

Proc. 2020-9089

Assunto: Compras e licitações

Requerente: DARAD

PARECER GPGPJ Nº 415/2020

DIREITO ADMINISTRATIVO. LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. PREGÃO ELETRÔNICO PARA CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS DE MANUTENÇÃO PREVENTIVA E CORRETIVA DE ELEVADORES, COM FORNECIMENTO DE PEÇAS. ELEMENTOS ESSENCIAIS PRESENTES NO PROCESSO. APLICAÇÃO DO ATO NORMATIVO 25/2010. VIGÊNCIA DIFERIDA DO ATO NORMATIVO 48/2019 EM RELAÇÃO A SERVIÇOS DE ENGENHARIA. MODALIDADE ADEQUADA. DEFICIÊNCIAS PONTUAIS DOS DOCUMENTOS: DISPOSIÇÕES CONTRADITÓRIAS SOBRE REAJUSTES. NECESSIDADE DE CORREÇÃO. PARECER PELA POSSIBILIDADE CONDICIONADA DE LANÇAMENTO DO CERTAME.

Relatório

Cuida-se de processo administrativo instaurado com vistas à realização de licitação para contratação de serviços de manutenção de elevadores.

No documento de formalização da demanda, que inaugura o processo, a unidade solicitante informa a impossibilidade de prorrogação do contrato atual de mesmo objeto. Segue-se a isso, no que mais relevante: a) estudos preliminares da contratação (ID 1024595); b) mapa de riscos da contratação (ID 1024601); c) termo de referência (ID 1031387); d) cotação de preços, que resultou em orçamento estimativo (ID 1043078); e) reserva orçamentária proporcional (ID 1044197); f) portaria de designação de pregoeiros (ID 1049047); g) minuta de edital (ID 1049049).

Por fim, o processo veio à Procuradoria para análise.

É o relatório.

Fase de planejamento

De início, importa salientar que o trâmite do procedimento de fase interna deve observar o que imposto atualmente pelo Ato Normativo 48/2019, que disciplina as normas internas para contratações no âmbito do Poder Judiciário, tratando da etapa de planejamento comum a todas as novas contratações. A etapa de planejamento, que comporá a fase interna das licitações da Corte, é

integrada pelas subetapas: estudos preliminares, gerenciamento de riscos e elaboração do termo de referência.

Assim, aplicando-se para a fase de planejamento o Ato Normativo 48/2019, tem-se que a primeira subetapa é inaugurada pela elaboração do Documento de Formalização de Demanda, a cargo da unidade requisitante – sua função é, sucintamente, delimitar a demanda apresentada, justificar a necessidade da solução contratual cogitada, dentre aquelas disponíveis, definir quantitativos e características que subsidiem a elaboração dos documentos das etapas seguintes.

Nos estudos preliminares, devem ser detalhadas as características da solução cogitada, com descrição global e detalhada da solução, deliberação justificada sobre seu eventual parcelamento, demonstração dos resultados pretendidos, indicação de eventuais providências correlatas para adequação do ambiente do órgão, enumeração de contratações correlatas ou interdependentes. Mas é possível, conforme o caso, sua simplificação e mesmo unificação em relação a contratações semelhantes.

No gerenciamento de riscos, são identificados e dimensionados os principais riscos administrativos e contratuais, com identificação das medidas de mitigação e de resolução.

Ao final, o conjunto dos documentos em questão devem permitir a análise da viabilidade ou não da contratação cogitada para que se siga a instrução do processo, com a elaboração do termo de referência.

Segue-se a isso a elaboração do pedido de compra e a submissão do processo ao FUNJURIS ou à Subdireção, para aprovação do termo de referência e deliberação sobre a conveniência da contratação, conforme delegações de competência feitas a cada órgão.

Superadas tais etapas, o processo deve ser remetido ao DCA para elaboração de orçamento estimativo ou análise de compatibilidade dos preços propostos com os de mercado, quando se tratar de contratação direta. Com tais subsídios, deve ser providenciada a informação orçamentária e, quando for o caso, a respectiva reserva, seguida da elaboração do edital, quando for o caso.

Chega-se, então, à etapa presente, com análise da fase interna pela assessoria jurídica do Poder.

No caso dos autos, as fases acima ilustradas foram devidamente satisfeitas. O DFD inaugura o processo e os estudos preliminares foram retratados no ID 1024595.

