

<b>JUSTIFICATIVA</b> PROCESSO ADMINISTRATIVO 131811-0001	
REF.: PREÇOS ESTIMADOS	MODALIDADE LICITATÓRIA /FORMATO PREGÃO /PRESENCIAL
ÓRGÃO DE ORIGEM: Secretaria Municipal de Saúde e Saneamento.	
OBJETO	Pregão “Presencial” para registro de preço referente a contratação de pessoa(s) jurídica(s) para o fornecimento de Oxigênio Medicinal e Cilindros Hospitalares visando atender as necessidades eventual e futura da Secretaria Municipal de Saúde e Saneamento, pelo período de 12 (doze) meses de interesse do Município de Santo Antônio dos Lopes – MA.
<b>FUNDAMENTO E REGÊNCIA LEGAL</b>	
REGIDO PELA LEI Nº. 10.520/02, DECRETO MUNICIPAL Nº 042/2018, DECRETO MUNICIPAL nº 047/2018, LEI COMPLEMENTAR Nº 123/2006 E ALTERAÇÕES, SUBSIDIARIAMENTE PELA LEI FEDERAL Nº 8.666/93 E SUAS ALTERAÇÕES E DEMAIS NORMAS PERTINENTES.	

Nas modalidades previstas na Lei 8666/93, o inciso II, § 2º do artigo 40 é taxativo quanto a obrigatoriedade do orçamento estimado em planilha de quantitativos e preços unitários. Tal orçamento compõe como um dos anexos do edital, dele fazendo parte integrante. A obrigação de constar no anexo do edital o orçamento estimado dependerá da modalidade utilizada.

O Tribunal de Contas da União, examinando Representação contra determinado edital da Caixa Econômica Federal-CEF, decidiu:

*“... determinar à Caixa Econômica Federal – CEF – que faça constar nos anexos dos editais de licitações o ‘orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários’, em cumprimento ao disposto no inciso II do par. 2º. do art. 40 da Lei n. 8.666/93, com a redação dada pela Lei n. 8.883/94.” (Decisão 479/99, TC-625.191/1997-8, Min. Adylson Motta, DOU de 5/8/99, p. 55).*

Fortalecendo o conceito, o jurista Paulo Boseli leciona:

*Conforme ordenado no inciso II, do § 2º, do artigo 40, da Lei 8666/93, todo edital deverá vir acompanhado de um “orçamento estimado em planilha de quantitativos e preços unitários”. Esse disposto vem sendo descumprido, sistematicamente, por uma grande parcela da Administração Pública, que insiste em não apresentar o preço dos itens a serem contratados, principalmente nos casos de compras e serviços que não sejam de engenharia. (in Simplificando as licitações: (inclusive o pregão) 2. ed., São Paulo: Edicta, 2002, página 80).*

Outrossim, Sidiney Bittencourt versa que:

*Parágrafo 2º: Este parágrafo elenca documentos que, obrigatoriamente, constituirão anexos do edital. Não se trata, como desavisadamente especificam alguns incautos, de indicadores exemplificativos. Em consequência, o projeto básico e/ou executivo; o orçamento estimado; a minuta de contrato; e as especificações e normas de execução devem sempre compor os editais todas as vezes que o objeto assim obrigar. Essa correlação com as exigências é relativa: um certo objeto pode não*



*requerer projeto e norma de execução, mas jamais deixará de exigir orçamento e minuta contratual, ainda que seja substituído, como facultado no artigo 62. (in Licitação Passo a Passo, 4º ed., Rio de Janeiro: Temas & idéia, 2002, p. 211)*

Já na modalidade pregão o entendimento é objeto de alteração. O artigo 9º da Lei 10.520/2002 regra sobre a aplicação subsidiariamente das normas da Lei 8666/93 à modalidade pregão. Esta aplicação subsidiária será invocada em tudo que a lei do pregão deixou de reger, como exemplo os documentos de habilitação.

**O inciso III, §4º da Lei 10520/2002 preconiza os elementos que constarão no edital, inexistindo a obrigatoriedade de constar no edital o orçamento e planilhas estimando do custo da contratação, sendo obrigado constar tão somente no processo licitatório.**

Como a Lei do pregão regula sobre os elementos existente no edital, arreda a incidência das normas contidas na Lei 8666/93 como supramencionamos.

O TCU manifestou-se sobre o assunto (jurisprudência):

*“REPRESENTAÇÃO. LICITAÇÃO. MODALIDADE PREGÃO. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DA LEI DE LICITAÇÕES. POSSIBILIDADE DE COMBINAÇÃO DE AQUISIÇÃO DE SERVIÇOS COM ALIENAÇÃO. INCOMPATIBILIDADE ENTRE DISPOSITIVOS DO EDITAL. CONTRATO. EXECUÇÃO. PROCEDÊNCIA PARCIAL. DETERMINAÇÕES.*

