



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

PARECER n. 00102/2021/GAB/PFUNIFAP/PGF/AGU

NUP: 23125.011906/2021-35 (SAPIENS - 00893.000123/2021-76)

INTERESSADOS: GABINETE DA REITORIA UNIFAP

ASSUNTOS: LICITAÇÕES

LICITAÇÃO. OBRA DE AMPLIAÇÃO DOS BLOCOS DE FÍSICA E CIÊNCIAS BIOLÓGICAS NO CAMPUS UNIVERSITÁRIO MARCO ZERO. LEI 8666/93 E DECRETO 7.683/2013. ANÁLISE DAS MINUTAS DE EDITAL DE TOMADA DE PREÇOS E TERMO DE CONTRATO. APROVAÇÃO CONDICIONADA AO ATENDIMENTO DAS RECOMENDAÇÕES ARROLADAS.

RELATÓRIO

1- Trata-se de processo administrativo que versa sobre processo licitatório, na modalidade tomada de preços para contratação de empresa de construção civil para execução, sob o regime de empreitada por preço global, da obra de ampliação dos blocos de física e ciências biológicas, no campus universitário marco zero.

2. O valor máximo que a administração se dispõe a pagar equivale a importância de R\$ 1.213.836,67 (um milhão, duzentos e treze mil, oitocentos e trinta e seis reais e sessenta e sete centavos).

3. No que interessa a presente análise, constam nos autos os seguintes documentos:

- a) memo eletrônico nº 3/2021-REITORIA, autorizando a abertura do processo licitatório;
- b) memo eletrônico nº 35/2021 - PREFEITURA;
- c) formulários de solicitação do projeto pelas coordenações dos cursos de Ciências Biológica e Licenciatura em Física;
- d) versão inicial da minuta de edital de Tomada de Preços e anexos, atualizada em agosto de 2019;
- e) orçamento resumo elaborada pela AEEA;
- f) orçamento sintético de acordo com a tabela SINAPI;
- g) mapa de riscos;
- h) projetos arquitetônico, elétrico, hidrosanitário e estrutural;
- i) RRT do arquiteto urbanista Cairo Cardoso Madureira;
- j) despacho 11849/2021- DGO, informa crédito de capital proveniente de menda parlamentar no valor de R\$ 12.000.000,00 (doze milhões de reais), ainda pendente de liberação e solicita à reitoria liberação do valor de R\$ 1.213.836,67 (um milhão, duzentos e treze mil, oitocentos e trinta e seis reais e sessenta e sete centavos);
- k) autorização da reitoria;
- l) portaria de instituição da equipe de planejamento da contratação;
- m) despacho 14422/2021-DGO, informa complementação de emenda de bancada para despesa de capital totalizando o valor de R\$ 13.440.255,00 (treze milhões, quatrocentos e quarenta reais, duzentos e cinquenta e cinco reais), seguida de tela do SIAFI demonstrando que os créditos estão disponibilizados na conta de crédito disponível, aguardando somente a liberação do limite orçamentário para entrar em execução;
- n) versão atualizada da minuta de edital e anexos: projeto básico/especificações técnicas e memorial descritivo; modelo de planilha orçamentária, modelo de planilha de cronograma física-financeira; composição de BDI; composição de encargos sociais; declaração de fatos impeditivos/não emprega menor; declaração de Vistoria (fl.64); minuta de contrato; elaboração independente da proposta; carta proposta, declaração de microempresa;
- o) despacho 18454/2021-PROAD.

II - CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

1. Inicialmente, cumpre registrar que a análise jurídica por parte desta Procuradoria é feita nos termos do art. 10, §1º, da Lei nº 10.480/02 c/c o art. 11 da Lei Complementar nº 73/93, bem como do parágrafo único do art. 38 da Lei nº 8.666/93.

2. Não se insere no âmbito da competência institucional deste órgão jurídico análises que importem considerações de ordem técnica, próprias dos órgãos de administrativos e acadêmicos da UNIFAP, e aquelas referentes ao juízo de conveniência e oportunidade de seus gestores.

3. Pontua-se, que o parecer jurídico não vincula o gestor, que deve examiná-lo, até mesmo para corrigir eventuais disfunções na administração, e, portanto, não afasta, por si só, a sua responsabilidade por atos considerados irregulares pelo Tribunal de Contas da União (Acórdãos TCU nº 206/2007 – Plenário e nº 19/2002 – Plenário).

