

Elaboração de Termos de Referência para Contratação de Bens e Serviços

Apostila

Diretoria de Educação Continuada
Programa Gestão da Logística Pública



Elaboração de Termos de Referência para Contratação de Bens e Serviços

Programa Gestão Logística Pública

Autora: Gisele Aparecida Gonçalves de Oliveira

Revisão: Luiz Matos

Brasília – 2017

Fundação Escola Nacional de Administração Pública*Presidente*

Francisco Gaetani

Diretor de Educação Continuada

Paulo Marques

Diretora de Formação Profissional e Especialização

Iara Cristina da Silva Alves

Diretor de Pesquisa e Pós-Graduação Stricto Sensu

Fernando de Barros Gontijo Filgueiras

Diretor de Inovação e Gestão do Conhecimento

Guilherme Alberto Almeida de Almeida

Diretor de Gestão Interna

Camile Sahb Mesquita

Coordenador-Geral de Educação Executiva: Pedro Junqueira Vilela; *Chefe da Assessoria de Comunicação:* Janaína Cordeiro de Moraes Santos; *Revisão:* Luiz Matos; *Capa:* Ana Carla Gualberto Cardoso; *Editores eletrônicos:* Vinicius Aragão Loureiro.

Ficha catalográfica: Equipe da Biblioteca Graciliano Ramos/ENAP

-
- O482e Oliveira, Gisele Aparecida Gonçalves de
Elaboração de Termos de Referência para Contratação de Bens e Serviços / Gisele Aparecida Gonçalves de Oliveira; revisão, Luiz Matos. -- Brasília: Enap, 2017.
89 p.
- Programa de Gestão Logística Pública
1. Administração Pública. 2. Contrato Público. 3. Projeto Básico.
4. Termo de Referência. I. Título.

CDU 35:658.715

© ENAP, 2017

ENAP Escola Nacional de Administração Pública

Diretoria de Comunicação e Pesquisa

SAIS – Área 2-A – 70610-900 — Brasília, DF

Telefone: (61) 2020 3096 – Fax: (61) 2020 3178

Apresentação	5
Objetivo do Curso	5
Objetivos de Aprendizagem	5
Principais Tópicos	5
Metodologia	6
Docentes	6
Agenda	7
1. Introdução	9
2. O processo de Contratação Pública	11
2.1. Projeto Básico e Termo de Referência: Conceitos, Semelhanças e Responsabilidades	11
3. Elementos do Projeto Básico ou Termo de Referência	17
3.1. Planejamento	17
3.2. Necessidade	19
3.3. Definição da solução	21
3.4. Justificativa da solução	23
3.5. Especificação do objeto	24
3.5.1. Fracionamento x parcelamento	26
3.5.1.1. Divisão em Itens e lotes	30
3.5.1.2. Formação de consórcios	31
3.5.1.3. Subcontratação	32

3.5.2. Padronização	34
3.5.3. Indicação de marca	35
3.5.4. Amostra, protótipo e prova de conceito	37
3.5.5. Sustentabilidade.....	40
3.5.6. Margem de referência.....	46
3.5.7. Garantias	47
3.5.8. Vistoria ou visita técnica	50
3.5.9. Condições de recebimento do objeto: entrega e critérios de aceitação	52
3.5.10. Pesquisa de mercado	55
3.5.11. Elaboração de orçamento de referência para obras e serviços de engenharia	59
3.5.12. Definições orçamentárias.....	61
3.5.13. Critérios de escolha da proposta.....	62
3.5.14. Prazo de execução ou entrega	64
3.5.14.1. Vigência dos contratos.....	64
3.5.15. Cronograma físico-financeiro	66
3.6. Procedimentos de Gerenciamento e Fiscalização	68
3.7. Responsabilidade das partes.....	70
3.8. Sanções administrativas	70
4. Matérias Pontuais e Complementares.....	75
4.1. Sistema de registro de preços	75
4.2. Contratação de Serviços.....	78
4.3. Prerrogativas das microempresas e empresas de pequeno porte	80
4.4. Soluções de tecnologia da informação.....	82
4.5. Regime diferenciado de contratação.....	85
Referências Bibliográficas	89

Prezado participante,

Seja bem-vindo ao Curso de Elaboração de Termo de Referência e Projeto Básico, concebido e organizado pela Escola Nacional de Administração Pública (Enap).

A oficina será expositiva e participativa, visando principalmente solucionar problemas do cotidiano dos servidores.

Objetivo do Curso

Oferecer aos servidores que atuam na área de suprimentos a oportunidade de refletir sobre a gestão da logística pública e suas relações com as macrofunções da organização, em particular o planejamento e a gestão de suprimentos, bem como conhecer e aplicar instrumentos que potencializem a eficiência, a eficácia e a efetividade dos processos de trabalho nessa área, reforçando a visão sistêmica do ciclo da gestão da logística no setor público.

Objetivos de Aprendizagem

- Ao final do curso, o participante será capaz de:
- Indicar a legislação relacionada aos instrumentos de contratação.
- Reconhecer a importância do termo de referência e do projeto básico para a contratação pública.
- Identificar os principais problemas e os aspectos mais importantes relacionados aos instrumentos.

Principais Tópicos

Conceitos de termo de referência e projeto básico.

Pontos fundamentais para elaboração do termo de referência ou projeto básico.

Pontos complementares para elaboração do termo de referência ou projeto básico.

Metodologia

- Exposições dialogadas
- Trabalhos em grupo
- Debate de pontos polêmicos
- Estudo de caso

É importante destacar que o curso está fundamentado nos Referenciais Orientadores da Proposta Educacional da Enap (Enap, 2010), e que, do ponto de vista metodológico, privilegiará a inserção da cosmovisão e da experiência dos participantes e dos facilitadores como elementos do processo de ensino-aprendizagem. Esses elementos serão submetidos à reflexão e prática individual e grupal, que, por sua vez, serão enriquecidas com aportes teóricos.

Dessa maneira, pretende-se que todos devolvam à sua prática cotidiana os conceitos e o resultado das análises dos modelos e simulações vivenciadas no curso.

Docentes

Hanna Ferreira

Docente com experiência no ensino presencial, possui bacharelado em Direito, pela Universidade Católica de Brasília (2007), e Pós-graduação em Direito Público (2010). Atualmente, presta serviços como instrutora das escolas de governo (ENAP e ESAF) e para algumas organizações privadas (desde 2011). É coordenadora na Procuradoria Jurídica da Empresa Brasil de Comunicações (desde 2008). Entre os anos de 2005 e 2008 atuou como servidora do Ministério da Educação tendo sido pregoeira e equipe de apoio de diversos certames, entre eles, o Enem e Saeb. Redesenhou com a equipe da Enap o curso de Elaboração de Termo de Referência e Projeto Básico, em que atua como docente. Correio Eletrônico: hanna.rebeca@gmail.com

Gisele Aparecida Gonçalves de Oliveira

Docente com experiência no ensino presencial, possui bacharelado em Ciências Contábeis, pela Faculdade de Ciências e Tecnologia da Unai (2004), e Pós-graduação em Controladoria, Contabilidade Pública e Docência Superior (2007). Atualmente, presta serviços como instrutora da ENAP (desde 2014). É servidora da Agência Nacional de Aviação Civil – Anac desde 2008 –, atuando na área de licitações como Pregoeira, Presidente de Comissão de Licitação, equipe de apoio e orientações para elaboração do Termo de Referência. Atualizou com a equipe da Enap o curso de Elaboração de Termo de Referência e Projeto Básico, em que atua como docente. Correio Eletrônico: giseleapgoncalvesdeoliveira@gmail.com

Agenda

Curso de Elaboração de Termo de Referência e Projeto Básico

Carga-horária: 16 horas

1º dia

1. Apresentação dos cursos de logística da Enap
2. O processo de contratação pública
3. Elementos do projeto básico e termo de referência
 - 3.1. Planejamento.
 - 3.2. Necessidade.
 - 3.3. Definição do objeto.
 - 3.4. Justificativa da solução.
 - 3.5. Especificação do objeto.
 - 3.5.1. Parcelamento x fracionamento.
 - 3.5.1.1. Divisão em itens e lotes.
 - 3.5.1.2. Formação de Consórcios.
 - 3.5.1.3. Subcontratação.
 - 3.5.2. Padronização.
 - 3.5.3. Indicação de marca.
 - 3.5.4. Amostra, protótipo e prova de conceito.
 - 3.5.5. Sustentabilidade.
 - 3.5.6. Margem de preferência.
 - 3.5.7. Garantias.
 - 3.5.8. Vistoria ou visita técnica.
 - 3.5.9. Condições de recebimento.
 - 3.5.10. Pesquisa de mercado.
 - 3.5.10.1. Elaboração de orçamento – serviços de engenharia.

2º dia

- 3.5.11. Definições orçamentárias.
 - 3.5.12. Critérios de escolha da proposta.
 - 3.5.13. Prazo de execução.
 - 3.5.14. Cronograma físico-financeiro.
 - 3.5.15. Procedimentos de gerenciamento e fiscalização.
 - 3.5.16. Responsabilidade das partes.
 - 3.5.17. Sanções administrativas.
4. Matérias Pontuais e Complementares
 - 4.1. Sistema de registro de preços.
 - 4.2. Tratamento diferenciado ME/EPP.
 - 4.3. Tecnologia da informação.
 - 4.4. Regime diferenciado de contratação.

Prezado (a) participante,

O processo de contratação pública é um conjunto de fases, etapas e atos estruturado de forma lógica para permitir que a administração, a partir da identificação precisa da sua necessidade e demanda, possa definir com precisão o encargo desejado, minimizar seus riscos e selecionar, isonomicamente, se possível, a pessoa capaz de satisfazer a sua necessidade pela melhor relação benefício-custo.¹

Todo o processo de contratação deve obedecer aos princípios constitucionais da isonomia, legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência, economicidade e ampla defesa e contraditório e aos princípios do processo administrativo da finalidade, interesse público, motivação, razoabilidade/proporcionalidade e segurança jurídica.

Além dos princípios gerais elencados acima, há ainda aqueles específicos definidos na Lei 8.666/93: probidade administrativa, vinculação ao instrumento convocatório, julgamento objetivo e adjudicação compulsória. A instituição da modalidade pregão trouxe com ele o princípio da competitividade.

Todo o arcabouço jurídico que envolve esse processo é o meio para alcançar a finalidade da licitação, que é selecionar a proposta mais vantajosa para a administração (que não significa necessariamente a de valor mais baixo), assegurar igual oportunidade a todos os interessados (princípio da isonomia) e promover o desenvolvimento nacional sustentável.

Colocar em prática toda a legislação e jurisprudência vinculada ao processo de contratação pública exige da administração muita dedicação e capacitação.

Nesse ponto, entra a Escola Nacional de Administração Pública (Enap), fundação pública vinculada ao Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão (MP), com a missão desenvolver competências de servidores para aumentar a capacidade de governo na gestão das políticas públicas. Para tanto, atua, desde 1986, na oferta de cursos e programas de desenvolvimento técnico e gerencial, formação e aperfeiçoamento de carreiras e especialização (pós-graduação *lato sensu*), nas modalidades presencial, a distância e mista, além da produção e disseminação de conhecimento sobre gestão e políticas públicas. Enquanto

¹ Mendes, Renato Geraldo. O processo de Contratação Pública – Fases, etapas e atos. Curitiba: Zênite, 2012, fl. 25.

Escola de Governo sua finalidade alia a vocação para a ação prática e a transformação dos setores do Estado à promoção de conhecimento teórico e de pesquisa.²

Neste curso, abordar-se-á o tema “Elaboração de Termo de Referência e Projeto Básico” com base na legislação básica, orientações do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão e jurisprudências correlatas.

Com o intuito de delinear um ponto de partida, as minutas padrão da Advocacia Geral da União, disponíveis no site http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/270265, serão utilizadas como referência para o curso.

Não serão abordados os procedimentos da contratação de forma exaustiva, haja vista que há cursos com este intuito disponíveis na Enap.

O objetivo, neste momento, é demonstrar as ações e cuidados necessários na elaboração do Termo de Referência, parte fundamental da fase interna do processo de contratação pública.

² <http://www.ena.gov.br/pt/web/pt-br/institucional>

2. O processo de Contratação Pública

2.1. Projeto Básico e Termo de Referência: Conceitos, Semelhanças e Responsabilidades

A fase interna do processo de contratação pública compreende, entre outras atividades, a elaboração do Projeto Básico ou do Termo de Referência.

Um projeto básico ou termo de referência bem redigido favorece tanto a administração quanto o licitante, pois permite à administração conhecimento pleno do objeto que se quer licitar, de forma minuciosa, exata, definida, compreensível, e permite aos licitantes informações e elementos necessários à boa elaboração da proposta, mediante regras a que ele está sujeito, estabelecidas pela administração.

O projeto básico ou termo de referência é peça importante para orientar a realização de todos os procedimentos administrativos no processo de contratação pública.

Para conceituar Projeto Básico e Termo de Referência buscou-se apoio na Legislação pertinente:

Projeto Básico: conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para caracterizar a obra ou serviço, ou complexo de obras ou serviços objeto da licitação, elaborado com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares, que assegurem a viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento, e que possibilite a avaliação do custo da obra e a definição dos métodos e do prazo de execução (Art. 6º, inciso IX, da Lei nº 8.666/93, Lei de Licitações).

Termo de Referência: é o documento que deverá conter elementos capazes de propiciar avaliação do custo pela administração diante de orçamento detalhado, definição dos métodos, estratégia de suprimento, valor estimado em planilhas de acordo com o preço de mercado, cronograma físico-financeiro, se for o caso, critério de aceitação do objeto, deveres do contratado e do contratante, procedimentos de fiscalização e gerenciamento do contrato, prazo de execução e sanções, de forma clara, concisa e objetiva (Art. 9º, parágrafo segundo, do Decreto nº 5450/2005).

Ocorre que essas definições não são suficientes para abranger toda a complexidade que envolve a elaboração do projeto básico ou do termo de referência. Com as informações

a seguir espera-se que os atores envolvidos na sua construção encontrem orientações suficientes para realização das atividades diárias do processo de contratação pública.

A Lei de Licitações prevê no artigo 40, parágrafo segundo, inciso I que o projeto básico, com todas as suas partes, desenhos, especificações e outros complementos, deverá estar anexado ao ato convocatório, dele sendo parte integrante.

No entanto, o conteúdo do projeto básico dependerá da natureza do objeto a ser licitado. Deverá ser tanto mais complexo e minucioso na medida em que assim o exija o objeto da futura contratação. Ressalte-se, ademais, que não basta denominar um conjunto de estudos com o nome “projeto básico” para que ele adquira essa condição perante a Lei.³

As alíneas do inciso IX, artigo 6º, da Lei de Licitações, determinam que o projeto básico deva conter os seguintes elementos:

- a) desenvolvimento da solução escolhida de forma a fornecer visão global da obra e identificar todos os seus elementos constitutivos com clareza;
- b) soluções técnicas globais e localizadas, suficientemente detalhadas, de forma a minimizar a necessidade de reformulação ou de variantes durante as fases de elaboração do projeto executivo e de realização das obras e montagem;
- c) identificação dos tipos de serviços a executar e de materiais e equipamentos a incorporar à obra, bem como suas especificações que assegurem os melhores resultados para o empreendimento, sem frustrar o caráter competitivo para a sua execução;
- d) informações que possibilitem o estudo e a dedução de métodos construtivos, instalações provisórias e condições organizacionais para a obra, sem frustrar o caráter competitivo para a sua execução;
- e) subsídios para montagem do plano de licitação e gestão da obra, compreendendo a sua programação, a estratégia de suprimentos, as normas de fiscalização e outros dados necessários em cada caso;
- f) orçamento detalhado do custo global da obra, fundamentado em quantitativos de serviços e fornecimentos propriamente avaliados.

Conforme previsto na **Súmula 261 do TCU**, em licitações de obras e serviços de engenharia é necessária a elaboração de projeto básico adequado e atualizado, assim considerado aquele aprovado com todos os elementos descritos no art. 6º, IX, da Lei 8.666/93, constituindo prática ilegal a revisão de projeto básico ou a elaboração de projeto executivo que transfigure o objeto originalmente contratado em outro de natureza e propósitos diversos.

A lei estabelece que o projeto básico deva estar anexado ao ato convocatório, dele sendo parte integrante, e deve ser elaborado segundo as exigências contidas na Lei nº 8.666, de 1993. (art. 40, § 2º, I)

Já o termo de referência, conforme o artigo 8º do Decreto nº 3.555/2001, deverá conter elementos capazes de propiciar a avaliação do custo pela administração, diante de:

- a) orçamento detalhado, considerando os preços praticados no mercado;

³ Justen Filho, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos – 16 ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, fl. 183

- b) a definição dos métodos;
- c) a estratégia de suprimento; e
- d) o prazo de execução do contrato.

A Lei nº 10.520/2002, que instituiu a modalidade pregão, estabelece em seu artigo 3º, inciso I, que na sua fase preparatória a autoridade competente justificará a necessidade de contratação e definirá o objeto do certame, as exigências de habilitação, os critérios de aceitação das propostas, as sanções por inadimplemento e as cláusulas do contrato, inclusive com fixação dos prazos para fornecimento.

Entretanto, jurisprudência e doutrina majoritárias entendem que as denominações são fungíveis, haja vista que seus requisitos são extremamente próximos, tanto que a Instrução Normativa nº 02/2008, do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, definiu em seu anexo II que Termo de Referência ou Projeto Básico é o documento que deverá conter os elementos técnicos capazes de propiciar a avaliação do custo, pela administração, com a contratação e os elementos técnicos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado para caracterizar o serviço a ser contratado e orientar a execução e fiscalização contratual.

Quando o projeto básico referir-se a obras e serviços de engenharia será necessário observar que: o Projeto Básico deve ser elaborado antes de licitações de obra ou serviço (Decisão 277/94 e 119/98- TCU e Resolução nº 361/91 – CONFEA).

*Os autores do Projeto Básico, sejam eles contratados ou pertencentes ao quadro técnico do órgão contratante, deverão providenciar a Anotação de Responsabilidade Técnica – ART, instituída pela Lei Federal nº 6.496, de 07/12/1977, e regulamentada através de Resoluções específicas do Conselho Federal de Engenharia, Arquitetura e Agronomia – CONFEA. **Súmula 260 TCU***

Para os demais objetos, qualquer que seja a forma de contratação, procedimento licitatório em qualquer modalidade, poderá ser utilizado o termo de referência.

E nos casos de dispensa ou inexigibilidade, é obrigatória a elaboração do projeto básico ou termo de referência?

Sim, o projeto básico ou termo de referência também é obrigatório, no que couber, para contratações diretas por dispensa ou inexigibilidade de licitação.

Por economia processual, em razão da dispensa por valor, as contratações relativas a obras e serviços desobrigam o agente público da elaboração do projeto básico (orientação do TCU - Acórdão 500/2012-P, Acórdão 2.189/2011-P, Acórdão 310/2011-P).

Responsabilidade pela elaboração e necessidade de aprovação

Segundo a obra Licitações e Contratos – Orientações e Jurisprudência do TCU, o “*projeto básico é documento prévio ao procedimento licitatório, que serve de base para elaboração do ato convocatório.*”

O projeto básico ou termo de referência deverá ser escrito por quem tiver conhecimentos sobre o assunto. Por exemplo, um servidor com formação na área de tecnologia de informação

terá muito mais competência para redigir um bom projeto básico ou termo de referência que um advogado.

Não outro é o entendimento do TCU que afirma que o projeto básico ou termo de referência “deve ser elaborado pelo setor requisitante do objeto da licitação e confirmado pela autoridade que aprovou a realização do certame”.

Mas afinal, quem é responsável pela elaboração do Termo de Referência ou Projeto Básico?

O requisitante, em conjunto com a área de compras, conforme Decreto nº 3.555/00, Art. 8º, III, “a”; e Decreto nº 5.450/05, Art. 9º, I.

O técnico com qualificação profissional pertinente às especificidades do serviço a ser contratado, segundo a IN 02/08, art. 14.

Por fim, a IN 4/2014 incumbe tal responsabilidade a Equipe de Planejamento da Contratação.

O projeto básico ou termo de referência precisa de aprovação?

O artigo 7º, § 2º, inciso I, estabelece que as obras e os serviços somente poderão ser licitados quando houver projeto básico aprovado pela autoridade competente e disponível para exame dos interessados em participar do processo licitatório.

Quem deve fazê-lo?

A autoridade competente que autorizou a realização da licitação (art. 7º, § 2º, I – Lei n.º 8.666/93; art. 9º, II, Decreto 5.450/2005; art. 14 IN 02/2008, art. 14, §6º IN 4/14).

A aprovação de projeto básico inadequado, com grandes implicações nos custos e prazos de execução do empreendimento, reveste-se de gravidade suficiente para justificar a pena pecuniária do gestor responsável e a sua inabilitação para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança no âmbito da administração pública federal. **Acórdão 915/2015-Plenário**

O termo de referência e o projeto básico são, em resumo, o DNA do procedimento licitatório. Em regra, se algo errado acontecer nesses instrumentos, a contratação padecerá de algum vício.

Manifestação do TCU:

*Na hipótese de o projeto básico ser contratado por órgão distinto daquele responsável pela licitação do seu objeto, o recebimento do projeto por parte do primeiro não dispensa a aprovação do mesmo projeto por parte do segundo órgão, uma vez que os institutos do recebimento (art. 73 da Lei 8.666/93) e da aprovação do projeto (art. 7º, § 2º, inciso I, da Lei 8.666/93) não se confundem. **Acórdão 3.213/2014-P.***

*A inexistência de projeto básico completo e com nível de precisão adequado, capaz de permitir a perfeita delimitação e quantificação do objeto a ser contratado, enseja a anulação do certame licitatório. **(Acórdão 212/2013-Plenário)***

A elaboração de projeto básico adequado e atualizado, assim considerado aquele que possua os elementos descritivos e que expressem a composição de todos os custos

unitários, é imprescindível para a realização de qualquer obra pública, resguardando a administração pública de sobrepreços e manipulação indevida no contrato original. [...]

Acórdão 1387/2006 Plenário (Sumário)

*Elabore projeto básico contendo requisitos que possibilitem uma avaliação precisa das necessidades e das melhores alternativas para solucioná-las, conforme disposto no art. 12, caput e incisos II e III da Lei nº 8.666/1993. - **Acórdão 103/2008 Plenário***

Para cumprir suas funções legais e administrativas, o projeto básico ou o termo de referência deve compor-se de vários elementos, os quais serão analisados nas próximas páginas.

3. Elementos do Projeto Básico ou Termo de Referência

3.1. Planejamento

Não obstante ser, por vezes, deixado em segundo plano, o planejamento é muito importante para o processo de contratação pública.

O Decreto-Lei 200/67 traz o planejamento como primeiro princípio fundamental da administração federal. No entanto, não é tão praticado pela administração, que muitas vezes realiza contratações desvinculadas de qualquer planejamento.

Na Instrução Normativa SLTI nº 04/2014, o planejamento foi abordado com mais ênfase, sendo a primeira fase do processo de contratação de soluções de tecnologia da informação, independentemente do tipo de contratação, inclusive nos casos de inexigibilidade, dispensa de licitação, criação ou adesão a Ata de Registro de Preços e contratações com uso de verbas de organismos internacionais, com Banco Mundial, Banco Internacional para Reconstrução e Desenvolvimento.

A nova instrução normativa para contratação de serviços segue a mesma proposta, enfatizando a necessidade de um planejamento eficiente, mesmo quando se tratar dispensa ou inexigibilidade, consistindo nas seguintes etapas:

- I. Estudos Preliminares;
- II. Gerenciamento de Riscos; e
- III. Termo de Referência ou Projeto Básico.

Durante o planejamento, deverá o agente público identificar possíveis necessidades, objetos, interessados e custos. Deverá, também, averiguar se há no órgão os necessários agentes competentes, como o agente apto a redigir o termo de referência ou projeto básico e a iniciar o procedimento licitatório – seja o pregão ou qualquer uma das demais modalidades licitatórias.

Na fase do planejamento o agente público poderá visualizar todo o procedimento, analisando possíveis riscos/falhas na contratação pública e buscar minimiza-las.

A Equipe de Planejamento é responsável pelo gerenciamento de riscos, conforme IN 05/2017 ele materializa-se no documento Mapa de Riscos e consiste nas seguintes atividades:

I - identificação dos principais riscos que possam comprometer a efetividade do planejamento da contratação, da seleção do fornecedor e da gestão contratual ou que impeçam o alcance dos resultados que atendam às necessidades da contratação;

II - a avaliação dos riscos identificados, consistindo da mensuração da probabilidade de ocorrência e do impacto a cada risco;

III - tratamento dos riscos considerados inaceitáveis, por meio da definição das ações para reduzir a probabilidade de ocorrência dos eventos ou reduzir suas consequências;

IV - para os riscos que persistirem inaceitáveis após o tratamento, definição das ações de contingência para o caso de os eventos correspondentes aos riscos se concretizarem; e

V - definição dos responsáveis pelas ações de tratamento dos riscos e das ações de contingência.

PARA PENSAR! Quais os riscos envolvidos na fase interna da contratação?

Manifestação do TCU:

*9.1. determinar ao Departamento Regional do Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial no Estado do Paraná (Senai/PR) e ao Departamento Regional do Serviço Social da Indústria no Estado do Paraná (Sesi/PR) que, no prazo de cento e oitenta dias, contados a partir da ciência: 9.1.1. instituem aperfeiçoamentos em seus mecanismos de planejamento de aquisições, de forma a evitar que a soma das despesas ao longo do exercício ultrapasse o limite previsto para dispensa, bem como para evitar a ocorrência de contratações emergenciais em virtude da intempetividade na deflagração e na conclusão dos certames licitatórios; **Acórdão nº 2504/2017 - TCU - 1ª Câmara.***

A adesão a ata de registro de preços requer planejamento da ação, com levantamento das reais necessidades da administração contratante, não se admitindo a contratação baseada tão-somente na demanda originalmente estimada pelo órgão gerenciador. Acórdão 998/2016 Plenário

*Ementa: alerta ao CREA/SP de que a contratação por dispensa de licitação (art. 24, inc. IV, da Lei nº 8.666/1993), fundamentada em situação emergencial constituída em decorrência da falta de planejamento por parte da Administração, a exemplo daquela identificada na contratação de um escritório de advocacia, afronta o disposto no art. 3º da Lei nº 8.666/1993 (item 9.3, TC-006.532/2014-4, **Acórdão nº 202/2015-Plenário**).*

*Ementa: recomendação à Fundação Universidade Federal do Acre para que implemente planejamento anual de manutenção predial e metodologia própria para estimar os recursos destinados a essa atividade, em atenção aos itens 1, 4 e 5 da NBR 5674:2012, de modo a conferir maior efetividade aos princípios da eficiência (art. 37, “caput”, da Constituição Federal) e do planejamento (art. 6º, inciso I, do Decreto-Lei nº 200/1967) (item 9.1.3.1, TC-011.247/2014-2, **Acórdão nº 46/2015-Plenário**).*

À luz do art. 6º, inciso I, do Decreto-Lei 200/67, o planejamento é um princípio fundamental a ser observado em todas as atividades da Administração. Nos termos da IN-SLTI/MPOG 4/2010, o planejamento é uma das três fases que compõem a contratação de soluções

de TI, indo desde a oficialização da demanda pela área requisitante até a elaboração completa, coerente, adequada e exequível do projeto básico, ou termo de referência, que servirá de base para o edital que selecionará o fornecedor. Acórdão 3091/2014 – Plenário
Proceda a adequado planejamento das licitações, de modo a demonstrar, nos autos, que o enquadramento na modalidade adotada foi precedido de avaliação dos custos totais de sua conclusão, levando-se em consideração, inclusive, as despesas decorrentes de prorrogações contratuais, nos termos do art. 57 da Lei 8.666/1993. Acórdão 428//2010 - Segunda Câmara

3.2. Necessidade

O professor Marçal Justen Filho afirma que⁴ “[...] nenhum projeto básico poderá ser elaborado sem o perfeito domínio pela administração dos fatos pertinentes, das necessidades enfrentadas, das soluções disponíveis e da identificação da solução mais satisfatória.”

