

CRITÉRIOS DE ACEITABILIDADE DE PROPOSTAS, FIXAÇÃO DE PREÇOS E DIVULGAÇÃO DO ORÇAMENTO DA LICITAÇÃO

Marinês Restelatto Dotti - Advogada da União. Especialista em Direito do Estado e em Direito e Economia (UFRGS). Professora no curso de especialização em Direito Público com ênfase em Direito Administrativo da UniRitter - Laureate International Universities, em Porto Alegre, RS.

Critérios de aceitabilidade de propostas

De acordo com o art. 40, inciso VII, da Lei nº 8.666/1993, constitui cláusula obrigatória nos editais de licitação a que estabeleça o critério para o julgamento de propostas, mediante disposições claras e parâmetros objetivos. No âmbito da modalidade pregão, dispõe o art. 3º, inciso I, da Lei nº 10.520/2002 que, na fase preparatória da licitação, a autoridade competente definirá os critérios de aceitação de propostas, devendo adotar o critério de menor preço.

O critério de julgamento, previamente assente no edital, fixa o parâmetro de escolha da melhor proposta, sendo vedado à comissão de licitação ou ao pregoeiro, arbitrariamente, indicá-lo durante o procedimento licitatório. A ausência desse critério no edital inviabiliza a formulação das propostas pelos licitantes, não confere segurança à comissão de licitação ou ao pregoeiro para a identificação da proposta mais vantajosa, restringe a competição e fere o princípio do julgamento objetivo. Daí que tal ausência ou imprecisão é causa de invalidação do certame e do contrato decorrente.

Quando adotado o critério de licitação baseado no menor preço, podem ser utilizados os seguintes parâmetros para a identificação da melhor proposta: o de compatibilidade com o preço estimado; baseado no preço máximo; o de maior percentual de desconto ou maior desconto; e o baseado na menor taxa de administração. Examinar-se-ão, a seguir, os dois primeiros critérios citados.

Compatibilidade com o preço estimado

O art. 43, inciso IV, da Lei nº 8.666/1993 permite que a licitação seja processada e julgada mediante a verificação da exata correspondência de cada proposta aos requisitos do edital e, conforme o caso, com os preços correntes no mercado ou fixados por órgão oficial competente, ou, ainda, com os constantes do sistema de registro de preços, os quais deverão

ser devidamente lançados na ata de julgamento, promovendo-se a desclassificação das propostas desconformes ou incompatíveis.

O critério de aceitabilidade das propostas, com base no exame da compatibilidade dos valores ofertados com aqueles estimados pela administração na fase interna do procedimento licitatório, admite aquelas (propostas) superiores ao valor estimado, exigindo-se, neste caso, por parte da comissão de licitação ou do pregoeiro, a explicitação dos motivos da aceitação do preço.

Não há parâmetro legal definido acerca da margem de superação aceitável de propostas, haja vista a infinidade de circunstâncias conjunturais e/ou sazonais a serem consideradas. Imprescindível é a instrução do processo licitatório com a obrigatória pesquisa de preços do objeto que a administração pretende adquirir, demonstrativa dos preços praticados pelo mercado, com eficaz repercussão na margem de variação admitida para aceitação de propostas.

A jurisprudência do Tribunal de Contas da União assinala que não há margem de tolerância de sobrepreço e que situações excepcionais devem ser analisadas à luz de suas particularidades (Acórdãos de nº 1894/2011, 1155/2012, 3095/2014, 2132/2015 e 3021/2015, todos do Plenário, dentre outros). O fato de a Corte de Contas federal ter excepcionalmente admitido, ao analisar casos concretos, que valores pouco acima dos preços referenciais podem ser considerados variações normais de mercado, não significa dizer que exista alguma faixa de tolerância que possa ser entendida como normal ou aplicável generalizadamente (Acórdão nº 1.894/2016 – Plenário, Rel. Min. Raimundo Carreiro, Processo nº 021.409/2003-4).

Fixação de preço máximo

O art. 40, inciso X, da Lei nº 8.666/1993 admite a fixação de preço máximo como critério de aceitabilidade das propostas. Significa que, dispondo a administração de meios para conhecer os preços praticados no mercado e dependendo do objeto da licitação, **poderá optar** pela limitação de preço, desclassificando propostas que sejam superiores ao máximo fixado no edital. Referido dispositivo **faculta** à administração pública a fixação de preço máximo nas licitações, o qual propicia a todos os interessados o conhecimento antecipado do limite máximo que a administração pretende pagar pelo objeto.

