TC nº 72-000.707.10-06

2º JULGADO

RECURSOS. PFM. VOLUNTÁRIO. Decisão que julgou procedente a representação em face do Pregão. PRODAM. Uso de Ata de RP. Aquisição de impressoras e aparelhos multifuncionais. Licitação retomada. CONHECIDOS. PROVIDOS. Votação unânime.

1º JULGADO

REPRESENTAÇÃO. PREGÃO. REGISTRO DE PREÇOS. PRODAM. Aquisição de impressoras e aparelhos multifuncionais. CONHECIDA. Votação unânime. PROCEDENTE. Votação por maioria.

TC citado: 72.000.747.10-12.

Transitado em julgado em 27.08.2010

2º JULGADO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, ora em grau de recurso, dos quais é Relator o Conselheiro Maurício Faria.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, em conhecer dos recursos interpostos, em razão do preenchimento dos requisitos de admissibilidade.

CONSIDERANDO que a declaração do fabricante exigida no item 8.2.7 do edital do Pregão Eletrônico 01.001/10, embora seja revestida de inadequação por ser vedada a exigência de qualquer documento que configure compromisso de terceiro alheio à disputa, pode constituir uma regra a ser aplicada em casos excepcionais e justificados, como por exemplo um período de escassez ou de pirataria em determinado mercado;

CONSIDERANDO que, como bem trilhou a Assessoria Jurídica de Controle Externo desta Corte ao destacar um aspecto diferenciado nas especificidades do campo da tecnologia da informação, a própria doutrina e jurisprudência, deparando-se diante dessa realidade, vêm apresentando diferentes

entendimentos sobre a legitimidade da referida exigência, visando a assegurar os compromissos do fabricante quanto à autenticidade, escala de fornecimento, assistência técnica e garantia dos equipamentos e dos insumos;

CONSIDERANDO que, no caso concreto, houve a participação de mais de duas dezenas de interessados, indicando que o item restritivo do edital, embora desconforme com a letra da lei, não teve como efeito a minimização do número de participantes, bem como que inexistiu, durante o andamento do procedimento licitatório, impugnação pelos demais interessados, em número superior a vinte,

ACORDAM, ademais, à unanimidade, quanto ao mérito, em dar-lhes provimento, prestigiando, inclusive, a boa-fé demonstrada pela Empresa de Tecnologia da Informação e Comunicação do Município de São Paulo – Prodam-SP S.A., e considerando o risco iminente de prejuízo ao interesse público, permitir a retomada e finalização da licitação correspondente ao Pregão Eletrônico 01.001/10.

Participaram do julgamento os Conselheiros Antonio Carlos Caruso – Revisor e Eurípedes Sales.

Ausente o Conselheiro Presidente Edson Simões, por motivo previamente justificado.

Presente a Procuradora Chefe da Fazenda Substituta Maria Hermínia Penteado Pacheco E Silva Moccia.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 28 de julho de 2010.

Roberto Braguim – Vice-Presidente no exercício da Presidência.

Maurício Faria – Relator.

RELATÓRIO

Em julgamento os recursos interpostos pela Prodam – Empresa de Tecnologia da Informação e Comunicação do Município de São Paulo e pela Procuradoria da Fazenda do Município de São Paulo, cujos conteúdos se insurgem contra a decisão proferida na Sessão Plenária de 16 de junho do ano corrente, a qual, por maioria de votos, julgou procedente a presente Representação, cujo objeto contesta a legalidade da cláusula 8.2.7 do edital do Pregão Eletrônico Prodam nº 01.001/10.

Devolvendo a matéria, ambos os recursos buscam a reforma do julgamento proferido pelo Órgão Pleno desta Corte em seu primeiro juízo de apreciação, e assim o fazem por elementos que realçam a dificuldade enfrentada

atualmente pela Administração em razão da paralisação do certame, mas sem deixar de lastrear o conteúdo versado em matéria de direito e, inclusive, nas mesmas bases do quanto já exaustivamente debatido na instrução do feito. É, pois, nesse sentido, que volta à tona a alegação da Representante quando afirma a ilegalidade de item que se traduz em *'carta de solidariedade'* entre as licitantes e seus fornecedores, condicionando a participação de interessados à obrigação de terceiros que são alheios à disputa.

