TC nº 72-003.596.07-40

ANÁLISE. CONTRATO. DISPENSA. INEXIGIBILIDADE. SMT. Serviços de revitalização e manutenção dos equipamentos de campo com fornecimento de equipamentos e materiais. Sistema de Controle de Tráfego. IRREGULAR. Votação unânime. EFEITOS FINANCEIROS ACEITOS excepcionalmente. Votação por maioria.

Legislação citada: Art. 25, Lei 8.666/93.

2.831ª Sessão Ordinária

Trânsito em julgado: 29/08/2016

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, dos quais é Relator o Conselheiro EDSON SIMÕES.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, pelos votos dos Conselheiros EDSON SIMÕES – Relator, com relatório e voto, JOÃO ANTONIO – Revisor, MAURÍCIO FARIA, com declaração de voto apresentada, e DOMINGOS DISSEI, em julgar irregular o Contrato 05/07 – SMT.GAB, dada a ausência de justificativa para a contratação direta, por inexigibilidade, infringindo o artigo 25, inciso I, e artigo 26 da Lei Federal 8.666/93, a insuficiência de justificativa de preços, ferindo o artigo 26, parágrafo único, inciso III, da Lei 8.666/93, e, ainda, em razão da ausência da inserção de cláusula referente à forma de execução dos serviços, em desacordo com o artigo 54, § 1º, e artigo 55 da Lei Federal 8.666/93.

ACORDAM, ainda, por maioria, pelos votos dos Conselheiros EDSON SIMÕES – Relator, JOÃO ANTONIO – Revisor e DOMINGOS DISSEI, considerando que o contrato já foi encerrado, com a consequente execução do objeto, sem que haja notícia ou constatação de prejuízo ao erário nos autos e, ainda, diante da necessidade de serem preservadas as relações jurídicas já consolidadas, em acolher, em caráter excepcional, os efeitos financeiros.

Vencido o Conselheiro MAURÍCIO FARIA, que não aceitou os efeitos financeiros produzidos.

ACORDAM, ademais, à unanimidade, em determinar à Secretaria Municipal de Transportes que, nos casos futuros, sejam cumpridos, com rigor, os apontamentos feitos pela Auditoria, a saber:

1. É imprescindível que a justificativa dos preços contratados seja decorrente de pesquisa prévia de mercado, não sendo suficiente a alegação de que os preços contratados são compatíveis com os valores praticados no mercado pela empresa contratada ou com os preços praticados em outros contratos administrativos.

2. Justificar a contratação por inexigibilidade, demonstrando a exclusividade na prestação dos serviços – no caso, a revitalização do sistema anterior – e desde que a revitalização – no lugar da aquisição de novos equipamentos – fosse comprovadamente a opção mais vantajosa.

ACORDAM, afinal, à unanimidade, em determinar, após o cumprimento das formalidades legais, o arquivamento dos autos.

Participaram do julgamento os Conselheiros JOÃO ANTONIO – Revisor, MAURÍCIO FARIA e DOMINGOS DISSEI.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda GUILHERME BUENO DE CAMARGO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 23 de setembro de 2015.

ROBERTO BRAGUIM
Presidente

EDSON SIMÕES
Relator

RELATÓRIO

Cuidam os autos do TC 3.596/07-40 da análise do Contrato 5/2007 celebrado entre a Secretaria Municipal de Transportes e a empresa Novakoasin Equipamentos e Sistemas Ltda., para a execução de serviços, com fornecimento de equipamentos e materiais, de revitalização e manutenção dos equipamentos de campo do sistema de controle de tráfego em área 2 – CTA-2, no valor de R$ 21.636.173,44 (vinte e um milhões, seiscentos e trinta e seis mil cento e setenta e três reais e quarenta e quatro centavos), com prazo de vigência de 39 (trinta e nove) meses.

A contratação supracitada foi realizada por inexigibilidade de licitação (contratação direta).

