasnet, em um pregão com cerca de 600 itens, por exemplo, demandam quase uma semana para inclusão de todos os itens no sistema. Na plataforma do BRConectado, a mesma tarefa é realizada em segundos, mediante simples *upload* do arquivo Excel, sem risco de erros de transcrição;

j) a escolha do BRConectado foi motivada pelas vantagens oferecidas pelo sistema [relacionadas na p. 3 da peça 52], que o fizeram se destacar quando comparado com o Comprasnet e com outros sistemas disponíveis no mercado [tabelas comparativas nas p. 3-5 da peça 52];

k) a cobrança de taxa dos licitantes pela utilização dos sistemas de pregão eletrônico está amparada no art. 5º, III, da Lei 10.520/2002:

Art. 5º É vedada a exigência de:

(...)

III - pagamento de taxas e emolumentos, **salvo** os referentes a fornecimento do edital, que não serão superiores ao custo de sua reprodução gráfica, e aos **custos de utilização de recursos de tecnologia da informação**, quando for o caso.

l) além disso, as discussões acerca da legalidade da cobrança estão superadas pela jurisprudência consolidada dos tribunais de contas estaduais do Brasil. Nesse sentido, veja-se

decisão do TCE/MA, lastreada em decisões do TCE/SP, TCE/MT e TCE/SC, reconhecendo a legalidade da cobrança pelo uso do BRConectado, proferida no âmbito do Processo 4685/2021 [excertos nas p. 5-7 da peça 52];

m) os fornecedores que utilizam o sistema BRConectado usufruem de diversas vantagens: sistema amigável e moderno, que opera em tempo real; suporte técnico via *call center*; realização de transações e *download* de documentos pelo meio digital, sem necessidade de certificação; execução de todas as fases do procedimento em meio eletrônico; ausência de custos com contratação de representantes locais e deslocamentos, que seriam necessários em pregões presenciais; treinamento etc.;

n) a cobrança de taxa aos licitantes pela utilização do sistema BRConectado se dá em contraprestação pelos custos de desenvolvimento, operação e manutenção da plataforma, que envolvem: cadastramento das empresas, dos entes promotores do pregão e dos seus respectivos representantes; capacitação, treinamento e suporte técnico; instalações, equipamentos e recursos humanos; manutenção e desenvolvimento do sistema; e integração de informações;

o) o sistema BRConectado oferece aos licitantes planos trimestral, semestral ou anual, mediante pagamento de valores fixos, sem limite de participação em pregões durante o período de vigência do plano. A modalidade de cobrança se afigura assim vantajosa para os fornecedores que pretendam participar de vários pregões;

p) os valores cobrados dos fornecedores pelo sistema BRConectado são semelhantes aos dos outros sistemas disponíveis no mercado, com diferença ínfima, que não seria capaz de caracterizar violação ao princípio da competitividade [tabela na p. 9 da peça 52];

q) ainda que seja uma comparação descabida, nos pregões presenciais os licitantes precisam arcar com custos de deslocamento, alimentação, hospedagem de prepostos e advogados, dentre outros, para cada procedimento. Enquanto nas prefeituras que utilizam o sistema BRConectado, mediante o pagamento de uma taxa fixa, que não cobre sequer o gasto com o combustível necessário ao deslocamento para participação de um único pregão presencial, o licitante pode participar de uma quantidade ilimitada de pregões, por vários meses; e

r) também resta esclarecer que a taxa cobrada dos licitantes pela utilização dos serviços prestados pelos provedores de sistema não se confunde com os custos anteriores à celebração do contrato, aos quais se refere a Súmula 272/TCU. A Súmula em comento diz respeito às exigências de habilitação e aos quesitos de pontuação técnica relacionados com o próprio objeto da licitação, ao tempo que a taxa cobrada dos licitantes para se cadastrarem no sistema de pregão eletrônico é devida a título de contraprestação pelos serviços disponibilizados na respectiva plataforma.

