



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO PROCURADORIA-GERAL FEDERAL

PROCURADORIA FEDERAL JUNTO AO FUNDO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO DA EDUCAÇÃO

PARECER № 400

/2013/PF-FNDE/PGF/AGU

PROCESSO № 23034.000302/2013-19

INTERESSADO: FNDE

ASSUNTO: Minuta de contrato e edital de pregão eletrônico para aquisição de Solução

Integrada Interativa de Computador e Projeção. Análise jurídica.

I. Licitação. Pregão Eletrônico. Valor superior a R\$ 500.000,00. Análise jurídica prévia do edital e seus anexos. Requisitos da Lei nº 8.666/93, do Decreto nº 5.450/2005 e do Decreto nº 7.892/2013.

II. Aquisição de Solução Integrada Interativa de Computador, denominada Computador Interativo. Aprovação da minuta de edital, e anexos, condicionada ao atendimento das recomendações da Procuradoria Federal.

Senhor Procurador-Chefe da DICAD,

I. RELATÓRIO

- 1. Trata-se de análise jurídica de minuta de edital de licitação e anexos, na modalidade pregão eletrônico via registro de preços, com critério de julgamento menor preço por item, cujo objeto é o "registro de preços para eventual aquisição de Solução Integrada Interativa de Computador e Projeção, denominada Computador Interativo, para atendimento de escolas e instituições públicas, da educação básica, tecnológica e superior".
- O processo encontra-se instruído com os seguintes documentos:
 - a) Memorando nº 13/2013 COREP/CGARC/DIRAD/FNDE (fl. 02);
 - b) Aviso de audiência pública (fl. 03);
 - c) Documentação referente à audiência pública (fls. 04-26);
 - d) Termo de Referência e respectivos anexos (fls. 30-70);
 - e) Mapa de apuração de preço médio (fl. 71);
 - f) Minuta de edital do pregão eletrônico, acompanhada de ata de registro de preços, termo de referência e contrato (fls. 72-106);
 - g) Cópia da portaria de designação do pregoeiro e de sua equipe de apoio (fl. 107);



- h) Despacho do Coordenador-Geral de Mercado, Qualidade e Compras, contendo informações acerca da instrução processual (fl. 108);
- i) Autorização do presidente do FNDE (fl. 109).
- 3. Em seguida, e por força do disposto no parágrafo único do art. 38 da Lei n^{o} 8.666/93 e do art. 30, inciso IX, do Decreto n^{o} 5.450/2005, vieram os autos a esta Procuradoria, para análise da minuta de edital e contrato.

II. FUNDAMENTAÇÃO

4. Cumpre registrar, preliminarmente, que a análise empreendida circunscrevese 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

- 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 de 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 Presidente do FNDE (fl. 109).
- 6. Alerte-se, também, 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 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 n° 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, do contrato e do termo de referência, 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 que foram acostados os documentos: termo de referência (fls. 30-42), aprovado pelo presidente do FNDE (fl. 109), justificativa da necessidade da contratação (fl. 38-41), edital (fls. 72-86) e designação do pregoeiro e de sua equipe de apoio (fl. 107).
- 12. Vale notar, ainda, que 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. 30-42, conforme exige o art. 9° , inciso I, do Decreto n° 5.450/2005.
- 14. 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".
- 15. A par disso, 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.
- 16. Nada obstante, embora não seja possível a esta Procuradoria analisar a descrição do objeto, dada as suas especificidades técnicas, deve ser verificado se o grau de profundidade do detalhamento do objeto constante do Termo de Referência não tem o condão de restringir a concorrência e a competividade do certame.

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



- Ademais, o art. 9º, § 2º, do citado decreto, exige que a aprovação do TR pela 17. 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 pelo Presidente do FNDE, embora não o façam nos termos do dispositivo regulamentar citado (fl. 109).
- REQUISITOS APLICÁVEIS ÀS COMPRAS 11.4)
- Relativamente às compras feitas pela Administração Pública, a Lei nº 8.666/93 18. 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 - (...)