*1. Na licitação na modalidade pregão, o orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários não constitui um dos elementos obrigatórios do edital, devendo estar inserido obrigatoriamente no bojo do processo relativo ao certame. Ficará a critério do gestor, no caso concreto, a avaliação da oportunidade e conveniência de incluir esse orçamento no edital ou de informar, no ato convocatório, a sua disponibilidade aos interessados e os meios para obtê-lo.”*  
*(Acórdão nº 114/2007, Plenário, rel. Min. Benjamin Zymler)*

*“9. Assim, ressalvada a necessidade de que as estimativas estejam presentes no processo, acredito que deve ficar a critério do gestor a decisão de publicá-las também no edital, possibilitando desse modo que adote a estratégia que considere mais eficiente na busca pela economicidade da contratação.”*  
*(Acórdão nº 1405/2006, Plenário, rel. Min. Marcos Vinícios Vilaca)(grifo nosso)*

No *INFORMATIVO DE LICITAÇÕES E CONTRATOS N.º 051/2011-TCU*, lemos:

*Pregão para registro de preços: 3 – No caso do pregão, a divulgação do valor orçado e, se for o caso, do preço máximo, caso este tenha sido fixado, é meramente facultativa Na mesma representação pela qual o Tribunal tomou conhecimento de potenciais irregularidades no Pregão nº 208/2010, realizado pelo Ministério da Saúde – MS, analisou-se, como possível irregularidade, a não divulgação do valores de referência, tidos, na espécie, como preços máximos a serem praticados, que teria resultado em prejuízo para a elaboração da proposta por parte das empresas licitantes. Em seus argumentos, o MS defendeu tratar-se de estratégia, a fundamentar a negociação a ser travada entre pregoeiro e as licitantes. Nesse quadro, levantou precedente no qual o TCU entendeu ser facultativa a divulgação dos valores de referência. Para o órgão, “a revelação do*



*preço máximo faz com que as propostas das licitantes orbitem em torno daquele valor, o que poderia frustrar a obtenção das melhores condições de contratação". Já para a unidade técnica, existiriam, no TCU, duas correntes acerca da necessidade da divulgação de orçamento/preço máximo em edital. Pela primeira, "no caso específico dos pregões, [...] o orçamento estimado em planilhas e os preços máximos devem necessariamente fazer parte do Termo de Referência, na fase preparatória do certame, e a sua divulgação é decisão discricionária do órgão organizador". Para a outra corrente, que "abarca as situações que não sejam de pregões, tem-se farta jurisprudência no sentido de que o disposto do art. 40, inc. X, da Lei 8.666 obriga, e não faculta, a divulgação do orçamento estimado em planilhas e de preços máximos no instrumento convocatório". Assim, para a unidade técnica, à exceção do pregão, a jurisprudência do TCU, apoiada pela doutrina, majoritariamente considera "a divulgação do 'orçamento ou preço máximo no instrumento convocatório' como elemento imperativo, e não meramente opcional". Contudo, ainda de acordo com a unidade instrutiva, o acórdão nº 3.028/2010, da 2ª Câmara, teria aberto precedente, no sentido de se interpretar "a divulgação dos preços máximos, prevista no art. 40, X, da Lei 8.666/93, como facultativa, e não obrigatória, sem ressalvas com relação à modalidade da licitação". Em razão da aparente divergência jurisprudencial, a unidade técnica sugeriu que a questão fosse apreciada em sede de incidente de uniformização de jurisprudência, com o que discordou o relator. Para ele, "o art. 40, X, da Lei nº 8.666/93 não discorre sobre a 'divulgação' do preço máximo, mas sim sobre a sua "fixação", o que é bem diferente". A fixação de preços máximos, tanto unitários quanto global, seria obrigatória, no entender do relator, no caso de obras e serviços de engenharia, nos termos da Súmula TCU nº 259/2010, donde se concluiria que, para outros objetos, não relacionados a obras e serviços de engenharia, essa fixação é meramente facultativa. Fez ressalva, todavia, ao caso do pregão, para o qual, "a jurisprudência do TCU acena no sentido de que a divulgação do valor orçado e, se for o caso, do preço máximo, caso este tenha sido fixado, é meramente facultativa". Precedente citado: Acórdão nº 3.028/2010, da 2ª Câmara. Acórdão n.º 392/2011-Plenário, TC-033.876/2010-0, rel. Min. José Jorge, 16.02.2011.*

O TCU segue orientação da obrigação de constar a estimativa tão somente no processo administrativo. Este entendimento é de grande relevância uma vez que compete exclusivamente à união legislar sobre as normas gerais de licitação – inciso XXVII, artigo 22 da CF – e o alcance das Decisões do TCU está expresso na Súmula nº 222:

*As Decisões do Tribunal de Contas da União, relativas à aplicação de normas gerais de licitação, sobre as quais cabe privativamente à União legislar, devem ser acatadas pelos administradores dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.*

Outro ponto de vista, visualizando o lado da Administração Pública, é a questão da possibilidade de negociação do preço com o licitante vencedor preconizado no inciso XVII do artigo 4º da Lei 10520/2002:

*XVII – nas situações previstas nos incisos XI e XVI, o pregoeiro poderá negociar diretamente com o proponente para que seja obtido preço melhor*

Com a divulgação do valor estimado o dispositivo supra perde sua finalidade. Ora, o licitante vencedor sabendo que sua proposta está dentro do estimado, em tese, não se preocupará em negociar seu preço com o pregoeiro, pois sabe que a Administração deve contratá-lo com o preço apresentado, uma vez que está dentro da estimativa.



