



segmentodigital

AUTENTICAÇÃO

Confere com o original apresentado, dou fé.

Belo Horizonte
01/09/2017

Emo: R\$4,80 T.F. J: R\$1,42 Total: R\$6,22



Outorgante: SEGMENTO DIGITAL COMÉRCIO LTDA, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas do Ministério da Fazenda CNPJ/MF sob o nº 05.548.055/0001-54 com sede à Rua 26, nº 112 - Bairro Oswaldo Barbosa Penna II, em Nova Lima, MG, Cep. 34.000-000.

Outorgado Santos Ferreira Cavalcanti Neto, de CPF.: nº 265.454.626-87 e Carteira de Identidade nº MG 302.615.

Pelo presente instrumento particular de procuração e pela melhor forma de direito, através de seu representante legal, Sr. **José Roberto Alves**, de CPF.: nº 457.999.546-53, e Identidade nº MG 2.507.420, a outorgante, constitui e nomeia seu bastante procurador o outorgado, Sr. **Santos Ferreira Cavalcanti Neto**, CPF nº 265.454.626-87, e Identidade nº MG 302.615, para o fim especial de promover a participação do outorgante em licitações públicas, concordar com todos os seus termos, formular lances, assinar propostas e declarações, negociar, assistir a abertura de propostas; fazer impugnações, interpor recursos administrativos, desistir de sua interposição, efetuar reclamações, protestos, prestar cauções, levantá-las, receber as importâncias caucionadas ou depositadas; transigir, desistir e praticar todos os atos necessários ao cumprimento do presente mandato, em todas as modalidades editalícias.

Belo Horizonte, 11 de maio de 2015

[Handwritten signature]
José Roberto Alves - CPF.: 457.999.546-53
Diretor Comercial
Segmento Digital Ltda - CNPJ.05.548.055/0001-54



Reconheço por semelhança a(s) firma(s) de:
José Roberto Alves
Belo Horizonte, 13/05/2015
Emo: R\$4,80 T.F. J: R\$1,42 Total: R\$6,22

Belo Horizonte, 20 de novembro de 2017.

À Câmara Municipal de Nova Lima
À Comissão Permanente de Licitações
Aos Cuidados do Pregoeiro Sr. Thompson Nobre de Oliveira

Referente ao EDITAL DE LICITAÇÃO - Modalidade: PREGÃO PRESENCIAL PARA REGISTRO DE PREÇOS Nº 018/2017 - Tipo: MENOR PREÇO GLOBAL - Processo nº 087/2017 –

RECURSO ADMINISTRATIVO

A empresa **SEGMENTO DIGITAL COMÉRCIO LTDA**, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas do Ministério da Fazenda CNPJ/MF sob o nº 05.548.055/0001-54, com sede à Rua 26 nº 112 – Bairro: Oswaldo Barbosa Penna, na cidade de Nova Lima/MG, CEP. 34.002-152, vem respeitosamente requerer de V.Sa., e desta douta Comissão Permanente de Licitação, se digne observar o argumento que a seguir é apresentado, da REVISÃO DOS ATOS DO PREGOEIRO, em face a desclassificação de nossa proposta comercial pelos motivos constantes na Ata da sessão do dia 10/11/2017, como segue abaixo:

“A SEGMENTO DIGITAL COMÉRCIO LTDA, apresentou proposta comercial acima do preço médio para os itens 01, 02, 04, 05 e não apresentou proposta para o item 04. Sendo assim, considera-se desclassificada nos termos da Lei.”

I - DOS FATOS

Considerando que em sua **ERRATA 002**, publicada no dia 01/11/2017, esta comissão de licitação, muda o critério de julgamento de **Menor Preço Global** para **Menor Preço por item**, então conclui-se que não existe motivo de desclassificação da proposta por não ter apresentado um preço para o item 03, e não item 04 como constante em Ata. Uma vez que o critério de julgamento é por item e não por lote.

Considerando que com relação a proposta apresentada com preços acima do valor médio, temos conforme o Acórdão 392 do Plenário do TCU a seguinte conclusão:

A Lei 10.520/02 estabelece que o orçamento elaborado pelo órgão ou entidade promotora da licitação constará “dos autos do processo” e a jurisprudência do TCU se firmou no sentido de que não há obrigatoriedade de divulgação do valor estimado no edital do pregão. Essa compreensão estaria em harmonia com a necessidade de estimular a competitividade da fase de lances e de preservar o poder de negociação do pregoeiro. Pela mesma razão, também a divulgação do preço máximo seria, segundo o TCU, decisão discricionária da Administração.

Em 2011, o Acórdão nº 392, do Plenário do TCU, consolidou esse entendimento:

“SUMÁRIO: 4. Nas modalidades licitatórias tradicionais, de acordo com o art. 40, § 2º, II, da Lei nº 8.666/93, o orçamento estimado deve figurar como anexo do edital, contemplando o preço de referência e, se for o caso, o preço máximo que a Administração se dispõe a pagar. No caso do pregão, a jurisprudência do TCU é 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.” (Sem grifos no original.)

O voto do Ministro Relator, contudo, trouxe a seguinte ressalva:

“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, inc.X, da Lei nº 8.666/1993.**” (Sem grifos no original.)

Portanto, o que se pode concluir em vista da jurisprudência do TCU, relativamente ao pregão:

- ✓ O valor estimado e o preço máximo não são elementos obrigatórios do edital;
- ✓ Quando o preço de referência (ou valor estimado) for utilizado como critério de aceitabilidade de propostas, **a divulgação no edital é obrigatória;**
- ✓ É ilícita a desclassificação de proposta com base no valor estimado se o mesmo não foi divulgado no edital, inclusive na modalidade pregão.

Ou seja, deveria estar explícito no edital em tela que:

"A apresentação da proposta comercial com preços acima dos valores médios estimados, implicará na desclassificação da proposta."

Previsão esta que não existe em seu edital.

Além do que, é absolutamente relevante apontar que constitui falha grave a desclassificação de uma proposta aceitável, diante da negativa de negociação, conforme este previsto em seu edital nos itens 7.12.1, 7.17, 7.17.2, 7.18.

O julgamento do pregão é objetivo; o pregoeiro deve proceder ao exame de aceitabilidade da proposta, com base nos orçamentos formadores do preço médio e, se não for aceitável, declará-la desclassificada.

Neste ponto perguntamos ao Sr. Pregoeiro se a nossa proposta está exageradamente acima dos orçamentos usados para formar o preço médio divulgado no edital?

II – DA LEI

GRUPO II – CLASSE VII – Plenário

TC 033.876/2010-0

Natureza: Representação

Interessada: Empresa QIAGEN BIOTECNOLOGIA BRASIL LTDA.

