JURISPRUDÊNCIA

TC nº 72-004.020.06-00

REPRESENTAÇÃO. EDITAL. PREGÃO para Registro de Preços. PRODAM. Serviços de impressão de documentos eletrônicos. Superadas, tanto a fórmula para cálculo dos índices de situação financeira, como a ausência de sanção no atraso de pagamento. Artigos 3º, 31, § 5º e 55, III e VII da Lei Federal nº. 8.666/93. Solucionada a realização de vistoria de empresas classificadas. Artigo 4º, incisos XI, XII, XV e XVI da Lei Federal 10.520/02. Irregularidade julgada prejudicada. CONHECIDA. IRREGULARIDADES IMPROCEDENTES. Votação unânime.

TC citado nº 72.002.064.07-95

RELATÓRIO

Trata o presente da análise da representação interposta por CDVD – Centro de Desenvolvimento Vídeo Digital Ltda., em face do Edital de Pregão nº 02.001/06, da Empresa de Tecnologia da Informação e Comunicação do Município de São Paulo – PRODAM/SP, cujo objeto é o Registro de Preços para a contratação de empresa especializada na prestação de serviços de impressão de documentos eletrônicos.

A representante articulou suas razões em três itens, apontando as seguintes irregularidades:

- Item 1 – ausência de indicação da fórmula para cálculo dos índices que comprovem a boa situação financeira da empresa – itens 6.7.1 e 4.3.1, alínea "n" – afrontando o disposto no art. 31, § 5º **(Art. 31 - A documentação relativa à qualificação econômico-financeira limitar-se-á a: [...] § 5º - A comprovação da boa situação financeira da empresa será feita de forma objetiva, através do cálculo de índices contábeis previstos no edital e devidamente justificados no processo administrativo da licitação que tenha dado início ao certame licitatório, vedada a exigência de índices e valores não usualmente adotados para a correta avaliação de situação financeira suficiente ao cumprimento das obrigações decorrentes da licitação) e no art. 3º (Art. 3º - A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos),** ambos da Lei Federal nº 8.666/93;
- Item 2 – falta de previsão, no item XI do edital, de sanção pelo atraso, por parte da contratante, no pagamento à contratada contrariando as disposições do art. 55, III e VII **(Art. 55 - São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam: [...] III - o preço e as condições de pagamento, os critérios, data-base e periodicidade do reajustamento de preços, os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento; VII - os direitos e as responsabilidades das partes, as penalidades cabíveis e os valores das multas)**, do diploma antes citado;

- Item 3 – ilegalidade do disposto no item 4.3.1 alínea "m1", que prescreve a realização de vistoria nas dependências das empresas classificadas em 1º e 2º lugares; e no item 6.8, que prevê a declaração do vencedor somente após a vistoria, violando, assim, o previsto no art. 4º, incisos XI, XII, XV e XVI da Lei Federal nº 10.520/02 **(Art. 4º - A fase externa do pregão será iniciada com a convocação dos interessados e observará as seguintes regras: [...] XI - examinada a proposta classificada em primeiro lugar, quanto ao objeto e valor, caberá ao pregoeiro decidir motivadamente a respeito da sua aceitabilidade; XII - encerrada a etapa competitiva e ordenadas as ofertas, o pregoeiro procederá à abertura do invólucro contendo os documentos de habilitação do licitante que apresentou a melhor proposta, para verificação do atendimento das condições fixadas no edital [...]; XV - verificado o atendimento das exigências fixadas no edital, o licitante será declarado vencedor; XVI - se a oferta não for aceitável ou se o licitante desatender às exigências habilitatórias, o pregoeiro examinará as ofertas subseqüentes e a qualificação dos licitantes, na ordem de classificação, e assim sucessivamente, até a apuração de uma que atenda ao edital, sendo o respectivo licitante declarado vencedor;)**, posto que implica a abertura dos envelopes da habilitação de duas empresas.

Em decorrência do alegado, requereu a suspensão liminar do certame.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo assim se manifestou:

1) No tocante à alegada omissão de fórmulas para o cálculo dos índices exigidos, considerou atendida a legislação, uma vez que os referidos cálculos são de conhecimento dos técnicos da área e não admitem outra interpretação.

2) No que concerne à apontada ausência de sanção pelo pagamento com atraso, entendeu improcedente o questionamento, já que eventuais acréscimos, atualizações ou compensações, decorrentes desta situação, independem de cláusula escrita, constituindo direito do contratado.