- No caso em apreço, consta do termo de referência (caderno de informações 19. técnicas) a especificação completa dos produtos a serem adquiridos, bem como a estimativa das quantidades (fl. 79v).
- II.5) ADEQUAÇÃO DA MODALIDADE LICITATÓRIA ESCOLHIDA: PREGÃO ELETRÔNICO
- Verifica-se dos autos que esta Autarquia pretende realizar licitação na 20. modalidade pregão eletrônico para registro de preços, visando eventual aquisição de solução integrada interativa de computador e projeção, denominada computador interativo.
- Nos termos da Lei nº 10.520/2002, o pregão destina-se à aquisição de bens e 21. 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".
- Diante de tal definição, observa-se que bem ou serviço comum revela-se 22. 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
- Feitas estas considerações, e considerando que o órgão jurídico não possui o 23. conhecimento técnico necessário para atestar se o objeto a ser contratado pode 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.
- Nesse sentido, a unidade técnica assentou que "a modalidade selecionada 24. para a contratação em tela foi o Pregão, na sua forma eletrônica, por se tratar de serviço comum, como definido na legislação aplicável, considerando suas características inerentes, tais como especificações comumente utilizadas, descritas em normas técnicas específicas e

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.

com critérios de qualidade adotados no mercado, o que permite uma avaliação baseada apenas no preço" (fl. 41).

- II.6) POSSIBILIDADE DA UTILIZAÇÃO DO SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇOS
- 25. 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.
- 26. 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; Il - 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;

- 27. 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;
 - 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.
- 28. Seguindo orientação do recente Acórdão TCU nº 1.233/2012, <u>recomenda-se à Administração que fundamente formalmente a criação da ata de registro de preços por um dos incisos acima</u>.
- 29. 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.

- 30. Com efeito, ainda não se tem notícia de edição da norma complementar referida no art. 4º, § 2º, do Decreto em questão. Todavia, <u>observa-se que o presente certame foi precedido da realização de Audiência Pública, amplamente divulgada e com a participação de diversos interessados, conforme se denota da documentação acostadas às fls. 03-25, restando atendida tal exigência.</u>
- 31. Quanto à disposição do art. 4º, § 1º, retrotranscrito, a unidade técnica consignou o seguinte:

Por fim, nos termo do Art. 4º, § 1º do Decreto 7.892 de 23 de janeiro de 2013, esclarecemos que não haverá a publicação da intenção de registro de preço, haja vista que o objeto visa atender exclusivamente às políticas de tecnologias aplicadas à educação desenvolvidas pelo FNDE-MEC.

II.7) ADEQUAÇÃO DO CRITÉRIO DE JULGAMENTO ESCOLHIDO

- 32. 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.
- 33. 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.

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

SÚMULA № 247

É obrigatória a admissão da <u>adjudicação por item e não por preço global</u>, nos editais das licitações para a contratação de obras, serviços, compras e alienações, cujo <u>objeto seja divisível</u>, 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.

35. 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 analise 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, <u>fazendo constar dos autos</u> 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).

36. Após o exame do Termo de Referência, constata-se que o critério de julgamento foi o "menor preço por item", conforme item 3.2. Não consta do Termo de Referência, contudo, a justificativa para a adoção de tal critério, a qual deverá ser providenciada. Nos termos do art. 40, VII, da Lei nº 8.666/93, o critério de julgamento deverá também constar do edital do certame.

II.8) PESQUISA DE PREÇOS

- 37. 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.
- 38. 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 - inclusos 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.
- 39. Recomenda-se, ainda, a observância à análise efetuada pela Procuradoria PGF sobre a questão, objeto do Parecer 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
 - 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".
- 40. No caso em comento, com vistas a estimar o custo da contratação, a área técnica informou que:

Para a estimativa de preços, utilizamos a média dos preços registrados no Pregão Eletrônico – FNDE 72/2011, onde obtivemos o valor de R\$ 2.501,00.

