

TC -022.320-2012-1

Tipo: Representação

Unidade jurisdicionada: Comando da 9ª Região Militar, vinculado ao Ministério da Defesa

Representante: Comercial Arakaki Ltda. – ME - CNPJ: 10.476.920/0001-34 - Endereço: Rua Tenente Nicolau Maffei, nº 1.262 – Centro – Presidente Prudente/SP.

Relator: Ministro Weder de Oliveira.

Proposta: Representação. Irregularidades em pregão eletrônico. Conhecimento. Adoção de medida cautelar. Suspensão dos efeitos da ata de registro de preços. Determinação de oitiva. Cumprimento da determinação. Apresentação das justificativas. Proposta de fixação de prazo para que o Comando da 9ª Região Militar adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, anulando o Pregão Eletrônico para Registro de Preços nº 6/2012, de 24/05/2012, bem como todos os atos dele decorrentes. Devolução dos autos a Unidade para seguimento ao andamento do processo.

I - INTRODUÇÃO/HISTÓRICO

01. Cuidam os autos de representação a respeito de possíveis irregularidades ocorridas no Comando da 9ª Região Militar, vinculado ao Ministério da Defesa, relacionadas ao Pregão Eletrônico nº 06/2012, cujo objeto foi "*o registro de preço, para eventual aquisição de gêneros alimentícios, denominados quantitativo de reforço, para atender às necessidades da 9ª RM, Órgão Gerenciador (OG) e das demais Organizações Militares (OM) localizadas na Guarnição de Campo Grande - MS, Órgãos Participantes (OP), que aderirem ao pregão eletrônico para registro de preços, conforme especificações e quantidades estabelecidas no Edital, Termo de Referência e Anexos*" (Peça 1, p. 28). Protocolizada nesta Unidade em 23/07/2012 (Peça 1, pp. 01-04), inicialmente autuada como processo de denúncia, acompanharam a presente representação os seguintes documentos (cópias):

- a) Recurso administrativo da representante, protocolizado na 9ª Região Militar (Exército Brasileiro), em 13/07/2012, às 11:00 hs. (Peça 1, pp. 05-24);
- b) edital do Pregão Eletrônico para Registro de Preços nº 6/2012, de 24/05/2012 (Peça 1, pp. 25-94; e Peça 2, pp. 01-36);
- c) eventos do pregão, iniciado em 26/06/2012 (Peça 2, pp. 39-61);
- d) propostas do licitante vencedor (Peça 2, pp. 62-68);
- e) extrato do termo de homologação/adjudicação do licitante vencedor (Peça 2, p. 69);
- f) outros eventos ocorridos no pregão/recursos/motivações das intenções de recursos administrativos (Peça 2, pp. 70-72);
- g) ata de realização do Pregão Eletrônico nº 0006/2012 (SRP) – Comprasnet, com cotação dos preços dos licitantes para os 401 itens previstos e eventos ocorridos (Peça 3, pp. 01-494);
- h) ata de realização do Pregão Eletrônico nº 0006/2012 (SRP) – Comprasnet, com histórico de cada um dos 06 (seis) grupos previstos (Peça 3, pp. 495-500);

i) ata de realização do Pregão Eletrônico nº 0006/2012 (SRP) – Comprasnet, com histórico das mensagens do pregoeiro/licitantes desde a abertura (26/06/2012) até o encerramento (12/07/2012) (Peça 3, pp. 500-507);

j) ata de realização do Pregão Eletrônico nº 0006/2012 (SRP) – Comprasnet, com o encerramento da sessão pública ocorrida em 11/07/2012 (12:38:17hs) - (Peça 3, p. 500);

k) Termo de Adjudicação do Pregão Eletrônico nº 0006/2012 (SRP), de 13/07/2012, às 12:52 hs - Comprasnet (Peça 4, pp. 01-15); e

l) Termo de Homologação do Pregão Eletrônico nº 0006/2012 (SRP), de 13/07/2012, às 12:57 hs - Comprasnet (Peça 5, pp. 01-16).

02. Procedido o exame nesta Unidade, conforme instrução à Peça 6, propôs-se o encaminhamento ao Relator no seguinte sentido (Peça 6, pp. 18-23):

a) **conhecer** da presente Representação, nos termos dos arts. 235 e 237, VII, do Regimento Interno do TCU, c/c o art. 113, § 1º, da Lei 8.666/1993;

b) **determinar cautelarmente** ao Comando da 9ª Região Militar para que **suspenda** os efeitos da Ata de Registro de Preços decorrente do Pregão Eletrônico 06/2012, com relação aos Grupos 1 a 5, adjudicados à empresa Youssif Amim Youssif, abstendo-se de efetuar qualquer aquisição dos gêneros alimentícios cujos preços tenham sido registrados nesses grupos, assim como de permitir que quaisquer órgãos/entidades da Administração Pública utilizem a referida Ata, nos termos do art. 8º do Decreto nº 3.931/2001, até o julgamento do mérito pelo Tribunal, nos termos do art. 276, caput, do Regimento Interno/TCU;

c) com fulcro no artigo 276, § 3º, do Regimento Interno/TCU, seja promovida a **oitiva** dos responsáveis abaixo, para que, no prazo de 15 (quinze) dias, pronunciem-se acerca das seguintes ocorrências, todas ocorridas no âmbito do Pregão Eletrônico nº 06/2012, apresentando a esta Corte de Contas a respectiva documentação:

RESPONSÁVEIS:

Sr. André Dilélio Goulart, CPF: 530.351.000-04 - Pregoeiro do Pregão eletrônico nº 06/2012; e

Sr. Nivaldo Viana Gramosa, CPF: 002.749.477-22 - responsável pela homologação do resultado do Pregão Eletrônico nº 06/2012.

c.1) aceitação de produtos cotados pela licitante Youssif Amim Youssif com especificações diversas às previstas no edital de licitação, em **infringência** ao disposto no art. 43, IV, e art. 48, I, da Lei nº 8.666/93, frustrando o caráter competitivo do certame, em **desobediência** aos princípios da isonomia, da impessoalidade e da vinculação ao instrumento convocatório insculpidos no artigo 3º da Lei nº 8.666/93 e no art. 5º do Decreto nº 5.450/2005:

c.1.1) **achocolatado** marca “Muky”, o qual não é comercializado em lata, conforme exigido no edital (item 1 do Grupo 1);

c.1.2.) **cereal natural (granola)** marca “Vitão”, o qual não é comercializado em sachês de 30g, conforme exigido no edital (item 63 do Grupo 1);

c.1.3) **geleia de mocotó** marca “Ole”, a qual não é comercializada em embalagem com 200g, conforme exigido no edital (item 60 do Grupo 1);

c.2) aceitação de produtos sem a especificação contida no Edital, tais como os constantes dos itens 55 a 57 (Grupo 1), nos quais não foi indicada a marca do produto cotado, em **infringência** ao item 5.3.2.1 do edital, aos arts. 43, IV, e 48, I, da Lei nº 8.666/93, e ao princípio da isonomia, da impessoalidade e da vinculação ao instrumento convocatório insculpidos no artigo 3º da Lei nº 8.666/93 e no art. 5º do Decreto nº 5.450/2005;

c.3) aceitação de proposta de vários produtos com indícios de **inexequibilidade** de preços, tais como os constantes dos itens 13, 14, 16, 21, 23, 30, 35, 37, 39, 41 e 63 (Grupo 1), conforme se observa no quadro a seguir, assim como nos itens 169, 178, 216, 217, 218, 223 e 268 (Grupo 5) e itens 118, 130, 133, 135 e 137 (Grupo 2);

Item	Descrição do Produto	Unid. Forn.	Preço YOUSSEIF	Preço Edital (R\$)
------	----------------------	-------------	----------------	--------------------

			(R\$)	
13	Azeitona, tipo verde, apresentação sem caroço, tamanho grande, características adicionais sem tempero, embalagem de 3,6 kg.	Balde	3,00	34,50
14	Bacalhau do Porto.	Kg.	5,60	69,00
16	Bacon defumado, ingredientes carne suína, apresentação defumado fatiado.	Kg.	3,80	15,08
21	Carne de ave processada, tipo peru, apresentação temperado.	Kg.	5,20	19,00
23	Carne in natura, origem animal, tipo camarão médio s/ casca e s/ cabeça.	Kg.	5,59	48,50
30	Chá alimentação, tipo chá de camomila, uso alimentício.	Kg.	8,60	49,00
35	Chá alimentação, tipo erva cidreira, uso alimentício.	Kg.	3,80	41,00
37	Chá alimentação, tipo erva doce, uso alimentício.	Kg.	12,40	53,00
39	Charque, tipo carne seca traseiro bovino, características adicionais resfriada, 1ª qualidade	Kg.	9,00	21,28
41	Cogumelo em conserva, embalagem de 500g.	Un.	7,70	14,78
63	Granola caixa com 50 sachês de 30g.	Cx 1,5 Kg.	6,00	26,39

c.4) aceitação, na fase de negociação, que o lance vencedor tivesse seu preço majorado, com respaldo no item 8.2.1 do edital, conforme se observa no quadro a seguir, em contrariedade ao art. 4º, XVII, da Lei nº 10.520/2002, c/c o art. 24, § 8º, do Decreto nº 5.450/2005, que estabelecem que a negociação deve se pautar pela busca de melhores preços para a Administração, indicando tratamento privilegiado à empresa Youssif Amim Youssif e, conseqüentemente, infringência ao princípio da isonomia, previsto no art. 3º da Lei nº 8.666/93 e no art. 5º do Decreto nº 5.450/2005, por não permitir uma disputa em igualdade de condições a todos os licitantes participantes do certame:

Item	Descrição do Produto	Unid. Forn.	Preço Ofertado (R\$)	Preço Pago (R\$)
GRUPO 1				
10	Azeitona, tipo preta, apresentação com caroço, tamanho grande, características adicionais sem tempero.	Kg.	10,00	12,00
11	Azeitona, tipo preta, apresentação sem caroço, tamanho grande, características adicionais sem tempero, em embalagem de 3,6 kg.	Balde.	10,00	30,00
12	Azeitona, tipo verde, apresentação com caroço, tamanho grande, características adicionais sem tempero.	Kg.	6,00	12,00
13	Azeitona, tipo verde, apresentação sem caroço, tamanho grande, características adicionais sem tempero, em embalagem de 3,6 kg.	Balde.	3,00	30,00
14	Bacalhau do Porto.	Kg.	5,60	55,00
16	Bacon defumado, ingredientes carne suína, apresentação defumado fatiado.	Kg.	3,80	14,00
18	Café, tipo solúvel, apresentação granulado, tipo embalagem comum.	Frasco 400g.	6,00	11,00
20	Carne de ave processada, tipo peru, apresentação defumado.	Kg.	8,90	26,00
21	Carne de ave processada, tipo peru, apresentação temperado.	Kg.	5,20	11,00
23	Carne in natura, origem animal, tipo camarão.	Kg.	5,59	35,00
26	Carne in natura, origem animal, tipo porco.	Kg.	6,78	13,00
28	Carne porco in natura, tipo toucinho, apresentação defumado	Kg.	4,80	12,50

30	Chá alimentação, tipo chá de camomila, uso alimentício.	Kg.	8,60	26,98
35	Chá alimentação, tipo erva cidreira, uso alimentício.	Kg.	3,80	23,90
37	Chá alimentação, tipo erva doce, uso alimentício.	Kg.	12,40	22,00
39	Charque, tipo carne seca traseiro bovino, características adicionais resfriada, 1ª qualidade	Kg.	9,00	18,00
49	Condimento, apresentação natural, matéria prima louro, aspecto físico folha seca.	500g	5,90	16,50
56	Flocos de cereal	Um.	5,50	16,95
63	Granola caixa com 50 sachês de 30g.	Cx 1,5 Kg.	6,00	17,75
76	Margarina.	Caixa	4,00	24,50
100	Salame, tipo hamburguês, fatiado.	Kg.	8,00	47,00
GRUPO 2				
122	Manteiga, apresentação pote, tipo extra	Kg.	2,34	6,37
123	Manteiga.	Caixa	6,65	14,80
124	Queijo provolone.	Kg.	2,45	7,47
125	Queijo tipo processado	Caixa	11,00	11,15
126	Queijo ricota.	Kg.	3,55	5,51
127	Queijo frescal.	Kg.	2,34	6,19
128	Queijo coalho.	Kg.	2,90	6,84
129	Queijo mussarela.	Kg.	2,45	5,52
130	Queijo brie.	Kg.	2,34	7,72
131	Queijo coalho.	Kg.	3,40	7,55
132	Queijo minas.	Kg.	2,44	5,91
135	Queijo gouda.	Kg.	3,45	8,70
136	Queijo parmesão.	Kg.	3,45	8,90
138	Requeijão	Copo	1,65	1,77
GRUPO 3				
140	Água de coco	Embalagem	1,45	1,80
141	Água mineral	Garraão	4,50	5,61
144	Água mineral	Garrafa 500 ml	0,75	1,00
146	Água mineral	Garrafa 1,5l	1,45	1,86
147	Dieta balanceada	Embalagem	1,45	3,00
150	Refrigerante	Embalagem	3,00	3,95
157	Refrigerante	Lata	1,23	1,75
159	Refrigerante	Garrafa	2,35	3,00
161	Suco de abacaxi.	Balde 20 lt	4,99	35,00
164	Suco de acerola	Embalagem 1 l	3,00	3,50
165	Suco de caju.	Balde 20 lt	4,99	35,00
166	Suco de caju	Caixa 1l	3,00	3,50
169	Suco de laranja.	Balde 20 lt	3,55	35,00
172	Suco de manga	Caixa 1l	3,00	3,50
173	Suco de maracujá.	Balde 20 lt	3,40	35,00
175	Suco de maracujá	Caixa 1l	3,00	3,50
176	Suco de pêssego	Caixa 1l	3,00	3,50
178	Suco de tangerina.	Balde 20 lt	5,50	35,00
181	Suco variado	Caixa 1l	3,45	3,50
189	Suco de polpa de abacaxi	Pacote	5,50	7,80
190	Suco de polpa de acerola	Pacote	5,50	7,80
191	Suco de polpa de caju	Pacote	5,50	8,40
192	Suco de polpa de goiaba	Pacote	5,50	7,20
194	Suco de polpa de tamarindo	Pacote	5,50	7,20
195	Suco de goiaba.	Balde 20 lt	4,00	35,00
196	Suco de polpa de goiaba	Caixa	3,45	3,50
199	Suco de groselha.	Balde 20 lt	3,45	40,00
GRUPO 4				
204	Copo descartável	Pacote	1,40	1,55
210	Marmitta descartável.	Caixa	5,50	13,40

GRUPO 5				
225	Amendoim in natura.	Kg.	3,50	7,90
226	Amido	Caixa	2,45	5,50
227	Aveia	Embalagem	3,00	3,50
228	Batata frita embalada	Pacote	1,75	2,00
229	Adoçante.	Caixa	21,00	48,00
238 a 247	Barra de cereal, diversos sabores.	Un.	0,65	1,00
250	Batata frita embalada	Pacote	4,00	5,00
253	Biscoito mini waffer.	Caixa	2,03	11,00
256	Biscoito salgado	Pacote	2,00	2,20
259	Biscoito de chocolate	Pacote	2,00	3,00
260	Biscoito tipo champagne	Pacote	2,00	2,50
262	Biscoito água e gergelim	Pacote	2,40	3,00
263	Biscoito maizena	Pacote	2,40	3,55
268	Bolo alimentício	Un.	1,55	2,45
272	Chocolate em pó.	Cx 450g.	2,55	5,25
276	Chocolate caju e passas ao rum	Embalagem	2,55	3,00
279	Chocolate ao leite	Kg	12,23	13,00
281	Creme arroz	Embalagem	2,45	5,55
290	Doce de banana.	Kg	4,76	6,50
291	Doce de caju.	Kg	5,70	6,50
292	Doce de figo	Embalagem	5,55	5,80
295	Doce de abóbora cremoso.	Lata.	12,35	19,00
296	Doce de banana cremoso.	Lata.	12,45	18,00
298	Doce de amendoim	Kg	5,75	6,25
300	Doce de amendoim	Kg	4,55	6,25
302	Doce de leite	Kg	5,40	6,25
303	Doce de coco e chocolate	Kg	4,40	6,25
305	Doce de leite	Kg	5,65	6,25
306	Goiabada	Kg	5,80	8,50
308	Marrom glacê	Caixa	4,55	5,50
311	Farinha aveia	Kg	4,55	7,00
312	Farinha aveia em flocos	Kg	5,55	7,00
314	Farinha de rosca	Kg	4,00	4,50
320	Farinha de milho	Kg	1,80	2,50
325	Farinha pré-cozida de milho – polenta	Kg	2,45	2,50
337	Gelatina alimentícia	Kg	5,45	6,50
338	Gelatina alimentícia dietética	Kg	5,55	7,50
341	Geleia	Caixa	22,85	30,00
352	Mistura alimentícia	Embalagem	2,45	2,70
354	Mistura alimentícia sabor banana	Embalagem	2,34	2,70
357	Mistura alimentícia para bolo	Embalagem	2,45	4,00

c.5) *cerceamento de defesa, em virtude de negativa de aceitação de recursos interpostos por três empresas licitantes, em desacordo com o disposto no art. 26, caput, do Decreto nº 5.450/2005.*

d) *oitiva da empresa Youssif Amim Youssif para que, caso queira, manifeste-se, no prazo de 15 (quinze) dias, sobre os fatos tratados na presente representação, elencados na alínea c da presente proposta;*

e) *seja feita diligência ao Comando da 9ª Região Militar para que encaminhe cópia integral do Processo Administrativo 64320.005429/2012-03, referente ao Pregão para Registro de Preços nº 06/2012;*

f) *alertar os responsáveis indicados na alínea c dessa proposta, que a ausência ou a não aceitação das justificativas que vierem a ser apresentadas, poderá implicar determinação para que se proceda à anulação do registro de preços dos Grupos 1 a 5 do referido certame, adjudicados à empresa Youssif Amim Youssif; e*

g) *comunicar à Comercial Arakaki Ltda. a decisão que vier a ser adotada nestes autos.*

03. Ratificada a proposta supra pelo Diretor e Secretário desta Unidade, conforme pronunciamentos às Peças 7 e 8, os autos foram encaminhados ao Gabinete do Relator. Este, em 15/08/2012, emitiu seu Despacho (Peça 9, pp. 01-23), conhecendo da documentação como representação, com fundamento nos artigos 235 e 237 do RI/TCU (Peça 9, p. 21), porque a empresa Comercial Arakaki Ltda. não possui legitimidade para denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal, consoante disposto no art. 234 do RI/TCU. Também, determinou, em face de “comprovada a presença do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*” (Peça 9, p. 22), fosse adotada “a medida cautelar, *inaudita altera pars*, nos termos propostos pela unidade técnica” (Peça 9, p. 22), sem prejuízo de determinar o seguinte (Peça 9, p. 22):

Assim, determino ao Comando da 9ª Região Militar, com fundamento no art. 276, caput e § 3º, do RI/TCU, que suspenda, cautelarmente, os efeitos da ata de registro de preços decorrente do pregão eletrônico 06/2012, relativamente aos grupos 1 a 5, adjudicados à empresa Youssif Amim Youssif, abstendo-se de efetuar qualquer aquisição dos gêneros alimentícios cujos preços tenham sido registrados nesses grupos, assim como de permitir a adesão à referida ata, nos termos do art. 8º do Decreto 3.931/2001, até que este Tribunal decida sobre o mérito desta representação.

14. Determino ainda, com supedâneo no art. 276, § 3º, e no art. 250, V, do RI/TCU, que a Secex-MS promova a oitiva do órgão jurisdicionado e da empresa a qual foram adjudicados os grupos 1 a 5 do pregão eletrônico 06/2012, nos seguintes termos:

a) Comando da 9ª Região Militar: manifestar-se sobre as ocorrências descritas nas alíneas c.1, c.2, c.3, c.4 e c.5, constantes da proposta de encaminhamento da unidade técnica (peça 6), transcrita neste despacho, bem como sobre a escolha do critério de menor preço registrado por grupo para julgamento das propostas, demonstrando que esse é o critério que conduziria a aquisições mais vantajosas, quando comparado com o critério de menor preço por item, considerando que esta Corte de Contas poderá determinar a anulação do pregão eletrônico 06/2012, grupos 1 a 5, e dos atos subsequentes;

b) Youssif Amim Youssif: manifestar-se, se assim desejar, sobre as irregularidades descritas na representação em tela, considerando que esta Corte de Contas poderá determinar a anulação do pregão eletrônico 06/2012, grupos 1 a 5, e dos atos subsequentes.

04. Em seu despacho, o Relator procurou esclarecer que delegou “competência aos titulares da unidade técnica para promover diligências, exceto às autoridades mencionadas no § 3º do art. 1º da portaria, cabendo, no caso, à unidade técnica, segundo a análise preliminar que procedeu e o planejamento que traçou para a melhor instrução do processo, avaliar a conveniência e utilidade em requerer ao Comando da 9ª Região Militar a cópia integral do processo administrativo 64320.005429/2012-3, referente ao pregão eletrônico 06/2012” (Peça 9, p. 23). Por último, mandou restituir os autos a esta Unidade para as providências cabíveis, ressaltando que deve ser enviada “ao Comando da 9ª Região Militar e à empresa Youssif Amim Youssif cópia da instrução e deste despacho” (Peça 9, p. 23).

05. Pesquisados os endereços e qualificações dos responsáveis e interessados envolvidos nos presentes autos (Peças 10, 11, 12, 13, 14 e 15), esta Unidade emitiu os seguintes ofícios:

a) Ofício de Comunicação nº 624/2012-TCU/Secex-MS: Tenente Coronel Intendente JOSÉ CARLOS LEAL DA SILVA JUNIOR – Chefe da 9ª Inspeção de Contabilidade e Finanças do Exército (Peça 16);

b) Ofício de Oitiva com Medida Cautelar nº 623/2012-TCU/Secex-MS: Exmo. Sr. General-de-Brigada ANTÔNIO MAXWELL DE OLIVEIRA EUFRÁSIO – Comandante da 9ª REGIÃO MILITAR (Peça 17);

c) Ofício de Diligência nº 621/2012-TCU/Secex-MS: Exmo. Sr. General-de-Brigada ANTÔNIO MAXWELL DE OLIVEIRA EUFRÁSIO – Comandante 9ª REGIÃO MILITAR (Peça 18);

d) Ofício de Oitiva nº 622/2012-TCU/Secex-MS: Empresa YOUSSEF AMIM YOUSSEF (MERCEARIA PRINCESA DO SUL) – representada pelo Sr. YOUSSEF AMIM YOUSSEF (CPF

024.489.041-20 (Peça 19);

06. As Peças n^{os} 20 a 25, 27 e 29, tratam dos documentos comprobatórios de ciência dos ofícios emitidos por parte das pessoas notificadas, a exemplo de 2^a via dos ofícios assinadas e mensagens eletrônicas enviadas. A Peça 26 trata de comunicação do Relator ao Presidente do TCU, Ministros e Procurador-Geral sobre a retromencionada cautelar, com suspensão dos “efeitos da ata de registro de preços decorrente do pregão eletrônico 06/2012” (Peça 26, p. 1).