Cabe ressaltar que a apreciação meritória das justificativas para a contratação e suas características cabe à autoridade ordenadora da despesa ou àquela a quem foi delegada competência, não se inserindo, portanto, no escopo da presente análise. Com efeito, no que diz respeito a temas de natureza técnica e administrativa, a avaliação presente cinge-se a apontar o cumprimento formal de diligências correlatas, sem adentrar no mérito dos pronunciamentos

antecedentes das áreas técnicas e administrativas, porquanto a temática em questão escapa à alçada de competência desta assessoria, que deve se abster de analisar temas não jurídicos.

O mapa de riscos da contratação cogitada constou em formulário no ID 1024601, composto pelos itens obrigatórios constantes da descrição presente no art. 10, II, do Ato Normativo 48/2019.

Quanto ao Termo de Referência, este é, segundo a regulamentação do pregão, o documento que deverá conter elementos capazes de propiciar a avaliação do custo pela Administração, diante de orçamento detalhado, considerando os preços praticados no mercado, a definição dos métodos, a estratégia de suprimento e o prazo de execução do contrato. Ele deve conter elementos capazes de propiciar a avaliação do custo pela Administração, diante de orçamento detalhado, considerando os preços praticados no mercado, a definição dos métodos, a estratégia de suprimento e o prazo de execução do contrato. O Termo de Referência é, portanto, o documento que equivale, no Pregão, ao projeto básico das modalidades convencionais de licitação. Seu conteúdo mínimo, delineado no art. 10, V, do Ato Normativo 48/2019, deve contemplar: a) Objeto; b) Justificativa; c) Descrição e quantitativo do objeto/solução como um todo; d) modelo de execução do objeto/solução; e) modelo de gestão do contrato; f) critérios de medição e pagamento; g) forma de seleção do fornecedor; h) critérios de seleção do fornecedor; i) prazos de validade e de execução, quando necessário; e j) demais cláusulas atinentes ao objeto que forem necessárias para garantir a fiel execução contratual. Todos os elementos citados que são compatíveis com a natureza da contratação que se cogita (compra eventual mediante formação de registro de preços) foram abordados, ainda que de maneira notavelmente sucinta, no termo de referência que integra o feito (primeiro no ID 1031387, com versão consolidada no ID 1049043, que contemplou a revisão de alguns itens técnicos após sugestões das empresas consultadas na fase durante a obtenção de cotações).

Ademais, os autos foram instruídos com orçamento estimativo consolidado no anexo ID 1043078, baseado em estimativa da área técnica e na média de cotações obtidas de ao menos três fontes distintas.

Foi efetuada a reserva orçamentária proporcional e juntada aos autos cópia da portaria de designação de pregoeiros.

Minutas de edital e contrato

O processo foi desde o início dirigido para realização da licitação na modalidade pregão eletrônico, o que, tratando-se de contratação de serviços comuns de engenharia, encontra amparo na Súmula nº 257 do TCU (*“O uso do pregão nas contratações de serviços comuns de engenharia*

encontra amparo na Lei nº 10.520/2002”) e no art. 1º do Decreto 10.024/2019, que atualmente regulamenta o pregão na modalidade eletrônica.

Parte relevante da doutrina considera o enquadramento dos serviços comuns de engenharia estará presente nas seguintes situações: *“As características, quantidades e qualidade forem passíveis de “especificações usuais no mercado” e “Mesmo que exija profissional registrado no CREA para a execução, a atuação desse não assume relevância, em termos de custo, complexidade e responsabilidade no conjunto do serviço”.*¹

Em acréscimo, o Decreto 10.089/2019 define o serviço comum de engenharia como *“atividade ou conjunto de atividades que necessitam da participação e do acompanhamento de profissional engenheiro habilitado, nos termos do disposto na Lei nº 5.194, de 24 de dezembro de 1966, e cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pela administração pública, mediante especificações usuais de mercado”.*

Assentada essa premissa, decorre, pois, que a discussão acerca da modalidade da licitação perpassa, necessariamente, pela caracterização do objeto que lhe é subjacente. Neste âmbito, as melhores práticas consultivas ditam que não cabe ao órgão de assessoramento jurídico manifestar-se acerca de temas técnicos, dentre os quais inclui-se a caracterização ou não do objeto de uma licitação como comum, para os fins da Lei 10.520/2002 (Cf. BPC nº 07 – *Manual de Boas Práticas Consultivas da Consultoria-Geral da União*² e Orientação Normativa Conjunta CJU/RJ e CJU/ES Nº 1/2013 – item 4³)

Vale dizer, no entanto, que o conteúdo do processo, denota que tal caracterização, efetuada pela área técnica, é coerente, visto que o serviço de manutenção a ser contratado foi especificado de maneira detalhada e decomposto em atividades minuciosamente explicitadas. Logo, parece acertada a escolha da modalidade em cotejo com as definições do setor técnico para os serviços a contratar.

