



**ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À UNIVERSIDADE FEDERAL DO PIAUÍ
GABINETE PROCURADOR-CHEFE**

PROCESSO: 23111.045330/2021-13

INTERESSADO: UNIVERSIDADE FEDERAL DO PIAUÍ-UFPI

ASSUNTO: AQUISIÇÃO DE LIVROS

PARECER: 132/2022/GAB/PF-UFPI/PGF/AGU

EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. PREGÃO ELETRÔNICO. SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇOS. REGULARIDADE FORMAL DO PROCESSO. COMPRAS. A PROPOSTA MAIS VANTAJOSA PARA A AQUISIÇÃO DE LIVROS. APROVAÇÃO, COM RESSALVAS.

RELATÓRIO

1. Trata-se de processo administrativo encaminhado a este Órgão Consultivo para análise da regularidade jurídica da minuta do Edital do Pregão Eletrônico, processado sob o Sistema de Registro de Preços, que tem por objeto Aquisição de materiais bibliográficos nacionais visando atender às demandas da Universidade Federal do Piauí e órgãos participantes.

2. Os presentes autos encontram-se instruídos com os seguintes documentos, pertinentes à presente análise:

- a) Memorando Eletrônico nº 186/2021 – BC (fl. 02);
- a) Planilhas de Compras (fls. 18/67; 330/344);
- b) Documento de Formalização de Demanda (fls. 71/72);
- c) Portaria 116/2021 (fls. 77);
- d) Estudo Preliminar 100/2021 (fls. 92/94);
- e) Analise de Riscos (fls. 103/105);
- f) Despacho á equipe de elaboração de edital (fl. 269);
- g) Modelo de Edital (fl. 297/329);
- h) Nota PGF/UFPI N° 1/2022 – CCL/PRAD (fl. 345/346);
- i) Justificativa para não divulgação do IRP (fl. 347);
- j) Justificativa para adoção da licitação por SRP (fl. 348);
- k) Ato da Reitoria (fls. 349/350);
- l) Aprovação do Termo de Referencia (fl. 357/358);
- m) Autorização do Reitor (fls. 365/366);
- n) Cota n. 00044/2022/GAB/PFUFPI/PFFUFPI/PGF/AGU (fl. S/N);
- o) Lista de Verificação (fls. 379/381);
- p) Aprovação do Estudo Preliminar (fl. 369);

- q) Ata de Registro de Preço (fls. 370/375);
- r) Cota nº 55/2021-PF-UFPI/PGF/AGU (fl. 383);
- s) Termo de referencia (fls. 384/375);

3. Por razões de economia processual, documentos não mencionados no item anterior serão devidamente referenciados ao longo do parecer.

É o Relatório.

DA FUNDAMENTAÇÃO

DOS LIMITES DA ANÁLISE JURÍDICA

4. A atividade de exame e aprovação de minutas de editais e contratos pelos Órgãos Consultivos é prévia, consoante art. 38, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93. Dessa maneira, não há determinação legal a impor a fiscalização posterior de cumprimento de recomendações feitas pela unidade jurídico-consultiva. Além do mais, na eventualidade de o administrador não atender as orientações do Órgão Consultivo, passa a assumir, inteiramente, a responsabilidade por sua conduta.

5. Ressalte-se que o exame aqui empreendido se restringe aos aspectos jurídicos do procedimento, excluídos, portanto, aqueles de natureza eminentemente técnica, o que inclui o detalhamento do objeto da contratação, suas características, requisitos e especificações. Com relação a esses dados, parte-se da premissa de que a autoridade competente se municiará dos conhecimentos técnicos imprescindíveis para a sua adequação às necessidades da Administração, conforme orientação constante da Boa Prática Consultiva – BPC nº 7, que assim dispõe:

“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. (Manual de Boas Práticas Consultivas aprovado pela Portaria Conjunta nº 01, de 2 de dezembro de 2016)”

6. Ressalve-se ainda a emissão nesta data em razão do acúmulo de processos e demandas consultivas neste órgão, bem como pela complexidade de algumas inovações e alterações do edital, promovidas pela administração. Feita a ressalva, passa-se à análise estritamente jurídica do presente processo.

DA AUTORIZAÇÃO PARA REALIZAÇÃO DA LICITAÇÃO E CELEBRAÇÃO DE NOVOS CONTRATOS

7. Consta nos autos autorização para abertura do procedimento licitatório (art. 8º, V, do Decreto n.10.024/2019) - (DESPACHO S/N. fls. 365/366).

8. Ressalte-se que a Administração deve se certificar da obediência às regras internas de competência para autorização da presente contratação.

9. De igual modo, para atividades de custeio, deve a Administração Pública comprovar que foi obtida autorização para celebração de contrato prevista no art. 3º do Decreto n.º 10.193, de 27 de dezembro de 2019.

