



PARECER REFERENCIAL n. 00289/2021/CONJUR-MS/CGU/AGU

NUP: 00737.009241/2020-61

INTERESSADOS: COORDENAÇÃO GERAL DE ANÁLISE JURÍDICA DE LICITAÇÕES, CONTRATOS E INSTRUMENTOS CONGÊNERES

ASSUNTOS: CONVÊNIOS E OUTROS AJUSTES

EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO. LICITAÇÕES E CONTRATOS. Licitação na modalidade Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC. Execução de obras. Implantação de Solução de Radioterapia, construção e ampliação. Legislação aplicável: Lei nº 12.462, de 2011 e Decreto nº 7.581, de 2011 e demais normas pertinentes.

1. Trata-se de processo encaminhado pela Subsecretaria de Assuntos Administrativos por meio do Despacho de 20/04/2021 (0020154998), para análise e emissão de parecer referencial quanto às minutas do Edital e de seus anexos (0020051337), cujos procedimentos licitatórios serão realizados na modalidade do Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC, na forma eletrônica, que tem por objeto a "contratação de empresa especializada no ramo da construção civil, para execução de obras e instalação de equipamentos de infraestrutura, com fornecimento de material e mão de obra, para a implantação de solução de Radioterapia" no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS.

2. Os autos foram objeto de análise anterior por esta especializada, oportunidade em que foram emitidas a COTA nº 03433/2020/CONJUR-MS/CGU/AGU (0015880192), COTA nº 03839/2020/CONJUR-MS/CGU/AGU (0016362478), COTA nº 04241/2020/CONJUR-MS/CGU/AGU (0016735371) e COTA nº 05087/2020/CONJUR-MS/CGU/AGU (0017622443), no sentido da necessidade de melhor adequação da instrução processual a fim de viabilizar a emissão de manifestação jurídica referencial por parte desta CONJUR/MS.

3. Esclarece a Nota Técnica nº 25/2021-DIPLI/CCLIC/CGMAP/SAA/MS, que "a Lista de Verificação (id Sei 0020050559) e minuta do instrumento convocatório, (id SEI -0020051337) a serem analisadas pela Consultoria Jurídica foram elaboradas a partir dos modelos disponibilizados pela AGU, no link <https://www.gov.br/agu/pt-br/composicao/consultoria-geral-da-uniao-1/modelos-de-convenios-licitacoes-e-contratos/modelos-de-licitacoes-e-contratos/regime-diferenciado-de-contratacao>, na data de 16/04/2021, para uso do Regime Diferenciado de Contratações para Obras em geral, com fundamento na Medida Provisória nº 961, de 2020, com os ajustes necessários em detrimento da espécie de contratação em comento".

4. Os autos foram instruídos com os seguintes documentos:

- o Cota n. 03433/2020/CONJUR-MS/CGU/AGU (0015880192)
- o Despacho SAA 0015899212
- o Despacho CGMAP 0015954042
- o Despacho DIFIR 0016002916
- o Despacho CGMAP 0016028432
- o Minuta CGPO/SCTIE 0016046493
- o Despacho CGPO/SCTIE 0016048756
- o Minuta Contrato AGU (0016049925)
- o Minuta Projeto Básico AGU (0016049983)
- o Minuta DICONTE 0016037801
- o Despacho DICONTE 0016029700
- o Minuta DIPLI 0016113324
- o Despacho CCLIC 0016220564
- o Termo de Cancelamento de Documento CCLIC 0016228437
- o Despacho CCLIC 0016228491
- o Cota N 03839-2020-CONJUR-MS (0016362478)
- o Minuta DIPLI 0016396508
- o Mensagem Eletrônica - Consulta à SE (0016457222)
- o Despacho DIPLI 0016476935
- o Portaria Designação de Designação de Comissão de RDC (0016533282)
- o Check-List (001653353)
- o Lista DIPLI 0016543080
- o Cota N 04241/2020/CONJUR-MS (0016735371)
- o Despacho GAB/SCTIE 0016741613
- o Minuta CGPO/SCTIE 0016772903
- o Despacho CGPO/SCTIE 0016773608
- o Despacho GAB/SCTIE 0016776251
- o Despacho SAA 0016974675
- o Cota N 05087/2020/CONJUR-MS (0017622443)
- o Despacho CGPO/SCTIE 0017632267
- o Despacho SAA 0018382381
- o Despacho SAA 0019653815
- o Despacho CGMAP 0019681604
- o Minuta DICONTE 0019695468
- o Despacho DICONTE 0019696171
- o Despacho CCLIC 0019707216
- o Minuta Projeto Básico RDC (0019719800)
- o Lista de Verificação RDC (0019745441)
- o Despacho DIPLI 0019719927
- o Despacho CCLIC 0019816893
- o Minuta CGPO/SCTIE 0019854210
- o Despacho CGMAP 0019855317
- o Despacho CGPO/SCTIE 0019931001
- o Despacho CGMAP 0019950503
- o Minuta DIPLI 0020051337
- o Nota Técnica 25 (0020087501)
- o Despacho DIPLI 0020114160
- o Despacho CGMAP 0020126953
- o Despacho SAA 0020154998

5. É o relatório.

2 - DA FIGURA DA MANIFESTAÇÃO JURÍDICA REFERENCIAL

6. Inicialmente cumpre ressaltar que o encaminhamento do processo administrativo a esta CGLIC, para análise da minuta de Edital e de seus anexos, os quais versam sobre a contratação de empresa especializada no ramo da construção civil, para execução de obras e instalação de equipamentos e de infraestrutura, com vistas a implantação de solução de radioterapia, por meio da realização de licitação na modalidade do Regime Diferenciado de Contratações Públicas -RDC, tem como fundamento conferir higidez jurídica no que envolve a matéria.

7. No entanto, o elevado número de consultas repetitivas versando sobre assuntos semelhantes tem, inevitavelmente, o efeito reflexo de tumultuar a atuação do órgão de assessoramento jurídico da Administração, embaraçando o desempenho de sua atribuição institucional. Em razão de situações como a narrada, a Advocacia Geral da União - AGU publicou, no dia 23 de maio de 2014, a Orientação Normativa nº 55, possibilitando a figura da Manifestação Jurídica Referencial:

ORIENTAÇÃO NORMATIVA Nº 55, DE 23 DE MAIO DE 2014 O ADVOGADO GERAL DA UNIÃO, no uso das atribuições que lhe conferem os incisos I, X, XI e XIII, do art. 4º da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, considerando o que consta do Processo

nº56377.000011/200912, resolve expedir a presente orientação normativa a todos os órgãos jurídicos enumerados nos arts. 2º e 17 da Lei Complementar nº 73, de 1993: Os processos que sejam objeto de manifestação jurídica referencial, isto é, aquela que analisa todas as questões jurídicas que envolvam matérias idênticas e recorrentes, estão dispensados de análise individualizada pelos órgãos consultivos, desde que a área técnica ateste, de forma expressa, que o caso concreto se amolda aos termos da citada manifestação. Para a elaboração de manifestação jurídica referencial devem ser observados os seguintes requisitos: a) o volume de processos em matérias idênticas e recorrentes impactar, justificadamente, a atuação do órgão consultivo ou a celeridade dos serviços administrativos e b) a atividade jurídica exercida se restringir à verificação do atendimento das exigências legais a partir da simples conferência de documentos.

Referência: Parecer nº 004/ASMG/CGU/AGU/2014

LUIZ INACIO LUCENA ADAMS

RETIFICAÇÃO: Na Orientação Normativa nº 47, de 23 de maio de 2014, publicada no Diário Oficial da União nº 98, de 26 de maio de 2014, Seção 1, pág. 29, onde se lê: "Orientação Normativa nº 47, de 23 de maio de 2014...", leia-se: "Orientação Normativa nº 55, de 23 de maio de 2014...".

8. Da leitura da Orientação Normativa em apreço, depreende-se a expressa autorização, no âmbito da AGU, para elaboração de manifestação jurídica referencial, definida como sendo aquela que analisa todas as questões jurídicas que envolvam matérias idênticas e recorrentes.

9. Dessa forma, com a manifestação jurídica referencial, os processos administrativos que veicularem consultas idênticas à enfrentada na manifestação referencial estarão dispensados de análise individualizada pelo órgão jurídico, bastando, para tanto, que as instâncias técnicas da Administração atestem, expressamente, que o caso concreto se amolda aos termos da manifestação referencial adotada pela Advocacia-Geral da União.

10. Grosso modo, a manifestação jurídica referencial consiste em parecer jurídico genérico, vocacionado a balizar todos os casos concretos, cujos contornos se amoldem ao formato do caso abstratamente analisado pela CGLICI/CONJUR/MS.

11. Trata-se, portanto, de ato enunciativo perfeitamente afinado com o princípio da eficiência (art. 37, caput, da Constituição Federal), que, seguramente, viabilizará o adequado enfrentamento de questões que envolvam a emissão de manifestações repetitivas, ou mesmo aquelas de baixa densidade jurídica, terminavam por tumultuar a agenda desta Consultoria Jurídica, dificultando a dedicação de tempo às verdadeiras questões jurídicas.

12. Tal medida já havia sido expressamente recomendada pelo Manual de Boas Práticas Consultivas da AGU¹¹, consoante se infere da leitura do excerto abaixo transcrito:

Embora a atividade consultiva não se confunda com as atividades da Entidade/Órgão Assessorado, o Órgão Consultivo possui importante papel no sentido de estimular a padronização e orientação geral a respeito de assuntos que despertaram ou possam despertar dúvidas jurídicas. Deste modo, é recomendável a elaboração de minutas padrão de documentos administrativos, treinamentos com os gestores e pareceres com orientações "in abstracto", a fim de subsidiar a prática de atos relacionados a projetos ou políticas públicas que envolvam manifestações repetitivas ou de baixa complexidade jurídica. (Enunciado nº 34 do Manual de Boas Práticas da Advocacia-Geral da União).

13. Importa ressaltar que tal iniciativa foi analisada e aprovada pelo Tribunal de Contas da União (TCU), conforme notícia divulgada no Informativo TCU nº 218/2014:

Informativo TCU nº 218/2014²¹.

É possível a utilização, pelos órgãos e entidades da Administração Pública Federal, de um mesmo parecer jurídico em procedimentos licitatórios diversos, desde que envolva matéria comprovadamente idêntica e seja completo, amplo e abranja todas as questões jurídicas pertinentes. Embargos de Declaração opostos pela Advocacia-Geral da União (AGU), em face de determinação expedida pelo TCU à Comissão Municipal de Licitação de Manaus e à Secretaria Municipal de Educação de Manaus, alegara obscuridade na parte dispositiva da decisão e dúvida razoável quanto à interpretação a ser dada à determinação expedida. Em preliminar, após reconhecer a legitimidade da AGU para atuar nos autos, anotou o relator que o dispositivo questionado "envolve a necessidade de observância do entendimento jurisprudencial do TCU acerca da emissão de pareceres jurídicos para aprovação de editais licitatórios, aspecto que teria gerado dúvidas no âmbito da advocacia pública federal". Segundo o relator, o cerne da questão "diz respeito à adequabilidade e à legalidade do conteúdo veiculada na Orientação Normativa AGU nº 55, de 2014, que autoriza a emissão de "manifestação jurídica referencial", a qual, diante do comando (...) "poderia não ser admitida". Nesse campo, relembrou o relator que a orientação do TCU "tem sido no sentido da impossibilidade de os referidos pareceres serem incompletos, com conteúdos genéricos, sem evidencição da análise integral dos aspectos legais pertinentes", posição evidenciada na Proposta de Deliberação que fundamentou a decisão recorrida. Nada obstante, e "a despeito de não pairar obscuridade sobre o acórdão ora embargado", sugeriu o relator fosse a AGU esclarecida de que esse entendimento do Tribunal não impede que o mesmo parecer jurídico seja utilizado em procedimentos licitatórios diversos, desde que trate da mesma matéria e aborde todas as questões jurídicas pertinentes. Nesses termos, acolheu o Plenário a proposta do relator, negando provimento aos embargos e informando à AGU que "o entendimento do TCU quanto à emissão de pareceres jurídicos sobre as minutas de editais licitatórios e de outros documentos, nos termos do art. 38, parágrafo único, da Lei nº 8.666, de 1993, referenciado nos Acórdãos 748/2011 e 1.944/2014, ambos prolatados pelo Plenário, não impede a utilização, pelos órgãos e entidades da administração pública federal, de um mesmo parecer jurídico em procedimentos licitatórios diversos, desde que envolva matéria comprovadamente idêntica e que seja completo, amplo e abranja todas as questões jurídicas pertinentes, cumprindo as exigências indicadas na Orientação Normativa AGU nº 55, de 2014, esclarecendo a, ainda, de que a presente informação é prestada diante da estrita análise do caso concreto apreciado nestes autos, não se constituindo na efetiva apreciação da regularidade da aludida orientação normativa, em si mesma". Acórdão 2674/2014 Plenário, TC004.757/20149, relator Ministro Substituto André Luís de Carvalho, 8/10/2014.

14. Do acima exposto, pode-se concluir que:

- o A manifestação jurídica referencial uniformiza a atuação do órgão jurídico relativamente às consultas repetitivas;
- o A adoção de manifestação jurídica referencial torna desnecessária a análise individualizada de processos que versem sobre matéria que já tenha sido objeto de análise em abstrato, sendo certo que as orientações jurídicas veiculadas através do parecer referencial aplicar-se-ão a todo e qualquer processo com idêntica matéria.
- o A elaboração de manifestação jurídica referencial depende da confluência de dois requisitos objetivos, a saber: i) a ocorrência de embaraço à atividade consultiva em razão da tramitação de elevado número de processos administrativos versando sobre matéria repetitiva e ii) a singeleza da atividade desempenhada pelo órgão jurídico, que se restringe a verificar o atendimento das exigências legais a partir da simples conferência de documentos; e
- o A dispensa do envio de processos ao órgão jurídico para exame individualizado fica condicionada ao pronunciamento expresso, pela área técnica interessada, no sentido de que o caso concreto se amolda aos termos da manifestação jurídica referencial já elaborada sobre a questão.

3 - DO CABIMENTO DE MANIFESTAÇÃO JURÍDICA REFERENCIAL NO CASODOS

AUTOS

15. Como já mencionado, a elaboração de manifestação jurídica referencial depende da comprovação, sob pena de invalidade, de dois requisitos:

1. do volume de processos em matérias idênticas e recorrentes, que, de acordo com a ON nº 55, deve impactar, justificadamente, a atuação do órgão consultivo ou a celeridade dos serviços administrativos; e,

2. da singeleza da atuação da assessoria jurídica nos casos analisados, que se deve restringir à verificação do atendimento das exigências legais, a partir da simples conferência de documentos.

16. Relativamente ao primeiro requisito, é notório que se formará um volume de processos administrativos voltados à análise de minutas que pretendam a contratação de empresa especializada no ramo da construção civil, para execução de obras, instalação de equipamentos e de infraestrutura, para a implantação de solução de radioterapia por meio da realização de licitação na modalidade do Regime Diferenciado de Contratações Públicas -RDC. Isso ocorrerá devido a impossibilidade da área técnica utilizar integralmente o PARECER REFERENCIAL n. 00165/2015/CONJUR-MS/CGU/AGU (NUP: 25000.031188/2015-53), bem assim como suas respectivas adequações e complementações, contempladas no PARECER REFERENCIAL n. 00025/2017/CONJUR-MS/CGU/AGU (NUP: 25000.072822/2017-70), PARECER REFERENCIAL n. 00037/2019/CONJUR-MS/CGU/AGU (NUP: 25000.030351/2018-11), PARECER REFERENCIAL n. 00039/2017/CONJUR-MS/CGU/AGU (NUP: 25000.420769/2017-28) e PARECER REFERENCIAL n. 00036/2019/CONJUR-MS/CGU/AGU (NUP: 25000.144932/2019-11), que tratam do tema, em razão das modificações implementadas nos novos modelos de minutas a serem utilizadas nos procedimentos licitatórios realizados na modalidade do RDC, elaborados e disponibilizados pela Advocacia Geral da União - AGU.

17. Com a obrigatoriedade de se analisar todos os processos administrativos, haverá, como já referido, impacto negativo na atuação da Coordenação-Geral de Análise Jurídica de Licitações, Contratos e Instrumentos Congêneres -CGLICI, responsável pela consultoria e assessoramento jurídico do Ministério da Saúde.

18. Quanto ao segundo requisito imposto pela ON AGU nº 55, observa-se que o exame jurídico da CGLICI será limitado à mera conferência de documentos, não havendo que se falar de peculiaridades que determinem a análise jurídica individualizada dos referidos processos.

19. De todo modo, para que a análise individualizada dos processos reste dispensada, faz-se necessário que a área técnica interessada ateste, de forma expressa, que o caso concreto veiculado por cada processo administrativo seja molda aos termos da presente manifestação jurídica referencial.

4 - FINALIDADE E ABRANGÊNCIA DO PARECER JURÍDICO

20. A presente manifestação jurídica tem o escopo de assistir a autoridade assessorada no controle interno da legalidade administrativa dos atos a serem praticados ou já efetivados. Ela envolve, também, o exame prévio e conclusivo dos textos das minutas dos editais e seus anexos.

21. Registre-se, por oportuno, que esta manifestação tomará por base, exclusivamente, os elementos constantes dos autos, visto que, em face do que dispõe o art. 131 da Constituição Federal e o art. 11 da Lei Complementar nº73/1993, incumbe a este órgão de execução da AGU prestar consultoria sob o prisma estritamente jurídico, não lhe competindo adentrar na análise da conveniência e oportunidade dos atos praticados no âmbito da Administração nem analisar aspectos de natureza eminentemente técnico-administrativa, assim como os aspectos técnicos, econômicos, financeiros e orçamentários.

22. Importante salientar, que o exame dos autos processuais restringe-se aos seus aspectos jurídicos, excluídos, portanto, aqueles de natureza técnica. Em relação a estes, partiremos da premissa de que a autoridade competente municiou-se dos conhecimentos específicos imprescindíveis para a sua adequação às necessidades da Administração, observando os requisitos legalmente impostos. A Boa Prática Consultiva - BPC N° 07^{LI}, editada pela AGU, corrobora tal entendimento:

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.

23. De fato, presume-se que as especificações técnicas contidas no presente processo, inclusive quanto ao detalhamento do objeto da contratação, suas características, 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.

24. De outro lado, cabe esclarecer que, via de regra, não é papel do órgão de assessoramento jurídico exercer a auditoria quanto à competência de cada agente público para a prática de atos administrativos. Incumbe, isto sim, a cada um destes observar se os seus atos estão dentro do seu espectro de competências. Assim sendo, o ideal, para a melhor e completa instrução processual, é que sejam juntadas ou citadas as publicações dos atos de nomeação ou designação da autoridade e demais agentes administrativos, bem como os Atos Normativos que estabelecem as respectivas competências, com o fim de que, em caso de futura auditoria, possa ser facilmente comprovado que quem praticou determinado ato tinha competência para tanto.

25. Ademais, quanto aos atos decisórios praticados com base em delegação de competência, convém destacar o contido na Lei nº 9.784, de 1999:

Art. 14. [...]

§ 3º As decisões adotadas por delegação devem mencionar explicitamente esta qualidade e considerar-se-ão editadas pelo delegado.

26. Portanto, a atribuição legal do órgão de assessoramento jurídico esgota-se em orientar a autoridade sob o exclusivo prisma da legalidade, exarando peça opinativa que lhe dá **plena ciência das recomendações e observações lançadas pela Advocacia-Geral da União**.

27. Dessa maneira, a análise em comento tem a função de apontar possíveis riscos do ponto de vista jurídico e recomendar providências para salvaguardar a autoridade assessorada, a quem compete avaliar a real dimensão do risco ea necessidade de se adotar ou não a precaução recomendada.

28. As questões que envolvam a legalidade, de observância obrigatória pela Administração, serão apontadas, ao longo deste parecer como óbices a serem corrigidos ou superados. O prosseguimento do feito, sem a correção de tais apontamentos, será de responsabilidade exclusiva do gestor, por sua conta e risco.