4. É nesse sentido o teor do Enunciado nº 7, do Manual de Boas Práticas Consultivas da AGU, que dispõe:

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.

5. A Administração Pública Federal Direta e Indireta de qualquer dos Poderes da União obedece aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (CF, art. 37, caput).

6. As Universidades, por sua vez, gozam de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial, e obedecerão ao princípio de indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão (CF, art. 207, caput).

7. No exercício dessa autonomia, é assegurado às Universidades firmar contratos, acordos e convênios (Lei 9.394/96, art. 53, VII).

III - LEGISLAÇÃO APLICÁVEL

8. No dia 01 de abril de 2021 foi publicado no DOU a Lei 14.133, nova lei de licitações, que embora tenha entrado em vigor imediatamente, só revoga as leis 10.520/2002 e 8.666/93 após decorridos dois anos de sua publicação, com exceção dos arts. 89 a 108 da última lei que foram revogados imediatamente (art. 193).

9. Isso significa que até o dia 01/04/2023 tanto as normas antigas quanto a nova Lei continuarão produzindo efeitos jurídicos, não sendo possível, todavia, combinar regras das duas leis em uma mesma contratação.

10. Assim durante o período de vigência simultânea das normas a administração pode adotar validamente uma das seguintes possibilidades:

- a) Aplicar a lei nova;
- b) Aplicar a lei antiga, ou
- c) Alternar a aplicação de regimes, ora promovendo licitações sob a lei antiga e ora promovendo sob a lei nova.

11. Tendo em vista o preambulo da minuta de edital submetido a análise jurídica resta claro que a opção da administração no presente caso é a aplicação das leis antigas, o que se revela plenamente justificável considerando-se inclusive que ainda não foram elaborados os modelos de minutas da AGU com base na nova legislação.

12. Assim, esta manifestação compreende especialmente a Lei 8666/93 e Decreto 7893/2013.

IV - ANÁLISE JURÍDICA

DA AUTORIZAÇÃO PARA REALIZAÇÃO DA LICITAÇÃO E CELEBRAÇÃO DE NOVOS CONTRATOS

13. Os autos são inaugurados com o memo eletrônico nº 3/2021-REITORIA, que autoriza a autorizando a abertura do processo licitatório, o que veio a ser complementada no despacho 12117-REITORIA, que autoriza a fase externa da licitação.

DA MODALIDADE LICITATÓRIA - TOMADA DE PREÇOS

14. Tratando-se execução de obra estimada em R\$ 1.213.836,67 (um milhão, duzentos e treze mil, oitocentos e trinta e seis reais e sessenta e sete centavos) afigura-se correta a opção pela modalidade Tomada de Preços, conforme o § 2º, do art. 22, bem como a alínea 'b', do art. 23 ambos da Lei nº. 8.666, de 21 de junho de 1993, que assim dispõem:

Art. 22. São modalidades de licitação:

(...)

II - Tomada de Preços;

(...)

§ 2º Tomada de Preços é a modalidade de licitação entre interessados devidamente cadastrados ou que atenderem a todas as condições exigidas para cadastramento até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas, observada a necessária qualificação.

(...)

Art. 23. As modalidades de licitação a que se referem os incisos I a III do artigo anterior serão determinadas em função dos seguintes limites, tendo em vista o valor estimado da contratação:

I - para obras e serviços de engenharia:

(...)

b) Tomada de Preços - até R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais).

PLANEJAMENTO DA CONTRATAÇÃO

Projeto básico e aprovação da autoridade competente

15. A elaboração do estudo técnico preliminar ou projeto básico constitui-se em importante etapa que antecede o projeto básico, nos termos do artigo 6º, da Lei 8.666/93:

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

(...)

IX – Projeto Básico – conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para caracterizar a obra ou serviço, ou complexo de obras ou serviços objeto da licitação, elaborado com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares, que assegurem a viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento, e que possibilite a avaliação do custo da obra e a definição dos métodos e do prazo de execução, devendo conter os seguintes elementos (...).

