EM TRAMITAÇÃO

TC nº 72-001.377.07-35

2º Julgado

RECURSOS. PFM. VOLUNTÁRIOS. Decisão que julgou irregulares os ajustes e aplicou multa. Aquisição de Servidores Blade. PRODAM-SP. Multa afastada, mantida no mais, a decisão recorrida. CONHECIDOS. Votação unânime. PROVIDOS PARCIALMENTE. Votação por maioria.

Legislação citada: Art. 7º, § 2º e 40, § 2º, I e II, Lei 8.666/93. Art. 7º, Dec. Mun. 46.662/05.

2.870ª Sessão Ordinária

1º Julgado

ANÁLISE. PREGÃO. CONTRATO. TERMO ADITIVO. PRODAM. Aquisição de "Servidores Blade". Ausência de orçamento detalhado. Irregularidades nos prazos contratuais e na garantia. TA IRREGULAR. Votação unânime. Contrato e pregão IRREGULARES. MULTA. Votação por maioria.

Legislação citada: Arts. 7º, § 2º; 29; 40, § 2º, I e II; 60, parágrafo único e 65, § 3º, Lei 8.666/93. Arts. 23 e 24 Lei 13.278/02. Art. 7º, Dec. Mun. 46.662/05. Lei 8.078/90. Arts. 19 e 52, II, Lei Mun. 9.167/80. Port. SG/GAB 01/2013-RITCMSP**.**

TC citado: 72.003.679.97-21

2.702ª Sessão Ordinária

2º Julgado

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, devolvidos na presente sessão pelo Conselheiro EDSON SIMÕES, após vista que lhe fora concedida na 2.857ª S.O., ocasião em que votaram os Conselheiros ROBERTO BRAGUIM – Relator e JOÃO ANTONIO – 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 dos recursos interpostos, por presentes os requisitos de admissibilidade previstos no artigo 140 do Regimento Interno desta Corte.

ACORDAM, ademais, quanto ao mérito, por maioria, pelos votos dos Conselheiros ROBERTO BRAGUIM – Relator, JOÃO ANTONIO – Revisor e DOMINGOS DISSEI, considerando a inexistência de argumentos novos aduzidos e ainda as conclusões aportadas pelo Núcleo de Tecnologia da Informação – NTI desta Corte de Contas, em dar-lhes provimento parcial apenas para afastar a multa imposta, improvendo-os no mais, ficando mantidos, assim, os remanescentes do V. Acórdão recorrido.

Vencido, no mérito, o Conselheiro EDSON SIMÕES que, consoante voto proferido em separado, negou provimento aos recursos interpostos.

Participaram do julgamento os Conselheiros JOÃO ANTONIO – Revisor, EDSON SIMÕES e DOMINGOS DISSEI.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda GUILHERME BUENO DE CAMARGO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 11 de maio de 2016.

MAURÍCIO FARIA
Vice-Presidente no exercício da Presidência

ROBERTO BRAGUIM
Relator

RELATÓRIO

Cuida-se de Recursos Voluntários interpostos pela Procuradoria da Fazenda Municipal - PFM, Empresa de Tecnologia da Informação e Comunicação do Município de São Paulo – PRODAM/SP e por Luiz Arnaldo Pereira da Cunha Júnior contra o v. Acórdão de fls. 267/268 que, por maioria, com voto de desempate, julgou irregulares o Pregão 12.008/05 e o Contrato CO-05.06/06, dele decorrente, lavrado para aquisição de servidores Blade, em face da ausência de orçamento detalhado em planilhas, com especificações dos itens que formaram o preço total estimado, em desobediência aos artigos 7º, § 2º[1] e 40, § 2º, incisos I e II[2], da Lei Federal 8.666/93 e 7º[3] do Decreto 46.662/2005.

---

[1] Art. 7º. (...) § 2º. As obras e os serviços somente poderão ser licitados quando: I - houver projeto básico aprovado pela autoridade competente e disponível para exame dos interessados em participar do processo licitatório; II - existir orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os seus custos

Ainda, por maioria, aplicou multa aos Ordenadores da Despesa e, à unanimidade, julgou irregular o Termo de Aditamento CO/TA-02.11/06, dada sua celebração ter ocorrido após encerrado o prazo contratual e pela falta de orçamento detalhado.

Em seu Recurso, a Procuradoria da Fazenda Municipal requereu a reforma da r. Decisão com o fito de serem acolhidos o Pregão, o Contrato e o Termo de Aditamento tornando-se insubsistente as multas cominadas aos agentes ou, ao menos, que fossem aceitos os seus efeitos financeiros, em nome do princípio da segurança jurídica e da ausência de dano ou prejuízo ao Erário.

Em relação ao Pregão e ao Contrato, fundamentada no voto proferido pelo Conselheiro Domingos Dissei, argumentou que o orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição dos seus custos unitários só é exigível em Licitações que envolvem a contratação de obras e de serviços e não de equipamentos de computador, como é o caso em debate, considerando regular a utilização do julgamento pelo menor preço global.

De outra parte, no que tange ao Termo de Aditamento, considerou formais as impropriedades apontadas, podendo ser relevadas ou convalidadas. Arguiu que houve descrição clara e precisa do objeto, não havendo necessidade dele referir-se ao que já estava descrito no Contrato e no Anexo IV do Edital. Invocou a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal para defender que "irregularidades formais, sanadas por outro meio, ou irrelevantes por sua natureza não anulam o ato que já criou direito subjetivo para terceiro". Bateu-se pela aplicação do princípio da razoabilidade para subsidiar sua argumentação.