As razões de recurso da Procuradoria da Fazenda Municipal encamparam as manifestações lançadas pela Origem às fls. 225/233. Já as razões de recurso da Prodam ressaltaram o que segue: -

> *'As solicitações elencadas no Edital do Pregão 01.001/10 fizeram-se necessárias por razões de ordem técnica, visando à comprovação da capacitação do licitante em realizar a venda e prestar suporte técnico, bem como à comprovação da capacidade técnica do fabricante em atender a todas as condições de garantia exigidas.'*
>
> *'Estes elementos asseguram à Administração confiabilidade na empresa fornecedora, reforçando o vínculo do fabricante com a licitante.'*
>
> *- '... a Carta do Fabricante é de fácil alcance a inúmeras empresas, até porque o fabricante somente se negará a fornecer carta ao licitante, ratificando a garantia e o fornecimento, quando este não se mostrar sólido e confiável o suficiente, circunstância que por si só implicará em motivo de preocupação e questionamentos pela Administração.'*
>
> *- A inexistência de prejuízo para a licitação, tendo em vista a participação de 23 empresas, e a forma adequada e elaborada pela qual se versou sobre questões técnicas no tempo em que ocorreram questionamentos acerca do edital.*
>
> *- A orientação de diversas unidades administrativas, inclusive de Tribunais de Contas, caminha nesse sentido de exigir declaração do fabricante como forma de assegurar os interesses da Administração.*
>
> *- A empresa CNC Solutions, Tecnologia da Informação Ltda. utilizou-se da Representação para prejudicar a continuidade da licitação, depois de ter sido desclassificada do certame.*

Reforçando esclarecimentos quanto à importância da licitação para a municipalidade, a Prodam protocolou adendo ao seu recurso explicitando aspectos mais amplos, porém correlatos, que abarcam o registro de preços para impressoras e aparelhos multifuncionais. Para tanto, argumentou que esta ação está atrelada ao objetivo estratégico de tornar-se prestadora do serviço de "outsourcing" de impressão para as diversas unidades da Administração, assumindo a responsabilidade de otimizar e fornecer recursos para a impressão atendendo às diferentes necessidades, incluindo não só os equipamentos, mas, também, os suprimentos e a gestão dos serviços.

Neste particular, salientou que *'o prestador privado deste serviço almeja sempre maior volume de cópias impressas, pois seu lucro é diretamente proporcional a este número'*, e que *'de maneira inversa, o modelo proposto pela Prodam tem como objetivo, ao longo do tempo, a diminuição do volume de impressões, utilizando-se das facilidades de digitalização de documentos e o seu tratamento eletrônico'*.

Reafirmou a inexistência, no caso, de prejuízo à competitividade em razão da larga participação de empresas interessadas e, de outra parte, a inexistência de prejuízo para a própria Representante, tendo em vista que ela mesma não se deparou diante da alegada circunstância restritiva que é objeto da Representação, posto que participou da fase de lances para os cinco itens destinados à composição das respectivas atas e somente foi excluída do certame em razão da desclassificação de suas propostas, o que não foi motivo de contestação inclusive na Representação por ela produzida.

Finalizou suas considerações reiterando sua convicção na legalidade do subitem 8.2.7 do edital, por argumentos anteriormente lançados e, também, lastreando sua posição na doutrina de Marçal Justen Filho quando afirma:

> *'O edital, em licitação para compra, poderá estabelecer que somente poderão participar empresas fabricantes de produtos. Ou poderá determinar que quaisquer intermediários poderão participar, desde que apresentem compromisso de fornecimento por parte de fabricantes'*.

