VOTO

Trata-se de representação formulada pela empresa F&F Comércio e Serviços de Alimentos Ltda. acerca de possíveis irregularidades no Pregão Eletrônico 152/2013, conduzido pela Fundação Universidade Federal de Sergipe (Fufs), cujo objeto era a contratação de empresa especializada em alimentação e nutrição para prestação de serviços de preparo, fornecimento e distribuição no restaurante universitário da fundação.

2. Em resumo, a F&F alegou que teria ocorrido direcionamento do certame em benefício da licitante que havia se sagrado vencedora, o que teria prejudicado a representante e causado dano ao erário.

3. Indeferido o pedido de adoção de medida cautelar, em razão da incidência do perigo da demora reverso – consubstanciado no risco de descontinuidade dos serviços de fornecimento de refeições no restaurante da Fufs –, foram realizadas oitivas e diligências para apurar os indícios de irregularidade na condução do certame.

4. Adotadas as medidas sanadoras, restou consignado, em conformidade com a jurisprudência desta Corte, que não seria possível imputar débito no presente caso, pois o sobrepreço identificado teria por base itens isolados da planilha contratual, e não o contrato como um todo (Acórdão 3.524/2017-TCU-Primeira Câmara).

5. No que tange às irregularidades na condução do certame, diante do exaurimento do contrato que decorreu do pregão em tela (Contrato 147/2013, encerrado em 28/11/2014), foi determinada, por meio do Acórdão 3.524/2017-TCU-Primeira Câmara a realização de audiências dos responsáveis.

6. Nesta etapa processual, analisadas as razões de justificativa apresentadas, a unidade instrutora considerou que poderiam ser parcialmente acolhidos os argumentos de Marcus Alessandro Pereira dos Santos, no que tange a uma das irregularidades a ele atribuídas, e que os argumentos dos demais responsáveis deveriam ser rejeitados.

7. Assim, propõe a aplicação de multas a todos os responsáveis, com fundamento no art. 58, inciso II, da Lei 8.443/1992.

8. Em essência, corroboro as conclusões aduzidas pela unidade instrutora, sem prejuízo das considerações que tecerei a seguir.

II

9. Em breve histórico do contexto fático que deu ensejo às audiências cuja análise é objeto desta etapa processual, relembro que o Pregão Eletrônico 152/2013 foi realizado com o intuito de dar continuidade à prestação de serviços de fornecimento de refeições no restaurante universitário da Fufs. Isso porque o contrato anterior, firmado com a empresa Boa Mesa Alimentos e Serviços – Eireli por meio de dispensa de licitação, estava em vias de se exaurir.

10. Três meses antes do início do procedimento licitatório, a Fufs realizou uma estimativa de preços para os mesmos serviços que fariam parte de seu objeto. Apesar de essa estimativa discriminar de maneira detalhada os custos que a compuseram, a Fufs optou por desconsiderá-la e adotar como orçamento, exclusivamente, uma média de cotações não detalhadas (peça 61, p. 18-20).

11. Segundo o termo de referência do edital (peça 2, p. 86), o valor orçado para execução do objeto a ser contratado era de, aproximadamente, R$ 8,8 milhões.

12. Após a fase de lances, as duas licitantes responsáveis pelas menores propostas (R$ 2,65 milhões e R$ 4,8 milhões) foram desclassificadas por inexequibilidade. Na justificativa, não foram

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 61171457.

indicados os itens do edital que teriam sido descumpridos, nem foi dada às empresas a oportunidade de demonstrar a exequibilidade de suas propostas.

13. Realizado o aceite da proposta da terceira colocada e iniciada a fase de habilitação, o pregoeiro, reconhecendo haver sido precipitada a desclassificação da segunda colocada, voltou atrás e determinou que fosse apresentada sua planilha de formação de preço para análise mais detalhada.

14. Apresentada a documentação requerida, o pregoeiro solicitou à segunda colocada que promovesse correções em sua planilha de preços. Entretanto, apesar de terem sido atendidas as solicitações, a licitante teve sua proposta novamente considerada inexequível, em razão de outros critérios que não haviam sido objeto de questionamento anteriormente e que não constavam no edital (peça 9, itens 8 e 9).