A Empresa de Tecnologia da Informação e Comunicação do Município de São Paulo PRODAM/SP e Luiz Arnaldo Pereira da Cunha Junior, Ex-Diretor Presidente da empresa, interpuseram Recursos Voluntários, de idêntico teor, enfrentando os pontos da r. Decisão recorrida, na seguinte conformidade:

---

unitários; III - houver previsão de recursos orçamentários que assegurem o pagamento das obrigações decorrentes de obras ou serviços a serem executadas no exercício financeiro em curso, de acordo com o respectivo cronograma; IV - o produto dela esperado estiver contemplado nas metas estabelecidas no Plano Plurianual de que trata o art. 165 da Constituição Federal, quando for o caso.

[2] Art. 40. (...) § 2º. Constituem anexos do edital, dele fazendo parte integrante: I - o projeto básico e/ou executivo, com todas as suas partes, desenhos, especificações e outros complementos; II - orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários; (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

[3] Art. 7º. A fase preparatória do pregão será iniciada com a abertura do processo no qual constará: I - a deliberação da autoridade competente a que alude o inciso I do "caput" do artigo 3º deste decreto; II - os indispensáveis elementos técnicos atinentes ao objeto licitado; III - a requisição ou planilha de orçamento, que conterá os quantitativos e os valores unitários e totais do bem ou serviço, após efetuada a pesquisa de mercado; IV - a indicação de reserva de recursos orçamentários, exceto na hipótese em que a modalidade pregão for utilizada para Sistema de Registro de Preços; V - a minuta do edital, que conterá os elementos indicados na legislação federal e municipal relativa às licitações e contratos administrativos, bem como a minuta do termo do contrato, quando houver, aprovadas pelo setor jurídico da unidade promotora do certame, ou o modelo de edital e minuta de contrato padrão estabelecidos pela Secretaria Municipal de Gestão e aprovados pela Secretaria Municipal dos Negócios Jurídicos.

a) Defenderam que a escolha pela modalidade do menor preço global na Licitação afigurava-se correta e que não havia possibilidade de dissociar os componentes do objeto para comprá-los separadamente, porque a Contratante necessitava de uma solução única de Servidores Blade e havia diversas marcas no mercado que atendiam à solicitação, de modo que a elaboração de uma planilha de custos unitários mostrar-se-ia inócua;

b) Aduziram que o objeto da Licitação era a aquisição de uma solução de Servidores Blade com garantia, o que afastava a incidência dos artigos 7º, § 2º e 40, § 2º, incisos I e II, da Lei 8.666/93, citados pelo Relator, porque eles se referem apenas a obras e prestação de serviços;

c) Arguiram que as duas propostas apresentadas (da vencedora e da Itautec) não eram incomparáveis, pois ambas demonstravam o preço global do sistema de Servidores Blade;

d) Esclareceram que o acréscimo de 23,57% justificou-se pela compra de mais 21 (vinte e uma) lâminas Blade e seus complementos, tendo a vencedora do Certame apresentado proposta detalhada para o Aditamento;

e) Asseveraram ter havido justificativa técnica para embasar o pedido de acréscimo ao Contrato original, pois havia necessidade de ampliar a capacidade de atendimento a "novos" aplicativos que estavam sendo implantados que exigiam "novos" equipamentos que suportassem a "nova" demanda;

f) Afirmaram que o objeto do Contrato incluía a instalação dos Servidores Blade - que ocorreria em até 45 dias - e a sua garantia - estipulada em 36 meses contadas da emissão do Termo de Aceite.

Rebateram, pois, quanto ao Termo de Aditamento, a presença de Contrato verbal porque a vigência contratual iniciou-se na data de sua assinatura (12/06/06) e perdurou até o término das obrigações assumidas pelas partes, o que incluía o da assistência técnica, tendo ocorrido em meados de 2009;

g) Defenderam que os agentes públicos não agiram com má-fé, o que afasta a aplicação da multa;

h) Requereram que os Recursos fossem conhecidos e providos para o fim de reformar-se a r. Decisão recorrida, julgando-se regulares os Ajustes, uma vez que os efeitos financeiros já foram reconhecidos, e que a multa fosse afastada.

Por sua vez, a empresa Ação Informática Brasil Ltda., inicialmente peticionou requerendo prazo suplementar para recorrer, o que foi por mim indeferido, diante da peremptoriedade dos prazos recursais, que não admitem dilação ou suspensão, mesmo por convenção das partes e, diante da denegação do pedido, permaneceu silente.

Na devida instrução, a Assessoria Jurídica de Controle Externo opinou pelo conhecimento e improvimento dos Recursos. Arguiu que a simples alegação de boa-fé e a ausência de prejuízo ao Erário não eram suficientes para se deixar de observar o cumprimento da lei. Defendeu ser necessária a estimativa de custos com preços unitários a fim de possibilitar à Administração prever o valor que vai desembolsar para pagar os serviços ou compras, e permitir a comparação dos custos com os demais concorrentes. Apontou que a definição clara e precisa do objeto e a formalização do orçamento no processo licitatório eram requisitos obrigatórios e presentes na legislação. Asseverou não existir no Termo de Aditamento uma relação dos produtos adquiridos com o acréscimo de 23,57%. Reforçou a ausência de orçamento para a contratação e enfatizou não ter sido realizada pesquisa de preços antecedentemente ao Termo de Aditamento. Entendeu que a ausência de clareza e a falta de especificação do objeto comprometeram o Ajuste.

Quanto ao Termo de Aditamento rechaçou que o prazo contratual se atrelasse ao de sua garantia, destacando que a Cláusula IV delimitava o período de garantia de 36 (trinta e seis) meses, "independentemente do prazo de vigência", o que demonstrava a ausência de vinculação temporal.

