

**2ª Seção –
Pregão Eletrônico**

***Section 2 –
Electronic Auction***

PREGÃO ELETRÔNICO E VANTAJOSIDADE NAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS: ESTUDO À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

*ELECTRONIC AUCTION AND ADVANTAGE IN PUBLIC CONTRACTS: STUDY IN THE LIGHT OF THE
JURISPRUDENCE OF THE FEDERAL COURT OF AUDITORS*

ALEXANDRE LEVIN

Doutor e Mestre em Direito do Estado pela PUC-SP. Professor do curso de especialização em Direito Administrativo da COGEAE/PUC-SP. Procurador do Município de São Paulo, atualmente exercendo a função de Assessor Jurídico junto à Secretaria Municipal da Saúde.
alexandrelevin@uol.com.br

Data de recebimento: 06.12.2017
Data de aprovação: 19.12.2017

ÁREAS DO DIREITO: Administrativo; Constitucional

RESUMO: O presente estudo pretende verificar se, de fato, o ordenamento jurídico impõe à Administração Pública a preferência pelo pregão eletrônico para a aquisição de bens e serviços comuns. Parte-se da leitura de julgados do Tribunal de Contas da União que consideram antieconômica a contratação via pregão presencial. Esse entendimento apriorístico pela desvantajosidade do modo presencial de disputa é questionado, visto que há situações em que o pregão eletrônico não constitui a forma mais eficiente de competição. No decorrer do texto, são indicadas hipóteses em que realizar o certame de forma presencial é mais conveniente para o poder público. As decisões da Corte de Contas, que impõem a preferência pela disputa via internet, concluem que o pregão eletrônico somente pode deixar de ser realizado em casos específicos, após justificativa do administrador. Mas a Corte não apresenta critérios que fundamentem a escolha pelo pregão presencial. Busca-se apresentar

ABSTRACT: The present study aims at verifying if the legal order, in fact, enforces the choice for the electronic auction for the acquisition of common goods and services to the Public Administration. Some assumptions are made based on the reading of *res judicata* of the Federal Court of Auditors that considers uneconomic the procurement process via physical auction. This a priori understanding of the disadvantage of the physical dispute option is questioned, since there are situations where electronic trading is not the most efficient type of competition. In this investigation, some hypothesis suggest that a physical auction is more convenient for public systems. The decisions of the Federal Court of Auditors that enforce the choice for the dispute over the internet conclude that the electronic trading can only be rule out in specific cases, after justification of the administrator. However, the Court does not present criteria that base their choice for the physical auction. This study tries to show

alguns desses critérios e comprovar que, na verdade, a margem de discricionariedade para a escolha do modo de disputa não é tão estreita, tendo em vista que a Lei 15.520/2002, que regula a licitação na modalidade pregão em âmbito nacional, prevê ser facultade de o agente público realizar o certame por meio da utilização de recursos de tecnologia da informação. Ou seja, a lei não obriga o administrador a dar preferência, em todos os casos, ao modo virtual de disputa. No decorrer do texto, vários aspectos do pregão eletrônico são abordados, em especial os que demonstram que nem sempre essa alternativa é a melhor escolha para a Administração Pública.

PALAVRAS-CHAVE: Pregão eletrônico – Vantajosidade – Discricionariedade da Administração licitante – Utilização do pregão presencial.

some of these criteria and to prove that, in fact, the margin of discretion to choose the type of dispute is not so narrow. This, considering that Law 15,520 / 2002, which regulates the bidding in the trading modality at national level, assumes the competence of the public agent to carry out the said event through the use of information technology. That is, the law does not oblige the administrator to give preference, in all cases, to the electronic type of dispute. This investigation approaches several aspects of electronic trading, especially those that demonstrate that this alternative is not always the best choice for Public Administration.

KEYWORDS: Electronic trading – Advantage – Administration discretion – Bidding Administration – Use of physical auction.

SUMÁRIO: 1. Considerações iniciais. 2. Preferência pelo pregão eletrônico. 3. O entendimento do Tribunal de Contas da União acerca da prevalência do pregão eletrônico sobre o presencial. 4. Pregão presencial: procedimento licitatório antieconômico?. 5. Ampla participação no pregão eletrônico é sinônimo de contratação vantajosa?. 6. Oferta de lances no pregão presencial e no pregão eletrônico. 7. A Lei 10.520/2002 não impõe a realização do pregão eletrônico. 8. Em quais situações o pregão presencial deve ser utilizado?. 9. A exigência de amostras no pregão. 10. Exigência de amostras no pregão eletrônico. 11. Uso de "robôs" na etapa de lances do pregão eletrônico. 12. Realização de diligências pelo pregoeiro e equipe de apoio. 13. Conclusão. 14. Referências bibliográficas.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O pregão eletrônico conquistou a Administração Pública, em especial os órgãos e entidades federais, os Estados e os grandes e médios Municípios do País. Órgãos públicos, estatais, autarquias e fundações públicas utilizam cotidianamente o procedimento, tirando proveito de sua agilidade, de sua eficácia e de sua praticidade. Natural que isso ocorra: a sociedade passa por um processo de informatização crescente e a internet se torna, cada vez mais, o ambiente propício para a aquisição de produtos e serviços os mais variados.