07. A Peça 28 - pp. 01-4, além de comprovar a ciência da diligência pelos notificados, trata de ofício do Exmo. Sr. General-de-Brigada ANTÔNIO MAXWELL DE OLIVEIRA EUFRÁSIO – Comandante da 9^a REGIÃO MILITAR, comunicando ao titular desta Unidade que foi determinado “a todas Organizações Militares da Guarnição de Campo Grande-MS, Órgão Gerenciador e Participantes, a suspensão imediata de qualquer aquisição de gêneros alimentícios decorrentes do Pregão 06/2012, relativos aos grupos 1 a 5, adjudicados a empresa YOUSSEIF AMIM YOUSSEIF” (Peça 28, p. 1). Portanto, em relação à decisão do Relator de suspender a aquisição dos alimentos objetos do pregão em exame, o Comando da 9^a Região Militar deu cumprimento.

II- Oitiva do Sr. General-de-Brigada ANTÔNIO MAXWELL DE OLIVEIRA EUFRÁSIO – Comandante da 9^a REGIÃO MILITAR

08. Na Peça 30 - pp. 01-22, o Comandante responde à oitiva referente ao Ofício n^o 623/2012-TCU/Secex-MS (Peça 17), acompanhado de documentos (Peça 30, pp. 23-31). Nesse ofício, além da suspensão, em medida cautelar, dos efeitos da ata de registro de preços decorrente do Pregão Eletrônico n^o 06/2012, relativamente aos grupos 1 a 5, adjudicados à empresa Youssif Amim Youssif, devidamente atendida pelo referido Comandante e comentada no **parágrafo anterior**, foi determinado ainda o seguinte (Peça 17, pp. 1-2):

“a OITIVA dessa 9^a Região Militar, para, com supedâneo no art. 276, § 3^o, e no art. 250, V, do RI/TCU, manifestar-se, no prazo de 15 (quinze) dias, a contar do recebimento da presente comunicação, a respeito dos seguintes indícios de irregularidade, todos ocorridos no âmbito do Pregão Eletrônico n^o 06/2012, apresentando a esta Corte de Contas a respectiva documentação que porventura sirva de lastro para a fundamentação da resposta”:

a) aceitação de produtos cotados pela licitante Youssif Amim Youssif com especificações diversas às previstas no edital de licitação, em infringência ao disposto no art. 43, IV, e art. 48, I, da Lei n^o 8.666/93, frustrando o caráter competitivo do certame, em desobediência aos princípios da isonomia, da impessoalidade e da vinculação ao instrumento convocatório insculpidos no artigo 3^o da Lei n^o 8.666/93 e no art. 5^o do Decreto n^o 5.450/2005:

a.1) achocolatado marca “Muky”, o qual não é comercializado em lata, conforme exigido no edital (item 1 do Grupo 1);

a.2) cereal natural (granola) marca “Vitão”, o qual não é comercializado em sachês de 30g, conforme exigido no edital (item 63 do Grupo 1);

a.3) geleia de mocotó marca “Ole”, a qual não é comercializada em embalagem com 200g, conforme exigido no edital (item 60 do Grupo 1);

b) aceitação de produtos sem a especificação contida no Edital, tais como os constantes dos itens 55 a 57 (Grupo 1), nos quais não foi indicada a marca do produto cotado, em infringência ao item 5.3.2.1 do edital, aos arts. 43, IV, e 48, I, da Lei n^o 8.666/93, e ao princípio da isonomia, da impessoalidade e da vinculação ao instrumento convocatório insculpidos no artigo 3^o da Lei n^o 8.666/93 e no art. 5^o do Decreto n^o 5.450/2005;

c) aceitação de proposta de vários produtos com indícios de inexecutabilidade de preços, tais como os constantes dos itens 13, 14, 16, 21, 23, 30, 35, 37, 39, 41 e 63 (Grupo 1), conforme se observa

no quadro constante do ANEXO 1, assim como nos itens 169, 178, 216, 217, 218, 223 e 268 (Grupo 5) e itens 118, 130, 133, 135 e 137 (Grupo 2);

d) aceitação, na fase de negociação, que o lance vencedor tivesse seu preço majorado, com respaldo no item 8.2.1 do edital, conforme se observa no quadro constante do ANEXO 2, em contrariedade ao art. 4º, XVII, da Lei 10.520/2002, c/c o art. 24, § 8º, do Decreto 5.450/2005, que estabelecem que a negociação deve se pautar pela busca de melhores preços para a Administração, indicando tratamento privilegiado à empresa Youssif Amim Youssif e, conseqüentemente, infringência ao princípio da isonomia, previsto no art. 3º da Lei 8.666/93 e no art. 5º do Decreto 5.450/2005, por não permitir uma disputa em igualdade de condições a todos os licitantes participantes do certame;

e) cerceamento de defesa, em virtude de negativa de aceitação de recursos interpostos por três empresas licitantes, em desacordo com o disposto no art. 26, caput, do Decreto 5.450/2005; e

f) escolha do critério de menor preço registrado por grupo para julgamento das propostas, demonstrando que esse é o critério que conduziria a aquisições mais vantajosas, quando comparado com o critério de menor preço por item.

09. Em suas considerações iniciais (Peça 30, pp. 2-4), o Comandante alega que o representante apenas tenta “postergar e tumultuar os procedimentos licitatórios, causando embaraço e prejuízo à Administração Pública” (Peça 30, p. 2). É tanto, acrescenta o dirigente, que o licitante poderia ter contactado o “pregoeiro/equipe de apoio para solicitar, qualquer esclarecimento ou apresentar suas observações sobre qualquer quesito, o que seria levado em consideração visando o esclarecimento do fato” (Peça 30, p. 2).

JUSTIFICATIVAS: LETRAS “a” e “b” DO OFÍCIO DA OITIVA

10. Especificamente sobre os problemas apontados na oitiva (letras “a” e “b”), reproduzidos no **parágrafo 08 desta instrução**, o Comandante apresenta várias alegações (Peça 30, p. 5-9). Entende ser equivocada a violação aos princípios da isonomia, impessoalidade e vinculação ao instrumento convocatório, não podendo, por conseguinte, prosperar essa tese, *verbis* (Peça 30, p. 6):

“Por óbvio que uma embalagem na forma de sachê ou embalagem plástica deve ser mais barata do que em embalagem metálica (lata), gerando um custo menor ao comerciante que a compra para revender, entretanto, o licitante vencedor na sua proposta afirmou expressamente que entregaria os produtos exatamente como exigidos no edital, como comprova a sua proposta (vide fls. 379 do processo) e da Ata do Pregão, disponível no Portal Comprasnet.” (Grifo nosso).

11. Entende que os agentes públicos “não teriam como analisar item por item, consultando os sites de fabricantes a fim de comprovar como seriam embalados produto por produto, sendo que em nenhum momento o edital previu a obrigatoriedade de informar o endereço eletrônico de cada um dos fornecedores/fabricante do produto cotado” (Peça 30, p. 6).

12. Seguindo nesse raciocínio, o Comandante passa a tratar das atribuições do pregoeiro, entendendo a esse respeito o que se segue (Peça 30, p. 6):

“... não está no rol de atribuições do pregoeiro ter conhecimento de todas as peculiaridades do Mercado, tais como, especificidades de linhas de fornecimento, unidades de medidas e tipos de embalagem utilizados pelos diversos fabricantes, além de outras características relacionadas às milhares de marcas existentes no comércio”... “deve acreditar que o licitante ingressa de boa-fé no certame, que documento apresentado pelo licitante é idôneo e que o mesmo conseguirá fornecer tal produto. O próprio Ministro Relator reconheceu que, de fato, a empresa YOUSSEIF cotou a marca MUKY na embalagem LATA, não sendo exigível que a Administração pudesse supor que o produto naquela embalagem não existisse.” (Grifo nosso).

13. Por isso aduz que os fatos apontados na letra “a” do ofício (não comercialização em embalagem com 200g da geleia de mocotó marca “Ole”; não comercialização em sachês de 30g do cereal natural (granola) marca “Vitão”; e não comercialização em lata do achocolatado marca “Muky”), referentes aos itens n°s 60, 63 (Peça 1, p. 72) e 1 (Peça 1, p. 67), respectivamente, do Edital só poderiam ter sido detectados se algum licitante levantasse a questão quando dos procedimentos do pregão, “o que não ocorreu, da forma como exige a legislação que rege o Pregão Eletrônico ou informalmente, diretamente na Seção de Licitações da OM” (Peça 30, p. 6).

14. O Comandante ressalta que a proposta da licitante vencedora “a vincula em relação à obrigatoriedade do fornecimento do material, sendo que a aferição da conformidade do produto com o as especificações do edital se dará no momento do recebimento do material e aferição “in loco” pelo setor responsável” (Peça 30, p. 6). Aborda, inclusive, que o item 8 do Termo de Referência “prevê as condições de recebimento e aceitação do objeto e caso o fornecedor entregue em desacordo com a proposta, o produto deverá ser substituído no prazo de 24 horas” (Peça 30, p. 7) ou “estará sujeito a sanções previstas na legislação” (Peça 30, p. 7). Destaca, ainda, que as intenções de recurso da empresa representante “não indicaram os itens e nem a fundamentação legal das infringências dos itens que estariam com problemas, limitando-se apenas apresentar uma intenção sem lastro, com fundamentações vagas e imprecisas (vide fl. 938 do processo e da fl. 463 da Ata do Pregão, disponível no Portal Comprasnet)” (Peça 30, p. 8).

15. Em relação aos demais itens apontados - 55 a 57 (Peça 1, pp. 71-72), ou seja, flocos de cereal tipo “All Bran” e tipo “sucrilhos”, sem indicação da marca pelo licitante vencedor, objetos da oitava constante da letra “b” do ofício, reproduzido no **parágrafo 08 desta instrução**, assevera o dirigente que eles estão “de acordo com o Termo de Referência e, conforme arquivo extraído dos anexos de proposta do Comprasnet, verifica-se que foram indicadas a marca “Kellogs” para os 3 itens, conforme solicitado no Edital” (Peça 30, p. 8). Informa, também, “que apesar de constar apenas a marca Kellogs, na coluna destinada à especificação dos objetos, o licitante Youssif apresentou o produto como “Flocos de cereal tipo “sucrilhos”, conforme constante da página, indicando o tipo do produto que seria fornecido, atendendo desta forma a exigência do edital” (Peça 30, p. 9).

ANÁLISE DAS JUSTIFICATIVAS: LETRAS “a” e “b”

16. Para iniciarmos a instrução decorrente dos exames referentes a essas alegações, reproduzimos o inteiro teor do que foi solicitado ao responsável em relação ao contido na letra “a” do ofício da oitava (**parágrafo 08 desta instrução**):

“a) aceitação de produtos cotados pela licitante Youssif Amim Youssif com especificações diversas às previstas no edital de licitação, em infringência ao disposto no art. 43, IV, e art. 48, I, da Lei n° 8.666/93, frustrando o caráter competitivo do certame, em desobediência aos princípios da isonomia, da impessoalidade e da vinculação ao instrumento convocatório insculpidos no artigo 3° da Lei n° 8.666/93 e no art. 5° do Decreto n° 5.450/2005:

a.1) achocolatado marca “Muky”, o qual não é comercializado em lata, conforme exigido no edital (item 1 do Grupo 1);

a.2) cereal natural (granola) marca “Vitão”, o qual não é comercializado em sachês de 30g, conforme exigido no edital (item 63 do Grupo 1);

a.3) geleia de mocotó marca “Ole”, a qual não é comercializada em embalagem com 200g, conforme exigido no edital (item 60 do Grupo 1);”

17. No tocante ao conteúdo exposto na letra “b” da oitava, foi solicitado ao Comandante da 9ª Região Militar justificativa sobre a “aceitação de produtos sem a especificação contida no Edital, tais como os constantes dos itens 55 a 57 (Grupo 1), nos quais não foi indicada a marca do produto

cotado, em infringência ao item 5.3.2.1 do edital, aos arts. 43, IV, e 48, I, da Lei nº 8.666/93, e ao princípio da isonomia, da impessoalidade e da vinculação ao instrumento convocatório insculpidos no artigo 3º da Lei nº 8.666/93 e no art. 5º do Decreto nº 5.450/2005”, conforme reprodução no **parágrafo 08** desta instrução.

18. Observando o teor do edital do pregão em exame, os aludidos itens (1, 60, 63 e 55 a 57 – Grupo 1) foram assim descritos (Peça 1, pp. 67 e 71-72):

<i>Item</i>	<i>Especificação do objeto</i>	<i>Unid.</i>	<i>Qt. Anual</i>	<i>(*) R\$ Ref</i>	<i>Peça autos</i>
GRUPO 1					
1	Achocolatado, apresentação pó, sabor chocolate, prazo validade 18 (dezoito) meses, lata com 400g	Un	144	5,13	1, p. 67
60	Geléia mocotó, nome geléia de mocotó, embalagem c/ 200g	Un	1	4,45	1, p. 72
63	Granola – Ingredientes: Aveia em floco; Mel, Fibra e Gérmen de Trigo, Açúcar Mascavo, Uva Passa, Floko.Mix (Flocos de Cereais de Tigo, Arroz, Aveia, Milho e Cevada), Castanhas (caju e Pará), Flocos de Milho, Óleo de Palma, Maçã Desidratada, Gergelim, Malte de Cereais e Aroma Sintético Idêntico ao Natural de Mel. CONTÉM GLÚTEN. Caixa com 50 saches de 30g.	Cx	1	26,39	1, p. 72
55	Flocos de cereal, tipo All Bran, características adicionais, açucarada em caixa com 250 G (INGREDIENTES: farelo de trigo, açúcar, extrato de malte, sal, difosato de cálcio desidratado (cálcio), ácido ascórbico (vitamina C), niacinamida (niacina), ferro reduzido (ferro), óxido de zinco (zinco), cloridrato de piridoxina (vitamina B6), riboflavina (vitamina B2), mononitrato de tiamina (vitamina B1), palmitato de retinol (vitamina A), ácido fólico (vitamina do complexo B), cobalamina (vitamina B12).	Un	1	7,93	1, p. 71
56	Flocos de cereal, tipo sucrilhos, características adicionais, açucarada acondicionada em caixa com 730 G (INGREDIENTES: milho, açúcar, sal, extrato de malte, ácido ascórbico (vitamina C), niacinamida (niacina), ferro reduzido (ferro), óxido de zinco (zinco), cloridrato de piridoxina (vitamina B6), riboflavina (vitamina B2), mononitrato de tiamina (vitamina B1), palmitato de retinol (vitamina A), ácido fólico (vitamina do complexo B), cobalamina (vitamina B12).	Un	1	21,18	1, p. 71
57	Flocos de cereal, tipo sucrilhos, características adicionais, açucarada em caixa com 25 G (INGREDIENTES: milho, açúcar, sal, extrato de malte, ácido ascórbico (vitamina C), niacinamida (niacina), ferro reduzido (ferro), óxido de zinco (zinco), cloridrato de piridoxina (vitamina B6), riboflavina (vitamina B2), mononitrato de tiamina (vitamina B1), palmitato de retinol (vitamina A), ácido fólico (vitamina do complexo B), cobalamina (vitamina B12).	Un	217	2,60	1, p. 72

19. Observa-se, por intermédio desse demonstrativo, realizado com base nas informações contidas na ata de realização do pregão (Peça 3), que a empresa vencedora (Youssif Amim Youssif) apresentou cotação para o **item 1** (achocolatado) em lata de 400g, Marca (Muky), Fabricante (Muky), com lance de R\$ 5,13, depois negociado para R\$ 3,50 (Peça 3, pp. 1 e 80-81); para o **item 60** (geléia de mocotó) foi em embalagem com 200g, Marca (Ole), Fabricante (Ole), com lance de R\$ 4,45, depois negociado para R\$ 3,00 (Peça 3, pp. 11 e 147-148); para o **item 63** (granola) foi em caixa com 50

saches de 30g, Marca (Vitão), Fabricante (Vitão), com lance de R\$ 6,00, depois negociado para R\$ 17,75 - “ajuste de valor previsto no edital” (Peça 3, pp. 12 e 151-152); para o **item 55** (Flocos de cereal, tipo *All Bran*) foi na Marca (Kellogs), Fabricante (Kellogs), com lance de R\$ 7,93 e depois negociado por R\$ 5,55 (Peça 3, pp. 10 e 141-142); para o **item 56** (Flocos de cereal, tipo *sucrilhos*) foi na Marca (Kellogs), Fabricante (Kellogs), com lance de R\$ 5,50 e depois negociado por R\$ 16,95 - “ajuste de valor previsto no edital” (Peça 3, pp. 10 e 142-144); para o **item 57** (Flocos de cereal, tipo *sucrilhos*) foi na Marca (Kellogs), Fabricante (Kellogs), com lance de R\$ 2,60 e depois negociado por R\$ 1,60 (Peça 3, pp. 11 e 144-145).

20. Como os produtos cotados especificavam marcas/fabricantes/ quantidades, tal como previa o edital, era de se pressupor que realmente existem as produções industriais indicadas pela vencedora da licitação (Youssif Amim Youssif). No entanto, em face aos apontamentos da Representante, esta Unidade, em consulta a *sites* específicos (www.vitao.com.br, www.bretzke.com.br e www.google.com.br), quando da instrução inicial, constatou a inexistência das referidas produções industriais, nas quantidades e embalagens indicadas, fato que levaria à desclassificação da proponente vencedora, quando da sessão do pregão, conforme previsto no item 7.1 do edital do Pregão Eletrônico para Registro de Preços nº 6/2012, de 24/05/2012, que assim especificava (Peça 1, p. 34):

7. DA CLASSIFICAÇÃO DAS PROPOSTAS

7.1. O Pregoeiro verificará as propostas apresentadas, **desclassificando aquelas que não estejam em conformidade com os requisitos estabelecidos neste Edital, que estejam omissas, apresentem irregularidades ou defeitos capazes, de dificultar o julgamento.** (Grifo nosso).

1.2. A desclassificação de proposta será sempre fundamentada e registrada no sistema, com acompanhamento em tempo real por todos os participantes.

1.3. As propostas contendo a descrição do objeto, valor e eventuais anexo estarão disponíveis na internet.

1.4. O sistema disponibilizará campo próprio para troca de mensagem entre o Pregoeiro e o, licitantes.

1.5. O sistema ordenará, automaticamente, as propostas classificadas pelo Pregoeiro, sendo que somente estas participarão da fase de lances.

21. Na instrução inicial destes autos (Peça 6, pp. 2-6) foi comprovado que o **item 1** (achocolatado), cotado em lata de 400g, Marca (Muky), Fabricante (Muky), só é vendido por esse fabricante em embalagem econômica (em pote plástico ou sachê) (Peça 6, pp. 3-4); o **item 63** (granola), cotado em caixa com 50 saches de 30g, Marca (Vitão), Fabricante (Vitão), só é vendido por esse fabricante em embalagem (saco) de 250g, 300g, 500g e 1kg (Peça 6, pp. 3-4); o **item 60** (geléia de mocotó), cotado em embalagem com 200g, Marca (Ole), Fabricante (Ole), só é vendido por esse fabricante em embalagem 180g (Peça 6, pp. 5-6); e no caso do **item 55** (Flocos de cereal, tipo *All Bran*), cotado na Marca (Kellogs), Fabricante (Kellogs), do **item 56** (Flocos de cereal, tipo *sucrilhos*), cotado na Marca (Kellogs), Fabricante (Kellogs), e do **item 57** (Flocos de cereal, tipo *sucrilhos*), também cotado na Marca (Kellogs), Fabricante (Kellogs), foram indicados, pela vencedora da licitação (Youssif Amim Youssif), somente o fabricante (Kellogs), deixando de apontar a marca. Por isso, **são improcedentes as justificativas do Comandante.**

22. Por conseguinte, entendemos que houve grave infração à norma legal (infringência aos dispostos nos artigos 43, IV, e 48, I, da Lei 8.666/93, e no item 7.1 do edital do Pregão Eletrônico nº 06/2012) porque não se desclassificou a proposta da licitante vencedora (Youssif Amim Youssif) que apresentou produtos em desconformidade com as especificações contidas no edital, frustrando o caráter competitivo do certame (art. 3º, *caput*, da Lei nº 8.666/1993, e 5º, *caput*, do Decreto nº 5.450/2005). Assim, a resposta do Comandante da 9ª Região Militar não afastou os fundamentos das irregularidades apontadas nessa parte da oitiva (**letras “a” e “b”** do ofício). Nesse caso, os autos devem ser submetidos à apreciação do Relator, conforme estabelece o artigo 276, §6º, do Regimento Interno do Tribunal (Resolução/TCU nº 246/2011), e art. 6º, I, da Ordem de Serviço/Segecex/TCU nº

01/2012, **com proposta de fixar**, nos termos do artigo 71, IX, da CF, c/c artigo 45 da Lei nº 8.443/92, o prazo de 15 (quinze) dias, a partir da notificação, para que o Comando da 9ª Região Militar adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, anulando o Pregão Eletrônico para Registro de Preços nº 6/2012, de 24/05/2012, bem como todos os atos dele decorrentes.

23. Em relação à responsabilização pelas referidas irregularidades, entendemos que é cabível aplicação da multa prevista no inciso II do art. 58 da Lei nº 8.443/92 aos responsáveis, conforme dispõe o artigo 45, III, dessa mesma lei. Porém, nesta fase dos autos ainda não é possível identificá-los para, com base no princípio do contraditório e da ampla defesa, assim como nos dispostos nos artigos 237, parágrafo único, e 250, IV, do Regimento Interno do Tribunal (Resolução/TCU nº 246/2011), propor as **audiências necessárias**. Por isso, os autos devem ser restituídos a esta Unidade para as **diligências cabíveis**.

24. Quanto às intenções de recorrer dos licitantes, registradas na ata do aludido pregão (Peça 3, pp. 494-496), observamos que realmente não há manifestação sobre os retromencionados itens e que tratassem de produtos sem as especificações contidas no edital, faltando, em princípio, as alegadas motivações de que expressa o Comandante ouvido. Apenas em relação ao **item 56** houve intenção de recurso, por parte da empresa licitante Forte Comércio de Carnes e Derivados Ltda., mas tratando de um lance de R\$ 5,50, apresentado pela empresa Youssif Amim Youssif, quando o preço de referência era R\$ 21,18, ou seja, havia “valores inexequíveis, ficando muito abaixo dos valores comercializados” (Peça 3, p. 495). Mesmo em relação a essa intenção recursal, que não se referia aos problemas apontados nesta parte da oitiva, o pregoeiro rejeitou-a, alegando que o item 9.6.4 do edital permitia ajuste na proposta encaminhada pelo vencedor do grupo. Como esta questão está sendo examinada à parte **nesta instrução (parágrafos 90 a 97)**, deixamos de comentá-la neste parágrafo.

