TC nº 72-001.028.07-96

ANÁLISE. PREGÃO. ATA DE RP. CONTRATO. PRODAM. Serviços para impressão departamental. Modalidade do Pregão compatível. Autorizado o prazo contratual de 36 meses. Serviços de natureza continuada. Permitida a utilização do sistema de registro de preços e a contratação do detentor do 2º preço. Viabilidade legal. Art. 15, I e II, Lei 8.666/93. Dec. 3.931/01. Dec. 4.342/02. Arts. 3º a 14, Lei Mun. 13.278/02. Arts. 26 a 36, Dec. Mun. 44.279/03. Art. 11, Lei Mun. 10.520/02. Art. 57, Lei 8.666/93. REGULARES. Votação unânime.

Legislação citada: Art. 15, I e II, Lei 8.666/93. Dec. 3.931/01. Dec. 4.342/02. Arts. 3º a 14, Lei Mun. 13.278/02. Arts. 26 a 36, Dec. Mun. 44.279/03. Art. 11, Lei Mun. 10.520/02. Art. 57, Lei 8.666/93.

TCs citados: 72.003.063.06-87 e 72.003.179.06-61.

2.650ª Sessão Ordinária

Transitado em julgado: 12.06.2013

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, 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 julgar regulares os instrumentos examinados.

ACORDAM, ademais, à unanimidade, em determinar o encaminhamento de ofício informativo do teor do presente Acórdão ao Ministério Público do Estado de São Paulo.

Participaram do julgamento os Conselheiros DOMINGOS DISSEI – Revisor e ROBERTO BRAGUIM.

Ausente o Conselheiro EURÍPEDES SALES, por motivo previamente justificado.

Presente a Procuradora Chefe da Fazenda MARIA HERMÍNIA PENTEADO PACHECO E SILVA MOCCIA.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 05 de dezembro de 2012.

EDSON SIMÕES
Presidente.

MAURÍCIO FARIA
Relator.

RELATÓRIO

Cuida o presente da análise do Pregão nº 09.004/05, realizado pela PRODAM, preordenado ao registro de preços de serviço de impressão departamental e do respectivo contrato, firmado com a empresa CTIS Informática Ltda.

A análise promovida pela Auditoria concluiu pela irregularidade dos instrumentos em razão da inadequada autuação do processo administrativo; da previsão editalícia de abertura dos envelopes de habilitação da primeira e segunda classificadas; da vigência contratual extrapolar o prazo legalmente previsto; da utilização do Sistema de Registro de Preços para serviços de prestação continuada; e de não constarem do edital todas as exigências legalmente previstas para a habilitação jurídica dos licitantes.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo endossou o apontamento de Aud relativo à inadequação do processo administrativo.

No que toca à possibilidade de abertura dos envelopes de habilitação das empresas primeira e segunda classificadas, entendeu irregular a disciplina editalícia, sob a alegação de que tal regra conflita com a regra do pregão que prevê a abertura do envelope de habilitação apenas da licitante classificada em primeiro lugar. Argumentou, ainda, que a hipótese conflita com o princípio da isonomia, porquanto não haveria critério objetivo para a contratação do primeiro ou do segundo preço registrados.

Entendeu igualmente irregulares a fixação do prazo contratual de 36 meses, bem como a utilização do Sistema de Registro de Preços para serviços de natureza contínua. Pontuou que os serviços não são habituais e rotineiros e que houve previsão exata dos seus quantitativos, o que por si só impediria o uso do referido sistema.

Quanto aos documentos de habilitação jurídica, concluiu que os mesmos foram exigidos pelo edital em consonância com a lei de regência, não havendo, neste caso, nenhuma impropriedade na conduta da Origem.

A Origem apresentou seus esclarecimentos, alegando em síntese que: o processo administrativo foi devidamente instaurado, sob o número PE-

09.004/05, dele constando os respectivos documentos sequencialmente numerados e rubricados pelo competente agente administrativo.

