

PROTOCOLO GERAL
Nº 64156.006143/2022-58



MINISTÉRIO DA DEFESA
EXÉRCITO BRASILEIRO
12º BATALHÃO DE SUPRIMENTO
BATALHÃO MARQUÊS DE POMBAL

ASSUNTO:
Pregão SRP nº 23/2022
Aquisição de óleos e lubrificantes.

VOLUME: II

PÁGINAS: _____ a _____

SEÇÃO: Seção de Aquisições, Licitações e Contratos do 12º Batalhão de Suprimento.

INTERESSADO: 12º BATALHÃO DE SUPRIMENTO.

ASSUNTO: Pregão SRP nº 23/2022 – Aquisição de óleos e lubrificante.

MOVIMENTO DO PROCESSO

DESTINO		DATA		DESTINO		DATA	
1				17			
2				18			
3				19			
4				20			
5				21			
6				22			
7				23			
8				24			
9				25			
10				26			



**MINISTÉRIO DA DEFESA
EXÉRCITO BRASILEIRO
12º BATALHÃO DE SUPRIMENTO
BATALHÃO MARQUÊS DE POMBAL**

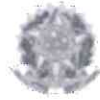
TERMO DE ABERTURA DE VOLUME

Nos termos do disposto no art. 38 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, lavro a abertura do volume Nº 02 do referente ao Pregão Eletrônico nº 23/2022 do Processo Administrativo Nº 64156.006143/2022-58 cujo objeto é aquisição de óleos e lubrificantes para o 12º Batalhão de Suprimentos.

Manaus-AM, 24 de fevereiro de 2023.

Assinatura manuscrita em tinta azul de Fábio Fasano Pimentel.

FABIO FASANO PIMENTEL – Cap
Chefe da Seção de Aquisições, Licitações e Contratos



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA JURÍDICA DA UNIÃO ESPECIALIZADA VIRTUAL DE AQUISIÇÕES
NÚCLEO JURÍDICO

PARECER n. 00045/2023/NUCJUR/E-CJU/AQUISIÇÕES/CGU/AGU

NUP: 64156.006143/2022-58

INTERESSADOS: COMANDO DO 12º BATALHÃO DE SUPRIMENTO - CMDO 12º B SUP

ASSUNTOS: PREGÃO ELETRÔNICO PARA REGISTRO DE PREÇOS PARA EVENTUAL AQUISIÇÃO DE ÓLEOS E LUBRIFICANTES

VALOR: R\$ 1.302.737,30 (HUM MILHÃO, TREZENTOS E DOIS MIL, SETECENTOS E TRINTA E SETE REAIS E TRINTA CENTAVOS)

EMENTA:DIREITO ADMINISTRATIVO. LICITAÇÕES E CONTRATOS. PREGÃO ELETRÔNICO PARA REGISTRO DE PREÇOS. LEGISLAÇÃO APLICÁVEL: LEI N. 10.520, DE 2002, DECRETO N. 3.555, DE 2000, DECRETO N. 10.024, DE 2019, DECRETO N. 7.892, DE 2013 E LEI N. 8.666, DE 1993. ADEQUAÇÃO DA MODALIDADE LICITATÓRIA APLICÁVEL. **ADJUDICAÇÃO POR ITENS. LICITAÇÃO AMPLA CONCORRÊNCIA**. LEI COMPLEMENTAR N. 123, DE 2006. DECRETO N. 8.538, DE 2015. OBSERVAÇÃO DOS CRITÉRIOS DE SUSTENTABILIDADE AMBIENTAL. ANÁLISE DAS MINUTAS. RESSALVAS E/OU RECOMENDAÇÕES.

1. DO RELATÓRIO

1. Trata-se de processo oriundo do **COMANDO DO 12º BATALHÃO DE SUPRIMENTO - CMDO 12º B SUP**, que tem por objeto o registro de preços para a aquisição de **ÓLEOS E LUBRIFICANTES**, a fim de atender as necessidades do próprio órgão e de suas unidades apoiadas, conforme discriminado no Termo de Referência, com esteio na Lei n. 10.520/2002 e legislação correlata.

2. Os presentes autos foram distribuídos a advogada signatária, para análise e emissão de parecer, nos termos do artigo 11, VI, "a", da Lei Complementar nº 73, de 1993 e do artigo 38, parágrafo único, da Lei nº 8.666, de 1993.

3. Alertamos que a numeração indicada em nosso relatório refere-se ao número do processo físico do órgão, que foi digitalizado e anexado ao sistema Super Sapiens.

4. Dentre os documentos que compõem o processo, destacam-se os seguintes

- a) Documento de formalização da demanda (fl. 42/43)
- b) Autorização para abertura da licitação (fl. 06/12)
- c) Estudo Técnico Preliminar - ETP (fl. 13/22)
- d) Termo de Referência (fl. 168/183)
- e) Aprovação do Termo de Referência (fl. 184)
- f) Designação do Pregoeiro (fl. 45/47)
- g) Designação da equipe de apoio (fl. 45/47)
- h) Pesquisas de Preços (fl. 55/119)
- i) IRP (fls. 139/141)
- j) Minuta do Edital (fls. 143/167)
- k) Minuta de Ata (fls. 185/196)
- l) Minuta do Contrato (fls. 197/208)



5. É o que se tem a relatar.

2. DA ANÁLISE JURÍDICA

2.1 FINALIDADE E ABRANGÊNCIA DO PARECER JURÍDICO

6. A presente manifestação jurídica tem o escopo de assistir a autoridade assessorada no controle interno da legalidade administrativa dos atos a serem praticados ou já efetivados. Envolve, conseqüentemente, o exame prévio e conclusivo dos textos das minutas dos editais e seus anexos.

7. A atribuição desta Consultoria Jurídica é justamente apontar possíveis riscos do ponto de vista jurídico e recomendar providências, para salvaguardar a autoridade assessorada, a quem compete avaliar a real dimensão do risco e a necessidade de se adotar ou não a precaução recomendada.

8. Importante salientar que o exame dos autos processuais se restringe aos seus aspectos jurídicos, excluídos, portanto, aqueles de natureza técnica. Em relação a estes, parte-se da premissa de que a autoridade competente se municiou dos conhecimentos específicos imprescindíveis para a sua adequação às necessidades da Administração, observando os requisitos legalmente impostos (conforme Enunciado nº 07, do Manual de Boas Práticas Consultivas da CGU/AGU, “A manifestação consultiva que adentrar questão jurídica com potencial de significativo reflexo em aspecto técnico deve conter justificativa da necessidade de fazê-lo, evitando-se posicionamentos conclusivos sobre temas não jurídicos, tais como os técnicos, administrativos ou de conveniência ou oportunidade, podendo-se, porém, sobre estes emitir opinião ou formular recomendações, desde que enfatizando o caráter discricionário de seu acatamento”).

9. De fato, presume-se que as especificações técnicas contidas no presente processo, inclusive quanto ao detalhamento do objeto da contratação, suas características, requisitos e avaliação do preço estimado, tenham sido regularmente determinadas pelo setor competente do órgão, com base em parâmetros técnicos objetivos, para a melhor consecução do interesse público.

10. Por outro lado, cabe esclarecer que, via de regra, não é papel do órgão de assessoramento jurídico exercer a auditoria quanto à competência de cada agente público para a prática de atos administrativos. Incumbe, isto sim, a cada um destes observar se os seus atos estão dentro do seu espectro de competências. Assim sendo, o ideal, para a melhor e completa instrução processual, é que sejam juntadas ou citadas as publicações dos atos de nomeação ou designação da autoridade e demais agentes administrativos, bem como, os Atos Normativos que estabelecem as respectivas competências, com o fim de que, em caso de futura auditoria, possa ser facilmente comprovado que quem praticou determinado ato tinha competência para tanto. Todavia, no entendimento desta Consultoria, a ausência de tais documentos, por si, não representa óbice ao prosseguimento do feito.

11. Finalmente, insta mencionar que determinadas observações são feitas sem caráter vinculativo, mas em prol da segurança da própria autoridade assessorada a quem incumbe, dentro da margem de discricionariedade que lhe é conferida pela lei, avaliar e acatar, ou não, tais ponderações. Não obstante, as questões relacionadas à legalidade serão apontadas para fins de sua correção. O seguimento do processo sem a observância destes apontamentos será de responsabilidade exclusiva da Administração.

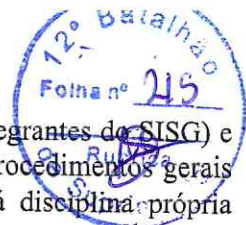
2.2 REGULARIDADE DA AUTUAÇÃO DO PROCESSO

12. De acordo com o art. 22 da Lei nº 9.784, de 1999, os atos do processo administrativo não dependem de forma determinada, salvo expressa disposição legal.

13. Com efeito, no que tange especificamente à licitação, bem como contratos/convênios e outros ajustes, conforme art. 38 da Lei n. 8.666, de 1993, o processo administrativo deverá observar as normas que lhes são aplicáveis, iniciando-se com a devida autuação, com a correspondente protocolização e numeração, juntando-se, em sequência cronológica, os documentos pertinentes, cujas folhas devem ser numeradas e rubricadas, sendo que cada volume deverá conter os respectivos termos de abertura e encerramento, compreendendo, na medida do possível, o máximo, 200 folhas:

Orientação Normativa AGU Nº 2, DE 1º DE ABRIL DE 2009

“Os instrumentos dos contratos, convênios e demais ajustes, bem como os respectivos aditivos, devem integrar um único processo administrativo, devidamente autuado em sequência cronológica, numerado, rubricado, contendo cada volume os respectivos termos de abertura e encerramento.”



14. Aplicáveis ainda, a Portaria Interministerial nº 1.677, de 2015 (no caso de órgãos integrantes do SISG) e Portaria Normativa MD nº 1.243, de 2006 (para os órgãos militares), que também dispõem sobre procedimentos gerais referentes à gestão de processos, sendo recomendável também que o consulente verifique se há disciplina própria reguladora no âmbito de seu órgão.

15. Nesse contexto, é necessário observar que a atividade consultiva não tem o dever de conferência minuciosa da regularidade formal de todos os aspectos formais do processo (como a correta numeração de folhas), salvo quando percebida durante a análise jurídica.

16. De outro lado, é importante notar que, para maior segurança da autoridade, e também para maior rapidez e eficiência na análise dos processos submetidos a esta e-CJU/Aquisições, é recomendável que o processo digitalizado obedeça o padrão PDF pesquisável (OCR).

17. Sobre o tema, chamamos a atenção da autoridade para a recente decisão do Tribunal de Contas da União, o qual, mediante o Acórdão 934/2021-Plenário, considerou que a inserção de documentos não pesquisáveis, no sistema Comprasnet, afronta o dever de acesso à informação, previsto na Lei 12.527/2011:

9.3. dar ciência ao Comando da 12ª Região Militar de que a inserção de documentos das licitações no portal Comprasnet em formato não editável, que não permita a busca de conteúdo no arquivo, conforme se verificou no Pregão Eletrônico SRP 4/2020, infringe a regra estabelecida no art. 8º, § 3º, inciso III, da Lei 12.527/2011

18. Isto porque, a análise realizada pela área técnica do Tribunal de Contas da União demonstrou que, "A utilização de arquivos PDF não editáveis dificulta a busca de informações no documento, em prejuízo ao princípio da transparência e contraria o disposto no art. 8º, § 3º, inciso III, da Lei 12.527/2011, o qual prevê que as informações disponibilizadas nos sítios oficiais deverão atender ao requisito de 'possibilitar o acesso automatizado por sistemas externos em formatos abertos, estruturados e legíveis por máquina'".

19. Cabe ao órgão observar estas recomendações e tomar as providências pertinentes.

2.3 LIMITES DE GOVERNANÇA

20. No âmbito do Poder Executivo Federal, o Decreto nº 10.193, de 27 de dezembro de 2019, estabeleceu limites e instâncias de governança para a contratação de bens e serviços e para a realização de gastos com diárias e passagens no âmbito do Poder Executivo federal.

21. Em relação aos contratos administrativos, para atividades de custeio em geral, o artigo 3º do referido Decreto define algumas regras que precisam ser respeitadas, notadamente em relação à competência para a celebração de novos contratos de aquisição:

Art. 3º A celebração de novos contratos administrativos e a prorrogação de contratos administrativos em vigor relativos a atividades de custeio serão autorizadas em ato do Ministro de Estado ou do titular de órgão diretamente subordinado ao Presidente da República.

§ 1º Para os contratos de qualquer valor, a competência de que trata o **caput** poderá ser delegada às seguintes autoridades, permitida a subdelegação na forma do § 2º:

I - titulares de cargos de natureza especial;

II - dirigentes máximos das unidades diretamente subordinadas aos Ministros de Estado; e

III - dirigentes máximos das entidades vinculadas.

§ 2º Para os contratos com valor inferior a R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais), a competência de que trata o **caput** poderá ser delegada ou subdelegada aos subsecretários de planejamento, orçamento e administração ou à autoridade equivalente, permitida a subdelegação nos termos do disposto no § 3º.

§ 3º Para os contratos com valor igual ou inferior a R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), a competência de que trata o **caput** poderá ser delegada ou subdelegada aos coordenadores ou aos chefes das unidades administrativas dos órgãos ou das entidades, vedada a subdelegação.

22. Uma vez que foge às atribuições deste órgão de assessoramento jurídico investigar ou auditar eventual existência de delegação de competência, a autoridade assistida deve se certificar sobre a natureza da atividade a ser contratada – se constitui ou não atividade de custeio –, adotando as providências necessárias, se for o caso, para aferir se a autoridade indicada na minuta possui competência para a representar a União na celebração do contrato a ser firmado.

23. Em fls. 119 o órgão informa que o objeto da presente contratação não se enquadra como atividade de custeio.



2.4 AVALIAÇÃO DE CONFORMIDADE LEGAL

24. Nos termos do que dispõe a Orientação Normativa SEGES nº 02, de 2016, a qual prevê em seu artigo 1º que "Os pregoeiros e as equipes de apoio deverão adotar nos processos de aquisição de materiais e serviços as listas de verificação constantes dos Anexos I e II, visando o aperfeiçoamento dos procedimentos realizados nos pregões eletrônicos", sugerimos que os processos de aquisição sejam instruídos com as referidas listas de verificações.

25. A Advocacia-Geral da União também dispõe de Check-Lists previamente elaborados para os diversos tipos de contratações, de preenchimento facultativo, encontrando-se dispostas no site http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/244390, servindo de excelente instrumento de apoio para que seja aferida a correção da instrução, sem prejuízo da obrigatória adoção da ON SEGES/MP n. 02, de 2016.

26. No presente caso o órgão realizou a avaliação de conformidade legal, anexando a lista de verificação.

2.5 PLANEJAMENTO DA CONTRATAÇÃO

27. O Decreto n. 10.024, de 2019, estabeleceu a fase de "planejamento da contratação" como a primeira etapa do procedimento de contratação pública. O normativo mencionado trata no seu art. 14 sobre os procedimentos a serem adotados para o planejamento da contratação, que compreendem a elaboração e aprovação do Estudo Técnico Preliminar - ETP e do Termo de Referência - TR, elaboração do Edital, definição das exigências de habilitação, sanções e demais condições contratuais e, por fim, a designação do pregoeiro e da respectiva equipe de apoio.

28. Ora, a elaboração do ETP pressupõe prévia formalização da demanda no âmbito administrativo, porquanto esse é o documento que fundamenta a elaboração do Estudo Técnico Preliminar. Por outro lado, a efetividade do planejamento da contratação depende da análise dos riscos envolvidos na contratação, do qual também depende a conclusão da sua viabilidade.

2.6 Documento de Formalização da Demanda

29. O Documento de Formalização da Demanda é procedimento obrigatório para o início dos trabalhos pertinentes ao início da fase interna da licitação.

30. Compulsando os documentos que instruem o processo, verifica-se que os requisitos próprios para a oficialização da demanda não foram atendidos.

31. Isto porque, o Documento de Formalização da Demanda anexado em fls. 42/43, refere-se à contratação de serviços de manutenção preventiva e corretiva das instalações de classe III, (vide item 2, letras "a", "b" e "c" e item 3), o que não reflete o objeto da requisição DIEx n. 787-Dep CL 111/CL/COS de 15/09/2022 (fls. 06/12).

32. **Neste sentido, é necessário corrigir o documento de fls. 42/43, anexando documento de formalização da demanda que contenha o correto objeto desta contratação - aquisição de óleos e lubrificantes.**

Demonstração do alinhamento entre a contratação e o planejamento do órgão ou entidade, identificando a previsão no Plano Anual de Contratações.

33. Deve ser demonstrado que o objeto requisitado está contemplado no Plano Anual de Contratações do órgão. Sem que se demonstre que a inclusão do objeto pretendido, ou sem que seja justificada a não inclusão, não será possível a realização da licitação.

34. **No presente caso, o Estudo Técnico Preliminar passou ao largo desta questão, cabendo providências por parte da autoridade.**

Equipe de Planejamento

35. A designação da equipe de planejamento foi anexada ao presente processo em fls. 47, cabendo ao órgão se assegurar de que seus integrantes sejam cientificados da indicação.



Estudos Técnicos Preliminares

Necessidade da Contratação

36. De acordo com o Decreto federal nº 10.024/2019, estudo técnico preliminar é o "documento constitutivo da primeira etapa do planejamento de uma contratação, que caracteriza o interesse público envolvido e a melhor solução ao problema a ser resolvido e que, na hipótese de conclusão pela viabilidade da contratação, fundamenta o termo de referência".

37. O Decreto federal nº 10.024/2019, em seu artigo 8º, define que, quando necessário, o processo relativo ao pregão eletrônico será instruído com estudo técnico preliminar. Esta regra indica a esmerada preocupação do regulamento com a fase de planejamento, a qual, quando bem realizada, evita prejuízos advindos de uma concepção precipitada e equivocada da pretensão contratual. Outrossim, o Decreto estabelece que esta confecção deve ser feita "quando necessário", o que pressupõe a análise de que nem sempre será eficiente ou necessária a confecção deste instrumento, previamente, ao termo de referência.

