



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

PROCURADORIA FEDERAL JUNTO AO FUNDO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO DA EDUCAÇÃO

PARECER Nº 378 /2014/PF-FNDE/PGF/AGU

PROCESSO Nº 23034.003439/2014-14

INTERESSADO: DIRAD

ASSUNTO: Pregão Eletrônico para Registro de Preços. Lancha escolar.

I. Licitação. Pregão Eletrônico. Registro de preços nacional. Menor preço por item. Análise jurídica prévia do edital e seus anexos. Compra. Lancha escolar.

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

Senhora Subprocuradora,

I. RELATÓRIO

1. Trata-se de análise jurídica prévia de minuta de edital de licitação e respectivos anexos, na modalidade pregão eletrônico para registro de preços, do tipo menor preço por item, cujo objeto é a "aquisição de embarcações para o transporte escolar diário de alunos das redes públicas de ensino da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, e demais entidades autorizadas a aderir o programa de acordo com a legislação específica vigente, para atender ao Programa Caminho da Escola do Ministério da Educação, conforme normas estabelecidas pelo FNDE".

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

- a) Memorando nº 06/2014 – DIARP/COREP/CGARC/DIRAD/FNDE (fl. 02);
- b) Aviso de audiência Pública nº 02/2014 e respectivo extrato de publicação (fls. 06-11);
- c) Portaria nº 96/2014 (fls. 15-17);
- d) Ata da Audiência Pública nº 02/2014 (fls. 22-24);
- e) Memorando nº 55/2014 (fls. 28-29);
- f) Termo de Referência e demais documentos técnicos (fls. 29-48);
- g) Mapa de apuração de preço (fls. 48);
- h) Propostas comerciais (fls. 49-56);
- i) Pesquisa de preços realizada no comprasnet (fls. 57-62);

- j) Mapa de apuração de preços (fls. 63);
- k) Minuta do Edital, e respectivos anexos (Anexo I – Termo de Referência; Anexo II – Modelo da Proposta de Preços Por Grupo/Item; Anexo III – Minuta da Ata de Registro de Preços; Anexo IV – Minuta de Contrato) (fls. 64-98)
- l) Cópia da Portaria nº 107, de 10/03/2014 (nomeação dos pregoeiros e equipe de apoio) (fl. 99);
- m) Despacho da Divisão de Mercado e Negócios (fl. 100);
- n) Aprovação do Presidente do FNDE (fl. 102);

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

II. FUNDAMENTAÇÃO

4. Preliminarmente, importante lembrar que a análise a seguir empreendida circunscreve-se aos aspectos legais envolvidos no procedimento em exame, notadamente naqueles previstos na Lei nº 8.666/93, no Decreto nº 5.450/2005 e, especialmente, no Decreto nº 7.892/2013, o qual passou a regulamentar o Sistema de Registro de Preços, revogando os anteriores Decretos nºs 3.931/2001 e 4.342/2002, que até então dispunham sobre a matéria, não cabendo a esta unidade jurídica adentrar nos aspectos técnicos e econômicos, nem no juízo de oportunidade e conveniência da contratação pretendida.

II.1) INÍCIO DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO – CONSIDERAÇÕES GERAIS

5. De acordo com o art. 38 da Lei nº 8.666/93 c/c o art. 30, inciso V, do Decreto nº 5.450/2005, 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 Presidente do FNDE.

6. Alerta-se que o processo deverá ter suas páginas numeradas sequencialmente e rubricadas e todos os atos processuais devem ser produzidos por escrito, com data e o local de sua realização e a assinatura da autoridade responsável (art. 22, §§ 1º e 4º, da Lei nº 9.784/99). Quanto aos documentos juntados em cópia, a sua autenticação poderá ser feita pelo órgão administrativo, mediante carimbo e assinatura. Demais orientações processuais devem ser verificadas na Portaria Normativa SLTI/MPOG nº 5/2002.

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

ORIENTAÇÃO NORMATIVA AGU Nº 02/2009

Os instrumentos dos contratos, convênios e demais ajustes, bem como os respectivos aditivos, devem integrar um único processo administrativo, devidamente autuado em sequência cronológica, numerado, rubricado, contendo cada volume os respectivos termos de abertura e encerramento.