29. Sendo assim, repisa-se que qualquer posicionamento contrário por parte da Administração é de sua total responsabilidade e deve ser justificado nos autos. A justificativa de posicionamento contrário ao da Assessoria Jurídica do Ministério da Saúde deve, lógica e necessariamente, refutar todos os impedimentos legais levantados por esta especializada.

5 -REGULARIDADE DA FORMAÇÃO DO PROCESSO

30. De acordo com o art. 22 da Lei nº 9.784, de 1999, os atos do processo administrativo não dependem de forma determinada, salvo expressa disposição legal.

31. Com efeito, no que pertine especificamente à licitação, bem como contratos/convênios e outros ajustes, conforme artigo 38 da Lei n. 8.666, de 1993, o processo administrativo deverá observar as normas que lhes são pertinentes, iniciando-se com a devida atuação, com a correspondente protocolização e numeração, juntando-se, em sequência cronológica, os documentos pertinentes, cujas folhas devem ser numeradas e rubricadas, sendo que cada volume deverá conter os respectivos termos de abertura e encerramento, observando-se, na medida do possível, o máximo de 200 folhas:

Orientação Normativa AGU nº 2, de 1º de abril de 2009³¹

"Os instrumentos dos contratos, convênios e demais ajustes, bem como os respectivos aditivos, devem integrar um único processo administrativo, devidamente atuado em sequência cronológica, numerado, rubricado, contendo cada volume os respectivos termos de abertura e encerramento."

32. Aplicáveis ainda, a Portaria Interministerial nº 1.677, de 2015 (no caso de órgãos integrantes do SISG) e Portaria Normativa MD nº1.243, de 2006 (para os órgãos militares), que também dispõem sobre procedimentos gerais referentes à gestão de processos, sendo recomendável também que o consulente verifique se há disciplina própria reguladora no âmbito de seu órgão.

33. Ademais, registramos um alerta final referente aos termos do art. 22, § 1º e 2º, do Decreto nº 8.539, de 08 de outubro de 2015:

§ 1º O uso do meio eletrônico para a realização de processo administrativo deverá estar implementado no prazo de dois anos, contado da data de publicação deste Decreto.

§ 2º Os órgãos e as entidades de que tratam o caput que já utilizam processo administrativo eletrônico deverão adaptar-se ao disposto neste Decreto no prazo de três anos, contado da data de sua publicação.

34. Deste modo, como se observa, todos os atos administrativos referentes a contratos e seus aditivos devem integrar o mesmo processo administrativo, físico ou eletrônico, com os eventos dispostos em ordem cronológica, conforme ON AGU n. 02/2009. É irregular a abertura de novos processos – novos NUPs (número único de protocolo) para cada ocorrência verificada na história daquela contratação, a exemplo de um novo processo para eventual aditivo quantitativo ou novo processo para a prorrogação.

6- LIMITES DE GOVERNANÇA

35. No âmbito do Poder Executivo Federal, o Decreto nº 10.193, de 27 de dezembro de 2019 estabeleceu limites e instâncias de governança para a contratação de bens e serviços e para a realização de gastos com diárias e passagens, aplicáveis aos órgãos, entidades e fundos do Poder Executivo Federal integrantes do Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social, donde se destaca a previsão contida em se artigo 3º.

Art. 3º A celebração de novos contratos administrativos e a prorrogação de contratos administrativos em vigor relativos a atividades de custeio serão autorizadas em ato do Ministro de Estado ou do titular de órgão diretamente subordinado ao Presidente da República.

§ 1º Para os contratos de qualquer valor, a competência de que trata o **caput** poderá ser delegada às seguintes autoridades, permitida a subdelegação na forma do § 2º:

I - titulares de cargos de natureza especial;

II - dirigentes máximos das unidades diretamente subordinadas aos Ministros de Estado; e

III - dirigentes máximos das entidades vinculadas.

§ 2º Para os contratos com valor inferior a R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais), a competência de que trata o **caput** poderá ser delegada ou subdelegada aos subsecretários de planejamento, orçamento e administração ou à autoridade equivalente, permitida a subdelegação nos termos do disposto no § 3º.

§ 3º Para os contratos com valor igual ou inferior a R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), a competência de que trata o **caput** poderá ser delegada ou subdelegada aos coordenadores ou aos chefes das unidades administrativas dos órgãos ou das entidades, vedada a subdelegação.

36. Lembramos, ainda, que o Ministério da Economia costuma editar anualmente normativos que determinam a suspensão de contratações, o que deverá ser objeto de atenção e cumprimento pelo Órgão.

37. Ressalte-se que a Administração deverá se certificar da obediência às regras internas de competência para autorização da presente contratação. No âmbito desse Ministério, recentemente foi publicada a Portaria GM/MS 402 de 8 de março de 2021, a qual deverá ser observada.

7- REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

38. As contratações públicas devem, em regra, ser realizadas mediante procedimento licitatório. A licitação destina-se a garantir a observância do princípio da isonomia e da seleção da proposta mais vantajosa para a administração. Sua realização coaduna-se com os princípios constitucionais da igualdade, impessoalidade, moralidade, eficiência, economicidade e probidade administrativa. De estatura constitucional, a matéria foi inserida no art. 37, inciso XXI, da CRFB. Consoante o mencionado dispositivo, tem-se que:

Art.37, XXI - Ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

39. O legislador infraconstitucional, a seu turno, com o escopo de pormenorizar a matéria de licitações e contratações administrativas, instituiu, em diversas normas, os conceitos e requisitos para a realização dos certames licitatórios, dentre as quais se destaca a Lei nº 8.666, de 1993 e a nova Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021 (norma geral de licitações e contratos administrativos).

40. Por meio da Lei nº 12.462, de 06 de agosto de 2011, foi instituído o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), inicialmente para licitações e contratações de obras necessárias para a realização dos grandes eventos esportivos como os Jogos esportivos de 2013 a 2016, (Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, Copa das Confederações de 2013 e Copa do Mundo de 2014). Posteriormente, foram ampliadas as hipóteses permissivas, com destaque para o inc. V do art. 1º da Lei, incluído pela Lei nº 12.745, de 2012, que se refere às "obras e serviços de engenharia no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS.

41. A razão da criação de um novo regime de contratação pública está na busca pela agilidade na realização das licitações e na ampliação da eficiência das contratações públicas, de modo a propiciar vantagens maiores à Administração. A propósito, vale transcrever os objetivos colimados pela Lei nº 12.462, de 2011 ao RDC:

Art. 1o É instituído o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), aplicável exclusivamente às licitações e contratos necessários à realização:

[...]

§ 1º O RDC tem por objetivos:

I - ampliar a eficiência nas contratações públicas e a competitividade entre os licitantes;

II - promover a troca de experiências e tecnologias em busca da melhor relação entre custos e benefícios para o setor público;

III - incentivar a inovação tecnológica; e

IV - assegurar tratamento isonômico entre os licitantes e a seleção da proposta mais vantajosa para a administração pública.

42. É importante ressaltar que em nenhuma das hipóteses em que é possível a aplicação do RDC, há obrigatoriedade de sua utilização pelo órgão licitante. Pelo contrário, o RDC é sempre opcional, e a sua adoção em detrimento de outros regimes de licitação deve estar prevista no instrumento de convocação do procedimento licitatório. Assim sendo, nos termos do §2º do art. 1º, "a opção pelo RDC deverá constar de forma expressa do instrumento convocatório e resultará no afastamento das normas contidas na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, exceto nos casos expressamente previstos nesta Lei."

43. O art. 3º da Lei nº 12.462, de 2011, estabelece os princípios a serem observados nas licitações e contratações realizadas em conformidade com o Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC, nos seguintes termos:

Art. 3º As licitações e contratações realizadas em conformidade com o RDC deverão observar os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da eficiência, da probidade administrativa, da economicidade, do desenvolvimento nacional sustentável, da vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo.

44. A seu turno, o art. 4º contempla as diretrizes a serem observadas nos certames licitatórios e

contratações celebradas sob o RDC:

I - padronização do objeto da contratação relativamente às especificações técnicas e de desempenho e, quando for o caso, às condições de manutenção, assistência técnica e de garantia oferecidas;

II - padronização de instrumentos convocatórios e minutas de contratos, previamente aprovados pelo órgão jurídico competente;

III - busca da maior vantagem para a administração pública, considerando custos e benefícios, diretos e indiretos, de natureza econômica, social ou ambiental, inclusive os relativos à manutenção, ao desfazimento de bens e resíduos, ao índice de depreciação econômica e a outros fatores de igual relevância;

IV - condições de aquisição, de seguros, de garantias e de pagamento compatíveis com as condições do setor privado, inclusive mediante pagamento de remuneração variável conforme desempenho, na forma do art. 10; (Redação dada pela Lei nº 12.980, de 2014)

V - utilização, sempre que possível, nas planilhas de custos constantes das propostas oferecidas pelos licitantes, de mão de obra, materiais, tecnologias e matérias-primas existentes no local da execução, conservação e operação do bem, serviço ou obra, desde que não se produzam prejuízos à eficiência na execução do respectivo objeto e que seja respeitado o limite do orçamento estimado para a contratação; e

VI - parcelamento do objeto, visando à ampla participação de licitantes, sem perda de economia de escala.

VII - ampla publicidade, em sítio eletrônico, de todas as fases e procedimentos do processo de licitação, assim como dos contratos, respeitado o art. 6º desta Lei. (Incluído pela Lei nº 13.173, de 2015)

§ 1º As contratações realizadas com base no RDC devem respeitar, especialmente, as normas relativas à:

I - disposição final ambientalmente adequada dos resíduos sólidos gerados pelas obras contratadas;

II - mitigação por condicionantes e compensação ambiental, que serão definidas no procedimento de licenciamento ambiental;

III - utilização de produtos, equipamentos e serviços que, comprovadamente, reduzam o consumo de energia e recursos naturais;

IV - avaliação de impactos de vizinhança, na forma da legislação urbanística;

V - proteção do patrimônio cultural, histórico, arqueológico e imaterial, inclusive por meio da avaliação do impacto direto ou indireto causado pelas obras contratadas; e

VI - acessibilidade para o uso por pessoas com deficiência ou com mobilidade reduzida.

§ 2º O impacto negativo sobre os bens do patrimônio cultural, histórico, arqueológico e imaterial tombados deverá ser compensado por meio de medidas determinadas pela autoridade responsável, na forma da legislação aplicável.

45. Importante ressaltar que, em observância à competência estabelecida no art. 64 da Lei nº 12.462, de 2011, o Poder Executivo Federal editou o Decreto nº 7.581, de 2011, que regulamenta o Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC.

8 - FASE INTERNA DO CERTAME LICITATÓRIO NO ÂMBITO DO RDC

46. No âmbito do Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC, o *caput* do art. 12 da Lei nº 12.462, de 2011, enumera as fases dos procedimentos licitatórios a esse submetidos, nos seguintes termos:

Art. 12. O procedimento de licitação de que trata esta Lei observará as seguintes fases, nesta ordem:

I - preparatória;

II - publicação do instrumento convocatório;

III - apresentação de propostas ou lances;

IV - julgamento;

V - habilitação;

VI - recursal; e

VII - encerramento.

47. A fase interna do procedimento licitatório sujeito ao RDC corresponde à etapa preparatória do procedimento, prevista no inciso I do dispositivo acima transcrito.

48. No documento denominado Obras Públicas - Recomendações Básicas para a Contratação e Fiscalização de Obras de Edificações Públicas^[4], o Tribunal de Contas da União aborda as principais etapas a serem observadas na fase preliminar de licitação. Veja-se:

[...]

4 Fase Preliminar de Licitação

As etapas incluídas na fase preliminar à licitação são de fundamental importância para a tomada da decisão de licitar, apesar de, muitas vezes, serem menosprezadas. Elas têm o objetivo de identificar necessidades, estimar recursos e escolher a melhor alternativa para o atendimento dos anseios da sociedade local. Passar para as demais fases de uma licitação sem a sinalização positiva da viabilidade do empreendimento – obtida na etapa preliminar – pode resultar no desperdício de recursos públicos pela impossibilidade de execução da obra, por dificuldades em sua conclusão ou efetiva futura utilização.

Antes de se tomar a decisão de iniciar novo empreendimento, é importante lembrar o que a Lei de Responsabilidade Fiscal estabelece no artigo a seguir:

Art. 45. [...] a lei orçamentária e as de créditos adicionais só incluirão novos projetos após adequadamente atendidos os em andamento e contempladas as despesas de conservação do patrimônio público [...]

4.1 Programa de necessidades

Antes de iniciar o empreendimento, o órgão deve levantar suas principais necessidades, definindo o universo de ações e empreendimentos que deverão ser relacionados para estudos de viabilidade. Esse é o programa de necessidades.

Em seguida, é necessário que a Administração estabeleça as características básicas de cada empreendimento, tais como: fim a que se destina, futuros usuários, dimensões, padrão de acabamento pretendido, equipamentos e mobiliários a serem utilizados, entre outros aspectos. Deve-se considerar, também, a área de influência de cada empreendimento, levando em conta a população e a região a serem beneficiadas. Do mesmo modo, precisam ser observadas as restrições legais e sociais relacionadas com o empreendimento em questão, isto é, deve ser cumprido o Código de Obras Municipal.

4.2 Estudos de viabilidade

Os estudos de viabilidade objetivam eleger o empreendimento que melhor responda ao programa de necessidades, sob os aspectos técnico, ambiental e socioeconômico.

No aspecto técnico, devem ser avaliadas as alternativas para a implantação do projeto. A avaliação ambiental envolve o exame preliminar do impacto ambiental do empreendimento, de forma a promover a perfeita adequação da obra com o meio 12 ambiente. A análise socioeconômica, por sua vez, inclui o exame das melhorias e possíveis malefícios advindos da implantação da obra.

Durante esta etapa, deve ser promovida a avaliação expedita do custo de cada possível alternativa. Uma das maneiras para isso é multiplicar o custo por metro quadrado, obtido em revistas especializadas em função do tipo de obra, pela estimativa da área equivalente de construção, calculada de acordo com a NBR 12.721/1993 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT). Obtém-se, assim, uma ordem de grandeza do orçamento referente a cada empreendimento, para se estimar a dotação orçamentária necessária. Nessa etapa, ainda não é possível a definição precisa dos custos envolvidos na realização da obra, mas é preciso obter uma noção adequada dos valores envolvidos, que é fundamental para priorizar as propostas.

Em seguida, deve-se verificar a relação custo/benefício de cada obra, levando em

consideração a compatibilidade entre os recursos disponíveis e as necessidades da população do município.

Concluídos os estudos e selecionada a alternativa, deve-se preparar relatório com a descrição e avaliação da opção selecionada, suas características principais, os critérios, índices e parâmetros empregados na sua definição, demandas que serão atendidas com a execução, e pré-dimensionamento dos elementos, isto é, estimativa do tamanho de seus componentes.

4.3 Anteprojeto

Após a escolha do empreendimento a ser realizado, pode ser necessária a elaboração de anteprojeto, que não se confunde com o projeto básico da licitação.

O anteprojeto deve ser elaborado no caso de obras de maior porte e consiste na representação técnica da opção aprovada na etapa anterior. Deve apresentar os principais elementos – plantas baixas, cortes e fachadas – de arquitetura, da estrutura e das instalações em geral do empreendimento, além de determinar o padrão de acabamento e o custo médio.

O anteprojeto não é suficiente para licitar, pois ele não possui elementos para a perfeita caracterização da obra, pela ausência de alguns estudos que somente serão conduzidos nas próximas fases. Ele apenas possibilita melhor definição e conhecimento do empreendimento, bem como o estabelecimento das diretrizes a serem seguidas quando da contratação do projeto básico.

A documentação gerada nesta etapa deve fazer parte do processo licitatório.

49. O Decreto nº 7.581, de 2011, elenca em seus artigos 4º e 5º, os atos preparatórios necessários à realização da fase interna do certame. Veja-se:

Art. 4º Na fase interna a administração pública elaborará os atos e expedirá os documentos necessários para caracterização do objeto a ser licitado e para definição dos parâmetros do certame, tais como:

I - justificativa da contratação e da adoção do RDC;

II - definição:

a) do objeto da contratação;

b) do orçamento e preço de referência, remuneração ou prêmio, conforme critério de julgamento adotado;

c) dos requisitos de conformidade das propostas;

d) dos requisitos de habilitação;

e) das cláusulas que deverão constar do contrato, inclusive as referentes a sanções e, quando for o caso, a prazos de fornecimento; e

f) do procedimento da licitação, com a indicação da forma de execução, do modo de disputa e do critério de julgamento;

III - justificativa técnica, com a devida aprovação da autoridade competente, no caso de adoção da inversão de fases prevista no parágrafo único do art. 14;

IV - justificativa para:

a) a fixação dos fatores de ponderação na avaliação das propostas técnicas e de preço, quando escolhido o critério de julgamento por técnica e preço;

b) a indicação de marca ou modelo;

c) a exigência de amostra;

d) a exigência de certificação de qualidade do produto ou do processo de fabricação; e

e) a exigência de carta de solidariedade emitida pelo fabricante;

V - indicação da fonte de recursos suficiente para a contratação;

VI - declaração de compatibilidade com o plano plurianual, no caso de investimento cuja execução ultrapasse um exercício financeiro;

VII - termo de referência que contenha conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para caracterizar os serviços a serem contratados ou os bens a serem fornecidos;

VIII - projeto básico ou executivo para a contratação de obras e serviços de engenharia;

IX - justificativa da vantajosidade da divisão do objeto da licitação em lotes ou parcelas para aproveitar as peculiaridades do mercado e ampliar a competitividade, desde que a medida seja viável técnica e economicamente e não haja perda de economia de escala;

X - instrumento convocatório;

XI - minuta do contrato, quando houver; e

XII - ato de designação da comissão de licitação.

Art. 5º O termo de referência, projeto básico ou projeto executivo poderá prever requisitos de sustentabilidade ambiental, além dos previstos na legislação aplicável.

50. A seu turno, os artigos 8º a 10 do Decreto nº 7.581, de 2011, estabelecem as definições e conteúdo mínimo que deverá estar presente no instrumento convocatório nos certames licitatórios sujeitos ao RDC, nos seguintes termos:

Art. 8º O instrumento convocatório definirá:

I - o objeto da licitação;

II - a forma de execução da licitação, eletrônica ou presencial;

III - o modo de disputa, aberto, fechado ou com combinação, os critérios de classificação para cada etapa da disputa e as regras para apresentação de propostas e de lances;

IV - os requisitos de conformidade das propostas;

V - o prazo de apresentação de proposta pelos licitantes, que não poderá ser inferior ao previsto no art. 15 da Lei nº 12.462, de 2011;

VI - os critérios de julgamento e os critérios de desempate;

VII - os requisitos de habilitação;

VIII - a exigência, quando for o caso:

a) de marca ou modelo;

b) de amostra;

c) de certificação de qualidade do produto ou do processo de fabricação; e

d) de carta de solidariedade emitida pelo fabricante;

IX - o prazo de validade da proposta;

X - os prazos e meios para apresentação de pedidos de esclarecimentos, impugnações e recursos;

XI - os prazos e condições para a entrega do objeto;

XII - as formas, condições e prazos de pagamento, bem como o critério de reajuste, quando for o caso;

XIII - a exigência de garantias e seguros, quando for o caso;

XIV - os critérios objetivos de avaliação do desempenho do contratado, bem como os requisitos da remuneração variável, quando for o caso;

XV - as sanções;

XVI - a opção pelo RDC; e

XVII - outras indicações específicas da licitação.

§ 1º Integram o instrumento convocatório, como anexos:

I - o termo de referência mencionado no inciso VII do caput do art. 4º, o projeto básico ou executivo, conforme o caso;

II - a minuta do contrato, quando houver;

III - o acordo de nível de serviço, quando for o caso; e

IV - as especificações complementares e as normas de execução.