38. Como ressaltado, esta definição sobre a necessidade ou não de utilização do estudo técnico preliminar envolve matéria técnica de competência do pertinente setor do órgão assessorado. Nada obstante, convém advertir que, nas hipóteses em que a pretensão contratual admite soluções diversas de atendimento pelo mercado ou necessidade de melhor avaliação sobre a viabilidade da contratação, a realização de estudo técnico preliminar permite uma melhor reflexão da equipe de planejamento, evitando uma formatação ineficiente ou inadequada do objeto licitatório.

39. Nesse prumo, vale suscitar interessante Jurisprudência do Tribunal de Contas da União:

Em licitações para aquisição de equipamentos, havendo no mercado diversos modelos que atendam às necessidades da Administração, deve o órgão licitante identificar um conjunto representativo desses modelos antes de elaborar as especificações técnicas e a cotação de preços, de modo a evitar o direcionamento do certame para marca ou modelo específicos e a caracterizar a realização de ampla pesquisa de mercado. (TCU. Acórdão 214/2020, Plenário. Representação, Relator Ministro Aroldo Cedraz)

Especificações com potencial de restringir o caráter competitivo da licitação devem ser adequadamente fundamentadas, com base em estudos técnicos que indiquem a sua essencialidade para atender as necessidades do órgão ou da entidade contratante. (TCU. Acórdão 1973/2020, Plenário. Representação, Relator Ministro-Substituto Weder de Oliveira).

40. Nesse diapasão, a Instrução Normativa nº 40/2020 dispôs sobre a elaboração de Estudos Técnico Preliminares e a utilização do **Sistema ETP Digital**, ferramenta informatizada, disponibilizada pela Secretaria de Gestão da Secretaria Especial de Desburocratização, Gestão e Governo Digital do Ministério da Economia, no Portal de Compras do Governo Federal, para elaboração dos ETP, definindo conteúdo mínimo, em seu artigo 7º, que deve ser registrado no referido Sistema.

41. Outrossim, a referida Instrução Normativa, aparentemente restringindo a discricionariedade técnica, definiu as exceções à elaboração do ETP, em seu artigo 8º. Senão vejamos:

Art. 8º A elaboração dos ETP:

I - é facultada nas hipóteses dos incisos I, II, III, IV e XI do art. 24 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993; e

II - é dispensada nos casos de prorrogações contratuais relativas a objetos de prestação de natureza continuada.

42. Convém alertar que a Administração deve evitar a inclusão de requisitos desnecessários, mantendo as exigências de contratação em nível que permita a satisfação plena do interesse público secundário, de um lado, e a maior possibilidade de competição (ampla participação), de outro.

43. Na definição dos objetos, chamamos a atenção da autoridade para características ou especificações exclusivas (detalhes sobre o acondicionamento do produto, tipo de embalagem, peso, tamanho etc., típicas de produtos de determinado fabricante) que podem direcionar por via indireta o objeto à determinada marca e, por conseguinte, devem



ser observadas as mesmas diretrizes acima lançadas. Cabe, portanto ao órgão, se assegurar de que as descrições feitas na tabela constante do termo de referência, respeitam esta orientação.

44. Além disso, é dever do setor técnico do órgão assegurar-se de que a definição das especificações exigidas para os produtos licitados observa noções de **razoabilidade e economicidade**, frente à finalidade de utilização pretendida – e, se for o caso, excluindo requisitos que eventualmente se mostrem desarrazoados, sobretudo aqueles que eventualmente encarecerem a contratação de forma desproporcional.

45. Quanto a eventual necessidade de registro dos bens ou autorização de funcionamento, é dever do setor técnico especializado do órgão avaliar a incidência de qualquer exigência, fazendo-a apenas para aqueles itens em que ela for incidente, de forma justificada.

46. No que tange à justificativa da contratação, não cabe ao órgão jurídico adentrar o mérito (oportunidade e conveniência) das opções do Administrador, exceto em caso de afronta a preceitos legais. O papel do órgão jurídico é recomendar que tal justificativa seja a mais completa possível, orientando o órgão assistido, se for o caso, pelo seu aperfeiçoamento ou reforço, na hipótese de ela se revelar insuficiente, desproporcional ou desarrazoada, de forma a não deixar margem para futuros questionamentos, por exemplo, quanto à pertinência ou necessidade da contratação, ou dos quantitativos estimados.

47. Evidentemente, a justificativa da contratação tomará por base todas as pesquisas realizadas no estudo técnico preliminar.

48. No que toca à especificação do objeto, é certo que o aumento do nível de seu detalhamento influi inversamente no universo de fornecedores aptos a atender à demanda, reduzindo-o. Consequentemente, a caracterização excessivamente pormenorizada poderá conduzir a um único ou nenhum fornecedor, ao passo que a especificação por demais genérica ou singela poderá ampliar as opções no mercado, porém para objeto cujas características não atendam plenamente às necessidades efetivas da Administração, frustrando a finalidade da contratação.

49. Além disso, a especificação do objeto deve considerar as normas técnicas eventualmente existentes, elaboradas pela Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT, quanto a requisitos mínimos de qualidade, utilidade, resistência e segurança, nos termos da Lei nº 4.150, de 1962.

50. Destarte, o gestor deverá tomar as cautelas necessárias para assegurar que as especificações correspondam àquelas essenciais ao bem, sem as quais, não poderão ser atendidas as necessidades da Administração, evitando por outro lado, detalhes considerados supérfluos ou desnecessários, que possam limitar a competição indevidamente.

51. Nesse sentido, o art. 3º, inc. II da Lei nº 10.520, de 2002 impõe:

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

(...)

II – a definição do objeto deverá ser precisa, suficiente e clara, vedadas especificações que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, limitem a competição.

(...)”

52. A mesma linha de raciocínio é seguida no Decreto nº 10.024, de 2019:

“Art. 3º Para fins do disposto neste Decreto, considera-se:

(...)

XI - termo de referência - documento elaborado com base nos estudos técnicos preliminares, que deverá conter:

a) os elementos que embasam a avaliação do custo pela administração pública, a partir dos padrões de desempenho e qualidade estabelecidos e das condições de entrega do objeto, com as seguintes informações:

1. a definição do objeto contratual e dos métodos para a sua execução, vedadas especificações excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, que limitem ou frustrem a competição ou a realização do certame;

(...)”

53. Quanto a indicação de marca/fabricante, cabe salientar que, a princípio, a lei veda a preferência por marca – art. 15, §7º, inc. I, da Lei nº 8.666, de 1993, por representar restrição à ampla competitividade do certame. Todavia, não

se pode olvidar que a própria lei, em seu art. 7º, parágrafo 5º admite a indicação de marca, características ou especificações exclusivas, desde que tecnicamente justificável, o que também é sustentado pela doutrina.



“Art. 15. (...)”

§ 7º Nas compras deverão ser observadas, ainda:

I - a especificação completa do bem a ser adquirido sem indicação de marca,
7º (...)

§ 5º É vedada a realização de licitação cujo objeto inclua bens e serviços sem similaridade ou de marcas, características e especificações exclusivas, salvo nos casos em que for tecnicamente justificável, ou ainda quando o fornecimento de tais materiais e serviços for feito sob o regime de administração contratada, previsto e discriminado no ato convocatório.”

54. Conforme magistério de Marçal Justen Filho:

“Havendo motivação técnico-científica adequada, a escolha da Administração não apresentará defeitos. Essa escolha deverá indicar o objeto escolhido. Para sua perfeita identificação, nada impede a utilização da marca e dos demais característicos externos do objeto escolhido. Enfim, a marca não pode ser a causa motivadora da escolha, mas se admite a indicação da marca como mero elemento acessório, consequência de uma decisão que se fundou em características específicas do objeto escolhido.” (op.cit., pág. 577).

55. Em outra passagem, salienta o mesmo Doutrinador:

“ Não é necessário reiterar a ausência de confusão entre os conceitos de padronização e preferência por marca. A padronização pode resultar na seleção de um produto identificável por meio de uma marca. Logo, o resultado será a escolha pela Administração de uma “marca” determinada, a qual será utilizada posteriormente para identificar os objetos que serão contratados. Isso não se traduz em qualquer tipo de atuação reprovável, não infringe à Constituição nem viola a Lei nº 8.666/1993. O que se veda é a preferência subjetiva e arbitrária por um produto, fundada exclusivamente na marca. Não há infringência quando se elege um produto (serviço etc.) em virtude de qualidades específicas, utilizando-se sua marca apenas como instrumento de identificação. No caso, não há preferência pela marca, mas pelo objeto. A marca é, tão somente, o meio pelo qual se individualiza o objeto que se escolheu. (...)” (ob. cit., pág. 299).

56. Portanto, a justificativa correspondente deverá pautar-se em critérios técnicos e objetivos que demonstrem a sua imprescindibilidade para a plena satisfação do interesse público.

57. Desta forma, a proibição deve ser interpretada no sentido de que a marca não poderá ser indicada como o objeto da contratação em si. Ou seja, o administrador não poderá externar sua preferência por contratação de certa marca, a seu talante, sem a correspondente motivação técnica objetiva e fundamentada. Portanto, a referência à marca deve ser consequência das características específicas do objeto e não pressuposto, sob pena de indevida restrição da licitação e quebra da isonomia dos licitantes.

58. Por outro lado, consoante diretrizes do TCU (nesse particular, os Acórdãos TCU nº 2.300/2007-Plenário e 1.344/2009-2ª Câmara são esclarecedores), também é admissível a indicação de marca/fabricante, quando for necessária como parâmetro ou referência para as especificações qualitativas do objeto, para facilitação de sua identificação, devendo, neste caso, vir acompanhada das expressões “equivalente, similar ou de melhor qualidade”.

59. Mais recentemente tem-se a seguinte decisão do TCU:

“A vedação à indicação de marca (arts. 15, § 7º, inciso I, e 25, inciso I, da Lei 8.666/1993) não se confunde com a menção à marca de referência, que deriva da necessidade de caracterizar/descrever de forma adequada, sucinta e clara o objeto da licitação (arts. 14, 38, caput, e 40, inciso I, da mesma Lei). A diferença básica entre os dois institutos é que o primeiro (excepcionado pelo art. 7º, § 5º, da Lei 8.666/1993), admite a realização de licitação de objeto sem similaridade nos casos em que for tecnicamente justificável, ao passo que o segundo é

empregado meramente como forma de melhor identificar o objeto da licitação, impondo-se a aceitação de objeto similar à marca de referência mencionada."

AC-2829/15 - Plenário do TCU



60. Por fim, registre-se que a Súmula nº 270/2012 do TCU admite, desde que previamente justificada, a indicação de marca para licitação de compras (inclusive *softwares*), para fins exclusivos da padronização, conforme dispõe o art. 15, I da Lei nº 8.666, de 1993:

"As compras, sempre que possível, deverão:

I - atender ao princípio da padronização, que imponha compatibilidade de especificações técnicas e de desempenho, observadas, quando for o caso, as condições de manutenção, assistência técnica e garantia oferecidas;"

Súmula 270 do TCU:

Em licitações referentes a compras, inclusive de softwares, é possível a indicação de marca, desde que seja estritamente necessária para atender exigências de padronização e que haja prévia justificativa."

61. Em razão do exposto, pode-se concluir que a indicação de marca é permitida nas seguintes situações:

- a) Na presença de justificativa técnica sólida que demonstre a sua imprescindibilidade para a satisfação do objeto da contratação, inclusive para fins de padronização;
- b) Quando necessária como referência de qualidade ou facilitação da descrição do objeto, caso em que deverá ser seguida das expressões "ou equivalente", "ou similar" e "ou de melhor qualidade".

62. Chamamos a atenção da autoridade também para características ou especificações exclusivas (detalhes sobre o acondicionamento do produto, tipo de embalagem, peso, tamanho etc., típicas de produtos de determinado fabricante) que podem direcionar por via indireta o objeto à determinada marca e, por conseguinte, devem ser observadas as mesmas diretrizes acima lançadas. Cabe, portanto ao órgão, se assegurar de que as descrições feitas na tabela constante do termo de referência, respeitam esta orientação.

63. De qualquer forma, para justificar a indicação de marca, a motivação técnica deve ser claramente descrita, de forma a demonstrar sua pertinência ou indispensabilidade para a seleção do objeto pretendido, além de ser confirmada pela autoridade competente (TORRES, Ronny Charles Lopes de. *Leis de licitações públicas comentadas*. 11ª edição. Jus Podivm: Salvador, 2020. P. 178). Portanto, a justificativa correspondente deverá pautar-se em critérios técnicos e objetivos que demonstrem a sua imprescindibilidade para a plena satisfação do interesse público.

4. Deve portanto a autoridade estar atenta a estas recomendações, eventualmente adequando o seu termo de referência.

65. Nos termos do que dispõe o § 2º do art. 7º da IN 40/2020, apontamos que os ETP devem obrigatoriamente conter os elementos dispostos nos incisos I, IV, V, VI, VII, IX e XIII do caput do artigo 7º e, quando não contemplarem os demais elementos do caput, deve ser apresentada a devida justificativa no próprio documento que materializa os ETP.

66. Além disto, nos termos do que dispõe o art. 14, inciso II, do Decreto n.º 10.024/19, deverá constar a aprovação do Estudo Técnico Preliminar pela autoridade competente.

67. No presente processo a necessidade de contratação está devidamente delineada na parte inicial do Estudo Técnico e contém as razões pelas quais o objeto pretendido se faz necessário ao desempenho das funções do órgão.

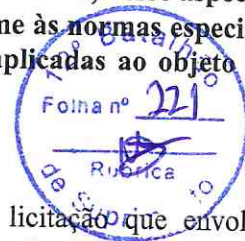
Referência a normativos que disciplinam a contratação

68. Compete ao órgão promotor da licitação a responsabilidade pela pesquisa da legislação pertinente ao objeto do futuro contrato, a qual deverá ser indicada nos Estudos Preliminares da contratação.

69. Esse trabalho deverá compreender a referência a todos os normativos que disciplinam os diversos aspectos, requisitos essenciais, exigências específicas e fases que compõem a contratação.

70. Nesse ponto, **aparentemente não houve o trabalho de pesquisa normativa empreendido pelo órgão pois os Estudos Preliminares remetem à normas já revogadas (Decreto 5.450/2005) ou mesmo desatualizadas (Guia Nacional de Licitações Sustentáveis de 2016).**

71. Sendo assim, se faz a recomendação de que a instrução do processo seja aprimorada, nesse aspecto, com a indicação de eventuais normas especiais aplicáveis e a adaptação das regras do certame às normas especiais de regência (se for o caso), ou a afirmação de que não existem regras especiais a serem aplicadas ao objeto da licitação.



Mapa de Riscos

72. Inspirado no regramento da IN 05/2017, diante do desafio de realizar uma licitação que envolva aquisições sensíveis, é possível que o gestor público realize etapa de gerenciamento de riscos (confeccionando mapa de riscos) com a função de avaliar e tratar os riscos inerentes à pretensão contratual definida no ETP.

73. Por esta razão, consta em fls. 35/41 o mapa de riscos.

74. Tratando-se de documento extremamente técnico, sobre o qual não cabe à assessoria jurídica se imiscuir, apenas apontamos que ele consta da instrução processual.

Estimativa das Quantidades

75. Compete ao gestor motivar, de forma clara e precisa, o quantitativo dimensionado no Termo de Referência, em atenção ao planejamento voltado a suprir a carência do órgão, evitando, ao máximo, estimativas genéricas, sem respaldo em elementos técnicos que evidenciam a exata correlação entre a quantidade contratada e a demanda prevista (TCU. Acórdão n. 1380/2011-Plenário), conforme, aliás, determina a legislação de regência (art. 7º, § 4º, da Lei n. 8.666/93).

76. Neste sentido, o TCU estabelece que a "definição precisa e suficiente do objeto licitado constitui regra indispensável da competição, até mesmo como pressuposto do postulado de igualdade entre os licitantes, do qual é subsidiário o princípio da publicidade, que envolve o conhecimento, pelos concorrentes potenciais das condições básicas da licitação, constituindo, na hipótese particular da licitação para compra, a quantidade demandada em uma das especificações mínimas e essenciais à definição do objeto do pregão" (Súmula n. 177).

77. Quanto aos quantitativos, a justificativa da relação entre a demanda e a quantidade a ser contratada deve vir acompanhada, no que couber, dos critérios de medição utilizados, documentos comprobatórios, fotografias e outros meios probatórios que se fizerem necessários.

78. A estimativa de quantidades a serem adquiridas, devidamente justificada e baseada em estudos técnicos preliminares e elementos objetivos aplica-se também no sistema de registro de preços, consoante entendimento recente do TCU:

(...)

9.3. determinar à Secretaria-Geral de Controle Externo do TCU que oriente suas unidades, especialmente a Secretaria de Controle Externo das Aquisições Logísticas (Selog), sobre a necessidade de sempre avaliar os seguintes aspectos em processos envolvendo pregões para registro de preços:

9.3.1. planejamento da contratação, incluindo os procedimentos relativos à intenção de registro de preços e à **estimativa de quantidades a serem adquiridas, devidamente justificada e baseada em estudos técnicos preliminares e elementos objetivos** - arts. 6º, inciso I, e 10, § 7º, do Decreto-Lei 200/1967, art. 6º, inciso IX, da Lei 8.666/1993, arts. 4º, 5º, inciso V, e 8º do Decreto 7.892/2013 e Acórdãos 1.100/2008, 392/2011 e 3.137/2014, do Plenário, 612/2004 e 559/2009, da 1ª Câmara, e 1.720 e 4.411/2010, da 2ª Câmara;" (g.n)

Acórdão TCU n. 757/2015-Plenário (g.n.)

79. No presente caso, não se apresenta objeção à documentação que se encontra anexada no processo, vez que - aparentemente - contém os requisitos necessários à definição dos quantitativos que serão licitados porquanto o órgão consulente documentou a estimativa das quantidades, utilizou parâmetros de estimativa e incluiu as memórias de cálculo que dão suporte aos quantitativos.