10. Deverá ser atestado nos autos, também, que a presente contratação está contemplada no Plano Anual de Contratações da entidade, em atendimento à Instrução Normativa nº 01/2019, da Secretaria de Gestão do Ministério da Economia.

11. Por fim, deve manifestar-se sobre a essencialidade e o interesse público na contratação, para os fins do previsto no art. 3º do Decreto nº 8.540/2015.

DA UTILIZAÇÃO DO PREGÃO ELETRÔNICO

12. Vê-se que a escolha do Pregão Eletrônico, como modalidade de licitação, foi adequada, pois o bem a ser adquirido foi qualificado como comum pela unidade técnica (art. 1º da Lei nº 10.520/2002 c/c Orientação Normativa AGU nº 54/2014), conforme item 6 do Estudo técnico preliminar (fls. 234 e seguintes). Destaque-se que, à luz do art. 4º, X, da Lei nº 10.520/2002, c/c art. 7º do Decreto nº 10.024/2019, somente é possível licitar o presente objeto sob o tipo menor preço ou maior desconto.

DO PROCEDIMENTO DE REGISTRO DE PREÇOS

13. Quanto à adoção do Sistema de Registro de Preços - SRP, deve-se lembrar que tal procedimento é cabível nas hipóteses indicadas no art. 3º do Decreto nº 7.892, de 2013:

I - quando, pelas características do bem ou serviço, houver necessidade de contratações frequentes;

II - quando for conveniente a aquisição de bens com previsão de entregas parceladas ou contratação de serviços remunerados por unidade de medida ou em regime de tarefa (*não se confundindo entrega parcelada dos produtos com entrega de parcelas do produto, nos termos do entendimento firmado no Acórdão TCU nº 125/2016 - Plenário*);

III - quando for conveniente a aquisição de bens ou a contratação de serviços para atendimento a mais de um órgão ou entidade, ou a programas de governo; ou

IV - quando, pela natureza do objeto, não for possível definir previamente o quantitativo a ser demandado pela Administração (*podendo a incerteza da demanda ser relacionada com a sua ocorrência ou com a quantidade de bens, conforme Acórdão TCU nº 2.197/2015-Plenário*).

14. No caso, verifica-se que a Administração justificou, à fl. 348, a adoção do SRP, apontando várias vantagens, que tangenciam as hipóteses legais previstas no art. 3º, do decreto nº 7.892/2013. Contudo, torna-se necessário que a administração subsuma sua justificativa a uma das hipóteses, dentre as previstas nos incisos do citado art. 3º, o qual permite a adoção do SRP.

DA INTENÇÃO DE REGISTRO DE PREÇOS

15. Nos termos do art. 4º do Decreto nº 7.892/2013, a adoção do Sistema de Registro de Preços pressupõe, como regra geral, a divulgação da intenção de registro de preços perante possíveis órgãos participantes.

16. Assim, somente poderia haver a dispensa dessa divulgação se esse procedimento fosse inviável. Em todo caso, deveria haver a justificativa da decisão, pois

o art. 4º, § 1º, assim dispõe: "A divulgação da intenção de registro de preços poderá ser dispensada nos casos de sua inviabilidade, de forma justificada".

17. No caso, encontra-se acostada nos autos a justificativa para dispensa de divulgação da IRP Nº 13/2020. (fl. 347).

PLANEJAMENTO DA CONTRATAÇÃO

Requisitos gerais

18. Durante a fase interna da licitação, a Administração Pública deverá atender aos seguintes requisitos:

- a) demonstrar que o objeto a ser contratado atende às necessidades da Administração, definindo se as unidades e quantidades a serem adquiridas em função do consumo e utilização prováveis, cuja estimativa deverá ser obtida, sempre que possível, mediante adequadas técnicas quantitativas de estimação (art. 15, §7º, I e II, da Lei nº 8.666/1993, art. 8º, I, II e III, do Decreto nº 3.555/2000 e art. 3º, IV e XI, "a.1", do Decreto nº 10.024/2019);
- b) parcelar o objeto da contratação sempre que técnica e economicamente viável (art. 23, §1º, da Lei nº 8.666/1993);
- c) especificar o objeto de acordo com critérios de sustentabilidade ambiental;
- d) elaborar o orçamento da contratação (no art. 40, §2º, II, da Lei nº 8.666/1993) a partir de pesquisa de preços fundada na IN SLTI/MPOG nº 05/2014;
- e) elaborar estudo técnico preliminar, quando necessário (art. 8º, I e art. 14, I e II, do Decreto n. 10.024/2019);
- f) juntar termo de referência datado, assinado e devidamente aprovado pela autoridade competente (art. 14, I e II, do Decreto nº 10.024/2019);
- g) juntar comprovação da designação do pregoeiro e da equipe de apoio (art. 14, V, do Decreto n.10.024/2019).