16. As orientações do Tribunal de Contas da União, constantes em seu Manual intitulado “Obras públicas: recomendações básicas para a contratação e fiscalização de obras de edificações públicas”, 3ª edição, referentes à elaboração de estudo técnico preliminar ou anteprojeto, podem ser estendidas à contratação de serviço de engenharia, senão veja-se:

Os projetos para construção, reforma ou ampliação de um empreendimento serão elaborados em três etapas sucessivas: estudo preliminar ou anteprojeto – realizado na fase preliminar a licitação –, projeto básico e projeto executivo. Todos esses estudos e projetos deverão ser desenvolvidos de forma que guardem sintonia entre si, tenham consistência material e atendam às diretrizes gerais do programa de necessidades e dos estudos de viabilidade.

17. No caso, consta dos autos um estudo denominado Especificações Técnicas e Memorial Descritivo, além de projetos arquitetônico, elétrico, hidrossanitário e estrutural elaborados pela equipe da AEEA, que receberam a chancela da PROAD e da Reitoria

Da definição do regime de execução.

18. A partir da Lei nº 12.309/2010 (Lei de Diretrizes Orçamentárias para 2011) foram introduzidas diferenciações importantes na disciplina das obras e serviços de engenharia executados mediante o regime de empreitada por preço global, em comparação com os demais regimes (empreitada por preço unitário, tarefa e empreitada integral).

19. Os dois regimes de execução mais comuns – empreitada por preço global ou unitário – não possuem relação com o critério de julgamento da licitação (menor preço global ou unitário). Referem-se, ao contrário, à forma de apuração do preço final da obra ou serviço.

20. **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.

21. 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 (art. 47 da Lei nº 8.666/93), justamente para evitar distorções relevantes no decorrer da execução contratual.

22. **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.

23. 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.

24. Vejamos, aliás, a seguinte recomendação do TCU sobre o tema:

1.5.1.2. atentar para o melhor regime de contratação de seus empreendimentos, dando preferência à modalidade de empreitada por preço unitário quando o objeto for pouco previsível, como, por exemplo, no caso de serviços de terraplanagem em áreas com influência de maré; (Acórdão nº 755/2009 – Plenário).

25. A opção da Administração por um ou outro regime, pois, não decorre de mera conveniência: 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 de menor complexidade. Do contrário, deve ser adotada a empreitada por preço unitário.

26. 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.

27. Destaca-se, ainda, que os regimes de execução por empreitada global ou empreitada por preço unitário apresentam diferenças em relação ao limite dos respectivos termos aditivos, nos moldes do DECRETO Nº 7.983, DE 8 DE ABRIL DE 2013, *in verbis*:

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; e

II - **deverá constar do edital e do contrato cláusula expressa de concordância do contratado com a adequação do projeto que integrar o edital de licitação e as alterações contratuais sob alegação de falhas ou omissões em qualquer das peças, orçamentos, plantas, especificações, memoriais e estudos técnicos preliminares do projeto não poderão ultrapassar, no seu conjunto, dez por cento do valor total do contrato**, computando-se esse percentual para verificação do limite previsto no § 1º do art. 65 da Lei nº 8.666, de 1993.

Parágrafo único. Para o atendimento do art. 11, **os critérios de aceitabilidade de preços serão definidos em relação ao preço global e de cada uma das etapas** previstas no cronograma físico-financeiro do contrato, que deverão constar do edital de licitação.

Art. 14. **A diferença percentual** entre o valor global do contrato e o preço global de referência **não poderá ser reduzida em favor do contratado em decorrência de aditamentos que modifiquem a planilha orçamentária.**

(..)

Parágrafo único. Em caso de adoção dos regimes de **empreitada por preço unitário e tarefa**, a diferença a que se refere o caput **poderá ser reduzida para a preservação do equilíbrio econômico-financeiro do contrato em casos excepcionais e justificados, desde que os custos unitários dos aditivos contratuais não excedam os custos unitários do sistema de referência utilizado na forma deste Decreto, assegurada a manutenção da vantagem da proposta vencedora ante a da segunda colocada na licitação.**

Art. 15. A formação do preço dos aditivos contratuais contará com orçamento específico detalhado em planilhas elaboradas pelo órgão ou entidade responsável pela licitação, na forma prevista no Capítulo II, observado o disposto no art. 14 e mantidos os limites do previsto no § 1º do art. 65 da Lei nº 8.666, de 1993.