Manifestação da Unidade Jurisdicionada sobre a construção participativa de deliberações:

a) A Prefeitura Municipal de Timbaúba não se manifestou quanto a este aspecto.

Análise:

17. Os esclarecimentos oferecidos pela Prefeitura de Timbaúba/PE para justificar a cobrança pelo cadastramento de potenciais fornecedores para operarem no sistema onde se realizam as licitações (pregões eletrônicos) por intermédio do Portal de Compras do município estiveram alicerçados nos seguintes pontos principais: discricionariedade do administrador na escolha do sistema; possibilidade de cobrança de taxa como contraprestação dos serviços pelos provedores de sistemas; vantagens comparativas do sistema utilizado pelo município em relação ao Comprasnet e a outros sistemas disponíveis no mercado; e compatibilidade entre os valores cobrados pelo BRConectado e os valores cobrados por outros sistemas.

18. A cobrança de taxas e emolumentos dos fornecedores como condição para participação em pregões, conquanto seja em regra vedada pela Lei 10.520/2002, não é

necessariamente ilegal, posto que o próprio dispositivo que estabelece a vedação apresenta hipóteses de exceção:

Art. 5º **É vedada a exigência de:**

(...)

III - **pagamento de taxas e emolumentos, salvo** os referentes a fornecimento do edital, que não serão superiores ao custo de sua reprodução gráfica, e aos custos de utilização de recursos de tecnologia da informação, quando for o caso.

19. Admite-se, assim, o pagamento de taxas e emolumentos, quando for o caso, em relação aos **custos de reprodução gráfica do edital e aos custos de utilização dos recursos de tecnologia da informação**.

20. Na oitiva do Tribunal, questionou-se não a cobrança propriamente dita, mas os valores praticados e a forma de arrecadação, que se apresentam excessivos e desvinculados dos custos incorridos para contratação da ferramenta, contrariando o art. 5º, III, da Lei 10.520/2002 e não encontrando amparo nos requisitos taxativos de habilitação.

21. O termo “custos” empregado pela Lei, ao se referir à reprodução gráfica do edital e, sobretudo, à utilização aos recursos de TI, não deve ser entendido na acepção própria da palavra, como sendo “tudo aquilo que incide e afeta diretamente no preço de aquisição e/ou produção de um produto” ou “a expressão monetária do consumo ou desgaste de fatores necessários à produção de um bem ou serviço” (Wikipedia).

22. Na prática, seria tarefa das mais difíceis definir precisamente os custos com a utilização dos recursos de tecnologia necessários para a realização de um pregão. Quanto mais no caso da contratação de sistemas de terceiros, quando as informações sobre os gastos com recursos tecnológicos, pessoal e instalações não são do conhecimento da administração. Sem esquecer de que alguns custos, ainda que fossem conhecidos, seriam rateados entre diversos procedimentos realizados pela empresa, e não atribuídos diretamente a determinado pregão. De tal modo que seria praticamente inviável atribuir os custos dessas plataformas, a exemplo do BRConectado, a um procedimento específico, com o intuito de estabelecer o valor da cobrança como sendo não superior ao que seriam os “custos de produção”.

23. Sem adentrar aqui no mérito quanto à abrangência do conceito de custos utilizado pela Lei: se contempla o lucro das empresas fornecedoras dos sistemas ou não, presumivelmente, em razão dos valores cobrados para acesso às plataformas, a principal receita dos provedores advém dos pagamentos realizados pelos licitantes para poderem participar dos pregões, e não do pagamento realizado pelos municípios para utilização/habilitação dos sistemas em seus portais de compras, cujos contratos têm sido realizados por dispensa de licitação com base no valor (art. 24, II, da Lei 8.666/1993), atualmente em R\$ 54.020,41.

