



FUNDO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO DA EDUCAÇÃO
SBS Quadra 02 – Bloco F – Edifício FNDE – 4º andar – CEP 70.070-929

Processo n.º 23034.005029/2013-19

Interessado: AZ TECNOLOGIA LTDA

Assunto: Licitação – Impugnação ao Edital de Pregão Eletrônico nº 11/2013

1. O Pregoeiro Oficial do FNDE, no uso de suas atribuições, conferidas pelo Inciso II do art. 11 do Decreto 5.450, de 31 de maio de 2005, recebe a Impugnação ao edital do Pregão Eletrônico nº 11/2013, que tem por objeto a contratação de Serviços Técnicos Especializados de Tecnologia da Informação para realização de tarefas de “Suporte ao Gerenciamento e Operação de Serviços de TI”, por posto de trabalho, mediante avaliação de resultados, aferidos a partir de Nível Mínimo de Serviço (NMS), com aplicação dos modelos de melhores práticas do ITIL v.3 e COBIT 4.1, na forma e condições estabelecidas no edital.

2. Verificados os requisitos de admissibilidade, quais sejam, tempestividade, legitimidade e interesse, passamos à análise do pleito.

I - Do Pleito

3. Em resumo, a Impugnante contesta a forma de contratação estabelecida no edital e solicita sua alteração.

II - Do exame do pleito.

4. Submetemos a análise do mérito da impugnação à área técnica demandante dos serviços, a qual se manifestou pelo não acolhimento das razões de recurso apresentado, conforme parecer transcrito abaixo, que adoto como razões de decidir:

NOTA TÉCNICA

Assunto: Processo Administrativo nº. 23034.005029/2013-19

Resposta à Impugnação da Empresa AZ TECNOLOGIA LTDA.

1. INTRODUÇÃO

O presente expediente destina-se ao processamento da análise técnica dos termos de impugnação do Edital de Pregão Eletrônico nº. 11/2013, interposta pela Empresa **AZ Tecnologia Ltda.**

De pronto, vale registrar que a modalidade de licitação denominada de pregão possui lei especial (Lei nº. 11.520/02) que, na forma de pregão eletrônico, por sua vez, tem regulamento próprio disciplinado pelo Decreto nº. 5.450/05.

Logo, a aplicação da lei geral (Lei nº. 8.666/93) se dá de forma subsidiária **para os casos em que a lei especial se mostrar omissa**, consoante entendimentos da doutrina e da jurisprudência.

Outro elemento norteador já consagrado pela Suprema Corte Federal consiste na aplicação das decisões emanadas do Egrégio Tribunal de Contas da União, consoante observância da Súmula/TCU nº. 222, *in verbis*:

As Decisões do Tribunal de Contas da União, relativas à aplicação de normas gerais de licitação, sobre as quais cabe privativamente à União legislar, devem ser acatadas pelos administradores dos Poderes da União,

2. Dos elementos de impugnação formulados pela Empresa

2.1. Exigência de experiência profissional em conflito com a Lei 11.644/2008, art. 442-A;

Insurge-se a Impetrante contra o Edital de Pregão Eletrônico nº. 11/2013, por considerar haver conflito entre os requisitos de experiência com os termos da Lei nº. 11.644/2008, art. 442-A, para tanto colaciona resposta feita a consulta o sítio do Ministério do Planejamento, como se segue:

1. P: A LEI 11.644 de Março de 2008 diz que não pode ser exigido do empregado experiência acima de 6 meses, isso na CLT. Isso vale também para Administração pública, ou seja, posso colocar no Termo de Referência que o profissional da CONTRATADA deve possuir, por exemplo, 3 anos de experiência em determinada atividade? (01/06/2011)

R:

Na Administração Pública só é permitido fazer o que está previsto na lei; o que não é previsto, mas também não é vedado, faz parte da discricionariedade.

Entendemos que a exigência da Lei 11.644/08 só deve ser aplicada à iniciativa privada quando da contratação de empregado. Na contratação de prestação de serviços profissionais por licitação a legislação pertinente à habilitação técnica está prevista no art. 30 da Lei 8.666/93, sendo que o § 5º deste mesmo artigo veda a exigência de comprovação de atividade ou de aptidão com limitações de tempo ou de época ou ainda em locais específicos, ou quaisquer outras não previstas nesta Lei, que inibam a participação na licitação.

Entretanto, é possível inserir a comprovação de atividade para a contratação, principalmente quando os profissionais da contratada forem desempenhar atividades que exijam qualificação técnica. Alternativamente, ao invés de definir o tempo por atividade, recomendamos exigir da contratada que apresente os atestados de qualificação técnica dos profissionais compatíveis com às suas futuras atribuições, que foram objeto da licitação

A transcrição da própria Impetrante seria suficiente para desconstituir a impugnação neste tópico, sem maiores esforços, revelando a fragilidade de sua argumentação, o que suscita questionamentos quanto lisura de suas intenções como indicaremos em outros pontos desta nota técnica.

Veja que a resposta formulada pelo Ministério do Planejamento deixa claro que a aplicação da legislação que modificou a CLT está dirigida à relação "Empregador x Empregado" e não disciplina ou regula a relação "Contratante x Contratada", consoante termos do segundo parágrafo da resposta acima transcrita.

Não obstante tal evidência, vejamos quais são os entendimentos do Tribunal de Contas da União, a quem esta Autarquia se submete em sede de controle externo de contas, e que vêm expressos nos seguintes julgados, dentre outros:

- **Acórdão 331/2010 – Plenário**
9.4.3. **defina, nos editais, os cursos superiores e técnicos requeridos, bem como a forma de comprovação da aptidão dos profissionais prestadores de serviço, visando a garantir a utilização de pessoal devidamente qualificado na execução do contrato (subitem 9.3.12 do Acórdão 667/2005-Plenário);**
- **Acórdão 667/2005-TCU-Plenário.**
9.3.12. **defina, nos editais, os cursos superiores e técnicos requeridos, bem como a forma de comprovação da aptidão dos profissionais prestadores de serviço, visando a garantir a utilização de pessoal devidamente qualificado na execução do contrato;**
- **Acórdão 449/2005-TCU-Plenário.**
9.2.2. **imprecisão dos requisitos de qualificação de pessoal, pois não constam do edital indicações dos cursos superiores admitidos, ou exigidos, e das formas de avaliação da experiência na função do profissional oferecido, em desacordo com a determinação contida no item 9.3.7 do Acórdão 1094/2004 - Plenário;**
- **Acórdão 1.094/2004-TCU-Plenário.**
9.3.7. **defina, no edital e no contrato a ser celebrado, os requisitos relativos ao quantitativo e à qualificação do quadro de pessoal da empresa CONTRATADA que deverão ser satisfeitos por**

¹ **Fundamento Legal:** Constituição Federal, arts. 22, inc. XXVII, 37, "caput" e inc. XXI, 71, inc. II e 73; Lei nº 8.443, de 16-07-1992, art. 4º; Lei nº 8.666, de 21-06-1993, art. 1º, Parágrafo Único. **Precedentes:** Proc. 500.411/91-3, Sessão de 04-12-1991, Plenário, Ata nº 58, Decisão nº 395, "in" DOU de 19-12-1991, Página 29628/29664. Proc. 008.142/92-0, Sessão de 08-04-1992, Plenário, Ata nº 16, Decisão nº 153, "in" DOU de 23-04-1992, Página 5037/5056. Proc. 010.070/92-3, Sessão de 29-04-1992, Plenário, Ata nº 20, Decisão Sigilosa nº 83, "in" DOU de 20-05-1992, Página 6252/6291.

ocasião da execução do contrato;

Assim sendo, opinamos pela improcedência da impugnação neste item.

2.2. Contratação de alocação de mão-de-obra;

A Impetrante argumenta que:

Embora pareça que o FNDE queria contratar o serviço baseado na prestação e remuneração de serviços por resultados, evitando-se a mera alocação de mão de obra, os pontos levantados deixam margem a dúvida que pode caracterizar como sendo locação.

Esta modalidade de contratação vem sendo rechaçada por pelo TCU. Destaque-se o seguinte trecho do Acórdão nº 786/2006 Plenário.

9.1.1. explicita claramente o modelo pretendido para a contratação referente ao item 1.2. do objeto, dando preferência ao modelo de contratação de execução indireta de serviços baseado na prestação e remuneração de serviços mensuradas por resultados, considerando a compatibilidade dos serviços ora licitados com esse modelo e as vantagens advindas de sua aplicação

9.4.3. a mensuração, sempre que possível, da prestação de serviços por resultados segundo especificações previamente estabelecidas, evitando-se a mera locação de mão-de-obra e o pagamento por hora-trabalhada ou por posto de serviço, utilizando-se de metodologia expressamente definida no edital que contemple, entre outros, os seguintes pontos básicos.

Esta afirmação feita pela Impetrante perde-se no contexto da impugnação, posto que só apareça neste momento da peça impetrada, não havendo qualquer indicação objetiva – ou mesmo subjetiva – de qual, ou quais, item do edital ou do termo de referência se prestam a indicar que a contratação se dará por locação de mão de obra.

Contudo, cabe considerar que o que demonstra ser uma contratação por alocação de mão de obra, não é só o termos em si, mas sim o conteúdo e as definições do instrumento convocatório.

Neste caso o edital define que a contratação pretendida é por resultado. A menção a postos de trabalho refere-se a uma exigência técnica vinculada ao volume de serviços, bem como pela necessidade da presença de profissionais nas instalações da Administração.

Ademais, todo serviço e qualquer prestado por empresas contratadas na área de TI requer sempre um corpo funcional, aferido por resultado, como se extrai dos termos do edital.

Prova disso é que a impugnação não faz referência a qualquer estudo sobre os itens do edital, com o intuito de demonstrar a inviabilidade e incompatibilidade da adoção do modelo pretendido para a contratação.

2.3. Exigência indevida do ITIL;

Aqui reside um elemento que permite questionar as reais intenções da Impetrante. Nesta impugnação a Impetrante suscita a seguinte questão:

A exigência referente ao ITIL foi elencado pelo edital, de forma a fundamentar a exigência da implementação de boas práticas de TI, que estaria disposto na Nota Técnica nº. 005/2010-SEFTI/TCU.

O subitem II.5.7 do Anexo I, *in verbis*:

Em relação à certificação ITIL (Information Technology Infrastructure Library), para o Supervisor Técnico e para os postos de ITIL-LTP e ITIL-EPI, justifica-se pela necessidade de qualificação comprovada deste perfil, por uma entidade externa, CONSIDERANDO AS DETERMINAÇÕES DO TCU, em especial a Nota Técnica nº. 005/2010-SEFTI/TCU quanto à implementação das Boas Práticas em TI. (grifo nosso)

Por outro lado, a Nota Técnica supracitada² refere-se a:

[...]

O que se conclui é que os itens referentes a exigência de ITIL estão totalmente fora do objeto licitado.

De pronto é possível afirmar que a exigência referente ao Information Technology Infrastructure Library (ITIL) está em consonância com o objeto.

Reforça tal entendimento o fato de que as alusões ao ITIL, no edital, estão adstritas e restrita ao Supervisor Técnico e para os postos de ITIL-LTP e ITIL-EPI e não para todos os profissionais.

A definição das exigências é pautada na segurança da contratação, sob pena da Administração firmar contratos com empresas não preparadas para executá-lo, e, como decorrência da não execução resultar em ofensa ao princípio do interesse público.

Não se constituir norma de engenharia de software não invalida a exigência, sobretudo em razão de se constituir um conjunto de boas práticas a serem aplicadas na infraestrutura, operação e manutenção de serviços de tecnologia da informação, amplamente difundido entre as empresas e profissionais da área e aplicado nas contratações públicas.

Evidencia-se aqui como a Impetrante subverte a ordem das coisas, vergando a seu bel-prazer os termos editalícios. O texto do item II.5.7 já citado e transcrito pela Impetrante, e aqui igualmente colacionado, demonstra – a partir de uma correta digressão linguística – que:

1. A “... certificação ITIL (Information Technology Infrastructure Library), para o Supervisor Técnico e para os postos de ITIL-LTP e ITIL-EPI, **justifica-se pela necessidade de qualificação comprovada deste perfil ...**”;
2. Guarda intrínseca e total aderência com “... AS DETERMINAÇÕES DO TCU ...” como resta comprovado pelos Acórdão insertos no Termo de Referência, e que novamente transcrevemos, acrescido do acórdão 331/2010-Plenário:
 - *Acórdão 331/2010 – Plenário*
9.4.3. *defina, nos editais, os cursos superiores e técnicos requeridos, bem como a forma de comprovação da aptidão dos profissionais prestadores de serviço, **visando a garantir a utilização de pessoal devidamente qualificado na execução do contrato** (subitem 9.3.12 do Acórdão 667/2005-Plenário);*
 - *Acórdão 667/2005-TCU-Plenário.*
9.3.12. *defina, nos editais, os cursos superiores e técnicos requeridos, bem como a forma de comprovação da aptidão dos profissionais prestadores de serviço, **visando a garantir a utilização de pessoal devidamente qualificado na execução do contrato**;*
 - *Acórdão 449/2005-TCU-Plenário.*
9.2.2. *imprecisão dos requisitos de qualificação de pessoal, pois não constam do **edital indicações dos cursos superiores admitidos, ou exigidos, e das formas de avaliação da experiência na função do profissional oferecido, em desacordo com a determinação contida no item 9.3.7 do Acórdão 1094/2004 - Plenário;***
 - *Acórdão 1.094/2004-TCU-Plenário.*
9.3.7. *defina, no edital e no contrato a ser celebrado, **os requisitos relativos ao quantitativo e à qualificação do quadro de pessoal da empresa CONTRATADA que deverão ser satisfeitos por ocasião da execução do contrato**;*
3. Em especial a Nota Técnica nº. 005/2010-SEFTI/TCU **quanto à implementação das Boas Práticas em TI.**

Ou seja, é fato que a Nota Técnica se relaciona com as atividades de processo de desenvolvimento de software. Também, é fato que NT nº. 005/2010-SEFTI/TCU, inserta no termos de referência e atacada pela Impetrante, trata da admissão de certificações, em licitações, desde que voltadas às Boas Práticas de TI.