Nestes termos, houve por bem requerer a reforma da decisão que julgou procedente a Representação, mas lançou, ainda, requerimento excepcional de prosseguimento do certame em face da boa-fé na inclusão daquela regra seletiva de participação que, não raras vezes, já foi utilizada em editais com esse mesmo propósito de resguardar o interesse público, apresentando-se justificada em face das adversidades que emergiram diante de algumas indesejáveis contratações pela Administração ao lidar com fornecimentos tecnicamente inconsistentes e inconfiáveis.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo, por sua vez, registrou preliminarmente sua compreensão no sentido de que o requisito em discussão não se enquadra nas exigências de habilitação admitidas na legislação

aplicável à espécie, muito embora possa ser incluído dentre as condições a serem atendidas para assinatura do contrato.

Não obstante, reconheceu um sentido diferenciado quando se trata de especificidades voltadas ao campo da tecnologia da informação, registrando que fenômenos atuais, próprios de um mercado globalizado, permitem que produtos sejam facilmente montados com peças não originais, eliminando a garantia segura dada pelo fabricante, e que a própria doutrina e jurisprudência, deparando-se diante dessa realidade, vêm apresentando diferentes entendimentos sobre a legitimidade da exigência em debate.

Contextualizou ainda, como aspecto relevante, a demonstração da complexidade e abrangência dos serviços incluídos no desenvolvimento de "outsourcing" pela Prodam, numa escala que, nada menos, volta-se à ampla gestão estratégica que visa a colocar em prática a combinação de serviços de impressão com serviços de digitalização de documentos para toda a Administração Municipal.

Por fim, apontando a participação numerosa de empresas concorrentes, e apontando também a percepção de que, uma vez conhecidos os valores já propostos, não se deve desprezar a hipótese de majoração desses em novo certame, com prejuízo ao Erário, opinou, amparada nos princípios da finalidade, motivação e razoabilidade, pelo conhecimento e acolhimento parcial dos recursos interpostos, dando-se prosseguimento ao Pregão Eletrônico nº 01.001/10.

A Procuradoria da Fazenda Municipal manifestou-se pelo conhecimento e provimento integral dos recursos, em consonância com os argumentos por ela produzidos.

A Secretaria Geral invocou os princípios que norteiam o Direito Administrativo para opinar pelo prosseguimento do certame, considerando, ainda, a preservação da competitividade e os demais argumentos lançados pela Senhora Assessora Subchefe de Controle Externo.

É o relatório.

VOTO

Embora seja claro que o conteúdo ora versado trata do que já foi largamente debatido em todas as fases do processo, uma circunstância inusitada conduz forçosamente a um primeiro registro, antes de quaisquer outras considerações.

O fato é que toda a abordagem de legalidade ou ilegalidade do subitem 8.2.7 surge a partir da maneira como o dispositivo foi reproduzido na inicial da Representação, desencadeando, nos termos lançados, toda uma discussão em que caberia diferenciar garantia de fornecimento e garantia do

produto, indagando se a exigência gera ou não obrigação de terceiros que são alheios à disputa, o grau de responsabilidade do signatário da carta, e outros temas correlatos.

A bem da verdade, essa base para desenvolvimento dos temas surgiu efetivamente da transcrição lançada na peça inaugural da Representação, fl. 04, quando assim escreveu:

> *'8.2.7 – Caso a licitante não seja fabricante do equipamento ofertado, deverá apresentar declaração do fabricante do equipamento, assegurando fornecimento e a garantia. Permanecem inalteradas as demais informações.'*

Todavia, causa espécie o fato de que este não é o texto que se extrai da mesma cláusula 8.2.7 do edital, juntado como peça instrutória necessária à Representação, pois temos que, à fl. 46, a redação é a seguinte:

> *'8.2.7 Caso o proponente não seja fabricante do equipamento ofertado, deverá ser apresentada declaração do fabricante direcionada para este certame, com a assinatura do representante legal com firma reconhecida e procuração dando poderes para estar assinando as mesmas.'*

Na medida em que os termos da regra do edital realmente correspondem a esta última formulação, esse verdadeiro tumulto nos conduz a outros enfrentamentos.