Cabe ressaltar que, tendo em vista que o objeto deste certame é cotado em dólar, para obtermos a média, utilizamos as cotações do dólar comercial na época do referido (dezembro de 2011) e também a cotação atual, obtida em 09 de setembro de 2013.

- (...) Com este aumento, o valor do Computador Interativo, comparado ao preço da licitação anterior, terá o valor elevado em 26%.
- 41. Contudo, tendo em vista que as cotações levantadas são estimativas e foram pesquisadas com base no Pregão 72/2011, bem como que não constam dos autos as propostas apresentadas pelas empresas, sugere-se que sejam observadas as recomendações do TCU e da AGU no sentido de que a aferição do preço estimado seja baseada em fontes diversas. Ou seja, recomenda-se que seja feita nova pesquisa de preços, visando auferir o atual valor dos bens, uma vez que os índices inflacionários não necessariamente refletem a variação de custos dos bens individualizados, já para estes podem variar conforme diversos fatores, tais como: a conjuntura econômica do mercado específico, incentivos fiscais etc.
- 42. Frise-se, por oportuno, que a pesquisa de preços deve refletir o valor de mercado e ser recente, como reiteradamente decide a egrégia Corte de Contas. Nesta trilha, a orientação do TCU e doutrina:

Denúncia. Agência Brasileira de Desenvolvimento Industrial - ABDI. Determinação. Acórdão de relação. t ACÓRDÃO]

- 1.7. Determinar à Agência Brasileira de Desenvolvimento Industrial ABDI que:
- 1.7.1. efetuar estimativa do valor de contratações, as pesquisas de preço contemplem todos os itens necessários e suficientes, de forma a refletir com precisão os serviços ou bens que se pretende contratar e a evitar pesquisa de preço desatualizada e inconsistente como ocorreu no Pregão Eletrônico ne 07/2009; AC-0648-10/1Ü-P Sessão: 31/03/10 Relator: Ministro RAIMUNDO CARREIRO.
- O levantamento de preços, eventualmente feito para referência da própria pesquisa, deve ser limitado no tempo, para não provocar distorções³.
- 43. <u>Destarte, é adequado que a pesquisa seja a mais ampla possível, envolvendo orçamentos praticados por diferentes fornecedores, preços constantes em SRP, consultas a revistas e sites especializados, dentre outros meios, pois, assim agindo, tem-se o cumprimento de princípios basilares da Administração Pública, quais sejam: eficiência, economicidade e prudência na contratação pretendida, consoante recomendações exaradas pelo TCU e AGU.</u>
- 44. Sobre os servidores responsáveis e que podem ser punidos por falhas no

³ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Sistema de Registro de Preços e Pregão.* Belo Horizonte: Fórum, 2003. pág. 212/217.

levantamento de preços, decisões do eg. TCU são explícitas a despeito da matéria, quando registram:

"9. [...] assente a jurisprudência desta Corte no sentido da obtenção de três propostas válidas em procedimentos licitatórios, na modalidade convite, sob pena de repetição do certame (v.g. Acórdãos nºs 101/2005, 301/2005 e 1.182/2004, do Plenário, e Acórdão nº 2.844/2003TCU1 ª Câmara), bem como acerca do fato de que, ainda que se admita que '(...) exista um setor responsável pela pesquisa de preços de bens e serviços a serem contratados pela administração, a Comissão de Licitação, bem como a autoridade que homologou o procedimento licitatório, não estão isentos de verificar se efetivamente os preços ofertados estão de acordo com os praticados no mercado, a teor do art. 43, inciso IV, da Lei nº 8.443/1992 (cf. Acórdão nº 509/2005TCUPlenário).

