



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE FEDERAL DO AMAPÁ
GABINETE

PARECER n. 00189/2019/GAB/PFUNIFAP/PGF/AGU

NUP: 23125.028674/2019-86

INTERESSADOS: GABINETE DA REITORIA UNIFAP

ASSUNTOS: LICITAÇÕES

EMENTA: I. CONSULTA. II. REGULARIDADE DA MINUTA DO EDITAL DE PREGÃO ELETRÔNICO PARA AQUISIÇÃO DE MATERIAL PERMANENTE. II. POSSIBILIDADE DESDE QUE ATENDIDAS AS RECOMENDAÇÕES.

Magnífico Reitor,

RELATÓRIO

1- Vêm os autos do processo em epígrafe a esta Procuradoria Federal, objetivando a análise da formalização do processo e da minuta de edital de Pregão Eletrônico, cujo objeto consiste na aquisição de a aquisição de 70 kit's de geração de energia fotovoltaica (solar) referente ao PROJETO DE EXTENSÃO intitulado "Implantação de Sistema de Energia Solar Fotovoltaica em Comunidades Ribeirinhas do Sul do Amapá, Brasil" proposto pelo NÚCLEO DE ESTUDOS EM PESCA E AQUICULTURA AGROECOLÓGICA (NEPA) e LABORATÓRIO DE OCEANOGRAFIA, LIMNOLOGIA E FÍSICO-QUÍMICA (LABLIMNO).

2- O presente processo encontra-se instruído com os seguintes documentos principais:

- o MEMORANDO ELETRÔNICO Nº 1/2019 - LABLIMNO: solicitação de compra de kit's de geração de energia fotovoltaica;
- o Projeto;
- o Orçamento- RLC Energia;
- o Proposta comercial- Solarions;
- o Proposta Comercial- Renovigi;
- o DOCUMENTO DE FORMALIZAÇÃO DA DEMANDA BENS/SERVIÇO Nº 5 / 2019 - REITORIA;
- o DESPACHO Nº 26109/2019 - DEPAG;
- o DESPACHO Nº 26178/2019 - GR: indica, para emissão de portaria, os membros para a Comissão para a Contratação;
- o DESPACHO Nº 26430/2019 - PROAD;
- o DESPACHO Nº 26554/2019 - SECPROAD: encaminha à DEPAG para emissão de portaria;
- o DESPACHO Nº 27070/2019 - DEPAG;
- o ESTUDO TÉCNICO PRELIMINAR Nº 13/2019 - LABLIMNO ;
- o GERENCIAMENTO DE RISCOS Nº 14/2019 - LABLIMNO ;
- o Proposta: R4 Elétrica Solar;
- o Minuta Termo de Referência;
- o DESPACHO Nº 29564/2019 - LABLIMNO ;
- o DESPACHO Nº 29633/2019 - GR ;
- o Autorização do Magnífico Reitor para a aquisição;
- o DESPACHO Nº 29676/2019 - PROAD;
- o DESPACHO Nº 30198/2019 - DIMAT : solicita que o termo de referência seja ajustado ao modelo da AGU;
- o DESPACHO Nº 30627/2019 - DEPAG ;

- o Minuta de Edital, conforme modelo da AGU atualizado;
- o Minuta Termo de Referência;
- o DESPACHO Nº 31860/2019 - DIMAT ;
- o DESPACHO Nº 32017/2019 - PROAD: para informar a disponibilidade orçamentária;
- o DESPACHO Nº 32298/2019 - DGO: informa o crédito orçamentário que atenderá a demanda;
- o Minuta do Contrato;
- o DESPACHO Nº 32376/2019 - DICONTE ;
- o DESPACHO Nº 32480/2019 - PROAD ;
- o DESPACHO Nº 32493/2019 - GR: Magnífico Reitor autoriza a execução da fase externa da licitação. Encaminha para manifestação jurídica;
- o COTA n. 00131/2019/GAB/PFUNIFAP/PGF/AGU: Solicita manifestação do Departamento de Extensão e da PROPLAN;
- o DESPACHO Nº 32697/2019 - DEX;
- o DESPACHO Nº 32772/2019 - PROPLAN.

3- É o breve relatório. Passamos a análise solicitada.

ANÁLISE JURÍDICA

I - DA MODALIDADE DE LICITAÇÃO.

4- O pregão, como se sabe, constitui modalidade de licitação adequada à aquisição de bens e contratação de serviços comuns, conforme previsto no art. 1º da Lei nº 10.520/2002, o que se dá preferencialmente em sua forma eletrônica, conforme dispõe o art. 3º, §1º, do Decreto nº 10.024, de 20 de setembro de 2019 (regulamenta o pregão eletrônico), modalidade que se adequa perfeitamente ao presente caso. Correto, portanto, a utilização do pregão eletrônico.