No que concerne à minuta de edital, calha um esclarecimento prévio.

Originalmente, por intermédio do Ato Normativo nº 10/2006, o Tribunal de Justiça optou pelo regulamento federal do pregão eletrônico, então veiculado pelo Decreto Federal nº 5.450/2005, com ressalva do seu art. 4º, que determinava a utilização preferencial da modalidade eletrônica. O decreto citado foi revogado pelo recente Decreto Federal nº 10.024/2019, que trouxe mudanças

1 Nesse sentido: JACOBY FERNANDES. Licitação e contratos de obras e serviços de engenharia. *TCM Informativo – Tribunal de Contas do Município de São Paulo*, n.32, p. 16, jul./set. 2006.

2 “O Órgão Consultivo não deve emitir manifestações conclusivas sobre temas não jurídicos, tais como os técnicos, administrativos ou de conveniência ou oportunidade, sem prejuízo da possibilidade de emitir opinião ou fazer recomendações sobre tais questões, apontando tratar-se de juízo discricionário, se aplicável. Ademais, caso adentre em questão jurídica que possa ter reflexo significativo em aspecto técnico deve apontar e esclarecer qual a situação jurídica existente que autoriza sua manifestação naquele ponto”.

3 “4. Nos casos de dúvida, incumbe ao membro da CJU solicitar a manifestação técnica competente para fins de esclarecer a diferença entre obra e serviço e a caracterização como comum ou não comum;”

relevantes sobre o pregão eletrônico. As alterações no modelo federal repercutiram na regulamentação estadual, visto que o Decreto Estadual nº 68.118/2019 reproduziu a maior parte das disposições do novo regulamento federal, à exceção daquelas normas assentadas em poder hierárquico (e não regulamentar) e compatíveis apenas com a estrutura da Administração Pública Federal.

Logo, a disciplina dos novos regulamentos federal e estadual sobre o pregão são perfeitamente simétricas no que toca ao procedimento do certame, tanto em sua fase preparatória quanto em sua fase externa, de forma que não há consequências práticas relevantes para a adoção de um ou outro modelo pelo Poder Judiciário, sendo indiferente, sob tal aspecto, a menção a um ou outro no edital.

Vale dizer, ademais, que as alterações trazidas pelos novos regulamentos são relevantes para o Poder Judiciário apenas no que toca à fase externa do procedimento licitatório, abrangendo a publicação do edital, acolhimento das propostas, julgamento, habilitação, adjudicação, recursos, etc. Isso porque para a fase preparatória o Tribunal de Justiça adota, com base na prerrogativa implícita extraível do art. 117 da Lei 8.666/93 e de sua autonomia administrativa, regulamentação própria, consubstanciada atualmente no Ato Normativo 48/2019, compatível com a Lei 10.520/02 e com a própria Lei 8.666/93. E, para o caso dos autos, como visto acima, a fase de planejamento se ateve à disciplina do citado ato normativo.

Dito isso, enfatize-se que corretamente se pela forma eletrônica do pregão, o que atende à recomendação dominante do CNJ:

Por traduzir inequívoca redução de custos, além de meio mais econômico, célere e eficaz para as contratações, exsurge que o pregão eletrônico constitui modalidade de licitação mais vantajosa para a Administração Pública, desprendido de formalidades processuais e burocráticas, pelo que razoável recomendar aos Tribunais de Justiça a adoção preferencial de tal modalidade para aquisição de bens e serviços comuns, excetuada inviabilidade demonstrada pela autoridade competente - CNJ - PP - Pedido de Providências - Conselheiro - 0004261-23.2009.2.00.0000 - Rel. MORGANA DE ALMEIDA RICHA - 95ª Sessão - j. 24/11/2009.

Além disso, minuta de edital deve conter elementos mínimos enumerados no art. 40, da Lei 8.666/93, no que aplicável ao caso presente, observando-se, de pronto, que a minuta contém adequado preâmbulo com menção a número de ordem, modalidade e tipo de licitação, regime de execução, datas da sessão pública (espaço a ser preenchido oportunamente). Segue-se a análise item a item.

a) Objeto da licitação, em descrição sucinta e clara.