3) Quanto à abertura dos envelopes de habilitação das duas melhores classificadas, considerou procedente a impugnação, uma vez que a legislação sobre o pregão só concebe tal abertura em relação à vencedora; entendeu, ainda, incabível a vistoria prevista no item 4.3.1, alínea "m1" do edital, uma vez que se contrapõe à exigência contida no próprio item, que prescreve a apresentação de declaração da licitante vencedora comprometendo-se a disponibilizar instalações, equipamentos e pessoal técnico necessários à execução do ajuste, tratando-se do compromisso de responsabilidade previsto no art. 30, § 6º, da Lei nº 8.666/93 **(Art. 30 - A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a: [...] § 6º - As exigências mínimas relativas a instalações de canteiros, máquinas, equipamentos e pessoal técnico especializado, considerados essenciais para o cumprimento do objeto da licitação, serão atendidas mediante a apresentação de relação explícita e da declaração formal da sua disponibilidade, sob as penas cabíveis, vedadas as exigências de propriedade e de localização prévia).**

Concluiu, propondo que a Origem procedesse à adequação do edital e questionando, por último, a possibilidade de prorrogação da vigência do contrato decorrente da Ata que, na forma proposta, é incompatível com o Sistema de Registro de Preços.

A representante, em seqüência, fez juntar os documentos de fls. 88/112, nos quais reiterou os termos da inicial e insurgiu-se contra o indeferimento de impugnação administrativa do edital, protocolizada junto à Administração.

Adotando as razões consignadas pela AJCE, indeferi o pedido de suspensão do certame e determinei à PRODAM que:

a) procedesse à abertura apenas da documentação relativa à proposta vencedora;

b) aceitasse a declaração de disponibilidade como documento hábil para a certificação exigida;

c) retirasse da cláusula respectiva a possibilidade de prorrogação do prazo do ajuste até o limite de 60 (sessenta) meses, incompatível com o regime de Registro de Preços.

A Origem comunicou a esta Corte o adiamento da abertura do certame, encaminhando, posteriormente, as justificativas referentes à impugnação do edital.

No tocante à abertura do envelope de habilitação de duas empresas, defendeu a legalidade do item, alegando que a Administração pretendia registrar os preços das duas melhores propostas, em consonância com as disposições do art. 35 e parágrafo único do Decreto Municipal nº 44.279/03 **(Art. 35 - Poderão ser registrados vários preços para o mesmo objeto em função da capacidade de fornecimento ou de outro critério julgado conveniente, desde que previsto no instrumento convocatório, que estabelecerá as condições para as futuras contratações. Parágrafo único - Será obrigatória, dentre outras condições, a previsão de que os fornecimentos por qualquer das detentoras somente ocorrerão mediante manifestação expressa de desinteresse pelas detentoras antecedentes com preços menores na ordem de classificação.).**

Quanto à declaração de disponibilidade de bens, equipamentos e pessoal como documento hábil para a certificação exigida, argumentou que a declaração não é suficiente para atestar a capacidade da contratada para a execução dos serviços, entendendo ser necessária a vistoria, nos termos do § 3º do art. 43 **(Art. 43 - A licitação será processada e julgada com observância dos seguintes procedimentos: [...] § 3º - É facultada à Comissão ou autoridade superior, em qualquer fase da licitação, a promoção de diligência destinada a esclarecer ou a complementar a instrução do processo, vedada a inclusão posterior de documento ou informação que deveria constar originariamente da proposta)** do mencionado diploma.

No que concerne à vigência do contrato – prevista para até 60 (sessenta) meses – alegou que a vigência da Ata – de, no máximo, 24 (vinte e quatro) meses – não se confunde com a do contrato, esta disciplinada no art. 57, II, da Lei Federal de Licitações **(Art. 57 - A duração dos contratos regidos por esta Lei ficará adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários, exceto quanto aos relativos: [...] II - a prestação de serviços a serem executados de forma contínua, que poderão ter a sua duração prorrogada por iguais e sucessivos períodos com vistas a obtenção de preços e condições mais vantajosas para a Administração, limitada a sessenta meses)** e aquela no art. 13 da Lei Municipal nº 13.278/02 **(Art. 13 - O prazo de vigência da ata de registro de preços é de um ano, prorrogável por até igual período).**

Em remate, informou que as determinações deste Tribunal foram atendidas, comprovando o alegado com cópias do edital reformulado.

A AJCE considerou cumpridas as referidas determinações, mantendo, porém, seu posicionamento anterior quanto às impropriedades antes constatadas e já corrigidas pela Origem.