28. No caso, a Administração optou de forma pelo regime de empreitada por preço **global**.

29. **Deve a Administração estar bem segura da opção, uma vez que o limite para empreitada global do termo aditivo é 10%, conforme previsto no art. 13, inc. II, do Decreto n. 7.983/2013.**

30. Em face disso, **recomenda-se a elaboração da matriz de riscos com a identificação dos itens relevantes e dos correspondentes graus de riscos. Saliente-se que tal recomendação decorre do entendimento do Tribunal de Contas da União nesse sentido (vide Acórdão TCU 1977/2013-Plenário).**

31. A esse respeito, destaca-se os termos da Nota Explicativa constante na minuta da AGU para tomada de preços:

A partir dessa matriz, o Projeto Básico deverá contemplar os índices de “subestimativas ou superestimativas relevantes” a fim de garantir segurança jurídica de eventual necessidade de aditivos para correção de Projeto, como orienta o Tribunal de Contas da União no Acórdão n. 1977/2013-Plenário: “...recomendação à jurisdicionada, para que, doravante, inclua nos editais cláusula a estabelecer, de forma objetiva, o que será objeto de aditamentos durante a execução da avença, bem como a definição do que venha a ser "subestimativas ou superestimativas relevantes””.

Isso consiste em um percentual parâmetro para aferição se eventual necessidade de modificação no projeto básico já estaria inclusa nos riscos do empreendimento (sendo remunerada no contrato pelo BDI) ou se poderia fundamentar uma alteração do projeto e de seu valor mediante termo aditivo. No caso, apenas se a modificação no projeto gerar uma alteração de valor superior ao percentual referencial supracitado é que seria possível a alteração do valor por Termo Aditivo, já que somente neste caso a subestimativa/superestimativa seria considerada "relevante" e superior aos riscos ordinários inclusos no BDI. Tudo isso sem prejuízo da análise técnica acerca dos demais requisitos necessários para que possa haver alteração ulterior do projeto básico, nos termos do art. 65, II da Lei nº 8.666/93.

32. **Dessa forma, a área técnica deverá definir o que será considerado como mera imprecisão, a ser tolerada pelas partes e quais o percentuais de superestimativas ou subestimativas dos itens de maior valor e relevância técnica (avaliado de acordo com a metodologia ABC) que, por erros ou omissões, devem ensejar a elevação de termos aditivos para manutenção do equilíbrio econômico-financeiro da avença, por certo que se observando o limite máximo de tolerância de erros de 10% do valor total do contrato, previsto no art. 13, inciso II, do Decreto n. 7.983, de 2013, em prestígio ao princípio da segurança jurídica, como ainda do art. 6º, inciso VIII, alínea ‘a’ c/c art. 47, art. 49 e art. 65, inciso II, alínea ‘d’, todos da Lei 8.666/93.**

33. Ressalta-se, que no contrato consta no item 10.4 com o seguinte teor: " A assinatura do presente Contrato implica a concordância da Contratada com a adequação de todos os projetos anexos ao instrumento convocatório a que se vincula este ajuste, a qual aquiesce que eventuais alegações de falhas ou omissões em qualquer das peças, orçamentos, plantas, especificações, memoriais e estudos técnicos preliminares dos projetos não poderão ultrapassar, no seu conjunto, a dez por cento do valor total do futuro contrato, nos termos do art. 13, II do Decreto nº 7.983/2013".

Licenciamento ambiental

34. Na etapa de preparação do Projeto Básico é necessário verificar se o empreendimento necessita de licenciamento ambiental. No entanto, referida providência não foi adotada.

35. **Com isso, sugere-se que seja feita uma análise pela área técnica acerca da necessidade de licenciamento ambiental. Caso haja referida obrigatoriedade, sugere-se inclusão de cláusula específica no edital e no contrato.**

Anotação de responsabilidade técnica

36. O projeto básico de engenharia deve ser elaborado por um responsável técnico a ele vinculado, com inscrição no Conselho Regional de Engenharia e Agronomia (CREA) que efetuará o registro das Anotações de Responsabilidade Técnica (ARTs), referentes a esses instrumentos. A propósito já se manifestou o TCU, por meio da Súmula nº 260/2010:

É dever do gestor exigir apresentação de Anotação de Responsabilidade Técnica – ART referente ao projeto, execução, supervisão e fiscalização de obras e serviços de engenharia, com indicação do responsável pela elaboração de plantas, orçamento-base, especificações técnicas, composições de custos unitários, cronograma físico-financeiro e outras peças técnicas.