Órgão: Departamento de Logística em Saúde – DLOG/SE/MS

Advogado constituído nos autos: André Luiz Porcionato (OAB/SP nº 245.603)

SUMÁRIO: REPRESENTAÇÃO COM PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR. OITIVA PRÉVIA DO REPRESENTADO. APRESENTAÇÃO DE JUSTIFICATIVAS. LICITAÇÃO SUSPensa POR INICIATIVA DO PRÓPRIO ÓRGÃO. NEGATIVA DO PROVIMENTO CAUTELAR. EXAME DO MÉRITO. PROCEDÊNCIA PARCIAL. EXPEDIÇÃO DE DETERMINAÇÕES E RECOMENDAÇÃO. ARQUIVAMENTO.

1. No instrumento convocatório, só podem ser formuladas exigências de qualificação técnica que encontrem respaldo em lei (art. 27, caput, c/c art. 30, caput, ambos da Lei n.º 8.666/93), e desde que se revelem, no caso concreto, indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações a serem assumidas perante o ente público contratante (art. 37, XXI, in fine, da Constituição Federal de 1988).

2. O art. 30 da Lei n.º 8.666/93 enumera os documentos que podem ser exigidos para fim de comprovação da qualificação técnica das licitantes, entre os quais não se incluem certificados de qualidade.

3. “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.

4. Nas modalidades licitatórias tradicionais, de acordo com o art. 40, § 2º, II, da Lei n.º 8.666/93, o orçamento estimado deve figurar como anexo do edital, contemplando o preço de referência e, se for o caso, o preço máximo que a Administração se dispõe a pagar. No caso do pregão, a jurisprudência do TCU é 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.

RELATÓRIO

Trata-se de representação, com pedido de medida cautelar, formulada pela empresa QIAGEN BIOTECNOLOGIA BRASIL LTDA, CNPJ/MF 01.334.250/0001-20, em razão de possíveis irregularidades no edital do Pregão Presencial SRP n.º 208/2010, realizado no âmbito do Ministério da Saúde.

2. O objeto do certame é o registro de preços para aquisição de kits de testes de quantificação de RNA viral do HIV-1 em tempo real, no total de 1.008.000 unidades, bem como sua distribuição 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.
3. Adoto, como parte integrante deste relatório, a bem elaborada instrução produzida pelo Auditor Flávio Takashi Sato, vazada nos seguintes termos:

"II - Admissibilidade

3. Conforme já anotado na instrução anterior (peça 6, p. 1), a representação atende aos requisitos previstos nos artigos art. 237, inciso VII, do Regimento Interno/TCU, uma vez que se enquadra no disposto do artigo 113, §1º, da Lei de Licitações, e portanto merece ser conhecida por este Tribunal.

III - Histórico

4. Em resumo, a representante alega que o edital do Pregão Presencial SRP 208/2010 do Ministério da Saúde traz ordens incompatíveis com a legislação de licitações, as quais implicariam exclusão sumária de proponentes que teriam capacidade de executar o contrato a ser firmado. Na visão da representante, os itens 7.3.1.2 e 7.3.1.3 do edital fazem exigências indevidas de certificações para fins de qualificação técnica dos licitantes.

5. Ainda, faz objeção com relação à não definição de estimativa do número de testes que deverão ser entregues segundo as localidades dos laboratórios, dado considerado essencial pela representante para fins de elaboração da proposta. Alega-se também que, na falta dessa informação, o edital deveria ao menos divulgar o valor de referência, para fins de elaboração apropriada da proposta.

6. As alegações da representante quanto a possíveis irregularidades no edital do Pregão SRP 208/2010 do MS foram examinadas preliminarmente, conforme instrução constante da peça 6, p. 1-6. Para efeitos de análise do pedido de concessão de medida cautelar, foi realizada a oitiva prévia do órgão representado (Departamento de Logística em Saúde – DLOG/SE/MS), para que se manifestasse com relação aos questionamentos ao edital erigidos pela licitante Qiagen.

7. Na ocasião, não se consideraram presentes os pressupostos para concessão de medida cautelar inaudita altera pars (peça 6, p. 5), sobretudo em virtude da paralisação do certame publicada no Diário Oficial da União – DOU de 23/12/2010 (peça 5, p. 1). Em resposta à determinação de oitiva prévia do Ministério da Saúde, o órgão encaminhou a este Tribunal o Ofício 34/2011 – DLOG/SE/MS (peça 11, p. 1-25), expediente que passa a ser examinado em contraposição às alegações da representante.

IV – Alegações da representante e manifestação do MS

a) Exigência de Certificado de Boas Práticas de Fabricação – BPF (item 7.3.1.2 do edital)

8. Inicialmente, sustenta-se que "as exigências de apresentação de certificação em boas práticas para produtos de interesse à saúde, à exceção de medicamentos, não encontram respaldo em lei, mas tão somente em normas infra- legais" (peça 1, p. 7), e que portanto devem ser consideradas ilegais. Isso porque, na visão da representante, não há previsão em lei que obrigue as empresas de produtos para saúde a obterem o referido certificado, mas tão somente normas infralegais. Nesse sentido, afirma:

(...) vislumbra-se descumprimento de preceitos constitucionais tanto por parte do Executivo como do ente regulador, no caso a ANVISA, em especial no tocante à exigência da apresentação de Certificação em Boas Práticas de Fabricação (CBPF) ou de Armazenamento e Distribuição de Produtos para Saúde (CBPAEDPS), que tem sido exigidas para empresas na área de produtos para saúde, ainda que não encontrem amparo legal.

Neste sentido, tanto os decretos emanados pelo Poder Executivo, como Resoluções expedidas pela ANVISA, não encontram amparo constitucional (...) (peça 1, p. 15).

9. *O item 7.3.1.2 do edital do Pregão SRP 208/2010 trata da exigência de Certificado de Boas Práticas de Fabricação (BPF), emitido pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa, em conformidade com a Resolução da Diretoria Colegiada – RDC 59, de 27 de junho de 2000 – DOU de 29/06/2000.*

10. *De acordo com a representante, a exigência do certificado BPF é descabida, por inovar o ordenamento jurídico sem encontrar respaldo em lei, e, ainda que fosse legal, a certificação não deveria ter como parâmetro de conformidade a Resolução RDC 59/2000, mas sim a Portaria 686/1998, que trata da instituição e implementação de boas práticas de fabricação para os estabelecimentos que fabriquem ou comercializem produtos para diagnóstico de uso in vitro, como é o caso dos produtos objetos do certame sob análise.*

11. *Alega ainda a impugnante que a exigência do certificado BPF impede a concorrência de empresas devidamente regularizadas perante à Anvisa e com registros válidos de seus produtos. Isso porque, na argumentação da representante, para a apresentação de pedido de registro de produtos na Anvisa, é necessária a inspeção e a certificação da empresa fabricante; entretanto, para a renovação dos registros dos produtos, a Anvisa tem aceitado tão somente o protocolo do pedido de inspeção de certificação, conforme Nota Técnica 001/2010/GGTPS/ANVISA (peça 1, p. 10-11). Dessa forma, a certificação não poderia ser exigida na licitação, já que "a própria Anvisa admite que as empresas em processo de renovação de seus produtos utilizem apenas o protocolo de seus pedidos de certificação" (peça 1, p. 12).*