25. As outras intenções recursais contra a vencedora da licitação (Youssif Amim Youssif), por parte da Representante destes autos (Comercial Arakaki Ltda-ME) e por outras licitantes, foram apresentadas sem muitos detalhes (“por não apresentar documentos solicitados no edital”; “a empresa vencedora não atendeu alguns itens do edital”). Por isso essas intenções foram rejeitadas pelo pregoeiro, com base no disposto no art. 4º, XX, da Lei nº 10.520/2002 (Lei do Pregão). O pregoeiro, então, declarou os vencedores da licitação e encerrou o pregão em 12/07/2012 - 16:44 hs. (**Peça 3, p. 507**). Tendo em vista que essas questões estão sendo examinadas à parte **nesta instrução (parágrafos 90 a 97)**, deixamos de comentá-las neste parágrafo.

26. Por outro lado, no dia 13/07/2012, às 11:00 hs. (horas antes da adjudicação/homologação da licitação), a empresa ora Representante protocolizou um recurso administrativo (Peça 1, pp. 05-24) junto ao órgão licitante (9ª Região Militar - Exército Brasileiro), narrando os retromencionados problemas nos itens 2.1 e 2.3 (Peça 1, pp. 07-10 e 12-13). No tocante ao **item 1** (achocolatado), cotado pela vencedora da licitação **em lata de 400g, Marca (Muky), Fabricante (Muky)**, a representante informa o seguinte (Peça 1, p. 7):

*O fornecedor YOUSSEIF AMIM YOUSSEIF, vencedor do grupo 1 na fase de lances, cotou Muky como marca e fabricante do referido produto. **O fabricante da marca Muky não comercializa o produto na forma de lata metálica**, mas sim nas opções de pote plástico ou sachê, conforme se verifica em simples consulta ao site do comprasnet. (Grifo nosso).*

27. No caso do **item 63** (granola), cotado pela empresa que venceu a licitação **em caixa com 50 saches de 30g, Marca (Vitão), Fabricante (Vitão)**, a representante informa o seguinte (Peça 1, p. 9):

*O mesmo vício é encontrado no item 63, granola, onde a administração solicita aos postulantes que apresentem propostas para o produto com forma de embalagem “caixa com 50 sachês de 30g”. Nesse caso, o fornecedor YOUSSEIF AMIM YOUSSEIF cotou o produto de marca e fabricante Vitão. O referido fabricante **não vende produtos em saches de 30g**, conforme se pode verificar através do site www.vitao.com.br. (Grifo nosso).*

28. Em relação ao **item 60** (geléia de mocotó), cotado pela vencedora da licitação em embalagem com 200g, Marca (Ole), Fabricante (Ole), a representante informa que (Peça 1, p. 9):

*O item 60, geléia de mocotó, foi solicitado em embalagem 200g. O fornecedor YOUSSEIF AMIM YOUSSEIF novamente apresentou proposta em desacordo com o estipulado no edital, porém, **nesse caso, a embalagem fornecida pelo fabricante possui somente 180g**. Somente nesse caso, o prejuízo da Administração é da ordem de 10% no quantitativo a se receber.* (Grifo nosso).

29. No que diz respeito aos **itens 55 a 57** (Flocos de cereal, tipos *All Bran e sucrilhos*), cotados pela vencedora da licitação na Marca (Kellogs), Fabricante (Kellogs), a representante informa que o “fornecedor YOUSSEIF AMIM YOUSSEIF cotou para os referidos itens a marca e fabricante Kellogs [sic]. O referido fabricante possui diversos tipos de flocos de cereal, que variam quanto a sua composição, embalagem e público, conforme pode ser atestado por intermédio do site www.kelloggs.com.br/produtos.php.” (Peça 1, p. 12).

30. Uma pesquisa realizada por esta Unidade, quando da instrução inicial, ratificou todos essas questões levantadas pela ora Representante e em seu recurso administrativo. Então a documentação desse recurso (à época da sessão do pregão não foi cabalmente motivado) poderia ter sido examinada pela 9ª Região Militar - Exército Brasileiro, antes da adjudicação/ homologação da licitação, pois essas fases ocorreram horas depois - 12:52 e 12:57 hs. (Peças 4 e 5 dos presentes autos), de protocolizado esse nominado recurso administrativo (13/07/2012 – 11:00hs.). Ocorre que é dever da Administração zelar pela legalidade dos procedimentos licitatórios no sentido de garantir os princípios insculpidos no artigo 3º, *caput*, da Lei nº 8.666/1993, nos termos do art. 4º dessa mesma lei. Nesse caso, como a todos é assegurado “o direito de petição aos poderes públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder” (art. 5º, XXXIV, alínea “a”, da Constituição Federal), era dever do Comando da 9ª Região Militar ter analisado o conteúdo desses documentos.

31. Por conseguinte, entendemos que houve grave infração à norma legal (artigo 4º da Lei 8.666/93 e art. 5º, XXXIV, alínea “a”, da Constituição Federal), quando o Comando da 9ª Região Militar deixou de examinar a documentação protocolizada, em 13/07/2012 – 11:00 hs., pela empresa Comercial Arakaki Ltda-ME, que apontava graves irregularidades no certame (Pregão Eletrônico para Registro de Preços nº 6/2012, de 24/05/2012). Portanto, nesse caso, cabe aplicação da multa prevista no inciso II do art. 58 da Lei nº 8.443/92, aos responsáveis, nos termos do artigo 45, III, dessa mesma lei. Porém, nesta fase dos autos ainda não é possível identificá-los para, com base no princípio do contraditório e da ampla defesa, assim como nos dispostos nos artigos 237, parágrafo único, e 250, IV, do Regimento Interno do Tribunal (Resolução/TCU nº 246/2011), propor as **audiências necessárias**. Por isso, os autos devem ser restituídos a esta Unidade para as **diligências cabíveis**.

32. Também são improcedentes os argumentos do Comandante de que os agentes públicos, no caso o pregoeiro e sua equipe de apoio, “*não teriam como analisar item por item, consultando os sites de fabricantes a fim de comprovar como seriam embalados produto por produto,*” das propostas do licitante vencedor. Nos termos do art. 4º, X, da Lei nº 10.520/2002 (Lei do Pregão), “*para julgamento e classificação das propostas, será adotado o critério de menor preço, observados os prazos máximos para fornecimento, as especificações técnicas e parâmetros mínimos de desempenho e qualidade definidos no edital*” (grifo nosso). O art. 43, IV, da Lei nº 8.666/93, estabelece idêntico procedimento, inclusive com desclassificação de propostas desconformes ou incompatíveis com as regras estabelecidas no edital.

33. As referidas regras/procedimentos também foram previstas no edital em exame - Pregão Eletrônico para Registro de Preços nº 6/2012, de 24/05/2012 (Peça 1, pp. 25-94; e Peça 2, pp. 01-36). No item 7 – Da Classificação das Propostas, assim foi estabelecido (Peça 1, p. 34):

7. DA CLASSIFICAÇÃO DAS PROPOSTAS

7.1. O Pregoeiro verificará as propostas apresentadas, desclassificando aquelas que não estejam em conformidade com os requisitos estabelecidos neste Edital, que estejam omissas, apresentem irregularidades ou defeitos capazes, de dificultar o julgamento. (Grifo nosso).

1.2. A desclassificação de proposta será sempre fundamentada e registrada no sistema, com acompanhamento em tempo real por todos 05 participantes.

1.3. As propostas contendo a descrição do objeto, valor e eventuais anexo estarão disponíveis na internet.

1.4. O sistema disponibilizará campo próprio para troca de mensagem entre o Pregoeiro e o, licitantes.

1.5. O sistema ordenará, automaticamente, as propostas classificadas pelo Pregoeiro, sendo que somente estas participarão da fase de lances.

34. Observa-se que era obrigação legal e prevista no edital de o pregoeiro e sua equipe verificarem a adequação dos produtos ofertados pelas empresas vencedoras da licitação às especificações do certame. No presente caso, isso não ocorreu como relata até mesmo o dirigente máximo da 9ª Região Militar, quando alega a dificuldade na conferência ante a enorme quantidade de itens previstos (401). Logo, esse entendimento do Comandante só reforça a necessidade de **fixação de prazo** para se adotar as medidas necessárias de anulação do pregão e de audiência dos responsáveis, quando identificados, nos termos das propostas contidas nos **parágrafos 22 e 23 desta instrução**.

35. Mesmo com a já referida documentação denominada de recurso administrativo, indicada nos **parágrafos 26 a 30 desta instrução**, informando que os produtos da vencedora da licitação estavam fora das especificações do edital, a 9ª Região Militar não examinou a procedência desses fatos antes da homologação do processo licitatório. Caso essa documentação tivesse sido examinada, o órgão licitante teria evitado que esta Corte de Contas tivesse sido movida pela licitante interessada para garantir seus direitos, via esta representação que acabou culminando com a determinação do Relator para suspender os efeitos da Ata de Registro de Preços decorrente do Pregão Eletrônico 06/2012. Logo, a direção do órgão licitante não agiu de forma prudente e legal, o que requer do Tribunal ações firmes para evitar fatos semelhantes, como a **fixação de prazo** para adotar as medidas necessárias de anulação do pregão e atos conseqüentes, nos termos da proposta indicada **nesta instrução (parágrafo 22)**.

JUSTIFICATIVAS: LETRAS “c” e “d” DO OFÍCIO DA OITIVA

36. A respeito dos problemas apontados nas letras “c” e “d” do ofício da oitava, reproduzidos no **parágrafo 08 desta instrução** (preços inexequíveis da vencedora da licitação e, em seguida, majorados em negociações posteriores com o pregoeiro, com base no item 8.2.1 do edital), o Comandante da 9ª Região Militar apresenta, também, várias alegações (Peça 30, p. 9-17).

37. De início, tenta esclarecer que, de acordo com os critérios estabelecidos no edital, sagraria “vencedora a proposta que tivesse menor preço no grupo de itens, situação perfeitamente possível” (Peça 30, p. 9). Alega, ainda, que o licitante vencedor dos grupos de itens arrolados nesta representação foi questionado pelo pregoeiro sobre a exequibilidade de seus preços, “conforme consta na Ata, folhas 348 e 349 do processo, tendo enviado os anexos solicitados informando que os valores ofertados seriam garantidos durante a Ata Registro de Preços” (Peça 30, p. 9). Como esses documentos foram considerados válidos e comprovam que o licitante expressou que cumpriria sua proposta, “o Pregoeiro deu prosseguimento ao certame” (Peça 30, p. 9).

38. Após tratar das normas previstas no Decreto nº 3.555/2000, em especial às contidas no artigo 12, que estabelecem a possibilidade de esclarecimentos no decorrer de um pregão, o Comandante entende que o pregoeiro e a Administração não podem “desclassificar o licitante

vencedor se o mesmo comprova que dará cumprimento ao que foi fixado no Edital, ou seja, critério de julgamento pelo menor preço do GRUPO e não por item” (Peça 30, p. 10). Alega, ainda, que o próprio TCU entende que “*não cabe ao pregoeiro ou à comissão de licitação declarar a inexecutabilidade da proposta da licitante, mas facultar aos participantes do certame a possibilidade de comprovarem a executabilidade das suas propostas (TCU, Acórdão nº 559/2009, 1ª C., rel. Ministro Augusto Nardes) - Peça 30, p. 10.*

39. No entanto, entende que na prática os licitantes mais experientes, “*com medo do fechamento aleatório e repentino do sistema, escolhem alguns itens e reduzem seu valor para que tenham mais chance de vencer a etapa de lances, **sabendo que posteriormente, poderão reajustar itens a preços exequíveis***” (Peça 30, p. 10). Grifo nosso. Complementa seu raciocínio expressando que a referida situação não configura o chamado “Jogo de Planilhas”, já examinado pelo TCU (Acórdão 697/2006-Plenário) e comentado na obra de Marçal Justen Filho. Após reproduzir ensinamentos desse doutrinador (Peça 30, p. 11), entende que esse fato não ocorreu no certame em exame (Pregão Eletrônico nº 06/2012), “*pois nenhum item teve seu preço readequado para valor que tenha ultrapassado o preço de referência no Termo de Referência, caracterizando um sobrepreço*” (Peça 30, p. 11). Ainda, admite a existência de adequação de planilhas de preços, que, “***mesmo reajustada após o saneamento da proposta vencedora** mantém os preços de cada item dos valores praticados pelo mercado, constantes no Termo de Referência, com os preços estimados de cada item no comércio, permanecendo assim a mais vantajosa para a Administração Pública*” (Peça 30, p. 11. Grifo nosso.

40. Após completar seu entendimento sobre essa readequação de planilha, o Comandante passou a criticar os procedimentos de aferição de inexecutabilidade de preços definido no art. 48, II, §1º, alíneas “a” e “b”, da Lei nº 8.666/93. Entende que os critérios estabelecidos nesse dispositivo legal conduzem a uma presunção de inexecutabilidade, “*dado que estabelece dependência em relação a preços definidos pelos participantes, sempre haverá possibilidades de o licitante comprovar sua capacidade de bem executar os preços propostos*” (Peça 30, p. 12), excerto de acórdãos do TCU (Acórdão nº 287/2008-Plenário).

41. No caso do Pregão 06/2012, entende que o pregoeiro diligenciou “*o licitante vencedor dos grupos de 1 a 5, sobre a inexecutabilidade dos itens, conforme ata Pág 348 e 349 do processo, tendo recebido como resposta várias declarações do licitante que garantia o cumprimento das condições previstas no edital, fls 402 a 405 do processo*” (Peça 30, p. 12). Como “*o critério de decisão sempre será a oferta com o menor valor global para aquele grupo, neste caso em comento o valor final da proposta do Grupo 1 encontra-se 9,76 (nove vírgula setenta e seis por cento) abaixo da proposta do licitante 2º colocado*” (Peça 30, p. 13). Procura, ainda, fazer demonstrativos e cálculos de percentuais para comprovar que a empresa Youssif Amim Youssif venceu os itens referentes aos grupos questionados nesta representação (Peça 30, p. 13). No caso dos Grupos I a V do edital da licitação, “*constata-se a existência de uma economia gerada durante a vigência da contratação no valor de R\$ 482.183,09 (quatrocentos e oitenta e dois mil, cento e oitenta e três centavos), o que significa uma economia real de 18,98% sobre o valor total contratado*” (Peça 30, p. 13).

42. Ainda sobre os referidos ajustes, o Comandante informa que: “*Todos os itens, cujas propostas foram ajustadas se encontram com valor menor e, no máximo, **igual ao valor de referência e nenhum grupo teve seu valor ajustado acima do valor apurado na fase de lances***” (Peça 30, p. 14). Entende que, caso não fosse observado o critério de ajuste da planilha, pode-se levar a proposta vencedora não “*ser considerada como a mais vantajosa para a Administração*” (Peça 30, p. 14). Procura fundamentar seus argumentos no artigo 26, §3º, do Decreto nº 5.450/2005, e artigo 12, IV, da Lei nº 11.079/2004, inteiramente transcritos na Peça 30, p. 14, que tratam de saneamento de **erros ou falhas** que não alteram a substância das propostas.

43. Em seguida, o dirigente passa a tratar do item 8.2.1 do edital em exame que previa “a possibilidade de ajuste nas planilhas de preços do licitante vencedor” (Peça 30, p. 14), “desde que mantido o valor do grupo, **limitando-se tais reajustes ao valor de mercado (valor estimado) de cada item** constante no termo de referência, o qual sob nenhuma hipótese poderia ser ultrapassado, causando o famigerado “Jogo de Planilhas” (Peça 1, p. 14). Entende que esse item está amparado nos artigos 40, 44, 45 e 48 da Lei nº 8.666/93, assim como nos artigos 26, §3º, do Decreto nº 5.450/250, e artigo 12, IV, da Lei nº 11.079/2004, ressaltando que se fosse ilegal “poderia ter sido impugnado por qualquer licitante o que não ocorreu” (Peça 30, p. 15). Por isso entende que, também, não houve ofensa à isonomia, ainda mais considerando que a finalidade desse item era “permitir que qualquer licitante se preocupasse apenas com o valor final do lote durante a etapa de lances” (Peça 30, p. 15).

44. Novamente o Comandante retorna aos fundamentos legais e regulamentares do referido item do edital, agora focado nos artigos 24 e 29-A, §2º, da Instrução Normativa/MPOG nº 02/2008, transcritos à Peça 30, p. 15, que também trata de erros ou falhas no preenchimento de planilhas de cotação de preços. Procura ressaltar que “a adoção desse procedimento não poderá resultar na majoração do valor global da proposta vencedora” (Peça 30, p. 15). Entende, “ainda que ajustes tenham que ser realizados nas planilhas (nos itens), estes não podem ultrapassar o valor global proposta apresentada ou do preço de referência por item, de forma a impedir que a composição seja prejudicial ao custo global da proposta apresentada originalmente” (Peça 30, p. 15). Inclusive cita jurisprudência do TCU (Acórdão nº 4.624/2009-TCU-2ª C, e Acórdão nº 697/2006 – TCU- Plenário), partes transcritas à Peça 30, p. 16, que entende validar esse tipo de procedimento. Cita, também, o Edital do Pregão Eletrônico nº 56/2010, editado pelo próprio TCU, que assim especificava no item 27.4 (Peça 30, p. 16):

(...)

27.4. O pregoeiro poderá fixar prazo para o reenvio do anexo contendo as planilhas de composição de preço quando o preço total ofertado for aceitável, mas os preços unitários que as compõem necessitem de ajustes aos valores estimados pelo TCU.

45. Por tudo isso, o Comandante da 9ª Região Militar entende que a previsão contida no item 8.2.1 do Edital do Pregão Eletrônico nº 06/2012, em exame, “é perfeitamente legal e praticada pelos diversos órgãos da Administração Pública, nas três esferas de Poder” (Peça 30, p. 16). No final desse item, o dirigente trata dos primórdios dos pregões, principalmente do Presencial, reproduzindo o teor do art. 4º, VIII, da Lei nº 10.520/2002, para expressar que esse dispositivo “foi afastado com o advento do pregão eletrônico pela totalidade dos licitantes, pela ausência do procedimento no decreto regulatório, mas sem nenhuma lei que modificasse a lei original” (Peça 30, p. 17). Dispõe o referido artigo o seguinte:

VIII – no curso da sessão, o autor da oferta de valor mais baixo e os das ofertas com preços até 10% (dez por cento) superiores àquela poderão fazer novos lances verbais e sucessivos, até a proclamação do vencedor.”

ANÁLISE DAS JUSTIFICATIVAS: LETRA “c”

46. Apesar de o responsável ter apresentado justificativas em conjunto para o contido nas letras “c” e “d” do ofício da oitiva, examinaremos, inicialmente, as que tratam apenas da letra “c” (**parágrafos 36 a 42 desta instrução**), pois os fatos diferem dos apontados na letra “d” (demais parágrafos). Para facilitar o entendimento da matéria, reproduzimos o inteiro teor do que foi solicitado nessa letra (“c”) do ofício da oitiva (**parágrafo 08 desta instrução**):

“c) aceitação de proposta de vários produtos com indícios de inexecutabilidade de preços, tais como os constantes dos itens 13, 14, 16, 21, 23, 30, 35, 37, 39, 41 e 63 (Grupo 1), conforme se

observa no quadro constante do ANEXO 1, assim como nos itens 169, 178, 216, 217, 218, 223 e 268 (Grupo 5) e itens 118, 130, 133, 135 e 137 (Grupo 2);

47. No caso desses itens (13, 14, 16, 21, 23, 30, 35, 37, 39, 41 e 63 – Grupo 1; 118, 130, 133, 135 e 137 - Grupo 2; e 169, 178, 216, 217, 218, 223 e 268 - Grupo 5), com indícios de inexequibilidade de preços, observamos que no edital do Pregão Eletrônico nº 06/2012 (Peças 1 e 2) e na ata de realização desse pregão (Peça 3) foram assim descritos e cotados na fase de lances do pregão pela vencedora da licitação:

Item	Especificação do objeto	Unid	Qtia. Anual	(*) R\$ Ref	YOUSSIF (R\$)	Peça autos
GRUPO 1						
13	Azeitona, tipo verde, apresentação sem caroço, tamanho grande, características adicionais sem tempero, embalagem de 3,6 kg.	un	30	34,50	3,00	1, p. 68 3, pp. 3 e 93-94
14	Bacalhau do porto, produto elaborado com peixe limpo, eviscerado, sem cabeça e convenientemente tratado pelo sal, com nível de saturação mínima de 95%, com ou sem aditivos, devidamente seco, não podendo conter mais de 40% de umidade, para, as espécies consideradas gordas, tolerância de 5% a mais de umidade para as espécies consideradas magras, Apresentar-se em um tamanho superior a 3,5 Kg, normalmente mais largo e com postas mais altas. Ter coloração palha e uniforme quando salgado e seco, quando cozido, desfaz-se em tascas claras e tenras.	kg	100	69,00	5,60	1, p. 68 3, pp. 3 e 95-96
16	Bacon defumado, Ingredientes carne suína, apresentação defumada fatiado.	kg	60	15,08	3,80	1, p. 68 3, pp. 4 e 97-98
21	Carne ave processada, tipo peru, apresentação temperado.	kg	120	19,00	5,20	1, p. 69 3, pp. 4 e 103-04
23	Carne in natura, origem animal, tipo camarão médio s/ casca e s/ cabeça.	kg	40	48,50	5,59	1, p. 69 3, pp. 5 e 105-06
30	Chá alimentação, tipo chá de camomila, uso alimentício.	kg	1	49,00	8,60	1, p. 69 3, pp. 6 e 113-14
35	Chá alimentação, tipo erva cidreira, uso alimentício.	kg	10	41,00	3,80	1, p. 70 3, pp. 7 e 119-20
37	Chá alimentação, tipo erva doce, uso alimentício.	kg	10	53,00	12,40	1, p. 70 3, pp. 7 e 121-22
39	Charque, tipo carne seca traseiro bovino, características adicionais resfriada, 1ª qualidade,	kg	60	21,28	9,00	1, p. 70 3, pp. 7 e 123-24
41	Cogumelo em conserva, tamanho pequeno, ingredientes cogumelos pré-cozidos/água e sal, prazo validade 4, embalagem do 500 g.	un	20	14,78	7,70	1, p. 70 3, pp. 8 e 125-26
63	Granola – Ingredientes: Aveia em floco; Mel, Fibra e Gérmen de Trigo, Açúcar Mascavo, Uva Passa, Floko.Mix (Flocos de Cereais de Tigo, Arroz, Aveia, Milho e Cevada), Castanhas (caju e Pará), Flocos de Milho, Óleo de Palma, Maçã Desidratada, Gergelim, Malte de Cereais e Aroma Sintético Idêntico ao Natural de Mel. CONTÉM GLÚTEN. Caixa com 50 saches de 30g.	Cx	1	26,39	6,00	1, p. 72 3, pp. 12 e 151-52

