



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete da Conselheira CRISTIANA DE CASTRO MORAES



SUBSTITUTO DE CONSELHEIRO DR. ANTONIO CARLOS DOS SANTOS

TRIBUNAL PLENO

SESSÃO DE 16/04/2014

ITEM: 008

TC-036833/026/07

Recorrente (s) : Companhia Paulista de Trens Metropolitanos - CPTM.

Assunto: Contrato entre a Companhia Paulista de Trens Metropolitanos - CPTM e a Mister Oil Distribuidora Ltda., objetivando o fornecimento de 4.500.000 litros de óleo diesel e 130.000 litros de gasolina amarela comum.

Responsável(is) : Sergio Luiz Gonçalves Pereira (Diretor Administrativo e Financeiro), Atilio Nerilo (Diretor de Operação e Manutenção) e Álvaro Cardoso Armond (Diretor Presidente).

Em Julgamento: Recurso(s) Ordinário(s) interposto(s) contra o acórdão da E. Segunda Câmara, que julgou irregulares a licitação e o contrato, bem como ilegais os atos determinativos das despesas, acionando o disposto no artigo 2º, incisos XV e XXVII, da Lei Complementar nº 709/93, aplicando a cada um dos responsáveis multa de 200 UFESP's. Acórdão publicado no D.O.E. de 30-06-10.

Advogado (s) : Caio Augusto de Moraes Forjaz, Katia Nascimento Benvenuto Fumagali, Rogerio Felipe da Silva e outros.

Acompanha (m) : Expediente(s) : TC-013198/026/09 e TC-023811/026/09.

Procurador(es) da Fazenda: Jorge Eluf Neto.

Fiscalização atual: GDF-7 - DSF-II.

Em exame o Recurso Ordinário interposto pela COMPANHIA PAULISTA DE TRENS METROPOLITANOS - CPTM, através de seus *i*. Procuradores, contra a v. decisão da E. Segunda Câmara desta Corte que, em sessão de 08.06.10¹, **julgou pela irregularidade** da licitação na modalidade pregão presencial e do contrato firmado, bem como pela ilegalidade dos atos determinativos das despesas decorrentes, acionando-se em decorrência, o disposto nos incisos XV e XXVII, do art. 2º, da LC 709/93 (fls. 248/253).

O v. aresto capitulou, ainda, que por desrespeito ao art. 37, XXI, da CF/88, ao art. 3º, "caput", § 1º, I, c/c arts. 31 e 57, "caput", da Lei de Licitações, aplicação com fundamento no inciso II do art. 104 da LC 709/93, multa de 200 UFESP's a cada um dos responsáveis, Srs. Sérgio Luiz Gonçalves Pereira – Diretor Administrativo e Financeiro, Atilio Nerilo – diretor de Operação e Manutenção e, Álvaro C. Armond – Diretor-Presidente da CPTM.

A v. decisão atacada foi motivada pelas exigências do edital, restritivas, contribuindo para a baixa competitividade do torneio, que contou com a participação de apenas duas empresas das seis que retiraram o instrumento.

¹ A E. Segunda Câmara, em Sessão de 08.06.10, estava formada pelos ee. Conselheiros Robson Marinho – Relator, Edgard Camargo Rodrigues – Presidente, e Renato Martins Costa.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete da Conselheira CRISTIANA DE CASTRO MORAES



Firmou o r. julgado que, no que toca à visita técnica, a jurisprudência deste Tribunal tem se consolidado no sentido de não admitir sua marcação para uma única data e horário, sobretudo quando demonstrado que esta causou dano à competitividade; ocorre que a Origem estabeleceu a visita obrigatória exclusivamente para o dia 06.09.07, três dias antes da data aprezada para a entrega e abertura dos envelopes – 10.09.07, inviabilizando a participação de eventuais interessadas que tenham tomado conhecimento da licitação no interregno entre aquelas data.

Também motivou a decisão a condição editalícia da garantia contratual no montante de 5% sobre o total avençado, extrapolando o limite do crédito orçamentário de 12 meses, uma vez que o preço ajustado não foi definido em função do que dispõe o art. 57 da Lei 8666/93, mas sobre um prazo bem superior a esse limite – 1470 dias; isso porque, na esteira do pensamento da SDG, ainda que se admita a prorrogação do prazo contratual, as exigências para fins de habilitação devem observar o princípio da anualidade.

