



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À UNIVERSIDADE FEDERAL DO PIAUÍ
NÚCLEO DE CONSULTORIA E ASSESSORAMENTO
PARECER n. 251/2023/NCA/PFFUFPI/PGF/AGU

NUP: 23111.010689/2023-26

INTERESSADOS: UNIVERSIDADE FEDERAL DO PIAUÍ - UFPI

ASSUNTOS: CONVÊNIO

EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. PREGÃO ELETRÔNICO. SERVIÇOS CONTINUADOS SEM DEDICAÇÃO EXCLUSIVA DE MÃO DE OBRA. REGULARIDADE FORMAL DO PROCESSO. CONTRATAÇÃO DA EMPRESA ESPECIALIZADA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE LOCAÇÃO DE VEÍCULOS. 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, que tem por objeto a contratação da empresa especializada na prestação de serviços de locação de veículos (quilometragem com franquia 3.000 Km/mês para veículos com motorista e combustível), para transporte de servidores, colaboradores, corpo acadêmico e materiais da Universidade Federal do Piauí nos Campi Professora Cinobelina Elvas (CPCE/Bom Jesus-PI), Amílcar Ferreira Sobral (CAFS/ Floriano-PI), Colégio Técnico de Floriano (CTF) e Colégio Técnico de Bom Jesus (CTBJ), e na prestação de serviços de locação de veículos por acionamento, para o transporte de servidores, colaboradores, corpo acadêmico e materiais da Universidade Federal do Piauí nos Campi Ministro Petrônio Portela (Teresina), Professora Cinobelina Elvas (Bom Jesus), Senador Helvídio Nunes de Barros (Picos), Amílcar Ferreira Sobral (Floriano) e Colégios Técnicos de Teresina, Bom Jesus e Floriano, conforme condições, quantidades e exigências estabelecidas no Edital, no valor estimado de R\$ 4.862.214,00 (quatro milhões, oitocentos e sessenta e dois mil, duzentos e quatro reais).

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

- a - Documento de formalização da demanda (fls. 5);
- b - Autorização da autoridade administrativa (fls. 33);
- c - Estudos Técnicos Preliminares (fls. 646);
- d - Mapa de gerenciamento de riscos (fls. 290);
- e - Pesquisa de preços (fls. 424/488);
- f - Mapa comparativo de preços (fls. 424/427);
- g - Despacho com considerações a respeito da pesquisa de mercado (fls. 489/91);
- h - Termo de referência (fls. 594);
- i - Aprovação do Termo de Referência (fls. 554);
- j - Ato de designação do pregoeiro e equipe de apoio (fls. 546);
- k - Indicação da disponibilidade orçamentária (fls. 23);
- l - Minuta de edital com anexos (fls. 555);
- m - Lista de verificação da regularidade processual (fls. 690);
- n - Certificado de adoção das minutas padrão da AGU (fls. 691)

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. Feita a ressalva, passamos à análise estritamente jurídica do presente processo.

DA AUTORIZAÇÃO PARA REALIZAÇÃO DA LICITAÇÃO E CELEBRAÇÃO DE NOVOS CONTRATOS

7. À fl. 698 consta autorização para abertura do procedimento licitatório (art. 8º, V, do Decreto n. 10.024/2019).

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 a Administração manifestar-se sobre a essencialidade e o interesse público da contratação, para os fins do previsto no art. 3º do Decreto nº 8.540/2015.

12. No caso, percebe-se que a contratação do objeto pretendido se encontra suspensa nos termos do art. 1º da Portaria ME nº 179, de 22 de abril de 2019 ((com redação pela Portaria nº 5.168, de 2021)). Desta forma, para que haja o prosseguimento da contratação, torna-se necessário juntar a autorização prevista no art. 2º da mencionada Portaria.

DA UTILIZAÇÃO DO PREGÃO ELETRÔNICO COMO MODALIDADE DE LICITAÇÃO

13. Vê-se que a escolha do Pregão Eletrônico, como modalidade de licitação, foi adequada, pois o serviço a ser contratado foi qualificado como comum pela unidade técnica (art. 1º da Lei nº 10.520/2002 c/c Orientação Normativa AGU nº 54/2014, item 1.2 do TR). 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.