Ora, é de domínio público que, no âmbito da contratação pretendida (**levianamente atacada**) a Boa Prática de TI está realcionada à prática do ITIL. É assim que vem preconizando o Plenário e as Câmaras julgadoras do TCU, verbis, com os destaques que promovemos:

Acórdão 2585/2012 – Plenário – Relatório do Ministro

[...]

2.11 Gestão de serviços de TI

[...]

2.11.1 Análise

134. A gestão de serviços de TI objetiva avaliar e melhorar a qualidade dos serviços prestados na organização, bem como alinhá-los às necessidades do negócio. **Nesse levantamento, os conceitos utilizados foram baseados na biblioteca Information Technology Infrastructure Library (Itil), versão 3.0, que consiste em um modelo de boas práticas aplicáveis na infraestrutura, operação e manutenção dos serviços de TI.**

[...]

139. Além da verificação acerca da existência de processos de gestão de serviço, avaliou-se também a gestão dos níveis de serviços prestados aos clientes. A figura 16 apresenta os resultados obtidos em comparação com o levantamento de 2010.

[VIDE GRÁFICO NO DOCUMENTO ORIGINAL]

Figura 16. Gráfico comparativo do processo de gestão de níveis de serviços de TI

140. Percebe-se, de pronto, que a situação continua crítica. **Verifica-se, por exemplo, que 73% das instituições não possuem catálogo dos serviços de TI oferecidos aos clientes. Em um cenário ainda mais crítico, observa-se que 98% das organizações públicas federais sequer estabelecem acordos de nível de serviços (ANS) entre a área de TI e suas áreas clientes, situação que prejudica a avaliação dos serviços de TI e tende a afetar a qualidade dos resultados esperados.**

141. Uma interpretação possível para a situação seria a falta de prioridade para a formalização desse tipo de acordo. É difícil estabelecer um acordo com a área de TI acerca da disponibilidade de determinados serviços, se o processo de gestão de disponibilidade (em 21%) não está implantado. Ou seja, é natural que os esforços sejam focados no estabelecimento de processos mais elementares da gestão.

142. O TCU, por meio do Acórdão 1.603/2008-TCU-Plenário, já havia expedido recomendação aos órgãos governantes superiores (itens 9.1.5, 9.4.4, 9.5 e 9.6), **no sentido de que fossem promovidas ações voltadas à implantação e ao aperfeiçoamento da gestão de níveis de serviço de TI, tendo em vista garantir a qualidade dos serviços prestados internamente, bem como a adequação dos serviços contratados às necessidades da instituição.**

143. Por sua vez, o Acórdão 1.233/2012-TCU-Plenário abordou a questão de forma mais ampla, **recomendendo aos órgãos governantes superiores a elaboração de modelo de processo de gestão de serviços de TI, observando as boas práticas sobre o tema, e o estabelecimento da obrigatoriedade de os entes sob sua jurisdição de formalizarem esses processos de gestão para si**, conforme itens 9.2.7, 9.2.8, 9.13.7, 9.13.8, 9.15.10 e 9.15.11 da aludida decisão.

2.11.2 Conclusão

144. Em relação aos processos de gestão de serviços de TI, os resultados apurados demonstraram melhora da situação, embora o cenário atual ainda esteja distante do desejável. As informações coletadas sugerem tendência de valorização dos processos de gestão de serviços de TI nas instituições pesquisadas. Contudo, esse possível despertar para o valor que uma boa gestão dos serviços de TI pode proporcionar deve ser confirmado em trabalhos futuros.

145. De outra parte, no que se refere à gestão de níveis de serviço, os dados revelaram situação praticamente inalterada em relação ao levantamento anterior, sugerindo que muitas instituições consideram desnecessário o estabelecimento de ANS na prestação direta de serviços pela área de TI, ou estão em estágio incipiente na implantação de seus processos mais elementares de TI.

Acórdão 1690/2012-Plenário

[...]

9.2. Recomendar à Eletronorte que:

[...]

9.2.9. em futuros procedimentos licitatórios em substituição ao contrato 4500064136 ou em termos aditivos, **defina métricas objetivas de mensuração de resultados dos serviços de suporte técnico ao sistema integrado de gestão, bem como entregáveis e respectivos critérios de aceitabilidade**, conforme jurisprudência deste Tribunal, a exemplo dos Acórdãos 667/2005-P, item 9.3.4, 1163/2008-P, item 9.3.2, 1330/2008-P, item 9.4.8, e 265/2010-P, item 9.1.7;

9.2.10. adote metodologias de mensuração de serviços prestados por contratados que privilegiem métricas objetivas de mensuração de resultados, conforme jurisprudência deste Tribunal, a exemplo do item 9.3.3 do Acórdão 667/2005-P;

9.2.11. aperfeiçoe o processo de monitoração dos contratos de TI, nos moldes do que estabelece o art. 67 da Lei nº 8.666/93, **de modo a implantar e monitorar controles para que o pagamento seja realizado mediante comprovação documental da plena realização dos serviços contratados, de acordo com os critérios de qualidade previstos**, à semelhança das orientações do Cobit 4.1, processo ME2 - Monitorar e avaliar os controles internos, objetivo de controle ME2.1 - Monitoramento da estrutura de controles internos.

Acórdão 1233/2012 - PLENÁRIO

Trata-se de relatório consolidado das ações do TMS 6/2010, cujo objeto foi avaliar se a gestão e o uso da

tecnologia da informação estão de acordo com a legislação e aderentes às boas práticas de governança de TI. ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Plenária, ante as razões expostas pelo Relator, em:

[...]

9.11. recomendar, com fundamento na Lei 8.443/1992, art. 43, inciso I, c/c RITCU, art. 250, inciso III, à **Comissão Interministerial de Governança Corporativa e de Administração de Participações Societárias da União (CGPAR)** que:

[...]

9.11.8. estabeleça a obrigatoriedade de que os entes sob sua jurisdição **formalizem processos de gestão de serviços para si**, incluindo, pelo menos, gestão de configuração, gestão de incidentes e gestão de mudança, **observando as boas práticas sobre o tema** (e.g., NBR ISO/IEC 20.000, ITIL; subitem II.7);

[...]

9.11.10. estabeleça a obrigatoriedade de que as entidades sob sua jurisdição estabeleçam um processo formal para a contratação e gestão de soluções de tecnologia da informação (subitem II.10);

9.11.11. oriente as entidades sob sua jurisdição que o processo a ser formalizado em atenção ao item anterior deve ser elaborado a partir das diretrizes expostas no Acórdão 786/2006-TCU-Plenário, que também estão contidas no modelo implementado pela IN - SLTI/MP 4/2010 (subitem II.10);

9.11.12. em atenção ao Decreto-Lei 200/1967, art. 6º, V, estabeleça, normativamente para todos os entes sob sua jurisdição, a obrigatoriedade de a alta administração implantar uma estrutura de controles internos mediante a definição de atividades de controle em todos os níveis da organização para mitigar os riscos de suas atividades, pelo menos nos seguintes processos (subitem II.11):

- 9.11.12. 1. planejamento estratégico institucional;
- 9.11.12.2. planejamento estratégico de TI;
- 9.11.12.3. funcionamento dos comitês de TI;
- 9.11.12.4. processo orçamentário de TI;
- 9.11.12. 5. processo de software;
- 9.11.12.6. gerenciamento de projetos;
- 9.11.12.7. **gerenciamento de serviços de TI;**
- 9.11.12. 8. **segurança da informação;**
- 9.11.12. 9. gestão de pessoal de TI;
- 9.11.12.10.**contratação e gestão de soluções de TI;**
- 9.11.12.11. **monitoração do desempenho da TI organizacional.**

[...]

9.13. Recomendar, com fundamento na Lei 8.443/1992, art. 43, inciso I, c/c RITCU, art. 250, inciso III, ao **Conselho Nacional da Justiça (CNJ)** que:

[...]

9.13.7. **elabore um modelo de processo de gestão de serviços para os entes sob sua jurisdição** que inclua, pelo menos, gestão de configuração, gestão de incidentes e gestão de mudança, **observando as boas práticas sobre o tema** (e.g., NBR ISO/IEC 20.000, ITIL; subitem II.7);

9.13.8. **estabeleça a obrigatoriedade de que os entes sob sua jurisdição formalizem processos de gestão de serviços para si**, incluindo, pelo menos, gestão de configuração, gestão de incidentes e gestão de mudança, **observando as boas práticas sobre o tema** (e.g., NBR ISO/IEC 20.000, ITIL; subitem II.7);

[...]

9.14. determinar, com fundamento na Lei 8.443/1992, art. 43, inciso I, c/c RITCU, art. 250, inciso II, ao **Conselho Nacional da Justiça (CNJ)** que:

[...]

9.15. recomendar, com fundamento na Lei 8.443/1992, art. 43, inciso I, c/c RITCU, art. 250, inciso III, ao **Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP)** que:

[...]

9.15.10. **elabore um modelo de processo de gestão de serviços para os entes sob sua jurisdição** que inclua,

pelo menos, gestão de configuração, gestão de incidentes e gestão de mudança, **observando as boas práticas sobre o tema (e.g., NBR ISO/IEC 20.000, ITIL; subitem II.7);**

9.15.11. estabeleça a obrigatoriedade de que os entes sob sua jurisdição formalizem processos de gestão de serviços para si, incluindo, pelo menos, gestão de configuração, gestão de incidentes e gestão de mudança, **observando as boas práticas sobre o tema (e.g., NBR ISO/IEC 20.000, ITIL; subitem II.7);**

[...]

9.15.18. em atenção ao Decreto-Lei 200/1967, art. 6º, V, estabeleça, normativamente para todos os entes sob sua jurisdição, a obrigatoriedade de a alta administração **implantar uma estrutura de controles internos mediante a definição de atividades de controle em todos os níveis da organização para mitigar os riscos de suas atividades, pelo menos, nos seguintes processos** (subitem II.11):

9.15.18.1. planejamento estratégico institucional/institucional;

9.15.18.2. planejamento estratégico de TI;

9.15.18.3. funcionamento dos comitês de TI;

9.15.18.4. processo orçamentário de TI;

9.15.18.5. processo de software;

9.15.18.6. gerenciamento de projetos;

9.15.18.7. **gerenciamento de serviços de TI;**

9.15.18.8. *segurança da informação;*

9.15.18.9. gestão de pessoal de TI;

9.15.18. 10. **contratação e gestão de soluções de TI;**

9.15.18.11. **monitoração do desempenho da TI organizacional.**

[...]

ACÓRDÃO Nº 717/2010 – PLENÁRIO

Análise

[...]

87. Contudo, entende-se que é necessário esclarecer outras informações trazidas nesta resposta, relativas à previsão de estabelecimento de novos ANS e à interpretação de que os redutores de pagamento, vinculados ao descumprimento dos ANS, compõem penalidades.

87.1 Em sua resposta, o Ministério ressaltou a possibilidade de elaboração de novos ANS, de comum acordo entre as partes, além dos já previstos, durante a execução das ordens de serviço.

87.2 Primeiro, convém registrar a diferença entre a utilização de ANS no âmbito de contratos privados e públicos. Ressalte-se, nesse sentido, o posicionamento adotado no relatório do Acórdão 1.480/2007 - TCU - Plenário:

"68. A expressão Acordo de Nível de Serviço (originalmente, Service Level Agreement - SLA) **tem um significado muito próprio na literatura amplamente aceita, particularmente na biblioteca de melhores práticas ITIL** (Information Technology Infrastructure Library). Refere-se aos ajustes feitos, em tempo de negociação e durante a gestão do contrato, entre contratante e contratado, sobre a forma de realização do objeto em questão.

69. Na Administração Pública, porém, em virtude da exigência de clareza do objeto para fins de isonomia licitatória, não é possível negociar Acordos de Nível de Serviço, na acepção mundialmente aceita. **Assim, fica mais coerente com a legislação de licitações e contratos a expressão Nível Mínimo de Serviço Exigido, que decorrerá dos requisitos obrigatórios do edital (ou da proposta vencedora, quando esta superar os requisitos obrigatórios)** e, quando for o caso, da pontuação obtida nos requisitos pontuáveis" (Acórdão 1.480/2007 - TCU - Plenário, relatório adotado pelo Relator, grifamos).

87.3 Ou seja, não se considera possível a alteração ou a renegociação dos níveis de serviço definidos anteriormente no edital que dará origem a contratação. Além de possível quebra da isonomia, destaca-se também a obrigatoriedade de vinculação ao instrumento convocatório, pelo qual a Administração não pode descumprir as normas e condições do edital ao qual se acha estritamente vinculada (caput dos arts. 3º e 41, e art. 54, § 1º, da Lei 8.666/1993).

