



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

PROCURADORIA FEDERAL JUNTO AO FUNDO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO DA EDUCAÇÃO



PARECER Nº 189 /2013/PF-FNDE/PGF/AGU

PROCESSO Nº 23034.020133/2012-52

INTERESSADO: Diretoria de Administração

ASSUNTO: Minuta de edital e contrato de pregão eletrônico. Aquisição de bens.

I. Licitação. Pregão Eletrônico. Aquisição. Valor estimado em R\$ 256.533.100,75. Análise jurídica prévia do edital e seus anexos. Verificação dos Requisitos da Lei nº 8.666/93, do Decreto nº 5.450/2005.

II. Contratação de empresa(s) para fornecimento de aparelhos condicionadores de ar, de acordo com as condições constantes no Termo de Referência encartado às fls. 107/128. Critério de julgamento menor preço por item. Aprovação da minuta de edital, e anexos, condicionada ao atendimento das recomendações da Procuradoria Federal.

Senhor Coordenador-Geral,

I. RELATÓRIO

1. Trata-se de análise jurídica de minuta de edital de licitação e anexos, na modalidade pregão eletrônico com critério de julgamento menor preço por item, cujo objeto é a contratação de empresa(s) para fornecimento de aparelhos condicionadores de ar, de acordo com as condições constantes do Termo de Referência encartado nos autos.

2. O processo foi inaugurado pelo Memorando nº 2/2012 - DIARP/COREP/CGARC/DIRAD/FNDE, subscrito pela Senhora Chefa da Divisão de Avaliação de Registro de Preços, solicitando a abertura de processo visando a realização de audiência pública de ar condicionado e climatizador, para atender aos Estados, Municípios e o distrito Federal. (fl. 02).

3. Para instruir os autos, foram juntados os seguintes documentos:

- a) Ata da Audiência Pública nº 12/2012 (fls. 25/26);
- b) Termo de Referência (fls. 107/118) e seus Encartes (fls. 119/128);
- c) Documentação referente à pesquisa de preços de mercado (fls. 60/101);
- d) Mapa de apuração de preços (fl. 160/161);

- e) Minuta de edital de pregão eletrônico, acompanhada de seus encartes e anexos (fls. 138-155);
- f) Cópia da portaria de designação do pregoeiro e de sua equipe de apoio (fl. 162);
- g) Aprovação do Termo de Referência e autorização para a contratação pelo Senhor Presidente do FNDE (fl. 164).

4. Em seguida, e 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 análise da minuta de edital e do contrato.

II. FUNDAMENTAÇÃO

5. Cumpre registrar, preliminarmente, que a análise aqui empreendida circunscreve-se aos aspectos legais envolvidos no procedimento trazido a exame, 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

6. 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 do Ordenador de Despesas do FNDE (fl. 164).

7. 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 por cópia, a sua autenticação poderá ser feita pelo órgão administrativo, mediante carimbo e assinatura do agente que lhe aferir a autenticidade. Demais orientações processuais devem ser verificadas na Portaria Normativa SLTI/MPOG nº 5/2002.

8. 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

9. O presente exame jurídico recairá sobre a fase preparatória/interna do processo licitatório, incluindo a minuta do edital, do termo de referência 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.

10. 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

11. 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.

12. Examinando os autos, verifica-se que foram acostados os seguintes documentos: termo de referência (fls. 107/128), edital (fls. 138/144), contrato (fl. 158/159-v.) e designação do pregoeiro e de sua equipe de apoio (fl. 162).

II.3) JUSTIFICATIVA DA NECESSIDADE DA CONTRATAÇÃO

13. 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.

14. No presente processo, a justificativa apresentada às fls. 116 foi a seguinte:

13. DA JUSTIFICATIVA
O organismo humano, por meio de um processo evolutivo, desenvolveu uma série de mecanismos que permitem a sua adaptação ao meio, com o objetivo de obter o bem-estar.
O bem-estar do homem é um conceito amplo que engloba desde os fatores necessários à manutenção da sua saúde física, até aqueles responsáveis pelo seu sentimento de satisfação. E quando se trata de satisfação com a s condições térmicas de um ambiente, então se está tratando de “conforto térmico”.
Está comprovado, por meio de estudos e na prática do dia a dia, que as pessoas sentindo-se confortáveis, apresentam-se mais dispostas e produzem mais. Em situação oposta, esses estudos mostram que o desconforto causado por calor ou frio reduz a performance humana (atividades intelectuais, manuais e perceptivas). Nesse sentido, não há como desvincular o conceito de qualidade de vida que almejamos do conforto térmico em ambientes onde trabalhamos, estudamos, divertimo-nos, enfim, onde passamos muitas horas de nossas vidas.
No Brasil, em virtude da predominância de climas quentes e úmidos, especial atenção deve ser dada à comprovada influência do desconforto térmico na disposição para o estudo e para o trabalho. Ressalta-se que as condições térmicas dos ambientes não dependem unicamente do clima, mas também das características construtivas do ambiente e da sua capacidade de manter condições internas adequadas no que se refere ao conforto térmico das pessoas, ou seja, temos duas situações recorrentes:

- unidades escolares localizadas em regiões muito quentes ou em regiões que, no verão, devido principalmente ao tipo de relevo, apresentam essas mesmas características;
- unidades escolares que não consideraram, na elaboração de seus projetos, padrões mínimos construtivos para o bom funcionamento da escola.