(Acórdão nº 2.136/2006, Primeira Câmara, Processo nº 021.203/20030, Rel. Min. Augusto Nardes)

- 15. Cumulativamente ao débito também foi imposta ao Sr. [...] multa no valor de R\$20.000,00, em decorrência da constatação das seguintes irregularidades: ausência de pesquisa de preços, pagamento antecipado dos equipamentos adquiridos e prestação de declarações inverídicas em relação à execução dos planos de trabalho e aquisição dos equipamentos. Sobre esses tópicos o recorrente apresentou as seguintes considerações. 16. Quanto à realização de licitações sem prévia pesquisa de preços, o responsável não apresentou nenhuma nova informação. A simples cotação de preços máximos nos editais de licitação não é prova de que tenha sido realizada pesquisa de preço. Aliás, a existência comprovada de superfaturamento na licitação torna óbvio que os valores lançados no edital não poderiam ter resultado de uma pesquisa de preços autêntica. 17. Também não se sustenta a afirmação de que não havia obrigação legal da prefeitura fazer levantamento prévio de preços para estimação dos preços de mercado. O art. 43, IV, da Lei nº 8.666/93 determina que, obrigatoriamente, deverá ser verificada a conformidade dos preços das licitantes com os de mercado, que ficarão registrados na ata de julgamento. [...] (Acórdão nº 1.498/2005, Plenário, Processo nº 003.136/20002, Rel. Min. Marcos Vinicios Vilaça)."
- 45. Logo, que a unidade técnica atente-se para as observações dispostas linhas acima e, por conseguinte, <u>realize nova pesquisa de preços, com escopo de atender aos fins estatuídos pela lei, doutrina e jurisprudência.</u>

II.9) DISPONIBILIDADE ORÇAMENTÁRIA

- 46. Relativamente às exigências da legislação financeiro-orçamentár a, 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".
- 47. 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".
- 48. Por outro lado, necessário atender, se for o caso, o art. 16 da Lei Complementar n° 101/2000.
- II.10) ANÁLISE PRÉVIA DAS MINUTAS DO EDITAL E ANEXOS (TERMO DE REFERÊNCIA, ATA DE REGISTRO DE PREÇOS E CONTRATO)
- 49. 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 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:

H

 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, freqüência, 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.

- 50. Após exame dos autos, verifica-se que o edital atendeu a todos os requisitos acima, afora o inciso XI, cuja omissão deverá ser suprida. De mais a mais, imprescindível tecer algumas observações acerca dos órgãos e entidades participantes.
- 51. O anterior Decreto n° 3.831/2001 assim dispunha sobre a matéria, verbis:

Art. 1º. (..)

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

1 – (...)

II - (...)

III - <u>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</u>

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, <u>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.</u>
- § 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)
- 52. 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".

- 53. O novel Decreto n° 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 <u>federal</u> 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 <u>federal</u> 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, <u>não tendo</u> <u>participado dos procedimentos iniciais da licitação</u>, atendidos os requisitos desta norma, <u>faz adesão</u> à ata de registro de preços.
- 54. No caso concreto, os itens 1.4 e 14.1 do Edital assim dispõem acerca dos integrantes do processo, *verbis*:
 - "1.4. Integrantes do processo:
 - 1.4.1. O Órgão Gerenciador será o Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação FNDE, responsável pela regulamentação desta aquisição e executor do Pregão Eletrônico para o Registro de Preços.
 - 1.4.2. Fornecedor: Empresas produtora/distribuidoras de brinquedos e playgrounds, de acordo com as especificações definidas neste Edital.
 - 1.4.3. Órgãos 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.
 - 1.4.4. 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 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.
- 55. Como se vê, nos termos do Edital, o FNDE figura como órgão gerenciador (item 1.4.1), sendo previsto ainda a figura dos "fornecedores", "beneficiários" e "órgãos não participantes".
- No que toca aos órgãos gerenciador, não participante 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 "beneficiários", algumas observações fazem-se necessárias, tendo em vista o disposto no Decreto n° 7.892/2013.
- 57. Com efeito, conforme o art. 2º, incs. III e IV, do Decreto nº 7.892/2 013, 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", correspondente aos órgãos e entidades alheios ao certame que vierem a aderir à ata, nos termos regulamentares e do Edital.

