



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
EQUIPE DE TRABALHO REMOTO DE LICITAÇÕES E CONTRATOS
NÚCLEO DE LICITAÇÕES E CONTRATOS
PARECER n. 00702/2023/NLC/ETRLIC/PGF/AGU

NUP: 23223.000525/2023-21

INTERESSADOS: INSTITUTO FEDERAL DE EDUCAÇÃO, CIÊNCIA E TECNOLOGIA DO SUDESTE DE MINAS GERAIS - IFSUDESTE MG

ASSUNTOS: REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÃO (RDC)

EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÃO NA FORMA ELETRÔNICA. OBRA/REFORMA DE ENGENHARIA. NO CASO DO RDC, SE O TIPO DE LICITAÇÃO FOR "MENOR PREÇO", O ORÇAMENTO É OBRIGATORIAMENTE SIGILOSO, ENQUANTO SE FOR "MAIOR DESCONTO", SERÁ OBRIGATORIAMENTE DIVULGADO. REGULARIDADE FORMAL DO PROCESSO. APROVAÇÃO COM RESSALVAS.

RELATÓRIO

1. Trata-se de processo administrativo encaminhado a Equipe de Trabalho Remoto de Licitações e Contratos – ETR-LIC, para análise da regularidade jurídica da minuta do Edital de RDC Eletrônico, que tem por objeto, **escolha da proposta mais vantajosa para a contratação de empresa de engenharia para execução** da obra de reforma dos Blocos 2 e Descrição do objeto³ do Campus Santos Dumont para abrigar salas de aula e laboratório, **IfSudeste MG, mediante o regime de execução por empreitada por preço unitário**, conforme justificativas no Projeto Básico e demais instrumentos em anexo, no valor estimado de **R\$ 2.556.467,82**.

2. Os presentes autos encontram-se instruídos com os seguintes documentos, pertinentes à presente análise:

- o Documento de Oficialização da Demanda (fls. 4 e segs, seq 1, SAPIENS)
- o Projeto Básico (fls. 24 e segs, seq 1)
- o Estudo Técnico Preliminar (fls. 135 e segs, seq 2)
- o Mapa de Risco (fls. 12 e segs, seq 1)
- o Declaração de dotação orçamentária (fls. 21 e segs, seq 1)
- o planilhas de custos, composição de custos unitários, orçamentária e cronograma físico e financeiro, BDI (fls. 13 e segs, seq 2)
- o Memorial Descritivo (fls. 144, seq 1)
- o Projetos (fls. 130 e segs, seq 1)
- o ART (fls. 117 e segs, seq 2)
- o Certificação de propriedade (fls. 126 e segs, seq 2)
- o Certificação processual (fls. 223 e segs, seq 2)
- o Aprovação do Projeto Básico (fls. 154)
- o autorização da licitação (fls. 10 e segs, seq 1)
- o Comissão de Licitação de RDC (fls. 157 e segs, seq 2)
- o minuta do Edital (fls. 158 e segs, seq 2)
- o minuta contrato (fls. 205 e segs, seq 2)

3. Por razões de economia processual, documentos não mencionados no item anterior serão devidamente referenciados ao longo do parecer.

4. É o breve relatório. Passa-se à análise.

DA FUNDAMENTAÇÃO

DO ENCAMINHAMENTO DOS AUTOS À ETR-Licitações

5. Inicialmente, cumpre registrar o que dispõe o art. 14 da Portaria PGF nº 931/2018, acerca do encaminhamento de processos para a Equipe de Trabalho Remoto de Licitações e Contratos – ETR-LIC:

Art. 14 São requisitos para o encaminhamento de processos administrativos contendo consultas sobre licitações e contratos da área meio à ETR-Licitações e Contratos:

I – a utilização de minutas padrão de termo de referência, edital de licitação, contrato e ata de registro de preços, conforme o caso, disponibilizados pela Procuradoria-Geral Federal, preferencialmente, ou pela Consultoria-Geral da União; e

II – a utilização das listas de verificação (checklists) da instrução processual disponibilizados pela Procuradoria-Geral Federal, preferencialmente, ou pela Consultoria-Geral da União.

