

AUTOS DO PROCESSO Nº: 1114436 – 2022 (CONSULTA)**1 – DO RELATÓRIO**

Tratam os autos de Consulta subscrita pelo Sr. Rubens Magela da Silva, Prefeito Municipal de Araxá, por meio da qual indaga a este Tribunal de Contas:

O município aderindo ata de registro de preços, como carona, pode aceitar que o fornecedor altere o modelo do objeto a ser fornecido, sob a justificativa de que está em falta no mercado o modelo do objeto contrato? (*sic*)

Admitida a Consulta, os autos foram encaminhados à Coordenadoria de Sistematização de Deliberações e Jurisprudência, que elaborou relatório técnico (peça nº. 5, cód. arq. 2655680) no sentido de que este Tribunal ainda não se manifestou acerca da sobredita indagação, nos exatos termos ora suscitados.

O Relator, em despacho de peça nº. 6, cód. arq. 2658343, determinou o encaminhamento dos autos à 1ª Coordenadoria de Fiscalização de Municípios – 1ª CFM para manifestação.

Por se tratar de Consulta em abstrato, relacionada ao tema de licitações, aquela Unidade Técnica, em manifestação de peça nº. 7, cód. arq. 2663352, entendeu que a competência para análise técnica seria da Coordenadoria de Fiscalização de Editais de Licitação – CFEL, por força no artigo 50 da Resolução nº. 09/2021.

Dessa forma, vieram os autos a esta Coordenadoria, para exame, o que se passa a fazer neste momento.

2 – DA FUNDAMENTAÇÃO E DA DELIMITAÇÃO DA ANÁLISE

De início, cumpre registrar que a Lei nº. 8.666/1993, em seu artigo 15, §3º, estabelece que o Sistema de Registro de Preços (SRP) será regulamentado por decreto, devendo a

seleção dos licitantes ocorrer na modalidade concorrência ou pregão, conforme o disposto no artigo 11 da Lei nº. 10.520/2002.

No âmbito da União, a regulamentação do SRP ocorreu por meio do Decreto nº. 7.892/2013, alterado pelo Decreto nº. 8.250/2014, e, no âmbito do Estado de Minas Gerais, o assunto se encontra disciplinado no Decreto nº. 46.311/2013, alterado pelo Decreto n. 46.945/2016.

Por sua vez, a Lei nº. 14.133/2021, Nova Lei de Licitações, inseriu o SRP no rol de procedimentos auxiliares das licitações e contratações públicas, consoante o disposto no artigo 78, inciso IV. Diferentemente da legislação anterior, a Nova Lei de Licitações destinou em seu texto uma seção específica para o SRP, que se encontra disciplinado de forma detalhada entre os artigos 82 a 86.

Com vistas a elucidar a questão submetida pelo Consulente, é importante discorrer brevemente sobre as figuras que compõem o SRP e que estão presentes tanto nos Decretos Regulamentares, editados sob a égide da Lei nº. 8.666/1993, quanto na Lei nº. 14.133/2021, quais sejam: o órgão gerenciador, o órgão participante e o órgão ou entidade não participante. De acordo com os referidos normativos, as figuras em questão podem ser definidas da seguinte forma:

Órgão Gerenciador: órgão ou entidade da administração pública responsável pela condução do conjunto de procedimentos para registro de preços e gerenciamento da ata de registro de preços dele decorrente. De acordo com a Lei nº. 14.133/2021, o órgão gerenciador também será responsável por realizar o procedimento público de intenção de registro de preços a fim de possibilitar a participação de outros órgãos ou entidades na respectiva ata e determinar a estimativa total de quantidades da contratação.

Órgão Participante: órgão ou entidade da administração pública que participa dos procedimentos iniciais do SRP e integra a ata de registro de preços. Conforme se extrai da Lei nº. 14.133/2021, o órgão participante é aquele que, atendendo à intenção de registro de preços realizada pelo Órgão Gerenciador, decide participar da ata de registro de preços.

Órgão Não Participante: o órgão ou entidade da administração pública que, não tendo participado dos procedimentos iniciais da licitação, atendidos determinados requisitos formais, faz adesão à ata de registro de preços.

No caso em tela, interessa-nos especificamente as disposições relativas a esta última figura, popularmente conhecida como “carona”.

