



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO  
 CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO  
 CONSULTORIA JURÍDICA JUNTO AO MINISTÉRIO DA DEFESA  
 COORDENAÇÃO-GERAL JURÍDICA DE LICITAÇÃO, CONTRATOS, CONVÊNIOS E PARCERIAS  
 ESPLANADA DOS MINISTÉRIOS, BLOCO Q, SALA 733, CEP: 70049-900, BRASÍLIA-DF  
 TELEFONE: (61) 3312-4205. EMAIL: CONJUR@DEFESA.GOV.BR

**PARECER n. 00522/2018/CONJUR-MD/CGU/AGU**

**NUP:** 60550.005077/2018-17.

**INTERESSADOS:** HOSPITAL DAS FORÇAS ARMADAS (HFA).

**ASSUNTOS:** Aquisição de material de consumo hospitalar/órtese, prótese e materiais especiais - OPME, a saber material médico endoscópicos (diagnósticos e terapêuticos) para a Seção de Gastroenterologia e Endoscopia Digestiva do HFA.

**EMENTA**

PREGÃO ELETRÔNICO PELO SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇOS. TIPO MENOR PREÇO POR ITEM. MATERIAL DE CONSUMO. BEM COMUM.

1. Procedimento licitatório, cujo objeto é a aquisição de material de consumo hospitalar/órtese, prótese e materiais especiais - OPME, a saber material médico endoscópicos (diagnósticos e terapêuticos) para a Seção de Gastroenterologia e Endoscopia Digestiva do HFA.
2. Custo total orçado em R\$ 5.493.822,95. Necessidade de autorização da despesa, nos termos do Decreto nº 7.689/2012, regulamentado pela Portaria/MOG nº 249/2012.
3. Participação híbrida, exclusiva para ME, EPP e sociedades cooperativas em relação a itens que não excederem ao limite de R\$ 80 mil.
4. Itens que devem ser considerados de *per se*, entendidos, cada qual, como licitações distintas reunidas no mesmo procedimento.
5. Análise jurídica adstrita a aspectos formais, sem incursões quanto ao mérito administrativo. Aprovação do procedimento condicionada ao cumprimento das recomendações.
6. Parecer de caráter meramente opinativo.

**Senhor Consultor Jurídico,**

**1. RELATÓRIO**

1. Trata-se de analisar a legalidade de procedimento licitatório, na modalidade Pregão em formato Eletrônico, pelo Sistema de Registro de Preços, do tipo Menor Preço por Item, cujo objeto é a “*aquisição de material de consumo hospitalar/órtese, prótese e materiais especiais - OPME, a saber, material médico endoscópicos (diagnósticos e terapêuticos) para a Seção de Gastroenterologia e Endoscopia Digestiva do HFA, conforme condições, quantidades e exigências estabelecidas no Edital e seus anexos*”.

2. Instruem os autos do processo os seguintes documentos identificados no Sistema Eletrônico de Informações - SEI: Pedido de Aquisição de Materiais (ID 0886122); o Plano de Trabalho - PT nº 3 (ID 0955779); os orçamentos das empresas (ID 1019932); o Termo de Abertura de Volume (ID 1148462); o Termo de Autuação do processo (ID 1148617); o ato designativo do Encarregado do Processo (ID 1149324); a Autorização de abertura do procedimento licitatório subscrita pelo Ordenador de Despesas (ID 1148727); o ato designativo do Pregoeiro e da Equipe de Apoio (ID 1149234); as atribuições específicas do Ordenador de Despesas (ID 1149237); a Justificativa da Contratação (ID 1149243); o resumo da IRP nº 68/2018 (ID 1148392); a Certidão da IRP nº 68/2018 (ID 1149269); o Termo de Referência (ID 1096611); o Termo de Aprovação do TR (ID 1149627); a minuta do Edital e seus anexos (ID 1150597); a Certidão de Proposta do Edital (ID 1149773); a Análise de Conformidade nº 42/SL-HFA (ID 1149803); e a Lista de Verificação preenchida pelo HFA (ID 1150024).

3. É o breve relato do essencial.

**2. ANÁLISE**

4. A análise recairá exclusivamente sob os aspectos formais do procedimento, sem incursões de cunho meritório, dada a precisa órbita de atribuições desta Consultoria Jurídica (Enunciado BPC/AGU nº 07).

**2.1 Sistema de Registro de Preços (SRP)**

5. A ordem jurídica estabelece que “[as] *compras, sempre que possível, deverão ser processadas através de sistema de registro de preços*” (Lei nº 8.666/90, art. 15, II), assim definido como o “*conjunto de procedimentos para registro formal de preços relativos à prestação de serviços e aquisição de bens, para contratações futuras*” (Decreto nº 7.892/13, art. 2º, I).

6. Fundado no princípio da eficiência, o SRP tem por escopo instrumentalizar a aquisição parcelada de bens e serviços na Administração Pública, sendo, portanto, compatível com a Lei do Pregão (Lei nº 10.520/02, art. 11).

7. O registro de preços é um contrato normativo, constituído como um cadastro de produtos e fornecedores, selecionados mediante licitação, para contratações sucessivas de bens e serviços, respeitados lotes mínimos e outras condições previstas no edital (*in* Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 11ª ed. São Paulo: Dialética, 2005, p. 144).

8. O TCU, com suporte na doutrina de Marçal Justen Filho (*in* Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 12ª Ed, 2008, p. 186-188, g.n.), já sustentava, desde a vigência do normativo revogado (Decreto nº 3.931/01), que “*o elenco do art. 2º do regulamento é exaustivo, haja vista ser pouco provável localizar outra alternativa, além das ali existentes, para justificar pertinentemente a adoção do Sistema de Registro de Preços*”. Sempre defendeu, ainda, “*que o inciso III do art. 2º do transcrito regulamento não é suficiente para a adoção do SRP*”, sendo “*imperioso que, além do requisito de interesse compartilhado*”

entre diversas entidades, a situação seja reconduzida a uma das hipóteses previstas nos outros incisos” (Voto do Relator, Min. Benjamin Zymler. Acórdão nº 2.392/2006).

9. A subsunção das hipóteses previstas no art. 3º do Decreto nº 7.892/2013 ao caso concreto deve ser precisa, sendo inapropriado o enquadramento genérico. Cabe ao gestor indicar o fundamento normativo que justifica o processamento do certame pelo registro de preços, com a exposição dos motivos de fato que o alicerçam.

10. Com efeito, a motivação deve pautar-se na (i) necessidade de contratações frequentes, (ii) aquisições parceladas, (iii) atendimento a mais de um órgão ou entidade e (iv) impossibilidade de definição do quantitativo pretendido.

11. Nesse sentido, o Ordenador de Despesas, no despacho de autorização de abertura do processo licitatório (ID 1148727), apresentou a seguinte justificativa para adotar o Sistema de Registro de Preços:

“2. A adoção do **Sistema Registro de Preços** está enquadrada nos Incisos I e II do Art. 3º, do Decreto nº 7.892/2013, conforme consta justificativa da necessidade da aquisição, pela característica e finalidade do bem a ser adquirido, pela necessidade de aquisições frequentes, entregas parceladas e também em função da liberação de recursos e principalmente pela possibilidade da aquisição por um período de 12 (doze) meses.”.

12. A Administração providenciou a Intenção de Registro de Preços - IRP nº 68/2018 (Decreto nº 7.892/2013, art. 5º, I), sem que tenha havido manifestação de interesse de órgãos integrantes do SISG, conforme se extrai de documentos colacionados ao feito (ID 1148392).

13. O prazo de validade da Ata de Registro de Preço não poderá ser superior a um ano, ou seja, vigora, no máximo, por 12 meses (ON/AGU nº 19/2011), conforme previsto na Ata de Registro de Preços (item 4 - ID 1150597).

14. Consta no instrumento convocatório (subitens 2.3 e 2.4) e na Ata de Registro de Preços (item 5) a quantidade de aquisições ou contratações adicionais que não poderão exceder, por órgão ou entidade, a cem por cento do quantitativo do item. (Decreto nº 7.892/2013, art. 22, § 4º).