No que tange às contratações públicas, é fato consabido que grande parte dos problemas advém da ausência ou inadequação de planejamento das ações e dos atos que serão praticados.

Um fator preponderante, quando o assunto é falha ou problema de uma contratação pública, está relacionado com a correta identificação da necessidade.

A necessidade é o problema/demanda que precisa ser resolvido/atendida. Toda contratação pública decorre da identificação de uma necessidade.

Entretanto, por vezes, o problema é ignorado e o agente público já inicia pela descrição da solução, sem cogitar que, talvez, outras soluções fossem mais adequadas se ele analisasse inicialmente o problema e não a solução.

Segundo o doutrinador Renato Geraldo Mendes⁵, “não se deve confundir a necessidade propriamente dita com a solução (objeto) capaz de satisfazê-la. São distintas, mas normalmente confundidas. Uma é o problema, outra é a sua solução. Não se pode confundir, portanto, a doença com o remédio.”

Ou seja, para que seja possível pensar melhor a solução, é fundamental que primeiro se estabeleça qual é o problema, pois, por vezes, um mesmo problema possui várias soluções.

Definindo de forma errônea o problema, certamente será definida também de forma errônea a solução.

Infelizmente, o cotidiano prova que as falhas cometidas nesse momento são, em regra, descobertas apenas na fase de execução contratual, o que traz grandes prejuízos para a administração.

Com a identificação prévia do problema, e não da solução, é possível que a administração consiga escolher, entre as soluções viáveis, a mais vantajosa, seja em termos econômicos ou mesmo de qualidade do objeto.

⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos – 12 ed. – São Paulo: Dialética, 2008. fl. 152.

⁵ MENDES, Renato Geraldo. O processo de Contratação Pública – Fases, etapas e atos. Curitiba: Zênite, 2012, fl. 46.

Com base no documento que formaliza a demanda, a Equipe de Planejamento da contratação deve realizar os Estudos Preliminares previstos na IN 05/2017, que deve definir a necessidade da contratação.

A identificação da necessidade deve estar documentada no processo, no caso de solução de tecnologia da informação o Documento de Oficialização da Demanda – DOD cumpre esse papel, já que contém o detalhamento da necessidade da Área Requisitante.

No entanto, esse documento de identificação da necessidade pode e deve, por força do princípio da motivação, constar de todo processo de contratação pública.

Manifestação do TCU:

A adesão a ata de registro de preços requer planejamento da ação, com levantamento das reais necessidades da administração contratante, não se admitindo a contratação baseada tão-somente na demanda originalmente estimada pelo órgão gerenciador. Acórdão 998/2016 Plenário

*Ementa: determinação ao Ministério da Integração Nacional (MIN) para que, em atenção à Lei nº 8.666/1993, art. 6º, inciso IX, alínea “c”, antes da eventual prorrogação do Contrato 85/2013-MI ou da elaboração de edital para licitação com vistas a substituí-lo, inclua, nos estudos técnicos preliminares da contratação, a avaliação das alternativas de soluções disponíveis no mercado para atender à necessidade que a originou (resolver o problema do transporte de pessoas em regiões metropolitanas), a fim de identificar a solução mais vantajosa dentre as existentes, considerando, por exemplo, as alternativas de locação de veículos e contratação de serviços de transporte pagos por quilometro rodado (item 9.2.1, TC-021.928/2014-2, **Acórdão nº 2.212/2016-Plenário**).*

*Ementa: recomendação ao Município de Trairi/CE para que se abstenha da utilização de recursos na aquisição de produtos em quantidade não compatível com as necessidades das Ações Sócio Educativas de Apoio às Famílias (ASEF); além disso, o Controle Externo se preocupou com a ausência de indicação na destinação e uso dos produtos armazenados no almoxarifado (itens 1.7.1 e 1.7.2, TC-012.210/2014-5, **Acórdão nº 2.147/2015-2ª Câmara**).*

Elabore os termos de referência, os projetos básicos e os demais elementos necessários à caracterização do objeto de licitações de forma completa e consistente, de modo a possibilitar aos licitantes apresentar a proposta mais vantajosa e compatível com as necessidades da administração, nos termos do §2º do art. 9º do Decreto nº 5.450/2005.

Acórdão 3165/2010 Plenário

*Efetue o planejamento adequado das reais necessidades da entidade, relativas às obras, serviços e aquisições, com vistas ao dimensionamento correto do objeto a ser licitado, evitando a fragmentação de despesas, caracterizada por aquisições freqüentes dos mesmos produtos ou realização sistemática de serviços da mesma natureza em processos distintos, cujos valores globais excedam o limite previsto para dispensa de licitação a que se referem os incisos I e II do art. 24 da Lei n. 8.666/1993; **Acórdão 5534/2009 – PC***

*Elabore projeto básico contendo requisitos que possibilitem uma avaliação precisa das necessidades e das melhores alternativas para solucioná-las, conforme disposto no art. 12, caput e incisos II e III da Lei nº 8.666/1993. - **Acórdão 103/2008 Plenário***

Não há como negar que a Administração, atentando especialmente para o interesse coletivo, tem o poder-dever de exigir em suas contratações os requisitos considerados indispensáveis à boa e regular execução do objeto que constituirá encargo da futura contratada. (Acórdão 1.972/2010-P)

3.3. Definição da Solução

Na fase interna da contratação, após identificação da necessidade, o próximo passo a ser dado pela administração é conhecer o mercado e identificar as possíveis soluções disponíveis, decidindo por aquela que melhor atende a necessidade da administração. Assim, ao decidir por uma solução, tem-se a definição do objeto que será contratado.

Portanto, o objeto é a solução do problema e para todo problema (ou necessidade) deverá existir, minimamente, uma solução.

A descrição do objeto deverá decorrer da definição do problema, devendo ser a solução apta a resolver o problema, com o melhor custo-benefício.

A definição do objeto, segundo o doutrinador Renato Geraldo Mendes⁶, deve atender alguns critérios:

- a) adequação à necessidade;
- b) economicidade; e
- c) ampliação da competição, salvo se não for tecnicamente possível, sendo indispensável encontrar a medida exata entre essas três condições.

Afirma ainda que “o encargo é caracterizado por um conjunto de obrigações, do qual a mais importante é o objeto (obrigação principal). Toda solução é representada por um encargo, cujo núcleo é o objeto capaz de satisfazer a necessidade. Se a administração pretende que o contratado atenda a determinada condição ou exigência, deverá incluí-la no edital, sob pena de ela não integrar o encargo contratual.”⁷

A análise da solução deverá ser feita sob dois aspectos: um quantitativo (porção) e um qualitativo (utilidade).

É fundamental que seja sempre observado se as especificações são necessárias e suficientes, pois, ainda que sejam feitas com intenção de adquirir a melhor solução, não poderá a definição da solução onerar indevidamente a administração pública, bem como não poderá indevidamente mitigar a competitividade.

Veja bem, isso não quer dizer que a administração deverá adquirir a solução mais barata. Ao contrário, quer dizer que a administração deverá adquirir a solução que melhor satisfaça a real necessidade.

Objetivando definir a solução, é importante que a equipe responsável pela especificação da solução conheça o mercado e esteja apto a elencar as diversas obrigações que integram o encargo, bem como, descrever da forma mais adequada o objeto que se pretende contratar.

⁶ MENDES, Renato Geraldo. O processo de Contratação Pública – Fases, etapas e atos. Curitiba: Zênite, 2012, fl. 99

⁷ MENDES, Renato Geraldo. O processo de Contratação Pública – Fases, etapas e atos. Curitiba: Zênite, 2012, fl. 133.

É fundamental dar ênfase à necessidade de delimitação completa do objeto, cabendo ao agente público estabelecer não só o núcleo principal da solução que resolverá a necessidade do órgão, como, também, das obrigações acessórias.

Essa delimitação completa é favorável para a administração, que tem como cobrar do contratado tudo que estiver estabelecido no instrumento, como também ao licitante, pois com base nessas informações ele poderá estabelecer da forma mais correta possível o *quantum* de sua proposta, já considerando todas as variáveis.

Por fim, deverá a administração delimitar as parcelas de maior relevância técnica e de valor significativo, tendo em vista que o licitante deverá comprovar sua capacidade técnica-profissional em relação a elas (art. 30, §2º, Lei nº 8.666/93).

Manifestação do TCU:

*1.6. Medida: dar ciência ao Hospital Universitário Clementino Fraga Filho e à Superintendência de Gestão e Controle da UFRJ acerca das seguintes irregularidades constatadas no âmbito do edital do Pregão Eletrônico 67/2016: [...] 1.6.2. ausência de justificativas e elementos técnicos que embasaram a necessidade da contratação e a definição do objeto, de maneira clara, precisa e suficiente, bem como a inclusão de especificações que se mostraram excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, em desacordo com o art. 3º da Lei 10.520/2002, constituindo-se como eventual limitação na competição de potenciais interessados no certame licitatório, porém, sanada no decorrer do processo. **Acórdão nº 3433/2017 - TCU - 1ª Câmara.***

(...)“uma vez que não se mostrou descabida a exigência questionada acerca da velocidade da impressão, sobretudo em razão dos demais requisitos técnicos das impressoras previstos no edital, que não seriam plenamente atendidos por equipamentos de menor velocidade, o que comprometeria a qualidade da solução a contratar”. Em razão de outras falhas no certame, o Colegiado acolheu a proposta do relator no sentido de considerar a representação parcialmente procedente. Acórdão 756/2017 Plenário

*É legítimo exigir em edital o fornecimento de cartuchos de impressora, originais ou similares, de primeiro uso e a não-admissão de cartuchos remanufaturados, recondicionados ou recarregados, sem que isso configure preferência por marca ou restrição prejudicial ao caráter competitivo do certame. - **Acórdão 1033/2007 Plenário (Sumário)***

*O estabelecimento de especificações técnicas idênticas às ofertadas por determinado fabricante, que resulta na exclusão de todas as outras marcas do bem pretendido, sem justificativa consistente, configura afronta ao disposto no art. 15, §7º, inciso I, da Lei 8.666/93 – **Acórdão 1.861/2012-PC/TCU***

*A ausência de detalhamento de itens da licitação, com nível de precisão adequado e suficiente para bem caracterizar o serviço que se pretende contratar, afronta, de forma clara, os arts. 6º, inciso IX, e 7º, § 2º, da Lei nº 8.666, de 21/6/1993. - **Acórdão 6349/2009 Segunda Câmara (Sumário)***

3.4. Justificativa da Solução

Ao buscar no mercado as soluções possíveis para cumprimento da necessidade, a administração deverá decidir, motivadamente, qual solução tem a melhor relação custo-benefício.

A definição da solução (objeto) deverá ser sempre motivada, considerando como base para delimitação a necessidade a ser atendida. Assim, a justificativa deverá abranger informações que demonstrem ser essa ou aquela a melhor solução. A administração deve demonstrar a vantagem na contratação proposta como, por exemplo, redução dos custos em função do ganho de escala, ganho na gestão contratual, eliminação de sobreposição de funções e de ociosidade, conexão e complementação entre os objetos (em caso de contratações em grupo).

Será necessária a motivação esclarecendo o porquê daquela escolha, se outras soluções forem possíveis.

“É a necessidade que autoriza ao objeto ter ou não determinadas características técnicas. A solução técnica traduz um conjunto de especificações capazes de produzir determinado resultado.”⁸

A justificativa é o momento adequado para esclarecer que a descrição é a necessária para o atendimento da necessidade da administração pública.

É possível restringir de forma legal a competitividade, desde que haja uma justificativa plausível para isso. Inclusive, definir o objeto é restringir a disputa, mas sempre estabelecendo apenas os delimitadores necessários e suficientes para que a contratação alcance seu escopo.

De acordo com o Professor Marçal, o que se veda é a adoção de exigência desnecessária ou inadequada, cuja previsão seja orientada não a selecionar a proposta mais vantajosa, mas a beneficiar alguns particulares. Se a restrição for necessária para atender ao interesse coletivo, nenhuma irregularidade existirá em sua previsão. ⁹

A Instrução Normativa nº 05/2017 prevê no art. 24, inciso V que os Estudos Preliminares devem conter o levantamento de mercado e a justificativa da escolha do tipo de solução a contratar.

Manifestação do TCU:

4. Assegurado o atendimento aos princípios que regem as licitações e os contratos públicos, a contratação de serviços de conservação e manutenção de infraestrutura predial, com a inclusão de serviços variados, na modelagem conhecida como contratação de facilities, não configura, por si só, afronta à Lei de Licitações, quando prévia e formalmente motivada, de modo a evidenciar, de forma clara e inequívoca, os benefícios potenciais advindos dessa modelagem, com destaque para a quantificação das vantagens econômicas e financeiras e dos ganhos advindos da economia de escala.

Acórdão 929/2017 Plenário

⁸ MENDES, Renato Geraldo. O processo de Contratação Pública – Fases, etapas e atos. Curitiba: Zênite, 2012, fl. 150.

⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 14ª ed. - São Paulo: Dialética, 2010. Fl.83.

*Ementa: o TCU deu ciência à Universidade Federal do Triângulo Mineiro (UFTM) sobre impropriedade caracterizada pela aquisição de veículo sedan de padrão superior, por meio do item 5 do pregão eletrônico nº 87/2011, sem justificativas suficientes no processo, não observando os artigos 15, § 1º, 21, § 4º, da Lei nº 8.666/1993, c/c o art. 3º, I e III, da Lei nº 10.520/2002 e o art. 20, do Decreto nº 5.450/2005 (item 9.4.2, TC-042.055/2012-1, **Acórdão nº 7.768/2015-2ª Câmara**).*

*Justifique adequadamente a necessidade da contratação pretendida, em observância aos arts. 9º, inciso III, do Decreto 5.450/2005 e 3º, incisos I e III, da Lei 10.520/2002, cuidando, em especial, para que a motivação existente no processo reflita verdadeiramente as necessidades reais de especificação do objeto licitado. (**Acórdão 1.452/2010-P**)*

3.5. Especificação do Objeto

A especificação do objeto é atividade muito complexa e exige dos responsáveis conhecimentos da legislação e jurisprudências aplicáveis.

Nesse momento deverão ser previstos não só o objeto final, mas também todos os acessórios que sejam importantes para que o certame flua tranquilamente e o objeto adquirido ou o serviço contratado realmente supra a necessidade da administração pública.

Se houver falha de especificação do objeto, a administração poderá ter prejuízos, como por exemplo, licitações fracassadas ou aquisição e/ou contratação que não atendem as necessidades.

É fundamental que todas as exigências estejam claras no instrumento convocatório, em especial quando for eleito o critério menor preço, pois o licitante visa a obtenção do maior lucro possível e a administração, a solução mais adequada para a sua necessidade ao melhor preço. Sendo o critério de julgamento eleito o menor preço, certamente o licitante ofertará apenas o estabelecido no termo de referência ou projeto básico para, dessa forma, não onerar seus custos.

O licitante ofertará apenas a qualidade mínima descrita no termo de referência ou no projeto básico, já que não receberá nada a mais para ofertar um objeto com qualidade superior àquela exigida.

O cuidado da Administração com a qualidade mínima de suas contratações é crescente, no entanto, a prática ainda é dificultada devido aos entraves burocráticos.

Segundo o doutrinador Marçal, o edital tem de descrever adequadamente o objeto licitado, o que se traduz não apenas numa definição genérica do objeto, mas também em atributos qualitativos reputados indispensáveis para satisfazer as necessidades da Administração. Essas regras deverão estar presentes em todos os editais e se aplicam a todos os tipos de licitação, inclusive nos casos de menor preço. A exigência de qualidade mínima não desnatura a licitação de menor preço. Para o autor, há três modos de fixar o padrão mínimo de qualidade admissível. Existe a definição teórica, a avaliação prática e a previsão exemplificativa. No fundo, no entanto, as duas últimas são reconduzíveis à primeira.¹⁰

¹⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 14ª ed. - São Paulo: Dialética, 2010. Fl. 543.

O ideal seria que a administração indicasse os recursos tecnológicos necessários, de forma clara e objetiva, entretanto, se não detiver esse conhecimento, poderá focar no objetivo derradeiro e indicar como deverá ser o resultado final.

Uma alternativa à impossibilidade da administração em indicar os recursos tecnológicos necessários poderá ser a indicação de um padrão final de qualidade.

De fato, informações como a definição do local a ser entregue, o prazo no qual deve ser executado o serviço ou entregue o objeto, a definição de prazo de garantia e de assistência técnica, se o objeto deve ser entregue montado ou se há alguém no órgão apto a executar essa tarefa, se é necessária amostra, vistoria, necessidade de suporte técnico, disposição de equipamentos e de recursos humanos para a execução do objeto – todos esses pontos devem ser considerados, entre tantos outros, para a determinação do valor da proposta e da aptidão de execução do que se pretende contratar, sendo, portanto, elementos que devem estar no projeto básico ou termo de referência.

A definição precisa e suficiente do objeto licitado constitui regra indispensável da competição, até mesmo como pressuposto do postulado de igualdade entre os licitantes, do qual é subsidiário o princípio da publicidade, que envolve o conhecimento, pelos concorrentes potenciais, das condições básicas da licitação. Na hipótese particular da licitação para compra, a quantidade demandada é essencial à definição do objeto do pregão, esse é o entendimento do Tribunal de Contas da União na Súmula 177.

Manifestação do TCU:

9.1. recomendar à Universidade Federal dos Vales do Jequitinhonha e Mucuri (UFVJM) que, sempre que for constatada a existência de erro ou omissão relevante nos projetos das obras e serviços de interesse da universidade, proceda à devida apuração das responsabilidades do projetista e/ou setor competente que aprovou os projetos, com a finalidade de se evitar que, das falhas, resultem prejuízo para a administração ou grave perturbação da execução normal do objeto contratado; Acórdão nº 918/2017 - TCU - Plenário.

Ementa: recomendação à Companhia Docas do Pará (CDP) para que estabeleça e adote: a) padrões para especificações técnicas de objetos contratados freqüentemente; b) adote as minutas de editais e contratos publicadas pela AGU (itens 9.1.31.1 e 9.1.31.2, TC-022.395/2014-8, Acórdão nº 1.520/2015-Plenário).

Ementa: o TCU deu ciência à Secretaria de Políticas para as Mulheres da Presidência da República sobre as seguintes impropriedades/falhas, identificadas no pregão eletrônico 1/2014: a) a adoção injustificada de alternativa pela aquisição de equipamentos, bem como a exigência de equipamentos com especificações desnecessárias à execução dos serviços e onerosas para o valor estimado da contratação, como constatado em relação à plataforma de comunicação, a itens de mobiliário e aos computadores, contrariando o princípio da economicidade e o art. 3º da Lei nº 8.666/1993; b) ausência de especificação de características técnicas mínimas aceitáveis de capacidade, velocidade e desempenho dos equipamentos a serem usados na prestação do serviço, como observado, por exemplo, em relação às estações de trabalho, à plataforma de comunicação e às unidades de resposta audível, contrariando o disposto nos art. 5º e 9º,

*inciso I, do Decreto nº 5.450/2005 (itens 9.2.2 e 9.2.3, TC-024.555/2014-2, **Acórdão nº 1.496/2015-Plenário**).*

*Abstenha-se de incluir, nos instrumentos convocatórios, excessivo detalhamento do objeto, de modo a evitar o direcionamento da licitação ou a restrição de seu caráter competitivo, devendo justificar e fundamentar tecnicamente quaisquer especificações ou condições que restrinjam o universo de possíveis fornecedores do bem a ser adquirido ou prestadores do serviço objeto do certame. (**Acórdão 1547/2008 - P**)*

*Observe, relativamente à especificação do objeto licitado, o disposto nos arts. 3º, 14 e 40, inciso I, da Lei nº 8.666/93, evitando detalhamento excessivo e desnecessário dos bens, que possam restringir a competitividade e a isonomia do certame. (**Acórdão 1.332/2007-P**)*

*O estabelecimento de especificações técnicas idênticas às ofertadas por determinado fabricante, que resulta na exclusão de todas as outras marcas do bem pretendido, sem justificativa consistente, configura afronta ao disposto no art. 15, §7º, inciso I, da Lei 8.666/93 – **Acórdão 1.861/2012-PC/TCU***

Como dito no início desse tópico, a definição do objeto é uma atividade muito complexa e exige do setor responsável muita atenção, sob pena de elaborar um termo de referência ou um projeto básico insuficiente.

A Administração Pública realiza diversos tipos de aquisições e/ou contratações, a depender da sua necessidade. Este curso foi formatado utilizando as minutas padrão da AGU, em consonância com a IN 05/2017 que prevê em seu art. 35 que 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:

- Compras tradicionais;
- Compras por sistema de registro de preços;
- Serviços não continuados;
- Serviços continuados sem mão de obra exclusiva;
- Serviços continuados com mão de obra exclusiva;

Importante esclarecer que a correta definição do objeto deve ser almejada pelo setor responsável, independentemente da natureza da contratação. No entanto, isso deve ser feito com cautela e atenção à legislação e a jurisprudência, conforme descrito nos próximos tópicos.

3.5.1. Fracionamento x Parcelamento

O fracionamento de despesas é uma espécie de fraude na definição da modalidade licitatória.

Dividem-se as despesas para utilizar uma modalidade cujo procedimento é menos trabalhoso do que a modalidade que deveria ser adotada.

Tal conduta é condenada veementemente pelo do TCU¹¹ ao vedar fracionamento de despesas para adoção de dispensa de licitação ou modalidade de licitação menos rigorosa que a determinada para a totalidade do valor do objeto a ser licitado, conforme a obra Licitações e Contratos - Orientações e Jurisprudência e diversos acórdãos.

Manifestação do TCU:

Ementa: o TCU deu ciência à Fundação Universidade Federal de Sergipe (FUFS) quanto à falha caracterizada pelo fracionamento de despesa decorrente de lapso no planejamento da entidade, haja vista a utilização de dispensa de licitação para aquisição de material esportivo, objeto que também foi adquirido por pregão eletrônico, em afronta ao art. 23, §§ 1º e 2º, da Lei nº 8.666/1993 (alínea “c.8”, TC-026.470/2012-8, Acórdão nº 5.138/2015-2ª Câmara).

Ementa: recomendação à Companhia Docas do Rio Grande do Norte (CODERN) no sentido de que realize planejamento de compras e serviços, a fim de que possam ser efetuadas aquisições de produtos e contratações de serviços de mesma natureza de uma só vez, pela modalidade de licitação compatível com a estimativa da totalidade do valor a ser contratado/adquirido, abstendo-se de utilizar o art. 24, inciso II, da Lei nº 8.666/1993 para justificar a dispensa de licitação, por caracterizar fracionamento de despesa (item 1.8.1, TC-027.641/2014-7, Acórdão nº 4.531/2015-2ª Câmara).

Determinação a um órgão para que, na execução de obras custadas com recursos federais, abstenha-se de: a) fracionar a aquisição de insumos e bens em um mesmo exercício, com inobservância à modalidade de licitação exigida para o montante da despesa anual, indo de encontro ao preconizado no art. 23, §§ 1º, 2º e 5º, da Lei nº 8.666/1993; b) realizar licitações em modalidade menos rigorosa do que aquela aplicável ao valor previsto do contrato, ou dar continuidade a certames em que as propostas das licitantes se revelem superior à modalidade adotada, em cumprimento ao preconizado no art. 23, inciso II, alínea “b”, da Lei nº 8.666/1993 (itens 9.9.5 e 9.9.6, TC-006.801/2006-8, Acórdão nº 1.929/2014-Plenário).

Recomendação à Capitania dos Portos do Amapá para que adote, quando do seu planejamento anual, medidas mitigatórias de risco para evitar a fragmentação de despesas e a inobservância dos limites para dispensa de licitação, atendendo ao previsto no art. 24, inciso II, da Lei nº 8.666/1993 e no Acórdão nº 3.590/2007-1ªC (item 1.9, TC-018.500/2013-7, Acórdão nº 2.541/2014-Plenário).

Realize planejamento de suas contratações a partir de dados históricos e de estimativas futuras, de modo a permitir a realização de devido procedimento licitatório, na modalidade adequada, com vistas à contratação de serviços, obras e aquisições, evitando o fracionamento das despesas e fuga à licitação, em cumprimento ao art. 37, XXI da Constituição Federal e art.2º da Lei nº 8.666/1993. (Acórdão 2.749/2010-P)

Realize o planejamento prévio dos gastos anuais, de modo a evitar o fracionamento de despesas de mesma natureza, observando que o valor limite para as modalidades

¹¹ Licitações e contratos: orientações e jurisprudência do TCU / Tribunal de Contas da União. – 4. ed. rev., atual. e ampl. – Brasília: TCU, Secretaria-Geral da Presidência: Senado Federal, Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2010, fl. 105.

*licitatórias é cumulativo ao longo do exercício financeiro, a fim de não extrapolar os limites estabelecidos nos artigos 23, § 2º, e 24, inciso II, da Lei nº 8.666/1993. Adote a modalidade adequada de acordo com os arts. 23 e 24 da Lei nº 8.666/1993, c/c o art. 57, inciso II, da Lei nº 8.666/1993, de modo a evitar que a eventual prorrogação do contrato administrativo dela decorrente resulte em valor total superior ao permitido para a modalidade utilizada, tendo em vista a jurisprudência do Tribunal (Vide também Acórdãos 842/2002 e 1725/2003, da Primeira Câmara e Acórdãos 260/2002, 1521/2003, 1808/2004 e 1878/2004, do Plenário). - **Acórdão 1084/2007 Plenário***

*Um dos requisitos para que se caracterize o fracionamento de despesas é que os objetos licitados separadamente pudessem ser realizados concomitantemente. - **Acórdão 935/2007 Plenário.***

Já o parcelamento é a divisão do objeto em partes menores, aumentando, assim, o número de licitantes que podem estar aptos para celebração do contrato.

E é a regra a ser observada pela Administração nas licitações, conforme disposto no § 1º do art. 23 da Lei nº 8.666, de 1993, no entanto, é imprescindível que a divisão do objeto seja técnica e economicamente viável e não represente perda de economia de escala (**Súmula 247 do TCU**).

Segundo o TCU, deverá ser preservada a modalidade pertinente para a execução de todo o objeto da contratação, devendo, portanto, ser somados os valores correspondentes aos itens parcelados e definida a modalidade de licitação adequada ao total. Após, deverão ser realizados tantos processos licitatórios quantos forem necessários.

Quando o objeto for um serviço, continuado ou não, há ainda que se atentar para as condições de aglutinação de serviços previstas na IN SLTI/MPOG 05/2017:

a) O parcelamento da solução é a regra devendo a licitação ser realizada por item, sempre que o objeto seja divisível, desde que se verifique não haver prejuízo para o conjunto da solução ou perda de economia de escala, visando propiciar a ampla participação de licitantes, que embora não disponham de capacidade para execução da totalidade do objeto, possam fazê-lo com relação a itens ou unidade autônomas.

b) Definir e documentar o método para avaliar se o objeto é divisível, levando em consideração o mercado fornecedor, podendo ser parcelado caso a contratação nesses moldes assegure, concomitantemente:

b.1) ser técnica e economicamente viável;

b.2) que não haverá perda de escala;

b.3) que haverá melhor aproveitamento do mercado e ampliação da competitividade;

Depreende-se, portanto, sendo o parcelamento a regra, deve haver justificativa no processo quando este não for adotado – princípio da motivação.

No mesmo sentido, a Equipe de Planejamento da Contratação (IN 04/2014, art. 14, §2º, I) avaliará a viabilidade de parcelamento da Solução de Tecnologia da Informação a ser contratada, em tantos itens quanto se comprovarem técnica e economicamente viáveis, justificando-se a decisão de parcelamento ou não da Solução.

