

Nota Técnica nº 04/2009 - Sefti/TCU – versão 1.0

Brasília, 10 de abril de 2010

Assunto: Possibilidade de avaliação de amostras na contratação de bens e suprimentos de Tecnologia da Informação mediante a modalidade Pregão.

SUMÁRIO

I	DO OBJETIVO.....	1
II	DA MOTIVAÇÃO	1
III	DOS ENTENDIMENTOS PROPOSTOS	1
IV	DA FUNDAMENTAÇÃO.....	2
V	DAS CONSIDERAÇÕES INICIAIS	2
VI	DA ANÁLISE	3
VI.1	Da possibilidade de se prever a avaliação de amostras.....	3
VI.2	Da obrigatoriedade de realização do procedimento quando previsto no edital	9
VI.3	Do momento e de quais licitantes exigir amostra	11
VI.4	Das diretrizes para realização do procedimento de avaliação de amostras.....	12
	HISTÓRICO DE REVISÕES	15
	EXCERDOS DA LEGISLAÇÃO E DA JURISPRUDÊNCIA DO TCU	16

I DO OBJETIVO

1. Firmar entendimento da Sefti sobre a regularidade da realização de procedimentos de avaliação de amostras nas licitações para contratação de bens e suprimentos de Tecnologia da Informação (TI), com base na legislação vigente.

II DA MOTIVAÇÃO

2. O Acórdão nº 1.215/2009 – TCU – Plenário, em seu subitem 9.1.3.2, recomendou à Sefti que avaliasse a possibilidade de elaboração de Nota Técnica sobre “a avaliação de amostras na contratação de bens e suprimentos de Tecnologia da Informação pela modalidade Pregão, visando minimizar o problema também corrente na Administração consistente na entrega de materiais dessa natureza de qualidade inservível e duvidosa”.
3. Como verificado na jurisprudência predominante do TCU (a exemplo das Decisões nºs 197/2000 e 1.237/2002 e dos Acórdãos nºs 808/2003, 99/2005, 526/2005, todos do Plenário), para as modalidades licitatórias previstas na Lei nº 8.666/1993, esta Casa já consignava pela procedência da avaliação de amostras, condicionando-se que tal exigência fosse feita apenas ao licitante que se apresente provisoriamente em primeiro lugar e na fase de classificação. Restante, portanto, a análise do posicionamento quanto ao Pregão, uma vez que, nesse caso, o principal problema apontado seria a perda de sua característica essencial, a celeridade, prevista no **caput** do art. 4º, do Decreto nº 3.555/2000 (e.g., Acórdãos TCU nºs 1.634/2007 e 1.182/2007, ambos do Plenário). Portanto, a análise consubstanciada nesta Nota Técnica está centrada nesta última modalidade.

III DOS ENTENDIMENTOS PROPOSTOS

Entendimento I. É possível prever procedimento de avaliação de amostras nas licitações para aquisições de bens e suprimentos de TI mediante a modalidade Pregão (Lei nº 8.666/1993, art. 3º,

caput e art. 43, inciso IVⁱ; Lei nº 10.520/2002, art. 3º, inciso I e art. 4º, incisos XI e XVIⁱⁱ; Acórdãos TCU nºs 1.182/2007, item 9.1 e 1.168/2009, item 9.2.1, ambos do Plenárioⁱⁱⁱ).

Entendimento II. Nos casos em que o edital prever o procedimento de avaliação de amostras, sua realização deve constar como obrigatória. O procedimento previsto somente deixará de ser executado nas situações objetivamente descritas e justificadas no instrumento convocatório, respeitando-se, sempre, a isonomia entre os interessados (Lei nº 8.666/1993, art. 44, § 1º^{iv} e art. 3º, **caput**; Lei nº 9.784/1999, art. 50, inciso I^v).

Entendimento III. Nos certames realizados por Pregão, em que a avaliação de amostras fizer-se necessária, esta deve ser exigida somente na fase de classificação e apenas do licitante provisoriamente em primeiro lugar, após a etapa de lances (Lei nº 8.666/1993, art. 3º, § 1º, inciso I^{vi} e arts. 27 a 31^{vii}; Decisão nº 1.237/2002 – TCU – Plenário, subitem 8.3.2; Acórdãos TCU nºs 808/2003, subitem 9.2.5 e 526/2005, subitem 9.3, ambos do Plenário^{viii}).

Entendimento IV. Nos casos em que a avaliação de amostras fizer-se necessária, devem-se prever no instrumento convocatório, pelo menos, os seguintes itens (Princípio da publicidade – Constituição Federal, art. 37, **caput**^{ix}; Princípio do julgamento objetivo e da isonomia – Lei nº 8.666/1993, art. 3º, **caput**^x; Princípio da segurança jurídica – Lei nº 9.784/1999, art. 2º, **caput**^{xi}):

- a. Prazo adequado para entrega da amostra pelo licitante;
- b. A possibilidade e a forma de participação dos interessados, inclusive dos demais licitantes, no acompanhamento do procedimento de avaliação da amostra;
- c. A forma de divulgação, a todos os licitantes, do período e do local da realização do procedimento de avaliação de amostras e do resultado de cada avaliação;
- d. O roteiro de avaliação, detalhando todas as condições em que o procedimento será executado, além dos critérios de aceitação da amostra e, consequentemente, da proposta do licitante;
- e. Cláusulas que especifiquem a responsabilidade do ente contratante quanto ao estado em que a amostra será devolvida e ao prazo para sua retirada após a conclusão do procedimento licitatório.

IV DA FUNDAMENTAÇÃO

Constituição Federal/1988;

Lei nº 8.666/1993;

Lei nº 10.520/2002;

Lei nº 9.784/1999;

Decreto nº 3.555/2000;

Decisão nº 288/1996 – TCU – Plenário;

Decisão nº 1.102/2001 – TCU – Plenário;

Decisão nº 1.237/2002 – TCU – Plenário;

Acórdão nº 808/2003 – TCU – Plenário;

Acórdão nº 1.670/2003 – TCU – Plenário;

Acórdão nº 526/2005 – TCU – Plenário;

Acórdão nº 1.598/2006 – TCU – Plenário;

Acórdão nº 1.182/2007 – TCU – Plenário;

Acórdão nº 1.634/2007 – TCU – Plenário;

Acórdão nº 669/2008 – TCU – Plenário;

Acórdão nº 1.168/2009 – TCU – Plenário;

Acórdão nº 1.183/2009 – TCU – 2ª Câmara;

Acórdão nº 1.215/2009 – TCU – Plenário;

Acórdão nº 1.281/2009 – TCU – Plenário;

Acórdão nº 2.739/2009 – TCU – Plenário;

Acórdão nº 2.932/2009 – TCU – Plenário.

V DAS CONSIDERAÇÕES INICIAIS

4. O procedimento de avaliação de amostras em Pregões para contratação de bens e suprimentos de TI consiste na apresentação, por parte do licitante, de uma amostra dos produtos ofertados, seguida da realização de testes pelo ente promotor da licitação. Tal avaliação, em geral, ocorre ao final da fase de classificação dos licitantes, na forma do art. 4º, inciso XI, da Lei nº 10.520/2002 e do art. 11, inciso XII, do Decreto nº 3.555/2000.

