



**ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL**

PROCURADORIA FEDERAL JUNTO AO FUNDO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO DA EDUCAÇÃO

PARECER Nº 341 /2013//PF-FNDE/PGF/AGU

PROCESSO Nº 23034.020132/2012-16

INTERESSADO: FNDE-DF

ASSUNTO: Pregão Eletrônico para Registro de Preços. Eventual aquisição de ventiladores escolares para atendimento às unidades educacionais das redes públicas de ensino.

I. Licitação. Pregão Eletrônico. Registro de preços. Menor preço por grupo/item. Eventual aquisição de ventiladores escolares para atendimento às unidades educacionais das redes públicas de ensino.

II. Requisitos da Lei nº 8.666/93, do Decreto nº 5.450/2005 e do Decreto nº 7.892/2013. Aprovação da minuta de edital, e anexos, condicionada ao atendimento das recomendações da Procuradoria Federal.

Senhor Coordenador de Acompanhamento Jurídico,

I. RELATÓRIO

1. Trata-se de análise jurídica prévia de minuta de edital de licitação e respectivos anexos, na modalidade pregão eletrônico para registro de preços, do tipo menor preço por grupo, cujo objeto é a eventual aquisição de ventiladores escolares.

2. O processo encontra-se instruído com os seguintes documentos:

- a) Mem. nº 01/2012-DIARP/COREP/CGARC/DIRAD/FNDE (solicitação de abertura do processo administrativo) (fl. 02);
- b) Documentos referentes à Audiência Pública nº 11/2012 (fls. 03-31);
- c) Termo de Referência (fls. 32-38);
- d) Caderno de Informações Técnicas (fls. 39-42);
- e) Documentos relativos a demanda por ventiladores (43-45);
- f) Documentos relativos à pesquisa de preços (fls. 46-69) e mapa de apuração de preço médio (fls. 70);
- g) Minuta do Edital, e respectivos anexos (Anexo I - Termo de Referência, Encarte A - Proposta de Preços e Encarte B Termos de compromisso; Anexo II - Ata de Registro

TOAC

de Preços; Anexo III - Minuta do Contrato; Modelo da Proposta de Preços; Anexo III - Ata de Registro de Preços; e Anexo IV - Minuta de Contrato) (fls. 71-89);

- h) Cópia da Portaria nº 94, de 26/03/2013 (nomeação dos pregoeiros e equipe de apoio) (fl. 90);
- i) Despacho da Coordenação de Compras, contendo informações acerca da instrução processual (fls.91 /92-v);
- j) Despacho da Coordenação Geral de Mercado, Qualidade e Compras, encaminhando os autos à Diretora de Administração (fl. 93);
- k) Aprovação e autorização da Diretora de Administração e do Presidente do FNDE (fl. 94).

3. Em seguida, por força do disposto no parágrafo único do art. 38 da Lei nº 8.666/93 e do art. 30, inciso IX, do Decreto nº 5.450/2005, vieram os autos a esta Procuradoria, para exame e parecer.

II. FUNDAMENTAÇÃO

4. Preliminarmente, importante lembrar que a análise a seguir empreendida circunscreve-se aos aspectos legais envolvidos no procedimento em exame, notadamente naqueles previstos na Lei nº 8.666/93, no Decretos nº 5.450/2005 e, especialmente, no recente Decreto nº 7.892/2013, o qual passou a regulamentar o Sistema de Registro de Preços, revogando os anteriores Decretos nºs 3.931/2001 e Decreto nº 4.342/2009, que até então dispunham sobre a matéria (art. 29), não cabendo a esta unidade jurídica adentrar nos aspectos técnicos e econômicos, nem no juízo de oportunidade e conveniência da contratação pretendida.

II.1) INÍCIO DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO - CONSIDERAÇÕES GERAIS

5. De acordo com o art. 38 da Lei nº 8.666/93 c/c o art. 30, V, do Decreto nº 5.450/05, o procedimento da licitação será iniciado com a abertura de processo administrativo, devidamente autuado, protocolado e numerado, contendo a autorização respectiva da autoridade competente. Além do atendimento dos requisitos de autuação, (protocolo e numeração), verifica-se, também, a presença da autorização da Diretora de Administração e do Presidente do FNDE (fl. 94).

6. Alerta-se que o processo deverá ter suas páginas numeradas sequencialmente e rubricadas e todos os atos processuais devem ser produzidos por escrito, com data e o local de sua realização e a assinatura da autoridade responsável (art. 22, § 1º e §4º, da Lei nº 9.874/1999). Quanto aos documentos juntados em cópia, a sua autenticação poderá ser feita pelo órgão administrativo, mediante carimbo e assinatura. Demais orientações processuais devem ser verificadas na Portaria Normativa SLTI/MPOG nº 5/2002.

7. Ainda quanto à instrução processual, destaca-se a Orientação Normativa AGU nº 02/2009, a qual deverá ser seguida durante todo o processo:

ORIENTAÇÃO NORMATIVA AGU Nº 02/2009

- Os instrumentos dos contratos, convênios e demais ajustes, bem como os respectivos aditivos, devem integrar um único processo administrativo, devidamente autuado em sequência



cronológica, numerado, rubricado, contendo cada volume os respectivos termos de abertura e encerramento.

II.2) FASE PREPARATÓRIA DO PREGÃO

8. O presente exame jurídico recairá sobre a fase preparatória/interna do processo licitatório, incluindo a minuta do edital, da ata de registro de preços e do contrato, nos termos do art. 38, § único, da Lei nº 8.666/93 e do art. 9º e 30, IX, do Decreto nº 5.450/2005.

9. A fase interna destina-se a: *"a) verificar a necessidade e a conveniência da contratação de terceiros; b) determinar a presença dos pressupostos legais para contratação (inclusive a disponibilidade de recursos orçamentários); c) determinar a prática dos atos prévios indispensáveis à licitação (quantificação das necessidades administrativas, avaliação de bens, elaboração de projetos básicos etc); d) definir o objeto do contrato e as condições básicas da contratação; e) verificar a presença dos pressupostos da licitação, definir a modalidade e elaborar o ato convocatório da licitação".*¹

10. Consoante o art. 9º do citado decreto, a fase preparatória deve incluir os procedimentos abaixo:

Art. 9º Na fase preparatória do pregão, na forma eletrônica, será observado o seguinte:

I - elaboração de termo de referência pelo órgão requisitante, com indicação do objeto de forma precisa, suficiente e clara, vedadas especificações que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, limitem ou frustrem a competição ou sua realização;

II - aprovação do termo de referência pela autoridade competente;

III - apresentação de justificativa da necessidade da contratação;

IV - elaboração do edital, estabelecendo critérios de aceitação das propostas;

V - definição das exigências de habilitação, das sanções aplicáveis, inclusive no que se refere aos prazos e às condições que, pelas suas particularidades, sejam consideradas relevantes para a celebração e execução do contrato e o atendimento das necessidades da administração; e

VI - designação do pregoeiro e de sua equipe de apoio.

§ 1º A autoridade competente motivará os atos especificados nos incisos II e III, indicando os elementos técnicos fundamentais que o apóiam, bem como quanto aos elementos contidos no orçamento estimativo e no cronograma físico-financeiro de desembolso, se for o caso, elaborados pela administração.

