

Ofício Circular n. 168/2020 – CML/PM

Manaus, 27 de julho de 2020.

Senhores Licitantes,

Trata-se de Pedido de Esclarecimento apresentado por uma empresa em 24/07/2020 às 13h22m (horário local), referente ao Pregão Eletrônico n. 086/2020 – CML/PM, cujo objeto versa sobre “Eventual aquisição de equipamentos de telefonia com tecnologia voz sobre IP (VOIP), licenças de uso, acessórios, instalação, configuração, suporte e garantia contratual estendida para atender as necessidades dos órgãos e entidades da Administração Pública”.

No que tange ao mérito do esclarecimento apresentado, a empresa questiona o que segue:

Venho por meio deste solicitar o valor referencial do pregão em epígrafe cujo objeto é “Eventual aquisição de equipamentos de telefonia com tecnologia voz sobre IP (VOIP), licenças de uso, acessórios, instalação, configuração, suporte e garantia contratual estendida para atender as necessidades dos órgãos e entidades da Administração Pública”, por gentileza.

Após análise do pedido da Licitante, temos a destacar o que segue:

Registra-se que a norma que regulamenta a modalidade pregão não estabelece como requisito obrigatório do edital a divulgação do preço estimado, diferente do que ocorre com as modalidades processadas pela Lei n. 8.666/93, cuja obrigatoriedade consta no art. 40, inciso X e § 2º, II.

Por conta disso é que o TCU já entendeu ser desnecessária a divulgação do valor estimado no edital, consoante esclarece Lucas Rocha Furtado:

“Uma dúvida que inicialmente se apresentou em relação aos pregões está relacionada a saber se o orçamento detalhado, com a planilha de custos individualizada, deveria constar do edital, por força da aplicação subsidiária da Lei n. 8.666/93. No âmbito do TCU, a orientação atualmente adotada pela jurisprudência é no sentido de que tendo a Lei n. 10.520/2002, que trata do pregão, tratado do tema, não seria hipótese de buscar a aplicação subsidiária da Lei n. 8.666/93. Essa tese foi adotada por ocasião do julgamento do Acórdão n. 117/2007 – Plenário. Transcrevemos trecho do voto condutor: O fato dessa planilha ter sido inserida no edital sem o preenchimento dos valores não traduz prática que viola os dispositivos legais atinentes à matéria. Como visto, na licitação da modalidade pregão, o orçamento estimado em planilhas e preço unitários não constitui um dos elementos



obrigatórios do edital, devendo estar inserido obrigatoriamente no bojo do processo relativo ao certame. Ficará a critério do gestor, no caso concreto, a avaliação da oportunidade e conveniência de incluir esse orçamento no edital ou de informar, no ato convocatório, a sua disponibilidade aos interessados e os meios para obtê-lo. Esse tem sido o entendimento exarado por este Tribunal em recentes decisões acerca da matéria, ex vi dos Acórdãos n. 1.925/2006 – Plenário e 201/2006 – Segunda Câmara. **“REPRESENTAÇÃO. PREGÃO ELETRÔNICO PARA REGISTRO DE PREÇO. AQUISIÇÃO DE EMBARCAÇÕES PARA O TRANSPORTE DIÁRIO DE ALUNOS DA REDE PÚBLICA DE ENSINO. SUSPOSTAS IRREGULARIDADES NO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO NA LICITAÇÃO DOS PREÇOS ESTIMADOS PELA ADMINISTRAÇÃO. DESNECESSIDADE DE DIVULGAÇÃO DO ORÇAMENTO ESTIMATIVO E JUSTIFICATIVA PARA INDEFERIMENTO DO FORNECIMENTO DE CÓPIAS PELA ADMINISTRAÇÃO. INSUFICÊNCIA DE INFORMAÇÕES PARA ELABORAÇÃO DAS PROPOSTAS. DIFICULDADE NO CÁLCULO DO FRETE PARA LOTE ESPECÍFICO DA LICITAÇÃO. RETIFICAÇÃO DO EDITAL. SANEAMENTO DA IRREGULARIDADE. CONHECIMENTO. PROCEDÊNCIA PARCIAL. DEFERIMENTO DE VISTAS, COM RESSALVA AO CONTEÚDO DO ORÇAMENTO FORNECEDIDO PELO FNDE ATÉ A FASE DE LANCES. COMUNICAÇÕES. ARQUIVAMENTO.** Em sede de licitação, na modalidade pregão, não se configura violação ao princípio da publicidade o resguardo do sigilo do orçamento estimado elaborado pela Administração até a fase de lances, sendo público o seu conteúdo após esse momento.”

