



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

PROCURADORIA FEDERAL JUNTO AO FUNDO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO DA EDUCAÇÃO

PARECER Nº 299/2015//PF-FNDE/PGF/AGU

PROCESSO Nº 23034.008481/2014-13

INTERESSADO: DIRAE

ASSUNTO: Pregão Eletrônico para Registro de Preços. Aquisição de veículos acessíveis de transporte escolar.

I. Licitação. Pregão Eletrônico. Registro de preços. Menor Preço por Item. Análise jurídica prévia do edital e seus anexos. Aquisição de veículos acessíveis de transporte 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.

Senhor Subprocurador Substituto,

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, com critério de julgamento de menor preço por item, cujo objeto é a eventual aquisição de equipamentos para cozinha, lavanderia e refeitórios escolares.

2. O processo encontra-se instruído com os seguintes principais documentos:
- a) Memorando nº 22/2014- DIARP/COREP/CGARC/DIRAD/FNDE (fl. 02);
 - b) Documentos referentes à Audiência Pública nº 16/2014 (fls. 04-70);
 - c) Memorando nº 29 – CEGAME/DIRAE/FNDE (fl. 72);
 - d) Documentos referentes à pesquisa de preços (fls. 74-79);
 - e) Termo de Referência (fls. 80-109);
 - f) Minuta de Edital, e respectivos anexos (fls. 112-155);
 - g) Cópia da Portaria FNDE nº 79/2015 (nomeação dos pregoeiros) (fl. 156);
 - h) Mapa de Apuração de Preços (fl. 158);
 - i) Mensagens eletrônicas (e-mails) trocados entre as áreas técnicas do FNDE

(fl. 159);

- j) Despacho do Chefe da Divisão de Mercado e Negócios - DIMEN, aprovado pelo Coordenador de Compras, contendo informações sobre a instrução processual (fls. 160/160-v);
- k) Despacho da Coordenadora Geral de Mercado, Qualidade e Compras - CGCOM, encaminhando os autos à Diretora de Administração (fl. 161);
- l) Despacho da Diretora de Administração e aprovação/autorização do Presidente do FNDE (fl. 162).

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 e nos Decretos nºs 5.450/2005 e 7.892/2013, 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

2. 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 e protocolado, contendo a autorização respectiva, a descrição sucinta de seu objeto e do recurso próprio.

5. 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.

6. 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

7. O presente exame jurídico recairá sobre a fase preparatória/interna do processo licitatório, incluindo a minuta do edital e seus anexos, nos termos do art. 38, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93 e do art. 9º e 30, IX, do Decreto nº 5.450/2005.



8. 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

3. Consoante o art. 9º do Decreto nº 5.450/2005, 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.

(...)”

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

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

10. 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.

11. No presente caso, a justificativa da necessidade de contratação consta do Termo de Referência (item 14). De se lembrar que a justificativa da necessidade da contratação é requisito de cunho técnico-administrativo, não cabendo a este órgão de assessoramento jurídico a análise das razões apresentadas pela área competente.

II.4) TERMO DE REFERÊNCIA

12. O Termo de Referência encontra-se acostado às fls. 80-109, conforme exige o art. 9º, inciso I, do Decreto nº 5.450/2005.

4. 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”*.

5. 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 apoiam, bem como quanto aos elementos contidos no orçamento estimativo e no cronograma físico-financeiro de desembolso”*. A aprovação da autoridade competente (Presidente do FNDE) consta à fl. 162. Note-se que, embora a aprovação se deu na forma de “declaração de concordância”, conforme autoriza o art. 50, § 1º, da Lei nº 9.784/99².

6. Como é de sua natureza, o Termo de Referência contém diversos elementos de cunho técnico, os quais refogem ao âmbito de análise por parte esta Procuradoria, de forma que nos absteremos de tecer maiores comentários acerca de seu conteúdo técnico, limitando-nos ao exame dos aspectos jurídico-formais, o que, por sua vez, será realizado conjuntamente com as minutas do Edital e do Contrato, dada a interdependência de seus termos, evitando-se assim repetições desnecessárias

7. Por oportuno, válido lembrar que o Termo de Referência constante do Edital como Anexo I deve refletir aquele devidamente assinado pela área competente, pelo que eventuais sugestões e/ou modificações que venham a ser incorporadas sejam também refletida versão anexa ao edital.