24. Além disso, ainda que fosse possível precisar o custo de utilização dos recursos de tecnologia de determinado pregão, não se conheceria, de antemão, quando da fixação do valor para cadastramento e participação dos licitantes em um pregão, quantas empresas participariam do certame, a fim de que fosse possível dividir o custo total pelo número de participantes. No final, trata-se verdadeiramente de uma estimativa de custos, donde se presume que o valor estabelecido não corresponde de fato ao ressarcimento dos custos, mas a uma estimativa de custos, que se presume ser fixada em valor razoável a ponto de não contradizer a orientação da legislação e não funcionar como um requisito não previsto de habilitação.

25. Esse quantum “razoável” pode ser inferido, por exemplo, a partir dos custos médios para realização de um pregão eletrônico, em levantamento que consta no item 7 da minuta do estudo técnico preliminar realizado pela Central de Compras, unidade vinculada à Secretaria de Gestão (Seges), da Secretaria Especial de Desburocratização, Gestão e Governo Digital, do

Ministério da Economia, no âmbito do Projeto Terceirização (peça 56, p. 12). Ou ainda, admitindo não serem úteis os dados da administração, a partir de levantamento das condições de mercado dessas plataformas em que funcionam os pregões. Neste caso, desde que as condições de negócio permitam a comparação, posto que, na tabela comparativa trazida pelo município (peça 52, p. 9), apenas dois sistemas admitem a cobrança por pregão, prevalecendo modelos com cobrança de planos mensal, semestral e anual.

26. Diante da possibilidade de escolha do sistema pela administração e assegurada a razoabilidade do valor cobrado a título de taxas e emolumentos pela operação, porém sem perder de vista que a cobrança deve se restringir aos custos da reprodução gráfica do edital e aos custos de utilização dos recursos de TI, conforme o caso, o que não se pode admitir é que os provedores de sistema deixem de oferecer – como é o caso da plataforma BRConectado – uma opção de pagamento para participação da empresa interessada em apenas um pregão. Exigir que o licitante se filie a um plano trimestral, semestral ou anual para participar de um único certame, tão somente, decerto que não condiz com a vontade da norma, no sentido de que o pagamento deve estar limitado aos custos de utilização do sistema.

27. Conforme já se assentou na última instrução (peça 43), a cobrança formatada nesses moldes se apresenta desvinculada dos custos efetivos incorridos com a contratação do sistema. Funciona como uma espécie de barreira ou de taxa de acesso para participar das licitações, uma exigência monetária que não se coaduna com a essência das normas que tratam da matéria e que não encontra respaldo nos requisitos taxativos de habilitação (arts. 27 a 33 da Lei 8.666/1993; arts. 62 a 70 da Lei 14.133/2021).

28. A exigência acaba operando contra a atratividade do certame, de forma que também interfere na seleção da proposta mais vantajosa para a administração. Se para participar de um pregão o interessado tem que pagar uma taxa elevada ou se inscrever em planos de contratação, a cobrança acaba funcionando como um requisito de habilitação não previsto legalmente, sendo indevido então.

29. A Súmula 272/TCU vem ratificar o entendimento de que devem ser rechaçadas as exigências que impõem aos licitantes incorrer em custos desnecessários anteriores à celebração do contrato com a administração, justamente em razão da possibilidade de que tais cobranças funcionem como barreiras artificiais à ampla participação de interessados na licitação.

30. Nesse sentido que se propõe, ao invés da determinação aventada no encaminhamento da última instrução (peça 44, p. 11), seja a Prefeitura Municipal de Timbaúba/PE cientificada quanto à irregularidade constatada na presente denúncia, a fim de evitar sua repetição. De tal modo que, em pregões eletrônicos realizados com recursos federais, resolvendo optar pela utilização de sistemas que exigem o pagamento de taxas dos licitantes, assegure que o sistema preveja o pagamento pela participação dos interessados em apenas um único certame e que o preço cobrado se destine ao ressarcimento dos custos incorridos com o uso e a disponibilização da plataforma e/ou esteja de acordo com as condições de mercado, a ser justificado no processo da licitação, ficando a cargo dos potenciais fornecedores, licitantes, decidir pela contratação de outros planos porventura disponíveis.