15. Sobre a adesão à Ata, prevista na minuta do instrumento convocatório (item 2), o TCU exige justificativa do órgão gerenciador, já que se trata de *“uma possibilidade 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 nº 1.297/2015-Plenário - Informativo nº 244). A justificativa do Ordenador de Despesas foi no seguinte sentido (ID 1149243):

#### “7. DA ADESÃO A ATA DE REGISTRO DE PREÇO

7.1. Serão permitidas as adesões à ata de registro de preços, limitadas, na totalidade, ao quintuplo do quantitativo de cada item registrado na ata de registro de preços para o órgão gerenciador e órgãos participantes, independente do número de órgãos não participantes que eventualmente aderirem. A previsão visa permitir outros hospitais da Administração Pública e particularmente os hospitais das Forças Armadas subordinadas as suas Diretorias de Saúde a possibilidade de adesão em caso emergencial ou na liberação de recurso em prazo não exequível para a realização de um processo licitatório, facilitando a aquisição por parte do órgão aderente. Caberá ao Órgão gerenciador optar pela aceitação ou não, como previsto no Decreto 7.892/13. (Acórdão 1297/2015-Plenário).”

16. No mais, a licitação para formação de registro de preços dispensa a prévia dotação orçamentária, como professa Jessé Torres Pereira Júnior (*in Políticas Públicas nas Licitações e Contratações Administrativas*. Ed. Fórum, p. 511):

*“O registro de preços não gera o compromisso de contratar. O SRP caracteriza-se como um conjunto de procedimentos para registro formal de preços relativos à prestação de serviços e ao fornecimento de bens com vistas a contratações futuras, que poderão, ou não, ocorrer. O fornecedor registrado tem, apenas, a expectativa de direito de contratar com a administração dentro de prazo de validade da ata. Por isto que, diferentemente do sistema convencional de licitação, a Administração não necessita de contar com a prévia dotação orçamentária.”* [g.n.].

17. A Advocacia-Geral da União elaborou a Orientação Normativa nº 29/2009, com o seguinte teor: *“na licitação para registro de preços, a indicação da dotação orçamentária é exigível apenas antes da assinatura do contrato.”* A matéria foi tratada no Decreto 7.892/13 (art. 7º, § 2º).

18. Portanto, a indicação da dotação orçamentária só é indispensável quando a Administração demonstrar o efetivo interesse de realizar a contratação. Nada obstante, o Ordenador de Despesas informou que *“(…) a previsão orçamentária que irá comportar a respectiva despesa deverá ser classificada na ND 33.90.30 (Material de Consumo) e será incluída no Plano de Execução Orçamentária do exercício em que ocorrer a formalização do Termo Substitutivo do Contrato ou instrumento hábil”* (ID 1148727).

19. A mesma autoridade certificou que *“a presente despesa está adequada orçamentária e financeiramente com a Lei Orçamentária Anual e compatibilidade com a Lei de Diretrizes Orçamentárias”* e que *“não será exigida a garantia contratual prevista no art. 56 da Lei nº 8.666/93, tendo em vista que o pagamento ao fornecedor somente ocorrerá após o recebimento definitivo do bem.”* (ID 1148727).

#### 2.2 Justificativa da modalidade licitatória

20. A Lei nº 10.520/02 conceitua o Pregão como modalidade licitatória *“para a aquisição de bens e serviços comuns”* (art. 1º), ou seja, *“aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais do mercado”* (art. 1º, parágrafo único). Já o Decreto nº 5.450/05 estabeleceu que nas *“licitações para aquisição de bens e serviços comuns será obrigatória à modalidade pregão, sendo preferencial a utilização da sua forma eletrônica”* (art. 4º).

21. O Termo de Referência (item 2 - ID 1138249 - vol. II) enquadrou os bens de consumo a serem adquiridos como de natureza *“comum”*, de sorte a tornar viável a modalidade licitatória eleita.

22. Consta do processo a autorização para abertura da licitação, nos termos do art. 30, V, do Decreto nº 5.450/05 (ID 1088497 - vol. I).

#### 2.3 Justificativa da compra

23. O material a ser adquirido deve ser adequadamente descrito, com especificações e qualidades suficientes para a caracterização do objeto, sem, contudo, direcionar a marca, fabricante ou fornecedor, salvo justificativa tecnicamente plausível. A Lei nº 8.666/93 (art. 7º, § 5º) determina que:

*“É vedada 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.”*

24. A definição do objeto deverá ser precisa, suficiente e clara, vedadas especificações que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, limitem ou frustrem a competição ou a realização do fornecimento.
25. No caso vertente, o setor competente requisitou os bens (ID 0886122), tendo elaborado o Plano de Trabalho (ID 0955779) que subsidiou a elaboração do Termo de Referência (ID 1096611), com detalhes presumidamente satisfatórios para a realização do certame, a ponto de merecer aprovação do Ordenador de Despesas (ID 1149627).
26. A necessidade da contratação foi motivada na na Justificativa da Contratação (ID 1149243) e no Plano de Trabalho (ID 0955779).
27. De fato, considerando o nível de detalhamento do objeto, o gestor deve informar se a descrição dos materiais a serem adquiridos foi realizada de maneira genérica, com especificações comuns no mercado nacional, ou seja, sem direcionamento a determinada marca ou fornecedor/fabricante exclusivo (direcionamento da licitação), hipótese em que o respectivo item deve conter a expressão “ou equivalente”, “ou similar”, “ou de melhor qualidade” (art. 7º, § 5º, Lei nº 8.666/93; e Acórdão nº 1.292/TCU-Plenário).
28. Eventualmente, poderá justificar o motivo técnico da eleição daquele que for indicado, caso verificada a necessidade de manter a padronização do material frente ao acervo patrimonial do órgão (art. 15, I, da Lei nº 8.666/93). Neste sentido:

*“Deve o gestor cuidar-se para que o detalhamento minucioso do objeto no ato convocatório não leve ao direcionamento da licitação.” [TCU. Manual de Licitações & Contratos. Ed. 2010, p. 212]*

*Não se admite, de modo geral, licitação com especificação de marca de produto, a não ser que tal exigência encontre-se técnica e juridicamente justificada. [Informativo 59 - Acórdão n.º 1008/2011-Plenário]*

*“Para evitar produtos de má qualidade, o ato convocatório da licitação deve fazer uma precisa e detalhada descrição do produto ou serviço que se pretende contratar. Chamamos a atenção apenas para o excesso de detalhamento, que pode, em alguns casos, resultar em direcionamento de licitação, o que caracteriza crime. Não poucas vezes esse artifício – de serem exigidos requisitos desnecessários – é utilizado para beneficiar determinado fornecedor” [FURTADO, Lucas Rocha. Curso de Licitações e Contratos Administrativos. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 267-268]*

29. De todo modo, o Termo de Referência (subitem 1.1 - ID 1150597) informa o Código do SIASG para todos os itens a serem adquiridos, ressaltando-se que é competência exclusiva dos órgãos responsáveis pela aquisição a adequada descrição e indicação do código CATMAT. Nessa linha:

*“2. O Catmat é um módulo do Sistema Integrado de Administração de Serviços Gerais (Siasg), que, nos termos do art. 1º, II, da IN SLTI/MPOG 1/2002, “permite a catalogação dos materiais destinados às atividades fins e meios da Administração Pública Federal, de acordo com critérios adotados no *Federal Supply Classification* e a identificação dos itens catalogados com os padrões de desempenho desejados”.*

*3. Os órgãos e entidades que optarem por utilizar o SIASG deverão utilizar em suas licitações os códigos de bens ou serviços constantes do Catmat, conforme prescreve o art. 4º da mencionada instrução normativa.*

*4. Essa exigência tem como objetivo a definição padronizada das especificações de compras e contratação, e tornaria desnecessário incluir anexos ao edital contendo especificações detalhadas.*

*5. Segundo o manual do Catmat, os itens de material possuem um conjunto de características que permitem a sua identificação e cada combinação diferente de características levaria a um novo item ([http://www.comprasnet.gov.br/publicações/manuais/MANUAL\\_CATMAT\\_CATSER\\_JULHO\\_2006.pdf](http://www.comprasnet.gov.br/publicações/manuais/MANUAL_CATMAT_CATSER_JULHO_2006.pdf), acesso em 19/2/2013).” (ACÓRDÃO Nº 696/2013 – TCU – Plenário).*

30. A relevância da seleção do Código do CATMAT adequado tem relação direta com recente recomendação exarada pelo TCU no Acórdão nº 435/2016-Plenário, referente à avaliação da efetividade dos procedimentos de controle relativos à aquisição e utilização de órteses, próteses e materiais especiais (OPME), cuja aplicação pode ser estendida às aquisições do HFA, no que for cabível.

