

Por JML Consultoria

Pregão eletrônico. Proposta. Alteração das especificações do objeto após a etapa de lances.

A modalidade pregão, instituída pela Lei Federal nº 10.520/2002, foi criada com o intuito de conferir agilidade aos procedimentos licitatórios, destinados à aquisição de bens e serviços comuns, podendo ser desenvolvida em sua forma comum (presencial) ou eletrônica¹.

Mas, enquanto modalidade licitatória, o pregão é um procedimento administrativo formal, pautado em diversos princípios, dentre eles o da legalidade, composto de uma série de atos específicos, que observam uma sequência lógica e predeterminada pelo ordenamento jurídico.

No âmbito da Administração Pública Federal, o processamento do pregão eletrônico é regulamentado pelo Decreto nº 10.024/2019, que assim dispõe:

“Art. 2º O pregão, na forma eletrônica, é condicionado aos **princípios da legalidade**, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da eficiência, da probidade administrativa, do desenvolvimento sustentável, da **vinculação ao instrumento convocatório**, do julgamento objetivo, da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade e aos que lhes são correlatos.

§ 1º O princípio do desenvolvimento sustentável será observado nas etapas do processo de contratação, em suas dimensões econômica, social, ambiental e cultural, no mínimo, com base nos planos de gestão de logística sustentável dos órgãos e das entidades.

¹ Sendo que os órgãos e entidades submetidos aos termos do Decreto Federal nº 10.024/2019 tem a obrigatoriedade de adotar a modalidade eletrônica do pregão, salvo se existente justificativa apta para afastá-la no caso concreto, na linha do que determina o art. 1º desta norma:

“Art. 1º Este Decreto regulamenta a licitação, na modalidade de pregão, na forma eletrônica, para a aquisição de bens e a contratação de serviços comuns, incluídos os serviços comuns de engenharia, e dispõe sobre o uso da dispensa eletrônica, no âmbito da administração pública federal.

§ 1º A utilização da modalidade de pregão, na forma eletrônica, pelos órgãos da administração pública federal direta, pelas autarquias, pelas fundações e pelos fundos especiais é obrigatória.

§ 2º As empresas públicas, as sociedades de economia mista e suas subsidiárias, nos termos do regulamento interno de que trata o art. 40 da Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016, poderão adotar, no que couber, as disposições deste Decreto, inclusive o disposto no Capítulo XVII, observados os limites de que trata o art. 29 da referida Lei.

§ 3º Para a aquisição de bens e a contratação de serviços comuns pelos entes federativos, com a utilização de recursos da União decorrentes de transferências voluntárias, tais como convênios e contratos de repasse, a utilização da modalidade de pregão, na forma eletrônica, ou da dispensa eletrônica será obrigatória, exceto nos casos em que a lei ou a regulamentação específica que dispuser sobre a modalidade de transferência discipline de forma diversa as contratações com os recursos do repasse.

§ 4º Será admitida, excepcionalmente, mediante prévia justificativa da autoridade competente, a utilização da forma de pregão presencial nas licitações de que trata o caput ou a não adoção do sistema de dispensa eletrônica, desde que fique comprovada a inviabilidade técnica ou a desvantagem para a administração na realização da forma eletrônica.”

§ 2º As normas disciplinadoras da licitação serão interpretadas em favor da ampliação da disputa entre os interessados, resguardados o interesse da administração, o **princípio da isonomia**, a finalidade e a segurança da contratação.

(...)

Art. 6º A realização do pregão, na forma eletrônica, observará as seguintes etapas sucessivas:

III - apresentação de propostas e de documentos de habilitação;

(...)

Art. 8º O processo relativo ao pregão, na forma eletrônica, será instruído com os seguintes documentos, no mínimo:

(...)

XI- proposta de preços do licitante;

XII - ata da sessão pública, que conterá os seguintes registros, entre outros:

a) os licitantes participantes;

b) as propostas apresentadas;

c) os avisos, os esclarecimentos e as impugnações;

d) os lances ofertados, na ordem de classificação;

e) a suspensão e o reinício da sessão, se for o caso;

f) a aceitabilidade da proposta de preço;

g) a habilitação;

h) a decisão sobre o saneamento de erros ou falhas na proposta ou na documentação;

i) os recursos interpostos, as respectivas análises e as decisões; e

j) o resultado da licitação;

Art. 17. Caberá ao pregoeiro, em especial:

(...)