Exame técnico

12. *De acordo com a resposta à oitiva do MS, acatou-se a impugnação da representante no que se refere à alegação de que a exigência do edital não deveria ter como parâmetro de conformidade a Resolução RDC 59/2000, mas sim a Portaria 686/1998, que trata da instituição e implementação de boas práticas de fabricação para os estabelecimentos que fabriquem ou comercializem produtos para diagnóstico de uso in vitro. O Ministério da Saúde manifestou-se favoravelmente à representante e providenciará a alteração do item impugnado (peça 11, p. 1).*

13. *Da mesma forma, o Ministério da Saúde também acatou a impugnação relacionada à participação no certame de empresas que detenham tão somente o protocolo do pedido de inspeção para fins de renovação de produtos: "a área técnica informa que o protocolo de renovação do Certificado de Boas Práticas pode ser aceito, entendendo, a priori, que a empresa fabricante deteria certificado ainda válido" (peça 11, p. 2). Consideram-se, portanto, as questões comentadas nesse item superadas.*

b) *Exigência de Certificado de Boas Práticas de Armazenamento e Distribuição para Produtos de Saúde (item 7.3.1.3 do edital) e omissão reguladora da Anvisa*

14. *O item 7.3.1.3 do edital em comento exige, também para fins de qualificação técnica dos participantes, Certificado de Boas Práticas de Armazenamento e Distribuição para Produtos de Saúde – CBPADPS, segundo a RDC 354, de 23 dezembro de 2002 da Anvisa. Novamente, a representante insiste que tal exigência, por inovar o ordenamento jurídico, contraria o princípio da legalidade, uma vez que não encontra sustentação em lei, mas tão somente em norma infralegal emitida pela Anvisa.*

15. *Ainda, sustenta que, mesmo admitida a hipótese de legalidade da exigência do CBPADPS, a Anvisa necessitaria de regular o segmento, na medida em que as importadoras de produtos para saúde, como é o caso da representante, encontram-se impossibilitadas de obterem a renovação de suas certificações em Boas Práticas de Armazenamento e Distribuição, uma vez que aquela Agência deixou de concedê-las ou renová-las para empresas que terceirizam o armazenamento dos produtos. Dessa forma, argüi a*

representante, as empresas importadoras que terceirizam seu armazenamento encontram-se na dependência de deliberação da própria Anvisa, e foram injustamente escoimadas da licitação em análise.

Exame técnico

16. *Com relação ao problema da impossibilidade de participação no certame de empresas que terceirizam o seu armazenamento, por não poderem obter o CBPADPS, o Ministério da Saúde manifestou-se da seguinte forma:*

(...) a área justifica que solicitou a exclusão da exigência do Certificado de Boas Práticas de Armazenamento e Distribuição para Produtos para a Saúde, segundo a RDC nº 354/2002ANVISA, tendo em vista estar contemplado no art. 1º, parágrafo 1º da Portaria SVS/MS nº 686/1998, assim, as empresas enquadradas na hipótese apresentada neste ponto não estão impedidas de participar de certame. (peça 11, p. 2).

17. *Uma vez providenciada a modificação no edital, conforme pronunciamento do MS, considera-se superada a questão.*

c) Ausência, no edital, de informações sobre estimativa de quantidade de testes a serem entregues em cada uma das unidades da Rede Nacional de Laboratórios, e ausência de valor de referência

18. *A representante assevera que o edital não contempla o número de testes que será realizado em cada um dos 83 laboratórios que irão receber os testes para quantificação de RNA viral do HIV-1, informação considerada imprescindível para formulação da proposta.*

19. *Na visão da empresa, a falta dessa estimativa implica insuficiente caracterização do objeto da licitação, em desrespeito ao art. 14 da Lei 8.666/93. Afirma ainda que, malgrado se tratar de contratação de compras, e não de obras ou serviços, pela complexidade logística da entrega dos mais de um milhão de kits e instalações de equipamentos em todos os estados da federação, em 83 laboratórios diferentes, haveria necessidade de um projeto básico compor o edital.*

20. *Afirma também que, na falta de elementos essenciais para a formulação da proposta, o edital deveria ao menos indicar o valor de referência para que os proponentes tenham melhor base para composição de suas planilhas de formação de custos. Reclama também da falta de orçamento estimado, que deveria compor o edital, com informações em planilhas de quantitativos e preços unitários, mesmo em se tratando de licitação na modalidade Pregão.*

Exame técnico (estimativa de quantidades por localidade)

21. *Com relação à estimativa de distribuição de kits por localidade, o Ministério da Saúde se manifestou da seguinte forma:*

(...) informa-se que a previsão de consumo mensal é de 84.000 (oitenta e quatro mil) testes de quantificação do RNA Viral do HIV-1, sendo certo que o Itens 2.1, 6, 7 e 8 do Termo de Referência (Documento 04), trazem como se comportará a rede laboratorial, conforme a sua demanda atual. (peça 11, p. 2).

22. *O item 2.1 do Termo de Referência – TR do edital (peça 1, p. 104-105) traz a descrição detalhada, entre outros, das especificações técnicas do produto. O item 6 (peça 1, p. 105), por sua vez, informa os quantitativos da compra, mas se restringe a informar o total mensal e o total geral de testes a serem utilizados – 84 mil e 1.008.000, respectivamente.*

23. *Já o item 7 do TR (peça 1, p. 106) dita as regras relativas ao prazo de entrega. O item 8 (peça 1, p. 106-107), por sua vez, traz um cronograma de entregas em parcelas:*

- 1ª parcela no prazo de 30 (trinta) dias: 168.000 (cento e sessenta e oito mil) testes, após a data da assinatura da ata.

- 2ª parcela: no prazo 90 (noventa) dias: 168.000 (cento e sessenta e oito mil) testes, após a data da assinatura da ata.

- 3ª parcela: no prazo de 150 (cento e cinquenta) dias: 168.000 (cento e sessenta e oito mil) testes, após a data da assinatura da ata.

- 4ª parcela: no prazo de 210 (duzentos e dez) dias: 168.000 (cento e sessenta e oito mil) testes, após a data da assinatura da ata.

- 5ª parcela: no prazo de 270 (duzentos e setenta) dias: 168.000 (cento e sessenta e oito mil) testes, após a data da assinatura da ata.

- 6ª parcela: no prazo de 330 (trezentos e trinta) dias: 168.000 (cento e sessenta e oito mil) testes, após a data da assinatura da ata.

24. No item 9 do TR (peça 1, p. 107), o edital se restringe a informar que a entrega deverá ser feita de acordo com os seguintes parâmetros: demanda do Ministério da Saúde, capacidade de armazenamento dos testes em alguns laboratórios, demanda de execução, a qual depende do atendimento médico aos pacientes vivendo com HIV/Aids e ou agendamento da coleta do material biológico desses pacientes. Exige, também, que as instalações dos equipamentos deverão ser entregues de acordo com o cronograma estabelecido pela Unidade de Laboratório do Departamento de DST/AIDS e Hepatites Virais, e deverá ser flexível, mediante a estrutura física dos laboratórios.