14. Sobre o conceito de bens e serviços comuns para fins de adequação ao pregão, assim já decidiu o Egrégio Tribunal de Contas da União, verbis:

“(....) 6.2.4. Segundo a Lei nº 10.520/2002, pregão é a modalidade de licitação a ser utilizada para aquisição de bens e serviços comuns, que são aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado. 6.2.5. Marçal Justen Filho, sobre a definição de bens e serviços comuns, assim opinou (Comentários à Legislação do Pregão Comum e Eletrônico, 2ª ed., ed. Dialética, 2003): ‘(...) há casos em que a Administração necessita de bens que estão disponíveis no mercado, configurados em termos mais ou menos variáveis. São hipóteses em que é público o domínio das técnicas para a produção do objeto e seu fornecimento ao adquirente (inclusive à Administração), de tal modo que não existe dificuldade em localizar um universo de fornecedores em condições de satisfazer plenamente o interesse público. Em outros casos, o objeto deverá ser produzido sob encomenda ou adequado às configurações de um caso concreto.’ 6.2.6. Acórdão nº 1.114/2006 - Plenário/TCU, por sua vez, consolidou o entendimento doutrinário a respeito dessa definição e consignou o seguinte: ‘O entendimento de bem comum, de acordo com diversos autores, nada tem a ver com a complexidade do bem adquirido e sim com produtos que sejam comumente encontrados no mercado, sem a necessidade de alterações específicas para o fornecimento em questão...’ (Acórdão 2392/2006 – Plenário)

15. Feitas essas considerações, e tendo em vista que o órgão jurídico, na maioria das vezes, não tem conhecimento técnico para dizer se os bens ou serviços por contratar podem ou não ser objetivamente definidos no edital e ostentar a qualidade de bens ou serviços comuns, a decisão por escolher tal modalidade licitatória é inteiramente do gestor, ficando o registro, ainda, que, em se tratando de bens e de serviços comuns, é obrigatório o pregão, preferencialmente na modalidade eletrônica

PLANEJAMENTO DA CONTRATAÇÃO

Documentos necessários ao planejamento da contratação

16. De acordo com o Decreto n.º 10.024/2019, a IN SEGES/MP nº 05/2017 e a IN SG/ME nº 40/2020, a Administração Pública deverá produzir os documentos abaixo durante a fase de planejamento da contratação:

- a) documento para formalização da demanda;
- b) estudo técnico preliminar;
- c) mapa(s) de risco;
- d) termo de referência.

17. Dito isso, percebe-se que os documentos foram juntados às 594.

18. Embora sejam documentos de natureza essencialmente técnica, faremos algumas observações a título de orientação jurídica.

Documento para formalização da demanda e estudos preliminares: principais elementos

19. Da análise do documento de formalização da demanda, percebe-se que foram previstos os conteúdos do anexo II da IN SEGES/MP nº 05/2017, especialmente a justificativa da necessidade da contratação, a indicação dos membros da equipe de planejamento e a data prevista para o início da execução contratual.

20. Quanto aos estudos preliminares, a equipe de planejamento deverá certificar-se de que trazem os conteúdos previstos no art. 7º, §2º, da IN ME nº 40/2020. Tal dispositivo 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)

21. 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 art. 7º, §2º, da IN ME nº 40/2020.

22. No caso, verifica-se que a Administração juntou o estudo técnico preliminar às fls. 348-366, com a respectiva aprovação da autoridade administrativa.

Gerenciamento de riscos

23. Quanto ao mapa de riscos (fl. 126), percebe-se que foi adotado o anexo IV da IN SEGES/MP nº 05/2017, com indicação do risco, da probabilidade, do impacto, do responsável e das ações preventiva e de contingência (fls.128).

Termo de referência

24. O Termo de Referência é o documento que deverá conter 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, o critério de aceitação do objeto, os deveres das partes, a relação dos documentos essenciais à verificação da qualificação técnica e econômico-financeira, os procedimentos de fiscalização e gerenciamento do contrato ou da ata de registro de preços, o prazo para execução do contrato e as sanções (conforme definição do art. 3º, inciso XI, do Decreto nº 10.024/2019), devendo observar, ainda, as diretrizes constantes do art. 30 e do Anexo V da IN SEGES/MP nº 5/2017.