31. A transcrição de trechos do citado *decisum* fala por si:

#### SUMÁRIO

“RELATÓRIO DE AUDITORIA OPERACIONAL DECORRENTE DE DETERMINAÇÃO FEITA NOS AUTOS DE SOLICITAÇÃO DO CONGRESSO NACIONAL. AVALIAÇÃO DA EFETIVIDADE DOS PROCEDIMENTOS DE CONTROLE ADOTADOS PELO MINISTÉRIO DA SAÚDE NO QUE TANGE À AQUISIÇÃO E UTILIZAÇÃO DE ÓRTESES, PRÓTESES E MATERIAIS ESPECIAIS (OPME) PARA USO EM PACIENTES DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS). DEFICIÊNCIA NA PADRONIZAÇÃO DE NOMENCLATURAS NO REGISTRO DOS DISPOSITIVOS MÉDICOS IMPLANTÁVEIS (DMI), DIFICULTANDO A COMPARAÇÃO DOS PRODUTOS, SEJA PARA REALIZAÇÃO DE PESQUISAS DE PREÇOS, SEJA PARA A UNIFORMIZAÇÃO DE USO. INEXISTÊNCIA DE UM REFERENCIAL PÚBLICO DE PREÇOS PARA AQUISIÇÃO DE DMI. INSUFICIÊNCIA DE ORIENTAÇÕES SOBRE A INDICAÇÃO DE USO DE DMI POR MEIO DE PROTOCOLOS DE USO E NORMAS DE AUTORIZAÇÃO, GERANDO RISCOS RELACIONADOS À AQUISIÇÃO DE QUANTIDADES DESNECESSÁRIAS DESSES MATERIAIS, ALÉM DE PREJUÍZO AO SEU USO RACIONAL E SEGURO. FRAGILIDADES NA OPERACIONALIZAÇÃO DO SISTEMA DE AQUISIÇÃO E UTILIZAÇÃO DE DMI NO ÂMBITO DOS HOSPITAIS FEDERAIS AVALIADOS. DETERMINAÇÕES E RECOMENDAÇÕES. APENSAMENTO DOS AUTOS À SOLICITAÇÃO DO CONGRESSO NACIONAL, CONSIDERANDO-A ATENDIDA.”

“4. ACHADO DE AUDITORIA 2 - INEXISTÊNCIA DE REFERENCIAL PÚBLICO DE PREÇOS PARA AQUISIÇÃO DE DMI (...)

c) Problemas detectados na pesquisa de preço para aquisição de DMI (...)

166. Em segundo lugar, percebe-se que para o mesmo item foram utilizados códigos Catmat diferentes. Em relação ao 'agregador plaquetário, em compressas, microfibrilar, colagenoso, 35 x 35mm', ressalta-se que existe código específico para identificá-lo no CATMAT, código 282892, porém, os hospitais federais pesquisados (HFI, HFCE, HFL, HFSE e HFB) utilizaram código diverso, com descrição mais genérica (47996 – Material de sobrevivência).

167. O mesmo ocorreu com o 'agregador plaquetário, em compressas, microfibrilar, colagenoso, 35 x 35mm', cujo código específico no CATMAT é o 282891, entretanto, o código adotado pelos hospitais federais (HFI, HFCE, HFL e HFSE) também foi o código mais genérico (47996 – Material de sobrevivência). (...)

170. Esses apontamentos demonstram a problemática do Comprasnet na lide diária do gestor público que atua no setor de licitações. Como na consulta pelo código Catmat não aparece a descrição detalhada do item, apenas o termo 'material de sobrevivência', não é possível, por meio dessa consulta, saber quando se trata do mesmo item. Isso pode ser decorrente de falha na alimentação do sistema, especificamente quanto a erro na escolha de código mais específico, como no caso do agregador plaquetário explicado acima, ou mesmo o problema pode decorrer da ausência de códigos específicos no sistema, levando o gestor a utilizar códigos genéricos."

(grifamos)

32. Visando a facilitar a compreensão do licitante acerca do material descrito pelo HFA no TR, em benefício da ampla concorrência e da economicidade, **recomenda-se** ao gestor esclarecer se fez uso de algum sistema específico de classificação. Em caso positivo, **recomenda-se** que tal informação conste expressamente do TR.

#### 2.4 Da quantidade demandada

33. O TCU estabelece que "[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, constituindo, na hipótese particular da licitação para compra, a quantidade demandada em uma das especificações mínimas e essenciais à definição do objeto do pregão" (Súmula nº 177).

34. O quantitativo demandado do material deverá, a rigor, ser dimensionado em atenção ao histórico de consumo da repartição, tornando-se, por isso mesmo, imperativo que o gestor diligencie uma descrição real e fidedigna da necessidade administrativa, uma vez que tal providência impactará na elaboração das propostas das licitantes.

35. Assim, compete ao gestor motivar, de forma clara e precisa, o quantitativo demandado, em atenção ao planejamento voltado a suprir a carência do órgão.

36. No presente caso, o quantitativo demandado foi justificado no Termo de Referência (ID 1150597), conforme abaixo:

#### 2.3. RELAÇÃO DEMANDA X QUANTIDADE DO MATERIAL A SER FORNECIDO

2.3.1. A contratação alinha-se com o novo modelo de gestão do HFA no intuito de aumento na demanda de atendimentos a pacientes, como aumento do número de leitos da UTI, dentre outros atendimentos, visando a excelência no atendimento e no cuidado prestado aos pacientes no HFA, tendo como objetivo oferecer serviços que atendam e superem as expectativas dos usuários, com eficiência, eficácia e efetividade.

2.3.2. A quantidade solicitada foi baseada nos procedimentos realizados pela Seção de Gastroenterologia e Endoscopia Digestiva, no decorrer do ano de 2017 e nos 04 primeiros meses de 2018, conforme relatório abaixo, levando-se em consideração que cada paciente apresenta características antropométricas próprias, o que gera a necessidade, no momento cirúrgico, de se ter todos os tamanhos e formatos disponíveis de implantes para a realização da endoscopia.

2.3.3. Relatório de procedimentos realizados em 2017:

Descrição dos Procedimentos	Jan	Fev	Mar	Abr	Mai	Jun	Jul	Ago	Set	Out	Nov	Dez	T
Consulta Ambulatorial	120	144	149	73	101	94	35	113	87	111	58	82	1.
Endoscopia Digestiva Alta	107	88	84	81	103	51	106	112	105	90	122	70	1.
CPRE (colangiopancreatografia endoscópica retrógrada)													09
Colocação de balão intragástrico para tratamento da obesidade.													06
Retirada de Balão Intragástrico													10
Ligadura elastica de varizes esofágicas.													11
Troca de Sonda de Gastrostomia													41
Papilotomia Endoscópica													07

2.3.4. Relatório de procedimentos realizados em 2018:

Descrição dos Procedimentos	Jan	Fev	Mar	Abr	Mai	Jun	Jul	Ago	Set	Out	Nov	Dez	TT
Endoscopia Digestiva Alta	74	80	154	103									41
Consulta Ambulatorial	57	80	115	105									35
CPRE (colangiopancreatografia endoscópica retrógrada)													18
Colocação de balão intragástrico para tratamento da obesidade.													20
Retirada de Balão Intragástrico													12
Ligadura elastica de varizes esofágicas.													06
Troca de Sonda de Gastrostomia													21

Papilotomia Endoscópica	09
-------------------------	----

2.3.5. Tem-se observado um aumento de demanda por procedimentos endoscópicos terapêuticos, tais quais: CPRE (colangiopancreatografia endoscópica retrógrada), Gastrostomias Endoscópicas e Dilatações Endoscópicas, devido encaminhamento cada vez mais frequente de usuários das três forças armadas no presente ano de 2018. Acreditamos que estamos numa curva crescente que tende a se manter. Vislumbramos ainda a realização de novos procedimentos endoscópicos, tais quais: POEM (miotomia endoscópica peroral) e ESD (Dissecção submucosa) devido treinamento específico realizado pelos médicos endoscopistas do setor.

2.3.6. Diante do exposto acima, segue abaixo a correlação dos itens com os procedimentos a serem realizados:

Itens 1 a 4 - Endoscopia Digestiva Alta terapêutica (hemorragia digestiva alta), retirada endoscópica de balão intragástrico, POEM e ESD.

Item 5 - Ligadura elástica de varizes esofágicas.

Item 6 - Endoscopia Digestiva Alta terapêutica (hemorragia digestiva alta), fechamento de fistulas digestivas, POEM e ESD.

Itens 7, 123 e 124 - Retirada endoscópica de corpo estranho do tubo digestivo, retirada de balão intragástrico.

Itens 8 a 10 e 125 a 127 - Endoscopia Digestiva Alta diagnóstica

Item 11 - Colocação de balão intragástrico para tratamento da obesidade.