25. A manifestação do MS não elucida as dúvidas a respeito das quantidades de insumos que devem ser entregues em cada uma das unidades laboratoriais mencionadas no edital. As informações do edital dizem respeito ao número total de kits e parcelas de entrega a serem realizadas, mas, como apontou a representante, não informa um cronograma de entrega segundo as localidades dos laboratórios que compõem a rede nacional.

26. Ressalte-se que a licitação em comento não se restringe tão somente à compra dos testes, mas trata também de sua entrega nas diferentes localidades, instalação e manutenção dos equipamentos, reagentes, acessórios e insumos, treinamento dos profissionais e atendimento.

27. Dessa forma, verifica-se que a informação, ao menos estimada, de quantidade de insumos/equipamentos a serem entregues por localidade, é essencial para que as empresas possam elaborar suas propostas com um mínimo de segurança, já que a entrega correrá por conta da empresa contratada. É notório que entregas em diferentes localidades implicam diferentes valores nos preços dos fretes, diferentes valores envolvidos para alocação de mão de obra responsável pela instalação e manutenção dos equipamentos e realização de treinamento, entre outros.

28. Conforme já mencionado, a licitação em questão tem por objeto não somente a compra dos kits de testes para quantificação do RNA vital do HIV. Estão envolvidos também a sua distribuição, instalação e manutenção de equipamentos, realização de treinamentos e suporte pós-venda. Nesse sentido, a falta de informações acerca de em que locais tais serviços serão prestados, ao menos de forma estimada, implica infração aos arts. 14 e 40, I, VII, da Lei 8.666/93, in verbis:

Art. 14. Nenhuma compra será feita sem a adequada caracterização de seu objeto e indicação dos recursos orçamentários para seu pagamento, sob pena de nulidade do ato e responsabilidade de quem lhe tiver dado causa.

(...)

Art. 40. O edital conterà 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;

(...)

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; (grifou-se).

29. Assim, constata-se que o edital, da forma como está, implica a descrição insuficiente do objeto a ser licitado, e não viabiliza o julgamento objetivo das propostas a

serem recebidas dos licitantes, já que cada empresa formulará sua composição de custos segundo suas próprias estimativas de localidades nas quais o material deve ser entregue. Como se vê, restariam comprometidos também o arts. 3º e 44, §1º da Lei 8.666/93 (princípio do julgamento objetivo), o que poderia comprometer, inclusive, a obtenção da melhor proposta para a Administração.

30. Naturalmente, não deverá ser exigido do órgão cronograma absolutamente preciso e inflexível com relação às quantidades e respectivas localidades de entrega. Trata-se tão somente de estimativa, segundo histórico estatístico de consumo dos kits por cada laboratório, ou outro critério técnico que se considere adequado, a qual, no momento do cumprimento do contrato, poderá ser alterada em virtude das demandas reais do Ministério da Saúde. Frise-se, novamente, que, sem a informação de entregas por localidades, torna-se impossível aos licitantes formularem propostas precisas, já que elas detêm apenas a informação do quê deverá ser entregue, mas não em que quantidade em cada uma das localidades definidas no edital.

31. Vislumbra-se, assim, possibilidade de vício insanável ao processo licitatório, de sorte que será proposto determinação ao Ministério da Saúde para que, em respeito aos arts. 3º, 14, 40, I, VII e 44, §1º da Lei 8.666, faça constar do edital de seu Pregão SRP 208/2010 as estimativas de entrega dos insumos e instalação dos equipamentos segundo cada uma das unidades que compõem a Rede Nacional de Laboratórios.

Exame técnico (ausência do valor de referência no edital)

32. Já com relação à ausência do valor de referência no edital (ausência da informação de preço máximo que a Administração se propõe a pagar), o órgão afirma tratar-se de estratégia de negociação entre Pregoeiro e licitantes, e recorre a precedente do TCU no qual se entendeu ser facultativa a divulgação de tal informação. Na visão do órgão, a revelação do preço máximo a ser desembolsado pela compra faz com que as propostas dos licitantes orbitem em torno daquele valor, o que poderia prejudicar a obtenção das melhores condições de contratação.

33. Com efeito, o Acórdão 3.028/2010 – 2ª Câmara mencionado pelo MS considerou opcional a divulgação de preço máximo no instrumento convocatório, em certame que também tratava de Sistema de Registro de Preços, mas na forma de Pregão Eletrônico: "9.3. recomendar ao FNDE que, em futuras licitações, avalie a conveniência de divulgar os preços máximos estimados para o bem ou os serviços adquiridos, conforme faculta o art. 40, X, da Lei n. 8.666/93;"

34. Do voto que fundamenta o Acórdão mencionado, extrai-se o seguinte trecho:

8. No que diz respeito à alegação do item "d", divirjo do entendimento da unidade técnica no sentido de que o edital de licitação para registro de preços deve contemplar, obrigatoriamente, o preço máximo de cada lote do certame, em observância ao art. 9º, III, do Decreto n. 3.931/2001.

9. Em que pese o mencionado dispositivo regulamentador definir que o edital de licitação para registro de preços contemplará, entre outros requisitos, o preço unitário máximo por contratação que a Administração se dispõe a pagar, cabe ressaltar que a melhor interpretação dada ao artigo 40, inciso X, da Lei n. 8.666/93 é no sentido de que o referido dispositivo apenas faculta a fixação do preço máximo.

10. O Decreto n. 3.931/2001, regulamentador da Lei n. 8.666/93 quanto ao sistema de registro de preços, deve se ater às condições traçadas na lei que regulamenta, não podendo contrariar seu texto, tampouco inovar no ordenamento jurídico. (grifou-se)



35. A despeito do precedente mencionado pela representante, verifica-se que a jurisprudência majoritária do TCU vai em sentido contrário. Da análise das decisões desta Corte de Contas, extraem-se duas situações mais recorrentes sobre a divulgação de orçamento no instrumento convocatório.

36. Na primeira situação, tem-se que, no caso específico dos pregões (sem registro de preço), há vários Acórdãos que consideraram a divulgação do orçamento e preços máximos opcional, a critério do órgão organizador do certame, com a ressalva de que esses itens devem obrigatoriamente fazer parte do processo licitatório. Assim, interpretou-se que, de acordo com os Decretos 3.555/2000 e 5.450/2005, que regulam o pregão presencial e o pregão eletrônico, respectivamente, 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. São exemplos desse entendimento os Acórdãos 644/2006, 1925/2006, 114/2007, 1789/2009, todos do Plenário do TCU.

37. Na segunda situação, que, a contrario sensu, 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. São exemplos desse entendimento os Acórdãos 697/2006, 50/2007, 610/2008, 1046/2008, 2170/2008, 727/2009, 1557/2009, 2410/2009 (Plenário-TCU), e os Acórdãos 330/2010 e 415/2010 (Segunda Câmara-TCU). Mencione-se, ainda, a Súmula TCU 259/2010, ainda que trate do caso específico de obras e engenharia:

"Nas contratações de obras e serviços de engenharia, a definição do critério de aceitabilidade dos preços unitários e global, com fixação de preços máximos para ambos, é obrigação e não faculdade do gestor."

