

PARECER JURÍDICO

PROCESSO ADMINISTRATIVO N° 017/2024/PMSC/FMAS

PREGÃO PRESENCIAL/SRP N° 001/2024/PMSC/FMAS

Artefatos em análise: Documento de Formalização de Demanda - DFD/Estudo Técnico Preliminar – ETP/Relatório de Análise de Riscos - RAI/Termo de referência – TR/Pesquisa de preços/Minutas de edital de Pregão Presencial, Ata de Registro de Preços e contrato.

Interessado: Pregoeiro do Município de Santa Cruz - PE

Cuida-se de parecer sobre os artefatos da fase preparatória de licitação, na modalidade de pregão presencial, sob sistema de registro de preços, cujo objeto é a “**contratação de empresa do ramo pertinente para REGISTRO DE PREÇOS, visando o fornecimento de materiais de construção, hidráulico e elétrico, para recuperação e manutenção, visando suprir a demanda das diversas Secretarias e Fundos Municipais, e materiais elétricos para a manutenção e recuperação do Sistema de Iluminação Pública, com entrega parcelada, durante 12(doze) meses, conforme solicitação expressa dos Ordenadores de Despesas das Secretarias Demandantes, conforme especificações e quantidades constantes no Anexo I - Termo de Referência e Anexo II - Estudo Técnico Preliminar, partes integrantes do edital**”.

A presente manifestação jurídica tem o escopo de assistir ao Ente solicitante e a autoridade assessorada no controle prévio de legalidade, conforme estabelece o artigo 53, I e II, da Lei nº 14.133, de 2021 (Nova Lei de Licitações e Contratos – NLLC):

Art. 53. Ao final da fase preparatória, o processo licitatório seguirá para o órgão de assessoramento jurídico da Administração, que realizará controle prévio de legalidade mediante análise jurídica da contratação.

§ 1º Na elaboração do parecer jurídico, o órgão de assessoramento jurídico da Administração deverá:

- I - apreciar o processo licitatório conforme critérios objetivos prévios de atribuição de prioridade;**
- II - redigir sua manifestação em linguagem simples e compreensível e de forma clara e objetiva, com apreciação de todos os elementos indispensáveis à contratação e com exposição dos pressupostos de fato e de direito levados em consideração na análise jurídica;**

Logo, em conformidade ao disposto na norma legal acima referida, o controle prévio de legalidade se dá em função do exercício da competência da análise jurídica da futura

contratação, não abrangendo, portanto, os demais aspectos envolvidos, como os de natureza técnica, mercadológica ou de conveniência e oportunidade. Em relação a esses, eventuais apontamentos que estejam interligados com questões jurídicas, versa o Enunciado BPC nº 07, do Manual de Boas Práticas Consultivas da Advocacia-Geral da União:

Enunciado BPC nº 07

“A manifestação consultiva que adentrar questão jurídica com potencial de significativo reflexo em aspecto técnico deve conter justificativa da necessidade de fazê-lo, evitando-se posicionamentos conclusivos sobre temas não jurídicos, tais como os técnicos, administrativos ou de conveniência ou oportunidade, podendo-se, porém, sobre estes emitir opinião ou formular recomendações, desde que enfatizando o caráter discricionário de seu acatamento”.

De outra banda, vale salientar que não cabe a esta assessoria jurídica o papel de auditoria quanto à competência de cada agente público para a prática de atos administrativos, nem de atos já praticados. Incumbe, isto sim, a cada um destes observar se os seus atos estão dentro do seu espectro de competências e atribuições, presumindo-se que desde as especificações técnicas do objeto a ser licitado até os seus detalhamentos quanto à execução contratual, características intrínsecas, requisitos e avaliação do preço estimado, tenham sido regularmente determinadas pelo setor competente do órgão, com base em parâmetros técnicos objetivos, para a melhor consecução do interesse público.

Neste viés, determinadas observações são feitas sem caráter vinculativo, mas em prol da segurança do Ente assessorado a quem incumbe, dentro da margem de discricionariedade que lhe é conferida pela lei, avaliar e acatar, ou não, tais apontamentos. Entretanto, as questões relacionadas à legalidade serão apontadas para fins dos ajustes necessários, para que seja dado o prosseguimento do curso do processo licitatório, haja vista que a inobservância de tais ponderações podem vir a gerar óbice à consecução ao interesse público, sendo de absoluta responsabilidade da Administração.

A NLLC (Lei nº 14.133/2021) estabelece no seu artigo 18 e incisos todos os elementos que devem ser compreendidos na instrução do processo licitatório, senão vejamos:

Art. 18. A fase preparatória do processo licitatório é caracterizada pelo planejamento e deve compatibilizar-se com o plano de contratações anual de que trata o [inciso VII do caput do art. 12 desta Lei](#), sempre que elaborado, e com as leis orçamentárias, bem como abordar todas as considerações técnicas, mercadológicas e de gestão que podem interferir na contratação, compreendidos:

- I - a descrição da necessidade da contratação fundamentada em estudo técnico preliminar que caracterize o interesse público envolvido;
- II - a definição do objeto para o atendimento da necessidade, por meio de termo de referência, anteprojeto, projeto básico ou projeto executivo, conforme o caso;
- III - a definição das condições de execução e pagamento, das garantias exigidas e ofertadas e das condições de recebimento;
- IV - o orçamento estimado, com as composições dos preços utilizados para sua formação;
- V - a elaboração do edital de licitação;
- VI - a elaboração de minuta de contrato, quando necessária, que constará obrigatoriamente como anexo do edital de licitação;
- VII - o regime de fornecimento de bens, de prestação de serviços ou de execução de obras e serviços de engenharia, observados os potenciais de economia de escala;
- VIII - a modalidade de licitação, o critério de julgamento, o modo de disputa e a adequação e eficiência da forma de combinação desses parâmetros, para os fins de seleção da proposta apta a gerar o resultado de contratação mais vantajoso para a Administração Pública, considerado todo o ciclo de vida do objeto;
- IX - a motivação circunstanciada das condições do edital, tais como justificativa de exigências de qualificação técnica, mediante indicação das parcelas de maior relevância técnica ou valor significativo do objeto, e de qualificação econômico-financeira, justificativa dos critérios de pontuação e julgamento das propostas técnicas, nas licitações com julgamento por melhor técnica ou técnica e preço, e justificativa das regras pertinentes à participação de empresas em consórcio;
- X - a análise dos riscos que possam comprometer o sucesso da licitação e a boa execução contratual;
- XI - a motivação sobre o momento da divulgação do orçamento da licitação, observado o [art. 24 desta Lei](#).

Preliminarmente, o presente opinativo tem como objetivo de traçar orientações jurídicas, com fulcro na Lei Federal nº 14.133/2021 – a Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (NLLC), quanto aos instrumentos que compõem a fase preparatória da licitação em epígrafe, que fora informada através do **Documento de Formalização da Demanda – DFD**, originado das **Secretarias e Fundos Municipais demandantes**, que inaugura o procedimento licitatório, estabelecendo o nascedouro da necessidade de interesse público a ser satisfeita.