A conclusão inicial da Coordenadoria V foi no sentido da irregularidade do Contrato, em razão das seguintes infringências:

1 – Justificativa para contratação direta por inexigibilidade insuficiente, em infringência ao artigo 25, inciso I e 26 da Lei Federal 8.666/93 e artigos 2º, inciso I e 13 a 17 do Decreto Municipal 44.279/2003.

2 – Justificativa de preços insuficiente, em detrimento ao artigo 26, parágrafo único, inciso III da Lei Federal 8.666/93.

3 – Falta de documentos de habilitação jurídica e regularidade fiscal elencados nos artigos 28 e 29 da Lei Federal 8.666/93 e nos artigos 40 e 41 do D.M. 44.279/2003.

4 – A previsão de subcontratação, cessão ou transferência é incompatível com a contratação direta por inexigibilidade (exclusividade), sob o risco de descaracterizá-la, em detrimento do artigo 25, inciso I da Lei Federal 8.666/93.

5 – O objeto contratado está em desacordo com o artigo 54, §1º, artigo 55 da Lei Federal 8.666/93.

6 – A garantia do contrato está em desacordo com o disposto no artigo 56, §2º da Lei Federal 8.666/93.

Oficiada a Secretaria Municipal de Transportes e intimados o Ordenador da Despesa, Signatário do Contrato e a empresa Contratada, foram apresentados os esclarecimentos de fls. 363/394 e folhas 398/435.

Em nova manifestação, a Coordenadoria V analisou as justificativas apresentadas. Quanto à Justificativa insuficiente para a contratação por inexigibilidade.

Restou demonstrada no relatório exordial a insuficiência na justificativa da contratação, que não possui estudos técnicos hábeis a demonstrar a vantajosidade da revitalização e manutenção do CTA-2 em relação à aquisição de um novo sistema.

Em resumo, a ausência de estudo neste sentido compromete a legalidade da contratação por inexigibilidade na medida em que esta somente se justifica na revitalização e manutenção do sistema antigo.

Aduz a defesa da contratada que é representante exclusiva da empresa Peek Traffic Company do Brasil, fornecedora do sistema licitado em 1994.

Acrescenta, ainda, que a CET considerou o preço apresentado compatível com o serviço a ser executado. Noutra esteira, alega a defesa do ordenador da despesa que a “Central de Controle já fora totalmente revitalizada e modernizada.

Assim, para que o sistema operasse de forma satisfatória, se fazia necessário que fosse efetuada também a revitalização dos equipamentos de campo, sem o que, a revitalização da central não teria a totalidade dos benefícios esperados" (fl. 400).

A opção pela revitalização, justificou a defesa, decorreu da comparação com os custos da aquisição de equipamentos novos, por meio da qual se verificou ser vantajosa a primeira opção.

A Auditoria registrou que a questão dos custos da revitalização seria enfrentada com maior detalhamento no tópico seguinte, cabendo por ora apenas ressaltar que a mera projeção do valor do contratado em meados de 1994 para o fim de 2006 não pode ser utilizada como subsídio para a decisão da Administração.

Em outras palavras, a opção pela revitalização em detrimento da aquisição de novos equipamentos considerou tão somente o valor da contratação anterior corrigido pelo IPCA, ignorando a evolução tecnológica e a queda de preços de equipamentos eletrônicos.

Assim, na visão da Coordenadoria V não é possível aceitar a justificativa para a inexigibilidade que toma como pressuposto a vantajosidade da revitalização, visto que esta é baseada numa informação que desconsidera mais de uma década de alterações na conjuntura econômica e tecnológica.

Já a alegação de que os equipamentos de campo devem comunicar-se com a central de controle, que já fora revitalizada e modernizada, AUD entendeu como viável, mas não é corroborada pela documentação colacionada pela própria defesa.

Com efeito, nenhum elemento acostado aos autos comprova tal alegação. Contudo, registrou tratar-se de argumento circular: na medida em que a central e os semáforos devem se comunicar, a revitalização da central justifica a revitalização dos semáforos e vice-versa!

Assim, com base nos documentos dos autos, concluiu não poder prosperar o argumento de que a revitalização da central precedeu a contratação ora analisada, justificando-a. Ressaltou que à época caberia à Administração analisar com diligência a economicidade de cada uma das opções, tanto para a central quanto para os equipamentos de campo, em vez de ancorar uma decisão injustificada em outra.

