VOTO

Preenchidos os requisitos de admissibilidade previstos no art. 48, da Lei 8.443/92, deve ser conhecido o pedido de reexame interposto pelos Srs. Abel Smith Menezes, pró-reitor de administração, Bárbara Rafaela Santos da Rocha, coordenadora de produção do restaurante universitário, Danielle Andrade dos Santos, coordenadora de controle de custos, e Marcus Alessandro Pereira dos Santos, pregoeiro, todos da Fundação Universidade Federal de Sergipe (Fufs), contra o Acórdão 2.692/2019-TCU-1ª Câmara.

2. Por meio dessa deliberação, os recorrentes foram apenados com a multa do art. 58, inciso II, da Lei 8.443/1992, em decorrência de irregularidades ocorridas no Pregão Eletrônico 152/2013, no âmbito da Fundação Universidade Federal de Sergipe (Fufs), destinado à contratação de serviços de preparo, fornecimento e distribuição de alimentos no restaurante universitário.

3. Extraio do voto *a quo*, um breve histórico dos fatos (peça 116):

> 2. (...) 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.
>
> 3. 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).
>
> 4. 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.
>
> 5. 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 indicados os itens do edital que teriam sido descumpridos, nem foi dada às empresas a oportunidade de demonstrar a exequibilidade de suas propostas.
>
> 6. 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.
>
> 7. 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).
>
> 8. 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.
>
> 9. 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.
>
> 10.Vale ressaltar que o instrumento convocatório não explicitava, com clareza e objetividade, critérios para desclassificação ou aferição de exequibilidade das propostas.
>
> 11.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:

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 62617965.

> "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."

4. Desta forma, as irregularidades que motivaram as multas foram: (a) ausência, no edital licitatório, de critérios objetivos para a desclassificação de propostas; (b) 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; (c) rejeição de intenção de recurso; (d) tratamento não isonômico de licitantes; e (e) insuficiência da motivação para o preço-base constante no edital. Tais irregularidades foram imputadas aos seguintes responsáveis:

(a) Abel Smith Menezes (pró-reitor de administração da Fufs que autoridade que aprovou o termo de referência e homologou o pregão): alíneas "a" e "e";

(b) Bárbara Rafaela Santos da Rocha (coordenadora de produção do restaurante universitário): alíneas "b", "d" e "e" supra;

(c) Danielle Andrade dos Santos (coordenadora de controle de custos da Fufs): alínea "b"; e

(d) Marcus Alessandro Pereira dos Santos (pregoeiro): alíneas "b", "c" e "d".

5. A Serur manifestou-se pela negativa de provimento ao recurso interposto.

II

6. A desclassificação da proposta da empresa F&F Comércio e Serviços de Alimentos Ltda. foi uma das irregularidades que motivou a multa ao pregoeiro, condutor da licitação, bem como à coordenadora de produção do restaurante universitário, responsável pelo projeto, incluindo a elaboração do Termo de Referência e a estimativa do preço base, e pela análise da proposta da F&F; e à coordenadora de controle de custos da Fufs, que também elaborou parecer que analisou a proposta da F&F.

7. A referida desclassificação foi tida por irregular por ter sido feita com base em critérios não estabelecidos no edital licitatório.

8. Inicialmente, a proposta da referida empresa (segunda colocada) havia sido desclassificada por inexequibilidade, sem que fossem indicados os itens do edital que teriam sido descumpridos

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 62617965.

("Proposta inexequível frente ao explicitado no caderno editalício") ou sem oportunizar à empresa demonstrar a exequibilidade de sua proposta. Posteriormente, porém, quando iniciada a fase de habilitação, o pregoeiro, reconhecendo haver sido precipitada a sua desclassificação, voltou atrás e determinou que fosse apresentada sua planilha de formação de preço para análise mais detalhada.

9. Apresentada a documentação requerida, o pregoeiro solicitou que promovesse correções em sua planilha de preços e, apesar de ter sido atendido, sua proposta foi novamente considerada inexequível, agora por razões distintas pelas quais a empresa havia sido instada a corrigir anteriormente em sua planilha de custos e que não constavam no edital, a saber: salários bases dos cargos de cozinheiro e de auxiliar de cozinha não atenderiam ao piso estipulado na Convenção Coletiva de Trabalho (CCT) do Sindicese; não teria sido atendido o percentual mínimo de encargos sociais, determinados na cláusula sexagésima da CCT, de 85,41%; não teria havido a demonstração da inclusão de custos com auxílio transporte, alimentação, água e energia elétrica.