II.2) FASE PREPARATÓRIA DO PREGÃO

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

FNDE
105
16

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. Por outro lado, o art. 30, V, do referido decreto, estabelece que o processo licitatório deverá ser instruído com os seguintes documentos:

Art. 30. O processo licitatório será instruído com os seguintes documentos:
I - justificativa da contratação;
II - termo de referência;
III - planilhas de custo, quando for o caso;
IV - previsão de recursos orçamentários, com a indicação das respectivas rubricas;
V - autorização de abertura da licitação;
VI - designação do pregoeiro e equipe de apoio;
VII - edital e respectivos anexos, quando for o caso;
VIII - minuta do termo do contrato ou instrumento equivalente, ou minuta da ata de registro de preços, conforme o caso;
IX - parecer jurídico; (...)

12. Após exame dos autos, verifica-se o atendimento dos seguintes requisitos:

- 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;
- Aprovação do Termo de Referência e Autorização para abertura do certame licitatório, feitos pela autoridade competente (Presidente do FNDE);
- Minuta de edital, contrato e anexos, com critérios de aceitação de propostas;
- Definição das exigências de habilitação, das sanções aplicáveis, dos prazos e condições de execução do contrato;
- Indicação do pregoeiro e de sua equipe de apoio.

II.3) JUSTIFICATIVA DA NECESSIDADE DE CONTRATAÇÃO

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

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 caso, a justificativa da necessidade de contratação consta do Termo de Referência (fl. 27).

II.4) TERMO DE REFERÊNCIA

15. O Termo de Referência encontra-se acostado ao processo, conforme exige o art. 9º, inciso I, do Decreto nº 5.450/2005.

16. Registre-se 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.

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. Registre-se que o art. 9º, § 1º, do referido decreto exige que a aprovação do TR pela autoridade competente seja motivada, *“indicando os elementos técnicos fundamentais que o apoiam, bem como quanto aos elementos contidos no orçamento estimativo e no cronograma físico-financeiro de desembolso”*. Há, nos autos, a devida aprovação do TR, utilizando a “declaração de concordância”, conforme autoriza o art. 50, § 1º, da Lei nº 9.784/99.²

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

II.5) REQUISITOS APLICÁVEIS ÀS COMPRAS

20. 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; (...)

21. No caso em apreço, consta do Termo de Referência a especificação completa dos bens a serem adquiridos, bem como a estimativa das quantidades.

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

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

² Art. 50. (...) § 1º A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato.

106
44

23. 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”.

24. 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, necessário que possua disponibilidade no mercado próprio, padronização, bem como fungibilidade.³

25. Para esclarecimento do tema bens e serviços comuns, destaca-se parte do relatório e voto do eminente Ministro Benjamin Zymler no Acórdão 313/2004 Plenário, *verbis*:

(...) Tendo em vista o disposto no art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 10.520/2002, acima citado, bem comum é aquele para o qual é possível definir padrões de desempenho ou qualidade, segundo especificações usuais no mercado. Dessarte, o bem em questão não precisa ser padronizado nem ter suas características definidas em normas técnicas. Da mesma forma, não se deve restringir a utilização do pregão à aquisição de bens prontos, pois essa forma de licitação também pode visar à obtenção de bens produzidos por encomenda. (Relatório do Ministro Relator)

(...) Concluindo, saliento que, ao perquirir se um determinado bem pode ser adquirido por intermédio de um pregão, o agente público deve avaliar se os padrões de desempenho e de qualidade podem ser objetivamente definidos no edital e se as especificações estabelecidas são usuais no mercado. Aduzo que o objeto da licitação deve se prestar a uma competição unicamente baseada nos preços propostos pelos concorrentes, pois não haverá apreciação de propostas técnicas. Caso essas condições sejam atendidas, o pregão poderá ser utilizado. (Voto do Ministro Relator).

26. Sobre o assunto, cumpre transcrever a ON nº 54 da Advocacia-Geral da União:

ORIENTAÇÃO NORMATIVA Nº 54

Compete ao agente ou setor técnico da administração declarar que o objeto licitatório é de natureza comum para efeito de utilização da modalidade pregão e definir se o objeto corresponde a obra ou serviço de engenharia, sendo atribuição do órgão jurídico analisar o devido enquadramento da modalidade licitatória aplicável. Referência: art. 1º, lei 10.520, de 2002; art. 50, §1º, lei nº 9.784, de 1999. Art. 6º, inc. Xi, e art. 38, parágrafo único, lei nº 8.666, de 1993; lei nº 5.194, de 1966.

27. 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.

28. 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

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

³ 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.

