ACO-UTR-591/2023

| | | |
|---|---|---|
| Processo | - | TC/003152/2018 |
| Contratante | - | Empresa de Tecnologia da Informação e Comunicação do Município de São Paulo – Prodam-SP S.A. |
| Contratado | - | Wireless Com Service Ltda. |
| Contrato | - | CO-11.12/2013 |
| Objeto | - | Prestação de serviços para provimento de acesso à internet via rede sem fio, a qualquer equipamento que atenda aos protocolos que especifica, inclusive celulares, netbooks, notebooks, smartphones e desktops, com qualidade, estabilidade e disponibilidade, incluindo instalação, manutenção, suporte, mão de obra, cabeamento, link de internet e demais equipamentos necessários, em áreas externas pré-determinadas, dentro dos limites geográficos do Município de São Paulo |

47ª Sessão Ordinária Não Presencial

ANÁLISE. CONTRATO. PRODAM SP S.A. Serviços para provimento de acesso à internet via rede sem fio. 1. A garantia prestada extemporaneamente pode ser relevada se, em nada prejudicou a execução do Contrato, não teve qualquer efeito sobre o objeto ou sobre o erário, e tendo a execução do objeto há muito se findado. REGULAR excepcionalmente. Votação unânime.

## A C Ó R D Ã O

Vistos e relatados estes autos, dos quais é Relator o Conselheiro EDUARDO TUMA.

**ACORDAM** os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, julgar excepcionalmente regular o Contrato CO-11.12/13, visto que as impropriedades apontadas são de natureza formal, que não ensejaram prejuízos ao erário, e considerando, ademais, o largo período de tempo transcorrido.

**ACORDAM**, à unanimidade, em determinar, cumpridas as formalidades legais, o arquivamento dos autos.

Participaram do julgamento os Conselheiros RICARDO TORRES – Revisor designado, DOMINGOS DISSEI e JOÃO ANTONIO.

São Paulo, 27 de setembro 2023.

ROBERTO BRAGUIM – Vice-Presidente no exercício da Presidência
EDUARDO TUMA – Relator

/hc

Assinado digitalmente por ROBERTO TANZI BRAGUIM Data: 14/11/2023 15:38:22 -03:00
Signature powered by e-TCM Tribunal de Contas do Município de São Paulo
Assinado digitalmente por EDUARDO TUMA Data: 16/11/2023 11:42:53 -03:00
Signature powered by e-TCM Tribunal de Contas do Município de São Paulo

**47ª SESSÃO ORDINÁRIA NÃO PRESENCIAL DO TRIBUNAL DE CONTAS DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO**

**TC** 3.152/2018

**Objeto:** Contrato CO-11.12/13 - TAs (dados no processo físico) - Prestação de serviços para provimento de acesso à internet via rede sem fio, a qualquer equipamento que atenda aos protocolos que especifica, inclusive celulares, netbooks, notebooks, smartphones e desktops, com qualidade, estabilidade e disponibilidade, incluindo instalação, manutenção, suporte, mão de obra, cabeamento, link de internet e demais equipamentos necessários, em áreas externas pré-determinadas, dentro dos limites geográficos do Município de São Paulo (JT) (ET/RB

**Interessadas:** - Empresa de Tecnologia da Informação e Comunicação do Município de São Paulo - Prodam-SP S.A. e Wireless Comm Service Ltda

**Relator:** Conselheiro Eduardo Tuma

**Competência:** Pleno

## RELATÓRIO

Cuida o presente TC de análise do Contrato CO-11.12/13 (fls. 19/30), celebrado em 20.12.2013 entre a Empresa de Tecnologia da Informação e Comunicação do Município de São Paulo S.A. - PRODAM e a empresa Wireless Comm Service, que tem por objeto a prestação de serviços para provimento de acesso internet via rede sem fio, a qualquer equipamento que atenda aos protocolos que especifica, inclusive celulares, notebooks, smartphones e desktops, com qualidade, estabilidade e disponibilidade, incluindo instalação, manutenção, suporte, mão de obra, cabeamento, link internet e demais equipamentos necessários, em áreas externas pré-determinadas, dentro dos limites geográficos do Município de São Paulo, com valor de R$ 12.337.000,00 (doze milhões, trezentos e trinta e sete mil reais).

