

## DESPACHO

**Processo: TC-17956.989.22-2.**

**Contratante: Fundação Butantan.**

**Contratada: SAP Brasil Ltda.**

**Objeto: Implementação dos módulos da Solução de ERP SAP S/4 HANA – Serviços SAP Cloud (Sistema Integrado de Gestão Empresarial de propriedade da empresa SAP).**

**Em exame: - Inexigibilidade de Licitação.**  
**- Formulários de Pedido nº 304258339, nº 304367276 e nº 013320000032, assinados em 25/03/2022, no valor total geral de R\$ 69.999.359,86.**

**Processo: TC-18050.989.22-7.**

**Em exame: Execução Contratual referente aos 03 (três) Formulários de Pedido assinados em 25/03/2022, em exame no TC-17956.989.22-2.**

**- 1ª Inspeção - realizada em 15/09/2022 (evento 28.4).**

**Responsável pela ratificação da Inexigibilidade de Licitação:** Gilberto Guedes de Pádua (Assessor de Diretoria da Fundação Butantan).

**Responsáveis pela assinatura dos Formulários de Pedido:** Paulo Luis Capelotto (Diretor de Assuntos Estratégicos da Fundação Butantan), Gilberto Guedes de Pádua (Assessor de Diretoria da Fundação Butantan), Adriana Aroulho (Presidente da SAP Brasil) e Rui Botelho (COO - Chief Operating Officer da SAP) - **Termo de Ciência e Notificação no evento 1.15.**

**Advogados: - Luiz Fernando Galvão Pinho (OAB/SP nº 296.598).**

**- José Roberto Manesco (OAB/SP nº 61.471); Fábio Barbalho Leite (OAB/SP nº 168.881-B); Luís Justiniano Haiek Fernandes (OAB/SP nº 119.324); Wladimir Antonio Ribeiro (OAB/SP nº 110.307); Lucas Cherem de Camargo Rodrigues (OAB/SP nº 182.496); João Falcão Dias (OAB/SP nº 406.577); Joyce Lima**

Santos (OAB/SP nº 451.758); Pedro Bandeira Lins Lunardelli (OAB/SP nº 466.850).

- Paulo Luis Capelotto (OAB/SP nº 47.259).

**Instrução: 8ª DF**

Em exame no **TC-17956.989.22-2** a **Inexigibilidade de Licitação** e os decorrentes **Formulários de Pedido** assinados em **25/03/2022**, no **valor total geral de R\$ 69.999.359,86**, entre a **Fundação Butantan** e a empresa **SAP Brasil Ltda.**, objetivando a **implementação dos módulos da Solução de ERP SAP S/4 HANA – Serviços SAP Cloud (Sistema Integrado de Gestão Empresarial de propriedade da empresa SAP)**:

**1- Formulário de Pedido do SAP Services - nº de referência da SAP 304258339**, em vigor a partir de **22/03/2022** até a conclusão ou rescisão de todos os Serviços previstos - **Valor total: R\$ 45.675.389,97 – Descrição/Principais Serviços: SAP S4HANA; Treinamentos CST; Gestão de Mudança; SAP Enable Now** (evento 1.9 - item 5 – fl. 9).

**2- Formulário de Pedido do SAP Services - nº de referência da SAP 304367276**, em vigor a partir de **22/03/2022** até a conclusão ou rescisão de todos os Serviços previstos – **Valor total: R\$ 23.393.687,00 – Descrição/Principais Serviços: SAP S4HANA Ariba Fieldglass Onda 2** (evento 1.10 – item 5 – fl. 4).

**3- Formulário de Pedido para os Serviços SAP Cloud - nº de referência da SAP 013320000032** – Vigência de **11/04/2022 a 10/04/2025 (36 meses)** – com renovações automáticas de **36 meses** - item 2.2.2 – **Valor total: R\$ 930.282,89 - Descrição/Principal Serviço: SAP Enable Now Cloud Edition** (evento 1.11 – item 2.1 – fl. 2).

No **TC-18050.989.22-7** está em análise a respectiva **Execução Contratual**, tendo sido realizada a **1ª Inspeção** na data de **15/09/2022** (evento 28.4).

Registre-se que a **aquisição** do mencionado **Sistema ERP SAP** é objeto do **TC-8910.989.22-7**, no qual estão em instrução outra **Inexigibilidade de Licitação** e respectivos **Formulários de Pedido**, os quais totalizam o valor de **R\$ 91.231.375,17**. A **execução** desses ajustes é apreciada no **TC-8998.989.22-2**.