§ 2º No caso de obras ou serviços de engenharia, o instrumento convocatório conterá ainda:

I - o cronograma de execução, com as etapas necessárias à medição, ao monitoramento e ao controle das obras;

II - a exigência de que os licitantes apresentem, em suas propostas, a composição analítica do percentual dos Benefícios e Despesas Indiretas - BDI e dos Encargos Sociais - ES, discriminando todas as parcelas que o compõem, exceto no caso da contratação integrada prevista no art. 9º da Lei nº 12.462, de 2011; e [\(Redação dada pelo Decreto nº 8.080, de 2013\)](#)

III - a exigência de que o contratado conceda livre acesso aos seus documentos e registros contábeis, referentes ao objeto da licitação, para os servidores ou empregados do órgão ou

entidade contratante e dos órgãos de controle interno e externo.

Art. 9º O orçamento previamente estimado para a contratação será tornado público apenas e imediatamente após a adjudicação do objeto, sem prejuízo da divulgação no instrumento convocatório do detalhamento dos quantitativos e das demais informações necessárias para a elaboração das propostas.

§ 1º O orçamento previamente estimado estará disponível permanentemente aos órgãos de controle externo e interno.

§ 2º O instrumento convocatório deverá conter:

I - o orçamento previamente estimado, quando adotado o critério de julgamento por maior desconto;

II - o valor da remuneração ou do prêmio, quando adotado o critério de julgamento por melhor técnica ou conteúdo artístico; e

III - o preço mínimo de arrematação, quando adotado o critério de julgamento por maior oferta.

Art. 10. A possibilidade de subcontratação de parte da obra ou dos serviços de engenharia deverá estar prevista no instrumento convocatório.

§ 1º A subcontratação não exclui a responsabilidade do contratado perante a administração pública quanto à qualidade técnica da obra ou do serviço prestado.

§ 2º Quando permitida a subcontratação, o contratado deverá apresentar documentação do subcontratado que comprove sua habilitação jurídica, regularidade fiscal e a qualificação técnica necessária à execução da parcela da obra ou do serviço subcontratado.

51. No caso que ora se analisa, a instrução dos autos, *s.m.j.*, se destina exclusivamente à realização de obras, quer de construção, quer de ampliação, destinadas à implantação de solução de Radioterapia, nos hospitais contemplados no âmbito do Plano de Expansão de Radioterapia do SUS.

52. Nesse ponto, cumpre ressaltar que o art. 6º, incisos I e II da Lei nº 8.666, de 1993, estabelece as definições de obras e serviços e o Manual de Obras e serviços de Engenharia da Advocacia-Geral da União^[5], assim explicita:

O Parecer n. 075/2010/DECOR/CGU/AGU segue o mesmo raciocínio e propõe a seguinte solução (Item 83.4):

a) Em se tratando de alteração significativa, autônoma e independente, estar-se-á adiante de obra de engenharia, vedada a adoção do pregão;

b) Em se tratando de alteração não significativa, autônoma e independente, estar-se-á adiante de serviço de engenharia, cabível a adoção do pregão;

*Nesse ponto, há semelhança com o conceito formulado pelo Instituto Brasileiro de Auditoria de Obras Públicas - IBRAOP, para o qual reforma consiste em **alterar as características de partes de uma obra ou de seu todo** (g.n.), desde que mantendo as características de volume ou área sem acréscimos e a função de sua utilização atual (Orientação Técnica IBR n. 02/2009).*

[...]

Não compete ao Órgão Consultivo emitir manifestações conclusivas sobre temas não jurídicos, tais como os técnicos, administrativos ou de conveniência ou oportunidade (BPC n. 07). Todavia, deve zelar para que o órgão técnico apresente os subsídios que permitam o devido processo de subsunção dos fatos à norma, de modo que o enquadramento como obra ou como serviço de engenharia seja coerente, lógico, plausível e perfeitamente adaptado ao direito. Obviamente, nem todas as situações práticas estarão dentro da zona de plena certeza jurídica. A convergência, porém, será proporcional à robustez dos elementos processuais.

Assim, os responsáveis pela elaboração dos projetos deverão fundamentar diligentemente as escolhas apresentadas, enquanto o órgão de Consultoria dev zelar pela correta instrução processual.

53. Desse modo, toda a análise aqui procedida se dirigirá às contratações de obras, submetidas ao Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC, destinadas à implantação de solução de Radioterapia, nos hospitais contemplados no âmbito do Plano de Expansão de Radioterapia do SUS, estando expressamente excluídos todos e quaisquer serviços de engenharia.

9- ANÁLISE DOS PARÂMETROS FORMAIS

9.1 - Da justificativa

54. A justificativa da necessidade de contratação é decorrência necessária do regime republicano de Estado. O administrador, na condição de órgão ao qual se imputa a vontade estatal, nada mais é do que depositário dos bens e interesses postos pela coletividade a sua administração, razão pela qual todo e qualquer ato administrativo por ele praticado há que ser suficientemente fundamentado, de forma a possibilitar o controle de sua atuação.

55. Não por outra razão, o caput do art. 2º da Lei nº 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito federal, determina a observância do princípio da motivação, e o inciso II do p. único do mesmo dispositivo fixa a necessidade de indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão da autoridade administrativa.

56. No que toca ao procedimento previsto do Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC, o inciso I do art. 4º do Decreto nº 7.581, de 2011, impõe expressamente a obrigatoriedade de se justificar a necessidade da contratação.

57. Cumpre ressaltar que, relativamente à justificativa da contratação, não cabe ao órgão jurídico adentrar o mérito administrativo, questões de oportunidade e conveniência das opções adotadas. O papel do órgão jurídico e recomendar que tal justificativa seja a mais completa possível, orientando o órgão assistido, se for o caso, pelo seu aperfeiçoamento ou reforço, na hipótese dessa se revelar insuficiente, desproporcional ou desarrazoada, de forma a não deixar margem para futuros questionamentos.

58. No caso dos autos, as justificativas genéricas para a contratação encontram-se previstas no item 2 da Minuta de Projeto Básico de Obras de Engenharia, encartada no Anexo I do Edital (0020051337). Deverá a área, quando da contratação, adequar a justificativa aos casos concretos.

9.2 - Da adoção do RDC

59. Em conformidade com o disposto no art. 1º, § 2º, da Lei nº 12.462, de 2011, a opção pela adoção do RDC deverá constar de forma expressa no instrumento convocatório e resultará no afastamento das normas contidas na Lei nº 8.666, de 1993, exceto nos casos expressamente previstos naquela Lei.

60. Já o inciso I, do art. 4º, do Decreto nº 7.581/2011, indica, dentre os atos preparatórios da fase interna do certame, a apresentação obrigatória de justificativa da contratação e da adoção pelo RDC.

61. No caso em tela, a justificativa para a adoção do RDC encontra-se prevista no item 2.14 da Minuta de Projeto Básico de Obras e Engenharia, encartada no Anexo I do Edital, nos seguintes termos:

*2.14. A adoção da modalidade de **REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÃO - RDC**, amparada pela Lei nº 12.462/2011, para execução da obra de construção visa celeridade, transparência e eficiência nos procedimentos para dispêndio de recursos públicos e a seleção a proposta mais vantajosa para Administração Pública, associada à garantia de maior qualidade na execução das obras.*

62. **Cumpre ressaltar que, muito embora não caiba ao órgão jurídico se imiscuir na**

justificativa elaborada pela área competente deste Ministério da Saúde, o texto apresentado no item 2.14 do Projeto Básico, acima transcrito, *s.m.j.*, limitou-se a resumir os objetivos do RDC previstos no § 1º do art. 1º da Lei nº 12.462, de 2011, razão pela qual recomendamos seu aperfeiçoamento, a fim de atender às exigências normativas acima referenciadas.

9.3 - Do regime de execução - Empreitada por preço global / Empreitada por preço unitário

63. O art. 8º da Lei nº 12.462, de 2011, define os regimes de execução para execução indireta de obras e serviços de engenharia. Nesse sentido:

Art. 8º Na execução indireta de obras e serviços de engenharia, são admitidos os seguintes regimes:

I - empreitada por preço unitário;

II - empreitada por preço global;

III - contratação por tarefa;

IV - empreitada integral; ou

V - contratação integrada.

§ 1º Nas licitações e contratações de obras e serviços de engenharia serão adotados, preferencialmente, os regimes discriminados nos incisos II, IV e V do caput deste artigo.

§ 2º No caso de inviabilidade da aplicação do disposto no § 1º deste artigo, poderá ser adotado outro regime previsto no caput deste artigo, hipótese em que serão inseridos nos autos do procedimento os motivos que justificaram a exceção.

§ 3º O custo global de obras e serviços de engenharia deverá ser obtido a partir de custos unitários de insumos ou serviços menores ou iguais à mediana de seus correspondentes ao Sistema Nacional de Pesquisa de Custos e Índices da Construção Civil (Sinapi), no caso de construção civil em geral, ou na tabela do Sistema de Custos de Obras Rodoviárias (Sicro), no caso de obras e serviços rodoviários.

§ 4º No caso de inviabilidade da definição dos custos consoante o disposto no § 3º deste artigo, a estimativa de custo global poderá ser apurada por meio da utilização de dados contidos em tabela de referência formalmente aprovada por órgãos ou entidades da administração pública federal, em publicações técnicas especializadas, em sistema específico instituído para o setor ou em pesquisa de mercado.

§ 5º Nas licitações para a contratação de obras e serviços, com exceção daquelas onde for adotado o regime previsto no inciso V do caput deste artigo, deverá haver projeto básico aprovado pela autoridade competente, disponível para exame dos interessados em participar do processo licitatório.

§ 6º No caso de contratações realizadas pelos governos municipais, estaduais e do Distrito Federal, desde que não envolvam recursos da União, o custo global de obras e serviços de engenharia a que se refere o § 3º deste artigo poderá também ser obtido a partir de outros sistemas de custos já adotados pelos respectivos entes e aceitos pelos respectivos tribunais de contas.

§ 7º É vedada a realização, sem projeto executivo, de obras e serviços de engenharia para cuja concretização tenha sido utilizado o RDC, qualquer que seja o regime adotado.

64. Como visto, embora o art. 8º admita a utilização de cinco diferentes formas de execução indireta das obras e serviços de engenharia, estabeleceu-se preferência pela adoção da **empreitada por preço global**, empreitada integral ou contratação integrada (art. 8º, §1º).

65. Dentre os regimes de empreitada, os mais comuns são aqueles previstos pela área técnica para as contratações previstas nestes autos, quais sejam, a empreitada por preço global e o unitário, que possuem disciplinas normativas diferentes, mormente quanto aos critérios de aceitabilidade de preços e às eventuais alterações contratuais, de forma que a decisão pela adoção de um ou outro é muito importante, inclusive, devendo haver as respectivas adaptações e adequações no instrumento convocatório.

66. Nesse sentido o Acórdão nº 1.078/2013 - Plenário do Tribunal de Const. da União bem resume tal pensamento:

"9.3.2. a empreitada por preço global, em regra, em razão de a liquidação de despesas não envolver, necessariamente, a medição unitária dos quantitativos de cada serviço na planilha orçamentária, nos termos do art. 6º, inciso VIII, alínea 'a', da Lei 8.666/93, deve ser adotada quando for possível definir previamente no projeto, com boa margem de precisão, as quantidades dos serviços a serem posteriormente executados na fase contratual; enquanto que a empreitada por preço unitário deve ser preferida nos casos em que os objetos, por sua natureza, possuam uma imprecisão inerente de quantitativos em seus itens orçamentários, como são os casos de reformas de edificação, obras com grandes movimentações de terra e interferências, obras de manutenção rodoviária, dentre outras;" (g.n.)

67. **A empreitada por preço global é aquela em que se contrata a execução da obra ou serviço por preço certo e total.** Em tese, cada parte assume o risco de eventuais distorções nos quantitativos a serem executados, que podem ser superiores ou inferiores àqueles originalmente previstos na planilha orçamentária da contratação. **A adoção de tal regime pressupõe um projeto básico de boa qualidade, que estime com adequado nível de precisão as especificações e quantitativos da obra ou serviço, fornecendo aos licitantes todos os elementos e informações necessários para o total e completo conhecimento do objeto e a elaboração de proposta fidedigna, justamente para evitar distorções relevantes no decorrer da execução contratual.**

68. Ressumo do Manual de Obras e Serviços de Engenharia da AGU^[5], o seguinte:

"1.3.1. Empreitada por Preço Global

É o modo de contratação do serviço ou obra de engenharia no qual a execução do contrato, ainda que dividido em etapas, se dá com a entrega de todos os itens e características que compõem o seu objeto, que estão incluídos detalhadamente no preço total da avença, cujo principal efeito é a transferência dos riscos do valor total do empreendimento à empresa contratada, que é obrigada a incluir em sua proposta todos os valores e itens necessários à execução global do ajuste. A empreitada por preço global deve ser escolhida nas situações em que seja plenamente possível a definição precisa de todos os componentes da obra/serviço, cuja margem de incerteza seja mínima. Caso exista falha significativa do projeto básico, a empresa licitante deverá obrigatoriamente convocar comissão licitatória ou o pregoeiro para que justifique, esclareça ou corrija a falha alegada, vez que a participação na licitação pressupõe a concordância com todos os termos ali fixados, e que o projeto básico não pode permitir grande margem de subjetividade entre os licitantes, sob pena de violação ao princípio da isonomia. Demais disso, são passíveis de nulidade as licitações e os contratos decorrentes de projetos com imperfeições que impeçam a perfeita caracterização da obra/serviço, nos termos do art. 7º, §6º da Lei n. 8.666/937. Admite-se, porém, certa liberdade de apreciação para os licitantes quanto aos modos e técnicas que serão utilizados na execução do contrato, quando o ordenamento jurídico permite que seus custos unitários sejam diferentes daqueles projetados pela Administração."

69. A empreitada por preço global só terá resultado satisfatório se os elementos técnicos instrutores da licitação forem elaborados com elevada capacidade técnica, tais quais, o projeto básico, o projeto executivo, os memoriais descritivos, a planilha orçamentária e o cronograma físico-financeiro.

70. **Já a empreitada por preço unitário é aquela em que o preço é fixado por unidade determinada.** Os pagamentos correspondem à medição dos serviços efetivamente executados, de modo que os riscos dos contratantes em relação a diferenças de quantitativos são menores. Tal regime é mais apropriado para os casos em que não se conhecem de antemão, com adequado nível de precisão, os quantitativos totais da obra: a execução das "unidades" se dará de acordo com a necessidade observada, com a realização de medições periódicas a fim de quantificar os serviços efetivamente executados e os correspondentes valores devidos.

71. Em conformidade, ainda, com o Manual de Obras e Serviços de Engenharia da AGU^[5].

"1.3.3. Empreitada por preço unitário

Destina-se aos empreendimentos que devam ser realizados sem quantidade e podem ser mensurados por unidades de medida, cujo valor total do contrato é o resultante da multiplicação do preço unitário pela quantidade e tipos de unidades contratadas. Portanto, é especialmente aplicável aos contratos que podem ser divididos em unidades autônomas independentes que compõem o objeto integral pretendido pela Administração. São exemplos: execução de fundações; serviços de terraplanagem; desmontes de rochas; implantação, pavimentação ou restauração de rodovias; construção de canais, barragens, adutoras, perímetros de irrigação, obras de saneamento, infraestrutura urbana, obras portuárias, dragagem e derrocamento; reforma de edificações; e construção de poço artesiano. Não se exige o mesmo nível de precisão da empreitada por preço global/integral, em razão da imprecisão inerente à própria natureza do objeto contratado que está sujeito a variações, especialmente nos quantitativos, em razão de fatores supervenientes ou inicialmente não totalmente conhecidos. Assim, pode-se afirmar que a conveniência de se adotar o regime de empreitada por preço global diminui à medida que se eleva o nível de incerteza sobre o objeto a ser contratado (TCU, Ac n. 1.977/2013-Plenário, Item 29)."

72. O Manual de Obras e Serviços de Engenharia da AGU^[5], alerta, no item 1.3.4, sobre o impacto que a escolha entre os regimes de empreitada terá no curso do contrato:

"1.3.4. Escolha do regime aplicável

Considerando que a escolha entre os regimes de empreitada terá impacto significativo no curso do contrato, no que diz respeito aos critérios de aceitabilidade dos preços unitário e global, às medições e ao regime de pagamento, às modificações contratuais qualitativas/quantitativas, incluindo a margem de tolerância para as alegadas falhas estruturais e de dimensionamento do projeto básico, dentre outros aspectos, é dever do gestor escolher o regime que melhor atende ao interesse público diante das possíveis eventualidades que venham a incidir no contrato, de modo que se pode afirmar que a discricionariedade na adoção de um ou outro regime é consideravelmente mitigada, porquanto a autoridade estará vinculada às opções decorrentes dos estudos e levantamentos preliminares que definirão os modos possíveis de contratação do empreendimento, tendo em vista, principalmente, os parâmetros da eficiência e economicidade."

73. **Nesse sentido, a opção da Administração por um ou outro regime não decorre de mero acaso, depende da possibilidade, no caso concreto, de predefinir uma estimativa precisa dos itens e respectivos quantitativos que compõem o objeto a ser licitado. Se tal possibilidade existir, a regra é a adoção da empreitada por preço global - normalmente atrelada às obras e serviços de menor complexidade. Do contrário, deve ser adotada a empreitada por preço unitário.**

74. **Em outras palavras, a opção por um regime de execução não deve ficar ao talante do administrador, não podendo a decisão por este ou aquele regime estar fundada em elementos discricionários. A opção, em verdade, deve decorrer de elementos objetivamente verificáveis, os quais variam de acordo com as especificidades de cada espécie de contratação.**

75. **Ademais, cabe destacar que nos termos do §§1º e 2º do art. 8º da Lei nº 12.462, de 2011, nas licitações e contratações de obras e serviços de engenharia, serão adotados, preferencialmente, os regimes por empreitada por preço global, empreitada integral e contratação integrada, sendo que a sua inviabilidade deverá ser devidamente justificada nos autos.**

Art. 8º [...]

§ 1º Nas licitações e contratações de obras e serviços de engenharia serão adotados, preferencialmente, os regimes discriminados nos incisos II, IV e V do caput deste artigo.

§ 2º No caso de inviabilidade da aplicação do disposto no § 1º deste artigo, poderá ser adotado outro regime previsto no caput deste artigo, hipótese em que serão inseridos nos autos do procedimento os motivos que justificaram a exceção.

76. **Em sendo assim, considerando que o caso que ora se analisa prevê a possibilidade de adoção tanto do regime de empreitada por preço global, quanto do regime de empreitada por preço unitário, a utilização desse último, por ser excepcional, impõe, necessariamente, que sejam expressamente inseridos nos autos do procedimento licitatório os motivos que justificaram a excepcionalidade.**

9.4 - Dos critérios de aceitabilidade dos preços nos regimes de execução do contrato

77. No âmbito da Advocacia Geral da União, existe o enunciado da Orientação Normativa nº 05, de 2009, que estabelece:

Na contratação de obra ou serviço de engenharia, o instrumento convocatório deve estabelecer critérios de aceitabilidade dos preços unitários e global.