A **Subsecretaria de Fiscalização e Controle – SFC** procedeu à análise do instrumento contratual e dos termos de aditamento dele decorrentes às fls. 178/200.

Quanto à Análise do contrato, a Auditoria constatou a seguinte infringência (fl. 182):

> *"Infringência à cláusula VI, item 6.1 (fl. 21) do instrumento contratual pela apresentação da garantia fora do prazo previsto em contrato. Não consta do processo aplicação de penalidade correspondente à contratada."*

Refere-se a **SFC** ao **item 14.15** do seu relatório (fl. 181).

Em relação às Análises dos termos de aditamento COTA 05.04/14 e 04.11/14-A (fls. 183/185 e 186/188), constatou a Auditoria (fls. 185 e 188):

*"Infringência quanto ao item 14.h), tendo em vista que a publicação ocorreu em prazo superior a vinte dias contados da sua assinatura (vide art. 26 da LM nº 13.278/02)."*

Quanto às Análises dos termos de aditamento COTA 15.12/16-A, 18.07/17 e 09.12/17 (fls. 189/191, 195/197 e 198/200), foi constatada a repetição das seguintes infringências (fls. 191, 197 e 200):

*"Infringência quanto ao item 14.h), tendo em vista que a publicação ocorreu em prazo superior a vinte dias contados da sua assinatura (vide art. 26 da LM nº 13.278/02).*

*Constatada infringência pela não apresentação, no processo, da garantia contratual referente ao aditamento do contrato, conforme preconizado na cláusula VI do instrumento contratual, item 6.2 (fl. 21), bem como no art. 56, parágrafo 2º da lei 8.666/93."*

A Origem apresentou manifestação às fls. 207/212, acompanhada da documentação de fls. 213/227.

Sobre as considerações da Origem, a **SFC** assinalou (fls. 230/231vº):

*"Considerando a resposta da Origem, fica mantido e reiterado o apontamento que indicou infração ao item 14.15 do Relatório de Análise de Contratação (fls.178/182) – apresentação da garantia contratual.*

*Quanto aos Relatórios de Análise de Aditamento, restam superados os apontamentos que indicaram infração ao **item 13** dos relatórios atinentes aos Termos Aditivos COTA 15.12/16A, COTA 18.07/17 e COTA 09.12/17.*

*Os apontamentos que indicaram infração ao **item 14.h** dos relatórios atinentes aos Termos Aditivos COTA 05.04/14, COTA 04.11/14A, COTA 15.12/16A, COTA 18.07/17 e COTA 09.12/17 ficam mantidos e reiterados."*

A **Assessoria Jurídica de Controle Externo - AJCE** assim concluiu sua manifestação (fls. 233/235v):

*"Ante o exposto, parece-me que se deva acompanhar a Auditoria quanto ao apontamento constante do Relatório de Análise de Contratação, referente à*

*apresentação de garantia fora do prazo previsto em contrato, o que ensejaria a aplicação de penalidades à empresa.*

*Quanto às demais irregularidades, acompanho a Auditoria em relação à superação do apontamento de ausência de informações sobre garantias prestadas no âmbito dos termos de aditamento, uma vez que foram juntadas aos autos esclarecimentos e documentação pertinentes a essa temática; mas divirjo do Órgão Técnico, em relação à publicação extemporânea dos extratos desses ajustes, por se tratar de irregularidade formal, cuja superação encontra amparo na jurisprudência deste E. Tribunal de Contas.*

*Destaque-se que a empresa não foi oficiada do conteúdo destes autos, para a apresentação de eventuais esclarecimentos que considere pertinentes."*

À fl. 237, o **Assessor Subchefe de Controle Externo** acompanhou a manifestação expedida pela AJCE e sugeriu a intimação do responsável, assim como do representante legal da empresa Contratada, nos termos do artigo 116, caput, §§ 1º e 3º do Regimento Interno desta Corte de Contas, para conhecimento e manifestação, de modo a assegurar o exercício do contraditório e da ampla defesa.