É possível obter subsídios para amparar tal justificativa no Relatório apresentado pelo Grupo de Estudos de Contratação e Gestão de Contratos de Terceirização de Serviços Continuados na Administração Pública Federal, formado por servidores do Tribunal de Contas da União - TCU, do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão – MP, da Advocacia-Geral da União, do Ministério da Previdência Social, do Ministério da Fazenda, do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo e do Ministério Público Federal.

O Grupo observou que as empresas estão se especializando na gestão de mão de obra, assim, uma mesma empresa presta serviços de limpeza, recepção, garçom, movimentação de móveis, protocolo, entre outros serviços não especializados, de forma que o seu parcelamento não incentivará maior competitividade no certame. Além disso, haverá um aumento de despesas para a Administração para gerir tantos contratos, contrariando o princípio da eficiência.

A despeito disso, a ampliação da competitividade continua sendo importante para o processo de contratação pública, sobre esse ponto, interessante manifestação do Professor Renato Mendes ao defender que uma das ideias que norteou a estruturação do regime jurídico de contratação vigente foi a necessidade de assegurar a mais ampla competitividade entre os agentes que atuam no mercado, para tanto, o legislador criou mecanismos capazes de viabilizar a ampliação da disputa e possibilitar que mais pessoas participem do certame, apontando, basicamente três:

- a) divisão do objeto em partes (itens e lotes);
- b) autorização de formação de consórcio; e
- c) autorização de subcontratação.

Manifestação do TCU:

9.1. com fulcro no art. 7º da Resolução TCU 265/2014, dar ciência ao Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes e à Superintendência Regional do Dnit no Estado de Goiás e Distrito Federal acerca das seguintes irregularidades, identificadas nos editais do Pregão Eletrônico 126/2016 e da Concorrência 39/2011, bem como nos contratos decorrentes: [...] 9.1.4. ausência de parcelamento do objeto do Pregão Eletrônico 126/2016, em afronta ao disposto no art. 23, § 1º da Lei 8.666/1993; Acórdão nº 134/2017 - TCU - Plenário

“deve ser evitado o parcelamento de serviços não especializados, a exemplo de limpeza, copeiragem, garçom, sendo objeto de parcelamento os serviços em que reste comprovado que as empresas atuam no mercado de forma segmentada por especialização, a exemplo de manutenção predial, ar condicionado, telefonia, serviços de engenharia em geral, áudio e vídeo, informática;” Acórdão/TCU 1214/2013-Plenário

Sugestão de Leitura Complementar: Acórdão 1214/2013 – P, “deve ser evitado o parcelamento de serviços não especializados, a exemplo de limpeza, copeiragem, garçom, sendo objeto de parcelamento os serviços em que reste comprovado que as empresas atuam no mercado de forma segmentada por especialização, a exemplo de manutenção predial, ar condicionado, telefonia, serviços de engenharia em geral, áudio e vídeo, informática”

3.5.1.1. Divisão em Itens e lotes

A divisão em itens e lotes é uma forma legal de ampliar a competitividade.

A regra do parcelamento é reforçada no §7º, art. 23 da Lei nº 8.666/93 ao definir que “na compra de bens de natureza divisível e desde que não haja prejuízo para o conjunto ou complexo, é permitida a cotação de quantidade inferior à demandada na licitação, com vistas à ampliação da competitividade, podendo o edital fixar quantitativo mínimo para preservar a economia de escala”

Ou seja, não comprometendo o desempenho técnico do objeto, deverá ocorrer a divisão para ampliar a competitividade e selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração. De forma, na tomada de decisão, a administração deverá avaliar os custos administrativos com a gestão de diversos contratos como prorrogação, reajustes, repactuação, novas contratações, contratos emergenciais, rescisões, processos de pagamentos, contas vinculadas, análise de documentos trabalhistas.

É indispensável que se atente que somente será possível dividir o objeto se a qualidade da contratação não for comprometida.

A divisão em itens é medida de majoração da disputa, pois ao separar soluções distintas, permite-se um maior número de licitantes participantes do certame.

Por outro lado, a licitação em lotes requer justificção. Inicialmente, temos que ressaltar que a competitividade será mitigada, portanto, é imprescindível que exista uma explicação.

Em regra, serão utilizadas as contratações em lotes quando os itens não puderem ser adquiridos de forma isolada, por não alcançar a solução da necessidade.

Quando se tratar do sistema de registro de preços o art. 8º, caput, do Decreto nº 7.892/13, prevê que o órgão gerenciador poderá dividir a quantidade total do item em lotes, quando técnica e economicamente viável, visando maior competitividade, observada a quantidade mínima, o prazo e o local de entrega.

A jurisprudência do Tribunal de Contas da União tem sinalizado favoravelmente a adjudicação de licitação por lotes quando for formado com elementos de mesma característica.

Manifestação do TCU:

*Ementa: o TCU deu ciência à Fundação Oswaldo Cruz (FIOCRUZ) sobre impropriedade caracterizada pela ausência de justificativa no processo licitatório, devidamente fundamentada, para a composição dos lotes a serem licitados, identificada no pregão eletrônico 001/2016-Dirac, em afronta ao princípio da motivação dos atos administrativos e ao entendimento presente no Acórdão nº 5.134/2014-2ªC, considerando-se a Súmula/TCU nº 247/2004 (item 1.6.1, TC-003.514/2016-1, **Acórdão nº 400/2016-Plenário**).*

*A divisão da contratação da obra em itens não deve comprometer a sua satisfatória execução e a integridade do seu conjunto. **Acórdão 2864/2008 Plenário***

É legítima a adoção da licitação por lotes formados com elementos de mesma característica, quando restar evidenciado que a licitação por itens isolados exigirá elevado número de processos licitatórios, onerando o trabalho da administração pública, sob o ponto de vista do emprego de recursos humanos e da dificuldade de controle, colocando

*em risco a economia de escala e a celeridade processual e comprometendo a seleção da proposta mais vantajosa para a administração. **Acórdão 5.301/2013 – SC***

*Proceda à análise mais detida no tocante aos agrupamentos de itens em lotes, de modo a evitar a reunião em mesmo lote de produtos que poderiam ser licitados isoladamente ou compondo lote distinto, de modo a possibilitar maior competitividade no certame e obtenção de proposta mais vantajosa para a administração, fazendo constar dos autos do procedimento o estudo que demonstre a inviabilidade técnica e/ou econômica do parcelamento - **Acórdão 2410/2009 Plenário***

*Acerca da alegada possibilidade de fragmentação do objeto, vale notar que, nos termos do art. 23, § 1º, da Lei n. 8.666/1993, exige-se o parcelamento do objeto licitado sempre que isso se mostre técnica e economicamente viável. A respeito da matéria, esta Corte de Contas já editou a Súmula n. 247/2004, **verbis**: “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...” (grifos não constam do original). Depreende-se, portanto, que a divisão do objeto deverá ser implementada sempre que houver viabilidade técnica e econômica para a sua adoção. Nesse ponto, calha trazer à baila o escólio de Marçal Justen Filho: “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.” (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 10. ed. São Paulo: Dialética, 2004. p. 209). - **Acórdão 1914/2009 Plenário (Voto do Ministro Relator)***

3.5.1.2. Formação de consórcios

A permissão de participação de consórcios em licitações é uma decisão discricionária da Administração e resulta de uma análise do mercado do objeto que será licitado, sopesando os riscos da contratação, como por exemplo, a dominação do mercado.

O consórcio amplia a competitividade do processo de contratação pública ao permitir que empresas menores, que de outra forma, não participariam do certame, possam então apresentar suas propostas.

No entanto, a administração precisa atentar para as circunstâncias do mercado e/ou a complexidade do objeto, sob pena de cercear a competição, ao passo que empresas que concorreriam entre si, reúnam-se em consórcio.

Da análise de diversas manifestações do Tribunal de Contas da União, em casos concretos, é possível enumerar algumas precauções a serem tomadas pela administração na tomada de decisão, tais como:

- Circunstâncias do mercado;
- Complexidade do objeto, se parcelados;
- Relevante vultu, as empresas, isoladamente, não supririam as condições de habilitação;

- Ampliação da competitividade;
- Existência de articulação com empresas de ramos distintos para formarem consórcios;
- Adequado para consecução de objeto certo e determinado no tempo, a exemplo de obras;

Decidindo, motivadamente, por permitir a formação de consórcios, o ato convocatório deverá estabelecer as regras que devem ser obedecidas pelos licitantes, nos termos do art. 33 da Lei nº 8.666/93.

No mesmo sentido, a Equipe de Planejamento da Contratação (IN 04/2014, art. 14, §2º, II) avaliará a viabilidade de permitir consórcio da Solução de Tecnologia da Informação, observado o disposto no art. 33 da Lei 8.666/93, justificando-se a decisão.

A Advocacia Geral da União orienta nas minutas padrão a não previsão de participação em consórcio, “vez que a experiência prática demonstra que as licitações que permitem essa participação são aquelas que envolvem serviços de grande vulto e/ou de alta complexidade técnica. Como o presente modelo de minuta foi elaborado com foco no dia a dia da Administração, consignou-se a vedação acima”.

Manifestação do TCU:

*A limitação a número máximo de empresas integrantes de consórcio deve ter motivação prévia e consistente, sob pena de afrontar os arts. 3º, § 1º, inciso I, e 33 da Lei 8.666/93 c/c os arts. 2º e 50 da Lei 9.784/99. **Acórdão 745/2017 Plenário***

3.5.1.3. Subcontratação

Entre os objetivos da licitação está a seleção da proposta mais vantajosa para a administração, como já apresentado anteriormente a vantagem refere-se ao melhor custo benefício, selecionando uma empresa apta, tecnicamente, para a execução do contrato.

Dito isso, a subcontratação total do objeto contratado é veementemente condenada, já a subcontratação parcial é permitida, mas sua admissão deverá ser analisada pela Administração em cada caso concreto.

O contratado, na execução do contrato, sem prejuízo das responsabilidades contratuais e legais, poderá subcontratar partes da obra, serviços ou fornecimento, até o limite admitido, em cada caso, pela Administração (art. 72, Lei 8.666/93).

Nesse sentido, a Equipe de Planejamento da Contratação (IN 04/2014, art. 14, §2º, II) avaliará a viabilidade de permitir subcontratação da Solução de Tecnologia da Informação, observado o disposto no art. 72 da Lei 8.666/93, justificando-se a decisão.

Poderá ser estabelecido no instrumento convocatório a exigência de subcontratação de microempresas ou empresas de pequeno porte, em vista do tratamento favorecido previsto no art. 7º do Decreto 8.538/2015, quando deverá ser determinado:

- I - o percentual mínimo a ser subcontratado e o percentual máximo admitido, a serem estabelecidos no edital, sendo vedada a sub-rogação completa ou da parcela principal da contratação;

II - que as microempresas e as empresas de pequeno porte a serem subcontratadas sejam indicadas e qualificadas pelos licitantes com a descrição dos bens e serviços a serem fornecidos e seus respectivos valores;

III - que, no momento da habilitação e ao longo da vigência contratual, seja apresentada a documentação de regularidade fiscal das microempresas e empresas de pequeno porte subcontratadas, sob pena de rescisão, aplicando-se o prazo para regularização previsto no § 1º do art. 4º;

IV - que a empresa contratada comprometa-se a substituir a subcontratada, no prazo máximo de trinta dias, na hipótese de extinção da subcontratação, mantendo o percentual originalmente subcontratado até a sua execução total, notificando o órgão ou entidade contratante, sob pena de rescisão, sem prejuízo das sanções cabíveis, ou a demonstrar a inviabilidade da substituição, hipótese em que ficará responsável pela execução da parcela originalmente subcontratada; e

V - que a empresa contratada responsabilize-se pela padronização, pela compatibilidade, pelo gerenciamento centralizado e pela qualidade da subcontratação.

Caso admitido, o edital deve estabelecer com detalhamento seus limites e condições, inclusive especificando quais parcelas do objeto poderão ser subcontratadas.

É importante verificar que são vedadas:

a exigência no instrumento convocatório de subcontratação de itens ou parcelas determinadas ou de empresas específicas;

a subcontratação das parcelas de maior relevância técnica, assim definidas no instrumento convocatório;

a subcontratação de microempresas e empresas de pequeno porte que estejam participando da licitação; e

a subcontratação de microempresas ou empresas de pequeno porte que tenham um ou mais sócios em comum com a empresa contratante.

Em qualquer hipótese de subcontratação, permanece a responsabilidade integral da Contratada pela perfeita execução contratual, bem como pela padronização, pela compatibilidade, pelo gerenciamento centralizado e pela qualidade da subcontratação, cabendo-lhe realizar a supervisão e coordenação das atividades da subcontratada, bem como responder perante a Contratante pelo rigoroso cumprimento das obrigações contratuais correspondentes ao objeto da subcontratação.

Manifestação do TCU:

*A entidade contratada por dispensa de licitação, com base no art. 24, inciso XIII, da Lei 8.666/1993, deve comprovar indiscutível capacidade para a execução do objeto pactuado por meios próprios e de acordo com as suas finalidades institucionais, sendo regra a inadmissibilidade de subcontratação. **Acórdão 2669/2016 Plenário***

Ementa: recomendação à Secretaria Especial de Agricultura Familiar e do Desenvolvimento Agrário (SEADA/Casa Civil) para que avalie a conveniência e a oportunidade de, nas licitações para contratação dos serviços, objeto de realização de eventos, estabeleça critérios, preferencialmente em normativo, para definição dos

*percentuais de subcontratação, levando em conta as características de cada evento e as particularidades que envolverão a execução dos serviços, como a localização no território nacional, com vistas a tornar objetivas e fundamentadas essas disposições e evitar exigências passíveis de restrição à competitividade (item 9.4.1, TC-019.715/2015-3, **Acórdão nº 1.840/2016-Plenário**).*

*Ementa: determinação à SecexPrevidência para que promovesse audiência de uma pessoa física acerca de irregularidade caracterizada pela inclusão de cláusula de subcontratação em edital de concorrência, admitindo, assim, que uma mesma empresa pudesse elaborar, simultaneamente, as propostas orçamentárias de duas ou mais licitantes, constituindo afronta aos princípios da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993 (item 1.8.1.2, TC-036.031/2012-7, **Acórdão nº 2.802/2015-Plenário**).*

*Ementa: o TCU deu ciência a uma prefeitura municipal de que eventuais subcontratações de serviços de transporte escolar, custeadas com recursos públicos federais, devem observar fielmente os requisitos dispostos no art. 72 da Lei nº 8.666/1993, a saber, estar previstas no edital e no contrato, ser parciais, a preços de mercado e autorizadas pela Administração, não isentando o contratado das responsabilidades contratuais e legais em relação à parcela subcontratada (item 1.7.1, TC-018.931/2013-8, **Acórdão nº 1.162/2014-1ª Câmara**).*

*Ementa: recomendação a uma prefeitura municipal no sentido de que, em caso de utilização de recursos provenientes de transferências voluntárias de recursos mediante convênios, contratos de repasse ou outros instrumentos congêneres, estabeleça, em edital e no contrato, as condições em que a subcontratação parcial seja admissível, em observância ao estatuído no art. 72 da Lei nº 8.666/1993, com vistas a evitar-se a subcontratação de parte do objeto sem autorização em edital ou em condições diversas das ali previstas (item 9.4.1, TC-016.353/2011-0, **Acórdão nº 3.131/2013-1ª Câmara**).*

*Em consonância com o disposto nos artigos 3º, § 1º, inciso I, e 23, §§ 1º e 2º, da Lei nº 8.666/1993, incumbe ao gestor promover o parcelamento do objeto a ser licitado com vistas ao melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e à ampliação da competitividade, ou, na impossibilidade técnica e econômica de fazê-lo, apresentar justificativas fundamentadas nos autos do procedimento licitatório. - **Acórdão 839/2009 Plenário (Sumário)***

3.5.2. Padronização

As compras, sempre que possível, devem atender ao princípio da padronização, que imponha compatibilidade de especificações técnicas e de desempenho, observadas, quando for o caso, as condições manutenção, assistência técnica e garantia oferecidas, essa é a determinação do art. 15, I, Lei 8.666/93.

Entre as vantagens da padronização está a otimização do tempo e redução dos esforços no processo de contratação, pois elimina uma série de análises e estudos para as próximas compras, bem como, torna o processo de substituição e manutenção mais eficiente.

O processo de padronização também tem algumas desvantagens, como a possibilidade da solução definida não ser a mais adequada a necessidade da Administração, poderá restringir a competitividade no certame e, ainda, elevar os custos da contratação.

A padronização precede de um processo administrativo que observará as formalidades cabíveis e respeitará os princípios da isonomia e da vantajosidade, podendo, inclusive, a administração concluir pela inviabilidade da padronização.

Observe que colocar em prática esse princípio não é tarefa fácil para a administração, tanto que algumas vezes invoca-se a padronização como “o disfarce de um capricho do administrador para favorecer tal ou qual produto de sua preferência pessoal; é o resultado de verificação científica, a ser subscrita por técnicos qualificados, e sem a qual a exclusão da competição seletiva nada mais é do que uma farsa¹².

Diante dessa distorção na utilização da padronização o TCU se manifestou em diversas oportunidades pela necessidade de motivar, circunstanciadamente, a indicação de marca, demonstrando, em termos técnicos e econômicos, ser a mais vantajosa para Administração (Acórdão 747/08-P).

Manifestação do TCU:

*1.7.2. Recomendar, nos termos do art. 250, inciso III, do RI/TCU, à SE/MTur que: 1.7.2.1.aprimore o controle interno administrativo relativo à gestão das compras e contratações, implementando normativos internos com: a) rotinas para a padronização de especificações de bens comumente adquiridos; **Acórdão nº 2313/2017 - TCU - 2ª Câmara.***

*Recomendação ao TJDF que, caso opte por manter a prática de padronização nas aquisições, com fulcro no art. 15, inciso I, da Lei nº 8.666/1993, constitua nova comissão multidisciplinar com o objetivo de reavaliar a padronização das soluções de telecomunicações instituída pela Portaria/GPR nº 1.596, de 29.11.2012, devendo o novo estudo estar calcado, objetivamente, em estudos de compatibilidade de especificações técnicas e desempenho dos produtos disponíveis no mercado, levando-se em consideração a planta instalada e as aquisições futuras, bem como as condições de manutenção, treinamento, assistência técnica e garantia, levantando-se custos estimados comparativos atualizados, tanto para os produtos em si, como para a garantia de seu funcionamento, e incluir regras para a periodicidade da revisão de suas conclusões (item 1.8, TC-028.652/2015-0, **Acórdão nº 574/2016-Plenário**).*

3.5.3. Indicação de marca

A preocupação com a qualidade das aquisições e/ou contratações é uma realidade na administração pública, o que é muito bom, pois o interesse público precisa ser alcançado e o serviço disponibilizado para a população precisa ser de boa qualidade.

¹² Perguntas e respostas. ILC – Informativo de Licitações e Contratos, p. 468.

Ocorre que, na tentativa de mitigar esse problema, é comum encontrar termos de referência ou projetos básicos com indicação da marca do objeto que se pretende adquirir ou, ainda pior, especificações direcionadas para determinada marca.

Então, é possível indicar marca?

O art. 7º, §5º, da Lei nº 8.666/93 veda a realização de licitação cujo objeto inclua bens e serviços sem similaridade ou de marcas, características e especificações exclusivas, salvo nos casos em que for tecnicamente justificável, ou ainda quando o fornecimento de tais materiais e serviços for feito sob o regime de administração contratada, previsto e discriminado no ato convocatório.

Nas compras deverá ser observada, ainda, a especificação completa do bem a ser adquirido sem indicação de marca, é o que determina o art. 15, §7º da Lei 8.666/93.

O Tribunal de Contas da União sumulou entendimento de que em licitações referentes a compras, inclusive de softwares, é possível a indicação de marca, desde que seja estritamente necessária para atender exigências de padronização e que haja prévia justificção. Súmula 270/2012.

Ou seja, é possível indicar a marca desde que devidamente justificada por critérios técnicos ou expressamente indicativos da qualidade do material a ser adquirido.

Nos casos em que a indicação da marca for como referência de qualidade ou facilitação da descrição do objeto, deverá ser seguida das expressões “ou equivalente”, “ou melhor qualidade”.

Manifestação do TCU:

*A indicação ou preferência por marca só é admissível se restar comprovado que a escolha é a mais vantajosa e a única que atende às necessidades da Administração. A licitação não tem por objetivo, necessariamente, a escolha do produto ou do serviço de melhor qualidade disponibilizado no mercado. **Acórdão 559/2017 Plenário***

*A indicação de marca no edital deve estar amparada em razões de ordem técnica, de forma motivada e documentada, que demonstrem ser aquela marca específica a única capaz de satisfazer o interesse público. Permite-se menção a marca de referência no edital, como forma ou parâmetro de qualidade para facilitar a descrição do objeto, caso em que se deve necessariamente acrescentar expressões do tipo “ou equivalente”, “ou similar”, “ou de melhor qualidade”, podendo a Administração exigir que a empresa participante do certame demonstre desempenho, qualidade e produtividade compatíveis com a marca de referência mencionada. **Acórdão 113/2016 Plenário***

*Ementa: determinação ao Conselho Regional de Química - IV Região (CRQ-IV) para que, em certames, abstenha-se de citar marcas ou nomes de empresas e/ou produtos em seus editais, ou, havendo necessidade de compatibilização do software a ser adquirido com o já existente na entidade, que seja tornado público e devidamente justificado no processo administrativo da licitação, a fim de evitar interpretações dúbias ou danosas ao bom trâmite do procedimento licitatório, sob pena de infringir os princípios que norteiam o procedimento licitatório (item 9.3.1, TC-027.757/2014-5, **Acórdão nº 3.139/2014-Plenário**).*

*Ementa: determinação à Escola Superior de Guerra no sentido de que, nos procedimentos licitatórios, especifique adequadamente o objeto, de forma a evitar o direcionamento para determinadas marcas, conforme alerta o subitem 1.6.2.1 do Acórdão nº 354/2012-1ªC (item 1.7.1.1, TC-023.480/2013-0, **Acórdão nº 5.623/2014-2ª Câmara**).*

*Ementa: o TCU deu ciência à Universidade Estadual de Londrina que exigir produtos fornecidos por um mesmo fabricante, mesmo que não se defina marca específica, sem que ocorra previamente uma decisão administrativa circunstanciadamente motivada que demonstre ser essa a opção, em termos técnicos e econômicos, a mais vantajosa para a administração, contraria o art. 7º, § 5º, da Lei nº 8.666/1993 e a Súmula/TCU nº 270/2012 (alínea “d”, TC-000.719/2014-5, **Acórdão nº 2.109/2014-Plenário**).*

*É legítima a aquisição de tablet produzido por fabricante específico quando comprovado que apenas determinado equipamento é compatível com outros equipamentos e sistemas previamente adquiridos pela Administração. **Acórdão 1682/2013-P**.*

*Ementa: o TCU deu ciência à Universidade Federal Fluminense sobre as seguintes impropriedades: [...] d) a especificação de marca não alicerçada em competente parecer técnico, identificada na descrição dos itens 39, 85 e 86 do edital do Pregão Eletrônico 65/2012, afronta o disposto no art. 3º, § 1º, inciso I, e no art. 15, § 7º, inciso I, ambos da Lei nº 8.666/1993; (itens 9.4.1 a 9.4.8, TC-016.462/2013-0, **Acórdão nº 3.381/2013-Plenário**)*

*O TCU encampou a concepção de que a indicação da marca é admissível para fins de padronização, se acompanhada por razões de ordem técnica. **Decisão nº 1.196/2002-Plenário***

3.5.4. Amostra, Protótipo e Prova de Conceito

Em que pese não haver previsão na Lei 8.666/93 quanto à possibilidade de exigência de amostras, o TCU tem admitido tal condição com base no art. 75, conforme excerto do Acórdão 1.437/04-PC:

O art. 75 da Lei 8.666/93 possibilita a exigência de amostras, testes e qualificação técnica do licitante para a execução do objeto. A análise de amostra permite a Autarquia excluir do processo licitatório licitantes que não ofertem produtos compatíveis com os seus equipamentos ou de má qualidade. Para tanto é necessário o estabelecimento de critérios objetivos previamente definidos no ato convocatório.

A amostra somente poderá ser exigida se determinada pela administração no instrumento convocatório.

O referido instrumento deverá prever também os procedimentos para avaliação da amostra, os critérios de aceitação, o que fazer com as amostras rejeitadas e com as que forem aceitas.

*O TCU deu ciência ao Hospital Militar de Área de São Paulo da ausência dos seguintes itens em editais de três pregões eletrônicos: a) possibilidade e forma de participação dos interessados, inclusive dos demais licitantes, no acompanhamento do procedimento de avaliação da amostra; b) forma de divulgação, a todos os licitantes, do período e do local da realização do procedimento de avaliação de amostras e do resultado de cada avaliação; c) roteiro de avaliação, com detalhamento de todas as condições em que o procedimento será executado, além dos critérios de aceitação da amostra e, conseqüentemente, da proposta do licitante; d) cláusulas que especifiquem a responsabilidade do contratante quanto ao estado em que a amostra será devolvida e ao prazo para sua retirada, após a conclusão do procedimento licitatório (itens 9.2.1 a 9.2.4, TC-034.255/2013-3, **Acórdão nº 1.285/2014-2ª Câmara**).*

O objetivo da amostra é averiguar se o futuro contratado dispõe de solução que atenda ao estabelecido no edital, bem como, verificar se os materiais que serão entregues respeitam as especificações técnicas exigidas no certame.

Em respeito ao princípio da isonomia entre os licitantes e da máxima competitividade da licitação, ser estabelecido prazo adequado para apresentação das amostras, em conformidade com o princípio da razoabilidade.

Destaque-se que o pedido de amostra deverá ser feito somente ao licitante que estiver como primeiro classificado. Se este não entregar a amostra ou essa for reprovada, deverá ser chamado o segundo classificado e assim sucessivamente.

A amostra refere-se um produto que já existe, através da qual se percebe a sua qualidade, enquanto o protótipo é aquilo que se faz pela primeira vez e, normalmente é usado como padrão.

Diferentemente da amostra, que deverá ser exigida do licitante provisoriamente classificado em primeiro lugar, o protótipo deve ser exigido apenas do contratado.¹³

Quanto o objeto contratado referir-se a tecnologia da informação poderá ser exigido que o licitante apresente uma Prova de conceito, que nada mais é que a amostra a ser fornecida pelo licitante classificado provisoriamente em primeiro lugar na realização dos testes necessários à verificação do atendimento às especificações técnicas definidas no Termo de Referência ou Projeto Básico, conforme definição da Instrução Normativa nº 04/2014, art. 2º, inciso XXV.

Independente de se exigir amostra, protótipo ou prova de conceito, caberá ao licitante às despesas para o envio, caso não tenha disposição contrária no edital.

Manifestação do TCU:

9.3. dar ciência à Gerência Executiva do INSS em Belo Horizonte acerca da seguinte impropriedade detectada no procedimento do Pregão Eletrônico 7/2016, com vistas a evitar a ocorrência de outras semelhantes: 9.3.1 os testes das amostras realizados no âmbito do INSS foram feitos pelo pregoeiro e sua equipe, quando deveriam ter sido analisadas por representante do setor solicitante, a quem cabia elaborar o laudo

¹³ Santana, Jair Eduardo. Termo de Referência: o impacto da especificação do objeto e do termo de referência na eficácia das licitações e contratos. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 69.

*consubstanciado técnico, informando os motivos da aceitação ou recusa da(s) amostra(s), conforme item 10.7 do edital; **Acórdão nº 486/2017 - TCU - Plenário.***

1.7. Ciência: 1.7.1. ao Grupamento de Apoio de São Paulo que: [...] 1.7.1.2. a ausência de critérios e de parâmetros objetivos e bem definidos para avaliação acerca da aceitabilidade das amostras solicitadas aos licitantes pode, igualmente, acarretar contornos de subjetividade no exame das amostras, ofendendo o princípio do julgamento objetivo insculpido no caput do art. 3º da Lei n. 8.666/1993. Acórdão nº 3273/2017 - TCU - 2ª Câmara.