- 58. In casu, verifica-se que <u>o item 14.2 não menciona quais os órgãos e entidades</u> participantes. Nada obstante, os itens 14.1 do edital e 6.1 do Termo de Referência fazem 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, nos referidos itens 14.1 do edital e 6.1 do Termo de Referência.
- 59. Noutro vértice, as minutas trazem a definição de outra figura que, como já dito, não encontra imediata correspondência legal ou regulamentar, qual seja, dos "beneficiários", definido no item 14.1.3 como "Governo Estadual, Municipal e Distrital, cujas estimativas de quantidades a serem adquiridas são contempladas no quantitativo registrado, considerando a demanda de professores das escolas públicas de ensino fundamental".
- 60. A princípio, parece tratar-se de uma figura *sui generis*, distinta tanto dos "órgãos não participantes", como também dos "órgãos participantes", previstos na norma regulamentar. No que se refere aos "órgãos não participantes", tal constatação é imediata, já que o próprio edital trata de defini-las no item 14.1.4. Contudo, parece também não se confundir com os chamados "participantes", embora estes como mencionado não se encontrem definidos nas minutas apresentadas.
- 61. O próprio item 6.1 do Termo de Referência faz expressa referência aos "órgãos participantes, beneficiários e não participantes", daí inferindo-se se tratarem de figuras distintas.
- 62. Ademais, da redação do Decreto nº 7.892/2013, infere-se que os órgãos participantes devem ser conhecidos quando da realização do certame, cujo interesse deve ser manifestado previamente quanto à concordância com o objeto a ser licitado, encaminhando ao órgão gerenciador de sua estimativa de consumo, local de entrega e, quando couber, cronograma de contratação e respectivas especificações ou termo de referência (art. 6º, caput e inc. II, do Decreto nº 7.892/2013) o que não se coadunaria com a redação genérica adotada nas minutas apresentadas no que se refere aos beneficiários.
- Não bastasse isso, o Decreto nº 7.892/2013 parece ter limitado a figura dos participantes a órgãos e entidades <u>federais</u>, conforme se observa de seu art. 2º, inc. IV, acima transcrito, que define órgão participante como *"órgão ou entidade da administração pública <u>federal</u> que participa dos procedimentos iniciais do Sistema de Registro de Preços e integra a ata de registro de preços". Note-se que, ao definir a figura do "órgão não participante" (art. 2º, V), o novel Decreto não repete tal restrição, referindo-se genericamente a "órgão ou entidade da <u>administração pública"</u>, o que levaria ao entendimento de que os órgãos ou entidades não federais (Estados, Municípios e Distrito Federal) somente poderiam se utilizar da ata de registro de preços em tal qualidade, mediante adesão à mesma, obedecidos os requisitos legais e normativos, e com a consequente não vinculação dos fornecedores aos pedidos formulados nessa base.*
- 64. Tal entendimento é reforçado ainda pelo art. 22, do mesmo Decreto, que, ao dispor acerca da utilização da ata por órgãos e entidades não participantes, prevê em seu art. 9º que "é facultada aos órgãos ou entidades municipais, distritais ou estaduais a adesão a ata de registro de preços da Administração Pública Federal". Note-se que tal previsão não

constava da regulamentação anterior, nem tampouco foi prevista no atual regulamento ao tratar dos participantes.