Quanto à abertura dos envelopes habilitação das licitantes classificadas em 1º e 2º lugares, informou que o fundamento legal encontra-se estampado no art.35, *caput*, e parágrafo único, do Decreto Municipal n. 44.279/03. No tocante ao apontamento da AJCE acerca do descumprimento do princípio da isonomia, em razão da alegada ausência de critérios para a escolha entre o 1º e 2º classificados, asseverou que o critério encontra-se no item 5.2, do Anexo III, do Edital, donde se pode inferir que o 2º classificado irá atender apenas na hipótese de o 1º classificado estar impossibilitado de fornecer o objeto em questão, visando, assim, garantir a continuidade dos serviços.

Acerca da incompatibilidade entre a modalidade do pregão e a sistemática de abertura de dois envelopes de habilitação, para fins de registro dos preços das empresas vencedoras em 1º e 2º lugar, consignou que *"a legislação (artigo 11 da Lei Federal 10.520/02) previu a possibilidade de utilização da modalidade de pregão para as compras e serviços quando efetuadas pelo Sistema de Registro de Preços. Assim, há que se conjugar as normas que tratam do Pregão e as normas que estabelecem o SRP para que estas vivam harmonicamente e para obter-se uma exata compreensão do tema aqui discutido. (...) Ora, se a Administração vai registrar o preço de duas empresas, há que se fazer a avaliação dos documentos de habilitação de ambas, já que não se pode contratar empresas sem que antes tenha analisado sua regularidade jurídica, técnica, econômico financeira e fiscal." (grifos originais).*

Invocou a busca pela economicidade para defender a vigência inicial do contrato por 36 meses. Argumentou que: *"Dentre os critérios utilizados na elaboração do termo de referência, no que diz respeito ao prazo contratual de 36 meses, vale explicar que foi exigida a impressão de documentos com fornecimento de equipamentos novos e sem uso e em linha de produção e também todos os insumos necessários como papel, toner, SW de controle, manutenção, etc. Isso indica que o fornecedor deveria fazer investimentos em aquisições ou mesmo leasing de equipamentos para satisfazer essa condição.*

"Os critérios de mercado em nível de melhores práticas indicam que esse bem é amortizado durante a vigência do contrato, e dessa forma os estudos e visitas a outras empresas que na época já utilizavam esse tipo de serviço demonstram que nos casos de impressoras a amortização está diretamente ligada à vida útil desse bem, que está em torno de 3 anos (trinta e seis) meses." (grifos originais).

Afirmou, ainda, que o fundamento legal para referido prazo contratual encontra-se insculpido no art. 57, IV, da Lei 8.666/93, que trata do prazo de vigência dos contratos que tenham por objeto o aluguel de equipamentos e a utilização de programas de informática. Nesse sentido, defendeu, ainda, a distinção entre o prazo da ARP e o prazo de vigência contratual, bem como a possibilidade da utilização do Sistema de Registro de Preços para serviços de natureza contínua.

Quanto aos quantitativos, que segundo a AJCE estariam absolutamente definidos, o que inviabilizaria a utilização do Sistema de Registro de Preços, asseverou que, conforme consta expressamente no respectivo Termo de Referência, as quantidades são estimadas.

A defesa trouxe também parecer da lavra do Prof. Antônio Carlos Cintra do Amaral, cujas conclusões apontam para a possibilidade de contratação pelo prazo inicial de 36 meses, bem como de o prazo contratual superar o prazo de validade da Ata de Registro de Preços.

A Auditoria, bem como a Assessoria Jurídica de Controle Externo, mantiveram suas conclusões pela irregularidade dos instrumentos, entendendo justificada, todavia, a questão relativa aos quantitativos estimados.

A Procuradoria da Fazenda Municipal requereu o acolhimento dos instrumentos *sub examine* e, em caráter sucessivo, na hipótese da rejeição dos mesmos, o reconhecimento dos seus efeitos financeiros.