O primeiro deles diz respeito à hipótese de eventual artifício da Representante. Neste ponto, entendo que tal apuração somente deverá eventualmente surgir em momento oportuno, prestigiando ampla oportunidade para as considerações da Representante acerca dessa hipótese. No momento, salvo melhor juízo de meus pares, penso que não se deve inverter a ordem de prioridades, e a noticiada iminência da falta de impressão como suporte à prestação do serviço público e às atividades administrativas municipais lança um desafio importante de superação para a licitação em voga.

O segundo ponto diz respeito ao espaço de interpretação que se pode extrair da verdadeira cláusula que, concretamente, definiu a regra de participação, prescrevendo que *'caso o proponente não seja fabricante do equipamento ofertado, deverá ser apresentada declaração do fabricante direcionada para este certame'.*

Ora, não há como deixar de perceber certa generalidade no termo *'declaração do fabricante'*, e entendo que isso também contribuiu para alargar, ou mesmo desfocar, algumas abordagens lançadas à compreensão do tema.

Por premissa, o que deve servir de norte para todas as variantes que possam advir da problemática exposta é a busca da Administração em resguardar a aquisição de produtos originais, a prestação de suporte técnico adequado e a garantia dos produtos adquiridos, bem como seu fornecimento na escala pretendida.

Se esse é o mote principal, a propalada declaração do fabricante poderia inclusive, nos termos da redação original do subitem 8.2.7, desdobrar-se em exigência que se volta simplesmente para o atestado de autenticidade do produto, o que é absolutamente pertinente e aceito, e alcança também a preocupação de eventual comprometimento da garantia em razão da possível presença de produto não genuíno.

Independente dessa abordagem, que, em larga medida, contemplaria as importantes preocupações que buscam evitar a vulnerabilidade da Administração diante de indesejáveis contratações de equipamentos de informática desprovidos de confiabilidade, surge, como terceiro ponto, a necessidade de voltar à discussão na forma que é proposta nos termos recursais. Isso ocorre para que não se alegue qualquer prejuízo e, também, pelo sentido que se deve conferir às próprias competências desta Corte de Contas, ao promover uma análise que não se resume em mera ação julgadora de constatação da observância da literalidade expressa da lei, mas sim se lança numa análise de conformação do adequado sentido da norma, prestigiando a juridicidade e a racionalidade da ação estatal, como perspectivas do controle externo.

Sob esse prisma, entendo parcialmente procedentes as razões recursais aduzidas.

A parte que considero desatendida de conformação legal se consubstancia nas alegações de que a exigência da declaração se destina à comprovação da capacidade técnica do fabricante, e também de que se presta a conferir confiabilidade na empresa fornecedora, reforçando o vínculo do fabricante com a licitante. Parece-me que realmente essas alegações extrapolam o permissivo legal, configurando exigência de compromisso de terceiro alheio ao certame.

Se a declaração exigida no edital voltar-se a um compromisso de disponibilidade de fornecimento por parte do fabricante, reconheço, em termos genéricos e abstratos, a inteligência da Súmula nº 15 do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, quando afirma que:

> *Súmula 15 TCE – Em procedimento licitatório, é vedada a exigência de qualquer documento que configure compromisso de terceiro alheio à disputa.*

Tal vedação visa a tolher a possibilidade de que fabricantes selecionem indevidamente os intermediários aos quais darão o termo de compromisso de fornecimento, restringindo assim o universo de possíveis licitantes.