Ademais, registra-se no DFD apresentado, justifica a necessidade da contratação almejada aduzindo que: **“a instauração do presente processo se faz necessário para contratação de empresas do ramo pertinente para o fornecimento de materiais de construção, hidráulico e elétrico, para recuperação e manutenção, visando suprir a demanda das diversas Secretarias Públicas e Fundos Municipais, e materiais elétricos para a manutenção e recuperação do Sistema de Iluminação Pública (...)**”, buscando a satisfação do interesse público e informa que a contratação pretendida está prevista no PPA (Plano Plurianual) e na LOA (Lei Orçamentária Anual) do Município de Santa Cruz, bem como no

Plano de Contratações Anual em fase de conclusão de modo que se encontra alinhada com o planejamento das Secretarias e dos Fundos Municipais demandantes do município de Santa Cruz.

Porém, tendo em vista estar em fase de conclusão, não acostou aos autos do processo licitatório a publicação e/ou divulgação do PCA das Secretarias/Fundos demandantes, o que prejudica a análise de compatibilidade da contratação com o referido plano, em que pese não se tratar, o mesmo de ato obrigatório para a realização da licitação, uma vez que, o inciso VII, do artigo 12 da NLLC, informa a **facultatividade** da elaboração do plano anual de contratações, in fine:

Art. 12. No processo licitatório, observar-se-á o seguinte:

(...)

VII - a partir de documentos de formalização de demandas, os órgãos responsáveis pelo planejamento de cada ente federativo poderão, na forma de regulamento, elaborar plano de contratações anual, com o objetivo de racionalizar as contratações dos órgãos e entidades sob sua competência, garantir o alinhamento com o seu planejamento estratégico e subsidiar a elaboração das respectivas leis orçamentárias. (grifos nossos)

Ademais, o art. 18, inciso X, da Lei n.º 14.133/21 estabelece que a fase preparatória da contratação deve contemplar “a **análise dos riscos** que possam vir a comprometer o sucesso da licitação e a boa execução contratual”, sendo o **mapa de riscos** ferramenta de governança, na implementação de soluções que propiciem contratações mais eficientes, servindo como lastro do princípio do desenvolvimento nacional sustentável, sendo recomendável sua realização mediante a consolidação dos achados como forma de prevenção e adoção das medidas que se fizerem necessárias.

Notou-se que consta como anexo do procedimento o **Relatório de Análise de Riscos RAI**, que constitui instrumento de gerenciamento dos riscos, uma das etapas do planejamento, e que deve ser realizado entre o estudo técnico preliminar e o termo de referência, podendo ser atualizado ao longo de todo o processo de contratação, definindo os prováveis riscos e suas ações mitigadores e de contingência, caso aqueles sejam concretizados durante o processo de contratação na rota do processo licitatório. Figura-se como peça hábil para o controle preventivo e a gestão dos riscos, revelando sua importância.

Como artefato constitutivo da primeira etapa do planejamento da contratação almejada, fora apresentado o Estudo Técnico Preliminar – ETP, **da lavra da Secretária Municipal de Administração e Finanças, Sra. Géssica Ferreira Soares**, buscando-se uma análise inicial da necessidade informada pelas Secretarias/Fundos demandantes com sua respectiva justificação e melhor solução, servindo como fundamento para a elaboração do termo de referência.

A Lei 14.133/2021 tratou efetivamente do ETP, trouxe seu conceito e seus requisitos nos dispositivos dos seus artigos 6.º, XX e 18, § 1.º, I ao XIII, respectivamente, apresentando ainda a obrigatoriedade da apresentação daqueles elencados nos incisos I, IV, VI, VIII e XIII e da justificativa da ausência dos demais, quando for o caso, senão vejamos:

Art. 6º Para os fins desta Lei, consideram-se:

(...)

XX - estudo técnico preliminar: documento constitutivo da primeira etapa do planejamento de uma contratação que caracteriza o interesse público envolvido e a sua melhor solução e dá base ao anteprojeto, ao termo de referência ou ao projeto básico a serem elaborados caso se conclua pela viabilidade da contratação;

Art. 18, § 1.º - O estudo técnico preliminar a que se refere o inciso I do caput deste artigo deverá evidenciar o problema a ser resolvido e a sua melhor solução, de modo a permitir a avaliação da viabilidade técnica e econômica da contratação, e conterá os seguintes elementos:

I - descrição da necessidade da contratação, considerado o problema a ser resolvido sob a perspectiva do interesse público;

II - demonstração da previsão da contratação no plano de contratações anual, sempre que elaborado, de modo a indicar o seu alinhamento com o planejamento da Administração;

III - requisitos da contratação;

IV - estimativas das quantidades para a contratação, acompanhadas das memórias de cálculo e dos documentos que lhes dão suporte, que considerem interdependências com outras contratações, de modo a possibilitar economia de escala;

V - levantamento de mercado, que consiste na análise das alternativas possíveis, e justificativa técnica e econômica da escolha do tipo de solução a contratar;

VI - estimativa do valor da contratação, acompanhada dos preços unitários referenciais, das memórias de cálculo e dos documentos que lhe dão suporte, que poderão constar de anexo classificado, se a Administração optar por preservar o seu sigilo até a conclusão da licitação;

VII - descrição da solução como um todo, inclusive das exigências relacionadas à manutenção e à assistência técnica, quando for o caso;

VIII - justificativas para o parcelamento ou não da contratação;

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

X - providências a serem adotadas pela Administração previamente à celebração do contrato, inclusive quanto à capacitação de servidores ou de empregados para fiscalização e gestão contratual;

XI - contratações correlatas e/ou interdependentes;

XII - descrição de possíveis impactos ambientais e respectivas medidas mitigadoras, incluídos requisitos de baixo consumo de energia e de outros recursos, bem como logística reversa para desfazimento e reciclagem de bens e refugos, quando aplicável;

XIII - posicionamento conclusivo sobre a adequação da contratação para o atendimento da necessidade a que se destina.

§ 2º O estudo técnico preliminar deverá conter ao menos os elementos previstos nos incisos I, IV, VI, VIII e XIII do § 1º deste artigo e, quando não contemplar os demais elementos previstos no referido parágrafo, apresentar as devidas justificativas.

Assim, em análise ao ETP apresentado no início da fase preparatória do processo em evidência verificou-se a presença dos elementos elencados no art. 18, bem como de suas respectivas justificativas, como determina o dispositivo do diploma legal retrocitado, **cabendo, entretanto, complementação em alguns dos seus tópicos.**

I - Descrição da necessidade da contratação

Pela ordem disposta na legislação pertinente, é neste primeiro elemento do ETP, onde deve-se detalhar a necessidade que foi identificada no DFD e que originou a demanda de contratação, descrevendo todos os elementos que devem ser executados, haja vista que a finalidade neste aspecto é justamente suprir uma necessidade administrativa, para que se obtenha os resultados pretendidos pela Administração Municipal, o que foi plenamente atendida, mediante as informações constantes no item.