19. Tais requisitos serão analisados nos tópicos seguintes.

Justificativa da necessidade da contratação

20. Quanto à satisfação da **alínea "a"**, consta justificativa quanto à necessidade da contratação, pelo documento fls. 220/239.

21. Importa registrar que são vedadas especificações do objeto que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, limitem ou frustrem a competição ou sua realização (art. 3º, §1º, I, da Lei nº 8.666/1993 e art. 3º, XI, alínea "a.1", do Decreto nº 10.024/2019). Portanto, o gestor deverá tomar as devidas cautelas para assegurar que as especificações correspondam àquelas essenciais à contratação, sem as quais não poderão ser atendidas as necessidades da Administração.

Parcelamento da contratação e regra geral da necessária adjudicação por itens no SRP

22. O segundo requisito (**alínea "b"**) diz respeito à regra do parcelamento do objeto a ser contratado em licitações. Em havendo divisibilidade de natureza técnica e econômica, a regra geral é realizar a adjudicação por itens (Súmula TCU nº 247). A despeito disso, o próprio Decreto nº 7.892/2013, em seu art. 8º, previu a possibilidade de divisão do objeto em lotes:

do item em lotes, quando técnica e economicamente viável, para possibilitar maior competitividade, observada a quantidade mínima, o prazo e o local de entrega ou de prestação dos serviços.

23. Interpretando a regra da divisibilidade em lotes, o TCU adotou os seguintes entendimentos:

9.6.3. **obrigatoriedade da adjudicação por item como regra geral**, tendo em vista o objetivo de propiciar a ampla participação de licitantes e a seleção das propostas mais vantajosas, **sendo a adjudicação por preço global medida excepcional que precisa ser devidamente justificada, além de incompatível com a aquisição futura por itens** - arts. 3º, § 1º, inciso I, 15, inciso IV, e 23, §§ 1º e 2º, da Lei 8.666/1993, e Acórdãos 529, 1.592, 1.913, 2.695 e 2.796/2013, todos do Plenário (Acórdão nº 2037/2019 - Plenário).

9.2.1. **quando utilizar a adoção da adjudicação do menor preço global por grupo/lote, concomitantemente com disputa por itens, somente o faça quando tal opção estiver baseada em robusta e fundamentada justificativa, que demonstre a vantajosidade dessa escolha, comparativamente ao critério usualmente requerido de adjudicação por menor preço por item**, em atenção aos arts. 3º, § 1º, I, 15, IV, e 23, §§ 1º e 2º, todos da Lei n. 8.666/1993; (Acórdão nº 2.695/2013 - Plenário).

24. Convém registrar que eventual agrupamento de itens não pode se fundar na invocação geral de que há necessidade de integração entre os bens a serem adquiridos, **devendo a justificativa avançar para aspectos técnicos e fáticos que confirmem tal posição**. Sobre esse ponto, vale destacar o entendimento do TCU sobre a justificativa administrativa para o agrupamento de itens, cujas razões são aplicáveis a despeito de se referirem à contratação de serviços, cf. Acórdão TCU n. 1972/2018- Plenário.

25. Dada a orientação da Corte de Contas, deve haver justificativa adequada para a agregação dos itens em lote/grupo. Nesse sentido, somente será possível haver esse agrupamento se essa escolha for a que melhor atenda ao comando do art. 23, §1º, da Lei nº 8.666/93.

26. Relembre-se ainda que a inserção, em um mesmo lote, de itens usualmente produzidos por empresas de ramos distintos, restringe o caráter competitivo da licitação (cf. Informativo de Licitações e Contratos nº 148/2013 -TCU).

Critérios e práticas de sustentabilidade nas aquisições

27. Em relação à **alínea “c”**, as contratações governamentais devem estabelecer critérios e práticas que promovam o desenvolvimento sustentável (art. 3º, da Lei nº 8.666/93 e art. 2º do Decreto nº 7.746/2012), inclusive por meio da priorização de aquisições de produtos reciclados e/ou recicláveis (art. 7º, XI, da Lei nº 12.305/2010).

28. Para tanto, deverão ser tomados três cuidados gerais à luz dos arts. 2º e 3º do Decreto nº 7.746/2012:

- a) definir os critérios e práticas objetivamente no instrumento convocatório como especificação técnica do objeto, obrigação da contratada ou requisito previsto em lei especial;
- b) justificar a exigência dos mesmos nos autos;

c) verificar se os critérios e práticas preservam o caráter competitivo do certame

29. Não foi por outra razão que os arts. 1º e 2º da Instrução Normativa SLTI/MPOG nº 01/2010 dispuseram que as especificações para aquisição de bens devem conter critérios de sustentabilidade ambiental, devendo a Administração Pública formular as exigências de forma a não frustrar a competitividade.

