

Sessões: 15 e 16 de fevereiro de 2011

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, da jurisprudência do TCU quanto aos aspectos relevantes que envolvem o tema. Por esse motivo, 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.

SUMÁRIO**Plenário**

O critério de aceitabilidade de preços adotado pela Administração Pública em uma licitação não deve permitir que sejam admitidos preços distanciados da realidade do mercado.

Pregão para registro de preços:

1 – A exigência de certificado de boas práticas de fabricação não se coaduna com os requisitos de habilitação previstos na Lei 8.666/1993;

2 – No caso de produtos a serem entregues em diversas unidades da federação, a instituição pública contratante deve divulgar como foram estimadas, por localidade, as quantidades a serem adquiridas, ou pelo menos o percentual da demanda, por unidade federativa;

3 – No caso do pregão, a divulgação do valor orçado e, se for o caso, do preço máximo, caso este tenha sido fixado, é meramente facultativa;

4 – Preço máximo não se confunde com valor orçado ou de referência.

PLENÁRIO**O critério de aceitabilidade de preços adotado pela Administração Pública em uma licitação não deve permitir que sejam admitidos preços distanciados da realidade do mercado**

Representação trouxe notícias ao Tribunal acerca de possíveis irregularidades em concorrência realizada pelo Serviço Social do Comércio – Administração Regional no Estado do Espírito Santo – (Sesc/ES), para contratação de serviços diversos de marcenaria. Dentre elas, estaria a autorização, no edital, para apresentação de propostas de preços superiores em até 20% ao valor orçado pela administração, prática que estaria em desacordo com o art. 40, inciso X, da Lei 8.666/1993, que veda a fixação de faixas de variação em relação a preços de referência, e com entendimento do Tribunal acerca de critérios de aceitabilidade de preços, com a agravante de que a aplicação de tal regra teria implicado a adjudicação de três lotes da licitação a empresas que cotaram preços, em média, 14,21% superiores aos orçados. Promovida a oitiva dos responsáveis pela irregularidade, foi informado ao Tribunal que a autorização para que as propostas ultrapassassem em 20% os valores estimados não teria estabelecido uma faixa de variação de preços, uma vez que não fora fixado preço mínimo, estando em conformidade, ainda, com o art. 48 da Lei 8.666/1993, bem como com orientações do TCU, no sentido de serem adotados critérios de aceitabilidade de preços. O relator, todavia, não acatou os argumentos apresentados, haja vista que a variação percentual admitida, na prática, *“terminou por criar uma faixa de variação de preços, já que todos os licitantes apresentaram cotações acima do preço estimado”*, em desconformidade com os princípios da eficiência e da legalidade, eis que *“não há razão para admissão de preços em substancial desacordo com estimativas que, em princípio, deveriam refletir os valores de mercado”*. Por consequência, para o relator, a medida teria permitido a ocorrência de sobrepreço. Além disso, *“não teve seu fundamento estatístico, matemático ou econômico demonstrado, o que impede que seja considerada critério adequado de aceitabilidade de preços”*, e, por fim, estaria *“em desacordo com orientação desta Corte, no sentido de que seja evitada a fixação de critérios de aceitabilidade que permitam a proposição de preços excessivamente distanciados dos de mercado”*. Por conseguinte, o relator, no ponto, rejeitou os argumentos apresentados pelos responsáveis, e votou pela procedência da representação, bem como por que fosse determinado ao Sesc/ES que *“evite incluir nos instrumentos convocatórios cláusula que permita apresentação de proposta de preços com valor superior ao estimado pela Administração para o objeto licitado”*, no que contou com a anuência do Plenário.

Precedentes citados: Acórdãos 1564/2003, 1523/2005 e 144/2009, todos do Plenário. *Acórdão n.º 378/2011-Plenário, TC-000.320/2011-0, rel. Min. Aroldo Cedraz, 16.02.2011.*

Pregão para registro de preços: 1 – A exigência de certificado de boas práticas de fabricação não se coaduna com os requisitos de habilitação previstos na Lei 8.666/1993