§ 1º As inclusões, modificações e exclusões em minutas padrão deverão ser expressamente comunicadas e previamente submetidas à apreciação da ETR-Licitações e Contratos, em manifestação apartada que indique as disposições alteradas e explicita suas justificativas.

§ 2º Para otimização dos trabalhos, a Coordenação da ETR-Licitações e Contratos poderá definir modelos de comunicação de inclusões, modificações, exclusões ou informações de observância obrigatória.

§ 3º No caso de crescimento excepcional da demanda de processos encaminhados à ETR- Licitações e Contratos, sem que haja ingresso de novos integrantes, o DEPCONSU poderá, ouvido o Responsável pela coordenação da equipe, entre outras medidas, permitir que os processos sejam analisados pela Equipe em prazo superior àquele estabelecido no plano de trabalho.

§ 4º A ETR-Licitações e Contratos não atuará em processos com pedido de análise em regime de urgência ou de prioridade, competindo à Procuradoria Federal junto à autarquia ou fundação pública federal, nesses casos, a realização das respectivas atividades de consultoria jurídica, nos termos da Portaria PGF nº 261, de 05 de maio de 2017.

6. Sendo assim, **nas hipóteses em que não forem observados os requisitos acima, incluindo a informação constante do §1º, os processos serão devolvidos para adequação**, sem prejuízo de que, desde logo, sejam feitas considerações a respeito da legalidade do procedimento e recomendações para regularização.

7. Ainda, destaca-se a necessidade de que seja verificada, pela chefia da unidade de execução da PGF (ou a quem lhe for delegada competência), se os processos encaminhados estão, de fato, instruídos com as minutas da AGU. Essa análise é importante para evitar a devolução dos autos e, por conseguinte, atraso na sua análise jurídica. Para tanto, sugere-se orientar o órgão competente para a responsabilização administrativa em caso de divergência de informação em relação ao uso das minutas.

DOS LIMITES DA ANÁLISE JURÍDICA

8. Ressalte-se que o exame aqui empreendido se restringe aos aspectos jurídicos do procedimento, excluídos, portanto, aqueles de natureza eminentemente técnica, o que inclui o detalhamento do objeto da contratação, suas características, requisitos e especificações. Com relação a esses dados, parte-se da premissa de que a autoridade competente se municiará dos conhecimentos técnicos imprescindíveis para a sua adequação às necessidades da Administração, conforme orientação constante da Boa Prática Consultiva – BPC nº 7, que assim dispõe:

9. "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". (Manual de Boas Práticas Consultivas aprovado pela Portaria Conjunta nº 01, de 2 de dezembro de 2016)

10. Ademais, nos termos do art. 2º, da Portaria PGF n. 931/2018, **exclui-se da competência da ETR-LIC o exame de legislação específica afeta à atividade-fim do ente assessorado que porventura seja aplicável ao**

caso concreto. Tal análise deve ser feita pelo órgão de assessoramento jurídico local, preferencialmente antes do encaminhamento dos autos à ETR-LIC ou no despacho de aprovação do presente parecer.

11. Feitas as ressalvas, passa-se à análise estritamente jurídica do presente processo.

DA AUTORIZAÇÃO PARA REALIZAÇÃO DA LICITAÇÃO E CELEBRAÇÃO DE NOVOS CONTRATOS

12. Consta nos autos, autorização pela autoridade competente para abertura do procedimento licitatório (art. 8º, V, do Decreto n. 10.024/2019), conforme indicado no item 2 desta manifestação .

13. Ressalte-se que a Administração deve se certificar da obediência às regras internas de competência para autorização da presente contratação.

14. De igual modo, para atividades de custeio, deve a Administração Pública comprovar que foi obtida autorização para celebração de contrato prevista no art. 3º do Decreto n.º 10.193, de 27 de dezembro de 2019.

