

Proposta de Deliberação

Mediante despacho de 14/8/2012 (peça 9), com fundamento no art. 276, *caput* e § 3º, do RI/TCU determinei ao Comando da 9ª Região Militar que suspendesse, 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".

2. Adicionalmente, em conformidade com o art. 276, § 3º, e com o art. 250, V, do RI/TCU, determinei à Secex-MS que promovesse 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".

3. O Plenário desta Casa, na sessão de 15/8/2012, homologou o despacho em referência.

4. O Comando da 9ª Região Militar informou a este Tribunal o cumprimento da medida cautelar (peça 28, p. 1/4), encaminhado os esclarecimentos solicitados na oitiva determinada (Ofício 623/2012-TCU/Secex-MS – peça 17), acompanhados dos documentos considerados pertinentes (peça 30, p. 01/31).

5. A empresa vencedora dos grupos 1 a 5 do pregão eletrônico 06/2012, Youssif Amim Youssif, em resposta ao ofício 622/2012-TCU-Secex/MS (peça 19), também se manifestou em relação às questões examinadas na representação (peça 50, p. 01/13).

6. A oitiva promovida pela unidade técnica requereu manifestação em relação aos seguintes fatos (ofício 623/2012-TCU/Secex-MS):

- 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 8.666/1993, 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 8.666/93 e no art. 5º do Decreto 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 8.666/1993, e ao princípio da isonomia, da impessoalidade e da vinculação ao instrumento convocatório insculpidos no artigo 3º da Lei 8.666/1993 e no art. 5º do Decreto 5.450/2005;
- c) aceitação de proposta de vários produtos com indícios de inexecuibilidade 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 8.666/1993 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.'

7. A unidade técnica considerou que os esclarecimentos apresentados pelo Comando da 9ª Região Militar e pela empresa Youssif Amim Youssif não foram suficientes para elidir as irregularidades verificadas no pregão eletrônico 06/2012, supramencionadas, com exceção do item 'f', entendido como justificado.

8. Em vista da gravidade dos fatos examinados, a Secex-MS propugna que a representação seja considerada, no mérito, procedente e que esta Corte de Contas assinasse prazo para a adoção de providências pelo Comando da 9ª Região Militar concernentes à anulação do pregão eletrônico em foco.

9. Conforme consignado no relatório precedente, em 10/10/2012, o Comando da 9ª Região Militar informou a este Tribunal a anulação de ofício do pregão eletrônico 06/2012, grupos 1 a 5, "em razão da existência de vício formal na redação da cláusula 8.2.1 do edital licitatório, por conter exigência não prevista nas normas que regulam licitações, ofendendo, assim, o princípio da legalidade, fundamento constitucional que deve nortear os atos da Administração Pública" (peça 53, p. 6).

10. A anulação do procedimento licitatório em referência decorreu das conclusões da sindicância instaurada pelo órgão licitante, em resposta ao recurso administrativo interposto pela empresa Comercial Arakaki Ltda., autora da presente representação.

II

11. A anulação de ofício do certame inquinado de irregular poderia induzir ao arquivamento da representação por perda de objeto. Contudo, considero que as circunstâncias do caso concreto demandam a atuação desta Corte de Contas, de modo a evitar a repetição de vícios semelhantes em

futuros editais, uma vez que o Comando da 9ª Região Militar está estudando a possibilidade de abertura de novo procedimento licitatório com objeto idêntico ao do procedimento anulado.

12. Registro que os fatos por que foram ouvidos o órgão jurisdicionado e a empresa vencedora dos grupos impugnados estão devidamente circunstanciados no relatório precedente, juntamente com os esclarecimentos prestados, possibilitando a análise de mérito da representação, nos termos dos art. 276, § 6º, do RI/TCU.

13. Acolho as conclusões da Secex-MS referentes ao exame dos itens 'a' a 'e' do ofício de oitiva encaminhado ao Comando da 9ª Região Militar, adotando os fundamentos da análise efetuada como razões de decidir.

III

14. Quanto ao item 'f' da oitiva, referente à escolha do critério de menor preço registrado por grupo para julgamento das propostas, considero merecer exame mais acurado.

15. Os problemas ocorridos no certame objeto da representação decorrem, em larga medida, de uma equivocada modelagem de adjudicação por grupo de itens em licitação destinada a registro de preços. Esse tipo de modelagem leva, como demonstrarei, a aquisições antieconômicas, acarretando dano ao erário, que se potencializa pela possibilidade de adesão às atas de registro de preços derivadas de licitações mal modeladas.