11. Examinando os autos, verifica-se o atendimento dos seguintes requisitos:

- a) Termo de Referência com indicação do objeto de forma precisa, suficiente e clara, definição dos métodos, critérios de aceitação do objeto e o prazo de execução. Consta do Termo de Referência também a justificativa para a contratação.
- b) Aprovação do Termo de Referência e Autorização para abertura do certame licitatório, feitos pela autoridade competente (Presidente do FNDE);
- c) Minuta de edital, contrato e anexos, com critérios de aceitação de propostas;
- d) Definição das exigências de habilitação, das sanções aplicáveis, dos prazos e condições de execução do contrato;

¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 14ª edição. São Paulo: Dialética, 2010, p. 516-517.

e) Indicação do pregoeiro e de sua equipe de apoio;

12. A justificativa da necessidade de contratação consta do Termo de Referência (item 13). A esse respeito, ressalte-se que a justificativa da necessidade da contratação revela-se como requisito essencial em qualquer procedimento licitatório. A descrição do objeto deve ser realizada com toda a precaução, podendo-se valer a Administração de estudos técnicos, audiências públicas, entre outros meios, para definir, de maneira precisa, o que realmente contempla o interesse público.

II.3) TERMO DE REFERÊNCIA

13. O Termo de Referência encontra-se acostado às fls. 32-38, conforme exige o art. 9º, inciso I, do Decreto nº 5.450/2005.

14. Observamos que o Termo de Referência é documento de cunho eminentemente técnico, pelo que nos absteremos de fazer maiores considerações acerca do seu conteúdo, limitando-nos ao exame dos aspectos jurídico-formais da minuta encaminhada, conforme adiante detalhado.

15. Consoante o art. 9º, § 2º, do referido Decreto nº 5.450/05, o termo de referência é “o documento que deverá conter elementos capazes de propiciar avaliação do custo pela administração diante de orçamento detalhado, definição dos métodos, estratégia de suprimento, valor estimado em planilhas de acordo com o preço de mercado, cronograma físico-financeiro, se for o caso, critério de aceitação do objeto, deveres do contratado e do contratante, procedimentos de fiscalização e gerenciamento do contrato, prazo de execução e sanções, de forma clara, concisa e objetiva”.

16. Registre-se que o art. 9º, §1º, do citado decreto exige que a aprovação do TR pela autoridade competente seja motivada, “indicando os elementos técnicos fundamentais que o apóiam, bem como quanto aos elementos contidos no orçamento estimativo e no cronograma físico-financeiro de desembolso”. Há, nos autos, a devida aprovação do Termo de Referência pela Diretora de Administração e pelo Presidente do FNDE, embora não o façam nos termos do dispositivo regulamentar citado.

17. A esse respeito, importante destacar que a elaboração e assinatura do Termo de Referência foi realizada pela Secretaria de Educação Básica (SEB/MEC). Como se sabe, a SEB não é órgão do FNDE, mas sim do Ministério da Educação - MEC, pelo que algumas observações se fazem necessárias.

18. Dispõe art. 3º da Lei nº 10.520/2002, *in verbis*:
Art. 3º A fase preparatória do pregão observará o seguinte:
I - a autoridade competente justificará a necessidade de contratação e definirá o objeto do certame, as exigências de habilitação, os critérios de aceitação das propostas, as sanções por inadimplemento e as cláusulas do contrato, inclusive com fixação dos prazos para fornecimento;
II - a definição do objeto deverá ser precisa, suficiente e clara, vedadas especificações que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, limitem a competição;
III - dos autos do procedimento constarão a justificativa das definições referidas no inciso I deste artigo e os indispensáveis elementos técnicos sobre os quais estiverem apoiados, bem como o orçamento, elaborado pelo órgão ou entidade promotora da licitação, dos bens ou serviços a serem licitados; e
IV - a autoridade competente designará, dentre os servidores do órgão ou entidade promotora da licitação, o pregoeiro e respectiva equipe de apoio, cuja atribuição inclui, dentre outras, o



recebimento das propostas e lances, a análise de sua aceitabilidade e sua classificação, bem como a habilitação e a adjudicação do objeto do certame ao licitante vencedor.

§ 1º A equipe de apoio deverá ser integrada em sua maioria por servidores ocupantes de cargo efetivo ou emprego da administração, preferencialmente pertencentes ao quadro permanente do órgão ou entidade promotora do evento.

19. O Decreto nº 3.555/2000 estabelece em seu art. 8º o seguinte:

Art. 8º A fase preparatória do pregão observará as seguintes regras:

I - a definição do objeto deverá ser precisa, suficiente e clara, vedadas especificações que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, limitem ou frustrem a competição ou a realização do fornecimento, devendo estar refletida no termo de referência;

II - o termo de referência é o documento que deverá conter elementos capazes de propiciar a avaliação do custo pela Administração, diante de orçamento detalhado, considerando os preços praticados no mercado, a definição dos métodos, a estratégia de suprimento e o prazo de execução do contrato;

III - a autoridade competente ou, por delegação de competência, o ordenador de despesa ou, ainda, o agente encarregado da compra no âmbito da Administração, deverá:

a) definir o objeto do certame e o seu valor estimado em planilhas, de forma clara, concisa e objetiva, de acordo com termo de referência elaborado pelo requisitante, em conjunto com a área de compras, obedecidas as especificações praticadas no mercado;

b) justificar a necessidade da aquisição;

c) estabelecer os critérios de aceitação das propostas, as exigências de habilitação, as sanções administrativas aplicáveis por inadimplemento e as cláusulas do contrato, inclusive com fixação dos prazos e das demais condições essenciais para o fornecimento; e

d) designar, dentre os servidores do órgão ou da entidade promotora da licitação, o pregoeiro responsável pelos trabalhos do pregão e a sua equipe de apoio;

IV - constarão dos autos a motivação de cada um dos atos especificados no inciso anterior e os indispensáveis elementos técnicos sobre os quais estiverem apoiados, bem como o orçamento estimativo e o cronograma físico-financeiro de desembolso, se for o caso, elaborados pela Administração; e

V - para julgamento, será adotado o critério de menor preço, observados os prazos máximos para fornecimento, as especificações técnicas e os parâmetros mínimos de desempenho e de qualidade e as demais condições definidas no edital.

20. Como se vê, nos termos do art. 3º, inc. I, da Lei nº 10.520/2002 compete à autoridade competente justificar a necessidade da contratação e definir o objeto do certame, as exigências de habilitação, os critérios de aceitação das propostas, as sanções por inadimplemento e as cláusulas do contrato, inclusive com fixação dos prazos para fornecimento, podendo parte de tais atribuições serem delegadas ao ordenador de despesas ou à área de compras, nos termos do Decreto nº 3.555/2000.

21. A primeira questão que se coloca é a definição da "autoridade competente". O art. 8º do Decreto nº 3.555/2000 dispõe que "à autoridade competente, de acordo com as atribuições previstas no regimento ou estatuto do órgão ou entidade, cabe: (...)". Assim, o decreto acabou explicitando o óbvio, ou seja, que a definição da autoridade competente deve ser feita a partir da análise do regimento ou estatuto do órgão ou entidade.