78. Em conformidade com o Decreto nº 7.983, de 2013, que estabelece regras e critérios para elaboração do orçamento de referência de obras e serviços de engenharia, contratados e executados com recursos dos orçamentos da União, temos que:

"Art. 13. Em caso de adoção dos regimes de empreitada por preço global e de empreitada integral, deverão ser observadas as seguintes disposições para formação e aceitabilidade dos preços:

I - na formação do preço que constará das propostas dos licitantes, poderão ser utilizados custos unitários diferentes daqueles obtidos a partir dos sistemas de custos de referência previstos neste Decreto, desde que o preço global orçado e o de cada uma das etapas previstas no cronograma físico-financeiro do contrato, observado o art. 9º, fiquem iguais ou abaixo dos preços de referência da administração pública obtidos na forma do Capítulo II, assegurado aos órgãos de controle o acesso irrestrito a essas informações;"

79. A despeito da disposição regulamentar, o entendimento do TCU tem sido no seguinte sentido:

"A definição do critério de aceitabilidade dos preços unitários e global nos editais para a contratação de obras, com a fixação de preços máximos para ambos, é obrigação e não faculdade do gestor (Súmula TCU 259), ainda que se trate de empreitada por preço global. Essa obrigação tem por objetivo mitigar a ocorrência dos riscos associados tanto ao "jogo de cronograma" quanto ao "jogo de planilha". Por determinação contida no Acórdão 2257/2015 Plenário, proferido em processo de auditoria realizada nas obras de expansão dos Institutos de Química e de Biologia da Universidade Federal Fluminense (UFF), foi instaurada tomada de contas especial, em razão do superfaturamento, da ordem de R\$ 2,7 milhões, identificado na obra Instituto de Química da UFF. Entre as condutas que contribuíram para a ocorrência de preços excessivos frente ao mercado, mereceu destaque a ausência de definição do critério de aceitabilidade dos preços unitários no edital da licitação, propiciando o chamado jogo de cronograma, corroborado pelo fato de que a construtora abandonou a obra logo no seu começo, tendo sido os itens iniciais do empreendimento medidos e pagos com sobrepreço. Citados, o presidente da comissão de licitação da UFF e a empresa contratada ofereceram, em síntese, os seguintes elementos de defesa: (a) houve o cumprimento do art. 40, inciso X, da Lei 8.666/1993, tendo em vista que a redação do referido dispositivo suscita dúvida quanto à sua obrigatoriedade ou não; b) os valores globais contratados foram menores que os valores estimados, mesmo existindo itens nos quais o preço contratado era superior ao preço do Sistema Sinapi; c) apesar de não previsto na LDO de 2010, a partir da LDO de 2011 passou-se a admitir que fossem cotados preços superiores aos fixados pelos órgãos e entidades da Administração para os itens de licitação em regime de preço global, desde que o somatório de todos os

itens da licitação não ultrapassasse o somatório dos preços estimados para os mesmos; d) o número de itens fiscalizados foi ínfimo em relação ao número de itens cotados; e) a LDO de 2010 não obrigava afixação de preços máximos para os itens a serem cotados em licitação por preço global". Ao examinar tais argumentos, o relator destacou, preliminarmente, quanto à aplicação do art. 40, inciso X, da Lei 8.666/1993, que a jurisprudência do TCU é pacífica, desde 2002, no sentido de que a definição do critério de aceitabilidade de preços unitários e global, com a fixação de preços máximos para ambos, é obrigação, e não faculdade do gestor, ainda que se trate de empreitada por preço global, e que essa obrigação teria por objetivo precípuo mitigar riscos associados tanto ao jogo de cronograma como ao jogo de planilha. Nesse sentido, destacou, "a não inclusão dos critérios de aceitabilidade de preços unitários nos editais para a contratação da obra caracteriza irregularidade". Quanto aos argumentos de que deveria ser avaliado se havia ou não sobrepreço no valor global contratado em detrimento da amostra analisada e de que o número de itens fiscalizados fora ínfimo em relação aos cotados, o relator entendeu que eles não deveriam prosperar, isso porque "como o contrato foi rescindido em sua fase inicial, a metodologia utilizada pela unidade técnica de avaliar apenas os itens medidos e pagos mostra-se correta, uma vez que tem o condão de avaliar se houve jogo de cronograma", além do que "a própria construtora reconheceu que apresentou um orçamento com valor percentualmente maior nos primeiros meses do empreendimento, sob a justificativa de que no início haveria custos iniciais muito altos, com posterior diminuição do volume de gastos no final". Ao final do seu voto, o relator deixou assente que, a despeito do fato de que "a própria LDO 2010, vigente à época da prática dos atos ora inquiridos, previa no § 3º do art. 112, de modo excepcional, devidamente justificado em relatório técnico circunstanciado, a utilização de custos unitários acima do limite fixado no caput do próprio art. 112 (Sinapi e Sicro)", no caso em análise, entretanto, "tal dispositivo não pode ser evocado de modo a afastar a irregularidade, uma vez que não foi utilizado pelos gestores no âmbito dos processos administrativos que antecederem as contratações das obras, de modo a justificar eventual utilização de itens com preços acima dos referenciais do Sinapi e/ou do Sicro". Acolhendo o voto do relator, o Plenário decidiu julgar irregulares as contas dos responsáveis e condená-los, solidariamente, em débito. (Acórdão 1695/2018 Plenário - BOLETIM INFORMATIVO DE LICITAÇÕES E CONTRATOS DO TCU, Número 351 Sessões: 24, 25 e 31 de julho e 1º de agosto de 2018)."

80. É, também, o entendimento que se extrai das Orientações para elaboração de planilhas orçamentárias de obras públicas do TCU - 2014¹⁶:

"Os editais devem conter critérios de aceitabilidade de preços global e unitário, inclusive para as empreitadas por preço global?"

Resposta: Nas empreitadas por preço unitário, ambos os critérios são obrigatórios. Nos regimes de preço global, o critério de aceitabilidade de preços global é obrigatório. O Decreto 7.983/2013 prevê que, na formação do preço que constará das propostas dos licitantes, poderão ser utilizados custos unitários superiores aos dos sistemas de custos de referência, desde que o preço global orçado e o de cada uma das etapas previstas no cronograma físico-financeiro do contrato fiquem iguais ou abaixo dos preços de referência da administração pública, obtidos com base no SINAPI ou SICRO.

Todavia, o fato de um processo licitatório ter sido realizado para uma contratação em regime de empreitada por preço global não exclui a necessidade de limitação dos preços unitários. Mesmo nessas contratações, os valores pactuados para cada item, em princípio, servirão de base no caso de eventuais acréscimos contratuais, de sorte que uma proposta aparentemente vantajosa poderá se tornar desfavorável à Administração se ocorrerem alterações nos quantitativos de serviços (Acórdão 2.857/2013 - Plenário)"

81. O Manual de Obras e Serviços de Engenharia da AGU¹⁵ trata, de outra banda, do critério de aceitabilidade para os contratos a serem executados sob regime de empreitada por preço unitário:

"Por outro lado, não existe a mesma previsão normativa para os contratos de empreitada por preço unitário e tarefa. Consequentemente, nos regimes de empreitada por preço unitário/ tarefa, os custos unitários estimados pela Administração deverão servir como critério de verificação da compatibilidade prevista no art. 40, X da Lei n 8666/93.

O parágrafo único do art. 13 do Decreto nº 7.983/2013 - o qual afirma que "os critérios de aceitabilidade de preços serão definidos em relação aos preços global e de cada uma das etapas previstas no cronograma físico-financeiro do contrato" - dirige-se exclusivamente à empreitada por preço global e à empreitada integral. Logo, ao contrário, o dispositivo deverá ser interpretado no sentido de que os custos unitários estimados pela Administração serão considerados como critério de classificação na empreitada por preço unitário/tarefa, vez que há uma nítida diferenciação em relação aos contratos de empreitada por preço global/integral. Nesse sentido, a orientação proferida pelo TCU na Súmula 259.

"Nas contratações de obras e serviços de engenharia, a definição do critério de aceitabilidade dos preços unitários e global, com fixação de preços máximos para ambos, é obrigação e não faculdade do gestor". TCU Súmula no 259/2010 (DOU de 23.07.2010, S. 1, p. 70)

Referida regra se justifica por força do menor grau de precisão do regime e da existência de maiores riscos para a Administração. Assim, é possível que os quantitativos de um item de uma reforma predial necessitem de aumento em razão de circunstâncias não plenamente conhecidas por ocasião de elaboração dos projetos. Portanto, desde que se mantenham a vantagem econômica auferida pelo Poder Público com a licitação, a compatibilidade dos custos unitários propostos no contrato inicial, a finalidade pública e o equilíbrio econômico-financeiro do contrato é possível a ampliação dos quantitativos por meio de aditivo contratual ou, em casos específicos, sem a formalização de termo de aditivo contratual, em se tratando de pequenas variações (Item 21, TCU Ac n. 1.977/2013-Plenário).

Note-se que o padrão de aceitabilidade dos preços não se dirige à composição dos custos unitários, mas a cada um dos custos unitários de referência de cada um dos itens da planilha (comumente denominada sintética). Em regra, as diferenças para maior localizadas em itens da composição do custo unitário não permitem a desclassificação da proposta caso o custo unitário proposto esteja dentro do critério de aceitabilidade.

Para tanto, é necessário ter em mente o significado de cada um dos conceitos: composição do custo unitário, custo unitário do serviço, custo total do serviço, custo global, BDI e preço global. Considerando que o custo unitário de referência é calculado a partir das composições, eventual inexistência poderá ser aferida por meio de verificação dos itens da composição, sabendo-se que a desclassificação de proposta por esse motivo "deve ser objetivamente demonstrada, a partir de critérios previamente publicados, e que deve ser franqueada a oportunidade de cada licitante defender a respectiva proposta e demonstrar a sua capacidade de bem executar os serviços, nos termos e condições exigidos pelo instrumento convocatório, antes que ele tenha sua proposta desclassificada" (item 9.2, TC-009.833/2010-2, Acórdão nº 2.528/2012-Plenário)."

82. No presente caso, o modelo adotado pelo órgão prevê os critérios de aceitabilidade de acordo com o Regime de Execução, em conformidade com as regras acima entabuladas.

9.5 - Da definição do objeto da contratação

83. Em conformidade com o disposto no art. 5º da Lei nº 12.462, de 2011, o objeto da licitação deverá ser definido de forma clara e precisa no instrumento convocatório, vedadas especificações excessivas, irrelevantes ou desnecessárias.

84. A definição precisa e suficiente do objeto licitado configura um pressuposto do princípio da igualdade entre os licitantes. Esse é o entendimento do Tribunal de Contas da União, consolidado no Verbete nº 177, *in verbis*:

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 (Súm. 177 - TCU).

85. No caso dos autos, a descrição do objeto foi explicitada genericamente no item 1 do Edital, nos seguintes termos:

1.1. O objeto da presente licitação é a escolha da proposta mais vantajosa para a

contratação de empresa especializada no ramo da construção civil, para execução de obras e instalação de equipamentos de infraestrutura, com fornecimento de material e mão de obra, para a implantação de solução de Radioterapia, no Hospital XXXXX, CNES XXXX, localizada em Município - UF, contemplada no âmbito do Plano de Expansão de Radioterapia do SUS, conforme condições, quantidades e exigências estabelecidas neste Edital e seus anexos.

86. Ressalte-se, por oportuno, a ausência de competência desta Consultoria para o exame meritório do objeto descrito pela área técnica competente, no documento acima referido, cabendo a essa área, a avaliação de que o objeto licitado contempla descrição precisa e suficiente para a realização do certame.

9.6 - Dos Estudos Técnicos Preliminares

87. O art. 2º, inciso IV, alínea "a", da Lei nº 12.462, de 2011, dispõe que o projeto básico apto a caracterizar a obra ou o serviço de engenharia a ser contratado deve ser elaborado com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares.

88. Ressalte-se que, para a elaboração dos Estudos Técnicos Preliminares deverão ser observadas as diretrizes instituídas pela Instrução Normativa SEGES/ME nº 40, de 22 de maio de 2020, que assim dispõe:

Art. 1º Esta Instrução Normativa dispõe sobre a elaboração dos Estudos Técnicos Preliminares - ETP - para a aquisição de bens e a contratação de serviços e obras, no âmbito da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional, e sobre o Sistema ETP digital.

Art. 2º

[...]

Art. 3º No caso da contratação de obras, os ETP serão elaborados de acordo com esta Instrução Normativa, exceto quando lei ou regulamentação específica dispuser de forma diversa.

89. Segundo o Manual de Obras e Serviços de Engenharia da AGU^[5], Estudos Técnicos Preliminares "são todos os atos preparatórios que antecedem a elaboração do projeto básico. São compostos de relatórios, pareceres técnicos, laudos, análises, ensaios, investigações e demais avaliações que justifiquem a necessidade do empreendimento, assegurem sua viabilidade técnica, especifiquem os objetivos a serem alcançados e indiquem modo de tratamento do impacto ambiental, quando houver. É por meio deles que se conclui, também, pela dispensa de licitação ou pela inviabilidade de competição para fins de inexigibilidade, ou, ainda, pela necessidade de adoção do tipo de licitação técnica ou técnica e preço, bem como se define se o serviço será ou não comum para a utilização da modalidade pregão, dentre outros aspectos. Portanto, os estudos preliminares compõem a motivação dos atos e das escolhas administrativas que se seguem, sem os quais as conclusões apresentadas serão destituídas do devido embasamento conduzindo a invalidação dos atos que delas dependam".

90. Sobre o tema, Jessé Torres Pereira Júnior e Marinês Restelatto Dotti ^[7] registram, em caráter exemplificativo, alguns pontos que devem ser observados pelo setor técnico na fase preliminar à elaboração do projeto básico. Vale destacar:

"Durante o estudo preliminar, avaliam-se questões que possibilitarão a elaboração de anteprojeto em conformidade com as necessidades administrativas e as características do objeto a licitar, ou a contratar de forma direta. Tal estudo leva em conta aspectos como:

- a) adequação técnica;
- b) funcionalidade;
- c) requisitos ambientais;
- d) adequação às normas vigentes (requisitos de limites e áreas de ocupação, normas de urbanização, leis de proteção ambiental etc.);
- e) possível movimento de terra decorrente da implantação, necessidade de estabilizar taludes, construir muros de arrimo ou fundações especiais;
- f) processo construtivo a ser empregado;
- g) possibilidade de racionalização do processo construtivo;
- h) existência de fornecedores que deem respostas às soluções sob consideração;
- i) estimativa preliminar de custo e viabilidade econômico-financeira do objeto."

91. A seu turno, o art. 2º da resolução nº 361 do CONFEA, estabelece que o projeto básico deve ser precedido por estudos preliminares, anteprojeto, estudos de viabilidade técnica, econômica e avaliação de impacto ambiental.. Veja-se:

Art. 2º - O Projeto Básico é uma fase perfeitamente definida de um conjunto mais abrangente de estudos e projetos, precedido por estudos preliminares, anteprojeto, estudos de viabilidade técnica, econômica e avaliação de impacto ambiental, e sucedido pela fase de projeto executivo ou detalhamento.

92. O Tribunal de Contas da União, no julgamento do acórdão nº 2.674/09 - Plenário, ressaltou a importância do estudo preliminar na definição das soluções técnicas adotadas no Projeto Básico, nos seguintes termos:

"Levantamento de auditoria. Fiscalização de obras. Inexistência de estudo preliminar de viabilidade. Irregularidade."

[VOTO]

19. Relevar destacar, ainda, a inexistência de estudo preliminar comprovando a viabilidade da obra no Município de Santana do Ipanema/AL, irregularidade que não restou justificada pelos responsáveis. Consoante ressaltado pela Secob, o serviço de escavação em solo rochoso, orçado em R\$ 1.330.015,82, responde por parcela relevante dos recursos alocados no empreendimento em tela. Acrescento, ainda, que esse serviço é bastante oneroso, motivo por que singelas alterações no trajeto da tubulação podem representar considerável discrepância no custo da obra, o que a importância do adequado estudo preliminar de viabilidade da empreitada. Desse modo, não podem ser acolhidas as justificativas trazidas a lume pelos responsáveis. Ressalto, todavia, que, segundo a unidade técnica, não foi possível analisar se a omissão narrada causou algum prejuízo ao erário, motivo que, aliado ao fato de os responsáveis terem demonstrado boa-fé, visto que se pautaram em dispositivo do Manual de Fomento da Caixa Econômica Federal - CEF, faz com que eu acolha a sugestão de não apenar os responsáveis.

20. Não obstante, entendo apropriado que a Secob acompanhe a eventual celebração de termos aditivos à aludida avença, examine se a ausência de estudo preliminar comprovando a viabilidade da obra ocasionará alterações substanciais de projeto, causando dano ao erário, promovendo, nesse caso, a apuração das responsabilidades.

[ACÓRDÃO]

9.3. determinar à Companhia de Desenvolvimento dos Vales do São Francisco e do Parnaíba - Codevasf que:

9.3.1. promova a realização dos devidos estudos de viabilidade econômica e financeira para as obras de sua responsabilidade, com a finalidade de resguardar a qualidade das futuras contratações, atendendo ao comando do art. 6º, inciso IX, da Lei n. 8.666/1993 e às disposições da Resolução n. 361, de 10/12/1991, do Conselho Federal de Engenharia, Arquitetura e Agronomia - Confea;
AC-2674-48/09-P Sessão: 11/11/09 Grupo: I Classe: V Relator: Ministro MARCOS BEMQUERER COSTA"

93. Desse modo, deverá a área competente elaborar os Estudos Técnicos Preliminares em conformidade com a Instrução Normativa nº 40 de 22 de maio de 2020, em cada um dos procedimentos licitatórios a ser realizado, previamente à sua publicação, a fim de atender adequadamente aos normativos acima referidos.

9.7 - Do Projeto Básico

94. Em conformidade com o estabelecido no inciso IV, do art. 2º, da Lei nº 12.462, de 2011, o projeto básico é o conjunto dos elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado para:

*"a) caracterizar a obra ou serviço de engenharia, ou complexo de obras ou serviços objeto da licitação, com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares;
b) assegurar a viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento; e
c) possibilitar a avaliação do custo da obra ou serviço e a definição dos métodos e do prazo de execução;"*

95. O parágrafo único do mencionado dispositivo contempla o rol dos elementos mínimos que o projeto básico deverá conter, primando pela preservação do competitivo do procedimento licitatório:

*I - desenvolvimento da solução escolhida de forma a fornecer visão global da obra e identificar seus elementos constitutivos com clareza;
II - soluções técnicas globais e localizadas, suficientemente detalhadas, de forma a restringir a necessidade de reformulação ou de variantes durante as fases de elaboração do projeto executivo e de realização das obras e montagem a situações devidamente comprovadas em ato motivado da administração pública;
III - identificação dos tipos de serviços a executar e de materiais e equipamentos a incorporar à obra, bem como especificações que assegurem os melhores resultados para o empreendimento;
IV - informações que possibilitem o estudo e a dedução de métodos construtivos, instalações provisórias e condições organizacionais para a obra;
V - subsídios para montagem do plano de licitação e gestão da obra, compreendendo a sua programação, a estratégia de suprimentos, as normas de fiscalização e outros dados necessários em cada caso, exceto, em relação à respectiva licitação, na hipótese de contratação integrada;
VI - orçamento detalhado do custo global da obra, fundamentado em quantitativos de serviços e fornecimentos propriamente avaliados.*

96. Em se tratando de serviços de engenharia ou obras, consoante já exposto linhas acima, o Tribunal de Contas da União, por meio do Acórdão nº 2.674/09 - Plenário, determinou a observância das disposições da Resolução n. 361, de 1991, do CONFEA, quando da realização do Projeto Básico. Nesse passo, cumpre trazer à colação o disposto no seu art. 3º, quanto as características do documento:

*Art. 3º - As principais características de um Projeto Básico são:
a) desenvolvimento da alternativa escolhida como sendo viável, técnica, econômica e ambientalmente, e que atenda aos critérios de conveniência de seu proprietário e da sociedade;
b) fornecer uma visão global da obra e identificar seus elementos constituintes de forma precisa;
c) especificar o desempenho esperado da obra;
d) adotar soluções técnicas, quer para conjunto, quer para suas partes, devendo ser suportadas por memórias de cálculo e de acordo com critérios de projeto pré-estabelecidos de modo a evitar e/ou minimizar reformulações e/ou ajustes acentuados, durante sua fase de execução;
e) identificar e especificar, sem omissões, os tipos de serviços a executar, os materiais e equipamentos a incorporar à obra;
f) definir as quantidades e os custos de serviços e fornecimentos com precisão compatível com o tipo e porte da obra, de tal forma a ensejar a determinação do custo global da obra com precisão de mais ou menos 15% (quinze por cento);
g) fornecer subsídios suficientes para a montagem do plano de gestão da obra;
h) considerar, para uma boa execução, métodos construtivos compatíveis e adequados ao porte da obra;
i) detalhar os programas ambientais, compativelmente com o porte da obra, de modo a assegurar sua implantação de forma harmônica com os interesses regionais.*

97. O Manual de Obras e Serviços de Engenharia da AGU^[5], conceitua o Projeto Básico nos seguintes termos:

"O projeto básico é o documento elaborado com base nos estudos técnicos preliminares e compreende todos os fatores necessários para a perfeita caracterização do objeto da licitação e tratamento do impacto ambiental, fornecendo todos os subsídios necessários à elaboração de projeto executivo, de modo a permitir a detalhada avaliação dos custos da contratação, bem como definir o prazo necessário para sua conclusão."

