



Número 173

Sessões: 15 e 16 de outubro de 2013

Este Informativo, elaborado a partir das deliberações tomadas pelo Tribunal nas sessões de julgamento das Câmaras e do Plenário, contém resumos de algumas decisões proferidas nas datas acima indicadas, relativas a licitações e contratos, e tem por finalidade facilitar o acompanhamento, pelo leitor, dos aspectos relevantes que envolvem o tema. A seleção das decisões que constam do Informativo é feita pela Secretaria das Sessões, levando em consideração ao menos um dos seguintes fatores: ineditismo da deliberação, discussão no colegiado ou reiteração de entendimento importante. Os resumos apresentados no Informativo não são repositórios oficiais de jurisprudência. Para aprofundamento, o leitor pode acessar o inteiro teor da deliberação, bastando clicar no número do Acórdão (ou pressione a tecla CTRL e, simultaneamente, clique no número do Acórdão).

SUMÁRIO

Plenário

1. A adoção do pregão presencial, sem estar justificada e comprovada a inviabilidade na utilização da forma eletrônica, não acarreta, por si só, a nulidade do procedimento licitatório, desde que constatado o atendimento ao interesse público, consubstanciado na verificação de competitividade no certame com a consequente obtenção do preço mais vantajoso.
2. O Tribunal pode determinar a anulação da licitação e autorizar, em caráter excepcional, a continuidade da execução contratual, em face de circunstâncias especiais que desaconselhem a anulação do contrato, em razão da prevalência do atendimento ao interesse público.
3. A adjudicação por grupo ou lote não é, em princípio, irregular. A Administração, de acordo com sua capacidade e suas necessidades administrativas e operacionais, deve sopesar e optar, motivadamente, acerca da quantidade de contratos decorrentes da licitação a serem gerenciados.
4. O parâmetro para a avaliação da conformidade dos preços ofertados são os valores de mercado, e não as propostas apresentadas por outros licitantes.
5. Nas licitações para fornecimento de vale alimentação/refeição, apesar de discricionária a fixação do número mínimo de estabelecimentos credenciados, os critérios técnicos adotados para tanto devem estar em consonância com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, além de claramente definidos e fundamentados no processo licitatório.

PLENÁRIO

1. A adoção do pregão presencial, sem estar justificada e comprovada a inviabilidade na utilização da forma eletrônica, não acarreta, por si só, a nulidade do procedimento licitatório, desde que constatado o atendimento ao interesse público, consubstanciado na verificação de competitividade no certame com a consequente obtenção do preço mais vantajoso.

Em sede de Representação contra pregão presencial da Companhia de Desenvolvimento dos Vales do São Francisco e do Parnaíba (Codevasf), cujo objeto é o fornecimento, transporte e instalação de 187.495 cisternas em polietileno, mediante registro de preços, a unidade técnica do Tribunal identificou possível irregularidade na adoção da forma presencial ao invés do pregão eletrônico. Para a unidade instrutiva, ocorrera desobediência ao art. 4º do Decreto 5.450/05, uma vez não ter havido comprovação da inviabilidade de adoção da forma eletrônica. Não obstante concordar com a análise da instância técnica, não só em razão do disposto no citado regulamento como também em vista do entendimento do Tribunal de que *“a opção não justificada pelo pregão presencial em vez do pregão na forma eletrônica, sem a comprovação de sua inviabilidade técnica, pode caracterizar ato de gestão antieconômico”*, ponderou o relator: (i) a obrigatoriedade, *a priori*, da utilização da forma eletrônica *“fundada tão somente no decreto presidencial e não na lei, não tem o condão, por si só, de acarretar a nulidade do procedimento licitatório, quando verificado o atendimento ao interesse público por meio do pregão presencial, consubstanciado na verificação de competitividade no certame com a consequente*

*obtenção do preço mais vantajoso para a Administração”; e (ii) “a forma será inafastável somente quando restarem violados os princípios que se pretende verem garantidos por meio da licitação”. Assim, passou o relator a verificar se, no caso concreto, houve ou não prejuízo à competitividade ou à obtenção da proposta mais vantajosa. Como a licitação está dividida em três “itens” (lotes) independentes e autônomos entre si (item 1: 49.704 cisternas, para os estados de Alagoas, Minas Gerais e Goiás; item 2: 84.846 cisternas, para o estado da Bahia; item 3: 52.945 unidades, para Piauí e Ceará), como licitações distintas fossem, o relator separou a sua análise por “item”. Quanto ao item 1, concluiu não ter havido violação a nenhum princípio básico da licitação, que a condução do certame atendeu o interesse público e que não houve prejuízo para a Administração. Diante dessas conclusões, o Tribunal, no ponto, ao seguir o voto do relator, não determinou a anulação da licitação relativamente ao item 1, mas deu ciência à Codevasf da “*não adoção da modalidade pregão eletrônico para a contratação do fornecimento, transporte e instalação de 187.495 cisternas (...), infringindo o disposto no art. 4º, § 1º, do Decreto 5.450/2005 (...) bem como o entendimento deste Tribunal de que a escolha não justificada pelo pregão presencial pode caracterizar ato de gestão antieconômico*”. **Acórdão 2789/2013-Plenário, TC 010.656/2013-8, relator Ministro Benjamin Zymler, 16.10.2013.***

2. O Tribunal pode determinar a anulação da licitação e autorizar, em caráter excepcional, a continuidade da execução contratual, em face de circunstâncias especiais que desaconselhem a anulação do contrato, em razão da prevalência do atendimento ao interesse público.