II.5) REQUISITOS APLICÁVEIS ÀS COMPRAS

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

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.



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 - (...)

14. No caso em apreço, consta do termo de referência (no caderno de informações técnicas) a especificação completa dos produtos a serem adquiridos, bem como a estimativa das quantidades a serem adquiridas.

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

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

16. 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”*.

17. 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.³

18. Para esclarecimento do tema bens e serviços comuns, destaca-se parte do relatório e voto do eminente Ministro Benjamin Zymler no Acórdão 313/2004-TCU-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).

8. 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

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.

responsabilidade pela escolha de tal modalidade licitatória – e respectivo enquadramento como bens ou serviços comuns – é inteiramente da área técnica. Nesse sentido, o disposto na Orientação Normativa AGU nº 54, *in verbis*:

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."

19. Verifica-se, contudo, que não consta dos autos o enquadramento do objeto como bens comuns. Embora o objeto a ser licitado (veículos escolares), seja, em geral, um bem comum, é de se notar que é imprescindível tal enquadramento pela área técnica, haja vista que mesmo um bem comum originariamente comum pode, eventualmente, se afastar de tal natureza, conforme as características específicas do produto que se pretenda. Assim, deve a área técnica/administrativa fazer o devido enquadramento do objeto como bem comum, de forma justificada, nos autos.

20. 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

21. 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 nº 3.931/2001 e 4.342/2002.

22. 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;

(...)

23. 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.

24. Segundo consta das justificativas à licitação (item 14 do Termo de Referência), a contratação pretendida insere-se na execução do Programa Viver Sem Limite, enquadrando-se, assim, na hipótese descrita no inc. III, 2ª parte, acima destacado.

II.8) INTENÇÃO DE REGISTRO DE PREÇOS

25. O art. 4º do Decreto n.º 7.892/2013 prevê o chamado procedimento de “Intenção de Registro de Preços – IRP”, nos seguintes termos, *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, de forma justificada pelo órgão gerenciador.

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

§3º Caberá ao órgão gerenciador da Intenção de Registro de Preços - IRP:

I - estabelecer, quando for o caso, o número máximo de participantes na IRP em conformidade com sua capacidade de gerenciamento;

II - aceitar ou recusar, justificadamente, os quantitativos considerados ínfimos ou a inclusão de novos itens; e

III - deliberar quanto à inclusão posterior de participantes que não manifestaram interesse durante o período de divulgação da IRP.

§4º Os procedimentos constantes dos incisos II e III do § 3º serão efetivados antes da elaboração do edital e de seus anexos.

§5º Para receber informações a respeito das IRPs disponíveis no Portal de Compras do Governo Federal, os órgãos e entidades integrantes do SISG se cadastrarão no módulo IRP e inserirão a linha de fornecimento e de serviços de seu interesse.

§6º É facultado aos órgãos e entidades integrantes do SISG, antes de iniciar um processo licitatório, consultar as IRPs em andamento e deliberar a respeito da conveniência de sua participação.

26. Ainda não se tem notícia da edição da norma complementar referida no art. 4º, § 2º, do Decreto em questão.

27. *In casu*, nota-se que a área técnica entendeu por dispensar a divulgação da intenção do registro de preços. A justificativa para a dispensa consta do item 14, a saber:

“Em atendimento ao §1º do art. 4º do decreto nº 7.892, de 23 de janeiro de 2013, justificamos a inviabilidade de divulgação da intenção de registro de preços para o presente objeto, tendo em vista que se trata-se de aquisição em atendimento às políticas públicas aplicada à educação desenvolvidas pelo MEC”.

II.9) ADEQUAÇÃO DO CRITÉRIO DE JULGAMENTO ESCOLHIDO

28. 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.

29. O art. 23, § 1º, da Lei nº 8.666/93 dispõe o seguinte:

§ 1º As obras, serviços e compras efetuadas pela Administração serão divididas em tantas parcelas quantas se comprovarem técnica e economicamente viáveis, procedendo-se à licitação com vistas ao melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e à ampliação da competitividade sem perda da economia de escala.

30. 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.

§1º. No caso de serviços, a divisão considerará a 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.

31. 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.

32. 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).

33. Após o exame do Edital e do Termo de Referência, constata-se que o critério de julgamento escolhido foi o de “menor preço por item”, conforme consta do item 13.1 do Termo de Referência e do preâmbulo do Edital.