Sistema de registro de preços

No atual regulamento federal sobre o sistema de registro de preços (Decreto nº 7.892/2013) não há disposição a respeito de critério único aplicável à aceitação de proposta de menor valor, como existia no revogado Decreto nº 3.931/2001 (art. 9º, inciso III). A omissão no atual regulamento, por certo, visa a possibilitar que o administrador defina o melhor critério de julgamento aplicável ao caso concreto, podendo ser o baseado no preço máximo (art. 40, inciso X, da Lei nº 8.666/1993) ou no exame da compatibilidade com o preço estimado (art. 43, inciso IV, da Lei nº 8.666/1993). O Decreto nº 7.892/2013 possibilita, ainda, ao administrador público, a utilização dos critérios de julgamento baseados na combinação técnica e preço e na maior oferta de desconto, consoante disposto em seus artigos 7º, §1º e 9º, §1º.

Limite de valor para a contratação de obra e serviço de engenharia e para as contratações do regime diferenciado de contratações públicas e das empresas estatais

O verbete 259, da Súmula do Tribunal de Contas da União, determina a obrigatoriedade de fixarem-se preços máximos, unitários e global, como critério de aceitabilidade da proposta, em licitação para obras e serviços de engenharia: *“Nas contratações de obras e serviços de engenharia, a definição do critério de aceitabilidade dos preços unitários e global, com fixação de preços máximos para ambos, é obrigação e não faculdade do gestor”*.

Nas contratações realizadas com supedâneo no regime diferenciado de contratações públicas (RDC), por aplicação do disposto no art. 24, inciso III, da Lei nº 12.462/2011, não é admitida a aceitação de proposta de valor superior ao orçamento estimado pela administração pública. Equivale ao critério de julgamento baseado no preço máximo. O mesmo ocorre no regime jurídico de licitações e contratações das empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias, consoante disposto no art. 56, inciso IV, da Lei nº 13.303/2016.

Jurisprudência do Tribunal de Contas da União

A Corte de Contas federal anotou que o valor orçado pela administração pública, ou seja, aquele resultante de pesquisa de preços praticados no mercado, pode ser definido como o preço máximo a ser praticado em determinada licitação, mas não necessariamente. Assim:

4.2 Vale lembrar que este Tribunal, por meio da Súmula nº 259/2010 deixou assente que a fixação de preços máximos, unitários e globais, é obrigação do gestor apenas quando se trata de obras e serviços de engenharia. Não se tratando desses objetos, essa fixação é meramente facultativa. Como já registrei em outros processos por mim relatados, “valor de referência” ou simplesmente “valor estimado” não se

confunde com “preço máximo”. O valor orçado, a depender de previsão editalícia, pode eventualmente ser definido como o preço máximo a ser praticado em determinada licitação, mas não necessariamente. São conceitos distintos, que não se confundem.

4.3 Portanto, para contratações como a que aqui se examina (prestação de serviço médico hospitalar), a fixação de preços máximos não é obrigatória. Nessas condições e considerando a pouca representatividade da diferença entre os valores de referência e o contratado (2%), penso que se possa excluir o fato das razões para apenação do recorrente. (Acórdão nº 6.452/2014 – Segunda Câmara, Rel. Min. José Jorge, Processo nº 015.108/2009-4);

[...] 3. “Orçamento” ou “valor orçado” ou “valor de referência” ou simplesmente “valor estimado” não se confunde com “preço máximo”. O “valor orçado”, a depender de previsão editalícia, pode eventualmente ser definido como o “preço máximo” a ser praticado em determinada licitação, mas não necessariamente. (Acórdão nº 392/2011 - Plenário, Rel. Min. José Jorge, Processo nº 033.876/2010-0).

Em outro julgado, a Corte de Contas federal assentou que nas licitações regidas pela Lei nº 8.666/1993, o valor orçado não se confunde com o preço máximo, a menos que o instrumento convocatório estabeleça tal condição. Não sendo ela estabelecida, a contratação por preço superior ao orçado deve ser justificada.

Confira-se:

[...] **A corroborar sua assertiva, o relator invocou o Acórdão 392/2011 Plenário, no qual restou assente que “o valor orçado não se confunde com preço máximo, a menos que o edital estabeleça tal condição”, e que a fixação do preço máximo só é obrigatória na contratação de obras e serviços de engenharia, conforme a Súmula TCU 259.** (Acórdão nº 1.549/2017 – Plenário, Rel. Min. José Múcio Monteiro, Processo nº 010.612/2016-5).

À luz da jurisprudência do Tribunal de Contas da União, tanto no regime geral de licitações da Lei nº 8.666/1993 como na modalidade pregão, por aplicação do disposto no art. 9º da Lei nº 10.520/2002, o critério de aceitabilidade baseado no preço máximo não é o único parâmetro disponível para a administração pública para a escolha da melhor proposta, seja na contratação de serviços (que não os de engenharia), seja na aquisição de bens.