5. Assim, após ser provisoriamente classificado em primeiro lugar, o licitante recebe a solicitação do pregoeiro, para que envie, em determinado prazo, amostra dos produtos ofertados, a ser submetida à avaliação pelo órgão contratante.
6. Nessa avaliação, testes e/ou verificações, já previstos no instrumento convocatório, são aplicados sobre a amostra dos produtos ofertados. Por exemplo, pode ser feita a avaliação de uma amostra de impressoras com o objetivo de verificar se a velocidade de impressão daquela unidade amostrada efetivamente atende à velocidade mínima especificada no edital.
7. Dessa forma, a aceitação da amostra constitui condição para adjudicação do objeto do certame, de maneira que, caso a unidade amostrada não seja aprovada mediante as condições pré-estabelecidas no procedimento de testes, o licitante é desclassificado, e o próximo é convocado, na ordem de classificação (art. 4º, inciso XVI, Lei nº 10.520/2002).
8. Implicitamente, o resultado da avaliação da amostra é estendido ao universo de produtos a ser ofertado. Em geral, o próprio procedimento de testes é transcrito no instrumento convocatório. Em outros casos, apenas prevê-se a possibilidade de aplicação de testes, com base na especificação técnica do edital.
9. Cumpre salientar que a avaliação de amostras não substitui a verificação obrigatória para fins de recebimento e aceite, prevista no art. 73 da Lei nº 8.666/1993.
10. Neste trabalho, estudaram-se os Acórdãos e as Decisões que resultaram de pesquisa textual no portal do TCU com os argumentos livres “avaliação amostra” no dia 10/12/2009, além de outras deliberações citadas no Acórdão nº 1.215/2009 – TCU – Plenário. As deliberações usadas no embasamento dos entendimentos encontram-se transcritas nos itens iii e viii do Apêndice II desta Nota.

VI DA ANÁLISE

VI.1 Da possibilidade de se prever a avaliação de amostras

Da utilidade da exigência e dos possíveis entraves

11. Assente o previsto no art. 3º, **caput**, da Lei nº 8.666/1993, a licitação destina-se a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração, além de garantir a observância do princípio constitucional da isonomia. Nessa esteira, deve o gestor buscar todos os mecanismos legais que lhe assegurem a máxima vantajosidade da contratação.
12. A proposta mais vantajosa, no caso das licitações na modalidade Pregão, é aquela que, atendidos os requisitos técnico-qualitativos da contratação, possua o menor preço. Para se atingir esse objetivo, devem-se adotar mecanismos para se alcançar o menor preço e, ao mesmo tempo, garantir que o objeto da contratação contemple todos os requisitos necessários ao atendimento da necessidade que motivou a contratação.
13. A potencial obtenção do menor preço é uma consequência da adoção da modalidade Pregão, sobretudo na sua forma eletrônica, que, além de permitir unicamente o tipo menor preço, pela sua sistemática, ampliou o acesso das empresas às compras públicas.
14. Dessa forma, com a crescente adoção do Pregão nas aquisições de TI, resultado, inclusive, da evolução da jurisprudência desta Corte, consolidada no subitem 9.2.2 do Acórdão nº 2.471/2008 – TCU – Plenário, o gestor deve buscar, cada vez mais, mecanismos legais para garantir qualidade e eficiência da contratação, atuando em compensação à consequente ampliação do número de participantes nas licitações públicas.
15. De acordo com o voto condutor do Acórdão nº 1.215/2009 – TCU – Plenário, nas compras da Administração Federal, é recorrente o problema de entrega de bens e suprimentos de TI de

- qualidade duvidosa ou até mesmo inservível, pela observância unicamente do menor preço ofertado, conseqüência da disputa por Pregão.
16. Esse problema é decorrente também de uma percepção equivocada de muitos gestores públicos de que o Pregão leva à contratação de bens e serviços pelo menor preço possível no mercado. Na verdade, o Pregão é uma modalidade de licitação que propicia a compra pelo menor preço entre os bens e serviços que atendam aos requisitos estabelecidos.
 17. Esses requisitos podem, inclusive, levar à contratação de um bem ou serviço que esteja em um patamar de qualidade e desempenho mais elevado em comparação com os produtos mais baratos do mercado, desde que esses requisitos sejam indispensáveis para o atendimento à necessidade da contratação.
 18. Ou seja, um determinado órgão pode contratar um produto mais simples e barato (e.g. um **notebook** de configuração simples) e outro órgão pode contratar um produto mais sofisticado e mais caro (e.g. **notebook** de alto desempenho) e ambos estarem efetuando contratações adequadas, se os requisitos de qualidade e desempenho tiverem sido elaborados com base nas respectivas necessidades dos órgãos e nas práticas de mercado.
 19. De qualquer modo, a avaliação de amostras é uma das alternativas de que dispõe o gestor para assegurar a eficácia da contratação. Na prática, o procedimento propicia ao gestor um contato inicial com o produto a ser adquirido, ou, na maioria dos casos, com uma unidade idêntica, em princípio, àquelas que serão entregues após a celebração do contrato. Nessa oportunidade, o gestor poderá proceder a uma avaliação do produto e/ou a uma gama de testes previamente definidos, com objetivo de verificar a aderência do produto ofertado aos requisitos de qualidade e desempenho estabelecidos no instrumento convocatório.
 20. Nos certames em que não há essa previsão, o gestor não possui meios para avaliar de maneira direta o produto licitado, previamente à celebração contratual. Assim, há o risco de o gestor constatar, somente após a celebração contratual, que o bem ou suprimento fornecido não atende aos requisitos mínimos de qualidade previstos no edital ou, até mesmo, que é inservível. Nesse momento, já se gastou esforço e tempo, e, para solucionar o problema, será necessário penalizar a empresa, efetuar o distrato e nova contratação, gerando custos e atrasos para a Administração. Essa situação é agravada quando isso ocorre reiteradamente no mesmo certame, isto é, com os próximos licitantes convocados a celebrar contrato.
 21. Nesse cenário, a exigência em tela, quando eficaz, poderia constituir-se em ganho de eficiência às compras do Estado, porquanto reduziria o tempo e custo de uma contratação.
 22. Assim, o procedimento de avaliação de amostras apresenta-se como meio útil para a Administração Pública aumentar a probabilidade de adquirir produtos com melhor qualidade, na medida em que permite efetiva avaliação do objeto licitado previamente à celebração contratual. Nesse sentido, citam-se os Pregões nºs 36/2009-TCU e 7/2009-CGU, nos quais a avaliação de amostras permitiu a desclassificação de propostas que não atendiam à especificação.
 23. Contudo, a realização do procedimento de avaliação de amostras pode gerar também alguns entraves que serão comentados a seguir.
 24. De acordo com o relatório do Acórdão nº 1.168/2009 – TCU – Plenário, a agilidade, característica essencial do Pregão, resta prejudicada em um certame que prevê a avaliação de amostras.
 25. Em primeiro lugar, porque impõe a necessidade de oferecer ao licitante provisoriamente vencedor do certame tempo para fornecer a respectiva amostra, além do período necessário à