25. Tal documento deverá ser elaborado pelo setor requisitante e aprovado pela autoridade competente, conforme mencionam o art. 14, inciso II, do Decreto nº 10.024/2019, e o art. 29, § 2º, da IN SEGES/MP nº 05/2017.

26. Ademais, o termo de referência deverá observar os modelos elaborados pela Advocacia-Geral da União e seguir, com adaptações ao caso concreto, os Cadernos de Logística divulgados pela Secretaria de Gestão do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão (art. 29 da IN SEGES/MP nº 05/2017).

27. Pelo exposto, compete à Administração Pública:

- a) utilizar o modelo de termo de referência da AGU mais atualizado, disponível em seu sítio eletrônico;
- b) verificar se existe Caderno de Logística para o presente objeto contratual, de modo que o termo de referência possa incorporar, no que couber, as especificações padronizadas (art. 29 da IN

SEGES/MP nº 05/2017);

c) destacar, formal e visualmente, todas as alterações realizadas no modelo de termo de referência, justificando as inclusões, adaptações, modificações e exclusões de texto da minuta.

28. Vale observar que a não identificação de eventuais inclusões, adaptações, modificações e exclusões de texto da minuta, a um só tempo, ofende a exigência do artigo 29 da IN SEGES/MP nº 05/2017 e compromete a eficiência da análise jurídica e, por consequência, a celeridade na manifestação deste órgão jurídico.

29. No caso, consta dos autos o Termo de Referência (fls.594/644), elaborado pela área requisitante, deverá **devidamente assinado e aprovado pela autoridade competente, o que demanda providências nesse sentido, se necessário (art. 14, II, do Decreto nº 10.024/2019).**

30. Além disso, foi juntada ao feito declaração da área técnica informando sobre a adoção, na espécie, do modelo de minuta padronizada de Termo de Referência disponibilizado pela AGU (fls. 693).

31. Nesse contexto, em análise eminentemente formal, verifica-se que o termo de referência contemplou a maioria das exigências contidas nos normativos acima citados.

32. Sem embargo disso, e apesar de se tratar de documento extremamente técnico, cuja avaliação cabe, em última instância, à própria Administração, **constata-se a necessidade de atendimento adicional às recomendações abaixo, a saber:**

a) providenciar a assinatura do Termo de Referência e submetê-lo novamente à autoridade competente para sua aprovação, tendo em vista que a minuta aprovada não foi a última colocada no processo (fl. 594), e sim a de fls. 493-543.

33. Apenas para registro formal, destacamos que foram fixados preços unitários máximos para cada item do termo de referência (art. 40, X, da Lei nº 8.666/93, Súmula TCU nº 259, por analogia, e item 9.2.3 do Acórdão nº 7.021/2012 - 2ª Câmara).

34. Dito isto, passaremos a destacar, nos tópicos seguintes, pontos específicos do planejamento da contratação, considerados essenciais à avaliação da regularidade geral do presente procedimento.

Necessidade da contratação e vedações às especificações restritivas

35. A necessidade da contratação foi justificada, tendo sido estimados os quantitativos de serviço a partir de método amparado por documentos juntados aos autos (fls. 43-94).

36. Como se sabe, a justificativa da necessidade da contratação constitui questão de ordem técnica e administrativa, razão pela qual, a teor do Enunciado nº 07 do Manual de Boas Práticas Consultivas da Advocacia Geral da União, não deve esta Procuradoria se pronunciar conclusivamente acerca do mérito (oportunidade e conveniência) da motivação apresentada e das opções feitas pelo administrador, exceto na hipótese de afronta a preceitos legais, o que não nos parece ser o caso.

37. Observe-se, ainda, 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, “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.

38. Registre-se que o gestor deverá estar atento às diretrizes gerais do subitem 1.1 do anexo V da IN SEGES/MP nº 05/2017, quais sejam:

a) prever especificações que representem a real demanda de desempenho do órgão ou entidade, não sendo admissíveis especificações que deixem de agregar valor ao resultado da contratação ou

sejam superiores às necessidades do órgão ou entidade;

b) não fixar especificações que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, limitam, injustificadamente, a competitividade ou direcionam ou favoreçam a contratação de prestador específico;

c) não adotar especificações que estejam defasadas tecnológica e/ou metodologicamente ou com preços superiores aos de serviços com melhor desempenho.

39. Recomenda-se que a Administração se certifique de que as especificações técnicas previstas no Termo de Referência atendem às premissas acima citadas.

