

VOTO

Trata-se de representação formulada pela empresa F & F Comércio e Serviços de Alimentos Ltda. acerca de possíveis irregularidades praticadas pela Fundação Universidade Federal de Sergipe (Fufs) no âmbito do Pregão Eletrônico 152/2013, destinado à contratação de serviços de preparo, fornecimento e distribuição de alimentos no restaurante universitário.

2. Em resumo, as irregularidades que permeiam os autos são as seguintes:
 - 2.1. indícios de sobrepreço no contrato;
 - 2.2. insuficiência da motivação para o preço-base editalício;
 - 2.3. ausência, no edital licitatório, de critérios objetivos para a desclassificação de propostas;
 - 2.4. desclassificação de propostas com base em critérios não previstos no instrumento convocatório;
 - 2.5. impedimento do livre exercício do contraditório e da ampla defesa quanto à desclassificação de licitantes;
 - 2.6. tratamento não isonômico de licitantes.
3. Após a análise exordial da representação, o Ministro Valmir Campelo, então relator, concluiu (peça 12): i) pelo indeferimento do pedido de adoção de medida cautelar, em razão da incidência do *periculum in mora* reverso; ii) pela necessidade de realização de diligência para obtenção de documentação sobre o processo de contratação; e iii) pela necessidade de realização de oitiva da Fufs e da empresa contratada (Boa Mesa Alimentos e Serviços – Eireli, Contrato 147/2013), já que as irregularidades identificadas poderiam ensejar a anulação do certame licitatório e, conseqüentemente, do contrato dele decorrente.
4. Promovidas as medidas saneadoras e as respectivas análises, a unidade instrutora concluiu não terem restado elididas as irregularidades acima listadas, motivo pelo qual deveria ser declarado nulo o Pregão Eletrônico 152/2013 e o Contrato 147/2013. Considerando que a avença exauriu-se em 28/11/2014 e que teria ocorrido prejuízo ao erário, a Secex-SE propõe a conversão dos presentes autos em tomada de contas especial e a citação dos responsáveis, conforme descrito no relatório que antecede este voto.
5. Preliminarmente, reitero que a representação merece ser conhecida, com fundamento nos arts. 235 e 237, inciso VII, do Regimento Interno do TCU, c/c o art. 113, § 1º, da Lei 8.666/1993 e com o art. 103, § 1º, da Resolução-TCU 259/2014.
6. No que diz respeito ao mérito, discordo da Secex-SE quanto à existência de débito, pelos motivos que passo a expor.
7. De acordo com a unidade instrutora, o suposto superfaturamento seria decorrente da ausência de orçamento detalhado que expressasse a composição de todos os custos unitários do edital. Conforme relatado, em razão da falha no edital, teria restado *“prejudicado o critério de preço máximo de aceitação das propostas das licitantes estabelecido no item 8.7, “f” do edital (peça 61, p. 42), que considerou aquele valor indevidamente orçado (R\$ 11,03 para cada refeição), dando azo à aceitação de possíveis sobrepreços nas propostas”* (peça 82).
8. Com o intuito de calcular o sobrepreço contratual, a unidade solicitou à própria Fufs uma estimativa de custos para preparar ou fornecer refeições ao restaurante universitário (peça 82).
9. A estimativa de preços apresentada pela Fufs, por sua vez, possui data de julho/2013 (anterior à instauração do Pregão Eletrônico 152/2013, que ocorreu em outubro/2013). Comparando as

informações dessa estimativa com aquelas descritas no termo de referência do certame, a unidade instrutora identificou algumas inconsistências (peça 82, p. 8) que permitiram concluir pela insuficiência do quadro técnico previsto no termo de referência para a consecução do objeto. A partir dessa mesma análise, a unidade verificou, também, não ser possível afirmar que o quantitativo de trabalhadores incluído na proposta da empresa Boa Mesa Alimentos e Serviços – Eireli seria excessivo.

10. Para aferir a coerência dos preços contratuais em relação ao mercado, a unidade instrutora utilizou por parâmetro a estimativa de julho/2013, corrigida pelo INPC para o mês de novembro/2013. A partir de análise, comparativa a Secex-SE identificou sobrepreço nos itens de equipamentos e utensílios, gás e energia elétrica, bem como no custo por refeição. Multiplicando o sobrepreço calculado por refeição pelo número de refeições medidas e pagas, a secretaria concluiu pela existência de superfaturamento no valor de R\$ 786.471,21 (valores originais).

