

Processo:037.076/2020-5

Natureza: Representação

Órgão/Entidade: Serpro - Regional Sao Paulo/sp - Mf

DESPACHO

Trata-se de representação da Secretaria de Fiscalização de Tecnologia da Informação (Sefti) deste Tribunal, com pedido de medida cautelar, a respeito de possíveis irregularidades ocorridas no Serviço Federal de Processamento de Dados (Serpro) relacionadas ao Pregão Eletrônico (PE) 917/2020 promovido por sua unidade de São Paulo (Uasg 803080).

2. O objeto do certame é a “contratação de Solução *turn key* de Data Center Modular Certificado Tier III, em forma de solução única, escalável e móvel, de acordo com as especificações e detalhamentos consignados no edital e seus anexos.

3. A estatal optou por não divulgar o valor estimado da contratação. O prazo de vigência do contrato é de 10 (dez) anos.

4. A sessão de lances está agendada para o dia 27/10/2020.

5. Em resumo, a Sefti apontou os seguintes indícios de irregularidades:

a) inobservância dos arts. 47 e 59, § 1º, inciso III, alínea d, do Decreto 2.594/1998, os quais determinam que, no caso de despesas classificadas como investimento, o processo licitatório deveria ter sido submetido ao Conselho Nacional de Desestatização (CND) e ao Ministério da Economia (ME);

b) inconsistência na justificativa para realização de contrato por dez anos, em desacordo com o art. 71 da Lei 13.303/2016, bem como a opção por contratação na forma de despesas operacionais (Opex - *operational expenditure*);

c) fragilidade na avaliação de soluções alternativas (construção de nova edificação, retrofit, *colocation* e contratação na forma de despesas de capital (Capex, do - *capital expenditure*) e de avaliação de custo total de propriedade (TCO - *total cost of ownership*); e

d) fragilidade na pesquisa de preços, fundamentada exclusivamente em cotações junto a fornecedores e sem a especificação de composição de custos unitários, em afronta à legislação e à jurisprudência do Tribunal.

6. No que concerne ao pedido de medida cautelar, a unidade especializada afirma que os apontamentos acima sinalizariam a plausibilidade do direito (*fumus boni iuris*).

7. Por sua vez, diante da iminência da realização da sessão de lance, a qual está prevista para ocorrer no dia 27/10/2020, configura-se o pressuposto do perigo da demora (*periculum in mora*).

8. Por último, a Sefti afirma que a suspensão do certame não seria “capaz de trazer prejuízos significativos ao Serpro ou ao interesse público”, não estando presente, portanto, o perigo da demora reverso (*periculum in mora reverso*).



