

NOTA TÉCNICA N. TC-5/2023

Assunto: Utilização de plataformas de sistema eletrônicos públicas ou privadas pelas Unidades Gestoras para a realização de Pregões Eletrônicos

Ementa:

Nota Técnica. Licitação. Modalidade Pregão Eletrônico. Escolha de Plataforma pública ou privada. Estudos Prévios. Motivação. Cobrança de taxa. Possibilidade

A escolha do sistema eletrônico para a realização de Pregões Eletrônicos e licitações é uma decisão discricionária do Administrador Público. Todavia, tal decisão deve ser motivada e precedida de estudos prévios, justificando a escolha do melhor sistema para atender os interesses da Administração Pública.

É possível a cobrança de taxa pelo uso de recursos de tecnologia de informações para a realização de Pregões Eletrônicos, desde que as taxas sejam módicas e se destinem exclusivamente ao ressarcimento dos custos de utilização de recursos de tecnologia da informação.

1. Análise:

Inicialmente, é importante delimitar o tema da Nota Técnica, que se refere à utilização de plataformas terceirizadas privadas e/ou públicas pelos entes jurisdicionados para a realização de licitações.

Dentro do tema delimitado, a questão principal a ser analisada é sobre a possibilidade de as Unidades Gestoras, na modalidade de licitação Pregão Eletrônico, fazerem uso de portais particulares terceirizados que impliquem na cobrança de taxa dos licitantes interessados, em detrimento aos portais públicos, nos quais a participação dos licitantes é feita sem nenhum custo para o interessado.

Como é de conhecimento, existem plataformas públicas e privadas com sistemas eletrônicos de licitação disponíveis para utilização pela Administração Pública. As plataformas públicas são custeadas por recurso público.

Por sua vez, as plataformas privadas apresentam diversas formas de remuneração. Algumas cobram o custo previamente de todos os interessados em participar de licitações, sendo que outras cobram o custo apenas do licitante vencedor.

De toda forma, qualquer que seja o sistema eletrônico, público ou privado, este possui custos e exige constante investimento para assegurar a sua segurança e eficiência.

Neste contexto, torna-se necessário refletir sobre a tomada de decisão pelo gestor público na escolha da plataforma de sistema eletrônico público ou privado para realizar a licitação na modalidade Pregão Eletrônico.

Sobre a escolha da Plataforma de sistema público ou privado, é importante asseverar que não compete ao Tribunal de Contas influir na decisão do administrador público sobre qual portal deve ser escolhido para processar as licitações, mas é da competência constitucional do Tribunal de Contas orientar e fiscalizar que a decisão administrativa seja motivada e precedida de estudos e análise dos parâmetros adequados para possibilitar a escolha do melhor sistema capaz de atender os interesses da administração.

De forma exemplificativa, é possível elencar alguns parâmetros para atenção por todos os gestores públicos:

- a. Transparência do sistema, para assegurar o acesso e controle social;
- b. Agilidade, para facilitar o uso do sistema;
- c. Segurança, para garantir o uso do sistema pela Administração e interessados;
- d. Utilidade das funcionalidades disponibilizadas, para proporcionar a melhor utilização do sistema;
- e. Capilaridade Nacional, para garantir máxima abrangência da licitação;
- f. Maior volume de fornecedores cadastrados, para buscar o estímulo à competitividade;

g. Gratuidade ou modicidade das taxas cobradas, para estimular a participação de interessados.

Como se depreende, da letra “a” à letra “d”, os parâmetros são relacionados com o próprio sistema operacional eletrônico. Por sua vez, as letras “e” e “f” tratam da capacidade do fornecedor do sistema eletrônico para assegurar a competitividade. Por fim, a letra “g” trata especificamente da cobrança ou não de taxas.

Consoante registrado, trata-se de parâmetros exemplificativos, que serão aprimorados a partir da própria evolução dos sistemas e do aumento da realização de licitações sob a forma eletrônica, nos termos preconizados pelo art. 17, §2º, da Nova Lei de Licitações e Contratações.