30. Posto isso, recomenda-se a consulta ao art. 5º da Instrução Normativa SLTI/MPOG nº 01/2010, ao art. 3º da Instrução Normativa SLTI/MPOG nº 02/2014 (uso da Etiqueta Nacional de Conservação de Energia - ENCE) e ao "Guia Nacional de Licitações Sustentáveis", disponibilizado pela Consultoria-Geral da União no sítio http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/270265.

31. Se a Administração entender que os bens não se sujeitam aos critérios de sustentabilidade ou que as especificações restringem indevidamente a competição em dado mercado, deverá apresentar a devida justificativa.

Do orçamento da contratação

32. Quanto ao orçamento, deverão ser estimados os custos unitários e total da contratação por servidor devidamente identificado nos autos.

33. Tendo em conta a natureza estritamente técnica do orçamento, a adequação da metodologia empregada para estimar o valor de mercado do objeto contratual deixará de ser examinada por esse órgão jurídico, posto ser atribuição não afeta à formação jurídica e ao prisma do exame da estrita legalidade.

34. Ressalta-se, contudo, que a pesquisa de preços deverá ser executada de acordo com a Instrução Normativa 73/2020. Em especial, deverão ser cumpridas as orientações abaixo:

Art. 2º Para fins do disposto nesta Instrução Normativa considera-se:

I - preço estimado: valor obtido a partir de método matemático aplicado em série de preços coletados, podendo desconsiderar, na sua formação, os valores inexequíveis, inconsistentes e os excessivamente elevados;

II - preço máximo: valor de limite que a administração se dispõe a pagar por determinado objeto, levando-se em consideração o preço estimado, os aspectos mercadológicos próprios à negociação com o setor público e os recursos orçamentários disponíveis; e

III - sobrepreço: preço contratado em valor expressivamente superior aos preços referenciais de mercado.

CAPÍTULO II

ELABORAÇÃO DA PESQUISA DE PREÇOS

Formalização

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

I - identificação do agente responsável pela cotação;

II - caracterização das fontes consultadas;

III - série de preços coletados;

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

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

Critérios

Art. 4º Na pesquisa de preços, sempre que possível, deverão ser observadas as condições comerciais praticadas, incluindo prazos e locais de entrega, instalação e montagem do bem ou execução do serviço, formas de pagamento, fretes, garantias exigidas e marcas e modelos, quando for o caso.

Parâmetros

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

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

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

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

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

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

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

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

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

a) descrição do objeto, valor unitário e total;

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

c) endereço e telefone de contato; e

d) data de emissão.

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

Metodologia

Art. 6º Serão utilizados, como métodos para obtenção do preço estimado, 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 de que trata o art. 5º, desconsiderados os valores inexequíveis, inconsistentes e os excessivamente elevados.

§ 1º Poderão ser utilizados outros critérios ou métodos, desde que devidamente justificados nos autos pelo gestor responsável e aprovados pela autoridade competente.

§ 2º Para desconsideração dos valores inexequíveis, inconsistentes e os

excessivamente elevados, deverão ser adotados critérios fundamentados e descritos no processo administrativo.

§ 3º Os preços coletados devem ser analisados de forma crítica, em especial, quando houver grande variação entre os valores apresentados.

§ 4º Excepcionalmente, será admitida a determinação de preço estimado com base em menos de três preços, desde que devidamente justificada nos autos pelo gestor responsável e aprovado pela autoridade competente.

35. No caso, há a necessidade de manifestação técnica conclusiva que analise, criticamente, os preços coletados, com a desconsideração dos preços inexequíveis ou excessivamente elevada (art. 2º, §§ 2º, 4º e 5º, da IN SLTI/MPOG nº 5/2014).

36. Tendo em vista que pesquisa foi realizada apenas por meio da consulta a fornecedores, deverá a Administração demonstrar que tentou obter preços de referência em consultas ao painel de preços e em outras contratações públicas (art. 2º, § 1º, da Instrução Normativa SLTI/MPOG nº 5/2014, e Acórdão TCU nº 1.445/2015 - Plenário).

37. Nesses termos, a Administração deverá rever a pesquisa de preços, para corrigir a falha aventada, pois a pesquisa com fornecedores somente deverá ser utilizada quando não for viável a obtenção de informações sobre os preços nos dois parâmetros indicados acima.