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

H

Buscando alternativas para amenizar ou superar essa situação, o Ministério da Educação e o Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação propõem a instalação, nessas escolas, de sistemas de ar-condicionado, atitude cada vez mais viável pelo estímulo à fabricação e à comercialização de produtos mais eficientes, que procuram adotar critérios de sustentabilidade e com eficiência energética, que são observados nas especificações do presente Termo de Referência. (...)

15. Não obstante tenham sido apresentados argumentos sobre a necessidade do procedimento licitatório e da respectiva aquisição, não se demonstrou que a aquisição pretendida tem relação com as atividades institucionais do FNDE. Assim, recomendável que as justificativas apresentadas sejam refeitas, de modo a melhor relacioná-las ao FNDE.

II.4) TERMO DE REFERÊNCIA

16. Verifica-se, também, a juntada do termo de referência, conforme exige o art. 9º, I, do Decreto nº 5.450/2005.

17. Consoante o art. 9º, § 2º, do 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”.

18. O art. 9º, § 2º, 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 TR pelo Ordenador de Despesas do FNDE (fl. 164).

19. Ademais, o termo de referência deve ser elaborado e assinado pelo órgão requisitante da entidade promotora da licitação e não por órgão público que se encontra fora da estrutura regimental do FNDE (art. 9º, I, Decreto nº 5.450/2005). Desse modo, cumpre a área técnica tomar as providências cabíveis no sentido de sanar tais irregularidades (fl. 118).

II.5) PESQUISA DE PREÇOS

20. Com base no art. 3º, III, da Lei nº 1.520/2002 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, exame de valores em outras contratações do Poder Público com objeto semelhante, preços constantes em SRP, dentre outros meios. Nesse ponto, cumpre citar orientação do Acórdão TCU nº 2.170/2007 - Plenário:

1. A aferição de preços nas aquisições e contratações de produtos e serviços (...), 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, e 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.

21. No caso em comento, foi realizada pesquisa de preços, tendo sido obtidas apenas duas cotações, as quais tiveram de ser complementadas por meio de ampla pesquisa levada a efeito junto à Administração Pública, onde foram coletados preços em pregões realizados nas esferas federal, estadual, municipal e do Distrito Federal (fls. 79/101). Com suporte nessa pesquisa de preços, a Administração concluiu que o valor estimado para a contratação é de R\$ 256.533.100,75 (duzentos e cinquenta e seis milhões, quinhentos e trinta e três mil e cem reais, e sessenta e setenta e cinco centavos). (fls. 160/161)

II.6) ADEQUAÇÃO DA MODALIDADE LICITATÓRIA ESCOLHIDA: PREGÃO ELETRÔNICO

22. 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", e o seu parágrafo primeiro impõe a utilização da modalidade eletrônica, "salvo nos casos de comprovada inviabilidade". O critério de julgamento na modalidade pregão eletrônico é o de menor preço, nos termos do art. 2º do referido decreto.

23. Feitas estas considerações, e considerando que este órgão jurídico não possui o conhecimento técnico necessário para atestar se a aquisição de bens a serem contratadas pode ou não ser objetivamente definido no edital e ostentar a qualidade de bens comuns, a decisão por escolher tal modalidade licitatória é inteiramente da área técnica. No presente caso, não consta digressão da área técnica abordando este enfoque, o que demanda deixar sem dados os elementos que levariam à conclusão de a aquisição envolver bem comum, ou não. Por isto, cabe aqui sua manifestação.

II.7) ADEQUAÇÃO DO CRITÉRIO DE JULGAMENTO ESCOLHIDO

24. 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 serem 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.

25. Após o exame do processo (termo de referência e edital), constata-se que o critério de julgamento escolhido foi o de menor preço por item, constando do item 13 do edital a justificativa de que se fez esta escolha em respeito à competição mais ampla, como bem assim o prevê o art. 23, §§ 1º e 2º, da Lei nº 8.666/93, e em atenção à Súmula 247 do Plenário do TCU.

26. Como afirmado acima, relativamente ao assunto, 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

H

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.

27. Ainda sobre o tema, cumpre transcrever as regras previstas na IN SLTI/MPOG nº 02/2008:

Art. 3º Serviços distintos devem ser licitados e contratados separadamente, ainda que o prestador seja vencedor de mais de um item ou certame.

(...)