Todavia, neste particular, sirvo-me da própria referência sumulada para iniciar os destaques que me conduzem à parte que acolho como razões recursais, identificadas no caso concreto. Assim o faço porque, embora entendendo adequada a abordagem que afasta, em princípio, a exigência do compromisso de terceiros, não se pode negar que, em casos excepcionais e justificados, como por exemplo um período de escassez ou de pirataria em determinado mercado, a inflexibilidade na aplicação da regra representaria um maior distanciamento do interesse jurídico que se busca tutelar.

No caso presente, cujo objeto é a aquisição de produtos de informática, bem trilhou a Assessoria Jurídica ao destacar um aspecto diferenciado nas especificidades do campo da tecnologia da informação, e que a própria doutrina e jurisprudência, deparando-se diante dessa realidade, vêm apresentando diferentes entendimentos sobre a legitimidade da exigência em debate, visando a assegurar os compromissos do fabricante quanto à autenticidade, escala de fornecimento, assistência técnica e garantia dos equipamentos e dos insumos.

É bem verdade que, como também foi lançado pela Assessoria Jurídica, tal exigência não se enquadraria, a meu ver, nos requisitos de habilitação, mas é absolutamente pertinente a preocupação e pode ela ser atendida pela inclusão desses requisitos dentre as condições a serem atendidas para assinatura do contrato. Extrai-se desse particular, porém, o fato de que não houve por parte dos diversos Tribunais de Contas, ou mesmo do próprio Poder Judiciário, uma definição clara de Regência, o que reforça o elemento de boa-fé dos organizadores da licitação e o reconhecimento de valor juridicizável que se lhe deve emprestar.

Por fim, entendo altamente relevante a informação que contextualiza a disponibilidade da Ata de Registro de Preço em relação ao objetivo estratégico de tornar-se a Prodam uma prestadora do serviço de "outsourcing" de impressão para as diversas unidades da Administração, assumindo a responsabilidade de otimizar e fornecer recursos para a impressão nas diferentes necessidades de reprodução de documentos, incluindo não só os equipamentos, mas, também, os suprimentos e a gestão dos serviços.

O *"outsourcing"* no modelo tradicional de mercado tem sua margem de ganho voltada para a expectativa de grande produção de cópias. Porém, o modelo que se traduz em política pública e é agora introduzido pela Prodam visa a realizar e oferecer esse mesmo aparato de impressão que já é contratado por diversas unidades da Prefeitura e, não obstante, introduzir nova cultura administrativa desestimuladora da impressão de cópias, valorizando, em especial, o processo de digitalização de documentos.

Ainda em relação ao Pregão Eletrônico Prodam nº 01.001/10, cumpre paralelamente destacar o sentido válido já apontado por este Tribunal em outros julgados, quando interpreta o gerenciamento da ata e a

adequada centralização de demandas como algo que possibilita um melhor poder de negociação e ganho de escala.

Por fim, ressalto que, sendo a finalidade maior daquela norma, que veda na licitação a exigência de compromisso de terceiros, ampliar o universo de licitantes e a competição entre eles, verificou-se, no caso concreto, a participação de mais de duas dezenas de interessados, indicando que o item restritivo do edital, embora desconforme com a letra da lei, não teve como efeito a minimização do número de participantes, bem como destaco a inexistência, durante o andamento do Pregão, de impugnação pelos demais interessados, em número superior a vinte.

Sendo assim, conheço dos recursos interpostos em razão do preenchimento dos requisitos de admissibilidade e, no mérito, dou-lhes provimento, com base na parcela de razões acolhidas e supradispostas, prestigiando, inclusive, a boa-fé demonstrada pela Origem, e considerando o risco iminente de prejuízo ao interesse público, permitindo a retomada e finalização da licitação correspondente ao Pregão Eletrônico Prodam nº 01.001/10.

1º JULGADO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, devolvidos na presente sessão pelo Conselheiro Eurípedes Sales, após vista concedida na 2.490ª S.O., ocasião em que votaram os Conselheiros Antonio Carlos Caruso – Relator e Maurício Faria – Revisor.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, em conhecer da representação formulada pela empresa CNC Solutions, Tecnologia da Informação Ltda., por preenchidos os pressupostos regimentais de admissibilidade.

