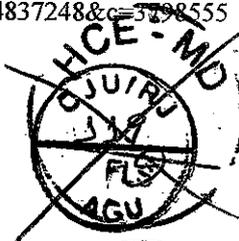




ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA JURÍDICA DA UNIÃO NO ESTADO DO RIO DE JANEIRO



PARECER n. 489/2020/CJU-RJ/CGU/AGU

PROCESSO n. 76863.004738/2020-18

ORIGEM: MINISTÉRIO DA DEFESA EXERCITO BRASILEIRO

ASSUNTO: PREGÃO ELETRÔNICO

VALOR: R\$ 1.101.570,58

EMENTA: PREGÃO PARA REGISTRO DE PREÇOS CUJO VALOR SEJA SUPERIOR A R\$ 500.000,00. DIREITO ADMINISTRATIVO. LICITAÇÕES E CONTRATOS. Legislação Aplicável: Lei nº 10.520/2002, Decreto nº 3.555/2000, Decreto nº 10.024/2019, Decreto 7.892/2013 e Lei n. 8.666/93. Regularidade formal do processo. Limites impostos pelo Decreto ns. 7.689/2012. Adequação da Modalidade Licitatória Adotada. Participação do Certame às Microempresas, Empresas de Pequeno Porte e Cooperativas enquadradas no art. 34, da Lei nº 11.488/2007, nos termos do Decreto nº 8.538/2015. Observação dos Critérios de Sustentabilidade Ambiental. Análise das Minutas. Ressalvas e/ou Recomendações.

1. Trata-se de processo oriundo do MINISTÉRIO DA DEFESA EXERCITO BRASILEIRO, que tem por objeto a aquisição de gases medicinais, conforme discriminado no Termo de Referência, com esteio na Lei n. 10.520/2002 e legislação correlata.

2. Os presentes autos, contendo 01 volume e 118 páginas, foram distribuídos à advogada signatária, no dia 12/02/2020, 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. Dentre os documentos que compõem o processo, destacam-se os seguintes

- a) Autorização para abertura da licitação (fls.63/64)
- b) Termo de Referência (fls.94/106)
- c) Aprovação do Termo de Referência (fls.94/106)
- d) Designação do Pregoeiro (fls.70/73)
- e) Designação da equipe de apoio (fls.69)
- f) Publicação da Intenção de Registro de Preços (fls.59/62)
- g) Minuta do Edital (fls.79/93)
- h) Minuta do Contrato (fls.113/116)

FINALIDADE E ABRANGÊNCIA DO PARECER JURÍDICO

3. 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.

4. 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

17/02/2020 17:

dimensão do risco e a necessidade de se adotar ou não a precaução recomendada.

5. 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").

6. 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.

7. 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 respectivas competências, com o fim de que, em caso de futura auditoria, possa ser facilmente comprovado 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.

8. 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.

REGULARIDADE DA AUTUAÇÃO DO PROCESSO - ATENÇÃO!

9. 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.

10. 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."

11. 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.

12. Considerando a existência de autos físicos, cabe dar ciência ao órgão dos termos do art. 22, § 1º e 2º, do Decreto n. 8.539, de 08 de outubro de 2015:

§ 1º - O uso do meio eletrônico para a realização de processo administrativo deverá estar

implementado no prazo de dois anos, contado da data de publicação deste Decreto;

§ 2º - Os órgãos e as entidades de que tratam o caput que já utilizam processo administrativo eletrônico deverão adaptar-se ao disposto neste Decreto no prazo de três anos, contado da data de sua publicação.

13. Assim, o Órgão deve envidar esforços para cumprir o comando normativo e **PASSAR A ADOTAR O PROCESSO ADMINISTRATIVO ELETRÔNICO**.

14. No presente caso verifica-se que o processo não atende ao disposto na Portaria Normativa nº 1.243, de 21.09.2006, do Ministério da Defesa (que dispõe sobre os procedimentos gerais referentes à gestão de processos, no âmbito do Ministério da Defesa e dos Comandos das Forças Armadas). Nesse contexto, deve-se atentar que o verso não utilizado de algumas folhas permanece sem qualquer marcação indicativa da situação. **Recomenda-se, então, a inutilização do verso não utilizado, por meio da aposição do carimbo com os dizeres "Em Branco"**, conforme determina o normativo acima mencionado. E, A NECESSIDADE DE SE TER IMPRESSORA NO MODO "FRENTE E VERSO", para a utilização do papel, de modo SUSTENTÁVEL.

LIMITES DE GOVERNANÇA

15. No âmbito do Poder Executivo Federal, o Decreto nº 7.689, de 2012 estabeleceu limites e instâncias governança para a contratação de bens e serviços e para a realização de gastos com diárias e passagens, aplicáveis aos órgãos, entidades e fundos do Poder Executivo Federal integrantes dos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social, donde se destaca a previsão contida em seu artigo 2º.

Art. 2º do Decreto nº 7.689, de 2012:

“Art. 2º A celebração de novos contratos administrativos e a prorrogação dos contratos administrativos em vigor relativos a atividades de custeio serão autorizadas por ato do Ministro de Estado ou do titular de órgão diretamente subordinado ao Presidente da República.

§ 1º Para os contratos com valor igual ou superior a R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais), a competência de que trata o caput poderá ser delegada às seguintes autoridades, vedada a subdelegação:

- 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 aos subsecretários de planejamento, orçamento e administração ou a autoridade equivalente, vedada a subdelegação, ressalvada, neste caso, a subdelegação a que se refere o § 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.

§ 4º O Ministro de Estado do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão poderá alterar ou atualizar, a qualquer tempo, os valores estabelecidos nos § 1º, § 2º e § 3º.”

16. A Portaria nº 249, de 13 de junho de 2012 estabeleceu normas complementares para o cumprimento do mencionado Decreto, prevendo em seu artigo 3º que as atividades de custeio decorrem de contratações diretamente relacionadas às atividades comuns a todos os órgãos e entidades que apoiam o desempenho de suas atividades institucionais, tais como:

- I - fornecimento de combustíveis, energia elétrica, água, esgoto e serviços de telecomunicação;
- II - as atividades de conservação, limpeza, segurança, vigilância, transportes, informática, copeiragem, recepção, reprografia, telecomunicações e manutenção de prédios,

- equipamentos e instalações, conforme disposto no Decreto nº 2.271, de 7 de julho de 1997;
- III - realizações de congressos e eventos, serviços de publicidade, serviços gráficos e editoriais;
- IV - aquisição, locação e reformas de imóveis; e
- V - aquisição, manutenção e locação de veículos, máquinas e equipamentos.

Parágrafo único. O enquadramento do objeto da contratação como atividade de custeio deve considerar a natureza das atividades Contratadas, conforme disposto neste artigo, e não a classificação orçamentária da despesa.

17. A autoridade assistida, desse modo, 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, o que poderá ser feito em qualquer fase do processo de contratação até antes da assinatura do contrato ou do termo aditivo de prorrogação, podendo ser concedida por despacho no próprio processo, por memorando ou ofício, por meio eletrônico com assinatura digital ou outro meio idôneo que registre a autorização expressa da autoridade competente, consoante § 1º do artigo 4º, da citada Portaria.

18. Recomenda-se à área técnica do Órgão assessorado (considerando-se os últimos pacotes fiscais anunciados pelo poder público) verificar a eventual existência de Decretos ou outros normativos relativos a "limites", "contingenciamento orçamentário" ou a "restrição ao empenho de verbas" (como o caso do recente Decreto nº 9.276, de 2018, ou das Leis nº 13.707, de 14/08/2018, e 13.808, de 15/01/2019 - Lei Orçamentária Anual, por exemplo), com efeitos aplicáveis ao caso concreto.

AVALIAÇÃO DE CONFORMIDADE LEGAL

19. Nos termos do que dispõe o artigo 36 da IN 05, de 25 de maio de 2017 – MPDG, antes do envio do processo para análise jurídica, deve ser realizada uma avaliação de conformidade legal do procedimento de contratação com base nas disposições previstas no Anexo I da ON 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".

20. 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.

21. **O órgão não anexou a lista constante do Anexo I da ON SEGES/MP n. 02, de 2016, devendo, portanto, complementar a instrução.**

PLANEJAMENTO DA CONTRATAÇÃO

22. 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.

23. 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. Tal situação atrai os conceitos delineados na Instrução Normativa SEGES/MPDG n. 05, de 2017, a partir do qual se depreende que o planejamento da contratação abrange as etapas desde a formalização da demanda, passando pela elaboração dos Estudos Preliminares, do Gerenciamento de Riscos,

do Termo de Referência e, por fim, do Edital (art. 20 da IN 05, de 2017, c/c art. 14 do Decreto n. 10.024, de 2019).