38. Da mesma forma, a publicação "Licitações & Contratos – Orientações e Jurisprudência do TCU" elucida que

Contratações públicas poderão ser efetivadas somente após estimativa prévia do respectivo valor, que deve obrigatoriamente ser juntada ao processo de contratação e ao ato convocatório divulgado.

(...)

Essa estimativa tem por finalidade, especialmente:

- verificar se existem recursos orçamentários suficientes para o pagamento da despesa com a contratação e;

- servir de parâmetro para julgamento das ofertas apresentadas. (TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, Licitações & Contratos – Orientações e Jurisprudência do TCU, 4. ed. Brasília: TCU, 2010, p. 85-86). Grifou-se.

39. Ainda, encontram-se entendimentos de mesma orientação na ferramenta de jurisprudência sistematizada do TCU, na qual consta a seguinte resenha, descrita como de situação "consolidada", acerca da fixação de preço máximo no edital:

O estabelecimento dos critérios de aceitabilidade de preços unitários, com a fixação de preços máximos, ao contrário do que sugere a interpretação literal do art. 40, inciso X, da Lei 8.666/93, é obrigação do gestor e não sua faculdade, uma vez que o limite constitui fator ordenador da licitação, ao evitar a disparidade exagerada dos preços unitários e global constantes das propostas, situação que poderia predispor a contratação futura a alterações indevidas. (TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO – Jurisprudência Sistematizada. Título: PLANEJAMENTO DA CONTRATAÇÃO / ORÇAMENTO E PREÇO / CRITÉRIO DE ACEITABILIDADE DE PREÇO - FIXAÇÃO DE LIMITE MÁXIMO PELO EDITAL. Situação: Consolidada. Controle: 1058 4 2 2 0. Acesso em 18/01/2011). Grifou-se.

40. Lições doutrinárias tampouco diferem do entendimento majoritário no TCU, a exemplo de Marçal Justen Filho:

"Deve-se insistir acerca do descabimento de a Administração manter em segredo o valor do orçamento ou preço máximo. (...). No caso, o próprio art. 44, §1º, explicitamente, proíbe que algum critério relevante para julgamento (inclusive classificação ou desclassificação de propostas) seja mantido em segredo.

(...) O sigilo acerca de informação relevante, tal como o orçamento ou preço máximo, é um incentivo a práticas reprováveis. Esse simples risco bastaria para afastar qualquer justificativa para adotar essa praxe." (JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005.

41. Conforme se verifica, a jurisprudência do TCU, apoiada pela doutrina, majoritariamente considera a divulgação do orçamento ou preço máximo no instrumento convocatório elemento imperativo, e não meramente opcional, à exceção das situações que tratam de pregão – seja ele presencial ou eletrônico. Ressalte-se que o Acórdão 3.028/2010 do Plenário abre 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.

42. Por todo o exposto, devido ao precedente mencionado pela representada (Acórdão 3.028/2010 – 2ª Câmara), não será proposta determinação, mas sim recomendação no sentido de que o órgão faça constar do edital do Pregão Presencial SRP 208/2010 o orçamento estimado em planilhas, com 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.

43. Não obstante, dada a sensibilidade da matéria, sobretudo devido à enorme quantidade de licitações realizadas no âmbito da Administração Federal e a conseqüente possibilidade de entendimentos díspares com relação ao art. 40, X, da Lei 8.666/93, considera-se oportuna a provocação do Plenário do TCU para que decida sobre incidente de uniformização de jurisprudência, a que têm direito de suscitar as autoridades desta Casa.

V – Pedido de medida cautelar

44. Analisadas as alegações da representante frente ao pronunciamento do Ministério da Saúde, verifica-se que parte das imperfeições impugnadas no edital serão corrigidas de ofício pelo órgão. Entretanto, restou comprovado, conforme análise acima, não observação à Lei de Licitações, em virtude de não haver, no edital, as estimativas de testes a serem entregues segundo as localidades onde se encontram as unidades da Rede Nacional de Laboratórios, fato que impede a formulação de propostas com base nos mesmos critérios e o seu julgamento objetivo. Dessa forma, confirma-se a presença do fumus boni iuris.

45. Contudo, conforme manifestação do Ministério da Saúde, o Pregão em comento encontra-se suspenso, por ocasião das correções no edital que estão sendo providenciadas, mencionadas anteriormente. Diante desse fato, constata-se ausente o pressuposto do periculum in mora.

46. Assim, ainda que sejam sugeridas propostas de determinação e recomendação ao MS acerca do Pregão SRP208/2010, não se vislumbra necessidade de suspensão cautelar do certame, uma vez que o próprio órgão, já tomou providências nesse sentido.



VI - Conclusão

47. O documento constante da peça 1 merece ser conhecido como representação, por preencher os requisitos previstos no art. 113, §1º, da Lei de Licitações c/c o art. 237, VII, do Regimento Interno do TCU.

48. Em resposta à sua oitiva, o Ministério da Saúde afirmou que providenciará as alterações devidas no edital, de forma a corrigir as imperfeições alegadas pela representante (itens 12-13 e 16-17).

49. Em virtude da suspensão do certame, procedida de ofício pelo MS, não se considerou necessária a adoção de medida cautelar por parte desta Corte de Contas, por não estar configurado o pressuposto do periculum in mora.

50. Considerou-se, entretanto, procedente alegação da representante no que diz respeito à ausência de informações essenciais para elaboração da proposta e para julgamento objetivo do certame, pelo que será sugerida determinação ao MS para que faça constar do edital de seu Pregão SRP 208/2010 as estimativas de entrega dos insumos e instalação dos equipamentos segundo cada uma das unidades que compõem a Rede Nacional de Laboratórios (itens 21-31).

51. Será também sugerida recomendação ao MS no sentido de que o órgão faça constar do edital do Pregão Presencial SRP 208/2010 o orçamento estimado em planilhas, com 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 (itens 32 a 43).

52. Cumpre registrar ainda a oportunidade de, caso se considere adequado, se suscitar no Plenário desta Casa incidente de uniformização de jurisprudência, nos termos do art. 91 e parágrafos do RITCU (itens 32 a 43), a respeito da controvérsia acerca da obrigatoriedade ou faculdade da divulgação do orçamento ou preço máximo no instrumento convocatório, conforme análise nos itens 32 a 43.

