STC FEDERAL UNIÃO FLS. 2070

ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO AO INSTITUTO FEDERAL DE EDUCAÇÃO, CIÊNCIA E TECNOLOGIA CATARINENSE
GABINETE DO PROCURADOR
RUA DAS MISSÕES 100, PONTA AGUDA, BLUMENAU - SC, CEP 89051-000 - FONE: 47- 3331-7800

PARECER n. 00252/2017/IFC/PFSC/PFIFCATARINENSE/PGF/AGU

NUP: 23475.000710/2017-13
INTERESSADOS: IFC- *CAMPUS* LUZERNA E OUTRO
ASSUNTO: EVENTUAL AQUISIÇÃO DE MATERIAIS DE CONSUMO E PERMANENTE PARA OS LABORATÓRIOS DO CURSO DE ENGENHARIA DE CONTROLE E AUTOMAÇÃO

EMENTA:

DIREITO ADMINISTRATIVO E LICITAÇÃO. PREGÃO ELETRÔNICO 08/2017. REGISTRO DE PREÇOS. EVENTUAL AQUISIÇÃO DE MATERIAIS DE CONSUMO E PERMANENTE PARA OS LABORATÓRIOS DO CURSO DE ENGENHARIA DE CONTROLE E AUTOMAÇÃO. MENOR PREÇO POR ITEM. VALOR ESTIMADO DE R$ 1.507.626,50. MINUTAS QUE ATENDEM À FINALIDADE DESTINADA. RESSALVAS/DILIGÊNCIAS.

I. RELATÓRIO

1. Este processo administrativo, oriundo do *Campus* Luzerna, com participação do *campus* Blumenau, trata de licitação, na modalidade pregão, forma eletrônica, para registro de preços, objetivando eventual aquisição de materiais de consumo e permanente para os laboratórios do curso de engenharia de controle e automação.

2. Com vistas à instrução do processo administrativo, foram anexados aos autos, em resumo, os seguintes documentos:

VOLUME I:

- Cadastro no sistema SIPAC - (fl. 01);
- Check - list - (fls. 02/04);
- Despacho favorável, acerca da abertura do Pregão Eletrônico - (fl. 05);
- Pedido de compras, com autorização - (fls. 06/49);
- Pesquisas de preços - (fls. 50/199);
- Termo de encerramento de volume - (fl. 200);

VOLUME II:

- Termo de abertura de volume - (fl. 201);
- Pesquisas de preços - (fls. 202/399);
- Termo de encerramento de volume - (fl. 400);

VOLUME III:

- Termo de abertura de volume - (fl. 401);
- Pesquisas de preços - (fls. 402/599);
- Termo de encerramento de volume - (fl. 600);

VOLUME IV:

- Termo de abertura de volume - (fl. 601);
- Pesquisas de preços - (fls. 602/799);
- Termo de encerramento de volume - (fl. 800);

VOLUME V:

- Termo de abertura de volume - (fl. 801);
- Pesquisas de preços - (fls. 802/831);
- Justificativa dos critérios para Pesquisa de Preços - (fl. 832);
- Planilha de preços - (fls. 832/903);
- Declaração de recursos orçamentários - (fl. 904);
- Resumo da manifestação de interesse, com *status* de aceita - (fls. 905/910);
- Pedido de adesão ordinária, formulado pelo *campus Blumenau,* com autorização e declaração de recursos, na
- forma do art. 7º, §2º do Decreto 7.892/2013 - (fls. 912/921);
- Anexo I - Termo de Referência, com aprovação, sem assinatura - (fls. 922/970);
- Despacho de autorização de licitação, com indicação de modalidade, sem assinatura - (fl. 972);
- Portaria 027/2017, de 07 de fevereiro de 2017 - Designa equipe de apoio - (fl. 973);
- Portaria 026/2017, de 07 de fevereiro de 2017 - Designa Pregoeiros - (fl. 974);
- Certificado de habilitação e formação de pregoeiro - (fl. 975);
- Declaração de bem comum e de compatibilidade de preços, sem assinatura - (fl. 976);
- Minuta de edital, sem assinatura - (fls. 979/999);
- Termo de encerramento de volume - (fl. 1000);

VOLUME VI:

- Termo de abertura de volume - (fl. 1001);
- Continuação da minuta de edital - (fls. 1002/1003);
- Anexo I - Termo de referência, com aprovação, sem assinatura - (fls. 1004/1051);
- Anexo II - Minuta da ata de registro de preços, sem assinatura - (fls. 1052/1059);
- Anexo IV - Modelo de proposta de preços, sem assinatura - (fl. 1060);
- Anexo IV - Modelo formulário de declaração de cumprimento da regra de origem, sem assinatura - (fls. 1061/1062);
- Declaração de adequação do edital, segundo o padrão da AGU - (fl. 1063);
- Formulário de encaminhamento de demanda à Procuradoria Federal - (fl. 1064);
- termo de responsabilidade de digitalização - (fl. 1065);
- remessa à Procuradoria Federal - (fl. 1067).

3. Este é o relatório.

II. FUNDAMENTAÇÃO

II.1 Finalidade e abrangência do Parecer Jurídico

4. A presente manifestação jurídica tem o escopo de assistir a autoridade assessorada no controle interno da legalidade administrativa dos atos a serem praticados ou já efetivados. Ela envolve, também, o exame prévio e conclusivo dos textos das minutas dos editais e seus anexos.

5. Nossa função é justamente apontar possíveis riscos do ponto de vista jurídico e recomendar providências, para salvaguardar a autoridade assessorada, a quem compete avaliar a real dimensão do risco e a necessidade de se adotar ou não a precaução recomendada.

6. Importante salientar, que o exame dos autos processuais restringe-se aos seus aspectos **jurídicos**, excluídos, portanto, aqueles de natureza técnica. Em relação a estes, partiremos da premissa de que a autoridade competente municiou-se dos conhecimentos específicos imprescindíveis para a sua adequação às necessidades da Administração, observando os requisitos legalmente impostos.

7. De fato, presume-se que as especificações técnicas contidas no presente processo, inclusive quanto ao detalhamento do objeto da contratação, suas características, requisitos e avaliação do preço estimado, tenham sido regularmente determinadas pelo setor competente do órgão, com base em parâmetros técnicos objetivos, para a melhor consecução do interesse público.

8. De outro lado, cabe esclarecer que, via de regra, não é papel do órgão de assessoramento jurídico exercer a auditoria quanto à competência de cada agente público para a prática de atos administrativos. Incumbe, isto sim, a cada um destes observar se os seus atos estão dentro do seu espectro de competências. Assim sendo, o ideal, para a melhor e completa instrução processual, é que sejam juntadas ou citadas as publicações dos atos de nomeação ou designação da autoridade e demais agentes administrativos, bem como, os Atos Normativos que estabelecem as respectivas competências, com o fim de que, em caso de futura auditoria, possa ser facilmente comprovado que quem praticou

determinado ato tinha competência para tanto. Todavia, a ausência de tais documentos, por si, não representa, a nosso ver, óbice ao prosseguimento do feito.

9. Finalmente, é nosso dever salientar que determinadas observações são feitas sem caráter vinculativo, mas em prol da segurança da própria autoridade assessorada a quem incumbe, dentro da margem de discricionariedade que lhe é conferida pela lei, avaliar e acatar, ou não, tais ponderações. Não obstante, as questões relacionadas à legalidade serão apontadas para fins de sua correção. O seguimento do processo sem a observância destes apontamentos será de responsabilidade exclusiva da Administração.

10.

II.2. Regularidade da formação do processo

11. De acordo com o art. 22 da Lei nº 9.784, de 1999, os atos do processo administrativo não dependem de forma determinada, salvo expressa disposição legal.

> **Art. 22 da Lei nº 9.784/99:**
>
> **Os atos do processo administrativo não dependem de forma determinada senão quando a lei expressamente a exigir.**
>
> **§ 1º Os atos do processo devem ser produzidos por escrito, em vernáculo, com a data e o local de sua realização e a assinatura da autoridade responsável.**
>
> **§ 2º Salvo imposição legal, o reconhecimento de firma somente será exigido quando houver dúvida de autenticidade.**
>
> **§ 3º A autenticação de documentos exigidos em cópia poderá ser feita pelo órgão administrativo.**

12. Com efeito, no que pertine especificamente à licitação, bem como contratos/convênios e outros ajustes, o processo administrativo deverá observar as normas que lhes são pertinentes, iniciando-se com a devida autuação, com a correspondente protocolização e numeração, juntando-se, em sequência cronológica, os documentos pertinentes, cujas folhas devem ser numeradas e rubricadas, sendo que cada volume deverá conter os respectivos termos de abertura e encerramento, contendo, na medida do possível, no máximo, 200 folhas.