Sendo assim, sentenciou-se que não havia como conferir legalidade à contratação em exame, apesar dos esforços despendidos pela contratante.

O v. Acórdão foi publicado em 30.06.10 (fls. 248/255), enquanto o recurso foi protocolado nesta E. Corte em 15.07.10 (fls. 258/280).

Em síntese, nas razões do apelo, afirmou que o edital – como delineador das regras do certame, concretiza exigências e requisitos habilitatórios necessários para a participação das interessadas, não podendo ser genérico e irrestrito, a ponto de colocar em risco a futura execução do contrato.

Disse que outros requisitos de extrema relevância à execução do contrato (habilitação jurídica, regularidade fiscal, qualificação econômico-financeira e qualificação técnica) se sobrepõem aos apontamentos efetuados pelas áreas técnicas da Casa, sobre os quais não havendo nenhum questionamento.

Disse que esses fatores são determinantes à estipulação do universo de participantes no pleito, sendo equivocado supor que a participação de duas empresas, das seis que retiraram o edital, se deve exclusivamente aos apontamentos formulados.

Afirmou que possui licitações processadas com o mesmo objeto e julgadas regulares nesta Casa, que contaram com a pseudo baixa participação de interessadas - 01, 02 ou 03 participantes (TC-1706/007/07, TC-1920/007/07, TC-722/011/07 e TC-1432/002/08); e portanto, no seu entender não se pode afirmar que a participação de apenas 02 empresas seria elemento determinante da baixa competitividade.

Além disso, anotou que há situações em que empresas retiram o caderno licitatório, mas desprendidas de interesses comerciais naquela contratação, disso não podendo ser responsabilizada a CPTM.

Realçou que o certame se deu de forma regular e esmerada.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete da Conselheira CRISTIANA DE CASTRO MORAES



Quanto à aceitação jurisprudencial e do embasamento jurídico para a fixação de data para a realização da visita técnica, considerou que a premissa anotada não deve prosperar, uma vez que a jurisprudência mais recente tem se posicionado pela aceitação de estipulação de data única para a visita técnica, a prestigiar o princípio da isonomia e permitir que os interessados tomem conhecimento dos mesmos elementos apontados.

Sobre o ponto, invocou precedentes desta Corte onde foi acolhida a estipulação de data única para a vistoria.

Disse que trata-se de exigência que visa tão somente assegurar, de forma igualitária, a apresentação de informações relevantes para a formulação das propostas, sem qualquer discriminação às licitantes; ainda, que sendo a modalidade pregão, a data escolhida foi estipulada exatamente na mediatriz do período compreendido entre a publicação do edital e da apresentação das propostas.

Afirmou que nas visitas técnicas a CPTM disponibiliza um funcionário técnico e qualificado para responder às indagações das interessadas, bem como esclarecer aspectos técnicos sobre a peculiaridade do objeto e das instalações da Companhia; na oportunidade as empresas poderão, de forma igualitária, ter ciência do local onde serão instalados os equipamentos para o fornecimento dos combustíveis, verificar a logística de fornecimento, além de levantar todos os elementos relevantes para a formulação da proposta.

Alegou que não seria isonômico abrir a possibilidade da visita obrigatória às licitantes a qualquer momento; que teve o objetivo de não provocar perturbações no andamento dos serviços de manutenção e operação da CPTM – por questões de organização e planejamento.

Quanto à aceitação jurisprudencial e dos subsídios jurídicos para a vigência contratual e estipulação da garantia, disse que as assertivas registradas no v. acórdão não podem ser aplicadas de maneira irrestrita e absoluta.

Anotou que a contratação possui natureza mista, porque possui características de contrato por escopo (aquisição de fornecimento de combustíveis) e de contrato para prestação de serviços contínuos (manutenção de tanques, instalação de bombas e filtros, execução de serviços necessários ao fornecimento), o que justificaria a celebração por prazo superior ao crédito orçamentário.

Em seu favor, relembrou precedentes – que entende pertinentes ao caso - em que esta E.Corte aceitou prazo de contratação superior a 12 meses.