31. Diante do exposto, os elementos constantes dos autos permitem, desde já, a avaliação quanto ao **mérito** da presente denúncia como **parcialmente procedente**.

(...)

32. Em virtude do exposto, propõe-se:

32.1. **conhecer** da **denúncia**, satisfeitos os requisitos de admissibilidade constantes nos arts. 234 e 235 do Regimento Interno deste Tribunal, e no art. 103, § 1º, da Resolução - TCU 259/2014;

32.2. no mérito, considerar a presente denúncia **parcialmente procedente**;

32.3. dar **ciência** à Prefeitura Municipal de Timbaúba/PE, com fundamento no art. 9º, inciso I, da Resolução – TCU 315/2020, sobre a seguinte impropriedade/falha, identificada nos Pregões Eletrônicos 3/2021 e 7/2021, para que sejam adotadas medidas internas com vistas à prevenção de outras ocorrências semelhantes:

a) utilização, em pregões eletrônicos realizados com recursos federais, de sistema que exige o pagamento de taxas dos licitantes, sem que a plataforma preveja a possibilidade do pagamento pela participação dos interessados em um único certame, e não apenas por meio de planos trimestral, semestral e anual, e sem comprovação, nos respectivos processos licitatórios, de que o preço cobrado se destina ao ressarcimento dos custos incorridos com o uso e a disponibilização do sistema e/ou esteja de acordo com as condições de mercado, sob termos que não se coadunam com o art. 5º, III, da Lei 10.520/2002 e não encontram amparo nos requisitos taxativos de habilitação (arts. 27 a 33 da Lei 8.666/1993; arts. 62 a 70 da Lei 14.133/2021);

32.4. **informar** à Prefeitura Municipal de Timbaúba/PE e ao denunciante do acórdão que vier a ser proferido, destacando que o relatório e o voto que fundamentam a deliberação ora encaminhada podem ser acessados por meio do endereço eletrônico www.tcu.gov.br/acordaos;

32.5. **encaminhar** ao Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco (TCE/PE) a deliberação proferida, para eventual investigação quanto ao estudo técnico preliminar, se apto para justificar a contratação de plataforma de licitações, a exemplo da utilizada pelo município de Timbaúba/PE, por intermédio de dispensa de licitação com base no valor, em razão de que, em que pese o custo do sistema para o município se enquadrar no limite do art. 24, II, da Lei 8.666/1993, o montante provável de receitas auferidas pela empresa com a cobrança de taxas pelo uso do sistema dos licitantes não justificaria tal hipótese de dispensa de licitação;

32.6. **levantar o sigilo** que recai sobre as peças destes autos, à exceção daquelas que contenham informação pessoal do denunciante, nos termos dos arts. 104, § 1º, e 108, parágrafo único, da Resolução-TCU 259/2014; e

33. **arquivar** os presentes autos, nos termos art. 169, II, do Regimento Interno deste Tribunal”.

É o relatório.

PROPOSTA DE DELIBERAÇÃO

Em exame Denúncia noticiando supostas irregularidades praticadas no âmbito da Prefeitura Municipal de Timbaúba/PE, relacionadas aos Pregões Eletrônicos 3/2021 e 7/2021, que têm por objeto, respectivamente, a “aquisição de gêneros alimentícios adquiridos com recursos do Programa Nacional de Alimentação Escolar (PNAE), para montagens de kits a serem distribuídos aos pais ou responsáveis dos estudantes das escolas públicas de educação básica do município” e a “aquisição de materiais de limpeza e materiais descartáveis para atender as demandas das secretarias municipais e do Fundo Municipal de Assistência Social de Timbaúba/PE” (peça 12, p. 1).