A Procuradoria da Fazenda Municipal tomou ciência do acrescido e pugnou pelo provimento dos Recursos.

Na sequência, a Secretaria Geral opinou pelo conhecimento dos Recursos e, no mérito, defendeu que o orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários não era exigência apenas nas Licitações que envolviam contratações de obras e serviços, sendo ele necessário para balizar o Pregoeiro ao julgar se os valores ofertados pelos Licitantes são razoáveis.

Quanto à definição do objeto, asseverou que ele deveria ter sido especificado no Termo de Aditamento, não bastando a ratificação das Cláusulas Contratuais e isto porque havia diversas possibilidades de combinações entre o tipo de produto e a quantidade. Ainda em relação ao Aditamento, aduziu não existir respaldo legal para vincular o prazo contratual ao da garantia. Opinou, pois, pelo improvimento dos Recursos.

Antes de encerrada a instrução processual e em razão da especificidade do objeto, remeti os autos ao Núcleo de Tecnologia da Informação – NTI para esclarecer pontos que reputei importantes acerca da aquisição dos Servidores Blade.

Referida Unidade, após conceituar o Servidor Blade, informou:

1) tratar-se de "serviço", apto, portanto, à aplicação do artigo 6º, inciso II, da Lei 8.666/93;

2) que a compra do material implica a sua instalação pelo fornecedor em conjunto com o Contratante;

3) que o objeto configura-se como um "sistema integrado", "o que não significa que os diversos componentes não possam ter seus preços individuais definidos para um eventual aditivo da contratação e que, como se pode observar na Proposta orçamentária para fornecimento de Servidores Blade da Ação Informática Brasil Ltda., nas fls. 6 e 7, a coluna Modelo contém o código de identificação de cada componente da solução, o que permitiria a precificação individual de cada código de identificação do fabricante".

Diante dos esclarecimentos prestados pelo Núcleo de Tecnologia da Informação – NTI, a Assessoria Jurídica de Controle Externo ratificou seu posicionamento pelo improvimento dos Recursos e entendeu não existir escusas para a PRODAM/SP não atender às exigências do artigo 7º, § 2º, inciso II da Lei 8.666/93, sendo seguida pela Secretaria Geral.

A Procuradoria da Fazenda Municipal, por fim, tomou ciência do acrescido.

É o relatório.

VOTO

Conheço dos Recursos oferecidos pela Procuradoria da Fazenda Municipal - PFM, pela Empresa de Tecnologia da Informação e Comunicação do Município de São Paulo – PRODAM/SP e por Luiz Arnaldo Pereira da Cunha Júnior, eis que presentes os pressupostos de admissibilidade previstos no artigo 140 do Regimento Interno.

No mérito, tenho para mim que a intervenção do Núcleo de Tecnologia da Informação – NTI nos autos foi fundamental para afastar os argumentos recursais, conduzindo à conclusão da irretocabilidade do decidido, muito bem pautada pelo voto condutor.

Em relação ao Contrato, a questão fulcral refere-se a determinar se para o objeto em tela – aquisição de Servidores Blade - era necessária elaboração de orçamento detalhado em planilhas, com especificações dos itens que formaram o preço total estimado ou se bastava o orçamento com o preço global, como procedido pela PRODAM/SP.

Na ocasião do julgamento primeiro, o Relator debruçou-se sobre o tema, ao pontuar que: "A definição clara e precisa do objeto a ser contratado e a formalização do orçamento no processo licitatório são aspectos de alta relevância requeridos pela legislação, inclusive porque o conhecimento pleno do objeto e do orçamento se apresentará, entre outras finalidades, como parâmetro ao crivo da Administração quanto à exequibilidade ou não das propostas, e a ausência

desses requisitos legais pode, inclusive, inviabilizar eventuais aditamentos contratuais onde se façam necessários.

Deveras, não vislumbro, na eventual imprecisão do objeto e na ausência de orçamento detalhado no processo licitatório, como a Administração poderia, validamente, ante a necessidade de alterações nos ajustes, vir a se utilizar da solução oferecida pelo § 3° do artigo 65 da Lei 8.666/93, ao prever que, "se no contrato não houverem sido contemplados preços unitários para obras ou serviços, esses serão fixados mediante acordo entre as partes, respeitados os limites estabelecidos no § 1° deste artigo".

Não tenho dúvida de que, em relação à matéria ora examinada, a anomalia enraizada no processo licitatório, realizado sem detalhamento do orçamento, refletiu-se no Contrato, que descreveu o objeto - servidores Blade – em função de seus componentes ou conjuntos, segundo a solução especificada no Termo de Referência (Cláusula I), e fixou o valor total do ajuste na conformidade do valor total da proposta adjudicada no Pregão (Cláusula VI), sem qualquer detalhamento quanto aos preços unitários dos componentes do objeto.

Em assim agindo, é forçoso concluir que a Origem, embora tenha contratado o fornecimento de um bem materialmente divisível, praticamente inviabilizou a possibilidade de, nos termos da Lei, proceder a acréscimos ou supressões concernentes ao objeto contratado, ante a ausência, no processo licitatório, de elementos que demonstrassem a efetiva correspondência valorativa dos componentes do objeto ajustado".[4]

Não bastasse essa conclusão, à vista dos Recursos manejados, busquei auxílio junto à Área Técnica específica que explicou que "a instalação, montagem e manutenção dos servidores blade, objeto desta contratação, configuram-se como serviços, ficando aptos a ensejar a aplicação do artigo 6º, inciso II da lei 8.666/93" conclusão que, com as vênias devidas, traria reflexos no próprio voto divergente lançado às fls. 262/262v.

