



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL

PROCURADORIA FEDERAL JUNTO AO FUNDO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO DA EDUCAÇÃO

PARECER Nº J.091 /2012/PF-FNDE/PGF/AGU

PROCESSO Nº 23034.024443/2012-46

INTERESSADO: DIRAE

ASSUNTO: Pregão Eletrônico para Registro de Preços. Aquisição de utensílios para cozinhas e refeitórios escolares.

I. Licitação. Pregão Eletrônico. Registro de Preços. Menor preço por grupo/item. Análise jurídica prévia do edital e seus anexos. Aquisição de utensílios para cozinhas e refeitórios escolares.

II. Requisitos da Lei nº 8.666/93, do Decreto nº 5.450/2005 e do Decreto nº 3.555/2000. Aprovação da minuta de edital, e anexos, condicionada ao atendimento das recomendações da Procuradoria Federal.

Senhor Coordenador-Geral 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 via registro de preços, tipo menor preço por grupo/item, cujo objeto é a *"eventual aquisição de utensílios para cozinhas e refeitórios escolares visando reequipar/modernizar as escolas de educação básica, bem como as unidades do Programa Proinfância das redes públicas dos Estados, Distrito Federal e Municípios, em atendimento ao Programa Nacional de Alimentação Escolar – PNAE"*.

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

- a) Memorando nº 62/2012-CGCOM/DIRAD/FNDE, solicitando abertura de processo para subsidiar o certame licitatório (fl. 02);
- b) Documentação referente à Audiência Pública realizada em 14/06/2012 (fls. 03-79);
- c) Pesquisa e Preços (fls. 85-288), e mapa de apuração de preços (fl. 289/290);
- d) Termo de Referência (fls. 291-334);

- e) Minuta do Edital, e respectivos anexos (Anexo I - Termo de Referência; Anexo II – Modelo da Proposta de Preços; Anexo III – Ata de Registro de Preços; e Anexo IV – Minuta de Contrato) (fls. 335-363);
- f) Cópia da Portaria nº 116, de 28/03/2012 (nomeação dos pregoeiros e equipe de apoio) (fl. 364);
- g) Despacho da Coordenadora Geral de Mercado, Qualidade e Compras, contendo informações acerca da instrução processual e encaminhando o processo para a Diretora de Administração (fl. 65);
- h) Aprovação e autorização da Diretora de Administração e do Presidente do FNDE (fl. 266);

3. 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 seus respectivos anexos.

II. FUNDAMENTAÇÃO

4. Cumpre registrar, preliminarmente, que a análise empreendida circunscreve-se aos aspectos legais envolvidos no procedimento em 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

1. 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. 266).

2. Alerta-se que o processo deverá ter suas páginas numeradas seqüencialmente 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.

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

II.2) FASE PREPARATÓRIA DO PREGÃO



4. 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.

5. 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

6. 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.

7. 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 (Diretora de Administração e 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;
- e) Indicação do pregoeiro e de sua equipe de apoio.

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

II.3) TERMO DE REFERÊNCIA

5. O Termo de Referência encontra-se acostado às fls. 291-334, conforme exige o art. 9º, inciso I, do Decreto nº 5.450/2005.

6. 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.

7. 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”*.

8. 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 do Presidente do FNDE, embora não o façam nos termos do dispositivo regulamentar citado (fl. 266).

9. No que toca ao aspecto formal, muito embora o Termo de Referência esteja devidamente assinado pelo Diretor de Ações Educacionais do FNDE, recomenda-se que todas as suas páginas deverão sejam também rubricadas.

II.4) JUSTIFICATIVA

10. A justificativa para a contratação pretendida consta do Termo de Referência (item 15). 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.5) REQUISITOS APLICÁVEIS ÀS COMPRAS

8. 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 - (...)



9. Analisando os autos, verifica-se que consta no termo de referência a especificação completa dos produtos a serem adquiridos, bem como a estimativa das quantidades.

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

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

11. 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"*.

12. 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

13. 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.

14. Contudo, não consta dos autos a justificativa técnica para o enquadramento dos bens e serviços objeto do pregão como "bens e serviços comuns" o que deverá ser providenciado, atentando-se para as diretrizes legais e jurisprudenciais acima descritas.