30. 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;

VI - compra nacional - compra ou contratação de bens e serviços, em que o órgão gerenciador conduz os procedimentos para registro de preços destinado à execução descentralizada de programa ou projeto federal, mediante prévia indicação da demanda pelos entes federados beneficiados; e

VII - órgão participante de compra nacional - órgão ou entidade da administração pública que, em razão de participação em programa ou projeto federal, é contemplado no registro de preços independente de manifestação formal.

31. 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.

32. Seguindo orientação do 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. De todo modo, cumpre lembrar as recentes alterações ao Decreto nº 7.892/2013, dentre elas a realizada no art. 2º, especialmente a inclusão do inciso VI, que estabelece o caso de “compra nacional”, isto é, a “compra ou contratação de bens e serviços, em que o órgão gerenciador conduz os procedimentos para registro de preços destinados à execução descentralizada de programa ou projeto federal, mediante prévia indicação da demanda pelos entes federados beneficiados”. Por sua vez, o art. 6º, § 4º, do mesmo decreto, há a previsão de que “os entes federados participantes de compra nacional poderão utilizar recursos de transferências legais ou voluntárias da União, vinculados aos processos ou projetos objeto de descentralização e de recursos próprios para suas demandas de aquisição no âmbito da ata de registro de preços de compra nacional”. É o caso, portanto, do “registro de preços nacional (RPN)” promovido pelo FNDE.

II.8) INTENÇÃO DE REGISTRO DE PREÇOS

33. Dentre as novidades previstas na nova regulamentação, o Decreto nº 7.892/2013, em seu art. 4º, instituiu o procedimento de “Intenção de Registro de Preços – IRP”, nos seguintes termos:

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, de forma justificada pelo órgão gerenciador.

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

34. No caso dos autos, não foi realizado o procedimento de Intenção de Registro de Preço – IRP, nem consta justificativa que fundamente a sua dispensa.

II.9) ADEQUAÇÃO DO CRITÉRIO DE JULGAMENTO ESCOLHIDO

35. 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. Verifica-se que o critério de julgamento escolhido foi o “menor preço por item”.

36. Por sua vez, o 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.

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

SÚMULA Nº 247

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

38. Embora a regra seja a adjudicação por item, lembra-se à área técnica que a adoção de tal critério está condicionada à inexistência de prejuízo para o conjunto ou complexo ou perda de economia de escala.

II.10) PESQUISA DE PREÇOS

39. Com base no art. 3º, inciso III, da Lei nº 10.520/2002 c/c o art. 5º, IV, e art. 7º, do Decreto nº 7.892/2013, 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.

40. 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.

41. 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.

42. No caso de "compra nacional" o art. 6º, § 2º, do Decreto nº 7.982/2013 estabelece que "no caso de compra nacional, o órgão gerenciador promoverá a divulgação da ação, a pesquisa de mercado e a consolidação da demanda dos órgãos e entidades da administração direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios".

43. Por sua vez, a Instrução Normativa SLTI/MPOG nº 05/2014, que "*dispõe sobre o procedimento administrativo para a realização de pesquisa de preços para a aquisição de bens e contratação de serviços em geral*" estabelece parâmetros a serem observados pela administração na realização das pesquisas de preços, *in verbis*:

Art. 2º A pesquisa de preços será realizada mediante a utilização de um dos seguintes parâmetros, observada a ordem de preferência:

I - Portal de Compras Governamentais - www.comprasgovernamentais.gov.br;

II - pesquisa publicada em mídia especializada, sítios eletrônicos especializados ou de domínio amplo, desde que contenha a data e hora de acesso;

III - contratações similares de outros entes públicos, em execução ou concluídos nos 180 (cento e oitenta) dias anteriores à data da pesquisa de preços; ou

IV - pesquisa com os fornecedores.

§ 1º Em observância à ordem de preferência estabelecida nos incisos do *caput*, a utilização do parâmetro seguinte dependerá da impossibilidade, devidamente justificada, de utilização do parâmetro que o precede.

§ 2º No âmbito de cada parâmetro, o resultado da pesquisa de preços será a média dos preços obtidos.

§ 3º A utilização de outro método para a obtenção do resultado da pesquisa de preços, que não o disposto no § 2º, deverá ser devidamente justificada pela autoridade competente

§ 4º No caso do inciso IV, somente serão admitidos os preços cujas datas não se diferenciem em mais de 180 (cento e oitenta) dias.

§ 5º Excepcionalmente, mediante justificativa da autoridade competente, será admitida a pesquisa com menos de três preços ou fornecedores.