Não se admite a entrega pela contratada de produto diferente da amostra apresentada e aprovada na licitação, pois a aceitação do produto demandaria nova avaliação técnica, prejudicando a celeridade da execução contratual e favorecendo a contratada em relação às demais participantes do certame. Acórdão 2611/2016 Plenário

*Ementa: o TCU deu ciência ao Comitê Paralímpico Brasileiro de que a análise de amostras, com vistas a verificar a conformidade dos materiais cotados com as especificações do edital, deve ser realizada no curso da licitação, na fase de julgamento das propostas, independente da modalidade licitatória, e apenas do licitante classificado provisoriamente em primeiro lugar (item 1.6.1.1, TC-003.700/2014-3, **Acórdão nº 5.519/2014-2ª Câmara**).*

*Adote em editais de pregão critérios objetivos, detalhadamente especificados, para avaliação de amostras que entender necessárias a apresentação. Somente as exija do licitante classificado provisoriamente em primeiro lugar no certame. **Acórdão 1168/2009 Plenário***

*Recomendação ao Ministério da Justiça no sentido de que se abstenha de utilizar a expressão “Análise Técnica” para as análises de amostra dos objetos a serem adquiridos, com o fim de evitar equívocos de interpretação por parte dos licitantes, nos editais de licitações (item 1.8.2, TC-017.068/2014-2, **Acórdão nº 3.068/2014-Plenário**).*

*Ementa: o TCU deu ciência à Coordenação Geral de Compras e Contratos do Ministério da Educação acerca do fato de que não constaram de edital de pregão eletrônico as condições para acompanhamento dos concorrentes durante a prova de conceito, conforme jurisprudência da Corte de Contas, inserta no “Manual de Licitações e Contratos – Orientações e Jurisprudência do TCU”, 4ª edição, ps. 529-539 (item 1.8.1, TC-019.998/2013-9, **Acórdão nº 390/2014-Plenário**).*

*Ementa: o TCU informou a Empresa de Tecnologia e Informações da Previdência Social que foram identificadas as seguintes falhas na condução de pregão eletrônico: a) inobservância de cláusula prevista em edital e anexos quanto à duração da prova de conceito, em afronta o princípio da vinculação da Administração e dos licitantes ao instrumento convocatório, de acordo com art. 3º c/c art. 41 da Lei nº 8.666/1993 e art. 5º do Decreto nº 5.450/2005; b) planejamento deficiente da licitação, com fixação de prazo insuficiente para realização da prova de conceito; c) descrição genérica dos requisitos previstos para a prova de conceito, em afronta ao disposto no inciso III do art. 2º do Decreto nº 7.174/2010; d) ausência de registro da realização de etapa prevista em edital para avaliação de soluções propostas, pela ausência de gravação ou por meio de cópia de tela dos testes realizados durante a prova de conceito (itens 1.6.2.1 a 1.6.2.4, TC-046.102/2012-4, **Acórdão nº 803/2013-Plenário**).*

3.5.5. Sustentabilidade

O planeta está em constante transformação, sendo que a ocupação populacional tem exigido mais recursos do que tem a capacidade renovação.

A sustentabilidade surgiu com a preocupação com a manutenção dos recursos naturais para a satisfação de necessidades presentes sem comprometer a satisfação das necessidades das gerações futuras.

O conceito de sustentabilidade é complexo, pois atende a um conjunto de variáveis interdependentes, mas podemos dizer que deve ter a capacidade de integrar as questões sociais, energéticas, econômicas e ambientais.

- Questão social: é preciso respeitar o ser humano, para que este possa respeitar a natureza. E do ponto de vista humano, ele próprio é a parte mais importante do meio ambiente.
- Questão energética: sem energia a economia não se desenvolve. E se a economia não se desenvolve, as condições de vida das populações se deterioram.
- Questão ambiental: com o meio ambiente degradado, o ser humano abrevia o seu tempo de vida; a economia não se desenvolve; o futuro fica insustentável.

O princípio da sustentabilidade aplica-se a desde um único empreendimento, passando por uma pequena comunidade (a exemplo das ecovilas), até o planeta inteiro. Para que um empreendimento humano seja considerado sustentável, é preciso que ele seja:

- Ecologicamente correto
- Economicamente viável
- Socialmente justo
- Culturalmente diverso¹⁴

O Estado Brasileiro é o seu maior cliente e esse poder de compra foi visto como uma oportunidade de fomentar o desenvolvimento nacional sustentável, o que, de forma muito sucinta, resultou na Lei nº 13.349/2010 que alterou o art. 3º da Lei 8.666/93, desde então, a licitação destina-se a garantir a promoção do desenvolvimento nacional sustentável, além do princípio da isonomia e da seleção da proposta mais vantajosa para a administração.

O Decreto nº 7.746/2012 regulamenta o art. 3º da Lei no 8.666/93, para estabelecer critérios, práticas e diretrizes para a promoção do desenvolvimento nacional sustentável nas contratações realizadas pela administração pública federal, e institui a Comissão Interministerial de Sustentabilidade na Administração Pública – CISAP, determinando em seu artigo 2º que a administração pública federal direta, autárquica e fundacional e as empresas estatais dependentes poderão adquirir bens e contratar serviços e obras considerando critérios e práticas de sustentabilidade objetivamente definidos no instrumento convocatório, conforme o disposto neste Decreto. Entretanto, determina que a adoção de critérios e práticas de sustentabilidade deverá ser justificada nos autos e preservar o caráter competitivo do certame.

¹⁴ <https://pt.wikipedia.org/wiki/Sustentabilidade>

Tais critérios e práticas de sustentabilidade serão veiculados como especificação técnica do objeto ou como obrigação da contratada.

O Decreto traz algumas diretrizes de sustentabilidade, tais como:

- I – menor impacto sobre recursos naturais como flora, fauna, ar, solo e água;
- II – preferência para materiais, tecnologias e matérias-primas de origem local;
- III – maior eficiência na utilização de recursos naturais como água e energia;
- IV – maior geração de empregos, preferencialmente com mão de obra local;
- V – maior vida útil e menor custo de manutenção do bem e da obra;
- VI – uso de inovações que reduzam a pressão sobre recursos naturais; e
- VII – origem ambientalmente regular dos recursos naturais utilizados nos bens, serviços e obras.

Posteriormente, o Ministério de Planejamento, Desenvolvimento e Gestão publicou a Instrução Normativa nº 10/2012 regulamentando o artigo 16, do Decreto nº 7.746/2012, ao estabelecer as regras para elaboração dos Planos de Gestão de Logística Sustentável.

Os Planos de Gestão de Logística Sustentável são ferramentas de planejamento com objetivos e responsabilidades definidas, ações, metas, prazos de execução e mecanismos de monitoramento e avaliação, que permite ao órgão ou entidade estabelecer práticas de sustentabilidade e racionalização de gastos e processos na Administração Pública.¹⁵

Ponto importante, que merece destaque sobre essa IN está colocado no artigo 8, segundo o qual, as práticas de sustentabilidade e racionalização do uso de materiais e serviços deverão abranger, no mínimo, os seguintes temas:

- I – material de consumo compreendendo, pelo menos, papel para impressão, copos descartáveis e cartuchos para impressão;*
- II – energia elétrica;*
- III – água e esgoto;*
- IV – coleta seletiva;*
- V – qualidade de vida no ambiente de trabalho;*
- VI – compras e contratações sustentáveis, compreendendo, pelo menos, obras, equipamentos, serviços de vigilância, de limpeza, de telefonia, de processamento de dados, de apoio administrativo e de manutenção predial; e*
- VII – deslocamento de pessoal, considerando todos os meios de transporte, com foco na redução de gastos e de emissões de substâncias poluentes.*

Há, também, nesta Instrução Normativa o anexo II, que traz sugestões de boas práticas de sustentabilidade e de racionalização de materiais, entre tais sugestões, estão as referentes a compras e contratações, quais sejam:

1. Dar preferência, quando possível, à aquisição de bens reciclados ou recicláveis;
2. Dar preferência à utilização de impressoras que imprimam em frente e verso;
3. Incluir no contrato de reprografia a opção de impressão dos documentos em frente e verso;

¹⁵ <http://www.comprasgovernamentais.gov.br/gestor-de-compras/sustentabilidade/planos-de-gestao-de-logistica-sustentavel>

4. Dar preferência, quando possível, à aquisição de papéis reciclados, isentos de cloro elementar ou branqueados a base de oxigênio, peróxido de hidrogênio e ozônio;
5. Incluir nos contratos de copeiragem e serviço de limpeza a adoção de procedimentos que promovam o uso racional dos recursos e utilizem produtos reciclados, reutilizados e biodegradáveis;
6. Exigir comprovação de origem das madeiras quando da aquisição de bens e na contratação de obras e serviços;
7. Priorizar, quando possível, o emprego de mão de obra, materiais, tecnologias e matérias-primas de origem local;
8. Revisar o contrato de limpeza visando à racionalização em razão do real dimensionamento da área objeto do serviço contratado;
9. Utilizar, quando possível, software de comunicação eletrônica para o envio de mensagens instantâneas (instant text messaging) ou para a transmissão de voz (Voice over Internet Protocol – VoIP);
10. Adotar, quando possível, uma rede de comunicações telefônicas, entre unidades de um mesmo órgão ou entidade;
11. Revisar normas internas e os contratos de telefonia fixa e móvel visando à racionalização em relação ao limite de custeio, à distribuição de aparelhos e ao uso particular dos aparelhos;
12. Revisar o contrato de telefonia fixa e móvel visando à adequação do plano contratado com a real necessidade do órgão ou entidade;
13. Adotar segurança eletrônica, sempre que possível, nos pontos de acesso dos edifícios dos órgãos ou entidades, visando a auxiliar a prestação do serviço de vigilância;
14. Revisar normas internas e os contratos de vigilância visando ao real dimensionamento dos postos de trabalho;
15. Substituir, se possível, a segurança armada por desarmada, nos locais internos do órgão ou entidade; e
16. Fomentar compras compartilhadas.

Ocorre que antes mesmo da publicação do Decreto nº 7.746/2012, o Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão já havia publicado outros normativos sobre contratações sustentáveis.

É o caso da Instrução Normativa nº 01/2010, que dispõe sobre os critérios de sustentabilidade ambiental na aquisição de bens, contratação de serviços ou obras pela administração pública federal direta, autárquica e fundacional.

A Instrução Normativa determina no art. 4º que as especificações e demais exigências do projeto básico ou executivo, para contratação de obras e serviços de engenharia, devem ser elaboradas visando à economia da manutenção e operacionalização da edificação, a redução do consumo de energia e água, bem como a utilização de tecnologias e materiais que reduzam o impacto ambiental, tais como:

- I – uso de equipamentos de climatização mecânica, ou de novas tecnologias de resfriamento do ar, que utilizem energia elétrica, apenas nos ambientes onde for indispensável;
- II – automação da iluminação do prédio, projeto de iluminação, interruptores, iluminação ambiental, iluminação tarefa, uso de sensores de presença;

- III – uso exclusivo de lâmpadas fluorescentes compactas ou tubulares de alto rendimento e de luminárias eficientes;
- IV – energia solar, ou outra energia limpa para aquecimento de água;
- V – sistema de medição individualizado de consumo de água e energia;
- VI – sistema de reuso de água e de tratamento de efluentes gerados;
- VII – aproveitamento da água da chuva, agregando ao sistema hidráulico elementos que possibilitem a captação, transporte, armazenamento e seu aproveitamento;
- VIII – utilização de materiais que sejam reciclados, reutilizados e biodegradáveis, e que reduzam a necessidade de manutenção; e
- IX – comprovação da origem da madeira a ser utilizada na execução da obra ou serviço.

Dispõem também que no projeto básico ou executivo para **contratação de obras e serviços de engenharia**, devem ser observadas as normas do Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial (INMETRO) e as normas ISO nº 14.000 da Organização Internacional para a Padronização (*International Organization for Standardization*), quando deverá ser exigido do licitante a comprovação de que adota práticas de desfazimento sustentável ou reciclagem dos bens que forem inservíveis para o processo de reutilização.

Quando da **aquisição de bens**, o art. 5º prevê que poderão ser exigidos os seguintes critérios de sustentabilidade ambiental:

- I – que os bens sejam constituídos, no todo ou em parte, por material reciclado, atóxico, biodegradável, conforme ABNT NBR – 15448-1 e 15448-2;
- II – que sejam observados os requisitos ambientais para a obtenção de certificação do Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial – INMETRO como produtos sustentáveis ou de menor impacto ambiental em relação aos seus similares;
- III – que os bens devam ser, 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; e
- IV – 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), bifênil-polibromados (PBBs), éteres difênil-polibromados (PBDEs).

É importante constar do Termo de Referência ou do projeto básico que o licitante precisa comprovar que cumpre as exigências do edital e isso poderá ser feito mediante apresentação de certificação emitida por instituição pública oficial ou instituição ou credenciada, ou por qualquer outro meio de prova. E caso inexistir certificação que ateste a adequação, a Administração poderá realizar diligências para verificação.

No caso de **contratação de serviços**, o termo de referência ou projeto básico deverá, conforme art. 6º, prever uma série de práticas de sustentabilidade a serem adotadas pelas empresas contratadas, quando couber:

- I – use produtos de limpeza e conservação de superfícies e objetos inanimados que obedeçam às classificações e especificações determinadas pela ANVISA;
- II – adote medidas para evitar o desperdício de água tratada, conforme instituído no Decreto nº 48.138, de 8 de outubro de 2003;

- III – Observe a Resolução CONAMA nº 20, de 7 de dezembro de 1994, quanto aos equipamentos de limpeza que gerem ruído no seu funcionamento;
- IV – forneça aos empregados os equipamentos de segurança que se fizerem necessários, para a execução de serviços;
- V - realize um programa interno de treinamento de seus empregados, nos três primeiros meses de execução contratual, para redução de consumo de energia elétrica, de consumo de água e redução de produção de resíduos sólidos, observadas as normas ambientais vigentes;
- VI - realize a separação dos resíduos recicláveis descartados pelos órgãos e entidades da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional, na fonte geradora, e a sua destinação às associações e cooperativas dos catadores de materiais recicláveis, que será procedida pela coleta seletiva do papel para reciclagem, quando couber, nos termos da IN/MARE nº 6, de 3 de novembro de 1995 e do Decreto nº 5.940, de 25 de outubro de 2006;
- VII – respeite as Normas Brasileiras – NBR publicadas pela Associação Brasileira de Normas Técnicas sobre resíduos sólidos; e
- VIII – preveja a destinação ambiental adequada das pilhas e baterias usadas ou inservíveis, segundo disposto na Resolução CONAMA nº 257, de 30 de junho de 1999.

As práticas listadas nessa IN não são exaustivas, portanto, não impede que a administração estabeleça a exigência de outras práticas de sustentabilidade ambiental, desde que motivadamente justificada.

Para aquisição ou locação de máquinas e aparelhos consumidores de energia, que estejam regulamentados no âmbito do Programa Brasileiro de Etiquetagem, a Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional deverá exigir nos instrumentos convocatórios que os modelos dos bens fornecidos estejam classificados com classe de eficiência “A” na Etiqueta Nacional de Conservação de Energia – ENCE, conforme Instrução Normativa SLTI – 2/2014.

Diante da crise energética e hídrica que atingiu o país, em fevereiro de 2015 o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão estabeleceu por meio da Portaria nº 23, boas práticas de gestão e uso de energia elétrica e de água, dividindo as ações a serem tomadas pelos órgãos e entidades da Administração Pública federal, direta, autárquica e fundacional:

- a) Práticas imediatas e permanentes para promover o uso racional da energia elétrica e da água;
- b) Práticas de eficiência energética e uso racional da água na aquisição e manutenção de bens e serviços;
- c) Práticas de Sustentabilidade em obras e serviços de engenharia.

Manifestação do TCU:

9.7. determinar que a Agência Espacial Brasileira, nos termos do art. 7º da Resolução TCU 265/2014, atente para a necessidade de evitar a recorrência das seguintes falhas: [...] 9.7.6. não adoção de critérios de sustentabilidade ambiental nas licitações para contratações de bens e serviços passíveis de impactos ambientais, em afronta ao art. 6º, inciso XII, da Lei 12.187/2009, à IN - SLTI/MP 1/2010 e aos Acórdãos 4.194/2013 e

4.135/2013, da 1ª Câmara, e Acórdãos 3.282/2013 e 2.380/2012, da 2ª Câmara (item 81); **Acórdão nº 2941/2017 - TCU - Segunda Câmara**

*Ementa: determinação à Superintendência Regional do Trabalho e Emprego no estado da Bahia/SRTE para que: a) verifique junto à Secretaria Executiva do Ministério do Trabalho e da Previdência Social acerca do Plano de Logística Sustentável (PLS) vigente, adotando mecanismos para implementá-lo a nível regional; b) adote, se cabível, critérios de sustentabilidade ambiental nas contratações realizadas, em obediência ao art. 3, “caput”, da Lei nº 8.666/1993 (itens 1.7.1.5 e 1.7.1.6, TC-026.132/2015-0, **Acórdão nº 2.182/2016-1ª Câmara**).*

*Ementa: o TCU deu ciência ao Núcleo Estadual do Ministério da Saúde no Amazonas (NEMS/AM) de que adote os critérios de sustentabilidade ambiental estabelecidos na Instrução Normativa/SLTI-MP nº 1, de 19.01.2010, na realização dos certames licitatórios para os quais seja possível o cumprimento desta norma (item 1.8.2, TC-028.632/2015-0, **Acórdão nº 544/2016-1ª Câmara**).*

*Determinação à Universidade Federal do Espírito Santo que informe ao TCU o cumprimento integral, em todas as dependências da universidade, dos preceitos contidos no Decreto nº 5.940/2006, devendo ser constituídas de imediato as comissões de coleta solidária e abertos processos de habilitação das cooperativas e associações interessadas (item 1.7.1, TC-041.677/2012-9, **Acórdão nº 874/2015-2ª Câmara**).*

*Ementa: o TCU deu ciência à EMBRAPA sobre impropriedade caracterizada pela falta de aplicação de critérios e práticas de sustentabilidade, que contribuem para a promoção do desenvolvimento nacional sustentável, em suas contratações, o que afronta o art. 3º da Lei nº 8.666/1993 (item 1.10.2, TC-034.526/2011-0, **Acórdão nº 32/2015-2ª Câmara**).*

*Ementa: recomendação ao Instituto Nacional do Semiárido para que envide os esforços necessários com vistas à implementação das seguintes medidas, acerca dos critérios de sustentabilidade ambiental: a) adoção, nos projetos básicos ou executivos de contratação de obras e serviços de engenharia, de exigências que propiciam a economia de recursos materiais e ambientais; b) inclusão de critérios de sustentabilidade ambiental nas licitações; c) aquisição de bens e produtos reciclados (itens 1.7.1.2.1 a 1.7.1.2.3, TC-030.588/2013-8, **Acórdão nº 120/2015-1ª Câmara**).*

*Ementa: recomendação ao SENAI/AC para que, até que advenha normativo com critérios de sustentabilidade ambiental, na aquisição de bens, serviços e obras, bem como da separação de resíduos sólidos recicláveis descartáveis, utilize, como modelo para suas contratações e no que se refere à separação de resíduos sólidos recicláveis descartáveis, o que estabelecem a Instrução Normativa/SLTI-MP nº 1/2010, a Portaria/SLTI-MP nº 2/2010 e o Decreto Federal nº 5.940/2006 (item 1.7.1, TC-028.648/2013-7, **Acórdão nº 7.722/2014-2ª Câmara**).*

*Ementa: o TCU deu ciência à Superintendência de Administração do Ministério da Fazenda no Estado do Amapá da impropriedade caracterizada pela não adoção de critérios de sustentabilidade ambiental nas aquisições de bens, materiais de tecnologia da informação e na contratação de serviços ou obras, com inobservância ao disposto na Lei nº 12.187, de 29.12.2009, na Instrução Normativa/SLTI-MP nº 1, de 19.01.2010, bem como sobre informações relacionadas à separação de resíduos recicláveis descartados, como disciplinado no Decreto nº 5.940/2006 (item 1.7.2, TC-021.238/2013-8, **Acórdão nº 3.078/2015-1ª Câmara**).*

Sugestão de leitura complementar:

Plano de Gerenciamento de Resíduos Sólidos - Instrumento de Responsabilidade Socio-ambiental na Administração Pública, disponível em https://www.compras.gov.br/arquivos/cartilhas/cartilha_pgrs_mma.pdf e https://www.comprasgovernamentais.gov.br/arquivos/cartilhas/livro_a3p_coleta_seletiva.pdf

3.5.6. Margem de referência

A Lei nº 12.349/2010 incluiu no artigo 3º da Lei nº 8.666/93 o parágrafo quinto, que possibilita a definição de margem de preferência para produtos manufaturados e para serviços nacionais que atendam a normas técnicas brasileiras.

Estabeleceu ainda que tais margens de preferências teriam por base estudos que deverão ser revistos periodicamente, em prazo não superior a cinco anos, que levem em consideração:

- I - geração de emprego e renda;
- II - efeito na arrecadação de tributos federais, estaduais e municipais;
- III - desenvolvimento e inovação tecnológica realizados no País;
- IV - custo adicional dos produtos e serviços; e
- V - em suas revisões, análise retrospectiva de resultados.

O Decreto nº 7.546/2011 regulamenta a aplicação da margem de preferência no âmbito da administração pública federal, neste caso entende-se além dos órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União.

As margens de preferência serão definidas por decreto do Poder Executivo Federal, não podendo ultrapassar o montante de 25% (vinte e cinco por cento) sobre o preço dos produtos manufaturados e serviços estrangeiros. Discriminará, ainda, a abrangência de sua aplicação e podendo, também, fixar o universo de normas técnicas brasileiras aplicáveis por produto, serviço, grupo de produtos e grupo de serviços.

É importante definir que a margem de preferência, nestes casos de proteção da empresa que invista em tecnologia admite a contratação por preço superior, diferente do termo empate ficto, que é um direito a um novo lance ou oferta; (J. U. Jacoby)

Ementa: determinação ao Banco do Brasil S.A, por intermédio do Centro de Apoio aos Negócios e Operações de Logística São Paulo - CENOP/SP, para que, relativamente ao Pregão Eletrônico nº 2015/08240, adote as medidas necessárias ao exato cumprimento da lei, no sentido de anular a aplicação do benefício da margem de preferência, previsto no Decreto nº 8.184/2014, à uma licitante privada da área de informática, bem como todos os atos que lhe são posteriores, uma vez que, por força do art. 5º, § 1º, do citado Decreto, não é possível utilizar o benefício quando a licitante já é ofertante da menor proposta, o que deve ser observado em todos os certames, inclusive naqueles realizados sob a forma de grupos ou lotes (item 9.3.1, TC-000.792/2016-0, Acórdão nº 1.347/2016-Plenário).

Ementa: determinação ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG) para que, no papel órgão central, informe aos demais órgãos e entidades da Administração

*Pública Federal que: a) é ilegal o estabelecimento de vedação a produtos e serviços estrangeiros em edital de licitação, uma vez que a Lei nº 12.349/2010 não previu tal situação; b) é ilegal o estabelecimento, por parte de gestor público, de margem de preferência nos editais licitatórios para contratação de bens e serviços sem a devida regulamentação via decreto do Poder Executivo Federal, estabelecendo os percentuais para as margens de preferência normais e adicionais, conforme o caso e discriminando a abrangência de sua aplicação (itens 9.1.1 e 9.1.2, TC-032.230/2011-7, **Acórdão nº 1.317/2013-Plenário**).*

Sugestão de leitura complementar: Lista de produtos com margem de preferência TIC, disponível em: <https://www.comprasgovernamentais.gov.br/arquivos/publicacoes/ncms-contempladas-compras-publicas-brasil.pdf>.

3.5.7. Garantias

A exigência de garantia constitui obrigação futura, e onera a contratação, portanto, deve ser considerada quando do levantamento dos preços de mercado.

A garantia pode ser técnica prevista no Código de Defesa do Consumidor - CDC e a contratual prevista na Lei Geral de Licitações.

A garantia técnica ou de fábrica é entendida como aquela oferecida pelo fornecedor direto (vendedor do bem ou prestador do serviço) ou pelo fornecedor indireto (fabricante do produto) em que a contratada é obrigada a reparar, corrigir, remover, reconstruir ou substituir o objeto quando verificados vícios, defeitos ou incorreções resultantes da execução ou de materiais empregados. De acordo com o código de defesa do consumidor, essa garantia pode ser legal e contratual.¹⁶

A garantia legal independe de termo escrito, pois já está prevista em lei (art. 26 do CDC), sendo imperativa, obrigatória, total, incondicional e inegociável.

Art. 26. O direito de reclamar pelos vícios aparentes ou de fácil constatação caduca em:

- I - trinta dias, tratando-se de fornecimento de serviço e de produtos não duráveis;
- II - noventa dias, tratando-se de fornecimento de serviço e de produtos duráveis.

A garantia contratual estabelecida no CDC (art. 50) é complementar à garantia legal, todavia, não é obrigatória. Mas, se for concedida, essa garantia passa a integrar a oferta, obrigado o fornecedor a honrá-la. Deve ser dada por escrito, por meio de termo de garantia, e entregue ao consumidor no momento da entrega.

Art. 50. A garantia contratual é complementar à legal e será conferida mediante termo escrito.

Parágrafo único. O termo de garantia ou equivalente deve ser padronizado e esclarecer, de maneira adequada em que consiste a mesma garantia, bem como a forma, o prazo e o lugar em que pode ser exercitada e os ônus a cargo do consumidor, devendo ser-lhe entregue, devidamente preenchido pelo fornecedor, no ato do fornecimento, acompanhado de manual de instrução, de instalação e uso do produto em linguagem didática, com ilustrações.

¹⁶ Parecer nº 861/2012/CGCA/CONJUR/MMA/CGU/AGU

Já a garantia contratual prevista no art. 56 da Lei 8.666/93, visa assegurar a execução contrato e evitar prejuízos ao patrimônio público. Deve sempre estar prevista no edital e no contrato.

Art. 56. A critério da autoridade competente, em cada caso, e desde que prevista no instrumento convocatório, poderá ser exigida prestação de garantia nas contratações de obras, serviços e compras.

§ 1o Caberá ao contratado optar por uma das seguintes modalidades de garantia:

I - caução em dinheiro ou em títulos da dívida pública, devendo estes ter sido emitidos sob a forma escritural, mediante registro em sistema centralizado de liquidação e de custódia autorizado pelo Banco Central do Brasil e avaliados pelos seus valores econômicos, conforme definido pelo Ministério da Fazenda;

II - seguro-garantia;

III - fiança bancária.

§ 2o A garantia a que se refere o caput deste artigo não excederá a cinco por cento do valor do contrato e terá seu valor atualizado nas mesmas condições daquele, ressalvado o previsto no parágrafo 3o deste artigo.

§ 3o Para obras, serviços e fornecimentos de grande vulto envolvendo alta complexidade técnica e riscos financeiros consideráveis, demonstrados através de parecer tecnicamente aprovado pela autoridade competente, o limite de garantia previsto no parágrafo anterior poderá ser elevado para até dez por cento do valor do contrato.

§ 4o A garantia prestada pelo contratado será liberada ou restituída após a execução do contrato e, quando em dinheiro, atualizada monetariamente.

§ 5o Nos casos de contratos que importem na entrega de bens pela Administração, dos quais o contratado ficará depositário, ao valor da garantia deverá ser acrescido o valor desses bens.