> **Art. 38 da Lei nº 8.666, de 1993:**
>
> **O procedimento da licitação será iniciado com a abertura de processo administrativo, devidamente autuado, protocolado e numerado, contendo a autorização respectiva, a indicação sucinta de seu objeto e do recurso próprio para a despesa, e ao qual serão juntados oportunamente:**
>
> **[...]**
>
> **ORIENTAÇÃO NORMATIVA AGU Nº 2, DE 1º DE ABRIL DE 2009**
>
> **Texto Enunciado: "OS INSTRUMENTOS DOS CONTRATOS, CONVÊNIOS E DEMAIS AJUSTES, BEM COMO OS RESPECTIVOS ADITIVOS, DEVEM INTEGRAR UM ÚNICO PROCESSO ADMINISTRATIVO, DEVIDAMENTE AUTUADO EM SEQÜÊNCIA CRONOLÓGICA, NUMERADO, RUBRICADO, CONTENDO CADA VOLUME OS RESPECTIVOS TERMOS DE ABERTURA E ENCERRAMENTO."**
>
> **INDEXAÇÃO: PROCESSO ADMINISTRATIVO. INSTRUÇÃO. AUTUAÇÃO. SEQÜÊNCIACRONOLÓGICA. NUMERAÇÃO. RUBRICA. TERMO DE ABERTURA. TERMO DE ENCERRAMENTO.REFERÊNCIA: art. 38, caput, e 60 da Lei no 8.666, de 1993; art. 22 da Lei 9.784, de 1999; Portarias Normativas SLTI/MP no 05, de 2002 e 03, de 2003; Orientações Básicas sobre Processo Administrativo do NAJ/PR; Decisão TCU 955/2002-Plenário e Acórdãos TCU 1300/2003-Primeira Câmara, 216/2007-Plenário, 338/2008-Plenário.**
>
> **[...]**
>
> **Aplicáveis ainda, a Portaria Normativa SLTI/MPOG nº 5, de 2002 (no caso de órgãos integrantes doSISG) e Portaria Normativa MD nº 1243, de 2006 (para os órgãos militares), que também dispõem sobre procedimentos gerais referentes à gestão de processos, sendo recomendável também que o consulente verifique se há disciplina própria reguladora no âmbito de seu órgão.**

II.3. Participação Exclusiva do certame e/ou de itens/grupos/lotes às ME, EPP e equivalentes

13. Como é cediço, o **Decreto nº 8.538, de 06 de outubro de 2015**, prevê tratamento favorecido, diferenciado e simplificado para as microempresas, empresas de pequeno porte, agricultores familiares, produtores rurais

pessoa física, microempreendedores individuais e sociedades cooperativas de consumo nas contratações públicas de bens, serviços e obras no âmbito da administração pública federal.

14. O art. 6º do referido diploma estabelece que as licitações para contratações cujo valor esteja abaixo de R$ 80.000,00,**nos itens ou lotes de licitação**, deverão ser destinadas exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte. Todavia, cabe ressaltar que não se aplica a restrição nos casos expressamente previstos no art. 10, situação que requer a devida justificativa.

> **Art. 10. Não se aplica o disposto nos art. 6º ao art. 8º quando:**
>
> **I - não houver o mínimo de três fornecedores competitivos enquadrados como microempresas ou empresas de pequeno porte sediadas local ou regionalmente e capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório;**
>
> **II - o tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e as empresas de pequeno porte não for vantajoso para a administração pública ou representar prejuízo ao conjunto ou ao complexo do objeto a ser contratado, justificadamente;**
>
> **III - a licitação for dispensável ou inexigível, nos termos dos arts. 24 e 25 da Lei nº 8.666, de 1993, excetuadas as dispensas tratadas pelos incisos I e II do caput do referido art. 24, nas quais a compra deverá ser feita preferencialmente por microempresas e empresas de pequeno porte, observados, no que couber, os incisos I, II e IV do caput deste artigo; ou**
>
> **IV - o tratamento diferenciado e simplificado não for capaz de alcançar, justificadamente, pelo menos um dos objetivos previstos no art. 1º.**
>
> **Parágrafo único. Para o disposto no inciso II do caput, considera-se não vantajosa a contratação quando:**
>
> **I - resultar em preço superior ao valor estabelecido como referência; ou**
>
> **II - a natureza do bem, serviço ou obra for incompatível com a aplicação dos benefícios.**

15. ***Deve o órgão, portanto, destinar o certame ou os itens/grupos/lotes à participação exclusiva de microempresas, empresas de pequeno porte e equivalentes para contratações cujo valor esteja abaixo de R$ 80.000,00.***

16. Apenas recomendamos que o órgão certifique-se quanto à não incidência de qualquer das hipóteses do art. 10 do Decreto nº 8.538, de 06 de outubro de 2015, o que imporia, como consequência, o afastamento do tratamento diferenciado e a abertura da competição a todas as empresas interessadas, independentemente de seu porte.

II.4. Da modalidade eleita

17. No caso, pretende-se, por pregão, em registro de preços, licitar eventual aquisição de materiais de consumo e permanente para os laboratórios do curso de engenharia de controle e automação, cujo valor estimado é de **R$ 1.507.626,50**.

18. **Declarada a natureza comum do objeto pretendido**, tal como consta à fl. 976, nos termos do art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 10.520, de 2002, julga-se adequada a opção do órgão pela contratação mediante pregão.

19. Ademais, segundo o art. 4º *caput* do Decreto nº 5.450, de 2005, a aquisição de bens e serviços comuns na Administração Pública deve ser empreendida através da modalidade Pregão, de preferência, em sua forma eletrônica, de maneira que a escolha do Administrador se encontra em conformidade com o regime jurídico pertinente.

20. Em se tratando de SRP - Sistema de Registro de Preços, considere-se também, no que concerne especificamente a esta forma de processamento, a par da modalidade concorrência prevista no art. 15, §3º, inc. I, da Lei nº 8.666, de 1993, o art. 11 da Lei nº 10.520, de 2002 admitiu a utilização do Pregão para a efetivação do registro de preços para eventual contratação de bens e serviços comuns.

21. Na concepção de Marçal Justen Filho, *"[...] bem ou serviço comum é aquele que se apresenta sob identidade e características padronizadas e que se encontra disponível, a qualquer tempo, num mercado próprio"* (Pregão – Comentários à Legislação do Pregão Comum e Eletrônico. Editora Dialética, São Paulo, 2005, pág. 30)

22. Importante ressaltar que o Decreto nº 7.892, de 2013, que regulamenta o SRP, em seu art. 3º, fez previsão no mesmo sentido, de maneira que se pode concluir que a utilização do pregão para registro de preços de bens comuns é a modalidade licitatória compatível com a legislação aplicável.

23. Por fim, os incisos artigo 3º do Decreto nº 7.892, de 2013 enumera nos incisos I a IV, as situações nas quais deverá ser adotado, preferencialmente, o Sistema de Registro de Preços. Tais hipóteses não são exaustivas, dependendo a utilização de referido sistema mais do atendimento ao interesse público do que do enquadramento preciso em uma delas, consoante PARECER Nº 125/2010/DECOR/CGU/AGU, aplicável à espécie, embora pretérito ao Decreto, que entendeu cabível a utilização do sistema sob o fundamento de contingenciamento orçamentário, por exemplo.

> **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. Desta forma, é necessário indicar a hipótese em que se enquadra o pretendido registro de preços, ou esclarecer se existe motivação distinta a ensejar sua adoção.

25. **Para instrução de remessas de SRP - Sistema de Registro de Preços**, esta Procuradoria Federal recomenda a juntada completa da Intenção de Registro de Preços - IRP, devendo-se se apresentar o *status* de **deserta, recusada ou encerrada**. Isto porque, na hipótese de participação de outros órgãos na via ordinária, há comando no art. 6º do Decreto 7.892/2013 dando conta de documentos necessários à instrução do processo, já que integrantes do convocatório. Neste tom, observe-se:

Art. 6º O órgão participante será responsável pela manifestação de interesse em participar do registro de preços, providenciando o encaminhamento ao órgão gerenciador de sua estimativa de consumo, local de entrega e, quando couber, cronograma de contratação e respectivas especificações ou termo de referência ou projeto básico, nos termos da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e da Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, adequado ao registro de preços do qual pretende fazer parte, devendo ainda:

I - garantir que os atos relativos a sua inclusão no registro de preços estejam formalizados e aprovados pela autoridade competente;

II - manifestar, junto ao órgão gerenciador, mediante a utilização da Intenção de Registro de Preços, sua concordância com o objeto a ser licitado, antes da realização do procedimento licitatório; e

III - tomar conhecimento da ata de registros de preços, inclusive de eventuais alterações, para o correto cumprimento de suas disposições.

§ 1º Cabe ao órgão participante aplicar, garantida a ampla defesa e o contraditório, as penalidades decorrentes do descumprimento do pactuado na ata de registro de preços ou do descumprimento das obrigações contratuais, em relação às suas próprias contratações, informando as ocorrências ao órgão gerenciador. (Incluído pelo Decreto nº 8.250, de 2.014)

§ 2º 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. (Incluído pelo Decreto nº 8.250, de 2.014)

§ 3º Na hipótese prevista no § 2º, comprovada a vantajosidade, fica facultado aos órgãos ou entidades participantes de compra nacional a execução da ata de registro de preços vinculada ao programa ou projeto federal. (Incluído pelo Decreto nº 8.250, de 2.014)

§ 4º 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. (Incluído pelo Decreto nº 8.250, de 2.014)

§ 5º Caso o órgão gerenciador aceite a inclusão de novos itens, o órgão participante demandante elaborará sua especificação ou termo de referência ou projeto básico, conforme o caso, e a pesquisa de mercado, observado o disposto no art. 6º. (Incluído pelo Decreto nº 8.250, de 2.014)

§ 6º Caso o órgão gerenciador aceite a inclusão de novas localidades para entrega do bem ou execução do serviço, o órgão participante responsável pela demanda elaborará, ressalvada a hipótese prevista no § 2º, pesquisa de mercado que contemple a variação de custos locais ou regionais. (Incluído pelo Decreto nº 8.250, de 2.014)

26. O modelo padrão de ata utilizado pelo Instituto Federal Catarinense parece cumprir os requisitos mínimos que lhe são próprios, prescindindo de reparos

II.5. Adoção de critérios de sustentabilidade ambiental

27. É de extrema relevância que a autoridade assessorada sempre observe na contratação, as diretrizes de sustentabilidade ambiental.