Mencionado sucintamente no item 1 do Edital e detalhado com remessa ao anexo VII (termo de referência).

b) Sanções para o caso de inadimplemento.

Previstas no item 21 do Edital, em conformidade, no que compatível, com o anexo III do ato normativo 48/2019.

c) Condições para participação na licitação, em conformidade com os arts. 27 a 31 da Lei 8.666/93, e forma de apresentação das propostas.

Previsões dos itens 3, 4 e 5, que, ressalte-se, estão adaptados às regras dos novos decretos reguladores do pregão eletrônico no que toca ao credenciamento dos licitantes e ao envio das propostas, com destaque para necessidade de envio concomitante daquelas e dos documentos de habilitação, a serem analisados em momento oportuno do certame. A propósito, os requisitos de habilitação constam de maneira clara no item 9 e incluem, para além do que ordinariamente exigido pelo Tribunal em licitações deste porte, requisitos de qualificação técnica em razão do objeto.

d) Critério para julgamento, com disposições claras e parâmetros objetivos

O critério de julgamento está enunciado no preâmbulo do Edital – menor preço global – e complementado no item 6, com disposições adicionais sobre o rito do procedimento licitatório.

Cabe ainda a observação de que, no edital em análise, está contemplado o fornecimento de peças para os serviços de manutenção corretiva. Como também aqui não há possibilidade de precisão antecipada da demanda e nem tabela referencial única, previu-se que o valor da peça substituída seria o menor dentre os constantes de ao menos três orçamentos distintos fornecidos pela contratada. Ainda neste ponto, fixou-se o valor máximo para dispêndio com novas peças.. Sobre esta metodologia, sabe-se que ela é comum e admissível no caso de serviços de engenharia que compreendam materiais não inclusos na SINAPI. Isso porque a pesquisa de preços que exige nestes casos é semelhante à que se faria para a seleção de fornecedor por dispensa de licitação em razão do valor (art. 24, II, da Lei 8.666/93), que, considerando o valor total previamente estimado, provavelmente incidiria no caso de necessidade de imediata aquisição de peças avulsas de reposição.

e) Locais, horários e códigos de acesso dos meios de comunicação à distância em que serão fornecidos elementos, informações e esclarecimentos relativos à licitação e às condições para atendimento das obrigações necessárias ao cumprimento de seu objeto

Previstos no item 24.

f) O critério de aceitabilidade dos preços unitário e global, conforme o caso, permitida a fixação de preços máximos e vedados a fixação de preços mínimos, critérios estatísticos ou faixas de variação em relação a preços de referência, ressalvado o disposto nos parágrafos 1º e 2º do art.

48.

Previsto no item 8, especialmente no item 8.1, “b” e “c”. Quanto a este ponto, é sabido que não havia uniformidade acerca da necessidade de indicação de preço máximo da proposta e, portanto, também do orçamento estimado pela Administração no Edital. O Decreto agora deixa claro que a fixação de valor estimado ou máximo é possível em determinadas situações e até mesmo obrigatório, no caso de licitações de tipo maior desconto. Mas, quando não constante do edital, o preço estimado deverá ter caráter sigiloso, de modo a se inibirem fraudes durante o certame. Nessas condições, é oportuna a inclusão no instrumento convocatório cláusula de aceitabilidade mais genérica, o que torna aceitável o teor do Edital a esse respeito, no item 8.1.1, alíneas “b” e “c”.

g) Critério de reajuste, que deverá retratar a variação efetiva do custo de produção, admitida a adoção de índices específicos ou setoriais, desde a data prevista para apresentação da proposta, ou do orçamento a que essa proposta se referir, até a data do adimplemento de cada parcela

O item 20 do edital tratou do reajuste, mas contemplou disposições contraditórias entre si. Por um lado o subitem 20.3 previu a possibilidade de reajuste pelo IPCA, a requerimento da contratada, em periodicidade mínima anual, contada a partir da vigência do contrato. De outro lado, o subitem 20.6 estabeleceu que: *“Em caso de renovação do contrato, os valores dos serviços serão corrigidos conforme tabela SINAPI onde couber e nos demais será utilizado o IGPM dos últimos doze meses anteriores ao do vencimento do contrato, mantendo-se a redução percentual da proposta vencedora”*. A disposição do subitem 20.6, entretanto, parece inaplicável no caso concreto, visto que a variação individual dos serviços específicos da SINAPI não constitui índice de correção passível de adoção para fins de reajuste em sentido estrito. Ademais, a formatação da proposta não está vinculada à SINAPI, que, neste caso, foi utilizada apenas preliminarmente na fase de planejamento para estimativa da composição média de custo, mas não para orçamento abrangente dos serviços. **Assim, recomenda-se a supressão do subitem 20.6 do edital e seus correspondentes no contrato e termo de referência.**

h) Condições de pagamento.