80. Deve-se ressaltar que não compete a esta Consultoria adentrar em questões técnicas, mas apenas verificar se há suporte documental coerente com aquele que é exigido pela legislação para a fase interna da licitação.

Da adjudicação por itens

81. Via de regra, as aquisições da Administração Pública devem ser divididas em tantas parcelas quantas se comprovarem técnica e economicamente viáveis, em conformidade com o art. 23, §1º da Lei nº 8.666/93.

82.

Sobre o tema, convém citar a doutrina:



Mas a adoção do fracionamento dependa da presença de requisitos de ordem técnica e econômica.

4.1.3) O requisito de natureza técnica

Não se admite o fracionamento quando tecnicamente isso não for viável nem, mesmo, recomendável. O fracionamento em lotes deve respeitar a integridade qualitativa do objeto a ser executado. Não é possível desnaturar um certo objeto, fragmentando-o em contratações diversas e que importam o risco de impossibilidade de execução satisfatória. Se a Administração necessitar adquirir um veículo, não teria sentido licitar a compra por partes (pneus, chassi, motor, etc). Mas seria possível realizar a compra fracionada de uma pluralidade de veículos. Em suma, o impedimento de ordem técnica significa que a unidade do objeto a ser executado não pode ser destruída através do fracionamento.

4.1.4.) O requisito de natureza econômica

Já o impedimento de ordem econômica se relaciona com o risco de o fracionamento aumentar o preço unitário a ser pago pela Administração. Em uma economia de escala, o aumento de quantitativos produz a redução dos preços. Por isso, não teria cabimento a Administração fracionar as contratações se isso acarretar o aumento de seus custos.

Como se extrai, o fundamento jurídico do fracionamento consiste na ampliação das vantagens econômicas para a Administração. Adota-se o fracionamento como instrumento de redução de despesas administrativas. A possibilidade de participação de maior número de interessados não é o objetivo imediato e primordial, mas via instrumental para obter melhores ofertas (em virtude do aumento da competitividade). Logo, a Administração não pode justificar um fracionamento que acarretar elevação de custos através do argumento de benefício a um número maior de particulares. (Marçal Justen Filho, Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 17ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 440)

83. Importante lembrar que o TCU entende como obrigatória a adjudicação por item, nos editais das licitações, cujo objeto é divisível, desde que não haja prejuízo à contratação ou complexo ou perda de economia de escala, tendo em vista o objetivo de propiciar a ampla participação de licitante. Sempre bom lembrarmos sua sedimentada **Súmula 247**:

Súmula 247 do TCU - É obrigatória a admissão da adjudicação por item e não por preço global, nos editais das licitações para a contratação de obras, serviços, compras e alienações, cujo objeto seja divisível, desde que não haja prejuízo para o conjunto ou complexo ou perda de economia de escala, tendo em vista o objetivo de propiciar a ampla participação de licitantes que, embora não dispondo de capacidade para a execução, fornecimento ou aquisição da totalidade do objeto, possam fazê-lo com relação a itens ou unidades autônomas, devendo as exigências de habilitação adequar-se a essa divisibilidade.

84. Realmente, em tese, a reunião de diversos objetos em um único grupo pode gerar perda da competitividade, pelo impedimento à participação de empresas que atuem no mercado, com apenas parte do objeto contratual ampliado.

85. Por outro lado, por vezes, a reunião pode servir positivamente à Administração, pelo ganho em economia de escala ou pela vantagem no gerenciamento contratual, elementos que permitem o alcance de uma melhor proposta econômica.

86. Indubitável que a decisão final envolve contornos técnicos e gerenciais específicos.

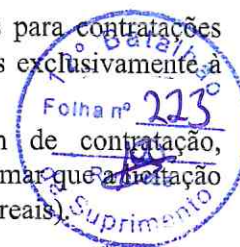
87. No caso em análise, o edital indica que a adjudicação será por itens, opção que atende as recomendações do Tribunal de Contas da União.

DO TRATAMENTO DIFERENCIADO ÀS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE - LICITAÇÃO EXCLUSIVA PARA ME/EPP

88. Nos termos do inciso I do art. 48 da Lei Complementar nº 123, de 2006, com a redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014, a administração pública deverá realizar processo licitatório destinado exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte nos itens de contratação cujo valor seja de até R\$ 80.000,00.

89. Da mesma forma, o art. 6º do Decreto 8.538, de 2015, estabelece que as licitações para contratações públicas de bens, serviços e obras, cujo valor esteja abaixo de R\$ 80.000,00, deverão ser destinadas exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte.

90. No que tange a incidência do valor limite da licitação exclusiva por item de contratação, independentemente do valor global do certame, o inciso I do artigo 48 da LC 123/2006 é claro ao informar que a licitação exclusiva deverá ser realizada nos itens de contratação cujo valor seja de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais).



Art. 48. Para o cumprimento do disposto no art. 47 desta Lei Complementar, a administração pública: (Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014)

I - deverá realizar processo licitatório destinado exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte nos itens de contratação cujo valor seja de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais); (Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014)

II - poderá, em relação aos processos licitatórios destinados à aquisição de obras e serviços, exigir dos licitantes a subcontratação de microempresa ou empresa de pequeno porte; (Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014)

III - deverá estabelecer, em certames para aquisição de bens de natureza divisível, cota de até 25% (vinte e cinco por cento) do objeto para a contratação de microempresas e empresas de pequeno porte. (Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014)

§ 1o (Revogado). (Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014)

§ 2o Na hipótese do inciso II do caput deste artigo, os empenhos e pagamentos do órgão ou entidade da administração pública poderão ser destinados diretamente às microempresas e empresas de pequeno porte subcontratadas.

§ 3o Os benefícios referidos no caput deste artigo poderão, justificadamente, estabelecer a prioridade de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte sediadas local ou regionalmente, até o limite de 10% (dez por cento) do melhor preço válido. (Incluído pela Lei Complementar nº 147, de 2014)

91. No presente caso, há itens que superam o valor de R\$ 80.000,00 e itens que se encontram abaixo deste valor. Entretanto, o Edital informa que para todos os itens, a licitação será exclusiva.

92. **Uma vez que não há justificativa para a concessão do benefício fora dos limites previstos em Lei, é necessário rever o Edital para que somente seja concedida a exclusividade para aqueles itens que se enquadrem no disposto no artigo 48, I e III da Lei Complementar 123/2006.**

93. **Sendo assim, deverá o órgão analisar detidamente a tabela inserida no termo de referência, verificar se inexistente qualquer impedimento à concessão das exclusividades (artigo 10 do Decreto 8.538/2015), em em inexistindo impedimento, deverá fixar as cotas de até 25% a serem destinadas com exclusividade às ME/EPP nos itens que ultrapassem o limite legal para a exclusividade (artigo 48, III da LC 123/2006), bem como deverá conceder a exclusividade para os itens cujo valor total se encontre abaixo do limite legal (artigo 48, I da LC 123/2006).**

2.7 ADEQUAÇÃO DA MODALIDADE LICITATÓRIA

94. Compete à administração declarar que o objeto licitatório é de natureza comum para efeito de utilizar a modalidade pregão. A Orientação Normativa nº 54, de 2014, da Advocacia-Geral da União, dispõe:

“Compete ao agente ou setor técnico da administração declarar que o objeto licitatório é de natureza comum para efeito de utilização da modalidade pregão e definir se o objeto corresponde a obra ou serviço de engenharia, sendo atribuição do órgão jurídico analisar o devido enquadramento da modalidade licitatória aplicável.”

95. Vale salientar, em reforço, que o Decreto nº 10.024, de 2019, passou a dispor, nesse mesmo sentido:

Art. 3º (...)

§ 1º A classificação de bens e serviços como comuns depende de exame predominantemente fático e de natureza técnica.

96. Na concepção de Marçal Justen Filho, “bem ou serviço comum é aquele que se apresenta sob identidade e características padronizadas e que se encontra disponível, a qualquer tempo, num mercado próprio” (Pregão – Comentários à Legislação do Pregão Comum e Eletrônico. Editora Dialética, São Paulo, 2005, pág. 30).

97. Igualmente, nos termos do art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 10.520, de 2002:

Art. 1º Para aquisição de bens e serviços comuns, poderá ser adotada a licitação na modalidade de pregão, que será regida por esta Lei.

Parágrafo único. Consideram-se bens e serviços comuns, para os fins e efeitos deste artigo, aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado.

98. Outrossim, o Decreto nº 10.024, de 2019, além de reiterar essa definição de bem comum, também estabeleceu o que deve ser entendido por bens e serviços especiais:

Art. 3º Para fins do disposto neste Decreto, considera-se:

(...)

II - bens e serviços comuns - bens cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações reconhecidas e usuais do mercado;

III - bens e serviços especiais - bens que, por sua alta heterogeneidade ou complexidade técnica, não podem ser considerados bens e serviços comuns, nos termos do inciso II;

99. Ademais, segundo o §1º, do artigo 1º, do Decreto nº 10.024, de 2019, a aquisição de bens e serviços comuns na Administração Pública deve ser empreendida, obrigatoriamente, através da modalidade Pregão, na forma eletrônica, de maneira que a escolha do Administrador se encontra em conformidade com o regime jurídico pertinente.

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.

100. Ainda quanto a este aspecto, o Decreto nº 10.024, de 2019, no §2º, do artigo 3º, passou a dispor que “os bens e serviços que envolverem o desenvolvimento de soluções específicas de natureza intelectual, científica e técnica, caso possam ser definidos nos termos do disposto no inciso II do caput, serão licitados por pregão, na forma eletrônica.”

101. O presente procedimento licitatório é destinado à aquisição de bens comuns, conforme classificação empreendida pelo órgão.

102. Atestada a natureza comum dos bens destinados à aquisição pretendidos, nos termos do art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 10.520, de 2002, julga-se adequada a opção do órgão pela contratação mediante pregão.

103. Ademais, segundo o art. 1º, §1º, do Decreto nº 10.024, de 2019, a aquisição de bens e serviços comuns na Administração Pública deve ser empreendida obrigatoriamente através da modalidade Pregão em sua forma eletrônica, de maneira que a escolha do Administrador se encontra em conformidade com o regime jurídico pertinente.

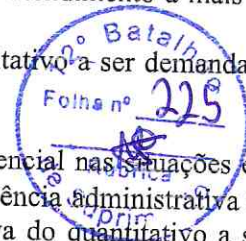
2.8 DA ADOÇÃO DO SRP

104. Em relação à adoção do Sistema de Registro de Preços, necessário sempre pontuar que ele é um procedimento auxiliar permitido pela Lei, que facilita a atuação da Administração em relação a futuras prestações de serviços e aquisição gradual de bens. Utilizando esse procedimento, pode-se abrir um certame licitatório em que o vencedor terá seus preços registrados, para que posteriores necessidades de contratação sejam dirigidas diretamente a ele, de acordo com os preços aferidos.

105. De acordo com o regulamento federal, o Sistema de Registro de Preços deverá ser adotado nas seguintes hipóteses:

- o quando, pelas características do bem ou serviço, houver necessidade de contratações frequentes;
- o quando for conveniente a aquisição de bens com previsão de entregas parceladas ou contratação de serviços remunerados por unidade de medida ou em regime de tarefa;

- quando for conveniente a aquisição de bens ou a contratação de serviços para atendimento a mais de um órgão ou entidade, ou a programas de governo; ou
- quando, pela natureza do objeto, não for possível definir previamente o quantitativo a ser demandado pela Administração.



106. A adoção do SRP não deve ser tida como regra obrigatória, embora seja providencial nas situações em que há necessidade de contratações frequentes, efetivações segmentadas da contratação, conveniência administrativa na reunião de pretensões contratuais de diversos órgãos licitantes ou certa imprecisão na estimativa do quantitativo a ser demandado.

107. Válido lembrar, ainda, que, no âmbito da AGU, após o advento do Decreto nº 7.892, de 2013, o Parecer nº 109/2013/DECOR/CGU/AGU (aprovado pelo Despacho nº 265/2014/SFT/CGU/AGU) deixa claro que "é taxativo o rol de hipóteses de cabimento do SRP previsto no art. 3º do Decreto nº 7.892/13, restando ultrapassado, no ponto, o entendimento constante do Parecer nº 125/2010/DECOR/CGU/AGU, em razão da citada evolução legislativa referente à revogação do Decreto nº 3.931/01 (...)". Ademais, em sua conclusão, consta que "nas hipóteses previstas no artigo 3º do Decreto nº 7.892, de 2013, é dever da Administração a utilização do SRP, sendo possível a não adoção do referido sistema apenas em situações excepcionais, mediante a devida fundamentação da autoridade competente.". Em outras palavras, então, não é mais cabível a utilização do Sistema de Registro de Preços sob o fundamento de contingenciamento orçamentário, por exemplo.

108. Desta forma, é necessário indicar a hipótese em que se enquadra o pretendido registro de preços, o que foi identificado no item 2.5, 2.6 e 2.7 do termo de referência.

109. De qualquer forma, tendo em vista decisões recentes do Tribunal de Contas da União, sugerimos que "eventual previsão em edital da possibilidade de adesão à ata por órgãos ou entidades não participantes esteja devidamente motivada no processo administrativo (TCU. Acórdão 2037/2019 Plenário). Outrossim, convém lembrar que, segundo o TCU, "é indevida a utilização da ata de registro de preços por quaisquer interessados – incluindo o próprio gerenciador, os órgãos participantes e eventuais caronas, caso tenha sido prevista a adesão para órgãos não participantes – para aquisição separada de itens de objeto adjudicado por preço global de lote ou grupo para os quais o fornecedor convocado para assinar a ata não tenha apresentado o menor preço na licitação" (TCU. Acórdão 1893/2017 Plenário).

2.9 CRITÉRIOS DE SUSTENTABILIDADE

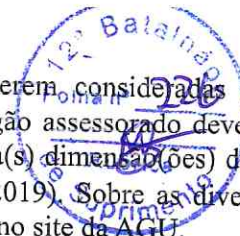
110. O artigo 3º, "caput", da Lei nº 8.666, de 1993, dispõe que as contratações governamentais devem estabelecer critérios e práticas que promovam o desenvolvimento nacional sustentável, inclusive por meio da priorização de aquisições de produtos reciclados e/ou recicláveis (art. 7º, XI, da Lei nº 12.305, de 2010).

111. Assim, no planejamento da contratação devem ser observados determinados pressupostos, entre eles a especificação do objeto de acordo com critérios e práticas de sustentabilidade, a verificação de incidência de exigências de sustentabilidade em obrigações da contratada (logística reversa, destinação das embalagens, por exemplo) ou como requisito previsto em lei especial (de acordo com o art. 28, V, segunda parte, ou art. 30, IV, ambos da Lei nº 8.666, de 1993), bem como o alinhamento da contratação com o Plano de Gestão de Logística Sustentável (PGLS) do órgão, nos termos da Instrução Normativa SLTI/MPOG nº 10, de 2012, c/c o artigo 2º, § 1º, do Decreto nº 10.024, de 2019, que assim estabelece:

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.

112. O Plano de Logística Sustentável é uma ferramenta de gestão e planejamento que permite estabelecer práticas de sustentabilidade e racionalização dos gastos nos processos administrativos. O compromisso com a sustentabilidade melhora a qualidade do gasto público, combate o desperdício, promove a redução de consumo, além de melhoria no ambiente de trabalho.



113. Nos termos do artigo acima transcrito, observa-se que as dimensões a serem consideradas são: econômica, social, ambiental e cultural, no mínimo. Nesse sentido, cumpre ressaltar que o órgão assessorado deve: a) avaliar se há incidência de critérios e práticas de sustentabilidade no caso concreto; b) indicar a(s) dimensão(ões) dessa incidência; e c) definir condições para sua aplicação (artigo 2º, § 1º, Decreto nº 10.024, de 2019). Sobre as diversas dimensões, há subsídios orientadores no Guia Nacional de Contratações Sustentáveis, disponível no site da AGU.
114. Na escolha de produtos sustentáveis, segundo os termos do inciso XI do artigo 7º da Lei nº 12.305, de 2010, deve-se priorizar: produtos que podem gerar menos perdas; ser recicláveis; ser mais duráveis; que possuam menos substâncias tóxicas ou prejudiciais à saúde; e que gastem menos energia na sua produção.
115. Na especificação técnica do objeto a ser adquirido, recomendamos, como subsídio, a utilização do Catálogo de Materiais Sustentáveis do Ministério da Economia. O CATMAT permite identificar itens de materiais sustentáveis que poderão ser adquiridos em substituição a itens similares
116. Acresça-se que é obrigação do gestor público, antes do encaminhamento do processo administrativo para parecer jurídico, a consulta e a inserção nas minutas correspondentes das previsões legais constantes no Guia Nacional de Contratações Sustentáveis.
117. Sobre a utilização do Guia, manifestou-se o Tribunal de Contas da União:
203. Como boa prática pode-se citar a publicação do Guia Nacional de Licitações Sustentáveis (BRASIL, 2016c) , pelo Núcleo Especializado em Sustentabilidade, Licitações e Contratos (NESLIC), integrante da Consultoria-Geral da União - CGU, da Advocacia-Geral da União.
204. A obra tem como objetivo oferecer segurança jurídica aos gestores públicos na implementação de práticas socioambientais, de acordo com o art. 3º da Lei 8.666/1993 (BRASIL, 1993) . O guia apresenta critérios, práticas e diretrizes de sustentabilidade e traz orientações sobre planejamento e avaliação da necessidade de contratação. (TCU – Acórdão 1056/2017 – Plenário)
118. Registre-se que há possibilidade, mediante motivação administrativa constante do processo administrativo, de serem inseridos outros requisitos de sustentabilidade além das legalmente previstas e constantes do Guia, desde que observados os demais princípios licitatórios.
119. Além do Guia Nacional, podem ser inseridos critérios de sustentabilidade nos pregões, com base no art. 5º da IN nº 01/2010 do MPOG. Ressalte-se, entretanto, que a indicação genérica de normas ambientais não supre o comando legal, pois os critérios de sustentabilidade devem constar detalhadamente nas especificações técnicas, no edital e/ou no contrato, devendo tal detalhamento ser providenciado.
120. Por vezes, a exigência de determinado requisito ambiental deriva de imposição normativa, editada pelos órgãos de proteção ao meio ambiente (Conselho Nacional do Meio Ambiente – CONAMA, IBAMA, Ministério do Meio Ambiente, etc.). Nesses casos, a especificação técnica do objeto deve ser definida de acordo com as determinações da norma vigente, a depender do tipo de produto, recomendando-se o foco nos seguintes temas, quando cabíveis: promoção do descarte, coleta e reciclagem dos materiais, gerenciamento de resíduos, redução no índice de emissão de gases e poluição (vide o Guia Nacional para uma lista abrangente de objetos sujeitos a disposições normativas de caráter ambiental).
121. Deve-se mencionar, ainda, que a Lei nº 12.187, de 2009 – Política Nacional sobre Mudança do Clima, em especial, em seu artigo 6º, XII, adotou o uso do poder de compra do Estado como um importante instrumento para implementar a política de mudanças climáticas.
122. Em síntese, no tocante à promoção do desenvolvimento nacional sustentável previsto no artigo 3º, “caput”, da Lei nº 8.666, de 1993, deverão ser tomados os seguintes cuidados gerais pelos gestores públicos em aquisições:
- a) definir os critérios e práticas sustentáveis objetivamente, e em adequação ao objeto da contratação pretendida, como especificação técnica do objeto, obrigação da contratada ou requisito previsto em lei especial combinado com o art. 28, V, segunda parte, ou art. 30, IV, ambos da Lei nº 8.666, de 1993;
 - b) verificar se os critérios e práticas sustentáveis especificados preservam o caráter competitivo do certame; e,
 - c) verificar o alinhamento da contratação com o Plano de Gestão de Logística Sustentável (obrigatório nos casos de pregão eletrônico e boa prática nos demais casos).
123. No caso vertente, embora haja manifestação do Órgão assessorado acerca da incidência de critérios ou práticas de sustentabilidade no Estudo Técnico Preliminar, não conseguimos localizar que tenha sido feita qualquer exigência no Termo de Referência ou no Edital, o que solicitamos seja sanado ou apresentada motivação administrativa para a não incidência.