22. Embora o art. 8º do Decreto mencionado assim não diga expressamente, por certo que o regimento ou estatuto a ser analisado para fins de determinação da autoridade competente a que se refere, é aquele pertencente ao órgão ou entidade que realizará o certame (no caso, o FNDE). E isso porque o único regimento ou estatuto no qual as atribuições da autoridade competente encontram-se definidas é, logicamente, aquele órgão ou entidade do qual a referida autoridade faça parte. Apesar de parecerem óbvias, as digressões feitas têm sua razão de ser.

23. É que, se a “autoridade competente” a que se refere à lei (e o Decreto regulamentador) é a autoridade integrante do órgão ou entidade que realizará a licitação, podendo este delegar parte de tais atribuições ao ordenador de despesas ou à área de compras (obviamente, do próprio órgão de faz parte) não haveria como órgão pertencente à outra entidade, que não a responsável pelo certame, tomar as medidas atribuídas por lei à primeira.

24. *In casu*, tratando-se de certame a ser realizado pelo FNDE, a autoridade competente para a adoção de tais medidas, em princípio, é o seu Presidente. Assim é que consta à fl. 94 a autorização e aprovação do Presidente do FNDE. No que se refere às demais exigências (tal como a justificativa para o certame), estas se encontram no Termo de Referência, que, como dito acima, foi elaborado e assinado pela SEB, e não pelo FNDE.

25. De todo modo, observa-se que “o Termo de Referência fora analisado por técnicos” da Divisão de Mercado e Negócios - DIMEN, “que também ofereceu, à unidade solicitante, subsídio para a elaboração e consolidação do referido documento, nos termos de sua competência regimental e em consonância com o que estabelece a Resolução CD/FNDE nº 20/2010” (fl.91)

26. De se ver, ademais, que o Termo de Referência constante do Edital como Anexo I deve refletir aquele devidamente assinado pela área competente, pelo que eventuais sugestões e/ou modificações que venham a ser incorporadas sejam também refletida versão anexa ao edital.

II.4) REQUISITOS APLICÁVEIS ÀS COMPRAS

27. Relativamente às compras feitas pela Administração Pública, a Lei nº 8.666/93 determina algumas regras específicas, que podem ser aplicadas ao caso:

Art. 15. As compras, sempre que possível, deverão:

(...)

§ 7º Nas compras deverão ser observadas, ainda:

I - a especificação completa do bem (...)

II - a definição das unidades e das quantidades a serem adquiridas em função do consumo e utilização prováveis, cuja estimativa será obtida, sempre que possível, mediante adequadas técnicas quantitativas de estimação;

III - (...)

28. No caso em apreço, consta do termo de referência (caderno de informações técnicas fls. 39-42) a especificação completa dos produtos a serem adquiridos, bem como nas páginas que o seguem a estimativa das quantidades.

II.5) ADEQUAÇÃO DA MODALIDADE LICITATÓRIA ESCOLHIDA: PREGÃO ELETRÔNICO

29. Verifica-se dos autos que o FNDE pretende realizar licitação na modalidade pregão eletrônico, para registro de preços.

30. Nos termos da Lei nº 10.520/2002, o pregão destina-se à aquisição de bens e serviços comuns, sendo aqueles “cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado”. Por sua vez, o art. 4º do Decreto nº 5.450/2005 determina que “nas licitações para aquisição de bens e serviços comuns será obrigatória a modalidade pregão”.

31. Diante de tal definição, observa-se que bem ou serviço comum revela-se como conceito jurídico indeterminado. O professor MARÇAL JUSTEN FILHO oferece-nos alguns parâmetros hermenêuticos:



para que o bem ou o serviço seja qualificado como comum, mister que possua disponibilidade no mercado próprio, padronização, bem como fungibilidade.²

32. Feitas estas considerações, e considerando que o órgão jurídico não possui o conhecimento técnico necessário para atestar se os serviços a serem contratados podem ou não ser objetivamente definidos no edital e ostentar a qualidade de serviços comuns, a decisão por escolher tal modalidade licitatória é inteiramente da área técnica.

33. Quanto à escolha da forma eletrônica do pregão, observa-se que não existe qualquer vedação para tanto, sendo, aliás, preferencial, conforme preceitua o art. 4º, caput, do Decreto nº 5.450/2005:

Art. 4º. Nas licitações para aquisição de bens e serviços comuns será obrigatória a modalidade pregão, sendo preferencial a utilização da sua forma eletrônica.

II.6) POSSIBILIDADE DA UTILIZAÇÃO DO SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇOS

34. Conforme exposto no edital, pretende a Administração a formação de ata de registro de preços. Essa opção encontra amparo no *novel* Decreto nº 7.892/2013, o qual passou a regulamentar o Sistema de Registro de Preço, revogando, por conseguinte, os Decretos nº 3.931/2001 e 4.342/2002.

35. Nessa esteira, convém transcrever as seguintes disposições, *in verbis*:

Art. 1º As contratações de serviços e a aquisição de bens, quando efetuadas pelo Sistema de Registro de Preços - SRP, no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional, fundos especiais, empresas públicas, sociedades de economia mista e demais entidades controladas, direta ou indiretamente pela União, obedecerão ao disposto neste Decreto;

Art. 2º Para os efeitos deste Decreto, são adotadas as seguintes definições:

I - Sistema de Registro de Preços - conjunto de procedimentos para registro formal de preços relativos à prestação de serviços e aquisição de bens, para contratações futuras;

II - ata de registro de preços - documento vinculativo, obrigacional, com característica de compromisso para futura contratação, em que se registram os preços, fornecedores, órgãos participantes e condições a serem praticadas, conforme as disposições contidas no instrumento convocatório e propostas apresentadas;

III - órgão gerenciador - órgão ou entidade da administração pública federal responsável pela condução do conjunto de procedimentos para registro de preços e gerenciamento da ata de registro de preços dele decorrente;

IV - órgão participante - órgão ou entidade da administração pública federal que participa dos procedimentos iniciais do Sistema de Registro de Preços e integra a ata de registro de preços; (...)

36. O sistema de registro de preços (SRP) é um procedimento a ser adotado, preferencialmente, nas hipóteses previstas no art. 3º do citado regulamento, vejamos:

Art. 3º O Sistema de Registro de Preços poderá ser adotado nas seguintes hipóteses:

I - quando, pelas características do bem ou serviço, houver necessidade de contratações frequentes;

II - quando for conveniente a aquisição de bens com previsão de entregas parceladas ou contratação de serviços remunerados por unidade de medida ou em regime de tarefa;

² JUSTEN FILHO, Marçal. *Pregão. Comentários à legislação do pregão comum e eletrônico*. 2ª edição revista e atualizada de acordo com a Lei Federal n.º 10.520/2002. São Paulo: Editora Dialética, 2003, p. 27-30.

- III - quando for conveniente a aquisição de bens ou a contratação de serviços para atendimento a mais de um órgão ou entidade, ou a programas de governo; ou
IV - quando, pela natureza do objeto, não for possível definir previamente o quantitativo a ser demandado pela Administração.

37. Seguindo orientação do recente Acórdão TCU nº 1.233/2012, recomenda-se à Administração que fundamente formalmente a criação da ata de registro de preços por um dos incisos acima.