34. Não consta dos autos, contudo, a justificativa técnica para a adoção do critério de julgamento, irregularidade essa que deve obrigatoriamente sanada.



II.10) PESQUISA DE PREÇOS

35. 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 despendar 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.

36. No caso de “compra nacional” o art. 6º, § 2º, do Decreto nº 7.982/2013 estabelece que “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”.

37. 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.

9. 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”.

10. A matéria foi recentemente normatizada em âmbito federal pela Instrução Normativa SLTI/MPOG nº 05/2014, alterada pela Instrução Normativa SLTI/MPOG nº 07/2014, a qual “dispõe sobre o procedimento administrativo para a realização de pesquisa de preços para a aquisição de bens e contratação de serviços em geral”. O art. 2º da mencionada Instrução Normativa assim dispôs acerca dos 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:

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. No caso do inciso I será admitida a pesquisa de um único preço.

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

38. No caso em comento, foi realizada pesquisa de preços, conforme se observa da documentação acostada às fls. 75-79, tendo sido consolidado o Mapa de Apuração de Preços (fl. 158), com base no qual definiu-se o custo total estimado de R\$ 110.612.500,00 (cento e dez milhões, seiscentos e doze mil e quinhentos reais)..

39. Analisando a documentação pertinente, percebe-se que o parâmetro utilizado foi “pesquisa junto ao fornecedores”, prevista no inciso IV, da IN SLTI/MPOG nº 05/2014. No caso, foram obtidas cotações junto a 4 (quatro) fornecedores do ramo, restando a também atendida a tradicional exigência do TCU, atualmente refletida, a *contrariu sensu*, no §5º, do mesmo inciso, de que sejam obtidas, no mínimo 3 (três) orçamentos. Nada obstante, deve a área técnica atentar para o quanto previsto no §4º, o qual dispõe que somente serão admitidos preços cujas datas não se diferenciem em mais de 180 (cento e oitenta) dias.

40. Esclarece a área técnica, no item 15 do Termo de Referência, que “optou-se por não utilizar os preços auferidos da licitação anterior (PE nº 29/2013), tendo em vista a redução do quantitativo previsto em 50%, o que afetaria os ganhos de escala na aquisição e, conseqüentemente, os preços finais”.

41. 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, conforme acima realizado.



II.11) DISPONIBILIDADE ORÇAMENTÁRIA

42. 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”*.

43. 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”*.

44. Por outro lado, necessário atender o art. 16 da Lei Complementar nº 101/2000, ou justificar a sua não aplicabilidade ao caso concreto.

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

45. 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.

46. Examinando os autos, verifica-se que o edital atendeu a todos os requisitos acima. Vale notar que alguns itens encontram-se previstos somente no Termo de Referência. Contudo, tendo em vista que o Termo de Referência faz parte do Edital, como Anexo I, entendemos que tal previsão não acarreta irregularidade.

47. Nada obstante, algumas recomendações fazem-se pertinentes, como segue:

- a) Item 3.1.3 do Edital. Referido item trata da possibilidade de participação de empresas reunidas em consórcio. Embora as condições previstas nos respectivos subitens estejam, de forma geral, adequadas às normas aplicáveis, sugere-se a realocação do item 3.1.3 como item 3.3, bem como a sua reestruturação e reformulação, de forma que restem mais claras as condições e vedações exigidas, bem como distinguindo-se as condições específicas aplicáveis ao consórcio daquelas exigidas de todos os participantes, na seguinte forma:

3.3. É permitida a participação de empresas reunidas em consórcio, observada as seguintes condições:

3.3.1. *[Atual item 3.1.3.1]*

3.3.1.1. *[Atual item 3.1.3.2.6]*

3.3.1.2. É vedada a participação simultânea de empresa integrante de um consórcio, de forma isolada ou compondo outro consórcio, neste mesmo lote ou, havendo apenas um lote, no certame licitatório.

3.3.2.3. Todas as empresas integrantes do consórcio devem pertencer a ramo de atividade econômica compatível com o objeto licitado, comprovado pela discriminação das respectivas atividades no objeto social, expresso no Estatuto Social ou Contrato Social de cada uma das consorciadas, sem prejuízo das informações constantes de bancos de dados das Juntas Comerciais, e das Fazendas Federais, Estaduais e Municipais, bem como do enquadramento das atividades junto ao Cadastro Nacional de Pessoas jurídicas – CNPJ.