Em face de representação, o Tribunal tomou conhecimento de potenciais irregularidades no Pregão nº 208/2010, realizado pelo Ministério da Saúde - MS, para registro de preços, e cujo objeto consistiu na aquisição de kits de testes de quantificação de RNA viral do HIV-1, em tempo real, no total de 1.008.000 unidades, a serem distribuídos para as 79 unidades que compõem a Rede Nacional de Laboratórios (com previsão de mais quatro a serem instaladas), em todos os estados da Federação. Dentre tais irregularidades, constou exigência, para o fim de qualificação técnica, de certificado de boas práticas de fabricação, o qual, na visão da representante, estaria em contrariedade à ordem jurídica. Para o relator, assistiria razão à representante, em razão da ausência de previsão legal para a exigência em questão. Para ele, “*o art. 30 da Lei nº 8.666/93 enumera os documentos que poderão ser exigidos para fim de comprovação da qualificação técnica, entre os quais não se incluem certificados de qualidade*”. Assim, não haveria sido observado o princípio da legalidade. Além disso, ainda para o relator, “*ainda que se considerasse legal a exigência supra, ela não atenderia, no caso concreto, ao princípio da proporcionalidade, não se revelando, na espécie, indispensável à garantia do cumprimento das obrigações a serem assumidas perante o Ministério da Saúde*”. Por conseguinte, votou, e o Plenário aprovou, por que se determinasse ao Ministério da Saúde a exclusão do edital do Pregão nº 208/2010 da exigência do certificado de boas práticas de fabricação, por absoluta falta de amparo legal, bem como por não se mostrar indispensável à garantia do cumprimento das obrigações a serem pactuadas. *Acórdão n.º 392/2011-Plenário, TC-033.876/2010-0, rel. Min. José Jorge, 16.02.2011.*

Pregão para registro de preços: 2 – No caso de produtos a serem entregues em diversas unidades da federação, a instituição pública contratante deve divulgar como foram estimadas, por localidade, as quantidades a serem adquiridas, ou pelo menos o percentual da demanda, por unidade federativa

Ainda na representação pela qual o Tribunal tomou conhecimento de potenciais irregularidades no Pregão nº 208/2010, realizado pelo Ministério da Saúde, outra possível irregularidade abordada foi a ausência da estimativa do número de testes a serem entregues por laboratório, levando em conta a sua localidade, o que seria fundamental para a elaboração da proposta de preço, na opinião da unidade técnica. A esse respeito, o MS argumentou que “*a entrega do produto em cada laboratório da Rede é flexível, pois está vinculada à capacidade de armazenamento em alguns locais e à demanda de execução do teste, que é definida através do atendimento médico aos pacientes vivendo com HIV/AIDS e do agendamento da coleta do material biológico aos pacientes, não dependendo exclusivamente do laboratório*”. Por consequência, não haveria como estabelecer, no edital, a entrega do produto a ser feita para cada um dos 83 laboratórios, pois a demanda seria flutuante. Para o relator, não seria mesmo razoável exigir que o edital divulgasse, de forma absolutamente precisa, os quantitativos de kits a serem entregues em cada laboratório durante a vigência da ata de registro de preços resultante do Pregão nº 208/2010. Todavia, ainda para o relator, “*poderia o Ministério da Saúde ao menos informar às licitantes como foi estimado o consumo mensal para toda a rede de laboratórios, da ordem de 84.000 testes para quantificação da carga viral do HIV-1*”, ou alternativamente, “*divulgar o percentual de demanda por unidade da Federação*”, pois a informação, ao menos em estimativas, quanto às quantidades de insumos/equipamentos a serem entregues por localidade, “*mostra-se essencial para que as licitantes possam elaborar suas propostas com um mínimo de segurança*”. Assim, pela falta da informação em relação aos quantitativos, ao menos estimados, entendeu o relator violados os art. 14 e 5, § 7º, da Lei 8.666/1993, e votou pela expedição de determinação, de forma a evitar ocorrência semelhante em futuras licitações a serem procedidas pelo Ministério da Saúde, no que obteve a anuência do Plenário. *Acórdão n.º 392/2011-Plenário, TC-033.876/2010-0, rel. Min. José Jorge, 16.02.2011.*

Pregão para registro de preços: 3 – No caso do pregão, a divulgação do valor orçado e, se for o caso, do preço máximo, caso este tenha sido fixado, é meramente facultativa

Na mesma representação pela qual o Tribunal tomou conhecimento de potenciais irregularidades no Pregão nº 208/2010, realizado pelo Ministério da Saúde - MS, analisou-se, como possível irregularidade, a não divulgação dos valores de referência, tidos, na espécie, como preços máximos a serem praticados, que teria resultado em prejuízo para a elaboração da proposta por parte das empresas licitantes. Em seus argumentos,