A corroborar o entendimento exarado, transcreveu a lição de Marçal Justen Filho:

"A decisão de contratar tem de ser antecedida de verificações acerca das diferentes soluções técnico-

científicas disponíveis para atender ao interesse sob tutela estatal. Esta atividade administrativa prévia deverá conduzir à seleção de uma das alternativas como a melhor. A melhor alternativa deve ser avaliada não apenas sob o enfoque de critérios técnicos, mas também econômicos. Deve estabelecer-se uma relação entre os benefícios qualitativos que serão obtidos e os possíveis encargos financeiros com que o Estado arcará. Nada impede que a melhor solução técnica seja afastada em face de limitações orçamentárias. Lembre-se que o modelo consagrado pela Lei 8.666 é permeado por essa preocupação com o menor desembolso possível. Nessa linha, a própria licitação de melhor técnica envolve a escolha da proposta que importar o menor custo possível. Ou seja, o dever de considerar vantagens e encargos existe mesmo na fase interna da atividade administrativa, quando a Administração cogita de escolher dentre diversas alternativas para satisfazer suas necessidades".

Sendo assim, corroborou o apontamento do relatório de análise de contratação, considerando injustificada a contratação por inexigibilidade (exclusividade), em ofensa ao art. 25, I e 26 da LF 8.666/93 e arts. 2º, I e 13 a 17 do DM 44.279/2003. Justificativa de preços insuficiente.

AUD registrou que ao avaliar os preços propostos pela Novakoasin, a CET utilizou como parâmetro o valor contratado em junho de 1994, atualizado pelo IPCA até outubro de 2006.

O método foi considerado inadequado e a justificativa para os preços, insuficiente.

A defesa da empresa contratada alegou que os preços contratados são compatíveis com os valores por ela praticados no mercado e em outros contratos administrativos, além de ser inferior ao valor do contrato anterior, após sua atualização.

A defesa do então Secretário de Transportes, por seu turno, entendeu que o questionado pela equipe de fiscalização foi o índice adotado (IPCA), motivo pelo qual ressalta que este é o menor dos índices de correção.

Aduz, ainda, que existem diferenças entre os serviços prestados pela Novakoasin em relação à empresa Telvent, mencionado como parâmetro na análise do contrato.

Em que pesem os argumentos apresentados, a Coordenadoria V entendeu não existir pertinência da metodologia adotada pela CET para justificar o preço contratado.

Com efeito, na década que separa as duas contratações o panorama tecnológico sofreu uma evolução exponencial em comparação com as décadas anteriores.

Os equipamentos eletrônicos e tecnológicos popularizaram-se, causando a queda dos preços devido à economia de escala. As telecomunicações evoluíram, foram criadas novas opções de comunicação entre a central e os equipamentos de campo, melhorando as condições de prestação dos serviços.

Destacou que todos estes elementos (equipamentos eletrônicos, tecnologia, telecomunicações) são insumos no contrato analisado, e o fato de estes serem hoje comercializados por valores muito inferiores aos de uma década atrás torna imperativa a realização de uma pesquisa de mercado.

E nem se alegue que no caso a exclusividade inviabilizaria a pesquisa de mercado. Tal argumento somente poderia ser acolhido caso a Administração comprovasse que a revitalização fosse a opção mais vantajosa, o que dependeria da análise dos preços praticados pelo mercado para a aquisição de novos equipamentos, o que não ocorreu, como discutido no tópico anterior.

Outrossim, a CET não pode escudar-se na inexigibilidade com o objetivo de eximir-se da obrigação de realizar a pesquisa de mercado necessária à aferição da economicidade dos preços e da demonstração da vantajosidade dos serviços.

Com relação à adequação do IPCA, a Auditoria entendeu que a questão foge ao discutido nos autos, uma vez que nenhum índice de correção monetária consegue traduzir as alterações tecnológicas ocorridas no prazo de 12 anos.