10. O relator *a quo* asseverou que os responsáveis não lograram indicar, objetivamente, os itens do edital nos quais se basearam para desclassificar as duas melhores colocadas no certame (além da F&F, também foi desclassificada a primeira colocada, Brisa Mar). Asseverou, também, que, considerando que o instrumento convocatório não continha critérios que viabilizassem o exame, não poderia o pregoeiro, por iniciativa própria, adotar os critérios que entendesse mais convenientes, ainda que, hipoteticamente, fossem considerados razoáveis – juízo que não era cabível naquela oportunidade.

11. Quanto às coordenadoras, o relator ressaltou que elas avaliaram a proposta da empresa F&F, mediante o despacho à peça 59, p. 61, questionando a necessidade de cozinheiros e a comprovação de custos diversos (água e energia elétrica), sem que houvesse parâmetros objetivos que pudessem servir para aferir a exequibilidade da proposta.

12. Nesta oportunidade, os recorrentes reafirmaram que o edital possuía parâmetros objetivos, que foram fundamentados no art. 48, da Lei 8.666/1993 e que a desclassificação decorreu, essencialmente, do descumprimento de dois itens constantes do edital: "(a) que não atendam às exigências do ato convocatório ou que apresentem dispositivos contrários à lei e à regulamentação vigente" e "(c) que forem omissas, vagas, apresentarem irregularidades ou defeitos capazes de dificultar o julgamento, bem como as que apresentarem preços ou vantagens baseadas nas ofertas de outras".

13. Alegaram que a avaliação da documentação enviada pela F&F procurou identificar os itens de custos mais importantes: mão de obra (quadro mínimo, salários, vale transporte, vale alimentação, adicional de insalubridade), custos diversos (água, energia e gás), buscando conferir se a proposta minimamente refletia o atendimento à legislação pertinente. E que a referida empresa, em seu detalhamento do preço, teria apresentado orçamentos calculados com critérios diferentes do contido em edital para a composição de cardápio na refeição jantar, contrariando o Termo de Referência (item 5.8.3), e que o quadro técnico apresentado pela empresa era completamente insuficiente (o termo de referência contido em edital versava sobre um quadro mínimo, que teve como base a Resolução 380/2005 do Conselho Federal de Nutricionistas e o estudo de Gandra & Ganbardella).

14. A Serur examinou a questão juntamente com outra irregularidade, motivo de multa aplicada apenas ao pró-reitor de administração da Fufs, que é a ausência, no edital licitatório, de critérios objetivos para a desclassificação de propostas.

15. A referida unidade técnica entendeu que o instrumento convocatório "não detalhou devidamente todos os itens de custo, notadamente aqueles exigidos quando da análise da planilha de custos retificada enviada pela Empresa representante F&F". Segundo sua análise, o edital e o termo de referência não estabeleceram os itens obrigatórios de formação do preço, os critérios e demais composições de custos utilizadas como argumento para desclassificação das propostas, deixando de prever quaisquer dos detalhamentos exigidos pelo pregoeiro quando da análise preliminar das

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 62617965.

propostas das empresas F&F e G&T, relativas ao cumprimento de convenção coletiva de trabalho, piso salarial, custos gerais, auxílio alimentação, fator de correção no grupo "carnes", percentual mínimo de encargos sociais e outros itens de composição de custos unitários.

16. A Serur ressaltou que, apesar de ter sido feita diligência para que a F&F demonstrasse a exequibilidade de sua proposta, a nova planilha apresentada pela empresa foi desclassificada com base em critérios inexistentes tanto no edital quanto no termo de referência e que não se referiram às impugnações anteriores, mas a outros fatores.

17. Desta forma, a unidade técnica propôs o não acolhimento das razões recursais dos recorrentes.

18. Acolho a análise do órgão instrutivo.

19. Com efeito, o edital (peça 2, p. 70) dispôs que uma das hipóteses de desclassificação de propostas seria se fossem "manifestamente inexequíveis, assim considerados aqueles irrisórios ou de valor zero ou que não venham a ter sua viabilidade demonstrada através de documentação que comprove que o custo dos produtos é coerente com o de mercado" e que aos preços deveriam ser computados "todos os custos necessários ao fornecimento, bem como todos os impostos, fretes, seguros, encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais, comerciais, taxas, e quaisquer outras despesas que incidam ou venham a incidir sobre o objeto desta licitação

20. No entanto, nem naquele instrumento nem em seu termo de referência foram discriminados todos os itens que deveriam constar nas propostas que, posteriormente, seriam fundamentais na análise pela área técnica da universidade para a aferição da exequibilidade das propostas.