§ 6º Para a obtenção do resultado da pesquisa de preços, não poderão ser considerados os preços inexequíveis ou os excessivamente elevados, conforme critérios fundamentados e descritos no processo administrativo.

44. No caso em comento, foi realizada pesquisa de preços, conforme se observa da documentação acostada aos autos, tendo sido consolidado o Mapa de Apuração de Preços. De acordo com a informação prestada pela Divisão de Mercado e Negócios, a pesquisa de preços foi realizada com base em empresas do ramo e nos preços unitários apresentados no Pregão 35/2012 realizado pelo FNDE. Atente-se para o fato de que não há justificativa técnica para a inobservância da ordem de preferência estabelecida no art. 2º da IN acima citada, o que deve ser providenciado.

45. Registre-se que a análise dos preços é matéria técnica, de competência da área solicitante, cabendo a esta Procuradoria, quando da análise jurídica, informar os parâmetros legais e regulamentares que devem ser observados na respectiva pesquisa.

II.11) DISPONIBILIDADE ORÇAMENTÁRIA

46. 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"*.

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 nº 101/2000.

II.12) ANÁLISE PRÉVIA DAS MINUTAS DO EDITAL E ANEXOS (TERMO DE REFERÊNCIA, ATA DE REGISTRO DE PREÇOS E CONTRATO)

49. Registre-se, inicialmente, que deverá ser justificado o não atendimento da regra prevista no art. 48, III, da Lei Complementar nº 123/2006. Tal justificativa deve observar o que dispõe o art. 49 da citada lei.

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

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

I - a especificação ou descrição do objeto, que explicitará o conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado para a caracterização do bem ou serviço, inclusive definindo as respectivas unidades de medida usualmente adotadas;

II - estimativa de quantidades a serem adquiridas pelo órgão gerenciador e órgãos participantes;

III - estimativa de quantidades a serem adquiridas por órgãos não participantes, observado o disposto no § 4º do art. 22, no caso de o órgão gerenciador admitir adesões;

IV - quantidade mínima de unidades a ser cotada, por item, no caso de bens;

V - condições quanto ao local, prazo de entrega, forma de pagamento, e nos casos de serviços, quando cabível, frequência, periodicidade, características do pessoal, materiais e equipamentos a serem utilizados, procedimentos, cuidados, deveres, disciplina e controles a serem adotados;

VI - o prazo de validade do registro de preço, observado o disposto no *caput* do art. 12;

VII - órgãos e entidades participantes do registro de preço;

VIII - modelos de planilhas de custo e minutas de contratos, quando cabível;

IX - penalidades por descumprimento das condições;

X - minuta da ata de registro de preços como anexo; e

XI - realização periódica de pesquisa de mercado para comprovação da vantajosidade.

51. Quanto ao edital, recomenda-se o seguinte:



I. Incluir cláusula na minuta de edital prevendo a exigência de garantia de execução, com a seguinte redação:

DA GARANTIA DE EXECUÇÃO

- a) *O adjudicatário, no prazo de 10 (dez) dias após a assinatura do Termo de Contrato, prestará garantia no valor correspondente a (.....) do valor do Contrato, que será liberada de acordo com as condições previstas neste Edital, conforme disposto no art. 56 da Lei nº 8.666, de 1993, desde que cumpridas as obrigações contratuais.*
- b) *A inobservância do prazo fixado para apresentação da garantia acarretará a aplicação de multa de 0,07% (sete centésimos por cento) do valor do contrato por dia de atraso, até o máximo de 2% (dois por cento);*
- c) *O atraso superior a 25 (vinte e cinco) dias autoriza a Administração a promover a rescisão do contrato por descumprimento ou cumprimento irregular de suas cláusulas, conforme dispõem os incisos I e II do art. 78 da Lei nº 8.666, de 1993;*
- d) *A validade da garantia, qualquer que seja a modalidade escolhida, deverá abranger um período de mais 3 (três) meses após o término da vigência contratual.*
- e) *A garantia assegurará, qualquer que seja a modalidade escolhida, o pagamento de:*
- e.1) prejuízo advindo do não cumprimento do objeto do contrato e do não adimplemento das demais obrigações nele previstas;*
- e.2) prejuízos causados à Contratante ou a terceiro, decorrentes de culpa ou dolo durante a execução do contrato;*
- e.3) multas moratórias e punitivas aplicadas pela Contratante à Contratada;*
- e.4) obrigações trabalhistas, fiscais e previdenciárias de qualquer natureza, não adimplidas pela contratada;*
- f) *A garantia em dinheiro deverá ser efetuada na Caixa Econômica Federal em conta específica com correção monetária, em favor do contratante;*
- g) *A modalidade seguro-garantia somente será aceita se contemplar todos os eventos indicados acima;*
- h) *No caso de alteração do valor do contrato, ou prorrogação de sua vigência, a garantia deverá ser readequada ou renovada nas mesmas condições.*
- i) *Se o valor da garantia for utilizado total ou parcialmente em pagamento de qualquer obrigação, a Contratada obriga-se a fazer a respectiva reposição no prazo máximo de (.....) dias úteis, contados da data em que for notificada.*