124. Recomendamos ao órgão consultar o Guia Nacional de Contratações Sustentáveis da AGU, versão mais atualizada (Agosto de 2022), a fim de verificar a incidência de critérios específicos incidentes sobre os objetos da presente contratação.

125. Recomenda-se em especial a leitura dos tópicos relativos ao CADASTRO TÉCNICO FEDERAL, bem como o tópico próprio para ÓLEO LUBRIFICANTE, o qual traz uma série de sugestões de redação, que recomendamos avaliar e se for o caso, inserir:

1) Inserir no TERMO DE REFERÊNCIA - item de obrigações da contratada:

“Nos termos do artigo 33, inciso IV, da Lei nº 12.305/2010 – Política Nacional de Resíduos Sólidos e Resolução CONAMA nº 362, de 23/06/2005, a contratada deverá efetuar o recolhimento e o descarte adequado do óleo lubrificante usado ou contaminado originário da contratação, bem como de seus resíduos e embalagens, obedecendo aos seguintes procedimentos:

- a) recolher o óleo lubrificante usado ou contaminado, armazenando-o em recipientes adequados e resistentes a vazamentos, de modo a não contaminar o meio ambiente, e adotar as medidas necessárias para evitar que venha a ser misturado com produtos químicos, combustíveis, solventes, água e outras substâncias que inviabilizem sua reciclagem, conforme artigo 18, incisos I e II, da Resolução CONAMA nº 362, de 23/06/2005, e legislação correlata;
- b) providenciar a coleta do óleo lubrificante usado ou contaminado recolhido, através de empresa coletora devidamente autorizada e licenciada pelos órgãos competentes, ou entregá-lo diretamente a um revendedor de óleo lubrificante acabado no atacado ou no varejo, que tem obrigação de recebê-lo e recolhê-lo de forma segura, para fins de sua destinação final ambientalmente adequada, conforme artigo 18, inciso III e § 2º, da Resolução CONAMA nº 362, de 23/06/2005, e legislação correlata;
- c) exclusivamente quando se tratar de óleo lubrificante usado ou contaminado não reciclável, dar-lhe a destinação final ambientalmente adequada, devidamente autorizada pelo órgão ambiental competente, conforme artigo 18, inciso VII, da Resolução CONAMA nº 362, de 23/06/2005, e legislação correlata;”

NA AQUISIÇÃO:

1) Inserir no TERMO DE REFERÊNCIA - item de descrição ou especificação técnica do produto:

- “a) Só será admitida a oferta de óleo lubrificante (que se enquadre no art. 2º Resolução nº 804, de 2019) que esteja previamente registrado na ANP;
- b) Só será admitida a oferta de óleo lubrificante (que se enquadre no art. 2º Resolução nº 804, de 2019) de fabricante ou importador que esteja regularmente autorizado pela ANP para o exercício de sua atividade;
- c) Só será admitida a oferta de óleo lubrificante (que se enquadre no art. 2º Resolução nº 804, de 2019) que possua rótulo com informações em língua portuguesa, discriminadas no art. 12 da Resolução nº 804, de 2019, da ANP, que assegurem ao consumidor indicações mínimas e inequívocas sobre a natureza, as características e a aplicação do produto;
- d) Só será admitida a oferta de óleos lubrificantes para motores (relacionados no art. 2º da Resolução nº 804, de 2019, da ANP), classificados segundo os níveis de desempenho de uma ou mais das entidades citadas no art. 13 da mesma Resolução;
- e) Não será aceita a oferta de produto que se enquadre em uma das vedações contidas no art. 15 da Resolução nº 804, de 2019 da ANP.”

2) Inserir no EDITAL - item de julgamento da proposta, na fase de avaliação de sua aceitabilidade e do cumprimento das especificações do objeto:

“x) O Pregoeiro solicitará ao licitante provisoriamente classificado em primeiro lugar que apresente ou envie juntamente com a proposta, sob pena de não-aceitação:

- x.1), o documento comprobatório do registro do óleo lubrificante na ANP;
- x.2) o documento comprobatório da autorização do fabricante ou importador na ANP para o exercício de sua atividade;
- x.3) comprovação de que o rótulo tem informações em língua portuguesa discriminadas no art. 12 da Resolução nº 804, de 2019, da ANP;
- x.4) no caso de óleos lubrificantes para motores (relacionados no art. 2º da Resolução nº 804, de 2019, da ANP) a comprovação da classificação do produto segundo os níveis de desempenho de uma ou mais das entidades citadas no art. 13 da mesma Resolução;

x.5) declaração sob as penas da lei de que o produto ofertado não se enquadra em uma das vedações contidas no art. 15 da Resolução nº 804, de 2019 da ANP;”

126. Cabe ao órgão assessorado a verificação técnica dos critérios de sustentabilidade aplicáveis aos bens a serem adquiridos. Se a Administração entender que os bens objeto desta contratação não se sujeitam aos critérios e práticas de sustentabilidade ou que as especificações de sustentabilidade restringem indevidamente a competição em dado mercado, deverá apresentar a devida justificativa.



2.10 DA CESSÃO FIDUCIÁRIA DOS DIREITOS DE CRÉDITOS DECORRENTES DE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

127. A Instrução Normativa nº 53, de 08 de julho de 2020, dispôs sobre as regras e os procedimentos para operação de crédito garantida por cessão fiduciária dos direitos de créditos decorrentes de contratos administrativos, realizadas entre o fornecedor e instituição financeira, por meio do Portal de Crédito digital, no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional.

128. Segundo o referido normativo, os editais e respectivos contratos administrativos celebrados devem prever expressamente a possibilidade de cessão dos créditos decorrentes da contratação (art. 15).

129. A pertinente previsão pode incrementar a atratividade do negócio proposto no edital de licitação, ampliando a competitividade, em favor da Administração Pública. Justamente por isso, sua previsão foi definida como obrigatória pelo normativo, devendo constar na minuta do contrato ou do edital.

2.11 ANÁLISE DA INSTRUÇÃO DO PROCESSO

130. A seguir, passa-se à verificação do atendimento dos requisitos previstos nos Decreto n. 7.892/2013 e Decreto n. 10.024/2019, conjugados com as regras da Lei nº 10.520, de 2002 e da Lei nº 8.666, de 1993, necessários à instrução da fase preparatória do pregão, sendo certo que cabe ao Administrador observar as demais exigências concernentes à fase externa do procedimento em momento oportuno, posterior a presente manifestação jurídica.

131. Assim, serão tecidas considerações acerca das determinações constantes do ordenamento jurídico, em face do caso vertente, com a ressalva de que os textos das minutas anexadas serão analisados em tópicos especialmente abertos para essa finalidade.

Autorização para abertura da licitação

132. A autorização para abertura da licitação devidamente assinada pela autoridade competente decorre da exigência do art. 21, inc. V do Decreto nº 3.555, de 2000 e arts. 8º, inc. V e 13, inc. III, do Decreto nº 10.024, de 2019 (pregão eletrônico). No presente caso, tal exigência foi cumprida (fl. 44/46).

Termo de referência com a aprovação da autoridade competente

133. O Termo de Referência é o documento que deverá conter as informações e os elementos técnicos necessários para assegurar a viabilidade da contratação, com fundamento no Estudo Técnico Preliminar, sobretudo em relação à avaliação do custo, considerando os preços praticados no mercado, a definição dos métodos, a estratégia e suprimento, e o prazo da execução do contrato. Tal documento deverá ser aprovado motivadamente pela autoridade competente, ainda que a motivação conste na forma do art. 50, §1º, da Lei n. 9.784, de 1999:

Art. 50 ...

§ 1º A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato.

134. No caso em exame, o Termo de Referência que foi anexado consta como aprovado no processo (fls. 184).

Pesquisa de Preço

135. A pesquisa ampla e idônea com base no valor de mercado é essencial para propiciar a adequada estimativa de custos da contratação de forma transparente e proba, e ao mesmo tempo, possibilitar a aferição do valor

referencial das parcelas de uma licitação como parâmetro na análise da exequibilidade ou aceitabilidade das propostas ou lances das empresas licitantes na ocasião do certame, podendo nortear o valor máximo aceitável.

136. Dispõe o art. 43 da Lei nº 8.666, de 1993:

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; (grifo nosso)

137. O Decreto nº 10.024, de 2019, estabelece:

Art. 3º Para fins do disposto neste Decreto, considera-se:

(...)

XI - termo de referência - documento elaborado com base nos estudos técnicos preliminares, que deverá conter:

a) os elementos que embasam a avaliação do custo pela administração pública, a partir dos padrões de desempenho e qualidade estabelecidos e das condições de entrega do objeto, com as seguintes informações:

(...)

2. o valor estimado do objeto da licitação demonstrado em planilhas, de acordo com o preço de mercado; e

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

(...)

III - planilha estimativa de despesa;

138. Ainda a Lei 8.666, de 1993, determina o seguinte:

Art. 15. As compras, sempre que possível, deverão: (...)

II - ser processadas através de sistema de registro de preços; (...)

§ 1º O registro de preços será precedido de ampla pesquisa de mercado.” (grifo nosso)

139. Considerando que a função consultiva deve proporcionar à Autoridade o máximo de segurança possível para a prática do ato, não se pode deixar de alertar a necessidade de fixar o valor de referência de uma contratação com embasamento técnico suficiente que permita constatar, pelo menos aproximadamente, o valor justo a ser pago.

140. Ademais, que a correta estimativa do valor contratual é essencial para a verificação da necessidade ou não de se proceder à licitação de participação exclusiva das microempresas e empresas de pequeno porte, nos termos do art. 6º do Decreto nº 8.538 de 2015 e as Cooperativas enquadradas no art. 34, da Lei nº 11.488, de 2007.

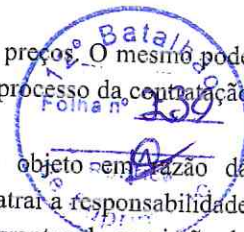
141. Insta destacar que as diligências concernentes à pesquisa de preços não se resumem à simples anexação de orçamentos das empresas nos autos, cabendo ao responsável a análise detida de cada proposta, não apenas sob seu aspecto formal (identificação da empresa, idoneidade, compatibilidade da sua finalidade social com o objeto da licitação, etc.), como do seu teor. É de bom alvitre alertar ao órgão para a importância da congruência entre os preços das propostas, considerando que eventuais valores desarrazoados ou evidentemente inexequíveis podem distorcer os resultados das pesquisas efetuadas, de maneira que cumprirá ao órgão o discernimento sobre os orçamentos efetivamente aptos a comporem a planilha de preços, podendo até serem excluídos aqueles demasiadamente discrepantes dos demais.

142. Salienta-se que é de inteira responsabilidade da autoridade contratante a verificação quanto à plausibilidade dos valores apresentados. Como sempre, frise-se que os membros desta Consultoria Jurídica não detêm competência legal, conhecimento especializado ou mesmo ferramentas para avaliar a adequação das avaliações de preços realizadas nos processos submetidos à análise jurídica. A responsabilidade pela idoneidade e lisura de tais atos recai integralmente sobre os agentes do órgão promotor da licitação, conforme bem ressaltado pela doutrina de Jessé Torres Pereira Junior e Marinês Restelatto Dotti:

“A aceitação de proposta com sobrepreço pelo pregoeiro ou comissão de licitação, seguida da homologação do procedimento licitatório pela autoridade competente, sujeita-os a

responsabilidade, solidariamente com o agente que realizou a pesquisa de preços. O mesmo pode ocorrer com a autoridade superior competente pela ratificação dos atos do processo de contratação direta e o responsável pela pesquisa de preços.

A aceitação de oferta inexequível, de que resulte a inexecução do objeto em razão da impossibilidade de o contratado cobrir os custos da contratação, também atrai a responsabilidade desses agentes (o que realizou a pesquisa de preços, o pregoeiro, os integrantes da comissão de licitação e a autoridade que homologou o procedimento ou ratificou os atos praticados no processo da contratação direta). Em ambas as hipóteses – inexecuibilidade ou sobrepreço –, será necessário aquilatar a conduta de cada um desses agentes e as circunstâncias em que atuaram, para o efeito de imputar-lhes responsabilidade”. (“Responsabilidade por pesquisa de preços em licitações e contratações diretas”, Fórum de Contratação e Gestão Pública, FCGP, Editora Fórum, Belo Horizonte, ano 10, nº 116, ago. 2011).



143. Outrossim, o inciso V do artigo 10 da Lei nº 8.429 de 1992 (Lei de Improbidade Administrativa) estatui a respeito:

Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta Lei, e notadamente:

(...)

V – permitir ou facilitar a aquisição, permuta ou locação do bem ou serviço por preço superior ao de mercado;

144. Considerando, ainda, que se trata de pregão destinado à formação de Ata de Registro de Preços, é necessário que sejam consideradas também as quantidades mínima e máxima do objeto na realização da pesquisa de preço, de maneira que os orçamentos contemplem os possíveis ganhos decorrentes de economia de escala.

145. Além disso, cumpre destacar os procedimentos a serem observados na “pesquisa de preços” para aquisição de bens e contratação de serviços em geral, instituídos pela Instrução Normativa n. 73, de 5 de agosto de 2020, do Ministério da Economia, que estabeleceu “parâmetros” específicos, a serem observados conforme disciplinado no seu art. 5º, como segue:

Art. 5º A pesquisa de preços para fins de determinação do preço estimado em processo licitatório para a aquisição e contratação de serviços em geral será realizada mediante a utilização dos seguintes parâmetros, empregados de forma combinada ou não:

I - Painel de Preços, disponível no endereço eletrônico gov.br/paineldeprescos, desde que as cotações refiram-se a aquisições ou contratações firmadas no período de até 1 (um) ano anterior à data de divulgação do instrumento convocatório;

II - aquisições e contratações similares de outros entes públicos, firmadas no período de até 1 (um) ano anterior à data de divulgação do instrumento convocatório;

III - dados de pesquisa publicada em mídia especializada, de sítios eletrônicos especializados ou de domínio amplo, desde que atualizados no momento da pesquisa e compreendidos no intervalo de até 6 (seis) meses de antecedência da data de divulgação do instrumento convocatório, contendo a data e hora de acesso; ou

IV - pesquisa direta com fornecedores, mediante solicitação formal de cotação, desde que os orçamentos considerados estejam compreendidos no intervalo de até 6 (seis) meses de antecedência da data de divulgação do instrumento convocatório.

§1º Deverão ser priorizados os parâmetros estabelecidos nos incisos I e II.

§ 2º Quando a pesquisa de preços for realizada com os fornecedores, nos termos do inciso IV, deverá ser observado:

I - prazo de resposta conferido ao fornecedor compatível com a complexidade do objeto a ser licitado;

II - obtenção de propostas formais, contendo, no mínimo:

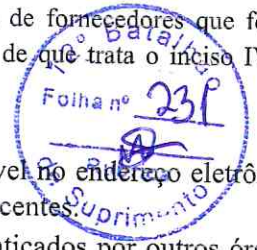
a) descrição do objeto, valor unitário e total;

b) número do Cadastro de Pessoa Física - CPF ou do Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica - CNPJ do proponente;

c) endereço e telefone de contato; e

d) data de emissão.

III - registro, nos autos da contratação correspondente, da relação de fornecedores que foram consultados e não enviaram propostas como resposta à solicitação de que trata o inciso IV do caput.



146. Observe-se que o órgão deve priorizar a consulta ao Painel de Preços, disponível no endereço eletrônico <http://paineldeprecos.planejamento.gov.br> e a verificação dos preços de contratações públicas recentes.

147. O Acórdão TCU n. 125/2016-Plenário entendeu que a utilização de preços praticados por outros órgãos públicos, que consiste basicamente na consulta ao Painel de Preços, é obrigação do gestor, vez que a expressão "sempre que possível", utilizada pelo art. 15 da Lei n. 8.666, de 1993, não dá margem à discricionariedade se for materialmente possível a utilização desses valores referenciais. Como segue:

21. Prosseguindo, o termo "sempre que possível" (constante do caput do art. 15) deve ser interpretado no sentido de que a consulta é obrigatória quando existirem órgãos ou entidades que tenham efetuado aquisições similares. É dizer, não há discricionariedade do gestor para deixar de utilizar a consulta quando ela puder ser realizada. A não realização da pesquisa deve ser plenamente justificada pelo gestor.