21. Primeiro, à F&F havia sido pedido retificação para: (a) quadro insuficiente de funcionário (ausência da previsão de cozinheiro e auxiliares de cozinha); (b) necessidade do detalhamento das obrigações fiscais; (c) elaboração de estimativa (detalhada por item); (d) comprovação dos custos com água e luz; (e) inclusão de fatores de correção e cocção; (f) detalhamento e comprovação dos custos dos condimentos das preparações; (g) estimativa técnica da composição da guarnição, alada crua e suco de fruta.

22. Ao final, a proposta da F&F foi desclassificada por: (a) os salários bases dos cargos de cozinheiro e de auxiliar de cozinha, não atenderem ao piso estipulado na Convenção Coletiva de Trabalho (CCT) do Sindicese; (b) não atendimento do percentual mínimo referente aos encargos sociais, determinados na cláusula sexagésima da CCT, de 85,41%; (c) não demonstração do pagamento de auxílios alimentação (cláusula 35/CCT) e auxílio transporte (cláusula 11ª/CCT); (d) não indicação dos custos de água, energia elétrica e gás; (e) não demonstração do custo da refeição (em todos os cardápios) – de acordo com o item 5 (Cardápio) do Termo de Referência; (f) não evidenciação da regularidade do fator de correção "1,0" no grupo carnes, em sua planilha de custos.

23. Todavia, tais parâmetros não foram detalhados no edital tampouco no termo de referência. Assim, ainda que importantes, não poderiam embasar a desclassificação da proposta da empresa. Agravante da conduta foi a ausência de oportunidade à empresa de esclarecê-los.

III

24. Outra irregularidade que motivou a multa aplicada ao pregoeiro foi a rejeição de intenção de recurso interposto pela empresa F&F.

25. Segundo o voto *a quo*, o pregoeiro recusou indevidamente a intenção de recurso da aludida empresa, haja vista que a intenção foi registrada no dia 25/11/2013, às 10h40, dentro do prazo estipulado, até 25/11/2013, às 11h00, e que foram apresentados, de forma sucinta, os motivos recursais (não possuir Convenção Coletiva de Trabalho e a proposta não ser inexequível).

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 62617965.

26. Portanto, como o pregoeiro não concedeu o prazo legal 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.

27. O recorrente alegou que a intenção do recurso era meramente protelatória pois já teria se exaurido as possibilidades de adequação da proposta da empresa. E que, qualquer modificação na proposta, implicaria o aumento do valor registrado na ata e, portanto, na desclassificação sumária da licitante, por descumprimento dos itens 9.1.6 e 9.1.7 do ato convocatório, e do § 2º do art. 29-A da Instrução Normativa 5/2017-SEGES/MPDG. Registrou, também, que oportunizou a todas as licitantes a apresentação de manifestações, pedidos, informações e dedicou-se especialmente à F&F, com a qual foram dispendidos três dias de tratativas no chat do Comprasnet. Ainda que, em 13/11/2013, foi concedido prazo estipulado pela própria empresa, de 48 horas, entretanto não foram corrigidas as lacunas apontadas na planilha, especialmente a quantidade mínima de proteína exigida de 200 g após o cozimento, conforme trecho da Ata que transcrevem.

28. A Serur não acolheu as razões apresentadas. Ressaltou que o recurso foi interposto tempestivamente, já com as razões recursais apresentadas (não possuir Convenção Coletiva de Trabalho e a proposta não ser inexequível), tendo restado caracterizado, assim, a não concessão pelo pregoeiro do prazo do art. 26, *caput,* do Decreto 5.450/2005 e a não análise de seu recurso impediu o livre exercício da ampla defesa e do contraditório. Ainda, frisou que, mesmo que houvesse aumento do lance pela exigência mínima de proteína, conforme alegado, o recorrente não demonstrou que tal aumento inviabilizaria a manutenção da proposta mais vantajosa.

29. Acolho a análise da unidade técnica e acresço que, mesmo que, no mérito, o recurso não fosse ser provido, a licitante tinha o direito de ter seu recurso analisado. Ademais, há que se ressaltar que o inciso IV do art. 8º do referido decreto estabelece que cabe autoridade competente a decisão dos recursos contra atos do pregoeiro quando este mantiver sua decisão.

30. Assim, não vejo razão para revisão das conclusões do voto *a quo* quanto a esse ponto.

IV

31. Outro fato motivador da multa aplicada ao pregoeiro e à coordenadora de produção do restaurante universitário foi o tratamento não isonômico de licitantes.

32. Isso porque foram solicitados da F&F alguns itens que a vencedora, empresa Boa Mesa, não comprovou em suas demonstrações de custos, e que não foram cobrados pela Coordenação no Despacho que analisou a proposta da Boa Mesa a saber: fatores de correção e cocção de alimentos; estimativa da composição (ficha técnica) da guarnição, salada crua e suco de fruta, com respectivas comprovações e comprovação de custos diversos.