87.4 Ademais, a possibilidade de alteração do ANS, após a assinatura do contrato, poderia ensejar a alteração do próprio objeto contratado. Esse entendimento baseou a determinação, no caso concreto, à entidade para que se abstinhasse de alterar os níveis de serviço acordados (item 9.3.1.2 do Acórdão 1.125/2009 - TCU - Plenário).

87.5 Contudo, vedada a alteração ou a renegociação, nos contratos públicos, dos níveis de serviços já pré-estabelecidos nos editais, **há que se destacar a possibilidade de estabelecimento de novos ANS, conforme descrito no Acórdão 1.480/2007 - TCU - Plenário, aplicando-se nesse caso o real sentido de acordo entre as partes, desde que isto seja previsto no edital:**

"80. Por outro lado, no contexto da gestão contratual, desde que previsto no edital, pode surgir um Acordo de Nível de Serviço para tratar de aspectos que não possam ou não devam ser fixados antecipadamente. Vamos considerar o exemplo de uma contratação que resulte no desenvolvimento e implantação de um determinado sistema. Ao longo do desenvolvimento do sistema pode-se detalhar as funcionalidades que serão construídas e os níveis de serviço do sistema. Neste caso, a definição dos níveis de serviço ocorre durante o desenvolvimento do sistema e é feita mediante interação entre as duas partes (contratante e contratada), com base nas funcionalidades que foram detalhadas e na infra-estrutura disponível no órgão ou entidade (e.g. ambiente de rede e de banco de dados). Neste caso se aplica a expressão Acordo de Nível de Serviço, pois de fato há um acordo entre as duas partes sobre os níveis de serviço" (Acórdão 1480/2007 - TCU - Plenário, relatório adotado pelo Relator, grifamos).

87.6 Naturalmente, a motivação para tal previsão deve constar do respectivo processo licitatório.

87.7 No caso em análise, não foram identificados, nem no edital, nem no termo de referência e nem na minuta do contrato, qualquer previsão de estabelecimento de novos ANS, além dos já descritos no termo de referência. Esse fato gera dúvidas na declaração do MTE sobre a viabilidade de criação de novos ANS.

87.8 Quanto aos atuais ANS, descritos no edital e no termo de referência do pregão em tela, nota-se que o MTE induz à interpretação de que esses serão utilizados para a aplicação de penalidade de redução da fatura (anexo 1, fl. 35, item 18.2.3).

87.9 Contudo, as reduções de pagamento decorrentes do descumprimento de ANS não devem ser interpretadas como penalidades, e sim como adequações pelo não atendimento das metas estabelecidas (art. 19, inciso XII, da IN 2/2008 - SLTI). **Assim, o objetivo dos ANS é vincular o pagamento dos serviços aos resultados alcançados, em complemento à mensuração dos serviços efetivamente prestados, não devendo as reduções de pagamento, originadas pelo descumprimento dos ANS, ser interpretadas como penalidades ou multas**, as quais exigem a abertura do regular processo administrativo e do contraditório.

Conclusão

88. Consideram-se suficientes as explicações fornecidas pelo Ministério quanto a este item da oitava (parágrafos 85/86), relacionado às contratações dos serviços relativos aos lotes 2 e 6. Ressalte-se que existe proposta para não se permitir a prorrogação desses contratos (parágrafo 82).

89. As demais divergências levantadas (previsão de estabelecimento de novos ANS e interpretação de que os redutores de pagamento compõem penalidades) não impedem a conclusão do certame, apesar de motivarem as propostas de recomendação, apresentadas a seguir, para aperfeiçoamento das futuras licitações do MTE.

Proposta de encaminhamento

90. Recomendar ao MTE que observe os seguintes aspectos nas suas próximas licitações:

a) em atenção ao caput dos arts. 3º e 41, e art. 54, § 1º, da Lei 8.666/1993, referente ao princípio da isonomia e à vinculação do contrato ao instrumento convocatório, **apesar de ser possível a inclusão de novos Acordos de Nível de Serviço no termo contratual, desde que tenham sido devidamente motivados e previstos no processo licitatório**, é vedada a alteração ou a renegociação, nos contratos públicos, dos níveis de serviços já pré-estabelecidos nos editais;

b) em atenção ao art. 19, inciso XII, da IN 2/2008 - SLTI, **as reduções de pagamento decorrentes do descumprimento de Acordos de Nível de Serviço não devem ser interpretadas como penalidades**, e sim como adequações pelo não atendimento das metas estabelecidas, em complemento à mensuração dos serviços efetivamente prestados.

Itens da oitava

a) adoção, sem justificativa circunstanciada, do modelo de remuneração do contratado com base na quantidade de horas consumidas, para os lotes 2 e 6, informando:

iii. metodologia para a mensuração dos serviços prestados, abrangendo métricas, indicadores e valores (alínea "a", inciso II, art. 14 da IN 04/08 - SLTI);

iv. metodologia para a avaliação da adequação às especificações funcionais e da qualidade dos serviços (alínea "b", inciso II, art. 14 da IN 04/08 - SLTI); (fl. 105)

Argumento do MTE

91. O Ministério registrou que:

"Conforme explanado anteriormente, para os Lotes 2 e 6, foi adotado o modelo de mensuração dos serviços em

horas, por se tratar de serviços continuados, onde a dinâmica da prestação de serviços não permite a adoção de critérios para aferição dos resultados, além dos discriminados no edital, em função das características das atividades (vide Resposta 1). Entretanto, buscou-se estabelecer indicadores de desempenho e forma de remuneração, em função dos resultados apresentados pelos prestadores de serviços dos Lotes 2 e 6.

Os Acordos de Nível de Serviço, associados às Ordens de Serviço, irão detalhar, quando aplicável e de acordo com as especificidades do serviço, os produtos, prazos, padrões de qualidade e desempenho esperado do prestador de serviço, dentre outros elementos, tomando-se como referência o disposto no edital do pregão, seus anexos e respectivo contrato.

A metodologia a ser utilizada para a validação dos indicadores faz parte das obrigações da empresa vencedora do Lote 1 - Auditoria em TIC (...) (fls. 145/146, grifamos).

92. Foram encaminhados, ainda, propostas de modelos de ordens de serviços (OS) relativas à assessoria técnica em TIC e aos serviços de atendimento ao usuário, relacionadas, respectivamente, aos lotes 2 e 6 (anexo 2, fls. 13/15-v).

93. Quanto à avaliação da adequação às especificações funcionais e da qualidade dos serviços, informa que:

"Em conformidade com as especificações técnicas e condições previstas no edital, seus anexos e respectivo contrato, Acordos de Níveis de Serviço serão elaborados de comum acordo entre as partes (contratante e contratado), associados a cada Ordem de Serviço, contemplando as especificações dos produtos, prazos, padrões de qualidade, indicadores de desempenho, bem como outros aspectos que deverão ser respeitados no âmbito dos serviços demandados.

No caso do desvio nos produtos, prazos e padrões de qualidade/desempenho, conforme previsto no edital, a contratada será notificada para fins de correção do problema, se possível, ou penalizada com aplicação de redutor nas faturas, sem prejuízo de outras sanções" (fl. 146, grifamos).

Análise

94. Inicialmente, esclarece-se que a alegação de que se tratam de serviços continuados não justifica a adoção do modelo de pagamento por hora para os lotes 2 e 6, sendo que esta Unidade Técnica acatou a adoção momentânea desse modelo de remuneração devido a outros fatores (parágrafo 80).

95. Quanto à metodologia para a mensuração dos serviços prestados, abrangendo métricas, indicadores e valores, verifica-se, pela análise das propostas dos modelos de ordens de serviço encaminhados, que para cada serviço a ser executado pelas empresas, esses deverão ser previamente detalhados nas OS antes de serem iniciados. Essas OS prevêm: o quantitativo de terceirizados necessários, seus perfis (conforme previsto nos contratos), produtos a serem entregues, prazos para entrega desses, entre outros.

96. Essas informações serão definidas conjuntamente, entre as partes, para a execução de cada demanda e, assim, será possível estabelecer um comparativo entre o planejado e o executado para aferição e pagamento dos serviços efetivamente prestados.

97. Quanto à definição dos prazos, por exemplo, destaca-se o item 23.2 do termo de referência, o qual prevê que esses podem ser avaliados por especialistas do MTE e devem ser justificados pelas empresas contratadas (anexo 1, à fl. 39).

98. Não há, contudo, definição sobre os critérios de avaliação da adequação às especificações funcionais e da qualidade de todos os serviços a serem executados e produtos a serem entregues. Ressalte-se que, para isso, seria necessário que o MTE definisse, previamente, todos os serviços e produtos esperados dos lotes 2 e 6, pois só a partir do detalhamento desses serviços e produtos seria possível esclarecer os padrões que deverão ser seguidos e os índices de qualidade mínimos esperados.

99. Contudo, o órgão alega incapacidade atual de padronizar a diversidade de produtos esperados desses lotes, falta de maturidade e de pessoal capacitado (parágrafo 67), além da expectativa de que a empresa vencedora do lote 1 preencha essas lacunas por meio do acompanhamento, avaliação e aperfeiçoamento dos serviços prestados pelas demais empresas.

100. Dessa forma, verifica-se que o modelo proposto pelo Ministério prevê vincular esses serviços à entrega de produtos de acordo com prazos e padrões de qualidade que vierem a ser definidos, com vistas a se adequar ao preconizado pelo art. 14, § 1º, da IN 4/2008 - SLTI/MP.

101. Ressalte-se que, mais adiante, serão discutidos aspectos relativos à necessidade de definição das OS durante análise do item b da oitiva.

Conclusão

102. Apesar de as especificidades dos serviços, produtos, prazos, padrões de qualidade e desempenho esperado dos prestadores de serviço dos lotes 2 e 6 não se encontrarem detalhados no termo de referência, o

MTE prevê que as ordens de serviço permitirão detalhar, quando aplicável, essas informações para vincular os serviços à entrega de produtos. O acompanhamento do Ministério também se baseará nos indicadores e acordos de nível de serviço.

103. O ideal seria que essas definições já estivessem contempladas de forma pormenorizada no edital e termo de referência, contudo, no contexto atual e conforme já exposto, acatamos as alegações do Ministério.

104. Assim como o Ministério, esta Unidade Técnica acredita que esse detalhamento poderá ser alcançado, posteriormente, com o suporte da prestadora de serviços do lote 1, permitindo o aperfeiçoamento do controle das prestadoras de serviço dos lotes 2 e 6.

105. Esse fato, combinado com o entendimento de que os contratos dos lotes 2 e 6 deverão ser posteriormente substituídos (parágrafo 82), concorrerá para adequar, no futuro, a contratação desses serviços aos ditames esperados da IN 4/2008 - SLTI/MP.

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

9.3. determinar ao Ministério do Trabalho e Emprego que:

9[...]

9.3.3. formalize, em observância ao art. 20, inciso III, da IN/SLTI/MP nº 4/2008, no âmbito das contratações originadas do Pregão Eletrônico 13/2009 e no projeto básico ou termo de referência das futuras contratações de serviços de Tecnologia da Informação, quais serão as áreas requisitantes dos serviços e como ocorrerá a participação dessas em apoio aos gestores dos contratos, suas responsabilidades na aprovação e no ateste dos serviços prestados, entre outros;

9.3.4. em observância ao disposto no art. 17, inciso IV, c/c o art. 20, inciso II, da IN/SLTI/MP nº 04/2008:

9.3.4.1. nos projetos básicos ou termos de referência de futuras contratações de serviços de Tecnologia da Informação, apresente, sempre que possível, os modelos de ordens de serviço que deverão ser utilizados para encaminhamento formal de demandas pelo gestor do contrato ao preposto da contratada;

9.3.4.2. no âmbito das contratações originadas do Pregão Eletrônico 13/2009 e nos projetos básicos ou termos de referência de futuras contratações de serviços de Tecnologia da Informação, preveja como requisitos mínimos das ordens de serviço:

9.3.4.2.1. definição e a especificação dos serviços a serem realizados, incluindo informações sobre o produto que o vinculem à ordem de serviço e, à exceção dos serviços dos lotes 2 e 6 do Pregão Eletrônico 13/2009, à especificação da métrica;

9.3.4.2.2. o volume e detalhamento dos serviços solicitados segundo as métricas definidas, exceto quanto aos serviços dos lotes 2 e 6 do Pregão Eletrônico 13/2009;

9.3.4.2.3. os resultados esperados;

9.3.4.2.4. o cronograma de realização dos serviços, incluídas todas as tarefas significativas e seus respectivos prazos;

9.3.4.2.5. a avaliação da qualidade dos serviços realizados e as justificativas do avaliador;

9.3.4.2.6. a identificação dos responsáveis pela solicitação, pela avaliação da qualidade e pela atestação dos serviços realizados, os quais não podem ter nenhum vínculo com a empresa contratada;

9.3.5. em atenção ao caput dos arts. 3º e 41, e art. 54, §1º, da Lei nº 8.666/1993, referente ao princípio da isonomia e à vinculação do contrato ao instrumento convocatório, abstenha-se de prever no edital a adoção de novos Acordos de Nível de Serviço durante a execução contratual, **sendo possível, entretanto, a alteração ou a renegociação para ajuste fino dos níveis de serviços pré-estabelecidos nos editais, desde que essa alteração ou renegociação:**

9.3.5.1. esteja prevista no edital e no contrato;

9.3.5.2. seja tecnicamente justificada;

9.3.5.3. não implique acréscimo ou redução do valor contratual do serviço além dos limites de 25% permitidos pelo art. 65, § 1º, da Lei 8.666/1993;

9.3.5.4. não configure descaracterização do objeto licitado;

9.4. recomendar ao Ministério do Trabalho e Emprego que, em suas futuras licitações, em atenção ao art. 19, inciso XII, da IN/SLTI/MP nº 02/2008, observe que as reduções de pagamento decorrentes do descumprimento de Acordos de Nível de Serviço **não devem ser interpretadas como penalidades, e sim como adequações pelo**

não atendimento das metas estabelecidas, em complemento à mensuração dos serviços efetivamente prestados;

[...]