38. Se, por alguma razão, for tecnicamente inviável a adoção dos dois parâmetros preferenciais (Painel de Preços e pesquisa em contratações públicas similares), deverá ser trazida aos autos justificativa para o não atendimento da orientação, observada a Conclusão DEPCONSU/PGF/AGU nº 143/2018, segundo a qual:

II - Deve o gestor ficar atento aos casos nos quais a utilização dos parâmetros previstos nos incisos I e II do artigo 2º da IN nº 05/2014-SLTI/MP se mostre ineficaz, situações essas em que as orientações do TCU para o uso do conceito de "cesta de preços aceitáveis" devem prevalecer, ou seja, a pesquisa de preços deve ser feita em variadas fontes, tais como: contratações com entes públicos, pesquisa com fornecedores, bancos de preços, tabelas de fabricantes, sites especializados, entre outros, sempre buscando o preço de mercado doque se deseja adquirir;

39. Caso sejam feitas adequações no orçamento da licitação, deverão ser realizadas as adaptações correspondentes no valor estimado da licitação em todas as minutas trazidas aos autos, devendo ser feita análise específica sobre a participação exclusiva de microempresas, empresas de pequeno porte e cooperativas equiparadas

Estudo técnico preliminar

40. Em relação à **alínea "e"**, o Decreto n. 10.024/2019 estabelece que, quando necessário, a Administração deverá elaborar estudo técnico preliminar da contratação (art. 8º, I), o qual deverá ser devidamente aprovado pela autoridade administrativa competente (art. 14, II).

41. Tal documento foi definido como a primeira etapa da contratação, que caracteriza o interesse público envolvido e a melhor solução do problema a ser resolvido. Caso haja conclusão pela viabilidade da contratação, o estudo técnico

preliminar deverá fundamentar o termo de referência (art. 3º, IV, do Decreto n. 10.024/2019).

42. A área técnica deverá certificar-se de que o estudo técnico preliminar traz os conteúdos previstos no art. 7º, da IN ME nº 40/2020. Destaque-se, em especial, que o art. 7º, §2º, da IN ME nº 40/2020 estabelece que os estudos preliminares, obrigatoriamente, deverão conter:

- descrição da necessidade da contratação, considerado o problema a ser resolvido sob a perspectiva do interesse público (inc. I);
- descrição da solução como um todo, inclusive das exigências relacionadas à manutenção e à assistência técnica, quando for o caso, acompanhada das justificativas técnica e econômica da escolha do tipo de solução (inc. IV);
- estimativa das quantidades a serem contratadas, acompanhada das memórias de cálculo e dos documentos que lhe dão suporte, considerando a interdependência com outras contratações, de modo a possibilitar economia de escala (inc. V);
- estimativa do valor da contratação, acompanhada dos preços unitários referenciais, das memórias de cálculo e dos documentos que lhe dão suporte, que poderão constar de anexo classificado, se a administração optar por preservar o seu sigilo até a conclusão da licitação (inc. VI);
- justificativas para o parcelamento ou não da solução, se aplicável (inc. VII);
- demonstração do alinhamento entre a contratação e o planejamento do órgão ou entidade, identificando a previsão no Plano Anual de Contratações ou, se for o caso, justificando a ausência de previsão (inc. IX);
- posicionamento conclusivo sobre a viabilidade e razoabilidade da contratação (inc. XIII)

43. Eventual não previsão de qualquer dos conteúdos descritos no art. 7º, da IN ME nº 40/2020, deverá ser devidamente justificada no próprio documento, consoante o art. 7º, §2º, da IN ME nº 40/2020.

44. Nas contratações que utilizem especificações padronizadas estabelecidas nos Cadernos de Logística divulgados pela Secretaria de Gestão do ME, poderão ser produzidos somente os elementos dispostos no art. 7º, caput, que não forem estabelecidos como padrão (art. 7º, §3º, da IN SG/ME nº 40/2020).

45. Verifica-se que a Administração juntou o estudo preliminar às fls. 92/94/369, com a respectiva aprovação da autoridade administrativa.

Termo de Referência

46. Inicialmente, cumpre lembrar que é recomendável a utilização do **modelo de termo de referência elaborado pela Advocacia-Geral da União**, a fim de garantir o conteúdo mínimo necessário, bem como a padronização e a celeridade na análise, a exemplo do que ocorre na contratação de serviços, por imposição do art. 29 da Instrução Normativa SEGES/MP n. 05/2017.

47. Recomenda-se, ainda, que sejam destacadas as alterações realizadas no modelo de termo de referência da AGU, por analogia ao art. 29, §1º, da IN SEGES/MP n. 05/2017.

