TC nº 72-004.228.01-04

ANÁLISE. CONTRATO. INEXIGIBILIDADE. TERMO ADITIVO. SES. Locação de máquina reprográfica. Contratação direta fundamentada. REGULARES. Votação unânime.

Legislação citada: Art. 25, I, Lei 8.666/93. Art. 65, IV, Lei Mun. 10.544/88.

297ª Sessão Ordinária da 1ª Câmara

Trânsito em julgado: 06/10/2016

D E C I S Ã O

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

DECIDEM os Conselheiros da Colenda Primeira Câmara do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, em julgar regulares o Contrato 132/EDIF/2001 e o Termo de Aditamento 287/EDIF/2002, uma vez fundamentada a contratação direta e, principalmente, em razão do aproveitamento que os ajustes ensejaram à Administração Pública, preservando os preços originalmente contratados mesmo durante a prorrogação da vigência do contrato.

DECIDEM, ainda, à unanimidade, determinar, após o cumprimento das formalidades legais, o arquivamento dos autos.

Participou do julgamento o Conselheiro MAURÍCIO FARIA.

Presentes o Procurador Chefe da Fazenda GUILHERME BUENO DE CAMARGO e o Procurador FERNANDO HENRIQUE MINCHILLO CONDE.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 25 de novembro de 2015.

ROBERTO BRAGUIM
Presidente

EDSON SIMÕES
Relator

RELATÓRIO

Trata o presente processo da análise do Contrato 132/EDIF/2001 firmado entre a Secretaria Municipal de Serviços e Obras e Xerox Comércio e Indústria Ltda., tendo por objeto a locação de uma máquina reprográfica modelo X–5100, com prazo para realização do serviço de 12 (doze) meses, de 23.8.2001 a 22.8.2002, no valor de R$ 70.200,00 (setenta mil e duzentos reais).

Trata-se de contratação direta por inexigibilidade de licitação, consoante o disposto no artigo 65, inciso IV, da Lei Municipal 10.544/88, e no artigo 25, inciso I, da Lei Federal 8.666/93. A análise do ajuste, levada a efeito pela Subsecretaria de Fiscalização e Controle, verificou não constar dos autos: a) o motivo da escolha da empresa Xerox Comércio e Indústria Ltda. e b) o quadro comparativo dos preços ofertados pelas empresas.

Diante disso, propôs solicitar à Origem:

1. justificativas da necessidade da locação de um equipamento reprográfico, com as características exigidas nas "Especificações Técnicas Necessárias para Locação de um Equipamento Reprográfico";

2. quadro comparativo dos preços ofertados pelas empresas;

3. motivo da escolha da empresa Xerox Com. e Ind. Ltda., entre as propostas das empresas;

4. Certificado de Regularidade do FGTS, vigente na ocasião da contratação.

No aguardo do atendimento do solicitado à Origem, a análise contratual da Auditora restou pendente de conclusão. (03.12.2001 – folhas 42/44).

Ante a resposta prestada pela Origem, na qual constam documentos visando esclarecer as indagações da Auditoria, considerou esta não terem sido sanadas as pendências apontadas, sobretudo a não caracterização da inexigibilidade de licitação, tendo em vista a apresentação de três propostas de diferentes empresas para o mesmo equipamento X-5100, que poderia ter sido fornecido por outros estabelecimentos.

Com isso, solicitou a remessa dos autos à Assessoria Jurídica de Controle Externo para melhor compreensão do assunto. (20.02.2002 – folhas 65/66).

A Assessoria Jurídica de Controle Externo, por sua vez, entendeu não configurada a hipótese legal de inexigibilidade de licitação, tendo em vista:

a) ser possível o certame licitatório por se tratar de locação de equipamento e não de aquisição;

b) a contratação de locação pode ser efetuada de múltiplas empresas, como restou comprovado pela própria Origem.

Além disso, assinalou não haver comprovação de que a contração em análise compreende a melhor forma de economia, considerando a relação custo/benefício.