ACÓRDÃO 380/2011-PLENÁRIO

3.22 - Inexistência de avaliação da gestão de TI.

3.22.1 - Situação encontrada:

Apesar de o MCT possuir um Comitê Gestor de Segurança e Tecnologia da Informação - CSTI que assessora a alta administração do MCT no aperfeiçoamento da gestão de TI, esta instância não funciona e a alta administração também não monitora a gestão de TI do Ministério.

3.22.2 - Objetos nos quais o achado foi constatado:

Questionário Perfil GovTI 2010 respondido pelo MCT.

3.22.3 - Causas da ocorrência do achado:

Inexistência de controles

3.22.4 - Efeitos/Consequências do achado:

Impossibilidade de verificação de possibilidades de melhoria. (efeito potencial)

Decisões gerenciais baseadas em informações incompletas ou errôneas. (efeito potencial)

Problemas não identificados nos serviços de TI. (efeito potencial)

3.22.5 - Critérios:

Norma Técnica - ITGI - Cobit 4.1, ME1.5 - Relatórios gerenciais

Norma Técnica - ITGI - Cobit 4.1, ME1.4 - Avaliar o desempenho

Norma Técnica - ITGI - Cobit 4.1, ME1.6 - Ações corretivas

3.22.6 - Evidências:

Resposta ao item 1.2 do Questionário Perfil GovTI 2010 (Volume Principal - folhas 40/44)

3.22.7 - Conclusão da equipe:

A tecnologia da informação - TI constitui-se elemento de suporte para atender aos requisitos de negócios das organizações, sendo que uma gestão pouco eficaz de seus recursos pode comprometer toda a entidade. Com isso a complexidade das tecnologias da informação é diretamente proporcional à complexidade das organizações de TI.

Atualmente, para administrar uma organização e sua complexidade multidisciplinar, foram criados vários padrões de gestão de TI, como o CobiT (Control Objectives for Information and related Technology), o ITIL (IT Infrastructure Library), e o PMI (Project Management Institute).

Ademais, esses conjuntos de padrões ajudam as organizações a desenharem modelos de gestão de TI, e a implementarem dispositivos legais, haja vista que alguns aspectos já foram incluídos em normativos brasileiros.

A adoção de padrões ou a implementação de institutos normatizados requer um controle efetivo que avalie continuamente o desempenho das práticas e das pessoas, garantindo a eficiência da organização. Nesse contexto, emerge o conceito de governança de TI em que a alta administração deve se responsabilizar pelo controle da gestão do setor de TI.

À toda sorte está comprovada a absoluta improcedência dos argumentos da Impetrante o que revela o seu completo desconhecimento técnico e jurisprudencial da matéria, ou então o objetivo de tumultuar o certame.

2.4. Mudança de horário previsto no item II.6.5, ante a existência de limite para utilização de Banco de Horas;

Assim a Impetrante construiu seus argumentos para este tópico:

Em relação ao item II.6.5 que elenca que "Poderá ocorrer a necessidade de mudança nos horários e dias de execução dos postos de serviços, em caso de operações de manutenções programadas e ou em situações de falhas que demandem a presença de técnicos para sanar eventuais erros e/ou problemas", cabe ressaltar que mudanças de horários e dias podem acarretar prejuízos para as contratadas, caso não se estime um volume médio nestes períodos eventuais. Deve-se definir quantidades para que as licitantes possam estimar de forma correta.

Para o item II.6.6 do Anexo I do Edital.

Considerando os termos do item anterior e da Tabela-4, não será admitido o pagamento de horas-extras do CONTRATANTE à CONTRATADA. Será adotado o modelo de compensação a partir de banco de horas, nos termos da Cláusula Decima-Terceira da Convenção Coletiva de Trabalho 2012/2013 do Sindicato dos Trabalhadores de Empresas e Órgãos Públicos e Privados de Processamento de Dados, Serviços de Informática, Similares e Profissionais de Processamentos de Dados do Distrito Federal³, em atendimento às determinações

Cabe o ressaltar inicialmente que o item referente ao Banco de horas esta descrito na clausula trigésima terceira da CCT, in verbis:

CLÁUSULA TRIGÉSIMA TERCEIRA - BANCO DE HORAS - Fica pactuado entre empregados e empregadores, regidos pela presente convenção coletiva de trabalho, a compensação de horas excedentes à carga horária normal de trabalho previsto em lei, NÃO PODENDO ESTAS EXCEDER A 02 (DUAS) HORAS DIÁRIAS. A REFERIDA COMPENSAÇÃO DEVERÁ SE DAR com o acúmulo máximo de 120 (cento e vinte) horas.

Ora, como visto na convenção coletiva, existe limites para a utilização do banco de horas e não consta no Edital qualquer referência a hipótese de extrapolação destes limites, Além disso, é vedado pelo Edital qualquer pagamento referente a horas-extra.

Inicialmente cumpre registrar que este Ente Público, em todos os contratos existentes, nunca deu causa a descumprimento de qualquer regra trabalhista quer de seus servidores e/ou colaboradores.

A figura do regime de compensação de jornada de trabalho na forma de banco de horas é um procedimento que é aplicado, inclusive aos servidores estatutários, servidores CTU's (Contrato Temporário da União) e servidores ATI's (Analistas de Tecnologia da Informação – do quadro do Ministério do Planejamento).

Portanto, conhecemos bem as regras e o sistema de apuração de jornada de trabalho.

A possibilidade de alteração de horários e dias de execução não caracteriza infringência de normas trabalhista, tampouco significa dizer que tais eventuais alterações implicarão aumento da carga horária de trabalho e consequentemente dos custos da contratada.

Acerca da matéria, a Súmula nº85 do TST, apesar de se restringir à seara empresarial, possibilita, inclusive, o acordo individual escrito como meio juridicamente hábil para a compensação de jornada, acordo este firmado diretamente entre “Empregador x Empregado”, *verbis*:

COMPENSAÇÃO DE JORNADA (inserido o item V) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011

I. A compensação de jornada de trabalho deve ser ajustada por acordo individual escrito, acordo coletivo ou convenção coletiva. (ex-Súmula nº 85 - primeira parte - alterada pela Res. 121/2003, DJ 21.11.2003)

II. **O acordo individual para compensação de horas é válido**, salvo se houver norma coletiva em sentido contrário. (ex-OJ nº 182 da SBDI-1 - inserida em 08.11.2000)

III. O mero não atendimento das exigências legais para a compensação de jornada, inclusive quando encetada mediante acordo tácito, não implica a repetição do pagamento das horas excedentes à jornada normal diária, **se não dilatada a jornada máxima semanal, sendo devido apenas o respectivo adicional**. (ex-Súmula nº 85 - segunda parte - alterada pela Res. 121/2003, DJ 21.11.2003)

IV. A prestação de horas extras habituais descaracteriza o acordo de compensação de jornada. Nesta hipótese, as horas que ultrapassarem a jornada semanal normal deverão ser pagas como horas extraordinárias e, **quanto àquelas destinadas à compensação, deverá ser pago a mais apenas o adicional por trabalho extraordinário**. (ex-OJ nº 220 da SBDI-1 - inserida em 20.06.2001)

V. As disposições contidas nesta súmula não se aplicam ao regime compensatório na modalidade “banco de horas”, que somente pode ser instituído por negociação coletiva.

É de causar espécie a forma como a Impetrante suscita as questões (E ESTA EM ESPECIAL), sem apresentar qualquer fundamento quer legal, doutrinário ou jurisprudencial, limitando-se a postular no sentido de que esta Autarquia defina a quantidade para fins de estimativa financeira.

Ora, se não será admitido o pagamento de horas-extras na exata medida em que tais horas serão compensadas, observando-se o limite estabelecido em Convenção Coletiva de Trabalho como sustenta o item II.6.6 do Termo de Referência. **Qual é o custo que a licitante terá que orçar?**

Se não bastasse este raciocínio lógico, temos, como plena sustentação à posição editalícia levanamente atacada pela Impetrante, os entendimentos da Egrégia Corte de Contas da União, para quem o banco de horas é medida salutar, sendo determinada sua adoção desde 2008.

Parece que aqueles julgados se quer foram lidos pela Impetrante, ainda que insertos no próprio Termo de Referência, anexo I do Edital. De qualquer forma seguem as novas transcrições:

ACÓRDÃO Nº 572/2013 – TCU/PLENÁRIO

[...]

162. No que se refere à jornada dos trabalhadores, as convenções coletivas trazem benefícios para as empresas que não foram levados em conta, tais como: (i) jornada semanal de segunda-feira a sexta-feira, mediante compensação das horas normais de sábado; (ii) sistema de "Banco de Horas", prolongando a jornada em até 2 (duas) horas diárias e; (iii) possibilidade de mover feriados, compensando-os em outros dias.

163. Essas regras geram ganhos de produtividade devido à diminuição do total das horas improdutivas do início e fim das jornadas, diminuição da necessidade de pagamento de horas extras e redução de custos de transportes.

164. Além disso, um aumento no número de folgas só refletiria em custo adicional caso, realmente, fossem demandados mais trabalhadores que os estimados, o que não se constatou, como demonstrado mais à frente.

165. Com relação às folgas, **registra-se que, consoante CCT 2010, os 5 dias de direito do trabalhador a cada 120 dias se referem a 120 trabalhados e não a 120 dias corridos como consta nos esclarecimentos. Ou seja, esse benefício corresponde a 10,4 dias/ano e não 15/ano como consta na memória de cálculo. Além disso, estatisticamente, há 10 feriados em dias úteis por ano e não 14 como considera a Petrobras.**

ACÓRDÃO Nº 7498/2012 – TCU/1ª CÂMARA

VOTO

[...]

3. Com relação ao pagamento de horas extras com habitualidade, observo que a entidade adotou medidas tendentes a reduzi-lo, em 2007, quando alertada do problema pela CGU. Entre essas medidas destacam-se a contratação de servidores **e a implantação de banco de horas, que levaram a expressiva redução das despesas a esse título nos exercícios subsequentes.** Cabe destacar, também, que o pagamento regular de horas extraordinárias atingia um grupo de doze funcionários, entre os cerca de duzentos que prestavam serviços à instituição na época, e guardava relação com as necessidades de serviço, em especial com a própria escassez de recursos humanos para atender à demanda de trabalho.

ACÓRDÃO Nº 3871/2011 – TCU/2ª CÂMARA

7.5 Pagamentos de horas extras com habitualidade

A equipe de auditoria da CGU/SP ao analisar a folha de pagamento do Sesc/SP e o "Relatório de Horas Extras Pagas", disponibilizado pelos gestores, evidenciou o pagamento de horas extras em números expressivo e a concentração de pagamento de horas extras aos mesmos servidores, caracterizando a habitualidade. Verificou, também, que as ações trabalhistas de ex-servidores do Sesc/SP, em tramitação, contém em sua maioria pedidos de valores relacionados a horas extras em seus reflexos. Como medidas corretivas o Controle Interno recomendou à entidade que atente ao disciplinado no Enunciado n. 291 do Tribunal Superior do Trabalho (TST), tomando as cautelas cabíveis de modo a evitar o pagamento de horas extras com habitualidade, bem como, **promova estudo com vistas a implantar sistema de banco de horas, que permita ao Sesc/SP um controle mais eficaz sobre horas extras e sobre os eventuais gastos administrativos e judiciais decorrentes.**

As medidas propostas pela GCU/SP são apropriadas, pois melhoram o controle e visam à diminuição de gastos. Cabe a determinação, quando da proposta de mérito.

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão de 2ª Câmara, em:

[...]

9.3. determinar ao Serviço Social do Comércio - Administração Regional no Estado de São Paulo (Sesc/SP) que:

[...]

9.4. recomendar a implantação de sistema de banco de horas que permita um controle mais eficaz sobre horas extras e sobre os eventuais gastos administrativos e judiciais decorrentes;

ACÓRDÃO Nº 323/2008 - TCU - 2ª CÂMARA

[...]

Determinação:

1. ao SEBRAE em Roraima que:

[...]

1.4. abstenha-se de realizar pagamentos de horas extras a funcionários, substituindo esse procedimento pela implantação do banco de horas, alertando-se que tal procedimento deve ser encaminhado à Delegacia Regional do Trabalho para registro, em conformidade com os artigos 611 e 625 da CLT;

ACÓRDÃO Nº 3624/2008 - TCU - 1ª Câmara

[...]

1.5. Determinar ao Serviço Social da Indústria - Departamento Regional/PB que:

[...]