A 8ª DF, em seu relatório contido no evento 34.2 do **TC-17956.989.22-2**, efetuou os seguintes apontamentos:

- A **Fundação Butantan**, por sua **natureza jurídica**, de **direito privado**, e **classificação** nesta **Corte** como **Fundação de Apoio** (TC-13449/026/12), deveria ter observado a **obrigatoriedade de licitação**, com base na **Lei nº 8666/93**, para aquisições relacionadas à sua **atividade-meio**, caso do processo em exame (***implantação dos serviços atinentes à contratação de software de gestão empresarial***). Ocorre que o **Departamento Jurídico** da Origem, em seu **Parecer**, considerou o objeto em tela como atinente à sua **atividade-fim** e pautou-se pelo **Regulamento de Compras** (*Parecer Jurídico - evento 1.6, fl. 2, antepenúltimo parágrafo, c/c Regulamento de Compras - artigo 47 - Anexo 01, fl. 20*);

- Quando da instrução da contratação da **aquisição dos softwares** (**TC-8910.989.22-7**) foi assinalado que quaisquer adaptações do Sistema às necessidades específicas da **Fundação** seriam realizadas pela sua equipe, mediante capacitação ou contratação externa. Ocorre que tal informação difere do que consta nos autos (evento 1.3, fl. 8/9). Houve, portanto, a previsão para customizações, sem, no entanto, haver reserva financeira correspondente. Questionada quanto às diferenças mencionadas a Origem informou (evento 24.5) que *“Eventuais customizações descritas no contrato, foram absorvidas no custo do projeto, não havendo orçamento em separado”*.

- Tanto a **Lei nº 8.666/93** (artigo 25, inciso I) quanto o citado **Regulamento de Compras** (art. 10, *caput* e inciso I) são claros ao afirmar que a **Inexigibilidade** se aplica quando houver **inviabilidade de competição**, não se tratando, todavia, do caso em apreço. Quando da instrução para contratação do **software** (**TC-8910.989.22-7**, evento 31.12, item 7) foi consignado que embora a própria **Fundação**, em seu Parecer Jurídico (evento 1.3, fl. 4, 3º tópico), tenha reconhecido a existência de outras soluções de mercado, ela não cogitou promover uma concorrência. Assim, as mesmas críticas aplicadas quando do exame daqueles autos (**aquisição do software**) aplicam-se aos ajustes agora apreciados (**implementação e prestação de serviços pertinentes ao mesmo Sistema**), pois indissociáveis os processos.

- Observa-se que dentre as outras empresas presentes no mercado há empresas nacionais, indicando que a escolha pela contratação sem um

certame pode ter ensejado a renúncia a produto produzido no País, contrariando o **artigo 3º, § 2º, inciso II, da Lei nº 8.666/93**;

- Alega a **Fundação Butantan** que os diversos fatores de complexidade levaram à escolha da **SAP** para a implementação da solução contratada. Todavia, não há como considerar que as demais empresas e profissionais não sejam qualificados para atender a demanda quando não foi concedida a oportunidade para que tais empresas pudessem apresentar suas qualificações. Apesar de ser inegável a sua “expertise” a própria **SAP**, em seu portal eletrônico (<https://www.sap.com/brazil/partner.html> c/c o contido no evento 34.12 - Anexo 10), disponibiliza os parceiros por ela habilitados a prestarem serviços especializados, não havendo, dessa forma, que se falar em inexigibilidade de licitação para os serviços em tela;

- No **Parecer Técnico-Jurídico** também se considerou como fundamento da **Inexigibilidade de Licitação** a existência de **Certidão** emitida pela **Associação Brasileira das Empresas de Software – ABES** (evento 1.6, fl. 5 c/c evento. 1.7). Todavia, esse documento somente comprova que a **SAP** é a única autorizada a comercializar, licenciar, distribuir e prestar serviços relativos aos programas de computador de sua propriedade, significando que qualquer outro fornecedor também obteria **Certidão da espécie** relacionada aos seus próprios programas;

- A falta de pesquisa de preços de mercado e a demasiada especificidade do objeto inviabilizaram qualquer ponderação quanto à adequação do montante contratado. Outras empresas que também fazem a implantação da ferramenta poderiam servir de subsídio a uma pesquisa de preços. O **Departamento Jurídico da Fundação Butantan**, repisando o equivocado entendimento de que se tratava de **Inexigibilidade de Licitação**, registrou como **justificativa do preço** adotado a **Declaração do Fornecedor** de que as condições ofertadas seriam compatíveis com a média dos preços por ele praticados atualmente (evento 1.6, fl. 5, último parágrafo, e fl. 6);