Assim, concluiu que os argumentos veiculados nas defesas não possuem o condão de infirmar a ofensa ao artigo 26, parágrafo único, inciso III da LF 8.666/93, apontada no relatório inicial. Falta de comprovante de inscrição no cadastro de contribuintes.

O relatório de análise de contratação apontou a necessidade de apresentação dos seguintes documentos da contratada: Estatuto Social, Ata da Assembleia de eleição dos diretores e comprovante de inscrição no cadastro de contribuintes estadual e municipal.

Para a empresa trata-se de mera irregularidade formal. Para o então Secretário, o processo administrativo obedeceu o disposto no artigo 40 do DM 44.279/2003, o qual não exige a apresentação de comprovante de inscrição nos cadastros de contribuintes municipal e estadual.

A Auditoria entendeu que a referida legislação pode ser aplicada ao caso em tela, tornando correto o procedimento adotado, motivo pelo qual reviu esse apontamento.

a) Previsão de subcontratação, cessão e transferência e a contratação por inexigibilidade. Restou apontada a contradição entre a previsão da cláusula décima terceira do contrato (fl. 331) e a contratação direta por exclusividade (art. 25, I da LF 8666/93).

A empresa admitiu a ilegalidade e ressaltou que o contrato administrativo possui a natureza de um contrato de adesão e que as hipóteses não foram levadas a efeito durante a execução dos serviços.

O ex-secretário informa que a subcontratação de tarefas de menor relevância é aceitável e concorda com a impossibilidade de cessão e transferência.

A Auditoria entendeu que a subcontratação pode ser admitida em tese, mesmo na contratação direta, uma vez que a empresa contratada pode deter a expertise para prestar o serviço como um todo, sem estar obrigada a executar com suas forças todas as atividades-meio.

É o que ensina Marçal Justen Filho:

> *"Diversa é a situação quando a obrigação é de meio. Quando o contratado tiver o dever de elaborar a prestação, a transferência de encargos ou aquisição de bens de terceiros caracteriza a subcontratação relevante para a Administração. É claro que não se chegaria ao extremo de exigir que o escultor promovesse pessoalmente a extração do mármore da natureza ou que o pintor fabricasse as tintas para usar na elaboração de um quadro – exemplos tradicionais de obrigação de meio no âmbito do direito privado".*

A adequação da medida deve ser aferida no caso concreto, nos termos do instrumento convocatório e mediante a comprovação da viabilidade e satisfatoriedade da subcontratação.

Contudo, no presente caso, a cláusula que trata da subcontratação não faz qualquer menção ao tipo de serviço que poderá ser aceito pela Administração.

Tal indefinição conduz necessariamente ao entendimento de que será admitida a subcontratação de qualquer serviço, em qualquer quantidade, tornando nula a previsão.

Assim, tendo em vista que a interpretação lógica do instrumento contratual demonstra a incompatibilidade entre o fundamento legal da contratação (art. 25, I da LF 8.666/93) e a cláusula décima terceira, a nulidade acima demonstrada macula o ajuste, tornando-o irregular.

b) Ilegalidades no objeto contratado. Neste item apontou-se que as regras de execução dos serviços não estão previstas no contrato administrativo já que, de acordo com o item 1.1 da Cláusula primeira, a contratada se compromete a prestar os serviços nos termos de sua proposta, ferindo o inciso II do art. 55 da LF 8.666/93.

Alegou a empresa contratada que a cláusula não é obrigatória e que o não atendimento da legislação neste item não implica a irregularidade do contrato.

Já a defesa do ex-Secretário aduz que a proposta integra o contrato, salientando que as respectivas condições e especificações constaram no ofício enviado à empresa para que esta enviasse sua proposta.

Defende, ainda, a legalidade do prazo da garantia de fornecimento de módulos sobressalentes, de 10 anos, e que a previsão visa assegurar a aquisição das peças mesmo após o encerramento do contrato, "(...) não podendo a contratada descontinuar a fabricação de equipamentos para reposição" (fl. 258).