II – DAS FORMALIDADES DO PROCEDIMENTO:

Solicitação do Setor Requisitante.

5- O livro “Licitações & Contratos – Orientações Básicas”, publicado pelo Tribunal de Contas da União, ensina que “a fase interna do procedimento relativo a licitações públicas observará a seguinte sequência de atos preparatórios: solicitação expressa do setor requisitante interessado, com indicação de sua necessidade (...)” (p. 140).

6- Consta dos autos a requisição através do MEMORANDO ELETRÔNICO Nº 1/2019 - LABLIMNO, com indicação da necessidade da contratação no projeto.

Justificativa Motivada da Contratação.

7 -O art. 3º, inciso I, da Lei nº. 10.520/2002 estabelece que o processo licitatório será instruído com a justificativa da contratação.

8- A justificativa motivada contém nos seguintes documentos anexados ao processo: MEMORANDO ELETRÔNICO Nº 1/2019 - LABLIMNO: solicitação de compra de kit's de geração de energia fotovoltaica; Projeto; ESTUDO TÉCNICO PRELIMINAR Nº 13/2019 - LABLIMNO ; Minuta Termo de Referência; DESPACHO Nº 32697/2019 - DEX; DESPACHO Nº 32772/2019 - PROPLAN.

Pesquisa de Preços.

9- O livro “Licitações & Contratos – Orientações Básicas”, publicado pelo Tribunal de Contas da União, ensina que “a fase interna do procedimento relativo a licitações públicas observará a seguinte sequência de atos preparatórios: estimativa do valor da contratação, mediante comprovada pesquisa de mercado (...)” (p. 140).

10- Desse modo, quanto à pesquisa de preços, convém observar o que descreve o art. 2º da IN 05/2014 SLTI/MPOG (alterada pela Instrução Normativa nº 3, de 20 de abril de 2017). Vejamos:

(...)

Art. 2º A pesquisa de preços será realizada mediante a utilização dos seguintes parâmetros: . (Alterado pela Instrução Normativa nº 3, de 20 de abril de 2017)

I - Painel de Preços disponível no endereço eletrônico <http://paineldeprecos.planejamento.gov.br>; (Alterado pela Instrução Normativa nº 3, de 20 de abril de 2017)

II - contratações similares de outros entes públicos, em execução ou concluídos nos 180 (cento e oitenta) dias anteriores à data da pesquisa de preços; (Alterado pela Instrução Normativa nº 3, de 20 de abril de 2017)

III - pesquisa publicada em mídia especializada, sítios eletrônicos especializados ou de domínio amplo, desde que contenha a data e hora de acesso; ou (Alterado pela Instrução Normativa nº 3, de 20 de abril de 2017)

IV - pesquisa com os fornecedores, desde que as datas das pesquisas não se diferenciem em mais de 180 (cento e oitenta) dias. (Alterado pela Instrução Normativa nº 3, de 20 de abril de 2017)

§1º Os parâmetros previstos nos incisos deste artigo poderão ser utilizados de forma combinada ou não, devendo ser priorizados os previstos nos incisos I e II e demonstrado no processo administrativo a metodologia utilizada para obtenção do preço de referência. (Alterado pela Instrução Normativa nº 3, de 20 de abril de 2017)

(...)

§3º Poderão ser utilizados outros critérios ou metodologias, desde que devidamente justificados pela autoridade competente. (Alterado pela Instrução Normativa nº 3, de 20 de abril de 2017)

11- Conforme a transcrição acima, a administração pública deverá priorizar a utilização do painel de preços e contratações similares de outros entes públicos, com a demonstração no processo administrativo da metodologia utilizada. Frise-se que, o §3º prevê a possibilidade de utilização de outros critérios ou metodologias, mas desde que apresentada justificativa.

12- No caso em análise, observa-se que não consta nos autos a tentativa de obtenção dos dados no Painel de Preços e nem mesmo consta qualquer justificativa. Portanto, sugere-se que a UNIFAP inclua nos autos pesquisa na referida fonte prioritária.

13- Outrossim, ainda no que se refere a pesquisa, constatou-se que a UNIFAP não efetuou a pesquisa em contratações similares de outros entes públicos, em execução ou concluídos nos 180 (cento e oitenta) dias anteriores à data da pesquisa de preços. Assim, suefer-se que seja efetuada a referida pesquisa.