15. Deverá ser atestado nos autos, também, que a presente contratação está contemplada no Plano Anual de Contratações da entidade, em atendimento à INSTRUÇÃO NORMATIVA SEGES/ME Nº 20, de 04 de abril de 2022, da Secretaria de Gestão do Ministério da Economia.

16. Por fim, reputo que no ETP foi demonstrada a essencialidade e o interesse público da contratação.

DA MODALIDADE DE RDC PARA OBRA/REFORMA DE ENGENHARIA

17. A administração definiu o objeto como obra de engenharia e justificou a escolha da modalidade pelo regime diferenciado de contratação - RDC no Projeto Básico e ETP, o que encontra amparo no art. 1º, parágrafos primeiro e terceiro da Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011.

18. Deste modo, passa-se à verificação do atendimento dos requisitos previstos no Decreto nº 7.581/11, que regulamentou a Lei 12.462/11, necessários à instrução da fase preparatória do RDC, sendo certo que cabe ao Administrador observar as demais exigências concernentes à fase externa do procedimento em momento oportuno, posterior a presente manifestação jurídica.

19. Assim, serão tecidas considerações acerca das determinações constantes do ordenamento jurídico, em face do caso vertente, com a ressalva de que os textos das minutas/anexos serão analisados em tópicos especialmente abertos para essa finalidade.

Titularidade e/ou domínio do imóvel

20. Por se tratar de serviço de engenharia/obra em imóvel, necessário que seja demonstrada a sua titularidade/domínio.

21. No caso concreto, consta, conforme indicado no item 2 desta manifestação, a juntada de documentação de domínio do imóvel.

PLANEJAMENTO DA CONTRATAÇÃO

Etapa preliminar ou anteprojeto

22. Quanto aos estudos preliminares, a equipe de planejamento deverá certificar-se de que trazem os conteúdos previstos no art. 7º, da **IN ME nº 40/2020**. Destaque-se, em especial, que o **art. 7º, §2º, da IN ME nº 40/2020 estabelece que os estudos preliminares, obrigatoriamente**, deverão conter:

- descrição da necessidade da contratação, considerado o problema a ser resolvido sob a perspectiva do interesse público (inc. I);
- descrição da solução como um todo, inclusive das exigências relacionadas à manutenção e à assistência técnica, quando for o caso, acompanhada das justificativas técnica e econômica da escolha do tipo de solução (inc. IV);
- estimativa das quantidades a serem contratadas, acompanhada das memórias de cálculo e dos documentos que lhe dão suporte, considerando a interdependência com outras contratações, de modo a possibilitar economia de escala (inc. V);
- estimativa do valor da contratação, acompanhada dos preços unitários referenciais, das memórias de cálculo e dos documentos que lhe dão suporte, que poderão constar de anexo classificado, se a administração optar por preservar o seu sigilo até a conclusão da licitação (inc. VI);
- justificativas para o parcelamento ou não da solução, se aplicável (inc. VII);
- demonstração do alinhamento entre a contratação e o planejamento do órgão ou entidade, identificando a previsão no Plano Anual de Contratações ou, se for o caso, justificando a ausência de previsão (inc. IX);
- posicionamento conclusivo sobre a viabilidade e razoabilidade da contratação (inc. XIII)

23. Eventual não previsão de qualquer dos conteúdos descritos no art. 7º, da IN ME nº 40/2020, deverá ser devidamente justificada no próprio documento, consoante art. 7º, §2º, da IN ME nº 40/2020.

24. Na espécie, percebe-se que os Estudos Preliminares trazidos aos autos contêm, em geral, os elementos exigidos pela IN ME n.º 40/2020, nos termos dos dispositivos acima citados.

25. Certo é que, a elaboração do estudo técnico preliminar ou anteprojeto constitui-se em importante etapa que antecede o projeto básico. 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, explicitam que:

Os projetos para construção, reforma ou ampliação de um empreendimento serão elaborados em três etapas sucessivas: estudo preliminar ou anteprojeto – realizado na fase preliminar da 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.