Conforme leciona Jorge Ulisses Jacoby Fernandes¹, o órgão ou entidade não participante, ou “carona”, é aquele que não promoveu o SRP ou dele participou em época própria, beneficiando-se da ata de outrem, desde que preenchidas os seguintes requisitos: a) comprovação da vantagem do uso da ata de registro de preços; b) manifestação do interesse junto ao órgão gerenciador; c) consulta ao órgão gerenciador, sobre a sua participação; d) interesse do fornecedor em atender o pedido; e e) ausência de prejuízo quanto às obrigações anteriormente assumidas pelo fornecedor com os órgãos participantes e gerenciador.

Em relação à participação do “carona”, vale citar, ainda, os ensinamentos de Marçal Justen Filho:

Em primeiro lugar, incumbe ao órgão que pretende valer-se do sistema alheio justificar cumprimamente os motivos pelos quais não integrou desde o início a implantação do sistema. Ademais disso, cabe indicar os fundamentos pelos quais não adotou providências tempestivas para promover, isoladamente, ou em conjunto com outros órgãos, a implantação de um sistema próprio de registro de preços.

Em segundo lugar, deve comprovar-se que o empréstimo não acarretará a frustração de qualquer dos requisitos de validade da licitação cabível. Uma questão evidente é a publicidade. Deve verificar-se se a implantação do sistema de registro de preços foi precedida das mesmas formas de publicidade que seriam exigidas caso a licitação tivesse sido promovida pelo órgão interessado. (JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 11ª ed. São Paulo: Dialética, 2000, p.159)

¹ JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. Sistema de Registro de Preços e Pregão Presencial e Eletrônico. 6ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 685-686.

Esta Corte de Contas também já se manifestou acerca do procedimento para adesão à ata de registro de preços, no caso do “carona”, ao responder os questionamentos encaminhados pelo Diretor do Departamento Municipal de Água e Esgoto do Município de Campo Belo, constantes na Consulta nº. 757978. Confira-se:

De toda sorte, deverá o interessado (carona) elaborar processo administrativo por sua iniciativa, qual seja, providenciar termo de referência no qual constem as especificações do objeto que deseja adquirir, após ampla pesquisa de preços de mercado, e, ainda, informações relativas à existência de Ata de Registro de Preço sobre o objeto desejado, para fins de acionar o órgão/entidade gerenciador, externando sua intenção de utilizar a respectiva Ata. O órgão gerenciador consultará ao fornecedor acerca da possibilidade de atender àquela adesão uma vez que haverá acréscimo ao quantitativo pactuado.

A justificativa apresentada deverá demonstrar a vantagem econômica da adesão à referida Ata, mencionando, ainda, a similitude de condições, tempestividade do prazo, suficiência das quantidades e qualidade do bem.

A esse processo administrativo deve ser agregada, também, a anuência formal da entidade/órgão gerenciador sobre a possibilidade de utilização da Ata de Registro de Preços, para a adesão ao preço registrado, bem como dos fornecedores, obedecendo-se à ordem de classificação. (Consulta nº. 757978, Plenário, Rel. Cons. Moura e Castro. Data da Sessão: 08/10/2008)

Depreende-se da doutrina e da jurisprudência desta Corte o procedimento que deverá ser observado pelo “carona” para aderir à ata de registro de preços de outro órgão, a começar pela elaboração do Termo de Referência próprio, documento em que deve constar as especificações do objeto, a cotação de preços e as informações a respeito da existência das atas de registro de preços existentes, além das justificativas que demonstrem a vantagem econômica da adesão. Feito isso, o “carona” deverá acionar o órgão gerenciador, manifestando a sua intenção de aderir à respectiva ata. Este, por sua vez, irá consultar o fornecedor acerca do interesse e da possibilidade de atender àquela adesão.

Com a anuência do órgão gerenciador e do fornecedor, o “carona” adere à ata de registro preços, sujeitando-se exatamente às mesmas condições impostas ao órgão gerenciador. Logo, é de se concluir que, após a adesão, o “carona” fica condicionado a receber o bem com as mesmas características daquele registrado em ata, não podendo, *a priori*, receber outro bem de modelo diferente ou especificações técnicas distintas, como indaga o Consultante, por força do artigo 76 da Lei nº. 8.666/1993 e do artigo 140, §1º, da Lei nº. 14.133/2021.