98. A absoluta ausência do Projeto Básico é causa de invalidação dos atos administrativos subsequentes, desde o ato de autorização da abertura da licitação até eventual contratação e não é convalidável, vez que sua ausência corresponde à ausência do motivo necessário para a realização do ato administrativos, conforme decisão do TCU:

"A inexistência de projeto básico completo e com nível de precisão adequado, capaz de permitir a perfeita delimitação e quantificação do objeto a ser contratado, enseja a anulação do certame licitatório. (Acórdão 212/2013 - Plenário. TC 041.331/2012-5, relator Ministro José Jorge, 20.2.2013.)

A Lei n. 8.666/93 faz especial ressalva no que diz respeito à perfeita caracterização do objeto para as obras e serviços de engenharia contratados sob o regime de empreitada por preço global ou empreitada integral, ao afirmar a Administração é obrigada a fornecer com o edital todos os elementos e informações necessários para que os licitantes possam elaborar suas propostas de preços com total e completo conhecimento do objeto da licitação (art. 47). No que diz respeito aos padrões mínimos dos projetos básicos para obras públicas, o TCU (Ac 632/2006-Plenário) faz a recomendação de que sejam adotadas as orientações elaboradas pelo Instituto Brasileiro de Auditoria de Obras Públicas (Ibraop) na OT-IBR n. 01/2006. Dessa orientação técnica, extrai-se que os projetos básicos devem "...estabelecer com precisão, através de seus elementos constitutivos, todas as características, dimensões, especificações, e as quantidades de serviços e de materiais, custos e tempo necessários para execução da obra, de forma a evitar alterações e adequações durante a elaboração do projeto executivo e realização das obras"

99. **Recomendamos a leitura atenta das Recomendações Básicas para a Contratação e Fiscalização de Obras e Edificações Públicas do TCU^[4], que contempla os requisitos e aspectos indispensáveis para a elaboração do Projeto Básico, que deverá conter todos elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para a perfeita caracterização da obra a ser executada.**

8.7.1 - Especificações Técnicas

100. As especificações técnicas são representadas por um documento que caracteriza os materiais, equipamentos e serviços a serem utilizados na obra, visando a desempenho técnico determinado. **Deverão ser elaboradas em conformidade com normas técnicas e práticas específicas, de modo a abranger todos os materiais, equipamentos e serviços previstos no projeto.**

101. As especificações técnicas não poderão reproduzir catálogos de determinado fornecedor ou fabricante, de modo a permitir alternativas de fornecimento. Quando de sua elaboração, devem ser definidas as condições de aceitação de produto similar, para não restringir a uma única marca aceitável.

102. **No caso de haver na descrição dos itens indicação de marca/fabricante**, deverão ser observadas as diretrizes fixadas no art. 7º, da Lei nº 12.462, de 2011:

Art. 7º No caso de licitação para aquisição de bens, a administração pública poderá:

- I - indicar marca ou modelo, desde que formalmente justificado, nas seguintes hipóteses:
- a) em decorrência da necessidade de padronização do objeto;
 - b) quando determinada marca ou modelo comercializado por mais de um fornecedor for a única capaz de atender às necessidades da entidade contratante; ou
 - c) quando a descrição do objeto a ser licitado puder ser melhor compreendida pela identificação de determinada marca ou modelo aptos a servir como referência, situação em que será obrigatório o acréscimo da expressão "ou similar ou de melhor qualidade";
- II - exigir amostra do bem no procedimento de pré-qualificação, na fase de julgamento das propostas ou de lances, desde que justificada a necessidade da sua apresentação;
- III - solicitar a certificação da qualidade do produto ou do processo de fabricação, inclusive sob o aspecto ambiental, por qualquer instituição oficial competente ou por entidade credenciada; e
- IV - solicitar, motivadamente, carta de solidariedade emitida pelo fabricante, que assegure a execução do contrato, no caso de licitante revendedor ou distribuidor.

9.7.2 - Orçamento de Referência

103. Nos termos do art. 4º, inc. V, da Lei nº12.462, de 2011, nas licitações e contratos de que trata esta Lei, deverá ser observada a "utilização, sempre que possível nas planilhas de custos constantes das propostas oferecidas pelos licitantes, de mão de obra, materiais, tecnologias e matérias-primas existentes no local da execução, conservação e operação do bem, serviço ou obra, desde que não produzam prejuízos à eficiência na execução do respectivo objeto e que seja respeitado o limite do orçamento estimado para a contratação".

104. A elaboração do orçamento detalhado constitui etapa fundamental para a consecução de uma obra ou serviço de engenharia. Nesse documento constará a composição de todos os custos do conjunto de serviços, materiais e equipamentos envolvidos no empreendimento, que deverá ser assinada por profissional habilitado.

105. Cláudio Sarian Altounian^[8] esclarece que:

"A elaboração do orçamento detalhado produz diversos benefícios: definição do valor a ser investido, com maior precisão do que a avaliação efetuada de forma expedita; visualização dos serviços a realizar e seus quantitativos; identificação dos insumos que serão aplicados; e futura elaboração do cronograma financeiro da obra.

(...)

Diante desse cenário, não devem ser poupados esforços na fase inicial, na busca de um orçamento que reflita com boa precisão o valor de mercado.

(g.n.)

106. O Decreto nº 7.983, de 2013 estabelece regras e critérios a serem seguidos por órgãos e entidades da administração pública federal para a elaboração do orçamento de referência de obras e serviços de engenharia, contratados e executados com recursos dos orçamentos da União.

107. O orçamento de referência é definido no art. 2º, inciso VIII, do citado decreto, como sendo o "detalhamento do preço global de referência que expressa a descrição, quantidades e custos unitários de todos os serviços, incluídas as respectivas composições de custos unitários, necessários à execução da obra e compatíveis com o projeto que integra o edital de licitação".

108. A seu turno, o art. 3º, do mesmo decreto, preceitua que:

O custo global de referência de obras e serviços de engenharia, exceto os serviços e obras de infraestrutura de transporte, será obtido a partir das composições dos custos unitários previstas no projeto que integra o edital de licitação, menores ou iguais à mediana de seus correspondentes nos custos unitários de referência do Sistema Nacional de Pesquisa de Custos e Índices da Construção Civil - Sinapi, excetuados os itens caracterizados como montagem industrial ou que não possam ser considerados como de construção civil.

109. Ao preço global de referência, prevê o Decreto 7.983, de 2013, que o BDI deverá ser acrescido, o qual evidenciará em sua composição, no mínimo, a taxa de rateio de administração, os percentuais de tributos incidentes sobre o preço do serviço, excluídos aqueles de natureza direta e pessoalística que oneram o contratado, a taxa de risco, seguro e garantia do empreendimento e ainda a taxa de lucro. No mesmo sentido, a Súmula nº 258 do TCU:

SÚMULA Nº 258 As composições de custos unitários e o detalhamento de encargos sociais e do BDI integram o orçamento que compõe o projeto básico da obra ou serviço de engenharia, devem constar dos anexos do edital de licitação e das propostas das licitantes e não podem ser indicados mediante uso da expressão verba ou de unidades genéricas.

110. Na hipótese de haver inviabilidade técnica do parcelamento do objeto, justificada mediante fundamentação plausível e aprovada pela autoridade competente, o projeto básico deverá apresentar **BDI diferenciado para a parcela relativa ao fornecimento**, conforme consignado na Súmula n. 253 do TCU, *in verbis*:

"Comprovada a inviabilidade técnico-econômica de parcelamento do objeto da licitação, nos termos da legislação em vigor, os itens de fornecimento de materiais e equipamentos de natureza específica que possam ser fornecidos por empresas com especialidades próprias e diversas e que representem percentual significativo do preço global da obra devem apresentar incidência de taxa de Bonificação e Despesas Indiretas - BDI reduzida em relação à taxa aplicável aos demais itens" - Súmula/TCU nº 253/2010 (DOU de 13.04.2010, S. 1, p. 72)."

111. A composição dos custos unitários é passo essencial para a previsão dos critérios de aceitabilidade dos preços unitário e global a serem aplicados no julgamento das propostas - medida obrigatória para as obras e serviços de engenharia, conforme a Orientação Normativa AGU nº 5/2009 e Súmula nº 259 do TCU.

112. Os critérios de aceitabilidade de preços, é definido no art. 2º, inciso IX, do Decreto nº 7.983, de 2013, como sendo os "parâmetros de preços máximos, unitários e global, a serem fixados pela administração pública e publicados no edital de licitação para aceitação e julgamento das propostas dos licitantes". Os mesmos devem constar do edital de licitação (art. 11 do Decreto nº 7.983, de 2013, e Orientação Normativa AGU nº 05/2009), destacando-se a existência de norma específica quando forem adotados os regimes de empreitada por preço global e ou empreitada por preço unitário (art. 13 do Decreto nº 7.983/2013). Referido entendimento foi consolidado também na SUMULA TCU nº 259 do TCU, nos seguintes termos:

"Nas contratações de obras e serviços de engenharia, a definição do critério de aceitabilidade dos preços unitário e global, com fixação de preços máximos para ambos, é obrigação e não faculdade do gestor."

113. Cumpre ressaltar, ainda, que o art. 42, §§ 1º, 2º, 3º, 6º e 7º, do Decreto nº 7.581, de 2011, acerca da análise e classificação de proposta no certame do Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC para obras e serviços de engenharia, no que diz respeito ao regime de empreitada por preço unitário, prevê o seguinte:

Art. 42. Nas licitações de obras e serviços de engenharia, a economicidade da proposta será aferida com base nos custos globais e unitários.

§ 1º O valor global da proposta não poderá superar o orçamento estimado pela administração pública, com base nos parâmetros previstos nos §§ 3º, 4º ou 6º do art. 8º da Lei nº 12.462, de 2011, e, no caso da contratação integrada, na forma estabelecida no art. 9º, § 2º, inciso II, da Lei nº 12.462, de 2011.

§ 2º No caso de adoção do regime de empreitada por preço unitário ou de contratação por tarefa, os custos unitários dos itens materialmente relevantes das propostas não podem exceder os custos unitários estabelecidos no orçamento estimado pela administração pública, observadas as seguintes condições:

I - serão considerados itens materialmente relevantes aqueles de maior impacto no valor total da proposta e que, somados, representem pelo menos oitenta por cento do valor total do orçamento estimado ou que sejam considerados essenciais à funcionalidade da obra ou do serviço de engenharia; e

II - em situações especiais, devidamente comprovadas pelo licitante em relatório técnico circunstanciado aprovado pela administração pública, poderão ser aceitos custos unitários superiores àqueles constantes do orçamento estimado em relação aos itens materialmente relevantes, sem prejuízo da avaliação dos órgãos de controle, dispensada a compensação em qualquer outro serviço do orçamento de referência;

§ 3º Se o relatório técnico de que trata o inciso II do §2º não for aprovado pela administração pública, aplica-se o disposto no art. 62, salvo se o licitante apresentar nova proposta, com adequação dos custos unitários propostos aos limites previstos no §2º, sem alteração do valor global da proposta.

[...]

§ 6º O orçamento estimado das obras e serviços de engenharia será aquele resultante da composição dos custos unitários diretos do sistema de referência utilizado, acrescida do percentual de BDI de referência, ressalvado o disposto no art. 9º da Lei nº 12.462, de 2011, para o regime de contratação integrada.

§ 7º A diferença percentual entre o valor global do contrato e o valor obtido a partir dos custos unitários do orçamento estimado pela administração pública não poderá ser reduzida, em favor do contratado, em decorrência de aditamentos contratuais que modifiquem a composição orçamentária.

114. Já no caso da adoção do regime de empreitada por preço global, deverão ser observadas as condições estabelecidas no § 4º, do mencionado dispositivo, que preceitua:

Art. 42.[...]

§ 4º No caso de adoção do regime de empreitada por preço global ou de empreitada integral, serão observadas as seguintes condições:

I - no cálculo do valor da proposta, poderão ser utilizados custos unitários diferentes daqueles previstos nos §§ 3º, 4º ou 6º do art. 8º da Lei nº 12.462, de 2011, desde que o valor global da proposta e o valor de cada etapa prevista no cronograma físico-financeiro seja igual ou inferior ao valor calculado a partir do sistema de referência utilizado;

II - em situações especiais, devidamente comprovadas pelo licitante em relatório técnico circunstanciado, aprovado pela administração pública, os valores das etapas do cronograma físico-financeiro poderão exceder o limite fixado no inciso I; e

III - as alterações contratuais sob alegação de falhas ou omissões em qualquer das peças, orçamentos, plantas, especificações, memoriais ou estudos técnicos preliminares do projeto básico não poderão ultrapassar, no seu conjunto, dez por cento do valor total do contrato.

115. Nos termos do art. 3º, do Decreto nº 7.983, de 2013, no âmbito da Administração Pública Federal, o SINAPI é o sistema de referência para a fixação dos custos unitários das obras e serviços de engenharia:

Art. 3º O custo global de referência de obras e serviços de engenharia, exceto os serviços e obras de infraestrutura de transporte, será obtido a partir das composições dos custos unitários previstas no projeto que integra o edital de licitação, menores ou iguais à mediana de seus correspondentes nos custos unitários de referência do Sistema Nacional de Pesquisa de Custos e Índices da Construção Civil - Sinapi, excetuados os itens caracterizados como montagem industrial ou que não possam ser considerados como de construção civil.

Parágrafo único. O Sinapi deverá ser mantido pela Caixa Econômica Federal - CEF, segundo definições técnicas de engenharia da CEF e de pesquisa de preço realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE.

Art. 4º O custo global de referência dos serviços e obras de infraestrutura de transportes será obtido a partir das composições dos custos unitários previstas no projeto que integra o edital de licitação, menores ou iguais aos seus correspondentes nos custos unitários de referência do Sistema de Custos Referenciais de Obras - Sicro, cuja manutenção e divulgação caberá ao Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes - DNIT, excetuados os itens caracterizados como montagem industrial ou que não possam ser considerados como de infraestrutura de transportes.

Art. 5º O disposto nos arts. 3º e 4º não impede que os órgãos e entidades da administração pública federal desenvolvam novos sistemas de referência de custos, desde que demonstrem sua necessidade por meio de justificativa técnica e os submetam à aprovação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão.

Parágrafo único. Os novos sistemas de referência de custos somente serão aplicáveis no caso de incompatibilidade de adoção dos sistemas referidos nos arts. 3º e 4º, incorporando-se às suas composições de custo unitário os custos de insumos constantes do Sinapi e Sicro.

Art. 6º Em caso de inviabilidade da definição dos custos conforme o disposto nos arts. 3º, 4º e 5º, a estimativa de custo global poderá ser apurada por meio da utilização de dados contidos em tabela de referência formalmente aprovada por órgãos ou entidades da administração pública federal em publicações técnicas especializadas, em sistema específico instituído para o setor ou em pesquisa de mercado.

Art. 7º Os órgãos e entidades responsáveis por sistemas de referência deverão mantê-los atualizados e divulgá-los na internet.

Art. 8º Na elaboração dos orçamentos de referência, os órgãos e entidades da administração pública federal poderão adotar especificidades locais ou de projeto na elaboração das respectivas composições de custo unitário, desde que demonstrada a pertinência dos ajustes para a obra ou serviço de engenharia a ser orçado em relatório técnico elaborado por profissional habilitado.

Parágrafo único. Os custos unitários de referência da administração pública poderão, somente em condições especiais justificadas em relatório técnico elaborado por profissional habilitado e aprovado pelo órgão gestor dos recursos ou seu mandatário, exceder os seus correspondentes do sistema de referência adotado na forma deste Decreto, sem prejuízo da avaliação dos órgãos de controle, dispensada a compensação em qualquer outro serviço do orçamento de referência.

116.

117. A utilização do SINAPI não se aplica aos itens caracterizados como montagem industrial ou que não possam ser considerados como de construção civil (art. 3º).

118. Nessas situações, em caso de inviabilidade da definição dos custos conforme o disposto nos arts. 3º, 4º e 5º, do Decreto nº 7.983, de 2013, a estimativa de custo global poderá ser apurada por meio da utilização de dados contidos em tabela de referência formalmente aprovada por órgãos ou entidades da administração pública federal, em publicações técnicas especializadas, em sistema específico instituído para o setor ou em pesquisa de mercado. **A utilização de outras ferramentas, que não o SINAPI, deverá sempre ser justificada.**

119. Nesse sentido, dispõe o art. 8º, §§ 3º e 4º, da Lei nº 12.462, de 2011:

§ 3º O custo global de obras e serviços de engenharia deverá ser obtido a partir de custos unitários de insumos ou serviços menores ou iguais à mediana de seus correspondentes ao Sistema Nacional de Pesquisa de Custos e Índices da Construção Civil (Sinapi), no caso de construção civil em geral, ou na tabela do Sistema de Custos de Obras Rodoviárias (Sicro), no caso de obras e serviços rodoviários.

§ 4º No caso de inviabilidade da definição dos custos consoante o disposto no § 3º deste artigo, a estimativa de custo global poderá ser apurada por meio da utilização de dados contidos em tabela de referência formalmente aprovada por órgãos ou entidades da administração pública federal, em publicações técnicas especializadas, em sistema específico instituído para o setor ou em pesquisa de mercado.

120. **Relativamente à precificação das obras de engenharia, alertamos para que sejam observadas as orientações do Tribunal de Contas da União, contidas na publicação denominada "Orientações para Elaboração de Planilhas Orçamentárias de Obras Públicas"^[9].**

121. No caso de ser necessária a realização de pesquisa de preços (a ser utilizada quando não for possível a obtenção de preços conforme s arts. 3º, 4º e 5º, do Decreto nº 7.983, de 2013), esta deve ser ampla e idônea, e observe a IN nº 73, de 5 de agosto de 2020, adotando os parâmetros

estabelecidos no art. 5º e metodologias do art. 6º, abaixo transcritos:

Art. 5º A pesquisa de preços para fins de determinação do preço estimado em processo licitatório para a aquisição e contratação de serviços em geral será realizada mediante a utilização dos seguintes parâmetros, empregados de forma combinada ou não:

I - Painel de Preços, disponível no endereço eletrônico gov.br/paineldeprescos, desde que as cotações refram-se a aquisições ou contratações firmadas no período de até 1 (um) ano anterior à data de divulgação do instrumento convocatório;

II - aquisições e contratações similares de outros entes públicos, firmadas no período de até 1 (um) ano anterior à data de divulgação do instrumento convocatório;

III - dados de pesquisa publicada em mídia especializada, de sítios eletrônicos especializados ou de domínio amplo, desde que atualizados no momento da pesquisa e compreendidos no intervalo de até 6 (seis) meses de antecedência da data de divulgação do instrumento convocatório, contendo a data e hora de acesso; ou

IV - pesquisa direta com fornecedores, mediante solicitação formal de cotação, desde que os orçamentos considerados estejam compreendidos no intervalo de até 6 (seis) meses de antecedência da data de divulgação do instrumento convocatório.

§1º Deverão ser priorizados os parâmetros estabelecidos nos incisos I e II.

§ 2º Quando a pesquisa de preços for realizada com os fornecedores, nos termos do inciso IV, deverá ser observado:

I - prazo de resposta conferido ao fornecedor compatível com a complexidade do objeto a ser licitado;

II - obtenção de propostas formais, contendo, no mínimo:

a) descrição do objeto, valor unitário e total;

b) número do Cadastro de Pessoa Física - CPF ou do Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica - CNPJ do proponente;

c) endereço e telefone de contato; e

d) data de emissão.