- Quando da análise do **Contrato principal para aquisição do Sistema (TC-8910.989.22)** foi ressaltada a (evento 31.12, item 15, fl. 8) a definição de **Contrato de Adesão**, como aquele que se apresenta com todas as cláusulas pré-dispostas por uma das partes, cabendo à outra, o aderente (no caso a **Fundação Butantan**), somente a alternativa de aceitar ou repelir a avença. Evidenciada, assim, no âmbito da

Administração Pública e dos ajustes assinados pela **Fundação Butantan**, uma verdadeira inversão de interesses, prevalecendo o privado sobre o público;

- Consta dos autos que os **Formulários de Pedido** seriam regidos e incorporariam os seguintes documentos, os quais, em conjunto, foram denominados de "**Contrato**" (ev. 1.11. fls. 1/2): **1) Termos e Condições Suplementares para o Serviço Cloud; 2) Política de Suporte para os Serviços SAP Cloud; 3) Acordo de Nível de Serviço (Service Level Agreement) para os Serviços SAP Cloud ("SLA"); 4) Contrato de Processamento de Dados para os Serviços SAP Cloud; 5) Termos e Condições Gerais para os Serviços SAP Cloud ("TCG")**. Nos **Termos e Condições Suplementares para o Serviço Cloud** (anexo 05, fl. 1) consta que "**1.3 - O Serviço Cloud será descontinuado e deixará de estar disponível após 31 de dezembro de 2030** e, não obstante os termos em contrário estabelecidos no Contrato, a **subscrição do Serviço Cloud pelo Cliente não se estenderá além de 31 de dezembro de 2030**". Observa-se de outro subitem que: "**2.4 - O Cliente é responsável por toda a instalação, o gerenciamento e o suporte de todas as Modificações e Add-ons (para os fins deste parágrafo, Add-ons excluem os Add-ons disponibilizados como Serviço Cloud SAP ERP PCE). Cabe ao Cliente testar e resolver problemas de código-fonte, compatibilidade, vulnerabilidades de segurança ou outros conflitos possivelmente decorrentes de Modificações e Add-ons autorizados nos termos deste Contrato e quaisquer patches ou soluções alternativas ou outras alterações disponibilizadas pela SAP para o Software do Serviço Cloud em tempo hábil**". Essas cláusulas indicam que **em poucos anos pode ser necessário novo investimento, ainda que parcial, para manter o funcionamento total dos serviços contratados**. A prevalência dos interesses da empresa também resta evidenciada em outros trechos dos documentos mencionados: **Política de Suporte para os Serviços SAP Cloud – subitem 5.1 (evento 34.8 - anexo 6, fl. 6); Data Processing Agreement for Cloud Services – subitem 2.3.2 (evento 34.10 - anexo 8, fl. 2); Termos e Condições Gerais Para Serviços Cloud ("TCG") – subitem 14.10 - (evento 34.11 - anexo 9, fl. 11); assim do próprio Formulário de Pedido para os Serviços SAP Cloud - nº de referência da SAP 013320000032 - subitem 2.3. Uso Excedente (evento 1.11, fl. 2) e item 3 - Pagamento e Faturas, subitens 3.2. Reajuste e 3.3. Pagamento**. Ainda que o **Departamento Jurídico** da Origem tenha afirmado inexistir óbice jurídico à assinatura dos ajustes (evento 1.6, fl. 8, segundo parágrafo) as condições contratuais, dentre outras, indicam que todas as salvaguardas previstas beneficiam mais a contratada **SAP**, o que pode oferecer sério risco à normalidade operacional da **Fundação Butantan**, que é responsável pela produção e distribuição de vacinas ao **Ministério da Saúde**;

- As penalidades da **SAP** estão colocadas em cláusulas dispersas nos **Termos e Condições Gerais para Serviços Cloud e Serviços Profissionais – TCG** (evento 34.11 - anexo 9), além das previstas nos Contratos (*Cláusula 9 do Contrato nº 304258339 - evento 1.9; Cláusula 9 do Contrato nº 304367276 - evento 1.10; Cláusula 3.4 do Contrato nº 01332000032 - evento 1.11*). A **Cláusula 9.7** (evento 1.9, fl. 10; evento 1.10, fl. 5) reforça não só o caráter de Contrato de Adesão como também desfavorece a **Fundação** na medida em que **limita a aplicação de penalidades à empresa SAP em no máximo 10% do valor do Contrato** (*“9.7. A soma de todas as multas eventualmente aplicadas à SAP não poderá ser superior a 10% (dez por cento) do valor inicial do Contrato.”*). Assim, à Origem resta somente concordar com eventuais prejuízos que ultrapassem esse percentual.