II- Demonstração da previsão da contratação no plano de contratações anual

Quanto a este segundo elemento, o artefato informa que “a contratação pretendida *está prevista no Plano de Contratações Anual em fase de conclusão de modo que se encontra alinhada com o planejamento das Secretarias/Fundos do município de Santa Cruz, atendendo à justificativa para a ausência deste.*

III – Requisitos da contratação

Neste tópico, todos os aspectos essenciais à contratação devem ficar claros, tais como: especificações do objeto indispensáveis ao atendimento da necessidade, requisitos essenciais a serem atendidos pela futura contratada, duração inicial do contrato de fornecimento.

Com base nesses requisitos é que será realizado o levantamento de mercado, das soluções que preenchem esses requisitos. Por isto é importante listar todos os requisitos que sejam essenciais, evitando-se requisitos desnecessários e especificações demasiadas, para não frustrar o caráter competitivo da futura licitação.¹

Assim, as *informações essenciais referentes a este elemento foram devidamente cotejadas no ETP, **cabendo ainda justificar a utilização do registro de preços, informar o prazo de vigência da Ata de Registro de Preços e sua possibilidade de prorrogação, se for caso, impondo-se sua complementação quanto a estes aspectos.***

IV - Estimativas das quantidades para a contratação, acompanhadas das memórias de cálculo e dos documentos que lhes dão suporte

Em regra, este elemento deve considerar diversos fatores, como expectativa de aumento/redução de consumo, no caso em concreto, estimou-se “as quantidades com base no consumo histórico dos últimos anos, levando em consideração a demanda e os desgastes dos prédios públicos, conforme se verifica na planilha de memória de cálculo abaixo; As quantidades estimada dos itens do presente processo licitatório baseia-se na média de consumo de anos anteriores e estimativa de necessidade das novas demandas, sendo o estimado demonstrado na tabela a seguir, considerando as demandas das diversas Secretarias públicas do Município. Esse aumento das quantidades acrescida foi levado em consideração para o cálculo das estimativas da nova licitação, sendo considerado necessário um aumento de aproximadamente 5 a 10% na quantidade a ser adquirida para a manutenção das diversas secretarias públicas municipais”, relacionando de forma objetiva a demanda prevista e os quantitativos a serem consumidos na execução das atividades intrínsecas das Secretarias/Fundos no atendimento do interesse público vislumbrado, **tendo sido apresentada a justificativa para o quantitativo explicitado no ETP, bem como seu embasamento em memória de cálculo a fim de corroborá-la.**

Para tanto, o quantitativo foi devidamente informado, devendo sempre providenciar **a juntada dos documentos que subsidiaram sua estimativa, a fim de comprovação, conforme fora explicitado.**

V – Levantamento de mercado

Neste tópico é realizada a pesquisa e se indica as diversas soluções existentes no mercado e que podem atender à necessidade levantada. Neste momento, a Administração verifica todas as alternativas disponíveis, apresentando as justificativas técnicas e econômicas que fundamentam e norteiam a escolha que se fizer.

Vale ressaltar que, o levantamento de mercado nos estudos técnicos preliminares não se confunde com a pesquisa de preços posterior. **No ETP deve ser feita uma análise inicial dos preços praticados no mercado para fundamentar a decisão da autoridade competente quanto à viabilidade econômica da contratação.** Sobre o tema, veja-se o **Enunciado nº 17 do Conselho da Justiça Federal (CJF):**

ENUNCIADO 17:

“A estimativa do valor da contratação realizada por meio dos Estudos Técnicos Preliminares, de que trata o art. 18, § 1º, inciso VI, será, via de regra, uma análise inicial dos preços praticados no mercado por servir unicamente à análise da autoridade competente quanto à viabilidade econômica da contratação. De forma diferente, há uma estimativa do valor da contratação realizada pelo setor competente do órgão, conforme o art. 6º, inciso XXIII, “i”, que servirá como base à análise da aceitabilidade das propostas na fase externa do processo licitatório e, por isso, utilizará os parâmetros do art. 23 e seus

parágrafos, combinados, sempre que possível, em uma “cesta de preços”, priorizando os preços públicos, salvo quando, de acordo com o Manual de Atribuições e Regulamento Interno do órgão, a obrigação recair para o mesmo setor que estiver elaborando os Estudos Técnicos Preliminares”.

A metodologia aplicada à pesquisa de preço foi baseada nas orientações da Instrução Normativa SG/SEDGGD/ME n.º 65, de 7 de julho de 2021, as quais dispõem sobre os procedimentos administrativos básicos para a realização de pesquisa de preços para a aquisição de bens e contratação de serviços em geral, bem como em obediência ao previsto no Decreto Municipal 17/2023, tendo sido utilizado os parâmetros referidos no seu art.6.º, III e IV, qual seja:

(...)

III - pesquisa por meio de ferramentas específicas para a consulta de preços públicos, contratadas ou não pela administração pública, referente a aquisições ou contratações firmadas no período de até 1 (um) ano anterior à data de divulgação do instrumento convocatório;
VI - facultativamente, realização de pesquisa direta com, no mínimo, 03 (três) fornecedores, mediante solicitação formal de cotação, desde que seja apresentada justificativa da escolha desses fornecedores e que não tenham sido obtidos os orçamentos com mais de 6 (seis) meses de antecedência da data de divulgação do instrumento convocatório

Recomenda-se, a juntada ao processo licitatório o documento de pesquisa dos preços de mercado, através das cotações obtidas por meio de pesquisa de mercado local a fornecedores, contratos e ARP contratados em anos anteriores, e cotação no Banco de Preços, com ênfase no estado de Pernambuco, bem como suas solicitações formais pelo setor competente, devidamente assinadas pelo responsável para tal atribuição, constando todos os elementos determinados no art. 4.º do Decreto Municipal n.º 17/2023, que estabelece

Art. 4º. A pesquisa de preços será materializada em documento que contenha, no mínimo:

I - a identificação do agente responsável pela cotação;
II - a caracterização das fontes consultadas;
III - a série de preços coletados;
IV - o método matemático aplicado para a definição do valor estimado; e
V - a justificativa para a metodologia adotada, em especial para a desconsideração de valores inexequíveis, inconsistentes e excessivamente elevados, se aplicável.

VI - Estimativa do valor da contratação

Neste ponto será realiza uma estimativa preliminar da contratação almejada, a fim de que se tenha uma ideia do seu custo, a fim de subsidiar a análise da sua viabilidade econômica, embora esta não seja tão detalhista quanto à efetiva pesquisa de preços de mercado realizada

quando da confecção do termo de referência, devendo sempre acostar os documentos que lhe deram suporte, conforme cotações realizadas, informando objetivamente o valor global estimado da futura contratação e seus valores unitários encontrados, tendo **informado no ETP que a pesquisa de mercado fora realizada mediante cotações locais a fornecedores, contratos e ARP contratados em anos anteriores e cotação no Banco de Preços, com ênfase no estado de Pernambuco, devendo sempre acostar os documentos que lhe deram suporte, conforme cotações realizadas, que devem sempre ser assinadas pelo seu responsável.**

VII - Descrição da solução como um todo

Aborda a conclusão do estudo comparativo entre as soluções, deve ser descrita a solução que se demonstrou mais vantajosa técnica e economicamente para a Municipalidade. Na descrição, deve ser evidenciado que a solução escolhida atende às necessidades e resolve o problema apresentado por aquele órgão/entidade, devendo-se apresentar todos os aspectos da solução, tendo em vista que podem impactar diretamente no preço final das propostas ofertadas pelos futuros licitantes, da forma que fora informada no ETP.