o MS defendeu tratar-se de estratégia, a fundamentar a negociação a ser travada entre pregoeiro e as licitantes. Nesse quadro, levantou precedente no qual o TCU entendeu ser facultativa a divulgação dos valores de referência. Para o órgão, *“a revelação do preço máximo faz com que as propostas das licitantes orbitem em torno daquele valor, o que poderia frustrar a obtenção das melhores condições de contratação”*. Já para a unidade técnica, existiriam, no TCU, duas correntes acerca da necessidade da divulgação de orçamento/preço máximo em edital. *Pela primeira, “no caso específico dos pregões, [...] o orçamento estimado em planilhas e os preços máximos devem necessariamente fazer parte do Termo de Referência, na fase preparatória do certame, e a sua divulgação é decisão discricionária do órgão organizador”*. Para a outra corrente, que *“abarca as situações que não sejam de pregões, tem-se farta jurisprudência no sentido de que o disposto do art. 40, inc. X, da Lei 8.666 obriga, e não faculta, a divulgação do orçamento estimado em planilhas e de preços máximos no instrumento convocatório”*. Assim, para a unidade técnica, à exceção do pregão, a jurisprudência do TCU, apoiada pela doutrina, majoritariamente considera *“a divulgação do ‘orçamento ou preço máximo no instrumento convocatório’ como elemento imperativo, e não meramente opcional”*. Contudo, ainda de acordo com a unidade instrutiva, o acórdão nº 3.028/2010, da 2ª Câmara, teria aberto precedente, no sentido de se interpretar *“a divulgação dos preços máximos, prevista no art. 40, X, da Lei 8.666/93, como facultativa, e não obrigatória, sem ressalvas com relação à modalidade da licitação”*. Em razão da aparente divergência jurisprudencial, a unidade técnica sugeriu que a questão fosse apreciada em sede de incidente de uniformização de jurisprudência, com o que discordou o relator. Para ele, *“o art. 40, X, da Lei nº 8.666/93 não discorre sobre a ‘divulgação’ do preço máximo, mas sim sobre a sua ‘fixação’, o que é bem diferente”*. A fixação de preços máximos, tanto unitários quanto global, seria obrigatória, no entender do relator, no caso de obras e serviços de engenharia, nos termos da Súmula TCU nº 259/2010, donde se concluiria que, para outros objetos, não relacionados a obras e serviços de engenharia, essa fixação é meramente facultativa. Fez ressalva, todavia, ao caso do pregão, para o qual, *“a jurisprudência do TCU acena no sentido de que a divulgação do valor orçado e, se for o caso, do preço máximo, caso este tenha sido fixado, é meramente facultativa”*. Precedente citado: Acórdão nº 3.028/2010, da 2ª Câmara. Acórdão n.º 392/2011-Plenário, TC-033.876/2010-0, rel. Min. José Jorge, 16.02.2011.

Pregão para registro de preços: 4 – Preço máximo não se confunde com valor orçado ou de referência

Ainda em relação à representação na qual o Tribunal tomou conhecimento de potenciais irregularidades no Pregão nº 208/2010, realizado pelo Ministério da Saúde - MS, esclareceu o relator que, *“‘orçamento’ ou ‘valor orçado’ ou ‘valor de referência’ ou simplesmente ‘valor estimado’ não se confunde com ‘preço máximo’*. *O valor orçado, a depender de previsão editalícia, pode eventualmente ser definido como o preço máximo a ser praticado em determinada licitação, mas não necessariamente. Num dado certame, por exemplo, o preço máximo poderia ser definido como o valor orçado acrescido de determinado percentual. São conceitos, portanto, absolutamente distintos, que não se confundem”*. O orçamento, então, deveria ser fixado em razão de disposições legais. Já a divulgação do valor de referência, e do preço máximo, quando este for fixado, seria diferente. Para as modalidades licitatórias tradicionais, a regra, conforme o relator, é contemplada no art. 40, § 2º, II, da Lei nº 8.666/93, ou seja, haveria, necessariamente, a divulgação do orçamento elaborado, contemplando o preço estimado e, se for o caso, o preço máximo que a Administração se dispõe a pagar, facultando-se, tal divulgação, no caso do pregão, no qual *“os orçamentos estimados em planilhas de quantitativos e preços unitários – e, se for o caso, os preços máximos unitários e global – não constituem elementos obrigatórios do edital, devendo, no entanto, estar inseridos nos autos do respectivo processo licitatório”*. Por conseguinte, *“cabera aos gestores/pregoeiros, no caso concreto, a avaliação da oportunidade e conveniência de incluir tais orçamentos – e os próprios preços máximos, se a opção foi a sua fixação – no edital, informando nesse caso, no próprio ato convocatório, a sua disponibilidade aos interessados e os meios para obtê-los”*. Não caberia, portanto, recomendar ao Ministério da Saúde, como sugerido pela unidade técnica que no Pregão Presencial SRP nº 208/2010 o orçamento estimado contivesse *“a informação de preço estimado máximo para a contratação, em atenção ao art. 40, X, da Lei 8.666 c/c art. 9º, III, do Decreto 3.931/2001”*. Para o relator, a recomendação adequada, e que, inclusive, deveria ser estimulada, seria quanto à divulgação do orçamento estimativo nos pregões a serem realizados, em linha com a jurisprudência do TCU. Após o voto do relator nesse sentido, o Plenário manifestou sua anuência. Precedente citado: Acórdão nº 1178/2008, do Plenário. Acórdão n.º 392/2011-Plenário, TC-033.876/2010-0, rel. Min. José Jorge, 16.02.2011.



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