48. No caso, o termo de referência de fls. 189/219, embora aparentemente

tenha-se baseado no modelo disponibilizado pela AGU em seu sítio eletrônico, **não foi devidamente aprovado pela das autoridades competente, o que demanda providencia nesse sentido.**

49. Posto isso, em se tratando de pregão eletrônico, o art. 3º, XI, do Decreto nº 10.024/2019, define que o termo de referência é documento elaborado com base nos estudos técnicos preliminares e deverá conter:

- a) os elementos que embasam a avaliação do custo pela administração pública, a partir dos padrões de desempenho e qualidade estabelecidos e das condições de entrega do objeto, com as seguintes informações:
 - 1. a definição do objeto contratual e dos métodos para a sua execução, vedadas especificações excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, que limitem ou frustrem a competição ou a realização do certame;
 - 2. o valor estimado do objeto da licitação demonstrado em planilhas, de acordo com o preço de mercado; e
 - 3. o cronograma físico-financeiro, se necessário;
- b) o critério de aceitação do objeto;
- c) os deveres do contratado e do contratante;
- d) a relação dos documentos essenciais à verificação da qualificação técnica e econômico financeira, se necessária;
- e) os procedimentos de fiscalização e gerenciamento do contrato ou da ata de registro de preços;
- f) o prazo para execução do contrato; e
- g) as sanções previstas de forma objetiva, suficiente e clara.

50. Nesse contexto, em análise eminentemente formal, recomenda-se a observância a tais elementos.

Designação formal do pregoeiro e da equipe de apoio

51. Por fim, a alínea "e" foi atendida, pois houve a juntada do Ato da Reitoria nº 467 (fl. 349/350) que comprova a designação do pregoeiro e da equipe de apoio (art. 3º, IV, da Lei nº 10.520/02 e art. 14, V, do Decreto n. 10.024/2019).

DA PARTICIPAÇÃO DE ME, EPP E COOPERATIVAS

52. O Decreto nº 8.538/2015 prevê tratamento favorecido, diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte nas contratações públicas de bens, serviços e obras.

53. O art. 6º do referido Decreto estabelece que, nos itens ou lotes de licitação cujo valor esteja abaixo de R\$ 80.000,00, a participação no processo licitatório deve ser exclusivamente destinada às microempresas e empresas de pequeno porte. A Orientação Normativa AGU nº 10/2009, por sua vez, pacifica a forma de aferição do valor de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais) como sendo a referente ao período de um ano da contratação.

54. Por outro lado, prevê o art. 8º do Decreto nº 8.538/2015 que, na aquisição de bem de natureza divisível, quando os itens ou lotes de licitação possuírem valor estimado superior a R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), deverá ser reservada cota de até vinte e cinco por cento do objeto para a contratação de microempresas e empresas de pequeno porte. Os órgãos e entidades contratantes poderão deixar de observar as cotas reservadas quando justificar a existência de prejuízo para a contratação do conjunto ou do complexo do objeto.

55. Há, ainda, previsão facultativa de estabelecimento, nos instrumentos convocatórios:

- de exigência de subcontratação de microempresas ou empresas de pequeno porte nos termos do art. 7º do Decreto nº 8.538, de 2015;
- de prioridade de contratação de microempresas e empresas de pequeno porte sediadas local ou regionalmente, até o limite de dez por cento do melhor preço válido nos termos do art. 9º, II, do Decreto nº 8.538, de 2015.

56. Registre-se que os tratamentos diferenciados previstos no presente tópico também se aplicam às cooperativas com receita bruta equivalente a das empresas de pequeno porte, por força do art. 34 da Lei nº 11.488, de 2007.

57. Por fim, os tratamentos diferenciados devem ser afastados quando ocorrer alguma das situações previstas no art. 10 do Decreto nº 8.540, de 2015, o que requer a devida justificativa. Dispõe referido artigo:

Art. 10. Não se aplica o disposto nos art. 6º ao art. 8º quando:

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; 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.

Parágrafo único. Para o disposto no inciso II do caput, considera-se não vantajosa a contratação quando:

I - resultar em preço superior ao valor estabelecido como referência; ou

II - a natureza do bem, serviço ou obra for incompatível com a aplicação dos benefícios.

DAS MINUTAS PADRONIZADAS DA AGU – EDITAL, CONTRATO E ATA DE REGISTRO DE PREÇOS

58. A exemplo do que ocorre nas contratações de serviços, **recomenda-se a utilização das minutias padronizadas da AGU**. Acerca desse ponto, cabe dizer que o TCU, por meio do Acórdão nº 1.504/2005 - Plenário, entendeu que “a utilização de minutias-padrão não fere o dispositivo legal que impõe a prévia manifestação da assessoria jurídica sobre a regularidade das minutias dos editais e dos contratos”.