2. Referidos certames foram concluídos e já tiveram seus contratos assinados pela Prefeitura de Timbaúba/PE, sob as cifras de R\$ 994.971,00 (PE 3/2021 - peça 14) e R\$ 714.882,11 (PE 7/2021 - peça 13), sendo que os autos indicam que as referidas avenças teriam se expirado em 31/12/2021.

3. Oportuno salientar que os fatos em epígrafe foram trazidos ao conhecimento desta Corte pela Polícia Federal, que também encaminhou a documentação à Controladoria-Geral da União em Pernambuco (CGU/PE) e ao Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco (TCE/PE), sendo que nesta Corte a documentação foi autuada como Denúncia, a fim de preservar o sigilo do denunciante primário.

4. Após exame preliminar e promoção de diligências à Prefeitura (peças 28-29), foi realizada oitiva do Município quanto à exigência, em certames realizados com recursos federais, de cobrança para cadastramento dos fornecedores e operação do sistema onde se realizam as licitações, considerando-se improcedentes as demais alegações (peça 47, p. 3).

5. Em sua derradeira instrução (peças 57-59), após examinar os argumentos da comuna (peça 52), a Selog propõe considerar a Denúncia parcialmente procedente, expedindo-se a seguinte “ciência” à Prefeitura Municipal de Timbaúba/PE.

6. Brevemente historiado, adianto que acolho a proposta alvitrada, incorporando a análise respectiva às minhas razões de decidir, sem prejuízo das considerações que se seguem.

II

7. Observou-se que o Município utiliza o sistema BRConectado para realização de pregões, o qual exige pagamento por parte dos licitantes – mediante assinatura – para sua utilização, o que poderia, por hipótese, ser a causa para a aparente pouca atratividade dos certames em epígrafe.

8. A partir de consultas ao referido sistema, a unidade técnica evidenciou que existiriam três planos de acesso ao sistema, a saber: Plano Trimestral (R\$ 623,00); Plano Semestral (R\$ 755,00) e Plano Anual (R\$ 890,00 – peça 42 e peça 38, p. 8). Observou-se, também, que tais valores seriam destinados à empresa proprietária da plataforma, por força do Contrato 202112442021 (peça 43), sendo que sua adoção implicou desembolso de R\$ 14.000,00 do Município.

9. Nesse sentido, registro que a utilização de sistema de mercado pelo município para realização de pregões encontra amparo no Decreto 10.024/2019, aplicável à execução de recursos mediante transferências voluntárias (art. 1º, §3º), dado que o § 2º do art. 5º prevê a possibilidade de serem utilizados sistemas próprios ou outros sistemas disponíveis no mercado, “desde que estejam integrados à plataforma de operacionalização das modalidades de transferências voluntárias”.

10. Por sua vez, a Instrução Normativa 206/2019 da Secretaria Especial de Desburocratização, Gestão e Governo Digital, do então Ministério da Economia, ao estabelecer prazos para adoção obrigatória do pregão eletrônico e da dispensa eletrônica, exige que tais sistemas estejam integrados à Plataforma +Brasil (art. 2º, II; art. 3º, *caput*).

11. Em outro giro, considerando a cobrança de valores diretamente dos fornecedores interessados, há que se avaliar tal situação à luz da previsão contida no art. 5º, III, da Lei 10.520/2002, que permite a cobrança de valores referentes ao “fornecimento do edital”, que não poderiam superar, no caso, os “custos de utilização de recursos de tecnologia da informação”, bem como dos reflexos do referido modelo de remuneração sobre a competitividade destes certames. Especificamente, no caso em tela avalia-se se os valores praticados e a forma de arrecadação encontrariam amparo na legislação aplicável.