Independente dos parâmetros adotados pelo gestor, a escolha do sistema eletrônico sempre deve ser fundamentada nos princípios constitucionais da Administração Pública dispostos na Constituição Federal na legislação de regência.

Portanto, resta claro que a escolha do sistema eletrônico para a realização de Pregões Eletrônicos e licitações é uma decisão discricionária do Administrador Público.

Todavia, inobstante a discricionariedade, a decisão deve ser motivada e precedida de estudos prévios para possibilitar e justificar a escolha do melhor sistema para atender aos interesses da Administração Pública.

A justificativa apresentada, a transparência e a publicidade do procedimento realizado vão possibilitar o controle social e o controle externo pelo Tribunal de Contas, contribuindo para o aprimoramento dos sistemas utilizados.

É importante que os estudos prévios para definir a plataforma de sistema eletrônico adequada sejam revistos periodicamente para assegurar a sua adequação e atualidade.

Ao ponderar sobre a legalidade ou não da cobrança de taxas em decorrência da utilização de sistemas privados ou públicos em Pregões Eletrônicos, torna-se fundamental avaliar a aplicação do princípio constitucional da isonomia.

O princípio constitucional da isonomia está preconizado no *caput* do art. 3º da Lei n. 8.666/93 e trata da obrigação de assegurar as condições de participação dos licitantes interessados na licitação:

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos. (Redação dada pela Lei nº 12.349, de 2010) (grifou-se)

Na sequência, o inciso I do §1º do art. 3º da Lei n. 8.666/93 veda aos agentes públicos *“admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo”*.
Vejamos:

§ 1º É vedado aos agentes públicos:

I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 deste artigo e no art. 3º da Lei n. 8.248, de 23 de outubro de 1991; (Redação dada pela Lei n. 12.349, de 2010) (grifou-se)

Em disposição semelhante, o art. 9º, I, “a”, da Nova Lei de Licitações e Contratações também veda a admissão de situações que comprometam, restrinjam ou frustrem o caráter competitivo do processo licitatório:

Art. 9º É vedado ao agente público designado para atuar na área de licitações e contratos, ressalvados os casos previstos em lei:

I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos que praticar, situações que:

a) comprometam, restrinjam ou frustrem o caráter competitivo do processo licitatório, inclusive nos casos de participação de sociedades cooperativas; (grifou-se)

Ou seja, regra geral, nas licitações não é permitida a previsão de condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo. Desta forma, as “taxas” cobradas dos licitantes devem ser analisadas com a devida restrição.

Em disposição específica da Lei n. 10.520/2002, que institui a modalidade de licitação denominada Pregão para aquisição de bens e serviços comuns, o inciso III do art. 5º permite a exigência de taxa e emolumentos referentes aos custos de utilização de recursos de tecnologia da informação:

Art. 5º. **É vedado a exigência de:**

I - garantia de proposta;

II - aquisição do edital pelos licitantes, como condição para participação no certame; e

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

Em análise deste dispositivo, o Tribunal Pleno do TCE/SC, no julgamento do Processo n. @REP-18/00792988, proferiu a seguinte orientação:

A Unidade Gestora promotora da licitação deve dar preferência para utilização de provedores públicos, que não onerem nem o particular tampouco a Administração com taxas de utilização, em conformidade com o previsto no art. 5º, III, da Lei n. 10.520/2002, deixando explicitamente justificada no edital a escolha da plataforma mais onerosa em detrimento das plataformas gratuitas.

A orientação do TCE/SC é para a utilização de provedores públicos, pois estes não vão onerar os interessados, sem constituir eventuais óbices à competitividade.

Porém, apenas os estudos prévios a serem realizados pelos gestores poderão indicar qual o sistema eletrônico mais adequado para o ente público e a referida licitação, justificando a escolha por uma plataforma privada ou pública.