59. A padronização de modelos de editais e contratos, por outro lado, é medida de eficiência e celeridade administrativa. Já foi adotada no regime jurídico dos contratos de prestação de serviço (art. 29 da Instrução Normativa SEGES/MP nº 05/2017) e há muito tempo vem sendo recomendada pela CGU/AGU. Tal postulado foi registrado na quarta edição do seu Manual de Boas Práticas Consultivas, vazado no enunciado do BPC nº 06:

A atuação consultiva na análise de processos de contratação pública deve fomentar a utilização das listas de verificação documental (check lists), do Guia Nacional de Licitações Sustentáveis e das minutias de editais, contratos,

convênios e congêneres, disponibilizadas nos sítios eletrônicos da Advocacia-Geral da União e da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional.

No intuito de padronização nacional, incumbe aos Órgãos Consultivos recomendar a utilização das minutas disponibilizadas pelos Órgãos de Direção Superior da AGU, cujas atualizações devem ser informadas aos assessorados. Convém ainda que os Órgãos Consultivos articulem-se com os assessorados, de modo a que edições de texto por estes produzidas em concreto a partir das minutas-padrão sejam destacadas, visando a agilizar o exame jurídico posterior pela instância consultiva da AGU (grifos nossos).

60. Assim, a utilização da minuta-padrão elaborada pela CGU/AGU, no presente caso, ao tempo em que revela ser medida de eficiência, acaba por restringir a análise jurídica a ser elaborada, tornando-se desarrazoada a revisão e a análise minuciosa de cada cláusula da minuta trazida, pois tal medida iria, na verdade, de encontro à finalidade pretendida com a padronização.

61. Os requisitos e elementos a serem contemplados na minuta de edital são aqueles previstos no art. 40 da Lei n. 8.666/1993, devendo ser observadas, ainda, as disposições contidas no art. 9º do Decreto n. 7.892/2013, com as devidas adaptações às especificidades de cada contratação.

62. Quanto ao uso propriamente dito dos modelos, não há ressalvas a fazer, pois foram adotadas as minutas de Edital (fls. 297/329) e de Ata de Registro de Preços (fls. 370/375) da AGU.

63. Sem embargo disso, quanto ao conteúdo das alterações destacadas, constata-se a necessidade de atendimento adicional às recomendações abaixo, a saber:

EDITAL DE LICITAÇÃO

64. Verifica-se que o item 8.14.1.1(fl. 317); faz necessário a correção da numeração.

65. Quanto à inovação introduzida no item 1.3.1/1.3.2, do Termo de referência, cumpre registrar o **entendimento do TCU**, que deverá ser sopesado pela administração, proferido em recente Acórdão Plenário (Acórdão 1.819/2018 Plenário, Auditoria, Relator Ministro Walton Alencar Rodrigues), onde restou consignado que, embora seja possível a adjudicação do objeto a preços distintos para cotas reservadas a ME/EPP e cotas destinadas à ampla participação, **não é admissível que a diferença entre os preços seja muito superior, conforme determinado percentual de diferença, no caso concreto**. Vejamos:

“(...) Também não se verifica na referida Lei a impossibilidade de sejam distintos os preços praticados, para um mesmo produto, pelas ME e EPP e as empresas que concorrem às cotas destinadas à ampla concorrência, desde que não ultrapassem o valor de referência definido pela administração.

De qualquer modo, não é admissível que, a pretexto de estimular o empreendedorismo, propiciando melhores condições para as sociedades empresárias de menor porte, a administração contrate ME e EPP a preços muito superiores aos ofertados pelas empresas que disputam as demais cotas.

Conforme apontado pela equipe de auditoria, no âmbito da SEED/PR, no exercício de 2016, foram adjudicados às ME e EPP lotes de produtos, de acordo com a mencionada cota de 25%, a preços que ultrapassam, em muito, os preços ofertados pelas empresas às quais foram adjudicados lotes dos mesmos produtos, destinados à ampla concorrência.

Destaco, no quadro a seguir, situações em que essas diferenças ocorreram em percentuais superiores a 50% e poderiam ter ensejado pagamentos indevidos, superiores a R\$ 2.163.825,00, não fosse a interrupção da execução dos respectivos registros de preços por meio de medida cautelar desta Corte de Contas:

(...)

[grifos acrescidos]

66. No tocante à formalização da relação jurídica a ser firmada entre a Administração e o particular, tem-se que o art. 62 da Lei nº 8.666/1993 autoriza a dispensa do termo de contrato e faculta a sua substituição por instrumentos outros, tais como carta-contrato, nota de empenho de despesa, autorização de compra ou ordem de execução de serviço, quando se tratar de ajustes cujo valor seja de até R\$ 176.000,00 (cento e sessenta e seus mil reais) ou, independentemente do valor, caso se trate de compra com entrega imediata e integral dos bens adquiridos, dos quais não resultem obrigações futuras, inclusive assistência técnica.