12. A este respeito, a Prefeitura de Timbaúba/PE alicerça sua manifestação defendendo a viabilidade da cobrança pelo cadastramento de potenciais fornecedores para operarem no sistema onde se realizam os pregões eletrônicos do município a partir das seguintes alegações: (i) discricionariedade do administrador na escolha do sistema; (ii) possibilidade de cobrança de taxa como contraprestação dos serviços pelos provedores de sistemas; (iii) vantagens comparativas do sistema utilizado pelo município em relação ao Comprasnet e a outros sistemas disponíveis no mercado; (iv) compatibilidade entre os valores cobrados pelo BRConectado e os valores cobrados por outros sistemas; (v) existência de deliberações por tribunais de contas estaduais reconhecendo a legalidade da cobrança pelo uso do sistema em questão.

13. A Selog, em síntese, entende (i) que, dada a dificuldade de identificação dos “custos”, termo empregado pela Lei ao se referir à utilização aos recursos de TI, poderia ser cobrado “valor razoável” dos licitantes e (ii) que a inferência do “*quantum* razoável” poderia ser obtida a partir de levantamentos realizados pela Administração Pública (a exemplo daquele à peça 56, p. 12) e das “condições de mercado dessas plataformas em que funcionam os pregões”.

14. Por outro lado, a unidade instrutiva defende que não é admissível a exigência de que o licitante se filie a um plano (trimestral, semestral ou anual) para participar de um único certame, concluindo que os provedores de sistema não podem deixar de oferecer uma opção de pagamento para participação da empresa interessada em apenas um pregão, visto que tal sistemática de cobrança funcionaria como “uma espécie de barreira ou de taxa de acesso para participar das licitações”. Para a unidade técnica, tal prática violaria os taxativos requisitos de habilitação (arts. 27 a 33 da Lei 8.666/1993; arts. 62 a 70 da Lei 14.133/2021), bem como o entendimento constante da Súmula 272 do TCU, que veda a inclusão, no edital, de exigências de habilitação e de quesitos de pontuação técnica para cujo atendimento os licitantes tenham de incorrer em custos que não sejam necessários anteriormente à celebração do contrato.

15. Assim sendo, a unidade técnica propõe a expedição de “ciência” à Prefeitura, concluindo pela ilegalidade do modelo de cobrança exclusivo por meio de “planos de acesso”, visto entender ser exigível o “pagamento pela participação dos interessados em apenas um único certame”.

III

16. No que se refere a licitações conduzidas sob a forma eletrônica, a discussão em tela passa, inicialmente, pelo reconhecimento do fato de que os entes públicos necessitam dispor de meios eficientes para prover seus sistemas viabilizadores de pregões eletrônicos, sendo que a legislação expressamente reconhece a possibilidade de adoção de “sistemas disponíveis no mercado”, embora não se arvore na forma de remuneração destes provedores. É do interesse público, portanto, a existência de alternativas de mercado capazes de oferecer eficiência às contratações logísticas.

17. Há que se reconhecer, também, a existência de um mercado de provedores de “portais de pregão eletrônico” com modelos de prestação de serviços próprios, explorando tal nicho de mercado e buscando atender à necessidade de tais entes, quando estes não acessam plataformas de governo, a exemplo do ComprasNet. No caso versado nestes autos, não há cobrança pela visualização ou *download* do edital, inobstante a efetiva participação no certame dependa do acesso pago à ferramenta.

18. Ainda que, por hipótese, pudesse se admitir que os “custos de utilização de recursos de tecnologia da informação” (art. 5º, III, da Lei 10.520/2002) possam incluir módica remuneração do provedor destes recursos – com vistas inclusive a manter a atratividade dos referidos serviços –, acolho a conclusão instrutória de que inexistem nos autos comprovação de que o preço cobrado dos licitantes se destina exclusivamente ao ressarcimento dos custos incorridos com o uso e a disponibilização do sistema.

19. A despeito de se argumentar que a “competição” entre tais provedores tenha como principal direcionador o alinhamento de interesses entre o provedor e o ente público promotor da licitação, é forçoso reconhecer que tal alinhamento não ocorre necessariamente com as empresas interessadas e licitantes ou com a ampliação da competitividade.