38. Ainda sobre a recente inovação legislativa referida, como procedimento inicial, o Decreto n.º 7.892/2013, em seu art. 4º, instituiu o procedimento de Intenção de Registro de Preços - IRP, *in verbis*:

Art. 4º Fica instituído o procedimento de Intenção de Registro de Preços - IRP, a ser operacionalizado por módulo do Sistema de Administração e Serviços Gerais - SIASG, que deverá ser utilizado pelos órgãos e entidades integrantes do Sistema de Serviços Gerais - SISG, para registro e divulgação dos itens a serem licitados e para a realização dos atos previstos nos incisos II e V do *caput* do art. 5º e dos atos previstos no inciso II e *caput* do art. 6º.

§ 1º A divulgação da intenção de registro de preços poderá ser dispensada nos casos de sua inviabilidade, de forma justificada.

§ 2º O Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão editará norma complementar para regulamentar o disposto neste artigo.

39. Ainda não se tem notícia da edição da norma complementar referida no art. 4º, § 2º, do Decreto em questão. De toda sorte, recomenda-se à Administração que, na impossibilidade de divulgar a sua intenção de registro de preços, faça constar dos autos a competente dispensa, de forma justificada, em atendimento à disposição do art. 4º, § 1º, retro transcrito.

II.7) ADEQUAÇÃO DO CRITÉRIO DE JULGAMENTO ESCOLHIDO

40. De acordo com o art. 2º, § 2º, do Decreto nº 5.450/2005, para o julgamento das propostas deverão ser fixados critérios objetivos que permitam aferir o menor preço, devendo ser considerados os prazos para a execução do contrato e do fornecimento, as especificações técnicas, os parâmetros mínimos de desempenho e de qualidade e as demais condições definidas no edital.

41. Por sua vez, o novel Decreto nº 7.892/2013, que regulamenta o SRP, também adota como critério de julgamento das propostas o menor preço. Relativamente ao SRP, o citado decreto autoriza que a Administração subdivida a quantidade total do item em lotes, conforme se transcreve abaixo:

Art. 8º. O órgão gerenciador poderá dividir a quantidade total do item em lotes, quando técnica e economicamente viável, para possibilitar maior competitividade, observada a quantidade mínima, o prazo e o local de entrega ou de prestação dos serviços.

§ 1º No caso de serviços, a divisão se dará em função da unidade de medida adotada para aferição dos produtos e resultados, e será observada a demanda específica de cada órgão ou entidade participante do certame.

§ 2º Na situação prevista no § 1º, deverá ser evitada a contratação, em um mesmo órgão ou entidade, de mais de uma empresa para a execução de um mesmo serviço, em uma mesma localidade, para assegurar a responsabilidade contratual e o princípio da padronização.

42. Relativamente ao critério de julgamento das propostas, o Tribunal de Contas da União já possui entendimento sumulado:



SÚMULA Nº 247

É obrigatória a admissão da adjudicação por item e não por preço global, nos editais das licitações para a contratação de obras, serviços, compras e alienações, cujo objeto seja divisível, desde que não haja prejuízo para o conjunto ou complexo ou perda de economia de escala, tendo em vista o objetivo de propiciar a ampla participação de licitantes que, embora não dispondo de capacidade para a execução, fornecimento ou aquisição da totalidade do objeto, possam fazê-lo com relação a itens ou unidades autônomas, devendo as exigências de habilitação adequar-se a essa divisibilidade

43. Ainda quanto ao assunto, vale citar, também, o Acórdão TCU nº 2.410/2009 - Plenário:

Assunto: REGISTRO DE PREÇOS. D.O.U. de 16.10.2009, S. 1, p. 74. Ementa: recomendação ao Centro de Serviço de Logística Recife/PE, do Banco do Brasil S.A., para que, em licitações sob a sistemática de Registro de Preços, proceda à análise mais detida no tocante aos agrupamentos de itens em lotes, de modo a evitar a reunião em mesmo lote de produtos que poderiam ser licitados isoladamente ou compondo lote distinto, de modo a possibilitar maior competitividade no certame e obtenção de proposta mais vantajosa para a Administração, fazendo constar dos autos do procedimento o estudo que demonstre a inviabilidade técnica e/ou econômica do parcelamento (item 9.3, TC-014.020/2009-9, Acórdão nº 2.410/2009-Plenário).

44. No caso em análise nota-se no preâmbulo do Edital (fl. 71) que o critério de julgamento supostamente seria o “menor preço por grupo”, contudo percebe-se no item 12 do Termo de Referência (fls. 80v-83) que é utilizado como critério “menor preço por item” suscitando dúvidas de qual critério a ser adotado. Desse modo se torna imprescindível que a área técnica deixe claro e sem sombras de dúvidas o critério para julgamento, com disposições claras e parâmetros objetivos nos moldes do art. 40, VII, da Lei nº 8.666/93.

45. Ademais percebe-se a ausência de justificativa da área técnica no sentido de que a realização do Registro de Preços “de forma regionalizada, para que os equipamentos possam ser precificados de acordo com as peculiaridades das regiões” como sugerido no item 13 do Termo de Referência, não ocasionará obstáculo a ampla concorrência do certame.

II.8) PESQUISA DE PREÇOS

46. Com base no art. 3º, III, da Lei nº 10.520/2002 c/c o art. 9º, § 2º, do Decreto nº 5.450/2005, faz-se necessária a devida pesquisa de preços. A Administração, antes de qualquer contratação, deverá conhecer o total da despesa que, por estimativa, será necessário despender com o objeto contratado. Para tanto, é adequado que a pesquisa seja a mais ampla possível, envolvendo orçamentos praticados por diferentes fornecedores, preços constantes em SRP, dentre outros meios.

47. Acerca dos procedimentos a serem observados na realização da pesquisa de mercado, cumpre citar orientação do Acórdão TCU nº 2.170/2007 - Plenário:

1. A aferição de preços nas aquisições e contratações de produtos e serviços de tecnologia da informação, no âmbito da Administração Pública federal, na fase de estimativa de preços, no momento de adjudicação do objeto do certame licitatório, na contratação e alterações posteriores, deve se basear em valores aceitáveis, que se encontrem dentro da faixa usualmente praticada pelo mercado em determinada época, obtida por meio de pesquisa a partir de fontes diversas, como orçamentos de fornecedores, valores adjudicados em licitações de órgãos públicos - inclusive aqueles constantes no Comprasnet -, valores registrados em atas de Sistema de Registro de Preços, entre outras, a exemplo de compras/contratações realizadas por corporações privadas em condições idênticas ou semelhantes àquelas da Administração Pública.

- 2. Preço aceitável, a ser considerado na faixa de preços referida no item precedente, é aquele que não representa claro viés em relação ao contexto do mercado, ou seja, abaixo do limite inferior ou acima do maior valor constante da faixa identificada para o produto ou serviço.
- 3. A utilização de fontes que não sejam capazes de representar o mercado de tecnologia da informação para produtos com certa complexidade ou serviços fornecidos para o setor público - como sites na Internet, inclusive internacionais - pode servir apenas como mero indicativo de preço, sem que sirvam os valores encontrados, por si sós, para caracterização de sobrepreço ou superfaturamento.