Entendeu, assim, irregular a contratação por ter se realizado com inexigibilidade de licitação embora cabível a realização de certame. (17.5.2002 – folhas 70/72).

A Subsecretaria de Fiscalização e Controle, em nova manifestação, inicialmente, considerou sanada a pendência de regularidade junto ao FGTS, na vigência do Contrato 132/EDIF/01, com a juntada do respectivo comprovante válido à época. Mas, manteve o entendimento de irregularidade da contratação por não configurada a exclusividade de comercialização para locação do equipamento. (06.9.2002 - folhas 77/78 verso).

Em manifestação conjunta, o Ordenador da Despesa e o Signatário do Ajuste defenderam a regularidade do contrato por entenderem atendidas todas as exigências e formalidades legais e por ter o ajuste produzido efetiva economia ao Erário. Em essência, argumentaram: "A contratação direta em apreço foi autorizada com fundamento no artigo 65, inciso V, da Lei Municipal 10.544/88 e alterações posteriores, bem como no artigo 25, inciso I, da Lei Federal 8.666/93, que tratam da inexigibilidade de licitação, por inviabilidade de competição, devidamente atestada, conforme exigido nos dispositivos legais citados.

A necessidade do equipamento objeto do contrato foi devidamente justificada pelo setor competente do Departamento de Edificações, que, por medida de contenção de despesas, solicitou a locação de apenas uma máquina copiadora, que, no entanto, deveria apresentar velocidade maior, tendo em vista a grande quantidade diária de cópias utilizadas naquele Departamento, especialmente, para subsidiar o grande volume de processos administrativos, ofícios, memorandos e outros.

Com a instrução do processo, objetivando a abertura do procedimento licitatório correspondente, verificou-se que somente preenchia os requisitos técnicos exigidos – velocidade de 100 cópias por minuto – a 'Duplicadora/ampliadora/redutora de alto volume, modelo X-5100', fabricada pela XEROX CORPORATION – USA e comercializada, com exclusividade, no País, pela empresa XEROX COMÈRCIO E INDÙSTRIA LTDA.

Diante disso, com base na documentação necessária à comprovação dos fatos supra narrados, foi autorizada a contratação direta da empresa, conforme inicialmente mencionado." (04.10.02 – folhas 86/96).

A Assessoria Jurídica de Controle Externo teve por irregular o Contrato 132/EDIF/01, considerando evidente a existência de outros fabricantes e prestadores de serviços pelo que afirma a Origem ao efetuar a cotação, obtendo preços para o serviço de locação, fazendo entender assim existir outros fornecedores, com o que não haveria que se falar em exclusividade.

Argumentou ainda: "(...) como afirmar que, em se atendo a um outro princípio fundamental das licitações, o da Publicidade, não afluiriam concorrentes com melhores ofertas para a administração? Vemos aí ferido mais um princípio, o de isonomia, ao coibir o acesso de quaisquer interessados no certame."

(...) "A discricionariedade no presente caso só poderia nos ser aceitável se houvesse ocorrido o certame licitatório e a administração, diante das ofertas recebidas, optasse pela que lhe trouxesse o melhor custo/benefício, a qual poderia ser até mesmo a empresa escolhida no presente processo, porém haveriam sido seguidos os preceitos legais e a cautela da boa administração.

Em Decisão 04795, DOU de 1/3/95, pág. 2773: 'Na área de telecomunicações, o procedimento de verificação da inexigibilidade compreende o chamamento público para apurar o número de interessados (art.19, § 3º da Lei 9472/97). 'E esta é uma recomendação do TCU, que indica a adoção de medidas cautelares visando assegurar a veracidade das declarações prestadas pelos órgãos e entidades emitentes, nos casos de atestados de exclusividade de fornecimento de materiais, equipamento ou gêneros. E é lógica esta recomendação. É o dever de agir com zelo e cautela na utilização de dinheiro público, seja ele pouco ou muito. É a caracterização do conceito da melhor aplicação possível das verbas públicas, premissa base do Princípio da Moralidade."