11. Ocorre que a metodologia de cálculo adotada pela unidade instrutora desconsiderou o fato de os custos com equipamentos e utensílios, gás e energia elétrica não serem os únicos incorridos ao longo da execução contratual. A Secex-SE deixou de considerar, por exemplo, os gastos com água, que representariam um subpreço contratual de, aproximadamente, R\$ 160.000,00.

12. No âmbito deste Tribunal, a jurisprudência é no sentido de que não se pode imputar débito com base em sobrepreço de itens isolados da planilha contratual. A aferição quanto à adequabilidade do preço contratado deve perpassar por uma avaliação mais abrangente da avença, permitindo-se, em geral, compensações de itens com sobrepreço e itens com subpreço. Ao final, se os preços globais contratados estiverem aderentes às práticas de mercado, deve-se sopesar se as distorções pontuais identificadas representam risco para administração (potencial jogo de planilha ou de cronograma, por exemplo), e adotar medidas para mitigá-las (Acórdãos 2.482/2008, 2.885/2008, 1.064/2009, 1.302/2015 e 2.510/2016, todos do Plenário).

13. Sendo assim, o procedimento mais adequado para o cálculo de eventual sobrepreço no contrato seria confrontar o preço de referência por refeição (que, segundo a estimativa de julho/2013, era R\$ 9,99, peça 55, p. 19) com o efetivamente contratado (considerando o valor global de R\$ 7.840.000,00 para fornecimento de 800.000 refeições, o preço por refeição é R\$ 9,80, peça 7).

14. Apesar da impossibilidade de se afirmar, a partir dos elementos constantes nos autos, que houve superfaturamento no contrato, verifico que o preço adotado como base no orçamento do edital foi insuficientemente motivado, conforme consignado pela Secex-SE em sua instrução à peça 82:

“60.2.1. Conforme já analisado, os três orçamentos cujo valor médio foi utilizado para estabelecer o preço base editalício (peça 61, p. 18-20) não foram apresentados em planilhas detalhadas que expressem a composição de todos os custos unitários. Assim, não há como averiguar a compatibilidade destes valores orçados com os itens de custos especificados no Termo de Referência.

60.2.2. Ainda restou evidenciado que um dos orçamentos considerados na média que fixou o preço base do pregão continha sobrepreço, pois a empresa Boa Mesa orçou cada refeição em R\$ 10,30, valor bem superior aos R\$ 8,00 que recebia, na mesma época, pelo mesmo serviço prestado ao restaurante universitário da FUFIS.

60.2.3. Desta forma, entende-se que, além de não haver motivação para fixar o preço base da refeição, foi aceito orçamento com sobrepreço para compor esta referência de preço.”

15. Vale ressaltar que, antes de firmar o Contrato 147/2013, cuja vigência iniciou-se em 29/11/2013, a empresa Boa Mesa Alimentos e Serviços – Eireli já fornecia alimentos ao restaurante universitário da Fufis por meio do Contrato 51/2013, que vigeu até 29/11/2013. À primeira oportunidade, a empresa havia sido contratada por dispensa de licitação e fornecia refeições ao preço unitário de R\$ 8,00. Ainda assim, não há indícios de que tenha sido realizado qualquer questionamento

em razão do fato de essa mesma empresa ter apresentado, poucos meses depois de ter sido contratada (Contrato 51/2013), orçamento no valor de R\$ 10,30 por refeição para execução do mesmo objeto que já estava sob sua responsabilidade e, posteriormente, ter sido contratada, no âmbito do Contrato 147/2013, pelo preço de R\$ 9,80 por refeição.

16. Causa estranheza, também, o fato de a Fufs ter realizado em julho de 2013, três meses antes do início do procedimento licitatório, uma estimativa de preços para os mesmos serviços que fariam parte de seu objeto e, no entanto, não tê-la utilizado como referência para o edital. Apesar de essa estimativa discriminar de maneira mais detalhada os custos que a compuseram (peça 55, p. 11-19), optou-se por desconsiderá-la quando da elaboração do orçamento do edital, adotando, exclusivamente, a média de cotações sem qualquer detalhamento.

17. Sendo assim, considero que não restou comprovado que o preço-base do edital representava o valor de mercado, o que expôs a Administração a risco de contratação desvantajosa. Em razão desses fatos, deve-se chamar em audiência Bárbara Rafaela Santos da Rocha, coordenadora de produção do restaurante universitário e responsável pela elaboração do termo de referência e pelo orçamento do edital (peça 61, p. 8-17), bem como Abel Menezes Smith, pró-reitor de administração e responsável pela aprovação do termo de referência (peça 61, p. 65).