Quando se tratar de contratações de tarefas executivas sob o regime de execução indireta a IN 05/2017 prevê, no Anexo VII-F – Modelo de Minuta de Contrato, o seguinte:

3.1. Exigência de garantia de execução do contrato, nos moldes do art. 56 da Lei nº 8.666, de 1993, com validade durante a execução do contrato e 3 (três) meses após o término da vigência contratual, para os contratos de prestação de serviços com regime de execução de mão de obra exclusiva, devendo ser renovada a cada prorrogação, observados ainda os seguintes requisitos:

a) A contratada deverá apresentar, no prazo máximo de 10 (dez) dias úteis, prorrogáveis por igual período, a critério do órgão contratante, contado da assinatura do contrato, comprovante de prestação de garantia, podendo optar por caução em dinheiro ou títulos da dívida pública, seguro-garantia ou fiança bancária, sendo que, nos casos de contratação de serviços continuados de dedicação exclusiva de mão de obra, o valor da garantia deverá corresponder a cinco por cento do valor total do contrato;

b) A garantia, qualquer que seja a modalidade escolhida, assegurará o pagamento de:

b.1. prejuízos advindos do não cumprimento do objeto do contrato;

b.2. prejuízos diretos causados à Administração decorrentes de culpa ou dolo durante a execução do contrato;

- b.3. multas moratórias e punitivas aplicadas pela Administração à contratada; e
- b.4. obrigações trabalhistas e previdenciárias de qualquer natureza, não adimplidas pela contratada, quando couber;
- c) A modalidade seguro-garantia somente será aceita se contemplar todos os eventos indicados no item “b” do item 3.1 deste Anexo VII-F, observada a legislação que rege a matéria;
- d) A garantia em dinheiro deverá ser efetuada na Caixa Econômica Federal em conta específica com correção monetária, em favor do contratante;
- [...]
- g) O garantidor não é parte para figurar em processo administrativo instaurado pelo contratante com o objetivo de apurar prejuízos e/ou aplicar sanções à contratada;
- h) A garantia será considerada extinta:
 - h.1. com a devolução da apólice, carta fiança ou autorização para o levantamento de importâncias depositadas em dinheiro a título de garantia, acompanhada de declaração da Administração, mediante termo circunstanciado, de que a contratada cumpriu todas as cláusulas do contrato; e
 - h.2. com o término da vigência do contrato, observado o prazo previsto no item 3.1, que poderá, independentemente da sua natureza, ser estendido em caso de ocorrência de sinistro;
- i) O contratante executará a garantia na forma prevista na legislação que rege a matéria;
- j) Deverá haver previsão expressa no contrato e seus aditivos de que a garantia prevista no 3.1. acima somente será liberada mediante a comprovação de que a empresa pagou todas as verbas rescisórias trabalhistas decorrentes da contratação, e que, caso esse pagamento não ocorra até o fim do segundo mês após o encerramento da vigência contratual, a garantia será utilizada para o pagamento dessas verbas trabalhistas, conforme estabelecido na alínea “c” do subitem 1.2 do item 1 do Anexo VII-B, observada a legislação que rege a matéria.
- k) Disposição prevendo que nas contratações de serviços continuados com fornecimento de mão de obra exclusiva, poderá ser estabelecido, como condição para as eventuais repactuações, que o contratado deverá complementar a garantia contratual anteriormente prestada, de modo que se mantenha a proporção de 5% (cinco por cento) em relação ao valor contratado.

Impende também ressaltar que assistência técnica não se confunde com garantia técnica, seja ela legal ou contratual. Trata-se de serviços de manutenção preventiva e corretiva de execução contínua.

O termo de garantia já impõe ao fornecedor o adimplemento das obrigações assumidas, nas situações especificadas no termo. A jurisprudência tem se manifestado no sentido da desnecessidade do termo de contrato nesses casos.

9.6. dar ciência à Secretaria Especial de Agricultura Familiar e do Desenvolvimento Agrário - Casa Civil da Presidência da República das seguintes impropriedades e irregularidades, ocorridas na Chamada Pública 02/2015 SAF/Ater - Juventude Rural, com vistas a evitar a ocorrência de outras semelhantes: [...] 9.6.8. ausência de critérios para dispensar a exigência de garantia contratual, contrariando o disposto no art. 56 da Lei 8.666/1993; **Acórdão nº 140/2017 - TCU - Plenário.**

*Ementa: o TCU deu ciência à CODESA sobre impropriedade caracterizada pela realização de licitações para a prestação de serviços, contemplando a possibilidade da remuneração dos serviços prestados por postos de trabalho, assim como sem a previsão, no respectivo edital ou termo de referência, dos parâmetros de qualidade que compõe o Acordo de Níveis de Serviço - ANS, e da prestação de garantia para a execução do contrato correspondente, o que afronta o disposto nos artigos 11 e 20, inciso I; 15, inciso XVII; e 19, inciso XIX, todos da IN/SLTI-MP nº 2/2008 (item 1.7.10, TC-044.906/2012-9, **Acórdão nº 5.820/2014-1ª Câmara**).*

*Ementa: determinação à Secretaria de Infraestrutura Hídrica do Ministério da Integração Nacional (SIH/MI) para que: a) formalize a responsabilidade pelo acompanhamento dos contratos eletromecânicos após a entrega dos equipamentos em obra, incluindo as condições de armazenamento e manutenção desses equipamentos; b) elabore planos de contingência e de gerenciamento de risco para os equipamentos que apresentam indefinição quanto à cobertura de garantia técnica, contendo minimamente a definição de responsabilidades, prazos, recursos e procedimentos a serem adotados; c) realize tratativas junto aos fornecedores dos equipamentos eletromecânicos para que as garantias técnicas dos mesmos passem a contar a partir de sua efetiva instalação física e entrada em funcionamento no empreendimento, com o objetivo de evitar que atrasos no cronograma das obras civis provoquem a redução ou mesmo o vencimento dessas garantias (itens 9.1.6 a 9.1.8, TC-019.368/2014-3, **Acórdão nº 3.442/2014-Plenário**).*

11. Quanto a previsão de garantia dos serviços em prazos superiores aos previstos no CDC, conclui-se por sua viabilidade, desde que possa a empresa prever esses custos adicionais nos preços propostos. **Acórdão 2.055/2013-Plenário**

3.5.8. Vistoria ou visita técnica

Para que as empresas tenham condições de elaborar propostas compatíveis com os serviços contratados, poderá a administração exigir que os licitantes conheçam o local da execução do futuro contrato.

Devemos recordar que essa é uma exigência que onerará o licitante, e pode representar uma restrição ao caráter competitivo do certame, haja vista que nem todos os licitantes poderão desembolsar o valor necessário para conhecer das instalações, diante disso, a decisão de exigir vistoria deve estar motivada no processo.

Em cumprimento da jurisprudência do TCU a vistoria poderá ser exigida quando atender aos seguintes requisitos:

- i) demonstração da imprescindibilidade da visita;
- ii) não imposição de que a visita seja realizada pelo engenheiro responsável pela obra; e

iii) não seja estabelecido prazo exíguo para os licitantes vistoriarem os diversos locais onde os serviços serão executados.

Caso a vistoria seja imprescindível para o correto dimensionamento da proposta comercial, o licitante deverá apresentar a comprovação de que realizou a vistoria juntamente com a documentação de habilitação (art. 29, II, Lei 8.666/93) exigida para o certame.

Em recentes manifestações o TCU tem orientado que o edital deverá prever a possibilidade de substituição da visita técnica por uma declaração de responsabilidade, emitida pelo responsável técnico, de que possui pleno conhecimento do objeto.

Outro problema recorrente envolvendo a vistoria técnica refere-se a fixação, pela administração, que a visita ocorra em uma única data e hora, para todos os licitantes interessados, o que vai contra os princípios da moralidade e probidade administrativa, já que o gestor público e os próprios concorrentes terão conhecimento prévio do universo dos licitantes.

Manifestação do TCU:

*c) dar ciência, à Prefeitura Municipal de Itatim/BA, acerca das seguintes disposições irregulares identificadas no instrumento convocatório da Tomada de Preços 003/2016, a fim de que sejam adotadas providências com vistas a inibir a nova ocorrência de falhas da espécie: [...] c.4) obrigatoriedade de que a vistoria seja realizada exclusivamente pelo responsável técnico da empresa licitante, em oposição à jurisprudência do TCU, conforme os Acórdãos 2299/2011, 1264/2010 e 234/2015, todos do Plenário; **Acórdão nº 281/2017 - TCU - Plenário.***

*9.2. determinar ao município de Irará/BA que, caso decida pela continuidade do processo de contratação o objeto de que trata este processo, promova o devido processo licitatório, abstendo-se de incluir no edital as seguintes exigências consideradas ilegais por este Tribunal: [...] 9.2.2. exigência, de que a vistoria técnica seja realizada exclusivamente pelo sócio administrador da licitante, tendo em vista que tal visita, quando exigida, não deve sofrer condicionantes, por parte da administração, que resultem em ônus desnecessário aos particulares e importem restrição injustificada à competitividade do certame (acórdãos TCU 983/2008, 2395/2010 e 2990/2010, todos do Plenário); **Acórdão nº 2416/2017 - TCU - 1ª Câmara.***

*A exigência de vistoria que onere de forma desnecessária a participação de interessados em procedimento licitatório caracteriza restrição ao caráter competitivo da licitação, de que trata o art. 3º da Lei nº 8.666/1993, ensejando, por isso, a nulidade do procedimento. **Acórdão 874/2007 Segunda Câmara (Sumário)***

*Estabeleça prazo razoável para eventual visita técnica dos licitantes, em respeito ao art. 2º, caput, da Lei nº 9.784/1999. - **Acórdão 2104/2009 Segunda Câmara.***

Ementa: o TCU deu ciência ao Centro de Obtenção da Marinha no Rio de Janeiro (COMRJ) de que: a) é irregular a exigência de que atestados de qualificação técnica devem ser fornecidos juntamente com cópias das correspondentes notas fiscais; b) deve evitar, salvo em situações excepcionais devidamente justificadas, exigir visita técnica pelos interessados nas licitações, eis que sua substituição por declaração formal assinada pela

*empresa, sob as penalidades da lei, de que tem pleno conhecimento das condições locais e peculiaridades inerentes à natureza dos trabalhos e não alegará desconhecimento para quaisquer questionamentos futuros de caráter técnico ou financeiro, atende o art. 30, inciso III, da Lei nº 8.666/1993, sem comprometer a competitividade do certame (itens 9.2.1 e 9.2.2, TC-011.069/2014-7, **Acórdão nº 1.564/2015-2ª Câmara**).*

*A vistoria ao local das obras somente deve ser exigida quando for imprescindível ao cumprimento adequado das obrigações contratuais, o que deve ser justificado e demonstrado pela Administração no processo de licitação, devendo o edital prever a possibilidade de substituição do atestado de visita técnica por declaração do responsável técnico de que possui pleno conhecimento do objeto. As visitas ao local de execução da obra devem ser prioritariamente compreendidas como um direito subjetivo da empresa licitante, e não uma obrigação imposta pela Administração, motivo pelo qual devem ser uma faculdade dada pela Administração aos participantes do certame. (**Acórdão 234/2015-P**)*

*Ementa: o TCU deu ciência à Prefeitura de Buriti Alegre/GO e à FUNASA sobre as seguintes irregularidades: a) a exigência editalícia de visita ao local da obra realizada pelo responsável técnico da licitante em dia e hora marcados afronta o disposto no art. 3º, “caput”, e § 1º, inciso I, e no art. 30, inciso III, da Lei nº 8.666/1993, assim como nos Acórdãos nºs 2.699/2013-P, 1.955/2014-P, 234/2015-P, 2.583/2010-P e 1.731/2008-P (itens 9.1.2 a 9.1.4, TC-032.458/2014-2, **Acórdão nº 1.084/2015-Plenário**).*

*Ementa: o TCU deu ciência ao Município de Ponte Alta do Tocantins de que: a) a exigência de taxa exorbitante para a disponibilização de edital contraria o disposto no art. 32, § 5º, da Lei nº 8.666/1993; b) a fixação de uma única data para realização da visita técnica restringe a participação de interessados e pode possibilitar que os potenciais licitantes tomem conhecimento prévio do universo de concorrentes (itens 9.8.1 e 9.8.2, TC-007.834/2013-6, **Acórdão nº 696/2015-Plenário**).*

*A previsão editalícia de realização de visitas técnicas coletivas contraria os princípios da moralidade e da probidade administrativa, uma vez que permite tanto ao gestor público ter prévio conhecimento das licitantes quanto às próprias empresas terem ciência do universo de concorrentes, criando condições propícias para o conluio. (**Acórdão 234/2015-P**)*

3.5.9. Condições de Recebimento do objeto: Entrega e Critérios de Aceitação

Na elaboração do Projeto Básico ou Termo de Referência a administração precisa atentar para as condições que o objeto deve ser entregue e como será recebido e devem ser fixadas conforme a necessidade do Órgão.

O artigo 73 da Lei nº 8.666/93 determina que, executado o contrato, o objeto será recebido. O recebimento poderá ser provisório ou definitivo.

O Professor Marçal Justen Filho¹⁷ diferencia de forma exímia o recebimento provisório e o definitivo. O primeiro consiste na simples transferência da posse do bem ou dos resultados do serviço para a Administração. Não acarreta liberação integral do particular nem significa que a Administração reconheça que o objeto é bom ou que a prestação foi executada corretamente. Já o segundo somente será dado após o recebimento definitivo. No entanto, caso a Administração encontre defeito, a coisa ou o serviço serão rejeitados e devolvidos ao particular no estado em que se encontrarem.

O recebimento provisório ou definitivo não exclui a responsabilidade civil pela solidez e segurança da obra ou do serviço, nem ético-profissional pela perfeita execução do contrato, dentro dos limites estabelecidos pela lei ou pelo contrato (art. 73. § 2º, da Lei nº 8.666/93).

Após executado o contrato, o objeto será recebido:

A) no caso de obras e serviços, conforme artigo 73, I, da Lei nº 8.666/93:

- provisoriamente, pelo responsável por seu acompanhamento e fiscalização, por meio de termo circunstanciado assinado pelas partes, em até quinze dias da comunicação escrita do contratado do término da execução;

- definitivamente, por servidor ou comissão designada pela autoridade competente, após o término do prazo de observação, ou vistoria, que comprove a adequação do objeto aos termos contratuais;

Observações:

1) O prazo de observação não poderá ser superior a noventa dias, salvo em casos excepcionais, devidamente justificados e previstos no ato convocatório e/ou no contrato (art. 73, §3º, da Lei nº 8.666/93);

2) Poderá ser dispensado recebimento provisório para gêneros perecíveis e alimentação preparada, serviços profissionais e de obras e serviços de valor até R\$ 80 mil, desde que não estejam incluídos aparelhos, equipamentos e instalações que devam ser verificados tanto o funcionamento quanto a produtividade (art. 74, Lei nº 8.666/93);

3) Recebimento definitivo do objeto será feito mediante termo circunstanciado assinado pelas partes (art. 73, Lei nº 8.666/93).

B) No caso de compras ou de locação de equipamentos, conforme artigo 73, II, da Lei nº 8.666/93:

- provisoriamente, para efeito de posterior verificação da conformidade do material com a especificação;

- definitivamente, após verificação da qualidade e quantidade do material e consequente aceitação.

Observações:

1) O recebimento do objeto será feito por meio de termo circunstanciado, conforme o artigo 73, §1º, da Lei nº 8.666/93, quanto à aquisição de equipamentos de grande vulto, ou seja, de valor superior a 25 vezes o valor da concorrência - R\$ 37,5 milhões. Para as demais aquisições, o recebimento será feito mediante recibo;

¹⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 14ª ed. - São Paulo: Dialética, 2010. Fl. 827.

2) O recebimento de material de valor superior ao limite estabelecido para modalidade convite (R\$ 80 mil) deve ser confiado a comissão de, no mínimo, três membros, conforme artigo 15, §8º, da Lei nº 8.666/93;

3) Se o termo circunstanciado não for lavrado ou a verificação da conformidade não for realizada nos prazos fixados, esses procedimentos serão considerados realizados, desde que o contratado comunique à administração a exaustão do prazo, com antecedência mínima de quinze dias, conforme artigo 73, § 4º, da Lei nº 8.666/93.

Manifestação do TCU:

9.1. com fulcro no art. 7º da Resolução TCU 265/2014, dar ciência ao Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes e à Superintendência Regional do Dnit no Estado de Goiás e Distrito Federal acerca das seguintes irregularidades, identificadas nos editais do Pregão Eletrônico 126/2016 e da Concorrência 39/2011, bem como nos contratos decorrentes: [...] 9.1.5. ausência de termo de recebimento definitivo dos serviços relativos ao Contrato 567/2011, em desacordo com o art. 73, inciso I, alínea “b”, da Lei de Licitações e Contratos; Acórdão nº 134/2017 - TCU - Plenário.

Ementa: recomendação ao TJDF para que avalie a conveniência e a oportunidade de (com vistas à melhoria dos controles internos da organização) incluir, no seu modelo de processo de aquisições para a contratação de bens e serviços, e a gestão dos contratos decorrentes, os seguintes controles internos na etapa de elaboração do termo de referência ou projeto básico: [...] c) previsão, no modelo de gestão do contrato, quando se tratar de contratação de serviços, da segregação das atividades de recebimento de serviços de forma que: c.1) o recebimento provisório, a cargo do fiscal que acompanha a execução do contrato, baseie-se no que foi observado ao longo do acompanhamento e fiscalização (art. 73, inciso I, alínea “a”, da Lei nº 8.666/1993); c.2) o recebimento definitivo, a cargo de outro servidor ou comissão responsável pelo recebimento definitivo, deve basear-se na verificação do trabalho feito pelo fiscal e na verificação de todos os outros aspectos do contrato que não a execução do objeto propriamente dita (art. 73, inciso I, alínea “b”, da Lei nº 8.666/1993); (item 9.1.22, TC-017.635/2014-4, Acórdão nº 2.743/2015-Plenário).

Ementa: o TCU deu ciência ao Centro Tecnológico de Informática do Ministério da Saúde sobre a impropriedade caracterizada pela ausência de recebimento provisório e definitivo dos objetos contratados, afrontando o disposto no art. 73, inc. II, da Lei nº 8.666/1993, além do que o pagamento de despesa antes da referida liquidação contraria o disposto nos arts. 62 e 63 da Lei nº 4.320/1964 (item 1.7.2, TC-015.323/2009-1, Acórdão nº 1.153/2013-2ª Câmara).

Efetue o recebimento, mediante termo circunstanciado, de compras ou de prestações de serviços de informática, conforme exigem os arts. 73 a 76, todos da Lei nº 8.666/1993, realizando criteriosa verificação da qualidade e quantidade do material ou serviço e a consequente aceitação. Faça constar dos processos de pagamentos as respectivas portarias designando empregado ou comissão para proceder ao recebimento provisório ou definitivo das aquisições de bens e serviços de informática. - Acórdão 1182/2004 Plenário

3.5.10. Pesquisa de Mercado

Após a definição de todas as informações e especificações necessárias para a contratação, inclusive a definição das obrigações acessórias, deverá a administração efetuar a pesquisa de preços.

Tanto a Lei 8.666/93 (art. 7º, §2º, inc. II e 40, §2º, inc. II) quanto a Lei 10.520/02 (art. 3º, inc. III) exigem a elaboração do orçamento estimado para identificação precisa dos valores praticados no mercado para o objeto que a Administração pretende contratar.

A pesquisa de preço é muito importante para as contratações públicas, pois com base nela será possível:

- a) estimar o orçamento que deverá ser despendido nessa contratação;
- b) determinar o preço máximo que a administração pagará por essa contratação, conforme artigo 40, inciso X, da Lei nº 8.666/93;
- c) verificar o enquadramento quanto a exclusividade para microempresas e empresas de pequeno porte;
- d) possibilitar a escolha da modalidade – caso se enquadre na Lei nº 8.666/93;
- e) viabilizar o atendimento das exigências quanto à publicidade – caso seja um pregão;
- f) subsidiar a análise e o julgamento das propostas.

No que se refere ao enquadramento da exclusividade da contratação para microempresas e empresas de pequeno porte, importa observar a Orientação Normativa AGU nº 10/2009 que prevê que para fins de escolha das modalidades licitatórias convencionais (concorrência, tomada de preços e convite), bem como de enquadramento das contratações previstas no art. 24, I e II, da Lei nº 8.666/93, a definição do valor da contratação levará em conta o período de vigência contratual e as possíveis prorrogações. Nas Licitações exclusivas para microempresas, empresas de pequeno porte e sociedades cooperativas, o valor de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais) refere-se ao período de um ano, observada a respectiva proporcionalidade em casos de períodos distintos.

Independentemente da forma como se dará a contratação, se por pregão, ou pelas modalidades previstas na Lei 8.666/93 ou por dispensa ou inexigibilidade ou adesão a ata de registro de preços, a Administração deverá instruir com a pesquisa de mercado.

No caso de adesão a ARP a administração precisa justificar a vantagem econômica da adesão.

No entanto, realizar a pesquisa de mercado é tarefa das mais complexas e buscando tornar o processo, ao menos, mais homogêneo, a Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação publicou Instrução Normativa nº 05/2014 dispondo sobre os procedimentos administrativos para a realização de pesquisa de preços para aquisição de bens e contratação de serviços em geral.

Pela primeira vez, a Administração tem uma orientação oficial de como elaborar a pesquisa dos preços e definir o valor de referência.

De acordo com o referido instrumento, a pesquisa de mercado será realizada mediante a utilização dos seguintes parâmetros:

- a) painel de preços disponível no endereço eletrônico <http://paineldeprecos.planejamento.gov.br>;
- b) contratações similares de outros entes públicos, em execução ou concluídos nos 180 (cento e oitenta) dias anteriores à data da pesquisa de preços;
- c) pesquisa publicada em mídia especializada, sítios eletrônicos especializados ou de domínio amplo, desde que contenha a data e hora de acesso; ou
- d) pesquisa com os fornecedores, desde que as datas das pesquisas não se diferenciem em mais de 180 (cento e oitenta) dias..

A mencionada norma prevê que os parâmetros poderão ser utilizados de forma combinada ou não, devendo ser priorizados os previstos nas alíneas “a” e “b”.

Somente será admitida a pesquisa com menos de três preços ou fornecedores, excepcionalmente, mediante justificativa.

É imprescindível a avaliação crítica dos valores encontrados para obtenção do resultado da pesquisa de preços, assim, não poderá ser considerada na composição os preços inexequíveis ou os excessivamente elevados, conforme critérios fundamentados e descritos no processo administrativo.

Quando o objeto da contratação for serviços faz-se necessário observar que a IN 05/2017 (Anexo V, 2.9) prevê as seguintes diretrizes gerais para elaboração da estimativa de preços e preços referenciais:

a) Refinar, se for necessário, a estimativa de preços ou meios de previsão de preços referenciais realizados nos estudos preliminares;

b) No caso de serviços com regime de dedicação exclusiva de mão de obra, o custo estimado da contratação deve contemplar o valor máximo global e mensal estabelecido em decorrência da identificação dos elementos que compõem o preço dos serviços, definidos da seguinte forma:

b.1. por meio do preenchimento da planilha de custos e formação de preços, observados os custos dos itens referentes ao serviço, podendo ser motivadamente dispensada naquelas contratações em que a natureza do seu objeto torne inviável ou desnecessário o detalhamento dos custos para aferição da exequibilidade dos preços praticados

b.2. por meio de fundamentada pesquisa dos preços praticados no mercado em contratações similares; ou ainda por meio da adoção de valores constantes de indicadores setoriais, tabelas de fabricantes, valores oficiais de referência, tarifas públicas ou outros equivalentes, se for o caso; e

b.3. previsão de regras claras quanto à composição dos custos que impactem no valor global das propostas das licitantes, principalmente no que se refere a regras de depreciação de equipamentos a serem utilizados no serviço;

9.6. dar ciência à Secretaria Especial de Agricultura Familiar e do Desenvolvimento Agrário - Casa Civil da Presidência da República das seguintes impropriedades e irregularidades, ocorridas na Chamada Pública 02/2015 SAF/Ater - Juventude Rural, com vistas a evitar a ocorrência de outras semelhantes: [...] 9.6.2. ausência de detalhamento do orçamento em planilhas que evidenciem todos os custos unitários em desacordo com o disposto na Lei 8.666/1993, art. 4º, parágrafo único, art. 7º, § 2º, inciso II, art. 15, inciso II, e art. 43, inciso IV, assim como no Acórdão 2.380/2013 - TCU - Plenário, de 4/9/2013, e Acórdão 1.996/2011 - TCU - Plenário, de 3/8/2011; **Acórdão nº 140/2017 - TCU - Plenário.**

*Ementa: determinação ao Ministério de Minas e Energia no sentido de que evite a realização de pesquisa de preços em desconformidade com as regras estabelecidas no art. 15, III, da Lei 8.666/1993 e no art. 2º da Instrução Normativa/SLTI-MP nº 5/2014 (item 9.3.1.1, TC- 019.152/2015-9, **Acórdão nº 696/2016-Plenário**).*

Na elaboração do orçamento estimativo da licitação, bem como na demonstração da vantajosidade de eventual prorrogação de contrato, devem ser utilizadas fontes diversificadas de pesquisa de preços. Devem ser priorizadas consultas ao Portal de Compras Governamentais e a contratações similares de outros entes públicos, em detrimento de pesquisas com fornecedores, publicadas em mídias especializadas ou em sítios eletrônicos especializados ou de domínio amplo, cuja adoção deve ser tida como prática subsidiária. Acórdão 1445/2015-Plenário

*Ementa: o TCU realizou audiência de uma pessoa física quanto às seguintes situações irregulares ocorridas no âmbito do município de Pindaí/BA: falta de projeto básico ou termo de referência e, conseqüentemente, de transparência e de critério para a seleção do preço mensal global da licitação Pregão nº 006/2009, cujo objeto era a contratação de serviço de locação de veículos para o transporte de materiais e de pessoas, ante a ausência nos autos de informações documentadas acerca: a) da planilha orçamentária contendo os preços unitários por tipo de veículo e, também, os preços mensais por lote; b) das memórias de cálculo dos quantitativos dos serviços; c) da composição do preço máximo de cada tarifa a ser usada como parâmetro para a cotação de preços junto às licitantes; d) das cotações prévias (pesquisa de preços) para a definição, no orçamento do município, dos preços unitários por tipo de veículo e dos preços mensais por lote; e) da definição do estado de conservação e da idade limite dos veículos componentes da frota a ser contratada; f) do critério de medição do serviço prestado; e g) da justificativa para o parcelamento do objeto da licitação em lotes (item 1.7.4.6, TC-010.768/2011-4, **Acórdão nº 1.868/2015-2ª Câmara**).*

*O TCU deu ciência a um órgão no sentido de que, consoante entendimentos dos Acórdãos nºs 2.816/2014-P, 819/2009-P, 1.685/2010-2ªC e 265/2010-P, para comprovar-se o preço de mercado, a pesquisa deve levar em consideração diversas origens, como, por exemplo, cotações com fornecedores, contratos anteriores do próprio órgão ou entidade, contratos de outros órgãos, valores registrados no Sistema Integrado de Administração de Serviços Gerais e nas atas de registro de preços da Administração Pública Federal, de forma a possibilitar a estimativa mais real possível (alínea “c.1”, TC-004.067/2015-0, **Acórdão nº 788/2015-Plenário**).*

a) *necessidade de maior acurácia na realização das pesquisas de preço, principalmente quanto às particularidades do serviço a ser contratado - como, por exemplo, no caso de serviços de transporte, assegurar que as cotações considerem a mesma idade média para os veículos e garantir que os percursos constantes nas cotações tenham extensões similares, entre outras -, afrontando os princípios da eficiência, da finalidade e do interesse público (“caput” do art. 37 da CF/88 e do art. 2º da Lei nº 9.784/1999), comprometendo a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração (art. 3º da Lei nº 8.666/93);*

b) *ao deixar de atentar para a dificuldade de os licitantes operacionalizarem o sistema Comprasnet durante a fase de lances, principalmente quando se têm muitos itens agrupados em vários lotes em um mesmo certame, os responsáveis pela condução do processo licitatório afrontam os princípios da razoabilidade, da proporcionalidade, da finalidade e do interesse público (art. 2º da Lei nº 9.784/1999), devendo ser avaliado previamente, caso a caso, com base em critérios de conveniência e oportunidade, a possibilidade de os valores ofertados serem registrados por um fator “k”, correspondente ao percentual de desconto em relação ao preço orçado pela administração (itens 9.7.1 e 9.7.2, TC-009.814/2011-6, Acórdão nº 614/2015-Plenário).*

Impropriedade caracterizada pela ausência de três propostas válidas para cotação de preços para aquisição de combustível, por dispensa de licitação, sendo que o TCU já firmou entendimento de que, em casos de contratação direta, mediante dispensa de licitação, com fundamento nos incisos I e II do art. 24 da Lei nº 8.666/1996, deve ser procedida a pesquisa de preços em, pelo menos, três fornecedores do ramo do objeto licitado (item 1.7.2.3.3, TC-026.638/2012-6, Acórdão nº 500/2015-2ª Câmara).