VII – Proposta de encaminhamento

53. Diante do exposto, submete-se o presente processo à consideração superior, acompanhado das seguintes sugestões de medidas a serem tomadas:

53.1 conhecer da representação, por estarem presentes os requisitos previstos no art. 237, inciso VII, do Regimento Interno/TCU, e art. 113, §1º, da Lei 8.666/93, para, no mérito, considerá-la parcialmente procedente;

53.2 negar o pedido de medida cautelar para suspensão do Pregão SRP 208/2010, por não estarem presentes os pressupostos necessários (itens 44 a 46);

53.3 determinar ao Departamento de Logística em Saúde – DLOG/SE/MS, com base no art. 70, IX, da Constituição Federal, c/c art. 43, I, da Lei 8.443/92 c/c art. 250, I do RITCU, que faça constar do edital de seu Pregão Presencial SRP 208/2010 as estimativas de entrega dos insumos e instalação dos equipamentos segundo cada uma das unidades que compõem a Rede Nacional de Laboratórios, em observância aos arts. 3º, 14, 40, I, VII, e 44, §1º, da Lei 8.666/93 (itens 21-31);

53.4 recomendar ao Departamento de Logística em Saúde – DLOG/SE/MS, com base no art. 250, III, que faça constar do edital do Pregão Presencial SRP 208/2010 o orçamento estimado em planilhas, com 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 (itens 32 a 43);

53.5 encaminhar cópia do Acórdão a ser prolatado, bem como do Voto e do Relatório que o fundamentem à (ao):

53.5.1 Qiagen Biotecnologia LTDA (representante);

53.5.2 Departamento de Logística em Saúde – DLOG/SE/MS (representada);

53.6 arquivar o presente processo, com base no art. 169, IV, do RITCU.”





segmentodigital

4. A Diretora-Substituta e o Secretário da unidade técnica manifestaram-se de acordo com o teor da instrução, sugerindo, ainda, a expedição de alerta aos responsáveis do Ministério da Saúde, no sentido de que *"o prosseguimento dos atos apontados como irregulares ensejará a responsabilização dos gestores, caso não sejam corrigidos"*.

5. É o relatório.

VOTO

A presente representação atende aos pressupostos do art. 237, VII e parágrafo único, do Regimento Interno deste Tribunal, razão por que merece ser conhecida.

2. A empresa QIAGEN BIOTECNOLOGIA BRASIL LTDA., na condição de representante, suscitou possíveis irregularidades no edital do Pregão Presencial SRP nº 208/2010, realizado no âmbito do Ministério da Saúde, tendo por objeto o *"registro de preços para aquisição de kits de testes de quantificação de RNA viral do HIV-1 em tempo real, no total de 1.008.000 unidades, bem como sua distribuição 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"*. Ei-las, de forma resumida:

1ª) exigências de certificação para fim de qualificação técnica, em contrariedade à ordem jurídica pertinente às licitações;

2ª) ausência da estimativa do número de testes a serem entregues por laboratório, levando em conta a sua localidade, dado considerado essencial para a elaboração da proposta de preço; e

3ª) não divulgação do valor de referência, com prejuízo também para a elaboração da proposta por parte da licitante.

3. Passarei a abordar cada uma delas, tomando por base a análise empreendida pela unidade técnica (peça 12) acerca das considerações aduzidas pela Diretora Substituta do Departamento de Logística em Saúde – DLOG/SE/MS (peça 11), cuja oitiva prévia foi determinada por este Tribunal.

II

4. No que concerne à exigência de certificação como requisito de habilitação técnica, a representante, preliminarmente, considera-a sem amparo legal. No entanto, caso venha a ser confirmada a sua legalidade, algumas modificações, segundo ela, deverão ser efetivadas no edital. Conforme mencionado no relatório que antecede este voto, o Ministério da Saúde informou já ter acolhido as mudanças sugeridas pela representante, comprometendo-se a alterar o instrumento convocatório.

5. Especificamente quanto ao "Certificado de Boas Práticas de Fabricação – BPF", o órgão reconheceu que o parâmetro para sua emissão não deve mesmo ser a Resolução da Diretoria Colegiada – RDC nº 59/2000ANVISA, mas sim a Portaria SVS/MS nº 686/1998, que trata da instituição e implementação de boas práticas de fabricação para os estabelecimentos que fabriquem ou comercializem produtos para diagnóstico de uso *in vitro*, como é o caso dos produtos objeto do certame sob análise. Da mesma forma, o Ministério da Saúde admitiu que a simples apresentação do protocolo de renovação do Certificado de Boas Práticas atende à exigência editalícia.

6. Quanto ao "Certificado de Boas Práticas de Armazenamento e Distribuição para Produtos de Saúde", o órgão reconheceu que tal exigência não poderia ser feita às importadoras de produtos para saúde, como é o caso da representante, uma vez que a Anvisa deixou de concedê-las ou renová-las para empresas que terceirizam o armazenamento dos produtos. Já teria sido providenciada, inclusive, conforme pronunciamento do órgão, a sua **exclusão do edital**.

7. Esse deveria ser, a meu ver, o desfecho para ambas as exigências, haja vista a ausência de previsão legal para a sua formulação, justamente como defende a empresa representante.

8. Explico. Em se tratando de requisitos de habilitação, são basicamente dois os princípios a serem observados quando da sua fixação no instrumento convocatório: legalidade e proporcionalidade. Significa dizer que só se pode exigir aquilo que a lei autoriza ou determina que seja exigido (art. 27, **caput**, c/c art. 30, **caput**, ambos da Lei nº 8.666/93) e, ademais, as exigências deverão ser aquelas indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações a serem assumidas perante o ente público contratante (art. 37, XXI, **in fine**, da Constituição Federal de 1988).

9. Por seu turno, 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. O princípio da legalidade não teria, pois, sido observado no caso em tela.

10. Não se deve perder de perspectiva que as exigências de qualificação técnica têm por escopo aferir a aptidão da licitante para desempenho de atividade compatível com o objeto da licitação, à luz do inc. II do aludido art. 30. E tal aptidão deve ser comprovada mediante atestados fornecidos por pessoas jurídicas devidamente registradas (§ 1º), nos quais conste declaração de que executou objeto similar ao licitado, e não mediante certificações de qualidade.

11. É preciso considerar também que, no âmbito federal, não foi editada lei especial que obrigue a apresentação dos certificados em questão para fim de habilitação em certames licitatórios, o que afasta a possibilidade de enquadramento dessa exigência no inc. IV do mencionado art. 30.

12. Apenas a título de argumentação, 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.

13. Aliás, como bem evidencia a representante (peça 1, pp. 6-7), já estariam sendo formuladas às licitantes exigências – tanto quanto à sua constituição e operação, quanto ao registro e comercialização de produtos – que juntas asseguram a regularidade sanitária da empresa e dos produtos por ela fabricados ou importados. Seria, assim, desnecessária, desarrazoada, desproporcional a exigência de qualquer tipo de certificado com esse mesmo desiderato. Transcrevo abaixo, por oportuno, as considerações aduzidas pela representante, **verbis**:

"De plano cumpre-nos destacar que, sob o ponto de vista sanitário, a qualificação de uma empresa para participar em certames é demonstrada e atestada por meio da obtenção e apresentação, atualizada, de suas:

a) Licença Sanitária, expedida pela autoridade sanitária local; e,

b) Autorização de Funcionamento, expedida pela autoridade sanitária federal.