Itens 12 a 24 - Polipectomias, ESD e retirada de corpo estranho

Itens 25 a 32, 44 e 45 - Dilatações endoscópicas

Itens 33 a 43 - Colocação de próteses digestivas

Itens 46 a 64 - Gastrostomia endoscópica, troca de sondas de gastrostomia e jejunostomia endoscópica.

Itens 65 a 122 - CPRE, papilotomia, passagem de próteses biliares e pancreáticas.

O formato de registro de preços permite autorizar a aquisição parcelada dos materiais conforme demanda, o que vai ao encontro "da previsão empírica de aumento de demanda dos procedimentos conforme explicado no item 2.3.3.

37. No que concerne aos quantitativos, dispõe o art. 9º, IV, do Decreto nº 7.892/2013:

*Art. 9º O edital de licitação para registro de preços observará o disposto nas Leis nº 8.666, de 1993, e nº 10.520, de 2002, e contemplará, no mínimo:*

*IV - quantidade mínima de unidades a ser cotada, por item, no caso de bens;*

38. A regra visa a ampliar a competitividade do certame, permitindo que mais de uma empresa forneça o mesmo bem, respeitadas as quantidades mínimas previstas no instrumento convocatório, elaborado com esteio nas disposições do Termo de Referência.

39. Veja-se, a propósito, o que afirma a AGU em Nota Explicativa extraída do modelo de Minuta de Edital:

*Na compra de bens de natureza divisível e desde que não haja prejuízo para o conjunto ou complexo, é permitida a cotação (pelo licitante) 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. A cotação mínima exigida, ou a cotação pelo total do item, deve ser estabelecida no termo de referência; o subitem logo acima foi sugerido por cautela.*

40. A ilação que se extrai do exposto é que, em se tratando de bens divisíveis, deve-se permitir a cotação de quantidade inferior à demandada no instrumento convocatório, justificando-se eventual decisão em sentido contrário. O edital deve ser categórico em relação à matéria, assim como o próprio Termo de Referência.

41. *In casu*, o Termo de Referência, em tabela discriminativa (item 1 - ID 1150597), arrola os itens a serem adquiridos, com suas especificações, bem como o quantitativo máximo e mínimo pretendido, o que atende aos preceitos regulamentares (art. 9º, IV, do Decreto nº 7.892/2013).

## 2.5 Da Exigência da Amostra

42. Quanto à exigência de amostras, embora possível para fins de aferição da qualidade dos materiais/produtos (TCU. Acórdão nº 381/2008-1ª Câmara e nº 1182/2007-Plenário), a doutrina entende, pelo princípio da competitividade, que "a Administração não pode adotar medidas ou criar regras que comprometam, restrinjam ou frustrem o caráter competitivo da licitação" (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 11 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004, p. 215).

43. O TCU determina que a exigência de amostra "deverá ser definida com clareza no edital, no momento de entrega dos protótipos, os critérios de avaliação, bem como a data em que tal avaliação e julgamento técnico serão efetuados, de modo a dar oportunidade a que os licitantes interessados estejam presentes, em obediência ao art. 3º, § 3º, da Lei nº 8.666, de 1993" (Decisão nº 1.237/2002 - TCU - Plenário). De mais a mais, "devem ser estabelecidos critérios objetivos, detalhadamente especificados, de apresentação e avaliação, bem como de julgamento técnico e de motivação das decisões relativas às amostras apresentadas" (Acórdão nº 2.077/2011 - TCU - Plenário).

44. O Termo de Referência (subitem 2.6), bem como o instrumento convocatório (subitem 7.4.2) trazem disposições acerca da possibilidade de o Pregoeiro solicitar amostra do licitante classificado em primeiro lugar, sem descrever os aspectos e padrões mínimos de aceitabilidade dos materiais.

45. A exigência da amostra, com efeito, demanda a avaliação por critérios técnicos, advertindo-se que a exigência de amostra deve ser medida excepcional, conforme consta de nota explicativa ao modelo de edital da AGU:

"A descrição correta e detalhada do material a ser adquirido, na maior parte dos casos, garantirá a qualidade da contratação, sem necessidade de se exigir a apresentação de amostra, a qual deve ser reservada para situações excepcionais. Todavia, o TCU já firmou jurisprudência no sentido de que tal exigência é cabível no pregão, desde que feita após a fase de lances e limitada ao licitante classificado provisoriamente em primeiro lugar

(Acórdãos nº 1.182/2007, nº 1.634/2007, nº 2.558/2007, nº 1.113/2008, nº 1.168/2009 e nº 1.317/2011, do Plenário, e nº 3.667/2009, 2ª Câmara)".

46. Em recente julgado, a Corte de Contas trouxe balizamentos para a exigência de amostra de produtos, a fim de atender aos princípios do julgamento objetivo e da igualdade entre os licitantes; (i) inserção de cláusula estabelecendo critérios objetivos, detalhadamente especificados, de apresentação e avaliação; e (ii) julgamento técnico e de motivação das decisões relativas às amostras apresentadas (Acórdão nº 529/2018 - TCU - Plenário - g.n)

47. Assim, considerando as disposições contidas Termo de Referência (subitens 2.6), bem como o instrumento convocatório (subitem 7.4.2), **recomenda-se** ao gestor justificar a necessidade de amostra, expondo os critérios técnicos de apresentação e análise do material (local, prazo, comissão etc.) e motivando, sempre, a decisão de aceitar ou de recusar o que for apresentado pelo licitante.

## 2.6 Sustentabilidade Ambiental

48. As obrigações atinentes à sustentabilidade deverão ser impostas aos licitantes, podendo mesmo ensejar a desclassificação das propostas que não atendam as especificações eventualmente dispostas no instrumento convocatório.

49. A AGU já se posicionou sobre a matéria, conforme entendimento expresso em seu modelo de Termo de Referência para aquisições em geral:

*"Nas aquisições e contratações governamentais, deve ser dada prioridade para produtos reciclados e recicláveis e para bens, serviços e obras que considerem critérios compatíveis com padrões de consumo social e ambientalmente sustentáveis (artigo 7º, XI, da Lei nº 12.305, de 2010 - Política Nacional de Resíduos Sólidos), devendo ser observadas, ainda, as Instruções Normativas SLTI/MPOG ns. 01/2010 e 01/2014, bem como os atos normativos editados pelos órgãos de proteção ao meio ambiente. Nesse sentido pode ser consultado o Guia Prático de Licitações Sustentáveis do CJU/SP para uma lista de objetos abrangidos por disposições normativas de caráter ambiental."*

*Uma vez exigido qualquer requisito ambiental na especificação do objeto, deve ser prevista a forma de comprovação de seu respectivo cumprimento na fase de aceitação da proposta, por meio da apresentação de certificação emitida por instituição pública oficial ou instituição credenciada, ou por outro meio de prova que ateste que o bem fornecido atende às exigências (§ 1º do art. 5º da citada Instrução Normativa)."*

50. Com efeito, as contratações da Administração Pública deverão contemplar os critérios da sustentabilidade ambiental, tendo por fundamento, a Constituição Federal, a Lei nº 8.666/93, compromissos internacionais assumidos pelo Estado Brasileiro, e outras legislações pertinentes, sem perder de vista os princípios da razoabilidade e proporcionalidade (Orientação Normativa Interna CJUSP nº 13).

51. Nesse sentido, a Lei nº 12.187/09 (Política Nacional sobre Mudança do Clima) adotou o uso do poder de compra do Estado como um importante instrumento para implementar a política de mudanças climáticas (art. 6º).

52. Assim, nos termos do art. 7º, XI, da Lei nº 12.305/10 (Política Nacional de Resíduos Sólidos), nas aquisições e contratações governamentais, deve ser dada prioridade para produtos reciclados e recicláveis e para bens, serviços e obras que considerem critérios compatíveis com padrões de consumo social e ambientalmente sustentáveis.

53. Referida lei foi regulamentada pelo Decreto nº 7.404/10, merecendo especial destaque os seus arts. 5º, 6º e 7º.

54. Por outro lado, nos termos do art. 1º da Instrução Normativa SLTI/MPOG nº 1, de 19/01/2010, *"as especificações para a aquisição de bens, contratação de serviços e obras por parte dos órgãos e entidades da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional deverão conter critérios de sustentabilidade ambiental, considerando os processos de extração ou fabricação, utilização e descarte dos produtos e matérias primas"*.

55. Por vezes, a exigência de determinado requisito ambiental deriva de imposição normativa, editada pelos órgãos de proteção ao meio ambiente (Conselho Nacional do Meio Ambiente- CONAMA, IBAMA, Ministério do Meio Ambiente, etc.). Nesses casos, a especificação técnica do objeto deve ser definida de acordo com as determinações da norma vigente (vide o Guia Prático de Licitações Sustentáveis da AGU para uma lista abrangente de objetos sujeitos a disposições normativas de caráter ambiental).