Assegurou que o edital e o contrato não preveem qualquer possibilidade de prorrogação do prazo contratual, afastando de pronto a alegação de ser um serviço exclusivamente de natureza contínua; e, conforme art. 23, § 1º, da Lei 8666/93, há que se observar o aproveitamento da economia de escala – ou seja, junção de uma parcela maior do produto a ser adquirido, por um período mais extenso.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete da Conselheira CRISTIANA DE CASTRO MORAES



Asseverou que o petróleo, por ser um bem escasso, embora sofra variação dos preços, sempre percorre uma trajetória de ascensão; ainda, que a média de preços praticados para a gasolina é de R\$ 2,39, conquanto esse valor seja 24,68% superior ao valor contratado, demonstrando que se obteve a proposta mais vantajosa, estabelecido como prazo razoável para a duração o período de 1470 dias.

No que diz respeito à exigência da garantia contratual de 5% sobre o montante ajustado, disse que é decorrente de implicação direta das normas inscritas na Lei 8666/93.

Disse que a CTPM procedeu cálculo da respeito da vigência contratual do período de 1470 dias de fornecimento dos combustíveis; e, em seu proveito invocou decisões favoráveis desta E.Corte, as quais entende correlatas ao ponto.

Asseverou, assim, que a jurisprudência da Corte aceita a estipulação do cálculo de garantia contratual sobre o valor total da contratação, mormente quando se trata de contrato de escopo; e desse modo, exigiu-se no instrumento contratual o recolhimento do valor de R\$ 360.000,00.

Invocou o princípio da segurança jurídica, mercê dos precedentes colecionados, onde a E.Corte teria se pronunciado reiteradamente pela regularidade das matérias.

E, por fim, considerou pelo não cabimento da pena pecuniária, por ausência de efetiva ilegalidade de despesa e, portanto, ausente qualquer motivação à sua imposição.

Nesse sentido, pediu pelo provimento integral do apelo, a fim de que a matéria seja julgada regular, inclusive, quanto à não imposição de pena pecuniária aos responsáveis.

A matéria foi recebida como Recurso Ordinário e distribuída, tendo em vista a manifestação favorável do d. GTP (fls. 281/285).

Pela Assessoria Técnica foi anotado que não obstante os argumentos oferecidos, persistem na matéria recorrida os óbices de natureza econômico-financeira, quais sejam: prazo de duração do contrato, fixado em 1470 dias e a garantia contratual, estabelecida em cláusula do edital que exigiu a retenção de 5% sobre o total avençado, afigurando-se nesse procedimento uma prática já há muito condenada nesta Corte, uma vez que afronta o que dispõe o art. 57 da Lei de Licitações.

Ainda no setor, afirmou-se que pouco importando o prazo de vigência do contrato, as exigências de prova de qualificação técnica ou econômico-financeira devem vincular-se ao valor correspondente ao reembolso mensal, multiplicado por 12 meses, vez que esse é o limite de vigência para o crédito orçamentário.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete da Conselheira CRISTIANA DE CASTRO MORAES



E, com relação à visita técnica, segundo a ATJ, o entendimento jurisprudencial deste Tribunal é no sentido de não admitir marcação única de data e horário, devendo abranger todo o período destinado à publicação do certame.

Concluiu a ATJ pelo não provimento do apelo (fls. 287/288).

Nesse sentido, a i. Chefia de ATJ consignou opinião de que as razões recursais não comportam acolhimento, posto que a visita técnica marcada em única data e horário e a exigência de garantia contratual no montante de 5% sobre o total ajustado extrapolou o limite do crédito orçamentário de 12 meses, superior ao definido no art. 57 da Lei de Licitações.

Afirmou a i. Chefia de ATJ que as aludidas irregularidades restringiram a competitividade do certame, haja vista que apenas 2 (duas) proponentes participaram da disputa, dentre as 6 (seis) que retiraram cópia do edital.

Sendo assim, acompanhando a manifestação da Assessoria preopinante, a i. Chefia de ATJ propôs a manutenção da decisão combatida, em função do não provimento do recurso (fl. 289).

A d. PFE manifestou-se pela manutenção da r. decisão recorrida, com o julgamento de irregularidades da licitação, do contrato e despesas decorrentes, visto como não elididas as impropriedades apontadas nos autos, mantida, igualmente, a penalidade pecuniária aos responsáveis (fl. 290).

A SDG entendeu, quanto ao mérito, que as razões recursais não merecem acolhimento, visto que não foram capazes de afastar o caráter restritivo das condições editalícias que frustraram a competitividade do certame.

Avaliou a SDG que seja bem verdade que a Casa já apreciou licitações e ajustes decorrentes visando o fornecimento de combustíveis, concluindo, em alguns casos, pela regularidade, mesmo com baixa participação de interessados, quando da inexistência de ilegalidades – a exemplo do decidido nos autos do C-1920/007/07.