15. 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.7) POSSIBILIDADE DA UTILIZAÇÃO DO SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇOS

16. Conforme exposto no edital, a Administração pretende efetuar o registro de preços para aquisição dos bens e serviços descritos no Edital.

17. O sistema de registro de preços (SRP) é um procedimento a ser adotado, preferencialmente, nas hipóteses previstas no art. 2º do Decreto nº 3.931/2001, o qual dispõe, *verbis*:

Art. 2º Será adotado, preferencialmente, o SRP nas seguintes hipóteses:
I - quando, pelas características do bem ou serviço, houver necessidade de contratações freqüentes;

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.

II - quando for mais conveniente a aquisição de bens com previsão de entregas parceladas ou contratação de serviços necessários à Administração para o desempenho de suas atribuições;

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; e

IV - quando pela natureza do objeto não for possível definir previamente o quantitativo a ser demandado pela Administração.

18. 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.

19. 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 (art. 1º, Parágrafo Único, incisos III e IV, do Decreto nº 3.931/2001).

20. No caso em questão, pelo que se depreende da minuta do edital, o FNDE figura como órgão gerenciador, e está prevista a possibilidade de outros entes virem a aderir a ata de Registro de Preços, como "interessados" (Governos Federal, Estaduais, Municipais e do Distrito Federal e demais entidades autorizadas a aderir ao registro de preços, de acordo com a legislação específica vigente).

21. Cabe, então, ao FNDE, a prática de todos os atos de controle e administração do SRP, nos exatos termos do § 2º do art. 3º do decreto regulamentador, com especial destaque para necessidade de *"convidar, mediante correspondência eletrônica ou outro meio eficaz, os órgãos e entidades para participarem do registro de preços"* (inciso I); e, em seguida, *"consolidar todas as informações relativas à estimativa individual e total de consumo, promovendo a adequação dos respectivos projetos básicos encaminhados para atender aos requisitos de padronização e racionalização"* (inciso II).

22. Assim, em razão do FNDE figurar como órgão gerenciador, deve atentar para os requisitos supra, e só anuir com a utilização da Ata por órgão/entidade não participante se ficar devidamente comprovada a vantagem, levando-se em conta, inclusive, a economicidade em face das peculiaridades locais. No tocante aos limites às adesões, vale lembrar que "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 (art. 8º, § 3º, do Decreto nº 3.931/2001). Nesse assunto, o TCU tem um entendimento mais restrito. Cite-se o Acórdão/TCU 1.233/2012:

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Plenária, ante das razões expostas pelo Relator, em:

9.3.2.1.4. a fixação, no termo de convocação, de quantitativos (máximos) a serem contratados por meio dos contratos derivados da ata de registro de preços, previstos no Decreto nº 3.931/2001, art. 9º, inciso II, é obrigação e não faculdade do gestor (Acórdão 991/2009-TCU-Plenário, Acórdão 1.100/2007-TCU-Plenário e Acórdão 4.411/2010-TCU-2ª Câmara);

9.3.2.1.5. em atenção ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório (Lei 8.666/1993, art. 3º, caput), devem gerenciar a ata de forma que a soma dos quantitativos contratados em todos os contratos derivados da ata não supere o quantitativo máximo previsto no edital.

23. Todavia, o TCU, no Acórdão nº 2.692/2012 – Plenário, entendeu que as limitações previstas no Acórdão nº 1.233/2012 só valeriam a partir de 31/12/2012.



24. Por fim, chama-se a atenção para o entendimento do TCU no recente Acórdão nº 1.717/2012 – Plenário:

3. Registro de preços para aquisição de bens e serviços com recursos de convênios

3.1. A imposição pelo concedente de condição que obrigue entidades públicas convenientes a utilizarem, sempre que houver, atas de registro de preços gerenciadas por órgãos ou entidades federais afronta o ordenamento jurídico, por falta de amparo constitucional e legal