- análise pelo contratante e da possibilidade de imposição de recursos acerca do resultado da avaliação pelos demais licitantes.
26. Em segundo lugar, porque, conforme uníssona jurisprudência desta Corte, caso a Administração reputar necessária a exigência de amostras, esta deve impor tal obrigação somente ao licitante provisoriamente colocado em primeiro lugar, pois agir de modo diverso poderia encarecer o custo de participação dos licitantes no certame, ocasionando, dessa maneira, restrição indevida ao caráter competitivo que deve nortear as licitações. Assim, se a amostra do licitante provisoriamente colocado em primeiro lugar fosse rejeitada pela Administração, seria necessário convocar o segundo colocado e ofertar-lhe novo tempo para fornecimento de sua amostra, o que levaria o certame a um prolongamento que não é característico do Pregão.
27. Para melhor avaliação desse “atraso” e comparação entre uma situação em que se prevê a realização de amostras e outra que não, definir-se-á, inicialmente, o horizonte de tempo avaliado. Considerando-se o período entre a detecção da necessidade da contratação e a adjudicação do objeto ao vencedor do certame, certamente uma licitação que prevê a avaliação de amostras será menos ágil.
28. Contudo, ao se considerar o período compreendido entre a detecção da necessidade e o recebimento final do objeto, a situação pode ser distinta.
29. Isso porque o processo de contratação passa por várias etapas até que se inicie a execução do objeto, cada uma destas demandando tempo, ainda que se desconsiderem fatores imprevisíveis, como a interposição de recursos por outros licitantes.
30. Por exemplo, temos, pelo menos, a ocorrência dos seguintes eventos após a adjudicação e homologação da licitação:
- Convocação para que o licitante declarado vencedor celebre contrato com a Administração, dentro de determinado prazo (art. 4º, inciso XXII, Lei nº 10.520/2002);
 - Preparação interna da convocação para a assinatura do contrato;
 - Crivo jurídico do contrato pelo órgão contratante;
 - Emissão da nota de empenho (art. 60, Lei nº 4.320/1964);
 - Assinatura do contrato;
 - Publicação do respectivo extrato no Diário Oficial (art. 61, parágrafo único, Lei nº 8.666/1993).
31. Depois de celebrado o contrato, é concedido um prazo para o início do fornecimento do objeto, porém, ainda que previamente definido no instrumento convocatório, o prazo deve ser razoável para que o contratado primeiramente obtenha os produtos ofertados, para só então iniciar o fornecimento.
32. Ora, todas essas etapas, ainda que com prazos previamente definidos, impactam sobremaneira na data do recebimento final do objeto. Imagine-se a situação em que, após cumpridas todas essas fases, descobre-se, ainda que no início do fornecimento, descumprimento da especificação técnica por parte dos bens e suprimentos ofertados pelo contratado, de maneira que o distrato faça-se necessário. Nesse caso, todas as tarefas elencadas acima terão de ser executadas, pelo menos, mais uma vez, para se contratar o segundo colocado do certame (caso atendidos os requisitos do art. 24, inciso XI, da Lei nº 8.666/1993), ou até mesmo, iniciar uma nova licitação (caso não satisfeitos os requisitos), adiando ainda mais a entrega final do objeto.

33. Para agravar o atraso, no procedimento de distrato, deve-se conceder prazo para a contratada manifestar-se, respeitando-se o contraditório e a ampla defesa, esculpido no inciso LV, do art. 5º, da Carta Magna, com posterior análise da manifestação da empresa, e, ainda, eventuais recursos administrativos pela ex-contratada.
34. Ademais, além de provocar longos atrasos, a reiterada tentativa de contratação no âmbito do mesmo objeto e certame gera retrabalho para a máquina pública, incrementando, por conseguinte, o custo administrativo.
35. Portanto, a eventual necessidade de se contratar o segundo colocado de uma licitação após tentativa frustrada de fornecimento com o primeiro, impõe longos atrasos à contratação, além de incremento no custo administrativo.
36. Tendo em vista que o procedimento de avaliação de amostras proporciona, potencialmente, a detecção de fornecimento de bens e suprimentos de TI com baixa qualidade, e consequente não cumprimento do edital por parte do licitante vencedor antes da celebração contratual, reduz-se o risco da ocorrência desse problema.
37. Destarte, ao mesmo tempo em que a avaliação de amostras provoca necessariamente perda inicial de celeridade no certame, a mesma pode mitigar riscos de não cumprimento contratual, prevenindo atrasos, certamente mais longos, caso o risco em tela se materialize.
38. O gestor deve avaliar os riscos envolvidos em uma contratação de bens e suprimentos de TI, em contrapartida com a perda de celeridade ocasionada pela realização da avaliação de amostras naquele certame, com vistas a determinar se o procedimento se faz necessário. Isto é, se seria mais eficiente aceitar os riscos da contratação, ou tratá-los, mediante a previsão e realização do procedimento de avaliação de amostras. Portanto, há casos em que o atraso inicial pode ser necessário na redução desses riscos.
39. A necessidade da exigência pode se fundar em fatores de dois âmbitos: técnico e mercadológico. No primeiro, a alta complexidade, em contrapartida à baixa maturidade do adquirente para o objeto em questão, pode justificar a imprescindibilidade da exigência. No segundo, a análise de quão problemático é o mercado em questão, por meio, por exemplo, do histórico de aquisições daquele tipo de objeto por outros entes da Administração e da ocorrência de entrega de objetos em desconformidade com o edital, pode indicar a necessidade da exigência.
40. Ressalte-se aqui o poder-dever de a Administração Federal sancionar o licitante que se declara cumpridor dos critérios de habilitação e requisitos técnicos do edital, contudo não os atende, ensejando o retardamento da execução do objeto da licitação, podendo inclusive declarar tal empresa impedida de licitar e contratar com a União, na forma do art. 7º da Lei nº 10.520/2002. Atualmente a leniência da Administração tem deixado os fornecedores à vontade para oferecerem produtos que não atendem às especificações impunemente. Vale lembrar que a Lei nº 10.520/2002 é muito mais rigorosa em alguns aspectos que a Lei nº 8.666/1993, prevendo até cinco anos de suspensão para contratar com a Administração Pública, enquanto a Lei nº 8.666/1993 prevê um prazo máximo de dois anos.
41. Demais disso, vale frisar que o tempo total de uma contratação compreende toda a cadeia de valor da contratação, estendendo-se desde a fase interna da licitação até a adequada entrega dos objetos, passando pela definição do licitante vencedor. Dessa sorte, não se pode olvidar todo o tempo empreendido na fase interna, ou preparatória, na forma do art. 3º, **caput**, da Lei nº 10.520/2002, decorrente de um minucioso e necessário planejamento da contratação.
42. Essa fase inclui a modelagem da necessidade, o planejamento da contratação, a preparação dos estudos técnicos preliminares, a elaboração do termo de referência e do edital, a avaliação da adequação orçamentária e análise jurídica, bem como os ajustes no edital recomendados

pela área jurídica, para, finalmente, ser publicado o instrumento convocatório, inaugurando a fase externa da contratação.

43. Assim, o que se procura demonstrar é que o período de tempo extra, demandado pela realização da avaliação de amostras, deve ser comparado ao prazo total da contratação (incluindo sua longa fase interna), e não apenas com o tempo necessário à fase externa do certame.
44. Esse tempo extra depende de alguns fatores como a dificuldade de obtenção da amostra (e.g., alto custo, importação), grande volume de instâncias para compor uma amostra que permita a realização de testes satisfatórios, complexidade ou esforço da aferição, disponibilidade da comissão de avaliação técnica, quantidade de licitantes que participaram do certame e que, portanto, estão aptas e interessadas a interpor recursos sobre o resultado da avaliação, entre outros.
45. Assim, a partir da estimativa do tempo extra necessário à avaliação de amostras, a depender dos fatores apontados no item anterior, em confronto com o período total estimado para a contratação, o tempo extra pode ser pouco relevante, e até salutar quando analisado em conjunto com o risco mitigado.
46. Em resumo, há o risco de o órgão adquirente constatar, somente após a celebração contratual, que o bem ou suprimento fornecido não atende aos requisitos mínimos de qualidade previstos no edital ou, até mesmo, que é inservível. Nessa oportunidade, já se gastou esforço e tempo e, para solucionar o problema, será necessário penalizar a empresa, efetuar o distrato e nova contratação, gerando custos e atrasos para a Administração. Esse risco é maior em um certame que não prevê procedimento de avaliação de amostras em comparação com aquele que o prevê. Em um cenário hipotético, caso o risco se materialize, a contratação sofreria longos e imprevisíveis atrasos, incrementando os custos da contratação. Imaginando, ainda, uma situação em que o procedimento faz-se necessário, a inicial perda de celeridade poderia se traduzir em ganho de agilidade e economicidade para o ente contratante, além de que o tempo extra necessário à avaliação de amostras pode ser pouco relevante quando comparado com o tempo total da contratação.
47. Vencidas as considerações quanto à utilidade e à eficácia da exigência, passa-se à análise de sua legalidade.