14- Por fim, cabe alertar que na pesquisa realizada a partir de dados extraídos nas licitações realizadas no âmbito da administração pública deverá ser feita com base no melhor preço obtido em três licitações diferentes, não podendo ser utilizados lances ofertados no mesmo certame.

15- Verifica-se que a pesquisa de preços constantes nos autos limitou-se à pesquisa com fornecedores. No entanto, o dispositivo supra transcrito determina que sevem ser priorizadas as pesquisas referidas nos itens 12 e 13 do presente parecer.

16- Com isso, sugere-se o aprimoramento da pesquisa de preços constante nos autos, com a expressa demonstração da metodologia utilizada e com as devidas justificativas.

Autorização de Abertura da Licitação.

17- O artigo 8º, inciso V, da Lei nº. 10.024/2019 e o caput do artigo 38 da Lei nº 8.666/93 exigem que conste, dos autos, a autorização de abertura da licitação.

18- Verifica-se que consta nos autos o DESPACHO Nº 29633/2019 - GR, com autorização expressa do Magnífico Reitor .

Designação do Pregoeiro e Equipe de Apoio.

19- O artigo 8º, inciso VI, c/c art. 14, inciso V, da Lei nº. 10.024/2019 exige que conste, dos autos, a designação do pregoeiro e equipe de apoio, o que fora devidamente atendido.

20- Trata-se de requisito que não foi atendido e que deve ser providenciado.

Previsão de Recursos Orçamentários, com Indicação das Respectivas Rubricas.

21- O artigo 8º, inciso IV, da Lei nº. 10.024/2019, exige que o processo licitatório seja instruído com a previsão de recursos orçamentários, com indicação das respectivas rubricas.

22- Como consabido, nenhum serviço (art. 7º, § 2º, III, da Lei nº 8.666/93) ou compra (artigo 14 da Lei nº 8.666/93) poderá ser licitada sem que haja a previsão de recursos orçamentários.

23- O DESPACHO Nº 32298/2019 - DGO indica o crédito orçamento e as respectivas rubricas. Portanto, requisito atendido.

Elaboração do Termo de Referência.

24- O artigo 3º, inciso XI, da Lei nº. 10.024/2019 conceitua e estabelece os requisitos mínimos do termo de referência. Diz o referido ato normativo que o termo de referência é documento elaborado com base nos estudos técnicos preliminares, que deverá conter:

a) os elementos que embasam a avaliação do custo pela administração pública, a partir dos padrões de desempenho e qualidade estabelecidos e das condições de entrega do objeto, com as seguintes informações:

1. a definição do objeto contratual e dos métodos para a sua execução, vedadas especificações excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, que limitem ou frustrem a competição ou a realização do certame;

2. o valor estimado do objeto da licitação demonstrado em planilhas, de acordo com o preço de mercado;

3. o cronograma físico-financeiro, se necessário;

b) o critério de aceitação do objeto;

c) os deveres do contratado e do contratante;

d) a relação dos documentos essenciais à verificação da qualificação técnica e econômico-financeira, se necessária;

e) os procedimentos de fiscalização e gerenciamento do contrato ou da ata de registro de preços;

f) o prazo para execução do contrato; e

g) as sanções previstas de forma objetiva, suficiente e clara.”

Aprovação do Termo de Referência.

25- O art. 14, inciso II, da Lei nº. 10.024/2019 estabelece que no planejamento do pregão, na forma eletrônica, será observado a aprovação do termo de referência pela autoridade competente, o que fora devidamente atendido no DESPACHO Nº 32493/2019 - GR.

DA REDAÇÃO DA MINUTA DO EDITAL E DOS SEUS ANEXOS

26- No que tange as minutas juntadas aos autos, observa-se que consta a certificação quanto a utilização da minuta da AGU, atualizada em outubro de 2019 (informação descrita na nota de rodapé). Assim, passamos a tecer as seguintes considerações:

- Do edital:

26.1- Conforme nota explicativa descrita na minuta vigente da AGU, tanto a aceitação quanto a vedação de participação de consórcios nas licitações devem ser justificadas, sob pena de ser considerada como restrição à competitividade do certame, conforme entendimento firmado pelo TCU (Acórdão n. 963/2011-2ª Câmara, item 13 e seus subitens). Verifica-se que o item 4.3.6 veta a participação de entidades reunidas em consórcio. Desse modo, recomendamos que as orientações indicadas pelo TCU constem nos processos administrativos.

26.2- Ficamos impossibilitados de fazer a análise do item 9.10.4 devido seu não preenchimento e/ou não apresentação de justificativa quanto a sua não utilização. Convém transcrever o que a nota explicativa contida na minuta da AGU leciona. Vejamos:

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

(...)