Documento de Formalização da Demanda

24. O Documento de Formalização da Demanda é procedimento obrigatório para o início dos trabalhos pertinentes ao início da fase interna da licitação. Nos termos do art. 21 da IN n. 05/2017-SEGES/MPDG, tal documento deverá conter os seguintes elementos:

- a) a justificativa da necessidade da contratação explicitando a opção pela terceirização dos serviços e considerando o Planejamento Estratégico, se for o caso;
- b) a quantidade de serviço a ser contratada;
- c) a previsão de data em que deve ser iniciada a prestação dos serviços; e
- d) a indicação do servidor ou servidores para compor a equipe que irá elaborar os Estudos Preliminares e o Gerenciamento de Risco e, se necessário, daquele a quem será confiada a fiscalização dos serviços, o qual poderá participar de todas as etapas do planejamento da contratação, observado o disposto no § 1º do art. 22;

25. Há falha no procedimento de deflagração do início da fase interna da licitação, porquanto a ausência do Documento de Formalização da Demanda, além de ser requisito obrigatório exigido pela IN SEGES/MP n. 05, é o meio pelo qual se define o gerenciamento das demais fases do certame até sua conclusão com a celebração do contrato de prestação dos serviços. Portanto, é imprescindível a elaboração do referido documento por parte do setor competente, a saber: do setor a quem compete gerir e utilizar os recursos que serão licitados. **Compete ao órgão instruir o processo com referido documento, atentando para a presença dos requisitos acima discriminados, devidamente adaptados ao objeto do certame, que é aquisição.**

Designação formal da equipe de Planejamento da Contratação

26. Ainda à luz da Instrução Normativa SEGES n. 05, de 2017, a contratação pública é precedida do planejamento da contratação sob a responsabilidade do setor de licitações, cuja tarefa inicial compreende a designação formal dos servidores que ficarão responsáveis pela elaboração dos Estudos Preliminares, do Gerenciamento de Riscos e do Termo de Referência, porquanto a realização dos estudos técnicos pertinentes à elaboração desses documentos é o que se compreende como o Planejamento da Contratação (art. 19, I, art. 20, art. 21, III e art. 30, §2º).

27. Portanto, há a necessidade de designação formal da mencionada equipe com a indicação clara das atribuições pertinentes. Essa tarefa é responsabilidade da Autoridade Competente do Setor de Licitações, cuja definição se encontra no Anexo I da referida Instrução Normativa, *in verbis*:

ANEXO I - DEFINIÇÕES

I - AUTORIDADE COMPETENTE DO SETOR DE LICITAÇÕES: A referida autoridade, para fins do disposto nesta Instrução Normativa, é aquela que possui poder de decisão indicada na lei ou regimento interno do órgão ou entidade como responsável pelas licitações, contratos, ou ordenação de despesas, podendo haver mais de uma designação a depender da estrutura regimental.

28. Como consequência lógica das atribuições a serem assumidas, a norma ainda demanda que os integrantes reúnam "as competências necessárias à completa execução das etapas de Planejamento da Contratação, o que inclui conhecimentos sobre aspectos técnicos e de uso do objeto, licitações e contratos, dentre outros" (art. 22, §1º). Demais disso, os componentes devem ter ciência expressa da indicação das suas respectivas atribuições antes de serem formalmente designados (art. 22, §2º).

29. Muito embora o art. 22, *caput*, da Instrução Normativa diga que "...a autoridade competente do setor de licitações poderá, se necessário, indicar servidor ou servidores que atuam no setor para compor a equipe de Planejamento da Contratação...", compreende-se que a faculdade normativa não dispensa a participação de uma equipe própria de planejamento, embora possa dispensar a designação dos membros para uma licitação específica. Isso porque, a estrutura interna do órgão pode prever a existência de equipes permanentes de planejamento ou de setores específicos para as atribuições correspondentes. Também é possível que normativos internos disciplinem a atuação das equipes de planejamento, como permite o art. 23 da IN. Em todo caso, porém, o processo deve ser

instruído ou com a designação formal para a licitação específica, ou com a situação ensejadora da dispensa da designação para o caso concreto. Nesse último caso, o ato normativo interno que distribui as competências pertinentes deverá compor o processo administrativo licitatório.

30. No caso específico dos autos, não foram cumpridas as exigências normativas acima mencionadas quanto à designação/composição da equipe de Planejamento da Contratação, razão pela qual o órgão deverá instruir os autos com a documentação necessária, sabendo que os Estudos Preliminares, o Gerenciamento de Riscos e o Termo de Referência são de responsabilidade dos integrantes da equipe.

Estudos Técnicos Preliminares

31. A identificação da necessidade da contratação comumente é inserida no processo como a justificativa da contratação. Pela nova sistemática, a justificativa da contratação deverá ser inserida como parte dos Estudos Preliminares, ao invés de compor documento autônomo do processo. A necessidade da contratação deverá ser elaborada pelo setor requisitante, não sendo mais possível que seja emitida pelo ordenador de despesas (Anexo III, 3.1). O presente processo, não se encontra instruído com os estudos técnicos preliminares à contratação. Tal falha deverá ser corrigida, porquanto deve haver a devida identificação da demanda a ser suprida e os consequentes benefícios que serão proporcionados à Administração. Compete ao órgão corrigir a instrução do processo a fim de fazer constar nele as razões da demanda pela contratação, bem como a metodologia definida para a satisfação dos interesses públicos primário e secundário.

32. As diretrizes para a elaboração dos estudos preliminares se encontram no Anexo III da Instrução Normativa SEGES/MP n. 5, de 2017. Em um único documento, a Administração deverá realizar a análise da viabilidade da contratação e fazer o levantamento dos elementos essenciais que servirão para compor Termo de Referência, de forma que melhor atenda às necessidades da Administração.

33. Algumas diretrizes gerais devem ser seguidas para a produção desse documento, como segue:

Anexo III - Item 2

- a) devem ser listados e examinados os normativos que disciplinam os serviços a serem contratados, de acordo com a sua natureza;
- b) a contratação anterior, ou a série histórica, se houver, devem ser analisados para identificar as inconsistências ocorridas nas fases do Planejamento da Contratação, Seleção do Fornecedor e Gestão do Contrato, com a finalidade de prevenir a ocorrência dessas nos posteriores Termos de Referência;
- c) deve ser feita a classificação da contratação para fins da Lei de Acesso à Informação - Lei n. 12.527, de 2011.

34. Deve-se atentar que a justificativa da necessidade deverá ser fornecida pela unidade requisitante da contratação e não mais pelo Ordenador de Despesas. Deve-se, ainda, indicar se a contratação está alinhada aos planos instituídos pelo órgão, tais como o Plano de Desenvolvimento Institucional ou Planejamento Estratégico quando houver. O documento deve, também, informar a política pública a que esteja vinculada ou a ser instituída pela contratação, quando couber.

35. Quanto aos requisitos da contratação, referida IN estabelece os seguintes parâmetros:

3.3. Requisitos da contratação:

- a) Elencar os requisitos necessários ao atendimento da necessidade;
- b) No caso de serviços, definir e justificar se o serviço possui natureza continuada ou não;
- c) Incluir, se possível, critérios e práticas de sustentabilidade que devem ser veiculados como especificação técnica do objeto ou como obrigação da contratada;
- d) Avaliar a duração inicial do contrato de prestação de serviços de natureza continuada, que poderá, excepcionalmente, ser superior a 12 meses, e justificar a decisão;
- e) Identificar a necessidade de a contratada promover a transição contratual com transferência de conhecimento, tecnologia e técnicas empregadas;
- f) Elaborar quadro identificando as soluções de mercado (produtos, fornecedores, fabricantes etc.) que atendem aos requisitos especificados e, caso a quantidade de fornecedores seja

considerada restrita, verificar se os requisitos que limitam a participação são indispensáveis, de modo a avaliar a retirada ou flexibilização destes requisitos.

36. A mensuração da quantidade do serviço necessário não poderá ser um documento autônomo dissociado dos demais elementos que compõem os estudos preliminares. Nesse documento deverá ser definido e documentado o método para a estimativa das quantidades a serem contratadas, preferencialmente com base nas experiências anteriores e nas expectativas futuras, não sendo permitido de incluir os documentos que dão suporte à narrativa, tais como as respectivas memórias de cálculo. E, quando não for possível a previsão provável de consumo, a Administração deverá incluir mecanismos que venham a suprir a necessidade de contratação de forma adequada.