A Secretaria Geral opinou pela regularidade dos instrumentos, manifestando-se expressamente pela possibilidade de contratação de serviços de natureza contínua por meio do Sistema de Registro de Preços, bem como pela legalidade da extensão da vigência do respectivo contrato por até 60 meses, uma vez que este não se confunde com o prazo de vigência da Ata de Registro de Preços. Entendeu habituais e rotineiros os serviços e estimadas as quantidades fixadas no edital. Quanto à possibilidade de abertura do envelope de habilitação da licitante classificada em 2º lugar, afirmou ser perfeitamente cabível tal procedimento face ao que estabelece o art. 35, *caput* e parágrafo único, do Decreto Municipal n. 44.279/03.

Destacou, por fim, que após encerrada a instrução do presente, sobreveio ofício do Ministério Publico do Estado de São Paulo, solicitando informações a respeito da existência de processo envolvendo a PRODAM e a empresa CTIS.

É o relatório.

V O T O

Ao longo da instrução processual apresentaram-se como causas impeditivas do acolhimento dos instrumentos *sub examine* as seguintes questões, as quais passarei a enfrentar pontualmente:

<u>Ausência de processo administrativo</u>

Entendo improcedentes os apontamentos da Auditoria e da Assessoria Jurídica de Controle Externo sobre o tema, em face dos esclarecimentos ofertados pela Origem.

De fato, restou demonstrado que foi instaurado um processo administrativo identificado pelo número PE-09.004/05, dele constando os respectivos documentos sequencialmente numerados e rubricados pelo competente agente administrativo, o que pode ser constatado pelos próprios documentos acostados aos autos.

Abertura dos envelopes para habilitação dos licitantes classificados em primeiro e segundo lugar.

A questão relativa à abertura dos envelopes de habilitação relaciona-se diretamente com a possibilidade de registrar dois preços numa mesma Ata.

Com efeito, o Sistema de Registro de Preços tem previsão no art. 15, II, da Lei Geral de Licitações e Contratos e no Decreto Federal n. 3.931/01, alterado pelo Decreto Federal n. 4.342/02. No âmbito municipal, encontra-se disciplinado pelos arts. 3º a 14, da Lei n. 13.278/02, bem como pelos arts. 26 a 36, do Decreto Municipal n. 44.279/03.

Originariamente referido sistema foi concebido como um instrumento preordenado a otimizar as compras realizadas pela Administração Pública. Por meio dele, uma vez licitada e selecionada a proposta mais vantajosa, o preço do objeto em questão fica registrado, podendo a Administração Pública dele dispor na oportunidade em que se fizer conveniente, desde que respeitado o prazo de validade da respectiva ata e confirmada a vantajosidade da proposta frente ao mercado.

O sistema sofreu modificações ao longo do tempo e hoje contempla não apenas as compras da Administração, mas também os serviços, desde que habituais e rotineiros, para os quais não se possa prever o exato quantitativo demandado, características estas necessárias não apenas aos serviços, mas também às compras.

Além dessa evolução, o Registro de Preços, que deveria ser necessariamente precedido de licitação na modalidade da concorrência, por força do art. 15, §3º, I, da Lei 8.666/93, passou a também poder ser precedido de licitação na modalidade do Pregão, conforme disposto no art. 11, da Lei 10.520/02, desde que seu objeto contemple bens e serviços comuns.

Partindo para o exame da questão ora colocada, cumpre também destacar que a legislação municipal, na esteira da legislação federal, permitiu o registro de mais de um preço para o mesmo objeto em função da capacidade de fornecimento ou de outro critério julgado conveniente, desde que previsto no

instrumento convocatório. É o que dispõe o art. 35, do Decreto Municipal n. 44.279/03.

Assim, desde que previsto no edital, mais de um preço poderá ser registrado para o mesmo objeto. A hipótese se apresenta em função da capacidade de fornecimento, ou outro critério a ser eleito diante das conveniências da Administração Pública, devidamente fixado no edital, e, por evidente, dentre dos limites da legalidade.

Em complemento a esta regra, afirma o parágrafo único do mesmo artigo que *"os fornecimentos por qualquer das detentoras somente ocorrerão mediante manifestação expressa de desinteresse pelas detentoras antecedentes com preços menores na ordem de classificação",* a significar que, qualquer que seja o critério eleito, a Administração só poderá deixar de contratar com o detentor do menor preço registrado no caso do seu expresso desinteresse.