Ainda na Representação referente ao pregão presencial da Codevasf para aquisição de cisternas, o relator prosseguiu sua análise quanto aos itens 2 e 3, no sentido de verificar se houve ou não prejuízo à competitividade ou à obtenção da proposta mais vantajosa. Diferentemente do item 1, o relator entendeu ser “*manifesto o prejuízo à competitividade decorrente da opção da CODEVASF pelo pregão presencial em vez do eletrônico no que diz respeito aos itens 2 e 3 do Pregão Presencial nº 11/2013 - SRP - CODEVASF, impondo-se, em consequência, a declaração de nulidade do certame ora questionado nesta parte, em virtude da violação do disposto no art. 4º, § 1º, do Decreto nº 5.450/2005 c/c o art. 3º da Lei nº 8.666/1993, assim como do disposto no art. 4º, incisos XI, XVI e XVII, da Lei nº 10.520/2002*”. Contudo, ao apreciar as consequências da declaração parcial de nulidade do certame em relação aos contratos já celebrados, uma vez que a nulidade do procedimento licitatório induz a do contrato (art. 49, § 2º, da Lei 8.666/93), defrontou-se o relator, seguindo a moderna doutrina administrativista em torno da teoria das nulidades, com a necessidade de verificar se a anulação dos contratos não estaria em desacordo com o interesse público. Quanto ao item 3, como não houvera a celebração do contrato, sua anulação ensejaria a realização de novo certame licitatório. Quanto ao item 2, no entanto, o contrato já se encontrava assinado. Diante de todas as circunstâncias e consequências envolvidas, da documentação constante dos autos e das manifestações da unidade técnica, concluiu o relator que “*o interesse público estará melhor atendido caso se autorize, de forma excepcional, a continuidade do contrato relativamente ao item 2 do Pregão Presencial nº 11/2013*”. O Tribunal, quanto ao ponto, acolhendo o voto do relator determinou à entidade que anule a licitação relativamente aos itens 2 e 3, bem como as atas de registro de preços correspondentes; autorizou, excepcionalmente, a Codevasf a dar continuidade à execução do contrato decorrente do item 2; e determinou à Codevasf, em relação a esse contrato, que não celebre aditivos visando elevar o quantitativo ou reajustar valores. **Acórdão 2789/2013-Plenário, TC 010.656/2013-8, relator Ministro Benjamin Zymler, 16.10.2013.**

3. A adjudicação por grupo ou lote não é, em princípio, irregular. A Administração, de acordo com sua capacidade e suas necessidades administrativas e operacionais, deve sopesar e optar, motivadamente, acerca da quantidade de contratos decorrentes da licitação a serem gerenciados.

Representação relativa a pregão eletrônico realizado pela Agência de Modernização da Gestão de Processos do Estado de Alagoas (Amgesp) para registro de preços, destinado à aquisição de kits escolares, apontara, dentre outras irregularidades, “*a adjudicação pelo menor preço por grupo de itens ou por módulo escolar, quando deveria ser por item que compõe cada grupo ...*”. Em suas justificativas, a Amgesp defendeu que “*individualizar a compra de cada item do kit sobrecarrega a administração pública e encarece o produto final, enquanto que, se o objeto é o próprio kit, os licitantes possuem margem de negociação maior por estarem comercializando grandes quantidades e variedades de material escolar*”. O relator, acolhendo essa tese, registrou que “*adjudicação por grupo ou lote não pode ser tida, em princípio, como irregular. É cediço que a Súmula nº 247 do TCU estabelece que as compras devam ser realizadas por item e não por preço global, sempre que não haja prejuízo para o conjunto ou perda da economia de escala. Mas a perspectiva de administrar inúmeros contratos por um corpo de servidores reduzido pode se enquadrar, em nossa visão, na exceção prevista na Súmula nº 247, de que haveria prejuízo para o conjunto dos bens a serem adquiridos*”. Acrescentou que “*a Administração deve sopesar, no caso concreto, as consequências da multiplicação de*