40. Ainda sobre esse tema, vale destacar que, caso as especificações somente possam ser atendidas por uma quantidade de fornecedores considerada restrita, deverá ser avaliada a pertinência de retirar ou flexibilizar requisitos, de modo que se possa manter apenas aqueles considerados indispensáveis (art. 7º, §1º, da IN ME nº 40/2020).

41. Diante dessa exigência legal, percebe-se que, aparentemente, houve a inclusão de especificação potencialmente restritiva à competição, uma vez que foi exigido em determinados itens que os micro-ônibus tenham "*wifi, e tomadas tipo USB em todos os assentos*". **Desse modo, deve haver justificativa da razão pela qual se torna necessária a aquisição de bens com essas características**, sob pena de inviabilizar o regular prosseguimento do certame.

Parcelamento da contratação e regra geral da necessária adjudicação por itens

42. Outro ponto relevante diz respeito ao 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, tal qual previsto na Súmula TCU nº 247:

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.

43. 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, conforme Acórdão TCU nº 1972/2018-Plenário (Rel. Min. Augusto Sherman, 22/08/2018):

30. [...] Além disso, mesmo nas respostas às oitivas, constata-se não haverem sido apresentadas razões de ordem técnica para não se realizar o parcelamento do objeto, apenas sendo explicitados motivos de cunho gerencial, relacionados, principalmente, com eventuais dificuldades que poderiam surgir na apuração de responsabilidades de prestadores distintos.

[...]

32. Com efeito, forçoso reconhecer que sempre que existente algum grau de integração entre serviços, tal como no objeto em questão, a possibilidade de surgimento de tais dificuldades, como regra, estará presente. Contudo, a simples possibilidade de ocorrerem tais problemas, por si só, não pode servir de fundamento para contrariar-se a regra legal de priorizar-se o parcelamento do objeto, em especial considerando que os níveis de integração podem variar de um caso para outro, bem como tendo em conta a viabilidade de, em várias hipóteses, serem implementados parâmetros e controles que viabilizem o adequado funcionamento conjunto das prestações ou, se for o caso, a devida identificação de responsabilidades.

33. De todo modo, considero que qualquer grau de aglutinação do objeto que se pretenda, em função de constituir exceção à regra legal do parcelamento, deverá ser prévia e tecnicamente justificado.

34. As circunstâncias evidenciadas nesta Representação, aliás, sinalizam que a forma de proceder do Crea/MG, com a aglutinação de todos os serviços em questão em um só objeto, pode estar viabilizando que uma só empresa se eternize como a única prestadora possível. (grifo nosso)

44. **Dito isso, e dada a orientação da Corte de Contas, deverá ser providenciada justificativa adequada para a adjudicação a um único vencedor, o que não se verifica nos autos. 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. Do contrário, deverá ser adotada a técnica da adjudicação por itens.**

45. Outro aspecto que chama atenção refere-se ao tamanho do objeto contratual que envolve diversas localidades do Estado, com risco de restringir a competitividade do certame.

46. É preciso que haja justificativa para a concentração do objeto, quando é perfeitamente possível o parcelamento da contratação. Não se pretende afirmar, com isso, que seja preciso uma contratação para cada localidade, mas sim que haja uma melhor definição do objeto contratual, levando em conta a possibilidade de restringir a competitividade, uma vez que deve ser considerada a capacidade das empresas no mercado de prestar o serviço da magnitude pretendida pela Administração.

Critérios e práticas de sustentabilidade nas contratações

47. Em relação aos critérios e práticas de sustentabilidade (art. 3º, da Lei n. 8.666/1993 e art. 7º, II, da IN SG/ME nº 40/2020), 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.

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

49. Posto isso, para definição dos critérios e práticas de sustentabilidade, recomenda-se consultas ao art. 6º da Instrução Normativa SLTI/MP nº 01/2010 e ao Guia Nacional de Contratações Sustentáveis (2ª edição, revista, atualizada e ampliada. Setembro/2019), disponibilizado pela Consultoria-Geral da União no sítio <https://www.gov.br/agu/pt-br/composicao/consultoria-geral-da-uniao-1/modelos-de-convenios-licitacoes-e-contratos/modelos-de-licitacoes-e-contratos/licitacoes-sustentaveis>.