GRUPO 2						
118	<i>Iogurte, ingredientes leite desnatado, ingredientes adicionais leite em pó desnatado, tipo light, prazo validade 30 dias, características adicionais sabores diversos, embalagem de 200 ml.</i>	un	1	2,30	1,40	1, p. 78 3, pp. 21 e 215
130	<i>Queijo, ingredientes leite de vaca e sal, conservação 0 a 10, tipo breque, características adicionais consistência cremosa, amarelado, crosta branca ave.</i>	kg	1	59,06	2,34	1, p. 78 3, pp. 23-4 e 226-27
133	<i>Queijo, ingredientes leite ovelha, conservação 0 a 10, tipo roquefort, características adicionais salgado e picante</i>	kg	1	94,00	11,00	1, p. 79 3, pp. 24 e 229-30
135	<i>Queijo, ingredientes leite vaca, conservação 0 a 10, tipo gouda, características adicionais picante semi-gordo.</i>	kg	1	55,50	3,45	1, p. 79 3, pp. 24 e 231-32
137	<i>Queijo, ingredientes leite, tipo camembert.</i>	kg	1	73,00	2,34	1, p. 79 3, pp. 25 e 233-34
GRUPO 5						
169	<i>Suco, apresentação líquido, sabor laranja, tipo natural, características adicionais concentrado, diluição de 1+7=8, balde de 20 litros com tampa e bocal de saída.</i>	un	6	115,00	3,55	1, p. 81 3, pp. 30 e 266-69
178	<i>Suco, apresentação líquido, sabor tangerina, tipo natural, características adicionais concentrado, diluição de 1+7=8, balde de 20 litros com tampa e bocal de saída.</i>	un	6	115,00	5,50	1, p. 82 3, pp. 32 e 275
216	<i>Saco, material plástico transparente, cor incolor, aplicação nutrição e dietética, características adicionais bobina picotada, descartável, altura 42, largura 29, embalagem c/ 1 rolo c/ 500 Unid.</i>	un	40	25,28	5,75	1, p. 85 3, pp. 38 e 325-26
217	<i>Saco, material plástico transparente, tipo uso geral, aplicação embalagem, largura 60, espessura 0,30, comprimento 90, embalagem com 100 Unid.</i>	un	40	22,18	4,50	1, p. 85 3, pp. 38 e 327-28
218	<i>Saco, material plástico cor incolor, aplicação acondicionamento de utensílios, altura 25, largura 08, embalagem c/ 100 Unid.</i>	un	40	7,03	4,55	1, p. 85 3, pp. 38 e 328-30
223	<i>Toalha de papel, material papel, comprimento 100, largura 20, cor branca, características adicionais macio e sem impurezas, aplicação cozinha, embalagem com 2 rolos</i>	un	120	13,60	1,30	1, p. 85 3, pp. 39 e 337-39
268	<i>Bolo alimentício, tipo rocambole fatiado, peso 300, ingredientes farinha de trigo, fermento fresco p/ pão, sal, açúcar.</i>	un	1	11,53	1,55	1, p. 89 3, pp. 47 e 379-80

48. Observa-se, em conformidade com esse demonstrativo, que a empresa vencedora do certame (Youssif Amim Youssif) apresentou lances para os produtos mencionados nesses itens muito aquém dos preços de referência do órgão licitante. Assim, os preços ofertados para esses produtos continham indícios de inexecuabilidade, conforme apontado nesta representação e na oitiva do responsável. Como não houve erros/falhas nos lances do Pregão Eletrônico nº 06/2012, em exame, o licitante vencedor intencionalmente apresentou seus lances com valores, em princípio inexecuáveis, para vencer seus concorrentes. Ademais, o próprio Comandante em suas justificativas reproduzidas no **parágrafo 11 desta instrução**, informa que o pregoeiro e sua equipe de apoio não tinham como examinar item por item da proposta da vencedora do certame.

49. Por conseguinte, a proposta da empresa que venceu a licitação (Youssif Amim Youssif) deveria ter sido desclassificada pelo pregoeiro por indícios de inexecuabilidade dos preços dos referidos itens/produtos cotados na fase de lance, conforme determina o art. 43, IV, da Lei nº

8.666/1993, c/c artigo 48, II, da mesma lei e, ainda, o item 7.1 do edital do Pregão Eletrônico nº 06/2012. Como essa desclassificação não ocorreu, houve grave infração às referidas normas legais e itens desse pregão, frustrando o caráter competitivo do certame (art. 3º, *caput*, da Lei nº 8.666/1993, e 5º, *caput*, do Decreto nº 5.450/2005). Dessa forma, a resposta do Comandante da 9ª Região Militar não afastou os fundamentos das irregularidades apontadas nessa parte da oitiva (**letra “c”** do ofício). Nesse caso, reforça-se a proposta contida no **parágrafo 22 desta instrução** de se encaminhar os autos ao Relator com proposta de **fixação de prazo** para que o Comando da 9ª Região Militar adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, anulando o Pregão Eletrônico para Registro de Preços nº 6/2012, de 24/05/2012, bem como todos os atos dele decorrentes.

50. Além disso, devido à gravidade das irregularidades antes indicadas, cabe aplicação da multa prevista no inciso II do art. 58 da Lei nº 8.443/92 aos responsáveis, conforme dispõe o artigo 45, III, dessa mesma lei. Porém, tal como relatamos no **parágrafo 23 desta instrução**, nesta fase dos autos não é possível identificá-los para, com base no princípio do contraditório e da ampla defesa, assim como nos dispostos nos artigos 237, parágrafo único, e 250, IV, do Regimento Interno do Tribunal (Resolução/TCU nº 246/2011), propor as **audiências necessárias**. Por isso, os autos devem ser restituídos a esta Unidade para as **diligências cabíveis**.

51. Não se poderia falar em erros ou falhas (digitação errada, omissão de números/ numerais nas cotações ou outros tipos), que não alteram a substância das propostas, como quer entender o Comandante ao citar dispositivos legais e jurisprudências do Tribunal que tratam desses casos (artigo 26, §3º, do Decreto nº 5.450/2005, e artigo 12, IV, da Lei nº 11.079/2004). Ocorre que a licitante vencedora do certame intencionalmente cotou, só nos itens indicados no demonstrativo do **parágrafo 47 desta instrução**, preços inexequíveis para 23 (vinte e três) dos 401 (quatrocentos e um) previstos no edital, ou seja, aproximadamente 6% (seis por cento) do total de itens previstos, e a maioria para valor a menor no sentido de vencer os concorrentes. Conforme outros demonstrativos contidos nesta instrução, esse percentual é ainda maior, considerando outros itens cotados pela referida licitante.

52. Caso fossem erros ou falhas, haveria a possibilidade de correção pelo próprio pregoeiro, mediante despacho fundamentado, nos termos do artigo 26, §3º, do Decreto nº 5.450/2005, e conforme previsto nos itens 9.9 e 10.14 do edital (Peça 1, pp. 39 e 44). Inclusive o Tribunal já deliberou em diversas oportunidades a esse respeito, quando, por exemplo, o Relator assim expôs no Voto condutor do Acórdão nº 4.621/2009 – 2ª Câmara:

Dessa forma, concluindo o raciocínio, entendo que eventuais falhas constantes das planilhas de custos unitários indicativos dos custos de formação de obra terceirizada devem ser adequadamente sopesadas de acordo com os objetivos instrumentais dessa planilha, de forma a não serem desclassificadas propostas mais vantajosas para a Administração e cujos preços atendam aos requisitos legais. (Grifo nosso).

53. Em relação ao fato do pregoeiro ter solicitado à vencedora da licitação para se pronunciar sobre a inexequibilidade de seus preços, procurou-se dar cumprimento ao disposto no item 9.6.4 do edital, mas apenas para os itens nºs 118, 130, 133, 135 e 137 (Grupo 2 do edital da licitação), conforme Ata de Registro de Preços (Peça 3, p. 505). Como não houve manifestação da licitante, o pregoeiro, de pronto, ou seja, sem qualquer análise sobre a exequibilidade dos preços, aceitou os valores dos lances da licitante vencedora, justificando ser o melhor preço (Peça 3, pp. 01-494). Por isso são improcedentes as justificativas do Comandante de que houve manifestação da empresa de que “os valores ofertados seriam garantidos durante a Ata de Registro de Preços” (Peça 30, p. 9). O que houve foi um anexo, com preços negociados posteriormente à fase de lances.

54. Para melhor ilustrar essa questão, tomamos como exemplo o caso do **item 268 – Grupo 5 (Bolo alimentício, tipo rocambole fatiado, peso 300, ingredientes farinha de trigo, fermento fresco p/**

pão, sal, açúcar), constante do demonstrativo do **parágrafo 47 desta instrução**. De acordo com a ata desse pregão (Peça 3, p. 380), 04 (quatro) licitantes cotaram preços para esse produto, todas no dia da sessão do pregão (26/06/2012), sagrando-se vencedora a Youssif Amim Youssif, com lance de R\$ 1,55, às 17:28:57:517hs. Os preços dos demais licitantes foram acima de R\$ 11,50 quando o preço de referência era R\$ 11,53. Encerrada a fase de lance (dia 26/06/2012 – às 17:45:27hs), o pregoeiro, em 06/07/2012 (12:51:13hs), aceitou a proposta da vencedora: “*Aceite individual da proposta. Fornecedor Youssif Amim Youssif, CNPJ/CPF: 03.257.078/0001-84, pelo melhor lance de R\$ 1,550*” (Peça. 3, pp. 47 e 380). Grifo nosso. Ressalta-se que posteriormente (dias 27 e 28/06/2012), o licitante vencedor foi convocado para envio de anexo (Peça 3, p. 495) e no dia 10/07/2012, o pregoeiro negociou o referido **melhor lance** (R\$ 1,550) por um valor **mais elevado** (R\$ 2,45), conforme Peça 3, pp. 47 e 380.

55. Dessa forma, não houve cumprimento efetivo do disposto no item 9.6.4 do edital do Pregão Eletrônico nº 06/2012, que estabelecia diligência à licitante para aferir a legalidade e exequibilidade de preço final inferior a 30% da média dos preços ofertados, nos seguintes termos (Peça 1, p. 39):

9.6.4. Quando o licitante apresentar preço final inferior a 30% (trinta por cento) da média dos preços ofertados para o item e a inexecuibilidade da proposta não for flagrante e evidente pela análise da proposta, não sendo possível a sua imediata desclassificação, será obrigatória a realização de diligências para aferir a legalidade e exequibilidade da proposta. (Grifo nosso).

56. Nesse mesmo sentido, há a inteligência da Súmula/TCU nº 262/2010:
O critério definido no art. 48, inciso II, § 1º, alíneas “a” e “b”, da Lei nº 8.666/93 conduz a uma presunção relativa de inexecuibilidade de preços, devendo a Administração dar à licitante a oportunidade de demonstrar a exequibilidade da sua proposta.

57. Por conseguinte, houve grave infração à jurisprudência dominante e ao edital (Súmula/TCU nº 262/2010 e item 9.6.4 do edital do Pregão Eletrônico nº 06/2012) porque não se aferiu a legalidade e exequibilidade de preços finais da licitante vencedora (Youssif Amim Youssif) inferior a 30% da média dos preços ofertados, fato que frustrou o caráter competitivo do certame (art. 3º, *caput*, da Lei nº 8.666/1993, e 5º, *caput*, do Decreto nº 5.450/2005). Nesse caso, cabe aplicação da multa prevista no inciso II do art. 58 da Lei nº 8.443/92 aos responsáveis, conforme dispõe o artigo 45, III, dessa mesma lei. Porém, tal como relatamos no **parágrafo 23 desta instrução**, nesta fase dos autos não é possível identificá-los para, com base no princípio do contraditório e da ampla defesa, assim como nos dispostos nos artigos 237, parágrafo único, e 250, IV, do Regimento Interno do Tribunal (Resolução/TCU nº 246/2011), propor as **audiências necessárias**. Por isso, os autos devem ser restituídos a esta Unidade para as **diligências cabíveis**.

58. Mesmo depois de provocado pelos demais licitantes sobre a referida inexecuibilidade de preços, conforme intenções de recorrer, em 11/07/2012, registradas na referida ata (Peça 3, pp. 494-496), o pregoeiro rejeitou as intenções, sendo que no caso dos itens do Grupo 1 alegou que, “*de acordo com o item 9.6.4 do edital, proposta ajustada encaminhada pelo vencedor do grupo, não apresentou nos itens 11, 12, 13, 14, 16, 20, 21, 22, 23, 26, 56, 76, 77, 100, preços inferiores a 30% (trinta por cento) da média dos preços ofertados pelas empresas concorrentes*” (Peça 3, p. 495). Nos outros casos de inexecuibilidade de preços da vencedora, apontados nas intenções recursais dos demais licitantes, o pregoeiro apresentou as mesmas justificativas de rejeição, conforme registros na ata (Peça 3, p. 505).

59. Nesse sentido, o fundamento para a rejeição das intenções recursais sobre essas alegadas inexecuibilidades de preços não foi o disposto no item 9.6.4 do edital, anteriormente reproduzido nesta instrução. Ocorre que o pregoeiro entendeu que, após a proposta ter sido ajustada pelo vencedor do grupo da licitação, não houve preço inferior a 30% (trinta por cento) da média dos preços ofertados. Logo, o problema estava em permitir que houvesse o referido ajuste, posteriormente aos lances e

negociações, conforme previsto no item 8.2.1 do edital da seguinte forma (Peça 1, p. 34):

8.2. Dos grupos: (Peça 1, p. 34)

8.2.1. os grupos formados refletir-se-ão na tela de proposta do fornecedor, que **obrigatoriamente** terá que **cotar todos os itens do grupo** como condição de participação, caso ocorra oferta inferior a R\$ 0,01, a proposta terá desclassificada. Posteriormente será permitida a adequação dos preços na convocação do anexo, desde que o valor do grupo seja igualou inferior ao cotado na etapa de lances e nenhum item seja superior ao da referência (grifo nosso).

60. Essa cláusula do edital do Pregão Eletrônico nº 06/2012, em princípio, soa ilegal, conforme adiante em nossa análise (**parágrafos 63 a 80**). Por isso, são improcedentes as justificativas do Comandante quando se referem a esse item do edital.

61. Por outro lado, da mesma foram que relatamos no **parágrafo 26 desta instrução**, no dia 13/07/2012, às 11:00 hs. (horas antes da adjudicação/homologação da licitação), a empresa ora Representante protocolizou um recurso administrativo (Peça 1, pp. 05-24) junto ao órgão licitante (9ª Região Militar - Exército Brasileiro), narrando os retromencionados problemas no item 2.4 (Peça 1, pp. 13-16). Inclusive apresentou demonstrativo comprobatório dos itens com preços inexequíveis (Peça 1, pp. 13-14), ferindo o princípio da proposta mais vantajosa para a Administração. Assim pronunciou nesse item sobre proposta mais vantajosa (Peça 1, p. 13): “A proposta vantajosa agrega (a) **preços economicamente satisfatórios e exequíveis**, (b) o cumprimento pelo contratante vencedor das obrigações contratuais assumidas e (c) a aquisição de bens e serviços em tempo hábil ao atendimento do interesse público”. Em suas conclusões, a empresa então impetrante do recurso administrativo entendeu que a proposta da licitante vencedora deveria ter sido desclassificada, em relação à inexecutabilidade dos preços referentes aos itens apontados no **parágrafo 47 desta instrução**.

62. A respeito desse recurso administrativo, ratificamos o entendimento exposto nos **parágrafos 30 e 31 desta instrução** de que houve grave infração à norma legal (artigo 4º da Lei 8.666/93 e art. 5º, XXXIV, alínea “a”, da Constituição Federal), passível de aplicação da multa prevista no inciso II do art. 58 da Lei nº 8.443/92 aos responsáveis. Ocorre que o Comando da 9ª Região Militar deixou de examinar a documentação protocolizada, em 13/07/2012 – 11:00 hs., pela empresa Comercial Arakaki Ltda-ME, que apontava graves irregularidades no certame (Pregão Eletrônico para Registro de Preços nº 6/2012, de 24/05/2012). Porém, como nesta fase dos autos ainda não é possível identificar os responsáveis, para, com base no princípio do contraditório e da ampla defesa, assim como nos dispostos nos artigos 237, parágrafo único, e 250, IV, do Regimento Interno do Tribunal (Resolução/TCU nº 246/2011), propor as **audiências necessárias**, sugerimos, a restituição dos autos a esta Unidade para as **diligências necessárias**. Também ratificamos o entendimento contido no **parágrafo 35 desta instrução** de que a direção do órgão licitante não agiu de forma prudente e legalmente, requerendo do Tribunal ações firmes para evitar fatos semelhantes, como a **fixação de prazo** para adotar as medidas necessárias de anulação do pregão e atos conseqüentes, na forma da proposta indicada **nesta instrução (parágrafo 22)**.

ANÁLISE DAS JUSTIFICATIVAS: LETRA “d”

63. Em relação às justificativas referentes à letra “d” do ofício da oitiva (relação de itens anexada ao ofício), preliminarmente cabe ressaltar que a oitiva foi no seguinte sentido:

d) *aceitação, na fase de negociação, que o lance vencedor tivesse seu preço majorado, com respaldo no item 8.2.1 do edital, conforme se observa no quadro constante do ANEXO 2, em contrariedade ao art. 4º, XVII, da Lei 10.520/2002, c/c o art. 24, § 8º, do Decreto 5.450/2005, que estabelecem que a negociação deve se pautar pela busca de melhores preços para a Administração, indicando tratamento privilegiado à empresa Youssif Amim Youssif e, conseqüentemente, infringência ao princípio da isonomia, previsto no art. 3º da Lei 8.666/93 e no*

art. 5º do Decreto 5.450/2005, por não permitir uma disputa em igualdade de condições a todos os licitantes participantes do certame;

64. Dessa forma, os preços cotados pela empresa vencedora da licitação na etapa de lances foram posteriormente negociados com o pregoeiro, de modo que os considerados inexequíveis foram majorados. Para facilitar o entendimento dessa questão, observamos que no edital do Pregão Eletrônico nº 06/2012, e na ata de sua realização esses itens foram assim descritos, cotados e negociados, nas diversas fases desse certame:

Item	Especificação do objeto	Unid	Qtia. Anual	R\$ Ref	YOUSSIF (R\$)		Peças autos
					Lance	Negoc	
GRUPO 1							
10	Azeitona, tipo preta, apresentação com caroço, tamanho grande, características adicionais sem tempero, embalagem de 1 kg	un	30	26,00	10,00	12,00	1, p. 68 3, pp. 2-3 e 90-91
11	Azeitona, tipo preta, apresentação sem caroço, tamanho grande, características adicionais sem tempero, embalagem de 3,6 kg	un	30	34,00	10,00	30,00	1, p. 68 3, pp. 3 e 91-92
12	Azeitona, tipo verde, apresentação com caroço, tamanho grande, características adicionais sem tempero, embalagem de 1 kg	un	30	12,33	6,00	12,00	1, p. 68 3, pp. 3 e 92-93
13	Azeitona, tipo verde, apresentação sem caroço, tamanho grande, características adicionais sem tempero, embalagem de 3,6 kg	un	30	34,50	3,00	30,00	1, p. 68 3, pp. 3 e 93-94
14	Bacalhau do porto, produto elaborado com peixe limpo, eviscerado, sem cabeça e convenientemente tratado pelo sal, com nível de saturação mínima de 95%, com ou sem aditivos, devidamente seco, não podendo conter mais de 40% de umidade, para, as espécies consideradas gordas, tolerância de 5% a mais de umidade para as espécies consideradas magras, Apresentar-se em um tamanho superior a 3,5 Kg, normalmente mais largo e com postas mais altas. Ter coloração palha e uniforme quando salgado e seco, quando cozido, desfaz-se em tascas claras e tenras.	kg	100	69,00	5,60	55,00	1, p. 68 3, pp. 3 e 95-96
16	Bacon defumado, ingredientes carne suína, apresentação defumada fatiado.	kg	60	15,08	3,80	14,00	1, p. 68 3, pp. 4 e 97-98
18	Cafê, tipo solúvel, apresentação granulado, tipo embalagem comum, pacote com 400g.	un	1	13,93	6,00	11,00	1, p. 68 3, pp. 4 e 100-1
20	Carne, ave processada, tipo peito de peru, apresentação defumado.	kg	1	26,00	8,90	26,00	1, p. 69 3, pp. 4 e 102-3
21	Carne, ave processada, tipo peru, apresentação temperado.	kg	120	19,00	5,20	11,00	1, p. 69 3, pp. 4 e 103-4
23	Carne in natura, origem animal, tipo camarão médio s/ casca e s/ cabeça.	kg	40	48,50	5,59	35,00	1, p. 69 3, pp. 5 e 105-6
26	Carne porco in natura, tipo lombo, apresentação defumado.	kg	60	14,07	6,78	13,00	1, p. 69 3, pp. 5 e 109-10
28	Carne porco in natura, tipo toucinho, apresentação defumado.	kg	60	16,78	4,80	12,50	1, p. 69 3, pp. 6

							e 111-12
30	Chá alimentação, tipo chá de camomila, uso alimentício.	kg	1	49,00	8,60	26,98	1, p. 69 3, pp. 6 e 113-14
35	Chá alimentação, tipo erva cidreira, uso alimentício	kg	10	41,00	3,80	23,90	1, p. 70 3, pp. 7 e 119-20
37	Chá alimentação, tipo erva doce, uso alimentício	kg	10	53,00	12,40	22,00	1, p. 70 3, pp. 7 e 121-22
39	Charque, tipo carne seca traseiro bovino, características adicionais resfriada, 1ª qualidade.	kg	60	21,28	9,00	18,00	1, p. 70 3, pp. 3 e 123-24
49	Condimento, apresentação natural, matéria-prima louro, aspecto físico folha seca, aplicação culinária em geral, embalagem de 500g.	un	10	16,50	5,90	16,50	1, p. 70 3, pp. 9 e 134-35
56	Flocos de cereal, tipo sucrilhos, características adicionais açucarado acondicionada em caixa com, 730 G (INGREDIENTES: milho, açúcar, sal extrato de tomate, ácido ascórbico (vitamina C), niacinamida (niacina), ferro reduzido (ferro), óxido de zinco (zinco), cloridrato de piridoxina (vitamina B6), riboflavina (vitamina B2), mononitrato de tiamina (vitamina B1), palmitato de retinol (vitamina A), ácido fólico (vitamina do complexo B) e cabalamina (vitamina B12))	un	1	21,18	5,50	16,95	1, p. 71 3, pp. 10 e 142-46
63	Granola – Ingredientes: Aveia em flocos, Mel, Fibra e Gérmen de Trigo, Açúcar Mascavo, Uva Passa, Floco Mix (Flocos de Cereais de Trigo, Arroz, Aveia, Milho e Cevada), Castanhas (Caju e Pará), Flocos de Milho, Óleo de palma, Maçã desidratada, Gergelim, Malte de Cereais e Aroma Sintético Idêntico ao Natural de Mel. CONTÉM GLÚTEN. Caixa com 50 saches de 30g.	Cx	1	26,39	6,00	17,75	1, p. 71 3, pp. 12 e 151-52
76	Margarina com sal sache 10g, Caixa com 240 unidades: 1)Características Gerais Produto gorduroso em emulsão estável com leite ou seus constituintes e derivados, com sal e outros ingredientes, destinados à alimentação humana, com 60% de lipídios, produzidas de acordo com as “Normas Higiênico-Sanitárias e de Boas Práticas de Fabricação”.	Cx	25	24,50	4,00	24,50	1, p. 74 3, pp. 14 e 166-67
100	Salame, tipo hamburguês, apresentação fatiada.	kg	30	50,00	8,00	47,00	1, p. 76 3, pp. 18 e 195-96
GRUPO 2							
122	Manteiga, ingredientes sal, apresentação pote, tipo extra.	kg	1	21,23	2,34	6,37	1, p. 78 3, pp. 22 e 218-19
123	Manteiga, apresentação sache de 15g, tipo com sal, caixa com 240 unidades.	CX	49	116,00	6,65	14,80	1, p. 78 3, pp. 22 e 219-20
124	Queijo, conservação 0 a 10, tipo provolone	kg	30	24,89	2,45	7,47	1, p. 78 3, pp. 22 e 220-21
125	Queijo processado tipo sache com 18g, caixa com 144 unidades.	Cx	13	70,50	11,00	11,15	1, p. 78 3, pp. 23 e 221-22