j) *A Contratante não executará a garantia na ocorrência de uma ou mais das seguintes hipóteses:*

j.1) caso fortuito ou força maior;

j.2) alteração, sem prévia anuência da seguradora, das obrigações contratuais;

j.3) descumprimento das obrigações pelo contratado decorrentes de atos ou fatos praticados pela Contratante;

j.4) atos ilícitos dolosos praticados por servidores da Contratante.

k) *Não serão aceitas garantias que incluam outras isenções de responsabilidade que não as previstas neste item.*

l) *Será considerada extinta a garantia:*

l.1) com a devolução da apólice, carta fiança ou autorização para o levantamento de importâncias depositadas em dinheiro a título de garantia, acompanhada de declaração da Contratante, mediante termo circunstanciado, de que a Contratada cumpriu todas as cláusulas do contrato;

l.2) no prazo de 90 (noventa) após o término da vigência, caso a Contratante não comunique a ocorrência de sinistros.

52. Quanto à minuta da ata de registro de preços, recomenda-se reelaborar as hipóteses de sanções administrativas, de modo não haja conflito com as sanções contratuais ou que diga respeito a situação que incorra em *bis in idem* (repetição da sanção para o mesmo fato).

53. Quanto à minuta do contrato, e considerando o art. 55 da Lei nº 8.666/93, recomenda-se o seguinte:

- I. Considerando os problemas relacionados à aplicação da alínea f e da alínea g em processos analisados pela Procuradoria, bem como à impossibilidade de aplicação de penalidade contratual em decorrência de recusa de assinatura do contrato e, também, considerando possíveis conflitos com as demais penalidades, recomenda-se a reformulação da redação das referidas cláusulas. De todo modo, sugere-se, para o capítulo das penalidades, a redação a seguir transcrita, e que consta dos editais da Advocacia-Geral da União:

DAS SANÇÕES ADMINISTRATIVAS

1. Comete infração administrativa nos termos da Lei nº 8.666, de 1993 e da Lei nº 10.520, de 2002, a Contratada que:

a) inexecutar total ou parcialmente qualquer das obrigações assumidas em decorrência da contratação;

b) ensejar o retardamento da execução do objeto;

c) fraudar na execução do contrato;

d) comportar-se de modo inidôneo;

e) cometer fraude fiscal;

f) não mantiver a proposta.

2. A Contratada que cometer qualquer das infrações discriminadas no subitem

acima ficará sujeita, sem prejuízo da responsabilidade civil e criminal, às seguintes sanções:

a) advertência por faltas leves, assim entendidas aquelas que não acarretem prejuízos significativos para a Contratante;

b) multa moratória de% (..... por cento) por dia de atraso injustificado sobre o valor da parcela inadimplida, até o limite de (.....) dias;

Nota explicativa: A Administração deve decidir, caso a caso, de acordo com o objeto, qual o prazo limite para a mora da contratada, a partir do qual a execução da prestação deixa de ser útil para o órgão e enseja a rescisão do contrato. Lembre-se que esse modelo é apenas uma sugestão; é possível escalonar as multas conforme os dias de atraso, por exemplo.

c) multa compensatória de% (..... por cento) sobre o valor total do contrato, no caso de inexecução total do objeto;

d) em caso de inexecução parcial, a multa compensatória, no mesmo percentual do subitem acima, será aplicada de forma proporcional à obrigação inadimplida;

e) suspensão de licitar e impedimento de contratar com a Administração, pelo prazo de até dois anos;

f) impedimento de licitar e contratar com a União com o consequente descredenciamento no SICAF pelo prazo de até cinco anos;

g) declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública, enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que a Contratada ressarcir a Contratante pelos prejuízos causados;

3. Também ficam sujeitas às penalidades do art. 87, III e IV da Lei nº 8.666, de 1993, a Contratada que:

a) tenha sofrido condenação definitiva por praticar, por meio dolosos, fraude fiscal no recolhimento de quaisquer tributos;

b) tenha praticado atos ilícitos visando a frustrar os objetivos da licitação;

c) demonstre não possuir idoneidade para contratar com a Administração em virtude de atos ilícitos praticados.