15. Irresignada com a sua desclassificação, a segunda colocada manifestou, tempestivamente, interesse de recorrer, indicando, resumidamente, a matéria que seria contestada em sede de recurso, mas teve sua intenção rejeitada.

16. Como resultado do certame, restou contratada a empresa Boa Mesa, pelo preço de R$ 9,80 por refeição (R$ 7,8 milhões). Ressalto que o preço pactuado no novo contrato era superior ao que ela mesma praticava no âmbito da avença anterior, que era de R$ 8,00 por refeição.

17. Vale ressaltar que o instrumento convocatório não explicitava, com clareza e objetividade, critérios para desclassificação ou aferição de exequibilidade das propostas.

18. Ademais, não houve uniformidade no tratamento das licitantes, como se pode depreender dos seguintes excertos do voto condutor do Acórdão 3.524/2017-TCU-Primeira Câmara:

> "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.
>
> (...)
>
> 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."

19. Diante desse cenário, foram realizadas as seguintes audiências (Acórdão 3.524/2017-TCU-Primeira Câmara):

Irregularidade	**Responsável**	**Conduta**
ausência, no edital licitatório, de critérios objetivos para a desclassificação de propostas, em desconformidade com o	Marcus Alessandro Pereira dos Santos, pregoeiro da Fufs, responsável pela condução do Pregão Eletrônico 152/2013,	ter elaborado o edital do Pregão Eletrônico 152/2013, conforme assinatura aposta à peça 60, p. 31

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 61171457.

art. 9º, inciso IV, do Decreto 5.450/2005	conforme designação à peça 61, p. 36	
	Abel Smith Menezes, pró-reitor de administração da Fufs	ter homologado o Pregão Eletrônico 152/2013, conforme peça 6, p. 3-4
desclassificação de propostas com base em critérios não previstos no instrumento convocatório e/ou sem a realização de diligências para comprovação da exequibilidade dos preços apresentados, em afronta ao princípio da transparência, da vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo, ao art. 29 da Instrução Normativa-SLTI/MP 2/2008 e à Súmula-TCU 262;	Marcus Alessandro Pereira dos Santos, pregoeiro da Fufs, responsável pela condução do Pregão Eletrônico 152/2013, conforme designação à peça 61, p. 36	ter conduzido o Pregão Eletrônico 152/2013, conforme ata constante à peça 2, p. 32-56
	Danielle Andrade dos Santos, coordenadora de controle de custos da Fufs	emissão dos despachos constantes à peça 58, p. 17, e à peça 59, p. 61 e 66;
	Bárbara Rafaela Santos da Rocha, coordenadora de produção do restaurante universitário	emissão dos despachos constantes à peça 58, p. 17, e à peça 59, p. 61 e 66;
	Abel Smith Menezes, pró-reitor de administração da Fufs	ter homologado o Pregão Eletrônico 152/2013, conforme peça 6, p. 3-4
rejeição de intenção de recurso em desconformidade com o Decreto 5.450/2005, art. 26, § 3º;	Marcus Alessandro Pereira dos Santos, pregoeiro da Fufs, responsável pela condução do Pregão Eletrônico 152/2013, conforme designação à peça 61, p. 36	ter conduzido o Pregão Eletrônico 152/2013, conforme ata constante à peça 2, p. 32-56
	Abel Smith Menezes, pró-reitor de administração da Fufs	ter homologado o Pregão Eletrônico 152/2013, conforme peça 6, p. 3-4
tratamento não isonômico de licitantes	Marcus Alessandro Pereira dos Santos, pregoeiro da Fufs, responsável pela condução do Pregão Eletrônico 152/2013, conforme designação à peça 61, p. 36	ter conduzido o Pregão Eletrônico 152/2013, conforme ata constante à peça 2, p. 32-56
	Danielle Andrade dos Santos, coordenadora de controle de custos da Fufs	emissão dos despachos constantes à peça 58, p. 17, e à peça 59, p. 61 e 66;
	Bárbara Rafaela Santos da Rocha, coordenadora de produção do restaurante universitário	emissão dos despachos constantes à peça 58, p. 17, e à peça 59, p. 61 e 66;
	Abel Smith Menezes, pró-reitor de administração da Fufs	ter homologado o Pregão Eletrônico 152/2013, conforme peça 6, p. 3-4
insuficiência da motivação para	Bárbara Rafaela Santos da Rocha,	ter elaborado o termo de