37. E mais: cada contratação deverá ser devidamente atualizada conforme as melhores práticas de mercado. Ainda que já exista um modelo consagrado ao longo do tempo, requer-se que os agentes responsáveis pela licitação realizem o cotejo das soluções já adotadas com as realidades existentes no mercado, a fim de identificar a existência de novas metodologias, tecnologias ou inovações que melhor atendam às necessidades da Administração. E, caso seja conveniente, poderá ser realizada audiência pública para coleta de contribuições a fim de definir a solução mais adequada visando preservar a relação custo-benefício.

38. Os estudos técnicos também deverão realizar a estimativa de preços a partir dos critérios veiculados pela Instrução Normativa SEGES/MP n. 3, de 2017, que alterou a IN n. 5, de 2014. Em todo caso, a Administração estará sujeita às diretrizes emanadas dos Cadernos de Logística divulgados pela Secretaria de Gestão do Ministério da Economia (<https://www.comprasgovernamentais.gov.br/index.php/cadernos>), bem como aos preços máximos fixados pelo respectivo ministério, conforme o tipo de serviço e a respectiva região. Demais disso, todos os elementos que dão suporte às estimativas realizadas deverão compor o estudos técnicos. Em todo caso, os órgãos e entidades poderão simplificar, no que couber, a etapa de Estudos Preliminares, quando adotados os modelos de contratação estabelecidos nos aludidos cadernos (art. 20, §4º da IN 5, de 2017).

39. A norma ainda prevê a necessidade de que todo o processo de contratação seja abordado de forma global dentro dos estudos técnicos preliminares, a fim de que se tenha uma visão global do objeto que será executado, como também da forma que será executado. É o que denomina de "descrição da solução como um todo".

40. Após tais procedimentos, devidamente detalhados nos estudos preliminares, o órgão deverá complementar o documento com as justificativas para o parcelamento, ou não, da solução, demonstrar os resultados pretendidos, realizar a análise das eventuais providências necessárias à adequação do ambiente do órgão e, por fim, declarar - ou não - a viabilidade de contratação. **Somente com a declaração final positiva da viabilidade da contratação é que será possível a produção do Instrumento Convocatório com todos os demais anexos que lhe são pertinentes, a exemplo do Termo de Referência, e o início da fase externa do certame.**

41. Convém destacar que o parcelamento da licitação é a regra, de modo que a aglutinação de itens que, em tese poderiam ser licitados de forma separada, somente se justifica diante de fatores técnicos que recomendem a reunião em função do conjunto ou complexo final pretendido pela Administração, como bem menciona a Súmula n. 247 do TCU:

Súmula nº 247 de 10/11/2004

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.

42. Atente-se para a necessidade de existência de um equilíbrio entre vantajosidade, viabilidade técnica e economia de escala. Nesse aspecto, a IN n. 5, de 2017, diz que o órgão deverá assegurar-se de que a contratação seja técnica e economicamente viável, que se evite a perda da economia de escala e que exista um melhor aproveitamento do mercado e ampliação da competitividade.

43. A demonstração dos resultados pretendidos deverá se dar em termos de economicidade e de melhor aproveitamento dos recursos humanos, materiais e financeiros disponíveis, de modo que o Estudo Técnico Preliminar declare os benefícios diretos e indiretos que o órgão ou entidade almeja com a contratação, incluindo nessa abordagem os efeitos ambientais positivos, bem como, se for o caso, de melhoria da qualidade de produtos ou

serviços oferecidos à sociedade.

44. Por fim, o órgão deverá analisar a eventual necessidade de adaptação de ambientes, de metodologias de serviços e de capacitação de pessoas a fim de que sejam obtidos os efeitos esperados da contratação. Deve ser incluída no Mapa de Riscos a possibilidade de falha ou de atraso no processo de adaptação, as respectivas repercussões negativas e as medidas mitigadoras desses riscos, sempre que houver a necessidade de adequação.

45. Considerando que a fiscalização (administrativa e técnica) acompanhará cada uma das fases de execução do contrato, é altamente recomendável que os respectivos servidores designados participem da fase de Planejamento da Contratação.

PARCELAMENTO DO OBJETO

46. Via de regra, as contratações de compras, serviços e obras 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.

47. Portanto, caso haja viabilidade técnica e econômica, qualquer contratação deve ser dividida em contratações menores, de forma a possibilitar maior competitividade e melhor aproveitamento das oportunidades do mercado, decorrendo daí, ao menos presumivelmente, maior vantagem para a Administração.

48. Sobre o tema, convém citar a doutrina:

Mas a adoção do fracionamento dependa da presença de requisitos de ordem técnica 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, chassis, 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.

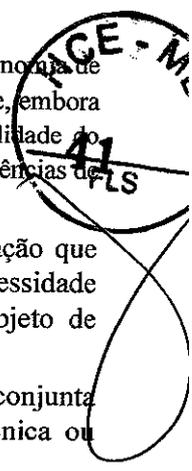
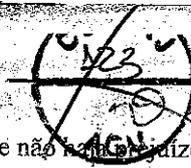
Como se extrai, o fundamento jurídico do fracionamento consiste na ampliação de vantagens econômicas para a Administração. Adota-se o fracionamento como instrumento de redução de despesas administrativas. A possibilidade de participação de maior número de interessados não é o objetivo imediato e primordial, 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)

49. Se não for possível o parcelamento, deve ser expressamente consignada a justificativa de ordem técnica e/ou econômica a embasar a contratação conjunta do objeto.

50. Sublinhe-se, ainda, que o Tribunal de Contas da União, por meio da Súmula n. 247, pacificou o seguinte entendimento:

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.

51. À luz dessas considerações, compete à área técnica ponderar e adotar o modo de contratação que seja mais vantajoso para a Administração, seja no que diz respeito à conveniência administrativa, à necessidade técnica e à economia de escala, ciente de que a regra geral da divisibilidade do objeto deverá ser objeto de motivação, em que sejam apresentados os motivos determinantes da escolha.

52. Diante dessas considerações, forçoso concluir que, sendo divisível o objeto, a contratação conjunta somente restará autorizada se a Administração demonstrar que tem por fundamento a inviabilidade técnica ou econômica do parcelamento, pois, caso contrário, deverá proceder-se à divisão do objeto.

53. De acordo com os parâmetros mencionados, não se vê óbice à licitação, porquanto aparentemente o órgão seguiu os preceitos antes traçados, ressaltando-se, porém, que os aspectos relativos à economicidade e à economia de escala são essencialmente técnicos, sobre os quais cabe a esta Consultoria apenas orientar quanto ao cumprimento dos preceitos legais, como foi feito.

O TRATAMENTO DIFERENCIADO ÀS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE

54. 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.

55. 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.

56. No que tange a incidência do valor limite da licitação exclusiva por item de contratação, independentemente do valor global do certame, o 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).

57. No mesmo sentido a Orientação Normativa AGU nº 47/2014: "Em licitação dividida em itens ou lotes/grupos, deverá ser adotada a participação exclusiva de microempresa, empresa de pequeno porte ou sociedade cooperativa (art. 34 da Lei nº 11.488, de 2007) em relação aos itens ou lotes/grupos cujo valor seja igual ou inferior a R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), desde que não haja a subsunção a quaisquer das situações previstas pelo art. 9º do Decreto nº 6.204, de 2007."

Note-se, entretanto, que não se aplica a exclusividade nas hipóteses expressamente elencadas nos incisos I a IV, do art. 10 do Decreto 8.538/2015 e art. 49 da LC 123/2006 (com a redação dada pela LC 147, de 2014), situação que deverá ser justificada:

I - não houver o mínimo de três fornecedores competitivos enquadrados como microempresas ou empresas de pequeno porte sediadas local ou regionalmente e capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório;

II - o tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e as empresas de pequeno porte não for vantajoso para a administração pública ou representar prejuízo ao conjunto ou ao complexo do objeto a ser contratado, justificadamente;

III - a licitação for dispensável ou inexigível, nos termos dos arts. 24 e 25 da Lei nº 8.666, de 1993, excetuadas as dispensas tratadas pelos incisos I e II do caput do referido art. 24, nas quais a compra deverá ser feita preferencialmente por microempresas e empresas de pequeno porte, observados, no que couber, os incisos I, II e IV do caput deste artigo; ou

IV - o tratamento diferenciado e simplificado não for capaz de alcançar, justificadamente, pelo menos um dos objetivos previstos no art. 1º.

59. Considerando que alguns dos itens, em que a licitação está dividida, são inferiores ao teto normativo,

em um primeiro momento, deduz-se que, nessa parte, a licitação deve ser destinada exclusivamente a microempresas, empresas de pequeno porte e demais pessoas equiparadas. Consequentemente, os demais objetos licitados devem ser destinado à ampla participação de empresas, ressalvada a reserva de cotas, hipótese prevista no art. 48, III da Lei Complementar n. 123, de 2006.