16. Para melhor entendimento do assunto, transcrevo trecho do despacho de 14/8 (peça 9)

"9. Além das questões enfocadas pelo representante e pela unidade técnica, outro aspecto questionável é o critério de julgamento do menor preço por lote/grupo. Em despachos proferidos em representações recentemente examinadas, de minha relatoria (TC 007.251/2012-2 e TC 032.537/2011-5), ao tratar de questão idêntica, consignei:

- a) 'a regra básica da modelagem das licitações, como determinam o art. 15, IV, e o art. 23, § 1º, da Lei 8.666/1993 e a jurisprudência consolidada deste Tribunal, expressa na Súmula 247, é a do parcelamento da disputa por itens específicos e não por lotes, compostos de diversos produtos ou serviços adjudicados a um único fornecedor; e
- b) não se prestando o registro de preços ao compromisso de pronta aquisição de quantidades determinadas e, dada as características dos materiais a ser adquiridos, não havendo por parte da Administração a necessidade ou obrigação de, a cada aquisição, adquirir todos os itens do lote, não se vislumbra razão para que a adjudicação das propostas não tenha sido realizada de maneira individual, para cada item de material estipulado no termo de referência.'

10. A adoção do critério de julgamento de menor preço por lote somente deve ser adotado quando for demonstrada inviabilidade de promover a adjudicação por item e evidenciadas fortes razões que demonstrem ser esse o critério que conduzirá a contratações economicamente mais vantajosas.

11. No termo de referência não há qualquer menção às razões de formação dos lotes ou qualquer justificativa para a adoção do julgamento das propostas segundo o menor preço por lote."

12. No caso que ora se examina, consta como justificativa (Anexo A- Termo de Referência – peça 1, p. 57/58) para a escolha do critério de julgamento 'menor preço total por grupo' a economicidade vislumbrada. Entretanto, não resta evidenciado nessa justificativa que a adjudicação do objeto segundo o critério definido implicaria maior competitividade e obtenção de menores preços comparativamente à adjudicação por itens, em observância aos arts. 3º, 15, IV, e 23, § 1º, da Lei 8.666/1993.

13. Portanto, faz-se necessário, também, promover a oitiva do Comando da 9ª Região Militar para que se manifeste 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."

17. Os esclarecimentos prestados pelo Comando da 9ª Região Militar, como registrou a unidade técnica, são no sentido de demonstrar a conformidade do critério de julgamento das propostas adotado pelo órgão à Instrução Normativa/Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG) 03/1997, de 20/2/1997, alterada pela IN MPOG 2/2011, de 16/8/2011, arts. 5º e 8º, bem como ao Manual do Usuário de Divulgação Eletrônica de Compras e Contratações (Sidec), item 11, que assim dispuseram:

IN MPOG 2/2011:

'**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. 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).

Sidec:

'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 – SIDEC, 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).'

18. O Comando da 9ª Região Militar limitou-se a esclarecer que fundamentou a escolha do critério de julgamento pelo menor preço total por grupo nos regulamentos mencionados, mas não se ateve a tentar explicar por que razão tal critério, juntamente com a estrutura de grupos que montou, conduziria a aquisições, frise-se, pelo sistema de registro de preços, mais baratas ou mais vantajosas para a Administração, quando se tem à disposição, sem nenhuma contraindicação previamente identificada, o critério do menor preço por item, puro e simples.

19. O mero fato de o sistema de pregão eletrônico do portal Comprasnet prever a possibilidade de "julgamento por preço global-lote" não autoriza a administração pública a fazer uso desse procedimento sem comprovar sua capacidade de induzir à seleção, em cada caso concreto, da proposta mais vantajosa.

20. Em outros termos, o fato, sabido, de que é possível adjudicar o objeto com base no critério do menor valor por grupo não implica que se possa, em licitação para registro de preços, promover-se

disputa por item e adjudicar por grupo, constituído sem qualquer fundamentação econômica ou logística, senão tão somente por verossimilhança de seus componentes.

21. A unidade técnica entende que o critério em questão pode ser considerado tecnicamente viável devido à enorme quantidade de itens (401 itens) descritos no edital, o que poderia resultar na contratação de 401 fornecedores diferentes, caso a adjudicação do objeto fosse por itens. Conclui assim pela procedência dos esclarecimentos prestados pelo Comando da 9ª Região Militar (itens 112 a 114 do relatório precedente).

22. Com as devidas vênias, apenas em teoria o argumento da unidade técnica é plausível. Uma licitação voltada ao registro de preço de inúmeros itens poderia, no limite, induzir à contratação de tantos fornecedores quantos fossem os itens licitados, o que realmente poderia levar a uma situação “ingerenciável”. Contudo, um superficial exame da realidade é suficiente para evidenciar a monumental distância entre essa ínfima possibilidade estatística teórica e o real funcionamento do mercado.