4. A aplicação de qualquer das penalidades previstas realizar-se-á em processo administrativo que assegurará o contraditório e a ampla defesa à Contratada, observando-se o procedimento previsto na Lei nº 8.666, de 1993, e subsidiariamente a Lei nº 9.784, de 1999.

5. A autoridade competente, na aplicação das sanções, levará em consideração a gravidade da conduta do infrator, o caráter educativo da pena, bem como o dano causado à Administração, observado o princípio da proporcionalidade.

6. As penalidades serão obrigatoriamente registradas no SICAF.

II. Incluir cláusula com a seguinte redação:

CLÁUSULA – GARANTIA DE EXECUÇÃO

A CONTRATADA prestará garantia no valor de R\$ (.....), na modalidade de, correspondente a% (..... por cento) de seu valor total, no prazo de....., observadas as condições previstas no Edital.

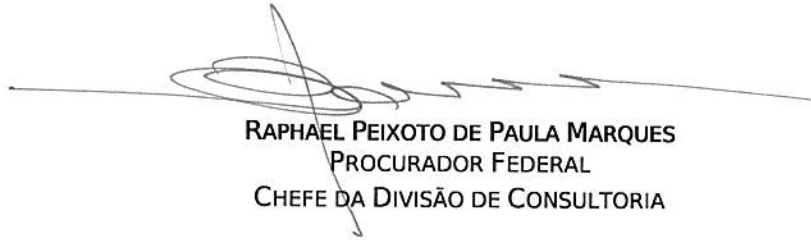
As condições relativas à garantia prestada são as estabelecidas no edital.

III. CONCLUSÃO

54. 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.

À consideração superior.

Brasília, 30 de setembro de 2014



RAPHAEL PEIXOTO DE PAULA MARQUES
PROCURADOR FEDERAL
CHEFE DA DIVISÃO DE CONSULTORIA

EM BRANCO



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO AO FUNDO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO DA EDUCAÇÃO



Despacho nº 1898/2014/PF-FNDE/PGF/AGU

Processo nº 23034.003439/2014-14

Interessado: Diretoria de Administração - DIRAD

Assunto: Pregão eletrônico para Registro de Preços. Aquisição de lancha escolar.



1. Cuida-se de procedimento administrativo que encaminha para análise e manifestação desta Procuradoria Federal, mediante despacho subscrito pela Presidência desta autarquia, às fls. 102, Termo de Referência às fls. 29/47v, minuta de Edital de Pregão Eletrônico para Registro de Preços, do tipo Menor Preço por Item, e anexos, acostados respectivamente às fls. 64/98v, objetivando o registro de preços para eventual aquisição de embarcações para o transporte escolar diário de alunos das redes públicas de ensino da União, Estados, Distrito Federal e municípios e demais entidades de acordo com a legislação específica vigente, para atender ao Programa Caminho da Escola do Ministério da Educação, conforme normas estabelecidas pelo FNDE.
2. Examinando o feito, observa-se, preliminarmente, que as disposições constantes no item 13 do Termo de Referência autuado às fls. 29/47v - DAS SANÇÕES ADMINISTRATIVAS, diferem daquelas estabelecidas no item 18 do Edital acostado às fls. 64/72, bem como do item 13, Anexo I, às fls. 72v/86 e Cláusula Nona da Minuta de Contrato acostada às fls. 95v/98v, o que deverá ser verificado, considerando os termos dos itens 52 e 53 do Parecer nº 578/2014/PF-FNDE/PGF/AGU de fls. 104/110, subscrito pelo Procurador Federal Chefe da Divisão de Consultoria Administrativa - DICAD.
3. Inobstante isto, ponho-me de acordo com os termos do citado parecer e encaminhamento dos autos à Diretoria de Administração – DIRAD, para conhecimento e adoção das providências necessárias.

Brasília, 02 de outubro de 2014.

Adriana P. Nascimento
Adriana Pereira Nascimento
Subprocuradora Substituta

Recebido em 06 10 14
Ass. 19 20

BLANCO