60. No que se refere às parcelas da licitação inferiores a R\$80mil, observou-se que o órgão promotor da licitação as destinou integralmente às microempresas e empresas de pequeno porte. **É recomendável, porém, que o órgão se certifique quanto à não incidência de qualquer das hipóteses do art. 10 do Decreto nº 8.538, de 2015,** o que imporia, como consequência, o afastamento do tratamento diferenciado, e a abertura da competição a todas as empresas interessadas, independentemente de seu porte. Note-se que tal cuidado se revela importante a fim de serem evitadas eventualidades no decorrer do processo licitatório, tal como sua deserção ou frustração, ante eventual ausência de licitantes ou de propostas válidas.

61. Relativamente à parte do certame não alcançada pela regra do art. 48, I da Lei Complementar n. 123, de 2006, observou-se que o órgão promotor da licitação *não fez a reserva de cota individual* por objeto licitado às microempresas e empresas de pequeno porte, na forma disciplinada pelos arts. 8º e 9º do Decreto n. 8.538, de 2015, *in verbis*:

Art. 8º Nas licitações para a aquisição de bens de natureza divisível, e desde que não haja prejuízo para o conjunto ou o complexo do objeto, os órgãos e as entidades contratantes deverão reservar cota de até vinte e cinco por cento do objeto para a contratação de microempresas e empresas de pequeno porte.

(...)

Art. 9º Para aplicação dos benefícios previstos nos arts. 6º a 8º:

I - será considerado, para efeitos dos limites de valor estabelecidos, cada item separadamente ou, nas licitações por preço global, o valor estimado para o grupo ou o lote da licitação que deve ser considerado como um único item;

62. É importante observar que nas licitações híbridas, em que itens/grupos são destinados exclusivamente a microempresas e empresas de pequeno porte, o percentual de que trata o art. 48, III da Lei Complementar n. 123, de 2006, é calculado individualmente, conforme torna explícita a norma acima transcrita, de modo que não se utiliza, como parâmetro de cálculo, o valor global da licitação. Consequentemente, salvo se caracterizada uma ou mais das hipóteses mencionadas no art. 10 do Decreto n. 8.538, de 2015, o órgão deverá corrigir o procedimento para criar subitens com a reserva de até 25% de cada item/grupo cujo valor original previsto de aquisição seja superior a R\$80mil, tornando, assim, a previsão de fornecimento parcelada em dois itens/grupos - um de ampla participação e outro destinado exclusivamente às pessoas beneficiadas com o tratamento exclusivo.

ADEQUAÇÃO DA MODALIDADE LICITATÓRIA

63. 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.”

64. 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.

65. 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).

66. 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.

67. 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;

68. 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.

69. 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.”

70. O presente procedimento licitatório é destinado à aquisição de bens comuns, conforme classificação empreendida pelo órgão (fl.100).

71. 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.

72. 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.

73. Considere-se também, no que concerne especificamente ao Sistema de Registro de Preços-SRP, a par da modalidade concorrência prevista no art. 15, §3º, inc. I, da Lei nº 8.666, de 1993, o art. 11 da Lei nº 10.520, de 2002 admitiu a utilização do Pregão para a efetivação do registro de preços para eventual contratação de bens e serviços comuns.

74. Importante ressaltar que o Decreto nº 7.892, de 2013, que regulamenta o SRP, em seu art. 7º, caput, fez previsão no mesmo sentido, de maneira que se pode concluir que a utilização do pregão para registro de preços de bens comuns é a modalidade licitatória compatível com a legislação aplicável.

75. Por outro lado, “é taxativo o rol de hipóteses de cabimento do SRP previsto no art. 3º do Decreto n. 7.892/2013” (Parecer n. 109/2013/DECOR/CGU/AGU). Em razão da revogação do Decreto n. 3.931/2001, restou superado o PARECER Nº 125/2010/DECOR/CGU/AGU. Assim, não é mais cabível a utilização do Sistema sob o fundamento de contingenciamento orçamentário, por exemplo.

76. Desta forma, é necessário indicar a hipótese em que se enquadra o pretendido registro de preços. Para tanto, o órgão informa que a contratação se enquadrará nas hipóteses dos incisos I, II e III (atendimento a mais de

um órgão ou entidade) do art. 3º do Decreto nº 7.892, de 2013.

77. Ainda sobre Registro de Preços, observa-se que o edital permite a adesão por órgãos não participantes, nos termos do art. 22, §1º do Decreto n. 7.892, de 2013, que não impõe nenhuma justificativa para tanto. De igual modo, a opção administrativa não se encontra no rol elencado pelo art. 50 da Lei n. 9.784, de 1999. Assim, pode concluir que a possibilidade do carona, regulamentada pelo Decreto, está abstratamente considerada como vantajosa, não havendo que se exigir um juízo sobre uma eventualidade bastante difícil de antecipar.

78. Convém, porém, destacar o posicionamento do Tribunal de Contas da União, no seguinte sentido:

10. Ademais, confesso que tenho dúvidas quanto à constitucionalidade do instituto do “carona”. De todo modo, estou convicto de que, à luz dos art. 9º, inciso III, in fine, do Decreto 7.892/2013, 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, ao contrário do que corriqueiramente é possível observar, mas sim uma medida anômala e excepcional, uma faculdade que deve ser exercida de forma devidamente motivada e, portanto, passível de avaliação nos processos de controle externo (Ac. n. 757/2015, Plenário, g.n.).

79. Nesse ponto, não se observa, nos autos, uma motivação explícita para se permitir futuras adesões de órgãos não participantes além da permissão genérica prevista no regulamento, motivo pelo qual se recomenda que sejam incluídas as razões determinantes da escolha feita pelo órgão.

80. Em todo caso, mantida a possibilidade de “carona”, o instrumento convocatório do certame 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;

81. Deve-se considerar, também, que a exclusividade de participação a ME/EPP/COOP, prevista no art. 6º do Decreto n. 8.538, de 2015 somente permite a licitação exclusiva para as contratações não superiores a R\$ 80 mil. Considerando, por outro lado, que o Decreto que regulamenta o SRP permite adesões, ou “caronas”, até o do montante licitado, ou ao quántuplo, quando compra nacional, é possível – em tese – a extrapolação do limite normativo caso ocorram adesões. Daí, extrai-se a ilação de que haverá violação legal sempre que o somatório das contratações do gerenciador, dos participantes e dos futuros aderentes, para um determinado item/grupo, ultrapassar o limite normativo. Eis a razão pela qual o TCU faz a seguinte recomendação:

9.2.2. as licitações processadas por meio do Sistema de Registro de Preços, cujo valor estimado seja igual ou inferior a R\$ 80.000,00, podem ser destinadas à contratação exclusiva de microempresas e empresas de pequeno porte, competindo ao órgão que gerencia a ata de registro de preços autorizar a adesão à referida ata, desde que cumpridas as condições estabelecidas no art. 8º do Decreto nº 3.931, de 2001, e respeitado, no somatório de todas as contratações, aí incluídas tanto as realizadas pelos patrocinadores da ata quanto as promovidas pelos aderentes, o limite máximo de R\$ 80.000,00 em cada item da licitação (Acórdão n. 2.957/2011-Plenário, rel. Min. André Luís de Carvalho).

82. É importante, inclusive, mencionar a Orientação Normativa n. 011/2013 da Consultoria Jurídica da União no Estado do Rio de Janeiro, como segue:

1. O edital de licitação, ou seus anexos, deverá conter a estimativa total do quantitativo

a ser adquirido ou contratado, considerado o somatório das demandas do gerenciador, dos órgãos participantes e dos órgãos não participantes, no caso em que se admitir adesão; 2. A estimativa total do quantitativo deverá ser levada em consideração para fins de apuração do valor da licitação e, por conseguinte, para escolha da modalidade licitatória (no caso de bens e serviços não comuns), bem como, restrição do certame para microempresas, empresas de pequeno porte e cooperativas. (g.n.)

83. Nesse aspecto, nada há a ressaltar, visto que a licitação contém os limites de adesão aplicáveis ao caso, nos termos acima esposados.

CRITÉRIOS DE SUSTENTABILIDADE

84. O planejamento da contratação possui determinados requisitos, entre eles a especificação do objeto de acordo com critérios e práticas de sustentabilidade, além da verificação de incidência de exigências de sustentabilidade em obrigações da contratada (logística reversa, destinação das embalagens, por exemplo), bem como o alinhamento da contratação com o Plano de Gestão de Logística Sustentável (PGLS) do órgão, nos termos da Instrução Normativa SLTI/MPOG n. 10, de 2012, c/c o artigo 2º, § 1º, do Decreto n. 10.024, de 2019.