28. Com efeito, as contratações da Administração Pública deverão contemplar os critérios da sustentabilidade ambiental, tendo por fundamento, a Constituição da República Federativa do Brasil, a Lei nº 8.666, de 1993, compromissos internacionais assumidos pelo Estado Brasileiro, e outras legislações pertinentes, sem perder de vista os princípios da razoabilidade e proporcionalidade (Art. 225, *caput,* e 170, inc. VI, da CRFB; Arts. 3º, 6º, IX e 12, II e VII da Lei nº 8.666, de 1993;. Art. 6º, XII da Lei nº 12.187, de 2009; art. 7º, XI da Lei nº 12.305, de 2010. Convenção Quadro sobre Mudança do Clima (Decreto nº 2.652, de 1998). Protocolo de Quioto (Decreto nº 5.445, de 2005). Acordo-Quadro sobre Meio Ambiente do Mercosul (Decreto nº 5.208, de 2003).

29. Nesse sentido, a Lei nº 12.187 de 29/11/2009 – Política Nacional sobre Mudança do Clima adotou o uso do poder de compra do Estado como um importante instrumento para implementar a política de mudanças climáticas.

> **Art. 6º São instrumentos da Política Nacional sobre Mudança do Clima:**
>
> **[...] XII – as medidas existentes, ou a serem criadas, que estimulem o desenvolvimento de processos e tecnologias, que contribuam para a redução de emissões e remoções de gases de efeito estufa, bem como para a adaptação, dentre as quais o estabelecimento de critérios de preferência nas licitações e concorrências públicas, compreendidas aí as parcerias público-privadas e a autorização, permissão, outorga e concessão para exploração de serviços públicos e recursos naturais, para as propostas que propiciem maior economia de energia, água e outros recursos naturais e redução da emissão de gases de efeito estufa e de resíduos;**

30. Assim, nos termos do art. 7º, inc. XI da Lei nº 12.305, de 2/8/2010 – Política Nacional de Resíduos Sólidos, nas aquisições e contratações governamentais, deve ser dada prioridade para produtos reciclados e recicláveis e para bens, serviços e obras que considerem critérios compatíveis com padrões de consumo social e ambientalmente sustentáveis.

31. Por vezes, a exigência de determinado requisito ambiental deriva de imposição normativa, editada pelos órgãos de proteção ao meio ambiente (Conselho Nacional do Meio Ambiente- CONAMA, IBAMA, Ministério do Meio Ambiente, etc.). Nesses casos, a especificação técnica do objeto deve ser definida de acordo com as determinações da norma vigente.

32. Nos demais casos, cabe ao órgão a opção pelas especificações do objeto que melhor atendam às exigências ambientais. Tal decisão deve ser motivada com base em critérios técnicos.

II. 6. Justificativa da contratação

33. Quanto à justificativa da contratação, não cabe ao órgão jurídico adentrar o mérito (oportunidade e conveniência) das opções do Administrador, exceto em caso de afronta a preceitos legais. O papel do órgão jurídico é recomendar que tal justificativa seja a mais completa possível, orientando o órgão assistido, se for o caso, pelo seu aperfeiçoamento ou reforço, na hipótese de ela se revelar insuficiente, desproporcional ou desarrazoada, de forma a não deixar margem para futuros questionamentos, por exemplo, quanto à pertinência ou necessidade da contratação, ou dos quantitativos estimados, contemplando os requisitos mínimos estabelecidos na Instrução Normativa SLTI/MPOG nº 2, de 2008, especialmente em seu art. 15, inc. I, que arrola os principais elementos que deverão ser previstos na justificativa apresentada no caso de contratações de serviços.

34. No que toca à especificação do objeto, é certo que o aumento do nível de seu detalhamento influi inversamente no universo de fornecedores aptos a atender à demanda, reduzindo-o. Consequentemente, a caracterização excessivamente pormenorizada poderá conduzir a um único ou nenhum fornecedor, ao passo que a especificação por demais genérica ou singela poderá ampliar as opções no mercado, porém para objeto cujas características não atendam plenamente às necessidades efetivas da Administração, frustrando a finalidade da contratação.

35. Destarte, o gestor deverá tomar as cautelas necessárias para assegurar que as especificações correspondam àquelas essenciais ao bem, sem as quais, não poderão ser atendidas as necessidades da Administração, evitando por outro lado, detalhes considerados supérfluos ou desnecessários, que possam limitar a competição indevidamente.

36. Nesse sentido, o art. 3º, inc. II da Lei nº 10.520, de 2002 impõe:

> **Art. 3º A fase preparatória do pregão observará o seguinte:**
>
> **[...]**
>
> **II – a definição do objeto deverá ser precisa, suficiente e clara, vedadas especificações que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, limitem a competição**

37. Ressalte-se ainda que a justificativa da contratação deve compreender os quantitativos estimados da aquisição condizente com o consumo/utilização prováveis do órgão, aferida mediante adequadas técnicas para tanto, em conformidade com o que dispõe o art. 15, §7º, inc. II, pois dela dependerá o cálculo do valor contratual.

II. 7. Autorização para abertura da licitação

38. A autorização para abertura da licitação devidamente assinada pela autoridade competente decorre da exigência do art. 30, inc. V do Decreto nº 5.450, de 2005, o que resta providenciado à fl. 972.

II. 8. Termo de referência, com a aprovação da autoridade competente

39. O Termo de Referência (§2º do art. 9º do Decreto nº 5.450/05) é o documento que deverá conter as informações e os elementos técnicos necessários para assegurar a viabilidade da contratação, sobretudo em relação à avaliação do custo, considerando os preços praticados no mercado, a definição dos métodos, a estratégia e suprimento, e o prazo da execução do contrato. Tal documento deverá ser aprovado motivadamente pela autoridade competente (art. 9º, inc. II do Decreto nº 5.450, de 2005).

40. Já no que se refere à indicação de preços no termo de referência, o Tribunal de Contas da União já deliberou no sentido de ser obrigatório que o orçamento de referência conste nos autos do processo administrativo, **devendo constar no instrumento convocatório a informação sobre os meios pelos quais o interessado poderá ter acesso à documentação.** Neste sentido: confira-se o Acórdão 2.080/2012 do Plenário:

> 10. (...) há pacífica jurisprudência do TCU no sentido de que, nos termos do art. 3º, da Lei 10.520/2002, a Administração **não está obrigada a anexar ao edital** o orçamento de referência que elaborou na fase interna da licitação. Este **deve constar, obrigatoriamente, apenas dos autos do processo administrativo** referente à licitação. Nesse último caso, **deve constar do instrumento convocatório a informação sobre os meios pelos quais os interessados poderão ter acesso ao documento**. Dentre muitos outros nessa linha, citem-se os Acórdãos 1.248/2009, 114/2007 e 1935/2006, todos do Plenário.

41. Por outro lado, **a individualização do preço no Termo de Referência somente se justifica caso utilizado o preço de referência como critério de aceitação de propostas.** A propósito, recente deliberação da 2ª Câmara do e. TCU, Acórdão 10051/2015-Segunda Câmara, TC 008.959/2015-3, relator Ministro-Substituto André Luís de Carvalho, 10.11.2015:

> **Representação formulada por sociedade empresária apontara possíveis irregularidades em pregão eletrônico realizado pelo Comando Logístico do Exército (Colog), tendo por objeto o registro de preços para a aquisição de materiais de intendência (fardamento, coturno, gorro, espora e cobertor). Em síntese, alegara a representante ter sido irregularmente desclassificada para o item 3 do certame (coturno), após a fase de lances, *"mesmo tendo ofertado o menor preço, em razão de a sua proposta ter se mostrado superior ao valor estimado para a contratação"*. Ademais, destacara que *"teria solicitado ao pregoeiro a informação quanto ao preço de referência, mas que ela lhe foi negada sob o argumento de que a publicidade do preço de referência consistiria em mera faculdade da administração"*. O relator, após a realização das oitivas regimentais, anotou que a controvérsia derivava de *"intelecções distintas sobre o alcance do Acórdão 392/2011-TCU-Plenário, que pugnara pela obrigatoriedade da divulgação do preço de referência em editais de licitação, na modalidade pregão, quando esse preço for utilizado como critério de aceitabilidade de preços"*. A propósito, transcreveu excerto do voto condutor do aludido julgado, no qual se lê: *"É claro que, na hipótese de o preço de referência ser utilizado como critério de aceitabilidade de preços, a divulgação no edital é obrigatória. E não poderia ser de outra maneira. É que qualquer regra, critério ou hipótese de desclassificação de licitante deve estar, por óbvio, explicitada no edital, nos termos do art. 40, X, da Lei nº 8.666/1993"*. Considerou, assim, procedente a irresignação da representante, já que *"quando erigido a critério de aceitabilidade, o preço de referência deve ter divulgação prévia e obrigatória, na forma da lei e como corolário, mesmo, do princípio do julgamento objetivo (v. g.: Acórdão 392/2011-Plenário), de sorte que haveria de constar, do edital do Pregão Eletrônico nº 39/2014, o preço referencial adotado pelo Colog, vez que se tratava, no presente caso, de critério de aceitabilidade de preços"*. No caso concreto, aduziu, *"o pregoeiro do Comando Logístico do Exército, ao interpretar o Acórdão 392/2011-Plenário, se ateve à condição geral contemplada no aresto do TCU, que faculta a divulgação do valor orçado e dos preços referenciais no edital do pregão, esquecendo que essa faculdade subsistiria apenas no caso de o preço referencial não funcionar como critério de aceitabilidade de preços"*. Nesse sentido, prosseguiu, *"houve, sim, prejuízo à licitante até então vencedora do certame e, também, ao interesse público, já que a fase de negociação das propostas foi conduzida sem a clara e prévia definição do preço usado como critério de aceitabilidade, a despeito de o pregoeiro até ter dado oportunidade às licitantes (cujas propostas ficaram acima do preço de referência) para que, respeitada a ordem classificatória, reduzissem os seus lances até um patamar inferior ao valor referencial, o qual, todavia, não estava clara e previamente declarado no certame"*. Assim, acolheu o colegiado a proposta da relatoria, para julgar procedente a Representação, fixando prazo para a adoção de providências necessárias à anulação dos atos

atinentes e consequentes ao item da licitação impugnado, e determinar ao Comando Logístico do Exército (Colog) que *"se abstenha de incorrer nas falhas apontadas nestes autos, esclarecendo que há necessidade de divulgação do preço de referência no edital do pregão, quando o aludido preço for adotado como critério de aceitabilidade de preços, em consonância com a jurisprudência do TCU (e.g.: Acórdão 392/2011-TCU-Plenário)". Acórdão 10051/2015-Segunda Câmara, TC 008.959/2015-3, relator Ministro-Substituto André Luís de Carvalho, 10.11.2015.*

II. 9. Pesquisa de mercado

42. A pesquisa ampla e idônea com base no valor de mercado é essencial para propiciar a adequada estimativa de custos da contratação de forma transparente e proba, e ao mesmo tempo, possibilitar a aferição do valor referencial do item (itens) que servirá(ão) como parâmetro na análise da exequibilidade ou aceitabilidade das propostas ou lances das empresas licitantes na ocasião do certame, podendo nortear o valor máximo aceitável.

43. Ressaltamos, ainda, que a correta estimativa do valor contratual é essencial para a verificação da necessidade ou não de se proceder à licitação de participação exclusiva das microempresas e empresas de pequeno porte, nos termos do **Decreto nº 8.538, de 06 de outubro de 2015.**

44. Desta forma, o órgão deverá proceder à consulta dos preços praticados no mercado, sendo recomendável a obtenção de, ao menos, três orçamentos (Acórdãos nº 980/2005, nº 3.219/2010, ambos do Plenário, e nº 7.821/2010-1ª Câmara do TCU), devendo a pesquisa ser juntada nos autos do processo de licitação Nesse sentido, dispõem os Acórdãos nº 663/2009 e nº 3.219/2010 do Plenário do TCU). É importante que se atente para que tal consulta se dê nos moldes do Termo de Referência, considerando exatamente as especificações do objeto, a fim de preservar a fidelidade dos preços pesquisados em relação à aquisição almejada.

45. Insta destacar que as diligências concernentes à pesquisa de preços não se resumem à simples anexação de orçamentos das empresas nos autos, cabendo ao responsável a análise detida de cada proposta, não apenas sob seu aspecto formal (identificação da empresa, idoneidade, compatibilidade da sua finalidade social com o objeto da licitação...), como do seu teor. É de bom alvitre alertar ao órgão para a importância da congruência entre os preços das propostas, considerando que eventuais valores desarrazoados ou evidentemente inexequíveis podem distorcer os resultados das pesquisas efetuadas, de maneira que cumprirá ao órgão o discernimento sobre os orçamentos efetivamente aptos a comporem a planilha de preços, podendo até serem excluídos aqueles demasiadamente discrepantes dos demais.

46. Outrossim, caso seja possível, é recomendável que sejam consultados os preços constantes do Subsistema de Preços Praticados – SISPP, registra os preços praticados nas contratações governamentais, com vistas a subsidiar o gestor público na estimativa de valores de contratações futuras, que poderão ser utilizados como parâmetros de valores estimados para a realização de licitações.

47. Recomenda-se observar, ainda, os termos da Instrução Normativa 05/14 do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, cuja redação textual segue:

> Art. 1º Esta Instrução Normativa dispõe sobre o procedimento administrativo para a realização de pesquisa de preços para a aquisição de bens e contratação de serviços em geral.
>
> Parágrafo único. Subordinam-se ao disposto nesta Instrução Normativa os órgãos e entidades integrantes do Sistema de Serviços Gerais (SISG).
>
> Art. 2º A pesquisa de preços será realizada mediante a utilização dos seguintes parâmetros: . **(Alterado pela Instrução Normativa nº 3, de 20 de abril de 2017)**
>
> I - Painel de Preços disponível no endereço eletrônico http://paineldeprecos.planejamento.gov.br; **(Alterado pela Instrução Normativa nº 3, de 20 de abril de 2017)**
>
> II - contratações similares de outros entes públicos, em execução ou concluídos nos 180 (cento e oitenta) dias anteriores à data da pesquisa de preços; **(Alterado pela Instrução Normativa nº 3, de 20 de abril de 2017)**
>
> III - pesquisa publicada em mídia especializada, sítios eletrônicos especializados ou de domínio amplo, desde que contenha a data e hora de acesso; ou **(Alterado pela Instrução Normativa nº 3, de 20 de abril de 2017)**
>
> IV - pesquisa com os fornecedores, desde que as datas das pesquisas não se diferenciem em mais de 180 (cento e oitenta) dias. **(Alterado pela Instrução Normativa nº 3, de 20 de abril de 2017)**
>
> §1º Os parâmetros previstos nos incisos deste artigo poderão ser utilizados de forma combinada ou não, devendo ser priorizados os previstos nos incisos I e II e demonstrado no processo administrativo a metodologia utilizada para obtenção do preço de referência. **(Alterado pela Instrução Normativa nº 3, de 20 de abril de 2017)**

§2º Serão utilizados, como metodologia para obtenção do preço de referência para a contratação, a média, a mediana ou o menor dos valores obtidos na pesquisa de preços, desde que o cálculo incida sobre um conjunto de três ou mais preços, oriundos de um ou mais dos parâmetros adotados neste artigo, desconsiderados os valores inexequíveis e os excessivamente elevados. **(Alterado pela Instrução Normativa nº 3, de 20 de abril de 2017)**

§3º Poderão ser utilizados outros critérios ou metodologias, desde que devidamente justificados pela autoridade competente. **(Alterado pela Instrução Normativa nº 3, de 20 de abril de 2017)**

§4º Os preços coletados devem ser analisados de forma crítica, em especial, quando houver grande variação entre os valores apresentados. **(Alterado pela Instrução Normativa nº 3, de 20 de abril de 2017)**

§5º Para desconsideração dos preços inexequíveis ou excessivamente elevados, deverão ser adotados critérios fundamentados e descritos no processo administrativo. **(Alterado pela Instrução Normativa nº 3, de 20 de abril de 2017)**

§6º Excepcionalmente, mediante justificativa da autoridade competente, será admitida a pesquisa com menos de três preços ou fornecedores." **(Alterado pela Instrução Normativa nº 3, de 20 de abril de 2017)**

Art. 3º Quando a pesquisa de preços for realizada com os fornecedores, estes deverão receber solicitação formal para apresentação de cotação.

Parágrafo único. Deverá ser conferido aos fornecedores prazo de resposta compatível com a complexidade do objeto a ser licitado, o qual não será inferior a cinco dias úteis.

Art. 4º Não serão admitidas estimativas de preços obtidas em sítios de leilão ou de intermediação de vendas.

Art. 5º O disposto nesta Instrução Normativa não se aplica a obras e serviços de engenharia, de que trata o Decreto nº 7.983, de 8 de abril de 2013.

Art. 6º Esta Instrução Normativa entra em vigor na data de sua publicação.

Parágrafo único. Esta Instrução Normativa não se aplica aos processos administrativos já iniciados. **(Alterado pela Instrução Normativa nº 7, de 29 de agosto de 2014)**

48. Por fim, é aconselhável que a Unidade licitante verifique se não existe Ata de Registro de Preços cadastrada nos sistemas eletrônicos, e ainda em vigor, em condições de atender às suas necessidades, para fins de composição da pesquisa de preços, ainda com intuito de refletir os preços praticados atualmente no âmbito da Administração.

II. 10. Previsão de recursos orçamentários

49. Deve o órgão apresentar nos autos, de regra, a declaração de disponibilidade orçamentária e financeira, nos termos do art. 21, inc. IV do Decreto nº 3.555/00 e art. 30, inc. IV do Decreto nº 5.450, de 2005 (pregão eletrônico), c/c art. 14 e o caput do art. 38 da Lei nº 8.666, de 1993, bem como a do art. 16 da Lei Complementar nº 101, de 2000, mencionados a atender o valor da despesa estimada.