Impropriedade verificada em pregão eletrônico caracterizada pelo fato de que, na fase de pesquisa de preços, foi considerada suficiente a cotação com três empresas que possuíam vínculo entre si, seja por meio de parentesco entre os sócios, seja pelo compartilhamento de uma mesma funcionária, deixando-se de realizar ampla pesquisa de mercado, mediante outras fontes, para estabelecer o custo estimado da contratação, com descumprimento da Norma Caixa AD020042 (item 9.2.2, TC-022.991/2013-1, Acórdão nº 2.383/2014-Plenário).

Os preços obtidos pela Administração na fase interna da licitação, em coletas destinadas apenas a formar o preço de referência dos bens e serviços a serem licitados, não vinculam as propostas que eventualmente os fornecedores venham a apresentar no certame. Logo, esses preços não se mostram hábeis a compor o referencial utilizado na quantificação de aparente superfaturamento de preços. A comparação para esse fim há de considerar os preços efetivamente praticados no mercado fornecedor em situação semelhante. Acórdão 2.149/2014-PC

Faça o orçamento do objeto a ser licitado com base em “cesta de preços aceitáveis” oriunda, por exemplo, de pesquisas junto a cotação específica com fornecedores, pesquisa em catálogos de fornecedores, pesquisa em bases de sistemas de compras, avaliação de contratos recentes ou vigentes, valores adjudicados em licitações de outros órgãos públicos, valores registrados em atas de SRP e analogia com compras/contratações realizadas por corporações privadas, desde que, com relação a qualquer das fontes utilizadas, sejam expurgados os valores que, manifestamente, não representem a realidade do mercado, à luz do art. 6º, inc. IX, alínea “f”, da Lei nº 8.666/93 (nessa linha, itens 32 a 39 do voto do Acórdão nº 2.170/2007-P); Acórdão 1.913/2013-P

Sugestão de leitura complementar: Parecer nº 12/2014/CPLC/DEPCONSU/ PGF/AGU.

3.5.11. Elaboração de Orçamento de Referência para Obras e Serviços de Engenharia

No caso de contratação de obras e serviços de engenharia o processo de orçamentação exige atenção diferenciada tendo em vista que existe uma legislação específica: o Decreto 7.893/2013.

Este Decreto estabelece regras e critérios a serem seguidos por órgãos e entidades da administração pública federal para a elaboração do orçamento de referência de obras e serviços de engenharia, contratados e executados com recursos dos orçamentos da União.

Basicamente, o decreto vem complementar o disposto no art. 7º, § 2º, no art. 40, caput, inciso X, e no art. 43, caput, inciso IV, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e no art. 13 do Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967.

A edição de nova norma sobre esse tema ressalta a importância do planejamento da contratação, com ênfase na necessidade de padronizar a metodologia a ser adotada, bem como, estabelecer parâmetros para o controle da aplicação dos recursos.

O artigo 2º do referido Decreto conceitua orçamento de referência como sendo o detalhamento do preço global de referência que expressa a descrição, quantidades e custos unitários de todos os serviços, incluídas as respectivas composições de custos unitários, necessários à execução da obra e compatíveis com o projeto que integra o edital de licitação.

Conforme o artigo 8º do decreto, *“na elaboração dos orçamentos de referência, os órgãos e entidades da administração pública federal poderão adotar especificidades locais ou de projeto na elaboração das respectivas composições de custo unitário, desde que demonstrada a pertinência dos ajustes para a obra ou serviço de engenharia a ser orçado em relatório técnico elaborado por profissional habilitado”*, facilitando, portanto, a adequação da regra geral ao caso concreto.

Para definição do preço global de referência será necessário acrescer ao custo global de referência o valor correspondente ao BDI – Benefício e Despesas Indiretas. O TCU definiu parâmetros para taxas de BDI no acórdão nº 2.622/2013-Plenário.

Quando da composição do BDI a Administração precisa observar o que dispõe a Súmula nº 254 do TCU que prevê que o IRPJ - Imposto de Renda Pessoa Jurídica - e a CSLL - Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - não se consubstanciam em despesa indireta passível de inclusão na taxa de Bonificações e Despesas Indiretas - BDI do orçamento-base da licitação, haja vista a natureza direta e personalística desses tributos, que oneram pessoalmente o contratado.

Em respeito ao julgamento objetivo, o artigo 11 determina que *“os critérios de aceitabilidade de preços deverão constar do edital de licitação para contratação de obras e serviços de engenharia.”*

A súmula 259 do TCU determina que nas contratações de obras e serviços de engenharia, a definição do critério de aceitabilidade dos preços unitários e global, com fixação de preços máximos para ambos, é obrigação e não faculdade do gestor.

Merece destaque, por fim, para que não seja olvidada na fase de execução contratual, o reforço da regra no artigo 15 que assim preceitua: *“a formação do preço dos aditivos contratuais contará com orçamento específico detalhado em planilhas elaboradas pelo órgão ou entidade responsável pela licitação”*.

Diante do exposto, e da leitura completa do Decreto nº 7.893/2013, observamos que essa norma teve como causa de sua origem a necessidade de mais ênfase na fase do planejamento da contratação e no controle da execução das políticas públicas.

Manifestação do TCU:

1.7.1. dar ciência ao município de Capela/SE das impropriedades a seguir relacionadas, havidas na concorrência 1/2015 e tomada de preços 7/2015, que atentam contra a correta execução de recursos públicos: 1.7.1.1. a publicação de aviso de editais de tomada de preços antes da aprovação pelo setor jurídico das minutas do chamamento e do contrato afronta o art. 38, VI, da Lei 8.666/1993; 1.7.1.2. a inabilitação e a desclassificação de empresas sem o exame analítico dos motivos do afastamento de certames licitatórios afrontam o disposto nos arts. 43, 44, 45 e 48 da Lei 8.666/1993; 1.7.1.3. a contratação de execução de obras com BDI acima de 25%, sem as devidas justificativas, atenta contra o disposto no acórdão 2622/2013-TCU-Plenário, de relatoria do Ministro Marcos Bemquerer; 1.7.2. dar ciência à Caixa Econômica Federal de que a análise de planilhas de custos de obras custeadas com recursos federais em que esta figure como agente financeiro mandatário de órgãos da União, quando não for observada a necessidade de justificativa para a adoção de BDI com índices acima de 25%, desatende ao disposto no acórdão 2622/2013-TCU-Plenário, de relatoria do Ministro Marcos Bemquerer. **Acórdão nº 3508/2017 - TCU - 1ª Câmara.**

9.9. dar ciência à UFCG: 9.9.3. quanto ao dever de observar, nos pregões eletrônicos, as prescrições do art. 15, inciso XII, alínea "a", da Instrução Normativa-SLTI/MPOG 2/2008, no que se refere à adequação da planilha de custos e formação de preços que integra o projeto básico ou o termo de referência; **Acórdão nº 1878/2017 - TCU - 1ª Câmara**

9.7. determinar ao Hospital Central do Exército que atente para: 9.7.1. as previsões contidas nos arts. 3º, 6º e 8º do Decreto nº 7.983, de 8 de abril de 2013, de modo a evitar a ausência de justificativas para a utilização de estimativas de custos diversas do Sinapi, como observado em relação aos itens 14.1.53 do edital do Pregão Eletrônico nº 28/2010 e ao item 4.8 do termo de referência; **Acórdão nº 2932/2017 - TCU - 2ª Câmara.**

Eventuais peculiaridades de uma obra, que possam requerer preços superiores aos normais de mercado ou aos referenciais, devem ser justificadas com minúcias no momento próprio, isto é, na orçamentação, sempre com o estabelecimento dos critérios de aceitabilidade legais (art. 40, inciso X, da Lei 8.666/93), e não tão-somente depois da contratação. **Acórdão 896/2015-Plenário**

Os preços dos serviços novos acrescidos por termo aditivo, embora derivem de prévio acordo entre as partes (art. 65, § 3º da Lei 8.666/93), devem ser parametrizados pelos preços referenciais da Administração vigentes à época da licitação (sistemas oficiais de custos e taxa de BDI do orçamento base), e não pelos preços em vigor à época do aditamento, observando-se ainda a manutenção do mesmo percentual de desconto entre o valor global do contrato original e o obtido a partir dos preços referenciais à época da licitação. **Acórdão 467/2015-Plenário**

3.5.12. Definições orçamentárias

Finalizada a pesquisa de mercado e definido o valor de referência da administração, o próximo passo é verificar a existência de disponibilidade orçamentária para execução do objeto contratado.

Segundo o art. 14 da Lei Geral de Licitações e Contratos, Lei nº 8.666/93, nenhuma compra será feita sem a adequada caracterização de seu objeto (termo de referência ou projeto básico) e indicação dos recursos orçamentários para seu pagamento, sob pena de nulidade do ato e responsabilidade de quem lhe tiver dado causa.

O art. 7º, parágrafo segundo, da supracitada lei, reforça a determinação afirmando que as obras e os serviços somente poderão ser licitados quando:

I - houver projeto básico aprovado pela autoridade competente e disponível para exame dos interessados em participar do processo licitatório;

II - existir orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os seus custos unitários;

III - houver previsão de recursos orçamentários que assegurem o pagamento das obrigações decorrentes de obras ou serviços a serem executadas no exercício financeiro em curso, de acordo com o respectivo cronograma.

Por fim, a Lei 4.320/64 veda a realização de despesa sem prévio empenho, em seu artigo 60.

E se for uma licitação pelo sistema de registro de preços?

Exceção à regra: Orientação Normativa da AGU nº 20: na licitação para registro de preços, a indicação da dotação orçamentária é exigível apenas antes da assinatura do contrato.

Posteriormente o Decreto 7.892/2013 consolidou essa orientação ao definir que na licitação para registro de preços não é necessário indicar a dotação orçamentária, que somente será exigida para a formalização do contrato ou outro instrumento hábil.

Manifestação do TCU:

*Ementa: o TCU deu ciência à Prefeitura Municipal de Aparecida de Goiânia sobre as seguintes ocorrências irregulares verificadas na condução de concorrência, quais sejam: [...]; d) ausência, no corpo do edital da licitação, da descrição completa da origem dos recursos orçamentários envolvidos (itens 9.1.1 a 9.1.4, TC-032.298/2010-2, **Acórdão nº 759/2015-Plenário**).*

*Ementa: o TCU deu ciência à UNIRIO de falhas diversas na condução de seus processos licitatórios, tais como: demora nos procedimentos licitatórios, fracionamento de despesas, utilização de modalidade de licitação incorreta (especialmente pela adoção de inexigibilidade, sem caracterizar a inviabilidade de licitação e sem justificativa de preço), realização de licitação e celebração de contrato sem a obtenção de licenças preliminares para a realização de obra e pagamento sem celebração contratual e prévio empenho, falta de planejamento para aquisições, dificuldades na tramitação de processos e necessidade de melhor estruturação da gestão de suprimento de bens e serviços, em afronta a vários dispositivos da Lei nº 8.666/1993 (item 1.7.1.1, TC-028.279/2011-5, **Acórdão nº 4.741/2014-1ª Câmara**).*

*Ementa: o TCU deu ciência à Fundação Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (FUFMS) sobre a impropriedade caracterizada pela ocorrência de despesas sem prévio empenho e consequente inscrição na conta contábil 2.1.2.1.1.11.00, violando o disposto no art. 60 da Lei nº 4.320/1964 (item 1.9.2, TC-019.597/2010-0, **Acórdão nº 7.360/2013-1ª Câmara**).*

*Abstenha-se de realizar despesa sem prévio empenho e de efetuar contratações verbais, consoante as disposições do parágrafo único do art. 60, parágrafo único, da Lei nº 8.666/1993 e do art. 60 da Lei nº 4.320/1964. - **Acórdão 195/2005 Plenário***

*Prive-se de autorizar início de realização de despesa, sem prévio empenho, conforme o art. 60, da Lei nº 4.320/1964. - **Acórdão 2387/2007 Plenário***

3.5.13. Critérios de Escolha da Proposta

A pesquisa de mercado e definição do preço de referência realizada em conformidade com os cuidados elencados na legislação e na jurisprudência é de grande valia para o Pregoeiro e/ou para a Comissão de Licitação analisar e julgar as propostas apresentadas na fase externa do processo de contratação.

Tendo em vista os princípios da isonomia entre os licitantes e da vinculação ao instrumento convocatório, as propostas deverão ser analisadas de acordo com critérios objetivos definidos em edital, previamente.

O edital deverá indicar os critérios que nortearão o julgamento, possibilitando a elaboração das propostas pelos licitantes e dando previsibilidade ao julgamento. A Administração ao elaborar um edital, poderá discricionariamente eleger um, alguns ou diversos critérios para julgamento. A vantajosidade das propostas será avaliada pela conjugação de diversos aspectos, desde que previstos no instrumento convocatório.¹⁸

Corroborando com essa tese o art. 44, da Lei de Licitações, ao afirmar que no julgamento das propostas, a Comissão levará em consideração os critérios objetivos definidos no edital ou convite, os quais não devem contrariar as normas e princípios estabelecidos por esta Lei.

Durante o julgamento das propostas é vedada a utilização de qualquer elemento, critério ou fator sigiloso, secreto, subjetivo ou reservado que possa ainda que indiretamente elidir o princípio da igualdade entre os licitantes.

O que fazer diante de indícios de inexequibilidade?

A Instrução Normativa 05/2017 em seu Anexo VII-A, item 9.4 traz uma série de orientações ao pregoeiro ou à comissão de licitação para análise da exequibilidade das propostas comerciais apresentadas na licitação.

Primeiramente, esclarecendo que preços manifestamente inexequíveis são aqueles que, comprovadamente, forem insuficientes para a cobertura dos custos decorrentes da contratação pretendida.

¹⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 14ª ed. - São Paulo: Dialética, 2010. Fl. 611.

Elucida ainda que, a inexecuibilidade dos valores referentes a itens isolados da planilha de custos e formação de preços, desde que não contrariem instrumentos legais, não caracteriza motivo suficiente para a desclassificação da proposta.

Conforme entendimento sumulado pelo Tribunal de Contas da União, quando houver indícios de inexecuibilidade da proposta de preço, ou em caso da necessidade de esclarecimentos complementares, poderá ser efetuada diligência, na forma do § 3º do art. 43 da Lei nº 8.666/93, para efeito de comprovação de sua exequibilidade, podendo adotar, dentre outros, os seguintes procedimentos:

- I - questionamentos junto à proponente para a apresentação de justificativas e comprovações em relação aos custos com indícios de inexecuibilidade;
- II - verificação de acordos coletivos, convenções coletivas ou sentenças normativas em dissídios coletivos de trabalho;
- III - levantamento de informações junto ao Ministério do Trabalho e Emprego, e junto ao Ministério da Previdência Social;
- IV - consultas a entidades ou conselhos de classe, sindicatos ou similares;
- V - pesquisas em órgãos públicos ou empresas privadas;
- VI - verificação de outros contratos que o proponente mantenha com a Administração ou com a iniciativa privada;
- VII - pesquisa de preço com fornecedores dos insumos utilizados, tais como: atacadistas, lojas de suprimentos, supermercados e fabricantes;
- VIII - verificação de notas fiscais dos produtos adquiridos pelo proponente;
- IX - levantamento de indicadores salariais ou trabalhistas publicados por órgãos de pesquisa;
- X - estudos setoriais;
- XI - consultas às Secretarias de Fazenda Federal, Distrital, Estadual ou Municipal;
- XII - análise de soluções técnicas escolhidas e/ou condições excepcionalmente favoráveis que o proponente disponha para a prestação dos serviços; e
- XIII - demais verificações que porventura se fizerem necessárias.

Segundo da Instrução Normativa será obrigatória a realização de diligências para aferir a legalidade e exequibilidade da proposta quando o licitante apresentar preço final inferior a 30% da média dos preços ofertados para o mesmo item, e a inexecuibilidade da proposta não for flagrante e evidente pela análise da planilha de custos, não sendo possível a sua imediata desclassificação.

O pregoeiro ou comissão permanente deverá diligenciar a proposta, dando ao licitante a oportunidade de demonstrar a exequibilidade da sua proposta, pois o critério definido no art. 48, inciso II, § 1º, alíneas “a” e “b”, da Lei nº 8.666/93 conduz a uma presunção relativa de inexecuibilidade de preços. Este entendimento está pacificado pelo TCU, na súmula 262.

Manifestação do TCU:

9.5. dar ciência à Prefeitura Municipal de Barra de São Miguel (PB) que:(...) 9.5.2. a inexecuibilidade de valores referentes a itens isolados da planilha de custos não caracteriza motivo suficiente para a desclassificação de proposta com fundamento no §3º c/c inciso II, art. 48 da Lei 8.666/1993, pois o juízo sobre a inexecuibilidade, em

regra, tem como parâmetro o valor global da proposta; **Acórdão nº 637/2017 - TCU - Plenário.**

*Ementa: o TCU deu ciência ao SESC/PB sobre as seguintes irregularidades identificadas no edital da Concorrência nº 009/2014, quais sejam: a) não divulgação dos preços unitários de referência na planilha orçamentária, em afronta ao princípio da publicidade, ao art. 3º do Regulamento de Licitações e Contratos do SESC e à jurisprudência do TCU; b) ausência de critérios para avaliação de preços inexequíveis, a permitir o julgamento objetivo das propostas, cabendo considerar a possibilidade da adoção de parâmetros como os previstos no art. 48, inciso II, § 1º, alíneas “a” e “b”, da Lei nº 8.666/1993, com a ressalva disposta na Súmula/TCU nº 262; c) não fixação de preços unitários máximos, em contrariedade ao que dispõe a Súmula/TCU nº 259 (alíneas “b,1” a “b.3”, TC-025.308/2014-9, **Acórdão nº 3.402/2014-Plenário**).*

*Notificação à ... no sentido de que: a) nos termos da Súmula/TCU nº 262/2010, o critério definido no art. 48, inciso II, § 1º, alíneas “a” e “b”, da Lei nº 8.666/1993 conduz a uma presunção relativa de inexequibilidade de preços, devendo a Administração dar à licitante a oportunidade de demonstrar a exequibilidade da sua proposta; (**Acórdão nº 1.992/2014-Plenário**).*

Sugestão de leitura complementar: Caderno de logística – pesquisa de preços, disponível em <https://www.comprasgovernamentais.gov.br/paginas/cadernos-de-logistica-2>.

3.5.14. Prazo de Execução ou Entrega

O projeto básico ou termo de referência deverá definir os prazos de execução (obras e serviços) ou os prazos de entrega referentes ao objeto que se pretende contratar.

Nas compras para entrega imediata, assim entendidas aquelas com prazo de entrega até trinta dias da data prevista para apresentação da proposta, poderão ser dispensadas a previsão de critérios de reajuste e atualização financeira (§ 4º, art. 40, Lei 8.666/93)._

3.5.14.1. Vigência dos Contratos

A vigência dos contratos será definida conforme a necessidade da administração, obedecendo a natureza do objeto.

A duração dos contratos ficará adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários (art. 57 da Lei nº 8.666/93), exceto quanto aos relativos:

I - aos projetos cujos produtos estejam contemplados nas metas estabelecidas no Plano Plurianual, os quais poderão ser prorrogados se houver interesse da Administração e desde que isso tenha sido previsto no ato convocatório;

II - à prestação de serviços a serem executados de forma contínua, que poderão ter a sua duração prorrogada por iguais e sucessivos períodos com vistas à obtenção de preços e condições mais vantajosas para a administração, limitada a sessenta meses;

III - ao aluguel de equipamentos e à utilização de programas de informática, podendo a duração estender-se pelo prazo de até 48 (quarenta e oito) meses após o início da vigência do contrato.

IV - às hipóteses previstas nos incisos IX, XIX, XXVIII e XXXI do art. 24, cujos contratos poderão ter vigência por até 120 (cento e vinte) meses, caso haja interesse da administração.

Os prazos de início de etapas de execução, de conclusão e de entrega admitem prorrogação, mantidas as demais cláusulas do contrato e assegurada a manutenção de seu equilíbrio econômico-financeiro, desde que ocorra algum dos seguintes motivos, devidamente atuados em processo:

I - alteração do projeto ou especificações, pela Administração;

II - superveniência de fato excepcional ou imprevisível, estranho à vontade das partes, que altere fundamentalmente as condições de execução do contrato;

III - interrupção da execução do contrato ou diminuição do ritmo de trabalho por ordem e no interesse da Administração;

IV - aumento das quantidades inicialmente previstas no contrato, nos limites permitidos por esta Lei;

V - impedimento de execução do contrato por fato ou ato de terceiro reconhecido pela Administração em documento contemporâneo à sua ocorrência;

VI - omissão ou atraso de providências a cargo da Administração, inclusive quanto aos pagamentos previstos de que resulte, diretamente, impedimento ou retardamento na execução do contrato, sem prejuízo das sanções legais aplicáveis aos responsáveis.

Nos termos da Orientação Normativa nº 38 da AGU nos contratos de prestação de serviços de natureza continuada deve-se observar que:

a) o prazo de vigência originário, de regra, é de até 12 meses;

b) excepcionalmente, este prazo poderá ser fixado por período superior a 12 meses nos casos em que, diante da peculiaridade e/ou complexidade do objeto, fique tecnicamente demonstrado o benefício advindo para a administração; e

c) é juridicamente possível a prorrogação do contrato por prazo diverso do contratado originariamente.

A Administração pode estabelecer a vigência por prazo indeterminado nos contratos em que seja usuária de serviços públicos essenciais de energia elétrica, água e esgoto, serviços postais monopolizados pela ECT (Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos) e ajustes firmados com a Imprensa Nacional, desde que no processo da contratação estejam explicitados os motivos que justificam a adoção do prazo indeterminado e comprovadas, a cada exercício financeiro, a estimativa de consumo e a existência de previsão de recursos orçamentários, é o que prevê a Orientação Normativa nº 36 da AGU.

Manifestação do TCU:

9.6. dar ciência à Secretaria Especial de Agricultura Familiar e do Desenvolvimento Agrário - Casa Civil da Presidência da República das seguintes impropriedades e irregularidades, ocorridas na Chamada Pública 02/2015 SAF/Ater - Juventude Rural, com vistas a evitar a ocorrência de outras semelhantes: [...] 9.6.5. ausência de amparo legal para a fixação do prazo de vigência contratual em 40 meses, sendo que somente é prevista a execução de atividades durante o período de trinta e seis meses, em desacordo com a Lei 8.666/1993, art. 7º, § 2º, inciso III e art. 57; Acórdão nº 140/2017 - TCU - Plenário.

3.5.15. Cronograma Físico-Financeiro

Havendo necessidade de prestação do serviço (comum ou de engenharia) em etapas, a Lei 8.666/93 determina a existência de um cronograma de desembolso para o pagamento das parcelas.

O cronograma físico-financeiro deverá estar inserido no projeto básico ou no termo de referência e aderente as obrigações definidas no referido instrumento, conforme §2º do art. 9º do Decreto 5.450/05.

Devendo ter sequência lógica e cronológica, o cronograma físico-financeiro servirá para estabelecer o *quantum* máximo a ser pago em cada parcela da obra após o ateste verificando a perfeita execução.

No cronograma físico-financeiro estão previstas as etapas de execução e as contrapartidas por cada uma delas. A contraprestação da administração deverá ser feita após a averiguação da perfeita execução, para que não haja pagamento antecipado, que, em regra, é vedado pelo nosso ordenamento jurídico em relação aos contratos administrativos.

É vedada a antecipação de pagamento, nos termos do art. 38 do Decreto nº 93.872, de 23/12/1986.

Orientação Normativa AGU Nº 37, de 13 de dezembro de 2011

A antecipação de pagamento somente deve ser admitida em situações excepcionais, devidamente justificada pela administração, demonstrando-se a existência de interesse público, observados os seguintes critérios: 1) represente condição sem a qual não seja possível obter o bem ou assegurar a prestação do serviço, ou propicie sensível economia de recursos; 2) existência de previsão no edital de licitação ou nos instrumentos formais de contratação direta; e 3) adoção de indispensáveis garantias, como as do art. 56 da lei nº 8.666/93, ou cautelas, como por exemplo a previsão de devolução do valor antecipado caso não executado o objeto, a comprovação de execução de parte ou etapa do objeto e a emissão de título de crédito pelo contratado, entre outras.

Orientação Normativa AGU Nº 9, de 01 de abril de 2009

Comprovação da regularidade fiscal na celebração do contrato ou no pagamento de serviços já prestados, no caso de empresas que detenham o monopólio de serviço público, pode ser dispensada em caráter excepcional, desde que previamente autorizada pela autoridade maior do órgão contratante e, concomitantemente, a situação de irregularidade seja comunicada ao agente arrecadador e à agência reguladora.

Manifestação do TCU:

São requisitos para a realização de pagamentos antecipados: i) previsão no ato convocatório; ii) existência, no processo licitatório, de estudo fundamentado comprovando a real necessidade e economicidade da medida; e iii) estabelecimento de garantias específicas e suficientes que resguardem a Administração dos riscos inerentes à operação. Acórdão 4143/2016 Primeira Câmara

Somente é possível alterar o cronograma físico-financeiro do contrato para antecipar o recebimento de materiais em casos excepcionais, em que fiquem demonstrados inequívocos benefícios à Administração, tais como: (i) a necessidade de receber os

materiais para consolidar a contratação; (ii) a existência de risco de desabastecimento desses materiais; (iii) a possibilidade de obtenção de ganhos financeiros e de eficiência expressivos o suficiente para suplantar a incidência de custos de estocagem, deterioração e perda de garantia. **Acórdão 643/2016 Plenário**

O TCU determinou a uma instituição para que: 9.2.4. atente para a necessidade de compatibilizar o cronograma de desembolso da obra com a sua respectiva dotação orçamentária, em atenção ao art. 16, § 1º, inciso I, da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000; 9.2.5. nas futuras licitações de obras, atente para critérios de aceitabilidade de preços que enfatize o equilíbrio entre o cronograma físico e o financeiro, evitando-se, assim, o jogo de cronograma e o adiantamento de valores às contratadas sem a respectiva contraprestação dos serviços e sem a garantia pelo adiantamento destes valores. **Acórdão 1.175/2015-P.**

Observe o art. 40, inciso XIV, alínea “b”, da Lei no 8.666/1993, ao elaborar editais de licitação para execução de obras, definindo previamente o cronograma de desembolso máximo por período a ser observado na execução do contrato, em conformidade com a disponibilidade de recursos financeiros. **Acórdão 210/2006 Plenário.**

Apure a ocorrência de atrasos na implementação do cronograma físico-financeiro das obras e serviços de responsabilidade da empresa, aplicando as sanções previstas contratualmente. **Decisão 736/2001 Plenário**

O TCU deu ciência ao Departamento Estadual de Infraestrutura Rodoviária de Sergipe (DER/SE) sobre impropriedade caracterizada pela antecipação de pagamentos sem a correspondente comprovação da realização dos serviços, caracterizando procedimentos de liquidação de despesa em desacordo com o previsto nos artigos 62 e 63 da Lei nº 4.320/1964, do artigo 5º da Lei nº 8.666/1993 e do artigo 38 do Decreto nº 93.872/1986 (item 9.11.2, TC-008.911/2004-2, **Acórdão nº 1.607/2015-1ª Câmara**).