9. Ao final, a unidade especializada propõe que seja deferida a medida cautelar no sentido de que o Serpro suspenda o certame e demais atos dele decorrentes até que o Tribunal decida a respeito do mérito da representação, bem como a expedição de oitiva e diligência à estatal.
10. Feita essa breve contextualização, passo a decidir.
11. Inicialmente, conheço da representação por preencher os requisitos de admissibilidade, conforme avaliação constante à peça 60.
12. No mérito, acolho as análises empreendidas pela Sefti, as quais incorporo às minhas razões de decidir.
13. O primeiro ponto questionado pela Sefti diz respeito à não submissão do certame e, por conseguinte, dessa despesa ao Conselho Nacional de Desestatização e ao Ministério da Economia.
14. A contratação da reestruturação do datacenter tem como pressuposto a realização de investimentos em infraestrutura, especialmente em edificação (elétrica, climatização e predial), com o intuito de atingir a certificação padrão Tier III, o que significa maior segurança.
15. Embora a discussão seja importante do ponto de vista contábil, para fins deste caso concreto o que deve ser objeto de questionamento é se o Serpro, estando inserido no Plano Nacional de Desestatização (PND), conforme o Decreto 10.206, de 20/1/2020, poderia realizar despesas de tal monta sem submeter a matéria ao CND e ao Ministério da Economia, em desacordo com os arts. 47 e 59, § 1º, III, alínea “d” do Decreto 2.594/1998.
16. Tendo em vista a relevância da matéria e os valores envolvidos, bem como a própria competência primária do CND e do Ministério da Economia sobre decisões afetas a processos de desestatização no âmbito do Poder Executivo, é fundamental que esses entes sejam também ouvidos para que se pronunciem sobre a regularidade da decisão unilateral tomada pela estatal quanto a tais despesas.
17. Não afasto a possibilidade de que tais órgãos possam ratificar ou mesmo contestar a decisão do Serpro no âmbito destes autos, indicando, inclusive, as medidas adotadas caso se manifestem pela existência de irregularidade.
18. O segundo indício de irregularidade diz respeito à fundamentação para o enquadramento legal de duração do contrato em 10 (dez) anos.
19. A fundamentação apresentada pelo Serpro em resposta à indagação da Controladoria-Geral da União foi a do inciso II do art. 71 da Lei 13.303/2016, ou seja, o estabelecimento de prazo excepcional acima de cinco anos tendo em vista a prática rotineira do mercado para o objeto em questão.
20. No entanto, a Sefti observa que a prática rotineira do mercado de datacenter seria de vigência de contratos por prazo de até cinco anos.
21. De outra parte, o Serpro não poderia invocar o inciso I do art. 71 da citada lei, pois esse dispositivo trata de contratações sobre projetos contemplados no plano de negócios e investimentos da empresa pública, o que contraria a justificativa da estatal de que o datacenter a ser contratado se classificaria como despesas operacionais.
22. Percebe-se que há inconsistência na fundamentação do prazo excepcional de vigência do contrato, o que estaria também conexo com a discussão sobre a natureza das despesas da avença (se investimentos ou operacionais).

23. O terceiro ponto levantado pela unidade especializada trata da fragilidade da fase de planejamento do certame especialmente no que concerne à avaliação de soluções alternativas e custos totais de propriedade.
24. Segundo a Sefti, desde janeiro deste ano, haveria indícios de que a Direção do Serpro já teria decidido para que a contratação ocorresse como datacenter modular na modalidade Opex em detrimento da Capex.
25. A grosso modo, Capex e Opex são modalidades de investimento das empresas. Enquanto o Capex se refere às despesas com a aquisição de bens, o Opex refere-se aos custos operacionais.
26. Assim, segundo detalhada análise da Sefti, os estudos produzidos sobre a melhor solução do ponto de vista das avaliações de TCO (custo total de propriedade) e de VPL (valor presente líquido) foram conduzidos pelo Serpro a fim de corroborar a escolha pela modalidade Opex.
27. Para justificar a vantajosidade da modalidade Opex, o Serpro utilizou um redutor de cerca de 67% no valor da menor cotação obtida, considerando a premissa de que, na segunda metade da vigência do contrato (ou seja, dos 5 últimos anos), a contratada já teria amortizado seus investimentos, devendo ser remunerada, então, em apenas um terço do valor originalmente contratado.
28. Embora essa metodologia possa indicar a redução do preço estimado da contratação, ela não se mostra de todo adequada, pois outras empresas cotaram a amortização de seus investimentos de modo linear, não cabendo, então, a aplicação desse redutor de 67%.
29. Sem o redutor ora relatado, as avaliações de TOC e de VPL, segundo a Sefti, seriam mais favoráveis à modalidade Capex do que a Opex.
30. Depreende-se, mais uma vez, que a escolha da modalidade Opex em detrimento da Capex tem ligação com o enquadramento da natureza da despesa da contratação e da submissão prévia, ou não, da decisão ao CND e ao Ministério da Economia.
31. O último indício de irregularidade trazido pela unidade instrutora aborda a pesquisa e estimativa de preços da contratação.
32. Para fins de precificação, o Serpro considerou apenas propostas comerciais recebidas, as quais, segundo apontado pela Sefti, apresentaram grande dispersão, variando de R\$ 224 milhões a R\$ 737 milhões.
33. Segundo a estatal, não foi possível adquirir propostas similares no mercado, tampouco no banco de preços, devido às peculiaridades da contratação.
34. A Sefti buscou, então, outra forma de precificar o contrato, utilizando como parâmetro o preço por *rack* obtido em outras contratações públicas. Como conclusão, adotando apenas esse item (*rack*), verificou-se potencial risco de a estimativa de preços do Serpro estar mais elevada em cerca de 50% quando comparada a outras aquisições.
35. Tendo em vista as dúvidas sobre a estimativa de preços acima apontadas e, por conseguinte, da própria economicidade da eventual contratação, faz-se necessário que o Tribunal se aprofunde na questão após a manifestação do Serpro acerca do apontamento.
36. A meu ver os indícios de irregularidades acima configuram a plausibilidade do direito (*fumus boni iuris*), bem como o contexto temporal envolvido com o andamento