3.3.2. As empresas consorciadas deverão apresentar, além dos demais documentos exigidos no presente Edital, compromisso de constituição do consórcio, por escritura pública ou documento particular registrado em Cartório de Registro de Títulos e Documentos, com indicação da empresa líder, bem como a participação, as obrigações e a responsabilidade solidária de cada consorciado pelos atos praticados por qualquer deles, tanto na fase da licitação quanto na de execução do contrato dela eventualmente decorrente.

3.3.2.1. Compete à empresa indicada como líder, sem prejuízo de outras obrigações previstas neste Edital, nos documentos dele decorrentes, ou na legislação aplicável, a coordenação do objeto e representação do consórcio perante a contratante, inclusive pela apresentação da garantia exigida, sendo responsável pela obtenção da senha de acesso junto ao Provedor do Sistema, bem como pela oferta dos lances, durante o certame, em nome do consórcio.

3.3.2.2. *[Atual item 3.1.3.2.3]*

3.3.3. *[Atual item 3.1.3.2.4]*

3.3.3.1. *[Atual item 3.1.3.2.5]*

3.3.3.2. *[Atual item 3.1.3.2.10]*

3.3.4. A constituição definitiva do consórcio deverá ser concluída anteriormente à celebração do contrato, devendo o respectivo o instrumento de constituição, devidamente registrado junto ao órgão competente, ser apresentado ao FNDE como condição à assinatura do instrumento contratual.

3.3.4.1. Do instrumento de constituição de consórcio deverão constar todas as disposições exigidas pela Lei nº 8.666/93 e pelo presente Edital.

3.3.4.2. O prazo de duração de consórcio deve ser compatível com o prazo de conclusão do objeto licitado, até sua aceitação definitiva.

3.3.2.1. Do instrumento de constituição de consórcio deverá constar previsão de que a constituição ou composição do consórcio não será alterada, salvo quanto à sua liderança, restrita às empresas que o compõe, e desde que previamente submetido à aprovação do FNDE, visando manter válidas as premissas exigidas para habilitação do consórcio original.

- b) Item 5.1 do Edital. Atentar para a indicação da data limite para impugnação do edital.



c) Item 6 (Da Habilitação). Tendo em vista a autorização para a participação de consórcios, sugere-se incluir, no Item 6, previsão de que, *“quando se tratar da participação em consórcio de empresas, a documentação de habilitação deverá ser apresentada pelo consórcio, individualmente, para cada uma das empresas consorciadas, sendo que a ausência da documentação pertinente a qualquer delas implicará na inabilitação do consórcio como um todo, sem prejuízo da documentação específica exigida deste, nos termos previstos no presente Edital”*.

a) Item 14.1 e 14.2. (e subitens) do Edital. Os referidos itens dizem respeito às definições dos órgãos integrantes do processo licitatório, bem como da adesão à ata, de órgãos/entidades não participantes. Entendemos que tais definições devem constar de capítulo próprio início do Edital (Capítulo 3), visto dizer respeito ao próprio certame licitatório para registro de preços, e não apenas à ata em si considerada. Dessa forma, sugere-se que tais itens sejam objeto de capítulo próprio, no início do edital (como aliás, constam de minutas recentes encaminhadas a esta Procuradoria) denominado “3. DOS ÓRGÃOS PARTICIPANTES E NÃO PARTICIPANTES DO PROCESSO”, corrigindo a numeração (e as referências!) nos demais dispositivos do item 14 do Edital. Ademais, parece-nos que as definições devem se limitar àquelas utilizadas no Edital, qual sejam, órgãos gerenciador, fornecedor e órgãos participantes e não participantes, excluindo-se, assim, os agentes referidos nos (atuais) itens 14.1.5, 14.1.6 e 14.7 (lembrando que estamos a nos referir tão somente às definições do Edital, e não do Termo de Referência, as quais estão perfeitamente condizentes). Por fim, a definição de órgãos não participante deve ser corrigida, bem como o (atual) item , como segue:

3. DOS ÓRGÃOS PARTICIPANTES E NÃO PARTICIPANTES DO PROCESSO

3.1. São integrantes do processo:

3.1.1. Órgão Gerenciador: [repetir a redação do (atual) item 14.1.1.]