48. Recomenda-se, ainda, a observância à análise efetuada pela Procuradoria Geral Federal - PGF sobre a questão, objeto do Parecer nº 02/2012/GT359/DEPCONSU/PGF/AGU, aprovado pelo Procurador-Geral Federal, em sua conclusão:

I - A Administração deve instruir todos os autos de processos administrativos voltados à contratação de bens e serviços com pesquisa de preços adequadamente parametrizada, ampla e atualizada, que reflita, efetivamente, o preço praticado no mercado.

II - Com o intuito de disciplinar a correta instrução dos autos com a pesquisa de preço adequada, é recomendável que a Administração edite ato normativo interno, disciplinando os seguintes aspectos:

- a) indicação do setor responsável pela realização da pesquisa de preços;
- b) definição de modelo de formulário de pesquisa de preços que imponha a indicação da empresa consultada, com a sua qualificação completa, ramo empresarial a que se dedique, e indicação dos seus sócios;
- c) determinação de padrão de análise das pesquisas de preços e a responsabilidade pela execução deste estudo.

III - A consulta às empresas do ramo pertinente não deve ser dispensada ou substituída pela consulta a preços públicos, mesmo que nas prorrogações ou repactuações”.

49. No caso em comento, foi realizada pesquisa de preços, conforme se observa às fls. 46-69, tendo sido consolidado no Mapa de Apuração de Preços acostado às fls. 70, com base na qual definiu-se o custo total estimado de R\$ 55.132.601,60 (cinquenta e cinco milhões, cento e trinta e dois mil, seiscentos e um reais e sessenta centavos), informações técnicas às fls. 69.

50. Importante observar que, além da obtenção de orçamentos junto a fornecedores, é interessante para Administração a realização de consulta em outras fontes, como contratações similares de outros órgãos e entidades públicas, o que não foi observado nos autos, devendo tal omissão ser suprida.

II.9) DISPONIBILIDADE ORÇAMENTÁRIA

51. Relativamente às exigências da legislação financeiro-orçamentária, e em se tratando de pregão para registro de preços, aplica-se, ao caso, a Orientação Normativa AGU nº 20, de 1º de abril de 2009, no sentido de que *“na licitação para Registro de Preços, a indicação da dotação orçamentária é exigível apenas antes da assinatura do contrato”*.

52. Tal previsão também consta do art. 7º, §2º, do Decreto nº 7.892/2013, segundo o qual *“Na licitação para registro de preços não é necessário indicar a dotação orçamentária, que somente será exigida para formalização do contrato ou outro instrumento hábil”*.

53. Por outro lado, necessário atender, se for o caso, o art. 16 da Lei Complementar nº 101/2000.



II.10) ANÁLISE PRÉVIA DAS MINUTAS DO EDITAL E ANEXOS (TERMO DE REFERÊNCIA, ATA DE REGISTRO DE PREÇOS E CONTRATO)

54. O art. 40 da Lei nº 8.666/93 c/c o art. 9º do novo Decreto nº 7.892/2013 estabelecem os requisitos mínimos que deverão constar do edital. Consoante o art. 9º, o edital deve conter no mínimo:

Art. 9º O edital de licitação para registro de preços observará o disposto nas Leis nº 8.666, de 1993, e nº 10.520, de 2002, e contemplará, no mínimo:

- I - a especificação ou descrição do objeto, que explicitará o conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado para a caracterização do bem ou serviço, inclusive definindo as respectivas unidades de medida usualmente adotadas;
- II - estimativa de quantidades a serem adquiridas pelo órgão gerenciador e órgãos participantes;
- III - estimativa de quantidades a serem adquiridas por órgãos não participantes, observado o disposto no § 4º do art. 22, no caso de o órgão gerenciador admitir adesões;
- IV - quantidade mínima de unidades a ser cotada, por item, no caso de bens;
- V - condições quanto ao local, prazo de entrega, forma de pagamento, e nos casos de serviços, quando cabível, frequência, periodicidade, características do pessoal, materiais e equipamentos a serem utilizados, procedimentos, cuidados, deveres, disciplina e controles a serem adotados;
- VI - o prazo de validade do registro de preço, observado o disposto no caput do art. 12;
- VII - órgãos e entidades participantes do registro de preço;
- VIII - modelos de planilhas de custo e minutas de contratos, quando cabível;
- IX - penalidades por descumprimento das condições;
- X - minuta da ata de registro de preços como anexo; e
- XI - realização periódica de pesquisa de mercado para comprovação da vantajosidade.

55. Examinando os autos, verifica-se que o edital atendeu a todos os requisitos acima. Imprescindível, contudo, tecer algumas observações acerca dos órgãos e entidades participantes.

56. O anterior Decreto nº 3.831/2001 assim dispunha sobre a matéria, *verbis*:

Art. 1º. (..)

Parágrafo único. Para os efeitos deste Decreto, são adotadas as seguintes definições:

I - (...)

II - (...)

III - Órgão Gerenciador - órgão ou entidade da Administração Pública responsável pela condução do conjunto de procedimentos do certame para registro de preços e gerenciamento da Ata de Registro de Preços dele decorrente; e

IV - Órgão Participante - órgão ou entidade que participa dos procedimentos iniciais do SRP e integra a Ata de Registro de Preços.

Art. 8º A Ata de Registro de Preços, durante sua vigência, poderá ser utilizada por qualquer órgão ou entidade da Administração que não tenha participado do certame licitatório, mediante prévia consulta ao órgão gerenciador, desde que devidamente comprovada a vantagem.

§ 1º Os órgãos e entidades que não participaram do registro de preços, quando desejarem fazer uso da Ata de Registro de Preços, deverão manifestar seu interesse junto ao órgão gerenciador da Ata, para que este indique os possíveis fornecedores e respectivos preços a serem praticados, obedecida a ordem de classificação.

§ 2º Caberá ao fornecedor beneficiário da Ata de Registro de Preços, observadas as condições nela estabelecidas, optar pela aceitação ou não do fornecimento, independentemente dos quantitativos registrados em Ata, desde que este fornecimento não prejudique as obrigações anteriormente assumidas.

§ 3º As aquisições ou contratações adicionais a que se refere este artigo não poderão exceder, por órgão ou entidade, a cem por cento dos quantitativos registrados na Ata de Registro de Preços. (Incluído pelo Decreto nº 4.342, de 23.8.2002)

57. Como se vê, o antigo Decreto nº 3.931/2001 previa a existência de um órgão gerenciador, responsável pela condução do certame licitatório para registro de preços e monitoramento da Ata de Registro de Preços dele decorrente, podendo contar com um ou mais órgãos participantes, que tomavam parte dos procedimentos iniciais e integravam a Ata de Registro de Preços (art. 1º, parágrafo único, incisos III e IV). Além destes, o art. 8º admitia a adesão às atas de outros órgãos ou entidades não participantes, figura que a doutrina convencionou chamar de “caronas”.

58. O novel Decreto nº 7.892/2013, por sua vez, manteve as figuras previstas pela anterior regulamentação, dando-lhes, contudo, nova sistematização e definição. No que toca à presente análise, interessa os dispositivos a seguir transcritos, *in verbis*:

Art. 2º Para os efeitos deste Decreto, são adotadas as seguintes definições:

(...)