1.5.8. implemente mecanismos gerenciais administrativos, a exemplo do banco de horas, com vistas a eliminar a realização de horas-extras com habitualidade;

ACÓRDÃO Nº 5660/2008 - TCU - 2ª Câmara

[...]

1.5. Determinações:

1.5.1. ao Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial - SENAI - Departamento Regional/PB que:

[...]

1.5.1.7. implemente mecanismos gerenciais e administrativos, a exemplo do banco de horas, com vistas a eliminar a realização de horas-extras com habitualidade;

Portanto, totalmente improcedente a posição da Impetrante.

2.5. Afirmação que não há Nota Técnica anexada ao Edital explicando a justificativa de adoção da forma de Postos de Serviços, conforme prevê a Súmula-TCU 268;

Ainda neste tópico, como nos que se seguem e também naqueles já analisados, o que se evidencia é um esforço hercúleo da Impetrante, com vergamento dos termos e texto do termo de referência na tentativa de fazer prevalecer um só ponto que seja de seus insubsistentes argumentos, aqui construído nos seguintes termos:

Quanto ao item II.7.2 do Anexo I, "Ressalta-se que a contratação baseada em POSTOS DE SERVIÇOS está inserida nos normativos e entendimentos que versam sobre a matéria, dentre eles a Instrução Normativa nº 04, de 12 de Novembro de 2010, que não impede essa forma de contratação". Embora esteja correto o entendimento, não foi adotado os procedimentos recomendados pelo TCU, Súmula-TCU 269, lavrado nos seguintes termos:

"Nas contratações para a prestação de serviços de tecnologia da informação, a remuneração deve estar vinculada a resultados ou ao atendimento de níveis de serviço, admitindo-se o pagamento por hora trabalhada ou por posto de serviço somente quando as características do objeto não o permitirem, hipótese em que a excepcionalidade deve estar prévia e adequadamente justificada nos respectivos processos administrativos".

Em complemento, deve haver uma NOTA TÉCNICA anexada ao Edital explicando esta justificativa, assinada por profissional qualificado e competente.

Respondemos, então, com os seguintes elementos:

1. Nenhuma licitação cujo objeto esteja relacionado com solução de TI se inicia e termina sem que **NO PROCESSO ADMINISTRATIVO** constem todas as informações, elementos e instrumentos disciplinados pela IN/SLTI nº. 04/2010;
2. No âmbito do FNDE a Procuradoria Federal não avaliza nenhuma licitação de solução de TI sem que tais informações, elementos e/ou instrumentos estejam devidamente encartados no processo;
3. Todas as informações e elementos necessários à elaboração do Termo de Referência e do Edital integram os instrumentos denominados pela Instrução Normativa como documentos de

planejamento², a saber: Documento de Oficialização da Demanda – DOD, documento de Análise de Viabilidade, documento de Plano de Sustentação, documento de Estratégia da Contratação e documento de Análise de Risco.

É da letra da Instrução Normativa a clara orientação acerca da elaboração do termo de referência ou projeto básico. Considerando a indicação de desconhecimento da Impetrante, *vênia máxima*, faz-se necessária a transcrição do § 1º do art. 17 da norma:

§ 1º O Termo de Referência ou Projeto Básico será elaborado pela Equipe de Planejamento da Contratação e conterá, no mínimo, as seguintes informações:

- I - definição do objeto, conforme art. 11, inciso IV, alínea “a”;
- II - fundamentação da contratação, conforme art. 9º, incisos I e II e art. 11, inciso IV;
- III - descrição da Solução de Tecnologia de Informação, conforme art. 15, inciso I;
- IV - requisitos da solução, conforme art. 11, inciso I;
- V - modelo de prestação de serviços ou de fornecimento de bens, conforme art. 13, inciso VIII;
- VI - elementos para gestão do contrato, conforme art. 15, inciso III, arts. 25 e 26;
- VII - estimativa de preços, conforme art. 15, inciso IV;
- VIII - adequação orçamentária, conforme art. 15, inciso V;
- IX - definições dos critérios de sanções, conforme art. 15, inciso III, alínea “h”; e
- X - critérios de seleção do fornecedor, conforme art. 15, inciso VII.

Todos os quesitos acima foram efetivamente cumpridos e constam do edital publicado e seus anexos. Assim, evidencia-se que o ato da Impetrante busca apenas, e tão somente, tumultuar o certame licitatório, senão vejamos.

Em sua postulação pugna pelo dever de “... haver uma NOTA TÉCNICA anexada ao Edital explicando esta justificativa, assinada por profissional qualificado e competente”, afirmando que a Súmula-TCU 269 não foi cumprida. O texto da aludida Súmula dispõe que:

“Nas contratações para a prestação de serviços de tecnologia da informação, a remuneração deve estar vinculada a resultados ou ao atendimento de níveis de serviço, admitindo-se o pagamento por hora trabalhada ou por posto de serviço somente quando as características do objeto não o permitirem, hipótese em que a excepcionalidade deve estar prévia e adequadamente justificada nos respectivos processos administrativos”.

Portanto, as justificativas reclamadas pela Impetrante encontram-se *introductio in processum*, como disciplina o TCU; ou seja, introduzidas no processo, exatamente como e onde devem estar, bem como na forma determinada e estabelecida na própria súmula do TCU.

2.6. Afirmação de que a Nota Técnica Nº 6/2010 do TCU não se aplica ao certame em questão.

Absurda, descabida e infundada a afirmação feita pela Impetrante, nos seguintes termos:

Novamente, explico que o II.7.3 “Neste sentido merece especial relevância a Nota Técnica nº 6/2010 do Tribunal de Contas da União, que firma o entendimento aderente a este tipo de contratação em razão do cumprimento do nível de serviço acordado no ajuste” não está corroborando com a prática de Posto de Serviço e sim com a gestão de nível de serviço praticado, (também incluem os itens II.7.4 e II.7.5)

A posição adotada pela Impetrante nos leva a crer que a empresa desconhece ou nunca prestou serviços onde a contratação esteja atrelada a Acordos de Níveis de Serviços (no âmbito da APF, consoante NT 06/10-SEFTI “Níveis Mínimos de Serviços”) e aplicação de Indicadores de Desempenho.

Não há, nem na literatura especializada, nem na legislação e muito menos na jurisprudência, qualquer informação, dado ou elemento que diga da incompatibilidade, inadequação, improcedência da aplicação de Níveis Mínimos (como definido pela SEFTI) no tipo de serviço objeto do edital 11/2013.

Em sede de definição a “Enciclopédia Livre” traz o seguinte conceito:

Um **Acordo de Nível de Serviço (ANS ou SLA, do inglês Service Level Agreement)** é um acordo firmado entre a área de TI e seu cliente interno, que descreve o serviço de TI, suas metas de nível de serviço, além dos papéis e responsabilidades das partes envolvidas no acordo.

² IN/SLTI nº. 04/2010, art. 10, incisos I a IV:
15/29

Segundo a norma brasileira ABNT NBR ISO/IEC 20000-1:2011, esse documento deve ser acordado entre os requisitantes ou interessados em um determinado serviço de TI e o responsável pelos serviços de TI da organização, e deve ser revisado periodicamente para certificar-se de que continua adequado ao atendimento das necessidades de negócio da organização.

Na atual versão da biblioteca ITIL (versão 3), o ANS insere-se no contexto dos processos de Desenho de Serviço (Service Design), especificamente no processo SLM (Service Level Management, ou Gerenciamento de Nível de Serviço). O SLM envolve a negociação, o acordo e a apropriada documentação de níveis de serviço que atendam as necessidades do negócio, permitindo a entrega de serviços de TI com a qualidade esperada. É exatamente nesse contexto que o ANS/SLA tem fundamental importância, pois é nele que estarão definidos, aceitos e formalizados os níveis de serviço esperados pelo cliente de TI.

É um erro comum referir-se ao contrato firmado entre a organização e seu fornecedor externo de TI como um **ANS**. Na verdade, aquele documento, de aspecto mais formal, é o **Contrato de Apoio** (do inglês *Underpinning Contract*), que também pode e deve envolver a definição de níveis de serviço, mas não se configura como um **ANS** propriamente dito. (Wikipédia, a enciclopédia livre)

No âmbito do Tribunal de Contas da União temos o seguinte posicionamento publicado em Sumário Executivo:

A prestação de um bom serviço para os cidadãos é, em última instância, o negócio de toda Instituição pública. A definição do que é um “bom serviço”, sintonizando as expectativas dos clientes com a oferta, é exatamente o que constitui um acordo de nível de desempenho (SLA, sigla do inglês Service Level Agreement).

No caso de um acordo de nível de desempenho de TI é definida a qualidade dos serviços de TI em função das necessidades da organização, quantificadas e especificadas para cada serviço. Assim, a disponibilidade da infraestrutura de rede, o desempenho dos sistemas, o tempo de solução de problemas e outros dados semelhantes costumam constituir indicadores dos documentos de acordos de níveis de serviço, e devem ser adequadamente verificados e tratados quando detectadas falhas, de modo a atender às necessidades do negócio. Sem a definição de tais indicadores, fica difícil responder à questão: “os serviços de TI da minha organização estão adequados às necessidades do negócio?”. Igualmente, fica difícil priorizar investimentos e ações na área de TI sem saber onde o desempenho está mais próximo ao limite do esperado ou é mais crítico para o negócio.

Um aspecto particularmente importante é a gestão de níveis de serviço também para serviços contratados. A especificação formal de tais indicadores pode ser o principal Instrumento dos gestores para garantir o cumprimento dos contratos de TI e possibilitar a aplicação de penalidades em casos de não-atendimento. A necessidade de acordo prévio e de mensuração da qualidade de serviços de TI é citada, inclusive, em trechos de Acórdãos do TCU, como o Acórdão no 2.172/2005-TCU-Plenário14 e o Acórdão no 786/2006-TCU-Plenário15. O termo “acordo de nível de desempenho” para contratos de TI também já é conhecido do TCU, e foi mencionado no Acórdão no 1.878/2005-TCU-Plenário.

A gestão de acordos de níveis de serviço é o principal Instrumento de negociação de qualidade de serviço entre as gerências de TI e os seus clientes. A sua ausência em 89% dos pesquisados é um indício de que as áreas de TI desses órgãos/entidades ainda estão distantes dos seus usuários e não negociam adequadamente com eles sobre a qualidade dos seus serviços. As consequências mais prováveis para tal cenário são clientes insatisfeitos e investimentos inadequados.

Além disso, 74% dos pesquisados informaram que não executam a gestão de níveis de serviço dos serviços contratados, ou seja, mesmo quando o órgão/entidade é cliente e não fornecedor, não há preocupação com a avaliação e o controle dos resultados. Assim, como em última instância um serviço contratado pela área de TI visa atender à necessidade dos seus clientes, a ausência da gestão externa tem as mesmas consequências da ausência da gestão interna dos níveis de serviço. (FONTE: Sumários Executivos - Levantamento acerca da Governança de Tecnologia da Informação na Administração Pública Federal; Relator Ministro Guilherme Palmeira; Brasília, Brasil 2008, pág. 23-24)

É, ainda, do Tribunal de Contas da União o julgado abaixo expedido para o Ministério da Educação, do qual esta Autarquia Federal é integrante:

ACÓRDÃO Nº. 1724/2010-PLENÁRIO

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

9.1. recomendar ao Ministério da Educação, com fulcro nos arts. 43, I, da Lei nº 8.443/1992 e 250, III, do Regimento Interno do TCU, que:

[...]

9.1.15. estabeleça e utilize **um processo de gestão de contratos de bens e serviços de TI que aborde aspectos legais, financeiros, organizacionais, documentais, de níveis de serviço, de segurança, de propriedade intelectual, de penalidades e sanções e relativos às responsabilidades das partes envolvidas, com o intuito de promover a conformidade, celeridade, economicidade, eficiência e qualidade na elaboração do produto contratado.** Referido processo deverá conter procedimentos específicos para mudanças e encerramento do contrato, à semelhança das orientações contidas nos itens AI5.1 e AI5.2 do Cobit 4.1 (Controle das aquisições e Gerência de contratos com fornecedores);

9.1.16. estabeleça controles internos para a área de TI referentes à proteção, integridade e disponibilidade dos recursos e defina as responsabilidades de forma a garantir a efetividade e eficiência dos processos de TI e a aderência aos normativos relacionados. Deverão ser elaborados procedimentos de monitoração e avaliação dos controles internos estabelecidos, à semelhança das orientações contidas no item ME2.1 do Cobit 4.1 (Monitoração dos Controles Internos);

[...]

9.4. determinar ao Ministério da Educação, com fulcro nos arts. 43, I, da Lei nº 8.443/1992 e 250, II, do Regimento Interno do TCU, que:

[...]

9.4.9. **exija, nas próximas contratações de TI, níveis de serviço a serem cumpridos pelas empresas, especialmente para atividades como suporte de infraestrutura de TI e atendimento e suporte aos usuários, em atenção ao § 1º do art. 3 do Decreto nº 2.271/1997;** (destacamos)

[...]

9.4.14. em atenção ao princípios da economicidade e da eficiência, nas contratações de serviços relativos à tecnologia da informação, **estabeleça remuneração vinculada a resultados ou ao atendimento de níveis de serviço, de acordo com a natureza dos serviços;** (destacamos)

Na impossibilidade da transcrição total da Nota Técnica nº. 06/2010, recomendamos à Impetrante que proceda a uma detida leitura da referida nota a fim de possa melhor entender a visão jurisprudencial do TCU a qual a APF esta adstrita. Contudo, importa fazermos registro acerca da questão suscitada com o trecho que transcrevemos, com os destaques que entendemos necessários:

[...]