Da mesma forma, não poderia prosperar a tese defendida pela Procuradoria da Fazenda Municipal que considerou cuidar-se de aquisição de equipamentos de computador, e que por isso não envolveria contratação de "obras" e "serviços", conforme exige a Lei. De igual sorte, não merecem acolhida os pontos arguidos pela Contratada e por Luiz Arnaldo Pereira da Cunha Júnior, de que "não havia possibilidade de dissociar os componentes do objeto para comprá-los separadamente porque a Contratante necessitava de uma solução única de servidores blade". E isto porque, também conforme entendimento do Núcleo de Tecnologia da Informação – NTI, apesar de cuidar-se de um "sistema integrado", "isso não significa que os diversos componentes não possam ter seus preços individuais definidos para um eventual aditivo da contratação".

[4] Fls. 248/249 do voto do Relator.

O NTI ainda reforçou seu posicionamento, nos seguintes termos: "como se pode observar na Proposta orçamentária para fornecimento de Servidores Blade da Ação Informática Brasil Ltda., nas fls. 6 e 7, a coluna Modelo contém o código de identificação de cada componente da solução, o que permitiria a precificação individual de cada código de identificação do fabricante". Faltou, portanto, requisito essencial na realização da Licitação para a aquisição de Servidores Blade, qual seja, o orçamento detalhado em planilhas que expressasse a composição dos custos unitários, o que implicou, inclusive, a celebração de Contrato e Termo Aditivo contaminados.

De outra parte, a formalização do Termo Aditivo após a expiração da vigência do Contrato é patente, não se podendo reconhecer a correspondência entre esse prazo e o estabelecido para as garantias. Trata-se de questão desvendada a partir de simples exame cronológico, posto que a Cláusula II do Contrato estipula que "os equipamentos e objetos deste contrato deverão ser entregues e instalados em até 45 (quarenta e cinco) dias corridos, contados da data de assinatura deste instrumento (...)".

Assim, como bem asseverou a Subsecretaria de Fiscalização e Controle, o prazo do instrumento extinguiu-se em 26 de julho de 2006 (fl. 149), sendo certo que o Termo de Aditamento, por seu turno, foi assinado apenas no dia 06 de novembro daquele ano, configurando-se, pois, contrato verbal, vedado pela Lei de Licitações. Acresce, ainda, que a própria Cláusula IV, que trata da garantia, firma prazo específico desvinculado da vigência do Contrato, "in verbis": "a Contratada será responsável pelos serviços de assistência técnica, e garantirá o equipamento objeto deste contrato pelo período de 36 (trinta e seis) meses contados da data de emissão do Termo de Aceite, independentemente do prazo de vigência, constante da Cláusula V, abaixo". (grifei)

Por outro lado, no tocante à multa, entendo que a r. Decisão merece ser parcialmente reformada porque não vislumbro nos autos indícios de dolo ou má-fé dos agentes e de prejuízo ao Erário.

Diante do exposto, conhecendo dos Recursos Ordinários interpostos, no mérito, considerando a inexistência de argumentos novos aduzidos e ainda as conclusões aportadas pelo Núcleo de Tecnologia da Informação - NTI, dou-lhes provimento parcial apenas para afastar a multa imposta, improvendo-os no mais, mantidos, assim, os remanescentes da r. Decisão recorrida. (2.857ª S.O.)

VOTO EM SEPARADO proferido pelo Conselheiro Edson Simões

Com base nos pareceres da Assessoria Jurídica de Controle Externo e da Secretaria Geral, CONHEÇO dos recursos interpostos por preenchidos os requisitos de admissibilidade e, considerando que os argumentos recursais não apresentaram elementos novos capazes de afastar as graves irregularidades apontadas pela Auditoria, quais sejam:

"1) quanto ao Edital e o Contrato analisados, ausência de orçamento detalhado em planilhas, com especificações dos itens que formaram o preço total estimado, em ofensa ao que dispõem os artigos 7º, § 2º, e 40, § 2º, incisos I e II, da Lei Federal 8.666/93, bem como o artigo 7º do Decreto Municipal 46.662/2005;

2) Quanto ao TA CO/TA-02.11/06, falta de definição exata do objeto contratado, em descumprimento ao que dispõe o artigo 7º da Lei Federal 8.666/93", NEGO PROVIMENTO aos recursos interpostos, mantendo-se na íntegra o Venerando Acórdão recorrido, em coerência com o voto por mim proferido para efeito de desempate, então na condição de Presidente, que julgou IRREGULARES e DEIXOU DE ACOLHER o Pregão 12.008/05 e o Contrato CO-05.06/06, dele decorrente, "(...) considerando a ausência de orçamento detalhado em planilhas, com especificações dos itens que formaram o preço total estimado, em desobediência ao que dispõe os artigos 7º, § 2º, e 40, § 2º, incisos I e II, da Lei Federal 8.666/93, bem como o artigo 7° do Decreto Municipal 46.662, de 24 de novembro de 2005."

Razão pela qual, decidiu o Venerando Acórdão, por maioria, através dos votos dos Conselheiros Maurício Faria, relator, Domingos Dissei, revisor, e Eurípedes Sales, "(...) a aplicação de multa aos responsáveis em razão das irregularidades praticadas."