Se os sistemas eletrônicos forem fornecidos por plataforma privada, os custos da utilização dos recursos de tecnologia da informação poderão ser exigidos dos licitantes.

No entanto, neste ponto, torna-se relevante destacar o limite claro estabelecido pelo art. 5º, III, da Lei n. 10.520/2002: o pagamento de taxas e emolumentos deve se

destinar exclusivamente para o ressarcimento dos custos envolvidos no desenvolvimento e manutenção do sistema.

Portanto, é admissível a cobrança de valores pelo uso de recursos de tecnologia de informações para a realização de Pregões Eletrônicos, desde que as taxas sejam módicas e se destinem exclusivamente ao ressarcimento dos custos de utilização de recursos de tecnologia da informação.

Com isso, afasta-se a possibilidade de as Unidades Gestoras adotarem sistemas eletrônicos cuja cobrança de taxa incida sobre um percentual da proposta vencedora, pois a cobrança desta espécie de taxa variável viola frontalmente o art. 5º, III, da Lei n. 10.520/2002.

Neste sentido, esta Corte de Contas decidiu nos autos do Processo n. @REP-11/00035602, por meio da Decisão n. 831/2012, de relatoria da Conselheira Sabrina Nunes locken:

6.1. Conhecer da Representação formulada nos termos do art. 113, §1º, da Lei n. 8.666/93, para considerar irregular, com fundamento no art. 36, § 2º, “a”, da Lei Complementar (estadual) n. 202/2000, o Edital de Pregão Eletrônico n. 51/2011, lançado pela Prefeitura Municipal de São Bento do Sul, **quanto à exigência constante do seu item 3.6, que permite a cobrança do licitante vencedor, pela empresa provedora do sistema, dos custos de utilização dos recursos de tecnologia da informação**, remetendo-se às condições previstas no Anexo IV do Regulamento n. 001/2009 do Sistema BLL, **sem que esses custos fossem compatíveis com o previsto no art. 5º, III, da Lei n. 10.520/02.** (grifou-se)

Do Voto condutor da Relatora, ressalta-se o seguinte trecho:

Por fim, quanto ao possível enquadramento da situação dos autos à exceção prevista no art. 5º, III, da Lei 10.520/02, não restaram comprovados, pelo Responsável - conforme enfatizaram a DLC e o Ministério Público junto a este Tribunal – que os custos com utilização de recursos de tecnologia da Informação previstos no edital em exame, representam os custos previstos nos estritos limites do referido dispositivo legal, o qual se deve interpretar à luz dos demais comandos normativos e princípios aplicáveis aos procedimentos licitatórios, conforme destacado na doutrina acima citada.

Ante o exposto, concluo pela irregularidade da exigência constante do item 3.6 do Edital de Pregão Eletrônico n. 51/2011, que permite a cobrança do licitante vencedor pelos custos de utilização dos recursos de tecnologia da informação, remetendo-

se às condições previstas no Anexo IV do Regulamento n. 001/2009 do Sistema BLL, **uma vez que não caracterizada situação que se enquadre na exceção prevista no art. 5º, III, da Lei 10.520/02**, cabendo, portanto, multa ao Responsável, por descumprimento à legislação aplicável. (grifou-se)

Desta forma, é possível concluir que a cobrança de taxas variáveis em função do valor da proposta vencedora é vedada por violação ao art. 5º, III, da Lei Federal n. 10.520/2002 e ao princípio constitucional da razoabilidade, pois, em tese, o custo de processamento de pregões eletrônicos não oscila em razão dos valores envolvidos no certame e essa sistemática de cobrança onera a Administração Pública.

Existem também plataformas que cobram uma taxa de todos os licitantes, seja para uma única licitação, ou para um determinado período de tempo, correspondente a um ano, um trimestre ou seis meses, de acordo com o interesse do licitante.

Essa foi a situação que o Procedimento Investigativo Preliminar realizado pelo Ministério Público de Contas trouxe como exemplo de uma situação considerada irregular, apontando, além do Município de Imbituba, mais 33 municípios, como usuários constantes de tal metodologia de adesão em procedimentos eletrônicos de licitação.