III - órgão gerenciador - órgão ou entidade da administração pública **federal** responsável pela condução do conjunto de procedimentos para registro de preços e gerenciamento da ata de registro de preços dele decorrente;

IV - órgão participante - órgão ou entidade da administração pública **federal** que participa dos procedimentos iniciais do Sistema de Registro de Preços e integra a ata de registro de preços; e

V - órgão não participante - órgão ou entidade da administração pública que, **não tendo participado dos procedimentos iniciais da licitação**, atendidos os requisitos desta norma, **faz adesão à ata de registro de preços**.

59. No caso concreto, os itens 14.1 e 14.2 do Edital assim dispõem acerca dos integrantes do processo, *verbis*:

“14.1. Integrantes do processo:

14.1.1. O Órgão Gerenciador será o Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação - FNDE, responsável pela regulamentação desta aquisição e executor do Pregão Eletrônico para Registro de Preços.

14.1.2. Fornecedor: Empresas produtora/distribuidoras de ventiladores, de acordo com as especificações definidas neste Edital.

14.1.3. Beneficiários: Governo Estadual, Municipal e Distrital, cujas estimativas de quantidades a serem adquiridas são contempladas no quantitativo registrado, considerando os indicativos obtidos por meio do PAR.

14.1.4. Órgão Participante: órgãos e entidades do Governo Federal, cujas estimativas de quantidades a serem adquiridas são contempladas no quantitativo registrado, considerando os indicativos obtidos por meio de consulta de Intenção de Registro de Preços.

14.1.5. Órgão Não Participante: Órgão ou entidade da administração pública que, não tendo participado dos procedimentos iniciais da licitação, atendidos os requisitos desta norma, faz adesão à ata de registro de preços.

14.1.6. Entidades participantes do controle de qualidade: Organismo de Certificação de Produto - OCP/INMETRO - entidade que conduz e concede a certificação da conformidade dos produtos, estabelece os requisitos para a realização da avaliação das amostras, da análise da produção e do monitoramento.

14.2. Poderá utilizar-se da Ata de Registro de Preços, além dos participantes e beneficiários supracitados, qualquer órgão ou entidade da Administração que não tenha participado dos procedimentos iniciais da licitação, mediante prévia consulta ao órgão gerenciador, desde que devidamente comprovada a vantagem e respeitadas, no que couber, as condições e as regras estabelecidas no Decreto nº 7.892/2013, e na Lei nº 8.666/1993.



60. Como se vê, nos termos do Edital, o FNDE figura como órgão gerenciador (item 14.1.1), sendo previsto ainda a figura dos “fornecedores”, “beneficiários” e “órgãos não participantes”.

61. No que toca ao órgão gerenciador e fornecedores, nada há a ser observado, pelo que tanto a definição dada pelo edital e pelo termo de referência, como as obrigações previstas coadunam-se com as normas aplicáveis à espécie. Contudo, no que se refere à figura dos “órgãos não participantes” e “beneficiários”, algumas observações fazem-se necessárias, tendo em vista o disposto no Decreto nº 7.892/2013.

62. Embora a lei de regência não faça menção expressa, é de se supor que, na hipótese em tela (atas de registro de preços realizados pelo FNDE para aquisição de bens necessários à execução das ações e projetos educacionais) os Estados, Distrito Federal e Municípios não poderão ser tidos como meros órgãos não participantes, aderentes à respectiva ata, como se dá com as atas de registro de preços em geral. Com efeito, o art. 6º da Lei nº 12.816, de 05 de junho de 2013³ outorga uma faculdade aos entes ali discriminados, consistente em se utilizar (e não aderir) de tais atas, caso assim desejem. Cuida-se de verdadeiro direito outorgado a tais entes, e que, portanto, não pode ficar ao alvedrio da vontade dos fornecedores, como se daria acaso se tratasse de órgãos não participantes. Vale lembrar que cuida-se de norma legal, hierarquicamente superior ao Decreto nº 7.892/2013 e também especial em face da própria Lei nº 8.666/1993, que as normas legais aplicáveis ao registro de preços em geral.

63. Portanto, à luz do art. 6º, da Lei nº 12.816/2013, considerando que se trata de registro de preços envolvendo programa do FNDE para aquisição de bens relacionados à execução de projeto educacional, parece-nos perfeitamente regular a previsão editalícia dos entes estaduais, municipais e do Distrito Federal, desde já registrando-se que os fornecedores cadastrados estarão vinculados ao fornecimento de pedidos realizados pelos beneficiários (tal qual ocorre com aqueles realizados pelo órgão gerenciador e participantes).

64. Por outro lado também, entende-se que é possível os estados, municípios e Distrito Federal, beneficiados com verbas federais, utilizarem a ARP como participantes quando da aquisição de objeto com recursos oriundos da transferência voluntária.

65. Tais digressões, aliás, são compartilhadas pela Corte de Contas⁴, senão vejamos:

A Autarquia (FNDE) levanta a questão acerca da classificação dos entes estaduais ou municipais, tidos como “interessados” pelo edital, como órgãos participantes da ata de registro de preços.

Entendo, nesse caso que, por não integrarem, de pronto, a ARP, os estados e municípios, potenciais interessados no certame, se confundem com os “órgãos não participantes” definidos no art. 2º, inciso V, do Decreto 7.892, de 23 de janeiro de 2013. De todo modo, não vejo erro, nem prejuízo, em classificá-los como “órgãos participantes”, uma vez que, como bem explicou o FNDE, nessa empreitada os produtos a serem adquiridos destinam-se, exclusivamente, a escolas pertencentes a esses entes.

A propósito, essa afirmação é confirmada pela definição do objeto no edital. De lá, extrai-se a informação de que a aquisição dos utensílios visa equipar, além de escolas de educação básica, unidades do “Programa Proinfância” das redes públicas dos Estados, Distrito Federal e Municípios, em atendimento ao Programa Nacional de Alimentação Escolar - PNAE. Ou seja,

³ Art. 6º Os registros de preços realizados pelo Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação poderão ser utilizados pelos Estados, Distrito Federal e Municípios para aquisição de bens e contratação dos serviços necessários à execução das ações e projetos educacionais, inclusive quando empregados recursos próprios.

⁴ Acórdão 1592/2013, Plenário, Rel Min. Valmir Campelo.

apesar de não identificados no edital como “órgão participantes”, a licitação foi desenvolvida exclusivamente para atender a esses entes [...] acolho a manifestação do FNDE e avalio esclarecida a questão. De fato, conforme transcrição abaixo, o edital previu cláusula que, em certa medida, asseguram tal garantia: 15. DAS OBRIGAÇÕES DOS LICITANTES REGISTRADOS. 15.1.17 Atender às solicitações de compras dos Estados, Distrito Federal e Municípios.

66. Ademais, convém ressaltar o disposto no art. 211, § 1º, da Constituição Federal que assim preconiza:

Art. 211. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios organizarão em regime de colaboração seus sistemas de ensino.

§ 1º. A União organizará o sistema federal de ensino e o dos territórios, financiará as instituições de ensino públicas federais e exercerá, em matéria educacional, função redistributiva e supletiva, de forma a garantir equalização de oportunidades educacionais e padrão mínimo de qualidade do ensino mediante assistência técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios.