126	<i>Queijo, ingredientes albumina de soro e 20% leite vaca em volume, conservação 0 a 10, tipo ricota, características adicionais consistência mole, não pastosa, fechado.</i>	kg	30	18,35	3,55	5,51	1, p. 78 3, pp. 23 e 222-23
127	<i>Queijo, ingredientes cloreto cálcio, conservação 0 a 10, tipo frescal, peso 700, prazo validade 6 (aberto).</i>	kg	200	20,62	2,34	6,19	1, p. 78 3, pp. 23 e 223-24
128	<i>Queijo, ingredientes coalho, conservação 0 a 10, tipo prato, peso 500, prazo validade 90 (fechado) com SIF.</i>	kg	40	22,78	2,90	6,84	1, p. 78 3, pp. 23 e 224-25
129	<i>Queijo, ingredientes fermento lácteo, conservação 0 a 10, tipo mussarela fatiado, prazo validade 6 (aberto) com SIF.</i>	kg	1,060	18,40	2,45	5,52	1, p. 78 3, pp. 23 e 225-26
130	<i>Queijo, ingredientes leite de vaca e sal, conservação 0 a 10, tipo breque, características adicionais consistência cremosa, amarelado, crosta branca ave.</i>	kg	1	59,06	2,34	7,72	1, p. 78 3, pp. 23 e 226-27
131	<i>Queijo, ingredientes leite de vaca e sal, conservação 0 a 10, tipo coalho, pedo líquido aproximadamente 3kg, características adicionais consistência firme, prazo validade 90 (fechado) dias, com SIF..</i>	kg	1	25,18	3,40	7,55	1, p. 78 3, pp. 24 e 227-28
132	<i>Queijo, ingredientes leite de vaca e sal, conservação 0 a 10, tipo minas, características adicionais consistência firme.</i>	kg	250	19,70	2,44	5,91	1, p. 79 3, pp. 24 e 228-29
135	<i>Queijo, ingredientes leite de vaca, conservação 0 a 10, tipo gouda, características adicionais picante, semi-gordo.</i>	kg	1	51,33	3,45	8,70	1, p. 79 3, pp. 24 e 231-32
136	<i>Queijo, ingredientes leite de vaca, tipo parmesão, características adicionais curado, 1ª qualidade.</i>	kg	60	37,00	3,45	8,90	1, p. 79 3, pp. 24 e 232-33
138	<i>Requeijão, ingredientes creme de leite, tipo cremoso, conservação 1 a 10, pedo 200, tipo embalagem copo vidro, prazo validade 60 (fechado), embalagem de 200g.</i>	un	480	2,85	1,65	1,77	1, p. 79 3, pp. 25 e 234-35
GRUPO 3							
140	<i>Água côco, material água côco verde, prazo validade 3(aberto),características adicionais embalagem tipo longa vida 200ml.</i>	un	60	1,93	1,45	1,80	1, p. 79 3, pp. 25 e 236-37
141	<i>Água mineral, acondicionada em garrafão de polipropileno, gaseificação sem gás, características adicionais tampa; lacre, e validade mínima de- normas técnicas conforme Portaria de correlatos do Ministério da Saúde, embalagem de 20 litros retornável.</i>	un	181	15,55	4,50	5,61	1, p. 79 3, pp. 25 e 237-38
144	<i>Água mineral, tipo embalagem plástico policarbonato transparente, gaseificação sem gás características adicionais com tampa de pressão/lacre/envasado mecanicamente/, Normas Técnicas padrão DNPM 500 mL</i>	un	500	1,25	0,75	1,00	1, p. 80 3, pp. 26 e 240-41
146	<i>Água mineral, tipo embalagem plástico policarbonato transparente, gaseificação sem gás características adicionais com tampa de pressão/lacre/envasado mecanicamente/, Normas Técnicas padrão DNPM , garrafa de 1,5L.</i>	un	120	1,86	1,45	1,86	1, p. 80 3, pp. 26 e 242-44
147	<i>Dieta balanceada,; tipo bebida aromatizada, tipo uso oral, aspecto físico líquido uso nutricional,características adicionais com</i>	un	1	4,75	1,45	3,00	1, p. 80 3, pp. 26-27 e

	<i>elevado, teor protéico (mais de 30%) do concen-,componentes com sacarose, tipo embalagem tetra Pack embalagem de 500ml</i>						244-45
150	<i>Refrigerante, material água gasosa/xarope, sabor cola, características adicionais light, garrafa descartável de 2000ml.</i>	un	500	5,45	3,00	3,95	1, p. 80 3, pp. 27 e 247-48
157	<i>Refrigerante, material água gasosa/xarope, sabor limão, lata com 350ml.</i>	un	1	2,40	1,23	1,75	1, p. 81 3, pp. 28 e 254-55
159	<i>Refrigerante, material água gasosa/xarope, sabor variado, garrafa descartável de 2000ml.</i>	un	250	4,10	2,35	3,00	1, p. 81 3, pp. 28-29 e 256-57
161	<i>Suco, apresentação líquido, sabor abacaxi, tipo natural, características adicionais concentrado, diluição de 1+7=8, balde de 20 litros com tampa e bocal de saída.</i>	un	10	110,00	4,99	35,00	1, p. 81 3, pp. 29 258-59
164	<i>Suco, apresentação líquido, sabor acerola, tipo natural, Caixa com 1000 ml.</i>	cx	1	5,25	3,00	3,50	1, p. 81 3, pp. 29 e 261-62
165	<i>Suco, apresentação líquido, sabor caju, tipo natural, características adicionais concentrado, diluição de 1+7=8, balde de 20 litros com tampa e bocal de saída.</i>	un	10	110,00	4,99	35,00	1, p. 81 3, pp. 29-30 e 262-63
166	<i>Suco, apresentação líquido, sabor caju, tipo natural, características adicionais pronto para consumo, e embalagem tipo longa vida Caixa 1000 ml.</i>	cx	1	5,25	3,00	3,50	1, p. 81 3, pp. 30 e 263-64
169	<i>Suco, apresentação líquido, sabor laranja, tipo natural, características adicionais concentrado, diluição de 1+7=8, balde de 20 litros com tampa e bocal de saída.</i>	un	6	115,00	3,55	35,00	1, p. 81 3, pp. 30 e 266-67
172	<i>Suco, apresentação líquido, sabor manga, tipo natural, características adicionais pronto para consumo, e embalagem tipo longa vida Caixa 1000 ml.</i>	un	120	5,25	3,00	3,50	1, p. 82 3, pp. 31 e 269-70
173	<i>Suco, apresentação líquido, sabor maracujá, tipo natural, características adicionais concentrado, balde de 20 litros com tampa e bocal de saída.</i>	un	10	115,00	3,40	35,00	1, p. 82 3, pp. 31 e 270-71
175	<i>Suco, apresentação líquido, sabor maracujá, tipo natural, características adicionais pronto para consumo, e embalagem tipo longa vida Caixa 1000 ml.</i>	cx	200	5,25	3,00	3,50	1, p. 82 3, pp. 3 e 272-73
176	<i>Suco, apresentação líquido, sabor pêssego, tipo natural, características adicionais pronto para consumo, e embalagem tipo longa vida Caixa 1000 ml.</i>	cx	120	5,25	3,00	3,50	1, p. 82 3, pp. 31 e 93-94
178	<i>Suco, apresentação líquido, sabor tangerina, tipo natural, características adicionais concentrado, diluição de 1+7=8, balde de 20 litros com tampa e bocal de saída.</i>	un	6	115,00	5,50	35,00	1, p. 82 3, pp. 32 e 275
181	<i>Suco, apresentação líquido, sabor variado, tipo industrializado, características adicionais polpa de fruta natural, embalagem de 1000 ml.</i>	un	1	6,75	3,45	3,50	1, p. 82 3, pp. 32 e 277-78
189	<i>Suco, apresentação polpa congelada, sabor abacaxi, tipo natural embalagem de 1 kg.</i>	un	481	10,00	5,50	7,80	1, p. 83 3, pp. 33 e 285-86
190	<i>Suco, apresentação polpa congelada, sabor acerola, tipo natural embalagem de 1 kg.</i>	un	481	10,00	5,50	7,80	1, p. 83 3, pp. 34

							e 286-87
191	Suco, apresentação polpa congelada, sabor caju, tipo natural embalagem de 1 kg.	un	481	10,00	5,50	8,40	1, p. 83 3, pp. 34 e 287-88
192	Suco, apresentação polpa congelada, sabor goiaba, tipo natural embalagem de 1 kg.	un	481	10,00	5,50	7,20	1, p. 83 3, pp. 34 e 289-90
194	Suco, apresentação polpa congelada, sabor tamarindo, tipo natural embalagem de 1 kg.	un	1	10,00	5,50	7,20	1, p. 83 3, pp. 34 e 291-92
195	Suco, apresentação polpa, sabor acerola, tipo natural, características adicionais concentrado, diluição de 1+7=8, balde de 20 litros com tampa e bocal de saída.	un	12	115,00	4,00	35,00	1, p. 83 3, pp. 34 e 292-93
196	Suco, apresentação polpa, sabor goiaba, tipo natural, características adicionais concentrado, caixa com 1000 ml.	un	1	6,75	3,45	3,50	1, p. 83 3, pp. 34-35 e 293-94
199	Suco, apresentação xarope, sabor groselha, tipo artificial, características adicionais aroma artificial, balde de 20 litros com tampa e bocal de saída.	un	12	115,00	3,45	40,00	1, p. 83 3, pp. 35 e 296-97
GRUPO 4							
204	Copo descartável, material poliestireno, capacidade 300, aplicação água/suco e refrigerante, características adicionais sem tampa, embalagem de 100 unid.	un	1000	5,33	1,40	1,55	1, p. 84 3, pp. 36 e 304-05
210	Marmitta descartável, material alumínio, tamanho nº 9, características adicionais com tampa, embalagem com 100 unid.	un	390	26,78	5,50	13,40	1, p. 84 3, pp. 37 e 314-16
GRUPO 5							
225	Amendoim in natura, tipo 1, apresentação sem casca, tamanho médio.	kg	20	7,93	3,50	7,90	1, p. 85 3, pp. 39-40 e 340-41
226	Amido, material milho, aplicação creme, embalagem de 500g.	kg	100	5,84	2,45	5,50	1, p. 86 3, pp. 40 e 341-42
227	Aveia, apresentação flocos finos, prazo validade 1 ano (fechado), aplicação mingau, lata c/ 400g.	un	216	4,90	3,00	3,50	1, p. 86 3, pp. 3 e 342-43
228	Batata frita embalada, tipo ondulada, características adicionais pronta para consumo, apresentação embalagem fechada a vácuo um 24g	pct	1	2,69	1,75	2,00	1, p. 86 3, pp. 40 e 343-44
229	Adoçante Dietético em P6, caixa com 1000 sachês de 0,8g, Ingredientes - Lactose, Edulcorantes Artificiais: Ciclamato, Sacarina, Aspartame e Acessulfame de Potássio. Antiumectante: Dióxido de Silício. Não contém glúten. Contém Felilalanina. Informações adicionais: 1 sachê do adoçante equivale a 2 colheres de chá de açúcar.	cx	1	65,50	21,00	48,00	1, p. 86 3, pp. 40 e 344-45
238 a 247	Barra de cereal, diversos sabores, ingredientes de cereais tostados e açúcar, prazo mínimo validade 180 dias, embalagem de 25g.	un	2000	1,45 a 1,90	0,65	1,00	1, pp. 86-87 3, pp. 42-43 e 352-61
250	Batata frita embalada, tipo pcha fina, características adicionais pronta para consumo, embalagem de 500g.	un	320	6,10	4,00	5,00	1, p. 87 3, pp. 44 e 363-64

253	Biscoito mini Waffer com recheio de chocolate de 40g, caixa com 25 unidades.	cx	200	20,58	2,03	11,00	1, p. 88 3, pp. 44 e 366-67
256	Biscoito, apresentação quadrado, classificação salgado, tipo cream cracker, pacote com 400g.	un	520	3,28	2,00	2,20	1, p. 89 3, pp. 45 e 369-70
259	Biscoito, apresentação redondo, classificação doce, características adicionais com recheio, pacote com 400g.	un	400	4,08	2,00	3,00	1, p. 89 3, pp. 45-46 e 371-72
260	Biscoito, apresentação retangular, características adicionais sem açúcar, tipo champagne, pacote com 200g.	un	400	3,68	2,00	2,50	1, p. 89 3, pp. 46 e 372-73
262	Biscoito, apresentação retangular, sabor água e gergelim, classificação salgado, características adicionais sem recheio, pacote com 400g	un	400	5,44	2,40	3,00	1, p. 89 3, pp. 46 e 374-75
263	Biscoito, apresentação retangular, sabor um, classificação doce, características adicionais sem recheio, pacote com 400g	un	520	3,55	2,40	3,55	1, p. 89 3, pp. 46 e 375-76
268	Bolo alimentício, tipo rocambole fatiado, peso 300, ingredientes farinha de trigo, fermento fresco p/ pão, sal, açúcar.	un	1	11,53	1,55	2,45	1, p. 89 3, pp. 47 e 379-80
272	Chocolate pó, ingredientes cacau pó solúvel/açúcar e aromatizante, conservação 30 (aberto) dias, embalagem de 450g.	un	120	7,58	2,55	5,25	1, p. 90 3, pp. 48 e 383-84
276	Chocolate, sabor ao leite, prazo validade 1, características adicionais caju e passas ao rum, 100g.	un	1	5,28	2,55	3,00	1, p. 90 3, pp. 48 e 386-87
279	Chocolate, sabor ao leite, prazo validade 1, embalagem de 1 kg.	un	1	21,13	12,23	13,00	1, p. 90 3, pp. 49 e 389-90
281	Creme arroz, tipo vitaminado, sabor tradicional, uso preparo de mingau, lata c/ 400g.	un	1	9,78	2,45	5,55	1, p. 90 3, pp. 49 e 390-91
290	Doce fruta, tipo calda, tipo fruta banana.	kg	30	19,50	4,76	6,50	1, p. 90 3, pp. 51 e 398-99
291	Doce fruta, tipo calda, tipo fruta caju, embalagem c/ 800g.	un	120	15,75	5,70	6,50	1, p. 91 3, pp. 51 e 399-00
292	Doce fruta, tipo calda, tipo fruta figo, embalagem c/ 800g..	un	60	7,40	5,55	5,80	1, p. 91 3, pp. 51 e 400-01
295	Doce fruta, tipo cremoso, tipo fruta abóbora, embalagem de 3kg.	un	60	33,95	12,35	19,00	1, p. 91 3, pp. 51-52 e 402-03
296	Doce fruta, tipo cremoso, tipo fruta banana, embalagem de 3kg.	un	60	33,95	12,45	18,00	1, p. 91 3, pp. 52 e 403-04
298	Doce leite, ingredientes leite/açúcar, ingredientes adicionais amendoim, tipo em pasta.	kg	1	11,40	5,75	6,25	1, p. 91 3, pp. 52 e 405-06
300	Doce leite, ingredientes leite/açúcar/glicose e bicarbonato de sódio, ingrediente adicionais amendoim, prazo validade 90 dias.	kg	40	13,40	4,55	6,25	1, p. 91 3, pp. 52 e 407
302	Doce leite, ingredientes leite/açúcar/glicose e bicarbonato de sódio, ingrediente adicionais chocolate e passas, prazo validade 90 dias.	kg	40	14,50	5,40	6,25	1, p. 91 3, pp. 53 e 408-09
303	Doce leite, ingredientes leite/açúcar/glicose e	kg	1	14,50	4,40	6,25	1, p. 91

	<i>bicarbonato de sódio, ingrediente adicionais coco e chocolate, prazo validade 90 dias.</i>						3, pp. 53 e 409-10
305	<i>Doce leite, ingredientes leite/açúcar/glicose e bicarbonato de sódio, prazo validade 180 dias.</i>	kg	1	11,68	5,65	6,25	1, p. 91 3, pp. 53 e 93-94
306	<i>Doce massa, sabor goiabada, prazo validade 12, aplicação sobremesa em balde de 3kg.</i>	un	180	9,50	5,80	8,50	1, p. 91 3, pp. 53 e 412-13
308	<i>Doce massa, sabor marrom glacê, prazo validade 12, aplicação sobremesa, embalagem de 700g.</i>	un	100	6,78	4,55	5,50	1, p. 91 3, pp. 54 e 414-15
311	<i>Farinha aveia, tipo flocos finos, ingredientes vitaminas/proteínas/sais mineiras e fibras, prazo validade 30 dias (aberto).</i>	kg	30	12,53	4,55	7,00	1, p. 92 3, pp. 54 e 416-17
312	<i>Farinha aveia, tipo flocos, ingredientes vitaminas/proteínas/sais mineiras e fibras, prazo validade 30 dias (aberto).</i>	kg	1	9,63	5,55	7,00	1, p. 92 3, pp. 54 e 417-18
314	<i>Farinhas de rosca temperada, nome farinha de rosca temperada.</i>	kg	30	7,23	4,00	4,50	1, p. 92 3, pp. 55 e 419-20
320	<i>Farinha milho, apresentação farinha fina, tipo curau, características adicionais com açúcar.</i>	kg	1	3,56	1,80	2,50	1, p. 92 3, pp. 56 e 424-25
325	<i>Farinha pré-cozida de milho – polenta, nome farinha pré-cozida de milho – polenta.</i>	kg	1	4,97	2,45	2,50	1, p. 92 3, pp. 56-57 e 429-30
337	<i>Gelatina alimentícia, tipo comum, sabor variado, apresentação pó, embalagem de 1kg.</i>	un	40	7,78	5,45	6,50	1, p. 93 3, pp. 59 e 439-40
338	<i>Gelatina, sabor variado, aplicação sobremesa, tipo uso dietético, aspecto físico pó, características adicionais sem adição de açúcar, dextrose, glicose e sacarose, embalagem de 1kg.</i>	un	40	11,33	5,55	7,50	1, p. 93 3, pp. 59 e 340-41
341	<i>Geléia sortida Sache de 15g cada, caixa com 144 unidades. Ingredientes: Geléia de morango: morango, açúcar, glicose, pectina, aroma, acidulante ácido cítrico e conservador sorbato de potássio Geléia de goiaba: goiaba, açúcar, glicose, pectina, aroma, acidulante ácido cítrico e conservador sorbato de potássio. Não contém glúten.</i>	cx	37	33,23	22,85	30,00	1, p. 94 3, pp. 59 e 443-44
352	<i>Mistura alimentícia, ingredientes farinha de trigo, açúcar refinado, glúten natural, sabor laranja, aplicação bolo, embalagem de 450g.</i>	un	121	3,64	2,45	2,70	2, p. 1 3, pp. 61 e 453-54
354	<i>Mistura alimentícia, ingredientes farinha de trigo, açúcar refinado, glúten natural, sabor banana, aplicação bolo, embalagem de 450g.</i>	un	121	3,98	2,34	2,70	2, p. 1 3, pp. 62 e 454-55
357	<i>Mistura alimentícia, ingredientes farinha de trigo, açúcar, margarina, leite e ovos, aplicação bolo, creme confeiteiro, embalagem de 450g.</i>	un	1	5,20	2,45	4,00	2, p. 1 3, pp. 62 e 457-58

65. Observa-se, por intermédio desse demonstrativo, que a empresa (Youssif Amim Youssif) apresentou lances, no decorrer da sessão do pregão, para os retromencionados produtos (itens do edital) muito aquém dos preços de referência do órgão licitante. Destaca-se que alguns desses itens constam do demonstrativo do **parágrafo 47 desta instrução**, quando se tratou da cotação de preços inexequíveis da referida licitante (**letra “c” da oitiva**). Dessa foram, não há dúvida de que o objetivo do licitante era vencer os demais proponentes que apresentaram lances para os mesmos itens.

66. No entanto, os valores constantes dos lances da referida empresa vencedora da licitação foram posteriormente majorados (negociados para cima com o pregoeiro), uma vez que o edital permitia esse procedimento, desde que os preços não ultrapassassem os valores de referência do pregão. Logo, não se tratavam de simples falhas ou erros, conforme anteriormente comentado nesta instrução (**parágrafos 51 e 52**). O fundamento utilizado pelo pregoeiro e vencedor do certame para negociarem esses preços inexequíveis de lances dos produtos indicados no demonstrativo do **parágrafo 64 desta instrução**, foi o item 8.2.1 do edital, que assim especifica (Peça 1, p. 34):

8.2. Dos grupos: (Peça 1, p. 34)

8.2.1. os grupos formados refletir-se-ão na tela de proposta do fornecedor, que **obrigatoriamente** terá que **cotar todos os itens do grupo** como condição de participação, caso ocorra oferta inferior a R\$ 0,01, a proposta terá desclassificada. Posteriormente será permitida a adequação dos preços na convocação do anexo, desde que o valor do grupo seja igual ou inferior ao cotado na etapa de lances e nenhum item seja superior ao da referência. (Grifo nosso).