A simples cobrança de taxa, paga pelo licitante interessado, segundo entendimento já explanado, não constitui a irregularidade considerada pelo órgão ministerial, desde que a cobrança de taxa seja exclusiva para ressarcir os custos de utilização dos recursos de tecnologia da informação.

Nesta linha, já decidiu este Tribunal de Contas quando do julgamento do Processo n. @REP-18/00792988, de relatoria do Conselheiro Substituto Cleber Muniz Gavi.

Consta do voto do Exmo. Conselheiro Relator:

Conforme já frisado na decisão singular de fs. 2.338-2.347, a irregularidade não diz respeito propriamente à utilização do Sistema Eletrônico de Licitações da Bolsa de Licitações e Leilões – BLL, mas à **forma de cobrança da taxa pela sua utilização** (cobrança de um percentual sobre o lote adjudicado), contrapondo-se ao que dispõe o art. 5º da Lei n. 10.520/2002, que veda a cobrança de taxas e

emolumentos, salvo o que corresponder aos custos pela disponibilização da tecnologia de informação.

Em consulta ao site do CISNORDESTE/SC [Disponível em: <https://cisnordeste.atende.net/?pg=transparencia#!/grupo/1/item/1/tipo/1>], embora não se tenha informações a respeito do Pregão Eletrônico n. 003/2018, observa-se que, no último Pregão Eletrônico n. 01/2019 (abertura em 27/02/2019) **foi utilizado o Portal de Compras Públicas, que se utiliza de uma forma de pagamento mensal, semestral ou anual** [Disponível em: <http://www.portaldecompraspublicas.com.br/18/Sobre/?sITab=322>].

Assim, verifica-se que, ainda que não tenha se utilizado de plataforma totalmente gratuita, a unidade corrigiu a restrição no edital seguinte, utilizando-se do Portal de Compras Públicas, onde, em princípio, os valores que são cobrados referem-se apenas aos custos da utilização do sistema [Disponível em <https://www.portaldecompraspublicas.com.br/18/Sobre/?sITab=322>], exemplo da plataforma “Licitações-e” do Banco do Brasil, que é uma das mais utilizadas no país [Disponível em: <https://www.licitacoes-e.com.br/aop/coringa.aop?opcao=paginaCoringa&numeroRegistro=7>, motivo pelo qual dispensa-se a aplicação de multa. (grifou-se)

Em inovação legislativa, a nova Lei de Licitações e Contratações, ao tratar do “Portal Nacional de Contratações Públicas – PNCP” no Capítulo I, do Título V - Das Disposições Gerais, dispõe no §1º do art. 176 que: *“desde que mantida a integração com o PNCP, as contratações poderão ser realizadas por meio de sistema eletrônico fornecido por pessoa jurídica de direito privado, na forma de regulamento”*. In verbis:

Art. 174. É criado o Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP), sítio eletrônico oficial destinado

à:

I – divulgação centralizada e obrigatória dos atos exigidos por esta Lei;
II – realização facultativa das contratações pelos órgãos e entidades dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário de todos os entes federativos.

[...]

§ 3º. O PNCP deverá entre outras funcionalidades, oferecer:

[...]

IV – sistema eletrônico para a realização de sessões públicas;

Art. 175. Sem prejuízo do disposto no art. 174 desta Lei os entes federativos poderão instituir sítio eletrônico oficial para divulgação complementar e realização das respectivas contratações.

§ 1º. **Desde que mantida a integração com o PNCP, as contratações poderão ser realizadas por meio de sistema eletrônico fornecido por pessoa jurídica de direito privado, na forma de regulamento.**

[...]