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

51. Feitas essas considerações, verifica-se que a Administração incluiu, no item 5.12 do termo de referência as práticas de sustentabilidade.

2.6.6 Do orçamento da contratação e da obrigatoriedade de elaboração de planilhas

52. Quanto ao orçamento, é dever da Administração, na contratação de serviços, elaborar planilha detalhada com a consolidação dos quantitativos e preços unitários e total da contratação (arts. 7º, §2º, II, e 40, §2º, II, da Lei nº 8.666/1993).

53. **Compulsando os autos, verifica-se que foi juntada planilha de custos e formação de preços elaborada pela Administração por meio de servidor devidamente identificado nos autos. Desse modo, deverá a planilha ser preenchida pela Administração com a indicação de todos os custos unitários dos itens referentes ao serviço ou justificada sua dispensa.**

54. Atenta-se que somente se admite a dispensa de seu preenchimento nas contratações em que, pela própria natureza do objeto, torne-se desnecessário ou inviável o detalhamento dos custos para fins de aferição de exequibilidade (subitem 2.9, b.1, do anexo V da IN SEGES/MP nº 05/2017), o que, em princípio, não parece ser o caso.

55. Tendo em conta a natureza estritamente técnica do orçamento, a adequação da metodologia empregada para estimar os custos unitários da contratação deixará de ser examinada por este órgão jurídico, posto ser atribuição não afeta à formação jurídica e ao prisma do exame da estrita legalidade.

56. Há que se ressaltar, contudo, que a pesquisa de preços deverá ser executada de acordo com a IN SG/ME nº 73/2020. Em especial, deverão ser cumpridas as orientações abaixo:

- a pesquisa de preços deve contemplar bens cujas especificações guardam identidade com as daqueles efetivamente desejados, evitando a comparação entre bens que não sejam equivalentes;
- a pesquisa de preços será materializada em documento que conterá, no mínimo: identificação do agente responsável pela cotação; caracterização das fontes consultadas; série de preços coletados; método matemático aplicado para a definição do valor estimado; e justificativas para a metodologia utilizada, em especial para a desconsideração de valores inexequíveis, inconsistentes e excessivamente elevados, se aplicável (art. 3º).
- na pesquisa de preços será realizada mediante a utilização dos parâmetros, empregados de forma combinada ou não (art. 5º).
- Quando a pesquisa de preços for realizada com os fornecedores, deverá ser observado o prazo de resposta conferido ao fornecedor compatível com a complexidade do objeto a ser licitado e obtenção de propostas formais, contendo, no mínimo: descrição do objeto, valor unitário e total; número do Cadastro de Pessoa Física - CPF ou do Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica - CNPJ do proponente; endereço e telefone de contato; e data de emissão, bem como registro nos autos da relação de fornecedores que foram consultados e não enviaram propostas como resposta à solicitação (art. 5º, § 2º);
- os preços pesquisados devem ser examinados de forma crítica, por meio de manifestação técnica fundamentada, cumprindo à Administração o discernimento sobre os efetivamente aptos a comporem a planilha de preços, podendo até serem excluídos aqueles demasiadamente discrepantes dos demais;
- entre as fontes da pesquisa de preços, devem ser priorizadas o “painel de preços” e as “contratações similares de outros entes públicos, desde que as cotações refiram-se a aquisições ou contratações firmadas no período de até um ano anterior à data de divulgação do instrumento convocatório, em detrimento da pesquisa publicada em mídia especializada, sítios eletrônicos especializados ou de domínio amplo” (desde que atualizados no momento da pesquisa e compreendidos no intervalo de até seis meses de antecedência da data de divulgação do instrumento convocatório, contendo a data e hora de acesso) e “pesquisa com os fornecedores” (desde que os orçamentos considerados estejam compreendidos no intervalo de até seis meses de antecedência da data de divulgação do instrumento convocatório), cuja adoção deve ser vista como prática subsidiária, suplementar, conforme art. 5º, § 1º;
- 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 (art. 4º).
- somente em casos excepcionais, devidamente justificados e aprovado pela autoridade competente, poderá haver a pesquisa em quantidade inferior a três preços (art. 6º, § 4º);
- justificar a metodologia empregada para a estimativa dos custos da contratação (art. 6º, §§1º, 2º e 3º).
- o preço máximo a ser praticado na contratação poderá assumir valor distinto do preço estimado na pesquisa de preço, acrescido ou subtraído de determinado percentual, de forma justificada, definido de forma a aliar a atratividade do mercado e a mitigação de risco de sobrepreço, vedado qualquer critério estatístico ou matemático que incida a maior sobre os preços máximos (art. 10, caput, §§1º, 2º e 3º).