50. Nas licitações em que adotado o Sistema de Registro de Preços, a declaração de disponibilidade poderá, entretanto, ser postergada para o momento anterior à assinatura do contrato, conforme prevê a orientação normativa AGU 20, de 1º de Abril de 2009, complementada pela redação do art. 7º, §2º do Decreto 7.892/2013, (*Na licitação para registro de preços, a indicação da dotação orçamentária é exigível apenas antes da assinatura do contrato*), devendo o responsável zelar pelo seu atendimento.

II. 11. Designação do pregoeiro e equipe de apoio

51. O art. 30, inc. VI do Decreto nº 5.450, de 2005 exige a comprovação da legitimidade do pregoeiro e dos membros da equipe de apoio, de modo que caberá à unidade assessorada providenciar a Portaria que designa o pregoeiro e sua equipe de apoio, bem como a comprovação da capacitação deste Pregoeiro, permitindo aferir a habilidade deste para conduzir uma sessão pública.

II. 12. Declaração de compatibilidade de preços e de objeto comum

52. Sendo obrigatória a declaração de que o objeto é comum para fins de adoção do pregão eletrônico, cabe ao ordenador da despesa elaborar referido documento, juntando-o aos autos.

53. Na mesma ocasião, à vista da pesquisa de preços apresentada, caberá à unidade assessorada certificar a compatibilidade dos preços com os de mercado, inclusive se adotada a referência da Administração Pública.

1078

II. 13. Verificações Preliminares

54. Atenta à necessidade de uniformização dos procedimentos licitatórios e de sua adequação à legalidade, a Advocacia-Geral da União instituiu, em 2010, Grupo de Trabalho incumbido de propor orientações em matéria de licitações e contratos administrativos, daí decorrendo modelos de editais e também "*check-lists*", que vem sendo periodicamente atualizados.

55. Assim, para a adequada aferição dos aspectos relacionados às fases interna e externa da licitação, indica-se a adoção do *check-list* cabível (disponibilizado no sítio da Advocacia-Geral da União:*"http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/159171"*), a partir do qual poderá ser identificada a presença dos documentos e informações necessários.

II. 14. Margens de preferência em decorrência da natureza do objeto

56. Além do direito de preferência decorrente do valor estimado da contratação, o edital do certame também deverá observar a margem de preferência vinculada à **natureza do objeto** a ser adquirido, em especial ao Decreto n. 7.174/2010 - Regulamenta a contratação de **bens e serviços de informática e automação** pela administração pública federal, direta ou indireta, pelas fundações públicas instituídas ou mantidas pelo Poder Público e pelas demais organizações sob o controle direto ou indireto da União, caso aplicável.

57. Portanto, a depender do produto a ser adquirido, há que se verificar a existência ou não de Decreto ou outro ato normativo válido que trate da aplicação de margem de preferência na realização das licitações, estabelecendo-se, se for o caso, os procedimentos impostos por cada norma específica.

II. 15. Minuta de edital e anexos

58. No tocante às minutas do Edital e anexos, **impõe-se que atendam às minutas-padrão** disponibilizadas pela AGU no sítio da Advocacia-Geral da União - AGU e por esta Procuradoria, na página desta, no sítio do Instituto Federal Catarinense. Deverão ser observados os preceitos legais aplicáveis à espécie e vigentes à época do certame, em especial a Lei n. 8.666/93, a Lei n. 10.520/2002, os Decretos n. 8.250/2014, 7.892/2013, 5.450/2005 e 3.555/2000 e a Lei Complementar n. 123/2006.

59. Conforme art. 40, caput, da Lei nº 8.666/1993:

> **Art. 40. O edital conterá no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte:**
>
> **I - objeto da licitação, em descrição sucinta e clara;**
>
> **II - prazo e condições para assinatura do contrato ou retirada dos instrumentos, como previsto no art. 64 desta Lei, para execução do contrato e para entrega do objeto da licitação;**
>
> **III - sanções para o caso de inadimplemento;**
>
> **IV - local onde poderá ser examinado e adquirido o projeto básico;**
>
> **V - se há projeto executivo disponível na data da publicação do edital de licitação e o local onde possa ser examinado e adquirido;**
>
> **VI - condições para participação na licitação, em conformidade com os arts. 27 a 31 desta Lei, e forma de apresentação das propostas;**
>
> **VII - critério para julgamento, com disposições claras e parâmetros objetivos;**
>
> **VIII - locais, horários e códigos de acesso dos meios de comunicação à distância em que serão fornecidos elementos, informações e esclarecimentos relativos à licitação e às condições para atendimento das obrigações necessárias ao cumprimento de seu objeto;**
>
> **IX - condições equivalentes de pagamento entre empresas brasileiras e estrangeiras, no caso de licitações internacionais;**
>
> **X - o critério de aceitabilidade dos preços unitário e global, conforme o caso, permitida a fixação de preços máximos e vedados a fixação de preços mínimos, critérios estatísticos ou faixas de variação em relação a preços de referência, ressalvado o disposto nos parágrafos 1º e 2º do art. 48;**

XI - critério de reajuste, que deverá retratar a variação efetiva do custo de produção, admitida a adoção de índices específicos ou setoriais, desde a data prevista para apresentação da proposta, ou do orçamento a que essa proposta se referir, até a data do adimplemento de cada parcela;

XII - (Vetado).

XIII - limites para pagamento de instalação e mobilização para execução de obras ou serviços que serão obrigatoriamente previstos em separado das demais parcelas, etapas ou tarefas;

XIV - condições de pagamento, prevendo:

a) prazo de pagamento não superior a trinta dias, contado a partir da data final do período de adimplemento de cada parcela;

b) cronograma de desembolso máximo por período, em conformidade com a disponibilidade de recursos financeiros;

c) critério de atualização financeira dos valores a serem pagos, desde a data final do período de adimplemento de cada parcela até a data do efetivo pagamento;

d) compensações financeiras e penalizações, por eventuais atrasos, e descontos, por eventuais antecipações de pagamentos;

e) exigência de seguros, quando for o caso;

XV - instruções e normas para os recursos previstos nesta Lei;

XVI - condições de recebimento do objeto da licitação;

XVII - outras indicações específicas ou peculiares da licitação.

60. No tocante às formalidades do edital, e ao elenco de anexos, versa a lei:

Art. 40 [...] § 1º O original do edital deverá ser datado, rubricado em todas as folhas e assinado pela autoridade que o expedir, permanecendo no processo de licitação, e dele extraindo-se cópias integrais ou resumidas, para sua divulgação e fornecimento aos interessados.

§ 2º Constituem anexos do edital, dele fazendo parte integrante:

I - o projeto básico e/ou executivo, com todas as suas partes, desenhos, especificações e outros complementos;

II - orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários;

III - a minuta do contrato a ser firmado entre a Administração e o licitante vencedor;

IV - as especificações complementares e as normas de execução pertinentes à licitação.

61. Todo e qualquer edital deverá, ademais, definir o critério de julgamento das propostas (devendo ser adotado, em regra, o critério de **menor preço,** muito embora também possam ser excepcionalmente adotados os critérios de **maior desconto**, melhor técnica, melhor técnica e preço, **conforme o caso**), a realização do pregão para julgamento por item ou por lote, as condições de habilitação das licitantes, a existência ou não de preferência em razão do porte das empresas participantes do certame ou em razão da natureza dos produtos a serem adquiridos.

62. No tocante à realização do certame para julgamento por lote, especificamente, há de se considerar a orientação da Lei n. 8.666/1993. Nesse sentido, é certo que a aquisição por lotes embute risco de frustração à competitividade, razão pela qual não deve ser adotada, salvo se houver justificativas técnicas consistentes e razoáveis, demonstrando que o agrupamento em lote seria a melhor via sob os aspectos técnico e econômico.

63. Demais disto, o Tribunal de Contas da União, Acórdão 757/2015-Plenário, TC 021.893/2014-4, relator Ministro Bruno Dantas, 8.4.2015, consubstanciou o entendimento de que "*[...] é obrigatória a adjudicação por item como regra geral, tendo em vista o objetivo de propiciar a ampla participação de licitantes e a seleção das propostas mais vantajosas. A adjudicação por preço global é medida excepcional que precisa ser devidamente justificada, além de ser incompatível com a aquisição futura por itens*".