Art. 176. Os Municípios com até 20.000 (vinte mil) habitantes terão o prazo de 6 (seis) anos, contado da data de publicação desta Lei para cumprimento:

I – dos requisitos estabelecidos no art. 7º e no *caput* do art. 8º desta Lei;

II – da obrigatoriedade de realização da licitação sob a forma eletrônica a que se refere o § 2º do art. 17 desta Lei;

III – das regras relativas à divulgação em sítio eletrônico oficial. (grifou-se)

Consoante se depreende da leitura do art. 175, §1º, da Nova Lei de Licitações e Contratações, a realização de licitações por meio de sistema eletrônico fornecido por pessoa jurídica de direito privado está condicionada à integração com o Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP) e com prévia regulamentação a ser editada pelos entes interessados.

2. Conclusão:

Da análise da legislação nacional e dos precedentes desta Corte de Contas, conclui-se pela formulação das seguintes diretrizes em caráter de orientação:

1. A escolha da plataforma de sistema eletrônico para a realização de Pregões Eletrônicos é uma decisão discricionária do administrador público. Todavia, a decisão deve ser motivada e precedida de estudos prévios para possibilitar e justificar a escolha do melhor sistema para atender os interesses da Administração Pública.

2. A Unidade Gestora deve desenvolver estudos prévios contemplando os seguintes aspectos: transparência, capilaridade, volume de fornecedores cadastrados, gratuidade ou modicidade das taxas cobradas, agilidade, segurança, consolidação no mercado e utilidade das funcionalidades disponibilizadas.

3. A entidade promotora da licitação deve dar preferência para utilização de provedores públicos, que não onerem nem o particular tampouco a Administração Pública com taxas de utilização, em conformidade com o previsto no art. 5º, III, da Lei n. 10.520/2002, deixando explicitamente justificada no edital a escolha da plataforma mais onerosa em detrimento das plataformas gratuitas.

4. É admissível a cobrança de valores pelo uso de recursos de tecnologia de informações para a realização de pregões eletrônicos, desde que as taxas sejam módicas e se destinem exclusivamente ao ressarcimento dos custos envolvidos no desenvolvimento e manutenção do sistema.

5. A cobrança de taxas variáveis em função do valor da proposta vencedora é vedada por violação ao art. 5º, III, da Lei n. 10.520/2002 e ao princípio constitucional da razoabilidade, pois, em tese, o custo de processamento de pregões eletrônicos não oscila em razão dos valores envolvidos no certame e essa sistemática de cobrança onera a Administração Pública.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Lei n. 8.666**, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 17 de março de 2022.

BRASIL. **Lei n. 10.520**, de 17 de julho de 2002. Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10520.htm Acesso em: 17 de março de 2022.

BRASIL. **Lei n. 14.133**, de 1º de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm. Acesso em: 17 de março de 2022.

RONDÔNIA. Tribunal de Contas do Estado. Decisão n. 390/2014. Plenário. Proferida na sessão do Pleno de 11 de dezembro de 2014, publicada no DOE-TCERO de 23 de fevereiro de 2015, relativa ao Processo nº 4345/2012/TCERO. Disponível em: http://www.tce.ro.gov.br/doe/arquivos/Diario_00857_2015-2-23-13-3-35.pdf Acesso em: 17 de março de 2022.

SANTA CATARINA. **Tribunal de Contas do Estado**. REP 11/00035602. Decisão n. 831/2012. Conselheira Substituta Sabrina Nunes lockem.



SANTA CATARINA. **Tribunal de Contas do Estado.** REP 18/00792988. Decisão n. 456/2019. Conselheiro Substituto Cleber Muniz Gavi.

Florianópolis, 17 de maio de 2023.

Herneus João De Nadal – PRESIDENTE

José Nei Alberton Ascari - RELATOR

Adircélio de Moraes Ferreira Júnior

Wilson Rogério Wan-Dall

Luiz Roberto Herbst

Luiz Eduardo Cherem

Aderson Flores

Diogo Roberto Ringenberg - PROCURADOR-GERAL DO MPC/SC

Este texto não substitui o publicado no DOTC-e de 31.05.2023, decorrente do Processo @PNO 23/00127363