23. Argumento da espécie não foi levantado pela unidade jurisdicionada.

24. Em uma licitação por itens, como deve ser a regra, a tendência é que os licitantes façam propostas para fornecimento de itens de natureza semelhante, no qual sejam especializados, definindo, assim, seus próprios grupos de competição. Exemplo disso foi observado no TC 026.324/2011-3 (representação), que tratou da regularidade do pregão eletrônico 2/2011 para registro de preços visando ao fornecimento de 622 itens de gêneros alimentícios ao Comando da 11ª Região Militar. Esse pregão foi modelado, também, para haver disputa por itens, adotando-se como critério de julgamento o de menor preço por item, e não por grupo de itens, como se fez no caso em discussão.

25. Naquele certame, embora a ata de realização do pregão tenha registrado a participação efetiva de mais de 30 empresas, os 622 itens foram adjudicados a apenas 14 fornecedores, ou seja, o mercado formou os grupos de itens e, todos foram compostos com itens para os quais foram registrados os menores preços obtidos na disputa.

26. Destaco ainda que, comparativamente à adjudicação por item, a adjudicação por grupo (ou lotes, como mencionam alguns) restringe a competitividade do certame, pois dificulta ou inviabiliza a participação de micro e pequenas empresas ou de empresas especializadas em um único gênero, em favor de grandes distribuidores atacadistas.

27. O caso ora analisado reflete bem essa possibilidade. Houve participação de apenas 12 concorrentes, assim subdivididos:

Grupos	Total de participantes
Grupo 1 (itens 1 a 113)	5 participantes
Grupo 2 (itens 114 a 139)	3 participantes
Grupo 3 (itens 140 a 199)	4 participantes
Grupo 4(itens 200 a 224)	8 participantes
Grupo 5(itens 225 a 364)	3 participantes
Grupo 6 (itens 365 a 401)	3 participantes

28. Do total de 401 itens componentes dos 6 grupos licitados, 364 foram adjudicados a apenas um fornecedor, a empresa Youssif Amim Youssif (grupos 1 a 5).

29. A jurisprudência desta Casa, consubstanciada na Súmula TCU 247, é pacífica no sentido de determinar a órgãos e entidades a adjudicação por itens específicos e não por lotes, compostos de diversos produtos ou serviços a serem adjudicados a um único fornecedor

"É obrigatória a admissão da adjudicação por item e não por preço global, nos editais das licitações para a contratação de obras, serviços, compras e alienações, cujo objeto seja divisível, desde que não haja prejuízo para o conjunto ou complexo ou perda de economia de escala,

tendo em vista o objetivo de propiciar a ampla participação de licitantes que, embora não dispondo de capacidade para a execução, fornecimento ou aquisição da totalidade do objeto, possam fazê-lo com relação a itens ou unidades autônomas, devendo as exigências de habilitação adequar-se a essa divisibilidade. (grifo nosso)

30. A orientação constante da referida súmula se fundamenta no disposto no art. 15, IV, e no art. 23, § 1º, da Lei 8.666/1993.
31. O tipo de objeto (gêneros alimentícios) que se encontra em discussão é claramente divisível. É mesmo difícil encontrar razões pelas quais, em licitação para registro de preços, devam certos itens serem agrupados para fins de adjudicação por preço global.
32. A unidade jurisdicionada não ofereceu qualquer argumentação nesse sentido.
33. Em outros processos de minha relatoria em que tal modelagem de licitação para registro de preços foi constatada, aventou-se uma etérea “economia de escala”, sem que a pessoa que brandiu tal argumento tenha se disposto a demonstrar como tal economia de escala operaria mediante o critério de “adjudicação por grupo” para trazer mais benefícios à Administração do que a utilização do critério “adjudicação por item”.
34. No presente caso, tal como em outros que relatei, está evidenciado que a Administração está registrando, para diversos itens, preços maiores do que aqueles obtidos na disputa por itens. Em outras palavras, a unidade jurisdicionada está aceitando adquirir produtos por preço superior ao de mercado (assim considerado o obtido na disputa), ainda que inferior ao preço estimado.
35. A adjudicação por grupo, em licitação para registro de preços, sem robustas, fundadas e demonstradas razões (fáticas e argumentativas) que a sustente, revela-se sem sentido quando se atenta para o evidente fato de que a Administração não está obrigada a contratar adquirir a composição do grupo a cada contrato, podendo adquirir isoladamente cada item, no momento e na quantidade que desejar.
36. Essa modelagem torna-se potencialmente mais danosa ao erário na medida em que diversos outros órgãos e entidade podem aderir a uma ata cujos preços não refletem os menores preços obtidos na disputa por item.
37. O que fica registrado quando a adjudicação se dá pelo menor preço por grupo, não é o menor preço de cada item, mas o preço do item no grupo em que se sagrou vencedor o futuro fornecedor.
38. Embora não fosse necessário, por ser evidente, devo observar que a mera similaridade entre itens não é critério hábil para fundamentar a formação de grupos/lotos.
39. Vale lembrar, também, que o registro de preços tem por escopo exatamente promover o registro de preços de muitos itens, uma vez que é da própria essência do sistema permitir aquisições à medida que forem surgindo as necessidades da Administração.
40. Em modelagens dessa natureza, é preciso demonstrar as razões técnicas, logísticas, econômicas ou de outra natureza que tornam necessário promover o agrupamento como medida tendente a propiciar contratações mais vantajosas, comparativamente à adjudicação por item. É preciso demonstrar que não há incoerência entre adjudicar pelo menor preço global por grupo e promover aquisições por itens, em sistema de registro de preços. A Administração não irá adquirir grupos, mas itens.
41. Repisando, na licitação por grupos/lotos, a vantajosidade para a Administração apenas se concretizaria se fosse adquirido do licitante o grupo/lote integral, pois o menor preço é resultante da multiplicação de preços de diversos itens pelas quantidades estimadas.