VIII - Justificativas para o parcelamento ou não da contratação

Deve informar se a solução encontrada pode ou não ser parcelada, se o objeto é composto por itens divisíveis conforme suas características e com a forma com que é usualmente comercializado no mercado para que seja definido o critério de adjudicação do objeto (por item, por grupos ou global), tendo sido explicitado no contexto do ETP que será adjudicado por item.

Segundo o TCU, a regra é o parcelamento do objeto, devendo eventual formação de lotes ser devidamente justificada.

TCU, SÚMULA Nº 247

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

IX - Demonstrativo dos resultados pretendidos

Neste item deve-se apontar o proveito a ser obtido com a contratação quanto aos seus aspectos econômico, social, institucional, aproveitamento dos recursos humanos, inclusive a respeito à impactos ambientais positivos. etc. Deve-se declarar os benefícios diretos e indiretos que o órgão/entidade almeja com a contratação, como o atendimento às necessidades do Município na execução de suas atividades diárias na execução dos serviços públicos e atendimento aos munícipes,

resguardando-se o princípio constitucional da eficiência e a consecução do interesse público almejado, como restou demonstrado.

X - Providências a serem adotadas pela Administração previamente à celebração do contrato

Deve-se informar ações que deverão ser realizadas pela Administração antes da formalização da futura contratação, para que ela surta os resultados esperados, com vistas à correta execução contratual, caso sejam necessárias, tendo sido demonstradas e estabelecidas no ETP que **“após a contratação a equipe de fiscalização deverá receber as orientações necessárias para o controle e acompanhamento da execução do contrato de acordo normas legais aplicáveis, conforme determina o inciso X do §1º do art. 18 da Lei nº 14.133/2021”** e que **“serão observados alguns cuidados na contratação pretendida”**, devidamente elencados no artefato em análise.

XI - Contratações correlatas e/ou interdependentes

Neste tópico evidencia-se a existência ou a necessidade de realização de outras contratações, correlatas ou interdependentes, que venham a influenciar na contratação que se pretende realizar, o que, face a ausência desta necessidade, não foi identificado no ETP.

XII - Descrição de possíveis impactos ambientais e respectivas medidas mitigadoras

Refere-se a esfera ambiental da sustentabilidade, devendo ser identificadas possíveis impactos em decorrência da contratação pretendida, relacionando-se suas medidas mitigadoras, prevendo -se as ações que devem ser adotadas pela futura contratada a fim de evitar a ocorrência do referido dano ou realizar seu tratamento, da forma consignada neste tópico.

Apontou-se no referido ETP, que “os principais impactos ambientais dos materiais de construção e materiais elétricos adquiridos, podem estar associados tanto ao processo produtivo, como à geração de efluentes, ao próprio uso dos produtos ou mesmo à geração de resíduos de embalagem pós-uso. Assim, quanto aos riscos de impactos ocasionados devido a produção nas indústrias, as empresas deverão atentar para as práticas de mitigação dos impactos na produção, em como as leis e Resoluções orientam a produção sustentável dessas atividades”.

Estabelece ainda o ETP, 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, bem como 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, que a contratada deverá adotar práticas de Sustentabilidade Ambiental, conforme prevê a Instrução Normativa nº 01, de 19 de janeiro

de 2010, da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão e legislação correlatas, naquilo que couber e que deve cumprir as Normas Brasileiras – NBR publicadas pela Associação Brasileira de Normas Técnicas sobre resíduos sólidos.

XIII - Posicionamento conclusivo sobre a adequação da contratação para o atendimento da necessidade a que se destina

Descrição do posicionamento conclusivo sobre a viabilidade e razoabilidade da contratação, indicando-se a viabilidade técnica, operacional e orçamentária, assim como a adequação à necessidade identificada na demanda de contratação, conforme consta no conteúdo do ETP.

Seguindo a análise, no que tange ao Termo de Referência, estabelece o art. 6.º, XXIII, alíneas “a” à “j” c/c o art. 40, § 1º, I à III da Lei 14.133/2021, reza *in verbis*:

Art. 6.º Para os fins desta Lei, consideram-se:

(...)

XXIII - termo de referência: documento necessário para a contratação de bens e serviços, que deve conter os seguintes parâmetros e elementos descritivos:

- a) definição do objeto, incluídos sua natureza, os quantitativos, o prazo do contrato e, se for o caso, a possibilidade de sua prorrogação;
- b) fundamentação da contratação, que consiste na referência aos estudos técnicos preliminares correspondentes ou, quando não for possível divulgar esses estudos, no extrato das partes que não contiverem informações sigilosas;
- c) descrição da solução como um todo, considerado todo o ciclo de vida do objeto;
- d) requisitos da contratação;
- e) modelo de execução do objeto, que consiste na definição de como o contrato deverá produzir os resultados pretendidos desde o seu início até o seu encerramento;
- f) modelo de gestão do contrato, que descreve como a execução do objeto será acompanhada e fiscalizada pelo órgão ou entidade;
- g) critérios de medição e de pagamento;
- h) forma e critérios de seleção do fornecedor;
- i) estimativas do valor da contratação, acompanhadas dos preços unitários referenciais, das memórias de cálculo e dos documentos que lhe dão suporte, com os parâmetros utilizados para a obtenção dos preços e para os respectivos cálculos, que devem constar de documento separado e classificado;
- j) adequação orçamentária;

Art.40. O planejamento de compras deverá considerar a expectativa de consumo anual e observar o seguinte:

(...)

§ 1º O termo de referência deverá conter os elementos previstos no inciso XXIII do caput do art. 6º desta Lei, além das seguintes informações:

- I - especificação do produto, preferencialmente conforme catálogo eletrônico de padronização, observados os requisitos de qualidade, rendimento, compatibilidade, durabilidade e segurança;
- II - indicação dos locais de entrega dos produtos e das regras para recebimentos provisório e definitivo, quando for o caso;
- III - especificação da garantia exigida e das condições de manutenção e assistência técnica, quando for o caso.