67. Vale frisar, no entanto, que o mesmo dispositivo, em seu § 2º, determina que o instrumento substitutivo, quando adotado, deverá conter as cláusulas elencadas no art. 55 da Lei n.º 8.666/1993, naquilo que couber, de forma que consigne as condições essenciais que regerão a execução do ajuste, como, por exemplo, a descrição precisa do objeto, as obrigações e responsabilidades das partes, a vinculação ao edital e à proposta ofertada, os prazos de execução, forma e prazo de pagamento, sanções, etc.

68. Sobre o assunto, inclusive, tem-se a orientação proferida pelo TCU no Acórdão nº 1179/2006 – Primeira Câmara (item 9.5.10), no sentido de que “*ao utilizar nota de empenho de despesa como instrumento hábil de contratação, nos moldes permitidos pelo art. 62 da Lei nº 8.666/93, indique explicitamente, no anexo denominado de ‘cláusulas necessárias’, o número da nota de empenho associado à contratação*”.

69. Em hipóteses tais, deverão ser observadas, também, as disposições inseridas no Termo de Referência e Edital, a fim de que haja compatibilidade entre os documentos que disciplinam a contratação.

DA ADESÃO À ATA DE REGISTRO DE PREÇOS

70. Verifica-se, ainda, que a Administração optou por admitir a adesão de entidades não participantes. Neste ponto, vale ressaltar que o Tribunal de Contas da União, no Acórdão n. 2037/2019 - Plenário, entende que o órgão gerenciador do Registro de Preço deve justificar eventual previsão edilícia de adesão à ata por órgãos ou entidades não participantes (“caronas”) dos procedimentos iniciais, uma vez que a adesão seria uma possibilidade anômala e excepcional, e não uma obrigatoriedade a constar necessariamente em todos os editais e contratos regidos pelos Sistema de Registro de Preços

DA DOTAÇÃO ORÇAMENTÁRIA E DISPONIBILIDADE DO CRÉDITO

71. Quanto à dotação orçamentária, não se mostra exigível, pois é facultativa no Sistema de Registro de Preços (ON AGU nº 20/2009 c/c art. 7º, § 2º, do Decreto nº 7.892/2013).

72. Alerta-se, ainda, para a necessidade juntar ao feito, antes da celebração do contrato administrativo ou do instrumento equivalente, a nota de empenho suficiente

para o suporte financeiro da respectiva despesa, em atenção ao disposto no art. 60 da Lei nº 4.320/64.

73. Necessário destacar, outrossim, que o atendimento ao art. 16, incisos I e II, da Lei Complementar nº 101/2000, somente será necessário se as despesas que amparam a ação orçamentária em apreço não forem qualificáveis como atividades, mas, sim, como projetos, isto é, se não constituírem despesas rotineiras, como estabelece a Orientação Normativa AGU nº 52/2014 (*"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"*).

LEI DE ACESSO À INFORMAÇÃO

74. Conforme os arts. 20 e 21 do Decreto nº 10.024/2019, deverá ser providenciada a publicação do aviso do edital no Diário Oficial da União, no sítio eletrônico oficial do órgão promotor da licitação e no endereço eletrônico www.comprasgovernamentais.gov.br, observando-se, a partir dessa data, o prazo mínimo de 08 (oito) dias úteis para a apresentação das propostas e dos documentos de habilitação pelos licitantes.

75. Ademais, de acordo com o art. 8º, §2º, da Lei nº 12.527/2011, c/c art. 7º, §3º, inciso V, do Decreto nº 7.724/2012, deverão ser disponibilizados os seguintes documentos e informações no sítio oficial do órgão licitante na *internet*:

- a) cópia integral do edital com seus anexos;
- b) resultado da licitação;
- c) contratos firmados e notas de empenho emitidas.

CONCLUSÃO

75. Em face do exposto, manifesta-se esta Procuradoria no sentido da aprovação da minuta do edital do pregão eletrônico e dos respectivos anexos (fls. 297/329; 370/375), condicionada ao atendimento prévio das recomendações formuladas nos itens 09 a 79 deste parecer, **em especial os itens 18, 22, 23, 26, 38, 44, 47, 49, 57, 61, 65 e 66**, ressalvado o juízo de mérito da Administração e os aspectos técnicos, econômicos e financeiros, que escapam à análise jurídica deste órgão de consultoria.

76. Registre-se, por fim, que não há determinação legal a impor a fiscalização posterior de cumprimento de recomendações feitas. Eis o teor do BPC nº 05: *"Ao Órgão Consultivo que em caso concreto haja exteriorizado juízo conclusivo de aprovação de minuta de edital ou contrato e tenha sugerido as alterações necessárias, não incumbe pronunciamento subsequente de verificação do cumprimento das recomendações consignadas"*.

É o Parecer.

À consideração superior.

Teresina, 23 de Junho de 2022.

FRANCISCO DE CASTRO MACÊDO
Procurador federal chefe junto a UFPI