Gerenciamento de riscos

26. Quanto ao mapa de riscos, consta nos autos sua juntada, conforme indicado no item 2 desta manifestação. Por tratar-se de aspecto técnico deixa este Procurador de adentrar ao mérito. Não obstante deve haver a identificação dos itens relevantes e dos correspondentes graus de riscos. Saliente-se que tal recomendação decorre da IN SEGES/MP nº 05/2017, e entendimento do Tribunal de Contas da União nesse sentido (vide Acórdão TCU 1977/2013-Plenário).

Projeto básico e aprovação da autoridade competente

27. Inicialmente, cumpre lembrar que, sempre que possível, o projeto básico deverá observar os modelos elaborados pela Advocacia-Geral da União e seguir, com adaptações ao caso concreto.

28. No caso, consta o PROJETO BÁSICO, aprovado pela autoridade administrativa competente. Trata-se de exigência contida no artigo 8º, § 5º, da Lei 12.462/2011, *verbis*:

“Art. 8º (...).

§ 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.”

29. Nos termos do que registrado no inciso IV e no **parágrafo único** do artigo 2º da Lei nº 12.462/2011, a finalidade do projeto básico é a de definir, de maneira precisa e adequada, o objeto do contrato (que compreende o conjunto de obrigações por serem pactuadas e assumidas pelas partes no negócio jurídico), *verbis*:

“Art. 2º Na aplicação do RDC, deverão ser observadas as seguintes definições:

(...)

IV - projeto básico: conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para, observado o disposto no parágrafo único deste artigo:

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;

(...)

Parágrafo único. O projeto básico referido no inciso IV do caput deste artigo deverá conter, no mínimo, sem frustrar o caráter competitivo do procedimento licitatório, os seguintes elementos:

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.”

30. Pela natureza técnica do referido documento, deve a Administração certificar-se de que todos os conteúdos do inciso IV e do parágrafo único, ambos do artigo 2º da Lei nº 12.462/2011, estão presentes nos autos, que se recomenda.

Projeto Executivo

31. No que toca à necessidade de elaboração de projeto executivo, trata-se de exigência contida no art. 8º, § 7º, da Lei nº 12.462/2011, *verbis*:

Art. 8º (..)

§ 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.

32. A própria Lei nº 12.462/2011 conceitua o projeto executivo como sendo o conjunto dos elementos necessários e suficientes à execução completa da obra, de acordo com as normas técnicas pertinentes.

33. 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 12.462/2011, permite que tenha o seu desenvolvimento concomitante com a execução das obras e serviços, desde que autorizado pela Administração.

34. Assim, deverá a Administração apresentar justificativa sobre o atendimento do exposto acima, o que se recomenda, vez que não foi observado nos autos, a existência do projeto executivo.

35. Dito isto, passaremos a destacar, nos tópicos seguintes, pontos específicos do planejamento da contratação, considerados essenciais à avaliação da regularidade geral do presente procedimento.

Necessidade da contratação e vedações às especificações restritivas

36. A necessidade da contratação foi devidamente justificada nos autos e no ETP.

37. Como se sabe, a justificativa da necessidade da contratação constitui questão de ordem técnica e administrativa, razão pela qual, a teor do Enunciado nº 07 do Manual de Boas Práticas Consultivas da Advocacia Geral da União, não deve esta ETR-Licitações e Contratos se pronunciar conclusivamente acerca do mérito (oportunidade e conveniência) da motivação apresentada e das opções feitas pelo administrador, exceto na hipótese de afronta a preceitos legais, o que não nos parece ser o caso.

38. Destaque-se que o inciso VI, do art. 2º da Lei nº 12.462/2011, veda a inclusão, no objeto da licitação, de fornecimento de materiais e serviços sem previsão de quantidades, in verbis:

“Art. 2º Na aplicação do RDC, deverão ser observadas as seguintes definições:

(...)Parágrafo único. O projeto básico referido no inciso IV do caput deste artigo deverá conter, no mínimo, sem frustrar o caráter competitivo do procedimento licitatório, os seguintes elementos:

(...)