Neste diapasão, o termo de referência elaborado a partir do estudo técnico preliminar ora encaminhado, deve conter os seguintes itens: **definição do objeto, fundamentação da contratação, descrição da solução como um todo, requisitos da contratação, modelo de execução do objeto, modelo de gestão do contrato, critérios de medição e de pagamento, forma e critérios de seleção do fornecedor, estimativa do valor da contratação e adequação orçamentária, que passamos a analisar:**

a) Definição do objeto

Define-se o objeto de forma clara e objetiva, sua natureza (comum ou especial), com especificação de todos os elementos que o compõe, bem como de sua natureza, quantitativo, o prazo do contrato e, se for o caso, a possibilidade de sua prorrogação. *Acerca do TR analisado vislumbrou-se o prazo de vigência do contrato, vislumbrando-se no TR a possibilidade de prorrogação do contrato, com lastro nos art.106 e 107, haja vista ter caracterizado o objeto como fornecimento contínuo, contudo notou-se a ausência da vigência da Ata de Registro de Preços – ARP, bem como a possibilidade de sua prorrogação, bem como da justificativa para a adoção do Sistema de Registro de Preços - SRP, além da classificação dos itens por catálogo eletrônico, devendo providenciar a complementação e ajustes destas informações e/ou a devida justificativa em relação a última anotação, pois a que fora apresentada no item 22.0 do TR não tem cabimento, tendo em vista que o catálogo eletrônico tem disponibilidade no Portal de Compras do Governo Federal, no endereço eletrônico: <https://www.gov.br/compras/pt-br/> e não no PNCP – Portal Nacional de Contratações Públicas, como fora informado.*

Sobre a especificação do bem ou do serviço, vale ainda destacar que a Nova Lei de Licitações deu prioridade à utilização do **CATÁLOGO ELETRÔNICO DE PADRONIZAÇÃO**. A sua não utilização deve ser **JUSTIFICADA**, conforme prevê o §2º do art. 19 da Lei nº 14133/21, senão vejamos:

Art. 19. Os órgãos da Administração com competências regulamentares relativas às atividades de administração de materiais, de obras e serviços e de licitações e contratos deverão: (grifos nossos)

(...)

II - criar catálogo eletrônico de padronização de compras, serviços e obras, admitida a adoção do catálogo do Poder Executivo federal por todos os entes federativos;

(...)

§ 1º O catálogo referido no inciso II do caput deste artigo poderá ser utilizado em licitações cujo critério de julgamento seja o de menor preço ou o de maior desconto e conterà toda a documentação e os procedimentos próprios da fase interna de licitações, assim como as especificações dos respectivos objetos, conforme disposto em regulamento.

§ 2º A não utilização do catálogo eletrônico de padronização de que trata o inciso II do caput ou dos modelos de minutas de que trata o inciso IV do caput deste artigo deverá ser justificada por escrito e anexada ao respectivo processo licitatório. (grifos nossos)

legal: No mesmo entendimento reza o disposto legal do Art. 40, § 1º do mesmo diploma

Art. 40, § 1º - O termo de referência deverá conter os elementos previstos no inciso XXIII do caput do art. 6º desta Lei, além das seguintes informações:

I - especificação do produto, preferencialmente conforme catálogo eletrônico de padronização, observados os requisitos de qualidade, rendimento, compatibilidade, durabilidade e segurança; (Grifos nossos)

A declaração da natureza do bem ou serviço como comum e/ou especial normalmente advém do Estudo Técnico Preliminar. Entretanto, caso ainda não tenha havido tal declaração no ETP, esta deve ser feita no Termo de Referência, uma vez que tal documento normalmente é elaborado pelos setores técnicos da Administração. Acerca do tema, confira a ON nº 54 da AGU:

Orientação Normativa AGU nº 54/2014:

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

b) Fundamentação da contratação

Realiza-se mediante referência ao ETP correspondente ou, quando não for possível divulgar esse estudo, no extrato das partes que não contiverem informações sigilosas, demonstrando-se a necessidade que se pretende atender com a contratação e o motivo da escolha dessa solução, como fora redigido no TR, *bastando incluir o ETP como fonte de informação, tendo sido estabelecido este tópico no TR em seus itens 1.13 e 2.0.*

c) Descrição da solução como um todo

Descreve-se a solução como um todo, de forma detalhada, com todas as especificações necessárias para garantir a qualidade da contratação, considerando-se todo o “ciclo de vida” do objeto cuidando-se para que não sejam admitidas condições impertinentes ou irrelevantes para o específico objeto do contrato que possam vir a comprometer a competitividade do certame ou ocasionar qualquer direcionamentoⁱⁱ.

Atente-se que o conceito de “Ciclo de Vida” do produto é definido **no art. 3º da Lei nº 12.305, de 2010 como sendo** “*série de etapas que envolvem o desenvolvimento do produto, a obtenção de matérias-primas e insumos, o processo produtivo, o consumo e a disposição final*”. Isto posto, a descrição da solução deve considerar não só suas características intrínsecas ao uso em si, mas também eventual sustentabilidade de sua produção, duração de seu consumo (se é menos ou mais durável) até a destinação final, tendo sido informado no ETP como referência.

d) Requisitos da contratação

São descritos os requisitos necessários à contratação, com vistas ao atendimento da necessidade administrativa verificada. Eventual exigência de amostras, visita técnica, subcontratação, obrigações das partes contratantes e garantia contratual devem ser inseridos nesse tópico, quando for o caso. Quanto à possibilidade de subcontratação parcial do objeto, deve-se sempre estabelecer se há ou não sua possibilidade e no caso de se admitir informar o patamar do percentual permitido. Não há um limite máximo para a subcontratação parcial do objeto, a qual deve ser avaliada à luz do artigo 122 da Lei nº 14.133, de 2021, sendo vedada apenas a subcontratação total, como segue:

Art. 122. Na execução do contrato e sem prejuízo das responsabilidades contratuais e legais, o contratado poderá subcontratar partes da obra, do serviço ou do fornecimento até o limite autorizado, em cada caso, pela Administração.

§ 1º O contratado apresentará à Administração documentação que comprove a capacidade técnica do subcontratado, que será avaliada e juntada aos autos do processo correspondente.

§ 2º Regulamento ou edital de licitação poderão vedar, restringir ou estabelecer condições para a subcontratação.

§ 3º Será vedada a subcontratação de pessoa física ou jurídica, se aquela ou os dirigentes desta mantiverem vínculo de natureza técnica, comercial, econômica, financeira, trabalhista ou civil com dirigente do órgão ou entidade contratante ou com agente público que desempenhe função na licitação ou atue na fiscalização ou na gestão do contrato, ou se deles forem cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral, ou por afinidade, até o terceiro grau, devendo essa proibição constar expressamente do edital de licitação.

Quanto à vedação da subcontratação total do objeto licitado é pacífica jurisprudência do TCU:

“A subcontratação total do objeto, em que se evidencia a mera colocação de interposto entre a administração pública contratante e a empresa efetivamente executora (subcontratada), é irregularidade ensejadora de débito, o qual corresponde à diferença entre os pagamentos recebidos pela empresa contratada e os valores por ela pagos na subcontratação integral”. (TCU, Acórdão 5472/2022-Segunda Câmara)

Neste tópico cabe informar as regras referentes à permissão de participação de empresas em consórcio, como determina o art.15 da Lei 14.1333/2021, impondo-se complementação neste aspecto.