56. Nos demais casos, cabe ao órgão a opção pelas especificações do objeto que melhor atendam às exigências ambientais. Tal decisão deve ser motivada com base em critérios técnicos.

57. Vale lembrar que o art. 5º da mesma Instrução Normativa exemplifica alguns dos critérios de sustentabilidade ambiental que podem ser exigidos na descrição do bem:

- a) que os bens sejam constituídos, no todo ou em parte, por material reciclado, atóxico, biodegradável, conforme normas da ABNT;
- b) que sejam observados os requisitos ambientais para a obtenção de certificação do INMETRO como produtos sustentáveis ou de menor impacto ambiental em relação aos seus similares;
- c) que os bens sejam, 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
- d) 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), bifenil-polibromados (PBBs), éteres difenil-polibromados (PBDEs).

58. Em atenção aos critérios de sustentabilidade ambiental, consta do Termo de Referência (ID 1150597) os seguintes excertos:

### "2.9. CRITÉRIOS DE SUSTENTABILIDADE AMBIENTAL

2.9.1. Os critérios de sustentabilidade exigidos neste Plano de Trabalho estão de acordo com no Art. 3º da Lei nº. 8.666/93, com redação dada pela Lei nº. 12.349, de 2010; no Art. 4º, incisos I, III, VI, Art. 5º do Decreto nº. 7.746, de 5 de junho de 2012; Art. 5º do Decreto nº. 7.404, de 23 de dezembro de 2010; Incisos II, III, do Art. 5º da Instrução Normativa SLTI/MPOG nº. 01, de 19 de janeiro de 2010; Lei nº. 12.305, de 2 de agosto de 2010; Art. 225 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e subsidiariamente a Lei nº. 9.985, de 18 de julho de 2000;

2.9.2. Os materiais contaminados durante os procedimentos serão descartados pela Seção de Gastroenterologia e Endoscopia Digestiva."

59. **Recomenda-se** ao setor técnico identificar, caso for, quais critérios que serão realmente exigidos, consultando, para tanto, os atos normativos editados pelo órgãos de proteção ao meio ambiente (*Instrução Normativa nº 01/2010-SLTI/MPOG, Decreto nº 7.746/2012, e o Guia Nacional de Licitações Sustentáveis da AGU - abril/2016*).

60. O Guia Nacional de Licitações Sustentáveis da AGU, 3ª edição, disponível no sítio eletrônico da AGU, contém orientações para o gestor, dirigidas à etapa de elaboração do edital e Termo de Referência do certame. Dessa forma, **recomenda-se** transpor para o edital e o TR as disposições pertinentes a cada tipo de material, se for o caso.

61. Com respaldo na Lei nº 6.938, de 1981 (art. 17, I), a Instrução Normativa IBAMA nº 6, de 15 de março de 2013 (DOU 11.04.2013), regulamenta o Cadastro Técnico Federal de Atividades Potencialmente Poluidoras e Utilizadoras de recursos Ambientais - CTF/APP.

62. Nesse sentido, **recomenda-se** ao HFA verificar se os materiais a serem adquiridos enquadram-se na Tabela de Atividades Potencialmente Poluidoras ou Utilizadoras de Recursos Naturais, constante do Anexo II da citada IN nº 6/2013/IBAMA.

63. Uma vez exigido qualquer requisito ambiental na especificação do objeto, **recomenda-se** prever no instrumento editalício, na fase de aceitação da proposta, a forma de comprovação de seu respectivo cumprimento, por meio da apresentação de certificação emitida por instituição pública oficial ou instituição credenciada, ou por outro meio de prova que ateste que o bem fornecido atende às exigências (art. 5º, § 1º, da IN/SLTI nº 01/2010).

64. **Recomenda-se** ao gestor observar, sempre que possível, as seguintes práticas relacionadas a caráter ambiental na aquisição, que podem servir de motivação para a reflexão e mudança:

a) exigir que os produtos sejam acondicionados em embalagens recicladas ou recicláveis, de papelão ou de plástico à base de etanol de cana-de-açúcar (se for o caso);

b) optar sempre por produtos constituídos por materiais naturais (ex: fibras naturais);

c) levantar os itens de permanentes sustentáveis já cadastrados no CATMAT (SIASG);

d) criar grupo de trabalho para buscar novos itens de equipamentos e materiais permanentes sustentáveis; seguir as diretrizes da Portaria nº 002-MPOG, de 16Mar 2010, e da IN nº 001-MPOG, de 19 Jan 2010, que tratam das Compras Sustentáveis - TI Verde, utilizando nas aquisições de bens de informática a descrição padronizada disponível em <http://www.governoeletronico.gov.br/sisp-conteudo/especificacoes-tic>;

**[ROTEIRO PRÁTICO DE AÇÕES SUSTENTÁVEIS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA/ Vogelman Jr, Jorge Carlos. Porto Alegre: ESAF, 2014]**

65. Alerta-se para a importância da avaliação crítica pelo gestor acerca da inclusão de determinado critério de sustentabilidade, destacadamente sobre a disponibilidade dos produtos que atendam às exigências, tomando cuidado para não restringir indevidamente a licitação, sem a abalizada justificativa, consoante orientação da Corte de Contas (TCU, Acórdão nº 122/2012-Plenário).

66. **Recomenda-se** que as legislações aplicáveis à sustentabilidade ambiental sejam acrescentadas ao preâmbulo da minuta editalícia.

## 2.7 Critério de Julgamento

67. O edital define o tipo do julgamento do certame pelo critério de "menor preço por item" (subitens 7.1 e 12.1). Nessa senda, tem-se por atendido entendimento consolidado no âmbito do TCU, pelo qual o parcelamento do objeto prevalece sobre o agrupamento destinado à contratação global (Súmula/TCU nº 247).

## 2.8 Do Custo Orçado

68. Na lição de Marçal Justen Filho, "[a] Administração deve estimar os custos necessários à satisfação das suas necessidades. Mas essa estimativa não pode fazer-se em termos meramente aparentes, de modo inútil. A referência à adoção de um orçamento detalhado indica a necessidade de considerar concretamente todos os fatores de formação dos custos" (Pregão, 6ª. ed. São Paulo: Dialética, 2013, p. 87).

69. A pesquisa ampla e idônea é essencial para propiciar a estimativa de custos da contratação de forma transparente e proba, com definição do valor referencial dos itens componentes do objeto como parâmetro máximo para análise da exequibilidade e aceitabilidade das propostas.

70. Para assegurar a fidelidade das cotações, é imperativo que a Administração diligencie a pesquisa de preços nos moldes do Termo de Referência, guardando a exata similitude com as especificações do objeto. Não basta, é claro, a mera juntada dos orçamentos no processo, devendo o gestor efetuar análise detida de cada fonte pesquisada (propostas, ARPs, contratos administrativos etc.), não apenas no aspecto formal (identificação da empresa, habilitação, objeto social, etc.), mas também no aspecto material (compatibilidade com os preços de mercado).

71. Relevante registrar que o Ministério da Defesa, por intermédio do DEADI fez publicar recentemente "Orientação Normativa nº 6/ DEADI/SEORI/SG/MD, de 09 de agosto de 2018", com roteiro e critérios mínimos para a elaboração de pesquisas de preços (Boletim de Pessoal e Serviço nº 32, de 10 de agosto de 2018 - SEI 60583.001992/2018-48 ).

72. Segundo o TCU, "[a] pesquisa de preços que antecede a elaboração do orçamento de licitação demandava avaliação crítica dos valores obtidos, a fim de que sejam descartados aqueles que apresentem grande variação em relação aos demais e, por isso, comprometam a estimativa do preço de referência" (Acórdão 403/2013. Informativo nº 139).

73. A IN/SLTI nº 05/2014, com alterações trazidas pela IN/SLTI Nº 03/2017, reproduziu a consolidada jurisprudência da Corte de Contas e trouxe balizamentos para a realização de pesquisa de preços para a aquisição de bens e serviços em geral, indicando parâmetros a serem observados pelos gestores (art. 2º).

74. A Administração utilizará os elementos de pesquisa ditados pela norma, de acordo com o critério que dimensione da forma mais fidedigna os custos do objeto pretendido, atentando para os requisitos específicos traçados para cada paradigma, a exemplo do número de cotações exigidas, a forma de cálculo do resultado (valor médio ou menor valor apurado), bem como os elementos para a formalização da solicitação de orçamentos junto a fornecedores.