67. Ora, “é competência legal do FNDE a prestação de assistência técnica e financeira aos estados, Distrito Federal e Municípios, inclusive por meio da disponibilização de bens e instrumentos administrativos que promovam a eficiência na execução das ações e projetos educacionais, por força do art. 3º da Lei 5.537/1968” (TCU Acórdão 1592/2013, Plenário, Rel Min. Valmir Campelo).

68. Quanto aos “órgãos não participantes”, constata-se que optou-se pela utilização, no item 14.1.5, de redação idêntica daquela contida no Decreto nº 7.892/2013, o que, por si, só não implica em nenhuma irregularidade. Nada obstante, tendo em vista que a própria norma regulamentar tratou de definir a figura jurídica (art. 2º, inc. V), sugere-se a manutenção, naquilo em que cabível, dos termos utilizados pela norma em questão. Assim, de forma a se evitar eventuais questionamentos, recomenda-se a reformulação do item 14.1.1, nos seguintes termos:

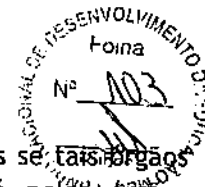
14.1.4. Órgão Não Participante: órgão ou entidade da administração pública não contemplados no quantitativo registrado que, nos termos do item 14.2 deste edital, faça a adesão à ata de registro de preços.

69. Questão mais complexa diz respeito aos “beneficiários”, previstos no item 14.1.3 do edital, os quais não possuem correspondência legal ou regulamentar.

70. In casu, os órgãos definidos como beneficiário, figura sui generis, distinta daquelas expressamente previstas no Decreto nº 7.892/2013, encontra guarida, em face de interpretação sistemática, diretamente da previsão contida no art. 6º, da Lei nº 12.816/2013, bem como da Constituição Federal, porquanto as entidades ali citadas são, literalmente, beneficiárias de tal assistência.

Nesse passo, importante destacar também que o Sistema de Registro de Preços foi criado para otimizar as compras por parte da Administração, obtendo preços mais baixos. Porém, se um órgão faz uma estimativa de compra de X, e depois aparecem os “caronas” e compram 10X daquele mesmo fornecedor, a Administração pode sofrer prejuízos em termos de economia de escala.

Essa adesão à ata de registro de preços por órgãos não participantes é considerada uma das grandes dificuldades práticas desse sistema, dentre outras razões porque permite que um fornecedor faça inúmeras contratações com base em uma estimativa de preços prevista inicialmente para



quantitativos muito menores, reduzindo os ganhos de escala que poderiam ser obtidos se tais órgãos houvessem participado da licitação inicial. Tal adesão é distinta da que se dá pelos órgãos participantes e beneficiários, porque nesse caso há uma definição precisa da margem de variação de quantitativos⁵.

Nessa linha, manifestou-se o TCU:

“Não tenho dúvidas quanto às inúmeras vantagens proporcionadas pelo Sistema de Registro de Preços para racionalizar as aquisições de bens e serviços pela Administração Pública, podendo trazer significativo ganho aos cofres públicos em decorrência de economia de escala propiciada por compras realizadas por diversos órgãos e entidades que se reúnem para participar de um único certame. Referido ganho de escala decorre da composição de custos dos produtos ofertados, que pode ser decomposto em custos fixos (que independem da quantidade ofertada) e de custos variáveis. Assim, o custo unitário de determinado produto... será tanto menor quanto maior for a quantidade ofertada, decorrendo daí os ganhos de economia de escala que o fornecedor passa a ter em aquisições conjuntas efetuadas por órgãos gerenciador e órgãos participantes... da adesão tardia de órgãos comumente conhecidos como carona que não participaram do registro de preços e manifestam seu interesse tardiamente, mediante consulta ao órgão gerenciador. (Acórdão 2.692/2012, plenário, Valmir Campelo).

71. Com efeito, conforme o art. 2º, incs. III e IV, do Decreto nº 7.892/2013, no SRP afigura-se um “órgão gerenciador”, responsável pela condução do certame licitatório para registro de preços e monitoramento da Ata de Registro de Preços dele decorrente, e pode também contar com um ou mais “órgãos participantes”, que tomam parte dos procedimentos iniciais e integram a Ata de Registro de Preços, além dos “órgãos não participantes”, já tratados acima, correspondente aos órgãos e entidades alheios ao certame que vierem a aderir à ata, nos termos regulamentares e do Edital.

72. In casu, verifica-se que o item 14.1 não menciona quais os órgãos e entidades participantes. Nada obstante, o item 8.3 do Termo de Referência faz expressa menção a “órgãos participantes”, ao lado dos beneficiários e não participantes. Assim sendo, em um primeiro momento, há de se corrigir tal discrepância, seja trazendo a definição do que se há de entender por “órgãos participantes”, seja excluindo as menções a tal figura porventura contidas nas minutas elaboradas, como se dá, exemplificativamente, no item 8.3 do Termo de Referência.

73. Portanto, à luz do art. 6º, da Lei nº 12.816/2013, considerando que, no caso dos autos, trata-se de registro de preços envolvendo programa do FNDE para aquisição de bens relacionados à execução de projeto educacional, parece-nos perfeitamente regular a previsão editalícia dos entes estaduais, municipais e do Distrito Federal, desde já registrando-se que os fornecedores cadastrados estarão vinculados ao fornecimento de pedidos realizados pelos beneficiários (tal qual ocorre com aqueles realizados pelo órgão gerenciador e participantes).

74. *In casu*, se estaria diante de uma figura *sui generis*, distinta daquelas expressamente previstas no Decreto nº 7.892/2013, decorrente diretamente da previsão contida no art. 6º, da Lei nº 12.816/2013.

75. Nada obstante, de forma a evitar eventuais questionamentos acerca da vinculação dos fornecedores aos pedidos realizados pelos beneficiários, é recomendável que as normas do edital deixem claro tanto a vinculação dos fornecedores aos pedidos formulados pelos beneficiários, como a autonomia de tal figura face aos órgãos não participantes e aos órgãos participantes. Para tanto,

⁵ Disponível em:

<http://www.justen.com.br//informativo.php?&informativo=75&artigo=1010&l=pt>

sugere-se a adoção de três medidas conjuntas: (a) a inclusão de item estabelecendo expressamente tal vinculação, conforme redação adiante sugerida; (b) a exclusão de quaisquer menção a “participantes” (eventualmente substituindo-as por “beneficiários”) ou a sua definição específica; (c) substituir a expressão “beneficiários” (que pode levar ao entendimento de se tratar de “gênero/espécie”, dado o significado morfológico da palavra) por “órgãos beneficiários”, evitando-se a referência a “beneficiários e participantes” ou “beneficiários e não participantes”, substituindo-as por “órgãos beneficiários e órgãos participantes” ou “órgãos beneficiários e órgãos não participantes”. Pelo mesmo motivo, sugere-se excluir a expressão beneficiários como qualificativo (por exemplo, “fornecedores beneficiários”, constantes do Item 6.4 do Termo de Referência).