III - verificar a conformidade da proposta em relação aos requisitos estabelecidos no edital;

IV - coordenar a sessão pública e o envio de lances;

V - verificar e julgar as condições de habilitação;

VI - sanear erros ou falhas que não alterem a substância das propostas, dos documentos de habilitação e sua validade jurídica

(...)

Art. 19. Caberá ao licitante interessado em participar do pregão, na forma eletrônica:

I - credenciar-se previamente no Sicaf ou, na hipótese de que trata o §2º do art. 5º, no sistema eletrônico utilizado no certame;

II - remeter, no prazo estabelecido, exclusivamente via sistema, os documentos de habilitação e a proposta e, quando necessário, os documentos complementares;

III - responsabilizar-se formalmente pelas transações efetuadas em seu nome, assumir como firmes e verdadeiras suas propostas e seus lances, inclusive os atos praticados

diretamente ou por seu representante, excluída a responsabilidade do provedor do sistema ou do órgão ou entidade promotora da licitação por eventuais danos decorrentes de uso indevido da senha, ainda que por terceiros;

(...)

Art. 28. O pregoeiro verificará as propostas apresentadas e desclassificará aquelas que não estejam em conformidade com os requisitos estabelecidos no edital.

Parágrafo único. A desclassificação da proposta será fundamentada e registrada no sistema, acompanhado em tempo real por todos os participantes.

(...)

Art. 38. Encerrada a etapa de envio de lances da sessão pública, o pregoeiro deverá encaminhar, pelo sistema eletrônico, contraproposta ao licitante que tenha apresentado o melhor preço, para que seja obtida melhor proposta, vedada a negociação em condições diferentes das previstas no edital.

§ 1º A negociação será realizada por meio do sistema e poderá ser acompanhada pelos demais licitantes.

§ 2º O instrumento convocatório deverá estabelecer prazo de, no mínimo, duas horas, contado da solicitação do pregoeiro no sistema, para envio da proposta e, se necessário, dos documentos complementares, adequada ao último lance ofertado após a negociação de que trata o caput.

Art. 39. Encerrada a etapa de negociação de que trata o art. 38, o pregoeiro examinará a proposta classificada em primeiro lugar quanto à adequação ao objeto e à compatibilidade do preço em relação ao máximo estipulado para contratação no edital, observado o disposto no parágrafo único do art. 7º e no § 9º do art. 26, e verificará a habilitação do licitante conforme disposições do edital, observado o disposto no Capítulo X.

(...)

Art. 47. O pregoeiro poderá, no julgamento da habilitação e das propostas, sanar erros ou falhas que não alterem a substância das propostas, dos documentos e sua validade jurídica, mediante decisão fundamentada, registrada em ata e acessível aos licitantes, e lhes atribuirá validade e eficácia para fins de habilitação e classificação, observado o disposto na Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999.

Parágrafo único. Na hipótese de necessidade de suspensão da sessão pública para a realização de diligências, com vistas ao saneamento de que trata o caput, a sessão pública somente poderá ser reiniciada mediante aviso prévio no sistema com, no mínimo, vinte e quatro horas de antecedência, e a ocorrência será registrada em ata.” (grifou-se)

Das disposições legais acima transcritas infere-se que os interessados em participar do pregão eletrônico deverão remeter, no prazo estabelecido, exclusivamente via sistema, os documentos de habilitação e a proposta e, quando necessário, os documentos

complementares. Ademais, devem manifestar, como condição de participação e através de campo próprio do sistema, que cumprem plenamente os requisitos de habilitação e que sua proposta está em conformidade com as exigências do instrumento convocatório.

A proposta deve apresentar a descrição do objeto, no intuito de individualizar o bem cotado, o que envolve a indicação, em campo próprio do sistema, de marca, modelo, especificações, características, etc., de objeto que satisfaça a todas as exigências previamente estabelecidas em edital, e ao Pregoeiro responsável por conduzir o certame verificar (antes mesmo da etapa competitiva) a conformidade da proposta apresentada pelo licitante com os requisitos definidos expressamente no edital, desclassificando aquelas que descumprirem os seus termos, disponibilizando tal decisão no sistema eletrônico.

Nesse sentido, o Tribunal de Contas da União sinaliza:

“Representação. Licitação. Pregão eletrônico. Rito processual da modalidade. Prevenir a participação, na fase competitiva, de empresas com propostas em desconformidade com instrumento convocatório. Determinação.