Pois bem, a Origem, diante das suas necessidades, optou por lançar mão desta prerrogativa ao licitar os serviços em apreço, prevendo a abertura dos envelopes habilitação das licitantes classificadas em 1º e 2º lugares no pregão para registro de preços. Nesse sentido, fixou no item 5.2, do Anexo III, do Edital, que o 2º classificado irá fornecer os serviços apenas na hipótese de o 1º classificado estar impossibilitado de fornecê-los, visando, assim, garantir a sua continuidade.

Diante da previsão legal existente na legislação em vigor, bem como das regras editalícias e, ainda, dos esclarecimentos ofertados pela Origem, entendo impertinentes os apontamentos tecidos por Aud e pela AJCE.

Com efeito, o fato de o registro de preços *in casu* ter sido realizado por meio do pregão determina, necessariamente, a abertura dos envelopes habilitação das licitantes classificadas em 1º e 2º lugares.

No caso em pauta, de acordo com as regras editalícias, se o detentor do 1º preço registrado não vier a fornecer toda a demanda da Administração, o detentor do 2º preço registrado será convocado.

Note-se que a regra do parágrafo único, do artigo 35, do referido decreto municipal não foi ferida uma vez que, a Administração só poderá deixar de contratar com o detentor do menor preço registrado no caso do seu expresso desinteresse.

Assim, não vislumbro incompatibilidade entre a prerrogativa do art. 35 do Decreto Municipal nº 44.279/03 e a modalidade do pregão, bem como entendo que o edital fixou critério para a contratação do detentor do 2º preço registrado, qual seja, o não atendimento da demanda da Administração pelo detentor do 1º preço registrado, critério esse que não viola o princípio da isonomia, mas garante a preferência ao licitante classificado em 1º lugar.

SRP e os serviços de natureza contínua

Relativamente à questão da contratação de serviços de natureza continuada por meio do sistema de registro de preços, invoco as considerações tecidas no voto condutor dos TCs 3.063.06-87 e 3.179.06-61, onde expressou-se o entendimento pela viabilidade legal de utilização do Sistema de Registro de Preços para os serviços de natureza contínua.

Desta forma, reitero que a legislação municipal não excluiu do Sistema de Registro de Preços os serviços de natureza continuada. Os requisitos definidos pela Lei n. 13.278/2002 e pelo Decreto n. 44.279/2003 dizem respeito ao caráter habitual e rotineiro dos bens ou serviços almejados e à impossibilidade de previsão exata do quantitativo a ser demandado pela Administração, não fazendo qualquer referência à incerteza do momento da sua utilização.

Aliás, parece-me que o legislador municipal resolveu dissipar qualquer dúvida que, em sentido contrário, porventura pudesse ocorrer, quando estabeleceu, no parágrafo único do artigo 13 da Lei Municipal n. 13.278/2002, que "A expiração do prazo de vigência da ata de registro de preços não implica a extinção dos contratos dela decorrentes, ainda em execução".

Destarte, amparado pelo ordenamento jurídico e pela doutrina citada, não posso concordar com a conclusão a que chegou a Assessoria Jurídica de Controle Externo deste Tribunal, quando entendeu ser incompatível com o regime de registro de preços a possibilidade de contratação de serviços de natureza continuada e a consequente prorrogação do prazo de execução dos serviços até o limite de 60 meses.

Necessidade de especificação própria dos serviços para cada unidade administrativa

Sobre este aspecto, entendo pertinentes os esclarecimentos da Origem no sentido de que as especificações para cada serviço são comuns a todos os órgãos da PMSP, identificadas por um único documento, o Termo de Referência, e que a única variável é a quantidade de cada tipo de impressão que cada órgão necessita, o que permite a utilização do SRP.

Vigência contratual de 36 meses

O prazo inicial de vigência do contrato, fixado em 36 meses, com a possibilidade de prorrogação por até 48 meses também foi objeto de questionamento por parte dos Órgãos Técnicos desta E. Corte, sob a alegação de descompasso com o prazo estipulado no art. 57, da Lei 8.666/93.