76. Após análise da minuta do edital, recomendam-se as seguintes alterações e acréscimos:

- J a) Modificar o texto da constituição dos anexos contida no preâmbulo de modo a adequar com a ordem que de fato se apresenta;
- J b) Adequar e uniformizar tanto o edital quanto o termo de referência acerca do critério de julgamento a ser adotado nos moldes do art. 40, VII, da Lei nº 8.666/93, de modo a não suscitar dúvidas entre “menor preço por grupo” ou “menor preço por item”. Para tanto, sugere-se a inserção de item específico dispondo acerca do critério de julgamento a ser adotado;
- c) Item 7.1.1 e sub item 7.1.1.1. Referidos itens tratam da obrigatoriedade de inserção de marca. A esse respeito, deve a área técnica atentar para o entendimento do TCU refletido na Súmula 270/2012, segundo a qual “em licitações referentes a compras, inclusive de softwares, é possível a indicação de marca, desde que seja estritamente necessária para atender exigências de padronização e que haja prévia justificção”. O TCU no Acórdão nº 1.521/2003 - Plenário decidiu que “o princípio da padronização não conflita com a vedação de preferência de marca, que não constitui obstáculo à sua adoção, desde que a decisão administrativa, que identifica o produto pela marca, seja circunstanciadamente motivada e demonstre ser essa a opção, em termos técnicos e econômicos, mais vantajosa para a administração”. Assim, se o caso, deverá a área técnica apresentar justificativa para eventual preferência por marca, nos termos do mencionado entendimento do TCU.
- d) No que toca aos integrantes do processo, definidos nos itens 14.1 e 14.2, recomenda-se que tais disposições sejam alocadas no início do edital, em capítulo próprio (renumerando os itens subsequentes) uma vez tratam de definições dos participantes do processo, os quais são objeto de referência no decorrer de todo o documento, e não ao final, como na minuta apresentada. Sugere-se, para tal fim, seguir o modelo utilizado no próprio Termo de Referência (item 21). Ademais, conforme acima detalhado, deverá ser indicado expressamente quais órgãos e entidades participantes, e não de forma genérica, como consta da atual redação do item 14.1.4 do edital (e também no item 2.3 do Termo de Referência).
- e) Itens 14.3 a 14.10, 14.13 e 14.14. Referidos itens deverão ser renumerados (bem como as referências neles contidas), tendo em vista o deslocamento dos itens 14.1 e 14.2, conforme acima recomendado. Recomenda-se que o item 14.3 e 14.3.1 (que dispõe sobre a inclusão na ata dos fornecedores que aceitarem cotar o

Área não preferencial

na captação

preço nos mesmos termos da proposta vencedora) seja alocado após o (atual) item 14.4, de forma a melhor esclarecer o procedimento descrito nos itens mencionados.

- a) Itens 14.10 a 14.12. Substituir tais itens por um capítulo específico denominado “Da Contratação com Fornecedores”, para o qual sugere-se a seguinte redação:

“15. DA CONTRATAÇÃO COM FORNECEDORES

15.1. A contratação com o fornecedor registrado, de acordo com a necessidade do ente, será formalizada por intermédio de instrumento contratual, emissão de nota de empenho de despesa, autorização de compra ou outro instrumento similar, conforme disposto no artigo 62 da Lei nº 8.666, de 1993, diretamente entre os interessados e os fornecedores.

15.1.1. As condições de fornecimento constam do Termo de Referência e da Ata de Registro de Preços, e poderão ser detalhadas, em cada contratação específica, no respectivo pedido de contratação.

15.2. O ente convocará a fornecedora com preço registrado em Ata para, a cada contratação, no prazo de XX (XXXX) dias úteis [obs.: incluir um prazo], efetuar a retirada da Nota de Empenho ou instrumento equivalente, ou assinar o Contrato, se for o caso, sob pena de decair do direito à contratação, sem prejuízo das sanções previstas no Edital e na Ata de Registro de Preços.

15.2.1. Esse prazo poderá ser prorrogado, por igual período, por solicitação justificada do fornecedor e aceita pela Administração.

15.3. Antes da assinatura do Contrato ou da emissão da Nota de Empenho, a Contratante realizará consulta on line ao SICAF, para identificar possível proibição de contratar com o Poder Público e verificar a manutenção das condições de habilitação, bem como ao Cadastro Informativo de Créditos não Quitados - CADIN, cujos resultados serão anexados aos autos do processo.

15.4. Os contratos deverão ser assinados no prazo de validade da ata de registro de preços.

77. No que toca ao Termo de Referência, além do apontado no item 76 “b”, haverá de se observar que a versão encartada no Anexo I do Edital deverá refletir aquele que foi aprovado pela autoridade competente, acostado às fls. 32-38, devendo-se se ater a correta numeração dos itens. Ademais, o Termo de Referência deverá ser condizente com os termos do Edital e do Contrato, pelo que, dado as observações acima realizadas, seja conferida sua adequação, naquilo em que limite-se a repetir os termos do Edital. Por fim, reiteramos que, tendo em vista a natureza eminentemente técnica do Termo de Referência, a presente análise jurídica limitou-se ao exame de seus aspectos jurídico-formais e procedimentais, sem adentrar-se em seu conteúdo, salvo quando expressamente mencionado.

78. Quanto à minuta de contrato, recomenda-se a observância da correta numeração do item 7 e que a redação da Cláusula 1.1 seja reformulada, para prever, ao seu final, o seguinte trecho: “conforme especificações e condições previstas no Edital do Pregão Eletrônico identificado no preâmbulo, e nos respectivos termo de referência e proposta vencedora, independente de transcrição”.

79. Quanto a minuta da ata de Registro de Preços recomenda-se no item 5 a substituição do trecho “no Termo de Referência e no Termo de Compromisso - Anexo I do Termo de Referência” por “no Termo de Referência - Anexo I e no Termo de Compromisso - Encarte B”

80. Em arremate, ressalte-se, desde logo, por necessário, que apesar da intenção prática de economicidade e eficiência, entende-se prudente inserir, ainda que trazido e repetido do edital e termo de referência, cláusulas e condições obrigatórias no contrato, consoante artigo 55 da Lei de Licitações. Ademais, o contrato é assinado entre as partes e deve apresentar todas as condições e cláusulas para a fiel execução do objeto.

III. CONCLUSÃO

81. Diante do exposto, resguardado o poder discricionário do gestor público quanto à oportunidade e conveniência da prática do ato administrativo, opina-se pela aprovação da minuta do edital e seus anexos, desde que atendidas às recomendações constantes neste parecer.

82. Ante o exposto, recomenda-se a devolução dos autos a Diretoria de Administração, para que adote as providências sugeridas neste parecer.

À consideração superior.

Brasília, 13 de agosto de 2013.


André Farage de Carvalho
Procurador Federal

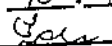
Coordenador-Geral de Acompanhamento Jurídico da PROFE/FNDE

DESPACHO Nº 1087/2013/PF-FNDE/PGF/AGU

1. De acordo.
2. Retornem os autos a DIRAD.

Brasília, 13 de agosto de 2013.


Arivaldo Guimarães Vivas
Subprocurador do FNDE

DIRAD/FNDE
Recebido em, 21 1 08 120/3
As: 10 : 42

Assinatura