*contratos que poderiam estar resumidos em um só, optando, então, de acordo com suas necessidades administrativas e operacionais, pelo gerenciamento de um só contrato com todos os itens ou de um para cada fornecedor". Em relação ao alcance da Súmula 247 do TCU, destacou, amparado em deliberação do Tribunal, que ela pretendeu "consolidar o entendimento prevalecente nesta Casa, no sentido de que é condenável a adjudicação por preço global, por representar, no geral, restrição à competitividade. Não teve a referida Súmula a pretensão de condenar a adjudicação por lotes ...". Ponderou, contudo, que restou ausente nos autos a devida motivação para a opção eleita. O Tribunal, ao acolher o juízo de mérito formulado pelo relator, julgou parcialmente procedente a Representação e, confirmando a medida cautelar previamente adotada no processo, determinou que a Secretaria de Educação e do Esporte do Estado de Alagoas, na condição de órgão participante da mencionada ata de registro de preço, se abstivesse "de realizar novas contratações com recursos federais, inclusive recursos do Fundeb, já que há complementação da União". **Acórdão 2796/2013-Plenário, TC 006.235/2013-1, relator Ministro José Jorge, 16.10.2013.***

4. O parâmetro para a avaliação da conformidade dos preços ofertados são os valores de mercado, e não as propostas apresentadas por outros licitantes.

Também na Representação concernente ao pregão eletrônico conduzido pela Amgesp, fora questionada a adjudicação do objeto do pregão à determinada licitante cujos preços registrados "são superiores aos ofertados por outros participantes, desclassificados por razões indevidas e que não guardam relação com a formação do preço dos produtos". A unidade técnica concluíra pela existência de sobrepreço, tomando por parâmetro propostas ofertadas por outros licitantes. Em juízo de mérito, o relator considerou que, para a caracterização de sobrepreço, não bastaria afirmar que os valores adjudicados e registrados na ata encontram-se superiores aos valores orçados, "muito menos tomar como parâmetro tão somente propostas de outros licitantes ...", mas deve-se demonstrar "que os valores adjudicados e registrados encontravam-se acima dos efetivamente praticados no mercado à época". Recorreu ainda ao consignado no Acórdão 267/2003-Plenário, no sentido de que "a Lei nº 8.666/93 não ordena a desclassificação de propostas de preços desconformes com o orçamento, mas sim de propostas de preços desconformes com o mercado, este que é, na verdade, o padrão efetivo para avaliação da conformidade das ofertas, como se percebe dos artigos 24, inciso VII, e 43, inciso IV, da mencionada lei". Nesse sentido, considerando que a licitação fora promovida por autarquia estadual, propôs o encaminhamento da deliberação ao Tribunal de Contas competente para apuração de eventual sobrepreço, "desta feita sob a ótica dos valores de mercado praticados quando da realização do certame". O Tribunal endossou a proposta do relator. **Acórdão 2796/2013-Plenário, TC 006.235/2013-1, relator Ministro José Jorge, 16.10.2013.**

5. Nas licitações para fornecimento de vale alimentação/refeição, apesar de discricionária a fixação do número mínimo de estabelecimentos credenciados, os critérios técnicos adotados para tanto devem estar em consonância com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, além de claramente definidos e fundamentados no processo licitatório.

Representação relativa a pregão presencial conduzido pelo Conselho Federal de Contabilidade (CFC) com vistas à contratação de empresa especializada na prestação de serviço de administração e emissão de cartões magnéticos para concessão de vales alimentação/refeição apontara, dentre outras irregularidades, possível restrição à competitividade do certame decorrente da exigência de "excessiva rede de estabelecimentos comerciais a ser disponibilizada pela contratada para transacionar os vales...". No caso concreto, o certame encontrava-se suspenso por iniciativa do próprio órgão para reformulação do termo de referência. Em juízo de mérito, o relator recorreu a considerações já efetuadas em voto de sua relatoria que tratara de caso similar: "De acordo com a jurisprudência desta Corte de Contas (...), os requisitos definidos em edital voltados à rede credenciada devem buscar compatibilizar o caráter competitivo do certame com a satisfação das necessidades da entidade visando garantir o conforto e a liberdade de escolha dos funcionários da instituição para a aquisição de gêneros alimentícios, o que se insere no campo da discricionariedade do gestor (...)" Ponderou, contudo, que, a despeito dessa discricionariedade, "a atuação do dirigente deve estar pautada nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, e que os critérios técnicos para a fixação desses quantitativos devem estar baseados em estudos necessários a ampará-los, os quais devem constar do processo licitatório". Nesse sentido, considerando que o critério estabelecido no edital não se mostrou claro, propôs dar ciência ao CFC de que "a despeito da fixação do número mínimo de estabelecimentos credenciados estar no campo da atuação discricionária do gestor, faz-se necessário que os critérios técnicos referentes à fixação do quantitativo mínimo estejam em consonância com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, além de claramente definidos e fundamentados no processo licitatório, devendo tais critérios ser oriundos de levantamentos estatísticos, parâmetros e de estudos previamente realizados, a exemplo do decidido pelo

*Tribunal nos Acórdãos 2.367/2011 e 1.071/2009, ambos do Plenário ...". **Acórdão 2802/2013-Plenário, TC 022.682/2013-9, relator Ministro-Substituto Augusto Sherman Cavalcanti, 16.10.2013.***

*Elaboração: Secretaria das Sessões
Contato: infojuris@tcu.gov.br*