75. É pertinente transcrever o alerta consignado no Manual de Pesquisas de Preços do MD (p. 8):

"Outros contratos com a Administração Pública devem ser vistos com cuidado uma vez que o estudo do Instituto Brasileiro de Planejamento e Tributação - IBPT como parte do projeto "Lupa nas Contas Públicas" onde, no ano

de 2015, constatou-se que as mercadorias adquiridas pelos entes federais, estaduais e municipais no Brasil apresentam um superfaturamento médio de 17% em relação às compras realizadas pela iniciativa privada."

76. O TCU é pejado de decisões em que reforça a importância da escoreita pesquisa de preços:

*"A pesquisa de preços não constitui mera exigência formal estabelecida pela Lei. Trata-se, na realidade, de etapa essencial ao processo licitatório, pois estabelece balizas para que a Administração julgue se os valores ofertados são adequados. Sem valores de referência confiáveis, não há como avaliar a razoabilidade dos preços dos licitantes" (Acórdão nº 1405/2006-Plenário).*

*"A importância da realização de uma ampla pesquisa de preços no mercado e de uma correta estimativa de custos é inconteste, pois fornece os parâmetros para a Administração avaliar a compatibilidade das propostas ofertadas pelos licitantes com os preços praticados no mercado e verificar a razoabilidade do valor a ser desembolsado, afastando a prática de atos possivelmente antieconômicos". Isto porque, "[o] preço estimado é o parâmetro de que dispõe a Administração para julgar licitações e efetivar contratações, e deve refletir adequadamente o preço corrente no mercado e assegurar efetivo cumprimento, dentre outros, dos princípios da economicidade e da eficiência" (Acórdão nº 710/2007-Plenário).*

*"É prática salutar que órgãos e entidades federais ampliem suas fontes de pesquisa de preços, de modo a sempre dispor de um número maior de elementos para elaborar seus orçamentos e avaliar propostas de eventuais fornecedores e prestadores de serviço" (Acórdão nº 623/2008. TCU-Plenário).*

*"9.2.3. realize pesquisas de preços mediante a utilização dos parâmetros abaixo elencados, com base no artigo 2º da IN 5, de 27/6/2014, apresentando as devidas justificativas para a impossibilidade de utilização da melhor técnica possível, fazendo constar no processo administrativo para a aquisição de bens e contratação de serviços os devidos critérios que fundamentem os preços excessivos ou a inexecutabilidade dos preços, dando sustentabilidade à média dos preços adotada como resultado final para fins de estimativa, conforme bem delineado no § 6º do artigo 2º da IN 5/2015 - SLTI e no Acórdão 2829/2015-TCU-Plenário:*

*9.2.3.1. Portal de Compras Governamentais;*

*9.2.3.2. pesquisa em mídia especializada com a data e hora de acesso e a contratações similares de outros entes públicos, em execução ou concluídos nos 180 dias anteriores à data de pesquisa de preços;*

*9.2.3.3. pesquisa com fornecedores distintos após solicitação formal, excluindo o próprio contratado;*

*9.2.4. realize pesquisa de preços com base em padronização do processo de estimativa, de forma a conferir confiabilidade e representatividade para aferição dos preços correntes de mercado, de modo a permitir a formação de juízo acerca da adequação das propostas pela comissão de licitação, de acordo com o Acórdão 1.878/2015-TCU-2ª Câmara, atentando para os seguintes aspectos calcados na jurisprudência do TCU:*

*9.2.4.1. identificação da fonte de informação e do agente responsável pela elaboração da pesquisa (Acórdão 2.451/2013-TCU-Plenário);*

*9.2.4.2. identificação do servidor responsável pela cotação (Acórdão 909/2007-TCU-1ª Câmara);*

*9.2.4.3. empresas pesquisadas devem ser do ramo pertinente (Acórdão 1.782/2010-TCU-Plenário);*

*9.2.4.4. empresas pesquisadas não podem ser vinculadas entre si (Acórdão 4.561/2010-TCU-1ª Câmara);*

*9.2.4.5. caracterização completa das fontes consultadas (Acórdão 3.889/2009-TCU-1ª Câmara);*

*9.2.4.6. indicação fundamentada e detalhada das referências utilizadas (Acórdão 1.330/2008-TCU-Plenário);*

*9.2.4.7. metodologia utilizada e conclusões obtidas (Nota Técnica AGU/PGF/UFSC 376/2013);*

*9.2.4.8. data e local de expedição (Acórdão 3.889/2009-TCU-1ª Câmara);*

*9.2.4.9. as informações devem constar do processo da pesquisa, em especial, as memórias de cálculo e fontes de consulta pesquisadas (Acórdão 1.091/2007-TCU-Plenário); (Acórdão nº 9080/2017. TCU-1ª Câmara).*

77. No caso em apreço, a pesquisa de preço foi realizada com base no parâmetros IV (pesquisa com fornecedores), a fim de subsidiar a fixação do valor máximo (unitário e global) da aquisição, estimado no importe de R\$ 5.493.822,95 (ID 1019932).

78. Cumpre ao órgão promotor do certame discernir sobre os orçamentos efetivamente aptos a comporem a planilha de preços. Assim, **recomenda-se** certificar se houve a comparação do objeto das propostas apresentadas pelas empresas com o descrito no Termo de Referência, considerando que eventuais valores desarrazoados ou evidentemente inexequíveis podem distorcer os resultados das pesquisas efetuadas, devendo, neste caso, ser descartados (art. 2º, § 6º, da IN/SLTI nº 05/2014).

79. **Recomenda-se** que o setor competente realize uma avaliação crítica dos preços pesquisados, com exposição da metodologia, amplitude da pesquisa e valores estimados para aquisição, com a oportuna elaboração do Mapa Comparativo de Preços.

80. É importante ressaltar a necessidade de identificação da fonte de informação e identificação do agente responsável pela elaboração da pesquisa, conforme Acórdão TCU nº 2.451/2013-Plenário. Nessa mesma linha, deve-se atentar para os seguintes aspectos:

- a) identificação do servidor responsável pela cotação (Acórdão TCU nº 909/2007-1ª C);
- b) empresas pesquisadas devem ser do ramo pertinente (Acórdão TCU nº 1.782/2010-P);
- c) empresas pesquisadas não podem ser vinculadas entre si (Acórdão TCU nº 4.561/2010-1ª C);
- d) caracterização completa das fontes consultadas (Acórdão TCU nº 3.889/2009-1ª C);
- e) indicação fundamentada e detalhada das referências utilizadas (Acórdão TCU nº 1.330/2008-P);
- f) metodologia utilizada e conclusões obtidas (Nota Técnica AGU/PGF/UFSC nº 376/2013)
- g) data e local de expedição (Acórdão TCU nº 3.889/2009-1ª C).

81. **Recomenda-se** ao gestor, na linha dos consolidados entendimentos da Corte de Contas, avaliar a conveniência da identificação de outras fontes de pesquisa, tais como aquisições e contratações realizadas por agentes privados e consulta ao BIEPS - Banco de Dados de Informações Econômicas de Produtos para Saúde, administrado pela ANVISA (<http://portal.anvisa.gov.br/pesquisa-de-precos>). Nesse sentido:



"As estimativas de preços prévias às licitações devem estar baseadas em cesta de preços aceitáveis, tais como os oriundos de pesquisas diretas com fornecedores ou em seus catálogos, valores adjudicados em licitações de órgãos públicos, sistemas de compras (Comprasnet), valores registrados em atas de SRP, avaliação de contratos recentes ou vigentes, compras e contratações realizadas por corporações privadas em condições idênticas ou semelhantes." (Acórdão 2637/2015-Plenário).

9.7.1. a realização de pesquisa de preços para elaboração de orçamento básico de licitação com respaldo apenas em consulta a empresas privadas não atende o art. 15, inciso V, da Lei 8.666/1993, que estabelece que as compras devem balizar-se pelos preços praticados no âmbito dos órgãos e entidades da Administração Pública, os quais, no caso de medicamentos e correlatos, estão disponíveis no Banco de Preços em Saúde, do Ministério da Saúde, entre outros bancos de dados; (Acórdão nº 247/2017 - TCU - Plenário). (g.n).

82. Não compete a este órgão de consultoria debruçar-se na verificação dos produtos cujos preços foram pesquisados, sua identidade com os materiais objeto do presente certame, nem tampouco acerca das cotações expurgadas e da metodologia para cálculo do valor estimado de cada item.

83. **Recomenda-se** certificar se as propostas comerciais mantêm o prazo de validade, diligenciando, caso for, nova consulta, inclusive mediante confirmação das empresas já pesquisadas (art. 6º da Lei 10.520/02 c/c art. 27, § 4º, do Decreto nº 5.450/05).