Da legalidade e da jurisprudência do TCU acerca da exigência

48. Conforme apontado no voto condutor do Acórdão nº 1.598/2006 – TCU – Plenário, a legislação do Pregão (Lei nº 10.520/2002 e Decreto nº 3.555/2000) não prevê expressamente a possibilidade de exigência de amostras.
49. No mesmo **decisum**, assevera-se que também na Lei nº 8.666/1993 não há previsão quanto à solicitação de amostras no decurso de procedimento licitatório. Contudo, como tal medida pode se demonstrar necessária à garantia de uma boa contratação pelo poder público, essa deve ser admitida, independentemente da modalidade adotada.
50. Ademais, no relatório do Acórdão nº 1.182/2007 – TCU – Plenário, também se afirma que a inexistência de expressa disposição legal não é um empecilho à exigência de amostra em Pregões.
51. O art. 43, inciso IV, da Lei nº 8.666/1993 informa que um dos procedimentos observados durante o processamento de uma licitação é a verificação da conformidade da proposta com os requisitos do edital, que é o principal objetivo da avaliação de amostra, na medida em que se propõe a avaliar o produto ofertado na proposta.

52. A Lei do Pregão preceitua, em seu art. 9º, a aplicação acessória da Lei nº 8.666/1993. Com efeito, não há razões para se renunciar à utilização do art. 43, inciso IV, dessa lei, quando esse procedimento vem conceder maior garantia à obtenção dos fins visados pela legislação em comento.
53. A Lei nº 10.520/2002 enuncia também, em seu art. 3º, inciso I, que a autoridade competente definirá os critérios de aceitação das propostas. Sendo assim, o gestor poderia elencar como critério de aceitação das propostas a aprovação de amostra do bem ou suprimento a ser fornecido em uma avaliação que averiguasse sua conformidade com a especificação, conforme previsão do art. 43, inciso IV, da Lei nº 8.666/1993, segundo um roteiro de testes pré-determinado.
54. Já a desclassificação do licitante cuja amostra não atende ao procedimento de avaliação previsto no edital e, portanto, constitui-se de proposta inaceitável, encontra amparo legal no inciso XVI, do art. 4º, da Lei nº 10.520/2002, conforme se observa do voto condutor do Acórdão nº 2.739/2009 – TCU – Plenário.
55. Também na Lei do Pregão assevera-se, no art. 4º, inciso XI, que após examinada a proposta classificada em primeiro lugar, quanto ao objeto e valor, caberá ao pregoeiro decidir motivadamente a respeito de sua aceitabilidade. Dessa forma, após a obtenção do licitante provisoriamente em primeiro lugar, a proposta passa por um crivo quanto a sua aceitabilidade, também no que diz respeito ao objeto, podendo inclusive ser rejeitada, desde que motivadamente.
56. Em consulta aos precedentes desta Corte acerca da previsão da avaliação de amostras para aquisição de bens e suprimentos de TI (ver escopo no parágrafo 10), constatou-se clara tendência pela procedência da exigência em Pregões, preservada a celeridade.
57. O único precedente que expressamente condenava a exigência em Pregões de TI, Acórdão nº 1.598/2006 – TCU – Plenário, subitem 9.2.2, foi reformado neste ponto pelo Acórdão nº 1.182/2007 – Plenário, item 9.1, após embargo interposto pelo jurisdicionado. Neste, o TCU consignou pela regularidade da exigência, preservado o princípio da celeridade inerente ao Pregão.
58. No voto condutor do Acórdão nº 1.634/2007 – TCU – Plenário, o Relator entendeu que uma vez não prejudicada a celeridade que norteia o Pregão, não via óbices à exigência de apresentação de amostras dos bens a serem adquiridos. Frise-se apenas que o caso concreto não dizia respeito a bens de TI, mas a calçados e peças de vestuário.
59. O recente Acórdão nº 1.168/2009 – TCU – Plenário, em seu subitem 9.2.1, consignou pela procedência da exigência, quando necessária, com algumas considerações a respeito das condições dessa exigência, as quais serão comentadas a partir do parágrafo 78 desta Nota.
60. O Acórdão nº 1.183/2009 – TCU – 2ª Câmara implicitamente aceita a previsão de avaliação de amostras, na medida em que já esboça a necessidade de adoção de critérios técnicos para essa avaliação.
61. Vale comentar que é inviável preterir-se o Pregão pela necessidade de se realizar procedimento de avaliação de amostras, uma vez que o critério ponderado para se decidir a modalidade licitatória é o fato de o objeto ser ou não comum, de acordo com o art. 4º do Decreto nº 5.450/2005 c/c parágrafo único do art. 1º da Lei nº 10.520/2002.
62. Portanto, verifica-se que, atendidos certos requisitos (comentados na sequência), os precedentes desta Corte claramente consignam pela procedência da realização de avaliação de amostras nas licitações para aquisição de bens e suprimentos de TI.
63. Com efeito, considerando que:

- A avaliação de amostras é meio útil para a Administração Pública adquirir produtos com melhor qualidade, na medida em que permite avaliação direta do objeto licitado previamente à celebração contratual;
- Apesar de impor, necessariamente, perda inicial de celeridade no procedimento de contratação, o procedimento de avaliação de amostras pode se fazer necessário para mitigar riscos de recebimento de bens e suprimentos de baixa qualidade, e consequente descumprimento contratual;
- O tempo extra necessário à avaliação das amostras pode ser pouco relevante quando comparado com o período total da contratação;
- Há casos em que a avaliação de amostras, ao prevenir, potencialmente, atrasos mais prolongados, acaba por resguardar a celeridade da contratação via Pregão;
- A inexistência de expressa disposição legal não se constitui um empecilho à exigência de amostra em Pregões;
- Os precedentes desta Corte consignam pela procedência da exigência, atendidas algumas condições.

64. Conclui-se que:

Entendimento I. É possível prever procedimento de avaliação de amostras nas licitações para aquisições de bens e suprimentos de TI mediante a modalidade Pregão (Lei nº 8.666/1993, art. 3º, **caput** e art. 43, inciso IV; Lei nº 10.520/2002, art. 3º, inciso I e art. 4º, incisos XI e XVI; Acórdãos TCU nºs 1.182/2007, item 9.1 e 1.168/2009, item 9.2.1, ambos do Plenário).