Determinei, então, que fosse dada ciência da manifestação à PRODAM/SP, permitindo o prosseguimento do certame licitatório.

A Subsecretaria de Fiscalização de Controle, de seu turno, informou que a vencedora da licitação foi a empresa Total Print Ltda., sendo lavrada a Ata de Registro de Preços nº 03.12/06.

A Procuradoria da Fazenda Municipal propôs que fosse julgada prejudicada a representação, eis que ato superveniente implicou o desaparecimento da causa de pedir e a satisfação da pretensão de representante.

A Secretaria Geral opinou, preliminarmente, pelo conhecimento da representação. Quanto ao mérito, pela improcedência dos itens 1 e 2 e pela procedência das alegações referentes ao item 3, que, entretanto, deveria ser julgado prejudicado, em razão de terem sido sanadas as falhas.

É o relatório

VOTO

Na esteira das manifestações acostadas aos autos, conheço da representação, pois estão presentes os pressupostos de admissibilidade.

No tocante ao mérito, julgo improcedentes os itens 1 e 2, posto que, consoante salientado pela Assessoria Jurídica de Controle Externo, a fórmula para cálculo dos índices previstos no item 6.7.1 é de conhecimento dos técnicos da área, não admitindo outra interpretação.

Da mesma forma, entendo que a ausência de previsão expressa de sanção à contratante, em caso de atraso no pagamento, não macula o certame, uma vez que se trata de direito da contratada, quer conste ou não de cláusula contratual.

Superados, assim, os questionamentos relativos aos itens 1 e 2, volto-me para o contido no item 3, que se refere à realização de vistoria nas dependências das empresas classificadas em 1º e 2º lugares, implicando, tal previsão, a abertura dos envelopes de habilitação de ambas.

Sob este ângulo, consigno que cabe razão à Assessoria Jurídica de Controle Externo, ao asseverar que não há como se conceber a abertura dos envelopes de habilitação das duas empresas melhores classificadas e vincular a decisão final da licitação a uma vistoria posterior.

É que, a teor do disposto nas legislações federal e municipal sobre o pregão, só é admitida a abertura do envelope de habilitação do licitante vencedor, sendo os demais abertos somente em caso de inabilitação do melhor classificado.

Confira-se, sobre o tema, o disposto no art. 9º, IX, do Decreto Municipal nº 46.662/05:

> ***'Art. 9º - na sessão pública do pregão, serão observados os seguintes procedimentos: [...] IX - abertura apenas de envelope contendo os documentos de habilitação, apresentado pelo licitante, cuja proposta comercial tenha sido classificada em primeiro lugar;'***

Não se sustenta, à luz deste dispositivo, a argumentação da PRODAM/SP, no sentido de que poderiam ser abertos os envelopes das duas melhores classificadas.

No mesmo sentido, a lição da administrativista Vera Monteiro, ao discorrer sobre a fase de habilitação no pregão:

> ***'Dessa forma, entregues os envelopes e em decorrência da transparência e publicidade dos atos –, o pregoeiro deve abrir o envelope do licitante classificado em primeiro lugar e examinar os documentos apresentados, sendo que todos os interessados têm o direito de examiná-los' (Temas de Direito Administrativo – Licitação na Modalidade de Pregão, Malheiros Editores, 2003, pág. 157).***

De outra parte, consoante apontado, a realização de vistoria, no pregão, somente é possível antes da fase dos lances orais, uma vez que a aferição sobre a capacidade técnica das propostas deve preceder esta fase.

Assim, o momento correto para a análise técnica das propostas pelo pregoeiro é o do julgamento das propostas, anterior aos lances orais.

> ***Sob este aspecto, socorro-me novamente do magistério de Vera Monteiro: 'A sessão de lances verbais só deve ter início depois de o pregoeiro certificar-se da conformidade de todas as propostas com o instrumento convocatório, sob pena de o resultado final, após o encerramento dos lances, ser inútil.' (obra citada, pág. 127).***

Destarte, revela-se ilegal a previsão de realização de vistoria nas dependências da empresa após a classificação das licitantes.

Tais irregularidades, todavia, foram sanadas pela PRODAM/SP, o que me leva a dar por prejudicada a representação no que se refere ao item 3.

Permito-me, a este passo, trazer à apreciação do Egrégio Plenário, a questão da vigência da Ata de Registro de Preços e dos contratos, abordada por ocasião da prolação do meu despacho que autorizou o prosseguimento do certame, determinando, porém, a retirada da cláusula editalícia referente à possibilidade de prorrogação do ajuste até o limite de 60 (sessenta) meses.