Às fls. 246/251 a empresa Wireless Comm Service manifestou-se nos autos afirmando, em síntese, que ante o transcurso temporal desde a data de assinatura do contrato (firmado em 10 de outubro de 2013), a empresa não tem condições de afirmar a data de entrega da garantia contratual. Inobstante, foi manifestado às fls. 235 que o episódio não prejudicou a cobertura da garantia contratual, pois esta contemplava todo o período de vigência do contrato firmado. Além do mais, antes de prestada a garantia contratual a empresa é impedida de iniciar os serviços, de modo que é impossível que a Administração Pública tenha qualquer tipo de prejuízo com o episódio. A multa que se propõe a aplicação em razão de um mero atraso, que conforme o próprio Contratante afirmou, não causou nenhum prejuízo, extrapola a necessária proporcionalidade que deve permear o binômio conduta-prejuízo, gerando enriquecimento ilícito para a Administração Pública.

O **Sr. Rogério Igreja Brecha Jr.,** ex-presidente da PRODAM apresentou sua manifestação às fls. 268/272 argumentando:

a) informa que não faz mais parte dos quadros da Diretoria da PRODAM-SP S/A, desde o começo do ano de 2019;

b) porém, com base em informações resgatadas e diante da vivência dos fatos narrados, vem esclarecer o abordado, aduzindo a boa-fé na condução dos atos administrativos da Empresa e de seus agentes, salientando que não houve qualquer prejuízo aos Cofres Públicos;

c) informa que não teve ciência, à época, das primeiras constatações da d. Auditoria encaminhadas em fevereiro deste ano àquela Empresa;

d) em relação à infringência à cláusula VI, item 6.1 do instrumento contratual pela apresentação da garantia fora do prazo previsto em contrato, após manifestação GFP *("o tema da aplicação das penalidades foi tratado internamente no Memorando GFP-ISS/W) e da própria Gerência Jurídica ("a aplicação de penalidade foi referendada pela GPJ/Prodam'), a PRODAM se manifestou em meados de Março/2019 que "a área técnica responsável será [seria] instada a se manifestar sobre a possível imposição de penalidade á contratada*". Em função de sua saída (em Janeiro/2019) e, ainda, por ser atribuição inicial das Gerências envolvidas (instrução e formalização das aplicações das penalidades), não pode acompanhar os procedimentos subsequentes da aplicação da penalidade.

O **Sr. Marcio de Andrade Bellisomi** ofereceu seus esclarecimentos às fls. 274/279:

a) informa que não faz mais parte dos quadros da Diretoria da PRODAM, porém, com base em informações resgatadas e diante da vivência dos fatos narrados, vem apresentar Defesa Administrativa;

b) aduz a boa-fé na condução dos atos administrativos da Empresa e de seus agentes, salientando já que não houve qualquer prejuízo aos Cofres Públicos;

c) que não teve ciência, à época, das primeiras constatações da d. Auditoria encaminhadas em fevereiro deste ano à PRODAM e tendo sido chamado, somente nesta oportunidade, a manifestar-me sobre apontamentos que não eram do seu conhecimento;

d) quanto à falta de apresentação de garantias contratuais em infringência à cláusula VI, item 6.1 do instrumento contratual pela apresentação da garantia fora do prazo previsto em contrato, não consta do processo aplicação de penalidade correspondente à contratada (item 14.15 do Relatório de Análise de Contratação). Muito embora a Contratada não tenha cumprido o prazo previsto no contrato, apresentou a garantia respectiva com data retroativa, regularizando, de certa forma, a situação contratual neste sentido. Assim, a apresentação da garantia, ainda que atrasada, não trouxe qualquer prejuízo ao contrato, do ponto de vista formal, nem com relação à sua execução; d) ainda em relação à impropriedade acima esta não trouxe nenhum prejuízo ao Contrato CO-11.12/13 e com base nos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, carrear-se à PRODAM a possibilidade de agir com discricionariedade diante do fato de que a apenação tenha perdido sua razão de ser, pois uma sanção somente pode ser aplicada após processo administrativo, no qual será concedido o contraditório e a ampla defesa. Ademais, se faz despiciendo o exame da razoabilidade, haja vista ser mais do que necessário, colimando a constatação e valoração, por

exemplo, das circunstâncias agravantes e atenuantes, das reincidências, genéricas ou específicas etc., cujo resultado poderá ser o de proporcional agravamento da intensidade da sanção a ser imposta em cada caso — muito pior—, desde que determinado por lei, a imposição de outra, ainda "*mais grave*".