Pelo exposto, considerou a Assessoria Jurídica irregular o presente contrato, uma vez não caracterizada a inexigibilidade da licitação. (14/02/2003 – folhas 97/102).

Em vista do atestado de folha 09, a Secretaria Geral entendeu está evidenciado que a empresa Xerox Comércio e Indústria Ltda. detinha a exclusividade de comercialização da máquina Duplicadora/ampliadora/redutora de alto volume, modelo X-5100, "única que preenchia os requisitos técnicos exigidos pela Secretaria de Serviços e Obras, notadamente o de velocidade de tiragem de cópias (100 cópias por minuto)."

Considerou, ainda, que a máquina locada substituiu a locação de outras duas de capacidade inferior, o que representou evidente economia aos cofres públicos, tal como justificado às folhas 58/59 e 86/93.

Com isso, concluiu que a contratação em questão atendeu plenamente as exigências previstas no artigo 25, inciso I, da Lei 8.666/93 e no artigo 65, inciso V, da Lei 10.544/88, opinando pelo acolhimento da contratação direta, por inexigibilidade de licitação, em virtude da exclusividade do fornecedor, não sendo a

hipótese de encaminhar qualquer determinação à Origem. (25.8.2003 – folhas 108/109).

Esta Relatoria solicitou esclarecimentos junto à Secretaria de Informática no sentido de responder se as propostas apresentadas às folhas 54 e 55 cuidam também do equipamento reprográfico modelo X-5100, idêntico ou não ao equipamento objeto da contratação com a Xerox Comércio e Indústria Ltda.

A resposta informou tratar-se de equipamentos idênticos. (05.9.2003 – folhas 110 e 111) Em resposta ao Ofício SSDG 0694/2004, solicitando informações da empresa Conicopy, tendo em vista sua proposta de locação do maquinário reprográfico de folha 10, respondeu essa empresa que a referida proposta não foi por ela emitida, aparentando tratar-se de uma montagem já que o impresso utilizado ostenta o seu logotipo. (21.6.2004 – folha 123)

Entendeu a Subsecretaria de Fiscalização e Controle que tal informação não afeta suas conclusões anteriores, muito embora acrescenta fato novo ao presente processo por trazer dúvida sobre a veracidade de documento: o de folha 10 ou o de folha 123, questão que refoge ao âmbito de análise desse Órgão. (04.4.2005 – folha 127).

A Assessoria Jurídica considerou que, tendo em vista cuidar-se de documento contendo justificativa de valor, sua veracidade é de toda importância para atestar a regularidade do procedimento adotado pela Administração com observância do artigo 26, parágrafo único, inciso III, da Lei 8.666/93. Sendo assim, sugere oficiar a Origem para que se manifeste a respeito. (13.9.2005 – folha 129/130).

O Ordenador da Despesa, reiterando seu pedido de regularidade dos ajustes, afirmou sobre o documento forjado "(...) trata-se de fato gravíssimo, que deve ser apurado na unidade competente, punindo-se, nos termos da lei, os responsáveis pela irregularidade.

Tal fato, todavia, não pode inquinar de irregularidade a contratação aqui tratada, que foi autorizada pelo recorrente na estrita forma prescrita em lei, conforme exaustivamente esclarecido na defesa antes apresentada, (...)" (27.10.2005 – folhas 135/139).

Em nova manifestação, a Assessoria Jurídica de Controle Externo discorreu sobre a necessidade de justificativa de preços, mesmo tratando-se de dispensa ou inexigibilidade de licitação, a teor do que dispõe o inciso III do parágrafo único do artigo 26 da Lei 8.666/93. "Via de regra, a justificativa se concretiza mediante pesquisa de preços, mas há caso, como nos de contratação direta ou inexigibilidade, em que o objeto ou as peculiaridades da contratação, dificultam essa coleta.

(...) No presente caso efetuou-se um comparativo com algumas empresas, como se constata em tabela efetuada pela Área Auditora às fls.