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 61171457.

o preço-base editalício do Pregão Eletrônico 152/2013, em desconformidade com o art. 9º, §§ 1º e 2º, do Decreto 5.450/2005	coordenadora de produção do restaurante universitário	referência e o orçamento do Pregão Eletrônico 152/2013, conforme peça 61, p. 8-17
	Abel Smith Menezes, pró-reitor de administração da Fufs	ter aprovado o termo de referência e o orçamento do Pregão Eletrônico 152/2013, conforme peça 61, p. 65

20. Passo a tratar da matéria.

III

21. No que diz respeito ao pregoeiro Marcus Alessandro Pereira dos Santos, assiste razão à unidade instrutora quando consigna que ele não poderia ser responsabilizado pela ausência, no edital licitatório, de critérios objetivos para a desclassificação de propostas. De fato, nos termos do art. 9º, § 2º, do Decreto 5.450/2005, a elaboração do edital e do termo de referência não era sua responsabilidade.

22. Igual sorte não assiste o responsável quanto às demais irregularidades a ele atribuídas.

23. Na condição de pregoeiro, caberia a ele assegurar-se de que seus atos se pautavam no edital do pregão e na legislação vigente. E, apesar das alegações nesse sentido, não logrou indicar, objetivamente, os itens do edital nos quais se teria baseado para desclassificar as duas melhores colocadas no certame. E, considerando que o instrumento convocatório não continha critérios que viabilizassem o exame em questão, não poderia o pregoeiro, por iniciativa própria, adotar os critérios que entendesse mais convenientes, ainda que, hipoteticamente, fossem considerados razoáveis – juízo que não é cabível nesta oportunidade.

24. No caso da primeira colocada, o pregoeiro deixou, ainda, de dar-lhe a oportunidade de comprovar a exequibilidade de sua proposta, o que, conforme consignado no relatório que antecede este voto, vai de encontro a vasta jurisprudência desta Corte.

25. No que tange à segunda colocada, apesar de a decisão do pregoeiro ter tido como fundamento o parecer à peça 59, p. 66 – o qual poderia tê-lo induzido ao equívoco em tela –, ainda assim caberia a ele ter investigado, ou mesmo questionado às pareceristas, quais itens do edital teriam sido descumpridos, já que os documentos não continham essa informação. Considerando que o registro objetivo da motivação para desclassificação era necessário para conferir transparência e isonomia ao certame, era de se esperar que o pregoeiro tivesse identificado essa lacuna e buscasse saná-la.

26. Tampouco pode ser considerado aceitável que o pedido de recurso da segunda colocada tenha sido negado em razão do exaurimento das oportunidades oferecidas para que ela corrigisse a sua proposta. A uma, porque cada parecer emitido, inclusive aquele que teria fundamentado a desclassificação, continha novas exigências que ainda não haviam sido tangenciadas anteriormente (peças 58, p. 17, e 59, p. 61 e 66). A duas, porque o direito de recorrer surge apenas a partir do ato que desclassificou a empresa. Assim, os debates ocorridos anteriormente à desclassificação não poderiam operar a preclusão do direito em questão. E, a três, porque a intenção de recurso foi registrada tempestivamente e suficientemente motivada.

27. Nesse sentido, não foi possível acolher os argumentos apresentados pelo pregoeiro quanto às irregularidades de: i) desclassificação de propostas com base em critérios não previstos no instrumento convocatório e/ou sem a realização de diligências para comprovação da exequibilidade dos preços apresentados; ii) rejeição indevida de intenção de recurso; e iii) tratamento não isonômico de licitantes.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 61171457.

28. Portanto, incorporando as análises da unidade instrutora às minhas razões de decidir, pugno pela aplicação da multa individual prevista no art. 58, inciso II, da Lei 8.443/1992, no valor de R$ 9.000,00.