148. Demais disso, compete ao órgão verificar se entre os bens licitados estão aqueles que tenham seus preços cotados nos Catálogos de Soluções de TIC divulgados pelo Ministério da Economia. Para esses bens, vale a regra prevista no art. 8º:

Art. 8º As estimativas de preços de itens constantes nos Catálogos de Soluções de TIC com Condições Padronizadas, publicados pela Secretaria de Governo Digital da Secretaria Especial de Desburocratização, Gestão e Governo Digital, deverão utilizar como parâmetro máximo o Preço Máximo de Compra de Item de TIC - PMC-TIC, salvo se a pesquisa de preços realizada resultar em valor inferior ao PMC-TIC.

149. Com intuito de verificar o custo da contratação e obtenção de valor de referência para o certame, o órgão realizou pesquisa de preços. Constam nos autos as pesquisas que permitem a avaliação do custo médio e as variações entre diversos fornecedores (fls. 63/119).

150. Em fls. 55/62 foi anexado o documento intitulado Metodologia da Pesquisa de Preços, onde consta o mapa comparativo de preços, a justificativa para a escolha do parâmetro de pesquisa e a metodologia utilizada para a fixação do preço de referência.

151. Não localizamos a análise crítica dos preços consultados, o que deverá ser objeto de providências por parte do setor técnico especializado.

152. Vale ainda lembrar que a IN 73/2020 estabelece em seu artigo 3º o que segue:

Art. 3º A pesquisa de preços será materializada em documento que conterá, no mínimo:

I - identificação do agente responsável pela cotação;

II - caracterização das fontes consultadas;

III - série de preços coletados;

IV - método matemático aplicado para a definição do valor estimado; e

V - justificativas para a metodologia utilizada, em especial para a desconsideração de valores inexequíveis, inconsistentes e excessivamente elevados, se aplicável.

153. No que tange às pesquisas anexadas, lembramos ainda que devem ser observadas as formalidades da IN 73/2020 aplicáveis a cada parâmetro eleito:

- painel de preços - preços obtidos em aquisições ou contratações firmadas no período de até 1 (um) ano anterior à data de divulgação do instrumento convocatório;

- aquisições e contratações similares firmadas no período de até 1 (um) ano anterior à data de divulgação do instrumento convocatório;

- pesquisa direta com fornecedores, mediante solicitação formal de cotação, desde que os orçamentos considerados estejam compreendidos no intervalo de até 6 (seis) meses de antecedência da data de divulgação do instrumento convocatório;

- dados de pesquisa publicada em mídia especializada - compreendidos no intervalo de até 6 (seis) meses de antecedência da data de divulgação do instrumento convocatório, contendo a data e hora de acesso.

154. Cabe ao órgão, portanto, observar todas as formalidades previstas na IN 73/2020. Cabe também observar a atualidade das pesquisas realizadas, e se for o caso, obter novos preços.



Divulgação do valor estimado ou valor máximo aceitável

155. O Decreto nº 10.024, de 2019, passou a estipular a possibilidade de se divulgar, ou não, o valor estimado ou o valor máximo aceitável:

Art. 15. O valor estimado ou o valor máximo aceitável para a contratação, se não constar expressamente do edital, possuirá caráter sigiloso e será disponibilizado exclusiva e permanentemente aos órgãos de controle externo e interno.

§ 1º O caráter sigiloso do valor estimado ou do valor máximo aceitável para a contratação será fundamentado no § 3º do art. 7º da Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, e no art. 20 do Decreto nº 7.724, de 16 de maio de 2012.

§ 2º Para fins do disposto no caput, o valor estimado ou o valor máximo aceitável para a contratação será tornado público apenas e imediatamente após o encerramento do envio de lances, sem prejuízo da divulgação do detalhamento dos quantitativos e das demais informações necessárias à elaboração das propostas.

§ 3º Nas hipóteses em que for adotado o critério de julgamento pelo maior desconto, o valor estimado, o valor máximo aceitável ou o valor de referência para aplicação do desconto constará obrigatoriamente do instrumento convocatório.”

156. Assim sendo, uma vez apurado e definido o valor estimado ou o valor máximo aceitável, cumpre ao órgão avaliar, cuidadosamente, se será o caso de divulgá-lo ou mantê-lo sob sigilo.

157. O sigilo envolve apenas o orçamento estimado, devendo o edital e seus anexos apresentarem as informações necessárias para a elaboração das propostas. Por conta disso, para o empresário que conhece seu produto, serviço ou atividade, não há a priori prejuízo pela utilização do orçamento sigiloso, pois, conhecedor de seus custos para o exercício de sua atividade, ele consegue definir seu preço para a execução do contrato pretendido pela Administração, independente desta lhe apresentar custos máximos admitidos.

158. Convém ressaltar, a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), em suas Guidelines for fighting bid rigging in public procurement (Diretrizes para combater o conluio entre concorrentes em contratações públicas), recomenda, no documento Recommendation of the OECD Council on Fighting Bid Rigging in Public Procurement, que se deve recorrer à utilização de preços máximos de aquisição apenas quando estes se basearem em cuidadosa pesquisa de mercado e se as entidades adjudicantes estiverem convencidas de que se tratam de preços muito competitivos, não devendo, esses preços máximos, serem publicados; na verdade, “antes devem ser mantidos confidenciais durante o processo ou depositados noutra autoridade pública” (Recommendation of the OECD Council on Fighting Bid Rigging in Public Procurement, 2012, p. 8. Disponível n: <http://www.oecd.org/competition/guidelinesforfightingbidrigginginpublicprocurement.htm>. Acesso em 29 de setembro de 2020.)

159. Decidido pela opção do orçamento sigiloso, o órgão deve definir como guardará o sigilo da estimativa de custos realizada. Como a legislação brasileira, acertadamente, não esmiuçou este procedimento, normas internas devem disciplinar de que forma isto será feito, estabelecendo a competência para a realização da estimativa de custos e a responsabilidade pela guarda de seu sigilo (quando necessário) a determinado agente ou setor específico.

160. Por hora, não foram estabelecidos normas com os parâmetros para que se adote uma ou outra opção. A decisão compete à autoridade que, evidentemente, deverá municiar-se das informações sobre o mercado do objeto licitado, coletadas por ocasião do estudo técnico preliminar.

161. Como norte, nos parece plausível recomendar que a escolha recaia sobre a opção que amplie a competitividade e, como consequência, tenha maior aptidão para a obtenção da melhor proposta.

162. Qualquer que seja a opção do Gestor, deverá ser devidamente motivada nos autos.

163. No caso, verifica-se que o valor estimado ou o valor máximo aceitável para a contratação já consta do Termo de Referência, não havendo que se cogitar no seu caráter sigiloso.

Previsão de recursos orçamentários

164. A declaração de disponibilidade orçamentária com a respectiva indicação da classificação funcional programática e da categoria econômica da despesa é uma imposição legal, conforme dispõe o artigo 10, IX, Lei 8.429, de 1992, e artigos 38 e 55 da Lei nº 8.666, de 1993.

165. Cabe também alertar para que seja anexada a declaração sobre a adequação orçamentária e financeira para fazer face às despesas, em conformidade com as normas constantes dos arts. 16 e 17 da Lei Complementar nº 101 de 04 de maio de 2000 – Lei de Responsabilidade Fiscal.

166. Atente-se que compete ao órgão verificar, previamente ao envio dos autos para análise do órgão de assessoramento jurídico, a aplicabilidade da Orientação Normativa nº 52. do Advogado-Geral da União, a fim de dispensar a necessidade da declaração acerca dos arts. 16 e 17 da Lei Complementar nº 101, de 2000:

"As despesas ordinárias e rotineiras da administração, já previstas no orçamento e destinadas à manutenção das ações governamentais preexistentes, dispensam as exigências previstas nos incisos I e II do art. 16 da lei complementar nº 101, de 2000".

167. Em se tratando de licitação para Registro de Preços é aplicável a Orientação Normativa AGU n. 20/2009, nos seguintes termos: "Na licitação para registro de Preços, a indicação da dotação orçamentária é exigível apenas antes da assinatura do contrato". Portanto, o órgão deverá zelar pelo seu cumprimento e promover a indicação em momento anterior à celebração do contrato ou retirada do respectivo termo substitutivo.

168. No mesmo sentido o Decreto nº 7.892, de 2013, em seu artigo 7º, § 2º, e o Decreto nº 10.024, de 2019, artigo 8º, inciso IV.

Designação do Pregoeiro e da Equipe de Apoio

169. O art. 8º, inc. VI, do Decreto nº 10.024, de 2019 (pregão eletrônico) exige a comprovação da legitimidade do pregoeiro e dos membros da equipe de apoio. Por essa razão, consta nos autos o ato de designação do pregoeiro, como também da respectiva equipe de apoio (fls. 45/47).

Intenção de Registro de Preços

170. Nos termos do art. 5º, inciso I, do Decreto nº 7.892, de 2013, cabe ao órgão gerenciador registrar sua intenção de registro de preços no Portal de Compras do Governo Federal.

171. Outrossim, conforme art. 4º, §1º, do Decreto 7.892, de 2013 (com a redação dada pelo Decreto nº 8.250, de 2014), o órgão poderá dispensá-la, justificadamente.

172. Em fls. 52 foi justificada a não divulgação da IRP.

Minuta do Edital e Anexos

173. O art. 8º, inc. VII e VIII, do Decreto nº 10.024, de 2019 (pregão eletrônico) exige que o processo licitatório seja instruído com as minutas do edital, termo de contrato ou instrumento equivalente, e, se for o caso, minuta da ata de registro de preços.

174. Nesse aspecto, não existe nenhuma ressalva a se fazer, visto que os documentos essenciais se encontram nos autos.

3. ANÁLISE DAS MINUTAS

Considerações Gerais sobre o Edital e Anexos

175. Inicialmente, cumpre destacar que o órgão adotou os modelos elaborados nacionalmente pela AGU. Esta adoção é, inclusive, recomendada pela Instrução Normativa nº 05, do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, artigos 29 e 35:

Art. 29. Devem ser utilizados os modelos de minutas padronizados de Termos de Referência e Projetos Básicos da Advocacia-Geral União, observadas as diretrizes dispostas no Anexo V, bem como os Cadernos de Logística expedidos pela Secretaria de Gestão do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, no que couber.

§ 1º Quando o órgão ou entidade não utilizar os modelos de que trata o caput, ou utilizá-los com alterações, deverá apresentar as devidas justificativas, anexando-as aos autos.

§ 2º Cumpre ao setor requisitante a elaboração do Termo de Referência ou Projeto Básico, a quem caberá avaliar a pertinência de modificar ou não os Estudos Preliminares e o Gerenciamento de Risco, a depender da temporalidade da contratação, observado o disposto no art. 23.



Art. 35. Devem ser utilizados os modelos de minutas padronizados de atos, convocatórios e contratos da Advocacia-Geral União, observado o disposto no Anexo VII, bem como os Cadernos de Logística expedidos por esta Secretaria de Gestão do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, no que couber.

§ 1º Quando o órgão ou entidade não utilizar os modelos de que trata o caput, ou utilizá-los com alterações, deverá apresentar as devidas justificativas, anexando-as aos autos.

§ 2º No caso da contratação de prestação de serviços por meio do sistema de credenciamento, deverão ser observadas as diretrizes constantes do item 3 do Anexo VII-B.

176. Embora a presente contratação não envolva serviços, pode-se identificar na adoção das minutas padronizadas pela AGU uma boa prática administrativa replicável nas licitações de aquisição.

177. De qualquer forma, dado o seu caráter genérico, e considerando-se as possíveis peculiaridades de cada objeto, o gestor responsável deverá tomar as medidas de cautela quanto a eventuais adaptações ou acréscimos que se fizerem necessários nas minutas para a sua adequação ao caso concreto.

178. Além disso, uma vez que os modelos estão sujeitos a um processo dinâmico, o que importa em frequentes aperfeiçoamentos e atualizações, é importante que o órgão acompanhe eventuais atualizações feitas pela AGU.

3.1 Termo de Referência

179. O termo de referência é o “documento elaborado com base nos estudos técnicos preliminares” (art. 3º, inc. XI, do Decreto nº 10.024, de 2019) que contempla, além do detalhamento do objeto, os requisitos para participação no certame, seu processamento, até final contratação e a execução contratual.

180. Em sua elaboração, o órgão deve atentar para os requisitos descritos no art. 3º, inc. XI, alínea a e 14, incs. II, do Decreto nº 10.024, de 2019 (pregão eletrônico).

181. No caso específico dos autos, o Termo de Referência foi anexado. Apesar de se tratar de documento extremamente técnico, cuja avaliação cabe, em última instância, ao próprio órgão assistido, ele parece conter as previsões necessárias, atendendo às prescrições legais pertinentes.

182. De qualquer forma, convém registrar as seguintes observações.

183. Quanto às especificações técnicas dos itens, bem como a eventual indicação de marcas, reportamos ao que já dissemos no tópico próprio deste parecer (Necessidade da Contratação). Recomenda-se que o órgão se assegure de observar que as especificações não incluam requisitos desnecessários, mantendo-se as exigências de contratação em nível que permita a satisfação plena do interesse público secundário, de um lado, e a maior possibilidade de competição (ampla participação), de outro.

184. Com relação ao tópico 1 - DO OBJETO, nos itens 1.4, 1.5, 1.6, foram inseridas as previsões relativas às cotas exclusivas para ME/EPP, nos termos do que dispõe o artigo 48, III da LC 123/2006. Ocorre que, não foi possível a esta parecerista identificar quais itens da tabela referem-se às cotas. Sendo assim, reportamos ao que já dissemos no tópico próprio deste parecer (DO TRATAMENTO DIFERENCIADO ÀS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE - LICITAÇÃO EXCLUSIVA PARA ME/EPP), no sentido de que o órgão deve avaliar os itens deste pregão, verificar se inexistente qualquer impedimento à concessão das exclusividades (artigo 10 do Decreto 8.538/2015), e em inexistindo impedimento, deverá fixar as cotas de até 25% a serem destinadas com exclusividade às ME/EPP nos itens que ultrapassem o limite legal para a exclusividade (artigo 48, III da LC 123/2006). Acaso se identifique algum impedimento à fixação das cotas, deve ser anexada a justificativa pertinente, bem como excluídas as previsões dos itens 1.4, 1.5 e 1.6.

185. Ainda neste tópico, verifica-se que foi excluída, sem qualquer justificativa, a previsão originariamente constante dos modelos de Termo de Referência da AGU, relativamente ao prazo de vigência da contratação:

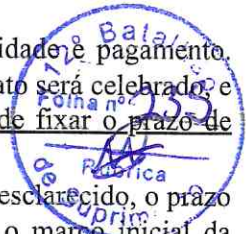
O prazo de vigência da contratação é de contados do(a)
prorrogável na forma do art. 57, § 1º, da Lei nº 8.666/93

186. Note-se inclusive que o Edital e o Contrato fazem remissão ao prazo de vigência fixado no termo de referência, o que acarreta a necessidade de que este seja indicado no presente tópico (vide item 17.4 do Edital).

187. Portanto, deve a autoridade fixar o prazo de vigência da contratação que advirá da ata de registro de preços e inserir a redação, conforme acima transcrita.

188. Lembramos que o registro de preços possibilita contratações frequentes e parciais de acordo com a necessidade do órgão. Cada solicitação de material representará uma contratação individual, com prazo de vigência pelo

período necessário para a entrega da quantidade demandada, recebimento, verificação da conformidade e pagamento. Executado o objeto, o contrato se extinguirá. Quando surgir nova necessidade do material, novo contrato será celebrado e assim sucessivamente, até que expire o prazo de validade da Ata. Assim, recomenda-se à autoridade fixar o prazo de vigência da contratação tendo em mente estas recomendações.



189. Além disso, quanto ao prazo inicial de vigência da contratação, uma vez que como já esclarecido, o prazo de vigência da contratação não se confunde com o prazo de vigência da Ata, recomenda-se que o marco inicial da vigência seja fixado, como de praxe, da assinatura do contrato.

190. No tópico 2 - DA JUSTIFICATIVA DA NECESSIDADE, é possível verificar que o órgão não utilizou o modelo de termo de referência mais atualizado, e disponibilizado pela AGU em sua página da internet.

191. Com efeito, a item 2.3 ainda faz menção ao Decreto 5.450/2005, o qual foi revogado pelo Decreto 10.024/2019.

192. Cabe ao órgão, portanto, rever o modelo de Termo de Referência que vem utilizando, e especificamente quanto ao item 2.3, proceder a sua atualização.

193. O item 2.4 também deve ser revisto. Primeiro porque se informa que foi utilizada a mediana, entretanto, o mapa comparativo anexado em fls. 55/62 informa que se adotou a média para a fixação dos preços de referência. Cabe ao órgão analisar efetivamente qual o método adotado e adequar sua redação. Além disso, neste item se informa que se promoveu a mais ampla concentração, quando nos parece que a intenção era a de se informar que se promoveu a mais ampla concorrência. Avaliar e se for o caso, corrigir.

194. No tópico 4 - ENTREGA E CRITÉRIOS DE ACEITAÇÃO DO OBJETO, no item 4.1, uma vez que não há órgãos participantes neste pregão, recomenda-se a exclusão da menção a eles.

195. Além disso, nos itens 4.2 e 4.4 verifica-se que os prazos de recebimento foram fixados em dias úteis, divergindo, portanto, da redação sugerida pelo modelo de termo de referência da AGU. Sendo assim, é necessário que a autoridade justifique a alteração feita, ou que adote a redação conforme modelo de termo de referência da AGU.

196. No tópico 6 - OBRIGAÇÕES DA CONTRATADA, os novos modelos de Termo de Referência da AGU trazem também as seguintes previsões, que se recomenda avaliar, e se for o caso, incluir:

xx- promover a destinação final ambientalmente adequada, sempre que a legislação assim o exigir, como nos casos de pneus, pilhas e baterias, etc....