Permitir que produtos adquiridos e pagos fiquem em poder do fornecedor caracteriza pagamento antecipado, vedado pelos arts. 62 e 63 da Lei 4.320/64, mesmo diante da existência de documento de autorização para posterior recebimento do material do fornecedor. **(Acórdão 358/2015-P)**

o TCU deu ciência ao ... acerca de impropriedade relacionada a um contrato caracterizada pela existência de cláusula contratual prevendo a antecipação de pagamento de aproximadamente 25% do valor total do contrato no ato de assinatura do instrumento, sem que fossem estabelecidas as indispensáveis cautelas e garantias específicas, desrespeitando o disposto nos arts. 62 e 63 da Lei nº 4.320/1964 c/c o art. 38 do Decreto nº 93.872/1986 e na reiterada jurisprudência do TCU (**Acórdão nº 1.863/2014-Plenário**).

Admite-se pagamento antecipado somente quando houver a devida justificativa e visar exclusivamente à sensível economia de recursos, com as indispensáveis e suficientes garantias de ressarcimento ao erário, em obediência ao disposto no art. 62 da Lei nº 4.320, de 1964 e no art. 38 do Decreto nº 93.872, de 23 de dezembro de 1986, bem assim a orientação contida na pacífica jurisprudência do Tribunal de Contas da União. **(Acórdão 1.762/2011-SC)**

3.6. Procedimentos de Gerenciamento e Fiscalização

A administração pública, com suas prerrogativas advindas da supremacia do interesse público, possui o poder-dever de fiscalizar, do início ao fim, a execução dos contratos.

A execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da administração especialmente designado, permitida a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição.

O ideal é que o fiscal da contratação seja agente público que conheça o objeto da contratação. Entretanto, é possível que seja contratado um terceiro para acompanhar a execução, desde que demonstrada a impossibilidade da administração em fazê-lo.

O representante da administração anotará em registro próprio todas as ocorrências relacionadas com a execução do contrato, determinando o que for necessário à regularização das faltas ou defeitos observados (art. 67, §1º, Lei 8.666/93).

Se houver decisões e providências que não sejam da competência do fiscal, deverão ser solicitadas a seus superiores em tempo hábil para a adoção das medidas convenientes (art. 67, §2º, Lei 8.666/93).

O contratado fica obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras, até 25% do valor inicial atualizado do contrato, e, no caso particular de reforma de edifício ou de equipamento, até o limite de 50% para os seus acréscimos.

Manifestação do TCU:

*Ementa: recomendação à Empresa Maranhense de Administração Portuária e à Secretaria de Portos da Presidência da República que, nos convênios para execução de obras de grande porte com o emprego de recursos públicos federais, adotem medidas visando à garantia da efetiva, permanente, concreta e cotidiana supervisão e fiscalização da gestão administrativa e operacional: [...] c) da execução dos contratos das obras, em especial da verificação da estrita compatibilidade do que foi executado com as especificações do projeto e da verificação da compatibilidade dos pagamentos com a parcela que tiver sido efetivamente executada e aprovada (itens 1.7.1 e 1.7.3, TC-011.670/2012-6, **Acórdão nº 2.249/2015-Plenário**).*

O art. 67 determina que a execução do contrato deve ser acompanhada e fiscalizada por representante da administração, que anotará, em registro próprio, todas as ocorrências pertinentes, mantendo os superiores devidamente informados. O descumprimento do dispositivo, com a deficiente fiscalização da execução contratual, implicou a não correspondência dos serviços previstos com as necessidades dos respectivos trechos. Os “serviços apresentados como executados eram não apenas invariavelmente de custo superior ao efetivamente executado, como seus quantitativos estavam superdimensionados, conforme medições efetuadas pela equipe em uma amostra de um quilômetro de um trecho particularmente crítico da estrada” (Acórdão 1.448/2006 - Plenário, relatório)

O registro da fiscalização, na forma prescrita em lei, não é ato discricionário. É elemento essencial que autoriza as ações subsequentes e informa os procedimentos de liquidação e pagamento dos serviços. É controle fundamental que a administração exerce sobre o contratado. Propiciará aos gestores informações sobre o cumprimento do cronograma

das obras e a conformidade da quantidade e qualidade contratadas e executadas. E, nesses termos, manifesta-se toda a doutrina e jurisprudência. **Acórdão 767/2009 Plenário (Voto do Ministro Relator)**

Designe fiscais considerando a formação acadêmica ou técnica do servidor/funcionário, a segregação entre as funções de gestão e de fiscalização do contrato, bem como o comprometimento concomitante com outros serviços ou contratos, de forma a evitar que o fiscal responsável fique sobrecarregado devido a muitos contratos sob sua responsabilidade. **(Acórdão nº 1.094/2013-P)**

O fiscal do contrato tem o dever de conhecer os limites e as regras para alterações contratuais definidos na Lei de Licitações, e, por conseguinte, a obrigação de notificar seus superiores sobre a necessidade de realizar o devido aditivo contratual, evitando a atestação da execução de itens não previstos no ajuste, sob pena de ser-lhe aplicada a multa do art. 58, inciso II, da Lei 8.443/92. **(Acórdão 43/2015-P)**

Designe, em atenção à disposição legal contida no art. 67 da Lei nº 8.666/1993, representantes da administração para acompanhar e fiscalizar a execução dos serviços e mantenha essa designação atualizada. Aperfeiçoe os mecanismos existentes tornando-os transparentes, seguros e rastreáveis de modo a permitir verificar quantidade e qualidade dos serviços prestados e somente pague os serviços prestados na totalidade, mediante evidência documental da realização dos serviços contratados, de acordo com a qualidade prevista no edital da licitação e após o efetivo controle dos fiscais do contrato, conforme disposto nos arts. 66 e 67 da Lei nº 8.666/1993. Exija formalmente das empresas contratadas a designação de preposto a ser mantido no local dos serviços, para representá-las durante a execução do contrato de prestação de serviços, em atenção à disposição contida no art. 68 da Lei nº 8.666/1993 e ao disposto no Decreto nº 2.271/1997, art. 4º, inciso IV. **Acórdão 265/2010 Plenário**

Fiscalize a execução dos contratos de prestação de serviços, em especial no que diz respeito à obrigatoriedade de a contratada arcar com todas as despesas decorrentes de obrigações trabalhistas relativas a seus empregados, de modo a evitar a responsabilização subsidiária da entidade pública, uma vez que a ausência de pendência por ocasião da assinatura do contrato não assegura que isso não venha a ocorrer durante a execução do contrato. **Acórdão 1391/2009 Plenário**

Acompanhe e fiscalize, nos termos dos arts. 58, inciso III, e 67, caput, ambos Lei nº 8.666/1993, o cumprimento dos contratos firmados, observando, no caso de contratos que visem à prestação de serviços com execução baseada em horas trabalhadas, se o controle da frequência dos colaboradores reflete a quantidade de horas efetivamente trabalhadas. Credencie oficialmente um representante da empresa para exercer a fiscalização de seus contratos, devendo o documento de credenciamento estar presente no processo de contratação, de maneira que se façam cumprir os dispositivos constantes no inciso III do art. 58 c/c o caput do art. 67 da Lei nº 8.666/1993. **Acórdão 304/2006 Plenário**

O fiscal do contrato tem o dever de conhecer os limites e as regras para alterações contratuais definidos na Lei de Licitações, e, por conseguinte, a obrigação de notificar seus superiores sobre a necessidade de realizar o devido aditivo contratual, evitando a atestação da execução de itens não previstos no ajuste, sob pena de ser-lhe aplicada a multa do art. 58, inciso II, da Lei 8.443/92. **(Acórdão 43/2015-P)**

Leitura complementar: Caderno de Fiscalização de Contratos, disponível em <https://www.comprasgovernamentais.gov.br/paginas/logistica>

Sugestão de capacitação: Curso Enap – EAD – Gestão e Fiscalização de Contratos Administrativos.

3.7. Responsabilidade das Partes

De acordo com o Professor Marçal Justen Filho¹⁹ de regra, o contrato administrativo é bilateral, o que significa existirem direitos e deveres para ambas as partes. Então, o instrumento do contrato administrativo deve especificar as prestações que incumbem a cada parte, o que abrange não apenas deveres e obrigações principais, mas também todos os acessórios e complementares.

Os artigos 68, 69, 70 e 71, entre outros, da Lei nº 8.666/93 determinam obrigações ao contratado. Entretanto, cada objeto, por sua natureza, terá obrigações específicas. Essas obrigações específicas deverão estar discriminadas no projeto básico ou termo de referência, além disso, todos os deveres, ainda que acessórios.

Portanto, no projeto básico ou no termo de referência deverão estar as responsabilidades das partes específicas do objeto, que não integram normalmente o regime jurídico dos contratos administrativos, que somente poderão ser exigidas se previamente determinadas.

Manifestação do TCU:

9.3. determinar que, no caso do lançamento de novo certame com o mesmo objeto do Pregão Eletrônico 23/2016, o Serviço Florestal Brasileiro (SFB) adote as medidas necessárias para evitar a repetição das seguintes irregularidades: [...] 9.3.4. insuficiente estabelecimento dos requisitos da contratação, das responsabilidades da contratante, da contratada e do órgão gerenciador da ata de registro de preços, do modelo de execução e do modelo de gestão, além do regime de execução do contrato, em desacordo com o disposto, respectivamente, nos artigos 17, 18, 19, 20 e 24 da Instrução Normativa MP/SLTI nº 4, de 2014, nos artigos 55, VII, 58, IV, 77 e 87 da Lei nº 8.666, de 1993, e no art. 3º, caput e § 1º, do Decreto nº 2.271, de 7 de julho de 1997, além de contrariar a Súmula 269 do TCU no que concerne à necessária vinculação da remuneração da contratada a resultados ou ao atendimento de níveis de serviço previamente pactuados no instrumento contratual; Acórdão nº 2567/2017 - TCU - 2ª Câmara.

3.8. Sanções Administrativas

A finalidade precípua da aplicação das sanções é tentar impedir a prática de atos que possam trazer prejuízos para a execução acordada entre a Administração e o terceiro.

O regime jurídico dos contratos administrativos confere à Administração a prerrogativa de aplicar sanções ao particular pela inexecução total ou parcial do ajuste, nos termos do art. 58 da Lei 8.666/93.

¹⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 14ª ed. - São Paulo: Dialética, 2010. Fl. 711.

Sanção administrativa é a direta e imediata consequência jurídica, restritiva de direitos, de caráter repressivo, a ser imposta no exercício da função administrativa, em virtude de um comportamento juridicamente proibido, comissivo ou omissivo.²⁰

Conforme leciona o saudoso Prof. Hely Lopes Meirelles na obra *Direito Administrativo Brasileiro*²¹ as sanções administrativas, são aplicáveis diretamente pela Administração, mediante procedimento interno em que se faculte defesa ao infrator e sempre tendo presente o princípio da proporcionalidade. Se a responsabilização for ilegal, abusiva ou arbitrária, o interessado poderá opor-se a ela pelo recurso hierárquico ou pela via judicial adequada.

O processo de fiscalização e acompanhamento dos contratos está sendo fortalecido e incentivado pela legislação. De forma que responsabilidades bem definidas no Termo de Referência ou Projeto Básico ajudam o fiscal nessa atividade.

No entanto, também se faz necessário definir quais as sanções serão aplicadas ao contratado, garantida a defesa prévia, no caso de inexecução total ou parcial do contrato.

A Lei 8.666/93, em seu art. 87 traz um rol taxativo de sanções:

I - advertência;

II - multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato;

III - suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos;

IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior.

A advertência é aplicada ao contratado pelo cometimento de pequenas faltas, ou seja, aquelas que não acarretam prejuízos para execução do ajuste.

Já a multa refere-se a pena pecuniária ao contratado que não cumprir a obrigação contratual. O contrato deve prever o fato gerador, a base de cálculo e o percentual a ser aplicado. A multa poderá ser moratória, decorrente do atraso na execução; punitiva quando o contratado não executar o ajuste ou o fizer de forma parcial; e compensatória que visa a reparação do dano.

A suspensão temporária constitui penalidade decorrente de falta grave, como a inexecução total do contrato. O objetivo é impedir a pessoa jurídica de licitar ou contratar com o órgão de aplicou a sanção pelo prazo de até dois anos.

Quando envolver infrações gravíssimas, o remédio previsto é a declaração inidoneidade, o que significa que a pessoa jurídica ficará incapaz de contratar com a Administração Pública em âmbito nacional. Neste caso, a lei não determina o prazo máximo da pena. No entanto, prevê que o interessado no respectivo processo pode requerer sua reabilitação após dois anos de aplicação da pena.

²⁰ FERREIRA, Daniel. *Sanções Administrativas*. São Paulo: Malheiros, 2001 – esgotado.

²¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2013. 40ª Edição.

O Tribunal de Contas da União também tem a prerrogativa de declarar inidônea, por até cinco anos o licitante que, comprovadamente, fraudar a licitação, conforme prevê o art. 46 da Lei 8.443/92²².

Observe que a aplicação de multa não impede que a Administração rescinda unilateralmente o contrato e aplique as outras sanções previstas na Lei.

A multa, aplicada após regular processo administrativo, será descontada da garantia do respectivo contratado. E se a multa for de valor superior ao valor da garantia prestada, além da perda desta, responderá o contratado pela sua diferença, a qual será descontada dos pagamentos eventualmente devidos pela Administração ou ainda, quando for o caso, cobrada judicialmente.

Juntamente com a multa a administração poderá aplicar as sanções de advertência, suspensão temporária e declaração de inidoneidade, esta última é de competência exclusiva do Ministro de Estado, do Secretário Estadual ou Municipal.

As sanções de suspensão temporária e declaração de inidoneidade poderão também ser aplicadas às empresas ou aos profissionais que, em razão dos contratos regidos pela Lei 8.666/93:

I - tenham sofrido condenação definitiva por praticarem, por meios dolosos, fraude fiscal no recolhimento de quaisquer tributos;

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

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

Além das sanções previstas na Lei Geral de Licitações, a Lei 10.520/2002 que institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, a modalidade de licitação denominada pregão prevê a sanção de impedimento para quem, convocado dentro do prazo de validade da sua proposta:

- a) não celebrar o contrato;
- b) deixar de entregar ou apresentar documentação falsa exigida para o certame;
- c) ensejar o retardamento da execução de seu objeto;
- d) não mantiver a proposta;
- e) falhar ou fraudar na execução do contrato;
- f) comportar-se de modo inidôneo;
- g) cometer fraude fiscal.

A sanção de impedimento de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios previsto no art. 7º da referida lei, poderá ser aplicado pelo prazo de até cinco anos, produzindo efeitos em toda a esfera do respectivo ente federativo.

Prescreve em cinco anos a ação punitiva da Administração pública Federal, direta e indireta, no exercício do poder de polícia, objetivando apurar infração à legislação em vigor, contados da data da prática do ato ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado, nos termos do art. 1º da Lei 9.873/1999.²³

²² Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União.

²³ Lei 9.873/1999 estabelece prazo de prescrição para o exercício de ação punitiva pela Administração Pública Federal, direta e indireta, e dá outras providências.

A competência para a aplicação das penalidades previstas nas Leis 10.520/2002 e 8.666/93, excepcionada a sanção de declaração de inidoneidade, é da autoridade responsável pela celebração do contrato ou outra prevista em regimento, ON-AGU 48.

Manifestação do TCU:

1.7. Determinar à Caixa Econômica Federal que, em relação ao Pregão Eletrônico 009/7066-2017-Gilog/DF: 1.7.1. promova alteração na minuta contratual quanto aos critérios adotados para aplicação de multa à futura contratada, em caso de atrasos na solução dos atendimentos, de forma que passem a guardar razoabilidade e proporcionalidade com o quantitativo de serviços prestados em cada período de apuração; **Acórdão nº 472/2017 - TCU - Plenário.**

1.7. Determinação: 1.7.1. ao Comando Logístico do Exército que, no prazo de 15 (quinze) dias, a contar da ciência desta deliberação, autue processo administrativo, se ainda não o fez, no sentido de averiguar as condutas, com eventual aplicação das penalidades cabíveis, das licitantes que, ao serem convocadas pelo pregoeiro, deixaram de apresentar a documentação de qualificação técnica referente ao item 4 do Pregão Eletrônico n. 21/2016, nos termos do art. 7º da Lei n. 10.520/2002 e do subitem 23.2.2 do edital e em consonância com o disposto no Acórdão n. 754/2015 - Plenário, informando a este Tribunal, ao término do referido prazo, as providências adotadas. **Acórdão nº 3416/2017 - TCU - 2ª Câmara.**

Os gestores das áreas responsáveis por conduzir licitações devem autuar processo administrativo com vistas à apenação das empresas que praticarem, injustificadamente, na licitação, na contratação ou na execução contratual, ato ilegal tipificado no art. 7º da Lei 10.520/02, sob pena de responsabilização. A aplicação da sanção de impedimento de licitar e contratar com a União, estados, Distrito Federal ou municípios, em face de irregularidade elencada no art. 7º da Lei 10.520/02, não depende da comprovação de dolo ou má-fé. Requer tão somente a evidenciação da prática injustificada de ato ilegal tipificado nesse dispositivo legal. (Acórdão 754/2015-Plenário)

*Ementa: o TCU deu ciência à Prefeitura Municipal de Novo Horizonte do Norte/MT de que a jurisprudência da Corte de Contas tem se sedimentado no sentido de que a penalidade de suspensão temporária e de impedimento de contratar prevista no artigo 87, inciso III, da Lei nº 8.666/1993 incide somente em relação ao órgão ou à entidade contratante, a exemplo dos Acórdãos nºs 3.243/2012-P, 3.439/2012-P e 1.064/2013-P (item 9.3.2, TC-019.168/2015-2, **Acórdão nº 2.962/2015-Plenário**).*

Como se pode observar, o TCU fixou entendimento no sentido de que a sanção prevista no art. 87, inciso III, da Lei 8.666/93 possui efeitos restritos ao âmbito do próprio órgão que cominou a penalidade. (Acórdão 345/2014-P)

A sanção de declaração de inidoneidade para contratar com a Administração Pública produz efeitos ex-nunc; não afeta, automaticamente, contratos em andamento celebrados antes da aplicação da sanção. (Acórdão 432/2014-P)

A sanção de impedimento de licitar e contratar pautada no art. 7º da Lei 10.520/02 produz efeitos não apenas no âmbito do órgão/entidade aplicador da penalidade, mas

*em toda a esfera do respectivo ente federativo (União ou estado ou município ou Distrito Federal). **Acórdão 2.081/2014-P***

*Faça constar, com clareza e precisão, cláusulas envolvendo direitos, obrigações e responsabilidade das partes, notadamente cláusulas relativas a inexecução e rescisão do contrato, bem como das sanções em caso de inadimplemento, conforme estabelecem os art. 54, §1º e 55 da Lei nº 8.666/93. **Acórdão 2.326/2008-Plenário.***

Sugestão de leitura complementar: Caderno de logística – sanções administrativas em licitações e contratos, disponível em <https://www.comprasgovernamentais.gov.br/arquivos/caderno/manual-sancoes-22-09.pdf>.

Norma Operacional DIRAD/MP nº 2, de 17 de março de 2017, como bom exemplo de objetividade e clareza na normatização de sanções contratuais.

4. Matérias Pontuais e Complementares

Trataremos nesse capítulo dos pontos complementares aos elementos gerais e essenciais do termo de referência e do projeto básico. Tais pontos serão necessários a depender do caso concreto.

4.1. Sistema de Registro de Preços

O Sistema de Registro de Preços previsto no art. 15 da Lei 8.666/93 é regulamentado, em âmbito federal, pelo Decreto nº 7.892/2013 segundo o qual a administração poderá valer-se do sistema de registro de preços sempre que o objeto a ser contratado enquadrar-se numa das seguintes hipóteses:

- 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;
- 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.

Decidindo pela utilização do sistema de registro de preços, o órgão gerenciador deverá divulgar a Intenção de Registro de Preços – IRP, essa divulgação só poderá ser dispensada mediante justificativa.

O escopo da IRP é exigir dos órgãos que registrem e divulguem os itens que serão licitados, a fim de verificar o interesse dos demais (que serão chamados de “órgãos participantes”) em integrarem a licitação com seus respectivos quantitativos, majorando, dessa forma, a capacidade de compra, o que, por consequência, traz economia em escala para a administração.

O Gerenciador é o responsável pela prática de todos os atos de controle, administração do sistema de registro de preços e todos os atos referentes a realização do procedimento licitatório, inclusive a formalização da Ata de Registro de Preços.

A ata terá vigência máxima de 12 meses, incluídas eventuais prorrogações, conforme artigo 12 do Decreto.

É vedado efetuar acréscimos nos quantitativos fixados pela ata de registro de preços, inclusive o acréscimo de que trata o §1º do art. 65 da Lei nº 8.666/23 (acréscimo de 25% do inicial contratado). No entanto, o contrato decorrente da ARP poderá ser aditivado.

Desde que devidamente justificada a vantagem, a ata de registro de preços, durante sua vigência, poderá ser utilizada por qualquer órgão ou entidade da administração pública federal que não tenha participado do certame licitatório, mediante anuência do órgão gerenciador e aceitação do fornecedor beneficiário da ata, essa é previsão do art. 22 do Decreto.

O entendimento do Tribunal de Contas da União é de que “a adesão prevista no art. 22 do Decreto 7.892/2013 para órgão não participante (ou seja, que não participou dos procedimentos da licitação) é uma modalidade anômala e excepcional, e não uma obrigatoriedade a constar necessariamente em todos os editais e contratos de pregões para Sistema de Registro de Preços” (Acórdão 1.297/2015-P).

Algumas regras para adesões a Ata de Registro de Preços

As aquisições ou contratações estão limitadas a cem por cento dos quantitativos dos itens registrados na ata para o órgão gerenciador e os órgãos participantes.

Já as adesões estão limitadas ao quádruplo de cada item registrado, independentemente do número de órgãos não participantes que aderirem.

Após a autorização do órgão gerenciador, o órgão não participante deverá efetivar a aquisição ou contratação solicitada em até 90 dias, observado o prazo de vigência da ata.

Manifestação do TCU:

*9.9. determinar à Secretaria de Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão que, no prazo de trinta dias, oriente os órgãos e entidades sob sua supervisão que: [...] 9.9.2. em licitações pelo Sistema de Registro de Preços deve ser computado o valor previsto das adesões de órgãos e entidades não participantes (adesões tardias) para aferição do limite que torna obrigatória a realização de audiência pública, disposta na Lei 8.666/1993, art. 39, caput; **Acórdão nº 248/2017 - TCU - Plenário.** A utilização do Sistema de Registro de Preços (SRP) é possível, nos termos do art. 3º, inciso II, do Decreto 7.892/13, quando for conveniente para a Administração contratante realizar várias aquisições do objeto licitado (entrega parcelada dos produtos), o que não se confunde com aquisições em que são demandadas partes do objeto licitado (entrega de parcelas do produto), situação não albergada na legislação de regência. **Acórdão 125/2016 Plenário***

9.8. dar ciência ao Hospital Federal dos Servidores do Estado de que: [...] 9.8.4. a aquisição de itens por meio de adesão a ata de registro de preços de outras unidades gestoras deve ser precedida da demonstração da vantajosidade econômica,

nos termos do art. 22, caput, do Decreto 7.892/2013; **Acórdão nº 375/2017 - TCU - Plenário.**

1.7. Dar ciência ao Laboratório Nacional Agropecuário no Rio Grande do Sul - Lanagro/RS sobre as seguintes impropriedades: [...] 1.7.2. não realização da devida pesquisa de mercado visando a comprovar a vantagem das contratações quando da adesão a ata de registros de preços de outros órgãos/unidades da administração pública, não se atendendo, assim, ao exigido pelo caput do art. 22 do Decreto 7.892, de 23 de janeiro de 2013; Acórdão nº 1566/2017 - TCU - 1ª Câmara.

*Ementa: o TCU deu ciência ao TRT-10 acerca das seguintes impropriedades constatadas no Pregão Eletrônico 111/2014, quais sejam: [...]; b) adoção do Sistema de Registro de Preços para certame cuja contratação dele decorrente dar-se-ia em contrato único e abarcando a totalidade do seu objeto, em contrariedade ao art. 2º, inciso I, do Decreto nº 7.892/2013, e aos Acórdãos nºs 113/2014-P e 757/2015-P; (itens 9.2.1 a 9.2.3, TC-011.993/2015-4, **Acórdão nº 119/2016-Plenário**).*

*Ementa: o TCU deu ciência ao Distrito Sanitário Especial Indígena de Mato Grosso do Sul sobre falha identificada no pregão eletrônico SRP 16/2016 caracterizada pela falta de fundamentação devidamente motivada para a adoção do sistema de registro de preços, inclusive ausência de justificativas para: não realização do procedimento de intenção de registro de preços (art. 4º do Decreto nº 7.892/2013 e item 9.3.3 do Acórdão nº 1.793/2011-P); opção de adjudicação em lote único, em vez da adoção da regra geral de adjudicação por item (arts. 3º, § 1º, inciso I, 15, inciso IV, e 23, §§ 1º e 2º, da Lei nº 8.666/1993, e Acórdãos nºs 529-P, 1.592-P, 1.913-P, 2.695-P e 2.796/2013-P); enquadramento em uma das hipóteses autorizadoras regulamentares (art. 3º do Decreto nº 7.892/2013 e Acórdãos nºs 113-P e 1.737/2012-P); e previsão no edital da possibilidade de adesão à ata por órgãos ou entidades não participantes (art. 9º, inciso III, “in fine”, do Decreto nº 7.892/2013, e Acórdão nº 757/2015-P) (item 9.2.1, TC-023.837/2016-0, **Acórdão nº 2.842/2016-Plenário**).*

*Ementa: determinação à FIOCRUZ para que se abstenha de autorizar a adesão à ata de registro de preços para aquisição separada de itens de objeto adjudicado por preço global para os quais a licitante vencedora não tenha apresentado o menor preço, assim como a autorização de caronas a órgãos não participantes, sem que estes obedeçam aos critérios estabelecidos (item 9.3, TC-024.555/2016-9, **Acórdão nº 3.081/2016-Plenário**).*

*Ementa: determinação à Superintendência de Administração do Ministério da Fazenda em São Paulo (SAMF/SP) para que, em obediência ao critério de aceitabilidade por preço global, estatuído no item 1.3 do edital do Pregão Eletrônico SRP 22/2015, restrinja, quanto aos itens 5 e 6 do certame, a utilização da ata de registro de preços dele decorrente aos órgãos gerenciador e participantes e às quantidades originalmente previstas no instrumento convocatório, uma vez que a empresa vencedora não foi a que ofertou a melhor proposta para o item 5 e que o item 6 não pode ser contratado sem que o item 5 assim o seja (letra “c”, TC-033.776/2015-6, **Acórdão nº 11/2016-Plenário**).*

Ementa: o TCU solicitou que fossem apresentadas as razões de justificativa por irregularidade observada no Pregão Eletrônico/FUNASA nº 1/2015, quando da

elaboração do respectivo termo de referência, o qual continha cláusula restritiva da competitividade, sem a devida justificativa (o que afronta o art. 3º, “caput”, e § 1º, II, da Lei nº 8.666/1993), caracterizada pela indevida inclusão em um único grupo, para adjudicação em conjunto, dos serviços de “outsourcing” de impressão e dos serviços de plotagem, sem a demonstração da vantagem dessa opção diante da perda de competição que ela acarreta, infringindo o art. 23, § 1º, da Lei nº 8.666/1993, e a Súmula/TCU nº 247 (item 9.4.1.3, TC-003.377/2015-6, Acórdão nº 1.297/2015-Plenário).

Em licitações para registro de preços, é obrigatória a 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. A adjudicação por preço global é medida excepcional que precisa ser devidamente justificada, além de ser incompatível com a aquisição futura por itens. Acórdão 757/2015-Plenário

4.2. Contratação de Serviços

As regras e diretrizes do procedimento de contratação de serviços sob o regime de execução indireta no âmbito da Administração Pública federal, direta, autárquica e fundacional foram definidas pela Secretaria de Gestão do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão na Instrução Normativa nº 05, de 26 de maio de 2017.