VI - orçamento detalhado do custo global da obra, fundamentado em quantitativos de serviços e fornecimentos propriamente avaliados.” – (destaquei)

39. Em atenção ao preceito legal retro mencionado, impõe-se que sejam apresentados os quantitativos estimados para a licitação, de forma justificada, mesmo que sucintamente, considerando-se ainda que de tal estimativa dependerá o valor contratual.

40. Observe-se, ainda, que são vedadas especificações do objeto que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, limitem ou frustrem a competição ou sua realização. Portanto, **o gestor deverá tomar as devidas cautelas para assegurar que as especificações correspondam àquelas essenciais à contratação, sem as quais não poderão ser atendidas as necessidades da Administração.**

41. Registre-se que o gestor deverá estar atento às diretrizes gerais do subitem 1.1 do anexo V da IN SEGES/MP nº 05/2017, quais sejam:

a) prever especificações que representem a real demanda de desempenho do órgão ou entidade, não sendo admissíveis especificações que deixem de agregar valor ao resultado da contratação ou sejam superiores às necessidades do órgão ou entidade;

b) não fixar especificações que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, limitem, injustificadamente, a competitividade ou direcionam ou favoreçam a contratação de prestador específico;

c) não adotar especificações que estejam defasadas tecnológica e/ou metodologicamente ou com preços superiores aos de serviços com melhor desempenho.

42. Recomenda-se que a Administração se certifique de que as especificações técnicas previstas no projeto básico atendem às premissas acima citadas.

Parcelamento da contratação e regra geral da necessária adjudicação por itens

43. 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.

44. Convém registrar que eventual agrupamento de itens não pode se fundar na invocação geral de que há necessidade de integração entre os bens a serem adquiridos, devendo a justificativa avançar para aspectos técnicos e fáticos que confirmem tal posição. Sobre esse ponto, vale destacar o entendimento do TCU sobre a justificativa administrativa para o agrupamento de itens, conforme Acórdão TCU nº 1972/2018-Plenário (Rel. Min, Augusto Sherman, 22/08/2018):

30. [...] Além disso, mesmo nas respostas às oitivas, constata-se não terem sido apresentadas razões de ordem técnica para não se realizar o parcelamento do objeto, apenas sendo explicitados motivos de cunho gerencial, relacionados, principalmente, com eventuais dificuldades que poderiam surgir na apuração de responsabilidades de prestadores distintos.

[...]

32. Com efeito, forçoso reconhecer que sempre que existente algum grau de integração entre serviços, tal como no objeto em questão, a possibilidade de surgimento de tais dificuldades, como regra, estará presente. Contudo, a simples possibilidade de ocorrerem tais problemas, por si só, não pode servir de fundamento para contrariar-se a regra legal de priorizar-se o parcelamento do objeto, em especial considerando que os níveis de integração podem variar de um caso para outro, bem como tendo em conta a viabilidade de, em várias hipóteses, serem implementados parâmetros e controles que viabilizem o adequado funcionamento conjunto das prestações ou, se for o caso, a devida identificação de responsabilidades.

33. De todo modo, considero que qualquer grau de aglutinação do objeto que se pretenda, em função de constituir exceção à regra legal do parcelamento, deverá ser prévia e tecnicamente justificado.

34. As circunstâncias evidenciadas nesta Representação, aliás, sinalizam que a forma de proceder do Crea/MG, com a aglutinação de todos os serviços em questão em um só objeto, pode estar viabilizando que uma só empresa se eternize como a única prestadora possível. (grifo nosso)

45. Dito isso, percebe-se que o presente certame previu a adjudicação do objeto a um único vencedor, com a apresentação das devidas justificativas técnicas no ETP, não cabendo a este órgão jurídico adentrar a estas questões.