57. Adicionalmente, é recomendável que a pesquisa de preços reflita o valor praticado na praça em que será prestado o serviço ou fornecido o produto, refletindo, tanto quanto possível, o valor de mercado da localidade onde será realizada a contratação.

58. Todas estas informações devem constar de despacho expedido pelo servidor responsável pela realização da pesquisa, no qual, além de expor o atendimento das exigências acima, irá realizar uma análise fundamentada dos valores ofertados pelas empresas, inclusive cotejando-os com os valores obtidos junto às outras fontes de consulta. É através desta análise fundamentada, que a Administração irá estabelecer o valor estimado da contratação.

59. Considerando que se trata de matéria técnica, cabe à Procuradoria orientar a respeito do tema, sem necessariamente fazer juízo de valor a respeito do resultado da pesquisa.

60. **Tendo em vista a afirmação nos autos de que pesquisa foi realizada por meio da consulta a fornecedores (fl. 117), deverá a Administração demonstrar que tentou obter preços de referência em consultas ao Painel de Preços e a outras contratações públicas (art. 5º, § 1º, da IN nº 73/2020 e Acórdão TCU nº 1.445/2015 - Plenário).**

61. Nesses termos, a Administração Pública 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.

62. 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 do que se deseja adquirir;

63. **Deverá a Administração certificar, outrossim, conforme o disposto no art. 5º, inciso IV, da IN SG/ME n.º 73/2020, que as datas das pesquisas feitas junto aos fornecedores não se diferenciam em mais de 180 (cento e oitenta) dias.**

64. **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.**

2.6.7 Designação formal do pregoeiro e da equipe de apoio

65. Houve a juntada (fl. 546) de documento que comprova a designação do pregoeiro e da equipe de apoio (art. 3º, inciso IV, da Lei nº 10.520/02 e arts. 13, inciso I, 14, inciso V e 16, incisos I e II, do Decreto n.º 10.024/2019), estando o feito regularmente instruído quanto ao ponto.

Participação de Microempresas e Empresas de Pequeno Porte

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

67. O art. 6º do referido decreto estabelece que, nos itens ou lotes de licitação cujo valor esteja abaixo de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), 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 como sendo a referente ao período de um ano da contratação.

68. Adicionalmente, vale lembrar que, de acordo com a Orientação Normativa AGU n. 47/2014, é obrigatória a participação exclusiva de ME e EPP na licitação quando os itens ou lotes/grupos tiverem valor igual ou inferior a R\$ 80.000,00.

69. 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.

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

71. Por fim, os tratamentos diferenciados devem ser afastados quando incidente alguma das situações previstas no art. 10 do Decreto nº 8.538/2015, 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;

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.

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.

72. Diante disso, verifica-se que, no caso, a estimativa do valor da contratação ultrapassa R\$ 80.000,00. Foi acertada, portanto, a não exigência da participação exclusiva das microempresas e empresas de pequeno porte no presente certame.

Do Regime de Execução

73. O regime de execução deve ser sopesado pela Administração, em particular em termos de eficiência na gestão contratual.

74. Como regra, exige-se que as características qualitativas e quantitativas do objeto sejam previamente definidas no edital, permitindo-se aos licitantes a elaboração de proposta fundada em dados objetivos e seguros.

75. Quando isso não é possível, ou seja, quando não se sabe ao certo a estimativa precisa dos itens e quantitativos que compõem o objeto a ser contratado, o gestor deve avaliar a melhor forma de execução contratual.

76. Na empreitada por preço global, cada parte assume, em tese, o risco de eventuais distorções nos quantitativos a serem executados, que podem ser superiores ou inferiores àqueles originalmente previstos na planilha orçamentária da contratação. Justamente por isso, a adoção de tal regime pressupõe um termo de referência de boa qualidade, que estime com adequado nível de precisão as especificações e quantitativos da obra ou serviço, fornecendo aos licitantes todos os elementos e informações necessários para o total e completo conhecimento do objeto e a elaboração de proposta fidedigna (art. 47 da Lei nº 8.666/93), para evitar distorções relevantes no decorrer da execução contratual (TCU. Acórdão 1978/2013-Plenário, TC 007.109/2013-0, relator Ministro Valmir Campelo, 31.7.2013).