78. Conforme se comprova na mesma, apenas uma empresa (Canicopy) além da XEROX, apresentou uma proposta com a especificação exigida, qual seja, número de 100 cópias por minuto, porém, conforme manifestação colacionada à fl. 123, tal proposta não foi efetuada pela empresa em questão, podendo tratar-se de uma montagem, uma fraude documental.

Ante esse fato que, diga-se de passagem, merece uma melhor averiguação visando a responsabilidade de quem deu causa a essa suposta falsificação, restou-se 'prejudicada' a comparação, podendo levar a concluir que somente a Xerox é detentora de exclusividade de LOCAÇÃO do equipamento em pauta."

Todavia, finaliza seu parecer assinalando ter a Área de Informática deste Tribunal afirmado que os equipamentos previstos nas folhas 54/55 dos autos são idênticos ao do contrato firmado com a Xerox, indicando a viabilidade de competição, descaracterizando a inexigibilidade de licitação. Com isso, reafirmou a irregularidade da avença ante a não caracterização da inexigibilidade. (15.5.2006 – folhas 149/153)

A Procuradoria da Fazenda Municipal entendeu comprovada a necessidade dos serviços contratados e opinou pelo acolhimento do ajuste sob exame, e pelo reconhecimento dos efeitos financeiros e patrimoniais dos atos praticados. (28.8.2006 – folhas 156/158).

A Secretaria Geral sustentou ter ficado evidenciado pelo atestado de folha 09 que a empresa Xerox Comércio e Indústria Ltda. detém a exclusividade de comercialização da máquina Duplicadora/ampliadora/redutora de alto volume, modelo X-5100, única que preenchia os requisitos técnicos exigidos pela Secretaria de Serviços e Obras e, assim, entendeu encontrar-se "(...) preenchidas as exigências do artigo 25, inciso I da Lei Federal 8.666/93 e artigo 65, inciso V da Lei 10.544/88, estamos diante de uma contratação direta, por inexigibilidade de licitação, em virtude da exclusividade do fornecedor."

Opinando pelo acolhimento do ajuste sob exame entendeu, ainda, "(...) que os Agentes não tiveram responsabilidade em face do ocorrido, (...) que não há nos autos qualquer notícia de prejuízo ao erário, tampouco dolo, culpa ou má-fé por parte dos Agentes." (09.3.2007 – folhas 160/163)

Sobre o Termo de Aditamento 287/EDIF/2002, que prorrogou o prazo de vigência do Contrato 132/EDIF/2001, ora analisado, a Subsecretaria de Fiscalização e Controle o considerou irregular por derivar de contratação irregular e, também, por:

1) falta de realização de pesquisa prévia de mercado, infringindo o inciso II, do artigo 45 do Decreto Municipal 41.772/02;

2) falta de ratificação, infringindo o artigo 26 da Lei Federal 8.666/93;

3) ter sido lavrado em 12.09.2002, posteriormente ao início de sua vigência, em 24.08.2002, caracterizando contrato verbal e atribuição de efeitos financeiros retroativos, desatendendo aos artigos 43 e 44 do Decreto Municipal 41.772/02.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo, acerca do referido TA, assinalou: "Nos elementos carreados aos autos, depreende-se restar o Aditivo em tela carente de comprovação em relação aos preços praticados no mercado ou outra forma de se demonstrar sua vantajosidade (ex. produto similar junto a terceiro, outros contratos firmados pela empresa em epígrafe, dentre outras opções), maculando assim o instrumento e, em um primeiro momento, impedindo o seu acolhimento."

Quanto às demais infringências apontadas pela Auditoria, por considerar faltarem elementos capazes de esclarecer ou atestar cabalmente seu descumprimento, sugeriu, preliminarmente, ouvir a Origem para esclarecer ou elidir as questões colocadas, atendendo, ademais aos imperativos do processo legal e do contraditório. (06.10.2010 – folhas 218/221).