18. Ainda em análise do instrumento convocatório, observo que o edital não previa, de maneira objetiva, os critérios para desclassificação ou aferição da exequibilidade das propostas (peça 61, p. 41-42), o que, no mínimo, representa afronta ao princípio da transparência, da vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo (item 56 do relatório que antecede este voto). Por expor a Administração a riscos – já que eventual arbitrariedade na desclassificação de propostas pode acarretar uma contratação menos vantajosa –, essa irregularidade merece reprimenda desta Corte, motivo pelo qual devem ser chamados em audiência os responsáveis pela elaboração do edital (peça 60, p. 31, vide assinatura), Marcus Alessandro Pereira dos Santos, pregoeiro (peça 61, p. 36). Considerando não se tratar de vício oculto ou dificilmente perceptível, cabe, também, chamar em audiência o responsável pela homologação do certame, Abel Menezes Smith, pró-reitor de administração (peça 6, p. 3-4), corresponsável pelos vícios identificados no procedimento licitatório, conforme a jurisprudência desta Corte (Acórdãos 2.300/2013, 3.294/2014, 1.018/2015, do Plenário, dentre outros).

19. No que diz respeito à condução do certame, era de se esperar que o pregoeiro se ativesse ao estrito cumprimento do edital, indicando, em caso de desclassificação de alguma proposta, o item do instrumento convocatório que teria sido descumprido. Nada obstante, as três primeiras colocadas no certame foram desclassificadas sem expressa motivação ou com base em itens individuais do demonstrativo de custos, e não na totalidade da equação econômico-financeira da proposta, apesar de o critério de julgamento ser o de menor valor global por lote (peça 60, p. 16). Sobre o assunto, reproduzo o seguinte trecho da instrução à peça 9:

“9.19. Examinando essas razões de desclassificação (insertas acima no item 8.8), verifica-se que o pregoeiro criou exigências genéricas, como a comprovação de “custos diversos”, que não estão claros no edital. Tampouco está previsto no edital o exigido percentual mínimo de 85,41% a título de encargos sociais, cujo descumprimento também foi fundamento da desclassificação.

9.20. Além deste grau de subjetividade nas razões do pregoeiro, possibilitado pela ausência no edital de critérios objetivos e claros de aceitabilidade de preços unitários e globais, percebe-se que a desclassificação da representante deu-se por conta do não atendimento a itens que a mesma não foi instada a corrigir em sua planilha de custos, quais sejam: salários bases dos cargos de cozinheiro e de auxiliar de cozinha não atendem ao piso estipulado na Convenção Coletiva de Trabalho (CCT) do SINDICESE; percentual mínimo de encargos sociais, determinados na cláusula sexagésima da CCT, de 85,41%; inclusão de custos com auxílio transporte e alimentação.

9.21. Ao desclassificar o licitante por razões estranhas aos quesitos levantados anteriormente,

entende-se que o pregoeiro frustrou uma legítima expectativa da empresa, motivo pelo qual prospera a alegação da representante nesse sentido.

9.22. Assim, considerando o grau de subjetivismo das exigências criadas pelo pregoeiro, a mencionada frustração da legítima expectativa da empresa, e que não foi facultado ao participante a possibilidade efetiva de demonstrar a viabilidade de sua proposta, entende-se que o ato de desclassificação da empresa F&F Comércio e Serviços de Alimentos Ltda. encontra-se viciado, (...).”

20. A desclassificação de participantes com base em critérios não estabelecidos no edital, aliada à não oportunidade para se demonstrar a viabilidade das propostas consideradas inexequíveis e à recusa indevida da intenção recursal oferecida pela empresa F & F Comércio e Serviços de Alimentos Ltda., pode ter acarretado a desclassificação indevida de proposta potencialmente mais vantajosa para a Administração.

21. Note-se que a solicitação de envio de documentos complementares não poderia ser considerada, no caso concreto, uma oportunidade para que as empresas demonstrassem a exequibilidade de suas propostas. A uma, porque tal medida não foi adotada junto à empresa Brisa Mar Serviços Ltda. – ME, desclassificada por alegada inexequibilidade. A duas, porque somente foi solicitado à empresa F & F Comércio e Serviços de Alimentos Ltda. o detalhamento dos itens que compunham seu preço e a “correção” dos itens que, segundo o despacho à peça 59, p. 61, não se adequariam às necessidades da contratante. Em momento algum foi solicitada a comprovação de que a proponente seria capaz de cumprir com as obrigações contratuais estabelecidas pelos preços por ela ofertados. E, a três, porque demanda semelhante foi direcionada, também, à empresa G & T Cozinha Industrial Ltda. – EPP, cuja proposta já havia sido considerada exequível.