[VOTO]

18. No que diz respeito à segunda **irregularidade apontada pela representante - abertura da etapa de lances imediatamente após a fase de recebimento das propostas, sem análise prévia da conformidade dessas propostas com os requisitos estabelecidos no edital - de fato, verificou-se que não houve a análise da conformidade das propostas com as regras previstas no instrumento convocatório antes do início da fase de lances.**

19. Conforme dispõe o artigo 4º, caput e inciso VII, da Lei nº 10.520/02, 'a fase externa do pregão será iniciada com a convocação dos interessados e observará as seguintes regras: (...) VII - aberta a sessão, os interessados ou seus representantes, apresentarão declaração dando ciência de que cumprem plenamente os requisitos de habilitação e entregarão os envelopes contendo a indicação do objeto e do preço oferecidos, procedendo-se à sua imediata abertura e à verificação da conformidade das propostas com os requisitos estabelecidos no instrumento convocatório'.

20. Procede, portanto, a irregularidade em questão, cabendo determinação à Eletronorte.

[ACÓRDÃO]

9.3.2. observe o rito processual relativo à modalidade pregão, conforme estabelecido pela Lei nº 10.520/02, de forma a prevenir a participação, na fase competitiva, de empresas com propostas em desconformidade com instrumento convocatório”² (grifou-se)

² TCU. Acórdão 502/2008. Plenário.

“A jurisprudência desta Corte (Acórdãos 539/2007-P e 934/2007-1C), apoiada na doutrina pátria, leciona que **o exame realizado pelo pregoeiro na fase de verificação inicial das propostas** (art. 22, § 2º, do Decreto 5.450/2005) deve ser sumário e sintético, dada a natureza dinâmica do pregão, sendo que ‘não cabe disputa mais aprofundada nessa etapa’ e que **‘o pregoeiro deverá examinar a proposta e verificar se a descrição ali contida corresponde àquela adotada no edital’**.

Já na fase de aceitação do pregão (art. 25, caput e §§ 1º a 4º, do Decreto 5.450/2005), é que deve ser perquirida com afinco a compatibilidade do preço da proposta em relação ao estimado para contratação e o atendimento pelo licitante das exigências habilitatórias dispostas no edital.

Caso a proposta não seja aceitável, o pregoeiro examinará a proposta subsequente e, assim sucessivamente, na ordem de classificação, até a apuração de uma proposta que atenda ao edital, nos termos do art. 25, § 5º, do Decreto 5.450/2005. Por outro lado, constatado o atendimento às exigências fixadas no edital, o licitante será declarado vencedor, conforme § 9º do mesmo dispositivo.

Após essa etapa, entendo que somente é cabível o retorno à fase de aceitação se verificada falhas relevantes que alterem a substância das propostas, dos documentos e sua validade jurídica.”³ (grifou-se)

Justamente por ser dever do licitante especificar o objeto, como forma de individualizar o bem que está cotando, esta Consultoria entende salutar que no edital conste cláusula esclarecendo/vedando a mera referência “conforme o edital” nas especificações da proposta. Claro que o licitante deve tomar as cautelas necessárias para não acabar se identificando nesse momento prévio à etapa de lances. Mas, como bem aponta Julieta Mendes Lopes Vareschini, no Blog JML, “a fim de evitar a identificação do licitante antes da fase de lances, já que o anonimato até o encerramento da etapa de disputa é da essência do pregão eletrônico, o próprio sistema do COMPRASNET foi adaptado para permitir ao licitante cadastrar informações como marca, fabricante, etc., em campos próprios que só ficarão disponíveis para visualização do pregoeiro após a fase de lances.”⁴

E uma vez descrito o objeto na proposta e sendo esta aceita/classificada para a etapa de lances, seus termos restam imutáveis, em razão do princípio da **imutabilidade das propostas**, que **no pregão é relativizado somente no que tange ao preço**, uma vez que existe

³ TCU. Acórdão 2154/2011. Plenário.

⁴ In “PREGÃO E DESCLASSIFICAÇÃO DA PROPOSTA POR IDENTIFICAÇÃO DO LICITANTE”, disponível em <[\[www.jmlgrupo.com.br\]\(http://www.jmlgrupo.com.br\)](https://www.blogjml.com.br/?area=artigo&c=14dfa952127629a117a56f296e9e4ae2#:~:text=Ocorre%20que%2C%20por%20lapso%20ou.acarretar%20a%20desclassifica%C3%A7%C3%A3o%20do%20licitante.>”. Acesso em 02.02.2021.</p></div><div data-bbox=)

uma etapa específica (lances) onde se busca justamente a alteração (para menos) do valor inicialmente apresentado, existindo, ademais, a possibilidade de negociação com vistas à redução do preço final.