67. Trata-se, a nosso ver, de um item típico de jogo de planilha que, além de contrariar os princípios que regem uma licitação, o Tribunal vem tanto condenando (Acórdão nº 697/2006 – TCU – Plenário). No caso do pregão em exame (Pregão Eletrônico nº 06/2012), o agravante desse jogo é que ele foi iniciado pela sua previsão no próprio edital com o objetivo de transmitir um aspecto de legalidade. A respeito do entendimento de que se tem de jogo de planilha, cabe aqui reproduzir o que consta da instrução inicial destes autos (Peça 6, p. 8), **Manual de Licitações e Contratos do TCU** (4ª edição, p. 483/484):

“ocorre jogo de planilha, em princípio, pela cotação de altos preços para itens que o licitante sabe que serão alterados para mais, isto é, acrescidos nos quantitativos, e de baixos preços para aqueles que não serão executados ou reduzidos ... esse tipo de artifício tem permitido, sob o manto do interesse público, que proposta com valor global baixo torne-se vencedora da competição. Deve o gestor, portanto, cuidar-se para que contratação dessa natureza não se concretize.” (Grifo nosso).

68. Dessa forma, mesmo que a proposta da vencedora dos Grupos I a V desse pregão tenha propiciado *“uma economia gerada durante a vigência da contratação no valor de R\$ 482.183,09 (quatrocentos e oitenta e dois mil, cento e oitenta e três centavos), o que significa uma economia real de 18,98% sobre o valor total contratado”*, conforme apontou o Comandante (Peça 30, p. 13), houve o referido jogo de planilha com a guarida do item 8.2.1 do edital. Trata-se de um procedimento contrário ao princípio da isonomia entre os licitantes e a escolha da proposta mais vantajosa para a Administração, princípios esses previstos no artigo 3º, *caput*, da Lei nº 8.666/1993.

69. O Comandante quer justificar que inexistiu o referido jogo porque *“todos os itens, cujas propostas foram ajustadas se encontram com valor menor e, no máximo, igual ao valor de referência e nenhum grupo teve seu valor ajustado acima do valor apurado na fase de lances”* (Peça 30, p. 14), entendimento esse reproduzido e comentado no **parágrafo 42 desta instrução**. São justificativas improcedentes porque o objetivo maior da licitação *“é garantir a observância do princípio da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração”* (art. 3º, *caput*, da Lei nº 8.666/93). Com a previsão do referido item 8.2.1, excluiu-se a competição entre os licitantes e burlou-se o princípio da transparência, pois o ato que elevou os preços dos lances foi numa fase posterior (negociação) e realizado de forma particular apenas entre o vencedor do grupo e o pregoeiro, ou seja, um procedimento adotado totalmente contrário aos interesses do erário.

70. Nesta parte da instrução, cabe transcrever o inteiro teor do item 7.5.2 da instrução inicial, que retrata bem esse subterfúgio utilizado pelo licitante vencedor e o pregoeiro (Peça 6, p. 8):

7.5.2 Dever demonstrar também que a licitante se utilizou do expediente de majoração de preços, após encerrada a fase lances, para vencer todos os grupos que lhes foram adjudicados, pois os gêneros alimentícios objeto do certame estavam divididos em 6 grupos; desses seis, a empresa

Youssif Amim Youssif teve adjudicado em seu favor cinco (Grupos 1 a 5), estando demonstrado no quadro 2 – subitem 7.5.7 que, em todos esses grupos, utilizou-se do citado subterfúgio. Destaque-se que tal prática, de fato, estava assegurada no item 8.2.1 do edital, desde que o valor do grupo ficasse igual ou inferior ao cotado na etapa de lances. Isso porque, apesar de a disputa ser por itens, a adjudicação se dava por grupo. E, observando-se a ata, verifica-se que não houve descumprimento ao item 8.2.1:

Grupo 1: melhor lance: R\$ 870.092,49; valor negociado: R\$ 870.092,17

Grupo 2: melhor lance: R\$ 139.763,28; valor negociado: R\$ 139.760,74

Grupo 3: melhor lance: R\$ 473.451,78; valor negociado: R\$ 470.517,78

Grupo 4: melhor lance: R\$ 174.866,50; valor negociado: R\$ 174.886,45

Grupo 5: melhor lance: R\$ 891.364,15; valor negociado: R\$ 891.166,14

71. Observa-se que dos 06(seis) grupos previstos no referido certame, 05 (cinco) foram vencidos pela empresa Youssif Amim Youssif, utilizando-se do dispositivo previsto no item 8.2.1 do edital. Como houve negociação para cima dos valores dos lances dos itens, a Administração acabou por não selecionar a proposta mais vantajosa, pois preços de itens ou de grupos de itens que poderiam ser menores na competição entre os licitantes proponentes (fase de lances), acabou sendo negociados, repita-se, com valores superiores aos cotados, entre o licitante vencedor do grupo e a Administração.

72. Ressalta-se que o item 8.2.1, em exame, maculou todo o processo da licitação por dois motivos principais, conforme cabalmente exposto na instrução inicial (Peça 6, p. 8):

“7.5.3.....: O primeiro diz respeito à inexistência de possibilidade legal de negociação entre o Pregoeiro e o licitante para que se majorem os preços inicialmente cotados. Observe-se que o art. 4º, inc. XVII, da Lei nº 10.520/2002, que é a lei que regulamenta o pregão, estabelece que o pregoeiro poderá negociar diretamente com o proponente para que seja obtido preço melhor. Na mesma linha vai o disposto no art. 24, § 8º, do Decreto nº 5.450/2005 (Regulamento do Pregão Eletrônico). Deve-se buscar preço melhor para a Administração, ou seja, cabe ao Pregoeiro buscar que o licitante abaixe o preço inicialmente cotado. (grifo nosso)

7.5.4 O outro motivo diz respeito à falta de isonomia na competição, durante a fase de lances. Isso porque, como já exposto, apesar de a adjudicação se dar por grupo, a disputa se deu por item. Assim, é totalmente inadmissível que uma empresa se sagre vencedora na disputa (por item), oferecendo uma oferta mais vantajosa à Administração, comparada com as demais licitantes, e, após encerrada a fase de lances, quando se inicia a negociação com o Pregoeiro para obtenção de preços mais vantajosos à Administração, admita-se que aquele valor, pelo qual a licitante venceu a disputa, seja majorado, inclusive para valores superiores aos cotados por outras licitantes.”

73. Portanto, não há previsão legal para a inclusão de procedimentos dessa natureza em qualquer tipo de licitação. Ao contrário, a negociação entre o pregoeiro e a Administração é para baixar os preços cotados na fase de lances, conforme dispõe o art. 4º, XVII, da Lei nº 10.520/2002 e art. 24, §8º, do Decreto nº 5.450/2005. Tudo isso no sentido de se obter a proposta mais vantajosa para a Administração, princípio esse insculpido no art. 3º da lei de Licitações e Contratos. Por isso não tem o menor sentido uma licitante vencer os demais na etapa de lances e depois majorar seus preços, numa fase posterior, negociando com o pregoeiro seus valores antes cotados, exceção quando se trata de erros ou falhas, conforme já deliberou o Tribunal em diversas oportunidades e comentamos anteriormente nesta instrução.

74. Nesse sentido, houve grave infração à norma legal, no caso os princípios da isonomia entre os licitantes e da seleção da proposta mais vantajosa para a Administração (art. 3º, *caput*, da Lei nº 8.666/1993), bem como o disposto no art. 4º, XVII, da Lei nº 10.520/2002, e art. 24, §8º, do Decreto nº 5.450/2005, quando se inseriu o item 8.2.1 do Pregão Eletrônico nº 06/2012, com o objetivo de que o lance vencedor tivesse seu preço majorado posteriormente à fase de lances. Devido a essa gravidade, cabe aplicação da multa prevista no inciso II do art. 58 da Lei nº 8.443/92 aos responsáveis, conforme

dispõe o artigo 45, III, dessa mesma lei. Porém, tal como relatamos no **parágrafo 23 desta instrução**, nesta fase dos autos não é possível identificá-los para, com base no princípio do contraditório e da ampla defesa, assim como nos dispostos nos artigos 237, parágrafo único, e 250, IV, do Regimento Interno do Tribunal (Resolução/TCU nº 246/2011), propor as **audiências necessárias**. Por isso, os autos devem ser restituídos a esta Unidade para as **diligências cabíveis**.

75. Quanto aos outros fundamentos (artigo 26, §3º, do Decreto nº 5.450/2005, e artigo 12, IV, da Lei nº 11.079/2004, este reproduzido na Peça 30, p. 14, artigos 24 e 29-A, §2º, da Instrução Normativa/MPOG nº 02/2008, transcritos na Peça 30, p. 15), utilizados pelo responsável para justificar a inserção do item 8.2.1 no edital, entendemos que, também, **não procedem** porque tratam de saneamento de **erros ou falhas** que não alteram a substância das propostas dos licitantes, conforme já comentamos anteriormente nesta instrução. No referido item do edital está clara a especificação de que *“será permitida a adequação dos preços na convocação do anexo, desde que o valor do grupo seja igual ou inferior ao cotado na etapa de lances e nenhum item seja superior ao da referência”*. Logo, esse item do edital foi básico para irregularmente majorar os preços da licitante vencedora cotados na fase de lances com valores inexecutáveis, conforme demonstrado no **parágrafo 64 desta instrução**, fato objeto da oitiva do Comandante da 9ª Região Militar.

76. Da mesma forma, **são improcedentes** os demais dispositivos legais apontados pelo Comandante, a exemplo das críticas feitas sobre os critérios definidos no art. 48, II, §1º, alíneas “a” e “b”, da Lei nº 8.666/93, para cálculos de preços manifestamente inexecutáveis. Ocorre que esses critérios são definidos para obras ou serviços quando a licitação em exame tem por objeto a compra de produtos e mercadorias. No mais, é querer justificar o indefensável, indicando jurisprudências do TCU (Acórdão nº 4.624/2009-TCU-2ª C, e Acórdão nº 697/2006 – TCU- Plenário), que também tratam de obras e serviços de engenharia e não dos objetos da licitação em exame.

77. Por conseguinte, a proposta da empresa que venceu a licitação (Youssif Amim Youssif) teve seus preços de lances majorados, na fase de negociação, com respaldo no item 8.2.1 do edital, contrariando, portanto, o art. 4º, XVII, da Lei 10.520/2002, c/c o art. 24, § 8º, do Decreto 5.450/2005, que estabelecem que a negociação deve se pautar pela busca de melhores preços para a Administração e frustrando o caráter competitivo do certame (art. 3º, *caput*, da Lei nº 8.666/1993, e 5º, *caput*, do Decreto nº 5.450/2005). Logo, a resposta do Comandante da 9ª Região Militar não afastou os fundamentos das irregularidades apontadas nessa parte da oitiva (**letra “d”** do ofício). Nesse caso, reforça-se a proposta contida no **parágrafo 22 desta instrução** de se encaminhar os autos ao Relator com proposta de **fixação de prazo** para que o Comando da 9ª Região Militar adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, anulando o Pregão Eletrônico para Registro de Preços nº 6/2012, de 24/05/2012, bem como todos os atos dele decorrentes.

78. Além disso, devido à gravidade das irregularidades antes indicadas, cabe aplicação da multa prevista no inciso II do art. 58 da Lei nº 8.443/92 aos responsáveis, conforme dispõe o artigo 45, III, dessa mesma lei. Porém, tal como relatamos no **parágrafo 23 desta instrução**, nesta fase dos autos não é possível identificá-los para, com base no princípio do contraditório e da ampla defesa, assim como nos dispostos nos artigos 237, parágrafo único, e 250, IV, do Regimento Interno do Tribunal (Resolução/TCU nº 246/2011), propor as **audiências necessárias**. Por isso, os autos devem ser restituídos a esta Unidade para as **diligências cabíveis**.

79. Por outro lado, da mesma forma que relatamos no **parágrafo 26 desta instrução**, no dia 13/07/2012, às 11:00 hs. (horas antes da adjudicação/homologação da licitação), a empresa ora Representante protocolizou um recurso administrativo (Peça 1, pp. 05-24) junto ao órgão licitante (9ª Região Militar - Exército Brasileiro), narrando os retromencionados problemas no item 2.5 (Peça 1, pp. 16-19). Inclusive procurou destacar que, com a apresentação de nova proposta após a fase de lance,

houve renovação do valor da proposta original, contrariando o item 8.2.4 do edital que assegura a disputa por item e não pelo “valor global do grupo” (Peça 1. p. 17). Ou seja, houve substituição da proposta original, por parte da licitante vencedora, com majoração dos preços inexequíveis, procedimento considerado ilegal pelo Tribunal, nos termos do Acórdão 424/2002-TCU-Plenário. Em razão disso, a empresa então impetrante (ora Representante) entendeu que a proposta da licitante vencedora deveria ter sido desclassificada, por conter vícios ou ilegalidades, tendo por base o item 9.5.1 do edital.

80. Sobre esse recurso administrativo, ratificamos ainda o entendimento exposto nos **parágrafos 30 e 31 desta instrução** de que houve grave infração à norma legal (artigo 4º da Lei 8.666/93 e art. 5º, XXXIV, alínea “a”, da Constituição Federal), passível de aplicação da multa prevista no inciso II do art. 58 da Lei nº 8.443/92 aos responsáveis. Ocorre que o Comando da 9ª Região Militar deixou de examinar a documentação protocolizada, em 13/07/2012 – 11:00 hs., pela empresa Comercial Arakaki Ltda-ME, que apontava graves irregularidades no certame (Pregão Eletrônico para Registro de Preços nº 6/2012, de 24/05/2012). Porém, como nesta fase dos autos ainda não é possível identificar os responsáveis, para, com base no princípio do contraditório e da ampla defesa, assim como nos dispostos nos artigos 237, parágrafo único, e 250, IV, do Regimento Interno do Tribunal (Resolução/TCU nº 246/2011), propor as **audiências necessárias**, sugerimos, a restituição dos autos a esta Unidade para as **diligências necessárias**. Também ratificamos o entendimento contido no **parágrafo 35 desta instrução** de que a direção do órgão licitante não agiu de forma prudente e legal, requerendo do Tribunal ações firmes para evitar fatos semelhantes, como a **fixação de prazo** para adotar as medidas necessárias de anulação do pregão e atos conseqüentes, na forma da proposta indicada **nesta instrução (parágrafo 22)**.

JUSTIFICATIVAS: LETRA “e” DO OFÍCIO DA OITIVA

81. A respeito dos problemas apontados na letra “e” do ofício da oitiva, reproduzidos no **parágrafo 08 desta instrução** (*cerceamento de defesa, em virtude de negativa de aceitação de recursos interpostos por três empresas licitantes, em desacordo com o disposto no art. 26, caput, do Decreto 5.450/2005*), o Comandante apresenta as justificativas à Peça 30, p. 17-19. Assim, em síntese, comenta os dispostos no art. 4º, XVIII, da Lei nº 10.520/2002, e art. 11, XVII, do Decreto nº 3.555/2000, que tratam dos prazos e das intenções recursais motivadas.

82. No entender do Comandante, existem 02 (dois) requisitos para a fase recursal do pregão: O primeiro trata da manifestação do licitante imediatamente após a declaração do vencedor da licitação pelo pregoeiro; o segundo está relacionado à motivação que ampara a intenção recursal.

83. No primeiro requisito o próprio sistema do pregão estabelece um prazo mínimo de 30 minutos, “*cabendo ao Pregoeiro o registro do horário de fechamento desse prazo, divulgando aos demais licitantes um tempo certo para que, se assim desejarem, manifestarem de modo motivado a intenção de recorrer*” (Peça 30, pp. 17-18). Entende, ainda, que o momento certo de recorrer é no final da sessão do pregão quando o Pregoeiro terá declarado o vencedor do certame, por estar “*em perfeita harmonia entre o inciso XVIII do art. 4º da Lei nº 10.520/2002 e o inciso XVII do art. 11 do Decreto nº 3.555/2000*” (Peça 30, p. 18). Quanto ao conteúdo da intenção recursal, entende que pode estar relacionada aos aspectos das propostas dos licitantes como à habilitação de quaisquer licitantes.

84. No caso em tela, a Representante apenas alegou que a “*empresa vencedora apresentou documento não autenticado*” (Peça 30, p. 18). Como havia autenticação do Pregoeiro, “*no ato do recebimento de toda a documentação, conforme fl. 379 a 400 do processo*” (Peça 30, p. 18), entende que não devia mesmo prosperar a intenção recursal da Representante. Entende que, nos termos da Lei

nº 10.520/2002, cabe ao pregoeiro “*avaliar se a intenção de recorrer manifestada pelo licitante se faz no momento adequado, bem como acompanhada da devida motivação*” (Peça 30, p. 18), ou seja, de averiguar se houve preenchimento dos requisitos impostos pela referida lei.

85. Em seguida, o Comandante passa a comentar o registrado no Acórdão nº 3.151/2006 – TCU – 2ª Câmara. Entende que nessa deliberação do TCU ficou assentado o seguinte (Peça 30, p. 18): “*a finalidade da norma é permitir ao Pregoeiro afastar do certame licitatório aquelas manifestações de licitantes que, à primeira vista, revelam-se nitidamente protelatórias seja por ausência do interesse de agir, demonstrada pela falta da necessidade e da utilidade da via recursal, seja por ausência de requisitos extrínsecos como o da tempestividade*”.

86. Inclusive, entende que o Relator do referido acórdão deixou claro que “*o Pregoeiro possui competência para rejeitar a intenção de recorrer, quando o licitante não demonstrar a existência de contrariedade à específica decisão da comissão julgadora relação com o curso do procedimento*” (Peça 30, pp. 18-19). Por isso, o Comandante esclarece que “*o licitante não pode motivar sua intenção de recorrer exclusivamente na sua vontade ou porque é ordem de seu chefe ou procedimento padrão da empresa*” (Peça 30, p. 18).

87. Explica, ainda, o Comandante, as formas de apresentação dos recursos (por escrito, resumido e somente via *Comprasnet*, limitado a quinhentos caracteres) e que devem ser encaminhados, devidamente fundamentado e com as alegações desejadas, ao Pregoeiro, no prazo de 03 (três) dias. Este deve manifestar, dando ou negando provimento aos recursos interpostos. Entende que o silêncio do licitante “*importará em decadência do direito de recorrer, com a conseqüente adjudicação do objeto da licitação ao vencedor (cf. inciso XX do art. 4º da Lei nº 10.520/2002)*” (Peça 30, p. 19).

88. Ainda sobre recursos em pregões, entende o Comandante que as referidas normas “*privilegia a transparência das decisões administrativas tomadas pelo Pregoeiro e resguarda a defesa do interesse público*” (Peça 30, p. 19). Por isso o pregoeiro não pode dar atendimento “*a pretensão recursal descabida, desprovida de razões minimamente sólidas e razoáveis, feita apenas com intuito especulativo e procrastinatório, e que acarrete um atraso na conclusão do certame, causando sérios transtornos para Administração*” (Peça 30, p. 19).

89. No presente caso, postula o Dirigente que o certame visou à aquisição de gêneros alimentícios para toda a guarnição de Campo Grande/MS, “*incluso o Hospital Militar e a Comissão de Seleção das Forças Armadas, que se encontra em pleno processo de recepção e seleção dos conscritos a serem incorporados no início de 2013*” (Peça 30, p. 19). Ressalta, por último, que a “*existência de preços registrados não obriga a Administração a firmar as contratações que dela poderão advir, facultando-se a realização de licitação específica para a aquisição pretendida*” (Peça 30, p. 19).

ANÁLISE DAS JUSTIFICATIVAS: LETRA “e”

90. Em relação às justificativas referentes à letra “e” (*cerceamento de defesa, em virtude de negativa de aceitação de recursos interpostos por três empresas licitantes*), entendemos que o Comandante apresentou respostas em tese e não específicas para os fatos apontados na oitiva determinada por esta Corte de Contas. Tratou dos dispositivos legais e regulamentares que regem os recursos administrativos de licitantes em pregões e de alguns julgados do Tribunal, em que relatores comentam sobre a competência do pregoeiro. Logo, são improcedentes porque não atingiram o mérito dos questionamentos feitos na oitiva.

91. Especificamente sobre as intenções recursais das 03 (três) licitantes, rejeitadas pelo pregoeiro, o Comandante comentou, resumidamente, as apresentadas pela ora Representante, empresa **Comercial Arakaki Ltda., CNPJ: 10.476.920/0001-34**. Não apresentou qualquer justificativa sobre as intenções recursais apresentadas pelas empresas **Carraro e Cia Ltda. – ME, CNPJ: 14.883.983/0001-66** (“*contra habilitação da empresa vencedora por não apresentar documentos solicitados no edital*”- Peça 3, p. 495) e **Forte Comércio de Carnes e Derivados Ltda., CNPJ: 06.232.079/0001-62**, com alegação de que “*os itens 10, 11, 12, 13, 14, 16, 20, 21, 22, 23, 26, 56, 76, 77 e 100 do grupo 1 apresentam valores inexequíveis, ficando muito abaixo dos valores comercializados*” (Peça 3, p. 495).

92. Dessa forma, em relação às intenções recursais, objetos de suas justificativas resumidas, o Comandante da 9ª Região Militar, por entender que se tratava de ausência de autenticação de documentos, apenas informa que a referida autenticação foi feita pelo pregoeiro “*no ato do recebimento de toda a documentação, conforme fl. 379 a 400 do processo*” (Peça 30, p. 18). No entanto, não é isso que se observa na ata da sessão e julgamento do pregão em exame. À época, a empresa ora Representante solicitou a concessão do “*prazo de 3 dias para que sejam apresentadas razões de recurso, por entender que a empresa vencedora não atendeu alguns itens do edital*” (Peça 3, p. 495). Por isso, entendemos que essas **justificativas são improcedentes**. Ademais, cabe ressaltar que o pregoeiro alegou ausência de motivação e fundamento para rejeitar o recurso, mesmo tendo a impetrante expressado o seguinte (Peça 3, p. 495):

“Conforme o art. 4º, inciso XVIII da Lei 10.520/2002 c.c art. 26 do Dec. 5.450/2005, solicito que seja concedido o prazo de 3 dias para que sejam apresentadas razões recursais, por entender que a empresa vencedora não atendeu alguns itens do edital, é de bom alvitre salientar que tal solicitação também encontra arcabouço na CF/88 em seu art. 5º, inc. Não foi possível detalhar melhor a intenção devido à exiguidade de caracteres. Pede deferimento”

93. Por conseguinte, existiam fundamentos e motivações para o recurso da interessada, fatos impeditivos da rejeição das intenções pelo pregoeiro. Todas as questões referentes às intenções de recursos rejeitadas pelo pregoeiro foram exauridas na instrução inicial destes autos (Peça 6, pp. 12-15), inclusive com jurisprudências do Tribunal, nos seguintes termos:

7.6 *Por fim, quanto à sexta e última irregularidade apontada pela signatária, trata-se da alegação de cerceamento de defesa, pois sustenta que “o pregoeiro abriu o prazo para intenção de recurso para o grupo 01, o qual encontrava-se aceito e habilitado, sendo que três licitantes interpuseram suas intenções tempestivamente, no entanto, o pregoeiro indeferiu TODAS as intenções de recurso, ferindo garantia constitucional”.*

7.6.1 *Primeiramente, por intermédio da licitante Carraro e Cia Ltda. – ME, CNPJ: 14.883.983/0001-66, foi impetrada intenção de recurso “contra habilitação da empresa vencedora por não apresentar documentos solicitados no edital”, ao que o Pregoeiro rejeitou com a argumentação de “a intenção de recurso por não estar motivada e não apresentar quais os itens do edital não foram cumpridos, não tendo como este pregoeiro analisar a referida intenção”.*

7.6.2 *A segunda, advinda da licitante Forte Comércio de Carnes e Derivados Ltda., CNPJ: 06.232.079/0001-62, foi movida sob a alegação de que “os itens 10, 11, 12, 13, 14, 16, 20, 21, 22, 23, 26, 56, 76, 77 e 100 do grupo 1 apresentam valores inexequíveis, ficando muito abaixo dos valores comercializados”, ao que o Pregoeiro também rejeitou alegando que “de acordo com o item 9.6.4 do edital, a proposta ajustada encaminhada pelo vencedor do grupo, não apresentou os itens 10, 11, 12, 13, 14, 16, 20, 21, 22, 23, 26, 56, 76, 77 e 100, preços inferiores a 30% (trinta por cento) da média dos preços ofertados pelas empresas concorrentes”.*

7.6.3 *Por fim, a terceira intenção de recurso, impetrada pela própria Comercial Arakaki Ltda., baseou-se no pedido de “que seja concedido o prazo de 3 dias para que sejam apresentadas razões de recurso, por entender que a empresa vencedora não atendeu alguns itens do edital”, que o Pregoeiro também rejeitou devido ao fato de “não estar motivada e fundamentada”. Ressalte-se que a signatária, quando*

do pleito, alertou que “não foi possível detalhar melhor a intenção devido à exiguidade de caracteres”, pois o sistema adotado permite no máximo textos com 500 (quinhentos) caracteres.