VI.2 Da obrigatoriedade de realização do procedimento quando previsto no edital

65. Uma vez previsto no edital o procedimento de avaliação de amostras, não cabe ao gestor decidir, após obtida a ordem de classificação, se de fato realizará o procedimento para o licitante em questão, mesmo que adequadamente fundado em razões técnicas.
66. Consignar de outra forma permitiria que o gestor responsável pela licitação se decidisse pela realização do procedimento de avaliação de amostras para determinado licitante e deixasse de executá-lo para outro, no mesmo certame, em função de fatores subjetivos. Em outras palavras, seria possível ao gestor determinar se daria ou não eficácia à regra editalícia após o surgimento do caso concreto (definição do licitante provisoriamente em primeiro lugar).
67. Tal discricionariedade atenta contra o princípio do julgamento objetivo, que deve permear todo o processo licitatório, além de dar margem à quebra de isonomia.
68. A Lei nº 8.666/1993, em seu art. 44, § 1º, veda a utilização de qualquer critério subjetivo ou reservado que possa elidir, ainda que indiretamente, o princípio da igualdade entre os licitantes.
69. Presume-se que o licitante, ao entrar em uma licitação, estuda o edital e se informa sobre as obrigações que terá de cumprir durante o curso do certame, e que seus concorrentes também deverão satisfazer. Assim, quando prevista no instrumento convocatório, a realização da avaliação de amostra não representa uma faculdade do gestor, mas uma obrigação para ele, da mesma forma que o fornecimento da amostra significa para o licitante.
70. Demais disso, a possibilidade de não aplicação da regra prevista no edital pode resultar em um cenário em que o licitante pressiona o responsável pelo certame pela não realização do

- procedimento, porquanto sua execução implicaria custos para aquele e menor celeridade para o gestor.
71. Por conseguinte, não se vislumbra legitimidade em cláusulas editalícias que prevejam a mera possibilidade de realização da avaliação de amostras, mas somente naquelas que mencionam a obrigatoriedade de sua execução. De maneira prática, o gestor deve escolher entre prever no edital que o procedimento será inevitavelmente realizado, ou não prevê-lo, quando reputar desnecessário. Isso é uma discricionariedade do gestor, diferentemente da decisão quanto à sua realização, quando a avaliação de amostras estiver prevista no edital.
72. Por outro lado, a obrigatoriedade absoluta de realização do procedimento de verificação de amostras pode retardar a adjudicação do objeto do certame de maneira desnecessária, a depender dos produtos ofertados. Contudo, há a possibilidade de o gestor elencar, objetiva e motivadamente, no edital os casos em que, a depender do produto ofertado pelo licitante, julga desnecessária a realização do procedimento, sendo que para todos os demais sua execução constitui ato vinculado, senão vejamos.
73. Suponha-se a situação em que um órgão tenha adquirido anteriormente monitores do modelo “x” e fabricante “y”, após um certame em que este equipamento fora aprovado no procedimento de avaliação de amostras. Imagine-se, ainda, que o mesmo ente necessite de mais monitores com os mesmos requisitos, mas que uma nova licitação faça-se necessária. Nessa situação exemplificativa, caso o gestor julgue desnecessária a realização do procedimento de avaliação de amostras para o modelo “x”, ele poderia elencá-lo, no edital do novo certame, como dispensado de ser submetido ao procedimento, sendo que todos os demais permaneceriam obrigados.
74. Dessa forma, a avaliação de amostras deixa de ser realizada nos casos desnecessários, sem se atentar contra o princípio do julgamento objetivo. Nesse modelo, além de se estabelecer a regra anteriormente ao surgimento do caso concreto, o critério para a não realização do procedimento é objetivamente definido em função das características do produto a ser ofertado, e não da pessoa do licitante. Ainda assim, deve-se demonstrar a pertinência entre a desnecessidade da avaliação de amostras para os produtos dispensados do procedimento e suas especificidades, com vistas a validar a diferenciação realizada, e não se atentar injustificadamente contra a isonomia entre os licitantes.
75. Assim sendo, e tendo em vista que o edital em que se elenca objetivamente situações em que o procedimento de avaliação de amostras não é realizado e, ao mesmo tempo, estabelece que nos demais casos a avaliação de amostras será obrigatoriamente executada, representa ato administrativo que afeta direitos e interesses, faz-se mister que, com fulcro no inciso I do art. 50 da Lei nº 9.784/1999, essa exigência seja descrita e cabalmente justificada nos autos do processo licitatório.
76. Vale comentar também que o licitante pode ser desclassificado após a análise documental da sua proposta, por não atender aos requisitos editalícios, e nem mesmo chegar a ser convocado a apresentar sua amostra. Assim sendo, não há que se falar em realização desnecessária da avaliação de amostra sobre produtos em que se infere o não atendimento à especificação técnica a partir de análise da proposta.
77. Com efeito, conclui-se que:

Entendimento II. Nos casos em que o edital previr o procedimento de avaliação de amostras, sua realização deve constar como obrigatória. O procedimento previsto somente deixará de ser executado nas situações objetivamente descritas e justificadas no instrumento convocatório, respeitando-se, sempre, a isonomia entre os interessados (Lei nº 8.666/1993, art. 44, § 1º e art. 3º, **caput**; Lei nº 9.784/1999, art. 50, inciso I).

VI.3 Do momento e de quais licitantes exigir amostra

78. Tendo em vista o Entendimento I, no sentido de que, quando necessário, é possível a previsão da avaliação de amostras, faz-se mister comentar em que fase do certame e para quais licitantes a amostra deve ser solicitada.
79. A realização da avaliação de amostras na fase de habilitação não encontra amparo no art. 30, inciso II e § 2º, da Lei de Licitações. Esse é o entendimento consubstanciado na vasta jurisprudência desta Corte, a exemplo das Decisões nºs 288/1996, 1.102/2001 e 1.237/2002, todas do Plenário.
80. Isso porque, conforme consta do relatório condutor do Acórdão nº 1.670/2003 – TCU – Plenário, a parte final do inciso XXI do art. 37 da Constituição da República dispõe que o processo de licitação pública “*somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações*”. Em decorrência, o art. 27 da Lei nº 8.666/1993 preceitua que, para fins de habilitação, exigir-se-á dos interessados, exclusivamente, documentação relativa à habilitação jurídica, à qualificação técnica, à qualificação econômico-financeira, à regularidade fiscal e a prova de cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal.
81. Em complementação, os arts. 27 a 31 apontam os documentos aptos a serem exigidos para demonstrar a regularidade em relação a essas situações. Então, interpretando sistematicamente os dispositivos em comento, impõe-se a conclusão de que aqueles são os únicos documentos passíveis de serem solicitados para a habilitação em certame licitatório.
82. Portanto, a avaliação de amostras não deve ser realizada na etapa de habilitação, podendo se dar na fase de classificação. Nessa oportunidade, examina-se de maneira documental a proposta classificada em primeiro lugar, na forma do art. 4º, inciso XI, da Lei nº 10.520/2002 e art. 11, inciso XII, do Decreto nº 3.555/2000, e, caso aceita, solicita-se ao licitante que envie amostras do objeto a serem submetidas ao procedimento de avaliação.
83. Em caso de aprovação, o processo licitatório segue para a fase de habilitação (art. 4º, inciso XII, Lei nº 10.520/2002) e, se também atendidas as condições habilitatórias, o licitante é declarado vencedor (art. 4º, inciso XV) e o objeto é adjudicado (inciso XXI do mesmo artigo).
84. Ressalte-se que a avaliação de amostras deve se dar somente após a etapa de lances, preservando o potencial ganho de economia viabilizado pelos lances no Pregão.
85. Também não há que se falar em exigência de amostras de outros participantes do Pregão, que não o provisoriamente em primeiro lugar após a fase de lances. Admitamos, apenas para fins de argumentação, que fosse possível a exigência de amostras de todos os licitantes, ou, por exemplo, dos três primeiros classificados após a fase de lances.
86. Essa exigência poderia agilizar a contratação na situação em que a primeira amostra avaliada não é aceita, na medida em que a Administração não teria de conceder novo prazo para entrega de amostra ao próximo licitante, uma vez que ela já dispõe da amostra seguinte a ser avaliada.
87. Contudo, nessa análise, ainda que desprendida dos preceitos legais, a exigência continuaria a desestimular a participação de potenciais licitantes, por encarecer o custo de participação no certame também para aquele licitante que não é o primeiro classificado e, portanto, tem baixa expectativa de contratação com a Administração, e, ao mesmo tempo, é obrigado a fornecer a amostra desde já, pois caso não entregue a amostra, estará sujeito a ser sancionado pelo contratante por causar prejuízos à celeridade do procedimento licitatório.
88. Nesse sentido, vale transcrever trecho do voto condutor da Decisão nº 1.237/2002 – Plenário – TCU, ainda que no caso concreto tratava-se da modalidade Tomada de Preços:

“A exigência de amostras, na fase de habilitação, ou de classificação, feita a todos os licitantes, além de ilegal, poderia ser pouco razoável, porquanto imporia ônus que, a depender do objeto, seria excessivo, a todos os licitantes, encarecendo o custo de participação na licitação e desestimulando a presença de potenciais licitantes.”

A solicitação de amostra na fase de classificação apenas ao licitante que se apresenta provisoriamente em primeiro lugar, ao contrário, não onera o licitante, porquanto confirmada a propriedade do objeto, tem ele de estar preparado para entregá-lo, nem restringe a competitividade do certame, além de prevenir a ocorrência de inúmeros problemas para a administração.

Não viola a Lei n. 8.666/1993 a exigência, na fase de classificação, de fornecimento de amostras pelo licitante que estiver provisoriamente em primeiro lugar, a fim de que a Administração possa, antes de adjudicar o objeto e celebrar o contrato, assegurar-se de que o objeto proposto pelo licitante conforma-se de fato às exigências estabelecidas no edital.” (grifou-se)

89. Nessa mesma linha consigna a jurisprudência desta Corte, a exemplo dos Acórdãos TCU nºs 808/2003 (subitem 9.2.5), 526/2005 (subitem 9.2.8), ambos do Plenário.

90. Ante o exposto, tem-se que:

Entendimento III. Nos certames realizados por Pregão, em que a avaliação de amostras fizer-se necessária, esta deve ser exigida somente na fase de classificação e apenas do licitante provisoriamente em primeiro lugar, após a etapa de lances (Lei nº 8.666/1993, art. 3º, § 1º, inciso I e arts. 27 a 31; Decisão nº 1.237/2002 – TCU – Plenário, subitem 8.3.2; Acórdãos TCU nºs 808/2003, subitem 9.2.5 e 526/2005, subitem 9.3, ambos do Plenário).

VI.4 Das diretrizes para realização do procedimento de avaliação de amostras

91. Considerando a possibilidade, quando necessário, de previsão da avaliação de amostras, reputa-se interessante comentar algumas diretrizes que o instrumento convocatório deve prever para se assegurar os princípios da publicidade, do julgamento objetivo, da isonomia e segurança jurídica, de sorte que deve conter, pelo menos, os itens a seguir.

92. Demais disso, devido à enorme diversidade tecnológica dos bens e suprimentos de TI e à rápida inovação desse mercado, a depender das características específicas do caso concreto, podem ser necessárias outras cláusulas com vistas a assegurar o atendimento aos princípios da publicidade, do julgamento objetivo e da isonomia entre os licitantes na realização da avaliação de amostras.

a. Prazo adequado para entrega da amostra pelo licitante.

93. O prazo para entrega das amostras pelo licitante provisoriamente em primeiro lugar deve constar do edital. Em observância ao princípio da segurança jurídica, esse prazo não deve ser estabelecido após a publicação do edital, isto é, apenas no momento da convocação do licitante para entrega das amostras.

94. Ademais, o estabelecimento, ainda que no edital, de prazos exíguos acaba por favorecer as empresas que já tenham as amostras previamente providenciadas, em desacordo com o disposto no art. 3º, § 1º, inciso I, da Lei nº 8.666/1993 e análogo ao disposto no subitem 9.4.10 do Acórdão nº 669/2008 – TCU – Plenário.

95. Assim sendo, deve ser previsto no edital um prazo razoável, em função da estimativa do tempo necessário para que o licitante obtenha a amostra após sua convocação, mediante, por

exemplo, a ponderação dos fatores elencados no parágrafo 44, de modo a não atentar contra a isonomia entre os licitantes e a não restringir a competitividade.

b. A possibilidade e a forma de participação dos interessados, inclusive dos demais licitantes, no acompanhamento do procedimento de avaliação da amostra.

96. Em atendimento ao princípio da publicidade, estampado no art. 37, **caput**, da Constituição da República, deve-se prever e franquear a presença de quaisquer interessados, inclusive dos demais licitantes, na sessão de realização do procedimento de avaliação de amostras, seguindo os princípios da sessão pública para recebimento de propostas. Tal previsão vem dar cumprimento ao disposto na parte final do **caput** do art. 4º, da Lei nº 8.666/1993, que prevê especificamente a possibilidade de qualquer cidadão acompanhar o desenvolvimento da licitação, desde que não interfira de modo a perturbar ou impedir a realização dos trabalhos.
97. Recomenda-se que as condições de presença e eventual participação dos demais licitantes sejam regulamentadas também no instrumento convocatório, para que o procedimento não seja perturbado pela participação inadequada de terceiros (também sujeitos a sanções) e, ao mesmo tempo, a transparência do procedimento não reste prejudicada.

c. A forma de divulgação, a todos os licitantes, do período e do local da realização do procedimento de avaliação de amostras e do resultado de cada avaliação.

98. Considerando o disposto na diretriz anterior, e com vistas a assegurar a efetiva participação dos licitantes interessados na sessão pública, é necessário, ainda, que se preveja no edital a forma de divulgação, a todos os licitantes, do período e do local em que o procedimento de avaliação de amostras ocorrerá.
99. Além disso, é necessário que se registre (Acórdão nº 2.932/2009 – TCU – Plenário, item 9.2) e se deixe disponível para consulta a ata de realização do procedimento de avaliação, contendo o resultado dos testes.

d. O roteiro de avaliação, detalhando todas as condições em que o procedimento será executado, além dos critérios de aceitação da amostra e, conseqüentemente, da proposta do licitante.

100. Sob a égide do princípio do julgamento objetivo, o gestor deve definir, previamente, o roteiro da avaliação à qual a amostra será submetida.
101. O edital deve, ainda, definir todas as condições de execução dos testes. Por exemplo, em um teste de desempenho durante um procedimento para avaliação de microcomputadores, devem ser especificadas as variáveis de ambiente e as opções de sistema operacional que serão desabilitadas durante o teste.
102. Sem embargo, caso o gestor se depare com a necessidade de realizar algum outro teste não previsto, em função de fundado receio de que a amostra não está conforme as especificações, poderá fazê-lo, justificando nos autos essa necessidade.

e. Cláusulas que especifiquem a responsabilidade do ente contratante quanto ao estado em que a amostra será devolvida e ao prazo para sua retirada após a conclusão do procedimento licitatório.