À época, louvei-me na manifestação da Assessoria Jurídica de Controle Externo, que entende ser incompatível com o Sistema de Registro de Preços a prorrogação da vigência de contrato decorrente de Ata, após a expiração do prazo desta.

Todavia, após refletir sobre o tema e embasado em doutrina que considero mais adequada à espécie, aliás, por mim já esposada em voto proferido no TC nº 3.063.06-87, da Relatoria do nobre Conselheiro Maurício Faria, e em parecer da Procuradoria Geral do Município, da lavra da Dra. Cecília Marcelino Reina, endossado pelo Procurador Geral do Município, Dr. César Augusto Coccaro Filho e pelo Secretário dos Negócios Jurídicos, Dr. Ricardo Dias Leme, revejo a posição adotada à época do despacho acima referido, fazendo-o pelas razões a seguir aduzidas.

Consoante dispõe o art. 15, § 3º, inciso III, da Lei Federal nº 8.666/93 **(Art. 15 - As compras, sempre que possível, deverão: [...] § 3º - O sistema de registro de preços será regulamentado por decreto, atendidas as peculiaridades regionais, observadas as seguintes condições: [...] III - validade do registro não superior a um ano.)**, a validade da Ata de Registro de Preços é limitada a 1 (um) ano, podendo ser prorrogada, nos termos do art. 13 da Lei Municipal nº 13.278/02 **(Art. 13 - O prazo de vigência da ata de registro de preços é de um ano, prorrogável por até igual período.),** por igual período, realçando o parágrafo único **(Parágrafo único - A expiração do prazo de vigência da ata de registro de preços não implica a extinção dos contratos dela decorrentes, ainda em execução**.) do mesmo dispositivo, que o término do prazo de vigência da Ata não implica a extinção dos contratos dela decorrentes, ainda em execução.

Nessa senda, concluo que os dispositivos citados pertinem ao prazo de vigência da Ata, enquanto que o relativo à duração dos ajustes vem disciplinado no art. 57 do Estatuto Licitatório Federal, no qual está expresso que a vigência dos contratos está adstrita à dos respectivos créditos orçamentários, exceto, a teor do inciso II **(Art. 57 - A duração dos contratos regidos por esta Lei ficará adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários, exceto quanto aos relativos: [...] II - a prestação de serviços a serem executados de forma contínua, que poderão ter a sua duração prorrogada por iguais e sucessivos períodos com vistas a obtenção de preços e condições mais vantajosas para a Administração, limitada a sessenta meses.),** para a prestação de serviços contínuos, cuja duração pode ser prorrogada até o limite de 60 (sessenta) meses, com vistas à obtenção de preços e condições mais vantajosos para a Administração.

Vale lembrar, a respeito, a Lição de Marçal Justen Filho, do seguinte teor:

> **'A questão da duração dos contratos não se confunde com a prorrogação dos prazos nele previstos para execução das prestações. O prazo de vigência dos**

contratos é questão enfrentada no momento da elaboração do ato convocatório; a prorrogação do prazo para execução das prestações é tema relativo à execução do contrato. Portanto, lógica e cronologicamente, as questões são inconfundíveis.' (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Editora Dialética, 8ª edição, 2.000, página 518).

E prossegue, mais adiante:

'Não se confunde prazo de validade da licitação com prazo de duração dos contratos. O prazo de validade da licitação se relaciona ao período dentro do qual ela produz efeitos (tanto para a Administração Pública como para os particulares). Aplica-se ao caso, inclusive, o disposto nos artigos 15, § 3º, inciso lll e 64, § 3º (Art. 64 - A Administração convocará regularmente o interessado para assinar o termo de contrato, aceitar ou retirar o instrumento equivalente, dentro do prazo e condições estabelecidos, sob pena de decair o direito à contratação, sem prejuízo das sanções previstas no art. 81 desta Lei. [...] § 3º - Decorridos 60 (sessenta) dias da data da entrega das propostas, sem convocação para a contratação, ficam os licitantes liberados dos compromissos assumidos.)' (mesmo autor, obra e página citadas).

Destarte, infere-se do exposto que, lavrado o ajuste durante o prazo de vigência da Ata de Registro de Preços, poderá ele ser prorrogado, no caso de serviços contínuos, até o limite de 60 (sessenta) meses, mesmo após a expiração da vigência da Ata.