37. Quanto à exigência do registro de ART, cabe destacar o entendimento consignado pela Câmara Permanente de Licitações e Contratos da PGF, no Parecer nº 07/2015/CPLC/DEPCONSU/PGF, concluindo que todos os trabalhos técnicos que demandem registro de responsabilidade técnica produzidos por servidores públicos engenheiros estão obrigados ao registro da Anotação de Responsabilidade Técnica – ART, ainda que seja questionável a constitucionalidade do pagamento da taxa a que ela se refere.

38. No caso dos autos, consta Registro de Responsabilidade Técnica do arquiteto urbanista Cairo Cardoso Madureira, membro da equipe técnica da AEEA.

Cronograma físico-financeiro

39. O Projeto Básico deve abarcar, também, o cronograma físico-financeiro com as despesas mensais previstas para serem incorridas ao longo da execução da obra ou serviço de engenharia. Esse cronograma auxiliará na estimativa dos recursos orçamentários necessários ao longo de cada exercício financeiro.

40. **No caso dos autos consta no item 12 do memorial descritivo que "O cronograma apresentado como anexo ao Edital deverá servir como referência para os licitantes elaborarem suas propostas. O CONTRATADO deverá ainda, apresentar seu cronograma físico-financeiro detalhado em até 15 (quinze) dias após o recebimento da Ordem de Serviço. O cronograma apresentado pelo CONTRATADO será submetido à aprovação da FISCALIZAÇÃO"**

Projeto Executivo

41. Nos termos do inciso X, do art. 6º, da Lei nº 8.666, de 1993, o Projeto Executivo é *o conjunto de elementos necessários e suficientes à execução completa da obra, de acordo com as normas pertinentes da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT.*

42. É possível que o projeto executivo não seja apresentado quando da realização do procedimento licitatório, uma vez que o § 1º do art. 7º da Lei nº 8.666, de 1993, 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.

Necessidade da contratação e vedações às especificações restritivas

43. A necessidade da contratação foi devidamente justificada no item 3 das Especificações Técnicas e Memorial Descritivo.

Parcelamento da contratação e regra geral da necessária adjudicação por itens

44. Outro ponto relevante diz respeito ao parcelamento do objeto a ser contratado em licitações. Em havendo divisibilidade de natureza técnica e econômica, a regra geral é realizar a adjudicação por itens, tal qual previsto na Súmula TCU nº 247:

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

45. Dito isso, percebe-se que o presente certame previu a adjudicação do objeto em um único item, conforme item 4.2 da minuta de edital.

Critérios e práticas de sustentabilidade nas contratações

46. Em relação aos critérios e práticas de sustentabilidade (subitem 3.3, c, do anexo III da IN SEGES/MP nº 05/2017), deverão ser tomados três cuidados gerais à luz dos arts. 2º e 3º do Decreto nº 7.746/2012:

- a) definir os critérios e práticas objetivamente no instrumento convocatório como especificação técnica do objeto, obrigação da contratada ou requisito previsto em lei especial;
- b) justificar a exigência dos mesmos nos autos;
- c) verificar se os critérios e práticas preservam o caráter competitivo do certame.

47. Não foi por outra razão que os arts 1º e 2º da IN SLTI/MPOG nº 01/2010 dispuseram que as especificações para serviços devem conter critérios de sustentabilidade ambiental, devendo a Administração Pública formular as exigências de forma a não frustrar a competitividade.