103. Recomenda-se prever, também, no edital o estado em que a amostra será devolvida, inclusive sem ônus para o ente contratante, visto que os produtos entregues como amostra são abertos e testados e, em alguns casos, consumidos. Assim, busca-se evitar que haja reclamações contra o erário público no sentido de ressarcimento. Por exemplo, no caso de avaliação de cartuchos de impressoras, provavelmente serão consumidos no decorrer dos testes.

104. Por fim, considera-se prudente prever que a amostra só será devolvida após a conclusão do processo licitatório, de modo a garantir eventual contraprova em caso de recurso, e o prazo para retirada da amostra, de maneira que após tal prazo, caso não recolhido, o órgão isente-se da guarda do equipamento.

105. Dessa feita, conclui-se que:

Entendimento IV. Nos casos em que a avaliação de amostras fizer-se necessária, devem-se prever no instrumento convocatório, pelo menos, os seguintes itens (Princípio da publicidade – Constituição Federal, art. 37, **caput**; Princípio do julgamento objetivo e da isonomia – Lei nº 8.666/1993, art. 3º, **caput**; Princípio da segurança jurídica – Lei nº 9.784/1999, art. 2º, **caput**):

- a. Prazo adequado para entrega da amostra pelo licitante;
- b. A possibilidade e a forma de participação dos interessados, inclusive dos demais licitantes, no acompanhamento do procedimento de avaliação da amostra;
- c. A forma de divulgação, a todos os licitantes, do período e do local da realização do procedimento de avaliação de amostras e do resultado de cada avaliação;
- d. O roteiro de avaliação, detalhando todas as condições em que o procedimento será executado, além dos critérios de aceitação da amostra e, consequentemente, da proposta do licitante;
- e. Cláusulas que especifiquem a responsabilidade do ente contratante quanto ao estado em que a amostra será devolvida e ao prazo para sua retirada após a conclusão do procedimento licitatório.

ANTONIO DAUD JÚNIOR
AUFC – Matrícula TCU nº 8099-3

De acordo.

CARLOS RENATO ARAUJO BRAGA
Gerente de divisão

De acordo.

CLÁUDIO SOUZA CASTELLO BRANCO
Secretário



APÊNDICE I

HISTÓRICO DE REVISÕES

Data	Documento/Evento	Versão
10/12/2009	Publicação para consulta interna da primeira versão da Nota Técnica.	1.0
10/4/2010	Aprovação da primeira versão da Nota Técnica.	1.0
29/6/2010	Publicação interna da primeira versão definitiva.	1.0

APÊNDICE II

EXCERTOS DA LEGISLAÇÃO E DA JURISPRUDÊNCIA DO TCU

i

Lei nº 8.666/1993

(...)

“Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

(...)

Art. 43. A licitação será processada e julgada com observância dos seguintes procedimentos: (...)

IV - verificação da conformidade de cada proposta com os 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 registrados na ata de julgamento, promovendo-se a desclassificação das propostas desconformes ou incompatíveis;” (grifou-se)

ii

Lei nº 10.520/2002

(...)

“Art. 3º A fase preparatória do pregão observará o seguinte:

I - a autoridade competente justificará a necessidade de contratação e definirá o objeto do certame, as exigências de habilitação, os critérios de aceitação das propostas, as sanções por inadimplemento e as cláusulas do contrato, inclusive com fixação dos prazos para fornecimento;

(...)

Art. 4º A fase externa do pregão será iniciada com a convocação dos interessados e observará as seguintes regras:

XI - examinada a proposta classificada em primeiro lugar, quanto ao objeto e valor, caberá ao pregoeiro decidir motivadamente a respeito da sua aceitabilidade;

(...)

XVI - se a oferta não for aceitável ou se o licitante desatender às exigências habilitatórias, o pregoeiro examinará as ofertas subseqüentes e a qualificação dos licitantes, na ordem de classificação, e assim sucessivamente, até a apuração de uma que atenda ao edital, sendo o respectivo licitante declarado vencedor;” (grifou-se)

iii

Acórdão nº 1.182/2007– TCU – Plenário

(...)

“9.1. com fundamento nos arts. 32, inciso II, e 34 da Lei n.º 8.443/92, c/c os arts. 277, inciso III, e 287 do Regimento Interno do TCU, não conhecer dos presentes embargos de declaração, ante a sua manifesta intempestividade, sem prejuízo de informar ao órgão embargante que, preservado o princípio da celeridade inerente à modalidade de pregão, e com vistas a garantir a qualidade dos produtos adquiridos pela Administração Pública, é aceitável que se exija apresentação, apenas por parte do licitante vencedor, de amostra de material de consumo a ser adquirido no certame;” (grifou-se)

Acórdão nº 1.168/2009– TCU – Plenário

(...)

“9.2. determinar ao Serviço Federal de Processamento de Dados - Serpro que:

9.2.1. em futuros editais de pregão, caso entenda necessária a apresentação de amostras, adote critérios objetivos para sua avaliação, os quais devem estar detalhadamente especificados no edital, e somente as exija do licitante provisoriamente em primeiro lugar no certame;” (grifou-se)

iv

Lei nº 8.666/1993

(...)

“Art. 44. No julgamento das propostas, a Comissão levará em consideração os critérios objetivos definidos no edital ou convite, os quais não devem contrariar as normas e princípios estabelecidos por esta Lei.

§ 1º É vedada a utilização de qualquer elemento, critério ou fator sigiloso, secreto, subjetivo ou reservado que possa ainda que indiretamente elidir o princípio da igualdade entre os licitantes.” (grifou-se)

v

Lei nº 9.784/1999

“(…)

Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:

I - neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses;” (grifou-se)

vi

Lei nº 8.666/1993

“(…)

“Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

§ 1º É vedado aos agentes públicos:

I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato;” (grifou-se)

vii

Lei nº 8.666/1993

“(…)

“Art. 27. Para a habilitação nas licitações exigir-se-á dos interessados, exclusivamente, documentação relativa a:

I - habilitação jurídica;

II - qualificação técnica;

III - qualificação econômico-financeira;

IV - regularidade fiscal.

V – cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal.

Art. 28. A documentação relativa à habilitação jurídica, conforme o caso, consistirá em:

I - cédula de identidade;

II - registro comercial, no caso de empresa individual;

III - ato constitutivo, estatuto ou contrato social em vigor, devidamente registrado, em se tratando de sociedades comerciais, e, no caso de sociedades por ações, acompanhado de documentos de eleição de seus administradores;

IV - inscrição do ato constitutivo, no caso de sociedades civis, acompanhada de prova de diretoria em exercício;

V - decreto de autorização, em se tratando de empresa ou sociedade estrangeira em funcionamento no País, e ato de registro ou autorização para funcionamento expedido pelo órgão competente, quando a atividade assim o exigir.

Art. 29. A documentação relativa à regularidade fiscal, conforme o caso, consistirá em:

I - prova de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) ou no Cadastro Geral de Contribuintes (CGC);

II - prova de inscrição no cadastro de contribuintes estadual ou municipal, se houver, relativo ao domicílio ou sede do licitante, pertinente ao seu ramo de atividade e compatível com o objeto contratual;

III - prova de regularidade para com a Fazenda Federal, Estadual e Municipal do domicílio ou sede do licitante, ou outra equivalente, na forma da lei;

IV - prova de regularidade relativa à Seguridade Social e ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), demonstrando situação regular no cumprimento dos encargos sociais instituídos por lei.

Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a:

I - registro ou inscrição na entidade profissional competente;

II - comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, e indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos;

III - comprovação, fornecida pelo órgão licitante, de que recebeu os documentos, e, quando exigido, de que tomou conhecimento de todas as informações e das condições locais para o cumprimento das obrigações objeto da licitação;

IV - prova de atendimento de requisitos previstos em lei especial, quando for o caso.

§ 1º A comprovação de aptidão referida no inciso II do "caput" deste artigo, no caso das licitações pertinentes a obras e serviços, será feita por atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, devidamente registrados nas entidades profissionais competentes, limitadas as exigências a:

I - capacitação técnico-profissional: comprovação do licitante de possuir em seu quadro permanente, na data prevista para entrega da proposta, profissional de nível superior ou outro devidamente reconhecido pela entidade competente, detentor de atestado de responsabilidade técnica por execução de obra ou serviço de características semelhantes, limitadas estas exclusivamente às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação, vedadas as exigências de quantidades mínimas ou prazos máximos;

§ 2º As parcelas de maior relevância técnica e de valor significativo, mencionadas no parágrafo anterior, serão definidas no instrumento convocatório.

§ 3º Será sempre admitida a comprovação de aptidão através de certidões ou atestados de obras ou serviços similares de complexidade tecnológica e operacional equivalente ou superior.

§ 4º Nas licitações para fornecimento de bens, a comprovação de aptidão, quando for o caso, será feita através de atestados fornecidos por pessoa jurídica de direito público ou privado.

§ 5º É vedada a exigência de comprovação de atividade ou de aptidão com limitações de tempo ou de época ou ainda em locais específicos, ou quaisquer outras não previstas nesta Lei, que inibam a participação na licitação.

§ 6º As exigências mínimas relativas a instalações de canteiros, máquinas, equipamentos e pessoal técnico especializado, considerados essenciais para o cumprimento do objeto da licitação, serão atendidas mediante a apresentação de relação explícita e da declaração formal da sua disponibilidade, sob as penas cabíveis, vedada as exigências de propriedade e de localização prévia.

§ 8º No caso de obras, serviços e compras de grande vulto, de alta complexidade técnica, poderá a Administração exigir dos licitantes a metodologia de execução, cuja avaliação, para efeito de sua aceitação ou não, antecederá sempre à análise dos preços e será efetuada exclusivamente por critérios objetivos.

§ 9º Entende-se por licitação de alta complexidade técnica aquela que envolva alta especialização, como fator de extrema relevância para garantir a execução do objeto a ser contratado, ou que possa comprometer a continuidade da prestação de serviços públicos essenciais.

§ 10. Os profissionais indicados pelo licitante para fins de comprovação da capacitação técnico-profissional de que trata o inciso I do § 1º deste artigo deverão participar da obra ou serviço objeto da licitação, admitindo-se a substituição por profissionais de experiência equivalente ou superior, desde que aprovada pela administração.

Art. 31. A documentação relativa à qualificação econômico-financeira limitar-se-á a:

I - balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social, já exigíveis e apresentados na forma da lei, que comprovem a boa situação financeira da empresa, vedada a sua substituição por balancetes ou balanços provisórios, podendo ser atualizados por índices oficiais quando encerrado há mais de 3 (três) meses da data de apresentação da proposta;

II - certidão negativa de falência ou concordata expedida pelo distribuidor da sede da pessoa jurídica, ou de execução patrimonial, expedida no domicílio da pessoa física;

III - garantia, nas mesmas modalidades e critérios previstos no "caput" e § 1º do art. 56 desta Lei, limitada a 1% (um por cento) do valor estimado do objeto da contratação.

§ 1º A exigência de índices limitar-se-á à demonstração da capacidade financeira do licitante com vistas aos compromissos que terá que assumir caso lhe seja adjudicado o contrato, vedada a exigência de valores mínimos de faturamento anterior, índices de rentabilidade ou lucratividade. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

§ 2º A Administração, nas compras para entrega futura e na execução de obras e serviços, poderá estabelecer, no instrumento convocatório da licitação, a exigência de capital mínimo ou de patrimônio líquido mínimo, ou ainda as garantias previstas no § 1º do art. 56 desta Lei, como dado objetivo de comprovação da qualificação econômico-financeira dos licitantes e para efeito de garantia ao adimplemento do contrato a ser ulteriormente celebrado.

§ 3º O capital mínimo ou o valor do patrimônio líquido a que se refere o parágrafo anterior não poderá exceder a 10% (dez por cento) do valor estimado da contratação, devendo a comprovação ser feita relativamente à data da apresentação da proposta, na forma da lei, admitida a atualização para esta data através de índices oficiais.

§ 4º Poderá ser exigida, ainda, a relação dos compromissos assumidos pelo licitante que importem diminuição da capacidade operativa ou absorção de disponibilidade financeira, calculada esta em função do patrimônio líquido atualizado e sua capacidade de rotação.

§ 5º A comprovação de boa situação financeira da empresa será feita de forma objetiva, através do cálculo de índices contábeis previstos no edital e devidamente justificados no processo administrativo da licitação que tenha dado início ao certame licitatório, vedada a exigência de índices e valores não usualmente adotados para correta avaliação de situação financeira suficiente ao cumprimento das obrigações decorrentes da licitação." (grifou-se)

“8.3 determinar ao Banco do Brasil que:

8.3.1 se abstenha de exigir a apresentação de amostras ou protótipos dos bens a serem adquiridos como condição de habilitação dos licitantes, nos termos dos arts. 27 e 30 da Lei 8.666/93;

8.3.2 limite-se a exigir a apresentação de amostras ou protótipos dos bens a serem adquiridos, na fase de classificação das propostas, apenas ao licitante provisoriamente em primeiro lugar e desde que de forma previamente disciplinada e detalhada, no instrumento convocatório, nos termos dos arts. 45 e 46 da Lei 8.666/93, observados os princípios da publicidade dos atos, da transparência, do contraditório e da ampla defesa;” (grifou-se)

Acórdão nº 808/2003 – TCU – Plenário

(...)

“9.2.determinar à Secretaria de Estado da Educação e Cultura da Paraíba que nas próximas licitações que venha a realizar, envolvendo recursos públicos federais: (...)

9.2.5. limite-se a inserir exigência da apresentação de amostras ou protótipos dos bens a serem adquiridos, na fase de classificação das propostas, apenas ao licitante provisoriamente em primeiro lugar e desde que de forma previamente disciplinada e detalhada, no instrumento convocatório, nos termos dos arts. 45 e 46 da Lei 8.666/93;” (grifou-se)

Acórdão nº 526/2005 – TCU – Plenário

(...)

“9.3 - com fulcro no art. 43, inciso I, da Lei nº 8.443/92 e art. 250, inciso III, do Regimento Interno, recomendar ao Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo que, nas licitações futuras, quando for o caso, evite exigir amostras de todos os licitantes habilitados, exigindo apenas do que se apresenta provisoriamente em primeiro lugar e, caso sua amostra não seja aceita, do que o suceder e assim por diante até que seja classificada empresa cuja amostra atenda às exigências do edital, à luz das considerações levantadas na Decisão nº 1.237/2002 - Plenário - TCU;” (grifou-se)

ix

Constituição Federal

(...)

“Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:” (grifou-se)

x

Lei nº 8.666/1993

(...)

“Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.” (grifou-se)

xi

Lei nº 9.784/1999

(...)

“Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.” (grifou-se)