3.1.2. Fornecedor: [repetir redação do (atual) item 14.1.2.]

3.1.3. Órgão Participante: [repetir a redação do (atual) item 14.1.3]

3.1.4. Órgão Não Participante: Órgão ou entidade da Administração Pública que, não qualificado como Órgão Participante, faz adesão à Ata de Registro de Preços, na forma do item 3.2.

3.2. [Repetir a redação do item 14.2, com as seguintes alterações: excluir a expressão ‘NÃO PARTICIPANTES’, (já que são esses justamente os regulados no dispositivo), bem como substituir a expressão “não tendo participado dos procedimentos iniciais da licitação”, por “não qualificado como Órgão Participante” (...)].

d) Item 14.3 a 14.8. do Edital. Recomenda-se a realocação dos itens entre si, de forma a melhor esclarecer o procedimento descrito nos itens mencionados, da seguinte forma os itens serão numerados, já levando em conta realocação dos (atuais) itens 14.1 e 14.2, acima recomendada e a aqui proposta:

14.1. [Incluir redação do (atual) item 14.4, e subitens]

14.2. [Incluir redação do (atual) item 14.3, e subitens]

14.3. [Incluir redação do (atual) item 14.5, excluindo-se o (atual subitem 14.5.1)

14.4. [Incluir redação do (atual) item 14.7]

14.5. [Incluir redação do (atual) subitem 14.5.1]

- 14.5.1. [Incluir redação do (atual) item 14.6, corrigindo a referência ao item 14.2 para – acaso acatada a recomendação acima realizada, para item 3.2.]
- 14.6. [Incluir redação do (atual) item 14.8, atentando-se para a observação realizada no item “c”, abaixo]
- 14.7. [Incluir redação do (atual) item 14.12]

- e) Itens 14.8 e 17 do Edital. O item 14.8 (que veda a modificação dos quantitativos estimados) está conflitante com o item 17 (que autoriza, justamente, a supressão/aumentos dos mesmos quantitativos). Deve a área técnica corrigir o equívoco.
- f) Itens 14.9 a 14.11 do Edital. Substituir tais itens por um capítulo específico denominado “Da Contratação com Fornecedores”, para o qual sugere-se a seguinte redação, constante da minuta padrão elaborada pela AGU:

“15. DA CONTRATAÇÃO COM FORNECEDORES

15.1. A contratação com o fornecedor registrado, de acordo com a necessidade do órgão ou entidade, será formalizada por intermédio de instrumento contratual, na forma da minuta constante do Anexo III – Minuta de Contrato ou, quando cabível, mediante emissão de nota de empenho de despesa, autorização de compra ou outro instrumento similar, conforme disposto no artigo 62 da Lei nº 8.666, de 1993, diretamente entre os interessados e os fornecedores.

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

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

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

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

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

15.5. A existência de preços registrados não obriga a Administração a contratar, facultando-se a realização de licitação para a aquisição pretendida, assegurada a preferência do fornecedor registrado em igualdade de condições”.

48. No que toca ao Termo de Referência, à Ata de Registro de Preços e ao Contrato, recomenda-se o quanto segue:

- a) Item 7.1.5 do Termo de Referência. Sugere-se incluir ao final da sentença a previsão de que o registro poderá ser também cancelado nas hipóteses do Decreto nº 7.892/13.
- b) Item 7.3 do Termo de Referência. Incluir, ao final, “atendidos os requisitos legais e normativos aplicáveis”.
- c) Item 11 do Termo de Referência (Sanções Administrativas). Considerando (i) a necessidade de padronização das cláusulas sancionatórias, constantes do edital, da ata de registro de preços e do contrato; (ii) que, visando tal padronização, vem sendo realizadas diversas discussões com



a CGCOM e área técnicas envolvidas; (iii) que, conforme procedimento interno do FNDE, a elaboração do termo de referência e dos documentos técnicos relacionados (como, no caso, o caderno de informações técnicas) são de atribuição das respectivas áreas solicitantes, e os demais documentos pertinentes ao procedimento licitatório em si (minutas de edital, ata e contrato), por aquela área administrativa (CGCOM); sugere-se que o termo de referência limite-se a remeter-se aos demais instrumentos, deixando-se a estes o detalhamentos das diversas sanções, elaboradas conforme as obrigações a que se relacionem. Assim sendo, sugere-se a seguinte redação ao item em epígrafe (eventuais observações às respectivas sanções serão comentadas em itens específicos):

“11.1. As sanções administrativas cabíveis, relativas ao descumprimento do procedimento licitatório, bem como das obrigações decorrentes da assinatura da Ata de Registro de Preços e do(s) respectivo(s) contrato(s) serão fixadas pelo Edital e pelas respectivas minutas da Ata de Registro de Preços e Contrato Administrativo, anexas àquele”.

a) Item 5.1 da Ata de Registro de Preços.