No mesmo sentido posicionou-se Jorge Ulysses Jacoby Fernandes, ao comentar o Decreto Federal nº 3.931/01, que trata de contratações de serviços e aquisições de bens, no âmbito federal, pelo Sistema de Registro de Preços – SRP:

'Os contratos decorrentes do SRP, contudo, seguem a regra geral, devendo sujeitar-se às disposições dos contratos convencionais, previstas no art. 57 da Lei nº 8.666/93'. (Sistema de Registro de Preços e Pregão Presencial Eletrônico, Editora Fórum, 2ª Edição, 2.006, página 403).

Vale dizer, por outro lado, que a vigência dos ajustes decorrentes do Sistema de Registro de Preços deve submeter-se ao disposto no instrumento convocatório e respectivo contrato, sempre observado o art. 57 da mencionada Lei Federal.

Mesmo nesse caso, todavia, é imprescindível ter-se presente a necessidade de se analisar se as vantagens trazidas pelo Sistema de Registro de Preços permanecem em vigor, por ocasião da prorrogação do ajuste, uma vez que esta só deve ocorrer se se mostrar mais vantajosa para a Administração, o que se aufere pela comparação entre os preços e condições ofertados pelo detentor da Ata e os oferecidos no mercado.

Feitas essas considerações, reitero meu posicionamento pela improcedência da Representação, no que se refere aos itens 1 e 2 e julgo-a prejudicada no que diz respeito ao item 3.

Dê-se ciência do decidido ao Senhor Prefeito Municipal, Gilberto Kassab, ao Presidente da E. Câmara, Vereador Antonio Carlos Rodrigues, à Secretária Municipal de Gestão, Márcia Regina Ungarette e à representante.

A seguir, arquivem-se os autos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, dos quais é Relator o Conselheiro Roberto Braguim, devolvidos na presente sessão pelo Conselheiro Eurípedes Sales, após vista que lhe fora concedida, durante a fase de discussão, na 2.323ª S.O.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, em conhecer da representação, por presentes os requisitos de admissibilidade.

Considerando que a representante articulou suas razões em três itens, apontando as seguintes irregularidades no edital do Pregão para Registro de Preços 02.001/06:

Item 1 - ausência de indicação da fórmula para cálculo dos índices que comprovem a boa situação financeira da empresa – itens 6.7.1 e 4.3.1, alínea "n" – afrontando o disposto no artigo 31, § 5º, e no artigo 3º, ambos da Lei Federal 8.666/93;

Item 2 - falta de previsão, no item XI do edital, de sanção pelo atraso, por parte da contratante, no pagamento à contratada, contrariando as disposições do artigo 55, incisos III e VII, do diploma antes citado;

Item 3 - ilegalidade do disposto no item 4.3.1, alínea "m1", que prescreve a realização de vistoria nas dependências das empresas classificadas em 1º e 2º lugares; e no item 6.8, que prevê a declaração do vencedor somente após a vistoria, violando, assim, o previsto no artigo 4º, incisos XI, XII, XV e XVI da Lei Federal 10.520/02, posto que implica a abertura dos envelopes da habilitação de duas empresas,

ACORDAM, à unanimidade, quanto ao mérito, em julgar improcedentes os itens 1 e 2 da representação, posto que a fórmula para cálculo dos índices previstos no item 6.7.1 é de conhecimento dos técnicos da área, não se admitindo outra interpretação, da mesma forma que a ausência de previsão expressa de sanção à contratante, em caso de atraso no pagamento, não macula o certame, uma vez que se trata de direito da contratada, quer conste ou não de cláusula contratual. Acordam, ademais, à unanimidade, quanto ao item 3 da representação, em julgá-lo prejudicado, tendo em vista que a realização de vistoria nas dependências das empresas classificadas em 1º e 2º lugares implicaria na abertura dos envelopes de habilitação de ambas, o que as legislações federal e municipal sobre o pregão não admitem.

ACORDAM, também, à unanimidade, em determinar o envio de cópia do presente Acórdão ao Senhor Prefeito do Município de São Paulo, Gilberto Kassab, ao Presidente da Câmara Municipal de São Paulo, Vereador Antonio Carlos Rodrigues, à Secretária Municipal de Gestão, Márcia Regina Ungarette, e, nos termos do artigo 58 do Regimento Interno desta Corte, à representante e à representada, para ciência.

ACORDAM, afinal, à unanimidade, em determinar o arquivamento dos autos.

Participaram do julgamento os Conselheiros Edson Simões – Revisor, Eurípedes Sales e Maurício Faria.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda Gianfrancesco Genoso.

Sessão no Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque em 05 de dezembro de 2007. Presidente: Antonio Carlos Caruso – Relator: Roberto Braguim.