48. Posto isso, para definição dos critérios e práticas de sustentabilidade, *recomendam-se as consultas ao art. 5º da Instrução Normativa SLTI/MPOG nº 01/2010, ao art. 3º da IN SLTI/MPOG nº 02/2014 (uso da Etiqueta Nacional de Conservação de Energia - ENCE) e ao "Guia Nacional de Licitações Sustentáveis", disponibilizado pela Consultoria-Geral da União no sítio "http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/400787".*

49. **Feitas essas considerações, sugere-se que a Administração declare, expressamente, que observou os critérios e práticas de sustentabilidade previstos pela legislação, notadamente o guia de sustentabilidade da AGU.**

50. **Se a Administração entender que os serviços não se sujeitam aos critérios de sustentabilidade ou que as especificações restringem indevidamente a competição em dado mercado, deverá apresentar a devida justificativa.**

Do orçamento da contratação e da obrigatoriedade de elaboração de planilhas

51. O Decreto nº 7.983/2013 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.

52. O orçamento de referência é definido no art. 2º, VIII, do citado decreto, como “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”.

53. Por sua vez, o art. 3º, do mesmo decreto, define 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.

54. A metodologia acima, contudo, não é exclusiva, tanto que previstas nos arts. 5º e 6º do referido decreto:

(i) a possibilidade de desenvolvimento de novos sistemas de referência de custos, mediante justificativa técnica e submissão à aprovação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, e desde que haja incompatibilidade na adoção do Sinapi;

(ii) a possibilidade de a estimativa de custo global 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.

55. Ao preço global de referência, diz o Decreto 7.983/2013 que o BDI deverá ser acrescido, o qual deverá evidenciar 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 personalística que oneram o contratado, a taxa de risco, seguro e garantia do empreendimento e ainda a taxa de lucro. No mesmo sentido, a Súmula 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.

56. 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).

57. **No caso, deve o setor técnico competente da Administração atestar que o orçamento constante nos autos observou em sua totalidade as regras acima expostas.**

58. Já o critério de aceitabilidade de preço, por sua vez, é definido no art. 2º, IX, do Decreto nº 7.983/2013 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 7.983/2013 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 SÚMULA TCU Nº 259, 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.

59. No caso, foram juntados, como anexos do edital, as composições de custos unitários e o detalhamento dos encargos sociais e do BDI que integram o orçamento, tal qual exigido pelas Súmulas TCU nº 258 e 259.

Designação formal da comissão especial de licitação

60. **Referida exigência NÃO foi cumprida. Portanto, deve ser providenciado.**

DAS MINUTAS PADRONIZADAS DA AGU - EDITAL E CONTRATO

61. Consta dos autos que a última versão das minutas de edital e de contrato observam o modelo padrão disponibilizado pela Advocacia-Geral da União em julho 2020, não havendo, todavia, a indicação do **responsável por sua produção, o que deve ser sanado.**

62. Atenta-se, por mero dever de ofício, que se, por alguma razão, houve alteração das minutas sem que tenha sido informada nos autos, a mesma deve ser considerada não analisada pela procuradoria, devendo o gestor assumir a integral responsabilidade sobre sua compatibilidade com a ordem jurídica.

63. **No propósito de aperfeiçoar o instrumento do edital de tomada de preços, recomendam-se as seguintes alterações:**

- a) no preâmbulo, identificar corretamente o regime de execução como "empreitada por preço global";
- b) nos itens 2.1, 5.1, 7.9.12.2; 10.6.2, 10.16.7, 10.24, 13.2 e 13.2.1, 19.4, 20.16, e onde mais houver, complementar os espaços em branco;
- c) no item 3.1.2, terminar o texto com o ponto final;
- d) no item 7.7.7, suprimir o texto, uma que não existe previsão no edital e contrato de subcontratação específica de Microempresa e Empresa de Pequeno Porte, conforme art. 7º do Decreto n. 8.538, de 2015;
- e) no item 7.9.1, suprimir a seguinte passagem "relativamente a obra em questão";
- f) no item 7.95, sugere-se atenção a nota explicativa constante no modelo da AGU, que cita vários julgados do TCU para se certificar da manutenção ou não da possibilidade de apresentação de atestados concomitantes;
- g) no item 10.6, substituir a primeira vírgula pela conjunção aditiva "e";
- h) no item 10.6.3, substituir a primeira vírgula pela conjunção alternativa "ou";
- i) no item 11.5, retificar o início do texto para identificar corretamente a autoridade superior a quem deverão ser dirigidos os recursos por intermédio do presidente da CPL;
- j) nos itens 2.1, 5.1, 7.9.12.2; 10.6.2, 10.16.7, 10.24, 13.2 e 13.2.1, 19.4, 20.16, e onde mais houver, complementar os espaços em branco;
- k) no item 17, incluir item 17.1.1, conforme o modelo da AGU, para fins de viabilizar a cessão de crédito decorrente do contrato.
- l) no item 18.8 substituir "união ou entidade" por "UNIFAP"