III - registro, nos autos da contratação correspondente, da relação de fornecedores que foram consultados e não enviaram propostas como resposta à solicitação de que trata o inciso IV do caput.

Metodologia

Art. 6º Serão utilizados, como métodos para obtenção do preço estimado, a média, a mediana ou o menor dos valores obtidos na pesquisa de preços, desde que o cálculo incida sobre um conjunto de três ou mais preços, oriundos de um ou mais dos parâmetros de que trata o art. 5º, desconsiderados os valores inexequíveis, inconsistentes e os excessivamente elevados.

§ 1º Poderão ser utilizados outros critérios ou métodos, desde que devidamente justificados nos autos pelo gestor responsável e aprovados pela autoridade competente.

§ 2º Para desconsideração dos valores inexequíveis, inconsistentes e os excessivamente elevados, deverão ser adotados critérios fundamentados e descritos no processo administrativo.

§ 3º Os preços coletados devem ser analisados de forma crítica, em especial, quando houver grande variação entre os valores apresentados.

§ 4º Excepcionalmente, será admitida a determinação de preço estimado com base em menos de três preços, desde que devidamente justificada nos autos pelo gestor responsável e aprovado pela autoridade competente.

122. **Cumpra-se destacar, que a realização de pesquisa de preços, não se resume à simples anexação de planilha comparativa de preços, devendo a área técnica se manifestar criticamente acerca dos preços obtidos.**

9.8 - Do Projeto Executivo

123. Nos termos do que estabelece o inciso V do art. 2º da Lei nº 12.462, de 2011, o Projeto Executivo e o "conjunto dos elementos necessários e suficientes à execução completa da obra, de acordo com as normas técnicas pertinentes".

124. Ademais, o § 7º do art. 8º da referida lei dispõe que "é vedada a realização, sem projeto executivo, de obras e serviços de engenharia para cuja concretização tenha sido utilizado o RDC, qualquer que seja o regime adotado".

125. Ressalte-se que não se confunde Projeto Básico e Projeto Executivo. Segundo Renato Geraldo Mendes^[10] "são temas indissociáveis e retratam uma mesma realidade técnica: o objeto. A diferença está apenas no seguinte: o projeto básico responde à pergunta: o que será executado? E o projeto executivo responderá à pergunta: como será executado? Assim, o projeto básico e o executivo são duas dimensões de uma só realidade. É importante, no entanto, não confundir duas coisas que são distintas: o projeto executivo com a metodologia de execução. Essas duas realidades, apesar de serem distintas, são normalmente confundidas. Ao afirmarmos que o projeto executivo se refere a como o objeto será executado, não estamos nos referindo ao "como" no sentido de metodologia, mas noutro sentido. O projeto executivo define os tipos de materiais, equipamentos e detalhes da execução de obra ou serviço, e não a metodologia, a qual traduz a forma técnica a ser empregada para a obtenção da solução do objeto. Quando se define o tipo de esquadrias ou o tipo de piso a ser empregado, o que se faz, em verdade, é definir como o objeto será executado, mas isso não tem a ver com a metodologia a ser empregada. Metodologia, portanto, é outra coisa que não pode ser confundida com a realidade do projeto executivo. Vale dizer: a metodologia de execução não faz parte do processo executivo".

126. É possível que o projeto executivo não seja apresentado quando da realização do procedimento licitatório, uma vez que o § 2º do art. 36 da Lei nº 12.452, de 2011, permite que tenha o seu desenvolvimento concomitante com a execução das obras e serviços, desde que autorizado pela Administração. Em outras palavras, o projeto executivo será incluído no objeto da licitação como encargo do contratado.

127. Nesse sentido, o art. 3º, §2º do Decreto nº 7.581, de 2011 dispõe que nas licitações para a contratação de obras ou serviço, poderá haver previsão de que a elaboração do projeto executivo constitua encargo do contratado, consoante preço previamente fixado pela administração pública.

128. Relativamente ao Projeto Executivo, importante observar que o Tribunal de Contas da União já determinou em diversas oportunidades, dentre elas por meio do Acórdão 80/2010 - Plenário, no sentido de que o órgão ou entidade "abstenha-se de deixar para o projeto executivo o papel de identificar os elementos necessários e suficientes de especificação dos serviços da obra que sejam materialmente relevantes, tais como: construção de estruturas (vigas, pilares e fundações) e das instalações de água, esgoto, para-raios, telefone, contra-incêndio e elétrica, especificando-os, de modo a que fiquem suficientemente caracterizados, por meio de um projeto básico adequado". (TCU. Acórdão 80/2010, Plenário. Rel. Min. Marcos Bemquerer Costa. DOU, 29 jan. 2010.)

129. Em relação ao tema, o Manual de Obras e Serviços de Engenharia da AGU assim dispõe:

"Projeto Executivo

O projeto executivo é complementar ao projeto básico e deve conter todos os demais elementos para a execução completada obra, de acordo com as normas pertinentes da Associação Brasileira de Normas Técnicas - ABNT (LLC, art. 6º, X). Portanto, sem projeto básico não há como existir projeto executivo (LLC, art. 7º).

Naturalmente, a licitação somente deve ocorrer com a prévia existência do projeto executivo. Entretanto, como regra de exceção, a licitação poderá ser levada a efeito apenas com o projeto básico e seus levantamentos preliminares, quando a lei diz que "cada etapa será obrigatoriamente precedida da conclusão e aprovação, pela autoridade competente, dos trabalhos relativos às etapas anteriores, à exceção do projeto executivo, o qual poderá ser desenvolvido concomitantemente com a execução das obras e serviços, desde que também autorizado pela Administração" (LLC, art. 7º, §1º).

O que a lei não diz explicitamente é que essa faculdade somente pode ser exercida se o nível de detalhamento do projeto básico for suficientemente alto para extrair subjetivismos por parte das licitantes. Ou seja, a definição dos métodos, quantitativos, prazos e valores deverá ser tão precisa que a elaboração do projeto executivo se torne algo que pode ser realizado por qualquer uma das licitantes sem grandes variações, tal como se fosse um "serviço de prateleira", isto é, semelhante a um serviço comum de engenharia.

Para tanto, é necessário que os estudos preliminares, o programa de necessidades, o

projeto básico e o caderno de especificações, dentre outros, sejam suficientemente claros e de grande precisão. Além disso, é necessário que constem as plantas conceituais do objeto. Não se permitem especificações genéricas ou amplas que deixem a cargo da licitante a opção por um modo de execução que influencie diretamente no preço ou no bem que interessa à Administração. Assim, as considerações que foram traçadas por ocasião da possibilidade de contratação da elaboração do projeto básico por terceiro contratado são aqui aplicáveis.

Ao órgão de Consultoria cabe advertir ao responsável técnico pela aprovação do projeto básico (e demais documentos correlatos) que o nível de detalhamento deve alcançar todos os fatores mencionados sob pena de responsabilização do agente público que tiver dado causa à deficiência do projeto e demais informações (mormente quando o contrato vier a ser invalidado), vez que é vedada a inclusão de fornecimento de materiais e serviços sem previsão de quantidades ou cujos quantitativos não correspondam às previsões reais do projeto básico ou executivo (LLC, art. 7º, §§4º e 6º).

130. **Deste modo, recomendamos que os autos sejam sempre instruídos com o projeto executivo ou que contenha previsão no certame de que o Projeto Executivo ficará a cargo do contratado.**

131.

9.9 Licenciamento ambiental

132. Por se tratar de obra, é necessário que o órgão diligencie no sentido de obtenção de licenciamento ambiental, conforme dispõem as Resoluções do Conselho Nacional do Meio Ambiente (Conama) nº 001, de 1986 e nº 237, de 1997 e da Lei nº 6.938, de 1981, bem como eventuais licenciamentos e autorizações de outra natureza.

9.10 - Da Habilitação

133. Relativamente à fase de habilitação nas licitações realizadas no âmbito do RDC, o art. 14 da Lei nº 12.462, de 2011, assim dispõe:

Art. 14. Na fase de habilitação das licitações realizadas em conformidade com esta Lei, aplicar-se-á, no que couber, o disposto nos arts. 27 a 33 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, observado o seguinte:

I - poderá ser exigida dos licitantes a declaração de que atendem aos requisitos de habilitação;

II - será exigida a apresentação dos documentos de habilitação apenas pelo licitante vencedor, exceto no caso de inversão de fases;

III - no caso de inversão de fases, só serão recebidas as propostas dos licitantes previamente habilitados; e

IV - em qualquer caso, os documentos relativos à regularidade fiscal poderão ser exigidos em momento posterior ao julgamento das propostas, apenas em relação ao licitante mais bem classificado.

Parágrafo único. Nas licitações disciplinadas pelo RDC:

I - será admitida a participação de licitantes sob a forma de consórcio, conforme estabelecido em regulamento; e

II - poderão ser exigidos requisitos de sustentabilidade ambiental, na forma da legislação aplicável.

134. O art. 27 da Lei nº 8.666, de 1993, aplicável ao Regime Diferenciado de Contratações por força do art. 14 da Lei nº 12.462, de 2011, acima transcrito, determina:

Art. 27. Para a habilitação nas licitações exigir-se-á dos interessados, exclusivamente, documentação relativa a:

I - habilitação jurídica;

II - qualificação técnica;

III - qualificação econômico-financeira;

IV - regularidade fiscal e trabalhista;

V - cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal.

135. A respeito do tema Lucas Rocha Furtado aduz que:

Na busca pela proposta mais vantajosa, deve a Administração observar o princípio constitucional da isonomia, sendo vedado admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos seu caráter competitivo e estabeleçam preferências ou distinções impertinentes ou irrelevantes para o específico objeto do contrato, nos termos do art. 3º, §1º, da Lei 8.666/93.

136. Marçal Justen Filho ^[11] ainda complementa:

"Será inválida a discriminação contida no ato convocatório se não se ajustar ao princípio da isonomia. Será esse o caso quando a discriminação for incompatível com os fins e valores consagrados no ordenamento, por exemplo. O ato convocatório somente pode conter discriminações que se refiram à 'proposta vantajosa'. Quando define o 'objeto da licitação', estabelece concomitantemente os limites para qualquer discriminação. Assim, o ato convocatório viola o princípio da isonomia quando: a) estabelece discriminação desvinculada do objeto da licitação; b) prevê exigência desnecessária e que não envolva vantagem para a Administração; c) impõe requisitos desproporcionados com necessidades da futura contratação; d) adota discriminação defensiva de valores constitucionais e legais".

137. O art. 37, inciso XXI da Constituição Federal admite que se estabeleçam "exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações". Segundo o citado Lucas Rocha Furtado, para definir o objeto da licitação e as condições de contratação, a Administração pode-se servir de certa margem de discricionariedade para determinar, em cada caso concreto, o que deverá ser comprovado pelos interessados em participar da licitação, sempre visando ao atendimento dos seus interesses e respeitando-se a isonomia entre os licitantes.

138. Lucas Rocha Furtado dispõe que, para a realização de obras e serviços de grande complexidade não podem ser dispensados o conhecimento técnico especializado nem a comprovação de experiência e de capacitação operativa para cumprir o objeto do contrato. A lei 8.666/93, em seu art. 30, ao dispor sobre a documentação necessária à comprovação da qualificação técnica necessária à participação de licitação definiu que se limitará a(o):

I - registro ou inscrição na entidade profissional competente;

II - comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, e indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos;

III - comprovação, fornecida pelo órgão licitante, de que recebeu os documentos, e, quando exigido, de que tomou conhecimento de todas as informações e das condições locais para o cumprimento das obrigações objeto da licitação;

IV - prova de atendimento de requisitos previstos em lei especial, quando for o caso.

§ 1º A comprovação de aptidão referida no inciso II do "caput" deste artigo, no caso das licitações pertinentes a obras e serviços, será feita por atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, devidamente registrados nas entidades profissionais competentes, limitadas as exigências a: (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

I - capacitação técnico-profissional: comprovação do licitante de possuir em seu quadro permanente, na data prevista para entrega da proposta, profissional de nível superior ou outro devidamente reconhecido pela entidade competente, detentor de atestado de responsabilidade técnica por execução de obra ou serviço de características semelhantes, limitadas estas exclusivamente às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação, vedadas as exigências de quantidades mínimas ou prazos máximos; (Incluído pela Lei nº 8.883, de 1994)

§ 2º As parcelas de maior relevância técnica e de valor significativo, mencionadas no parágrafo anterior, serão definidas no instrumento convocatório. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

§ 3º. Será sempre admitida a comprovação de aptidão através de certidões ou atestados de obras ou serviços similares de complexidade tecnológica e operacional equivalente ou superior.

§ 4º. Nas licitações para fornecimento de bens, a comprovação de aptidão, quando for o caso, será feita através de atestados fornecidos por pessoa jurídica de direito público ou privado.

§ 5º. É vedada a exigência de comprovação de atividade ou de aptidão com limitações de tempo ou de época ou ainda em locais específicos, ou quaisquer outras não previstas nesta Lei, que inibam a participação na licitação.

§ 6º. As exigências mínimas relativas a instalações de canteiros, máquinas, equipamentos e pessoal técnico especializado, considerados essenciais para o cumprimento do objeto da licitação, serão atendidas mediante a apresentação de relação explícita e da declaração formal da sua disponibilidade, sob as penas cabíveis, vedada as exigências de propriedade e de localização prévia.

§ 7º (Vetado).

§ 8º. No caso de obras, serviços e compras de grande vulto, de alta complexidade técnica, poderá a Administração exigir dos licitantes a metodologia de execução, cuja avaliação, para efeito de sua aceitação ou não, antecederá sempre à análise dos preços e será efetuada exclusivamente por critérios objetivos.

§ 9º. Entende-se por licitação de alta complexidade técnica aquela que envolva alta especialização, como fator de extrema relevância para garantir a execução do objeto a ser contratado, ou que possa comprometer a continuidade da prestação de serviços públicos essenciais.

§ 10. Os profissionais indicados pelo licitante para fins de comprovação da capacitação técnico-profissional de que trata o inciso I do § 1º deste artigo deverão participar da obra ou serviço objeto da licitação, admitindo-se a substituição por profissionais de experiência equivalente ou superior, desde que aprovada pela administração.

139. Portanto, resta claro que a verificação da qualificação técnica deve ter sempre o objetivo de assegurar que o licitante está apto de cumprir às obrigações assumidas no contrato. Mas como já foi disposto, esses requisitos para a qualificação dos licitantes devem ser estritamente necessários para a execução de obras e instalação de equipamentos de infraestrutura, para a implantação de solução de radioterapia através do Regime Diferenciado de Contratação -RDC, sendo vedado admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos seu caráter competitivo e estabeleçam preferências ou distinções impertinentes ou irrelevantes para o específico objeto do contrato.

140. Acerca de eventual exigência de atestados relacionados à qualificação técnica, questão controvertida diz respeito à exigência de apresentação de quantidades mínimas de atestados. De acordo com o entendimento do Tribunal de Contas da União:

No que concerne aos critérios de qualificação técnica, o instrumento convocatório exigiu a comprovação de experiência anterior mediante a apresentação de, no mínimo, três certidões de acervo técnico fornecidas pelo Crea/RO, para cada um dos quantitativos mínimos das parcelas de maior relevância da obra fixados no edital, os quais deveriam estar registrados exclusivamente no nome do responsável técnico da empresa licitante. O relator ressaltou que tal prática tem sido condenada em deliberações do TCU, a exemplo do Acórdão n.º 571/2006-Plenário, no qual restou assente que "o estabelecimento de uma quantidade mínima de atestados fere o preceito constitucional da isonomia, porque desiguala injustamente concorrentes que apresentam as mesmas condições de qualificação técnica. Não se pode inferir que um licitante detentor de um atestado de aptidão é menos capaz do que o licitante que dispõe de dois". Isso porque "a capacidade técnica de realizar o objeto existe, independentemente do número de vezes que tenha sido exercitada, ou não existe". O relator propôs e a Segunda Câmara decidiu considerar procedente a representação. Precedentes citados: Acórdãos n.os 298/2002, 351/2002, 330/2005, 167/2006, 539/2007, 739/2007, 1.706/2007 e 43/2008, todos do Plenário; Acórdãos n.os 1.873/2007 e 1.526/2008, ambos da 2ª Câmara. Acórdão n.º 1593/2010-2ª Câmara, TC-006.347/2008-6, rel. Min-Subst. André Luís de Carvalho, 13.04.2010. (g.n.)

141. Portanto, recomenda-se a área técnica a observância dessa questão. Ressalta-se que este órgão consultivo não deve emitir manifestações conclusivas sobre temas não jurídicos, tais como os técnicos, administrativos ou de conveniência ou oportunidade.

142. **No entanto, recomenda-se que sejam declinadas as justificativas em relação as exigências de qualificação técnica para que essas não sejam consideradas restrições indevidas à competitividade. Observou-se, por exemplo, que o Edital exige dos licitantes, comprovação de capacitação tanto técnica quanto operacional em relação aos mesmos aspectos do objeto. Deste modo, recomenda-se que a justificativa demonstre a imprescindibilidade dessas exigências para assegurar o cumprimento adequado do objeto.**

10 - PARCELAMENTO DO OBJETO

143. Via de regra, as licitações e contratos abarcadas pelo RDC devem ser divididas em tantas parcelas quantas se comprovarem técnica e economicamente viáveis, visando à ampla participação dos licitantes, sem perda de economia de escala, em conformidade com o art. 4º, inciso VI, da Lei nº 12.462, de 2011.

144. Do mesmo modo, o inciso IX, do art. 4º. do Decreto nº 7.581, de 2011, aponta como diligência necessária da fase interna do certame, a elaboração de justificativa da vantagem da divisão do objeto da licitação em lotes ou parcelas para aproveitar as peculiaridades do mercado e ampliar a competitividade, desde que a medida seja viável técnica e economicamente e não haja perda de economia de escala.

145. Sobre o tema, o mestre Marçal Justen Filho^[42] bem aborda a questão (in):

4.1.2) A regra geral da obrigatoriedade do fracionamento

O art. 23, §1.º, impõe o fracionamento como obrigatório. A regra retrata a vontade legislativa de ampliar a competitividade e o universo de possíveis interessados. O fracionamento conduz à licitação e contratação de objetos de menor dimensão quantitativa, qualitativa e econômica. Isso aumenta o número de pessoas em condições de disputar a contratação, inclusive pela redução dos requisitos de habilitação (que serão proporcionados à dimensão dos lotes). Trata-se não apenas de realizar o princípio da isonomia, mas da própria eficiência. A competição produz redução de preços e se supõe que a Administração desembolsará menos, em montantes globais, através da realização de uma multiplicidade de contratos de valor inferior do que pela pactuação de contratação única.

Mas a adoção do fracionamento depende da presença de requisitos de ordem técnica e econômica.

4.1.3) O requisito de natureza técnica

Não se admite o fracionamento quando tecnicamente isso não for viável nem, mesmo, recomendável. O fracionamento em lotes deve respeitar a integridade qualitativa do objeto a ser executado. Não é possível desnaturar um certo objeto, fragmentando-o em contratações diversas e que importam o risco de impossibilidade de execução satisfatória. Se a Administração necessitar adquirir um veículo, não teria sentido licitar a compra por partes (pneus, chassis, motor, etc). Mas seria possível realizar a compra fracionada de uma pluralidade de veículos. Em suma, o impedimento de ordem técnica significa que a unidade do objeto a ser executado não pode ser destruída através do fracionamento.

4.1.4.) O requisito de natureza econômica

Já o impedimento de ordem econômica se relaciona com o risco de o fracionamento aumentar o preço unitário a ser pago pela Administração. Em uma economia de escala, o aumento de quantitativos produz a redução dos preços. Por isso, não teria cabimento a Administração fracionar as contratações se isso acarretar o aumento de seus custos.