77. Já na empreitada por preço unitário, em que o preço é fixado por unidade determinada, os pagamentos correspondem à medição dos serviços efetivamente executados, de modo que os riscos dos contratantes em relação a diferenças de quantitativos são menores. Tal regime é mais apropriado para os casos em que não se conhecem de antemão, com adequado nível de precisão, os quantitativos totais da obra ou serviço: a execução das “unidades” se dará de acordo com a necessidade observada, com a realização de medições periódicas a fim de quantificar os serviços efetivamente executados e os correspondentes valores devidos (TCU. Acórdão 1978/2013-Plenário, TC 007.109/2013-0, relator Ministro Valmir Campelo, 31.7.2013).

78. Assim, na empreitada por preço unitário haverá a execução do contrato conforme a demanda, e esse regime de execução foi criado para resolver o problema da necessidade de fixar uma remuneração sem que se tivesse, desde logo, a quantidade exata do encargo a ser executado.

79. A opção da Administração por um ou outro regime não decorre de mera conveniência, mas sim da possibilidade, no caso concreto, de predefinir uma estimativa precisa dos itens e respectivos quantitativos que compõem o objeto a ser licitado. Se tal possibilidade existir, a regra é a adoção da empreitada por preço global – normalmente atrelada às obras e serviços de menor complexidade. Do contrário, deve ser adotada a empreitada por preço unitário.

80. Como desdobramento direto disso, em contratações por empreitada por preço global, a tramitação de eventuais aditivos contratuais quantitativos e qualitativos exigirá a apresentação de robusta justificativa.

81. Ocorre que a análise sobre a suficiência da descrição quantitativa e qualitativa não tem como ser feita por este órgão jurídico, motivo pelo qual tal incumbência recai sobre os órgãos e autoridades técnicas responsáveis pela descrição do objeto, cabendo-lhes a observância ao tanto quanto exposto até aqui.

82. No caso concreto, houve justificativa às fls. 683 a respeito da escolha pela empreitada por preço global.

DAS MINUTAS PADRONIZADAS DA AGU – EDITAL E CONTRATO

83. Inicialmente, cumpre dizer que, no regime jurídico atual dos contratos de prestação de serviço, a utilização das minutas da AGU pela Administração passou a ser obrigatória (art. 35 da IN SEGES/MP nº 05/2017).

84. Dito isso, consta dos autos que foram utilizadas as minutas padronizadas de edital e contrato elaboradas e disponibilizadas pela Advocacia-Geral da União (fls. 555 e 594).

85. Vale observar que a não identificação de eventuais inclusões, adaptações, modificações e exclusões de texto da minuta, a um só tempo, ofende a exigência dos artigos 29 e 35 da IN SEGES/MP n. 05/2017 e compromete a eficiência da análise jurídica e, por consequência, a celeridade na manifestação deste órgão jurídico.

86. Quanto ao uso propriamente dito dos modelos, não há ressalvas a fazer, pois foram adotadas as minutas indicadas.

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

- a) recomenda-se que a Administração analise se as exigências de qualificação técnica do item 9.11 do edital guardam compatibilidade e proporcionalidade com as peculiaridades do objeto contratual a ser executado, aferidas por meio da análise da complexidade do objeto, da essencialidade do

serviço e dos riscos decorrentes de sua paralisação em função da eventual incapacidade econômica/técnica da contratada em suportar as obrigações contratuais (art. 30, §3º, da Lei nº 8.666/1993 c/c subitens 11.2 e 12 do anexo VII-A da IN SEGES/MP nº 05/2017). Alerta-se que exigências de qualificação técnica/econômico-financeira excessivas vêm sendo reputadas como ilícitas pelos órgãos de controle, pois tendem a restringir a competitividade. Desse modo, sugere-se que seja detidamente avaliada e motivada essa exigência;

b) a regra da comprovação da aptidão pelo período de três anos poderá ser diminuída ou suprimida, tendo em vista a permissão normativa do item 12 do anexo VII-A da SEGES/MPDG n. 5, de 2017, em relação aos requisitos de qualificação técnica. Assim, a exigência de experiência mínima de 3 anos deve ser compatível com o objeto e prazo da presente licitação (art. 30, II, da Lei n. 8.666/93). Caso contrário, deverá a Administração ajustar o prazo de experiência ao objeto e prazo que está licitando. Para tanto, a Administração deverá basear-se em estudos prévios e experiência pretérita, **justificando adequadamente o prazo exigido** (Acórdão TCU n. 2870/2018-Plenário);