No tocante à obrigatoriedade da inserção da cláusula referente à forma de execução dos serviços, a Auditoria entendeu que a letra da lei é suficientemente clara ao determinar que o contrato seja expresso neste ponto.

Ressaltou que a obediência à forma prescrita em lei é uma das características do contrato administrativo, em homenagem ao princípio da segurança jurídica, sem a qual receberá a coima de nulo.

Novamente citou Marçal Justen Filho, que defende posição favorável à tese da auditoria:

> *"O texto do caput do art. 55 induz à necessidade de que todo contrato administrativo contenha as cláusulas enumeradas nos diversos incisos. Porém, nem todas as hipóteses dos diversos incisos são realmente obrigatórias. Ou seja, a ausência de algumas delas descaracteriza um contrato administrativo e acarreta a nulidade da avença. Quanto a outras cláusulas, sua presença é desejável, mas não obrigatória. São obrigatórias as cláusulas correspondentes aos incs. I, II, III, IV e VIII".*

A questão do prazo definido no item 1.2 da mesma cláusula é igualmente problemática.

Anotou a Auditoria ser evidente que a Administração não possui a prerrogativa de vincular o particular para além da vigência do contrato e que qualquer pretensão neste sentido é nula de pleno direito.

Ora, a regra contida no artigo 57 da LF 8.666/93, relativa ao prazo da contratação, possui natureza cogente (ius publicum privatorum pactis mutari non potest), sendo nulas as disposições contratuais em contrário.

Ademais, o inciso XI do mesmo artigo 55 da lei de licitações e contratos dispõe que todo contrato administrativo deve conter cláusula informando acerca da "vinculação ao edital de licitação ou ao termo que a dispensou ou a inexigiu, ao convite e à proposta do licitante vencedor".

Para a Coordenadoria, se bastasse incluir previsão de que o contrato repete o edital e a proposta, por qual motivo o legislador incluiria no artigo 55 os incisos I a X, XII e XIII? Ou, noutra via, seria razoável a existência de um contrato sem o objeto e seus elementos característicos (inciso I)? Por que então aceitar que este não contenha os elementos exigidos no inciso II? Por fim, registrou que, na interpretação da lei, o legislador não insere palavras inúteis no texto legal, tampouco faz exigências para serem descumpridas.

Neste caso cabe a utilização da máxima "Verba cum effectu, sunt accipienda", a qual literalmente significa que se deve- compreender as palavras como tendo alguma eficácia.

Sendo assim, reiterou o entendimento inicialmente esposado.

c) Ilegalidade na prestação da garantia. Verificou-se que a garantia foi prestada em duas parcelas, referentes a 5% do valor ofertado para cada fase da contratação.

O procedimento foi considerado irregular por contrariar os termos do art. 56, §2º da LF 8.666/93, ressaltando-se que entre a devolução do valor da primeira parte da garantia após a emissão do termo de aceitação da revitalização dos equipamentos e a prestação da segunda parcela pela contratada não haveria nenhuma garantia contratual.

Defende-se a contratada alegando que haveria ônus desproporcional na prestação integral da garantia.

O ordenador da despesa assegura que não há a possibilidade de ocorrer um período sem garantia e, no tocante à forma de prestação, lembra que a exigência é uma prerrogativa discricionária da Administração, podendo ser exercida conforme a conveniência do órgão.

AUD ponderou, em relação ao argumento da contratada, que o custo da garantia é repassado ao valor da proposta, sendo, na prática, suportado pela Administração.

Quanto aos demais argumentos, entendeu que o valor da garantia pode corresponder ao valor da fase em que se encontram os serviços prestados, uma vez que o valor a ser exigido é uma opção discricionária da Administração cujo limite superior é previsto em lei.

Na mesma esteira, o risco de haver lapso temporal entre a devolução da primeira parcela da garantia e a prestação da segunda é admitido como opção discricionária da Administração.