Ou seja, até a abertura do certame, o particular tem a possibilidade de alterar a sua proposta (excluindo-a ou substituindo-a no sistema). Depois disso, sendo aceita e classificada a proposta para a etapa de lances, apenas o seu valor pode ser alterado, mantidas as demais especificações, no que se refere às características/especificações/marca/modelo do objeto ofertado, devendo sujeitar-se, se for o caso, às consequências (desclassificação) por cotar produto incompatível com o exigido no edital, posto que do contrário os princípios orientadores da licitação restariam violados, especialmente o da isonomia, o da legalidade e o da vinculação ao instrumento convocatório, como bem sinalizou o TCU na seguinte situação:

“[SUMÁRIO]

REPRESENTAÇÃO. PREGÃO 76/2010 FUNASA/MT. RETORNO INDEVIDO DE ITENS À FASE DE ACEITAÇÃO. POSSÍVEL FRAUDE À COMPETIÇÃO. AUDIÊNCIAS. PROCEDÊNCIA DA REPRESENTAÇÃO. ACOLHIMENTO PARCIAL DAS RAZÕES DE JUSTIFICATIVA. MULTA AO GESTOR.

[RELATÓRIO]

da Secex/MT (peça 56).

9. Enfim, a Unidade Técnica emitiu derradeira instrução (peça 70), a qual adoto como relatório, com os ajustes que entendo necessários:

‘(...)

2.11. As razões de justificativas apresentadas pelo Sr. [pregoeiro] foram examinadas na instrução precedente (peça 44) nos seguintes termos:

‘3.1. É importante frisar que o objeto da oitiva e da audiência foi a decisão do pregoeiro de retornar à fase de aceitação os itens 1 a 7, 10 a 15 e 20 a 21 do pregão em comento, alegando o descumprimento de requisitos previstos em edital, não obstante o resultado anteriormente divulgado pelo órgão declarando as vencedoras dos referidos itens, bem como pela decisão de não fornecer a licitantes cópia do parecer técnico que resultou em desclassificação de propostas. (...)

3.14. As razões de justificativas apresentadas não elidem as irregularidades identificadas no Pregão Eletrônico de Registro de Preços nº 76/2010 da Funasa/MT e não devem ser acolhidas por este Tribunal.

3.15. Se as propostas apresentadas pela [empresa] e demais participantes da licitação não atendiam aos requisitos previstos no edital, tivesse o pregoeiro desclassificado essas empresas antes de iniciada a fase competitiva (consoante o definido conjuntamente nos

artigos 22, § 2º, e 24, caput, do Decreto nº 5.450/2005) ou recusado as propostas definitivas antes de concluir a fase de aceitação e habilitação.

3.16. As ocorrências identificadas revelam que esse agente, na condução desse certame, se não agiu de má-fé, foi, no mínimo, negligente.

(...)

Ocorrência

c) Por não ter recusado a proposta apresentada pela [empresa] para os itens 3 e 4, não obstante essa empresa ter indicado inicialmente (cadastro no Comprasnet) que o equipamento ofertado era da marca Ebara e em sua proposta definitiva, sem que houvesse qualquer justificativa, apresentar a marca Duro Solar, concedendo-se à empresa tratamento (permissão de mudança da proposta inicial) que não foi dado a outras licitantes.

Justificativas

4.13. Em relação à ocorrência, o responsável alega, em síntese, que não desclassificou (recusou a proposta) a empresa porque não percebeu a referida divergência (mudança da proposta inicial quanto à marca ofertada).

Análise

4.14. Como será exposto adiante nesta instrução, o próprio licitante alega que alterou a marca porque o objeto ofertado na proposta inicial (cadastrada no Comprasnet) não atendia às especificações do edital.

4.15. Cumpre informar que uma das licitantes registrou intenção de impetrar recurso contra o resultado dos itens 3 e 4 e alertou o pregoeiro de que o objeto ofertado pela [empresa], da marca Ebara, não atendia ao exigido.

4.16. A intenção de recurso foi rejeitada, sendo que o pregoeiro aduziu que, de acordo com o 'parecer técnico' apresentado pelo engenheiro da DIESP, a proposta apresentada pela empresa atendia tecnicamente aos equipamentos solicitados (pág. 119-121 da peça 38). Além de não haver nos autos nenhum parecer técnico elaborado pela Diesp na forma mencionada pelo pregoeiro, o caderno técnico mencionado se refere à marca Duro Solar.