Consulta formulada pelo Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação (MCTI), na qualidade de órgão concedente responsável pela transferência de recursos financeiros destinados à execução do objeto de convênios, indagou sobre a legalidade da inclusão de cláusula, nos respectivos termos de convênio, exigindo dos convenientes que utilizem atas de registro de preços gerenciadas por órgãos ou entidades federais, para a aquisição de bens ou serviços custeados com recursos dessa avença. O relator, em linha de consonância com pronunciamento do Ministério Público/TCU, entendeu que não há amparo legal para tal imposição. Com intuito de embasar esse entendimento, anotou que, segundo disposto no comando contido no art. 15 da Lei 8.666/93, "*art. 15. As compras, sempre que possível, deverão: (...) II - ser processadas através de sistema de registro de preços;*". Acrescentou que o art. 2º do Decreto 3.931/2001 explicitou esse caráter preferencial ao estabelecer que: "*art. 2º Será adotado, preferencialmente, o SRP nas seguintes hipóteses: (...)*" – grifo do relator. Ressaltou, também, que "*o caráter de opção preferencial do registro de preços subsiste após concluída a respectiva licitação, conforme estabelecido pelo art. 15, § 4º, da Lei 8.666/93, in verbis: '§ 4º A existência de preços registrados não obriga a Administração a firmar as contratações que deles poderão advir, ficando-lhe facultada a utilização de outros meios, respeitada a legislação relativa às licitações, sendo assegurado ao beneficiário do registro preferência em igualdade de condições'.*" Concluiu, então, que a contratação efetuada por intermédio de registro de preços não é obrigatória, nem mesmo para o ente promotor/gerenciador da respectiva licitação. Tal entendimento pode ser extraído do art. 8º do Decreto 3.931/2001, segundo o qual: "*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.*" – grifo do relator. Ao final, arrematou: "*... o ente federal não pode transmutar uma norma facultativa em norma cogente sem que haja lei autorizando esse proceder e, diante disso, também não pode avançar sobre os limites da autonomia administrativa atribuída pela Constituição Federal aos demais entes federados*". O Tribunal, então, ao endossar proposta do relator, decidiu: "*... responder ao Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação (MCTI) que não é possível exigir, como condição para celebração de convênios, que as entidades públicas (Estados, Distrito Federal e Municípios, inclusive suas autarquias e fundações públicas) a serem beneficiadas com verbas federais se utilizem, sempre que houver e desde que atendidas as exigências legais e regulamentares, de atas de registro de preços gerenciadas por órgãos ou entidades federais, quando da aquisição de bens ou serviços com recursos oriundos da transferência voluntária, ante a ausência de amparo nas normas constitucionais e legais vigentes*". *Acórdão nº. 1717/2012-Plenário, TC-001.956/2012-4, rel. Min. Augusto Sherman Cavalcanti, 4.7.2011.*

3.2. É lícito o estabelecimento de cláusula que recomende a adesão de entes públicos convenientes a ata de registro de preços vinculada ao programa

executado, resguardando-se a possibilidade de realizarem licitação própria, desde que obtenham condições mais vantajosas que as de tal ata