Nota Explicativa: O gestor deve verificar se há algum critério de sustentabilidade que se enquadre como obrigação da contratada, como, por exemplo, a necessidade de recolhimento de resíduos decorrentes da contratação, para fins de sua destinação final ambientalmente adequada. Para tanto, consulte-se o Guia Nacional de Contratações Sustentáveis.

xx- Quando não for possível a verificação da regularidade no Sistema de Cadastro de Fornecedores – SICAF, a empresa contratada deverá entregar ao setor responsável pela fiscalização do contrato, até o dia trinta do mês seguinte ao da prestação dos serviços, os seguintes documentos: 1) prova de regularidade relativa à Seguridade Social; 2) certidão conjunta relativa aos tributos federais e à Dívida Ativa da União; 3) certidões que comprovem a regularidade perante a Fazenda Municipal ou Distrital do domicílio ou sede do contratado; 4) Certidão de Regularidade do FGTS – CRF; e 5) Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas – CNDT, conforme alínea "c" do item 10.2 do Anexo VIII-B da IN SEGES/MP n. 5/2017;

Nota Explicativa: Ajustar de modo que seja exigida regularidade apenas quanto aos tributos incidentes sobre o objeto contratual.

Nota Explicativa: As cláusulas acima são meramente indicativas. Pode ser necessário que se suprimam algumas das obrigações ou se arroleem outras, conforme as peculiaridades do órgão e as especificações do objeto a ser executado.

197. No tópico 7 - DA SUBCONTRATAÇÃO, o item 7.1 não tem qualquer sentido, seja por não tratar de subcontratação, seja por se referir a aquisição de medicamentos, objeto este que não condiz com o objeto do presente registro de preços. Sendo assim, para o presente item deverá ser inserida a redação conforme modelo de termo de referência da AGU:

7.1 Não será admitida a subcontratação do objeto licitatório.

198. No tópico 9 - DA GARANTIA, foi estabelecido no item 9.1 que será exigida a garantia integral de 3 (três) meses para todos os materiais, o que nos parece conduzir à conclusão de que o órgão pretende exigir a garantia

complementar à garantia legal. Sendo assim, recomenda-se adotar a redação conforme modelo de termo de referência da AGU, para bens de consumo, justificando a exigência:

A GARANTIA CONTRATUAL DOS BENS.

Nota explicativa: Fica a critério da Administração exigir ou não, a garantia contratual dos bens, complementar à garantia legal, mediante a devida fundamentação, a ser exposta neste item do Termo de Referência. Não a exigindo, deverá suprimir o item.

(Sugere-se a redação abaixo para material de consumo):

O prazo de garantia contratual dos bens, complementar à garantia legal, será de, no mínimo, ____ (____) meses, contado a partir do primeiro dia útil subsequente à data do recebimento definitivo do objeto. (Justificar a exigência de garantia e o prazo estabelecido)

Caso o prazo da garantia oferecida pelo fabricante seja inferior ao estabelecido nesta cláusula, o licitante deverá complementar a garantia do bem ofertado pelo período restante.

199. Lembramos que, no caso de exigência de garantia suplementar à legal, é necessário firmar o contrato, uma vez que ela acarreta obrigações futuras por parte do contratado.

200. Recomendamos observar também que o modelo de termo de referência da AGU requer que o órgão se manifeste quanto à incidência de garantia de execução, ou sua não exigência. Sendo assim, como no caso não foi exigida a garantia de execução, recomenda-se justificar os motivos pelos quais ela não é exigida e inserir o seguinte tópico:

DA GARANTIA DE EXECUÇÃO

Não haverá exigência de garantia contratual da execução, pelas razões abaixo justificadas:

1 ...

201. No tópico 10 - CONTROLE DA EXECUÇÃO, no item 10.1.1, os valores foram atualizados no novo modelo de Termo de Referência da AGU:

10.1.1 O recebimento de material de valor superior a R\$ 176.000,00 (cento e setenta e seis mil reais) será confiado a uma comissão de, no mínimo, 3 (três) membros, designados pela autoridade competente.

202. Verifica-se que por equívoco, o órgão deixou de inserir o tópico relativo ao PAGAMENTO, não tendo com isso, observado a legalidade, vez que o Edital apenas informa que as regras do pagamento estão previstas no Termo de Referência (tópico 21 do Edital). Sendo assim, é necessário inserir o tópico relativo ao pagamento, conforme abaixo:

DO PAGAMENTO

O pagamento será realizado no prazo máximo de até (.....) dias, contados a partir do recebimento da Nota Fiscal ou Fatura, através de ordem bancária, para crédito em banco, agência e conta corrente indicados pelo contratado.

Nota Explicativa: Atentar para o prazo máximo de 30 dias para pagamento, conforme disposto no artigo 40, XIV, "a", da Lei 8.666, de 1993.

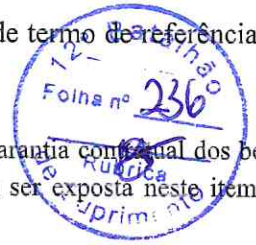
Os pagamentos decorrentes de despesas cujos valores não ultrapassem o limite de que trata o inciso II do art. 24 da Lei 8.666, de 1993, deverão ser efetuados no prazo de até 5 (cinco) dias úteis, contados da data da apresentação da Nota Fiscal, nos termos do art. 5º, § 3º, da Lei nº 8.666, de 1993.

Considera-se ocorrido o recebimento da nota fiscal ou fatura quando o órgão contratante atestar a execução do objeto do contrato.

A Nota Fiscal ou Fatura deverá ser obrigatoriamente acompanhada da comprovação da regularidade fiscal, constatada por meio de consulta on-line ao SICAF ou, na impossibilidade de acesso ao referido Sistema, mediante consulta aos sítios eletrônicos oficiais ou à documentação mencionada no art. 29 da Lei nº 8.666, de 1993.

Constatando-se, junto ao SICAF, a situação de irregularidade do fornecedor contratado, deverão ser tomadas as providências previstas no do art. 31 da Instrução Normativa nº 3, de 26 de abril de 2018.

Havendo erro na apresentação da Nota Fiscal ou dos documentos pertinentes à contratação, ou, ainda, circunstância que impeça a liquidação da despesa, como, por exemplo, obrigação financeira pendente, decorrente de penalidade imposta ou inadimplência, o pagamento ficará sobrestado até que a Contratada providencie as medidas saneadoras. Nesta hipótese, o prazo para pagamento



iniciar-se-á após a comprovação da regularização da situação, não acarretando qualquer ônus para a Contratante.

Será considerada data do pagamento o dia em que constar como emitida a ordem bancária para pagamento.

Antes de cada pagamento à contratada, será realizada consulta ao SICAF para verificar a manutenção das condições de habilitação exigidas no edital.

Constatando-se, junto ao SICAF, a situação de irregularidade da contratada, será providenciada sua notificação, por escrito, para que, no prazo de 5 (cinco) dias úteis, regularize sua situação ou, no mesmo prazo, apresente sua defesa. O prazo poderá ser prorrogado uma vez, por igual período, a critério da contratante.

Previamente à emissão de nota de empenho e a cada pagamento, a Administração deverá realizar consulta ao SICAF para identificar possível suspensão temporária de participação em licitação, no âmbito do órgão ou entidade, proibição de contratar com o Poder Público, bem como ocorrências impeditivas indiretas, observado o disposto no art. 29, da Instrução Normativa nº 3, de 26 de abril de 2018.

Não havendo regularização ou sendo a defesa considerada improcedente, a contratante deverá comunicar aos órgãos responsáveis pela fiscalização da regularidade fiscal quanto à inadimplência da contratada, bem como quanto à existência de pagamento a ser efetuado, para que sejam acionados os meios pertinentes e necessários para garantir o recebimento de seus créditos.

Persistindo a irregularidade, a contratante deverá adotar as medidas necessárias à rescisão contratual nos autos do processo administrativo correspondente, assegurada à contratada a ampla defesa.

Havendo a efetiva execução do objeto, os pagamentos serão realizados normalmente, até que se decida pela rescisão do contrato, caso a contratada não regularize sua situação junto ao SICAF.

Será rescindido o contrato em execução com a contratada inadimplente no SICAF, salvo por motivo de economicidade, segurança nacional ou outro de interesse público de alta relevância, devidamente justificado, em qualquer caso, pela máxima autoridade da contratante.

Quando do pagamento, será efetuada a retenção tributária prevista na legislação aplicável.

A Contratada regularmente optante pelo Simples Nacional, nos termos da Lei Complementar nº 123, de 2006, não sofrerá a retenção tributária quanto aos impostos e contribuições abrangidos por aquele regime. No entanto, o pagamento ficará condicionado à apresentação de comprovação, por meio de documento oficial, de que faz jus ao tratamento tributário favorecido previsto na referida Lei Complementar.

Nos casos de eventuais atrasos de pagamento, desde que a Contratada não tenha concorrido, de alguma forma, para tanto, o valor devido deverá ser acrescido de atualização financeira, e sua apuração se fará desde a data de seu vencimento até a data do efetivo pagamento, em que os juros de mora serão calculados à taxa de 0,5% (meio por cento) ao mês, ou 6% (seis por cento) ao ano, mediante aplicação das seguintes fórmulas:

$EM = I \times N \times VP$, sendo:

EM = Encargos moratórios;

N = Número de dias entre a data prevista para o pagamento e a do efetivo pagamento;

VP = Valor da parcela a ser paga.

I = Índice de compensação financeira = 0,00016438, assim apurado:

$$I = (TX) \quad I = \frac{(6 / 100)}{365} \quad I = 0,00016438$$

TX = Percentual da taxa anual = 6%

203. Nota-se também que não foi inserida a previsão relativa ao REAJUSTE, que é recomendada pelos modelos de Termo de Referência da AGU, mesmo para contratos cujo prazo seja inferior à 12 (doze) meses. Sendo assim, recomenda-se inserir a previsão conforme abaixo:

DO REAJUSTE



Os preços inicialmente contratados são fixos e irrevogáveis no prazo de um ano contado da data limite para a apresentação das propostas.

Após o interregno de um ano, e independentemente de pedido da CONTRATADA, os preços iniciais serão reajustados, mediante a aplicação, pela CONTRATANTE, do índice *(indicar o índice a ser adotado)*, exclusivamente para as obrigações iniciadas e concluídas após a ocorrência da anualidade, com base na seguinte fórmula (art. 5º do Decreto n.º 1.054, de 1994):

$R = V (I - I^0) / I^0$, onde:

R = Valor do reajuste procurado;

V = Valor contratual a ser reajustado;

I⁰ = índice inicial - refere-se ao índice de custos ou de preços correspondente à data fixada para entrega da proposta na licitação;

I = Índice relativo ao mês do reajustamento;

Nos reajustes subsequentes ao primeiro, o interregno mínimo de um ano será contado a partir dos efeitos financeiros do último reajuste.

No caso de atraso ou não divulgação do índice de reajustamento, o CONTRATANTE pagará à CONTRATADA a importância calculada pela última variação conhecida, liquidando a diferença correspondente tão logo seja divulgado o índice definitivo.

Nas aferições finais, o índice utilizado para reajuste será, obrigatoriamente, o definitivo.

Caso o índice estabelecido para reajustamento venha a ser extinto ou de qualquer forma não possa mais ser utilizado, será adotado, em substituição, o que vier a ser determinado pela legislação então em vigor.

Na ausência de previsão legal quanto ao índice substituto, as partes elegerão novo índice oficial, para reajustamento do preço do valor remanescente, por meio de termo aditivo.

O reajuste será realizado por apostilamento.

204. **Conforme esclarecido na nota explicativa constante dos modelos de termo de referência da AGU, a Administração deverá atentar para que o índice utilizado seja o indicador mais próximo da efetiva variação dos preços dos bens a serem fornecidos, "...o qual deverá ser preferencialmente um índice setorial ou específico, e, apenas na ausência de tal índice, um índice geral, o qual deverá ser o mais conservador possível de forma a não onerar injustificadamente a administração..."** – TCU, Ac. nº 114/2013-Plenário. *A Administração poderá, ainda, utilizar índices diferenciados, de forma justificada, de acordo com as peculiaridades envolvidas no objeto contratual.*

205. Com relação ao tópico 11 - DAS SANÇÕES ADMINISTRATIVAS, o modelo atual de termo de referência da AGU traz nova redação a qual deve ser adotada pelo órgão, conforme abaixo:

DAS SANÇÕES ADMINISTRATIVAS

Comete infração administrativa nos termos da Lei nº 10.520, de 2002, a Contratada que:

- a. falhar na execução do contrato, pela inexecução, total ou parcial, de quaisquer das obrigações assumidas na contratação;
- b. ensejar o retardamento da execução do objeto;
- c. fraudar na execução do contrato;
- d. comportar-se de modo inidôneo; ou
- e. cometer fraude fiscal.

Pela inexecução total ou parcial do objeto deste contrato, a Administração pode aplicar à CONTRATADA as seguintes sanções:

Advertência por escrito, quando do não cumprimento de quaisquer das obrigações contratuais consideradas faltas leves, assim entendidas aquelas que não acarretam prejuízos significativos para o serviço contratado;

Multa:

moratória de% (..... por cento) por dia de atraso injustificado sobre o valor da parcela inadimplida, até o limite de (.....) dias;

compensatória de% (..... por cento) sobre o valor total do contrato, no caso de inexecução total do objeto;

Suspensão de licitar e impedimento de contratar com o órgão, entidade ou unidade administrativa pela qual a Administração Pública opera e atua concretamente, pelo prazo de até dois anos;



Sanção de impedimento de licitar e contratar com órgãos e entidades da União, com o consequente descredenciamento no SICAF pelo prazo de até cinco anos.

Declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública, enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que a Contratada ressarcir a Contratante pelos prejuízos causados;

A Sanção de impedimento de licitar e contratar prevista no subitem “iv” também é aplicável em quaisquer das hipóteses previstas como infração administrativa neste Termo de Referência.

As sanções previstas nos subitens “i”, “iii”, “iv” e “v” poderão ser aplicadas à CONTRATADA juntamente com as de multa, descontando-a dos pagamentos a serem efetuados.

Também ficam sujeitas às penalidades do art. 87, III e IV da Lei nº 8.666, de 1993, as empresas ou profissionais que:

tenham sofrido condenação definitiva por praticar, por meio dolosos, fraude fiscal no recolhimento de quaisquer tributos;

tenham praticado atos ilícitos visando a frustrar os objetivos da licitação;

demonstrem não possuir idoneidade para contratar com a Administração em virtude de atos ilícitos praticados.

A aplicação de qualquer das penalidades previstas realizar-se-á em processo administrativo que assegurará o contraditório e a ampla defesa à Contratada, observando-se o procedimento previsto na Lei nº 8.666, de 1993, e subsidiariamente a Lei nº 9.784, de 1999.

As multas devidas e/ou prejuízos causados à Contratante serão deduzidos dos valores a serem pagos, ou recolhidos em favor da União, ou deduzidos da garantia, ou ainda, quando for o caso, serão inscritos na Dívida Ativa da União e cobrados judicialmente.

Caso a Contratante determine, a multa deverá ser recolhida no prazo máximo de XX (XXXX) dias, a contar da data do recebimento da comunicação enviada pela autoridade competente.

Caso o valor da multa não seja suficiente para cobrir os prejuízos causados pela conduta do licitante, a União ou Entidade poderá cobrar o valor remanescente judicialmente, conforme artigo 419 do Código Civil.

A autoridade competente, na aplicação das sanções, levará em consideração a gravidade da conduta do infrator, o caráter educativo da pena, bem como o dano causado à Administração, observado o princípio da proporcionalidade.

Se, durante o processo de aplicação de penalidade, se houver indícios de prática de infração administrativa tipificada pela Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, como ato lesivo à administração pública nacional ou estrangeira, cópias do processo administrativo necessárias à apuração da responsabilidade da empresa deverão ser remetidas à autoridade competente, com despacho fundamentado, para ciência e decisão sobre a eventual instauração de investigação preliminar ou Processo Administrativo de Responsabilização - PAR.

A apuração e o julgamento das demais infrações administrativas não consideradas como ato lesivo à Administração Pública nacional ou estrangeira nos termos da Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, seguirão seu rito normal na unidade administrativa.

O processamento do PAR não interfere no seguimento regular dos processos administrativos específicos para apuração da ocorrência de danos e prejuízos à Administração Pública Federal resultantes de ato lesivo cometido por pessoa jurídica, com ou sem a participação de agente público.

As penalidades serão obrigatoriamente registradas no SICAF.

206. Por último, de se notar que os novos modelos de Termo de Referência da AGU trazem também a inserção dos seguinte tópicos, que se recomenda sejam adotados, com as devidas adequações:

CRITÉRIOS DE SELEÇÃO DO FORNECEDOR.

As exigências de habilitação jurídica e de regularidade fiscal e trabalhista são as usuais para a generalidade dos objetos, conforme disciplinado no edital.

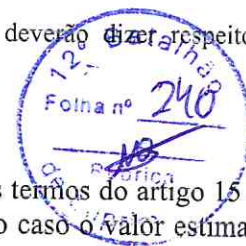
Os critérios de qualificação econômico-financeira a serem atendidos pelo fornecedor estão previstos no edital.

Os critérios de qualificação técnica a serem atendidos pelo fornecedor serão:

Comprovação de aptidão para o fornecimento de bens em características, quantidades e prazos compatíveis com o objeto desta licitação, ou com o item pertinente, por meio da apresentação de atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado.

Para fins da comprovação de que trata este subitem, os atestados deverão dizer respeito a contratos executados com as seguintes características mínimas:...

Prova de atendimento aos requisitos previstos na lei



207. Quanto a publicidade ou sigilo acerca do valor máximo ou do valor estimado, nos termos do artigo 15 do Decreto 10.024/2019, ele deve ser devidamente justificado pelo órgão atendido. Uma vez que no caso o valor estimado consta da tabela inserida no item 1.1 do termo de referência, conclui-se que não haverá caráter sigiloso. Sendo assim, recomenda-se adotar a redação conforme sugestão do modelo de termo de referência da AGU, abaixo transcrito:

Os critérios de aceitabilidade de preços serão:

Valores unitários: conforme planilha de composição de preços anexa ao edital.