14. O Tribunal tem se posicionado em favor do pagamento por resultados. No item 9.1.4 do Acórdão 2.471/2008^{iv}, o Plenário desta Corte recomendou ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão que prevísse, em documento normativo que tratasse exclusivamente de licitação e contratação de serviços de TI, modelo de prestação de serviços contendo, entre outros elementos, definição da forma de execução dos serviços, sendo preferencial a execução indireta com medição por resultados, devendo ser justificada nos autos a impossibilidade de sua adoção.

15. Por sua vez, a Instrução Normativa (IN) 4, de 12 de novembro de 2010, emitida pela Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento (SLTI/MP), reforçou o entendimento manifestado na jurisprudência deste Tribunal ao dispor, no art. 15, inciso III, alínea “e”^v, a necessidade de se estabelecer a forma de pagamento, que deverá ser efetuado em função dos resultados obtidos, como termo contratual.

16. A referida norma também dispõe, no § 3º do art. 15^{vi}, a vedação à contratação de serviços de TI por posto de trabalho, salvo, excepcionalmente, mediante justificativa devidamente fundamentada. **Ressalte-se que, neste caso, o próprio normativo define como obrigatória a comprovação dos resultados compatíveis com o posto previamente definido.**

17. Diante do exposto, constata-se que a forma de remuneração por esforço em contratações de serviços de TI

não encontra fundamentação jurídica, tampouco possui respaldo na jurisprudência do TCU. **Desse modo, não há outro caminho juridicamente possível a ser adotado pelos gestores públicos de TI que não seja o de efetuar suas contratações com pagamentos vinculados à apresentação de resultados verificáveis, mensurados, sempre que possível, por unidades quantitativas.**

18. Chega-se, portanto, ao seguinte entendimento:

Entendimento I. Os gestores públicos de TI devem planejar suas contratações de modo que os pagamentos pelo serviço prestado sejam realizados em função de resultados verificáveis apresentados pelo fornecedor, mensurados, sempre que possível, por unidades quantitativas, **sendo juridicamente inviável a previsão de remuneração em função do mero esforço ou da disponibilidade da empresa contratada.**

V.2 Da gestão de nível de serviço

19. Diante da obrigatoriedade de a APF remunerar seus fornecedores com base nos resultados entregues, torna-se necessário elaborar mecanismos que permitam à APF planejar suas contratações de serviços alinhadas a esse conceito.

20. **Nesse sentido, uma boa alternativa é o Gerenciamento de Nível de Serviço ou Gestão do Nível de Serviço – GNS (em inglês, *Service Level Management – SLM*), inserido no contexto da norma ABNT NBR ISO/IEC 20000-1, que vincula o pagamento do fornecedor ao alcance de metas de resultado que, em conjunto, constituem o nível de serviço contratado.**

21. Como se trata de uma norma técnica brasileira em vigor, a GNS deve ser adotada pelas organizações públicas em suas contratações de serviços, **inclusive os de tecnologia da informação.**

V.2.1 Do conceito de gestão de nível de serviço

22. A GNS consiste na metodologia disciplinada e nos procedimentos proativos utilizados para garantir que níveis adequados de serviços serão entregues para os usuários de TI de acordo com as prioridades do negócio e a um custo aceitável, acordado com o cliente. Por um lado, esse processo destina-se a definir o que é requerido e adequado ao bom desempenho organizacional a partir do nível de serviço desejado e da expectativa do cliente. Por outro, a GNS orienta a equipe da área de TI na prestação dos serviços de TI ao negócio (MAGALHÃES; PINHEIRO, 2007, p. 62).

23. De acordo com a ABNT NBR ISO/IEC 20000-1 (ABNT, 2008a, p. 9), o objetivo do gerenciamento de nível de serviço é definir, acordar, registrar e gerenciar níveis de serviço, que devem ser monitorados e relatados em comparação com as metas, demonstrando as informações atuais e as tendências. As causas de não conformidade devem ser relatadas e as ações de melhoria identificadas durante esse processo devem ser registradas, fornecendo insumos para um plano de melhoria do serviço.

24. **Destaca-se que a importância desse processo para a APF já foi reconhecida pelo TCU no âmbito do Relatório de Fiscalização que deu origem ao Acórdão 2.308/2010-TCU-Plenário, conforme segue:**

89. A gestão de acordos de nível de serviço é um instrumento relevante na busca e no controle da qualidade do serviço prestado pela área de TI aos seus clientes. A falta desse tipo de gestão aumenta as chances de insatisfação entre os usuários e os riscos de perda de foco nos investimentos.

90. O mesmo tipo de preocupação deve existir na relação com fornecedores. Processos de gestão de nível de serviço são essenciais para que se garanta a qualidade dos serviços recebidos e que sua remuneração se dê por resultados, como preconiza o art. 6º do Decreto nº 2.271/1997, em alinhamento com os princípios da eficiência e da economicidade (Acórdão 1.215/2009- TCU-Plenário).

[...]

V.3 Da aderência da gestão de nível de serviço aos princípios da Administração Pública

43. Contratos administrativos com NMS possuem elementos que possibilitam à instituição pública contratante monitorar, de forma eficaz, a prestação do serviço segundo os requisitos especificados no contrato, de modo que o fornecedor seja remunerado na medida do cumprimento das metas contratuais estabelecidas.

44. Por sua vez, os mecanismos de GNS que auxiliam na gestão contratual possibilitam que a prestação do serviço seja eficaz, eficiente e tenha o nível de qualidade esperado, o que se coaduna com alguns princípios preceituados no atual ordenamento jurídico brasileiro. Dessa forma, serão apresentadas algumas características da gestão de nível de serviço que demonstram que as contratações com NMS são aderentes aos preceitos constitucionais e legais.

V.3.1 Da aderência dos contratos com nível mínimo de serviço ao paradigma de pagamento por resultados e ao princípio da eficiência

45. Em contratações públicas de serviços de TI, é necessário estabelecer requisitos mínimos a serem cumpridos pelo fornecedor, elaborados a partir das necessidades manifestadas pelos clientes internos da área de TI do órgão ou da entidade contratante, com vistas a resolver algum problema de negócio da organização. **Tais requisitos podem ser traduzidos em metas relacionadas a fatores como qualidade e produtividade a ser alcançada pela empresa prestadora do serviço.**

46. Cada uma dessas metas pode ser chamada de “metas de serviço”, enquanto o conjunto delas (ou requisitos mínimos) define o nível mínimo de serviço contratado. No âmbito dos processos licitatórios para contratação de serviços de TI, essas metas devem ser especificadas com clareza e precisão no termo de referência.

47. Com o propósito de medir o desempenho do fornecedor, é necessário que a organização contratante se utilize de instrumentos capazes de aferir o cumprimento das metas de serviço estabelecidas em contrato. **Nesse sentido, o uso de indicadores de desempenho é essencial para avaliar a eficiência da empresa na prestação do serviço e, com base nisso, efetuar a remuneração devida.**

48. De modo geral, os indicadores se destinam a medir o alcance de determinada meta de serviço, **tais como o cumprimento de prazos e o atendimento ao nível de conformidade do serviço prestado em relação às especificações feitas no termo de referência. Também servem para indicar se a quantidade de serviço estabelecida no contrato está sendo entregue pelo fornecedor. Nesse caso, é importante que os indicadores sejam formulados em conjunto com a utilização de métricas de tamanho/quantidade, a fim de se avaliar a produtividade do fornecedor.**

49. Em consonância com o Decreto 2.271/1997, sempre que possível devem ser utilizadas métricas quantitativas de serviços prestados pelo fornecedor. Por exemplo, em serviços de desenvolvimento e manutenção de software é bastante usual medir os serviços realizados em termos da métrica de pontos de função. A seguir são apresentados outros exemplos de indicadores e métricas comuns por segmento de serviço no mercado:

Serviço	Indicadores	Métrica
1. Desenvolvimento de Software.	a) tamanho funcional; b) índice de atrasos na entrega dos artefatos; c) índice de não conformidade com os requisitos; d) índice de erros na operação do software.	a1) ponto de função; a2) ponto de caso de uso; b) n. de entregas atrasadas/n. total de encomendas; c) n. de não conformidades por requisito; d) n. de erros por unidade de tempo.
2. Suporte ao Banco de Dados.	a) tempo médio para reestabelecimento do banco de dados; b) tempo médio entre falhas; c) índice de disponibilidade no mês do Banco de Dados.	a) minutos, horas; b) horas, meses, anos; c) percentual do tempo máximo de disponibilidade previsto.
3. Link de dados.	a) qualidade do link comunicação de dados; b) velocidade garantida do link; c) tempo médio para reestabelecimento do link; d) tempo médio entre falhas; e)	a) percentual de pacotes perdidos; b) percentual da velocidade nominal; c) minutos; d) minutos; e) percentual do tempo máximo de disponibilidade

	índice de disponibilidade no mês do link.	previsto.
4. Suporte técnico a usuários.	a) índice de chamados resolvidos em até sessenta minutos do seu recebimento; b) Índice de chamadas atendidas em até trinta segundos.	a) percentual dos chamados totais; b) percentual dos chamados totais.

Quadro 1- Exemplos de Indicadores de desempenho

50. Constata-se, portanto, que a definição de metas de prazo, de qualidade e de produtividade aliada ao uso de indicadores e métricas possibilitam ao gestor público dispor de meios que facilitam a adequada avaliação do serviço prestado pelo fornecedor. Desse modo, a remuneração da empresa contratada fica vinculada ao cumprimento do nível de serviço determinado no contrato, em consonância com o paradigma de pagamento por resultados, evitando-se, assim, a efetivação de pagamentos por esforço, a exemplo do homem-hora ou da mera disponibilidade dos seus empregados.

51. Conforme explicitado nos itens 10 e 11 desta Nota Técnica, entende-se que contratações que preveem a efetivação de pagamentos ao fornecedor mediante entrega de resultados estão alinhadas com o princípio da eficiência. **Tendo em vista que contratações com nível mínimo de serviço possibilitam uma forma eficaz de se remunerar o fornecedor por resultados, verifica-se que essa forma de contratação também está aderente ao princípio constitucional da eficiência.**

V.3.2 Da aderência da gestão do nível de serviço ao princípio da eficácia

52. A eficácia na prestação do serviço está relacionada com a produção do efeito desejado da contratação, isto é, com a entrega do objeto contratado pelo fornecedor.

53. A Constituição Federal atribui ao sistema de controle interno dos Poderes da República a função de avaliar os resultados quanto à eficácia e eficiência da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da Administração Federal^{xiv}. **Portanto, os resultados advindos das contratações realizadas pela APF também devem observar o princípio da eficácia.**

54. **Nesse contexto, a GNS pode auxiliar a contratação a ser eficaz por meio da clara especificação dos processos a serem realizados e dos produtos a serem entregues pelo fornecedor, indicando as metas de serviço que deverão ser alcançadas, além de disponibilizar indicadores de desempenho e métricas capazes de avaliar se o serviço prestado está em conformidade com aquilo que foi especificado.**

55. Dessa forma, a empresa prestadora do serviço terá melhores condições de entregar o objeto da contratação em conformidade com as especificações feitas pela organização contratante, que, por sua vez, terá à sua disposição instrumentos capazes de aferir a prestação do serviço, aumentando, portanto, a chance de se alcançar eficácia à contratação.

V.3.3 Da aderência da gestão do nível de serviço ao requisito da qualidade

56. A entrega do objeto contratado pelo fornecedor não consiste em requisito suficiente para atender às necessidades das áreas de negócio da organização contratante, ou seja, não basta que a contratação seja apenas eficaz. Exemplo disso é que, em serviço de desenvolvimento de software, o contratado desatende o interesse do contratante se vier a entregar o software demandado fora do prazo pré-determinado ou com os artefatos fora dos padrões de qualidade estabelecidos.

57. Dessa forma, a eficácia não se constitui como único aspecto a ser perseguido pelos entes públicos em suas contratações. É preciso que o serviço seja prestado com a qualidade necessária ao alcance dos objetivos da área de negócio que será beneficiada pelo resultado entregue.

58. O aspecto de qualidade na prestação de serviços de TI é ressaltado no ordenamento jurídico brasileiro. A institucionalização de normas e padrões de homologação e certificação de qualidade de produtos e serviços de informática é definida como instrumento da Política Nacional de Informática, nos termos da Lei 7.232/1984^{xv}.

59. No âmbito das contratações públicas, o art. 8º, inciso III, do Decreto 3.555/2000^{xvi} dispõe que, apesar de o critério de julgamento das propostas dos fornecedores em licitações realizadas na modalidade pregão ser o

menor preço, devem ser observados os parâmetros mínimos de qualidade definidos no edital. Em licitações do tipo “melhor técnica” ou “técnica e preço”, a qualidade da proposta técnica feita pelo licitante também é fator a ser considerado, conforme disposto no art. 46, §1º, inciso I, da Lei de Licitações^{xvii}. A qualidade também consiste em uma das condições necessárias para o exercício do direito de preferência estabelecido pela Lei 8.248/1991^{xviii}.

60. Para Magalhães e Pinheiro (2007, p. 283), a qualidade é percebida como o grau de adequação entre as expectativas dos clientes e a percepção do serviço. Nesse sentido, para que a área de negócio perceba que o serviço está atendendo suas expectativas, é necessário que este seja prestado seguindo parâmetros previamente definidos de qualidade aceitável.