3. Em licitações para registro de preços, é obrigatória a adjudicação por item como regra geral, tendo em vista o objetivo de propiciar a ampla participação de licitantes e a seleção das propostas mais vantajosas. A adjudicação por preço global é medida excepcional que precisa ser devidamente justificada, além de ser incompatível com a aquisição futura por itens.Representação formulada por sociedade empresária apontara possíveis irregularidades em pregão eletrônico realizado pelo Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia Farroupilha (IFFarroupilha), destinado ao registro de preços de mobiliário para escritório, mediante adjudicação por lotes de itens. Em síntese, fora questionada a rejeição sumária da intenção de recurso de uma das licitantes e a ausência de justificativa detalhada para o quantitativo de itens licitados. Analisando o último aspecto, após a suspensão cautelar do certame e a realização das oitivas regimentais, o relator assentiu às conclusões da unidade instrutiva no sentido de considerar regular os quantitativos previstos no edital, tendo em

vista sua similaridade com os itens requeridos pelas unidades do instituto. Sobre o assunto, ressaltou que "em processos de controle externo envolvendo pregões para registro de preços devem ser sempre avaliados os aspectos relativos ao planejamento, como o procedimento de IRP [intenção de registro de preços], aplicável a partir da vigência do Decreto 7.892/2013, e à estimativa das quantidades a serem adquiridas, devidamente justificada e baseada em estudos técnicos preliminares e elementos objetivos - Acórdãos 1.100/2008, 392/2011e 3.137/2014, do Plenário, 612/2004 e 559/2009, da 1ª Câmara, e 1.720 e 4.411/2010, da 2ª Câmara -, haja vista a possibilidade de alimentação indevida, por vezes até mesmo despropositada, do pernicioso 'mercado de atas'". Além disso, prosseguiu, deve o controle externo aferir sistematicamente a aplicação de outros dispositivos legais e regulamentadores do sistema de registro de preços, como, por exemplo, a adoção em regra da adjudicação por item (adjudicação por preço global é medida excepcional que precisa ser devidamente justificada), e explicitação das hipóteses autorizadoras para a adoção do sistema de registro de preços (inclusive quanto ao atendimento a vários órgãos). Nesse passo, acolhendo a proposta do relator, o Plenário julgou parcialmente procedente a Representação, revogando a cautelar concedida – haja vista que o jurisdicionado desconstituiu o ato irregular (rejeição sumária da intenção de recurso) e reabriu prazo para registro dos recursos – e expediu determinação à Secretaria-Geral de Controle Externo do TCU para que oriente suas unidades sobre a necessidade de avaliar, em processos envolvendo pregões para registro de preços, dentre outros aspectos, a "obrigatoriedade da adjudicação por item como regra geral, tendo em vista o objetivo de propiciar a ampla participação de licitantes e a seleção das propostas mais vantajosas, sendo a adjudicação por preço global medida excepcional que precisa ser devidamente justificada, além de incompatível com a aquisição futura por itens". Acórdão 757/2015-Plenário, TC 021.893/2014-4, relator Ministro Bruno Dantas, 8.4.2015.

64. Calha acrescer, ainda, o precedente do e. Tribunal de Contas da União que segue:

Representação formulada por licitante a respeito de possíveis irregularidades cometidas pelo Comando da 8ª Região Militar na condução de pregão eletrônico destinado a registro de preços para contratação de solução de infraestrutura de servidores de rede, contemplando o fornecimento de gabinetes (chassis), de servidores de rede em lâminas (blade) e de softwares de virtualização. Foram apresentadas pela representante cinco alegações de irregularidades que, após análise de oitivas pela unidade técnica, mostraram-se inexistentes ou sem suporte documental para fundamentá-las. No entanto, do exame da ata do pregão questionado, a unidade instrutiva constatou que a licitante vencedora, embora tenha oferecido o melhor preço global, ofertou preço unitário mais vantajoso em somente 11 (34,35%) dos 32 itens da licitação: nove dos dezessete itens do Lote 1 (revogado pelo órgão licitante antes mesmo do atendimento das oitivas) e dois dos quinze itens que compunham o Lote 2. Tal fato, consignou a unidade técnica, contraria a jurisprudência do TCU, a qual considera que a adjudicação por lote é, em regra, incompatível com a aquisição futura por itens, tendo em vista que alguns itens podem ser ofertados pelo vencedor do lote a preços superiores aos propostos por outros competidores (Acórdão 2695/2013-Plenário) e que nas licitações por lote para registro de preços, mediante adjudicação por menor preço global do lote, deve-se vedar a possibilidade de aquisição individual de itens registrados para os quais a licitante vencedora não apresentou o menor preço (Acórdão 343/2014-Plenário). Por se tratar de registro de preços, a unidade técnica propôs restringir adesões à ata de registro de preços do Comando da 8ª Região Militar, uma vez que a permissão integral pode levar a que outros órgãos da administração equivocadamente adquiram produtos para os quais a detentora da ata não ofertou preço mais vantajoso na fase de lances. No mérito, o Relator anuiu às conclusões da unidade instrutiva e colacionou julgado no sentido de se adotar preferencialmente o critério de adjudicação por item, admitindo-se o julgamento de menor preço por lote aos casos de comprovada inviabilidade do primeiro e evidenciada vantagem econômica, haja vista que na licitação por menor preço global do lote, a vantajosidade para a Administração somente se concretiza na medida em que for adquirido do licitante o lote integral dos itens, pois o preço é resultante da multiplicação de preços dos bens licitados pelas quantidades estimadas, configurando dano ao erário a compra de itens cujos preços registrados não sejam os menores ofertados na disputa (Acórdão 4.205/2014 - 1ª Câmara). Destacou, também, precedente do TCU com determinação ao Comando da 9ª Região Militar para que se abstenha, em licitação para registro de preços, de adotar como critério de adjudicação o de menor preço global por grupo/lote, concomitantemente com disputa por itens, sem demonstração da vantagem econômica dessa modelagem de certame (Acórdão 2.977/2012 – Plenário). O Tribunal, seguindo o voto do relator, decidiu determinar ao

> **Comando da 8ª Região Militar que não adquira, individualmente, os itens do Lote 2 não adjudicados pelo melhor lance e se abstenha de autorizar adesão a quaisquer dos referidos itens, dando ciência ao referido Comando de que o critério de julgamento de menor preço por lote, como o verificado no Pregão Eletrônico 28/2014, somente deve ser adotado quando for demonstrada inviabilidade de promover a adjudicação por item e evidenciadas fortes razões que demonstrem ser esse o critério que conduzirá a contratações economicamente mais vantajosas. Acórdão 1680/2015-Plenário, TC 030.513/2014-6, relator Ministro Marcos Bemquerer Costa, 8.7.2015.**

65. No que pertine às sanções administrativas aplicáveis, a Advocacia-Geral da União, por intermédio da Câmara Permanente de Licitações e Contratos, **editou** o Parecer 08/2013/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU, autos 00407.001847/2013-61, **firmando entendimento** de que os efeitos da sanção de suspensão de licitar, fundadas no art. 87, III da Lei 8.666/93 alcançam tão somente o órgão ou entidade promotora do certame, enquanto o impedimento de licitar e contratar, nos termos do art. 7º, da Lei 10.520/2002, alcançam toda a Administração Pública Federal, exceto quando a pena não houver sido aplicada por ente Federal.

66. Veja-se a ementa, no que interessa:

> **EXTENSÃO DOS EFEITOS DA PENALIDADE DE SUSPENSÃO TEMPORÁRIA (ART. 87, III DA LEI 8.666/93) E IMPEDIMENTO DE LICITAR E CONTRATAR COM A ADMINISTRAÇÃO (ART. 7º DA LEI 10.520/2002).**
>
> **I. Orientação do TCU. Suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar. Efeitos da penalidade não alcançam toda a Administração Pública Federal; incidem, apenas, sobre as relações jurídicas entre o apenado e o ente que aplicou a penalidade.**
>
> **II. Inteligência do conceito de Administração no art. 87, III, da Lei 8.666/93. Semanticamente, no âmbito das autarquias e fundações públicas federais, refere-se ao ente (pessoa jurídica). Aplicação da "teoria do órgão" para solucionar a indeterminação do art. 6º, XII, da Lei nº. 8.666/93. Irrelevância da discussão sobre competência da autoridade para fins de delimitação dos efeitos jurídicos da sanção de suspensão temporária ou impedimento.**
>
> **III. Impedimento do art. 7º da Lei 10.520/02. A vedação à participação de empresas em licitações e contratações em toda a Administração Pública Federal somente se dá se a penalidade houver sido aplicada por ente federal.**
>
> **[...]**

67. Importa referir, por oportuno, que a Advocacia-Geral da União, com o fim de solver as divergências do alcance dos efeitos das sanções aplicadas no âmbito das licitações, publicou, com efeito vinculante, a Orientação Normativa 49, de 25/04/2014, destacando:

> **ORIENTAÇÃO NORMATIVA Nº 49, DE 25 DE ABRIL DE 2014**
>
> **"A APLICAÇÃO DAS SANÇÕES DE IMPEDIMENTO DE LICITAR E CONTRATAR NO ÂMBITO DA UNIÃO (ART. 7º DA LEI Nº 10.520, DE 2002) E DE DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE (ART. 87, INC. IV, DA LEI Nº 8.666, DE 1993) POSSUEM EFEITO EX NUNC, COMPETINDO À ADMINISTRAÇÃO, DIANTE DE CONTRATOS EXISTENTES, AVALIAR A IMEDIATA RESCISÃO NO CASO CONCRETO."**
>
> **REFERÊNCIA: Art. 55, inc. XIII, art. 78, inc. I, arts. 87 e 88, Lei nº 8.666, de 1993; art. 7º, Lei nº 10.520, de 2002; Lei nº 9.784, de 1999; REsp 1148351/MG, STJ-MS 13.101/DF; e MS-STJ nº 4.002-DF.**
>
> **Editada pela Portaria AGU nº 124, de 25 de abril de 2014, publicada no DOU I 2/5/2014, p.2-3**

II. 16. Minuta de contrato

68. No que se refere à minuta de contrato, antes de citar o art. 55, da Lei nº 8.666/93, que trata do seu conteúdo mínimo, é de se ressaltar a importância do cumprimento do art. 62, do mesmo diploma legal combinado com art. 15, do Decreto nº 7.892/2013.