88. Ademais, deixa-se de tecer considerações a respeito do cumprimento das exigências do Decreto n.º 9.450/2018, em razão das conclusões do Parecer n. 00002/2018/CPLCA/CGU/AGU, ratificado pelo Parecer n. 00001/2019/CPLC/PGF/AGU, aprovado pelo Procurador-Geral Federal, que assim dispõe:

VI - Para permitir a concretização da Política Nacional de Trabalho no âmbito do Sistema Prisional pela reserva de vagas nas contratações públicas federais, é necessária ampla complementação por convênios e acordos de cooperação, além da edição de instrução normativa por parte da Secretaria de Gestão do Ministério do Planejamento Desenvolvimento e Gestão.

VII - Não há condições normativas, por ora, particularmente pela falta de parâmetros objetivos, para a efetivação da Política Nacional de Trabalho no âmbito do Sistema Prisional - Pnat pela reserva de vagas nas contratações públicas federais, motivo pelo qual os gestores poderão invocar o disposto no § 4º do art. 5º do Decreto 9.450, de 2018, para justificar a inviabilidade da contratação de pessoa presa ou egressa do sistema prisional.

89. 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.

90. 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 nº 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.

91. 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”.

92. 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.

DOTAÇÃO ORÇAMENTÁRIA E LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL

93. No presente caso, em atenção aos arts. 7º, § 2º, inciso III, e 38, *caput*, da Lei nº 8.666/1993, c/c o art. 8º, inciso IV, do Decreto n.º 10.024/2019, consta do processo a declaração do setor competente acerca da previsão dos

recursos orçamentários necessários para fazer face às despesas decorrentes da futura contratação, com a indicação da respectiva rubrica.

94. Alerta-se, ainda, para a necessidade de 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.

95. 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"*).

96. Recomenda-se, pois, que a Administração informe nos autos a natureza da ação que suporta a despesa decorrente da futura contratação, adotando, a depender do caso, as providências previstas no art. 16, incisos I e II, da Lei de Responsabilidade Fiscal, com as premissas da estimativa de impacto orçamentário-financeiro e a metodologia de cálculo utilizadas (art. 16, §2º, da *Lei Complementar* n.º 101/2000).

DA PUBLICAÇÃO DO EDITAL E DA LEI DE ACESSO À INFORMAÇÃO

97. Conforme os arts. 20 e 21 do Decreto n.º 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 <https://www.gov.br/compras/pt-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.

98. 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

99. Em face do exposto, manifesta-se esta Procuradoria no sentido da aprovação da minuta do edital do pregão eletrônico e dos respectivos anexos (fls. 555 a 672), condicionada ao atendimento das recomendações formuladas nos itens **11, 13, 30, 33, 42, 45, 54, 61-62, 64 e 89** deste parecer, ressalvado o juízo de mérito da Administração e os aspectos técnicos, econômicos e financeiros, que escapam à análise jurídica deste órgão de consultoria.

100. 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"*.

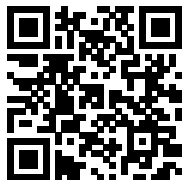
101. É o parecer, elaborado por meio do Sistema AGU de Inteligência Jurídica (Sapiens), assinado digitalmente.

À consideração superior.

Teresina, 20 de outubro de 2023.

FRANCISCO DE CASTRO MACÊDO
PROCURADOR FEDERAL

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <https://supersapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 23111010689202323 e da chave de acesso d599208d



Documento assinado eletronicamente por FRANCISCO DE CASTRO MACÊDO, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br), de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 1315140445 e chave de acesso d599208d no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): FRANCISCO DE CASTRO MACÊDO, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br). Data e Hora: 20-10-2023 11:13. Número de Série: 51385880098497591760186147324. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.