Contudo, na dinâmica das contratações públicas, não são raras as situações em que se torna necessária a alteração superveniente do produto registrado em ata. Pode ocorrer que, no interregno entre a assinatura da ata de registro de preços e a efetiva contratação, aquele produto saia de linha, deixe de ser produzido pela fabricante ou, ainda, sofra modificações em seu processo produtivo, de modo que o produto passe a ser comercializado com especificações técnicas (tamanho, peso, gramatura, etc.) diferentes daquelas existentes à época da assinatura da ata.

Nas hipóteses narradas acima, o fornecedor se vê impossibilitado de entregar exatamente o mesmo objeto registrado na ata, o que, em um primeiro momento, poderia ensejar a aplicação de sanções administrativas pela entidade contratante. No entanto, nessas situações, tanto a doutrina quanto a jurisprudência pátria admitem a possibilidade de substituição do bem, desde que o novo produto apresente características iguais ou superiores ao original e que não haja majoração de preços. O fornecedor também deverá comprovar, por meio de documentos, que o produto registrado já não se encontra disponível no mercado no momento da contratação, como ocorre, por exemplo, quando é retirado de linha pela fabricante.

Nesse sentido, leciona Jorge Ulisses Jacoby Fernandes:

Tenha-se em vista a situação da retirada de um produto do mercado pelo fabricante, inviabilizando o cumprimento da obrigação de um fornecedor, nos termos ajustados. **Pode a Administração Pública aceitar produto de qualidade equivalente ou superior pelo mesmo preço.** (JACOBY FERNANDES, Jorge

Ulisses. Sistema de Registro de Preços e Pregão. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p.400-401). (G.N.)

Pode-se citar, também, o entendimento do Tribunal de Contas da União no Acórdão nº. 558/2010², ao tratar da possibilidade de substituição da marca do produto registrado em ata de registro de preços. Para aquela Corte de Contas, a Administração Pública pode aceitar produto de marca diferente, desde que haja comprovação robusta de equivalência operacional do modelo com aquele informado pela contratada ainda na fase de licitação e também equivalência de preço.

Na análise do caso concreto, o TCU considerou irregular a aceitação de notebooks da marca Semp Toshiba, marca distinta daquela constante na proposta da empresa vencedora (Sony Vaio). Isso porque a substituição de marcas havia sido fundamentada pela fornecedora e aceita pela Administração Pública por meio de um simples e-mail informando as especificações técnicas do novo produto, sem comprovação suficiente da equivalência operacional e equivalência de preços entre os dois modelos. O TCU concluiu, portanto, que a “gravidade da ocorrência é manifesta, não podendo ser elidida por uma suposta pressa da administração em concluir a compra”, constituindo-se violação dos artigos 54, §1º e 66, da Lei nº. 8,666/1993.

Em outra oportunidade, o TCU decidiu que:

Com relação a ser admissível a substituição de equipamentos relacionados na proposta original da licitante, é incontroversa a possibilidade de aceitação de produtos de qualidade superior às especificações mínimas exigidas em edital, **desde que os atributos de desempenho atendam às especificações definidas pela Administração e que não haja majoração do preço originalmente ofertado, quando do julgamento e aceitação da proposta.**

[...]

² Acórdão nº. 558/2010 – Plenário, Rel. Min. Augusto Nardes. Data da Sessão: 24/03/2010.

Todavia, mesmo que admitida a possibilidade de serem efetuadas alterações qualitativas, desde que previamente aprovadas, em sendo de interesse da Administração, **tal mudança não poderia resultar na entrega de produtos de desempenho inferior com manutenção do preço unitário original e, especialmente, com injustificada dispensa das exigências contidas no edital, o que poderia vir a caracterizar a transfiguração do objeto licitado, com ofensa aos princípios da vinculação ao instrumento convocatório e da isonomia entre os licitantes.** (Acórdão nº. 1033/2019 – Plenário, Rel. Min. Aroldo Cedraz. Data da Sessão: 08/05/2019) (G.N.)

Nota-se, pois, que diante de situações excepcionais, a Administração Pública contratante, inclusive o “carona”, poderá aceitar produto diverso daquele registrado na ata de registro de preços, desde que seja de qualidade igual ou superior, com atendimento a todas as especificações técnicas exigidas no instrumento convocatório. Além disso, a substituição não poderá acarretar elevação dos preços registrados, sob pena de violação ao princípio da isonomia e da obtenção da proposta mais vantajosa.