e) Modelo de execução do objeto

Consiste na definição de como o contrato deverá produzir os resultados pretendidos desde o seu início até o seu encerramento, estabelecendo: os prazos de entrega e início do fornecimento e/ou execução dos serviços, o recebimento provisório e definitivo, como se processará essa etapa ou se apenas haverá recebimento definitivo, prazo de validade, local de entrega, indicação do regime de execução no caso de serviços dentre outras rotinas necessárias à execução contratual, *como consta no TR, como fora informado.*

f) Modelo de gestão do contrato

Trata-se da descrição da forma de acompanhamento e fiscalização da execução contratual, definindo a quantidade de fiscais (administrativo, setorial e/ou técnico) e o gestor, responsável pela coordenação das atividades do(s) respectivo(s) fiscal(ais), suas atribuições, bem como a forma que será executada a fiscalização e os documentos que poderão ser exigidos do contratado e sua periodicidade de apresentação, se for o caso, com as *atribuições de cada servidor indicado como fiscal (ais) e gestor, a fim de que cada um tenha ciência de suas responsabilidades diante da contratação avençada, como restou demonstrado.*

g) Critérios de medição e de pagamento

Esclarece como deverá ser feito o acompanhamento da execução contratual e o consequente pagamento à contratada, como apresentação de notas fiscais atestadas pelo(s) fiscal(ais) do contrato e certidões de regularidade fiscal e trabalhista, além da forma de **reajustamento do contrato**: se por reajuste em restrito, como no caso em referência, mediante índice setorial (Ex: IPCA, INCC etc), compatível ao objeto licitado, **como fora implementado nos tópicos 17.7 e 18.0 do TR, devendo ser ajustado no sentido de prever o mesmo índice setorial, a fim de não caiba escolha subjetiva quando da sua aplicação.**

h) Forma e critérios de seleção do fornecedor

O critério para a escolha do fornecedor a ser contratado guarda relação com a modalidade licitatória (PREGÃO), mediante PREGÃO sob a forma PRESENCIAL, mediante o

sistema de registro de preços e com a adoção do critério de julgamento (menor preço por item), conforme contemplado no TR, **impondo-se, contudo, a complementação em relação ao modo de disputa, como exige o art. 56 da Lei 14.133/2021.**

Nesta perspectiva, faz-se imprescindível ressaltar que as licitações devem ser realizadas **preferencialmente sob a forma eletrônica**, admitindo-se sua forma presencial, desde que **devidamente motivada no procedimento licitatório**, devendo ainda, **a sessão pública do mesmo ser registrada em ata e gravada em áudio e vídeo**, como exige o dispositivo legal do art. 17, § 2.º da Lei 14.133/2021, a seguir transcrito:

Art. 17. O processo de licitação observará as seguintes fases, em sequência:

(...)

§ 2º As licitações serão realizadas preferencialmente sob a forma eletrônica, admitida a utilização da forma presencial, desde que motivada, devendo a sessão pública ser registrada em ata e gravada em áudio e vídeo. (Grifos nossos)

A justificativa para o uso do pregão presencial deve ser produzida com cautela, observando que inviabilidade **não se confunde com inconveniência ou com mero inconformismo da Administração**. Não há espaço para opção discricionária entre o pregão eletrônico e o presencial quando é viável sua realização da forma eletrônica.

Diante do exposto, a escolha do modo presencial no procedimento licitatório em evidência, somente será possível no caso de inviabilidade técnica ou desvantagem na utilização da forma eletrônica, o que é algo extremamente complexo de ser justificado, no caso de sua utilização pela Administração Municipal, recomendando-se a preferência pelo formato eletrônico.

Ademais, os **requisitos de qualificação**: técnica, jurídica, fiscal, social e trabalhista e econômico-financeira devem ser claramente estabelecidos, sendo **necessários e suficientes** para demonstrar a capacidade do licitante de realizar o objeto da licitação, a fim de que não haja posterior questionamento acerca do processo de contratação. Vedam-se, assim, exigências que em nada contribuam para a execução do objeto ou que se mostrem irrazoáveis ou desproporcionais no caso concreto, causando burla aos princípios da isonomia e competitividade, sendo, contudo, indispensáveis suas especificações no TR, como no presente instrumento.

Destaque-se ainda, **a necessidade imperiosa de se informar a apresentação dos balanços patrimoniais nas exigências de qualificação econômico-financeira no TR em comento**, face a sua ausência, devendo estabelecer-se, em conformidade com o regramento legal, no mínimo em relação ao que determina art. 69, nos incisos I do caput da Lei 14.133/2021, como abaixo colacionado:

Art. 69. A habilitação econômico-financeira visa a demonstrar a aptidão econômica do licitante para cumprir as obrigações decorrentes do futuro contrato, devendo ser comprovada de forma objetiva, por coeficientes e índices econômicos previstos no edital, devidamente justificados no processo licitatório, e será restrita à apresentação da seguinte documentação:

I - balanço patrimonial, demonstração de resultado de exercício e demais demonstrações contábeis dos 2 (dois) últimos exercícios sociais;

Entretanto, neste tópico cabe salientar que, em relação **aos índices econômicos a serem estabelecidos**, como base de verificação da capacidade econômica da licitante vir a executar o objeto do futuro contrato, se for o caso, **deve-se adotar critérios objetivos, devidamente justificados no bojo do processo licitatório**, tomando como referência as normativas do Ente municipal que regem o assunto, e na sua ausência valer-se do quanto regulamentado no âmbito da União, como a Instrução Normativa - IN n.º 5/95 que em seu item 7.1, V define tais coeficientes.

i) Estimativas do valor da contratação

A estimativa do valor da contratação deve estar sempre acompanhada dos preços unitários referenciais, das memórias de cálculo e dos documentos que lhe dão suporte, com os parâmetros utilizados para a obtenção dos preços e para os respectivos cálculos, que devem constar de documento separado em anexo ao TR apresentado, **devidamente assinados pelo servidor responsável por sua elaboração.**

Esta estimativa que se diferencia da pesquisa inicial de mercado realizada no ETP, como já dito pelo Enunciado nº 17 do Conselho da Justiça Federal – CJF, é a pesquisa de preços que baliza a contratação por meio de licitação e deve ser realizada com base na ampla pesquisa de mercado (com a formação de cesta de preços) e em observância ao art. 23 da lei 14.133/2021, abaixo transcrito:

Art. 23. O valor previamente estimado da contratação deverá ser compatível com os valores praticados pelo mercado, considerados os preços constantes de bancos de dados públicos e as quantidades a serem contratadas, observadas a potencial economia de escala e as peculiaridades do local de execução do objeto.

§ 1º No processo licitatório para aquisição de bens e contratação de serviços em geral, conforme regulamento, o valor estimado será definido com base no melhor preço aferido por meio da utilização dos seguintes parâmetros, adotados de forma combinada ou não:

I - composição de custos unitários menores ou iguais à mediana do item correspondente no painel para consulta de preços ou no banco de preços em saúde disponíveis no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP);

II - contratações similares feitas pela Administração Pública, em execução ou concluídas no período de 1 (um) ano anterior à data da pesquisa de preços, inclusive mediante sistema de registro de preços, observado o índice de atualização de preços correspondente; (Grifos nossos)

III - utilização de dados de pesquisa publicada em mídia especializada, de tabela de referência formalmente aprovada pelo Poder Executivo federal e de sítios eletrônicos especializados ou de domínio amplo, desde que contenham a data e hora de acesso;

IV - pesquisa direta com no mínimo 3 (três) fornecedores, mediante solicitação formal de cotação, desde que seja apresentada justificativa da escolha desses fornecedores e que não tenham sido obtidos os orçamentos com mais de 6 (seis) meses de antecedência da data de divulgação do edital; (Grifos nossos)

V - pesquisa na base nacional de notas fiscais eletrônicas, na forma de regulamento.

j) Adequação orçamentária

Deve ser verificada a adequação orçamentária da contratação pretendida, com a indicação da dotação orçamentária dos recursos a serem utilizados para custear as despesas da futura contratação, fazendo constar no TR: a unidade orçamentária, projeto/atividade, elemento de despesa e fonte de recursos, a fim de se evitar a frustração da contratação por falta de verba.