- 65. Assim, pela sistemática adotada pelo Decreto nº 7.892/2013, <u>a princípio</u> os Governos Estaduais, Municipais ou do Distrito Federal necessariamente serão tidos como "órgãos não participantes", somente podendo se utilizar da ata de registro de preços mediante adesão, obedecidos os requisitos legais e normativos, independentemente de terem ou não quantitativos previstos no edital e/ou na própria ata de registro de preços.
- 66. Dizemos "a princípio" porque, <u>no que toca aos programas educacionais no</u> âmbito do FNDE, a recente Lei n° 12.816, de 05 de junho de 2013, traz regra específica em seu art. 6º, *in verbis:*
 - 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.
- 67. Embora a lei 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 e contratação dos serviços 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.
- 68. Com efeito, o mencionado art. 6º outorga uma <u>faculdade aos entes ali</u> <u>discriminados</u>, consistente em <u>se utilizar (e não aderir)</u> de tais atas, caso assim desejem. Cuida-se de verdadeiro <u>direito</u> outorgado a tais entes, e que, portanto, <u>não pode ficar ao alvedrio da vontade dos fornecedores</u>, como se daria acaso se tratasse de órgãos não participantes. Vale lembrar que cuida-se de norma <u>legal</u>, hierarquicamente superior ao Decreto nº 7.892/2013 e também <u>especial</u> face à própria Lei nº 8.666/1993, que as normas legais aplicáveis ao registro de preços em geral.
- 69. 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 registrandose que os fornecedores cadastrados estarão vinculados ao fornecimento de pedidos realizados pelos beneficiários (tal qual ocorre com aqueles realizados pelo órgão gerenciador e participantes).
- 70. 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

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

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, 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 LICITANMTES REGISTRADOS. 15.1.17 Atender às solicitações de compras dos Estados, Distrito Federal e Municípios.

- 71. In casu, se estaria diante de uma figura sui generis, distinta daquelas expressamente previstas no Decreto n°7.892/2013, decorrente diretamente da previsão contida no art. 6° , da Lei n° 12.816/2013.
- 72. 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.
- 73. Após análise da minuta do <u>Edital, Termo de Referência e Contrato,</u> recomendam-se o seguinte:
 - a) <u>Item 3.2.1 do Edital.</u> Substituir "concordata" por "recuperação judicial", haja vista a extinção da concordata pela Lei n° 11.101/2005.
 - b) Item 7 do edital atentar 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;
 - c) Itens 7.1.1 e 7.1.1.1 do edital Em razão da instituição de marca, cabe a área técnica observar o posicionamento exarado pelo TCU no Acórdão nº 1.521/2003 Plenário: "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";
 - d) Item 14.1.4 do Edital e 2.4 do Termo de Referência. Alterar a redação do item para que passe a constar o enunciado disposto no art. 2º, V, do Decreto nº 7.892/2013.
 - e) Item 18.1 do edital, item 11 do Termo de Referência e Cláusula Décima Primeira do Contrato observa-se que as sanções administrativas impostas no edital discrepam das estabelecidas no termo de referência e contrato. Com efeito, aquele seguiu a regra contida no art. 28 do Decreto 5450/2005. Estes adotaram as normas do art. 87 do EJL. O art. 40 da Lei nº 8.666/93 dispõe que o edital indicará, obrigatoriamente, sanções para o caso de inadimplemento. Assim, recomenda-se que a unidade técnica

harmonize as penalidades aplicáveis em caso de inexecução de cláusulas contratuais, com o fito de evitar possíveis questionamentos ulteriores. Ressalte-se, por oportuno, que enquanto o decreto estatui o prazo de 05 anos de impedimento de licitar e contratar com a Administração pública, a Lei de Licitações preconiza lapso temporal não superior a 02 anos;

- f) Renumerar as cláusulas contratuais a partir da Cláusula Terceira;
- g) Corrigir a numeração dos anexos do Edital.
- 74. Por fim, ressalte-se que a versão do Termo de Referência, encartada no Anexo II do Edital deverá refletir aquele que foi aprovado pela autoridade competente, acostado às fls. 30-42. 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

75. Diante do exposto, resguardado o poder discricionário do gestor público, opino pela aprovação da minuta do edital e seus anexos, na forma e para os fins do parágrafo único do art. 38, da Lei de Licitações, desde que atendidas às recomendações constantes neste parecer.

À sua consideração.

Brasília, 17 de setembro de 2013.

Hugo Marcelino da Silva Procurador Federal Mat. SIAPE nº 7.439.133

- Ciente e de acordo.
- À consideração superior.

Brasília, 17 de setembro de 2013.

RAPHAEL PEIXOTO DE PAULA MARQUES

Procurador Federal

Chefe da Divisão de Consultoria Administrativa – FNDE