Ainda na consulta formulada pelo MCTI sobre a utilização de atas de registro de preços para aquisição de bens e serviços com recursos de convênios, o relator acrescentou que tal "consulta deixa transparecer que haveria, por parte do Ministério, preocupação em garantir a boa execução de seus convênios ...". Por esse motivo, a título de orientação, passou a formular alternativas que encontram respaldo na legislação e que atenderiam aos objetivos buscados por aquele órgão. De início, abordou a faculdade de o Ministério utilizar sua autoridade normativa sobre os convênios a serem celebrados, "para instituir cláusula não para obrigar, mas para recomendar a adesão a ata vinculada ao programa executado". O Tribunal, ao endossar proposta do relator, decidiu esclarecer ao MCTI que a legislação vigente, entre outras possibilidades, permite: "9.3.1. **alternativa 1:** com fundamento no art. 10, § 6º, do DL 200/67, no art. 15, § 4º, da Lei 8.666/93 e nos arts. 15, I, da Lei 8.666/1993 e 14 do Decreto 6.170/2007, a instituição de cláusulas no convênio para: 9.3.1.1. recomendar a adesão à ata de registro de preços vinculada ao programa de governo executado, licitada sob responsabilidade ou supervisão do Ministério com fundamento no art. 2º, inciso III, do Decreto 3.931/2001 para atender especificamente ao programa, e que contemple os quantitativos máximos necessários a seu atendimento, consoante orientado no Acórdão 1.233/2012-Plenário; 9.3.1.2. estabelecer que, caso o ente público conveniente decida pela realização de procedimento licitatório próprio em detrimento à recomendação referida no item 9.3.1.1 retro, fica obrigado a demonstrar ao Ministério a vantajosidade das propostas assim obtidas quanto ao preço e à qualidade em relação àqueles constantes da ata vinculada ao programa e, na hipótese de verificadas condições iguais ou desvantajosas em qualquer desses fatores, deverá aderir à ata vinculada ao programa concedendo preferência ao beneficiário do registro para fins de padronização ou adotar providências para obter novas propostas em conformidade com os padrões estabelecidos pelo Ministério; 9.3.1.3. no caso de as normas locais vigentes obstarem a adesão nos moldes recomendados no convênio conforme referido no item 9.3.1.1 retro, estabelecer que as condições propostas para a contratação sejam previamente submetidas pelo ente público conveniente à apreciação do MCTI, o qual somente autorizará que a contratação seja custeada pelos recursos federais do convênio se verificadas condições de preço e qualidade iguais ou mais vantajosas do que as constantes da ata vinculada ao programa executado". Acórdão nº. 1717/2012-Plenário, TC-001.956/2012-4, rel. Min. Augusto Sherman Cavalcanti, 4.7.2011.

3.3. É possível a realização de licitação para registro de preços em que os entes públicos convenientes figurem como participantes do processo de planejamento da aquisição

Ainda na citada consulta formulada pelo MCTI, foi apresentada pelo relator alternativa para aprimorar a execução de seus convênios, formulada a partir de sugestões da unidade técnica e do Ministério Público/TCU. Consiste ela na promoção de licitação para registro de preços contemplando a quantidade total de bens ou serviços necessários à execução de convênios a serem celebrados com outros entes, com fundamento no art. 2º, inciso III, do Decreto 3.931/2001, que prevê a adoção preferencial do SRP nas contratações destinadas a atender a mais de um órgão ou entidade ou a programas de governo. Nessa hipótese, os entes públicos convenientes participariam do planejamento da aquisição. O Tribunal, ao endossar proposta do relator, também a título de orientação, esclareceu ao MCTI que a legislação vigente também possibilita: "9.3.2. **alternativa 2:** a realização de licitação pelo Ministério para registro de preços destinado a atender ao programa de governo, contemplando o quantitativo máximo de bens ou serviços necessários à execução dos convênios que serão celebrados com as demais





esferas, com fundamento no art. 2º, inciso III, do Decreto 3.931/2001 e consoante orientado no Acórdão 1.233/2012-Plenário, podendo os demais entes públicos convenientes figurar como participantes devidamente incluídos no processo de planejamento da aquisição, conforme previsto no art. 3º do mencionado regulamento;". Acórdão nº. 1717/2012-Plenário, TC-001.956/2012-4, rel. Min. Augusto Sherman Cavalcanti, 4.7.2011.

3.4. A realização pelo concedente de licitação para registro de preços destinado a atender a programa de governo com a finalidade de adquirir e distribuir os bens constantes do registro aos convenientes encontra amparo na legislação vigente

Também na citada consulta formulada pelo MCTI, o relator desenvolveu terceira rotina, a partir de sugestões da unidade técnica e do Ministério Público/TCU, para aprimorar a execução de seus convênios. Essa nova possibilidade sugere a utilização de ata de registro de preços resultante de licitação a ser promovida pelo Ministério, com a aquisição e distribuição dos bens constantes do registro aos convenientes. O Tribunal, ao endossar proposta do relator, a título de orientação, esclareceu ao MCTI que a legislação vigente também possibilita: "9.3.3. alternativa 3: a realização de licitação pelo Ministério para registro de preços destinado a atender ao programa de governo, contemplando o quantitativo máximo de bens ou serviços necessários à execução dos convênios que serão celebrados com as demais esferas, com fundamento no art. 2º, inciso III, do Decreto 3.931/2001 e consoante orientado no Acórdão 1.233/2012-Plenário, podendo o MCTI utilizar a ata resultante para adquirir e distribuir os bens constantes do registro aos convenientes, com fulcro na padronização prevista no art. 15 do Decreto 6.170/2007;" Acórdão nº. 1717/2012-Plenário, TC-001.956/2012-4, rel. Min. Augusto Sherman Cavalcanti, 4.7.2011.