Critérios e práticas de sustentabilidade nas contratações

46. Em relação aos critérios e práticas de sustentabilidade (inciso XII, do art. 7º, da IN SG/ME nº 40/2020), 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 consultas ao art. 6º da Instrução Normativa SLTI/MP nº 01/2010 e ao novo Guia Nacional de Contratações Sustentáveis (3ª edição, revista, atualizada e ampliada. Abril/2020), disponibilizado pela Consultoria-Geral da União no sítio http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/270265.

49. 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.

50. Feitas essas considerações, verifica-se que a Administração fez constar critérios relativos às práticas de sustentabilidade previstos pela legislação, conforme informação do estudo preliminar e Projeto Básico.

Do orçamento da contratação e da obrigatoriedade de elaboração de planilhas

51. Quanto ao orçamento, é dever da Administração, na contratação de obras/reformas e serviços de engenharia, elaborar orçamento detalhado em planilhas com a consolidação dos quantitativos e preços unitários e total da contratação (art. 2º, parágrafo único, inciso VI, da Lei nº 12.462/2011).

52. Tendo em conta a natureza estritamente técnica do orçamento, a adequação da metodologia empregada para estimar os custos unitários da contratação deixará de ser examinada neste parecer, por se tratar de atribuição não afeta à formação jurídica e ao prisma do exame da estrita legalidade.

53. Considera-se prudente, contudo, ressaltar alguns pontos considerados relevantes sob o prisma jurídico, a fim de melhor orientar, nesse particular, a atuação administrativa. Senão, veja-se.

54. De acordo com o art. 8º, § 3º da Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011, o custo global de obras/reformas 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.

55. No caso de inviabilidade da definição dos custos consoante o disposto acima, 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.

56. No caso de RDC, se a licitação for do tipo "menor preço", o orçamento é obrigatoriamente sigiloso, enquanto se for "maior desconto", será obrigatoriamente divulgado (art. 9º, §1º e § 2º, inciso I, do Decreto nº 7.581, de 11 de outubro de 2011).

57. Por outro lado, não há aplicação do Decreto nº 7.983/13 nas contratações feitas pelo RDC. Seja porque o Decreto nº 7.581/11 já traz a vasta maioria das previsões relevantes daquele ato; seja porque o próprio art. 18 do Decreto nº 7.983/13 é expresso ao prever que "Art. 18 A elaboração do orçamento de referência e o custo global das obras e serviços de engenharia nas contratações regidas pela Lei nº 12.462, de 04 de agosto de 2011, obedecerão às normas específicas estabelecidas no Decreto n. 7.581, de 11 de outubro de 2011."

58. Assim, recomenda-se manifestação formal do setor competente contendo a análise e as justificativas acerca da metodologia de obtenção dos custos global e unitários de referência da licitação. Tal providência deverá ser informada nos autos.

59. Recomenda-se a consulta ao Acórdão TCU nº 2622/2013- Plenário para a obtenção de percentuais de referência para o BDI.

60. O gestor deverá observar ainda o teor das Súmulas TCU:

253: 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.

254: O IRPJ – Imposto de Renda Pessoa Jurídica – e a CSLL – Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – não se consubstanciam em despesa indireta passível de inclusão na taxa de Bonificações e Despesas Indiretas - BDI do orçamento-base da licitação, haja vista a natureza direta e personalística desses tributos, que oneram pessoalmente o contratado.

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.

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.

Cálculo da Contribuição Previdenciária

61. Por força do art. 7º da Lei nº 12.546/2011 foi afastado o caráter obrigatório do recolhimento das contribuições previdenciárias mediante alíquota da receita bruta e permitido que a empresa opte pela regra veiculada, ou pela tradicional, definida no art. 22 da Lei nº 8.212/1991.

62. Portanto, ante a possibilidade de escolha da forma de recolhimento do tributo pelas empresas, surge para a Administração o dever de buscar a proposta mais vantajosa prestigiando o princípio de economicidade e as planilhas devem todas, para obras e para serviço de engenharia, serem avaliadas quanto ao melhor critério de tributação, o previsto no art. 7º da Lei nº 12.546/211, ou o estabelecido no art. 22, da Lei nº 8.212/91.