A **SFC**, em análise das defesas apresentadas, concluiu às fls. 282/285:

*"Considerando as manifestações da empresa contratada e dos dois ex-Diretores Presidentes da Prodam, fica mantido e reiterado o apontamento que indicou infração ao item 14.15 do Relatório de Análise de Contratação (fls.178/182), quanto ao atraso na apresentação da garantia contratual e pela não instauração de processo administrativo sancionador diante da infração cometida pela empresa contratada.*

*Quanto ao não cumprimento do prazo legal para a publicação dos temos aditivos, o apontamento fica mantido e reiterado. Todavia, por se tratar de falha formal, deliberação superior pode levar à superação do achado de auditoria."*

Às fls. 288/291v, a **AJCE** assim se manifestou:

*"Analisando as manifestações dos defendentes e observando as peculiaridades da infringência observa-se que o atraso na prestação da garantia em nada prejudicou a execução do Contrato, não tendo qualquer efeito sobre o objeto ou sobre o erário.*

*Ademais, a execução do objeto vinculada à prestação da garantia há muito se findou.*

*Esta Assessoria tem opinado em casos similares e específicos, observadas as condições acima descritas, pela possibilidade de relevar impropriedades desta ordem.*

*Também neste caso, desta forma achamos pertinente opinar. Assim, superadas as impropriedades relacionadas aos Termos Aditivos e considerando o caso concreto, submetemos ao critério superior a possibilidade de relevação da impropriedade relativa ao atraso da garantia, sem prejuízo de que eventuais admoestações ou penalidades sejam aplicadas aos responsáveis da Prodam que, enquanto órgão da Administração Pública contratante, caberia a instauração, então, o devido processo sancionatório diante do não cumprimento de uma cláusula contratual."*

Às fls. 292/292v o **Assessor Subchefe de Controle Externo**, assim concluiu:

*"Acompanho a manifestação precedente, acrescentando as ressalvas a seguir que entendo pertinentes.*

*Quanto ao atraso na apresentação da garantia (item 2.1 da última manifestação da Coordenadoria III (fls. 282v./284), diante das ponderações da ilustre assessora*

*preopinante, considero que, no caso concreto, não parece ser falha suficiente para comprometer a formalização do ajuste.*

*No entanto, trata-se de inobservância de obrigação contratual, constituindo apontamento objetivo resultante do cotejo entre o fato e a norma, o qual revela deficiência da função fiscalizatória/sancionatória por parte da Origem, podendo ensejar responsabilidade dos agentes envolvidos, conforme as considerações feitas na manifestação desta AJCE.*

*Com relação ao questionamento acerca da prescrição, remeto às considerações tecidas na manifestação da Auditoria, na qual se observou que o fato relevante é a inércia, por parte da Origem, em instaurar o processo administrativo sancionatório assim que houve o atraso por parte da contratada em proceder à entrega da garantia contratual, e não o prazo prescricional da pretensão punitiva por parte da Prodam em relação à contratada."*

Às fls. 296/297 a **Procuradoria da Fazenda Municipal - PFM** requereu fossem os ajustes em exame considerados regulares e, via de consequência, acolhidos, relevando-se as impropriedades apontadas, pois meramente formais.

Em caso de indeferimento de tal pedido, requereu que, ao menos, fossem reconhecidos os efeitos jurídicos, financeiros e patrimoniais decorrentes dos ajustes ora analisados, em atenção ao princípio da segurança jurídica no tempo.

A **Secretaria Geral – SG** opinou como segue:

*"Quanto ao atraso na apresentação da garantia (item 2.1 da última manifestação da Coordenadoria III, fls. 282v./284) e diante das ponderações da AJCE, considero que, no caso concreto, não parece ser falha suficiente para comprometer a formalização do ajuste. No entanto, trata-se de inobservância de obrigação contratual, constituindo apontamento objetivo resultante do cotejo entre o fato e a norma, o qual revela deficiência da função fiscalizatória por parte da Origem, podendo ensejar responsabilidade dos agentes envolvidos.*