Em outros julgados, porém, o TCU apontou a necessidade de divulgação do valor estimado se esse for adotado como critério de admissibilidade das propostas. Ou seja, se a proposta for julgada em função do valor estimado, significa que o preço de referência serviu como um critério de admissibilidade (ou de julgamento) e, assim sendo, deve ser divulgado previamente no edital.

Observe-se a jurisprudência selecionada:

“10. Quanto à ausência no edital de valor estimado da contratação, a jurisprudência deste Tribunal tem se firmado no sentido de que, na licitação na modalidade pregão, o orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários não constitui um dos elementos obrigatórios do edital, mas deve estar inserido obrigatoriamente no bojo do processo relativo ao certame. Todavia, sempre que o preço de referência ou o preço máximo fixado pela Administração for utilizado como critério de



aceitabilidade de preços, a sua divulgação em edital torna-se obrigatória.”

“33. O orçamento deverá ser elaborado (fixado) em quaisquer situações, haja vista o disposto no art. 7º, § 2º, II (específico para obras e serviços de engenharia), c/c o art. 40, § 2º, II (aplicado a obras, serviços – de engenharia ou não – e compras), ambos da Lei de Licitações. Já a fixação do preço máximo está disciplinada no art. 40, X, da Lei nº 8.666/93, com a interpretação que lhe foi conferida pela Súmula TCU nº 259.

34. Diferente é a situação da divulgação do valor de referência e do preço máximo, quando este for obviamente fixado. Para as modalidades licitatórias tradicionais, a regra está contemplada no art. 40, § 2º, II, da Lei nº 8.666/93, ou seja, tem que haver 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. No caso do pregão, 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.

35. Portanto, nas licitações na modalidade de pregão, 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. Caberá 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.

35.1 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.

36. Vê-se, portanto, inexistir qualquer tipo de divergência entre deliberações anteriores do TCU, a suscitar incidente de uniformização de jurisprudência. No caso concreto, haja vista a natureza do objeto do certame (não se trata de obra ou serviço de engenharia), não seria obrigatória a fixação de preço máximo, tampouco a divulgação do valor orçado, por se tratar de pregão. Pelas razões já expostas, ficaria a critério do órgão fixar o preço máximo, sendo igualmente discricionária a sua divulgação.”[5]

“2. É obrigatória a divulgação do preço de referência em editais de licitação, na modalidade pregão, quando for utilizado como



critério de aceitabilidade das propostas. 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 irrisignação 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 ateu 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)”.

A empresa JML Consultoria (que provocou mudança de entendimento do TCU) que sempre questionou essa orientação do TCU, porquanto induz à interpretação de que em algumas situações o valor estimado não servirá de parâmetro para aferir a aceitabilidade das propostas, o que não procede. **E foi justamente essa crítica que motivou o Ministro Revisor do Acórdão objeto desses comentários a suscitar a modificação da jurisprudência que até então prevalecia na Corte de Contas:**

“II – Da não obrigatoriedade de divulgação dos preços unitários no edital do pregão, mesmo quando eles forem utilizados como critério de aceitabilidade das propostas
9. A matéria foi enfrentada em algumas ocasiões pelo TCU, que decidiu no sentido de que “*é obrigatória a divulgação do preço de referência em editais de licitação, na modalidade pregão, quando for utilizado como critério de aceitabilidade das propostas*” (Acórdãos 10051/2015-2ª Câmara, 2.166/2014-Plenário e 7.213/2015-2ª Câmara).