84. O Ordenador de Despesas aprovou o Termo de Referência, o que faz presumir a economicidade e a vantajosidade do feito, cujo mérito é insindivível por esta Consultoria Jurídica (ID 1149627).

## 2.9 Requisitos de participação

85. De acordo com Marçal Justen Filho, "[a] licitação por itens corresponde, na verdade, a uma multiplicidade de licitações, cada qual com existência própria e dotada de autonomia jurídica, mas todas desenvolvidas conjuntamente em um único procedimento, documentado nos mesmos autos" (JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 12ª ed. Dialética. São Paulo: 2008, p. 260).

86. O Decreto nº 8.538/2015 estabelece exclusividade às microempresas (ME) e empresas de pequeno porte (EPP) na participação de processo licitatório cujo valor de contratação seja de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), salvo hipóteses legais devidamente justificadas (arts. 6º e 10).

87. A AGU também expediu a Orientação Normativa nº 47/2014, de seguinte teor:

*"Em licitação dividida em itens ou lotes/grupos, deverá ser adotada a participação exclusiva de microempresa, empresa de pequeno porte ou sociedade cooperativa (art. 34 da Lei nº 11.488, de 2007) em relação aos itens ou lotes/grupos cujo valor seja igual ou inferior a R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), desde que não haja a subsunção a quaisquer das situações previstas pelo art. 9º do Decreto nº 6.204, de 2007."*

88. O instrumento convocatório (ID 1150597) prevê a participação híbrida, com empresas de menor e maior porte econômico (a depender do item disputado), ao esclarecer que:

"4.2. Poderão participar deste Pregão interessados cujo ramo de atividade seja compatível com o objeto desta licitação, e que estejam com Credenciamento regular no Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores – SICAF, conforme disposto no §3º do artigo 8º da Instrução Normativa SLTI/MPOG nº 2, de 2010.

4.3. Será concedido tratamento favorecido para as microempresas e empresas de pequeno porte, para as sociedades cooperativas mencionadas no artigo 34 da Lei nº 11.488, de 2007, para o agricultor familiar, o produtor rural pessoa física e para o microempreendedor individual - MEI, nos limites previstos da Lei Complementar nº 123, de 2006.

4.3.1. Em relação aos itens **1 ao 4, 9, 10, 11 ao 30, 32 ao 61, 63, 64, 66, 67, 71 ao 104, 106, 108, 111, 112, 118, 122 ao 127**, a participação é exclusiva a microempresas e empresas de pequeno porte."

89. A LC nº 147/14, ao alterar o art. 48 da LC nº 123/06, estabelece que a Administração Pública "*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\$ 80.000,00 (oitenta mil reais)*" (inciso I).

90. A LC 123/06 e o art. 8º do Decreto nº 8.538/2015, que regulamenta, estabelece que "*nas licitações para a aquisição de bens de natureza divisível, e desde que não haja prejuízo para o conjunto ou o complexo do objeto, os órgãos e as entidades contratantes deverão reservar cota de até vinte e cinco por cento do objeto para a contratação de microempresas e empresas de pequeno porte.*" (g.n).

91. Com efeito, foi estabelecida, a par das outras formas de tratamento diferenciado, a obrigatoriedade de a Administração reservar, nas licitações de bens de natureza divisível, uma cota de até 25%, a ser destinada exclusivamente às ME/EPP e equiparados, ressalvados (i) os casos em que o estabelecimento de tal cota acarrete prejuízo para o conjunto ou o complexo do objeto; e (ii) as hipóteses do art. 49 da LC 123/2006.

92. Eis as exceções previstas no citado art. 49:

"Não se aplica o disposto nos arts. 47 e 48 desta Lei Complementar quando:

I - (revogado)

II - 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;

III - 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;

IV - a licitação for dispensável ou inexigível, nos termos dos arts. 24 e 25 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, 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." (Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014)

93. A não aplicação da regra ao caso concreto, portanto, precisa ser devidamente justificada.
94. Vale ressaltar que a cota reservada pode chegar a 25%, tendo por limite o valor de R\$ 80 mil, em relação a cada grupo/item. Com efeito, a interpretação sistemática da LC nº 123/2006 sinaliza, em nosso ver, que a expressão "até" (inciso III do art. 48 da LC) tem exatamente esta finalidade, qual seja, de modular o percentual da cota reservada, visando adequá-lo ao teto definido para exclusividade de participação na licitação, sob pena de subversão do equilíbrio de interesses e princípios, contemplado na LC citada.
95. A cota reservada nada mais é do que uma subdivisão do item (item ou lote = cota reservada + cota principal), que passa a ser dividido em dois - um para ampla participação e outro para ME/EPP/equiparados. Não seria razoável, afinal, o entendimento de que o órgão não possa destinar exclusivamente às ME/EP/equiparados um item ou lote com valor superior a R\$ 80.000,00, mas possa lhes destinar, com exclusividade, uma cota reservada com valor superior a esse limite, na medida em que a cota nada mais é do que um "item" apartado do item composto por bens de natureza divisível, ao qual se concede exclusividade de participação. Esta é a interpretação defendida pela doutrina (NIEBUHR, Joel de Menezes. Licitação com cota reservada para microempresas e empresas de pequeno porte. Revista Zênite – Informativo de Licitações e Contratos (ILC), Curitiba: Zênite, n. 264, p. 142-152, fev. 2016).
96. **Recomenda-se** que a Administração verifique se os itens destinados com exclusividade às empresas de menor porte têm valores inferiores ao limite de R\$ 80.000,00 (subitem 4.3.1 da minuta de edital).
97. **Recomenda-se**, ainda, que se esclareça (1) a descrição dos itens para os quais se alude à cota reservada, os quais, por sua vez, se referem a outros itens da planilha (ex. item 128 alude ao item 05; item 131 alude ao item 11) e (2) que se justifique os percentuais de cota definidos para cada um desses itens (entre 20 e 25%).

## 2.10 Requisitos de habilitação e qualificação

98. O instrumento convocatório (item 8 - ID 1150597) prevê os requisitos necessários à Habilitação Jurídica, à Regularidade Fiscal e Trabalhista, à Qualificação Técnica e Econômico-Financeira dos licitantes (arts. 27 a 31 da Lei nº 8.666/93).
99. Consta do instrumento convocatório (subitem 8.6.) que as empresas, cadastradas ou não no SICAF, deverão comprovar, ainda, a Qualificação Técnica, por meio de:

"8.6.1. Comprovação de aptidão para o fornecimento de bens em características, quantidades e prazos compatíveis com o objeto desta licitação, ou com o item pertinente, por meio da apresentação de atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado."

100. O subitem 8.6.1, referente à qualificação técnica, prevê a "*comprovação de aptidão para a prestação dos serviços em características, quantidades e prazos compatíveis com o objeto desta licitação, ou com o item pertinente*". Nesse sentido, o TCU tem formalizado sucessivas determinações aos órgãos, como ilustra o seguinte julgado:

*"A exigência de comprovação de capacidade técnico-operacional superior à necessária para execução do objeto licitado, em descumprimento ao disposto no art. 3º, § 1º, inc. I c/c o art. 30, inc. II, todos da Lei 8.666/93, e à jurisprudência deste Tribunal (Acórdãos nº 2.088/2004 e nº 410/2006, ambos do Plenário, além da Súmula 263/2011).*

*Abstenha-se de exigir número mínimo de atestados de capacidade técnica, bem como a fixação de quantitativo mínimo nesses atestados superior a 50% (cinquenta por cento) dos quantitativos dos bens e serviços que se pretende contratar, a não ser que a especificidade do objeto o recomende, situação em que os motivos de fato e de direito deverão estar devidamente explicitados no processo administrativo da licitação (Precedentes: Acórdãos ns. 3.157/2004, 1ª Câmara; 124/2012, 1.937/2003; 1.341/2006; 2.143/2007; 1.557/2009; 534/2001; 1.695/2011; e 737/2012-Plenário). [Acórdão nº 1.052/2012 – Plenário].*

*9.3.1. conforme a jurisprudência desta Corte de Contas, requisitos relacionados à qualificação técnica correspondentes a mais de 50% dos quantitativos que serão executados por meio do objeto licitado constituem cláusula restritiva à competitividade do certame; [Acórdão nº 2260/2017 - TCU - 1ª Câmara.]*