II.8) ADEQUAÇÃO DO CRITÉRIO DE JULGAMENTO ESCOLHIDO

25. 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.

26. Por sua vez, o Decreto nº 3.931/2001, 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. 5º A Administração, quando da aquisição de bens ou contratação de serviços, poderá subdividir a quantidade total do item em lotes, sempre que comprovado técnica e economicamente viável, de forma a possibilitar maior competitividade, observado, neste caso, dentre outros, a quantidade mínima, o prazo e o local de entrega ou de prestação dos serviços.

Parágrafo único. No caso de serviços, a subdivisão se dará em função da unidade de medida adotada para aferição dos produtos e resultados esperados, e será observada a demanda específica de cada órgão ou entidade participante do certame. Nestes casos, deverá ser evitada a contratação, num mesmo órgão e entidade, de mais de uma empresa para a execução de um mesmo serviço em uma mesma localidade, com vistas a assegurar a responsabilidade contratual e o princípio da padronização.

27. 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 dispo 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

28. 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).

29. Após o exame do Termo de Referência e da minuta do Edital, constata-se que o critério de julgamento escolhido foi o “menor preço por grupo/item” (itens 9.2 e 9.5 do Edital). Nada obstante o critério de julgamento escolhido ser o de menor preço por item/grupo (o que estaria de acordo com o entendimento do TCU, acima transcrito), tal fato não importa na dispensa da justificativa técnica para o critério escolhido, o que deverá ser providenciado.

II.9) PESQUISA DE PREÇOS

30. 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.

31. 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.

32. 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”.

33. No caso em comento, foi realizada pesquisa de preços, conforme se observa às fls. 85-288, tendo sido consolidado no Mapa de Apuração de Preços acostado às fls. 289/290, com base na qual definiu-se o custo total estimado de R\$ 148.629.659,13 (cento e quarenta e oito milhões, seiscentos e vinte e nove mil, seiscentos e cinquenta e nove reais e treze centavos). Importante observar que, além da obtenção de orçamentos junto a fornecedores, foram também consultadas outras fontes, como contratações similares de outros órgãos e entidades públicas.

II.10) DISPONIBILIDADE ORÇAMENTÁRIA

34. 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”*.

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

II.11) ANÁLISE PRÉVIA DAS MINUTAS DO EDITAL E DO CONTRATO

36. Quanto ao edital do certame licitatório, o art. 40 da Lei nº 8.666/93 c/c o art. 9º do Decreto nº 3.931/2001 estabelecem a obrigatoriedade de algumas cláusulas. Consoante o art. 9º, o edital deve conter no mínimo:

Art. 9º O edital de licitação para registro de preços contemplará, no mínimo:

I - a especificação/descrição do objeto, explicitando 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 - a estimativa de quantidades a serem adquiridas no prazo de validade do registro;

- III - o preço unitário máximo que a Administração se dispõe a pagar, por contratação, consideradas as regiões e as estimativas de quantidades a serem adquiridas;
- IV - a quantidade mínima de unidades a ser cotada, por item, no caso de bens;
- V - as condições quanto aos locais, prazos de entrega, forma de pagamento e, complementarmente, nos casos de serviços, quando cabíveis, a frequência, periodicidade, características do pessoal, materiais e equipamentos a serem fornecidos e utilizados, procedimentos a serem seguidos, cuidados, deveres, disciplina e controles a serem adotados;
- VI - o prazo de validade do registro de preço;
- VII - os órgãos e entidades participantes do respectivo registro de preço;
- VIII - os modelos de planilhas de custo, quando cabíveis, e as respectivas minutas de contratos, no caso de prestação de serviços; e
- IX - as penalidades a serem aplicadas por descumprimento das condições estabelecidas.