Apresentada a defesa conjunta do Ordenador da Despesa e do Signatário do Ajuste, a Subsecretaria de Fiscalização e Controle reiterou suas conclusões anteriores sustentando a irregularidade do Contrato 132/EDIF/2001 e do TA 287/EDIF/2002. (14.4.2011 – folhas 287/290).

A Subsecretaria de Fiscalização e Controle, em referência ao Termo de Aditamento 287/EDIF/2002, diante da manifestação da Origem, que juntou documentos, como também da defesa conjunta formulada pelo Ordenador da Despesa e pelo Signatário do Ajuste, reconsiderou o seguinte apontamento: - falta de ratificação (folhas 212/213, item 15-b): "O despacho de Sr. Secretário Municipal da Secretaria de Serviços e Obras, à época, sob fls. 11/12, autorizou a contratação e prorrogação contratual, motivo pelo qual reconsideramos nosso apontamento." E manteve os seguintes: "2.1. Não realização de pesquisa prévia de mercado, infringindo o inciso II, art. 45, do Dec. Mun. 41.772/02. (Item 15 - a)." "2.3. O Termo Aditivo foi lavrado em 12.09.02, posteriormente ao início de sua vigência, em 24.08.02, caracterizando contrato verbal e atribuição de efeitos financeiros retroativos, em afronta aos artigos 43 e 44 do D.M. 41.772/02. (Item 15 - h)." (18.10.2011 – folhas 397/401).

A Assessoria Jurídica de Controle Externo considerou, em manifestação final, comprovada a exclusividade da contratação: "Considerada a definição do objeto pela Área Técnica responsável, acreditamos que procede a argumentação segundo se comprova da análise do documento de fl. 09 – acreditamos que este é suficiente para atender a necessidade de comprovação de exclusividade." Destacou está atingida a economicidade da contratação pela verificação da razoabilidade do preço, acrescentando que "(...) o fato de que o Aditamento em nada acrescentar ao valor mensal da contratação nos parece suficiente a fim de atestar a referida razoabilidade."

Entendeu, ainda, que a lavratura extemporânea do Termo Aditivo não trouxe qualquer prejuízo aos cofres públicos, tendo em vista a efetiva prestação do serviço e a ausência de prejuízos de qualquer natureza e que as demais impropriedades levantadas podem ser relevadas. (04.6.2011 – folhas 405/409) A Procuradoria da Fazenda Municipal requereu o acolhimento do Contrato 132/EDIF/2001 e respectivo Termo de Aditamento 287/EDIF/2001, já que formalmente regulares, relevando-se as impropriedades apontadas ou, ao menos, que sejam reconhecidos os efeitos financeiros e patrimoniais dos atos praticados, em homenagem ao princípio da segurança jurídica. (22.6.2012 – folhas 411/414).

A Secretaria Geral opinou pelo acolhimento da contratação, uma vez preenchidas as exigências contidas no artigo 25, inciso I, da Lei Federal 8.666/93 e no artigo 65, inciso V, da Lei Municipal 10.544/88, "(...) visto posto estarmos diante de uma contratação direta, por inexigibilidade de licitação, em virtude de exclusividade do fornecedor."

O Secretário Geral Substituto acrescentou, em referência ao Termo de Aditamento 287/EDIF/2002 que, embora a ausência de prévia pesquisa de preços, bem como a extemporaneidade para sua formalização configurarem impropriedade em face da legislação vigente, entendeu possível o acolhimento excepcional desse aditivo, considerando "(...) a manutenção dos preços originalmente contratados, o exíguo prazo de três meses para a prorrogação do ajuste, o fato de que o despacho de autorização foi assinado em data anterior à finalização do contrato e assinado pela autoridade competente para firmar o termo aditivo, a inexigibilidade de competição para o objeto contratual e o tempo decorrido desde a celebração dos ajustes." (19.3.2013 – folhas 416/420).

É o Relatório.