1º Julgado

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, devolvidos na presente sessão pelo Conselheiro Presidente EDSON SIMÕES, após determinação de Sua Excelência, na 2.680ª S.O., para que lhe fossem conclusos, a fim de proferir voto de desempate. Naquela sessão, votaram os Conselheiros DOMINGOS DISSEI – Revisor, ROBERTO BRAGUIM e EURÍPEDES SALES, com voto anteriormente proferido, na 2.662ª S.O., pelo Conselheiro MAURÍCIO FARIA – Relator.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, por maioria, de conformidade com o relatório e voto do Conselheiro MAURÍCIO FARIA – Relator, bem como pelo voto do Conselheiro ROBERTO BRAGUIM, votando o Conselheiro Presidente EDSON SIMÕES para efeito de desempate, nos termos do artigo 14, alínea "h", da Lei Municipal 9.167/80, combinado com o artigo 26, inciso IX, alínea "a", do Regimento Interno desta Corte, em julgar irregulares e deixar de acolher o Pregão 12.008/05 e o Contrato CO-05.06/06, dele decorrente, considerando a ausência de orçamento detalhado em planilhas, com especificações dos itens que formaram o preço total estimado, em desobediência ao que dispõe os artigos 7º, § 2º, e 40, § 2º, incisos I e II, da Lei Federal 8.666/93, bem como o artigo 7° do Decreto Municipal 46.662, de 24 de novembro de 2005.

Vencidos os Conselheiros DOMINGOS DISSEI – Revisor, nos termos do seu voto apresentado em separado, e EURÍPEDES SALES, que julgaram regulares o pregão e o contrato, relevando as falhas constatadas, por serem de ordem formal.

ACORDAM, ainda, à unanimidade, em julgar irregular o Termo de Aditamento CO/TA-02.11/06.

ACORDAM, afinal, por maioria, pelos votos dos Conselheiros MAURÍCIO FARIA – Relator, DOMINGOS DISSEI – Revisor e EURÍPEDES SALES, em aplicar aos ordenadores da despesa identificados nos autos, a multa pecuniária no valor de R$ 542,20 (quinhentos e quarenta e dois reais e vinte centavos), à vista das irregularidades perpetradas, com fundamento nos artigos 19 e 52, inciso II, da Lei Municipal 9.167, de 3 de dezembro de 1980, no Regimento Interno desta Corte e na Portaria SG/GAB. 01/2013, de 15 de janeiro de 2013.

Vencido, neste particular, o Conselheiro ROBERTO BRAGUIM.

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

Presente à sessão o Conselheiro Substituto MOACIR MARQUES DA SILVA, sem direito a voto, uma vez que foi anteriormente proferido pelo Conselheiro EURÍPEDES SALES.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda "ad hoc" JOEL TESSITORE.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 25 de setembro de 2013.

EDSON SIMÕES
Presidente, com voto

MAURÍCIO FARIA
Relator

RELATÓRIO

Trata-se do exame do Pregão n° 12.008/05, levado a efeito pela Companhia de Processamento de Dados do Município de São Paulo – PRODAM, do Contrato CO-05.06/06, dele decorrente, bem como do Termo de Aditamento 02.11/06, ajustes firmados entre a PRODAM e a empresa Ação Informática Brasil Ltda., tendo por objeto a aquisição de “Servidores Blade”.

Prestou-se o Termo de Aditamento sob exame ao acréscimo de R$ 599.782,66, aproximadamente 23,57% do valor inicial do contrato original, constando da Cláusula I desse ajuste que o referido acréscimo correspondia ao fornecimento, pela contratada, de mais 21 (vinte e uma) lâminas de Servidor Blade, “bem como os demais produtos constantes de sua proposta, que fica fazendo parte deste Aditivo”.

A Auditoria, nos Relatórios de fls. 139/150, pronunciou-se pela regularidade do Pregão e pela irregularidade do Contrato, por infringência ao artigo 29 da Lei n° 8.666/93 (regularidade fiscal), aos artigos 23 e 24 da Lei Municipal n° 13.278/02, e ressalvando a remessa com atraso das informações via SERI, conforme Instruções 01/02 deste Tribunal. Quanto ao Termo de Aditamento, pronunciou-se pela irregularidade, diante da falta de definição exata do objeto aditado, bem como diante da falta de comprovação da Certidão de Tributos junto à Fazenda Estadual. Apontou, ainda, desacordo do TA em relação ao artigo 60, parágrafo único, da Lei n° 8.666/93, dada a emissão do instrumento em 06 de novembro de 2006, quando já findo o prazo contratual, encerrado em 26 de julho de 2006, caracterizando, assim, contrato verbal. Apontou, por fim, o atraso das informações via SERI.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo entendeu justificada a necessidade da contratação, por conta das precárias condições dos servidores existentes na PRODAM e em face das vantagens oferecidas pelos equipamentos solicitados. Concluiu que o objeto está descrito de forma objetiva e que, por serem bens comuns, usuais no mercado, permitem a aquisição através de pregão. Quanto ao mais, corroborou com a manifestação de AUD em relação às irregularidades apontadas.

Intimadas, prestaram defesa a PRODAM (fls. 168/180), o seu Diretor Presidente e ordenador da despesa à época, Sr. Luiz Arnaldo Pereira da Cunha Júnior (fls. 183/192), bem como o seu Gerente de Produção, Luiz Carlos Stucchi, ordenador da despesa relativa ao TA examinado (fls.197/209), tendo a contratada deixado transcorrer “in albis” o prazo que lhe fora concedido por meio da Intimação de fls. 167.