20. Nesse sentido, lembro que a jurisprudência pacífica desta Corte foi forjada no sentido de não se criarem restrições aos licitantes que importem custos injustificados (a exemplo do Acórdão 769/2013-Plenário). Com fundamento na Súmula TCU 272, esta Corte tem repellido exigências que impõem aos licitantes incorrer em quaisquer tipos de **despesas anteriores à celebração do contrato** com a Administração, em virtude da possibilidade de que tais cobranças funcionem como barreiras artificiais à ampla participação de interessados na licitação.

21. Assim, acolho a conclusão instrutória de que a cobrança exclusiva na forma de “planos de acesso”, sem que a plataforma preveja a possibilidade do pagamento pela participação dos interessados em um único certame (isto é, a participação “avulsa”), em princípio, não encontra respaldo nos requisitos taxativos de habilitação (arts. 27 a 33 da Lei 8.666/1993; arts. 62 a 70 da Lei 14.133/2021).

22. Registro ainda que a iminente obrigatoriedade de adoção da Lei 14.133/2021, já considerando a edição da Medida Provisória 1.167/2023, e, por conseguinte, da utilização do Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP), é circunstância que minora a relevância da discussão travada nos presentes autos. A despeito de possibilitar a realização de contratações também por meio de sistema eletrônico fornecido por pessoa jurídica de direito privado (art. 175, §1º), uma vez mantida a integração com o PNCP, e da regra de transição para municípios com até 20.000 habitantes (art. 176), o país passou a contar com sistema de contratações de âmbito nacional, o qual tende a ser adotado por entes subnacionais.

23. Inobstante, afigura-se adequada a expedição da “ciência” proposta pela Administração.

24. De mais a mais, acolho também a proposta instrutória de encaminhamento da deliberação ao Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco (TCE/PE), tendo em vista que, a despeito do valor da contratação do sistema pelo município (R\$ 14.000,00) se enquadrar no limite do art. 24, II, da Lei 8.666/1993, o montante provável de receitas auferidas pela empresa com a cobrança de taxas pelo uso do sistema dos licitantes poderia não justificar tal hipótese de dispensa de licitação.

25. Por fim, cumpre salientar o oferecimento de contribuições pelo Gabinete do e. Ministro Benjamin Zymler quanto ao mérito destes autos, as quais registro meu agradecimento, eis que permitiram o aprimoramento da presente deliberação.

Ante o exposto, manifesto-me por que o Tribunal aprove o acórdão que ora submeto à deliberação deste Colegiado.

TCU, Sala das Sessões, em 31 de maio de 2023.

AUGUSTO SHERMAN CAVALCANTI
Relator

ACÓRDÃO Nº 1121/2023 – TCU – Plenário

1. Processo TC 000.954/2022-5.
2. Grupo I – Classe VII - Assunto: Denúncia
3. Interessados/Responsáveis:
 - 3.1. Interessado: Identidade preservada (art. 55, caput, da Lei n. 8.443/1992).
 - 3.2. Responsável: Identidade preservada (art. 55, caput, da Lei n. 8.443/1992).
4. Órgão/Entidade: Prefeitura Municipal de Timbaúba - PE.
5. Relator: Ministro-Substituto Augusto Sherman Cavalcanti.
6. Representante do Ministério Público: não atuou.
7. Unidade Técnica: Secretaria de Controle Externo de Aquisições Logísticas (Selog).
8. Representação legal: Tomás Tavares de Alencar (OAB-PE 38475) e outros.