Aqui, a SDG considerou que a situação não se equipara àquela indicada, porquanto restou evidenciada a restrição à disputa em face de exigências contrárias à Lei e à jurisprudência da Casa.

Prosseguiu dizendo que a previsão de visita técnica em data única somente deve ocorrer em situações excepcionais e devidamente justificadas, o que não se aplica à licitação em exame, na modalidade pregão, cujo prazo legal é de 8 dias úteis entre a publicação do edital e a realização da sessão, não se justificando o oferecimento de apenas um dia para a vistoria técnica obrigatória, especialmente em razão do objeto, ramo de atividade que conta com vasto número de empresas.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete da Conselheira CRISTIANA DE CASTRO MORAES



Continuou a SDG, no que toca ao prazo de vigência contratual de 1470 dias, correspondente a aproximadamente 48 meses, fixando a garantia contratual sobre o valor total do ajuste – R\$ 7.200.000,00, o que não coaduna com o art. 57 da Lei 8666/93 e com o entendimento do Tribunal.

Enfim, a SDG manifestou-se pelo não provimento do recurso
(fls.291/294).

É o relatório.

GCCCM-25



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete da Conselheira CRISTIANA DE CASTRO MORAES



GCCCM/25

TRIBUNAL PLENO

Sessão de: 16/04/2014 **Item nº: 008**

Processo nº: TC-036833/026/07 – Instrumentos Contratuais

Contratante: COMPANHIA PAULISTA DE TRENS METROPOLITANOS – CPTM

Contratada: Mister Oil Distribuidora Ltda.

Autoridades Responsáveis pela homologação e que firmaram o Instrumento: Sérgio Luiz Gonçalves Pereira – Diretor Administrativo e Financeiro, Atílio Nerilo – Diretor de Operação e Manutenção, e Álvaro Cardoso Armond – Diretor Presidente

Objeto: Fornecimento de 4.500.000 litros de óleo diesel e 130.000 litros de gasolina amarela comum

Em julgamento: Licitação – pregão presencial. Contrato celebrado em 17.09.07. Valor R\$ 7.200.000,00.

Advogados: Caio Augusto de Moraes Forjaz – OAB/SP 182.311, Kátia Nascimento Benvenuto Fumagalli – OAB/SP 186.795, Maria Regina Scurachio Sales – OAB/SP 111.585 e outros

Senhor Presidente, Senhores Conselheiros, Senhor Procurador do MPC,

Em preliminar,

Conheço do recurso, estando presentes os pressupostos para sua admissibilidade, uma vez que a peça é adequada, há legitimidade de parte e natural interesse.

Além disso, o apelo foi interposto tempestivamente (v. Acórdão publicado em 30.06.10 – recurso protocolado em 15.07.10).



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete da Conselheira CRISTIANA DE CASTRO MORAES



No mérito,

Conforme pode ser observado, os motivos que ensejaram a irregularidade da matéria, dizem respeito às exigências do edital, por restritivas, as quais contribuíram para a baixa competitividade do certame, quais sejam, a marcação de visita técnica para uma única data e horário² e a condição editalícia da garantia contratual no montante de 5% sobre o total avençado³, extrapolando o limite do crédito orçamentário de 12 meses, uma vez que o preço ajustado foi definido sobre um prazo superior a esse limite, qual seja, de 1470 dias.

A instrução pelos Órgãos Técnicos e d. PFE foi unânime pela rejeição do apelo.

Antes de adentrar nos pontos em debate, relembro que o objeto do ajuste é o fornecimento de 4.500.000 litros de óleo diesel e 130.000 litros de gasolina tipo comum; sendo a entrega dos bens realizada em três lugares distintos (Pátio de Engenheiro São Paulo, Pátio Lapa e Pátio Presidente Altino); e, especialmente, o cronograma estabelecido (fls. 39/40) definiu que haveria entrega de 85.000 litros de óleo diesel mensais (consumo estimado aproximadamente) e 5.000 litros de gasolina a cada bimestre (consumo estimado aproximadamente).

Agora, sobre o primeiro ponto que alicerçou a irregularidade do ajuste, qual seja, a visita técnica, avalio que houve ilegalidade ao ser estabelecida data única, porquanto suficiente a restringir a participação dos possíveis interessados ao pleito.