Dessa forma, após a apreciação das defesas apresentadas pelos Responsáveis e da análise das justificativas ofertadas pela Origem, na manifestação derradeira da Auditoria, remanesceram as seguintes irregularidades na contratação:

a) Justificativa para contratação direta por inexigibilidade insuficiente, em infringência ao artigo 25, inciso I e 26 da LF 8.666/93 e artigos 2º, I e 13 a 17 do DM 44.279/2003.

b) Justificativa de preços insuficiente, em detrimento do artigo 26, parágrafo único, III da LF 8.666/93.

c) O objeto contratado está em desacordo com o art. 54, §1º, artigo 55 da LF 8.666/93 e artigo 27 da LM 13.278/2002, no que se refere ao prazo contratual. (folhas 520/523 em 21/08/2014)

A Assessoria Jurídica de Controle Externo acompanhou a manifestação da Auditoria, opinando pela irregularidade da contratação, notadamente em razão da ausência de justificativa para a contratação direta, por inexigibilidade, infringindo o artigo 25, inciso I e artigo 26 da Lei Federal 8.666/93 e aos artigos 2º, inciso I, 13 ao artigo 17 do Decreto Municipal 44.279/2003, bem como à insuficiência de justificativa de preços, ferindo o artigo 26, parágrafo único, inciso III da Lei 8.666/93, e, ainda, em razão da ausência da inserção de cláusula referente à forma de execução dos serviços, em desacordo com o artigo 54, § 1ª e artigo 55 da Lei Federal 8.666/93 (folhas 526/534 em 05/02/15).

A Procuradoria da Fazenda Municipal propugnou pela regularidade da contratação ou, ao menos, pela aceitação dos efeitos financeiros. A Secretaria Geral, na esteira da Auditoria e da Assessoria Jurídica de Controle Externo, opinou pela irregularidade do contrato.

É o relatório.

VOTO

Depois de apreciadas as defesas dos Responsáveis e da empresa Contratada e analisadas as justificativas ofertadas pela Origem, a Auditoria concluiu pela irregularidade do contrato por remanescerem as seguintes infringências:

1) Justificativa para contratação direta por inexigibilidade insuficiente, em infringência ao artigo 25, inciso I e 26 da Lei Federal 8.666/93 e artigos 2º, inciso I e 13 a 17 do Decreto Municipal 44.279/2003;

2) Justificativa de preços insuficiente, em detrimento do artigo 26, parágrafo único, inciso III da Lei Federal 8.666/93; e

3) O objeto contratado está em desacordo com o artigo 54, §1º e artigo 55 da Lei Federal 8.666/93 e artigo 27 da Lei Municipal 13.278/2002, no que se refere ao prazo contratual. No mesmo diapasão foram os pareceres da Assessoria Jurídica de Controle Externo e da Secretaria Geral, opinando pela irregularidade da contratação, notadamente em razão da ausência de justificativa para a contratação direta, da insuficiência de justificativa de preços e, ainda, em razão de não constar expressamente no contrato a forma de sua execução, mas, sim, como referência aos termos da proposta da contratada.

Ante o exposto, com amparo nos pareceres da Subsecretaria de Fiscalização e Controle, da Assessoria Jurídica de Controle Externo e da Secretaria Geral, cujos fundamentos adoto como razões de decidir, JULGO IRREGULAR O CONTRATO 5/2007, dada a ausência de justificativa para a contratação direta, por inexigibilidade, infringindo o artigo 25, inciso I e artigo 26 da Lei Federal 8.666/93, a insuficiência de justificativa de preços, ferindo o artigo 26, parágrafo único, inciso III da Lei 8.666/93, e, ainda, em razão da ausência da inserção de cláusula referente à forma de execução dos serviços, em desacordo com o artigo 54, § 1º e artigo 55 da Lei Federal 8.666/93.

Todavia, considerando que o contrato já foi encerrado, com a consequente execução do objeto, sem que haja notícia ou constatação de prejuízo ao erário nos autos e, ainda, diante da necessidade de serem preservadas as relações jurídicas já consolidadas, ACOLHO, em caráter excepcional, os seus EFEITOS FINANCEIROS.