Mantida ou aumentada a qualidade do objeto e havendo a manutenção dos valores originalmente propostos, não é razoável exigir que a Administração Pública rejeite a substituição dos produtos, visto que, em tais casos, o interesse público da contratação restará devidamente preservado.

Por outro lado, é necessário ressaltar que a referida substituição não poderá alterar a natureza do objeto, mesmo que as especificações técnicas sejam iguais ou superiores ao produto original. Seria o caso, por exemplo, do fornecedor que alega impossibilidade de entregar notebooks e oferece, em substituição, computadores de mesa (*desktops*) com as mesmas especificações técnicas ou com especificações até mesmo mais avançadas do que aquelas exigidas no instrumento convocatório. Nesse caso, ainda que a mercadoria seja de maior qualidade e o valor permaneça o mesmo, não poderá a Administração Pública aceitar o produto, devido à desconformidade com o objeto licitado.

Acerca desse tema, convém trazer novamente à colação as lições de Marçal Justen Filho:

Obviamente, a oferta de vantagens ou benefícios não previstos ou superiores aos determinados no ato convocatório não prejudica o licitante. Se o benefício não for de ordem a alterar o gênero do produto ou do serviço, nenhum efeito dele se extrairá. Porém, se a vantagem configurar, na verdade, outra espécie de bem ou serviço, deverá ocorrer a desclassificação da proposta – não pela ‘vantagem’ oferecida, mas por desconformidade com o objeto licitado. (JUSTEN FILHO, Marçal. Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 14ªed, São Paulo: Dialética, 2010)

Portanto, diante de todo o exposto, esta Unidade Técnica entende que o órgão não participante, também chamado de “carona”, poderá aceitar do fornecedor a entrega de produto diferente daquele registrado na ata de registro de preços, desde que preenchidas as seguintes condições:

a) o fornecedor apresente justificativa suficiente, acompanhada de documentos que comprovem a impossibilidade superveniente de fornecer o produto registrado na ata de registro de preços, devido a situações como a retirada do produto do mercado pela fabricante ou a alteração do processo produtivo, de modo que o produto não seja mais comercializado com as mesmas especificações técnicas (p. ex. peso, gramatura, medida, etc.) de outrora;

b) o novo produto apresente as mesmas especificações técnicas ou especificações técnicas superiores àquelas exigidas no instrumento convocatório, sem alteração da natureza, do uso, da aplicabilidade ou da finalidade do objeto;

c) por fim, a manutenção do preço original, ou seja, que a substituição não acarrete a majoração dos preços registrados na ata, sob pena de violação aos princípios norteadores da licitação, notadamente o princípio da competitividade, da isonomia e da obtenção da proposta mais vantajosa.

3 - DA CONCLUSÃO – SUGESTÕES, RECOMENDAÇÕES OU PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

Diante do exposto, esta Unidade Técnica, em resposta à Consulta nº. 1114436, formulada Sr. Rubens Magela da Silva, entende que o órgão não participante, também conhecido como “carona”, poderá aceitar do fornecedor a entrega de produto diferente daquele registrado na ata de registro de preços, desde que preenchidas as seguintes condições:

a) o fornecedor apresente justificativa suficiente, acompanhada de documentos que comprovem a impossibilidade superveniente de fornecer o produto registrado na ata de registro de preços, devido a situações como a retirada do produto do mercado pela fabricante ou a alteração do processo produtivo, de modo que o produto não seja mais comercializado com as mesmas especificações técnicas (p. ex. peso, gramatura, medida, etc.) de outrora;

b) o novo produto apresente as mesmas especificações técnicas ou especificações técnicas superiores às exigidas no instrumento convocatório, sem alteração da natureza, do uso, da aplicabilidade ou da finalidade do objeto; e

c) a manutenção do preço original, ou seja, que a substituição não acarrete a majoração dos preços registrados na ata, sob pena de violação aos princípios norteadores da licitação, notadamente o princípio da competitividade, da isonomia e da obtenção da proposta mais vantajosa.

À consideração superior,

DFME/CFEL, 22 de fevereiro de 2022.

Henrique Haruhico de Oliveira Kawasaki

Analista de controle externo

TC- 32406