4.17. Diante disso, as justificativas quanto a esse ponto da audiência não devem ser acolhidas por este Tribunal.

[VOTO]

Destarte, assiste razão à Unidade Técnica (peça 44) quando afirma que as justificativas do responsável não elidem as irregularidades identificadas no ofício 284/2011-TCU/Secex/MT e, portanto, não devem ser acolhidas por este Tribunal.

Em relação à segunda audiência do Sr. [pregoeiro], ofício 622/2011-TCU/Secex/MT (peça 50), foram apresentadas razões de justificativa **'para as ocorrências relacionadas abaixo, verificadas na condução do Pregão Eletrônico para Registro de Preços nº 76/2010, que**

ferem os princípios básicos da isonomia, do julgamento objetivo e da seleção da proposta mais vantajosa:

(...)

c) por não ter recusado a proposta apresentada pela [empresa] para os itens 3 e 4, não obstante essa empresa ter indicado inicialmente (cadastro no Comprasnet) que o equipamento ofertado era da marca Ebara e em sua proposta definitiva, sem que houvesse qualquer justificativa, apresentar a marca Duro Solar, concedendo-se à empresa tratamento (permissão de mudança da proposta inicial) que não foi dado a outras licitantes;

(...)

Em relação às demais irregularidades apontadas no ofício de audiência 622/2011-TCU/Secex/MT, letras 'b', 'c', 'd', 'e', 'f', 'g', 'h' e 'j', as justificativas do Sr. [pregoeiro] não merecem a guarida desta Corte.

Quanto às letras 'b' e 'c', o próprio responsável admite que 'infelizmente passou despercebido' e que 'não verificamos essa divergência'.

(...)

Também inadmissível a mudança de marca entre as propostas inicial e definitiva promovida pela empresa para o objeto dos itens 3 e 4 do pregão, em flagrante ofensa ao item 4.8 do edital e aos princípios norteadores das licitações públicas.

[ACÓRDÃO]

9.1. conhecer a presente representação, nos termos do art. 113, § 1º, da Lei 8.666/93, c/c o art. 237, inciso VII, do Regimento Interno do TCU, para, no mérito, considerá-la procedente;

(...)

9.7. assinar prazo de 15 (quinze) dias à Funasa/MT, com fundamento no artigo 45 da Lei 8.443/92, c/c art. 251 do Regimento Interno do TCU, para que adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei em relação aos itens 1 a 7, 10 a 14 e 21 do pregão eletrônico para registro de preços 76/2010, **uma vez que na condução deste certame houve violação aos princípios da isonomia, do julgamento objetivo e da seleção da proposta mais vantajosa;**

9.8. recomendar à Funasa/MT que na realização do novo certame para adquirir os objetos do pregão ora impugnado, atente para os seguintes pontos:

9.8.1. elabore o edital de forma que fiquem esclarecidas as principais dúvidas suscitadas pelos participantes do Pregão Eletrônico para Registro de Preços 76/2010;

9.8.2. busque corrigir as inconsistências constantes do quadro 1.2 do anexo I do edital do Pregão Eletrônico para Registro de Preços 76/2010, de forma a evitar a repetição de itens licitados, a exemplo do que ocorreu com os itens 2 e 5, 3 e 6;

9.8.3. **exija no instrumento convocatório que os participantes enviem, junto com suas propostas, anexos com a especificação detalhada e minuciosa dos itens cotados.**

9.9. dar ciência do Acórdão que vier a ser proferido, bem como do Relatório e do Voto que o fundamentarem, às empresas adjudicatárias dos itens impugnados (1 a 7, 10 a 14 e 21);

9.10. arquivar o presente processo, com base no art. 169, inciso IV, do Regimento Interno do TCU.⁵ (grifou-se)

Sendo assim, quando requerida pelo pregoeiro a apresentação de proposta adequada ao último valor do lance oferecido e/ou a apresentação de documentação complementar, o licitante não pode alterar a especificação do objeto cotado, seja em relação à marca ou ao modelo. Isso ocorrendo, o licitante deve, em regra, ser desclassificado do certame.

É importante ser ponderado, no entanto, que em face do princípio do formalismo moderado, a Administração, antes de promover a desclassificação imediata do particular, deve oportunizar que o interessado apresente justificativa para tal alteração, já que, em razão do princípio mencionado, erros ou equívocos na apresentação das propostas podem (deverem) ser corrigidos (quando possível, sem afrontar outros princípios, em especial o da isonomia) para evitar a desclassificação da proposta mais vantajosa à Administração, em prestígio ao princípio da eficiência/economicidade.

⁵ TCU. Acórdão 2154/2011. Plenário.