*Assunto: PREGÃO ELETRÔNICO. DOU de 12.03.2015, S. 1, p. 90. Ementa: o TCU deu ciência ao HFA acerca das seguintes impropriedades/falhas em edital de pregão: a) há exigência editalícia de qualificação técnica com expressões vagas, considerando que não se definiu o que seria "quantidade compatível", e ficou obscura a referência ao "item pertinente", afrontando os princípios do julgamento objetivo, da transparência e da isonomia, previstos no art. 5º do Decreto nº 5.450/2005 e no art. 3º da Lei nº 8.666/1993, e os Acórdãos nºs 970/2014-P, 1.443/2014-P e 6.679/2014-1ªC; [Acórdão nº 382/2015-Plenário] (g.n)"*

101. **Recomenda-se** ao gestor especificar o quantitativo mínimo que considera compatível com o objeto licitado (subitem 8.6.1.), sendo certo que não poderá, salvo justificativa plausível, ser superior a 50% do que se pretende contratar em relação a cada item reputado relevante e de valor significativo, para fins de apresentação de atestados, à guisa de comprovação da capacidade técnico-operacional. Poderá ser aceito, para tanto, o somatório de atestados, sempre que não houver motivo para justificar a exigência de atestado único.
102. No que tange a Qualificação Econômico-Financeira da Licitante (subitem 8.5), cabe a esta Consultoria alertar para a Nota Explicativa da AGU:

**"Explicativa:** A fixação do percentual referente ao patrimônio líquido se insere na esfera de atuação discricionária da Administração até o limite legal de 10% (dez por cento) do valor estimado da contratação (art. 31, § 3º da Lei nº 8.666, de 1993). Entretanto, nas situações de fornecimento de bens para pronta entrega, a documentação de que tratam os arts. 28 a 31 da Lei n. 8.666, de 1993 poderá ser dispensada, especialmente no que diz respeito à exigência de patrimônio líquido, considerando o teor do art. 31, §2º, que reza: "A Administração, nas compras para entrega futura e na execução de obras e serviços, poderá estabelecer, no instrumento convocatório da licitação, a exigência de capital mínimo ou de patrimônio líquido mínimo...".

De acordo com o art. 44 da Instrução Normativa SLTI/MPOG nº 02/10, deve-se fixar percentual proporcional aos riscos que a inexecução total ou parcial do contrato poderá acarretar para a Administração, considerando-se, entre outros fatores, o valor do contrato, a essencialidade do objeto, o tempo de duração do contrato." [g.n.]

103. Assim, considerando que o objeto cuida de bens de pronta entrega, a ser fornecido por empresa ME ou EPP (art. 3º do Decreto nº 8.538/15), **recomenda-se** ao gestor não exigir da licitante qualificada como microempresa ou empresa de pequeno porte a

apresentação de balanço patrimonial do último exercício financeiro.

104. Por força da Lei nº 8.666/93 (art. 55, XIII), cumpre a empresa contratada "manter durante toda a vigência do contrato, em compatibilidade com as obrigações assumidas, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação" (TR, subitem 6.1.5).

### 2.11 Considerações Finais

105. Nos termos do art. 3º, IV, da Lei nº 10.520/02 e art. 9º, VI, do Decreto nº 5.450/05, cumpre informar que o militar CAP QAO Ex JOÃO BATISTA DA SILVA foi designado para assumir a função de Pregoeiro, com sua respectiva Equipe de Apoio (IDs 1149324 e 1149334). Recomenda-se que a designação do Pregoeiro não recaia sobre servidor/militar responsável pela instrução do processo e pela elaboração da minuta de Edital e Anexos, por conta do princípio da segregação de funções (Acórdão nº 3.381/2013-TCU-Plenário e Acórdão nº 2.908/2016-TCU-Plenário).

106. A Lei nº 8.666/1993 determina quais são as cláusulas necessárias dos contratos administrativos (art. 55), prevendo as hipóteses da obrigatoriedade do instrumento contratual e os casos que este poderá ser facultativamente substituído (art. 62).

107. Deve o gestor atentar para que seja adotada a minuta disponibilizada pela Advocacia-Geral da União e, somente na hipótese de substituição por instrumento equivalente, é que será possível ao órgão utilizar outro modelo, desde que atenda ao disposto no art. 55 c/c. art. 62 da Lei nº 8.666/1993.

108. Em recente jurisprudência (Acórdão nº 1.234/2018 - TCU-Plenário - Informativo nº 347/2018), o Plenário do TCU decidiu firmar o seguinte entendimento: "É possível a formalização de contratação de fornecimento de bens para entrega imediata e integral, da qual não resulte obrigações futuras, por meio de nota de empenho, independentemente do valor ou da modalidade licitatória adotada, nos termos do art. 62, § 4º, da Lei 8.666/1993 e à luz dos princípios da eficiência e da racionalidade administrativa. Entende-se por "entrega imediata" aquela que ocorrer em até trinta dias a partir do pedido formal de fornecimento feito pela Administração, que deve ocorrer por meio da emissão da nota de empenho, desde que a proposta esteja válida na ocasião da solicitação." (g.n)

109. Assim, o gestor anexou ao edital a minuta do Termo Substitutivo de Contrato (Anexo "III" do Edital), instrumento destinado a formalizar a avença junto ao vencedor, à vista da contraprestação imediata da Administração (art. 62, § 4º, da Lei nº 8.666/93).

110. **Recomenda-se** no instrumento convocatório ajustar o subitem 4.5.1, para que lhe conste a seguinte redação: "*que não ultrapasse o limite de faturamento e cumpra os requisitos estabelecidos no artigo 3º da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, sendo apto a usufruir do tratamento favorecido estabelecido nos artigos 42 ao 49 da referida lei*".

111. Quanto a regra disposta ao subitem 6.8.1, **recomenda-se** ao Pregoeiro atentar para as seguintes considerações disposta no Acórdão nº 86/2017 - TCU - Plenário (Informativo nº 315/2017):

*"Em pregão eletrônico, a regra dos três segundos (IN-SLTI 3/2013) – intervalo de tempo mínimo exigido entre lances de licitantes distintos – só se aplica se o lance de um licitante cobrir o melhor lance ofertado até então pelos demais competidores. Caso contrário, se o lance visa apenas redimensionar a proposta anterior do mesmo licitante (lance intermediário), sem cobrir a melhor oferta, ele não precisa observar aquela regra, mas tão somente a regra dos vinte segundos, tempo mínimo exigido entre lances de um mesmo competidor."*

112. Como instrumento de transparência e eficiência durante a fase de seleção do fornecedor, **recomenda-se** juntar e preencher a Lista de Verificação (Anexo II) disponibilizada pelo MPDG (Orientação Normativa/SEGES nº 2/2016, art. 1º).

113. Após os ajustes, **recomenda-se** ao Ordenador de Despesas aprovar a última versão do Termo de Referência que será publicada na fase externa do certame (art. 9º, II, do Dec. nº 5.450/05).

114. Oportunamente, **recomenda-se**, para efeito do disposto no Decreto nº 7.689/2012 (regulamentado pela Portaria/MOG nº 249/2012), que a autoridade competente autorize a despesa decorrente da contratação, caso entenda que se trate de atividade de custeio comum a todos os órgãos e entidades, independentemente da sua classificação orçamentária, podendo ser concedida por despacho no próprio processo, por memorando ou ofício, por meio eletrônico com assinatura digital ou outro meio idôneo (art. 4º, § 1º, da Portaria/MOG nº 249/2012).

115. **Recomenda-se** que o Ordenador de Despesas certifique, caso for, que a despesa é compatível com os limites e cronogramas definidos nos normativos aplicáveis ao exercício em que se dará a contratação.

### 3. CONCLUSÃO

116. Nesses termos, a CGLIC/CONJUR opina pela aprovação da minuta editalícia, desde que atendidas às recomendações supra, notadamente as destacadas em negrito no corpo deste parecer (Enunciado BPC/AGU nº 07).

117. Oportunamente, orienta-se a Coordenação Administrativa para encaminhar os autos ao **HFA**, com a proposta de atender as recomendações expostas no corpo desta manifestação.

Brasília, 17 de agosto de 2018.

**CAROLINA SARAIVA DE FIGUEIREDO CARDOSO**

Advogada da União

Coordenadora-Geral Jurídica de Licitação, Contratos, Convênios e Parcerias - Substituta

Consultoria Jurídica do Ministério da Defesa

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 60550005077201817 e da chave de acesso dfef11d9

Documento assinado eletronicamente por CAROLINA SARAIVA DE FIGUEIREDO CARDOSO, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 159645732 no endereço eletrônico

<http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): CAROLINA SARAIVA DE FIGUEIREDO CARDOSO. Data e Hora: 20-08-2018 16:15. Número de Série: 13464189. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv4.

---