A sondagem do mercado se afigura importante, a fim de obter dados sobre o porte das empresas que atuam na área objeto da contratação. Ressalte-se que, se o referido percentual for fixado em seu mais alto patamar e o valor total estimado da contratação também for significativo, trará como consequência a necessidade de comprovação de patrimônio líquido elevado, o que poderá resultar na restrição à participação de interessados no certame, em especial, de microempresas ou empresas de pequeno porte, podendo ferir o princípio constitucional de incentivo a essas unidades empresariais. Por essa razão, é indispensável avaliação técnica sobre o assunto. Caso feita a exigência de capital ou patrimônio líquido mínimo, fica vedada a exigência simultânea de garantia da proposta (art. 31, III, da Lei nº 8.666/93), conforme interpretação do § 2º do mesmo dispositivo.

Desse modo, o setor técnico competente deverá fazer a análise do referido item, e adequá-lo ao caso concreto, nos termos da transcrição acima.

26.3- Observa-se a supressão do item que trata do prazo de vigência de contratação. Desse modo, recomendamos que conste nos autos a justificativa do setor técnico quanto a retirada de qualquer item da minuta da AGU, inclusive nos casos em que a própria especificidade do objeto indique tal necessidade, como por exemplo, o que ocorre nos casos de aquisição para pronta entrega. Verifica-se, ainda, que no contrato coNsta cláusula de vigência (CLÁUSULA SEGUNDA).

26.4- Quanto ao item 4.3.5 do edital, recomendamos que conste o permissivo de participação de empresas em recuperação judicial, desde que seja comprovado que o plano de recuperação foi aprovado e homologado judicialmente, com a recuperação já deferida (art. 58, da Lei nº. 11.101, de 2005).

- Do termo de referência:

26.5- O item 14.1 do Edital prevê que será exigida a prestação de garantia conforme previsto no Termo de Referência. Ocorre que no Termo de Referência não há qualquer previsão acerca da garantia contratual.

O art. 56, incisos I, II e III, da Lei nº 8.666, de 1993, descreve que fica a critério da Administração exigir ou não, a garantia em: caução em dinheiro ou em títulos da dívida pública; seguro garantia e fiança bancária. Frise-se que tal exigência visa assegurar que o contratado efetivamente cumpra as obrigações contratuais assumidas, tornando possível à Administração a reposição de eventuais prejuízos que possa vir a sofrer em caso de inadimplemento, portanto, estando diretamente atrelada a execução do objeto.

Portanto sugere-se a inclusão no Termo de Referência, conforme orientações constantes na minuta da AGU, de cláusula de garantia.

26.6- Observa-se a supressão do item que trata do prazo de vigência de contratação. Desse modo, recomendamos que conste nos autos a justificativa do setor técnico quanto a retirada de qualquer item da minuta da AGU, inclusive nos casos em que a própria especificidade do objeto indique tal necessidade, como por exemplo, o que ocorre nos casos de aquisição para pronta entrega. Verifica-se, ainda, que no contrato coNsta cláusula de vigência (CLÁUSULA SEGUNDA).

- Do contrato

26.7- Verifica-se que, de maneira geral, o contrato atende ao determinado na legislação. No entanto ressalta-se que foram feitas diversas sugestões de adaptações no termo de referência e no edital, que repercutirão no contrato. Portanto, sugere-se que, após as alterações, sejam feitos os ajustes no contrato, para que fique de acordo com edital e o termo e o termo de referência.

27- Registro, por oportuno, que não se insere na competência desta Procuradoria Federal questionar sobre a conveniência e oportunidade do objeto da pretensa contratação e da prática dos atos administrativos que estão reservados à esfera do administrador público legalmente competente, tampouco examinar questões de natureza técnica, financeira e/ou administrativa, salvo hipóteses teratológicas.

CONCLUSÃO

28- Diante do exposto, entendemos que, sob o ponto de vista jurídico, é possível o prosseguimento da licitação, **desde que atendidas as recomendações expostas no presente parecer, especialmente os itens 12, 13, 14, 16, 19, 20 e 26.**

Macapá, 11 de dezembro de 2019.

LARISSA MOUTINHO DE MOURA MOREIRA
Procuradora-Chefe

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 23125028674201986 e da chave de acesso 16314c1b

Documento assinado eletronicamente por LARISSA MOUTINHO DE MOURA, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 354765176 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): LARISSA MOUTINHO DE MOURA. Data e Hora: 11-12-2019 12:52. Número de Série: 17314458. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv5.