Valor Global: R\$xxx,000 (indicar por extenso)

O critério de julgamento da proposta é o menor preço global.

As regras de desempate entre propostas são as discriminadas no edital.

ESTIMATIVA DE PREÇOS E PREÇOS REFERENCIAIS.

O custo estimado da contratação é de R\$...

208. Consta ainda do modelo de termo de referência da AGU, o seguinte tópico, que se recomenda inserir:

DOS RECURSOS ORÇAMENTÁRIOS.

A indicação da dotação orçamentária fica postergada para o momento da assinatura do contrato ou instrumento equivalente.

209. No que tange aos eventuais critérios de sustentabilidade, reportamos ao que já alertamos no tópico próprio deste parecer, cabendo ao setor técnico especializado do órgão a avaliação quanto a existência de critérios específicos que incidam na presente contratação.

210. São estas as observações relativas ao termo de referência, o qual deve ser revisto e atualizado de acordo com o modelo mais recente disponibilizado pela AGU para contratações sob a égide da Lei 8.666/93.

2

Edital

211. Os requisitos e elementos a serem observados na minuta do edital são aqueles previstos no art. 14, inc. III e IV, do Decreto nº 10.024, de 2019 (pregão eletrônico), art. 9º do Decreto nº 7.892, de 2013 (SRP) e art. 40 da Lei nº 8.666, de 1993.

212. No que tange à nossa específica atribuição, de análise das minutas, conforme atestado no processo, o órgão consulente utilizou as pertinentes minutas disponibilizadas pela AGU, tornando desnecessárias maiores observações jurídicas sobre seu conteúdo.

213. De qualquer forma, cabem algumas considerações.

214. No tópico 4 - DA PARTICIPAÇÃO NO PREGÃO, no item 4.1.2 informa-se que para todos os itens a participação é exclusiva para ME/EPP. Ocorre que, pelo menos três itens da tabela inserida no item 1.1 do termo de referência, tem valor total superior ao máximo fixado em Lei para a concessão da exclusividade. Sendo assim, recomenda-se revisão da previsão para que a exclusividade somente seja concedida nos termos do que prevê o artigo 48, I e III da LC 123/2006.

215. No item 4.3.6 em virtude da revogação da IN 02 de 2009, a redação do modelo de Edital da AGU é a que segue:

que a proposta foi elaborada de forma independente;

216. No tópico 7 - DA ABERTURA DA SESSÃO, CLASSIFICAÇÃO DAS PROPOSTAS E FORMULAÇÃO DOS LANCES, no item 7.9 indicou-se um intervalo de valor de R\$ 0,01 (um centavo).

217. Diante do valor fixado para o intervalo, recomenda-se observar que a Nota Explicativa dos modelos da AGU é clara ao alertar para a necessidade de que o intervalo seja fixado em valor de repercussão financeira que efetivamente diferencie uma proposta da outra, nos termos do art. 30, §3º do Decreto nº 10.024/19. Recomenda-se avaliar se o intervalo proposto encontra-se adequado, justificando o seu entendimento, ou adequando-o.

218. No tópico 8 - DA ACEITABILIDADE DA PROPOSTA VENCEDORA, os itens 8.6, 8.7 e 8.8 tratam de regras de aplicação de margem de preferência, entretanto nenhum regramento relativo à margem de preferência para os itens, foi indicado. Sendo assim, deve ser avaliado pelo órgão, se incide alguma preferência, indicando-se o fundamento jurídico. Acaso inexistir, os itens poderão ser excluídos.

219. No tópico 9 - DA HABILITAÇÃO, com relação aos requisitos de Qualificação Econômico-Financeira e Qualificação Técnica, lembramos que é responsabilidade do órgão avaliar o cabimento das exigências, levando em conta que "somente poderão ser impostas exigências compatíveis com o mínimo de segurança da Administração Pública. A regra geral é sempre a mesma: não poderão ser impostas exigências excessivas ou inadequadas" (JUSTEN, Marçal filho, ob. cit. fls. 683).

220. Especialmente tendo em vista que o art. 37, XXI, da Constituição Federal de 1988 é claro ao esclarecer que "o processo de licitação pública... somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações"

221. Na interpretação do TCU, devem ser apenas os requisitos "absolutamente necessários e suficientes para garantir os níveis mínimos de qualidade, segurança e eficiência na execução do futuro contrato" (Acórdão nº 2.073/2012 – Plenário).

222. Ainda nas palavras do TCU, "devem ser suficientes para selecionar o licitante capacitado a prestar o serviço, fazer a obra ou fornecer o bem, sem impor restrições desnecessárias que venham a comprometer o caráter competitivo do certame" (Acórdão nº 1.405/2006 – Plenário). "Não devem ser desarrazoadas a ponto de comprometer a natureza de competição que deve permear os processos licitatórios realizados pela Administração Pública. Devem constituir tão somente garantia mínima suficiente para que o futuro contratado demonstre, previamente, capacidade para cumprir as obrigações contratuais" (Acórdão nº 1.905/2009 – Plenário).

223. Nesse sentido é também o entendimento exarado no Acórdão nº 2.073/2012-TCU-Plenário:

9.4.2 em respeito aos arts. 3º, §1º, inciso I, e 30, inciso II, da Lei 8.666/93, ao elaborar o novo edital referido o item 9.4.1, apenas inclua requisitos de habilitação técnica que sejam absolutamente necessários e suficientes para garantir os níveis mínimos de qualidade, segurança e eficiência na execução do futuro contrato (...);

224. Portanto, as exigências de qualificação econômico-financeira e qualificação técnica devem ser analisadas pelo órgão, tendo em vista as características específicas de cada licitação, em limites compatíveis e proporcionais ao objeto contratual a ser executado, especialmente quanto a seu vulto e complexidade, devendo haver justificativa para as decisões.

225. Trazemos a recomendação constante dos modelos de Edital da AGU:

Nota Explicativa - É FUNDAMENTAL QUE A ADMINISTRAÇÃO observe que exigências demasiadas poderão prejudicar a competitividade da licitação e ofender a o disposto no art. 37, XXI da Constituição Federal, o qual preceitua que "o processo de licitação pública... somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações". É fundamental que a Administração examine, **DIANTE DO CASO CONCRETO**, se o objeto da contratação demanda a exigência de todos os requisitos de habilitação apresentados neste modelo, levando-se em consideração o vulto e/ou a complexidade do objeto, a essencialidade do serviço e os riscos decorrentes de sua paralisação em função da eventual incapacidade econômica da contratada em suportar vicissitudes contratuais, excluindo-se o que entender excessivo.

226. Observar-se, contudo, para que não sejam acrescentados requisitos que não tenham suporte nos arts. 28 a 31 da Lei nº 8.666, de 1993.

227. No presente caso, a autoridade optou por manter as exigências de qualificação econômico-financeira, e aquelas relativas à qualificação técnica. Trata-se de decisão técnica do órgão, sendo recomendável que se anexe as pertinentes justificativas.

228. Nota-se que no item 9.13 - Qualificação Econômico-Financeira, no subitem 9.13.4, foi fixado o percentual de 10% para comprovação do capital mínimo ou patrimônio líquido. Lembramos o que esclarece a Nota Explicativa dos modelos da AGU: *a fixação do percentual referente ao patrimônio líquido se insere na esfera de atuação discricionária da Administração até o limite legal de 10% (dez por cento) do valor estimado da contratação (art. 31, § 3º da Lei nº 8.666, de 1993). Entretanto, nas situações de fornecimento de bens para pronta entrega, a documentação de que tratam os arts. 28 a 31 da Lei n. 8.666, de 1993 poderá ser dispensada, especialmente no que diz respeito à exigência*



de patrimônio líquido, considerando o teor do art. 31, §2º, que reza: “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...”. De acordo com o art. 24 da Instrução Normativa SEGES/MP nº 03, de 2018, deve-se fixar percentual proporcional aos riscos que a inexecução total ou parcial do contrato poderá acarretar para a Administração, considerando-se, entre outros fatores, o valor do contrato, a essencialidade do objeto, o tempo de duração do contrato.

229. A sondagem do mercado se afigura importante, a fim de obter dados sobre o porte das empresas que atuam na área objeto da contratação. Ressalte-se que, se o referido percentual for fixado em seu mais alto patamar e o valor total estimado da contratação também for significativo, trará como consequência a necessidade de comprovação de patrimônio líquido elevado, o que poderá resultar na restrição à participação de interessados no certame, em especial, de microempresas ou empresas de pequeno porte, podendo ferir o princípio constitucional de incentivo a essas unidades empresariais. Por essa razão, é indispensável avaliação técnica sobre o assunto. **Caso feita a exigência de capital ou patrimônio líquido mínimo, fica vedada a exigência simultânea de garantia da proposta (art. 31, III, da Lei nº 8.666/93), conforme interpretação do § 2º do mesmo dispositivo.**

230. Veja-se recente decisão do TCU sobre o tema:

1. A fixação, para fins de habilitação, de percentual de patrimônio líquido mínimo em relação ao valor estimado da contratação (art. 31, §§ 2º e 3º, da Lei 8.666/1993) deve ser justificada nos autos do processo licitatório, realizando-se estudo de mercado com vistas a verificar o seu potencial restritivo, sob pena de violação ao art. 3º, § 1º, inciso I, do Estatuto de Licitações (...). Acórdão 1321/2020 Plenário, Representação, Relator Ministro Benjamin Zymler. (Informativa de Licitações e Contratos nº 392, junho de 2020)

231. Recomenda-se apresentar as pertinentes justificativas.

232. No item 9.14 - Qualificação Técnica, quanto aos atestados, recomendamos observar o que dispõe a jurisprudência do TCU:

“1.6.1. dar ciência à Superintendência Regional da Infraero em São Paulo que, na hipótese de exigência de qualificação técnica em certame licitatório, o uso de expressões vagas, sem qualquer parâmetro quantitativo, a exemplo do observado (...) (“serviços com características técnicas, porte e complexidade semelhantes as do objeto desta licitação”), constitui infringência ao princípio do julgamento objetivo (art. 5º do Decreto 5.450/2005 e art. 3º da Lei 8.666/1993);” (Acórdão nº 271/2013 – Plenário)

“É obrigatório o estabelecimento de parâmetros objetivos para análise da comprovação (atestados de capacidade técnico-operacional) de que a licitante já tenha prestado serviços pertinentes e compatíveis em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação (art. 30, inciso II, da Lei 8.666/1993) - Informativo de Licitações nº 318 de 2017 - Acórdão 361/2017 Plenário, Representação, Relator Ministro Vital do Rêgo.”

233. Neste ponto, veja-se a súmula 263 do TCU:

para a comprovação da capacidade técnico-operacional das licitantes, e desde que limitada, simultaneamente, às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto a ser contratado, é legal a exigência de comprovação da execução de quantitativos mínimos em obras ou serviços com características semelhantes, devendo essa exigência guardar proporção com a dimensão e a complexidade do objeto a ser executado.

234. Conforme Acórdão nº 914/2019-Plenário do Tribunal de Contas da União, é obrigatório o estabelecimento de parâmetros objetivos para análise da comprovação (atestados de capacidade técnico-operacional) de que a licitante já tenha fornecido bens pertinentes e compatíveis em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação. Nesse sentido, é consignado no acórdão a seguinte recomendação:

“9.3.2. estabeleça no edital da nova licitação, de forma clara e objetiva, os requisitos de qualificação técnica que deverão ser demonstrados pelos licitantes, os quais deverão estar baseados em estudos técnicos os quais evidenciem que as exigências constituem o mínimo necessário à garantia da regular execução contratual, ponderados seus impactos em relação à competitividade do certame. (grifei)

235. Cabe portanto observar estas recomendações, adequando a exigência ao que dispõe a jurisprudência do Tribunal de Contas da União.

236. Ainda neste tópico, o modelo de Edital da AGU traz também a seguinte previsão relativamente à documentação das cooperativas:

Em relação às licitantes cooperativas será, ainda, exigida a seguinte documentação complementar:

A relação dos cooperados que atendem aos requisitos técnicos exigidos para a contratação e que executarão o contrato, com as respectivas atas de inscrição e a comprovação de que estão domiciliados na localidade da sede da cooperativa, respeitado o disposto nos arts. 4º, inciso XI, 21, inciso I e 42, §§2º a 6º da Lei n. 5.764 de 1971;

A declaração de regularidade de situação do contribuinte individual – DRSCI, para cada um dos cooperados indicados;

A comprovação do capital social proporcional ao número de cooperados necessários à prestação do serviço;

O registro previsto na Lei n. 5.764/71, art. 107;

A comprovação de integração das respectivas quotas-partes por parte dos cooperados que executarão o contrato; e

Os seguintes documentos para a comprovação da regularidade jurídica da cooperativa: a) ata de fundação; b) estatuto social com a ata da assembleia que o aprovou; c) regimento dos fundos instituídos pelos cooperados, com a ata da assembleia; d) editais de convocação das três últimas assembleias gerais extraordinárias; e) três registros de presença dos cooperados que executarão o contrato em assembleias gerais ou nas reuniões seccionais; e f) ata da sessão que os cooperados autorizaram a cooperativa a contratar o objeto da licitação;

A última auditoria contábil-financeira da cooperativa, conforme dispõe o art. 112 da Lei n. 5.764/71 ou uma declaração, sob as penas da lei, de que tal auditoria não foi exigida pelo órgão fiscalizador.

237. O item 9.15 tem nova redação no modelo da AGU:

O licitante enquadrado como microempreendedor individual que pretenda auferir os benefícios do tratamento diferenciado previstos na Lei Complementar n. 123, de 2006, estará dispensado da prova de inscrição nos cadastros de contribuintes estadual e municipal.

238. Quanto ao tópico 10 - DO ENCAMINHAMENTO DA PROPOSTA VENCEDORA, quanto a previsão do item 10.2, recomenda-se ao órgão se assegurar de que as informações inseridas no sistema são as suficientes para que se dê a contratação na forma proposta.

239. Prosseguindo, acaso a autoridade tenha exigido a GARANTIA CONTRATUAL DOS BENS em seu termo de referência, deverá inserir a previsão também no Edital, seguindo a redação sugerida nos modelos de Edital da AGU para o tópico.

240. No tópico 17 - DO TERMO DE CONTRATO OU INSTRUMENTO SUBSTITUTIVO, no item 17.4 informa-se que o prazo de vigência está fixado no termo de referência. Sobre a necessidade de se inserir o prazo de vigência no termo de referência, reportamos ao que já dissemos no item próprio deste parecer.

241. No tópico 21 - DO PAGAMENTO, com relação à previsão do item 21.1, conforme já alertado, as regras relativas ao pagamento devem ser incluídas no termo de referência.

242. No que tange à exclusão da previsão de cessão de crédito, originalmente prevista nos modelos de Edital da AGU, deve haver a justificativa. Além disso, a previsão deve estar harmônica com o que consta da minuta de contrato.

243. São estas as recomendações relativas ao Edital.

3.3 Da Ata de Registro de Preços

244. Os requisitos da minuta da ata de registro de preços estão previstos no Decreto nº 7.892, de 2013, devendo estar em conformidade também com a minuta do edital e do termo de referência.

245. No presente caso, verifica-se que a minuta foi juntada ao processo e atende a tais pressupostos.

246. De qualquer forma, cabem algumas considerações.

247. De início, se recomenda excluir os preços inseridos na tabela, uma vez que estes são os preços estimados, e não aqueles que efetivamente serão registrados.

248. No tópico 4 - DA ADESÃO À ATA DE REGISTRO DE PREÇOS, deve a autoridade estar atenta para o fato de que, no que tange à permissão de adesão posterior, o TCU vem adotando posicionamento radical quanto à própria previsão editalícia padrão que aceita de forma ampla e irrestrita a adesão por outros órgãos públicos.

249. A propósito, segue o voto constante do Acórdão nº 1.297/2015 – Plenário:

“27. Em todos esses processos tenho manifestado minha crescente preocupação com o verdadeiro descalabro que pode representar o uso desvirtuado do SRP, em virtude, principalmente, da possibilidade de alimentação inconveniente e inoportuna do pernicioso "mercado de atas".

28. O descontrole em pregões efetuados para registro de preços não é novidade nesta Corte, que, de forma bastante contundente, realizou uma análise aprofundada do SRP em dois processos: TC 's 008.840/2007-3 (Acórdãos 1.487/2007, 2.256/2007 e 2.692/2012, todos do Plenário) e 011.772/2010-7 (Acórdãos 1.233/2012, 2.311/2012, 2.546/2012 e 503/2013, todos do Plenário).

29. Para além dos controles oriundos das precitadas determinações passíveis de serem implantados no âmbito da Administração, a questão também deve ser enfrentada com o propósito de melhorar o funcionamento dos mercados que fornecem ao governo (aumentar a competição, maximizar a eficiência, distribuir a alocação de recursos e a capacidade de produção, reduzir oportunidades de monopólio, equilibrar a relação entre produtores e consumidores).

30. De minha parte, estou convicto que, em futuro muito próximo, esta Corte deverá voltar se debruçar sobre o exame da constitucionalidade do dispositivo regulamentar que permite a utilização da ata de registro de preços por órgão não participante, também conhecida como "adesão tardia", ou mais simplesmente, "carona", atualmente o art. 22 do Decreto 7.892/2013.

31. Boa parte da doutrina também aponta que a prática do carona representa uma possível afronta a diversos princípios no mundo jurídico (por exemplo, legalidade, moralidade, isonomia e competitividade) e ainda possibilita algumas distorções que podem ser claramente percebidas no mundo dos fatos (por exemplo, os riscos de a empresa detentora da ata controlar parte significativa de negócio local, regional ou nacional e de aquisições que não contemplam a real necessidade do órgão com a leniente adaptação do objeto a ser contratado a um objeto já registrado em ata).