O TR deverá observar, ainda, o disposto na **Lei Complementar nº 123/2006, quanto ao empate ficto e à habilitação tardia, bem como ao que determina seu art. 48, I** na participação exclusiva para ME e EPP nas licitações (itens) de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais) e **inciso II do mesmo dispositivo**, no caso de aquisição de bens de natureza divisível, a **reserva de cota de até 25% (vinte e cinco por cento)** do objeto para a contratação de microempresas e empresas de pequeno porte referente ao objeto, **salvo se ocorrer a incidência de alguma das vedações de aplicabilidade relacionadas no art. 49 da mesma norma legal, para a implementação desta garantia, conforme consta registrado no referido artefato.**

DA MINUTA DO EDITAL

O texto normativo disciplina em seu artigo 6º, inciso XLI, que o pregão é a modalidade destinada a aquisição de bens e serviços comuns, e o inciso XIII do mesmo normativo destaca que são considerados bens e serviços comuns aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado.

Nesta senda, diante da análise dos autos do processo encaminhado, em especial da sua minuta de edital e demais anexos, pressupõe-se que o objeto a ser licitado enquadra-se dentro o conceito de bens e serviços comuns, o que viabiliza a adoção do pregão como modalidade licitatória e o exame dos demais aspectos jurídicos relativos ao certame proposto.

Em conformidade com o art.25 da Lei14.133/2021 a minuta do edital deve conter os seguintes elementos essenciais:

Art. 25. O edital deverá conter o objeto da licitação e as regras relativas à convocação, ao julgamento, à habilitação, aos recursos e às penalidades da licitação, à fiscalização e à gestão do contrato, à entrega do objeto e às condições de pagamento.

Além dos documentos de registro, inscrição e atos constitutivos, a Lei nº 14.133/21 determina, em suma, que a habilitação far-se-á com a verificação de que o licitante está em situação regular perante a Fazenda Nacional, a Seguridade Social e o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS, e as Fazendas Estaduais e Municipais, quando for o caso, com a comprovação de que atende às exigências do edital quanto à habilitação jurídica e qualificações técnica e econômico-financeira, bem como a prova da regularidade trabalhista, o cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º. da Constituição Federal, constando ainda ausência de registros impeditivos de contratação no Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas/CGU, **cabendo complementação quanto à exigência de apresentação pelas licitantes de declaração de que cumpre as exigências de reserva de cargos para pessoa com deficiência e para reabilitado da Previdência Social, previstas em lei e em outras normas específicas, como determina o art. 63, IV da Lei 14.133/2021, bem como ao estabelecimento do modo de disputa, como versa o art. 56 do mesmo diploma legal.**

No que tange à permissão da participação de empresas em consórcio, **deverá sempre estar contemplado na minuta do edital, apresentando-se as regras de forma específica**, em conformidade com o que preleciona o disposto no art.15 da Lei 14.133/2021, senão vejamos:

Art. 15. Salvo vedação devidamente justificada no processo licitatório, pessoa jurídica poderá participar de licitação em consórcio, observadas as seguintes normas: (...)

Também no tocante à comprovação da aptidão técnica, cumpre destacar que a Administração pode impor exigências relativas ao licitante, quanto ao seu pessoal técnico, solicitando a comprovação por meio de certidões ou atestados de serviços similares, de complexidade tecnológica e operacional equivalente ou superior. No entanto, não se pode deixar de observar o que determina o art. 9º da Lei nº 14.133/21, de que é vedado a inclusão de condições que ***“comprometam, restrinjam ou frustrem o caráter competitivo do processo licitatório, inclusive nos casos de participação de sociedades cooperativas”***.

Quanto à **clausula 13.8**, referente à adjudicação do objeto, **a mesma deve ser ajustada**, haja vista que cabe à autoridade competente tal responsabilidade, e não ao pregoeiro,

bem como optar dentre os índices de reajuste aduzidos nas cláusulas 22. 11 e 24.12 do edital e informar os prazos dos recebimentos provisório e definitivo do objeto em consonância ao estipulado no termo de referência.

Segundo o art. 18, incisos V da Lei 14.133/21 o processo licitatório deve ser instruído com a minuta de edital e seus anexos, dentre os quais a minuta do contrato – o que foi atendido. Quanto a estes pontos, precipuamente, a minuta do edital prescinde observar os ditames preconizados na legislação vigente, sobretudo quanto aos apontamentos neste opinativo explicitados.

Quanto a estes pontos, recomendam-se os ajustes nos apontamentos acima elencados.

DO SRP E DA MINUTA DA ATA DE REGISTRO DE PREÇOS – ARP

Neste entendimento, leciona o art. 82, da Lei n.º 14.133/2021, que é conteúdo obrigatório nos editais licitatórios por sistema de registro de preços, que:

Art. 82. O edital de licitação para registro de preços observará as regras gerais desta Lei e deverá dispor sobre:

- I - as especificidades da licitação e de seu objeto, inclusive a quantidade máxima de cada item que poderá ser adquirida;
- II - a quantidade mínima a ser cotada de unidades de bens ou, no caso de serviços, de unidades de medida;
- III - a possibilidade de prever preços diferentes:
 - a) quando o objeto for realizado ou entregue em locais diferentes;
 - b) em razão da forma e do local de acondicionamento;
 - c) quando admitida cotação variável em razão do tamanho do lote;
 - d) por outros motivos justificados no processo;
- IV - a possibilidade de o licitante oferecer ou não proposta em quantitativo inferior ao máximo previsto no edital, obrigando-se nos limites dela;
- V - o critério de julgamento da licitação, que será o de menor preço ou o de maior desconto sobre tabela de preços praticada no mercado;
- VI - as condições para alteração de preços registrados;
- VII - o registro de mais de um fornecedor ou prestador de serviço, desde que aceitem cotar o objeto em preço igual ao do licitante vencedor, assegurada a preferência de contratação de acordo com a ordem de classificação;
- VIII - a vedação à participação do órgão ou entidade em mais de uma ata de registro de preços com o mesmo objeto no prazo de validade daquela de que já tiver participado, salvo na ocorrência de ata que tenha registrado quantitativo inferior ao máximo previsto no edital;
- IX - as hipóteses de cancelamento da ata de registro de preços e suas consequências.