Expeça-se Ofício à Secretaria Municipal de Transportes, fazendo constar DETERMINAÇÃO para que, nos casos futuros, sejam cumpridos, com rigor, os apontamentos feitos pela Auditoria, a saber:

1. É imprescindível que a justificativa dos preços contratados seja decorrente de pesquisa prévia de mercado, não sendo suficiente a alegação de que os preços contratados são compatíveis com os valores praticados no mercado pela empresa Contratada ou com os preços praticados em outros contratos administrativos.

Não há como se considerar suficiente para justificar os preços a simples atualização do valor do último contrato, firmado em 1996, ou seja, uma década antes. Isso porque, como bem asseverou a Auditoria, “na década que separa as duas contratações o panorama tecnológico sofreu uma evolução exponencial em comparação com as décadas anteriores. Os equipamentos eletrônicos e tecnológicos popularizaram-se, causando a queda dos preços devido à economia de escala. As telecomunicações evoluíram, foram criadas novas opções de comunicação entre a central e os equipamentos de campo, melhorando as condições de prestação dos serviços”.

Assim, imperativa a realização de nova pesquisa de mercado com o fim de verificar se os elementos, que são insumos no contrato, tais como equipamentos eletrônicos, tecnologia e telecomunicações, são hoje comercializados por valores inferiores.

2. Justificar a contratação por inexigibilidade, demonstrando a exclusividade na prestação dos serviços – no caso, a revitalização do sistema anterior – e desde que a revitalização – no lugar da aquisição de novos equipamentos – fosse comprovadamente a opção mais vantajosa.

Cumpridas as formalidades legais, arquivem-se os autos.

Declaração de voto apresentada pelo Conselheiro Maurício Faria

Conforme se verifica dos autos, a insuficiência da justificativa da contratação restou comprovada diante da ausência de estudos técnicos hábeis a demonstrar a pertinência da opção pela revitalização e manutenção do CTA-2 em relação à aquisição de um novo sistema, o que comprometeu a legalidade da contratação direta por inexigibilidade, na medida em que a contratação somente se justificaria caso restasse comprovada a vantajosidade da revitalização e manutenção do sistema antigo.

Os documentos constantes do processo administrativo revelam que os equipamentos de campo eram inoperantes ou obsoletos e que, por isso, a revitalização demandaria a substituição de equipamentos, software, hardware (modernização tecnológica), com previsão de aquisição de 35 novos controladores.

Tal cenário reforça a necessidade de verificação pela Administração Pública da viabilidade econômica de aquisição de um novo sistema frente aos custos de revitalização e manutenção dos equipamentos de campo.

A respeito do assunto, reproduzo, pela pertinência, as considerações feitas pela Auditoria às fl. 521 dos autos: "Cumpre destacar que a legalidade da contratação direta não seria questionada caso fossem apresentados

dados e estudos hábeis a comprovar que a revitalização do sistema foi uma melhor opção que a aquisição de nova estrutura por meio de certame público."

No tocante à justificativa de preços, consta dos autos que ao avaliar os preços propostos pela Contratada, a Origem utilizou como parâmetro o valor contratado em junho de 1994, atualizado pelo IPCA até outubro de 2006, método considerado inadequado para justificar os preços praticados.

Além disso, a equipe auditora não teve condições de precisar se os cálculos e raciocínios estavam corretos, pois não foram juntadas as correspondentes demonstrações.

A declaração formal da área técnica da Companhia de Engenharia de Tráfego - CET de que o preço contratado é compatível como o mercado não é suficiente para demonstrar a razoabilidade dos preços contratados.

Mesmo se assim não fosse, a razoabilidade do preço poderia ter sido demonstrada em função da atividade anterior e futura do próprio particular, o que não ocorreu. Nesse sentido, Marçal Justen Filho:

> *(...) O contrato com a Administração Pública deverá ser praticado em condições econômicas similares com as adotadas pelo particular para o restante de sua atividade profissional(...).*[1]

Dessa forma, na esteira das manifestações dos órgãos técnicos e da Secretaria Geral, cujas razões passam a fazer parte integrante deste voto, julgo irregular o Contrato 05/07.

[1] Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 15. ed. São Paulo: Dialética. 2012, p. 447.