64. A recomendação da letra "j" objetiva dar cumprimento ao art. 15 da IN SEGES/ME nº 53, de 08 de julho de 2020, que dispõe sobre as regras e os procedimentos para operação de crédito garantida por cessão fiduciária dos direitos de créditos decorrentes de contratos administrativos, realizadas entre o fornecedor e instituição financeira, por meio do Portal de Crédito digital, no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional:

Art. 15 Os editais e respectivos contratos administrativos celebrados devem prever expressamente a possibilidade de cessão dos créditos decorrentes da contratação de que trata esta Instrução Normativa

65. **Quanto a minuta de contrato, em cuja nota de rodapé consta a indicação da adoção do modelo da AGU para obras atualizada em julho de 2020 (última atualização disponível), recomendam-se as seguintes modificações:**

- a) no item 2.1, especificar, assim que possível, a data de início e término da vigência, conforme o modelo de contrato da AGU, atentando-se para a necessidade de se certificar se o prazo de 240 (duzentos e quarenta dias) é razoável e suficiente, de modo a se evitar aditivos e prorrogações desnecessárias;
- b) idem no item 2.2, que trata do prazo de execução;
- c) na Cláusula Segunda, suprimir, por desnecessidade, os itens 2.4 a 2.6;
- d) no item 10.5, iniciar o texto com a palavra "na";
- e) na cláusula décima segunda, identificá-la como "DAS VEDAÇÕES E PERMISSÕES" e incluir itens (12.2, 12.2.1 e 12.2.2) conforme modelo da AGU, para, em sintonia com a Letra "k" do item 63 deste parecer, viabilizar a cessão de crédito,

conforme art. 15 da IN SEGES 53/2020;

DOTAÇÃO ORÇAMENTÁRIA E LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL

66. Os despachos 11849 e 14422/2021-DGO informam os créditos orçamentários que atenderão a despesa.

67. Atenta-se que as exigências do art. 16, incisos I e II, da Lei de Responsabilidade Fiscal – LRF, somente se aplicam às licitações e contratações fundadas em ações orçamentárias do tipo projeto, pois somente essas teriam potencial para criar, expandir ou aperfeiçoar ação com o consequente aumento de despesa (cf. Acórdão TCU nº 1.973/2006 – Plenário).

68. Por consequência, só há necessidade de juntar os cálculos previstos no art. 16, I, §2º, da LRF e a declaração de compatibilidade do aumento da despesa com a LDO e o PPA se a despesa for considerada não rotineira (art. 16, I e II, da Lei Complementar nº 101/2000, Orientação Normativa AGU nº 52 e Conclusão DEPCONSU/PGF/AGU nº 01/2012).

69. **Se este for o caso, deverão ser juntados, em data anterior à realização da licitação, os documentos previstos no art. 16, incisos I e II, da LRF, com as premissas da estimativa de impacto orçamentário-financeiro e a metodologia de cálculo utilizadas (art. 16, §2º, da LRF).**

V - CONCLUSÃO

70. Ante o exposto, aprova-se a minuta de edital de tomada de preços e contrato, desde que sejam observadas as recomendações arroladas neste opinativo, especialmente nos itens 30, 32, 35, 49 ou 50, 57, 60, 63, 65 e 69.

71. Observadas ou não as providências, adverte-se que não incumbe pronunciamento subsequente desta Procuradoria para verificação do cumprimento das recomendações consignadas (enunciado nº 05 do Manual de Boas Práticas consultivas da AGU), nada obstando a formulação de nova consulta com indicação de dúvida jurídica específica.

Macapá, 16 de setembro de 2021.

Waldinelson Adriane S. Santos
Procurador-Chefe Substituto
Portaria 1840/2019-UNIFAP

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 00893000123202176 e da chave de acesso b084d89c

Documento assinado eletronicamente por WALDINELSON ADRIANE SARMENTO DOS SANTOS, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 725144457 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): WALDINELSON ADRIANE SARMENTO DOS SANTOS. Data e Hora: 16-09-2021 17:57. Número de Série: 17341243. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv5.