10. Todavia, o aludido entendimento parece despido de qualquer aplicação prática, pois o orçamento estimativo será sempre critério de aceitabilidade da proposta em licitações na modalidade pregão eletrônico, nos exatos termos do art. 25 do Decreto 5.450/2005, **in verbis:**

“Art. 25. Encerrada a etapa de lances, o pregoeiro examinará a proposta classificada em primeiro lugar quanto à compatibilidade do preço em relação ao estimado para contratação e verificará a habilitação do licitante conforme disposições do edital.” (grifos acrescidos).

11. Como decorrência lógica, a administração estaria sempre obrigada a divulgar os preços unitários do orçamento estimativo no edital do pregão, que, nessa linha de entendimento, constituiria elemento obrigatório do edital”.

De forma acertada, entendeu o Ministro Revisor que defender que o valor estimado deve ser divulgado, sempre que servir de parâmetro para análise da aceitabilidade das propostas, na prática, representa a obrigatoriedade da divulgação, já que esse critério sempre serve de subsídio para o julgamento. Ademais, “admitir que os licitantes obtenham tais informações mediante a solicitação de cópia do processo de licitação, nos casos em que tais

elementos não constem do edital, significa impor custos administrativos desnecessários aos interessados. Afinal, ou a publicidade é obrigatória e o orçamento deve ser divulgado desde logo ao universo de potenciais licitantes, no edital do pregão, ou ela é facultativa e a administração pode manter o orçamento em sigilo, inclusive no processo administrativo da licitação”[7].

Por estas razões e pelo fato de a norma que regulamenta a modalidade pregão não estabelecer como obrigatória a divulgação, prevaleceu no julgado em tela a orientação de que, nessa modalidade, a Administração Pública não está obrigada a divulgar o preço estimado no edital, tampouco para empresas que eventualmente questionem.

“VOTO

Portanto, não cabe ao TCU determinar, desde logo, que haja a divulgação dos valores estimados por parte do FNDE. Entretanto, este deverá demonstrar a vantagem da sistemática adotada antes do próximo registro de preços nacional com mesmo objeto.
(...)

Voto do Ministro revisor

(...)

17. A meu juízo, a possibilidade de os licitantes acessarem o orçamento não divulgado no edital, mas aposto no procedimento de licitação, torna meramente burocrático e sem efeito prático o art. 4º, inciso III c/c o art. 3º da Lei 10.520/2002, supramencionado.

18. Se o legislador excluiu o orçamento estimativo do rol de elementos obrigatórios do edital do pregão, que deve conter todas as informações reputadas como necessárias para a apresentação das propostas e, por essa razão, constitui a norma interna de regência do certame, é porque aceitou que tais informações fossem mantidas desconhecidas do universo de licitantes.

(...)

20. Por esses motivos, compreendo que a Lei 10.520/2000 admite que o orçamento seja mantido em sigilo, mesmo que ele seja adotado como critério de julgamento da proposta.

(...)

8. Conquanto a ampla publicidade seja imperativa na Administração Pública, julgo que, em situações semelhantes a que se apresenta, o acesso ao referido orçamento colidiria com outros princípios não menos importantes, como o da busca da proposta mais vantajosa para a administração, de modo que a reserva do seu conteúdo não se configura violação ao princípio da publicidade, nem mesmo ao seu propósito de assegurar o controle pela sociedade da legalidade e legitimidade dos atos administrativos.

9. Ademais, a prática tem se revelado, inclusive no âmbito do próprio FNDE, que a manutenção do sigilo do orçamento estimativo tem sido positiva para Administração, com a redução dos preços das contratações, já que incentiva a competitividade entre os licitantes,



evitando assim que os concorrentes limitem suas ofertas aos valores previamente cotados pela Administração.

Pelo exposto, uma vez que o entendimento do Tribunal de Contas foi revisto, ainda que o preço estimado seja critério de aceitabilidade, é facultado à Administração divulgar o preço e, neste caso, optou-se pela não divulgação.

Sem mais observações para o tema por ora, colocamo-nos à disposição para sanar eventuais questionamentos.

Atenciosamente,


Fábio Diego Lima Martins
Pregoeiro