Os defendentes juntaram certidões de tributos estaduais demonstrando que, à época da contratação e do aditamento, a empresa contratada estava em situação fiscal regular, muito embora reconheçam que referidas certidões não haviam sido juntadas ao PA respectivo. Acerca do atraso no envio das informações via SERI, justificaram que, à época, a PRODAM se encontrava em atribulado período de mudança da sede, ocorrido pouco antes da celebração do Contrato. Referiram-se ao julgado desta Corte, no âmbito do TC 72.003.679.97-21, em que este Pleno entendeu que o atraso na remessa das informações configura vício formal, não gerando nenhum prejuízo ao Erário. Quanto ao valor aditado, sustentaram ser desnecessário ao termo aditivo referir-se novamente ao produto que a empresa vai comprar/contratar, sendo que este já se encontrava descrito em outro documento do qual o termo é acessório. Já com relação à formalização do aditamento após findo o prazo contratual, aduziram que, nos termos da Cláusula V

do Contrato, a vigência do contrato finda com o término das obrigações assumidas pelas partes e que isso somente ocorreu após 36 meses contados da emissão do Termo de Aceite, quando findou a responsabilidade da empresa contratada pelos serviços de assistência técnica, em face da garantia estendida estabelecida na Cláusula IV.

A Auditoria, revendo sua posição precedente, opinou pela regularidade formal do Contrato, com ressalva apenas em relação ao atraso na remessa das informações. Relativamente ao Termo de Aditamento, ratificou seu entendimento no sentido da irregularidade em face dos aspectos apontados. No entender da Especializada, no caso, em que há possibilidade de várias combinações entre tipo de produto e quantidade, faz-se necessária a especificação do objeto a ser aditado. Reiterou, ainda, seu entendimento quanto a haver ocorrido contrato verbal, anotando que a própria cláusula IV do Contrato trata do prazo de vigência e do prazo de garantia de forma distinta.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo acompanhou o entendimento da Auditoria no sentido da regularidade do Pregão e Contrato e, de outra parte, pela irregularidade do Termo de Aditamento examinado.

A Procuradoria da Fazenda Municipal propugnou pelo acolhimento dos instrumentos em exame, ou, ao menos, pelo reconhecimento dos efeitos financeiros e patrimoniais produzidos.

A Secretaria Geral opinou pela regularidade do Pregão e do Contrato, com relevação das falhas apontadas e sem prejuízo de recomendações. Quanto ao Termo de Aditamento, pronunciou-se pela irregularidade, ante a falta de definição exata do objeto aditado, em descumprimento do artigo 7° da Lei Federal n° 8.666/93, bem como em face de o instrumento haver sido firmado após o término do Contrato n° 05.06/06, com infringência ao artigo 60, parágrafo único, do referido Diploma legal.

É o relatório.

V O T O

Considero superada nos autos a questão atinente à falha formal detectada relativamente à situação de regularidade fiscal da empresa no momento do Contrato e do Termo de Aditamento, embora os documentos não tenham sido juntados ao processo administrativo, bem como entendo pela relevação da impropriedade referente ao atraso no envio das informações a este Tribunal, à vista de inúmeros precedentes desta Corte no enfrentamento desse tema. Quanto à análise do Termo de Aditamento, cabe tecer considerações acerca de aspectos também concernentes ao procedimento licitatório e ao Contrato, mais especificamente no que respeita à constatação da ausência de orçamento detalhado em planilhas, com especificações dos itens que formaram o preço total estimado. Isto ocorre porque a anomalia de que padece o TA, em relação à constatada

imprecisão de seu objeto, remonta à licitação e ao Contrato, não obstante tenham os órgãos preopinantes dado seu parecer no sentido da regularidade destes últimos atos.

É que não se pode desconsiderar, na análise deste feito, o que dispõe a Lei Federal n° 8.666/93 no seu artigo 7°, § 2°, bem como no artigo 40, § 2°, incisos I e II, exigindo como anexos do edital da licitação, dentre outros documentos, o projeto básico e/ou executivo, com todas as suas partes, especificações e outros complementos, bem como o orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários.

Também merece destaque o Decreto Municipal n° 46.662, de 24 de novembro de 2005, cujo artigo 7° dispõe que a fase preparatória do pregão será iniciada com a abertura do processo no qual constará, entre outros elementos: ***"III – a requisição ou planilha de orçamento, que conterá os quantitativos e os valores unitários e totais do bem ou serviço, após efetuada a pesquisa de mercado"***.

Embora assim disciplinada a questão, o exame dos autos demonstra que o valor estimado para a contratação teve, como referencial, apenas preços totais ofertados na pesquisa prévia realizada, consistente em duas propostas que se mostram praticamente incomparáveis entre si para efeito de precisar custos unitários dos vários componentes do objeto pretendido pela Origem (servidor Blade, 100 lâminas), já que uma detalhou subtotais de preços em relação a cada componente ou conjunto de unidades especificadas do objeto, apresentando o seu preço total (fls. 05/07), e a outra cotou preços unitário e total, ambos de idêntico valor, e sem qualquer detalhamento (fls. 08).

O fato é que, na ausência do orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários a que alude a legislação, a Origem acabou por realizar licitação do tipo menor preço global, definindo no Termo de Referência - Anexo IV do Edital (fls. 50/54) as especificações técnicas e as quantidades componentes do objeto da licitação.

Ocorre que a realização de licitação do tipo menor preço global não dispensa a elaboração do aludido orçamento, conforme mesmo tem entendido o Tribunal de Contas da União, levando Marçal Justen Filho (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 14ª. Ed., São Paulo, Dialética, 2010, p. 550 e 551) a anotar que embora o TCU tenha sido bastante severo quanto à exigência de orçamentos com preços unitários, mesmo quando se tratar de licitação por preço global (Decisão n° 166/2001, da sua 1ª. Câmara), a Corte ***"tem reputado cabível que o valor do orçamento não conste do ato convocatório, desde que o orçamento efetivamente exista nos autos do procedimento administrativo. Em tais hipóteses, deverá ser assegurado ao interessado que o solicitar o conhecimento e o acesso pleno ao conteúdo do orçamento"***.