É certo ainda que a concessão de licença sanitária e autorização de funcionamento pressupõem, dentre outras formalidades, a adoção e implementação por parte das empresas de uma série de procedimentos que incluem as boas práticas. Não havendo o cumprimento das boas práticas, a licença local e a autorização federal sequer são deferidas. E mais, posteriormente à obtenção de licença, o descumprimento de normas e procedimentos de boas práticas pode ensejar a suspensão ou cassação das licenças.

No caso de produtos de interesse sanitário e submetidos à vigilância sanitária, nos quais estão incluídos os produtos para saúde (materiais, equipamentos e produtos para diagnósticos de uso in vitro é exigido ainda o registro ou cadastro do produto junto à ANVISA, exceção feita para os isentos de registro ou aqueles que admitem procedimentos de importação diferenciados, nos termos da legislação."

14. Assim sendo, entendo que deva ser formulada determinação ao DLOG/SE/MS no sentido de que seja também excluída do edital a exigência de "Certificado de Boas Práticas de Fabricação" – mesmo tratamento já conferido ao "Certificado de Boas Práticas de Armazenamento e Distribuição para Produtos de Saúde" –, por absoluta falta de amparo legal, bem como por não se mostrar indispensável à garantia do cumprimento das obrigações a serem pactuadas.

III

15. Quanto à ausência, no edital, de estimativa da quantidade de testes a serem entregues em cada uma das unidades da Rede Nacional de Laboratórios (cada um dos 83 laboratórios que irão receber os testes para quantificação de RNA viral do HIV-1), assiste razão à unidade técnica. Isso porque o edital limita-se a fixar o número total de kits e parcelas de entrega a serem efetivadas (previsão do consumo mensal da rede de laboratórios), mas não apresenta um cronograma de entrega segundo a localidade dos laboratórios que integram a aludida rede.

16. De acordo com o Ministério da Saúde, *"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". Pelo exposto, não há como estabelecer no edital a entrega do produto em cada um dos 83 laboratórios, pois a demanda é flutuante".*

17. Considerando essas variáveis, 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. No entanto, entendo que 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. Muito provavelmente se chegou a esse número levando em conta o histórico de demanda de cada um dos laboratórios espalhados pelo país. Outra opção seria divulgar o percentual de demanda por unidade da Federação.

18. Estão inclusos no objeto do certame, além do fornecimento dos testes, a sua distribuição nas diferentes localidades, instalação e manutenção de equipamentos, realização de treinamentos e suporte pós-venda. Por isso, a informação, ao menos estimada, da quantidade de insumos/equipamentos a serem entregues por localidade mostra-se essencial para que as licitantes possam elaborar suas propostas com um mínimo de segurança. Como bem assinala a unidade técnica, *"entregas em diferentes localidades implicam diferentes valores nos preços dos fretes, diferentes valores envolvidos para alocação de mão de obra responsável pela instalação e manutenção dos equipamentos e realização de treinamento, entre outros".*

19. No caso em tela, a ausência dessas informações torna impreciso o objeto licitado. Cada empresa apresentará a sua proposta segundo a sua composição de custos, levando em conta suas próprias estimativas de demanda por laboratório, o que certamente colocará em risco a obtenção da proposta mais vantajosa para a Administração.

20. Como bem assevera a unidade técnica, *"não deverá ser exigido do órgão cronograma absolutamente preciso e inflexível com relação às quantidades e respectivas localidades de entrega. Trata-se tão somente de estimativa, segundo histórico estatístico de consumo dos kits por cada laboratório [...]".*

21. Tem-se, assim, flagrante violação ao art. 14 da Lei nº 8.666/93, segundo o qual *"Nenhuma compra será feita sem a adequada caracterização de seu objeto"*, bem como ao art. 15, § 7º, II, da Lei de Licitações, o qual dispõe que, nas compras efetivadas por entes da Administração Pública, deverá ser observada *"a definição das unidades e das quantidades a serem adquiridas em função do consumo e utilização prováveis, cuja estimativa será obtida, sempre que possível, mediante adequadas técnicas quantitativas de estimação"*.



IV

22. No que diz respeito à ausência do "valor de referência" (tido nos autos como o "preço máximo" que a Administração se dispõe a pagar), o órgão afirma tratar-se de estratégia de negociação entre pregoeiro e licitantes, e invoca precedente no qual o TCU entendeu ser facultativa a sua divulgação. Para o DLOG/SE/MS, 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.

23. Com efeito, o Acórdão nº 3.028/2010-2ª Câmara, mencionado pelo DLOG/SE/MS, considerou opcional a divulgação de preço máximo no instrumento convocatório, em pregão que também tratava de registro de preços. Naquela assentada, deliberou o Colegiado no sentido de *"9.3. recomendar ao FNDE que, em futuras licitações, avalie a conveniência de divulgar os preços máximos estimados para o bem ou os serviços adquiridos, conforme faculta o art. 40, X, da Lei nº 8.666/93;"*.

24. De acordo com a unidade técnica, existiriam no TCU, na verdade, duas correntes acerca da necessidade da divulgação de orçamento/preço máximo em edital.

25. Para a primeira corrente, *"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. São exemplos desse entendimento os Acórdãos 644/2006, 1925/2006, 114/2007, 1789/2009, todos do Plenário do TCU"*.

26. Para a segunda 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. São exemplos desse entendimento os Acórdãos 697/2006, 50/2007, 610/2008, 1046/2008, 2170/2008, 727/2009, 1557/2009, 2410/2009 (Plenário-TCU), e os Acórdãos 330/2010 e 415/2010 (Segunda Câmara-TCU)"*.

27. A reforçar essa segunda corrente, a unidade técnica mencionou a Súmula TCU nº 259/2010, que assim dispõe: *"Nas contratações de obras e serviços de engenharia, a definição do critério de aceitabilidade dos preços unitários e global, com fixação de preços máximos para ambos, é obrigação e não faculdade do gestor."*

28. Ao final, a unidade técnica concluiu que 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"*, à exceção das situações que tratam de pregão, seja ele presencial ou eletrônico. No entanto, para ela, o sobredito Acórdão nº 3.028/2010 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"*.

29. Dada a *"possibilidade de entendimentos díspares com relação ao art. 40, X, da Lei nº 8.666/93"*, a unidade técnica julgou oportuna a *"provocação do Plenário do TCU para que decida sobre incidente de uniformização de jurisprudência"*.

30. Pelas razões a seguir aduzidas, entendo não haver motivo para instaurar-se, nos presentes autos, incidente de uniformização de jurisprudência, o qual encontra fundamento no art. 91 do Regimento Interno/TCU.



31. **Ao contrário do que defende a unidade instrutiva, 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. E a Súmula TCU nº 259/2010, suso mencionada, deixou assente que, em se tratando de obras e serviços de engenharia, é obrigatória a fixação de preços máximos, tanto unitários quanto global, donde se conclui que, para outros objetos que não obras e serviços de engenharia, essa fixação é meramente facultativa.**

32. **A propósito, "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.**

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.