As empresas e os consumidores já incorporaram o comércio eletrônico ao seu cotidiano. Produtos, serviços e cursos os mais variados são adquiridos via rede. A aquisição de bens via internet traz economia e rapidez, além de facilitar – e muito – a pesquisa de preço por parte do comprador.

A verdade é que discricionariedade da Administração Pública não pode ser indevidamente tolhida pelos Tribunais, em especial nas hipóteses em que inexistia ato normativo impondo seja dada preferência ao pregão eletrônico. Não é possível, aprioristicamente, afirmar que o pregão eletrônico gera, em todas as situações, contratações mais vantajosas para o poder público. E, por outro lado, não se pode afirmar, de antemão, que o pregão presencial gera contratações antieconômicas, diante de uma alegada redução do número de participantes.

A escolha entre uma ou outra forma de pregão depende das circunstâncias do caso concreto. É o agente público que conhece as reais necessidades da Administração e que, portanto, tem a liberdade de escolher entre o modo eletrônico ou presencial de disputa, nas hipóteses de aquisição de bens e serviços comuns.³¹ Nem sempre o aumento do número de competidores, viabilizado pela modalidade eletrônica de competição, gera contratações vantajosas. Afinal, a vantajosidade deve ser aferida, também, pela boa qualidade dos produtos e serviços adquiridos e não somente pelo seu baixo preço final. Um bem comum adquirido a preços módicos pode não atender às necessidades da Administração e o contrato de fornecimento pode vir a ser rescindido. Nesse caso, deverá o poder público realizar nova licitação e as alegadas vantagens do certame anterior não mais subsistirão.

É claro que a Administração Pública não deve ignorar as facilidades que a tecnologia da informação propicia. Se bem utilizado, o pregão eletrônico pode gerar celeridade e eficiência nas compras governamentais. Mas também não se pode afirmar que tais vantagens estão presentes em todas as situações. Há casos em que o contato direto do pregoeiro com os licitantes é essencial para que a contratação seja, de fato, vantajosa.

Mesmo nos Estados e Municípios em que existem decretos a impor a preferência pelo pregão eletrônico, os Tribunais e demais órgãos de controle devem considerar, em suas análises e decisões, que há uma margem

31. Nunca é demais lembrar, nesse ponto, o conceito de discricionariedade administrativa proposto por Celso Antônio Bandeira de Mello: *Discricionariedade é a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, entre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair, objetivamente, uma solução unívoca para a situação vertente* (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 48).

razoavelmente ampla para a escolha entre o modo virtual e o presencial, visto que a Lei 10.520/2002 prevê ser faculdade do administrador a utilização de recursos de tecnologia da informação para as aquisições de bens e serviços comuns. Decretos editados pelos Chefes do Executivo não podem sobrepor-se à lei a ponto de extinguir definitivamente essa faculdade.

14. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- JUSTEN FILHO, Marçal. *Pregão: comentários à legislação do pregão comum e eletrônico*. 3. ed. São Paulo: Dialética, 2004.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 12. ed. São Paulo: Dialética, 2008.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- MONTEIRO, Vera. *Licitação na modalidade pregão (Lei 10.520, de 17 de julho de 2002)*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010
- NIEBUHR, Joel de Menezes. *Pregão presencial e eletrônico*. 7. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015.
- RIGOLIN, Ivan Barbosa. Cláusulas restritivas em licitações: as Súmulas 14 a 30 do TCE/SP. *BLC – Boletim de Licitações e Contratos*. n. 4, 2009.
- SANTANA, Jair Eduardo. *Pregão presencial e eletrônico: manual de implantação, operacionalização e controle*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008.
- VITTA, Heraldo Garcia. *Aspectos fundamentais da licitação*. São Paulo: Malheiros, 2015.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Do caos normativo havido entre os entes da federação acerca do pregão como modalidade de licitação e sua consequente inconstitucionalidade e/ou ilegalidade, de Adib Antonio Neto – *RDCI* 78/13-40 (DTR\2012\2479);
- Pregões governamentais: estudo da legislação e seus mecanismos de governança para a redução de custos, de Sílvio Hiroshi Nakao e Michele Aparecida Della Ricci – *RTrib* 80/213-227 (DTR\2008\333); e
- Pregão – Limitação ao âmbito da união – Inconstitucionalidade manifesta – Possibilidade de sua utilização imediata por todos os membros da federação, de Elísio Augusto Velloso Bastos – *RDCI* 38/234-248 (DTR\2002\25).