37. Examinando os autos, verifica-se que o edital atendeu a todos os requisitos acima, com exceção da previsão do preço máximo (inciso III). Sobre esse ponto, faz-se necessária uma explicação. JORGE ULISSES JACOBY assevera que *"o Decreto nº 3.931/01 exige e a doutrina recomenda a fixação do preço máximo"*.³ A fixação do preço máximo deve ser feita de forma bastante cautelosa, evitando-se, com isso, problemas futuros e contratações prejudiciais à Administração Pública.

38. Não obstante a obrigatoriedade do preço máximo imposta no Decreto nº 3.931/2001, o TCU entendeu, a partir de representação contra o Edital do FNDE de Pregão Eletrônico nº 28/2010, que a fixação do preço máximo seria facultativo. O entendimento acordado foi o exposto no voto do relator, ministro Benjamim Zymler:

8. No que diz respeito à alegação do item "d", divirjo do entendimento da unidade técnica no sentido de que o edital de licitação para registro de preços deve contemplar, obrigatoriamente, o preço máximo de cada lote do certame, em observância ao art. 9º, III, do Decreto n. 3.931/2001.

9. Em que pese o mencionado dispositivo regulamentador definir que o edital de licitação para registro de preços contemplará, entre outros requisitos, o preço unitário máximo por contratação que a Administração se dispõe a pagar, cabe ressaltar que a melhor interpretação dada ao artigo 40, inciso X, da Lei n. 8.666/93 é no sentido de que o referido dispositivo apenas faculta a fixação do preço máximo.

10. O Decreto n. 3.931/2001, regulamentador da Lei n. 8.666/93 quanto ao sistema de registro de preços, deve se ater às condições traçadas na lei que regulamenta, não podendo contrariar seu texto, tampouco inovar no ordenamento jurídico.

11. É claro que sendo conhecidos os preços, é recomendável fixar os tetos máximos de aceitabilidade das propostas de preços, já que não traz qualquer prejuízo à licitação e propicia a todos os interessados o conhecimento antecipado do limite máximo que a administração, em tese, pretende pagar.

12. Assim, entendo pertinente recomendar ao FNDE que, em futuras licitações, avalie a conveniência de divulgar os preços máximos estimados para o bem ou serviços adquiridos.

39. Assim, cabe à área técnica avaliar o caso concreto, de modo a fundamentar a ausência de fixação dos preços máximos, consoante determina o art. 9º, III, do Decreto nº 3.931/2001.

³ JACOBY, Jorge Ulisses. *Sistema de registro de preços e pregão presencial e eletrônico*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 252.





40. No que toca às minutas encaminhadas saliente-se, apenas, que, embora conste da minuta do edital capítulo específico dispondo acerca da revisão de preços, tal previsão não é obrigatória, uma vez que a revisão de preços independe de previsão no edital ou no contrato. Nada obstante, nada impede que o Edital assim preveja.

41. Vale, ademais, chamar a atenção para a regra prevista no art. 17, § 4º, do Decreto nº 5.450/2005, no sentido de que o prazo para a apresentação das propostas não poderá ser inferior a 8 (oito) dias úteis, contados da publicação do aviso.

42. No mais, as minutas atendem aos requisitos aplicáveis à espécie.

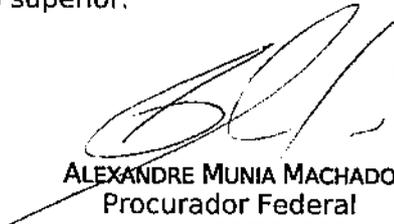
43. Ressalte-se que o Termo de Referência a ser encartado no Anexo I do Edital deverá refletir aquele que foi aprovado pela autoridade competente, acostado às fls. 291-334. Ademais, o Termo de Referência deverá ser condizente com os termos do Edital e do Contrato, pelo que, dado as observações acima 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.

III. CONCLUSÃO

44. 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 as recomendações constantes neste parecer.

11. À consideração superior.

Brasília, 06 de dezembro de 2012.


ALEXANDRE MUNIA MACHADO
Procurador Federal
Mat. nº 15532232

1. Ciente e de acordo.

2. À consideração superior.

Brasília, 07 de dezembro de 2012.


RAPHAEL PEIXOTO DE PAULA MARQUES
Procurador Federal
Chefe da Divisão de Consultoria Administrativa – FNDE

EM BRANCO