*Com relação ao questionamento acerca da prescrição, remeto às considerações tecidas na manifestação da Auditoria, na qual se observou que o fato relevante é a inércia, por parte da Origem, em instaurar o processo administrativo sancionatório assim que houve o atraso por parte da contratada em proceder à entrega da garantia contratual, e não o prazo prescricional da pretensão punitiva por parte da Prodam em relação à contratada.*

*Por todo exposto, superadas as impropriedades relacionadas aos Termos Aditivos, submetemos ao critério superior a possibilidade de relevação da impropriedade relativa ao atraso da garantia, sem prejuízo de que penalidades sejam aplicadas aos*

*responsáveis da Prodam, instauração do devido processo sancionatório diante do não cumprimento de uma cláusula contratual.*

*Por todo o exposto, opino pelo acolhimento dos ajustes aqui examinados, sem prejuízo das determinações julgadas cabíveis.*

*Por fim, quanto ao pedido da PFM visando o reconhecimento dos efeitos financeiros decorrentes do ato realizado, entendo que este não deve ser apreciado em sede de análise formal do instrumento e sim na fase de análise da execução contratual."*

**É o Relatório.**

**VOTO**

Da análise do Contrato CO-11.12/13, celebrado entre a Empresa de Tecnologia da Informação e Comunicação do Município de São Paulo S.A. - PRODAM e a empresa Wireless Comm Service, a **Subsecretaria de Fiscalização e Controle – SFC**, apontou as seguintes irregularidades, constante do **item 14.15** do seu relatório (fl. 181):

> Infringência à cláusula VI, item 6.1, do instrumento contratual pela apresentação da garantia fora do prazo previsto em contrato, não constando, também, aplicação de penalidade correspondente à contratada pelo atraso.

Sobre os Termos Aditivos integrantes do referido contrato, COTA 05.04/14 e 04.11/14-A, apontou a Auditoria irregularidade em razão do atraso na publicação do instrumento contratual.

E, quanto aos TAs COTA 15.12/16-A, 18.07/17 e 09.12/17, constatou a Auditoria (fls. 191, 197 e 200) igual atraso na publicação dos instrumentos além de falta de apresentação da garantia contratual dentro do prazo contratual. Ponderou, no entanto, que, por se tratar de falha formal, poderá haver superação do achado.

Todavia, a **Assessoria Jurídica de Controle Externo – AJCE**, assim como a **Secretaria Geral – SG** observaram que o atraso na prestação da garantia em nada prejudicou a execução do Contrato, não tendo qualquer efeito sobre o objeto ou sobre o erário, assinalando, ademais, que a execução do objeto vinculada à prestação da garantia há muito se findou.

Acrescentou a AJCE ter opinado em casos similares pela possibilidade de relevar impropriedades desta ordem.

Com efeito, ainda que a destempo, os instrumentos foram regularmente publicados, dando-se a devida publicidade ao ato. Da mesma forma, uma vez que a garantia foi devidamente prestada e sequer foi necessária sua utilização, a falha pode ser relevada.

Ante todo o exposto, considerando tratar-se de apontamentos de natureza formal que não ensejaram prejuízos ao erário, tendo em vista, ademais, o largo período de tempo transcorrido, acompanho as manifestações da AJCE e da SG, as quais adoto como razões de decidir, e **JULGO EXCEPCIONALMENTE REGULARES** o Contrato CO-11.12/13, celebrado em 20.12.2013 entre a Empresa de Tecnologia da Informação e Comunicação do Município de São Paulo S.A. - PRODAM e a empresa Wireless Comm Service, tendo por objeto a prestação de serviços para provimento de acesso internet via rede sem fio, a qualquer equipamento que atenda aos protocolos que especifica, inclusive celulares, netbooks, notebooks, smartphones e desktops, com qualidade, estabilidade e disponibilidade, incluindo instalação, manutenção, suporte, mão de obra, cabeamento, link internet e demais equipamentos necessários, em áreas externas pré-determinadas, dentro dos limites geográficos do Município de São Paulo, com valor de R$ 12.337.000,00 (doze milhões trezentos e trinta e sete mil reais).

Cumpridas as formalidades legais, arquivem-se os autos.

**EDUARDO TUMA**
**Conselheiro Relator**



Assinado digitalmente por EDUARDO TUMA
Data: 19/10/2023 14:43:59 -03:00
Signature powered by e-TCM
Tribunal de Contas do Município de São Paulo