42. Em registro de preços, a realização de licitação utilizando-se como critério de julgamento o menor preço global por grupo/lote leva, *vis à vis* a adjudicação por item, a flagrantes contratações antieconômicas e dano ao erário, potencializado pelas possibilidades de adesões, uma vez que, como reiteradamente se observa, itens são ofertados pelo vencedor do grupo a preços superiores aos propostos por outros competidores.

IV

43. No caso vertente, o critério de escolha da proposta torna-se mais relevante em face da verificação de outras irregularidades que constituem infração aos princípios da competitividade, da isonomia e da seleção da proposta mais vantajosa para a administração.

44. Como demonstrou a unidade técnica na instrução transcrita no relatório (parágrafos 46 a 47), a empresa Youssif Amim Youssif efetuou propostas com indícios de inexecuibilidade relativamente aos itens 13, 14, 16, 21, 30, 35, 37, 39, 41 e 63, do grupo 1, 118, 130, 133, 135 e 137, do grupo 2, e 169, 178, 216, 217, 218, 223 e 268, do grupo 5.

45. Posteriormente, os itens considerados inexecuíveis foram majorados com supedâneo no ilegal item 8.2.1 do edital do pregão eletrônico 06/2012, o que configurou a existência de potencial jogo de planilha (parágrafos 65/76 do relatório precedente).

46. Ainda que o Comando da 9ª Região Militar argumente que não houve prejuízos à Administração em razão de não ter havido acréscimo ao valor global do grupo nem ao preço de referência dos itens, a economicidade vislumbrada na licitação se perde em face da possibilidade de aquisição de itens cujos preços individuais, segundo verificou a unidade técnica, serem mais elevados que os dos concorrentes (parágrafo 72 do relatório precedente).

47. Relativamente à manifestação da empresa Youssif Amim Youssif, endosso a opinião da unidade técnica, no sentido de que não houve a apresentação de nenhum fato novo que pudesse ter reflexo no exame de mérito da presente representação.

48. Tendo em vista o conjunto das irregularidades verificadas no pregão eletrônico para registro de preços 06/2012, grupos 1 a 5, do Comando da 9ª Região Militar, descritas no parágrafo 6 desta proposta de deliberação, assim como o fato de que os esclarecimentos prestados pelo órgão jurisdicionado e pela empresa Youssif Amim Youssif não elidiram tais irregularidades, a presente representação deve ser considerada procedente.

49. Além disso, uma vez que o Comando da 9ª Região Militar já anulou o pregão eletrônico para registro de preços 06/2012, impõe-se a revogação da medida cautelar concedida mediante despacho de 14/8/2012.

50. Deve o órgão jurisdicionado ser cientificado de que eventual instauração de novo procedimento licitatório que tenha objeto semelhante ao do pregão eletrônico 06/2012, anulado de ofício, poderá ensejar determinação de providências para anulação do novo certame, se não se promover a correção das ilegalidades e antieconomicidade verificadas na representação em tela, relacionadas nas alíneas 'a' a 'f' do parágrafo 6 desta proposta de deliberação.

51. Por fim, cabe a este Tribunal determinar à unidade jurisdicionada que se abstenha, em licitação para registro de preços, de adotar como critério de adjudicação o de menor preço global por grupo/lote, concomitantemente com disputa por itens, sem que estejam demonstradas nos autos as razões pelas quais tal critério, conjuntamente com os que presidiram a formação dos grupos, é o que conduzirá à contratação mais vantajosa, comparativamente ao critério usualmente requerido de adjudicação por menor preço por item, devendo ainda restar demonstrada nos autos a compatibilidade entre essa modelagem e o sistema de registro de preços quando a Administração não estiver obrigada a proceder a aquisições por grupo.



Diante do exposto, manifesto-me pela aprovação do acórdão que submeto à apreciação deste Colegiado.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 31 de outubro de 2012.

WEDER DE OLIVEIRA
Relator