Em relação a estes tópicos, precipuamente, a minuta do edital encontra-se em absoluta harmonia com o preconizado pela legislação vigente. Contudo **especificou o prazo de vigência da ARP em desconformidade com o disposto legal e deixou de prever sua possibilidade de prorrogação em seu instrumento**, como preconiza o regramento legal do art. 84 da Lei 14.133/2021, que dispõe:

Art. 84. O prazo de vigência da ata de registro de preços será de 1 (um) ano e poderá ser prorrogado, por igual período, desde que comprovado o preço vantajoso. (Grifos nossos)

Parágrafo único. O contrato decorrente da ata de registro de preços terá sua vigência estabelecida em conformidade com as disposições nela contidas.

DA MINUTA DO CONTRATO

A teor do disposto no art. 95, I da Lei nº 14.133/2021, o instrumento de contrato, deve observar, no que couber, as cláusulas essenciais elencadas no artigo 92 do citado diploma legal, estabelecendo-se, nas contratações que tenham objetos mais complexos, que envolvam uma série de obrigações futuras e que demandem “disciplina minuciosa e rigorosa quanto às condições da execução contratual”ⁱⁱⁱ, sua formalização com a estipulação das obrigações das partes contratantes e das sanções decorrentes de seu descumprimento, explicitando os deveres e as condições contratuais aplicáveis, de modo a evitar o surgimento de dúvidas que prejudiquem a execução contratual.

A regra contida no bojo do art. 89 da Lei 14.133/2021 estabelece acerca da formalização do contrato:

Art. 89. Os contratos de que trata esta Lei regular-se-ão pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, e a eles serão aplicados, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado.

§ 1º Todo contrato deverá mencionar os nomes das partes e os de seus representantes, a finalidade, o ato que autorizou sua lavratura, o número do processo da licitação ou da contratação direta e a sujeição dos contratantes às normas desta Lei e às cláusulas contratuais.

§ 2º Os contratos deverão estabelecer com clareza e precisão as condições para sua execução, expressas em cláusulas que definam os direitos, as obrigações e as responsabilidades das partes, em conformidade com os termos do edital de licitação e os da proposta vencedora ou com os termos do ato que autorizou a contratação direta e os da respectiva proposta.

No tocante aos elementos essenciais ao contrato, o art. 92 da Lei 14.133/2021 elencam seus incisos:

Art. 92. São necessárias em todo contrato cláusulas que estabeleçam:

I - o objeto e seus elementos característicos;

II - a vinculação ao edital de licitação e à proposta do licitante vencedor ou ao ato que tiver autorizado a contratação direta e à respectiva proposta;

- III - a legislação aplicável à execução do contrato, inclusive quanto aos casos omissos;
- IV - o regime de execução ou a forma de fornecimento;
- V - o preço e as condições de pagamento, os critérios, a data-base e a periodicidade do reajustamento de preços e os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento;
- VI - os critérios e a periodicidade da medição, quando for o caso, e o prazo para liquidação e para pagamento;
- VII - os prazos de início das etapas de execução, conclusão, entrega, observação e recebimento definitivo, quando for o caso;
- VIII - o crédito pelo qual correrá a despesa, com a indicação da classificação funcional programática e da categoria econômica;
- IX - a matriz de risco, quando for o caso;
- X - o prazo para resposta ao pedido de repactuação de preços, quando for o caso;
- XI - o prazo para resposta ao pedido de restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro, quando for o caso;
- XII - as garantias oferecidas para assegurar sua plena execução, quando exigidas, inclusive as que forem oferecidas pelo contratado no caso de antecipação de valores a título de pagamento;
- XIII - o prazo de garantia mínima do objeto, observados os prazos mínimos estabelecidos nesta Lei e nas normas técnicas aplicáveis, e as condições de manutenção e assistência técnica, quando for o caso;
- XIV - os direitos e as responsabilidades das partes, as penalidades cabíveis e os valores das multas e suas bases de cálculo;
- XV - as condições de importação e a data e a taxa de câmbio para conversão, quando for o caso;
- XVI - a obrigação do contratado de manter, durante toda a execução do contrato, em compatibilidade com as obrigações por ele assumidas, todas as condições exigidas para a habilitação na licitação, ou para a qualificação, na contratação direta;
- XVII - a obrigação de o contratado cumprir as exigências de reserva de cargos prevista em lei, bem como em outras normas específicas, para pessoa com deficiência, para reabilitado da Previdência Social e para aprendiz;
- XVIII - o modelo de gestão do contrato, observados os requisitos definidos em regulamento;
- XIX - os casos de extinção.

Em relação à minuta do contrato apresentada a mesma encontra-se em absoluta consonância com a legislação pertinente, em conformidade com os ditames da Lei 14.133/2021 no art. 92 e seus incisos, **recomendando-se apenas que, quando da sua efetiva assinatura pelas partes contratantes, as cláusulas que fazem referência ao estabelecido no termo de referência sejam transcritas na íntegra no instrumento contratual, a fim de que se evite qualquer dúvida ou subjetividade quando da sua execução, cabendo ajuste quanto ao índice de reajuste que poderá vir a incidir no caso de sua aplicação, incluindo o prazo temporal a partir de quando o mesmo poderá ser implementado, como dispõe o art. 92, § 3º da Lei 14.133/2021, ou seja, a partir do orçamento estimado pela Administração (cláusula oitava – 8.1).**

Evidencie-se também acerca da obediência ao que regulamenta a **Lei Complementar n.º 123/2006**, asseverando que o procedimento deve observar as regras para microempresas, empresas de pequeno porte e empresas do gênero, inclusive ao que diz respeito à **implementação das garantias referentes ao empate ficto e à habilitação tardia, autorizadas nos arts. 42, 43 e 44 do citado diploma legal.**

Diante do exposto, considerando a importância de orientar a Administração Municipal nos processos de licitação regidos pela Nova Lei de Licitações e Contratos, encaminha-se o presente opinativo, reiterando-se a necessidade da observância em alguns dos pontos aqui abordados, a fim de que o processo licitatório possa percorrer o curso da fase preparatória até a efetiva publicação do edital.

Registre-se, por fim, que não há determinação legal a impor a fiscalização posterior de cumprimento de recomendações feitas. Nesse sentido segue o **Enunciado n.º 5 do Manual de Boas Práticas Consultivas da AGU:**

"Ao Órgão Consultivo que em caso concreto haja exteriorizado juízo conclusivo de aprovação de minuta de edital ou contrato e tenha sugerido as alterações necessárias, não incumbe pronunciamento subsequente de verificação do cumprimento das recomendações consignadas".

Isto posto, em atendimento ao disposto no art. 53, I e II, da Lei nº 14.133, de 2021, esta assessoria jurídica **OPINA PELA APROVAÇÃO dos artefatos da fase preparatória, inclusive das minutas do edital, da ARP e do contrato em epígrafe, desde que sejam realizadas as implementações neste parecer recomendadas.**

É o parecer, s.m.j.

Santa Cruz (PE), 23 de maio de 2024.

PAULO SANTANA ADVOGADOS ASSOCIADOS
Paulo José Ferraz Santana
OAB/PE nº 5.791
Assessoria Jurídica

ⁱ Manual de Elaboração de ETP - <http://www.instagram.com/jurisprudencia.tcu>

ⁱⁱ Manual de Elaboração de TR - <http://www.instagram.com/jurisprudencia.tcu>

ⁱⁱⁱ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 1253