



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

PROCURADORIA FEDERAL JUNTO AO FUNDO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO DA EDUCAÇÃO

PARECER Nº *510* /2014/PF-FNDE/PGF/AGU

PROCESSO Nº 23034.005184/2014-16

INTERESSADO: DIRAD

ASSUNTO: Pregão Eletrônico para Registro de Preços. Mobiliário escolar. Análise jurídica.

I. Licitação. Pregão Eletrônico. Registro de preços. Menor preço por grupo. Análise jurídica prévia do edital e seus anexos. Compra. Mobiliário 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 Coordenador-Geral,

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 grupo, cujo objeto é a "eventual aquisição de mobiliário escolar constituído de conjunto aluno, mesa acessível e conjunto professor em atendimento as entidades educacionais das redes públicas de ensino nos Estados, Distrito Federal e Municípios".
2. O processo encontra-se instruído com os seguintes documentos:
 - a) Memorando nº 08/2014 – DIARP/COREP/CGARC/DIRAD/FNDE (fl. 02);
 - b) Aviso de audiência Pública nº 05/2014 e respectivo extrato de publicação (fls. 07-09);
 - c) Documentos referentes a Audiência Pública nº 12/2013 (fls. 13-61);
 - d) Carta Consulta nº 010/2014 DIMEN/CECOM/CGCOM/DIRAD/FNDE (fls. 63-66);
 - e) Documentos relativos à pesquisa de preços (fls. 67-92);
 - f) Mapa de apuração de preço (fls. 94-95);
 - g) Termo de Referência e demais documentos técnicos (fls. 97-251);
 - h) 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. 252-275)

- i) Cópia da Portaria nº 107, de 10/03/2014 (nomeação dos pregoeiros e equipe de apoio) (fl. 276);
- j) Despacho da Coordenação de Compras, contendo informações acerca da instrução processual (fls. 277);
- k) Despacho da Coordenação Geral de Mercado, Qualidade e Compras, encaminhando os autos à Diretora de Administração (fl. 278);
- l) Aprovação e autorização do Presidente do FNDE (fl. 279).

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 (art. 29), 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.

Fls. 287
FOLHA Nº 287
10 DE SETEMBRO DE 2014

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:
- 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.

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. 103-105).

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 (...)

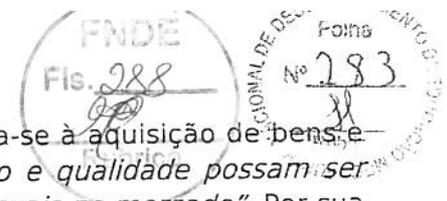
II - a definição das unidades e das quantidades a serem adquiridas em função do consumo e utilização prováveis, cuja estimativa será obtida, sempre que possível, mediante adequadas técnicas quantitativas de estimação; (...)

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.



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, mister 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

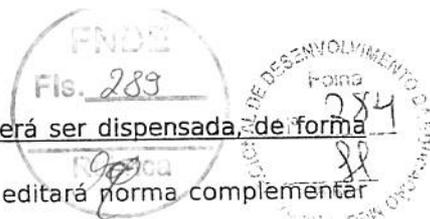
IV - quando, pela natureza do objeto, não for possível definir previamente o quantitativo a ser demandado pela Administração.

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. À fl. 104v, consta a justificativa no seguinte sentido: “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 de aquisição em atendimento às políticas públicas desenvolvidas pelo MEC, voltadas aos Estados, Distrito Federal e Municípios, que já figuram no processo na qualidade de órgão participante de compra nacional”.

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 grupo”.

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. Ainda quanto ao assunto, vale citar, também, o Acórdão TCU nº 2.410/2009 – Plenário:

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).

39. A justificativa técnica para escolha do critério de julgamento foi consignada às fls. 104-105.

II.10) PESQUISA DE PREÇOS

40. 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.

41. 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.

42. 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 reapetuações.

43. 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”.

44. No caso em comento, foi realizada pesquisa de preços, tendo sido a mesma consolidada no Mapa de Apuração de Preços juntado ao processo.

II.11) DISPONIBILIDADE ORÇAMENTÁRIA

45. 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”.



46. 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".

47. 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)

48. 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.

49. Examinando os autos, verifica-se que o edital atendeu a todos os requisitos acima. Quanto à minuta do contrato, recomenda-se o seguinte:

a) Excluir o item 9.1, na medida em que o órgão gerenciador somente pode aplicar penalidades decorrentes de infrações ao procedimento licitatório, de infrações à ata de registro de preços e do descumprimento das obrigações contratuais, em relação às suas próprias contratações;

b) Considerando os problemas relacionados à aplicação da alínea f e da alínea g, 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 manter 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 conseqüente 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.

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 as recomendações constantes neste parecer.

À consideração superior.

Brasília, 01 de agosto de 2014



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