33. Por outro lado, à empresa Boa Mesa foi dada oportunidade para retificar as informações que embasaram a desclassificação da F&F, sem que a essa tenha sido dada a mesma oportunidade (ônus trabalhistas, previdenciários e tributários, além dos adicionais de insalubridade e outros auxílios).

34. Além disso, no caso da primeira colocada (Brisa Mar Serviços Ltda.), o pregoeiro deixou, ainda, de dar-lhe a oportunidade de comprovar a exequibilidade de sua proposta. E, também, informou que iria realizar diligência no espaço físico de outra licitante, G&G, sem indicar a finalidade e o motivo que justificaria a necessidade da visita, sem que tal medida tenha sido adotada em relação à concorrente vencedora.

35. Os recorrentes alegaram que as exigências feitas à F&F foram demandadas das demais licitantes, e que, em relação à GT Refeições e Boa Mesa, foram demandados esclarecimentos de suas planilhas de custos.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 62617965.

36. A Serur, entretanto, entendeu que as razões apresentadas não elidiram a irregularidade apontada, tendo em vista que: (a) diversas diligências foram dirigidas tão somente à F&F e não à vencedora, Boa Mesa Alimentos e Serviços; (b) a diligência ao espaço físico da G&G não indicou a finalidade e o motivo que justificaria a necessidade da visita, sem que tal medida tenha sido adotada em relação à concorrente vencedora; (c) abertura de oportunidade à empresa Boa Mesa de retificar itens da planilha de custos para corrigir itens relativos a encargos sociais de 85,41%, adicional de insalubridade e adicional noturno para os cargos de cozinheiro, além de ticket alimentação, vale transporte e encargos sociais, conforme parecer da Coordenação de Controle de Custos, oportunidade essa que não foi conferida às demais licitantes; (d) nos despachos da Coordenação de Controle de Custos, que analisaram as propostas das licitantes, foi exigido da empresa F&F, em relação à comprovação da exequibilidade da proposta, itens que não foram apresentados nem exigidos pela licitante vencedora, a empresa Boa Mesa Alimentos e Serviços – Eireli.

37. Acolho a análise da Serur, por considerar caracterizado o tratamento diferenciado dado às licitantes explicitado pelas condutas supra.

V

38. Por fim, a insuficiência da motivação para o preço-base constante no edital foi também razão da multa aplicada ao pró-reitor de administração da Fufs, autoridade que aprovou o termo de referência e homologou o pregão, e à coordenadora de produção do restaurante universitário, responsável pelo projeto referente à contratação, incluindo a elaboração do Termo de Referência e a estimativa do preço base da licitação.

39. Os recorrentes alegaram que foi realizada pesquisa com empresas de alimentação para levantamento preço médio, além de pesquisas no site www.comprasgovernamentais.gov.br, para conhecer a realidade dos contratos firmados pela administração pública naquele exercício.

40. A Serur frisou que um dos valores pesquisados, utilizado para fundamentar o preço-base, foi apresentado pela empresa Boa Mesa (R$ 10,30), valor este bem superior ao que ela, no mesmo momento, estava recebendo da Fufs (R$ 8,00) em contrato emergencial para a prestação do mesmo serviço, fato que não foi questionado à referida empresa.

41. Segundo apontou a referida unidade técnica, foi feito levantamento com três empresas (Lemos Passos, Nutril e Boa Mesa) que apresentaram orçamentos sem qualquer detalhamento. E, sobre as eventuais consultas feitas com empresas públicas e privadas e no site do comprasnet, frisou que os recorrentes não trouxeram elementos comprobatórios.

42. Desta forma, aquela unidade técnica entendeu que deve ser mantida a irregularidade, posição que acompanho.

43. Com efeito, as três empresas participantes do levantamento feito apresentaram orçamentos em que continham simples preço unitário da refeição, desacompanhado de planilhas detalhadas que expressassem sua composição, não sendo aptos para subsidiar o estabelecimento de um preço de referência para uma contratação de R$ 8 milhões (peça 61, p.18/20). Assim, como ressaltou o relator *a quo*, não há como averiguar a compatibilidade dos valores orçados com os itens de custos especificados no Termo de Referência, o qual, rememore-se, também não trouxe elementos suficientes que especificassem todos os insumos necessários à execução do objeto.

44. Sendo assim, considero que não restou comprovado que o preço-base do edital representava o valor de mercado.

Ante o exposto, acolhendo a análise e as propostas uníssonas da Serur e do MPTCU, VOTO para que seja adotado o acórdão que ora submeto à apreciação deste Colegiado.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 62617965.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 5 de novembro de 2019.

Ministro VITAL DO RÊGO
Relator

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 62617965.