ACORDAM, ademais, por maioria, pelos votos dos Conselheiros Antonio Carlos Caruso – Relator, bem como pelos votos dos Conselheiros Maurício Faria – Revisor e Roberto Braguim, no mérito, em julgá-la procedente, tendo em vista ser ilegal a exigência do item 8.2.7 do edital do Pregão Eletrônico 01.001/10, processado pela Empresa de Tecnologia da Informação e Comunicação do Município de São Paulo – Prodam-SP S.A.

Vencido, em parte, o Conselheiro Eurípedes Sales, consoante notas taquigráficas insertas nos autos, que manteve o edital em seu texto original.

ACORDAM, afinal, à unanimidade, em determinar o envio de ofício, acompanhado de cópia do presente Acórdão, à representante e à

representada, nos termos do artigo 58 do Regimento Interno desta Corte, com o posterior arquivamento dos autos.

Participaram do julgamento os Conselheiros Maurício Faria – Revisor, Roberto Braguim e Eurípedes Sales.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda Gianfrancesco Genoso.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 16 de junho de 2010.

Edson Simões – Presidente.

Antonio Carlos Caruso – Relator.

RELATÓRIO

Cuida-se de representação formulada pela empresa CNC SOLUTIONS, TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO LTDA., em face do edital do Pregão Eletrônico 01.001/10 da Empresa de Tecnologia da Informação e Comunicação do Município de São Paulo – PRODAM-SP S.A., cujo objeto é o registro de preços para a aquisição de impressoras e aparelhos multifuncionais.

Alega a representante ser descabida a exigência do item 8.2.7 do ato convocatório que dispõe: *"Caso a licitante não seja fabricante do equipamento ofertado, deverá apresentar declaração do fabricante do equipamento, assegurando fornecimento e a garantia."*

Determinei à Assessoria Jurídica de Controle Externo que analisasse o pleito com urgência, tendo em vista que, diante do descompasso da representação ter sido protocolada no Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, redirecionada ao TCM por aquele sodalício, a licitação em tela já estava em fase de adjudicação e homologação.

A Sra. Assessora Subchefe manifestou-se, às fls. 88/89, no sentido da procedência do questionamento, posto que envolve terceiro alheio ao procedimento licitatório.

Destacou que tal exigência foi repudiada em decisões anteriores deste Tribunal, sendo, também, contestada pela doutrina.

Isto posto, determinei "ad cautelam" a suspensão do certame e intimação dos responsáveis na PRODAM para justificativas e esclarecimentos.

Instada, a empresa pública pronunciou-se às fls. 120 e seguintes, propugnando pela justeza da norma editalícia, eis que se destina a *"assegurar o fiel cumprimento das obrigações assumidas pela empresa vencedora".*

Examinando as defesas apresentadas, a Coordenadoria II e a Assessora Jurídica de Controle Externo entenderam não procedentes as razões apresentadas pela Origem.

A seu turno, a PFM defendeu a exigência editalícia, concluindo pela improcedência da representação.

Encerrando a instrução processual, a Secretaria Geral opinou pela procedência da representação.

Consigno que os técnicos do Tribunal e a Procuradoria da Fazenda Municipal manifestaram-se pelo conhecimento da representação, posto que preenchidos os pressupostos regimentais de admissibilidade.

É o relatório.

VOTO

Conheço da representação formulada por CNC SOLUTIONS, TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO LTDA.; posto que preenchidos os pressupostos regimentais de admissibilidade.

Com fundamento nas manifestações da Assessoria Jurídica de Controle Externo e da Secretaria Geral, as quais adoto como razão de decidir, VOTO pela sua procedência, visto ser ilegal a exigência do item 8.2.7 do edital do Pregão Eletrônico 01.001/10, processado pela PRODAM.

Após o atendimento do preceituado no artigo 58 do Regimento Interno, arquivem-se os autos.