37. **Mais especificamente quanto à proposta da unidade técnica, no sentido de que o TCU formule recomendação ao órgão para fazer constar do edital do Pregão Presencial SRP nº 208/2010 o orçamento estimado em planilhas, "com 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", entendo que esta parte final, pelas razões aduzidas neste Voto, não merece prosperar. Quanto à simples divulgação do preço estimado, concordo que ela deve ser estimulada, pelos mesmos motivos consignados no voto condutor do Acórdão nº 1178/2008-Plenário, do qual julgo oportuno destacar o seguinte excerto:**

"(...) assiste razão à unidade técnica ao defender que a simples publicação da estimativa de preços não traz nenhum prejuízo à licitação. Ao contrário, propicia a todos os interessados conhecer, antecipadamente, o limite máximo que a administração, em tese, pretende pagar. Nesse sentido, afasta, de imediato, empresas que não possuem uma estrutura de custo compatível com os preços estimados. Fixado o parâmetro, as licitantes apresentarão suas propostas não com base no preço estimado, mas nas suas reais condições de estrutura de custo e de acordo com a rentabilidade que pretende obter.

Entendo, além disso, que a divulgação do preço antecipado só traz benefício, pois poderá ser, de imediato, impugnado por inexecúvel.

(...) No entanto, não há dúvida de que a Lei 10.520/2002 não determina a publicação dos preços estimados como já reconheceu este tribunal. Porém, assiste razão à unidade técnica quando defende que qualquer interessado pode ter acesso às estimativas de preço realizadas pela administração. Pertinente, portanto, que sejam disponibilizados esses preços a todos os interessados e, por esse motivo, não vejo razão para a não divulgação por edital.

Compreendo, dessa forma, que deve ser feita recomendação ao Banco do Brasil para que, em futuras licitações, avalie a conveniência de divulgar os preços estimados para o bem ou serviço a ser adquirido."

38. Por derradeiro, quanto ao pedido de medida cautelar, levando em conta que o pregão em comento já se encontra suspenso por iniciativa do próprio Ministério da Saúde, consoante Aviso publicado no DOU de 23/12/2010 (peça 11), considero ausente o **periculum in mora**, um dos pressupostos para o provimento acautelatório.

Ante o exposto, VOTO por que seja adotada a deliberação que ora submeto à apreciação deste Plenário.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 16 de fevereiro de 2011.

JOSÉ JORGE
Relator

ACÓRDÃO Nº 392/2011 – TCU – Plenário

1. Processo nº TC 033.876/2010-0.
2. Grupo II – Classe VII – Assunto: Representação
3. Interessada: Empresa QIAGEN BIOTECNOLOGIA BRASIL LTDA.
4. Órgão: Departamento de Logística em Saúde – DLOG/SE/MS.
5. Relator: Ministro José Jorge.
6. Representante do Ministério Público: não atuou.
7. Unidade: 4ª Secretaria de Controle Externo (SECEX-4).
8. Advogado constituído nos autos: André Luiz Porcionato (OAB/SP nº 245.603).

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de representação, com pedido de medida cautelar, formulada pela empresa QIAGEN BIOTECNOLOGIA BRASIL LTDA, CNPJ/MF 01.334.250/0001-20, em razão de possíveis irregularidades no edital do Pregão Presencial SRP nº 208/2010, realizado no âmbito do Ministério da Saúde, tendo por objeto o registro de preços para aquisição de kits de testes de quantificação de RNA viral do HIV-1 em tempo real, no total de 1.008.000 unidades, bem como sua distribuição 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.

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Plenária, ante as razões expostas pelo Relator, em:

9.1. conhecer da representação, porquanto presentes os requisitos previstos no art. 237, inciso VII e parágrafo único, do Regimento Interno deste Tribunal, c/c o art. 113, § 1º, da Lei nº 8.666/93, para, no mérito, considerá-la parcialmente procedente;

9.2. negar o pedido de suspensão liminar do Pregão Presencial SRP nº 208/2010, ante a ausência do **periculum in mora**;

9.3. determinar ao DLOG/SE/MS, com base no art. 70, IX, da Constituição Federal, c/c art. 43, I, da Lei nº 8.443/92 e art. 250, II do Regimento Interno/TCU, a adoção das seguintes providências quanto ao edital do Pregão Presencial SRP nº 208/2010:

9.3.1. excluir a exigência de "Certificado de Boas Práticas de Fabricação – BPF" para fim de qualificação técnica, por falta de amparo legal, bem como por não se mostrar indispensável à garantia do cumprimento das obrigações a serem pactuadas;

9.3.2. em observância aos arts. 14 e 15, § 7º, II, ambos da Lei nº 8.666/93, informar como o órgão estimou o consumo mensal de insumos para a Rede Nacional de Laboratórios, da ordem de 84.000 testes para quantificação da carga viral do HIV-1, apresentando o histórico de demanda por laboratório/localidade, ou pelo menos o percentual de demanda por unidade da Federação;

9.4. alertar ao DLOG/SE/MS que:

9.4.1 o prosseguimento do certame sem a adoção das providências indicadas no item anterior poderá ensejar a responsabilização de quem lhe tiver dado causa;

9.4.2 na hipótese de o preço de referência ser utilizado como critério de aceitabilidade, a divulgação no edital é obrigatória, nos termos do art. 40, X, da Lei nº 8.666/1993;

9.5. recomendar ao órgão, com base no art. 250, III, do Regimento Interno/TCU, que avalie a conveniência de divulgar, como anexo do edital do Pregão Presencial SRP nº 208/2010, o orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários;

9.6. encaminhar cópia deste acórdão, bem como do voto e do relatório que o fundamentam, à representante e ao DLOG/SE/MS;

9.7. arquivar os autos.

10. Ata nº 5/2011 – Plenário.

11. Data da Sessão: 16/2/2011 – Ordinária.

12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-0392-05/11-P.

13. Especificação do quorum:

13.1. Ministros presentes: Benjamin Zymler (Presidente), Valmir Campelo, Walton Alencar Rodrigues, Ubiratan Aguiar, Augusto Nardes, Aroldo Cedraz, Raimundo Carreiro, José Jorge (Relator) e José Múcio Monteiro.

13.2. Ministros-Substitutos presentes: Augusto Sherman Cavalcanti, Marcos Bemquerer Costa, André Luís de Carvalho e Weder de Oliveira.

(Assinado Eletronicamente)
BENJAMIN ZYMLER
Presidente

(Assinado Eletronicamente)
JOSÉ JORGE
Relator

Fui presente:

(Assinado Eletronicamente)
LUCAS ROCHA FURTADO
Procurador-Geral



III – DO PEDIDO

Pedimos que sejam revistos os atos do pregoeiro, no que tange a desclassificação de nossa proposta comercial neste processo licitatório de nº 087/2017, pregão 018/2017, e que possamos negociar e se possível chegarmos a proposta mais vantajosa para esta administração.

Nestes termos, pede-se deferimento ao nosso recurso administrativo. Caso este recurso administrativo seja indeferido, que o mesmo seja apreciado pela instância superior.

Atenciosamente,



Santos Ferreira Cavalcanti Neto
Consultor de Vendas
(31)3073-7105 - (31)
licitacao@sdmg.com.br
santos@sdmg.com.br