61. No contexto da gestão de nível de serviço, a definição de metas de desempenho e de qualidade, de padrões de aceitação, bem como o uso de indicadores de desempenho permitem a avaliação do desempenho do fornecedor pelo ente público contratante. Esses elementos de nível de serviço indicam ao contratado critérios de prazo e de produtividade que deverão ser cumpridos, padrões de qualidade internos (da própria instituição) e externos (normas técnicas nacionais e internacionais) para avaliação dos serviços pelo contratante e os mecanismos que serão utilizados para medir o alcance das metas definidas.

62. A GNS também prevê a aplicação de penalidades às partes contratantes decorrentes do descumprimento das metas de serviço estabelecidas no contrato (ver subitem “f” do item 25), mecanismo este capaz de desestimular o fornecedor a deixar de alcançar o NMS contratado, induzindo, portanto, a manutenção da qualidade na prestação do serviço. **Sendo assim, por meio do uso desses instrumentos, é possível agregar maior nível de qualidade nos serviços prestados pelo fornecedor.**

63. Por fim, cumpre registrar que a literatura técnica que trata da GNS também traz a possibilidade de serem estabelecidos mecanismos de premiação do fornecedor no caso de superação das metas pactuadas. No entanto, se por um lado a possibilidade de aplicação de sanções é prevista nos normativos atinentes ao tema de licitações e contratos, em especial na Lei 8.666/1993^{xix} e na Instrução Normativa - SLTI/MP 4/2010^{xx}, por outro inexistente previsão legal que permita eventual bonificação da empresa contratada no caso de exceder as metas estabelecidas. Por essa razão, esse tipo de elemento de nível de serviço não deve ser incluído como cláusula nos contratos administrativos de prestação de serviço de TI.

V.3.4 Da aderência da gestão do nível de serviço ao princípio da legalidade

64. De modo geral, a literatura especializada na área de gestão de nível de serviço define elementos necessários à garantia do nível mínimo de serviço requerido pelo contratante. Algumas dessas características podem ser correlacionadas com requisitos de contratações públicas de serviços de TI, segundo a legislação e a jurisprudência do TCU, a saber:

Elementos de Nível de serviço (conforme item 25 desta NT)	Comentário com base na legislação e na jurisprudência
1. Processos a serem realizados e produtos a serem entregues.	a) devem estar incluídos na definição do objeto da contratação (art. 55, inciso I, da Lei 8.666/1993 ^{xxi} ; art. 17, § 1º, inciso I, da Instrução Normativa - SLTI/MP 4/2008 ^{xxii} e item 9.1.1 do Acórdão 2.471/2008-TCU-Plenário ^{xxiii}).
2. Papéis e responsabilidades entre cliente e fornecedor.	a) são cláusulas obrigatórias dos contratos administrativos (art. 54, § 1º, da Lei 8.666/1993); b) alguns dos papéis a serem desempenhados no âmbito da contratação são definidos na Instrução Normativa - SLTI/MP 4/2010, art. 2º, incisos I a VIII ^{xxiv} .
3. Metas de desempenho e de qualidade que deverão ser cumpridas para aceitação dos produtos entregues.	a) fazem parte dos resultados a serem alcançados em termos de economicidade e melhor aproveitamento dos recursos humanos (art. 2º, inciso III, do Decreto 2.271/1997 ^{xxv} e item 9.1.2 do Acórdão 2.471/2008-TCU-Plenário ^{xxvi}).
4. Cláusulas de penalidades; Procedimentos de resolução de disputas entre	a) alguns tipos de penalidades são previstas na própria Lei de Licitações (art. 81, 86, 87 e 88 da Lei 8.666/1993 ^{xxvii}).

cliente e fornecedor.	
5. Indicadores e métricas; Relatórios e mecanismos de monitoramento do cumprimento do nível de serviço.	a) são elementos imprescindíveis para a mensuração, faturamento e pagamento dos serviços prestados (Lei 8.666/1993, art. 6º, inciso IX, alínea “e”xxviii, e item 9.1.5 do Acórdão 2.471/2008-TCU-Plenário).
6. Necessidade de revisão periódica do nível de serviço.	a) a revisão do nível de serviço pela APF pode ser viabilizada mediante alteração contratual, podendo ser até mesmo feita de forma unilateral pela Administração para melhor adequação técnica aos seus objetivos (art. 65, inciso I, alínea “a”, da Lei 8.666/1993xxix).
7. Propriedade intelectual do produto entregue.	a) é definida na norma específica que trata sobre o processo de contratação de serviço de TI (art. 14, inciso IV, alínea “b”, da Instrução Normativa - SLTI/MP 4/2010xxx).

Quadro 2 - Correspondência entre os mecanismos de gestão de nível de serviço e os requisitos legais e jurisprudenciais

65. Diante da correspondência ilustrada no item 64, é possível afirmar que contratos baseados em nível de serviço, que contenham os elementos listados no Quadro 2, consistem em instrumentos de GNS suportados pela legislação e pela jurisprudência do TCU. **Com efeito, é possível afirmar que um contrato de nível de serviço atende ao princípio da legalidade insculpido no caput do art. 37^{xxx} da Constituição da República.**

66. Nesse sentido, entende-se que os mecanismos utilizados na GNS devem ser exigidos como requisitos da prestação do serviço de TI a ser contratado pela APF, de modo que a definição do NMS em contratações públicas de serviço de TI se torna indispensável.

67. Ante todo o exposto, verifica-se que a gestão de nível de serviço pode trazer benefícios para a contratação, sobretudo no que diz respeito à eficiência, à eficácia e à qualidade na prestação do serviço de TI. Ademais, contratos com nível mínimo de serviço, além de se adequarem ao paradigma de pagamento por resultados, se mostram aderentes ao princípio da legalidade aplicado à APF.

68. Chega-se, portanto, aos seguintes entendimentos:

Entendimento III. Contratos administrativos com nível mínimo de serviço possuem mecanismos que possibilitam à APF remunerar o fornecedor na medida do cumprimento do nível de serviço pactuado no ajuste, adequando-se, portanto, ao paradigma da efetivação de pagamentos por resultados. Além disso, constituem uma forma recomendável de alcançar eficiência, eficácia e qualidade na prestação do serviço, bem como se mostra aderente ao princípio da legalidade aplicado à APF.

Entendimento IV. Nos contratos administrativos de prestação de serviço de TI, inexistente previsão legal que possibilite a definição de mecanismos de premiação do fornecedor no caso de superação das metas estabelecidas.

Improcedentes os argumentos da Impetrante, muito mais por total ausência de fundamentação, estando limitada a um conjunto de ilações que não se adequam ao conjunto de elementos que pautam a contratação descrita no instrumento convocatório.

Evidencia-se que a Impetrante prima e insiste em querer isolar determinados textos para, afastando-os do contexto, produzir entendimentos que em nada guardam relacionamento com a matéria suscitada ou discutida.

Nisto deixa clara sua intenção em promover a conturbação do processo licitatório.

2.7. Indicação de Postos de serviços com atividades diferentes e jornadas de trabalho diferentes não podem estar atrelados a um mesmo indicador; Incompatibilidade do serviço medido como Catálogo de Serviço; e, Afirmação de que o Relatório de Atividades é desaconselhado pela IN 04/2010 e pelo TCU.

Mais uma vez nos deparamos com uma afirmação leviana, despida de qualquer evidência fática quanto à indicação do enquadramento legal (artigo da IN) ou da fundamentação jurisprudência (decisão do TCU) que permita dar sustentação a argumenta da Impetrante que ora transcrevemos:

No item II.7.6 "*Esses indicadores de desempenho serão denominados dentro do contrato como*

Indicadores de Níveis Mínimos de Serviço (NMS) entre o FNDE e a CONTRATADA", cabem as seguintes observações:

- a. Os indicadores foram estipulados de forma que todos devem atender aos mesmo indicador
- b. Todos tem a mesma tarefa a ser mensurada e o mesmo critério.

Exemplificando no caso do Líder Técnico de Monitoramento que tem Carga diária de 8 (oito) horas, Conhecimento em Infraestrutura de sistemas operacionais MS-Windows Server, Linux e Unix; Infraestrutura de redes LAN e MAN; Infraestrutura de serviços de rede TCP/IP; Ferramentas de gestão de infraestrutura de TI; Disciplinas de Service Support e Service Delivery do ITIL; Melhores práticas de TI (PMBOK, ITIL, COBIT e Governança); Gerenciamento de infraestruturas de ambientes de TI; Conhecimento em ambiente de DataCenter controlado (salacofre); Conhecimento em energia essencial para TI; Conhecimento em fibra óptica (conectorização, tipificação, manuseio e limpeza);

Tem como indicador de Nível de Serviço a Disponibilidade de rede local sede e outros (7h-22h / 7dias) em 95% mínimo igual ao de:

Operador de Rede que tem Carga diária de 6 (seis) horas em operação escalonada para a cobertura de 24 (vinte e quatro) horas diárias e atividades de Infraestrutura de sistemas operacionais MS-Windows Server, Linux e Unix; Infraestrutura de redes LAN e MAN; Infraestrutura de serviços de rede TCP/IP; Infraestrutura de servidores de arquivos em rede; Infraestrutura de servidores de impressão; Infraestrutura de serviços de backup/restore; Ferramentas para monitoramento e controles de ambientes de redes e servidores; Procedimentos para controle da execução de trocas de arquivos, de forma automatizada e manual entre sistemas; Procedimentos para controle da execução de cópias de segurança (backups); Conhecimento em extração de dados.

Não tem como medir igual, pois tem atividades e carga horária distintas. E não pode ser medido por Grupo de Serviço, pois há atividades de gestão ou operação não compatível com o indicador desejado. Todos estão assim.

- c. Incompatibilidade do serviço medido com o Catálogo de Serviço Aplicado, pois há serviços não compatíveis com o indicador. Exemplo:

Grupo: Apoio ao Monitoramento, Controle e Manutenção da Infra-estrutura de TI

Serviço: Monitoramento do Sistema de Energia Essencial Atividade: Acionar empresa; Acompanhar manutenção preventivas da empresa contrata; Receber relatórios mensais; Verificar serviços executados

Manutenção em Equipamentos de Rede

Atividade: Abrir chamados junto às empresas contratadas para atendimento aos incidentes de hardware/software; Acompanhar serviços de garantia fornecidos pelos fabricantes do hardware; Conectar cabos de redes; Executar serviços de desinstalação; Gerar relatórios técnicos do serviço;

Instalar componentes e acessórios;

Instalar interface de rede; Instalar interface HBA; Instalar memória; Instalar Rack; Movimentar Rack

As atividades não podem ser medidas por disponibilidade da rede e são totalmente distintas e destinadas a diferentes (ou voltadas a gestão).

Todos estão assim. Exemplificando:

II.7.8 A aferição dos resultados final dos postos se dará mediante a junção do Posto de Serviço + atividades desempenhadas pelo posto + Indicador de Desempenho.

II.7.8.1 As atividades desempenhadas pelos postos de serviços serão aferidas mediante a entrega do Relatório de Atividades Individuais (RAI) conforme item II.9.3.

II.7.8.2. As atividades constantes do RAI deverão em consonância com o CSIT.

II.7.8.3. O RAI será confrontado com o documento de resultados esperados por posto de serviço, conforme ENCARTE I - Caderno de Resultados Esperados.

Estes são vinculados a Relatório de Atividades, desaconselhadas pelo TCU e IN 04/2010. Além disso, não tem como medir os resultados, pois não tem indicadores ou forma de medir para todas as atividades. Com isso, pode acontecer de caracterizar pagamento homem-hora.

Mais uma vez, é possível evidenciar, que a Impetrante distorce os termos do instrumento convocatório, além de não apresentar qualquer elemento de fundamentação aos seus argumentos limitando-se a conjugações e ilações que em muito se afastam do conjunto do edital.

Os itens avocados pela Impetrante e acima extraídos de sua própria peça impugnatória revelam que o Relatório de Atividades não é um instrumento, em si só, hábil e capaz de produzir a aferição dos resultados, ex. vi., item II.7.8.

As atividades desempenhadas e relacionadas no RAI deverão observar os termos do art. 15, da IN/SLTI nº. 02/2008 (versão compilada) contendo o aludido RAI as seguintes informações, para fins de análise do Relatório, ex. Vi., item II.7.8.1:

- a) a definição e especificação dos serviços a serem realizados;
- b) o volume de serviços solicitados e realizados, segundo as métricas definidas;
- c) os resultados ou produtos solicitados e realizados;
- d) prévia estimativa da quantidade de horas demandadas na realização da atividade designada, com a respectiva metodologia utilizada para a sua quantificação, nos casos em que a única opção viável for à remuneração de serviços por horas trabalhadas;
- e) o cronograma de realização dos serviços, incluídas todas as tarefas significativas e seus respectivos prazos;
- f) custos da prestação do serviço, com a respectiva metodologia utilizada para a quantificação desse valor;
- g) a avaliação da qualidade dos serviços realizados e as justificativas do avaliador; e
- h) a identificação dos responsáveis pela solicitação, pela avaliação da qualidade e pela ateste dos serviços realizados, os quais não podem ter nenhum vínculo com a empresa CONTRATADA.