§ 3º As licitações por empreitada de preço global, em que serviços distintos, ou serviços e materiais independentes, são agrupados em um único lote, devem ser excepcionais, somente admissíveis quando, comprovada e justificadamente, houver necessidade de inter-relação entre os serviços contratados, gerenciamento centralizado ou implicar vantagem para a Administração, observando-se o seguinte:

I - é vedada a contratação parcial do lote, isto é, de apenas alguns dos serviços ou materiais que o compõem, devendo todos os serviços e materiais agrupados no lote serem adquiridos em sua integralidade; e

II - excepcionalmente poderá ocorrer a contratação parcial do lote quando houver vinculação entre o serviço contratado e a quantidade de material necessária à sua execução, em que poderá ser adquirida a estrita quantidade do material que for necessária à completa execução do serviço, ainda que menor do que a previamente estimada e desde que não ultrapasse o limite estabelecido no artigo 65 da Lei nº 8.666, de 1993.

28. Constata-se então, que a área técnica atentou para as orientações citadas, e agiu bem na escolha do critério de julgamento.

II.7) DISPONIBILIDADE ORÇAMENTÁRIA

29. Relativamente às exigências da legislação financeiro-orçamentária, observa-se que não consta dos autos a nota de pré-empenho, ou mesmo a nota de empenho, a demonstrar que o valor estimado para a contratação pretendida está assegurado.

30. Por oportuno, também é necessário atender, se for o caso, o disposto no art. 16 da Lei Complementar nº 101/2000:

Art. 16. A criação, expansão ou aperfeiçoamento de ação governamental que acarrete aumento da despesa será acompanhado de:

I - estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva entrar em vigor e nos dois subseqüentes;

II - declaração do ordenador da despesa de que o aumento tem adequação orçamentária e financeira com a lei orçamentária anual e compatibilidade com o plano plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias.

(...)

§ 3º Ressalva-se do disposto neste artigo a despesa considerada irrelevante, nos termos em que dispuser a lei de diretrizes orçamentárias.

§ 4º As normas do caput constituem condição prévia para:

I - empenho e licitação de serviços, fornecimento de bens ou execução de obras;

II.8) ANÁLISE PRÉVIA DO EDITAL E DO TERMO DE REFERÊNCIA

31. Quanto ao edital do certame licitatório, o art. 40 da Lei nº 8.666/93 estabelece a obrigatoriedade de algumas cláusulas. Analisando os referidos comandos legais, vê-se que, para o referido instrumento encontrar-se apto a surtir os efeitos jurídicos a que se propõe, recomenda-se que:

item 7 do edital - atentar para a regra prevista no art. 17, § 4º, do Decreto nº 5.450/2005, o sentido de que o prazo para a apresentação das propostas não poderá ser inferior a 8 (oito) dias úteis, contados da publicação do aviso.

Excluir dos autos as peças de folhas 130/137 - que cuidam de cópias incompletas do edital, renumerando-se as folhas a partir de sua retirada.

II.9) ANÁLISE PRÉVIA DA MINUTA DO CONTRATO

32. Quanto à minuta contratual, e levando-se em conta o que reza o art. 55 da Lei nº 8.666/93, recomenda-se o seguinte:

a) quanto à minuta de contrato, recomenda-se que a redação da Cláusula 1.1 seja reformulada, para se adequar no seu final, ao 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”;

b) em arremate, ressalte-se desde logo, por necessário, que apesar da notada intenção de prática de economicidade e eficiência, entende-se prudente e de melhor técnica inserir as cláusulas e condições obrigatórias no contrato, consoante o artigo 55 da Lei de Licitações, ainda que trazidas e repetidas do edital e do termo de referência. Ademais, o contrato é assinado entre as partes e, sendo assim, deve apresentar todas as condições e cláusulas para a fiel execução do objeto.

33. No que se refere a vigência estabelecida no contrato, vale lembrar o disposto na Orientação Normativa nº 39/2011 da Advocacia-Geral da União:

Orientação normativa nº 39/2011

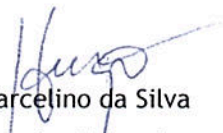
A vigência dos contratos regidos pelo art. 57, caput, da Lei 8.666, de 1993, pode ultrapassar o exercício financeiro em que celebrados, desde que as despesas a eles referentes sejam integralmente empenhadas até 31 de dezembro, permitindo-se, assim, sua inscrição em restos a pagar.

III. CONCLUSÃO

34. Diante do exposto, resguardado o poder discricionário do gestor público quanto à oportunidade e conveniência da prática do ato administrativo, opino pela aprovação da minuta do edital e seus anexos, desde que atendidas as recomendações constantes deste parecer.

35. À sua consideração.

Brasília, 25 de abril de 2013.


Hugo Marcelino da Silva
Procurador Federal
Mat. SIAPE nº 7.439.133

EM BRANCO