Em reforço, calha citar Acórdão proferido no âmbito do TC 008.818/2003-0 (DOU de 08/07/2004), em que o Plenário daquela E. Corte fez a

seguinte determinação: **"9.2.4. observe, nos processos de aquisição e contratação de bens e serviços de informática, o disposto no art. 7°, § 2°, II, da Lei n° 8.666/93, realizando pesquisa de preço e elaborando orçamento detalhado em planilhas para os serviços a serem adquiridos, inserindo nas pastas de todos os procedimentos licitatórios cópias dos levantamentos e estudos que fundamentaram o preço estimado, em conformidade com a legislação"**.

A definição clara e precisa do objeto a ser contratado e a formalização do orçamento no processo licitatório são aspectos de alta relevância requeridos pela legislação, inclusive porque o conhecimento pleno do objeto e do orçamento se apresentará, entre outras finalidades, como parâmetro ao crivo da Administração quanto à exequibilidade ou não das propostas, e a ausência desses requisitos legais pode, inclusive, inviabilizar eventuais aditamentos contratuais onde se façam necessários. Deveras, não vislumbro, na eventual imprecisão do objeto e na ausência de orçamento detalhado no processo licitatório, como a Administração poderia, validamente, ante a necessidade de alterações nos ajustes, vir a se utilizar da solução oferecida pelo § 3° do artigo 65 da Lei n° 8.666/93, ao prever que, ***"se no contrato não houverem sido contemplados preços unitários para obras ou serviços, esses serão fixados mediante acordo entre as partes, respeitados os limites estabelecidos no § 1° deste artigo"*.**

Não tenho dúvida de que, em relação à matéria ora examinada, a anomalia enraizada no processo licitatório, realizado sem detalhamento do orçamento, refletiu-se no Contrato, que descreveu o objeto - servidores Blade – em função de seus componentes ou conjuntos, segundo a solução especificada no Termo de Referência (Cláusula I), e fixou o valor total do ajuste na conformidade do valor total da proposta adjudicada no Pregão (Cláusula VI), sem qualquer detalhamento quanto aos preços unitários dos componentes do objeto.

Em assim agindo, é forçoso concluir que a Origem, embora tenha contratado o fornecimento de um bem materialmente divisível, praticamente inviabilizou a possibilidade de, nos termos da Lei, proceder a acréscimos ou supressões concernentes ao objeto contratado, ante a ausência, no processo licitatório, de elementos que demonstrassem a efetiva correspondência valorativa dos componentes do objeto ajustado.

Com efeito, embora se verifique que o valor do acréscimo promovido pelo Termo de Aditamento CO/TA-02.11/06 se encontra dentro do limite legal de 25% a que alude o § 1° do artigo 65 da Lei Federal n° 8.666/93, e que guarde pertinência com a natureza do objeto contratado, o fato é que a ausência de orçamento no procedimento da contratação fez com que o referido acréscimo quantitativo recaísse sobre unidades do objeto que não tiveram seu preço unitário definido.

A par disso, não se vê nos autos elementos que demonstrem sequer haver sido realizada pesquisa de preços previamente ao

aditamento, a fim de poder, ao menos nesse aspecto, demonstrar que o preço ajustado no Contrato para o fornecimento dos referidos bens era ainda compatível com o mercado, inclusive em se considerando o tempo demandado entre a realização do Pregão (abril/2006), a celebração do Contrato (junho/2006) e o aditamento (novembro/2006).

Passo, a seguir, a enfocar o aspecto da formalização do Termo de Aditamento após a expiração do Contrato. Neste aspecto, não se sustenta juridicamente a tese sustentada pelos defendentes, que consideraram a validade do Contrato à época do aditamento em função do prazo de garantia ajustada.

Ora, se numa interpretação equivocada se admitisse a possibilidade de a Administração Pública estabelecer o prazo de vigência do contrato segundo o prazo de vigência das garantias negociadas, obtidas e ajustadas entre as partes, estaríamos, então, frente à hipótese da ocorrência, em determinados casos, e por mera convenção dos contratantes, da ampliação dos prazos máximos contemplados pela Lei de Licitações, o que seria totalmente ilegal, inclusive por resvalar no descumprimento do próprio princípio licitatório.

Com efeito, nesse tipo de contrato de fornecimento, a extinção normal do ajuste ocorre com a conclusão de seu objeto nas condições avençadas. Destarte, no prazo estabelecido contratualmente, a Administração tem o direito de exigir do contratado a satisfação do objeto na conformidade do que foi pactuado, sob pena da imposição das sanções previstas (cf. artigo 86 e s. da Lei n° 8.666/93), ou mesmo da rescisão unilateral do contrato, nos termos do artigo 78 desse mesmo Diploma legal.

De outra parte, a Lei Federal n° 8.666/93, a par de determinar devam os contratos ter prazo certo e determinado de vigência (artigo 55, inciso IV), consigna também os prazos máximos permitidos para as contratações, a teor do disposto em seu artigo 57.

No que concerne às responsabilidades da parte contratada em face do objeto executado, a Lei n° 8.666/93, além das garantias previstas pelo seu artigo 56 relativamente à execução do objeto contratado, é explícita quanto à protelação dos direitos da Administração Pública mesmo após finda a contratação, diante das seguintes disposições:

> ***"Artigo 69 – O contratado é obrigado a reparar, corrigir, remover, reconstruir ou substituir, às suas expensas, no total ou em parte, o objeto do contrato em que se verificarem vícios, defeitos ou incorreções resultantes da execução ou de materiais empregados".***
>
> ***"Artigo 73, § 2° - O recebimento provisório ou definitivo não exclui a responsabilidade civil pela solidez e segurança da obra ou do serviço, nem ético-profissional pela perfeita execução do contrato,***

dentro dos limites estabelecidos pela lei ou pelo contrato".