da licitação, o que evidencia o pressuposto do perigo da demora (*periculum in mora reverso*). Dessa feita, estão presentes os pressupostos para a concessão da medida cautelar.

37. Deixo de me manifestar, por ora, sobre eventual perigo da demora reverso (*periculum in mora reverso*), pois os elementos acostados aos autos não são suficientes para a formação de convicção sobre esse ponto.

38. De outra parte, o Serpro poderá trazer novos elementos em sede de resposta à oitiva e à diligência promovidas, oportunidade na qual se manifestará com maior profundidade sobre os pressupostos da medida cautelar deferida, notadamente sobre eventuais prejuízos às atividades da estatal.

39. Com efeito, não obstante a sessão de lances do certame estar marcada para o dia 27/10/2020, a questão fundamental, que perpassa quase todo o processo, diz respeito à discussão se as despesas a serem realizadas pelo Serpro na reestruturação do datacenter são, ou não, consideradas como investimentos e, portanto, se deveriam, ou não, ser previamente submetidas ao CND e ao Ministério da Economia, considerando que o Serpro foi qualificado para o Programa Nacional de Desestatização nos termos do Decreto 10.206, de 20/1/2020.

40. Quanto a esse tema, faz-se, como ponderei acima, necessário que o CND e o Ministério da Economia se manifestem nos autos.

41. Por fim, tendo em vista que o orçamento estimado da contratação foi classificado como sigiloso, devem as peças que façam menção a tais valores permanecerem com essa reserva, até o deslinde deste processo. Nesse sentido, deve ser alertado ao Ministério da Economia e ao Conselho Nacional de Desestatização sobre a preservação do sigilo da instrução de peça 60 a ser lhes encaminhada.

42. Na data de hoje, fui informado de que o Serpro teria suspenso o certame, o que não afasta a necessidade de que o Tribunal aprofunde a análise da matéria com o processo suspenso, com a brevidade e a urgência que o caso requer.

43. Posto isso, decido:

I) conhecer desta representação, satisfeitos os requisitos de admissibilidade previstos nos arts. 235 e 237, inciso VI, do Regimento Interno do TCU, c/c os arts. art. 87, § 2º, da Lei 13.303/2016;

II) determinar, cautelarmente, nos termos do art. 276, caput, do Regimento Interno do TCU, ao Serviço Federal de Processamento de Dados que suspenda o Pregão Eletrônico 917/2020 promovido por sua unidade de São Paulo (Uasg 803080), bem como todos os atos eventualmente decorrentes do referido pregão no estágio em que se encontra, até que este Tribunal decida a respeito do mérito da presente representação;