Os argumentos apresentados pela Origem atendem, ao meu sentir, aos princípios da razoabilidade, e da economicidade, porquanto pautam-se em estudos das regras de mercado, na vida útil dos equipamentos exigidos pelo

edital e no prazo previsto para a amortização dos investimentos feitos nos equipamentos que, ao teor das regras editalícias, devem ser novos.

Nesse sentido, endosso as considerações tecidas pelo Ilustre Professor Antônio Carlos Cintra do Amaral, em parecer de fls. 571/594, ofertado pela empresa contratada para subsidiar sua defesa.

Pondera o referido Professor:

> *"A prestação de serviços contínuos pode exigir mera mobilização de mão-de-obra. Mas pode também exigir a realização de investimentos. Nas áreas de tecnologias e sistemas, esses investimentos podem ser vultosos. Nesses casos, a contratação de uma empresa por prazo curto seria inviável, ou, na melhor das hipóteses, anti-econômica. Ao formar os preços a serem propostos na licitação, a empresa interessada na contratação leva em conta, entre outros fatores, a relação entre o prazo de execução e a amortização dos investimentos. Se o prazo contratual inicial for inferior ao necessário à amortização dos investimentos, ela desistirá de participar da licitação. Ou, se participar, ofertará preço demasiadamente alto, o que a afastará da competição ou será desvantajoso para a Administração. A fixação de um prazo contratual inicial adequado far-se-á, portanto, 'com vistas à obtenção de preços e condições mais vantajosas para a Administração', como determina o inciso II do art. 57."* (fls. 584/585 – grifos originais).

Não se pode olvidar a afirmação feita pela Origem, e não contestada pela Auditoria, no sentido de que a fixação do prazo inicial de 36 meses, tendo como fundamento o prazo de amortização dos investimentos em equipamentos novos, em detrimento do prazo usual de 12 meses, representa uma economia para a Administração Pública de cerca de 15% do valor em questão.

Destaco, ainda, a aplicação, na hipótese ora em apreço, da regra insculpida no art. 15, III, da Lei 8.666/93, que determina que as compras, sempre que possível, deverão submeter-se às condições de aquisição e pagamento semelhantes às do setor privado.

A despeito do referido artigo versar sobre o tema compras, não vejo impedimento algum de sua aplicabilidade estender-se também aos serviços, a exemplo do que ocorre com o Sistema de Registro de Preços, uma vez que a incidência da regra sobre serviços não lhe desnatura a finalidade - a obtenção de propostas mais vantajosas para a Administração – tampouco ofende os princípios que norteiam a conduta da Administração Pública.

Nesse sentido, invoco as palavras de Marçal Justen Filho:

> *"Ainda que a Lei aluda apenas ao caso de registro para compras, não se pode vislumbrar alguma característica inerente quer à sistemática de registro, quer aos contratos de obras ou serviço, que inviabilize a generalização do sistema. O silêncio legislativo não pode, por isso, ser interpretado como vedação. Também não seria o caso de aplicar o princípio da legalidade da atividade administrativa, no sentido de que a ausência de autorização representa interdição à atuação. Muitas vezes inexiste autorização explicita, mas se pode extrair que o sistema normativo a outorga implicitamente." (in: Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, Renovar, 2005, p. 148)

Os argumentos lançados pela Origem para justificar o prazo contratual de 36 meses invocam regras de mercado para a amortização dos investimentos, pautadas na vida útil dos equipamentos, visando a obtenção de preços mais vantajosos para a Administração.

Assim, ainda que se entendesse impertinente a aplicação do mencionado dispositivo para a contratação de serviços, entendo que os princípios da razoabilidade e da economicidade autorizam a fixação do prazo inicial do ajuste por 36 meses, limitada que está a sua vigência total a 48 meses, albergado, portanto, seja pelo limite temporal previsto no inciso II como no inciso III do art. 57, da Lei n. 8.666/93.

A vista do quanto exposto, julgo regulares os instrumentos *sub examine.*

Determino o encaminhamento de Ofício ao Ministério Público do Estado de São Paulo informativo do teor da presente decisão.