Quanto à **Execução Contratual - TC-18050.989.22-7 - a Equipe de Fiscalização**, no relatório pertinente à **1ª Inspeção**, realizada em **15/09/22** (evento 28.4), observou as seguintes falhas:

- A **data prevista de início dos serviços** era **04/04/2022** (evento 1.9, fl. 07 do **TC-17956.989.22-2**). Já o **cronograma de implantação** parte apenas de **02/05/2022** (evento 17.3, pág. 01, 5ª coluna), caracterizando, já de início, um atraso de **01 (um) mês**. Sendo que o prazo contratado da ferramenta é de **05 anos** (evento 1.7, fls. 1/42, item 2.1 do **TC-8910.989.22-7**), e considerando o valor pago de **R\$ 91.231.375,17** pela aquisição da licença do **Sistema ERP** (evento 1.8 do **TC-8910.989.22-7**), o prejuízo por conta desse atraso é da ordem de **R\$ 1.520.522,00 (custo mensal)**. Assim, **01 (um) mês** sem o uso da ferramenta tem um custo de oportunidade correspondente a esse valor. O prejuízo aumenta para mais de **R\$ 6.000.000,00 (R\$ 1.520.522,00 x 4 meses)** se considerarmos que o início do **projeto de treinamento e implantação (02/05/2022 – evento 17.3, pág. 01, 5ª coluna)** ocorreu apenas **04 meses após a data de início da licença do produto (31/12/2021 - evento 1.7, fl. 13, item 2.1 do TC-8910.989.22-7)**, denotando falha de planejamento e mal uso dos recursos;

- Analisando o **Cronograma** previsto para a **Fase 1** nota-se que até a data da **Inspeção nº 01** foram concluídas as etapas de **“Preparar”** e **“Explorar”**, cujas atividades constam no **Cronograma** como **100%** e **95% concluídas** (evento 17.3, pág. 01, linha 24; pág. 03, linha 02). A próxima etapa a ser iniciada a partir de **setembro de 2022** seria a etapa de **“Realizar”** (evento 17.3, pág. 03, linha 16). Observado também que algumas tarefas aparecem em atraso no cronograma, como, por exemplo, a atividade de **“Workshop de Design (B)”**, do item **Frente Controladoria** (evento 17.3, fl. 14, oitava linha, de baixo para cima), cuja tarefa

deveria ter sido **100% concluída no dia 01/09/2022**, mas estava com apenas **71%** de execução. Durante a fiscalização *in loco* obteve-se a informação de que essas datas são uma estimativa, e conforme o trabalho vai se aprofundando o cronograma é reavaliado, assim como algumas datas das próximas fases são reajustadas, alegando-se que os trabalhos estão ocorrendo dentro do prazo previsto;

- Não foram elaborados **cronogramas físico-financeiros detalhados**, referentes aos módulos abrangidos pelos **ajustes nº 304367276** e nº **01332000032**, situação que indica a falta de definição da periodicidade com a qual as etapas dos acordos devem ser cumpridas (evento 17.2, itens 2 e 3, fl. 05);

- Não havia ocorrido a instalação de nenhum Sistema do projeto, que estava, até final do período analisado, nas fases de **Preparar/Realizar**.

Assim, a **8ª DF** concluiu que o objeto contratual **não está sendo cumprido** em consonância com a **descrição do Edital e quantitativos/prazos previstos** inicialmente, acrescentando-se que o gestor dos Contratos não possui controle dos serviços prestados.

Por todo o exposto, **assino aos interessados o prazo de 15 (quinze) dias, nos termos do inciso XIII, do artigo 2º, da Lei Complementar nº 709/93**, para que possam apresentar suas alegações sobre as questões suscitadas nos autos.

Tratando-se de procedimentos eletrônicos, na conformidade da **Resolução nº 01/2011**, o acesso aos processos, em sua íntegra, poderá ser realizado mediante regular credenciamento no Sistema de Processo Eletrônico – e.TCESP, na página [www.tce.sp.gov.br](http://www.tce.sp.gov.br).

Publique-se.

Ao **Cartório**, para as providências cabíveis.

Voltem os autos pela **PFE e MPC**.

GC, em 20 de outubro de 2022.

**CRISTIANA DE CASTRO MORAES**

**Conselheira**

CÓPIA DE DOCUMENTO ASSINADO DIGITALMENTE POR: CRISTIANA DE CASTRO MORAES. Sistema e-TCESP. Para obter informações sobre assinatura e/ou ver o arquivo original acesse <http://e-processo.tce.sp.gov.br> - link 'Validar documento digital' e informe o código do documento: 4-79MH-9NZ4-5YHK-3REL