Nesse sentido, coleciono julgado desta E.Corte, sob minha Relatoria, nos autos do TC-675/009/08, apreciado pela E. Primeira Câmara em Sessão de 11.03.14, em contrato firmado pela Municipalidade de Anhembi, mas que se reportou a outros precedentes da Casa, na seguinte conformidade:

² **Edital**

"4.2. As empresas interessadas em participar do pregão deverão participar da Visita Técnica obrigatória a ser realizada exclusivamente no dia 06.09.2007, às 10:00horas, no seguinte endereço..."

...

4.2.5. Não serão determinadas outras datas por eventuais reivindicações das proponentes que, por qualquer circunstância, não tenham participado da visita.

...

5.1. Para o credenciamento deverão ser apresentados os seguintes documentos, apartados dos documentos exigidos para habilitação neste pregão:

...

5.1.3 – atestado de comparecimento na visita técnica obrigatória, expedido pela CPTM, em nome da proponente.

³ **Anexo II ao edital – minuta de contrato**

7.1. A Contratada neste ato apresenta garantia do adimplemento das condições aqui estabelecidas no valor de _____ R\$ (por extenso), calculado na base de 5% (cinco por cento) do valor do contrato, na modalidade _____ de _____, recolhida junto ao Departamento de Finanças da CPTM, a qual deverá ser atualizada sempre que houver prorrogação, reajustamento e/ou realinhamento dos preços do contrato.

(...)

14.1. O presente contrato vigorará pelo prazo de 1470 (um mil, quatrocentos e setenta) dias, a contar da data de sua assinatura.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete da Conselheira CRISTIANA DE CASTRO MORAES



*“De igual modo, não há justificativas nos autos a amparar o exíguo prazo marcado para a realização da **visita técnica** (5.4.7), **em única data e horário pré-determinado** (dia 28/08/2006 às 15h30min), exigência que pode ter restringido a participação de um maior número de interessados. Aliás, nesse sentido caminhou a decisão proferida no TC- 40663/026/08 (Tribunal Pleno, Sessão de 27/02/13, sob a relatoria do Eminentíssimo Conselheiro Robson Marinho):*

*“Iniciando pela questão atinente à visita técnica, recorro que este tema recebeu novos contornos por este Tribunal (vide sessão Plenária do dia 6/4/2011, nos autos do TC-333/009/11), mitigando, de um lado, a necessidade de sua disponibilização durante todo o lapso temporal de publicação do edital, mas reforçando, de outro, a **inadequação da escolha de dia único para a realização da vistoria** - situação que só poderia ser aceita em situações excepcionais, nas quais houvesse justificativa plausível que embasasse esta determinação. No caso vertente, a defesa não trouxe aos autos qualquer prova técnica apta a fundamentar a marcação de uma única data para a realização do evento, permanecendo este defeito.” (g.n.)*

E também no processo nº 1294.989.12 (Exame Prévio de Edital), sob a relatoria do E. Conselheiro Edgard Camargo Rodrigues, em Sessão de 19/12/2012:

“(…) Do mesmo modo, como decidido no processo TC- 000333/009/11, e bem lembrado pela douta SDG, a Administração, quando estabelecer a visita técnica como elemento de habilitação de licitantes, deve se ater às situações em que a complexidade ou natureza do objeto a justifiquem; fixar mais de uma data ou lapso temporal moderado, de preferência com possibilidade de agendamento; restringir a fixação de data única a casos excepcionais em que haja justificativas de ordem técnica que a amparem; e reconhecer como encargo da licitante a indicação do profissional responsável pela vistoria, não podendo o edital fazer qualquer restrição neste ponto. (…)”

Aqui, a exemplo das decisões mencionadas, avalio que os esforços despendidos pela Recorrente em suas razões não sensibilizam à reforma da decisão combatida, porque não há como se aceitar que tenha havido motivação técnica suficiente à marcação de data única e horário definido, obrigatória ao credenciamento no certame, para que os Interessados pudessem ter conhecimento das condições de participação.

Portanto, diante da falta de excepcionalidade que viesse a motivar a restritividade condenada em Primeiro Grau, não há como aboná-la, agora em sede recursal.

No que diz respeito à exigência de recolhimento da garantia, elevada ao valor de todo o instrumento contratual, de antemão há de ser firmado que, nos termos do art. 56, § 2º, da Lei 8666/93, dita exigência não poderá superar 5% do valor do contrato⁴.