69. Assim dispõe o art. 62, caput e § 4º, da Lei nº 8.666/93:

> **Art. 62. O instrumento de contrato é obrigatório nos casos de concorrência e de tomada de preços, bem como nas dispensas e inexigibilidades cujos preços estejam compreendidos nos limites destas duas modalidades de licitação, e facultativo nos demais em que a Administração puder substituí-lo por outros instrumentos hábeis, tais como carta-contrato, nota de empenho de despesa, autorização de compra ou ordem de execução de serviço.**
>
> **[...]**

> **§ 4º É dispensável o "termo de contrato" e facultada a substituição prevista neste artigo, a critério da Administração e independentemente de seu valor, nos casos de compra com entrega imediata e integral dos bens adquiridos, dos quais não resultem obrigações futuras, inclusive assistência técnica.**

70. Em síntese, e com base no art. 62, caput e § 4º, da Lei nº 8.666/93, tem-se que a confecção prévia da minuta de contrato para posterior assinatura é obrigatória, em regra, quando o valor de item/grupo da licitação, ainda que conduzida sob a modalidade pregão, superar o limite legal de adoção da modalidade convite, a saber, R$ 80.000,00 (oitenta mil reais) de estimativa de custo, conforme leitura do caput do art. 62, ou, em qualquer caso, quando houver obrigação futura, conforme interpretação *contrario sensu* do art. 62, § 4º, *in fine*.

71. A exceção – em que o contrato pode ser substituído por instrumento equivalente – abriga as aquisições de qualquer valor em que se preveja a pronta-entrega.

72. De se entender, ademais, que a entrega programada/parcelada de quantitativo requisitado – como, por exemplo, 20 (vinte) mil pães requisitados que devem ser entregues duas vezes por dia, 200 pães em cada entrega – constitui obrigação futura e exige a formalização de contrato, independentemente do objeto.

73. Vencida a questão atinente à obrigatoriedade do contrato, passa-se aos seus requisitos legais.

74. A minuta de contrato deve atender aos requisitos dos arts. 54 e, mormente, 55, da Lei nº 8.666/93, que assim dispõe:

> **Art. 54. Os contratos administrativos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado.**
>
> **§ 1º Os contratos devem estabelecer com clareza e precisão as condições para sua execução, expressas em cláusulas que definam os direitos, obrigações e responsabilidades das partes, em conformidade com os termos da licitação e da proposta a que se vinculam.**
>
> **Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:**
>
> **I - o objeto e seus elementos característicos;**
>
> **II - o regime de execução ou a forma de fornecimento;**
>
> **III - o preço e as condições de pagamento, os critérios, data-base e periodicidade do reajustamento de preços, os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento;**
>
> **IV - os prazos de início de etapas de execução, de conclusão, de entrega, de observação e de recebimento definitivo, conforme o caso;**
>
> **V - o crédito pelo qual correrá a despesa, com a indicação da classificação funcional programática e da categoria econômica;**
>
> **VI - as garantias oferecidas para assegurar sua plena execução, quando exigidas;**
>
> **VII - os direitos e as responsabilidades das partes, as penalidades cabíveis e os valores das multas;**
>
> **VIII - os casos de rescisão;**
>
> **IX - o reconhecimento dos direitos da Administração, em caso de rescisão administrativa prevista no art. 77 desta Lei;**
>
> **X - as condições de importação, a data e a taxa de câmbio para conversão, quando for o caso;**
>
> **XI - a vinculação ao edital de licitação ou ao termo que a dispensou ou a inexigiu, ao convite e à proposta do licitante vencedor;**
>
> **XII - a legislação aplicável à execução do contrato e especialmente aos casos omissos;**
>
> **XIII - a obrigação do contratado de manter, durante toda a execução do contrato, em compatibilidade com as obrigações por ele assumidas, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação.**

75. A minuta de contrato padrão do Instituto Federal Catarinense costuma cumprir todos esses requisitos e ela se encontra disponível no sítio do Instituto Federal Catarinense. Na sua ausência, caberá a adoção da minuta padrão disponibilizada no sítio da AGU.

II. 17. Ressalvas e considerações quanto ao caso concreto

76. Este órgão jurídico, relativamente à aplicação dos preceitos retro ao caso concreto, ressalva o seguinte:

77. **Identificar** a data e averiguar a tempestividade das pesquisas de fls. 82; 161; 179; 286; 368 e 545/546, a fim de atender o art. 2º e incisos da Instrução Normativa 05/14 do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão.

78. **Assinar** todas as folhas do edital, termo de referência e demais anexos, inclusive os respectivos termos de aprovação, conforme estabelece o art. 40, §1º da Lei 8.666/93. Da mesma forma, **assinar** o despacho de autorização de licitação, com indicação de modalidade, fl. 972 e a declaração de objeto comum e de compatibilidade de preços, fl. 976.

79. **Revisar** a planilha de fls. 832/903, reorganizando-a, pois, em diversos momentos, ela não permite identificar a observância dos parâmetros de preços estabelecidos na Instrução Normativa 05/14, do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. Exemplo disto ocorre na fl. 832 verso, onde há indicação de um único preço, sem demonstração do referido parâmetro.

80. **Ajustar** o subitem 4.1, fl. 980, pois não houve indicação do órgão participante.

81. As margens de preferência estabelecidas no subitem 10.9 e ss, fls. 985/986, tomaram como referência regulamento não vigente (*Art. 7º As margens de preferência de que trata o art. 1º serão aplicadas até 31 de dezembro de 2016, para os produtos descritos no Anexo I. (Redação dada pelo Decreto nº 8.626, de 2015*). Desta forma, recomenda-se a **revisão** da disposição, inclusive do termo de referência e do anexo que trata desta margem.

82. **Retirar** a expressão "*úteis*", contida no subitem 24.1, fl. 997, sob pena de ultrapassar o prazo do art. 40, XIV, a, da Lei 8.666/93.

83. No que se refere à indicação de preços no termo de referência, o Tribunal de Contas da União já deliberou no sentido de ser obrigatório que o orçamento de referência conste nos autos do processo administrativo, **devendo constar no instrumento convocatório a informação sobre os meios pelos quais o interessado poderá ter acesso à documentação.** Neste sentido: confira-se o Acórdão 2.080/2012 do Plenário:

> 10. (...) há pacífica jurisprudência do TCU no sentido de que, nos termos do art. 3º, da Lei 10.520/2002, a Administração **não está obrigada a anexar ao edital** o orçamento de referência que elaborou na fase interna da licitação. Este **deve constar, obrigatoriamente, apenas dos autos do processo administrativo** referente à licitação. Nesse último caso, **deve constar do instrumento convocatório a informação sobre os meios pelos quais os interessados poderão ter acesso ao documento**. Dentre muitos outros nessa linha, citem-se os Acórdãos 1.248/2009, 114/2007 e 1935/2006, todos do Plenário.

84. Por outro lado, **a individualização do preço no Termo de Referência somente se justifica caso utilizado o preço de referência como critério de aceitação de propostas.** A propósito, recente deliberação da 2ª Câmara do e. TCU, Acórdão 10051/2015-Segunda Câmara, TC 008.959/2015-3, relator Ministro-Substituto André Luís de Carvalho, 10.11.2015:

> **Representação formulada por sociedade empresária apontara possíveis irregularidades em pregão eletrônico realizado pelo Comando Logístico do Exército (Colog), tendo por objeto o registro de preços para a aquisição de materiais de intendência (fardamento, coturno, gorro, espora e cobertor). Em síntese, alegara a representante ter sido irregularmente desclassificada para o item 3 do certame (coturno), após a fase de lances, *"mesmo tendo ofertado o menor preço, em razão de a sua proposta ter se mostrado superior ao valor estimado para a contratação"*. Ademais, destacara que *"teria solicitado ao pregoeiro a informação quanto ao preço de referência, mas que ela lhe foi negada sob o argumento de que a publicidade do preço de referência consistiria em mera faculdade da administração"*. O relator, após a realização das oitivas regimentais, anotou que a controvérsia derivava de *"intelecções distintas sobre o alcance do Acórdão 392/2011-TCU-Plenário, que pugnara pela obrigatoriedade da divulgação do preço de referência em editais de licitação, na modalidade pregão, quando esse preço for utilizado como critério de aceitabilidade de preços"*. A propósito, transcreveu excerto do voto condutor do aludido julgado, no qual se lê: "*É claro que, na hipótese de o preço de referência ser utilizado como critério de aceitabilidade de preços, a divulgação no edital é obrigatória. E não poderia ser de outra maneira. É que qualquer regra, critério ou hipótese de desclassificação de licitante deve estar, por óbvio, explicitada no edital, nos termos do art. 40, X, da Lei nº 8.666/1993*". Considerou, assim, procedente a irresignação da representante, já que *"quando erigido a critério de aceitabilidade, o preço de referência deve ter divulgação prévia e obrigatória, na forma da lei e como corolário, mesmo, do princípio do julgamento objetivo (v. g.: Acórdão 392/2011-Plenário), de sorte que haveria de constar, do edital do Pregão Eletrônico nº 39/2014, o preço referencial adotado pelo Colog, vez que se tratava, no presente caso, de critério de aceitabilidade de preços"*. No caso concreto, aduziu, *"o pregoeiro do Comando Logístico do Exército, ao interpretar o Acórdão 392/2011-Plenário, se ateve à condição geral contemplada no aresto do TCU, que faculta a divulgação do valor orçado e dos preços referenciais no edital do pregão, esquecendo que essa faculdade subsistiria apenas no caso de o preço referencial não funcionar como critério de aceitabilidade de preços"*. Nesse sentido, prosseguiu, *"houve, sim, prejuízo à licitante até então vencedora do certame e, também, ao interesse público, já que a fase de negociação das propostas foi conduzida sem a clara e prévia definição do preço usado como critério de aceitabilidade, a despeito de o pregoeiro até ter dado oportunidade às licitantes (cujas propostas ficaram acima do preço de*