O Relatório de Atividades, para ser aceito, terá que guardar consonância com as atividades, tarefas e serviços previamente definidos no “Catálogo de Serviços de TI”, ex. vi., item II.7.8.2.

E, por fim, o Relatório de Atividades **antes de aprovado e aceito**, será confrontado com o “Caderno de Resultados Esperados” que é o encarte I do Termo de Referência, ex. vi., item II.7.8.3, resultando na aplicação dos indicadores de desempenho para fins de aplicação de penalidades definidas no nível mínimo de serviços, se for o caso.

Quanto à questão dos postos de serviços com os indicadores e o Catálogo de serviços, torna-se dispensável a rediscussão da matéria uma vez que já foi tratada no tópico anterior desta Nota Técnica (2.6).

Estes são os argumentos da Impetrante:

[...]

- a. Os indicadores foram estipulados de forma que todos devem atender aos mesmo indicador
- b. Todos tem a mesma tarefa a ser mensurada e o mesmo critério.

[...]

Tem como indicador de Nível de Serviço a Disponibilidade de rede local sede e outros (7h-22h / 7 dias) em 95% mínimo igual ao de:

[...]

Não tem como medir igual, pois tem atividades e carga horária distintas. E não pode ser medido por Grupo de Serviço, pois há atividades de gestão ou operação não compatível com o indicador desejado. Todos estão assim.

[...]

As atividades não podem ser medidas por disponibilidade da rede e são totalmente distintas e destinadas a diferentes (ou voltadas a gestão).
Todos estão assim. Exemplificando:

Para este conjunto de distorções, contudo, basta a transcrição de parte da Nota Técnica 05/2010-SEFTI/TCU para dirimir tais equivocadas conjugações da Impetrante:

45. Em contratações públicas de serviços de TI, é necessário estabelecer requisitos mínimos a serem cumpridos pelo fornecedor, elaborados a partir das necessidades manifestadas pelos clientes internos da área de TI do órgão ou da entidade contratante, com vistas a resolver algum problema de negócio da organização. **Tais requisitos podem ser traduzidos em metas relacionadas a fatores como qualidade e produtividade a ser alcançada pela empresa prestadora do serviço.**

46. Cada uma dessas metas pode ser chamada de “metas de serviço”, enquanto o conjunto delas (ou requisitos mínimos) define o nível mínimo de serviço contratado. No âmbito dos processos licitatórios para contratação de serviços de TI, essas metas devem ser especificadas com clareza e precisão no termo de referência.

47. Com o propósito de medir o desempenho do fornecedor, é necessário que a organização contratante se utilize de instrumentos capazes de aferir o cumprimento das metas de serviço estabelecidas em contrato. **Nesse sentido, o uso de indicadores de desempenho é essencial para avaliar a eficiência da empresa na prestação do serviço e, com base nisso, efetuar a remuneração devida.**

48. De modo geral, os indicadores se destinam a medir o alcance de determinada meta de serviço, **tais como o cumprimento de prazos e o atendimento ao nível de conformidade do serviço prestado em relação às especificações feitas no termo de referência. Também servem para indicar se a quantidade de serviço estabelecida no contrato está sendo entregue pelo fornecedor. Nesse caso, é importante que os indicadores sejam formulados em conjunto com a utilização de métricas de tamanho/quantidade, a fim de se avaliar a produtividade do fornecedor.**

49. Em consonância com o Decreto 2.271/1997, sempre que possível devem ser utilizadas métricas quantitativas de serviços prestados pelo fornecedor. Por exemplo, em serviços de desenvolvimento e manutenção de software é bastante usual medir os serviços realizados em termos da métrica de pontos de função. A seguir são apresentados outros exemplos de indicadores e métricas comuns por segmento de serviço no mercado:

Serviço	Indicadores	Métrica
1. Desenvolvimento de Software.	a) tamanho funcional; b) índice de atrasos na entrega dos artefatos; c) índice de não conformidade com os requisitos; d) índice de erros na operação do software.	a1) ponto de função; a2) ponto de caso de uso; b) n. de entregas atrasadas/n. total de encomendas; c) n. de não conformidades por requisito; d) n. de erros por unidade de tempo.
2. Suporte ao Banco de Dados.	a) tempo médio para reestabelecimento do banco de dados; b) tempo médio entre falhas; c) índice de disponibilidade no mês do Banco de Dados.	a) minutos, horas; b) horas, meses, anos; c) percentual do tempo máximo de disponibilidade previsto.
3. Link de dados.	a) qualidade do link comunicação de dados; b) velocidade garantida do link; c) tempo médio para reestabelecimento do link; d) tempo médio entre falhas; e) índice de disponibilidade no mês do link.	a) percentual de pacotes perdidos; b) percentual da velocidade nominal; c) minutos; d) minutos; e) percentual do tempo máximo de disponibilidade previsto.
4. Suporte técnico a	a) índice de chamados resolvidos em até sessenta minutos do seu recebimento; b)	a) percentual dos chamados totais; b) percentual dos chamados totais.

usuários.	Índice de chamadas atendidas em até trinta segundos.	
-----------	--	--

Quadro 3- Exemplos de Indicadores de desempenho

50. Constata-se, portanto, que a definição de metas de prazo, de qualidade e de produtividade aliada ao uso de indicadores e métricas possibilitam ao gestor público dispor de meios que facilitam a adequada avaliação do serviço prestado pelo fornecedor. Desse modo, a remuneração da empresa contratada fica vinculada ao cumprimento do nível de serviço determinado no contrato, em consonância com o paradigma de pagamento por resultados, evitando-se, assim, a efetivação de pagamentos por esforço, a exemplo do homem-hora ou da mera disponibilidade dos seus empregados.

51. Conforme explicitado nos itens 10 e 11 desta Nota Técnica, entende-se que contratações que preveem a efetivação de pagamentos ao fornecedor mediante entrega de resultados estão alinhadas com o princípio da eficiência. **Tendo em vista que contratações com nível mínimo de serviço possibilitam uma forma eficaz de se remunerar o fornecedor por resultados, verifica-se que essa forma de contratação também está aderente ao princípio constitucional da eficiência.**

Logo, falaciosa a argumentação da Impetrante quão quanto, totalmente desprovida de qualquer fundamento.

2.8. Afirmação de exigência de profissional sem custos para a Contratante.

Novamente negligente e falaciosa a afirmação produzida pela Impetrante para este item da impugnação, como transcrevemos:

O item II.8 do Anexo I - Metodologia de Avaliação dos Serviços, conforme explicações anteriores.

A exigência de um profissional sem custos para a Contratante, como é o caso do Supervisor Técnico, que tem algumas qualificações, é uma forma da CONTRATANTE receber um serviço gratuito, não legal.

Questionamos-nos:

1. Onde está exigido no edital e/ou seus anexos a disponibilização de profissional sem custo para a Contratante? Ou,
2. Onde está definido que a Contratante receberá por um serviço gratuito?

A disponibilização do Supervisor Técnico é tratada no Termo de Referência, itens II.5.2 e II.5.3, a seguir transcritos:

A CONTRATADA, para gestão dos grupos de serviços indicados no item anterior (II.4) e para supervisão dos perfis abaixo indicados, deverá disponibilizar recurso técnico especialista, aqui denominado de Supervisor Técnico. Os papéis e atividades desenvolvidas e desempenhadas por este profissional não serão objeto de faturamento pela CONTRATADA; **contudo, os custos deverão estar incluídos na formação de preço da proponente.**

O Supervisor Técnico deverá ter dedicação e alocação exclusiva nas dependências da CONTRATANTE e preencher as qualificações com o seguinte perfil:

Tabela 1 - QUADRO PERFIL DO SUPERVISOR TÉCNICO

Recurso da CONTRATADA	Conhecimentos	Experiência	Formação

Recurs o da CON T RA TA DA	Conhecime ntos	Experiê ncia	Formaç ão
Sup er vi so r Té cn ic o	Gestão de contratos e de projetos na Administração Pública; Gestão de Projetos de TI; Análise de riscos, planejamento, liderança, estimativas; Técnicas de comunicação e negociação; Técnicas de resolução de conflitos interpessoais; Avaliação de resultados ;	Experiência mínima de 5 (cinco) anos em Gerência de Projeto; Experiência mínima de 5 (cinco) anos na área de Suporte e Operação de Infraestrutura de TI.	Nível Superior completo na área de Tecnologia da Informação ou qualquer curso superior com especialização (<i>lato sensu</i>) na área de informática a Certificação COBIT e ITIL, atualizada para a versão vigente e ou acréscimo de 2 (dois) anos de experiência em Governança de TI

Há diversos itens do Termo de Referência onde é possível evidenciar a importância do Supervisor Técnico e o papel dentro da execução contratual, não sendo admissível a impugnação formulada pela Impetrante.

A posição editalícia é tão cristalina que nos leva a questionar a boa-fé e as reais intenções da Impetrante. Novamente improcedente os argumentos da impetrante.

2.9. Impossibilidade de exigência de um sistema de gestão para controle das Ordens de Serviços, Relatórios de Atividades, Catálogos de Serviços, etc., pois deve ser uma responsabilidade da Administração Pública.

Equivoca outra vez a Impetrante. E se insurge com afirmações levianas que ora transcrevemos:

No item II.9.5.2. "O sistema informatizado de gestão, também, deverá ser usado para entrada, controle e manutenção do CSIT, cabe ressaltar que a CONTRATANTE está embutindo um serviço totalmente de responsabilidade da Administração Pública, passando a responsabilidade de manter e disponibilizar a cargo da CONTRATADA.

Da leitura do item II.8.6 deixa claro que o Contratante dispõe de todo o ferramental devidamente licenciado e em operação, necessários à prestação dos serviços os quais serão operados pela Contratada, como transcrição abaixo:

A Empresa CONTRATADA deverá providenciar todos os ajustes nos softwares de gerenciamento utilizados na rede do FNDE, como Nagios e CACTI, para apuração dos indicadores, a exceção dos indicadores relacionados com os processos ITIL, os quais serão obtidos pela ferramenta do ALTIRIS. Também fica a critério da Empresa CONTRATADA a verificação da necessidade, e se aplicável, de instalação e configuração de softwares adicionais, desde que sem ônus ao FNDE, para a coleta dos indicadores. Todos os ajustes nos softwares de gerenciamento utilizados na rede do FNDE como também toda a instalação e configuração de softwares adicionais serão acompanhados por responsáveis do órgão, buscando garantir a integridade da coleta dos indicadores.

O item II.9.5.2 (avocado pela Impetrante) está diretamente interligado com o item II.9.5.1 e se refere ao sistema que será utilizado (e não fornecido) pela Contratada para a gestão de seus ativos de contrato e deverá estar integrado aos sistemas da Contratante.

Está prática é comum e corriqueira em todos os contratos de prestação de serviços continuados.

2.10. Improriedade de Exigência de lista explícita de que disporá de profissionais com nível médio.

Como se não bastasse as anteriores, conforme tem-se procurado deixar evidente as intenções da Impugnante, aqui reside a maior prova de que as intenções são claramente questionáveis, senão vejamos.

A Impetrante apresenta seus argumentos de impugnação neste item, com o seguinte texto:

Com relação as exigências de habilitação o subitem 4.4.6 do Edital dispõem das licitantes o seguinte, *in verbis*:

4.4.6 A licitante deverá apresentar Relação Explícita e Declaração, datada e assinada por seu representante legal, de que, caso se sagre vencedora do certame, no momento da assinatura do contrato, disporá de profissionais com nível médio.

Embora esteja descrito que os profissionais estarão disponíveis no momento da assinatura do contrato, a apresentação de RELAÇÃO EXPLÍCITA destes profissionais, para fins de habilitação, configura em exigência de que estes pertençam ao quadro da empresa antes que esta se sagre vencedora do certame.

A exigência de habilitação que vindique da licitante que esta possua em seu quadro determinados profissionais, conforme reiterada jurisprudência do TCU, configura uma restrição indevida, contraria a Lei 8.666/93 e princípios norteadores da licitação.

Ora, o item 4.4.6 do edital possui a seguinte redação:

4.4.6. Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas - CNDT, em cumprimento ao disposto no Inciso V, do Art. 29, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

Não há no edital e seus anexos uma só que seja exigência neste sentido. Nem mesmo assemelhada. Objetivando adequar o edital é que se fez a sua republicação em extrita obediência aos ditames legais.

Logo, a Impetrante revela não ter procedido à leitura do edital, deixando pairar uma espessa nuvem escura sobre sua impugnação, permitindo-nos, inclusive questionar se de fato leu dos demais documentos do edital ou apenas se preocupou em deles pinçar aquilo que interessava aos seus objetivos.

3. DA DELIBERAÇÃO DO FNDE QUANTO AO ITEM IMPUGNADO

- Considerando os elementos colacionados na presente Nota Técnica;

- Considerando não haver qualquer irregularidade ou ofensa às disposições legais;
- Considerando que os entendimentos da Corte de Contas da União oportunamente colacionados neste instrumento.
- Considerando que o certame licitatório ora atacado possui todos os elementos necessários e indispensáveis ao perfeito entendimento do objeto que se pretende contratar.

Opinamos, no mérito, pelo improvimento da impugnação pretendida pela Impetrante.

5. Portanto, não tem razão a impugnante.

III - Da Decisão.

6. Assim, por todo o exposto, nego provimento, no mérito, à presente impugnação

Brasília, 15 de abril de 2013.

André Lustosa Ávila
Pregoeiro do FNDE