Como se extrai, o fundamento jurídico do fracionamento consiste na ampliação das

vantagens econômicas para a Administração. Adota-se o fracionamento como instrumento de redução de despesas administrativas. A possibilidade de participação de maior número de interessados não é o objetivo imediato e primordial, mas via instrumental para obter melhores ofertas (em virtude do aumento da competitividade). Logo, a Administração não pode justificar um fracionamento que acarretar elevação de custos através do argumento de benefício a um número maior de particulares.

146. Sublinhe-se, ainda, que o Tribunal de Contas da União, por meio da Súmula nº 247, pacificou o seguinte entendimento:

"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."

147. Desse modo, havendo viabilidade técnica e econômica, qualquer contratação deve ser dividida em contratações menores, de forma a possibilitar maior competitividade e melhor aproveitamento das oportunidades do mercado, decorrendo daí, ao menos presumivelmente, maior vantagem para a Administração.

148. Caso não seja possível o parcelamento do objeto a ser contratado, deverá ser expressamente consignada a devida justificativa de ordem técnica e/ou econômica a fundamentar a contratação conjunta desse objeto.

149. Diante disso, forçoso concluir que, sendo divisível o objeto, a contratação conjunta somente restará autorizada se a Administração demonstrar que tem por fundamento a inviabilidade técnica ou econômica da realização do parcelamento, pois, do contrário, deverá proceder-se à divisão do objeto em contratações menores.

150. Interessa mencionar, ainda, que o TCU tem entendimentos acerca do critério de julgamento, cabendo citar, por exemplo, os seguintes:

O critério de julgamento de menor preço por lote somente deve ser adotado quando for demonstrada inviabilidade de se promover a adjudicação por item e evidenciadas razões que demonstrem ser aquele o critério que conduzirá a contratações economicamente mais vantajosas.

Boletim de Jurisprudência 90/2015

A licitação por lote, com a adjudicação pelo menor preço global, sem comprovação de eventual óbice de ordem técnica ou econômica que inviabilize o parcelamento do objeto em itens, caracteriza restrição à competitividade do certame, em vista do disposto nos arts. 15, inciso IV, e 23, § 1º, da Lei 8.666/93.

Informativo de Licitações e Contratos 161/2013

151. **Sendo um elemento de cunho eminentemente técnico da contratação, esta especializada não possui competência de analisar o mérito da justificativa eventualmente apresentada. Entretanto, cabe salientar que o parcelamento do objeto é questão muito cara ao TCU, de modo a ser sempre recomendável que a justificativa para a sua não adoção (em especial quando adotada a adjudicação por preço global de grupo de itens) seja robusta e suficiente.**

11 - SUBCONTRATAÇÃO DAS ME E EPP

152. O art. 10 do Decreto nº 7.581, de 2011, prevê a possibilidade de subcontratação de parte da obra ou dos serviços de engenharia, nos seguintes termos:

Art. 10. A possibilidade de subcontratação de parte da obra ou dos serviços de engenharia deverá estar prevista no instrumento convocatório.

§ 1º A subcontratação não exclui a responsabilidade do contratado perante a administração pública quanto à qualidade técnica da obra ou do serviço prestado.

§ 2º Quando permitida a subcontratação, o contratado deverá apresentar documentação do subcontratado que comprove sua habilitação jurídica, regularidade fiscal e a qualificação técnica necessária à execução da parcela da obra ou do serviço subcontratado.

153. Em observância ao estabelecido no art. 48, inciso II, da Lei Complementar nº 123, de 2006 (com a redação oferecida pela Lei Complementar nº 147, de 2014), bem como no art. 7º, do Decreto nº 8.538, de 2015, **o órgão deve avaliar a possibilidade de estabelecer a obrigação de subcontratação de ME ou EPP**, ao preço obtido no certame aberto a todos os interessados do ramo, sugerindo-se à área técnica avaliar, portanto, a viabilidade da aplicação ao caso concreto do referido art. 48, II, da LC nº 123, observados os requisitos estabelecidos no seu regulamento, o Decreto nº 8.538, de 2015, com o correspondente ajuste nas minutas contidas nos autos.

154. Vejamos o que prescreve o art. 7º, do Decreto nº 8.538, de 2015:

Art. 7º Nas licitações para contratação de serviços e obras, os órgãos e as entidades contratantes poderão estabelecer, nos instrumentos convocatórios, a exigência de subcontratação de microempresas ou empresas de pequeno porte, sob pena de rescisão contratual, sem prejuízo das sanções legais, determinando:

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

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

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

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

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

§ 1º Deverá constar do instrumento convocatório que a exigência de subcontratação não será aplicável quando o licitante for:

I - microempresa ou empresa de pequeno porte;

II - consórcio composto em sua totalidade por microempresas e empresas de pequeno porte, respeitado o disposto no art. 33 da Lei nº 8.666, de 1993; e

III - consórcio composto parcialmente por microempresas ou empresas de pequeno porte com participação igual ou superior ao percentual exigido de subcontratação.

§ 2º Não se admite a exigência de subcontratação para o fornecimento de bens, exceto quando estiver vinculado à prestação de serviços acessórios.

§ 3º O disposto no inciso II do caput deverá ser comprovado no momento da aceitação, na hipótese de a modalidade de licitação ser pregão, ou no momento da habilitação, nas demais modalidades, sob pena de desclassificação.

§ 4º É vedada a exigência no instrumento convocatório de subcontratação de itens ou parcelas determinadas ou de empresas específicas.

§ 5º Os empenhos e pagamentos referentes às parcelas subcontratadas serão destinados diretamente às microempresas e empresas de pequeno porte subcontratadas.

§ 6º São vedadas:

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

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

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

155. **No caso que ora se analisa, muito embora o item 10.5.2.8. do instrumento convocatório mencione a subcontratação prevista no art. 48, da Lei Complementar nº 123, de 2006, o faz tão somente para descrever a documentação relativa a à regularidade fiscal e trabalhista a ser exigida nas microempresas e/ou empresas de pequeno porte eventualmente subcontratadas. Contudo com relação à exigência de subcontratação ou mesmo a previsão dos percentuais mínimos a serem contratados, nos termos do Decreto nº 8.538, de 2015, não foram previstos no instrumento convocatório. o que recomendamos que seja avaliado pela área competente, e, se for o caso, proceder as adequações necessárias na minuta a ser publicizada.** Considerando o caráter genérico da presente manifestação, recomenda-se que a minuta-padrão contenha previsão opcional, a ser incluída ou não de acordo com o caso concreto, de subcontratação obrigatória de ME ou EPP, atentando-se para as regras constantes no art. 7º supra.

12 - SUSTENTABILIDADE AMBIENTAL

156. Tendo por fundamento os compromissos internacionais assumidos pelo Estado Brasileiro, os artigos 3º e 255 da Constituição Federal e legislação, há um poder-dever do gestor público na realização de licitações sustentáveis, considerando aspectos ambientais, sociais, econômicos, laborais e de acessibilidade.

157. A promoção do desenvolvimento nacional sustentável é diretriz a ser observada na licitação (artigo 3º, "caput", da Lei nº 8.666, de 1993), ao lado da garantia de observância do princípio constitucional da isonomia e da seleção da proposta mais vantajosa para a Administração.

158. A preocupação com a sustentabilidade ambiental nas contratações realizadas pelo Regime Diferenciado de Contratações Públicas foi manifestada em diversas disposições da Lei nº 12.462, de 2011. O inciso III, do art. 4º, da referida Lei indica, dentre as diretrizes do RDC, a busca da maior vantagem para a administração pública, considerando custos e benefícios, diretos e indiretos, de natureza econômica, social ou ambiental, inclusive os relativos à manutenção, ao desfazimento de bens e resíduos, ao índice de depreciação econômica e a outros fatores de igual relevância.

159. Já os incisos I e II, do §1º, do art. 4º, dispõem que as contratações submetidas ao RDC devem observar as normas relativas à disposição final ambientalmente adequada dos resíduos sólidos gerados pelas obras contratadas; e à mitigação por condicionantes e compensação ambiental, que serão definidas no procedimento de licenciamento ambiental.

Art. 4º Nas licitações e contratos de que trata esta Lei serão observadas as seguintes diretrizes:

[...]

III - busca da maior vantagem para a administração pública, considerando custos e benefícios, diretos e indiretos, de natureza econômica, social ou ambiental, inclusive os relativos à manutenção, ao desfazimento de bens e resíduos, ao índice de depreciação econômica e a outros fatores de igual relevância;

[...]

§ 1º As contratações realizadas com base no RDC devem respeitar, especialmente, as normas relativas à:

I - disposição final ambientalmente adequada dos resíduos sólidos gerados pelas obras contratadas;

II - mitigação por condicionantes e compensação ambiental, que serão definidas no procedimento de licenciamento ambiental;

III - utilização de produtos, equipamentos e serviços que, comprovadamente, reduzam o consumo de energia e recursos naturais;

IV - avaliação de impactos de vizinhança, na forma da legislação urbanística;

V - proteção do patrimônio cultural, histórico, arqueológico e imaterial, inclusive por meio da avaliação do impacto direto ou indireto causado pelas obras contratadas; e

VI - acessibilidade para o uso por pessoas com deficiência ou com mobilidade reduzida.

§ 2º O impacto negativo sobre os bens do patrimônio cultural, histórico, arqueológico e imaterial tombados deverá ser compensado por meio de medidas determinadas pela autoridade responsável, na forma da legislação aplicável.

160. O art. 14, parágrafo único, inciso II, da Lei do RDC, faculta à Administração a possibilidade de exigir, na fase da habilitação, requisitos de sustentabilidade ambiental, na forma da legislação aplicável.

161. Por sua vez, o art. 5º do Decreto nº 7.581, de 2011, estabelece que o termo de referência, projeto básico ou projeto executivo poderá prever requisitos de sustentabilidade ambiental, além dos previstos na legislação aplicável.

162. Importa ressaltar, a propósito, que a Instrução Normativa nº 1, de 19 de janeiro de 2010, da SLTI/MPOG, prevê, em seu Capítulo 2, as seguintes disposições referentes às obras públicas sustentáveis:

"Capítulo II

DAS OBRAS PÚBLICAS SUSTENTÁVEIS

Art. 4º Nos termos do art. 12 da Lei nº 8.666, de 1993, as especificações e demais exigências do projeto básico ou executivo, para contratação de obras e serviços de engenharia, devem ser elaborados visando à economia da manutenção e operacionalização da edificação, a redução do consumo de energia e água, bem como a utilização de tecnologias e materiais que reduzam o impacto ambiental, tais como:

I - uso de equipamentos de climatização mecânica, ou de novas tecnologias de resfriamento do ar, que utilizem energia elétrica, apenas nos ambientes onde for indispensável;

II - automação da iluminação do prédio, projeto de iluminação, interruptores, iluminação ambiental, iluminação tarefa, uso de sensores de presença;

III - uso exclusivo de lâmpadas fluorescentes compactas ou tubulares de alto rendimento e de luminárias eficientes;

IV - energia solar, ou outra energia limpa para aquecimento de água;

V - sistema de medição individualizado de consumo de água e energia;

VI - sistema de reuso de água e de tratamento de efluentes gerados;

VII - aproveitamento da água da chuva, agregando ao sistema hidráulico elementos que possibilitem a captação, transporte, armazenamento e seu aproveitamento;

VIII - utilização de materiais que sejam reciclados, reutilizados e biodegradáveis, e que reduzam a necessidade de manutenção; e

IX - comprovação da origem da madeira a ser utilizada na execução da obra ou serviço.

§ 1º Deve ser priorizado o emprego de mão-de-obra, materiais, tecnologias e matérias-primas de origem local para execução, conservação e operação das obras públicas.

§ 2º O Projeto de Gerenciamento de Resíduo de Construção Civil - PGRCC, nas condições determinadas pelo Conselho Nacional do Meio Ambiente - CONAMA, através da Resolução nº 307, de 5 de julho de 2002, deverá ser estruturado em conformidade com o modelo especificado pelos órgãos competentes.

§ 3º Os instrumentos convocatórios e contratos de obras e serviços de engenharia deverão exigir ouso obrigatório de agregados reciclados nas obras contratadas, sempre que existir a oferta de agregados reciclados, capacidade de suprimento e custo inferior em relação aos agregados naturais, bem como o fiel cumprimento do PGRCC, sob pena de multa, estabelecendo, para efeitos de fiscalização, que todos os resíduos removidos deverão estar acompanhados de Controle de Transporte de Resíduos, em conformidade com as normas da Agência Brasileira de Normas Técnicas - ABNT, ABNT NBR nºs 15.112, 15.113, 15.114, 15.115 e 15.116, de 2004, disponibilizando campo específico na planilha de composição dos custos.

§ 4º No projeto básico ou executivo para contratação de obras e serviços de engenharia,

devem ser observadas as normas do Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial - INMETRO e as normas ISO nº 14.000 da Organização Internacional para a Padronização (International Organization for Standardization).

§ 5º Quando a contratação envolver a utilização de bens e a empresa for detentora da norma ISO 14000, o instrumento convocatório, além de estabelecer diretrizes sobre a área de gestão ambiental dentro de empresas de bens, deverá exigir a comprovação de que o licitante adota práticas de desfazimento sustentável ou reciclagem dos bens que forem inservíveis para o processo de reutilização."

163. Por outro lado, o Decreto nº 7.746, de 2012, que regulamenta o art. 3º da Lei no 8.666/93, para estabelecer critérios, práticas e diretrizes para a promoção do desenvolvimento nacional sustentável nas contratações realizadas pela administração pública federal, aponta diretrizes e práticas a serem observadas pela administração pública federal para a promoção do desenvolvimento nacional sustentável nas contratações que realiza. Vale conferir:

Art. 1o Este Decreto regulamenta o art. 3o da Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993, para estabelecer critérios, práticas e diretrizes gerais para a promoção do desenvolvimento nacional sustentável por meio das contratações realizadas pela administração pública federal direta, autárquica e fundacional e pelas empresas estatais dependentes, e institui a Comissão Interministerial de Sustentabilidade na Administração Pública - CISAP.

Art. 2o A administração pública federal direta, autárquica e fundacional e as empresas estatais dependentes poderão adquirir bens e contratar serviços e obras considerando critérios e práticas de sustentabilidade objetivamente definidos no instrumento convocatório, conforme o disposto neste Decreto.

Parágrafo Único. A adoção de critérios e práticas de sustentabilidade deverá ser justificada nos autos e preservar o caráter competitivo do certame.

Art. 3o Os critérios e práticas de sustentabilidade de que trata o art. 2o serão veiculados como especificação técnica do objeto ou como obrigação da contratada. Parágrafo único. A CISAP poderá propor à Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão o estabelecimento de outras formas de veiculação dos critérios e práticas de sustentabilidade nas contratações.

Art. 4o São diretrizes de sustentabilidade, entre outras:

I - menor impacto sobre recursos naturais como flora, fauna, ar, solo e água;

II - preferência para materiais, tecnologias e matérias-primas de origem local;

III - maior eficiência na utilização de recursos naturais como água e energia;

IV - maior geração de empregos, preferencialmente com mão de obra local;

V - maior vida útil e menor custo de manutenção do bem e da obra;

VI - uso de inovações que reduzam a pressão sobre recursos naturais; e

VII - origem ambientalmente regular dos recursos naturais utilizados nos bens, serviços e obras.

Art. 5º A administração pública federal direta, autárquica e fundacional e as empresas estatais dependentes poderão exigir no instrumento convocatório para a aquisição de bens que estes sejam constituídos por material reciclado, atóxico ou biodegradável, entre outros critérios de sustentabilidade.

Art. 6º As especificações e demais exigências do projeto básico ou executivo para contratação de obras e serviços de engenharia devem ser elaboradas, nos termos do art. 12 da Lei nº 8.666, de 1993, de modo a proporcionar a economia da manutenção e operacionalização da edificação e a redução do consumo de energia e água, por meio de tecnologias, práticas e materiais que reduzam impacto ambiental.

Art. 7o O instrumento convocatório poderá prever que o contratado adote práticas de sustentabilidade na execução dos serviços contratados e critérios de sustentabilidade no fornecimento dos bens.

Art. 8o A comprovação das exigências contidas no instrumento convocatório poderá ser feita mediante certificação emitida por instituição pública oficial ou instituição credenciada, ou por qualquer outro meio definido no instrumento convocatório.

§ 1o Em caso de inexistência da certificação referida no caput, o instrumento convocatório estabelecerá que, após a seleção da proposta e antes da adjudicação do objeto, o contratante poderá realizar diligências para verificar a adequação do bem ou serviço às exigências do instrumento convocatório.

§ 2o Caso o bem ou serviço seja considerado inadequado em relação às exigências do instrumento convocatório, o contratante deverá apresentar razões técnicas, assegurado o direito de manifestação do licitante vencedor.

164. **Uma vez que a presente manifestação se dá em relação a minuta de instrumento convocatório de caráter genérico, portanto, sem balizamento em uma situação real de implantação de solução de Radioterapia no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS, necessário se faz que a área responsável deste Ministério da Saúde avalie, de forma minudente, a suficiência das disposições contidas no instrumento convocatório, relativas ao integral atendimento das previsões contempladas nos normativos aplicáveis à matéria.**

13 - COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÃO

165. Nos termos do art. 6º, do Decreto nº 7.581, de 2011, as licitações do RDC serão processadas e julgadas por comissão permanente ou especial, composto de três membros tecnicamente qualificados, sendo a maioria deles servidores ou empregados públicos pertencentes aos quadros permanentes dos órgãos responsáveis pela licitação, que responderão solidariamente por todos os atos praticados pela comissão, salvo se posição individual divergente registrada em ata de reunião.

166. As competências da comissão consta do art. 7º do Decreto, sendo-lhe facultado ainda, promover as diligências que entender necessárias e/ou adotar as medidas de saneamento destinadas a esclarecer informações, corrigir impropriedades na documentação de habilitação ou complementar a instrução do processo, em qualquer fase da licitação.

167. **Desse modo, considerando o caráter genérico da presente análise, recomendamos que a cada um dos certames licitatórios realizados com base nas minutas ora analisadas, deverá a Administração providenciar a designação da competente Comissão de Licitação, nos termos dos artigos 6º e 7º do Decreto nº 7.581, de 2011.**

14- PLANO ANUAL DE CONTRATAÇÕES

168. Cabe ao órgão atender para o cumprimento do disposto na IN SEGES ME nº 1/2019, que revogou a IN SEGES MPDG nº 1/2018, e que trata do Plano Anual de Contratações de bens, serviços, obras e soluções de tecnologia da informação e comunicações, no âmbito da Administração Direta e Indireta e sobre o "Sistema de Planejamento de Gerenciamento de Contratações" - PGC.

169. Deste modo, deve-se comprovar que a contratação está prevista no Plano Anual de Contratações.

15 - PREVISÃO DE RECURSOS ORÇAMENTÁRIOS

170. A declaração de disponibilidade orçamentária com a respectiva indicação da classificação funcional programática e da categoria econômica da despesa é uma imposição legal, conforme dispõe o artigo 10, inciso IX, da Lei nº 8.429, de 1992, e art. 4º, inciso V, do Decreto nº 7.581, de 2011.

171. Cabe também alertar para que seja anexada a declaração sobre a adequação orçamentária e financeira para fazer face às despesas, em conformidade com as normas constantes dos artigos 16 e 17 da Lei Complementar nº 101, de 04 de maio de 2000 - Lei de Responsabilidade Fiscal.

172. **Caberá a área competente deste Ministério da Saúde zelar para que os recursos destinados a custear a obra tem adequação orçamentária e suficientes para assegurar o pagamento das obrigações decorrentes da contratação em conformidade com a legislação sobre a adequação orçamentária e financeira citadas.**

16 - ANÁLISE DAS MINUTAS GENÉRICAS SUBMETIDAS AO CRIVO DESTA ESPECIALIZADA

16.1 - Considerações Gerais sobre o Edital e Anexos

173. Inicialmente, cumpre destacar que o órgão, ao que tudo indica, adotou os modelos elaborados nacionalmente pela Advocacia Geral da União - AGU. Todavia, dado o seu caráter genérico, e considerando-se as possíveis peculiaridades de cada objeto, ressaltamos que o gestor responsável deverá tomar as medidas de cautela quanto a eventuais adaptações ou acréscimos que se fizerem necessários nas minutas para a sua adequação ao caso concreto.