O art. 25, *caput*, do Decreto federal nº 5.450/2005 estabelece que uma vez encerrada a etapa de lances, o pregoeiro examinará a proposta classificada em primeiro lugar quanto à “*compatibilidade do preço em relação ao estimado para contratação*” e verificará a habilitação do licitante conforme disposições do edital. Ou seja, segundo o citado Decreto, o critério de aceitação de proposta a ser fixado no edital de pregão, no formato eletrônico, independentemente do objeto (compra ou serviço), deve ser o do exame da compatibilidade da proposta ofertada pelo licitante em relação ao preço estimado pela administração para a contratação e não o de preço máximo.

Anote-se que a lei é de hierarquia superior a decretos, instruções normativas ou portarias, o que significa que a administração pública poderá, em suas licitações – seja nas modalidades licitatórias convencionais concorrência, tomada de preços e convite seja na modalidade pregão -, optar pela fixação de preço máximo, de cunho facultativo segundo o

art. 40, inciso X, da Lei nº 8.666/1993, ou pelo critério de julgamento baseado no exame da compatibilidade do preço ofertado em relação ao estimado para a contratação, previsto no art. 43, inciso IV, do mesmo diploma.

A natureza do objeto da contratação, as condições para a sua execução, os indicadores do mercado fornecedor, contratações anteriores de mesmo objeto e outras peculiaridades envolvidas da contratação podem, eficazmente, guiar o administrador público na definição do adequado critério de julgamento de proposta, em conformidade com as soluções (critérios) apresentadas pelo ordenamento normativo, a serem fixadas no respectivo edital.

Fixação de preço

A fixação do preço do objeto da licitação pode basear-se na média aritmética dos preços consultados, na mediana ou no menor dos preços pesquisados. A solução mais vantajosa passa pela análise de um conjunto de fatores, tais como: natureza do objeto, mercado fornecedor, eventual restrição ao caráter competitivo da licitação, chance de a licitação resultar fracassada em razão da solução adotada (preço médio ou menor preço obtido), conjugada com o critério de julgamento adotado (com base na análise da compatibilidade da proposta ofertada com o preço estimado ou com base no preço máximo admitido no edital) e, ainda, recursos financeiros disponíveis.

Divulgação do orçamento da licitação

O art. 40, §2º, inciso II, da Lei nº 8.666/1993 determina a divulgação do orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários, como anexo integrante do edital da licitação. Já a Lei nº 10.520/2002 não obriga a inserção do mesmo orçamento no edital, mas exige que conste nos autos do pertinente processo licitatório, consoante estabelece seu art. 3º, inciso III. Extraí-se, pois, que, na modalidade pregão não há a obrigação de divulgação do orçamento no edital da licitação, contudo, tal orçamento deve figurar nos autos do processo licitatório a ser disponibilizado a quem o solicitar.

Pondere-se que o orçamento da licitação, independentemente da modalidade, exige divulgação. A publicidade das licitações e contratações da administração pública, inclusive quanto ao preço, constitui ferramenta útil de controle pelos licitantes e pela sociedade. O interesse público é indisponível, vale dizer, deve ser alcançado mediante atos praticados na conformidade com os princípios, normas e regras estabelecidos para disciplinar a atuação dos poderes públicos.

Por isso, os atos administrativos emitidos no âmbito das licitações e contratações não de ser exibidos ao público, inclusive no tocante ao orçamento. O princípio da publicidade impõe a transparência da atividade administrativa exatamente para que os licitantes e a sociedade possam conferir se está sendo bem conduzida ou não. Ainda, viabiliza-se a impugnação ao orçamento que não traduza os preços de mercado somente se houver a divulgação daquele no edital. Trata-se de dever de transparência da administração pública em prol não apenas dos disputantes, mas do erário e de qualquer cidadão.

Registre-se que o Tribunal de Contas da União, em julgado do ano de 2015, assentou o entendimento de ser obrigatória a divulgação do preço de referência em editais de licitação, na modalidade pregão, quando for utilizado como critério de aceitabilidade das propostas (Acórdão nº 10.051/2015, Segunda Câmara, Rel. Min. André de Carvalho, Processo nº 008.959/2015-3). Tal medida, por certo, possibilita que os licitantes formulem suas propostas utilizando como parâmetro o preço de referência divulgado pela administração, o qual, a seu turno, deve decorrer de ampla e séria pesquisa sobre os preços praticados pelo mercado.