32. Em face de tais considerações, reforço meu entendimento de que a adesão prevista no art. 22 do Decreto 7.892/2013 para órgão não participante (ou seja, que não participou dos procedimentos iniciais da licitação) é uma possibilidade anômala e excepcional, e não uma obrigatoriedade a constar necessariamente em todos os editais e contratos de pregões para Sistema de Registro de Preços. Nesse sentido, conforme defendeu a peça instrutiva, a Fundação licitante, na qualidade de órgão gerenciador do registro de preços em comento, deve também justificar a previsão para adesão de órgãos não participantes.”

250. A este respeito veja-se também a seguinte decisão do Tribunal de Contas da União:

“...a possibilidade de adesão para órgão não participante (ou seja, que não participou dos procedimentos iniciais da licitação) não é uma obrigatoriedade a constar impensadamente em todos os editais de pregões para registro de preços, ...mas sim uma medida anômala e excepcional, uma faculdade que deve ser exercida de forma devidamente motivada” (TCU, Ac. n. 757/2015 – Plenário – g.n.).

251. Mais recentemente tem-se o posicionamento do Ministro Bruno Dantas em trecho de seu voto exarado no Acórdão 311/2018-Plenário:

Conforme venho reiterando em diversos julgados sob a minha relatoria (a exemplo do item 9.3.4 do Acórdão 757/2015-TCU-Plenário e do item 9.3.2 do Acórdão 1.297/2015-TCU-Plenário) , resta claro, à luz do art. 9º, inciso III, *in fine*, do Decreto 7.892/2013, que a inserção de cláusula em editais licitatórios permitindo a adesão tardia é uma faculdade do órgão gerenciador. Nessa esteira, é certo que tal ato, embora discricionário, não prescinde de motivação.

Tenho constatado que uma cláusula deste tipo (permitindo a adesão tardia) é inserida de forma repetida e impensada em quase todos os editais de pregões para Sistema de Registro de Preços. No mais das vezes, costuma-se alegar que sua inserção seria justificável porque traria alguma espécie de economia de escala. Todavia, trata-se invariavelmente de mera alegação genérica, sem nenhum lastro em estudos técnicos relacionados especificamente ao objeto que se deseja licitar e realizados preliminarmente à contratação que se almeja.

252. Assim, a possibilidade de adesão só deve ser mantida se, efetivamente, através de estudos técnicos relacionados especificamente ao objeto, reste demonstrada, de forma clara e objetiva, a pertinência da permissão, o que deve ser amplamente justificado.



253. Recomenda-se ao órgão consulente que sempre balize a opção administrativa com fundamento na premissa acima apresentada.

254. Em todo caso, mantida a possibilidade de “carona”, o instrumento convocatório do ~~exame~~ deverá indicar especificamente os quantitativos previstos para adesões, considerando a interpretação dada pelo TCU, no Ac. nº 855/2013-Plenário, ao art. 9º do Decreto regulamentador do SRP, in verbis:

Art. 9º O edital de licitação para registro de preços observará o disposto nas Leis nº 8.666, de 1993, e nº 10.520, de 2002, e contemplará, no mínimo:

I – a especificação ou descrição do objeto, que explicitará o conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado para a caracterização do bem ou serviço, inclusive definindo as respectivas unidades de medida usualmente adotadas;

II – estimativa de quantidades a serem adquiridas pelo órgão gerenciador e órgãos participantes;

III – estimativa de quantidades a serem adquiridas por órgãos não participantes, observado o disposto no § 4º do art. 22, no caso de o órgão gerenciador admitir adesões;

255. No caso, o órgão anexou a justificativa em fls. 49/51.

256. De toda sorte, verifica-se que o item 4.4 traz previsão de adesão superior ao previsto no § 4º do artigo 22 do Decreto 7.892/2013 abaixo transcrito, devendo, obrigatoriamente, ser corrigido:

Artigo 22 (...)

§ 4º O instrumento convocatório preverá que o quantitativo decorrente das adesões à ata de registro de preços **não poderá exceder, na totalidade, ao dobro do quantitativo de cada item** registrado na ata de registro de preços para o órgão gerenciador e para os órgãos participantes, independentemente do número de órgãos não participantes que aderirem. (Redação dada pelo Decreto nº 9.488, de 2018) (Vigência) (grifei)

257. No tópico 5 - DA VALIDADE DA ATA, no item 5.1 a redação não se encontra completa, devendo, obrigatoriamente, ser complementada:

A validade da Ata de Registro de Preços será de *12 meses*, a partir do(a)....., **não podendo ser prorrogada.**

(grifei)

258. No tópico 8 - CONDIÇÕES GERAIS, o item 8.2.1 pareceu inserido por engano, sendo recomendável que o órgão avalie e se for o caso, o exclua.

259. São estas as observações relativas à ata, que deverá ser revista.

3.4 Minuta de Contrato ou Instrumento Substitutivo

260. No caso vertente, a autoridade assessorada irá formalizar instrumento contratual compatível com o objeto da licitação.

261. A presente minuta também foi lastreada em minutas disponibilizadas pela AGU, tornando desnecessárias maiores observações jurídicas sobre seu conteúdo.

262. De qualquer forma, cabem algumas considerações.

263. Na Cláusula Segunda, lembramos, como já alertado à exaustão, que o Termo de Referência deve ser complementado a fim de fixar o prazo de vigência da contratação.

264. Na Cláusula Quinta, alertamos mais uma vez para a necessidade de que o Termo de Referência seja complementado com as regras relativas ao pagamento.

265. Na Cláusula Sexta, ressaltamos que o Termo de Referência não trouxe as regras do reajuste, cabendo a revisão daquele documento.

266. Na Cláusula Décima Terceira foi prevista a possibilidade de Cessão de Crédito. Cabe, portanto, a complementação do Edital (no tópico relativo ao pagamento) para inserção da previsão.

267. Na Cláusula Décima Sétima, sempre se recomenda que fique claro que o foro é o da Justiça Federal.

268. São estas as observações relativas ao contrato.



4. CONCLUSÃO

269. Considerando as informações existentes nos autos do Processo n. **64156.006143/2022-58** e nos limites da análise jurídica apresentada, que não alcança questões relacionadas aos aspectos técnicos ou do juízo de valor das competências discricionárias exercidas durante o procedimento, conclui-se pela existência de óbices legais ao prosseguimento do presente processo, os quais restarão superados desde que observadas as recomendações emitidas ao longo do parecer e, em especial, os seguintes apontamentos:

- regular instrução do processo com documentos pesquisáveis;
- revisão do Documento de Formalização da Demanda;
- demonstrar que a contratação está prevista no Planejamento Anual do órgão;
- providenciar a indicação da equipe de planejamento;
- o ETP, deve obrigatoriamente conter os elementos dispostos nos incisos I, IV, V, VI, VII, IX e XIII do caput do artigo 7º da IN 40/2020 e, quando não contemplarem os demais elementos do caput, deve ser apresentada a devida justificativa no próprio documento que materializa os ETP
- indicação dos normativos que disciplinam a contratação ou informação de que não há normativos especiais aplicáveis à hipótese;
- observações relativas à exclusividade para ME/EPP;
- que sejam observadas as recomendações contidas no tópico “Critérios de Sustentabilidade”,
- que sejam cumpridas as formalidades da IN 73/2020, bem como que se observem as demais recomendações contidas no tópico referente à pesquisa de preços;
- cautelas quanto à formatação do objeto - a verificação e avaliação da observância quanto à especificação e formatação do objeto, nível de detalhamento e exigências da descrição técnica, observância dos princípios da razoabilidade e economicidade, exigência explícita ou implícita de marca, eventual necessidade de registro, parcelamento; critérios de sustentabilidade socioambiental, quantitativos ;
- avaliação das considerações sobre a divulgação do valor estimado ou valor máximo e apresentação de motivação para a opção feita pelo Órgão;
- certificação orçamentária na data própria com a declaração de adequação da despesa,
- observar as condições inerentes à designação do pregoeiro e membros da equipe de apoio, conforme prevê o art. 16, do Decreto nº 10.024, de 2019;
- verificação, adaptação ou motivação das cláusulas editalícias que estejam em desconformidade com a legislação, com a jurisprudência do TCU ou que representem empecilho ao regular andamento do certame, quanto aos seguintes parágrafos do presente parecer:
 - * termo de referência - §§ 179/210;
 - * Edital - §§ 211/243;
 - * Ata - §§ 244/259;
 - *Contrato - §§ 260/268.

270. Somente após o acatamento das recomendações emitidas ao longo do parecer, ou após seu afastamento, de forma motivada, consoante previsão do art. 50, VII, da Lei de Processo Administrativo, será possível dar-se o prosseguimento do processo, nos seus demais termos, sem nova manifestação desta CJU.

271. Ressalta-se que a presente manifestação se limita à análise jurídica da fase interna do processo licitatório, recomendando-se, em sua fase externa, o atendimento integral ao Edital e às Leis que regem a matéria.

São Paulo, 05 de janeiro de 2023.

ROSA MARIA PELLEGRINI BAPTISTA DIAS
ADVOGADO DA UNIÃO

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <https://supersapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 64156006143202258 e da chave de acesso 4d900c38.



Documento assinado eletronicamente por ROSA MARIA PELLEGRINI BAPTISTA DIAS, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br), de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 1067857823 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): ROSA MARIA PELLEGRINI BAPTISTA DIAS, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br). Data e Hora: 09-01-2023 11:25. Número de Série: 77218269410488336199396275606. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.



**MINISTÉRIO DA DEFESA
EXÉRCITO BRASILEIRO
12ª BATALHÃO DE SUPRIMENTO
BATALHÃO MARQUÊS DE POMBAL**

PREGÃO Nº 23/2022

NOTA DE ESCLARECIMENTO

O Ordenador de Despesas do 12º B SUP, no uso de suas atribuições, usa o presente instrumento para esclarecer pontos relativos ao seguinte processo:

Pregão nº 23/2022 - Objeto: Aquisição de óleos e lubrificantes para o 12º Batalhão de Suprimento/OP, conforme condições, quantidades e exigências estabelecidas neste Edital e seus anexos.

PREÂMBULO

O 12º Batalhão de Suprimento iniciou processo para realizar aquisição de óleos e lubrificantes para atender as demandas sob responsabilidade desta Organização Militar.

O processo em questão é o Pregão 23/2022. Tal processo, após ser instruído por esta Unidade Gestora, foi encaminhado para essa Assessoria.

Após análise inicial, essa Consultoria emitiu o PARECER nº 00045/2023/NUCJUR/E-CJU/AQUISIÇÕES/CGU/AGU onde teceu algumas recomendações a esta Organização Militar.

DESENVOLVIMENTO

A seguir, a Administração responde às questões levantadas no PARECER nº 00045/2023/NUCJUR/E-CJU/AQUISIÇÕES/CGU/AGU.

1ª Questão: DA REGULARIDADE DA AUTUAÇÃO DO PROCESSO

Nas Considerações 2.2 do PARECER da atividade consultiva, é orientado que se atente e tomem providências no sentido de se publicar o processo sob formato de PDR pesquisável (OCR).

Esclarecimento da Administração:

1.1. Em relação à orientação, será realizada no formato recomendável, atendendo à recomendação do parecer.

2ª Questão: DOCUMENTO DE FORMALIZAÇÃO DA DEMANDA

Na consideração 2.6 nº 31, 32, 33, 34 do PARECER da Assessoria Jurídica, é destacado que a necessidade descrita no Documento de Formalização da Demanda (DFD) está em discordância do objeto do DIEx nº 787-Dep CL III/CL/COS de 15/09/2022. E ainda a identificação da previsão da contratação no Plano Anual de Contratações (PCA).



Esclarecimento da Administração:

2.1. A aquisição pretendida de fato se refere a material e não serviço. O equívoco foi sanado e o PCA foi inserido nos autos do processo para comprovação do alinhamento com o planejamento previamente realizado. Atendendo assim, à recomendação desse órgão consultivo.

3ª Questão: ESTUDOS TÉCNICOS PRELIMINARES (ETP)

Na consideração do nº 43 a 46 e, 61 a 66 do PARECER da Assessoria Jurídica, é destacado a questão das características ou especificações exclusivas, que podem direcionar à determinada marca e/ou fabricante.

Esclarecimento da Administração:

3.1 Esta Administração expõe que foram atendidos e observados todos os critérios para descrição clara e objetiva do item, de forma a não restringir o caráter competitivo do certame, preconizando inclusive, o interesse da administração. Desse modo, encontram-se bem salientadas no ETP as motivações e/ou justificativas e aplicabilidade dos itens a serem licitados, bem como a aprovação do referido estudo. Vale ressaltar que, o Comando do 12º B SUP é responsável pela provisão de insumos para manutenção de material bélico, viaturas operacionais e administrativas no âmbito do Comando Militar da Amazônia, tudo corroborando para atividade fim da Força Terrestre.

3.2 No presente caso, foram atendidas o que preconiza os princípios básicos da licitação, propiciando meios para a seleção da proposta mais vantajosa através do julgamento objetivo.

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável 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.

(Lei 8.666/93)

3.3 Ademais foram atendidas as recomendações do parecer e anexado aos autos o Plano de Contratação Anual (PCA), para comprovação do alinhamento com o planejamento prévio realizado, de modo a aprovar o prosseguimento do processo licitatório.

4ª Questão: REFERÊNCIA A NORMATIVOS QUE DISCIPLINAM A CONTRATAÇÃO

Nas Considerações, nº 68 a 71, do PARECER da Assessoria Jurídica, é comentado sobre indicação de dispositivos normativos revogados ou desatualizados e sugere o aprimoramento do processo, nesse aspecto.

Esclarecimento da Administração:

4.1 Esta administração ressalta que atentou para a observação interposta e readequou o ETP de modo a atualizar as normas citadas. Dessa forma, foram atendidas as recomendações do parecer.



5ª Questão: DO TRATAMENTO DIFERENCIADO ÀS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE – LICITAÇÃO EXCLUSIVA PARA ME/EPP

Nas Considerações 88 a 93 do PARECER da Assessoria Jurídica, é comentado sobre concessão de benefício fora dos limites previstos em lei.

Esclarecimento da Administração:

5.1 Esta administração informa que foram atendidas as redações da legislação pertinente vigente e alterado o caderno editalício. Sobre a participação exclusiva, foi feito estudo de viabilidade e optado pela não concessão do benefício, devidamente justificada nos autos. E também, analisada a concessão dos 25% destinados a EPP e ME, de modo a não interferir na logística de suprimento a ser realizada por este OP.

6ª Questão: CRITÉRIOS DE SUSTENTABILIDADE

Neste tópico do PARECER, foram citadas e elencadas diversas medidas para serem adotadas no edital em tela, para que seja atendida a finalidade de promoção de licitação sustentável.

Esclarecimento da Administração:

6.1 A administração informa que foram acrescentados ao Edital diversos critérios para aceitabilidade da proposta que atendem ao regramento jurídico vigente. O CTF do produto como crivo para aceitação da proposta e exigências elencadas na Resolução nº 804 de 20 Dezembro de 2019 da ANP. Critérios esses discriminados do subitem 8.5.4 ao 8.5.9 do Edital.

7ª Questão: ANÁLISE DA INSTRUÇÃO DO PROCESSO E CLÁUSULAS EDITALÍCIAS

Neste tópico a atividade consultiva expõe a necessidade da análise crítica dos preços consultados, método matemático aplicado para definição do valor estimado. Além de diversas readequações que se fazem necessárias e constam em modelo atualizado na página da AGU, nas seguintes peças: Termo de Referência; Edital; Ata de Registro de Preços e Contrato.

Esclarecimento da Administração:

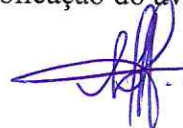
7.1 A administração adotou todas as medidas contidas no PARECER, ademais alterou o modelo de Edital e Termo de Referência para o mais atual usado no processo de compras, referenciados pelas Leis 8.666/93 e 10.520/02.

8ª Questão: DIVULGAÇÃO DO VALOR ESTIMADO OU VALOR MÁXIMO ACEITÁVEL

No tópico do PARECER é comentado sobre o prescrito no Art. 15º do Decreto nº 10.024 de 2019, onde admite-se a possibilidade de se divulgar ou não, os valores em tela.

Esclarecimento da Administração:

8.1 A administração adotou todas as medidas contidas no Decreto nº 10.024/2019, divulgando os valores estimados e máximos aceitáveis para órgão de controle interno e externo. Tudo isso para se atender o preconizado na IN nº 73/20, no tocante metodologia e formalidades referente à pesquisa de preços. Cabe ressaltar que tais valores não irão ser divulgados na publicação do aviso, atendendo assim, a recomendação da atividade consultiva.



9ª Questão: DESIGNAÇÃO DO PREGOEIRO E MEMBROS DA EQUIPE DE APOIO

No PARECER é comentado sobre atuação do Pregoeiro e membros da equipe de apoio conforme Decreto nº 10.024 de 2019.

Esclarecimento da Administração:

9.1 A administração seguiu informações contidas no Art. 16º do Decreto nº 10.024/2019, publicando em Boletim Interno Pregoeiro e Membros, atendendo assim, as orientações contidas no parecer.



10ª Questão: INDICAÇÃO DE DOTAÇÃO ORÇAMENTÁRIA

No PARECER é comentado sobre indicação da dotação orçamentária e adequação a da despesa.

Esclarecimento da Administração:

9.1 A administração seguiu a orientação em tela, e incluiu subitem alusivo ao referido tema. Informo que com a alteração e utilização dos modelos atualizados da AGU, a instrução do processo se adequou ao regramento jurídico vigente.

CONCLUSÃO

Ao concluir o presente documento, esta Administração informa que foram atendidas todas as orientações e exigência contidas no Parecer nº 00045/2023/NUCJUR/E-CJU/AQUISIÇÕES/CGU/AGU, possibilitando assim, darmos prosseguimento ao certame licitatório sem nova manifestação da CJU.

Rio de Janeiro, RJ, 16 de fevereiro de 2023.

A handwritten signature in blue ink, appearing to read "Luciano Felipe de Souza Sá-TC".

LUCIANO FELIPE DE SOUZA SÁ- TC
Ordenador de Despesas