85. 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 e promove a redução de consumo.

86. As dimensões a serem consideradas são: econômica, social, ambiental e cultural, no mínimo, sempre se ressaltando que mediante exame do órgão assessorado no que incidente e se há incidência no caso concreto (artigo 2º, § 1º, Decreto n. 10.024, de 2019). Sobre as diversas dimensões, há subsídios orientadores no Guia Nacional de Contratações Sustentáveis.

87. O desenvolvimento sustentável deve ser implementado nas compras e as minutas devem trazer critérios de sustentabilidade de acordo com o PGLS e o objeto a ser licitado.

88. Na escolha de produtos sustentáveis a avaliação do ciclo de vida dos produtos direciona a produtos sustentáveis que podem gerar menos perdas, ser recicláveis, ser mais duráveis ou possuir menos substâncias tóxicas ou prejudiciais a saúde e gastar menos energia na sua produção.

89. 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.

90. 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 previstas no Guia Nacional de Contratações Sustentáveis (2ª edição – 2019), disponível no site da AGU.

91. 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)

92. Registre-se que há possibilidade, mediante motivação administrativa constante do processo administrativo, de serem inseridas outras previsões de sustentabilidade além das legalmente previstas e constantes do Guia, desde que observados os demais princípios licitatórios.

93. Além do Guia Nacional, podem ser inseridos critérios de sustentabilidade nos pregões, com base no

art. 5º da IN nº 01/2010 do MPOG.

94. Assim, critérios de sustentabilidade específicos para cada compra podem ser implementados, com base na legislação ambiental vigente (Leis, Decretos, Instruções Normativas e Portarias da ANVISA, do CONAMA, do Ministério do Meio Ambiente e outros órgãos), 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.

95. Observe-se, ainda, se há observância à previsão legal de prioridade nas aquisições de produtos reciclados e/ou recicláveis (art. 7º, XI, da Lei nº 12.305, de 2010).

96. Além disso, nos termos do artigo 2º, § 1º, do Decreto n. 10.024, de 2019, as contratações públicas mediante pregão eletrônico deverão atentar para que o princípio do desenvolvimento nacional sustentável seja observado em todas as etapas da contratação e tenha por base o PGLS do órgão:

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.

97. Em síntese, no tocante à promoção do desenvolvimento nacional sustentável previsto no artigo 3º, caput, da Lei 8.666, de 1993, deverão ser tomados quatro cuidados gerais pelos gestores públicos em aquisições:

- a) definir os critérios e práticas sustentáveis objetivamente 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) justificar a exigência desses critérios e práticas sustentáveis em relação à adequação de sua especificação,
- c) verificar se os critérios e práticas sustentáveis especificados preservam o caráter competitivo do certame e
- d) verificar o alinhamento da contratação com o Plano de Gestão de Logística Sustentável, nos casos de pregão eletrônico.

98. 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.

99. É de extrema relevância que a autoridade assessorada sempre observe na contratação, as diretrizes de sustentabilidade ambiental.

100. Deve-se mencionar, ainda, que a Lei nº 12.187 de 29/11/2009 – Política Nacional sobre Mudança do Clima adotou o uso do poder de compra do Estado como um importante instrumento para implementar a política de mudanças climáticas.

Lei n. 12.187/2009

Art. 6º São instrumentos da Política Nacional sobre Mudança do Clima:

(...)

XII – as medidas existentes, ou a serem criadas, que estimulem o desenvolvimento de processos e tecnologias, que contribuam para a redução de emissões e remoções de gases de efeito estufa, bem como para a adaptação, dentre as quais o estabelecimento de critérios de preferência nas licitações e concorrências públicas, compreendidas aí as parcerias público-privadas e a autorização, permissão, outorga e concessão para exploração de serviços públicos e recursos naturais, para as propostas que propiciem maior economia de energia, água e outros recursos naturais e redução da emissão de gases de efeito estufa e de resíduos;

Decreto 7.404/2010

Art. 5º Os fabricantes, importadores, distribuidores, comerciantes, consumidores e titulares dos serviços públicos de limpeza urbana e de manejo de resíduos sólidos são responsáveis pelo ciclo de vida dos produtos.

Parágrafo único. A responsabilidade compartilhada será implementada de forma individualizada e encadeada.

Art. 6º Os consumidores são obrigados, sempre que estabelecido sistema de coleta seletiva pelo plano municipal de gestão integrada de resíduos sólidos ou quando instituídos sistemas de logística reversa na forma do art. 15, a acondicionar adequadamente e de forma diferenciada os resíduos sólidos gerados e a disponibilizar adequadamente os resíduos sólidos reutilizáveis e recicláveis para coleta ou devolução.

Parágrafo único A obrigação referida no caput não isenta os consumidores de observar as regras de acondicionamento, segregação e destinação final dos resíduos previstas na legislação do titular do serviço público de limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos.

Art. 7º O Poder Público, o setor empresarial e a coletividade são responsáveis pela efetividade das ações voltadas para assegurar a observância da Política Nacional de Resíduos Sólidos e das diretrizes e determinações estabelecidas na Lei nº 12.305, de 2010, e neste Decreto.

101. Assim, nos termos do art. 7º, inc. XI da Lei nº 12.305/2010 – Política Nacional de Resíduos Sólidos, e de sua regulamentação, nas aquisições e contratações governamentais, deve ser dada prioridade para produtos reciclados e recicláveis e para bens, serviços e obras que considerem critérios compatíveis com padrões de consumo social e ambientalmente sustentáveis.

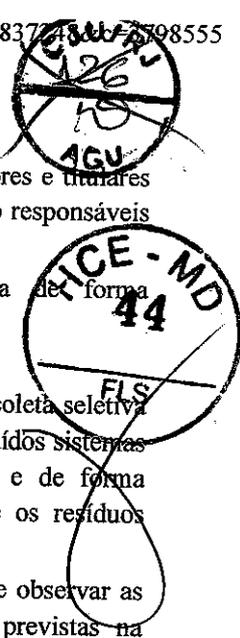
102. Por outro lado, nos termos do art. 1º da Instrução Normativa SLTI/MPOG nº 1, de 19/01/2010, “as especificações para a aquisição de bens, contratação de serviços e obras por parte dos órgãos e entidades da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional deverão conter critérios de sustentabilidade ambiental, considerando os processos de extração ou fabricação, utilização e descarte dos produtos e matérias primas”.

103. 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 (vide o Guia Nacional para uma lista abrangente de objetos sujeitos a disposições normativas de caráter ambiental).

104. Nos demais casos, cabe ao órgão a opção pelas especificações do objeto que melhor atendam às exigências ambientais. Tal decisão deve ser motivada com base em critérios técnicos.

105. Vale lembrar que o art. 5º da mesma Instrução Normativa exemplifica alguns dos critérios de sustentabilidade ambiental que podem ser exigidos na descrição do bem:

- a) que os bens sejam constituídos, no todo ou em parte, por material reciclado, atóxico, biodegradável, conforme normas da ABNT;
- b) que sejam observados os requisitos ambientais para a obtenção de certificação do INMETRO como produtos sustentáveis ou de menor impacto ambiental em relação aos seus similares;
- c) que os bens sejam, preferencialmente, acondicionados em embalagem individual adequada, com o menor volume possível, que utilize materiais recicláveis, de forma a garantir a máxima proteção durante o transporte e o armazenamento;
- d) que os bens não contenham substâncias perigosas em concentração acima da recomendada na diretiva RoHS (Restriction of Certain Hazardous Substances), tais como mercúrio (Hg), chumbo (Pb), cromo hexavalente (Cr(VI)), cádmio (Cd), bifenil-polibromados (PBBs), éteres difenil-polibromados (PBDEs).