174. Além disso, uma vez que os modelos estão sujeitos a um processo dinâmico, o que importa em frequentes aperfeiçoamentos e atualizações, é possível que sejam feitas recomendações de adaptações nas minutas ao tempo de sua análise.

16.2 - Edital

175. Os requisitos e elementos a serem observados na minuta do edital são aqueles previstos na Lei nº 12.462, de 2011, no Decreto nº 7.581, de 2011, em especial no seu art. 8º, e, no que couber, na Lei nº 8.666, de 1993.

176. No presente caso, a minuta do edital encontra-se no documento Minuta DIPLI (0020051337) e, salvo melhor juízo, atende tais exigências. Entretanto, além das observações traçadas no corpo da presente manifestação jurídica, apontaremos as seguintes observações:

- o No item 1 - Do Objeto, necessário que se proceda a adequação da minuta para contemplar os textos previstos na minuta disponibilizada pela AGU, nos casos de adoção da empreitada por preço global ou unitário, conforme o caso;

15.2 - Projeto Básico

177. Os requisitos e elementos a serem observados na minuta do projeto básico aqueles previstos na Lei nº 12.462, de 2011, no Decreto nº 7.581, de 2011, e na Resolução n. 361, de 1991, do CONFEA, que trazem as informações mínimas que deverão constar do Projeto Básico, o que deve ser observado pelo setor técnico competente.

178. **No caso específico dos autos, o projeto básico encontra-se no Anexo I da Minuta DIPLI (0020051337).** Apesar de se tratar de documento técnico, cuja avaliação cabe, em última instância, ao próprio órgão assistido, ao que tudo indica, foi elaborado com base na minuta disponibilizada pela AGU. Nada obstante, apontaremos as seguintes observações:

- o Recomendamos que sejam declinadas as devidas justificativas para a não inclusão da previsão contida no item 8.4 e subitens, contidos na minuta disponibilizada pela AGU, que trata da eventual subcontratação de Microempresas ou Empresas de Pequeno Porte, conforme pontuado no item 10 do presente Parecer;
- o Os itens 10.18 a 10.25, e respectivos subitens, deverão ser realocados como subitens do item 10.17, a fim de manter a coerência com a minuta da AGU, vez que esse item prevê as rotinas específicas de fiscalização da execução dos serviços;
- o Recomendamos justificar as disposições contempladas no item 12 sob análise, vez que não previstos na minuta disponibilizada pela AGU, a fim de que não configurem exigências indevidas ou desnecessárias;
- o Quanto ao item 13, recomendamos que justifique as alterações realizadas em relação ao modelo da AGU, especialmente para que s tenham sido excluídas as previsões constantes nos itens 11.1.6.2^[13] da minuta da AGU;
- o Quanto ao item 14.1, deverá ser compatibilizado com o item 12.1 da minuta da AGU;
- o O item 14.3, por equívoco, inclui na sua parte final o item "12.3.1" da minuta da AGU, quando, em verdade, deveria incluí-lo como subitem de número 14.3.1;
- o No item 17, referente às sanções administrativas, recomendamos a inserção da previsão contida no inciso IV, da letra "b", do subitem 16.2 da minuta da AGU^[14]. Veja-se que esse inciso é o que faz expressa remissão às tabelas 1 e 2 inseridas no item 17.4 da minuta sob análise;
- o Recomendamos a integral revisão do item 18 da minuta ora analisada, a fim de adequá-lo às disposições mínimas contidas no item 17 da minuta disponibilizada pela AGU; Recomendamos o acréscimo das previsões constantes nos itens 17. 3.3 ; 17.3.4; 17.5.3 e 17.5.4^[15]
- o

15.4 - Termo de Contrato

179. **No caso vertente, a autoridade assessorada irá formalizar instrumento contratual, como podemos perceber no Anexo III da Minuta DIPLI (0020051337).** Quanto ao instrumento contratual, a propósito, tecemos as seguintes recomendações:

- o Na Cláusula Décima - Da Subcontratação, deverá ser inserida a disposição prevista no subitem 10.2 da minuta disponibilizada pela AGU;

15 - CONCLUSÃO

180. Ante o exposto, conclui-se pela viabilidade do prosseguimento do feito, desde que atendidas as considerações aqui apresentadas, as quais, resumidamente, pontuo abaixo:

1. Observar as regras de atuação do processo;
2. Observar os limites e instâncias de governança para a contratação (necessidade ou não de autorização para contratação);
3. Aperfeiçoamento na justificativa de adoção do RDC;
4. Elaborar justificativa específica no caso concreto;
5. Justificar adoção do regime de execução, especialmente quando da adoção do regime de empreitada por preço unitário;
6. Elaborar Estudos Técnicos Preliminares em conformidade com IN Nº 40 de 2020;
7. Elaboração de Projeto Básico em conformidade com os parágrafos 93 e seguintes;
8. Elaboração das especificações técnicas;
9. Elaboração do Orçamento de Referência (atenção para BDI e BDI diferenciado para parcela relativa ao fornecimento);
10. Elaboração do Projeto Executivo ou previsão, no certame, de que o Projeto Executivo ficará a cargo do contratado;
11. Revisão dos critérios de qualificação técnica para verificar se são estritamente necessários à execução do objeto; Justificar as exigências, especialmente no que concerne à capacidade técnica operacional e profissional;
12. Obtenção das licenças necessárias;
13. Previsão no Plano Anual de Contratações;
14. Justificativa para parcelamento ou não do objeto (sempre que viável, parcelar);
15. Verificar a possibilidade de exigência de subcontratação de ME e EPP's;
16. Verificar se os critérios de sustentabilidade ambiental são adequados e suficientes;
17. Designar a Comissão Permanente de licitação;
18. Atestar a disponibilidade orçamentária, bem como a a adequação orçamentária de que trata a LC 101 de 2000;
19. Adequações nas minutas.

181. Vale ressaltar que a presente manifestação representa manifestação jurídica referencial, a qual dispensa a análise individualizada por esta CONJUR das futuras minutas que objetivem a realização de procedimento licitatório na modalidade Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC, na forma eletrônica, tendo por objeto a "contratação de empresa especializada no ramo da construção civil, para execução de obras e instalação de equipamentos de infraestrutura, com fornecimento de material e mão de obra, para a implantação de solução de Radioterapia" no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS, em homenagem à Orientação Normativa AGU n. 55, de 23 de maio de 2014, e ao princípio da

eficiência, desde que utilizadas as minutas padrão anexada ao presente processo, valendo, contudo, realçar a necessidade de a área técnica atestar, de forma expressa, que cada caso concreto se amolda aos termos da presente manifestação referencial, bem como o dever de extrair cópias da presente manifestação e acostá-la a cada um dos autos em que se pretender a aprovação da dispensa de licitação, para fins de controle.

182. Não sendo o caso de perfeito enquadramento na presente manifestação jurídica referencial, em havendo dúvida de cunho jurídico, deve haver a remessa do processo administrativo a esta CGLIC/CONJUR-MS para exame individualizado, mediante formulação dos questionamentos jurídicos específicos, devendo a eventual dúvida jurídica ser devidamente objetivada.

183. Ressalte-se a necessidade da área técnica atestar, de forma expressa, que cada caso concreto se amolda aos termos da presente manifestação referencial, bem como o dever de extrair cópias da presente manifestação e acostá-la a cada um dos autos em que se pretender a aprovação do certame, para fins de controle.

184. Por fim, saliento que caso haja a aprovação do presente parecer, restarão revogados o PARECER REFERENCIAL n. 00165/2015/CONJUR-MS/CGU/AGU (NUP: 25000.031188/2015-53), e suas respectivas adequações e complementações, contempladas no PARECER REFERENCIAL n. 00025/2017/CONJUR-MS/CGU/AGU (NUP: 25000.072822/2017-70), PARECER REFERENCIAL n. 00037/2019/CONJUR-MS/CGU/AGU (NUP: 25000.030351/2018-11), PARECER REFERENCIAL n. 00039/2017/CONJUR-MS/CGU/AGU (NUP: 25000.420769/2017-28) e PARECER REFERENCIAL n. 00036/2019/CONJUR-MS/CGU/AGU (NUP: 25000.144932/2019-11) sobre o tema.

185. Diante do teor do Memorando Circular nº 048/2017-CGU/AGU, recomenda-se o encaminhamento da presente manifestação jurídica referencial para ciência da Consultoria Geral da União, solicitando a abertura de tarefa ao Departamento de Informações Jurídico-Estratégicas (DEINF/CGU/AGU), para ciência.

186. Havendo aprovação deste parecer, devem os autos retornar à Subsecretaria de Assuntos Administrativos para providências.

À consideração superior.

Brasília, 20 de maio de 2021.

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 00737009241202061 e da chave de acesso 71f2d1e2

Notas

1. [b](https://www.gov.br/agu/pt-br/assuntos-1/Publicacoes/cartilhas/ManualdeBoasPraticasConsultivas4Edicaorevistaeampliadaaversaopadrao.pdf) Manual de Boas Práticas Contultivas - AGU 2016. Disponível em <<https://www.gov.br/agu/pt-br/assuntos-1/Publicacoes/cartilhas/ManualdeBoasPraticasConsultivas4Edicaorevistaeampliadaaversaopadrao.pdf>>, acesso na data do Parecer.
2. [b](https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/publicacao/218%252F2014/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc/2/%2520) Disponível em: <<https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/publicacao/218%252F2014/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc/2/%2520>>, acesso na data do Parecer.
3. [b](http://www.licitacaocontrato.com.br/onsAGU.html) Orientações Normativas da AGU. Disponível em <<http://www.licitacaocontrato.com.br/onsAGU.html>>, acesso na data do Parecer.
4. [b](https://portal.tcu.gov.br/data/files/1E/26/8A/06/23DEF610F5680BF6F18818A8/Obras_publicas_recomendacoes_basicas_contratacao_fiscaliz) Obras Públicas - Recomendações Básicas para a Contratação e Fiscalização de Obras de Edificações Públicas. Disponível em <https://portal.tcu.gov.br/data/files/1E/26/8A/06/23DEF610F5680BF6F18818A8/Obras_publicas_recomendacoes_basicas_contratacao_fiscaliz>, acesso na data do Parecer.
5. [b](#), [c](#), [d](#), [e](#), [f](#), [g](#) Manual de obras e serviços de engenharia: fundamentos da licitação e contratação / Manoel Paz e Silva Filho. Brasília: AGU, 2014.
6. [b](https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/orientacoes-para-elaboracao-de-planilhas-orcamentarias-de-obras-publicas.htm) Orientações para Elaboração de Planilhas Orçamentárias de Obras Públicas. Disponível em <<https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/orientacoes-para-elaboracao-de-planilhas-orcamentarias-de-obras-publicas.htm>>, acesso na data do Parecer.
7. [b](#) Políticas públicas nas licitações e contratações administrativas. Belo Horizonte: Fórum, 2ª ed., 2012, p. 154.
8. [b](#) Obras Públicas - Licitação, Contratação, Fiscalização e Utilização, Belo Horizonte, Ed. Forum, 5ª Edição, 2016, p. 75
9. [b](https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/orientacoes-para-elaboracao-de-planilhas-orcamentarias-de-obras-publicas.htm) Orientações para Elaboração de Planilhas Orçamentárias de Obras Públicas. Disponível em <<https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/orientacoes-para-elaboracao-de-planilhas-orcamentarias-de-obras-publicas.htm>>, acesso na data do Parecer.
10. [b](#) (Mendes, Renato Geraldo. Lei de Licitações e Contratos Anotada. Curitiba, Zênite Editora, 8ª Edição, 2011, p. 113
11. [b](#) Justen Filho, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Ed. Dialética. 13ª ed. P. 69.
12. [b](#) Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos: Lei 8.666/1993, 18ª ed. rev., atual. e ampl. -- São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 446 e 447
13. [b](#) 11.1.6.2Será considerado como ocorrido o recebimento provisório com a entrega do relatório circunstanciado ou, em havendo mais de um a ser feito, com a entrega do último.11.1.6.2.1.Na hipótese de a verificação a que se refere o parágrafo anterior não ser procedida tempestivamente, reputar-se-á como realizada, consumando-se o recebimento provisório no dia do esgotamento do prazo.
14. [b](#) iv. 0,2% a 3,2% por dia sobre o valor mensal do contrato, conforme detalhamento constante das tabelas 1 e 2, abaixo; e
15. [b](#) 17.3.3 Os atestados exigidos no subitem anterior, para serem aceitos, deverão ter as seguintes informações:.....17.3.4Será admitida, para fins de comprovação de quantitativo mínimo do serviço, a apresentação de diferentes atestados de serviços executados de forma concomitante;17.5.3 Caso o Regime de Execução seja o de empreitada por preço global ou empreitada integral, será desclassificada a proposta ou lance vencedor nos quais se verifique que qualquer um dos seus custos unitários supera o correspondente custo unitário de referência fixado pela Administração, salvo se o preço de cada uma das etapas previstas no cronograma físico-financeiro não superar os valores de referência discriminados nos projetos respectivos.17.5.4 Caso o Regime de Execução seja o de empreitada por preço unitário, os custos unitários dos itens materialmente relevantes das propostas não podem exceder os custos unitários estabelecidos no orçamento estimado pela administração pública, sendo considerados itens materialmente relevantes aqueles de maior impacto no valor total da proposta e que, somados, representem pelo menos oitenta por cento do valor total do orçamento estimado ou que sejam considerados essenciais à funcionalidade da obra.

Documento assinado eletronicamente por ADRIELE MATOS DE SANTANA SANTOS, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 622328072 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): ADRIELE MATOS DE SANTANA SANTOS. Data e Hora: 20-05-2021 10:33. Número de Série: 129088775082263445319940945. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv5.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA JURÍDICA JUNTO AO MINISTÉRIO DA SAÚDE
COORDENAÇÃO-GERAL DE ANÁLISE JURÍDICA DE LICITAÇÕES, CONTRATOS E INSTRUMENTOS
CONGÊNERES

DESPACHO n. 01972/2021/CONJUR-MS/CGU/AGU

NUP: 00737.009241/2020-61

INTERESSADOS: COORDENAÇÃO GERAL DE ANÁLISE JURÍDICA DE LICITAÇÕES, CONTRATOS E INSTRUMENTOS CONGÊNERES

ASSUNTOS: CONVÊNIOS E OUTROS AJUSTES

1. Estou de acordo com o PARECER REFERENCIAL n. 00289/2021/CONJUR-MS/CGU/AGU, de lavra da Coordenadora de Suporte Jurídico em Assuntos Licitatórios Adrielle Matos de Santana Santos.
2. Recomenda-se, outrossim, que se atente para o disposto na lista de verificação disponibilizada pela Advocacia-Geral da União em <https://antigo.agu.gov.br/page/download/index/id/38894944>.
3. No mais, referenda-se o encaminhamento à SAA e ao DEINF/CGU, consoante proposto.
4. À consideração superior do Sr. Consultor Jurídico.

Brasília, 20 de maio de 2021.

HUGO TEIXEIRA MONTEZUMA SALES

Coordenador-Geral de Análise Jurídica de Licitações, Contratos e Instrumentos Congêneres

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 00737009241202061 e da chave de acesso 71f2d1e2

Documento assinado eletronicamente por HUGO TEIXEIRA MONTEZUMA SALES, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 639733741 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): HUGO TEIXEIRA MONTEZUMA SALES. Data e Hora: 20-05-2021 17:53. Número de Série: 26113175607471164680340473837. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv5.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA JURÍDICA JUNTO AO MINISTÉRIO DA SAÚDE
GABINETE DA CONSULTORIA JURÍDICA

ESPLANADA DOS MINISTÉRIOS, BLOCO G, EDIFÍCIO SEDE, 6º ANDAR, BRASÍLIA/DF, CEP 70058-900

DESPACHO n. 01976/2021/CONJUR-MS/CGU/AGU

NUP: 00737.009241/2020-61

INTERESSADA: Divisão de Procedimentos Licitatórios - DIPLI/CCLIC/CGMAP/SAA/SE/MS.

ASSUNTO: Parecer Referencial. Licitação, na modalidade de Regime Diferenciado de Contratação (RDC), aplicada nos certames que objetivam a execução de obras, implantação de solução de radioterapia, construção e ampliação.

1. Aprovo o PARECER REFERENCIAL n. 00289/2021/CONJUR-MS/CGU/AGU, da lavra da Coordenadora de Suporte Jurídico em Procedimentos Licitatórios, a Advogada da União Adriele Matos de Santana Santos, e o DESPACHO n. 01972/2021/CONJUR-MS/CGU/AGU, subscrito pelo Coordenador-Geral de Análise Jurídica de Licitações, Contratos e Instrumentos Congêneres, o Advogado da União Hugo Teixeira Montezuma Sales, ambos de 20/05/2021, adotando seus fundamentos, conclusões e na forma de manifestação jurídica referencial quanto às minutas que objetivem a realização de procedimento licitatório na modalidade Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC, na forma eletrônica, tendo por objeto a *"contratação de empresa especializada no ramo da construção civil, para execução de obras e instalação de equipamentos de infraestrutura, com fornecimento de material e mão de obra, para a implantação de solução de Radioterapia"* no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS.

2. Reitera-se a recomendação para que a área técnica se atente para o disposto na lista de verificação disponibilizada pela Advocacia-Geral da União - AGU no link: <https://antigo.agu.gov.br/page/download/index/id/38894944>.

3. Ademais, com a presente aprovação, encontram-se revogados o PARECER REFERENCIAL n. 00165/2015/CONJUR-MS/CGU/AGU e suas respectivas adequações e complementações contempladas no PARECER REFERENCIAL n. 00025/2017/CONJUR-MS/CGU/AGU, no PARECER REFERENCIAL n. 00037/2019/CONJUR-MS/CGU/AGU, no PARECER REFERENCIAL n. 00039/2017/CONJUR-MS/CGU/AGU e no PARECER REFERENCIAL n. 00036/2019/CONJUR-MS/CGU/AGU.

4. Por fim, observa-se que por se tratar de manifestação jurídica referencial está dispensada a análise individualizada, por parte desta Consultoria Jurídica, nos autos dos processos que guardarem relação inequívoca e direta com o tema ora analisado, sendo necessário que a área técnica:

- i) ateste, de forma expressa, que o caso concreto se amolda à referida manifestação; e
- ii) extraia cópia da manifestação referencial, com respectivos despachos de aprovação, e acoste aos autos em que se pretende a aprovação.

5. Nestes termos, ao Apoio Administrativo desta Consultoria Jurídica, para que:

- o **a)** junte as presentes manifestações ao sistema SEI e encaminhe os autos virtuais à Subsecretaria de Assuntos Administrativos - SAA/SE/MS, para ciência do opinativo e demais providências cabíveis;
- o **b)** atra tarefa, via sistema SAPIENS:
 - b.i)** à Consultoria-Geral da União, aos cuidados do Departamento de Informações Jurídico-Estratégicas - DEINF/CGU/AGU, para ciência e registro;
 - b.ii)** à Chefe da Coordenação de Organização Administrativa - COAD/CONJUR-MS, para inserção de cópia das presentes manifestações na página do Ministério da Saúde; e
 - b.iii)** à Chefe do Serviço de Apoio aos Sistemas de Tramitação de Documentos, para alimentação da página da Consultoria Jurídica com cópia das presentes manifestações.
- o **c)** posteriormente, archive o processo em epígrafe no sistema SAPIENS.

Brasília, 21 de maio de 2021.

JAILOR CAPELOSSI CARNEIRO
Advogado da União
Consultor Jurídico junto ao Ministério da Saúde

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 00737009241202061 e da chave de acesso 71f2d1e2

Documento assinado eletronicamente por JAILOR CAPELOSSI CARNEIRO, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 640257846 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): JAILOR CAPELOSSI CARNEIRO. Data e Hora: 25-05-2021 14:15. Número de Série: 22817. Emissor: Autoridade Certificadora da Presidencia da Republica v5.