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de Denúncia noticiando supostas irregularidades praticadas no âmbito da Prefeitura Municipal de Timbaúba/PE, relacionadas aos Pregões Eletrônicos 3/2021 e 7/2021, que têm por objeto, respectivamente, a “aquisição de gêneros alimentícios adquiridos com recursos do Programa Nacional de Alimentação Escolar (PNAE), para montagens de kits a serem distribuídos aos pais ou responsáveis dos estudantes das escolas públicas de educação básica do município” e a “aquisição de materiais de limpeza e materiais descartáveis para atender as demandas das secretarias municipais e do Fundo Municipal de Assistência Social de Timbaúba/PE” (peça 12, p. 1),

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão de Plenário, ante as razões expostas pelo Relator, em:

9.1. conhecer da denúncia, satisfeitos os requisitos de admissibilidade constantes nos arts. 234 e 235 do Regimento Interno deste Tribunal, e no art. 103, § 1º, da Resolução - TCU 259/2014;

9.2. no mérito, considerar a presente denúncia parcialmente procedente;

9.3. dar ciência à Prefeitura Municipal de Timbaúba/PE, com fundamento no art. 9º, inciso I, da Resolução – TCU 315/2020, sobre a seguinte impropriedade/falha, identificada nos Pregões Eletrônicos 3/2021 e 7/2021, para que sejam adotadas medidas internas com vistas à prevenção de outras ocorrências semelhantes:

9.3.1. utilização, em pregões eletrônicos realizados com recursos federais, de sistema informatizado que exige o pagamento de taxas dos licitantes, sem que a plataforma preveja a possibilidade do pagamento pela participação dos interessados em um único certame, e não apenas por meio de planos de assinatura (trimestral, semestral e anual), e sem comprovação, nos respectivos processos licitatórios, de que o valor cobrado dos licitantes destina-se ao ressarcimento dos custos incorridos com o uso e a disponibilização do sistema e/ou esteja de acordo com as condições de mercado, sob termos que não se coadunam com o art. 5º, III, da Lei 10.520/2002 e não encontram amparo nos requisitos taxativos de habilitação (arts. 27 a 33 da Lei 8.666/1993; arts. 62 a 70 da Lei 14.133/2021);

9.4. encaminhar ao Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco (TCE/PE) a deliberação proferida, para eventual investigação quanto ao estudo técnico preliminar, se apto para justificar a contratação de plataforma de licitações, a exemplo da utilizada pelo município de Timbaúba/PE, por intermédio de dispensa de licitação com base no valor, em razão de que, em que pese o custo do sistema para o município se enquadrar no limite do art. 24, II, da Lei 8.666/1993, o montante provável de receitas auferidas pela empresa com a cobrança de taxas pelo uso do sistema dos licitantes não justificaria tal hipótese de dispensa de licitação;

9.5. dar ciência deste Acórdão à Prefeitura Municipal de Timbaúba/PE e ao denunciante;

9.6. levantar o sigilo que recai sobre as peças destes autos, à exceção daquelas que contenham informação pessoal do denunciante, nos termos dos arts. 104, § 1º, e 108, parágrafo único, da Resolução-TCU 259/2014; e

9.7. arquivar os presentes autos, nos termos art. 169, II, do Regimento Interno deste Tribunal.

10. Ata nº 21/2023 – Plenário.

11. Data da Sessão: 31/5/2023 – Ordinária.

12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-1121-21/23-P.

13. Especificação do quórum:

13.1. Ministros presentes: Bruno Dantas (Presidente), Walton Alencar Rodrigues, Benjamin Zymmler, Augusto Nardes, Aroldo Cedraz, Jorge Oliveira, Antonio Anastasia e Jhonatan de Jesus.

13.2. Ministros-Substitutos presentes: Augusto Sherman Cavalcanti (Relator), Marcos Bemquerer Costa e Weder de Oliveira.

(Assinado Eletronicamente)

BRUNO DANTAS

Presidente

(Assinado Eletronicamente)

AUGUSTO SHERMAN CAVALCANTI

Relator

Fui presente:

(Assinado Eletronicamente)

CRISTINA MACHADO DA COSTA E SILVA

Procuradora-Geral