Torna-se de todo oportuno acrescentar, neste passo, que o Tribunal de Contas da União, por sua Primeira Câmara, já teve oportunidade de ser posicionar sobre a questão do prazo contratual e do prazo de garantia, proferindo Decisão com determinações vazadas, naquilo que interessa ao presente feito, nos seguintes termos:

"II - observe, nas contratações futuras, as disposições constantes da Lei 8.666/93, artigo 57, que dispõe sobre o prazo da duração dos contratos, sem incluir no período de vigência o prazo de garantia, uma vez que esse direito, de acordo com o que preceitua o art. 69, e o § 2º, do art. 73, todos da Lei 8666/93, perdura após a execução do objeto do contrato."

8.3. esclarecer ao IPqM que, nas hipóteses em que for aplicável a Lei 8.078/90, poderá exigir do contratado, termo de garantia em separado, segundo o disposto no art. 50 e parágrafo único, da mencionada lei" (TC 015.972/1999 - cf. DOU de 22/05/2002).

À vista do exposto, e consoante os elementos constantes dos autos, julgo irregulares e deixo de acolher o Pregão n° 12.008/05 e o Contrato n° CO-05.06/06, dele decorrente, bem como o Termo de Aditamento n° CO/TA-02.11/06.

Ainda, frente às irregularidades perpetradas, aplico aos ordenadores da despesa identificados nos autos multa pecuniária no valor de R$ 542,20 (quinhentos e quarenta e dois reais e vinte centavos), com fundamento na Lei Municipal nº 9.167, de 3 de dezembro de 1980, artigos 19 e 52, II, e no Regimento Interno desta Corte, e na conformidade da Portaria SG/GAB. 01/2013, de 15 de janeiro de 2013.

VOTO EM SEPARADO apresentado pelo Conselheiro Domingos Dissei:

Meu voto é parcialmente divergente do voto do Nobre Conselheiro Relator.

Discordo do entendimento do Nobre Conselheiro Relator no que tange ao Pregão e ao Contrato e voto pela regularidade de ambos, pelas seguintes razões.

No que se refere à apresentação de orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os seus custos unitários, entendo que a exigência legal se restringe às licitações que envolvam a contratação

de obras e serviços, não se aplicando, pois, às aquisições de equipamento de informática, objeto do Pregão, ora em julgamento.

Ademais, não considero irregular a utilização do critério de julgamento pelo menor preço global no presente caso. O fato da contratação praticamente inviabilizar a possibilidade de acréscimos ou supressões não torna irregular o procedimento licitatório e tampouco o contrato, mas, sim, apenas e tão somente, eventual aditamento porventura realizado.

Quanto ao Aditivo, acompanho o voto do Relator pela sua irregularidade, uma vez que foi lavrado além do prazo contratual, caracterizando contratação verbal com a Administração Pública e violando a legislação regente da matéria. Além disso, o acréscimo de quantitativos não observou os termos contratuais. A descrição de parte dos equipamentos relacionados no Aditamento não condiz com a descrição dos produtos que compõem o objeto do Contrato e outra parte dos equipamentos aditados sequer constam do Contrato original.

Quanto aos efeitos financeiros, entendo que eles não devem ser aceitos, pois, além da sua lavratura ter ocorrido em desconformidade com o contrato original, a Origem sequer verificou a conformidade dos preços extracontratuais com aqueles praticados no mercado, se limitando a aceitar os valores apresentados pela contratada, sem qualquer análise de sua compatibilidade.

Do exposto, na esteira dos pronunciamentos dos Órgãos Técnicos e especializados desta Corte de Contas, voto pela REGULARIDADE do Pregão 12.008/05 e do Contrato CO-05.06/06, relevando as falhas apontadas, por serem de ordem formal e pela IRREGULARIDADE do Aditivo CO/TA-02.11/06, sem aceitação de seus efeitos financeiros e APLICO aos seus subscritores a multa de R$ 542,20 (quinhentos e quarenta e dois reais e vinte centavos) **(2.680ª S.O.)**.

VOTO DE DESEMPATE proferido pelo Conselheiro Presidente Edson Simões:

Cuidam os autos do TC 1.377.07-35 da análise do Pregão nº 12.008/05, do Contrato nº 05.06/06 e do Termo Aditivo nº 02.11/06, firmados entre a Empresa de Tecnologia da Informação e Comunicação do Município de São Paulo – Prodam. e a empresa Ação Informática Brasil Ltda., tendo por objeto a aquisição de servidores "Blade".

Na sessão 2.662ª, o Conselheiro Relator Maurício Faria julgou irregulares o Pregão, o Contrato e o Termo Aditivo, aplicando multa aos Responsáveis.

Na sessão 2.680ª o Conselheiro Revisor Domingos Dissei julgou regulares o Pregão e o Contrato e irregular o Termo Aditivo, deixando de aceitar os seus efeitos financeiros e aplicando multa aos Responsáveis, sendo acompanhado pelo Conselheiro Corregedor Eurípedes Sales.

O Conselheiro Vice-Presidente Roberto Braguim acompanhou o voto do Relator, deixando, contudo, de aplicar a multa aos Responsáveis.

Com efeito, registrou-se empate quanto a regularidade (ou não) do Pregão e do Contrato, visto que, por unanimidade, o Termo Aditivo foi julgado irregular e, por maioria de votos, aplicada a multa aos Responsáveis.

Assim, consoante disposição legal, profiro o voto de desempate. Acompanho a corrente perfilhada pelos Conselheiros Maurício Faria e Roberto Braguim, restando, assim, por maioria de votos, julgados irregulares o Pregão e o Contrato, pelas razões expostas em seus votos.