III) determinar, nos termos do art. 276, § 3º, do Regimento Interno do TCU, a oitiva do Serviço Federal de Processamento de Dados, para, no prazo de quinze dias, manifestar-se sobre os fatos apontados na representação formulada pela Secretaria de Fiscalização de Tecnologia da Informação, especialmente quanto ao destacado a seguir:

a) a ausência de submissão do processo licitatório em curso (e, por conseguinte, das despesas) ao CND e ao Ministério da Economia, considerando os vultosos valores envolvidos na contratação, os quais caracterizariam a natureza de despesa como investimentos, independentemente de sua classificação formal contábil, em desacordo ao disposto nos arts. 47 e 59, § 1º, III, alínea “d” do Decreto 2.594/1998;



b) o prazo de vigência do contrato ser superior a cinco anos, o que contraria o disposto no art. 71 da Lei 13.303/2016, demonstrando que a contratação de datacenter modular, nos termos pretendidos pelo Serpro, seria uma prática rotineira de mercado autorizar a excepcionalidade dos cinco anos;

c) os esclarecimentos acerca de os estudos terem sido conduzidos de forma a demonstrar e a embasar que a contratação de datacenter modular na modalidade Opex seria financeiramente mais vantajosa do que as demais opções, de forma a atender a uma decisão prévia da Diretoria nesse sentido;

d) as justificativas acerca da redução de 67% nos valores brutos da empresa Gemelo nos sessenta meses finais para a modalidade Opex, quando dos estudos com vistas à definição da melhor alternativa para a contratação pretendida, tendo em vista que outras empresas propuseram a amortização linear de seus investimentos nas propostas apresentadas; e

e) inadequação da pesquisa e da estimativa de preços do Serpro para o referido pregão, especialmente quando se adota para fins de comparação o preço por *rack*, o qual restaria estimado pelo Serpro em cerca de 50% acima do preço por *rack* praticado e estimado em licitações recentes;

IV) determinar, nos termos do art. 250, inciso V, do Regimento Interno do TCU, a oitiva do Conselho Nacional de Desestatização e do Ministério da Economia, para, no prazo de quinze dias, manifestarem-se sobre a regularidade da decisão unilateral do Serpro em não submeter a realização do certame Pregão Eletrônico 917/2020 (e por conseguinte das correspondentes despesas) ao Conselho Nacional de Desestatização e ao Ministério da Economia, em desacordo com os arts. 47 e 59, § 1º, inciso III, alínea “d” do Decreto 2.594/1998, tendo em vista que o Serpro foi qualificado para o Programa Nacional de Desestatização nos termos do Decreto 10.206, de 20/1/2020;

V) realizar diligência, com fundamento no art. 157 do Regimento Interno do TCU, ao Serviço Federal de Processamento de Dados, para que, no prazo de quinze dias, sejam encaminhados os seguintes documentos:

a) cópia do inteiro teor do processo administrativo relativo ao Pregão Eletrônico 917/2020 promovido por sua unidade de São Paulo (Uasg 803080), o qual deverá estar de acordo com as disposições constantes na Lei 9.784/1999, especialmente seu art. 22; e

b) demonstrativo dos valores mensais despendidos pelo Serpro com energia elétrica com o datacenter de São Paulo, nos últimos 24 meses;

c) esclarecimentos acerca de a quem caberiam os custos relacionados com energia elétrica nas alternativas comparadas (construção de nova edificação, retrofit do prédio atual, *colocation* e contratação de um datacenter modular outdoor Capex e Opex);

d) outras informações que julgar cabíveis sobre este processo; e

e) designação formal de interlocutor, indicando nome, cargo, telefone e e-mail de contato, para dirimir eventuais dúvidas sobre a matéria;

VI) encaminhar cópia deste despacho e da instrução de peça 60 ao Serviço Federal de Processamento de Dados, ao Conselho Nacional de Desestatização e ao Ministério da Economia, a fim de subsidiar as manifestações, orientando-os quanto à necessidade de preservação de sigilo, tendo em vista a reserva existente acerca da informação quanto ao valor estimado da contratação; e



VII) Orientar a Sefti que dê prioridade aos presentes autos, submetendo a este relator com a brevidade e urgência que o caso requer proposta de mérito sobre a matéria.

Brasília, 27 de outubro de 2020

(Assinado eletronicamente)

BRUNO DANTAS
Relator