⁴ **Lei 8666/93**

Art. 56. A critério da autoridade competente, em cada caso, e desde que prevista no instrumento convocatório, poderá ser exigida prestação de garantia nas contratações de obras, serviços e compras.

(…)

§ 2º A garantia a que se refere o caput deste artigo não excederá a cinco por cento do valor do contrato e terá seu valor atualizado nas mesmas condições daquele, ressalvado o previsto no parágrafo 3º deste artigo. [\(Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994\)](#)



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete da Conselheira CRISTIANA DE CASTRO MORAES



Por outro lado, o mesmo Diploma estabelece o norte para a duração dos contratos, qual seja, adstrita à vigência dos créditos orçamentários, exceto quanto aos relativos à prestação de serviços executados de forma contínua, que poderão ter a sua duração prorrogada por iguais e sucessivos períodos, até o limite de 60 meses, nos termos do art. 57, “caput”, I e II⁵.

Nos primeiros – assim chamados de escopo, a Administração contrata determinado sujeito/empresa para a realização de uma prestação certa e determinada; a execução a contento culminará no exaurimento dos efeitos do negócio firmado e, via de regra, possuem duração limitada à vigência dos respectivos créditos orçamentários (art. 57, “caput” e I, da Lei 8666/93).

Nos demais, os contratos são de natureza contínua - pela sua própria natureza e necessidades permanentes da Administração, e por tal razão o prazo total de duração poderá ser superior ao exercício financeiro – ou seja, 12 meses (art.57, II).

Sendo assim, no caso da realização de prestação certa e determinada, é coerente afirmar que as exigências para garantir à Administração que o objeto seja entrega/realizado possam ser feitas em relação a todo o período do ajuste; conquanto, no segundo, limitadas a um exercício financeiro – reafirmo, por 12 meses – até porque, eventual prorrogação é discricionária aos interesses da Administração.

No caso, conforme decidido pelo E. Tribunal Pleno, em Sessão de 21.09.11, nos autos do TC-1730/10/05,

*“A jurisprudência consolidada desta Corte é no sentido de que para a contratação de **“prestação de serviços continuados”, que primam pela duração, e não pelo escopo**, deve-se observar a regra do artigo 57, “caput”, inciso II, da Lei de Licitações e Contratos, a fim de se exigir a **comprovação da qualificação econômico-financeira das licitantes (capital social ou patrimônio mínimo e garantia de participação), referente ao período de 12 (doze) meses**; todavia, quando o ajuste tem índole de “contrato de escopo”, nada há de irregular na aferição da capacidade econômico-financeira das licitantes com fundamento no prazo total do contrato.*

A propósito, cito excerto do r. voto condutor do Eminentíssimo Conselheiro Cláudio Ferraz de Alvarenga nos autos dos processos TC’s-041974/026/08, 042114/026/08 e 042431/026/08, em sede de Exame Prévio de Edital, em sessão Plenária de 11/03/09, “in verbis”:

“Ainda que não tenha sido objeto de impugnação, mas considerando as correções que deverão ser feitas, recomendo à Administração que, ao ensejo delas e pela relevância do tema, reavalie duas previsões constantes do edital. São elas exigências, substantivamente contidas nos subitens 5.3.1, 7.1.5.5 e 7.1.5.6, que estipulam, para fins de participação

⁵ **Lei 8666/93**

Art. 57. A duração dos contratos regidos por esta Lei ficará adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários, exceto quanto aos relativos:

I - aos projetos cujos produtos estejam contemplados nas metas estabelecidas no Plano Plurianual, os quais poderão ser prorrogados se houver interesse da Administração e desde que isso tenha sido previsto no ato convocatório;

II - à prestação de serviços a serem executados de forma contínua, que poderão ter a sua duração prorrogada por iguais e sucessivos períodos com vistas à obtenção de preços e condições mais vantajosas para a administração, limitada a sessenta meses; ([Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998](#))