7.6.4 Com referência à recusa de recebimento das referidas intenções de recurso, dever comentar que, com efeito, tendo o Pregoeiro competência para receber, examinar e decidir os recursos, consoante disposto no inc. VII do art. 11 do Decreto nº 5.450/2005, não se pode negar que possui esse agente competência para proceder a juízo de admissibilidade da chamada “intenção de recurso”, que nada mais é do que o próprio recurso, com sua devida motivação, mas ainda desprovido das respectivas razões recursais, as quais devem ser apresentadas no prazo de 3 (três) dias, conforme previsto no art. 26, caput, da mesma norma.

7.6.5 Todavia, o juízo de admissibilidade deve se limitar à verificação acerca de o recurso aviado preencher ou não os pressupostos recursais aplicáveis à espécie. Inclusive, sobre a matéria em debate, o Tribunal já fez as seguintes considerações (grifos nossos):

“REPRESENTAÇÃO FORMULADA POR EMPRESA LICITANTE NOS TERMOS DO ART. 113, § 1º, DA LEI 8.666/1993. PREGÃO ELETRÔNICO. ATESTADO DE CAPACIDADE TÉCNICA. SUPOSTO CERCEAMENTO DE DEFESA EM RAZÃO DE FALHAS NO COMPRASNET. PROCESSAMENTO DO RECURSO NO PREGÃO. IMPROCEDÊNCIA. OBSERVÂNCIA DE FALHAS FORMAIS NÃO INDICADAS PELA REPRESENTANTE. DETERMINAÇÕES”.

(...)

2. Compete ao pregoeiro verificar os requisitos de admissibilidade quando da manifestação da intenção de recorrer por parte de licitante, que será sempre objeto de novo exame quando da adjudicação e homologação da licitação pela autoridade superior.

Voto do Ministro Relator

(...)

14. Os entendimentos doutrinários e jurisprudenciais mais recentes têm, contudo, admitido ser possível ao pregoeiro negar seguimento ao recurso se verificar-se o não preenchimento dos requisitos de admissibilidade necessários ao seu conhecimento. Nessa linha, somente após ultrapassado o exame de admissibilidade e na eventualidade de ser conhecido o recurso em razão do preenchimento dos pressupostos recursais, como por exemplo, sucumbência, tempestividade, legitimidade, interesse e motivação, é que caberia ao pregoeiro dar seguimento ao recurso, decidindo sobre a manutenção ou não da decisão recorrida (juízo de retratação) e, por conseguinte, encaminhando o expediente recursal à autoridade competente para posicionar-se quanto ao seu mérito se mantiver sua decisão mesmo diante das razões recursais (julgamento do recurso).

(...)

19. Acerca da questão, verifico que em exame recente de outro caso concreto, este Tribunal entendeu que, dentre as prerrogativas do pregoeiro, no exame de admissibilidade dos recursos interpostos contra suas decisões, insere-se o exame do mínimo de plausibilidade dos motivos indicados a fim de decidir sobre seu seguimento, conforme se deduz do Acórdão 1.440/2007 - Plenário, proferido na sessão do dia 27/7/2007, especialmente, do seguinte excerto constante de seu voto condutor:

(...)

3. Desse modo, duas questões devem ser examinadas: a primeira, se o Pregoeiro possui competência para fazer o exame de admissibilidade da intenção de recorrer; e a segunda, se o preço da proposta vencedora era ou não inexequível.

4. Passo ao exame da primeira questão.

5. Quanto ao mérito, verifica-se que o inciso XVIII do art. 4º da Lei 10.520/2002 determina expressamente que „o licitante poderá manifestar imediata e motivadamente a intenção de recorrer “; devendo, no prazo de três dias, apresentar as razões do recurso. No entanto, referida norma não define a quem caberia fazer o juízo de admissibilidade do recurso, nem a quem o mesmo seria endereçado.

6. Entretanto, o Decreto 5.450/2005, ao regulamentar o pregão eletrônico na administração pública, determinou expressamente no art. 11, inciso VII, que caberá ao pregoeiro, dentre outras atribuições, „receber, examinar e decidir os recursos, encaminhando a autoridade competente quando mantiver sua decisão “. Verifica-se, desse modo, que o exame da admissibilidade do recurso foi atribuído ao pregoeiro,

enquanto o exame de mérito, caso seja ultrapassada a primeira fase, constitui atribuição da autoridade superior, consoante previsto, inclusive, no inciso IV do art. 8º do mesmo Decreto.

(...)

8. Ao proceder ao exame de casos concretos sobre o tema, tendo em conta as normas acima mencionadas, o TCU já se manifestou no sentido de que o juízo de admissibilidade dos recursos interpostos em procedimentos de pregão pode ser realizado pelo pregoeiro. Como já foi assinalado, a finalidade da norma, ao autorizar o pregoeiro examinar previamente a admissibilidade do recurso, é afastar do certame aquelas manifestações de licitantes de caráter meramente protelatório, seja por ausência do interesse de agir, demonstrada pela falta da necessidade e da utilização da via recursal, seja por não atender aos requisitos extrínsecos, como o da tempestividade.

(...)

11. Não se trata aqui de um exame do mérito do recurso, visto que esse cabe ao superior, mas de verificar se os motivos apresentados na intenção de recorrer possuem, em tese, um mínimo de plausibilidade para seu seguimento. Esta é a melhor exegese da expressão „motivadamente“ contido no art. 4º, inciso XVIII, da Lei 10.520/2002, pois são inúmeros os casos em que o próprio pregoeiro tem plenas condições de negar seguimento ao recurso em um exame simples dos fundamentos apresentados. Cabe ao interessado não esgotar os seus fundamentos, mesmo porque os prazos concedidos não podem ser excessivamente dilatados para esse fim, mas deve, dentro do possível apresentar motivação que demonstre o mínimo da plausibilidade de seus argumentos que justifique o seguimento do recurso”. (Acórdão nº 3.258/2007 – 1ª Câmara. Relator: Auditor Augusto Sherman Cavalcanti)

REPRESENTAÇÃO. LICITAÇÃO. EXIGÊNCIAS DE DOCUMENTOS NA FASE DE HABILITAÇÃO RESTRITIVOS AO CARÁTER COMPETITIVO DO CERTAME. FIXAÇÃO DE PRAZO PARA ANULAÇÃO DO PREGÃO. PROCEDÊNCIA PARCIAL.

(...)

4. Contraria o art. 4º, inciso XVIII, da Lei n. 10.520/2002 o não-conhecimento de recurso interposto por licitante contra ato de pregoeiro, quando o interessado declara e expõe claramente as razões de seu inconformismo com a decisão atacada.

Voto do Ministro Relator

(...)

23. Quanto ao fato de não se ter aceito a manifestação de intenção de interpor recurso das empresas Milênio Assessoria Empresarial Ltda. e ZL Ambiental Ltda. (subitem 3.3 desta Proposta de Deliberação), observe, na ata de fls. 304/305, v. 1, que cada um dos motivos de descontentamento foram avaliados no mérito pelo pregoeiro.

24. No Voto que amparou o recente Acórdão n. 3.151/2006 - 2ª Câmara, foi recorrido sobre as hipóteses para a não-admissibilidade de recurso interposto em pregão eletrônico. Segundo o Relator, “a finalidade da norma [art. 26, § 1º, do Decreto 5.450/2005, que regulamentou o pregão na forma eletrônica] é permitir ao pregoeiro afastar do certame licitatório aquelas manifestações de licitantes que, à primeira vista, revelam-se nitidamente protelatórias seja por ausência do interesse de agir, demonstrada pela falta da necessidade e da utilidade da via recursal, seja por ausência de requisitos extrínsecos como o da tempestividade”.

7.6.6 Como se pode perceber dos julgados acima, muito bem definidas as atribuições do Pregoeiro, salientando-se que, no presente caso, não se apresentam configuradas quaisquer razões de natureza meramente protelatórias no bojo dos recursos impetrados pelas licitantes. Ao contrário, conforme exposto ao longo desta instrução, sobejam razões para as referidas impetrações, não sendo cabível a ação do Pregoeiro de se recusar a conhecer das peças recursais alegando falta de motivação.

7.6.7 Assim, como se observa nas razões expostas pelo Pregoeiro para rejeitar as intenções de recurso apresentadas pelas licitantes, conclui-se que este agente não se limitou tão-somente à análise acerca do preenchimento ou não dos pressupostos recursais, tendo sua análise adentrado o mérito das intenções manifestadas, procedimento que se afigura indevido, uma vez que, preenchidos os requisitos de admissibilidade recursais, o art. 26, caput, do Decreto nº 5.450/2005, garante aos licitantes a concessão do prazo de 3 (três) dias para apresentarem as respectivas razões recursais, nos seguintes termos (grifo nosso):

Art. 26. Declarado o vencedor, qualquer licitante poderá, durante a sessão pública, de forma imediata e motivada, em campo próprio do sistema, manifestar sua intenção de recorrer, quando lhe será concedido o prazo de três dias para apresentar as razões de recurso, ficando os demais licitantes, desde logo, intimados para, querendo, apresentarem contra-razões em igual prazo, que começará a contar do término do prazo do recorrente, sendo-lhes assegurada vista imediata dos elementos indispensáveis à defesa dos seus interesses. (grifo nosso)

*7.6.8 Ressalte-se que estavam presentes em todas as intenções de recurso manifestadas os pressupostos antes mencionados. Ou seja, havia **legitimidade**, vez que as empresa signatárias haviam participado da licitação; havia **interesse e sucumbência**, vez que a decisão do Pregoeiro era lesiva aos interesses de todos os licitantes; houve a devida **motivação** por parte das recorrentes; e, por fim, todas as intenções de recurso foram apresentadas **tempestivamente**. Desta feita, denota-se que o juízo de admissibilidade levado a efeito pelo Pregoeiro adentrou, indevidamente, o mérito recursal, em infringência ao disposto no já citado art. 26, caput, do Decreto nº 5.450/2005.*

94. Dessa forma, houve grave infração à norma legal quando o pregoeiro decidiu rejeitar as intenções recursais das 03 (três) licitantes apontadas no **parágrafo 91 desta instrução**, cerceando, por conseguinte, suas defesas. Infringiu-se, com base em cláusulas ilegais inclusas no edital, o disposto no artigo 4º, XVII, da Lei nº 10.520/2002, e no artigo 26, *caput*, do Decreto nº 5.450/2005, porque havia motivações nas intenções recursais interpostas pelos legítimos impetrantes, em razão de atos claramente nocivos aos princípios licitatórios e lesivos aos licitantes interessadas, fatos que lhes asseguravam o interesse de agir. Assim sendo, como houve grave infração às referidas normas legais e itens desse pregão, frustrando o caráter competitivo do certame (art. 3º, *caput*, da Lei nº 8.666/1993, e 5º, *caput*, do Decreto nº 5.450/2005), a resposta do Comandante da 9ª Região Militar não afastou os fundamentos das irregularidades apontadas nessa parte da oitava (**letra “e”** do ofício). Nesse caso, reforça-se a proposta contida no **parágrafo 22 desta instrução** de se encaminhar os autos ao Relator com proposta de **fixação de prazo** para que o Comando da 9ª Região Militar adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, anulando o Pregão Eletrônico para Registro de Preços nº 6/2012, de 24/05/2012, bem como todos os atos dele decorrentes.

95. Também, em face às referidas irregularidades, cabe aplicação da multa prevista no inciso II do art. 58 da Lei nº 8.443/92 aos responsáveis, inclusive o pregoeiro, conforme dispõe o artigo 45, III, dessa mesma lei. Todavia, da mesma forma que relatamos no **parágrafo 23 desta instrução**, nesta fase dos autos não é possível todos os responsáveis que contribuíram para o referido cerceamento de defesa, a exemplo dos que elaboradores do edital, para, com base no princípio do contraditório e da ampla defesa, assim como nos dispostos nos artigos 237, parágrafo único, e 250, IV, do Regimento Interno do Tribunal (Resolução/TCU nº 246/2011), propor as **audiências necessárias**. Por isso, os autos devem ser restituídos a esta Unidade para as **diligências cabíveis**.

96. Por outro lado, conforme relatamos no **parágrafo 26 desta instrução**, no dia 13/07/2012, às 11:00 hs. (horas antes da adjudicação/homologação da licitação), a empresa ora Representante protocolizou um recurso administrativo (Peça 1, pp. 05-24) junto ao órgão licitante (9ª Região Militar - Exército Brasileiro), narrando os retromencionados problemas no item 2.6 (Peça 1, pp. 19-24). Procurou destacar as 03 (três) intenções recursais interpostos pelos licitantes, com a descrição de seus inteiros teores, sendo que “*TODAS as intenções de recurso foram rejeitadas pelo douto pregoeiro*” (Peça 1, p. 19). Critica o restrito espaço no *Comprasnet* (500 caracteres) para descrever essas intenções e os atos do pregoeiro, para expressar que houve cerceamento de defesa quando foi indeferido seu recurso, contrariando, por conseguinte, o disposto no art. 5º, LV, da Constituição Federal, haja vista que ficou “*claro e notório a arbitrariedade por parte do pregoeiro, maculando o processo administrativo, passível de anulação*” (Peça 1, p. 21). Em seguida, cita jurisprudência de pensamento de doutrinadores a esse respeito.

97. Sobre esse recurso administrativo, ratificamos ainda o entendimento exposto nos **parágrafos 30 e 31 desta instrução** de que houve grave infração à norma legal (artigo 4º da Lei 8.666/93 e art. 5º, XXXIV, alínea “a”, da Constituição Federal), passível de aplicação da multa prevista no inciso II do art. 58 da Lei nº 8.443/92 aos responsáveis. Ocorre que o Comando da 9ª Região Militar deixou de examinar a documentação protocolizada, em 13/07/2012 – 11:00 hs., pela empresa Comercial Arakaki Ltda-ME, que apontava graves irregularidades no certame (Pregão

Eletrônico para Registro de Preços nº 6/2012, de 24/05/2012). Porém, como nesta fase dos autos ainda não é possível identificar os responsáveis, para, com base no princípio do contraditório e da ampla defesa, assim como nos dispostos nos artigos 237, parágrafo único, e 250, IV, do Regimento Interno do Tribunal (Resolução/TCU nº 246/2011), propor as **audiências necessárias**, sugerimos, a restituição dos autos a esta Unidade para as **diligências necessárias**. Também ratificamos o entendimento contido no **parágrafo 35 desta instrução** de que a direção do órgão licitante não agiu de forma prudente e legalmente, requerendo do Tribunal ações firmes para evitar fatos semelhantes, como a **fixação de prazo** para adotar as medidas necessárias de anulação do pregão e atos conseqüentes, na forma da proposta indicada **nesta instrução (parágrafo 22)**.

JUSTIFICATIVAS: LETRA “F” DO OFÍCIO DA OITIVA

98. No tocante aos problemas apontados na letra “F” do ofício da oitava, reproduzidos no **parágrafo 08 desta instrução** (*escolha do critério de menor preço registrado por grupo para julgamento das propostas, demonstrando que esse é o critério que conduziria a aquisições mais vantajosas, quando comparado com o critério de menor preço por item*), o Comandante apresenta as justificativas à Peça 30, p. 20-21. Assim, em síntese, comenta os dispostos no Manual do Usuário de Divulgação Eletrônica de Compras e Contratações (SIDECE), da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação (SLTI), decorrente dos procedimentos previstos na Instrução Normativa/ Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG) nº 03/1997, alterada pela de IN/MPOG nº 02/2011. Entende ser válida e legal a escolha do critério de menor preço global, definido no Pregão Eletrônico nº 006/2012, realizado pelo **Comando da 9ª Região Militar**, em Campo Grande/MS, por estar previsto no item 11 do referido manual.

99. O Comandante ouvido procura informar ao Tribunal que a Secretaria de Logística de Divulgação e Tecnologia da Informação (SLTI) desse Ministério editou o referido manual (SIDECE), no sentido de orientar os servidores habilitados e cadastrados “*a realizarem o cadastramento de processos de compras e contratações efetuados pela Administração Pública e o conseqüente envio eletrônico de matérias relativas aos avisos e editais de licitação, dispensa e inexigibilidade e os resultados à imprensa Nacional*” (Peça 30, p. 20). Entende que as retromencionadas instruções normativas estabelecem “*procedimentos destinados à implantação e operacionalização do SIDECE, cuja finalidade é o de permitir acompanhar, racionalizar e ampliar a divulgação das compras e contratações pela Administração Pública Federal*” (Peça 30, p. 20).

100. Em seguida, passa a explicar as rotinas previstas nesse manual, como a adoção da licitação por grupos “*quando existirem muitos itens, quando os itens são correlatos ou semelhantes e quando a adoção do agrupamento não prejudicar a ampla concorrência, bem como, permitir uma economia de escala*” (Peça 30, p. 20). Destaca que na licitação por grupos os itens são agrupados, possibilitando que o número de aberturas em etapas de lances seja “*menor e os licitantes lutem com mais afinco o que torna a licitação mais célere e econômica*” (Peça 30, p. 20). Também, ressalta que “*na fase de lance, muito embora a classificação final seja pelo valor global do grupo, a disputa será por item*” (Peça 30, p. 21), sagrando-se vencedora a licitante que ofertar o menor preço global do item.

101. Em razão do contido nas referidas normas, foi que se previu o item 8.2.1 no Edital do Pregão 06/2012, em exame, conforme entendimento do Comandante ouvido. Esse item, “*que fixava como vencedora a proposta que apresentasse o menor preço global, podendo os valores das planilhas serem readequados posteriormente, foi aprovado sem ressalvas pela Advocacia Geral da União*” (Peça 30, p. 21). Em seguida passa a tratar dos procedimentos relativos aos lances, para informar que, vencido o grupo, “*o licitante tem direito de ajustar sua proposta para p grupo, desde que atenda aos quesitos estipulados no edital, sendo impedido de majorar a proposta final além do valor total*”

apurado na etapa de lances para o grupo desde que nenhum item apresente preço superior ao preço de referência” (Peça 30, p. 21).

102. Ainda sobre a etapa de lances, informa que, por ser dinâmica, *“pode ser encerrada de forma abrupta pelo sistema que encaminhará aviso de fechamento iminente dos lances, após que transcorrerá período de tempo de até trinta minutos, aleatoriamente determinado, findo o qual será automaticamente encerrada a recepção de lances”* (Peça 30, p. 21), fundamentando seu entendimento no disposto no art. 24, §7º, do Decreto nº 5.450/2005. Conclui seu raciocínio expressando que, *“portanto cada licitante escolhe os itens que deseja utilizar para a etapa de lances, pois o grande número de itens do grupo inviabiliza a oferta em todos os itens e a tentativa de impedir o ajuste diminui consideravelmente à velocidade e economia obtida, o que contraria o princípio da economicidade e eficiência”* (Peça 30, p. 21).

ANÁLISE DAS JUSTIFICATIVAS: LETRA “F”

103. Sobre essas justificativas, que se referem ao solicitado na letra “f” da oitava (*escolha do critério de menor preço registrado por grupo para julgamento das propostas, demonstrando que esse é o critério que conduziria a aquisições mais vantajosas, quando comparado com o critério de menor preço por item*), entendemos que o Comandante ouvido apresentou respostas em tese e não especificamente sobre o conteúdo do edital do Pregão Eletrônico nº 006/2012, como lhe foi determinado na oitava desta Corte de Contas. Tratou dos dispositivos da Instrução Normativa/Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG) nº 03/1997, de 20/02/1997, e da IN/MPOG nº 02/2011, de 16/08/2011, bem como de rotinas previstas no Manual do Usuário de Divulgação Eletrônica de Compras e Contratações (SIDECE), por entender que esses foram os fundamentos válidos e legais para a licitação por grupos, objeto da oitava.

104. Em momento algum das justificativas apresentadas pelo Comandante da 9ª Região Militar há demonstração de que o critério adotado (lotes de itens) conduziria a um resultado mais vantajoso para a Administração que o de menor preço por itens. Sobre o critério adotado, o Comandante apenas tratou das normas aplicáveis, em especial as que deram base para a previsão do item 8.2.1 no Edital do Pregão 06/2012, já examinado anteriormente **nesta instrução (parágrafos 63 a 80)**, sem, portanto, preocupar-se em justificar a vantagem de sua adoção. Cabe ressaltar que o referido item do edital foi considerado ilegal não por ter previsto o menor preço por grupo de itens e sim por possibilitar a readequação de planilhas posteriormente à fase de lances, em negociação entre o vencedor do grupo e a Administração, fato que permitiu elevar os preços cotados na fase de lances pela vencedora do certame, contrariando os princípios da isonomia entre os licitantes e da seleção da proposta mais vantajosa para a Administração (art. 3º, *caput*, da Lei nº 8.666/1993), bem como o disposto no art. 4º, XVII, da Lei nº 10.520/2002, e art. 24, §8º, do Decreto nº 5.450/2005.