[Handwritten signature]

17/02/2020 17:

Cadastro Técnico Federal - CTF

106. Relativamente à exigência do Cadastro Técnico Federal - CTF, segue-se o entendimento esposado no Parecer n. 026/2016/DECOR/CGU/AGU, o qual conclui que as atividades mencionadas no Anexo VIII da Lei n. 6.893, de 1981, no Anexo I da Instrução Normativa IBAMA n. 6, de 2013, ou em outras normas esparsas, tornam obrigatória a demonstração da regularidade não apenas para as atividades de industrialização e de fabricação, mas também de comercialização, ainda que a atividade específica de comercialização do produto ofertado na licitação não seja expressamente considerada como potencialmente poluidora ou utilizadoras de recursos ambientais nas normas que demandam o Cadastro Técnico. Assim, por exemplo, a oferta de produto fabricado por empresa estrangeira não sujeita à lei brasileira (sem representação e não autorizada a funcionar no território nacional), torna a empresa licitante que o comercializa obrigada a apresentar a devida comprovação de regularidade no CTF relativamente à produção ou industrialização do produto. Ou, nos termos do Parecer citado, "...no caso de atividades potencialmente poluidoras ou utilizadoras de recursos ambientais (fábricação ou industrialização de produtos) há a exigência de que o produto oferecido pela licitante tenha procedência de fabricantes que possuam regularidade no CTF do IBAMA" (Item 34). Daí decorre a conclusão lógica, nos seguintes termos:

"53. À conta de todo o exposto, arremata-se com as conclusões a seguir alinhavadas:

(...)

c) Nessa ordem de ideias, é constitucionalmente adequado exigir dos licitantes que apresentem a comprovação da inscrição e da regularidade dos fabricantes junto ao CTF IBAMA, observados os atos normativos que impõem o cadastramento no banco de dados, com todas as consequências correspondentes.

d) O Guia Prático de Licitações Sustentáveis da CJU/SP é relevante instrumento acerca da matéria, apto a orientar o público acerca da exigência de inscrição e regularidade no CTF do IBAMA, especialmente acerca do seu enquadramento como critério de aceitabilidade de proposta ou, em outro viés, enquanto requisito de habilitação;"

107. Nesse contexto, compete ao setor técnico responsável pela inclusão e detalhamento dos bens a serem licitados verificar se há ou não o enquadramento de cada um deles na norma federal mencionada e, individualmente, estipular se a exigência do Cadastro Técnico Federal é aplicável ou não, fazendo constar a exigência, quando devida, tanto no Termo de Referência como no Edital, na seção destinada à habilitação jurídica da licitante, como consta no **Guia Nacional de Licitações Sustentáveis** (<http://www.agu.gov.br/page/download/index/id/33924880>).

ANÁLISE DA INSTRUÇÃO DO PROCESSO

108. 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 n° 10.520, de 2002 e da Lei n° 8.666, de 1993, necessária 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.

109. 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

110. A autorização para abertura da licitação devidamente assinada pela autoridade competente decorre da exigência do art. 21, inc. V do Decreto n° 3.555, de 2000 e arts. 8°, inc. V e 13, inc. III, do Decreto n° 10.024, de 2019 (pregão eletrônico). No presente caso, tal exigência foi cumprida (fls.63/64).

Pesquisa de Preço

111. 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.

112. 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)

113. 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;

114. 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; (...)

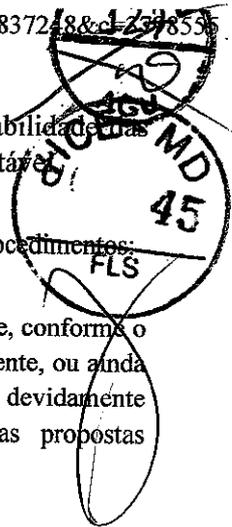
§ 1º O registro de preços será precedido de ampla pesquisa de mercado." (grifo nosso)

115. Considerando que a função consultiva deve proporcionar à Autoridade o máximo de segurança possível para a prática do ato, não podemos 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.

116. 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.

117. Desta forma, o órgão deverá proceder à consulta dos preços praticados no mercado, sendo recomendável a obtenção de, ao menos, três orçamentos (Acórdãos nº 980/2005, nº 3.219/2010, ambos do Plenário, e nº 7.821/2010-1ª Câmara do TCU), devendo a pesquisa ser juntada nos autos do processo de licitação (Nesse sentido, dispõem os Acórdãos nº 663/2009 e nº 3.219/2010 do Plenário do TCU). É importante que se atente para que tal consulta se dê nos moldes do Termo de Referência, considerando exatamente as especificações do objeto, a fim de preservar a fidelidade dos preços pesquisados em relação à aquisição almejada.

118. 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.

119. 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 da 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 – inexequibilidade 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).

120. 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;

121. 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.

122. Demais disso, deve-se atentar para o disposto no parágrafo 6º, do artigo 6º do Decreto nº 7.892, de 2013:

Art. 6º O órgão participante será responsável pela manifestação de interesse em participar do registro de preços, providenciando o encaminhamento ao órgão gerenciador de sua estimativa de consumo, local de entrega e, quando couber, cronograma de contratação e respectivas especificações ou termo de referência ou projeto básico, nos termos da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e da Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, adequado ao registro de preços do qual pretende fazer parte, devendo ainda:

(...)

§ 6º Caso o órgão gerenciador aceite a inclusão de novas localidades para entrega do bem ou execução do serviço, o órgão participante responsável pela demanda elaborará, ressalvada a hipótese prevista no § 2º, pesquisa de mercado que contemple a variação de custos locais ou regionais”. (Incluído pelo Decreto nº 8.250, de 2.014)

123. Além disso, devemos destacar os procedimentos a serem observados na “pesquisa de preços” para aquisição de bens e contratação de serviços em geral, instituídos pela IN/SLTI/MPOG nº 5, de 27 de junho de 2014

(alterada, por sua vez, pela IN N° 03, de 2017, do Ministério do Planejamento, Gestão e Desenvolvimento, que estabeleceu "parâmetros" específicos, a serem observados conforme disciplinado no art. 2º, e seguintes, daquela IN n° 05/14:

Art. 2º A pesquisa de preços será realizada mediante a utilização dos seguintes parâmetros:

I - Painel de Preços, disponível no endereço eletrônico <http://paineldeprecos.planejamento.gov.br>;

II - contratações similares de outros entes públicos, em execução ou concluídas nos 180 (cento e oitenta) dias anteriores à data da pesquisa de preços;

III - pesquisa publicada em mídia especializada, sítios eletrônicos especializados ou de domínio amplo, desde que contenha a data e hora de acesso; ou

IV - pesquisa com os fornecedores, desde que as datas das pesquisas não se diferenciem em mais de 180 (cento e oitenta) dias. (g.n.)

§1º Os parâmetros previstos nos incisos deste artigo poderão ser utilizados de forma combinada ou não, devendo ser priorizados os previstos nos incisos I e II e demonstrado no processo administrativo a metodologia utilizada para obtenção do preço de referência.

§2º Serão utilizados, como metodologia para obtenção do preço de referência para a contratação, a média, a mediana ou o menor dos valores obtidos na pesquisa de preços, desde que o cálculo incida sobre um conjunto de três ou mais preços oriundos de um ou mais dos parâmetros adotados neste artigo, desconsiderados os valores inexequíveis e os excessivamente elevados.

§3º Poderão ser utilizados outros critérios ou metodologias, desde que devidamente justificados pela autoridade competente.

§4º Os preços coletados devem ser analisados de forma crítica, em especial, quando houver grande variação entre os valores apresentados.

§5º Para desconsideração dos preços inexequíveis ou excessivamente elevados, deverão ser adotados critérios fundamentados e descritos no processo administrativo.

§6º Excepcionalmente, mediante justificativa da autoridade competente, será admitida a pesquisa com menos de três preços ou fornecedores.

Art. 3º Quando a pesquisa de preços for realizada com os fornecedores, estes deverão receber solicitação formal para apresentação de cotação.

Parágrafo único. Deverá ser conferido aos fornecedores prazo de resposta compatível com a complexidade do objeto a ser licitado, o qual não será inferior a cinco dias úteis.

Art. 4º Não serão admitidas estimativas de preços obtidas em sítios de leilão ou de intermediação de vendas.

4. 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.

125. Também nesse sentido é o seguinte julgado do TCU, mediante o qual se estabeleceu que a consulta ao Painel de Preços, bem como a contratações da Administração, é preferencial em relação aos demais métodos de orçamento:

Para fim de orçamentação nas licitações de bens e serviços, devem ser priorizados os parâmetros previstos nos incisos I e III do art. 2º da referida IN, quais sejam, 'Portal de Compras Governamentais' e 'contratações similares de outros entes públicos', em detrimento dos parâmetros contidos nos incisos II e IV daquele mesmo art. 2º, isto é, 'pesquisa publicada em mídia especializada, sítios eletrônicos especializados ou de domínio amplo' e 'pesquisa com os fornecedores'. O Tribunal, acompanhando o voto do relator, decidiu, dentre outras deliberações, dar ciência ao MJ de que: i) "(...) na elaboração de orçamento na fase de planejamento da contratação de bens e serviços, bem como quando da demonstração da vantajosidade de eventual prorrogação de contrato de serviço contínuo, devem ser utilizadas fontes diversificadas, a fim de dar maior segurança no que diz respeito aos valores a serem adjudicados"; ii) "para fim de orçamentação nas licitações de bens e

serviços, devem ser priorizados os parâmetros previstos nos incisos I e III do art. 2º da IN SLTI/MPOG 5/2014, quais sejam, 'Portal de Compras Governamentais' e 'contratações similares de outros entes públicos', em detrimento dos parâmetros contidos nos incisos II e IV daquele mesmo art. 2º, isto é, 'pesquisa publicada em mídia especializada, sítios eletrônicos especializados ou de domínio amplo' e 'pesquisa com os fornecedores', cuja adoção deve ser vista como prática subsidiária, suplementar.