IV

29. No que diz respeito a Danielle Andrade dos Santos, verifico que os pareceres por ela assinados continham, expressamente, a informação de que as normas do edital e a legislação vigente haviam servido de base para os questionamentos e conclusões lá consignados.

30. Ocorre que, nem nos pareceres, nem em suas razões de justificativa, foram indicados os itens editalícios que teriam sido descumpridos pela licitante.

31. Considerando que o edital não previa critérios por meio dos quais se poderia aferir a exequibilidade das propostas das licitantes, a afirmação de que as observações constantes nos pareceres se fundamentariam no instrumento convocatório constitui erro grosseiro, passível de responsabilização por esta Corte.

32. Assim, levando em conta que a emissão dos pareceres concorreu para a desclassificação de licitante com base em critérios não previstos no instrumento convocatório, corroboro e incorporo às minhas razões de decidir as análises empreendidas pela unidade instrutora quanto a esse ponto, e pugno pela aplicação da multa individual prevista no art. 58, inciso II, da Lei 8.443/1992, no valor de R$ 3.000,00.

33. Entretanto, discordo da unidade instrutora quando se manifesta pela responsabilização de Danielle pelo tratamento não isonômico de licitantes.

34. Isso porque os pareceres por ela emitidos e utilizados para fundamentar sua conduta na audiência que lhe foi direcionada diziam respeito única e somente a uma licitante (F&F Comércio e Serviços de Alimentos Ltda.).

35. Portanto, ainda que tenham sido emitidos outros pareceres conferindo tratamento discrepante a outras licitantes, não caberia aplicar-lhe multa sem, antes, promover nova audiência para que se manifestasse quanto aos demais documentos.

36. Considerando que os autos, que tramitam nesta Corte desde 2014, encontram-se, finalmente, em vias de julgamento de mérito, e que os custos processuais de realizar nova audiência superariam os benefícios que dela poderiam advir, reputo não ser oportuna a adoção de tal medida.

V

37. No que tange a Bárbara Rafaela Santos da Rocha, aplicam-se os mesmos comentários tecidos no capítulo IV deste voto.

38. Em acréscimo, quanto à sua participação na elaboração do termo de referência do Pregão Eletrônico 152/2013 com preço-base insuficiente motivado, as razões de justificativa apresentadas não foram suficientes para elidir a irregularidade ou isentar sua responsabilidade.

39. Assim, incorporo às minhas razões de decidir as análises empreendidas pela unidade instrutora referentes à desclassificação de licitante com base em critérios não previstos no instrumento convocatório e à insuficiência da motivação para o preço-base editalício do Pregão Eletrônico 152/2013, e pugno por que seja aplicada a Bárbara Rafaela Santos da Rocha a multa individual prevista no art. 58, inciso II, da Lei 8.443/1992, no valor de R$ 6.000,00.

VI

40. Em suas razões de justificativa, Abel Smith Menezes confirma serem atribuições do pró-reitor de administração da Universidade Federal de Sergipe a aprovação dos termos de referência e a homologação de pregão eletrônico.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 61171457.

41. Entretanto, quanto ao mérito das irregularidades que lhe foram atribuídas, não apresentou argumentos que pudessem elidi-las, limitando-se a informar que corrobora e ratifica as justificativas apresentadas pelos demais servidores chamados em audiência e que houve decisão judicial favorável à manutenção do pregão em tela (peça 103).

42. Conforme consignado pela unidade instrutora, a decisão judicial que não tenha sido proferida na esfera penal pela negativa do fato ou da autoria não vincula a atuação desta Corte, em homenagem ao princípio da independência das instâncias.

43. Ademais, era de se esperar que, na condição de responsável pela aprovação dos termos de referência e homologação do certame licitatório, o pró-reitor fosse capaz de identificar as graves falhas cometidas na concepção e na condução do certame.

44. Portanto, em consonância com as análises da unidade instrutora, as quais incorporo às minhas razões de decidir, cabe aplicar-lhe, individualmente, a multa prevista no art. 58, inciso II, da Lei 8.443/1992, no valor de R$ 15.000,00.

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 26 de março de 2019.

Ministro BRUNO DANTAS
Relator

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 61171457.