22. Acrescente-se, ainda, que, apesar de o pregoeiro ter consignado que os licitantes recusados poderiam, em momento oportuno, apresentarem intenção de recurso motivada, observa-se que, na prática, tal direito não restou assegurado à empresa F & F Comércio e Serviços de Alimentos Ltda., conforme o seguinte excerto da instrução à peça 82 (reproduzida no relatório que antecede este voto):

“58.2.1. (...) Constatou-se na instrução inicial que o pregoeiro recusou indevidamente a intenção de recurso da empresa F&F Comércio e Serviços de Alimentos Ltda., ora representante, haja vista que a intenção do recurso foi registrada no dia 25/11/2013, às 10h40 (peça 2, p. 45), dentro do prazo estipulado, até 25/11/2013, às 11h00 (peça 2, p. 56), e que foram apresentados, de forma sucinta, os motivos recursais (não possuir Convenção Coletiva de Trabalho e a proposta não ser inexequível).

58.2.2. O art. 26, *caput*, do Decreto 5.450/2005 prescreve que o recorrente deve motivar imediatamente apenas a intenção de recorrer (no caso, “não possuir Convenção Coletiva de Trabalho e a proposta não ser inexequível”). Já as razões recursais devem ser apresentadas no prazo de três dias, não imediatamente.

58.2.3. Assim, não prospera a alegação colocada na resposta anterior no sentido de que o recorrente deveria, ao manifestar sua intenção de recorrer, apresentar logo as razões (motivações) do recurso.

58.2.4. Portanto, como o pregoeiro não concedeu o prazo de três dias para a apresentação do recurso, restou caracterizado o impedimento do livre exercício da ampla defesa e do contraditório após a desclassificação da representante.”

23. Agrava a aparente arbitrariedade com que foram desclassificadas as três primeiras colocadas no certame o fato de terem sido realizadas exigências não isonômicas que, aparentemente, beneficiaram a empresa Boa Mesa Alimentos e Serviços – Eireli, vencedora do pregão. Apesar de a empresa G & T Cozinha Industrial Ltda. – EPP ter sido comunicada de que seria realizada diligência ao espaço físico da empresa – exigência não prevista no edital –, essa solicitação não foi direcionada à vencedora do certame. Ademais, a empresa F & F Comércio e Serviços de Alimentos Ltda. foi demandada a incluir em sua documentação a comprovação do fator de correção e cocção de alimentos,

estimativa da composição da guarnição, salada crua e suco de fruta, exigência não realizada e não atendida pela empresa Boa Mesa Alimentos e Serviços – Eireli.

24. Faço apenas uma ressalva quanto a essa irregularidade. A unidade instrutora apontou, à peça 82, que somente a empresa Boa Mesa Alimentos e Serviços – Eireli teve a oportunidade de efetuar correções em sua planilha de custos. Observo, contudo, que as empresas F & F Comércio e Serviços de Alimentos Ltda. e G & T Cozinha Industrial Ltda. – EPP também tiveram a oportunidade de adequarem suas propostas às exigências externadas pelo pregoeiro, conforme consta à peça 2, p. 49 e 52.

25. Apesar da ressalva consignada no item anterior, entendo que a conduta do pregoeiro expôs a Administração a risco e teve como consequência a incerteza quanto à vantagem, para a Administração, da contratação da empresa Boa Mesa Alimentos e Serviços – Eireli em detrimento das três primeiras colocadas no certame. Deve-se, portanto, realizar a audiência de Marcus Alessandro Pereira dos Santos, pregoeiro e responsável pela desclassificação de propostas com base em critérios não estabelecidos no edital licitatório e/ou sem a realização de diligências para comprovação da exequibilidade dos preços apresentados, pela rejeição de intenção de recurso em desconformidade com o Decreto nº 5.450/2005, art. 26, § 3º e pelo tratamento não isonômico de licitantes.

26. Considerando que as irregularidades cometidas eram perceptíveis, cabe, também, chamar em audiência o responsável pela homologação do certame, Abel Menezes Smith, pró-reitor de administração, corresponsável pelos vícios identificados no procedimento licitatório.

27. Por fim, menciono que os despachos emitidos por Danielle Andrade dos Santos, coordenadora de controle de custos, e Bárbara Rafaela Santos da Rocha, coordenadora de produção do restaurante universitário, às peças 58, p. 17, e 59, p. 61 e 66 contribuíram para a desclassificação de propostas com base em critérios não estabelecidos no edital licitatório e para o tratamento não isonômico de licitantes, motivo pelo qual devem, também, ser chamadas em audiência.

Ante o exposto, voto por que o Tribunal adote a minuta de acórdão que ora submeto à deliberação deste Colegiado.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 23 de maio de 2017.

Ministro BRUNO DANTAS
Relator