VOTO

Ocupa-se o presente processo da análise do Contrato 132/EDIF/2001 e do Termo de Aditamento 287/EDIF/2001, firmados entre a Secretaria Municipal de Serviços e Xerox Comércio e Indústria Ltda., com objeto a locação de máquina duplicadora/ampliadora/redutora de alto volume, modelo X-5100, com velocidade de 100 cópias por minuto, podendo conectar-se "in line" com o módulo de acabamento de documentos ASF 100 que dobra, grampeia e refila, única que preenche os requisitos técnicos exigidos pela Secretaria de Serviços e Obras.

Inicialmente, o apontamento sobre a não configuração de inexigibilidade de licitação, constante do relatório da Subsecretaria de Fiscalização e Controle, foi superado pela posterior constatação de não ter se apresentado, de fato, nenhuma empresa concorrente, como restou comprovado às folhas 54 e 123 dos autos.

E os demais apontamentos da Auditoria, de não realização de pesquisa prévia de mercado e lavratura intempestiva do Termo de

Aditamento, foram relevadas pelas constatações dos demais órgãos opinantes que assim se manifestaram:

A Assessoria Jurídica de Controle Externo, de início, afirmou, quanto à inexigibilidade de licitação, que, além da XEROX, apenas uma empresa, denominada Canicopy, apresentou proposta com a especificação exigida, no entanto, não restou comprovada a existência de tal empresa, uma vez que a empresa estabelecida no endereço indicado na proposta, ou seja, Cani Soluções para Impressão, negou que tivesse apresentado tal proposta e que não trabalha com produtos da marca Xerox, tudo como atestado nos autos às folhas 54 e 123.

Diante disso, concluiu que restou "(...) prejudicada a comparação, podendo levar a concluir que somente a Xerox é detentora de exclusividade de LOCAÇÃO do equipamento em pauta." Ademais, consta dos autos o Atestado da Área Técnica da empresa Xerox, juntado à folha 09, o qual declara que o equipamento objeto da locação, marca XEROX, é comercializado com exclusividade no País pela XEROX COMÉRCIO E INDÚSTRIA LTDA., o que considerou tratar-se de documento "(...) suficiente para atender a necessidade de comprovação de exclusividade." Destacou, ainda, atingida a economicidade da contratação pela verificação da razoabilidade do preço, no que acrescentou: "(...) o fato de o Aditamento em nada acrescentar ao valor mensal da contratação nos parece suficiente a fim de atestar a referida razoabilidade."

E, por fim, entendeu que a lavratura extemporânea do Termo Aditivo não trouxe qualquer prejuízo aos cofres públicos, tendo em vista a efetiva prestação do serviço e a ausência de prejuízos de qualquer natureza e que as demais impropriedades levantadas podem ser relevadas.

A Procuradoria da Fazenda Municipal requereu o acolhimento do Contrato 132/EDIF/2001 e respectivo Termo de Aditamento 287/EDIF/2001, visto que formalmente regulares, relevando-se as impropriedades apontadas.

A Secretaria Geral opinou pelo acolhimento da contratação, uma vez preenchidas as exigências contidas no artigo 25, inciso I, da Lei Federal 8.666/93 e no artigo 65, inciso V, da Lei Municipal 10.544/88, "(...) visto posto estarmos diante de uma contratação direta, por inexigibilidade de licitação, em virtude de exclusividade do fornecedor." Entendeu, ademais, possível o acolhimento excepcional do Termo de Aditamento 287/EDIF/2002.

Ante todo o exposto, acompanho as manifestações da Assessoria Jurídica de Controle Externo, da Procuradoria da Fazenda Municipal e da Secretaria Geral e JULGO REGULARES o Contrato 132/EDIF e o Termo de Aditamento 287/EDIF/2002, uma vez fundamentada a contratação direta e, principalmente, em razão do aproveitamento que os ajustes ensejaram à Administração Pública, preservando os preços originalmente contratados mesmo durante a prorrogação da vigência do contrato.

Cumpridas as formalidades legais, arquivem-se os autos.