(Acórdão 1445/2015-Plenário, TC 034.635/2014-9, relator Ministro Vital do Rêgo, 10.6.2015)

126. 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 e o respectivo mapa de cotação de preços, que permitem a avaliação do custo médio e as variações entre diversos fornecedores.

127. Por fim, é aconselhável que a Unidade licitante verifique se não existe Ata de Registro de Preços cadastrada nos sistemas eletrônicos, e ainda em vigor, em condições de atender às suas necessidades, para fins de composição da pesquisa de preços, ainda com intuito de refletir os preços praticados atualmente no âmbito da Administração.

Divulgação do valor estimado ou valor máximo aceitável

128. 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 tomado 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."

129. 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.

130. 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.

131. Vale mencionar que no Decreto nº 10.024, de 2019, foram enunciados os princípios aos quais se condicionam o pregão eletrônico:

Princípios

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.

§ 2º As normas disciplinadoras da licitação serão interpretadas em favor da ampliação da disputa entre os interessados, resguardados o interesse da administração, o princípio da

isonomia, a finalidade e a segurança da contratação.

132. Assim sendo, 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.
133. Qualquer que seja a opção do Gestor, deverá ser devidamente motivada nos autos.
134. 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

135. 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.
136. 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.
137. 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".

138. 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.
139. 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

140. O art. 21, VI do Decreto nº 3.555, de 2000 e art. 8º, inc. VI, do Decreto nº 10.024, de 2019 (pregão eletrônico) exigem 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. 70/73 e fl. 69).

Intenção de Registro de Preços

141. 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.
142. 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.
143. No documento de fls. 59/62, restou comprovado o cumprimento de tal exigência.

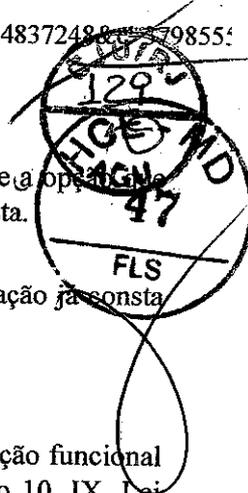
Incumbências do órgão gerenciador no registro de preços

144. Nos incisos III do artigo 2º do Decreto nº 7.892, de 2013, o órgão gerenciador é definido como o órgão ou entidade da administração pública federal responsável pela condução do conjunto de procedimentos para registro de preços e gerenciamento da ata de registro de preços dele decorrente.
145. Por sua vez, no Capítulo III do Decreto, foram estabelecidas as suas incumbências:

CAPÍTULO III

DAS COMPETÊNCIAS DO ÓRGÃO GERENCIADOR

Art. 5º Caberá ao órgão gerenciador a prática de todos os atos de controle e administração do Sistema de Registro de Preços, e ainda o seguinte:



[Handwritten signature]

- I - registrar sua intenção de registro de preços no Portal de Compras do Governo federal;
- II - consolidar informações relativas à estimativa individual e total de consumo, promovendo a adequação dos respectivos termos de referência ou projetos básicos encaminhados para atender aos requisitos de padronização e racionalização;
- III - promover atos necessários à instrução processual para a realização do procedimento licitatório;
- IV - realizar pesquisa de mercado para identificação do valor estimado da licitação e, consolidar os dados das pesquisas de mercado realizadas pelos órgãos e entidades participantes, inclusive nas hipóteses previstas nos §§ 2º e 3º do art. 6º deste Decreto;
- V - confirmar junto aos órgãos participantes a sua concordância com o objeto a ser licitado, inclusive quanto aos quantitativos e termo de referência ou projeto básico;
- VI - realizar o procedimento licitatório;
- VII - gerenciar a ata de registro de preços;
- VIII - conduzir eventuais renegociações dos preços registrados;
- IX - aplicar, garantida a ampla defesa e o contraditório, as penalidades decorrentes de infrações no procedimento licitatório; e
- X - aplicar, garantida a ampla defesa e o contraditório, as penalidades decorrentes do descumprimento do pactuado na ata de registro de preços ou do descumprimento das obrigações contratuais, em relação às suas próprias contratações.
- XI - autorizar, excepcional e justificadamente, a prorrogação do prazo previsto no § 6º do art. 22 deste Decreto, respeitado o prazo de vigência da ata, quando solicitada pelo órgão não participante.

§ 1º A ata de registro de preços, disponibilizada no Portal de Compras do Governo federal, poderá ser assinada por certificação digital.

§ 2º O órgão gerenciador poderá solicitar auxílio técnico aos órgãos participantes para execução das atividades previstas nos incisos III, IV e VI do caput.

146. Nesse sentido, além daquelas já apontadas em outros tópicos, cabe-lhe, ainda:

- a) Consolidar informações relativas à estimativa individual e total de consumo, promovendo a adequação dos respectivos termos de referência ou projetos básicos encaminhados para atender aos requisitos de padronização e racionalização;
- b) Realizar pesquisa de mercado para identificação do valor estimado da licitação e, consolidar os dados das pesquisas de mercado realizadas pelos órgãos e entidades participantes, inclusive nas hipóteses previstas nos §§ 2º e 3º do art. 6º deste Decreto; e
- c) Confirmar junto aos órgãos participantes a sua concordância com o objeto a ser licitado inclusive quanto aos quantitativos e termo de referência ou projeto básico.

147. Além disso, também lhe compete exigir que o órgão que tenha manifestado interesse em participar do registro de preços, o faça observando as disposições do Capítulo IV do Decreto:

CAPÍTULO IV

DAS COMPETÊNCIAS DO ÓRGÃO PARTICIPANTE

Art. 6º O órgão participante será responsável pela manifestação de interesse em participar do registro de preços, providenciando o encaminhamento ao órgão gerenciador de sua estimativa de consumo, local de entrega e, quando couber, cronograma de contratação e respectivas especificações ou termo de referência ou projeto básico, nos termos da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e da Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, adequado ao registro de preços do qual pretende fazer parte, devendo ainda:

I - garantir que os atos relativos a sua inclusão no registro de preços estejam formalizados e aprovados pela autoridade competente;

II - manifestar, junto ao órgão gerenciador, mediante a utilização da Intenção de Registro de Preços, sua concordância com o objeto a ser licitado, antes da realização do procedimento

licitatório; e

III - tomar conhecimento da ata de registros de preços, inclusive de eventuais alterações para o correto cumprimento de suas disposições.

(...)

§ 5º Caso o órgão gerenciador aceite a inclusão de novos itens, o órgão participante demandante elaborará sua especificação ou termo de referência ou projeto básico, consoante o caso, e a pesquisa de mercado, observado o disposto no art. 6º.

§ 6º Caso o órgão gerenciador aceite a inclusão de novas localidades para entrega do bem ou execução do serviço, o órgão participante responsável pela demanda elaborará, ressalvada a hipótese prevista no § 2º, pesquisa de mercado que contemple a variação de custos locais ou regionais:

148. Destaque-se:

- a) Encaminhamento ao órgão gerenciador de sua estimativa de consumo, local de entrega e, quando couber, cronograma de contratação e respectivas especificações ou termo de referência ou projeto básico;
- b) Atos relativos à inclusão no registro de preços formalizados e aprovados pela autoridade competente; e
- c) Manifestação, junto ao órgão gerenciador, mediante a utilização da Intenção de Registro de Preços, sua concordância com o objeto a ser licitado, antes da realização do procedimento licitatório.

Incumbências dos órgãos participantes no registro de preços

149. O Decreto n. 10.024, de 2019 dispõe:

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

(...)

IV - estudo técnico preliminar - 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;

(...)

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

I - planejamento da contratação;

Conseqüentemente, se o Planejamento da Contratação passou a ser parte essencial do pregão (art. 6º, I) e o Estudo Técnico Preliminar é o "documento constitutivo da primeira etapa do planejamento de uma contratação", bem como o instrumento que "fundamenta o termo de referência" (art. 3º, IV), ele passa a ser obrigatório em todo Pregão, seja de fornecimento, seja de serviço, seja de engenharia.

151. O Planejamento da Contratação abrange os (I) Estudos Preliminares, o (II) Gerenciamento de Risco e o (III) Termo de Referência ou Projeto Básico (art. 20 da IN n. 05, de 2017).

152. Nos termos do art. 24, §6º da Instrução Normativa SEGES/MPDG n. 05, de 2017, o órgão participante deverá produzir um conteúdo mínimo nos Estudos Preliminares, a saber:

Art. 24 (...)