Todavia, o § 3º do artigo 3º e o artigo 63º da Lei 8666/93 regem que a licitação não é sigilosa e qualquer interessado poderá ter acesso ao processo licitatório (vistas ao processo) desde que não seja caso de segurança nacional. Desta forma identificamos uma possibilidade de ter acesso ao valor estimado já que o mesmo faz parte obrigatoriamente do processo.

Vejamos abaixo decisão do TCU que reforça a obrigatoriedade do valor estimado apenas nos autos do processo administrativo:

*TCU – Acórdão 1925/2006 – Plenário*

*“ Na licitação na modalidade pregão, o orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários deverá constar obrigatoriamente do Termo de Referência, ficando a critério do gestor, no caso concreto, a avaliação da oportunidade e conveniência de incluir tal Termo de Referência ou o próprio orçamento no edital ou de informar, no ato convocatório, a disponibilidade do orçamento aos interessados e os meios para obtê-lo. ”*

No Acórdão 2080/2012, o Plenário do TCU foi ainda mais além do que o seu entendimento reiterado. Ao invés de meramente considerar, como de costume, **que deveria constar do instrumento convocatório a informação sobre os meios pelos quais os interessados poderiam ter acesso ao orçamento não divulgado no edital do pregão** (quando fosse a opção do administrador a não divulgação no edital), o TCU apoiou ainda mais o sigilo.

Julgou ser possível à Administração, ao conceder vistas dos autos, o desentranhamento de peças para resguardar o segredo do orçamento elaborado no pregão, **até que se finalizasse a fase de lances (essa determinação está devidamente prevista no subitem 5.21.4 da minuta do edital do certame acostada aos autos do processo administrativo em referência:**

*“Em sede de licitação, na modalidade pregão, não se configura violação ao princípio da publicidade o resguardo do sigilo do orçamento estimado elaborado pela Administração até a fase de lances, sendo público o seu conteúdo após esse momento.”*

(...)

*10.12 Nada obstante todas as manifestações doutrinárias antes citadas, a jurisprudência do TCU, especificamente quando trata da modalidade pregão, como já registrado, aponta na direção de que embora facultativa a inclusão do preço estimado no corpo do instrumento convocatório, a Administração deve franquear seu acesso aos interessados no bojo dos autos do processo administrativo referente à licitação (Acórdãos 1.248/2009, 114/2007 e 1935/2006, todos do Plenário).*

*10.13 Ocorre que, com respeito ao FNDE, foi dirigida recomendação, por meio do Acórdão 1789/2009-TCU-Plenário, que autoriza interpretação diversa do tema. Consta da citada decisão:*

*“9.5. recomendar ao Fundo Nacional de Educação - FNDE, caso julgue conveniente, que faça constar dos editais dos pregões eletrônicos o valor estimado da contratação em planilhas ou preços unitários ou a informação do local onde os interessados poderão obtê-lo, ressaltando-se a obrigatoriedade de o mesmo constar do processo administrativo que fundamenta a licitação, após a fase de lances.”*  
*(Grifou-se)*

*10.14 Do voto que a embasou, extrai-se a seguinte passagem:*



6. Já em relação à recomendação constante do subitem 9.5., conquanto não tenha caráter cogente, considero oportuno ajustar a redação do item, de modo a esclarecer que a entidade adote o procedimento descrito nas hipóteses que julgar conveniente. Ademais, me parece adequado ressaltar que a obrigatoriedade deve ser observada após a fase de lances, sob pena de tornar inócua a desnecessidade de constar do edital, além de, por se tratar de pregão eletrônico, potencialmente ferir o princípio da isonomia, diante da possibilidade de acesso ao processo administrativo por licitante presente no mesmo local do órgão, ao contrário de licitantes localizados em outras cidades. (Grifou-se)

Nota-se que o entendimento normal do TCU é no sentido de ser facultativo o orçamento constar no edital do pregão. Caso a Administração opte por não o divulgar, necessita informar os meios pelos quais os interessados terão acesso ao documento, de acordo com a jurisprudência majoritária e recorrente do tribunal.

Em suma, no que se refere especificamente ao orçamento estimado do futuro ajuste, essa informação ficou restrita aos autos do processo administrativo, não havendo na Lei nº 10.520/02 disposição que a considere, pelo menos de forma obrigatória, documento anexo do edital.

Fica, portanto, a este pregoeiro a incumbência legal da negociação de preços com o(s) licitante(s) do futuro certame, no oportuno momento legal, possibilitando as melhores condições para a administração municipal.

Santo Antônio dos Lopes-MA, 12 de fevereiro de 2019

  
VAN CLAY LIMA MENDES  
Pregoeiro Municipal

Portaria n.º 118/2019-GP/PMSAL