105. Dessa forma, tendo em vista a não manifestação do Comandante sobre as vantagens do referido critério adotado, procuramos, nesta parte da instrução, expor o que concluímos em relação às normas e jurisprudências que tratam da matéria, comparativamente ao objeto do edital do pregão em exame. Inicialmente, analisamos as normas citadas pelo Comandante ouvido, ou seja, a Instrução Normativa/Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG) nº 03/1997, de 20/02/1997, e a IN/MPOG nº 02/2011, de 16/08/2011. A primeira estabelece *“os procedimentos destinados à implantação e operacionalização do SISTEMA DE DIVULGAÇÃO ELETRÔNICA DE COMPRAS E CONTRATAÇÕES – SIDECE módulo do SISTEMA INTEGRADO DE ADMINISTRAÇÃO DE SERVIÇOS GERAIS – SIASG, nos órgãos da Presidência da República, nos Ministérios, nas Autarquias e nas Fundações que integram o SISTEMA DE SERVIÇOS GERAIS – SISG.”* Da mesma forma a IN/MPOG nº 02/2011, de 16/08/2011, *“Estabelece procedimentos para a operacionalização*

dos módulos e subsistemas que compõem o Sistema Integrado de Administração de Serviços Gerais – SIASG, para os órgãos da Presidência da República, Ministérios, Autarquias e Fundações que integram o Sistema de Serviços Gerais – SISG, assim como para os demais órgãos e entidades que utilizam o SIASG”. Logo, são normativos aplicáveis à matéria em exame (pregão eletrônico, por intermédio do Comprasnet, e registros de preços).

106. Na Instrução Normativa/MPOG nº 02/2011, de 16/08/2011, artigos 5º e 8º, estão dispostas as regras do *Comprasnet* (Portal de Compras do Governo Federal), SICAF (Subsistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores), SISPP (Subsistema de Preços Praticados) e SISRP (Subsistema de Registro de Preços). Como no caso em exame (Pregão Eletrônico nº 006/2012), objetivou-se o registro de preços, o fundamento regulamentar então é o artigo 5º c/c 8º dessa instrução normativa. Como foi editada anteriormente (16/08/2011) a data da sessão pública do pregão, realizada em 26/06/2012, era perfeitamente aplicável. Os aludidos artigos especificam o seguinte:

Art. 5º O Portal de Compras do Governo Federal – COMPRASNET deve ser utilizado para o acesso à operacionalização e às informações das licitações da Administração Pública Federal em avisos, editais, dispensa e inexigibilidade de licitação, e cotação eletrônica.

§ 1º A legislação aplicável e o acesso ao Subsistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores - SICAF serão disponibilizados no endereço eletrônico www.comprasnet.gov.br.

§ 2º O pregão, em sua forma eletrônica, deverá ser realizado por intermédio do COMPRASNET.

§ 3º Os dados relativos à sessão pública das modalidades concorrência, tomada de preços, convite e pregão, na sua forma presencial, deverão ser registrados no momento de sua realização, no módulo Sessão Pública do COMPRASNET.

Art. 6º (...)

Art. 8º O Subsistema de Registro de Preços - SISRP deve ser utilizado para o registro formal de preços relativos à prestação de serviços e aquisição de bens para contratações futuras, de acordo com o Decreto nº 3.931, de 19 de setembro de 2001. (Grifo nosso).

107. Observa-se que os dispostos nos artigos 5º e 8º da referida instrução normativa permitem a realização de licitação de bens, a exemplo dos objetos do pregão em exame, para contratações futuras, via Subsistema Registro de Preços – SISRP, tal como relata o Comandante da 9ª Região Militar. Detalhando os procedimentos e rotinas necessárias desse subsistema do Comprasnet, o Governo Federal editou o Manual do Usuário de Divulgação Eletrônica de Compras e Contratações (SIDEDEC), a que alude o Comandante. Em seu item 11, assim é especificado:

11 PREGÃO POR PREÇO GLOBAL

O Sistema de Pregão Eletrônico do Comprasnet passa a contar com esta nova funcionalidade “Julgamento por Preço Global – Lote”, ou seja, o usuário que desejar ter um único fornecedor para um grupo de itens já poderá fazê-lo. As alterações básicas são realizadas no Sistema de Divulgação Eletrônica de Compras – SIDEDEC, módulo do Sistema Integrado de Administração e Serviços Gerais – SIASG, refletindo automaticamente nos demais módulos do SIASG, bem como no Comprasnet (telas do pregoeiro e do fornecedor respectivamente). (Grifo nosso).

108. Portanto, assiste razão ao Comandante quando afirma que a “*escolha do critério menor preço global é perfeitamente válida e legal, conforme prevê o item 11 do Manual do Usuário do Sistema de Divulgação eletrônica de Compras e Contratações (SIDEDEC)*” (Peça 30, p. 20). Existia base regulamentar para a adoção do critério de menor preço registrado por grupo para julgamento das propostas, no caso os artigos 5º e 8º da Instrução Normativa/MPOG nº 02/2011, de 16/08/2011, que permitiram o detalhamento no referido manual (item 11).

109. Ademais, entendemos que essa nova ferramenta da Administração Pública está em estreita sintonia com o disposto no artigo 5º, *caput*, do Decreto nº 3.931/2001, de 19/09/2001, que

regulamentou “o Sistema de Registros de Preços previsto no art. 15 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993”, por estabelecer o seguinte:

Art. 5º A Administração, quando da aquisição de bens ou contratação de serviços, poderá subdividir a quantidade total do item em lotes, sempre que comprovado técnica e economicamente viável, de forma a possibilitar maior competitividade, observado, neste caso, dentre outros, a quantidade mínima, o prazo e o local de entrega ou de prestação dos serviços. (Grifo nosso).

110. Observa-se, por meio desse dispositivo, que pode haver aquisições de bens, como foi o objeto do pregão eletrônico em exame, via *Comprasnt*, para fins de contratações futuras, subdividindo os itens previstos em lotes. O que se questiona são as justificativas apresentadas para adoção do aludido critério (grupos de itens), ou seja, se é ou não vantajoso para a Administração para cada caso concreto. No Acórdão nº 531/2007 – TCU- Plenário, o Relator, em seu Voto condutor, assim expôs:

[VOTO]

26. Importante, ademais, que restasse muito claro para os eventuais licitantes que os itens poderiam ser cotados separadamente, inclusive mediante a apresentação de cotação para um único item. Conforme registrado anteriormente, essa possibilidade é desejável no âmbito das licitações públicas, como forma de obter proposta mais vantajosa, ampliando-se a competitividade, sem perda da economia de escala, desde que técnica e economicamente viável, e assegurando o melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado. No caso do sistema de registro de preços, o princípio do parcelamento ganha ainda mais relevância, pois o objeto é dividido em lotes, para eventual contratação (art. 5º do Decreto nº 3.931/2001). (Grifo nosso).

111. Em outro acórdão (Acórdão nº 1.590/2004 – TCU – Plenário), o Relator assim expressou:

16. Já no que diz respeito a licitações realizadas por conjunto, e não por unidades, como acontecido com a compra de hortifrutigranjeiros, penso que, de certo modo, a irresignação demonstrada neste recurso é procedente.

17. De fato, foram 44 itens incluídos numa mesma licitação. Contudo, não me parece razoável que a Universidade seja obrigada a processar 44 licitações para a compra de produtos que possuem uma inegável afinidade. Por outro lado, talvez a divisão dos produtos em grupos, compostos cada um por frutas, verduras e outros, seja uma solução economicamente mais apropriada.

18. Na verdade, o que a UFSM tem que fazer é seguir o § 1º do art. 23 da Lei nº 8.666/93, de modo que suas compras sejam divididas em tantas parcelas quantas se comprovarem técnica e economicamente viáveis. E deve, ao fazer isso, justificar o procedimento adotado.

(...)

'8.1.28 - observe, nas licitações para compras, o disposto no § 1º do art. 23 da Lei nº 8.666/93, justificando sempre o parcelamento decidido, em termos técnicos e econômicos'. (Grifo nosso).

112. Nesse sentido, entendemos que o Comando da 9ª Região Militar realmente tinha embasamento legal e regulamentar para realizar o Pregão Eletrônico nº 006/2012, para registros de preços de gêneros alimentícios, subdividido em lotes. Porém, esse critério requeria comprovação técnica e econômica da viabilidade, no sentido de propiciar maior competitividade entre os licitantes, conforme estabelecido no referido dispositivo regulamentar, fatos que não ficaram claramente expostos pelo Comandante da 9ª Região Militar, nas respostas da oitiva em exame.

113. Por outro lado, a quantidade de 401 (quatrocentos e um) itens previstos no referido certame é um bom indicativo da adoção correta do critério de classificação por lotes de itens, pois, caso não se adotasse esse critério, poderia haver o mesmo número de contratações (401), só para aquisição de gêneros alimentícios desse órgão. Impossível de se imaginar a movimentação de servidores e de procedimentos necessários para efetivar essas compras, o que, certamente, oneraria a Administração.

114. Nesse sentido, apesar de o Comandante não ter apresentado cabais justificativas sobre o solicitado na letra “F” da oitiva (*escolha do critério de menor preço registrado por grupo para julgamento das propostas, demonstrando que esse é o critério que conduziria a aquisições mais*

vantajosas, quando comparado com o critério de menor preço por item), somos inclinados a admitir que a escolha do critério de menor preço registrado por lote foi tecnicamente viável devido à enorme quantidade de itens previstos nesse certame, 401 (quatrocentos e um itens). Ademais, tratou-se de um critério legalmente previsto e regulamentado (artigo 5º, *caput*, do Decreto nº 3.931/2001, de 19/09/2001). Por isso, **procedem as justificativas do referido dirigente sobre esse item da oitava.**

III- Oitava da Empresa YOUSSEIF AMIM YOUSSEIF (MERCEARIA PRINCESA DO SUL) – representada pelo Sr. YOUSSEIF AMIM YOUSSEIF (CPF 024.489.041-20)

115. Na Peça 50 - pp. 01-13, a empresa YOUSSEIF AMIM YOUSSEIF (MERCEARIA PRINCESA DO SUL), na pessoa de seu representante, Sr. YOUSSEIF AMIM YOUSSEIF, responde à oitava referente ao Ofício nº 622/2012-TCU/Secex-MS (Peça 19). Ressalta-se que essa **resposta foi intempestiva**, haja vista que a ciência da empresa ocorreu em 20/08/2012 (Peça 45, p. 1) e o protocolo da manifestação nesta Unidade do Tribunal ocorreu em 05/09/2012 (Peça 50, p. 1), ou seja, houve um atraso de 01 (um) dia na sua apresentação a esta Unidade do Tribunal. No entanto, em face ao princípio da verdade material em processos administrativos, elegantemente defendido nesta Corte de Contas, examinaremos as justificativas apresentadas pela referida empresa, vencedora da licitação em questionamento (Pregão Eletrônico nº 006/2012 - Comando da 9ª Região Militar).

116. No referido ofício da oitava consta que, “*com supedâneo no art. 276, § 3º, e no art. 250, V, do RI/TCU, caso seja de seu interesse, manifestar-se, no prazo de 15 (quinze) dias, a contar do recebimento da presente comunicação, a respeito dos indícios de irregularidades registrados no Pregão Eletrônico nº 06/2012 do Comando da 9ª Região Militar, apresentando a esta Corte de Contas a respectiva documentação que porventura embasarem a resposta a este expediente (Despacho em anexo)*” (Peça 19, p. 1). Logo, a empresa, por receber cópias do Despacho do Relator, cientificou-se de todas as irregularidades apontadas no certame em exame.

117. Em suas manifestações, subscritas por advogados, a empresa trata, inicialmente, do conteúdo do ofício desta Unidade, de sua história como fornecedora, há 13 (treze) anos, da 9ª Região Militar e de suas qualidades como fornecedora de gêneros alimentícios (Peça 50, pp. 01-06). Só a partir da página 6 dessa peça processual começa a referir-se ao Pregão Eletrônico nº 006/2012, mas no sentido de criticar os procedimentos da ora Representante (empresa Comercial Arakaki Ltda. – ME - CNPJ: 10.476.920/0001-34). Assim, informa a não impugnação do edital à época; a não solicitação de esclarecimentos a que tinha direito (art. 12, do Decreto 3.555/2000); a não observação do item 1.2.1, que consideraria vencedor do certame a empresa com “**MENOR PREÇO GLOBAL POR GRUPO**” (Peça 50, p. 6), e do item 9.3.2 do edital, que permitia ajustes das planilhas de preços de itens após os lances; e que, ao final, “**A CONTRATAÇÃO DA EMPRESA PETICIONÁRIA RENDEU À UNIÃO UMA ECONOMIA NA ORDEM DE R\$ 482.183,09 (QUATROCENTOS E OITENTA E DOIS MIL, CENTO E OITENTA E TRÊS REAIS E NOVE CENTAVOS)**” (Peça 50, p. 7).

118. Em seguida, a empresa ouvida relata que o ora Representante desconhecia o edital do pregão e, com suas denúncias, procura tão-somente denegrir e retaliar a representada porque os outros licitantes “*conformaram-se com o resultado*” (Peça 50, p. 8). Inclusive, informa que no decorrer do pregão, a Representante não tentou recursos apontando “*os vícios que pudessem vir a macular a disputa*” (Peça 50, p. 9). Apresenta, nas páginas 9 e 10 dessa peça processual, demonstrativos com indicação dos preços estimados (referências do órgão licitante) e negociados em 05 (cinco) itens do certame em que foi vencedora, para concluir que não se vê qualquer prejuízo ao erário e nem ferimento aos princípios constitucionais que regem uma licitação.

119. Por último, trata dos questionados itens do edital que possibilitaram o ajustamento da planilha de preço depois de encerrada a sessão de lances do pregão, no caso os itens 9.3, 9.3.2 e 8.2.1

do edital. Relata que, além de não terem sido objetos de impugnação à época, justifica-se a inclusão desses itens no edital para permitir ao pregoeiro alcançar descontos “*em determinados itens, como pode ser verificado da planilha final de anúncio da empresa vencedora*” (Peça 50, p. 11). E continua: “*Se em alguns itens os preços foram elevados para não mais do que o valor de referência, em outros itens os preços foram reduzidos ao máximo possível, tudo para adequar a melhor e mais perfeita forma de atendimento das necessidades do órgão público*” - Peça 50, p. 11 (Grifo nosso). E complementa: “*mesmo depois dos permitidos ajustes dos preços na planilha final, para a União e na conformidade do Edital, o que importa é, unicamente, que na totalização das planilhas, sagrar-se-ia vencedora a empresa que apresentasse O MENOR PREÇO GLOBAL POR GRUPO*” (Peça 50, p. 12).

ANÁLISE DAS JUSTIFICATIVAS DA EMPRESA

120. Sobre essas manifestações, entendemos que não há fato novo que possa alterar os entendimentos a respeito da licitação em exame, relatados anteriormente nesta instrução. Inclusive os itens 9.3, 9.3.2 e 8.2.1 do referido edital, referenciados na resposta da licitante ouvida, que permitiram ao pregoeiro, após a fase de lance, elevar os preços cotados pela empresa vencedora da licitação, foram examinados nos **parágrafos 63 a 80 desta instrução**. Todos esses dispositivos editalícios foram considerados ilegais por contrariarem os princípios da isonomia entre os licitantes e da seleção da proposta mais vantajosa para a Administração (art. 3º, *caput*, da Lei nº 8.666/1993), bem como o disposto no art. 4º, XVII, da Lei nº 10.520/2002, e art. 24, §8º, do Decreto nº 5.450/2005. Em relação às demais manifestações, entendemos que, por possuírem caráter de pessoalidade, não interferem na apreciação dos presentes autos.

IV – EXAME DO ATENDIMENTO ÀS DILIGÊNCIAS REALIZADAS

121. Além do Ofício de Oitiva com Medida Cautelar nº 623/2012-TCU/Secex-MS, ao Exmo. Sr. General-de-Brigada ANTÔNIO MAXWELL DE OLIVEIRA EUFRÁSIO – Comandante da 9ª REGIÃO MILITAR, e do Ofício de Oitiva nº 622/2012-TCU/Secex-MS, à Empresa YOUSSEF AMIM YOUSSEF (MERCEARIA PRINCESA DO SUL) – representada pelo Sr. YOUSSEF AMIM YOUSSEF (CPF 024.489.041-20), cujas respostas foram objetos desta instrução até o parágrafo anterior, observamos, também, que houve o Ofício de Diligência nº 621/2012-TCU/Secex-MS, ao retromencionado Comandante (Peça 18) e o Ofício de Comunicação nº 624/2012-TCU/Secex-MS, ao Tenente Coronel Intendente JOSÉ CARLOS LEAL DA SILVA JUNIOR – Chefe da 9ª Inspetoria de Contabilidade e Finanças do Exército (Peça 16).

122. No caso da diligência ao Comandante (Ofício de Diligência nº 621/2012-TCU/Secex-MS), foi solicitado, consoante Delegação de Competência conferida na PORTARIA-MINS-WDO Nº 2, de 6/5/2011, do Exmo. Ministro-Substituto Weder de Oliveira, Relator destes autos, que, **no prazo de 15 (quinze) dias**, a contar do recebimento da presente comunicação, encaminhasse a “*esta Secretaria cópia integral do Processo Administrativo 64320.005429/2012-03, referente ao Pregão para Registro de Preços nº 06/2012*” (Peça 18). Essa diligência foi devidamente atendida em 23/08/2012 (Peça 31) e a respectiva documentação juntada aos autos (Peças 32 a 44).

123. Em relação à comunicação dirigida ao Tenente Coronel Intendente JOSÉ CARLOS LEAL DA SILVA JUNIOR (Ofício de Comunicação nº 624/2012-TCU/Secex-MS), visou informar-lhe, via encaminhamento de cópia do Despacho proferido, em 15/08/2012, pelo Relator, o teor do deliberado na cautelar. Ciente do referido despacho, o responsável encaminhou ofício a esta Unidade, protocolizado em 21/08/2012 (Peça 29).

V - CONCLUSÃO

124. Diante dos fatos apurados, conclui-se pela procedência da representação objeto destes autos, em especial, no que se refere às irregularidades cometidas pelo Comando da 9ª Região Militar do Ministério do Exército, concernentes ao Pregão Eletrônico 06/2012, cujo objeto foi o registro de preço, para aquisição de gêneros alimentícios, cujo critério de julgamento das propostas foi o menor preço global por grupo. As justificativas apresentadas pelo Comandante não afastaram os fundamentos das irregularidades apontadas na oitiva determinada pelo Relator (letras “a”, “b”, “c”, “d” e “e” do ofício), que, resumidamente, assim foram expostas:

a) aceitação de produtos cotados pela licitante Youssif Amim Youssif com especificações diversas às previstas no edital de licitação, em infringência ao disposto no art. 43, IV, e art. 48, I, da Lei nº 8.666/93, frustrando o caráter competitivo do certame, em desobediência aos princípios da isonomia, da impessoalidade e da vinculação ao instrumento convocatório insculpidos no artigo 3º da Lei nº 8.666/93 e no art. 5º do Decreto nº 5.450/2005;

b) aceitação de produtos sem a especificação contida no Edital, tais como os constantes dos itens 55 a 57 (Grupo 1), nos quais não foi indicada a marca do produto cotado, em infringência ao item 5.3.2.1 do edital, aos arts. 43, IV, e 48, I, da Lei nº 8.666/93, e ao princípio da isonomia, da impessoalidade e da vinculação ao instrumento convocatório insculpidos no artigo 3º da Lei nº 8.666/93 e no art. 5º do Decreto nº 5.450/2005;

c) aceitação de proposta de vários produtos com indícios de inexecutabilidade de preços, tais como os constantes dos itens 13, 14, 16, 21, 23, 30, 35, 37, 39, 41 e 63 (Grupo 1), conforme se observa no quadro constante do ANEXO 1, assim como nos itens 169, 178, 216, 217, 218, 223 e 268 (Grupo 5) e itens 118, 130, 133, 135 e 137 (Grupo 2);

d) aceitação, na fase de negociação, que o lance vencedor tivesse seu preço majorado, com respaldo no item 8.2.1 do edital, conforme se observa no quadro constante do ANEXO 2, em contrariedade ao art. 4º, XVII, da Lei 10.520/2002, c/c o art. 24, § 8º, do Decreto 5.450/2005, que estabelecem que a negociação deve se pautar pela busca de melhores preços para a Administração, indicando tratamento privilegiado à empresa Youssif Amim Youssif e, conseqüentemente, infringência ao princípio da isonomia, previsto no art. 3º da Lei 8.666/93 e no art. 5º do Decreto 5.450/2005, por não permitir uma disputa em igualdade de condições a todos os licitantes participantes do certame; e

e) cerceamento de defesa, em virtude de negativa de aceitação de recursos interpostos por três empresas licitantes, em desacordo com o disposto no art. 26, caput, do Decreto 5.450/2005; e

125. Apenas a irregularidade constante da letra “f” do ofício da oitiva foi afastada. Nesse caso foi solicitado apresentação de justificativas sobre a “*escolha do critério de menor preço registrado por grupo para julgamento das propostas, demonstrando que esse é o critério que conduziria a aquisições mais vantajosas, quando comparado com o critério de menor preço por item*”. Apesar de o Comandante não ter apresentado cabais justificativas, a quantidade de 401 (quatrocentos e um) itens previstos no referido certame e as normas regulamentares sobre a matéria possibilitaram concluir que houve adoção correta do critério de classificação por lotes de itens.

126. Por esse motivo, entende-se necessária a fixação de prazo para o Comando da 9ª Região Militar adotar as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, anulando o Pregão Eletrônico para Registro de Preços nº 6/2012, de 24/05/2012, bem como todos os atos dele decorrentes. Propõe-se, ainda, a restituição dos autos a esta Unidade para as diligências cabíveis, no sentido de identificar todos os responsáveis envolvidos nas irregularidades apontadas nestes autos para posteriores audiências de apresentação de razões de justificativa.

VI - PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

127. Ante todo o exposto, submetem-se os autos à consideração superior, sugerindo seja encaminhado à apreciação do Relator, conforme estabelece o artigo 276, §6º, do Regimento Interno do Tribunal (Resolução/TCU nº 246/2011), e art. 6º, I, da Ordem de Serviço/Segecex/TCU nº 01/2012, com as seguintes propostas:

a) conhecer da presente representação, satisfeitos os requisitos de admissibilidade previstos nos artigos 235 e 237 do Regimento Interno deste Tribunal, para, no mérito, considerá-la, procedente;

b) com fundamento no artigo 71, inciso IX, da Constituição Federal, c/c artigo 45 da Lei 8.443, de 1992, assinar o prazo de 15 (quinze) dias, a contar da notificação, ao Comando da 9ª Região Militar – Ministério do Exército, para adotar as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, anulando o Pregão Eletrônico para Registro de Preços nº 6/2012, de 24/05/2012, bem como todos os atos dele decorrentes;

c) restituir os autos a esta Unidade do Tribunal para as diligências cabíveis, no sentido de identificar todos os responsáveis envolvidos nas irregularidades apontadas nestes autos, para posteriores audiências de apresentação de razões de justificativa; e

d) comunicar a representante à decisão que vier a ser adotada nestes autos.

Secex/MS, em 14/09/2012.

João Andrade de Alencar
ACE – Matr. 2384-1