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete da Conselheira CRISTIANA DE CASTRO MORAES



no certame, prova de prestação de garantia no valor de 1% (um por cento) do valor estimado dos serviços e, para demonstração de qualificação econômico-financeira, de capital mínimo ou patrimônio líquido de, no mínimo, 10% (dez por cento) do valor estimado da contratação, correspondente ao prazo de 60 meses. **É que, em princípio, a contratação que se pretende no presente caso diz respeito aos denominados contratos de duração continuada (“contratos de duração”), nos quais se persegue a realização de certa atividade ao longo de determinado período de tempo, prorrogável, findo o qual os serviços continuarão a ser necessários.** Assim, o prazo pactuado é condição essencial desta espécie de contratação, desobrigando-se as partes após seu vencimento. **Contratos desse tipo exaurem-se pelo decurso do prazo, não pelo cumprimento do objeto, até porque o serviço é contínuo, essencial e será necessário mesmo depois de exaurido o prazo máximo de sessenta meses previsto na lei.** É com relação exclusivamente a estes contratos de duração continuada que se firmou jurisprudência nesta Corte segundo a qual **as exigências para fins de habilitação no certame devem observar a vigência do crédito orçamentário, que é de 12 meses.** Ou seja, a despeito de admitir-se a prorrogação da vigência do prazo contratual até o limite de 60 (sessenta) meses, ou mesmo pactuá-lo, desde o início, por este prazo, os valores concernentes ao capital mínimo ou valor do patrimônio líquido (10% do valor do contrato - art. 31, §3º), e garantia de participação (1% do valor do contrato - art. 31, III) devem observar o princípio da anualidade, já que, na espécie, a atividade contratada reitera-se ao longo do tempo.”

Destarte, as prescrições editalícias em comento são manifestamente ilegais, porquanto frustraram o caráter competitivo do certame, ofendendo frontalmente os princípios basilares da isonomia, da competitividade e da vantajosidade, preconizados no artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal e no artigo 3º, da Lei de Licitações e Contratos”.

No caso concreto, a Recorrente afirmou que o contrato administrativo em apreço é de “*execução instantânea, ou seja, de escopo, mesclado com uma pequena parcela de prestação de serviço contínuo, sendo certo que as obrigações da Contratada se encerram quando da conclusão do fornecimento dos 4.500.000 litros de óleo diesel e 130.000 litros de gasolina tipo comum, já que não podem ser fornecidos de uma só vez*”.

Penso ao contrário, que a essência do contrato em destaque é de **execução contínua**, porque é da natureza do bem adquirido – combustíveis, pelas próprias quantidades necessárias – de difícil precisão ao longo do tempo destacado e, ainda, em razão da atividade fim da Contratante, que a sua entrega seja parcelada, na medida das necessidades de consumo – repito, que são variáveis, reforçadas pelas cláusulas editalícias definindo que “*a entrega do combustível será executada de forma parcelada, mediante recebimento, pela Contratada, de Ordens de Encomenda onde constará a quantidade e o valor a ser pago* (cláusula 4.3 do contrato) , bem como, que “*somente será permitida antecipação de entrega, em quantidade igual ou inferior à estabelecida na cláusula primeira, com autorização expressa e escrita da CPTM*” (cláusula 4.2 do contrato).

Nem é preciso ser feito esforço para considerar – em razão do princípio da razoabilidade, que a Administração deverá ter necessidade contínua da aquisição desses produtos – não se esgotando, propriamente, no fornecimento realizado no ajuste em apreço.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete da Conselheira CRISTIANA DE CASTRO MORAES



Portanto, avalio que a contratação está mais próxima dos chamados contratos de natureza continuada – limitadas as exigências editalícias à participação do pleito e garantia de execução do contrato, a um exercício financeiro, do que propriamente aos contratos de escopo, como quis fazer crer a Recorrente.

Nesse caso, tendo sido exigida garantia contratual sobre o total avençado – equivalente a 1.470 dias de fornecimento, avalio que a Recorrente elevou, indevidamente, as condições de execução contratual – quando deveria ter se limitado a 360 dias (12 meses) e, portanto, restringindo a participação de possíveis interessados.

Aliás, a participação de apenas 02 interessadas ao pleito permite afirmar a realização material das restrições indevidas indicadas no instrumento convocatório.

Logo, sendo reconhecida a existência de irregularidade no certame, presente a motivação para imposição da multa aplicada na r. decisão combatida.

Nessas condições, o meu voto é pelo **não provimento** do recurso ordinário, a fim de manter o juízo de irregularidade da licitação e do contrato, bem como, da ilegalidade dos atos determinativos das despesas decorrentes, acionando-se os incisos XV e XXVII, do art. 2º, da LC 709/93 e, mantendo a multa aplicada.

É como voto.

GCCCM-25