(a) No inciso II, há previsão de multa moratória, no percentual de 0,5% a 5%, calculado *pro rata die* (por dia de atraso), até o limite de 10 (dez) dias. A esse respeito, algumas considerações fazem-se necessárias. Primeiramente, percebe-se que a não há determinação sobre o critério a ser considerado para a fixação do percentual (alíquota) aplicável, o que implica, a nosso sentir, em possibilidade de nulidade da disposição, uma vez que se estaria deixando à própria Administração a fixação discricionária do valor, ferindo o princípio da tipicidade e legalidade, aplicável às normas sancionatórias. No mais, percebe-se que a fixação do percentual máximo poderia levar à desproporcionalidade da sanção, conforme a hipótese concreta (passados 10 dias se estará com multa de mora de 50% do valor da obrigação inadimplida, sendo ainda possível ultrapassar-se tal valor, acaso se opte pela continuidade da sanção, como facultado pelo dispositivo), ferindo também o devido processo legal substantivo. Nada obstante, considerando as discussões mantidas entre este órgão e a área administrativa, sabe-se que tal intervalo percentual tem por objetivo se evitar multas irrisórias, com a sua consequente inequidade, já que os valores contratados são variáveis conforme o certame. Levando-se em consideração tais fatos, parece-nos que tal dificuldade deve ser superada a partir do exame do caso concreto, estabelecendo a área administrativa sanções de mora em percentuais condizentes com o objeto e o montante licitado. Em outros termos, o percentual aplicável deve ser fixado, a princípio, caso a caso, conforme a contratação pretendida. Para tanto, deve-se ter em mente que a sanção diz respeito tão somente à irregularidades decorrentes do vínculo existente a partir da assinatura da ata, e não de obrigações contratuais assumidas pelos fornecedores perante os interessados e participantes, ou relacionadas ao procedimento licitatório, objeto de sanções específicas, previstas no edital e no contrato. Seja como for, entende-se a previsão não pode ser mantida nos termos especificados, haja vista estar relegando à administração a discricionariedade de

fixação do percentual, bem como a potencial desproporcionalidade da sanção abstratamente prevista em percentual máximo, recomendando-se sua alteração. Sugere-se, assim, a fixação de percentual único, levando-se em consideração o período de incidência (ao mês, ao dia ou outro parâmetro), atentando-se para a sua proporcionalidade. Havendo diferentes graus de obrigações, cujo atraso se pretenda mais danoso, possível, ainda, em tese, a fixação de uma multa de mora geral, e multas de mora em percentuais ou em periodicidades distintos, para hipóteses especificamente previstas. Por fim – e ainda que não seja tecnicamente o recomendável –, decidindo-se pela manutenção de previsão de percentual máximo e mínimo, recomenda-se que (i) haja previsão de um limite máximo total (limite percentual máximo) para a sanção, e (ii) o intervalo percentual seja reduzido à valores razoáveis (atualmente, o intervalo – de 0,5% a 5% é por demasiadamente amplo), de forma a reduzir a discricionariedade da Administração. Note-se que há notícias de licitações em que se previu a fixação de intervalos percentuais, inclusive no âmbito da própria AGU (assim se fez, por exemplo, o Pregão Eletrônico 29/2015-AGU), mas deve-se ter em mente que tal expediente, contudo, é passível de questionamento, conforme exposto acima.

(b) No item 5.1.5, incluir também referência às sanções do edital, e não apenas ao contrato.

49. Ressalte-se que a versão encartada no Anexo I do Edital deverá refletir aquele que venha a ser aprovado pela autoridade competente, sem prejuízo das alterações acima recomendadas. 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

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

À sua consideração.


ALEXANDRE MUNIA MACHADO
Procurador Federal
Mat. nº 15532232

Brasília, 14 de julho de 2015.