Indicadas no item 14 do Edital.

i) Instruções e normas para os recursos.

Tratadas no item 10 do Edital, que cuida das impugnações, pedidos de esclarecimentos e recurso, já adotando os prazos unificados da nova regulamentação da modalidade adotada.

j) Condições de recebimento do objeto da licitação.

Abordadas no item 23 do edital.

Minuta de contrato

A propósito da minuta de contrato, veiculada como anexo VII do edital, ressalte-se que constituem cláusulas necessárias em todo contrato administrativo aquelas enunciadas no art. 55 da Lei 8.666/93, cuja previsão na minuta apresentada nos autos, como anexo VI do Edital, é examinada a seguir:

I – o objeto e seus elementos característicos

Contemplados na cláusula primeira.

II – o regime de execução ou a forma de fornecimento

São especificados com remessa, na cláusula primeira, ao conteúdo do edital e seus anexos, dentre os quais o termo de referência.

III – o preço e as condições de pagamento, os critérios, data-base e periodicidade do reajustamento de preços, os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento

Preços a serem indicados na cláusula segunda, condições de pagamento estipuladas na cláusula quinta e critérios de reajustes constantes na cláusula décima primeira. **Nesta última, sugere-se a supressão do subitem 11.6, pelas razões mesmas elencadas quando da análise das disposições sobre reajuste presentes no edital.**

IV – os prazos de início de etapas de execução, de conclusão, de entrega, de observação e de recebimento definitivo, conforme o caso

Os prazos de execução, conclusão e entrega são referidos na cláusula terceira com remessa ao conteúdo do termo de referência veiculado junto ao edital. Os prazos para recebimento foram informados na cláusula décima quarta.

V – o crédito pelo qual correrá a despesa, com a indicação da classificação funcional programática e da categoria econômica

Identificado na cláusula quarta.

VI – as garantias oferecidas para assegurar sua plena execução, quando exigidas

A prestação de garantia contratual é opcional, devendo ser avaliada a conveniência da exigência pela área técnica. Neste caso, o contrato e edital e os documentos anexos remanescentes não trouxeram a exigência, abordando apenas as garantias dos serviços prestados e dos materiais fornecidos.

VII – os direitos e as responsabilidades das partes, as penalidades cabíveis e os valores das multas

Previsão nas cláusulas sexta, sétima e décima, respectivamente.

VIII – os casos de rescisão

Previstos na cláusula décima segunda.

IX – o reconhecimento dos direitos da Administração, em caso de rescisão administrativa prevista no art. 77 da Lei 8.666/93

Contemplado no item 12.3 da cláusula décima segunda.

X – as condições de importação, a data e a taxa de câmbio para conversão, quando for o caso

Não se aplica.

XI – a vinculação ao edital de licitação ou ao termo que a dispensou ou a inexigiu, ao convite e à proposta do licitante vencedor

Implicitamente contemplada no preâmbulo da minuta.

XII – a legislação aplicável à execução do contrato e especialmente aos casos omissos

Indicada no preâmbulo do instrumento contratual;

XIII – a obrigação do contratado de manter, durante toda a execução do contrato, em compatibilidade com as obrigações por ele assumidas, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação

Constantes dentre as obrigações da contratada, na cláusula sexta.

Conclusão

Em face do exposto, a Procuradoria manifesta-se pela regularidade da fase de planejamento e das demais etapas da fase interna da licitação bem como, no essencial, dos documentos que a compõem, considerando, pois, viável a deflagração da fase externa do certame, com o seguinte condicionante: **a supressão do subitem 20.6 do edital e seu correspondente no contrato (subitem 11.6).**

Restitua-se o feito ao DCA.

Maceió, 07 de outubro de 2020.

RODRIGO JOSE RODRIGUES
BEZERRA:95637

Assinado de forma digital por RODRIGO JOSE
RODRIGUES BEZERRA:95637
Dados: 2020.10.07 10:01:13 -03'00'

RODRIGO JOSÉ RODRIGUES BEZERRA

Procurador-Geral