§ 1º O documento que materializa os Estudos Preliminares deve conter, quando couber, o seguinte conteúdo:

I - necessidade da contratação;

II - referência a outros instrumentos de planejamento do órgão ou entidade, se houver;

(...)

IV - estimativa das quantidades acompanhadas das memórias de cálculo e dos documentos

A

17/02/2020 17:

que lhe dão suporte;

(...)

IX - demonstrativo dos resultados pretendidos em termos de economicidade e de melhor aproveitamento dos recursos humanos, materiais ou financeiros disponíveis;

X - providências para adequação do ambiente do órgão;

XI - contratações correlatas e/ou interdependentes;

XII - declaração da viabilidade ou não da contratação.

§ 2º Os Estudos Preliminares devem obrigatoriamente conter o disposto nos incisos I, IV, VI, VIII e XII do parágrafo anterior.

(...)

§ 6º Observado o § 2º deste artigo, nas contratações em que o órgão ou entidade for participante de um Sistema de Registro de Preços (SRP), a equipe de Planejamento da Contratação produzirá as informações dos incisos I, II, IV, IX, X, XI e XII, visto que as informações dos incisos III, V, VI, VII e VIII, considerando a totalidade da ata, serão produzidas pelo órgão gerenciador.

153. Muito embora o §2º mencione que são essenciais os itens dos incisos I, IV, VI, VII e XII, a dispensa dos demais itens mencionados no §6º deve ser obrigatoriamente objeto de consideração pelo órgão promotor da licitação no que diz respeito à desnecessidade. Assim, é necessário que os Estudos Preliminares abordem todos aspectos mencionados no §6º, ainda que seja para afirmar sua dispensabilidade.

154. Nesse ponto, considerando-se a necessidade de se orientar o órgão gerenciador da licitação a fim de que se tenha a correta instrução processual, cabe mencionar as falhas em que incorreu o órgão que participa do presente procedimento licitatório, passando por cada um dos incisos mencionados. Deve-se observar que as falhas encontradas no Estudo Técnico Preliminar, uma vez sanadas, podem conduzir à necessidade de elaboração de um novo Termo de Referência, que demanda nova aprovação por parte da autoridade competente.

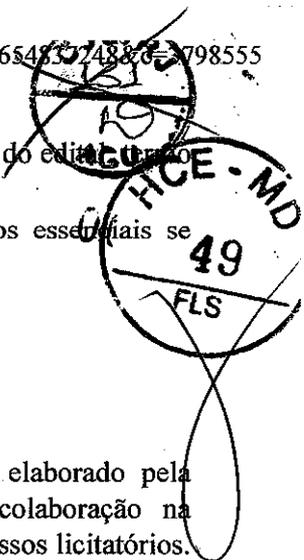
155. A apresentação do Estudo Técnico Preliminar (ETP) decorre das disposições normativas acima mencionadas. Assim, a Policlínica Militar de Niterói precisa instruir o processo com os Estudos necessários, nos termos acima apresentados.

156. É imprescindível mencionar a alteração regulamentar promovida no Decreto n. 7.892, de 2013, pelo Decreto n. 9.488, de 2018, especialmente no que diz respeito à possibilidade de adesão por parte de órgãos não participantes. Assim, a possibilidade de adesão fica condicionada à realização de estudo, pelos órgãos e pelas entidades que não participaram do registro de preços, que demonstre o ganho de eficiência, a viabilidade e a economicidade para a administração pública federal da utilização da ata de registro de preços, conforme estabelecido em ato do Secretário de Gestão do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão (art. 22, §1º-A). Esse estudo será divulgado no Portal de Compras do Governo federal, após aprovação pelo órgão gerenciador (art. §1º-B). As aquisições ou as contratações adicionais, em caso de adesão, não poderão exceder, por órgão ou entidade, a cinquenta por cento dos quantitativos dos itens do instrumento convocatório e registrados na ata de registro de preços para o órgão gerenciador e para os órgãos participantes, caso não se trate de compra nacional (art. 22, §3º c/c §4º-A).

157. Atente-se, ainda, que o instrumento convocatório deverá prever 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 (art. 22, §4º), salvo em caso de compra nacional, quando as contratações adicionais poderão alcançar, por órgão ou entidade, cem por cento dos quantitativos dos itens do instrumento convocatório e registrados na ata de registro de preços para o órgão gerenciador e para os órgãos participantes (art. 22, §4º-A, I). Nesse caso, o quantitativo decorrente das adesões não excederá, na totalidade, ao quádruplo do quantitativo de cada item registrado (inciso II).

Minuta do Edital e Anexos

158. O art. 21, incisos VIII e IX do Decreto nº 3.555, de 2000, art. 8º, inc. VII e VIII, do Decreto nº



10.024, de 2019 (pregão eletrônico) exigem que o processo licitatório seja instruído com as minutas do edital, do contrato ou instrumento equivalente, e, se for o caso, minutas da ata de registro de preços.

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

ANÁLISE DAS MINUTAS

Considerações Gerais sobre o Edital e Anexos

160. Inicialmente, cumpre destacar que o órgão adotou apenas o modelo de Edital elaborado pela Advocacia-Geral da União. Nesse ponto é uma atitude louvável, por prestar importante colaboração na uniformização dos procedimentos com vistas ao aperfeiçoamento, eficiência, e celeridade nos processos licitatórios. Porém, não valeu-se de uma das minutas de Termo de Referência. Obviamente, tais minutas tem por objetivo a uniformização dos procedimentos com vistas ao aprimoramento, eficiência, e celeridade nos processos licitatórios. Deve-se destacar que a adoção de tais modelos agora é impositiva, conforme a Instrução Normativa nº 05, do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, artigos 2º 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.

161. Alerta-se que os modelos são objeto de um processo dinâmico sujeito a frequentes aperfeiçoamentos e atualizações, razão pela qual se recomenda que o consulente, na ocasião de sua adoção, certifique-se quanto à utilização da última versão disponível, tomando as medidas de cautela necessárias para a sua adaptação em conformidade com o objeto concreto da licitação.

162. Os modelos de minutas de licitação da AGU podem ser consultados através do site: www.agu.gov.br

Termo de Referência - ATENÇÃO!

163. 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.

164. Em sua elaboração, o órgão deve atentar para os requisitos descritos no art. 8º, inc. II e art. 21, inc. II do Decreto nº 3.555, de 2000 e art. 3º, inc. XI, alínea a e 14, incs. II, do Decreto nº 10.024, de 2019 (pregão eletrônico).

165. No caso específico dos autos, o Termo de Referência foi anexado (fls.94/106). Apesar de se tratar de documento extremamente técnico, cuja avaliação cabe, em última instância, ao próprio órgão assistido, ele parece

não conter todas as previsões necessárias demandadas na lei de regência, isso porque percebemos que o órgão consulente utilizou-se de um modelo ultrapassado. Assim, sugerimos que utilize o modelo disponibilizado no http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/373175.

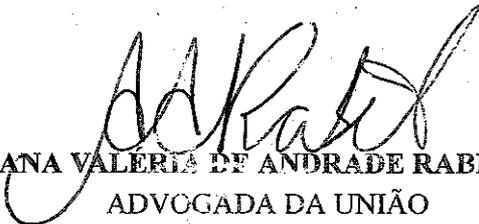
CONCLUSÃO

166. Considerando as informações existentes nos autos do Processo n. 76863.004738/2020-18 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:

- o que se inutilize o verso não utilizado das folhas processuais,
- o que se anexe aos autos a lista constante do Anexo I da ON SEGES/MP nº 02, de 2016,
- o que sejam cumpridas as determinações normativas sobre a equipe de Planejamento da Contratação,
- o que se elabore o documento denominado Estudos Preliminares, após a formalização da demanda pelo setor requisitante,
- o que seja criada a cota reservada de até 25% por item ou grupo licitado acima de R\$ 80 mil, para a participação exclusiva de ME/EPP, (f) que se justifique ou se expurgue a possibilidade da "carona" existente no edital,
- o que sejam observadas as recomendações contidas no tópico "Critérios de Sustentabilidade"
- o que SE UTILIZE O NOVO MODELO de TERMO DE REFERÊNCIA DISPONIBILIZADO PELA AGU, após o advento do Decreto 10.024/19 e
- o que sejam adotadas as recomendações contidas no tópico denominado "Incumbências dos órgãos participantes no registro de preços".

167. 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.

168. 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.


ANA VALÉRIA DE ANDRADE RABÊLO
ADVOGADA DA UNIÃO

Rio de Janeiro, 17 de fevereiro de 2020

A consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 76863004738202018 e da chave de acesso 896e2666.