Os serviços considerados não continuados ou contratados por escopo são aqueles que impõem aos contratados o dever de realizar a prestação de um serviço específico em um período predeterminado, podendo ser prorrogado, desde que justificadamente, pelo prazo necessário à conclusão do objeto, observadas as hipóteses previstas no § 1º do art. 57 da Lei nº 8.666, de 1993 (art. 16, IN 05/2017).

Os serviços prestados de forma contínua são aqueles que, pela sua essencialidade, visam a atender à necessidade pública de forma permanente e contínua, por mais de um exercício financeiro, assegurando a integridade do patrimônio público ou o funcionamento das atividades finalísticas do órgão ou entidade, de modo que sua interrupção possa comprometer a prestação de um serviço público ou o cumprimento da missão institucional (art. 15, IN 05/2017).

Os serviços continuados que podem ser contratados de terceiros pela Administração são aqueles que apoiam a realização das atividades essenciais ao cumprimento da missão institucional do órgão ou entidade (Decreto 2.271/97).

É vedada a inclusão de disposições nos instrumentos contratuais que permitam caracterização exclusiva do objeto como fornecimento de mão-de-obra. (Art. 4º, II, Decreto 2.271/07)

Atividades que serão, de preferência, objeto de execução indireta:

- Conservação, limpeza, segurança, vigilância, transportes, informática, copeiragem, recepção, reprografia, telecomunicações e manutenção de prédios, equipamentos e instalações. (art. 1º, §1º, Decreto nº 2.271/97)

A contratação dos serviços de que tratam a IN 05/2017 serão realizados observando o planejamento da contratação, a seleção do fornecedora e a gestão do contrato.

Na fase de planejamento da contratação será realizado os estudos preliminares, o gerenciamento de riscos e elaborado o Termo de Referência ou Projeto Básico, conforme diretrizes definidas no Capítulo III da referida IN.

Essa Instrução Normativa é um manual para as contratações de serviços, trazendo no art. 30 os elementos necessários ao termo de referência ou projeto básico, quais sejam:

- I - declaração do objeto;
- II - fundamentação da contratação;
- III - descrição da solução como um todo;
- IV - requisitos da contratação;
- V - modelo de execução do objeto;
- VI - modelo de gestão do contrato;
- VII – critérios de medição e pagamento;
- VIII - forma de seleção do fornecedor;
- IX - critérios de seleção do fornecedor;

X - estimativas detalhadas dos preços, com ampla pesquisa de mercado nos termos da IN nº 5, de 27 de junho de 2014; e

- XI - adequação orçamentária.

Manifestação do TCU:

9.3. dar ciência à Agência Nacional de Energia Elétrica sobre as seguintes falhas identificadas no Pregão Eletrônico 17/2016, para que sejam adotadas providências internas que visem a evitar novas ocorrências semelhantes: 9.3.1. a cláusula 9.5.2 do edital restringiu a competitividade do Pregão Eletrônico 17/2016 ao exigir comprovação para a qualificação técnica de prestação de serviços especificamente na atividade de motorista, uma vez que para a administração importa mais a habilidade das empresas na gestão da mão de obra que a sua aptidão técnica para a execução do objeto, em consonância com a jurisprudência do TCU, conforme Acórdãos 553/2016-Plenário, 1.214/2013-Plenário, 1.443/2014-Plenário, 744/2015-2ª Câmara e 668/2005-Plenário; 9.3.2. a contratação de serviços continuados com dedicação exclusiva de mão de obra, a exemplo do objeto do Pregão Eletrônico 17/2016 (serviço de motorista), por postos de trabalho, constitui afronta à Súmula-TST 331 e ao art. 11 da IN-SLTI-MP 2/2008, por caracterizar locação de mão de obra; 9.3.3. a previsão de pagamento de horas extras em contratos de serviços continuados afronta o disposto no art. 11, § 2º, da INSLTI-MP 2/2008, bem como configura risco potencial de prejuízo à administração; 9.3.4. o modelo de planilha adotado e a minuta do contrato não separam do custo total de cada posto o valor referente às horas extras, com os seus respectivos reflexos, tais como o décimo-terceiro salário, férias e seu adicional, encargos sociais, custos indiretos, tributos e lucro, o que viola o princípio da transparência ante a existência de procedimento capaz de dificultar a fiscalização da execução contratual; 9.3.5. a ausência dos estudos técnicos preliminares no processo licitatório do Pregão Eletrônico 17/2016 viola o disposto no art. 6º, IX, da Lei 8.666/1993; 9.4. recomendar à Agência Nacional de Energia Elétrica que, quando do planejamento de nova contratação de serviços de que trata o Pregão

Eletrônico 17/2016, avalie a conveniência e oportunidade da realização de contratação de objeto semelhante à do Pregão Eletrônico para Registro de Preços nº 03/2016 do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, atentando-se, todavia, para o teor do Acórdão 214/2017-Plenário e futura decisão de mérito sobre o TC 025.964/2016-0; Acórdão nº 449/2017 - TCU - Plenário.

4.3. Prerrogativas das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte

O tratamento favorecido, diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte foi instituído pela Lei Complementar nº 123/2006 e regulamentado pelo Decreto nº 8.538/2015.

Para os efeitos desta Lei Complementar, consideram-se microempresas ou empresas de pequeno porte a sociedade empresária, a sociedade simples, a empresa individual de responsabilidade limitada e o empresário a que se refere o artigo 966 do Código Civil, devidamente registrados no Registro de Empresas Mercantis ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, conforme o caso, desde que:

I - no caso da microempresa, aufera, em cada ano-calendário, receita bruta igual ou inferior a R\$ 360 mil; e

II - no caso da empresa de pequeno porte, aufera, em cada ano-calendário, receita bruta superior a R\$ 360 mil e igual ou inferior a R\$ 4,8 milhões.

A mesma Lei Complementar determina um conjunto de condições para participação das microempresas e empresas de pequeno porte no certame. Sendo necessário estabelecer em edital as regras dos artigos 42 a 49 da Lei Complementar n.º 123/2006.

Entre o tratamento diferenciado dispensado às microempresas e às empresas de pequeno porte está o prazo para regularização da situação fiscal e trabalhista.

De acordo com o Decreto o prazo para a regularização fiscal, no caso de licitação na modalidade pregão, será contado da divulgação do resultado da fase de habilitação.

Outro benefício criado pela Lei Complementar para as microempresas e empresas de pequeno porte é o empate ficto, assegurando, como critério de desempate, preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte.

Ocorrerá o empate naquelas situações em que as propostas apresentadas pelas microempresas e empresas de pequeno porte sejam:

I - iguais ou até 10% superiores à proposta mais bem classificada, quando a contratação pública ocorrer por uma das modalidades da Lei nº 8.666/93;

II – iguais ou até 5% superiores ao menor preço, caso ocorra na modalidade de pregão.

Nas contratações públicas da administração direta e indireta, autárquica e fundacional, federal, estadual e municipal, deverá ser concedido tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte objetivando a promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional, a ampliação da eficiência das políticas públicas e o incentivo à inovação tecnológica. Para atender a essa política pública, a administração pública:

I – deverá realizar processo licitatório destinado exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte nos itens de contratação cujo valor seja de até R\$ 80 mil;

II – poderá, em relação aos processos licitatórios destinados a aquisição de obras e serviços, exigir dos licitantes a subcontratação de microempresa ou de empresa de pequeno porte;

III – deverá estabelecer, em certames para aquisição de bens de natureza divisível, cota de até 25% do objeto para a contratação de microempresas e empresas de pequeno porte.

No caso da subcontratação, os empenhos e pagamentos do órgão ou entidade da administração pública poderão ser destinados diretamente às microempresas e empresas de pequeno porte subcontratadas.

Considerando a promoção do desenvolvimento em âmbito municipal e regional, a administração poderá, justificadamente, estabelecer a prioridade de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte sediadas local ou regionalmente, até o limite de 10% do melhor preço válido.

Excepcionalmente e de forma justificada é possível a não aplicação das prerrogativas das microempresas e empresas de pequeno porte quando:

I - não houver um mínimo de 3 (três) fornecedores competitivos enquadrados como microempresas ou empresas de pequeno porte sediados local ou regionalmente e capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório;

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

III - a licitação for dispensável ou inexigível, nos termos dos artigos 24 e 25 da Lei nº 8.666/93, excetuando-se as dispensas tratadas pelos incisos I e II do art. 24 da mesma Lei, nas quais a compra deverá ser feita preferencialmente de microempresas e empresas de pequeno porte, aplicando-se o disposto no inciso I do art. 48.

Manifestação do TCU:

A definição de receita bruta para fins de enquadramento de licitante nas categorias de microempresa ou empresa de pequeno porte deve corresponder à soma das receitas oriundas das atividades empresariais, não se restringindo à venda de bens e à prestação de serviços em sentido estrito. Acórdão 2446/2016 Plenário

Ementa: recomendação à Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação, junto ao Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, em observância ao princípio da publicidade previsto no art. 37 da Constituição de 1988 e no art. 3º da Lei nº 8.666/1993, que estude a possibilidade de inclusão da devida orientação no Manual do Pregoeiro (disponível no Portal de Compras Governamentais) sobre o dever de o pregoeiro efetuar a consulta aos Portais da Transparência do Poder Executivo (www.portaldatransparencia.gov.br) e do Poder Judiciário (www.portaldatransparencia.jus.br), no caso da condução de certames com o benefício contido no art. 44 da Lei Complementar nº 123/2006, quando a empresa vencedora, diretamente ou por meio de desempate, houver declarado estar enquadrada como micro ou pequena empresa, de modo a verificar se, no ano-

*calendário anterior à realização do certame, a empresa vencedora obteve faturamento bruto compatível com os limites estabelecidos no art. 3º da referida Lei Complementar nº 123/2006, de sorte a permitir a utilização do benefício somente por parte das empresas que se enquadrem, de fato, na condição de ME ou EPP (item 9.6, TC-010.787/2016-0, **Acórdão nº 13.226/2016-2ª Câmara**).*

*Não há obrigação legal de parcelamento do objeto da licitação exclusivamente para permitir a participação de microempresas e empresas de pequeno porte. O parcelamento do objeto deve visar precipuamente o interesse da Administração. **Acórdão 1238/2016 Plenário***

*Ementa: recomendação à Coordenação-Geral de Recursos Logísticos do Ministério das Cidades para que, havendo dúvidas sobre o enquadramento de licitante na condição de microempresa ou de empresa de pequeno porte, segundo os parâmetros estabelecidos no art. 3º da Lei Complementar nº 123/2006, além de realizar as pesquisas pertinentes nos sistemas de pagamento da administração pública federal, solicite da licitante a apresentação dos documentos contábeis aptos a demonstrar a correção e veracidade de sua declaração de qualificar-se como microempresa ou empresa de pequeno porte, para fins de usufruir dos benefícios da referida lei complementar (item 9.3, TC-027.890/2014-7, **Acórdão nº 504/2015-Plenário**).*

4.4. Soluções de Tecnologia da Informação

As contratações de tecnologia da informação não são objeto desse curso, no entanto, a IN 04/2014 trata a fase interna da contratação com muitos detalhes e com grande enfoque na importância do planejamento dentro do processo de contratação pública.

A Instrução Normativa nº 04 de 11 de setembro de 2014 dispõe sobre o processo de contratação de soluções de Tecnologia da Informação pelos órgãos integrantes do Sistema de Administração dos Recursos de Informação e Informática (SISP) do Poder Executivo Federal.

A elaboração do termo de referência ou projeto básico está nessa Instrução Normativa como uma das fases de planejamento da contratação, conforme artigo 9º.

O artigo 14 vem determinando que o termo de referência ou projeto básico será elaborado pela Equipe de Planejamento da Contratação a partir do Estudo Técnico Preliminar da Contratação.

O Termo de Referência ou Projeto Básico será elaborado pela Equipe de Planejamento da Contratação e conterá, no mínimo, as seguintes informações:

I - definição do objeto, conforme art. 15;

II – justificativa para contratação e descrição da Solução de Tecnologia da Informação, conforme art; 16;

III - especificação dos requisitos da contratação, conforme art. 17;

IV – definição das responsabilidades da contratante, da contratada e do órgão gerenciador da Ata de Registro de Preços, quando aplicável, conforme art. 18;

V - Modelo de Execução do contrato, conforme art. 19;

VI – Modelo de Gestão do contrato, conforme art. 20;

VII – estimativas de preços da contratação, conforme art. 22;

VIII – adequação orçamentária e cronograma físico-financeiro, conforme art. 23;

IX – regime de execução do contrato, conforme art. 24; e

X - Critérios de seleção do fornecedor, conforme art. 25.

§ 2º A Equipe de Planejamento da Contratação avaliará a viabilidade de:

I – parcelamento da Solução de Tecnologia da Informação a ser contratada, em tantos itens quanto se comprovarem técnica e economicamente viáveis, justificando-se a decisão de parcelamento ou não da Solução; e

II – permitir consórcio ou subcontratação da Solução de Tecnologia da Informação, observando o disposto nos arts. 33 e 72 da Lei nº 8.666/93, respectivamente, justificando-se a decisão.

§ 3º A Equipe de Planejamento da Contratação avaliará, ainda, a necessidade de licitações e contratações separadas para os itens que, devido a sua natureza, possam ser divididos em tantas parcelas quantas se comprovarem técnica e economicamente viáveis, procedendo-se à licitação com vistas ao melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e à ampliação da competitividade sem perda da economia de escala, conforme disposto no art. 23, § 1º da Lei nº 8.666/93 (parcelamento).

§ 6º O Termo de Referência ou Projeto Básico será assinado pela Equipe de Planejamento da Contratação e aprovado pela autoridade competente.

Objetivando a verificar as tecnologias mais atuais sobre a solução escolhida e conhecimento maior sobre o mercado, a critério da Área Requisitante da Solução ou da Área de Tecnologia da Informação, o termo de referência ou projeto básico, poderá ser disponibilizado em consulta ou audiência pública, conforme previsto no §5º do artigo 14, a fim de avaliar a completude e a coerência da especificação dos requisitos, a adequação e a exequibilidade dos critérios de aceitação.

Nas contratações para a prestação de serviços de tecnologia da informação, a remuneração deve estar vinculada a resultados ou ao atendimento de níveis de serviço, admitindo-se o pagamento por hora trabalhada ou por posto de serviço somente quando as características do objeto não o permitirem, hipótese em que a excepcionalidade deve estar prévia e adequadamente justificada nos respectivos processos administrativos. **Súmula 269/2012 – TCU**

O Tribunal de Contas da União se manifestou por meio do Acórdão 915/2015-Plenário a respeito da vinculação da remuneração dos serviços de tecnologia da informação aos resultados. O relator ponderou que “há serviços cuja execução é praticamente impossível de ser monitorada, porquanto não geram qualquer produto ou resultado aferível”. O que levou o TCU a recomendar que nas contratações para a prestação de serviços de tecnologia da informação (TI), a utilização de métricas semelhantes a Unidade de Serviço Técnico (UST) e Unidade de Medida de Serviços (UMS) mostra-se inadequada para a remuneração de serviços que não geram resultados ou produtos aferíveis pelo ente público contratante, e não se coaduna ao disposto na Súmula TCU 269.

Manifestação do TCU:

3. A comprovação de credenciamento ou parceria junto a fabricantes, quando imprescindível e desde que devidamente motivada, deve ser exigida como requisito técnico obrigatório da contratada e não como requisito de habilitação das licitantes. Nesses termos, acolheu o Plenário a proposta do relator para, julgando parcialmente procedente a representação, recomendar à Caixa, entre outros comandos, que “defina, em seus futuros certames licitatórios, as exigências de credenciamento ou parceria junto a fabricantes, quando devidamente motivadas, como requisitos técnicos obrigatórios das contratadas e não como requisitos de habilitação das licitantes”. Acórdão 926/2017 Plenário

1.9. Dar ciência ao Tribunal Superior Eleitoral sobre as seguintes impropriedades, (...), com vistas à adoção de providências internas que previnam a ocorrência de outras semelhantes: 1.9.2. ausência em seus estudos preliminares de avaliação ampla e atualizada das possíveis soluções disponíveis no mercado de tecnologia da informação e seus respectivos fornecedores, bem como de contratações similares realizadas por outros órgãos ou entidades da Administração Pública, caracterizando inobservância da Resolução CNJ nº 182/2013, art. 14, inciso I, alíneas “a” e “b”; **Acórdão nº 794/2017 - TCU - Plenário.**

A exigência de declaração emitida por fabricante, no sentido de que a empresa licitante é revenda autorizada, de que possui credenciamento do fabricante ou de que este concorda com os termos da garantia do edital, conhecida como declaração de parceria, contraria o art. 3º, § 1º, inciso I, da Lei 8.666/93, aplicado subsidiariamente no âmbito do pregão. **Acórdão 1350/2015-P.**

Ementa: o TCU deu ciência à Companhia de Pesquisa de Recursos Minerais de que: a) a ausência de PEI (Planejamento Estratégico Institucional), de PETI (Planejamento Estratégico de Tecnologia da Informação), de PDTI (Plano Diretor de Tecnologia da Informação), bem como de Comitê Diretivo de Tecnologia da Informação, que definam a política de investimentos para área de Tecnologia da Informação alinhada aos objetivos institucionais, fragiliza as aquisições e contratações efetivadas, além de aumentar o risco de que soluções equivocadas sejam adotadas, o que pode gerar elevados custos financeiros e operacionais, contrariando os princípios constitucionais de eficiência e da economicidade afetos à Administração Pública; b) a inexistência de uma Política de Segurança da Informação e Comunicação (POSIC) e de Gestor de Segurança da Informação não só podem comprometer a segurança da informação e das comunicações pela ação ou omissão, intencional ou acidental, de agentes internos e externos, como também contraria as disposições do Decreto nº 3.505/2000, da Instrução Normativa/GSI-PR nº 1/2008 e do Acórdão nº 1.603/2008-P; c) a utilização injustificada da métrica “homem-hora”, quando não houver outras métricas, aliada à ausência de vinculação à entrega de produtos de acordo com prazos e qualidade previamente definidos, a exemplo do que ocorreu em dois contratos, tem sido rechaçada pelo TCU (Acórdãos nºs 1.558/2003-P; 786/2006-P e 947/2010-P) por conduzir ao “paradoxo do lucro- incompetência”, em ofensa aos princípios constitucionais da eficiência e da economicidade (itens 1.10.2 a 1.10.4, TC-030.190/2013-4, **Acórdão nº 2.256/2015-2ª Câmara**).

Ementa: o TCU deu ciência à Universidade Federal do Amazonas sobre impropriedade caracterizada pela deficiência na aquisição de equipamentos de tecnologia da informação, identificada pela ausência do Plano Diretor de Tecnologia da Informação, o que afronta o disposto na Portaria/SLTI-MP nº 2, de 16.03.2010 (item 1.8.3.2, TC-031.193/2011-0, Acórdão nº 2.392/2015-1ª Câmara)

Seguintes impropriedades: a) ausência, nos autos do processo de contratação, dos documentos exigidos na fase de planejamento da contratação, o que afronta os arts. 9º a 18 da IN/SLTI-MP nº 04/2010, considerando tratar-se de contratação de solução de tecnologia da informação por órgão integrante do SISP; b) insuficiências dos orçamentos constantes das pesquisas de preços, uma vez que não foram detalhados em planilhas que expressem a composição de todos os seus custos unitários, o que afronta o art. 7º, § 2º, inciso II, da Lei nº 8.666/1993 (itens 9.3.1 e 9.3.2, TC-018.528/2014-7, Acórdão nº 92/2015-Plenário).

O TCU deu ciência à Universidade Federal do Oeste do Pará acerca da impropriedade caracterizada pela falta de definição do Planejamento Estratégico de Tecnologia da Informação (PETI) e da elaboração do respectivo Plano Diretor de Tecnologia da Informação (PDTI), falta da instituição de um Comitê Gestor de Tecnologia da Informação (TI), com o objetivo de avaliar e propor políticas de gestão de TI na Unidade, falta da instituição do Comitê Gestor de Segurança da Informação (CGSI) e da formalização da Política de Segurança da Informação (item 1.7.1, TC-046.772/2012-0, Acórdão nº 4.085/2014-2ª Câmara).

Sugestão de leitura complementar: Guia de contratação de soluções de TI – Tribunal de Contas da União, disponível em: http://portal3.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/comunidades/tecnologia_informacao/contratacao_ti

Sugestão de capacitação: Curso ENAP – EAD – Planejamento da Contratação de Tecnologia da Informação (PCTI).

4.5. Regime Diferenciado de Contratação

Objetivando a celeridade necessária para algumas contratações públicas, foi editado Regime Diferenciado de Contratações (RDC) pela Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011, regulamentado pelo Decreto nº 7.581, de 11 de outubro de 2011, sendo aplicável exclusivamente às licitações e contratos necessários à realização:

- dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016;
- da Copa das Confederações da Federação Internacional de Futebol Associação - Fifa 2013;
- da Copa do Mundo Fifa 2014;
- de obras de infraestrutura e de contratação de serviços para os aeroportos das capitais dos Estados da Federação distantes até 350 km (trezentos e cinquenta quilômetros) das cidades sedes dos mundiais;
- das ações integrantes do Programa de Aceleração do Crescimento – PAC (art. 1º, IV);

- obras e serviços de engenharia do âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS (art. 1º, V);
- Obras e serviços de engenharia para construção, ampliação e reforma de estabelecimentos penais e unidades de atendimento socioeducativo (art. 1º, VI);
- Ações no âmbito da Segurança Pública (art. 1º, VII);
- das obras e serviços de engenharia, relacionadas a melhorias na mobilidade urbana ou ampliação de infraestrutura logística; (art. 1º, VIII);
- IX - dos contratos de locação de bens móveis e imóveis, nos quais o locador realiza prévia aquisição, construção ou reforma substancial, com ou sem aparelhamento de bens, por si mesmo ou por terceiros, do bem especificado pela administração (art. 47-A);
- X - das ações em órgãos e entidades dedicados à ciência, à tecnologia e à inovação.
- obras e serviços de engenharia no âmbito dos sistemas públicos de ensino, (art. 1º, §3º);
- modernização, construção, ampliação ou reforma de aeródromos públicos custeados pelos recursos do Fundo Nacional de Aviação Civil – FNAC (art. 63-A, §1º);
- modernização, construção, ampliação ou reforma de armazéns destinados às atividades de guarda e conservação de produtos agropecuários – BB e CONAB (arts. 1º e 2º da Lei 12.873/13);
- obras e serviços no âmbito do Programa Nacional de Dragagem Portuário e Hidroviária II (§4º do art. 54 da Lei 12.815/2013 – Lei dos Portos);
- Programa Pacto por Santa Catarina – Lei Estadual de Santa Catarina 16.020/13

O termo de referência deve conter um conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para caracterizar os serviços a serem contratados ou os bens a serem fornecidos, conforme Decreto nº 7581/2011, art. 4º, VII.

Integram o instrumento convocatório, como anexos:

I – termo de referência, projeto básico ou executivo;

II – minuta de contrato;

III – acordo de nível de serviço;

IV – especificações complementares e normas de execução;

V – cronograma de execução;

VI – composição analítica do percentual dos benefícios e despesas indiretas - BDI;

VII – exigência de que o contratado conceda livre acesso aos documentos e registros contábeis;

O orçamento previamente estimado para a contratação será tornado público apenas e imediatamente após a adjudicação do objeto, sem prejuízo da divulgação no instrumento convocatório do detalhamento dos quantitativos e das demais informações necessárias para a elaboração das propostas, nos termos do art. 9º do referido decreto. Lembrando que estará disponível permanentemente aos órgãos de controle externo e interno.

Nas licitações de obras e serviços de engenharia, poderá ser utilizada a contratação integrada, desde que técnica e economicamente justificada.

O objeto da contratação integrada compreende a elaboração e o desenvolvimento dos projetos básico e executivo, a execução de obras e serviços de engenharia, a montagem, a

realização de testes, a pré-operação e todas as demais operações necessárias e suficientes para entrega final do objeto é o que prevê o art. 73.

O Decreto 7.581/11, prevê no art. 89 que o sistema de registro de preços poderá ser adotado para a contratação de bens, obras com características e de serviços, inclusive de engenharia. Neste caso, as obras deverão ter projeto de referência padronizado, básico ou executivo, consideradas as regionalizações necessárias.

Manifestação do TCU:

*9.7. determinar que a Prefeitura de Palmas/TO atente para a necessidade de correção ou não repetição das falhas detectadas no Edital RDC Eletrônico 1/2015, para a contratação do empreendimento BRT Sul de Palmas, cuidando especialmente das seguintes falhas: 9.7.1. estudos de viabilidade técnica, econômica e ambiental deficiente, em desacordo com a documentação exigida pelo art. 9º, § 2º, inciso I da Lei 12.462, de 2011, e o art. 74, inciso I e § 1º, inciso II, do Decreto 7.581, de 2011, ao não contemplar de forma adequada e suficiente a demonstração e a justificativa do programa de necessidades e os projetos anteriores ou estudos preliminares que embasaram a concepção adotada; 9.7.2. anteprojeto de engenharia deficiente, não indicando o levantamento topográfico e cadastral, por mais que essa documentação existisse, em desrespeito ao art. 74, § 1º, inciso I, do Decreto 7.581, de 2011; 9.7.3. motivação deficiente para o ato de escolha do regime de contratação integrada do RDC, em desrespeito ao art. 9º da Lei 12.462, de 2011; 9.7.4. restrição à competitividade do certame, diante da não justificativa para o não parcelamento do objeto, em desrespeito à diretriz definida pelo art. 4º, inciso VI, da Lei 12.462, de 2011; **Acórdão nº 460/2017 - TCU - Plenário.***

*A Administração deve exigir das empresas contratadas no regime de contratação integrada, por ocasião da entrega dos projetos básico e executivo, a apresentação de orçamento detalhado contendo descrições, unidades de medida, quantitativos e preços unitários de todos os serviços da obra, acompanhado das respectivas composições de custo unitário, bem como do detalhamento dos encargos sociais e da taxa de BDI, nos termos do art. 2º, parágrafo único, da Lei 12.462/2011, aplicável a todos os regimes de execução contratual do RDC, e da Súmula 258 do TCU. **Acórdão 2433/2016 Plenário***

*No RDC, a definição dos critérios de avaliação e ponderação da qualidade técnica das propostas está no âmbito da discricionariedade da Administração, devendo ser adotados, de forma justificada, os requisitos que melhor se amoldem às características peculiares do objeto licitado (art. 20, caput, da Lei 12.462/11). **Acórdão 288/2015-P***

*Ementa: recomendação à Secretaria de Portos da Presidência da República (SEP/PR) no sentido de que, nas licitações, avalie a vantagem de manter o sigilo do valor estimado de obras cujos serviços predominantes não tenham referência nos sistemas oficiais de preços (SINAPI/SICRO) (item 9.1.1, TC-004.877/2014-4, **Acórdão nº 1.541/2014-Plenário**).*

Sugestão de leitura complementar: Caderno de logística nº 3 Regime Diferenciado de Contratações públicas, disponível em https://www.comprasgovernamentais.gov.br/arquivos/caderno/3_-caderno-de-logistica-_-rdc.pdf

Referências Bibliográficas

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 26. Ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 40 ed. Atual. Até a Emenda Constitucional 76, de 28/11/2013, por Décio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2013.

MENDES, Renato Geraldo. *O processo de Contratação Pública – Fases, etapas e atos*. Curitiba: Zênite, 2012.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos – 12 ed.* – São Paulo: Dialética, 2008.

_____. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos – 14 ed.* – São Paulo: Dialética, 2010.

_____. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos – 16 ed.* – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

Licitações e contratos: orientações e jurisprudência do TCU / Tribunal de Contas da União. – 4. ed. rev., atual. e ampl. – Brasília: TCU, Secretaria-Geral da Presidência: Senado Federal, Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2010.