referência) para que, respeitada a ordem classificatória, reduzissem os seus lances até um patamar inferior ao valor referencial, o qual, todavia, não estava clara e previamente declarado no certame". **Assim, acolheu o colegiado a proposta da relatoria, para julgar procedente a Representação, fixando prazo para a adoção de providências necessárias à anulação dos atos atinentes e consequentes ao item da licitação impugnado, e determinar ao Comando Logístico do Exército (Colog) que** *"se abstenha de incorrer nas falhas apontadas nestes autos, esclarecendo que há necessidade de divulgação do preço de referência no edital do pregão, quando o aludido preço for adotado como critério de aceitabilidade de preços, em consonância com a jurisprudência do TCU (e.g.: Acórdão 392/2011-TCU-Plenário)". Acórdão 10051/2015-Segunda Câmara, TC 008.959/2015-3, relator Ministro-Substituto André Luís de Carvalho, 10.11.2015.*

85. Como é cediço, o **Decreto nº 8.538, de 06 de outubro de 2015**, prevê tratamento favorecido, diferenciado e simplificado para as microempresas, empresas de pequeno porte, agricultores familiares, produtores rurais pessoa física, microempreendedores individuais e sociedades cooperativas de consumo nas contratações públicas de bens, serviços e obras no âmbito da administração pública federal.

86. O art. 6º do referido diploma estabelece que as licitações para contratações cujo valor esteja abaixo de R$ 80.000,00,**nos itens ou lotes de licitação**, deverão ser destinadas exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte. Todavia, cabe ressaltar que não se aplica a restrição nos casos expressamente previstos no art. 10, situação que requer a devida justificativa.

> **Art. 10. Não se aplica o disposto nos art. 6º ao art. 8º quando:**
>
> **I - não houver o mínimo de três fornecedores competitivos enquadrados como microempresas ou empresas de pequeno porte sediadas local ou regionalmente e capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório;**
>
> **II - o tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e as empresas de pequeno porte não for vantajoso para a administração pública ou representar prejuízo ao conjunto ou ao complexo do objeto a ser contratado, justificadamente;**
>
> **III - a licitação for dispensável ou inexigível, nos termos dos arts. 24 e 25 da Lei nº 8.666, de 1993, excetuadas as dispensas tratadas pelos incisos I e II do caput do referido art. 24, nas quais a compra deverá ser feita preferencialmente por microempresas e empresas de pequeno porte, observados, no que couber, os incisos I, II e IV do caput deste artigo; ou**
>
> **IV - o tratamento diferenciado e simplificado não for capaz de alcançar, justificadamente, pelo menos um dos objetivos previstos no art. 1º.**
>
> **Parágrafo único. Para o disposto no inciso II do caput, considera-se não vantajosa a contratação quando:**
>
> **I - resultar em preço superior ao valor estabelecido como referência; ou**
>
> **II - a natureza do bem, serviço ou obra for incompatível com a aplicação dos benefícios.**

87. ***Deve o órgão, portanto, destinar o certame ou os itens/grupos/lotes à participação exclusiva de microempresas, empresas de pequeno porte e equivalentes para contratações cujo valor esteja abaixo de R$ 80.000,00.***

88. Apenas recomendamos que o órgão certifique-se quanto à não incidência de qualquer das hipóteses do art. 10 do Decreto nº 8.538, de 06 de outubro de 2015, o que imporia, como consequência, o afastamento do tratamento diferenciado e a abertura da competição a todas as empresas interessadas, independentemente de seu porte.

89. **Para os itens indicados no termo de referência, cujo prazo supera a garantia estabelecida no Código de Defesa do Consumidor, orienta-se a celebração do competente contrato.**

90. Com as adequações apontadas, tem-se, a nosso ver, a satisfação dos postulados aplicados à espécie, sobretudo ao estabelecido nas Leis 10.520/2002 e 8.666/1.993 c/c Decretos 5.450/2005 e 7.892/2013.

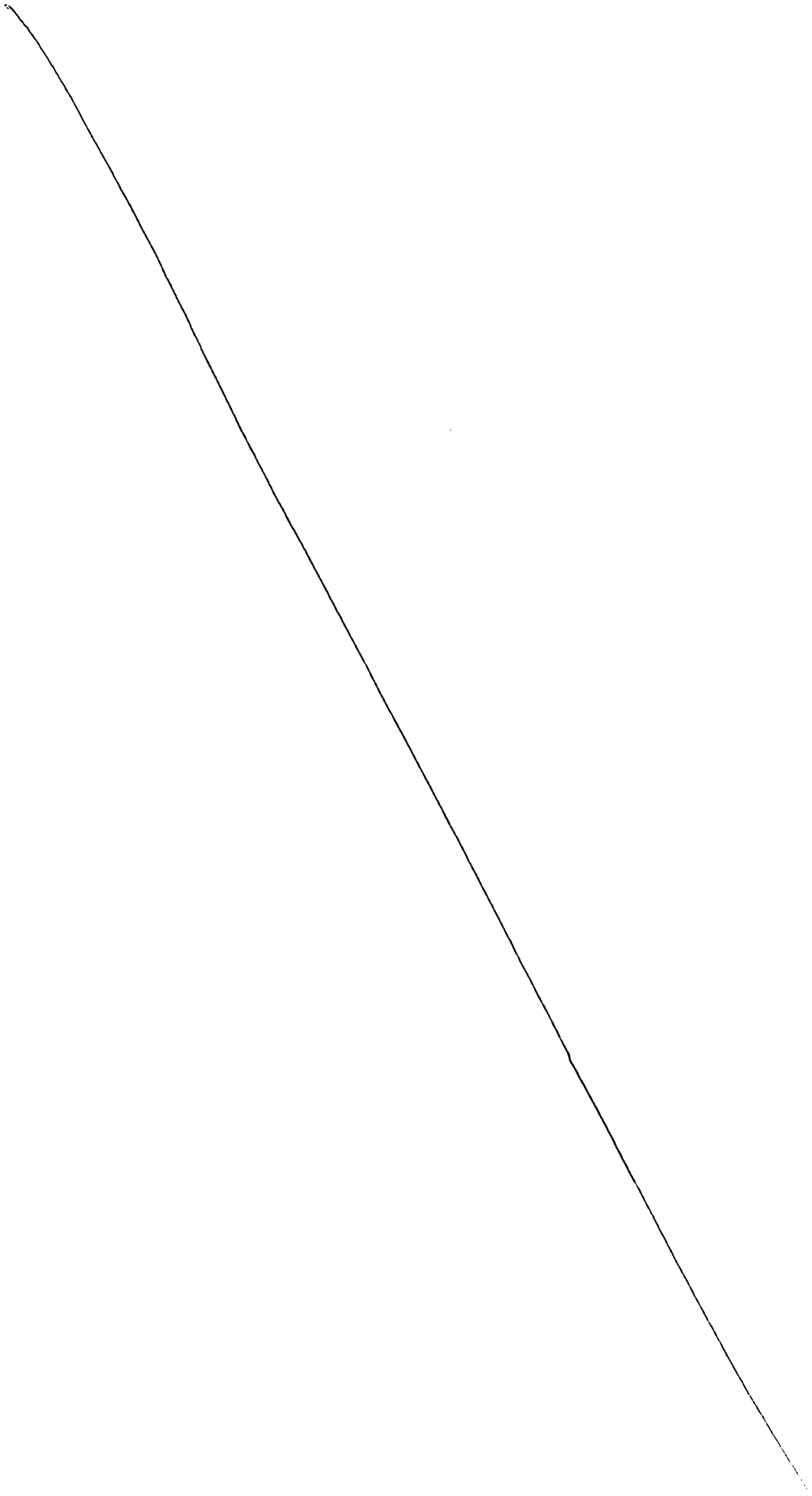
III. CONCLUSÃO

91. Pelo exposto, *restrita a análise aos aspectos jurídico-formais*, oficia-se pela **regularidade das minutas de fls. 979/999 e 1002/1062,** desde que observadas as recomendações/diligências contidas ao longo da fundamentação.

92. Este é o parecer, registrado e assinado eletronicamente no SAPIENS da AGU.

Blumenau, 11 de agosto de 2017.

ANDRÉ DE OLIVEIRA
PROCURADOR-CHEFE

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em http://sapiens.agu.gov.br mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 23475000710201713 e da chave de acesso a941465f

1086 Fls. 8