63. Nessa linha, a Consultoria-Geral da União, por meio do PARECER n. 00044/2019/DECOR/CGU/AGU, elaborado pelo Departamento de Coordenação e Orientação de Órgão Jurídicos e aprovado pelo Senhor Consultor Geral da União, exarou entendimento orientando que:

a) é de cada empresa a responsabilidade pela cotação correta dos encargos tributários, devendo o setor responsável da Administração Pública aplicar a legislação vigente e analisar a adequação dos encargos previstos, quando da análise das propostas apresentadas na licitação.

b) na fase preparatória da licitação, ao fazer uma estimativa do valor do futuro contrato, a Administração deverá confeccionar um único orçamento de referência, no qual considerará o regime tributário que lhe for mais vantajoso, embora os licitantes possam elaborar suas planilhas de custos e formação de preços com observância do regime tributário a que se sujeitam.

c) Caso o licitante adote em sua proposta os critérios constantes do orçamento de referência (se estes não lhe foram aplicáveis), não pode, em hipótese de adjudicação e ulterior contratação, pleitear reequilíbrio econômico do contrato com base nesta discrepância.

d) durante a análise das propostas, a comissão de licitação ou o pregoeiro deverão analisar a adequação do planejamento feito pelo licitante com eventual opção ou não pela desoneração previdenciária, tendo em vista que tal diligência é essencial para a verificação da exequibilidade da planilha de formação de preços, bem como para afastar eventuais riscos de inexecução contratual.

e) em contratos vigentes, não deve ser feita a redução unilateral de percentuais de tributos inadequadamente previstos na proposta e superiores ao efetivamente incidentes, porém aceitos pela administração antes da contratação;

f) inexistente direito do contratado a reequilíbrio econômico, quando em sua proposta subdimensionou os percentuais de tributos incidentes;

g) na hipótese de em que os percentuais de tributos previstos na proposta são superiores ao efetivamente incidentes, e esta discrepância é identificada apenas depois da contratação, é possível abrir-se negociação para uma redução consensual, sob pena, inclusive, de eventual rescisão contratual ou não prorrogação do contrato.

64. Portanto, para que a Administração elabore seu orçamento de referência, deverá avaliar o regime tributário que lhe for mais vantajoso. Para tanto, recomenda-se a simulação de duas planilhas nas duas condições possíveis de recolhimento da contribuição previdenciária pelas empresas, a fim de constatar qual será o mais vantajoso.

65. O menor valor global obtido a partir das planilhas simuladas, deverá ser utilizado para a elaboração do orçamento de referência para a licitação das obras e serviços, cabendo à Administração dar ampla publicidade a respeito do regime de tributação adotado para a elaboração dos orçamentos no termo de referência ou projeto básico e no edital da licitação.

66. Assim, recomenda-se à Administração avaliar os dois orçamentos, nas duas condições possíveis de recolhimento da contribuição previdenciária pelas empresas, para se constatar qual será o mais vantajoso e elaborar o orçamento de referência a partir deste. Deve manifestar-se precisamente sobre o ponto, com inclusão no Termo de Referência/Projeto Básico o orçamento de referência e o regime tributário adotado, dando ampla publicidade aos licitantes.

Da exigência de Anotação de Responsabilidade Técnica - ART ou Registro de Responsabilidade Técnica - RRT

67. Nos termos do art. 10 do Decreto nº 7.983/2013, a anotação de responsabilidade técnica pelas planilhas orçamentárias deverá constar do projeto que integrar o edital de licitação, inclusive de suas eventuais alterações.

68. De acordo com a Súmula TCU nº 260, “é dever do gestor exigir apresentação de Anotação de Responsabilidade Técnica - ART referente a 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”.

69. A matéria a respeito da constitucionalidade das taxas de polícias pela ART restou superada pelo STF no julgamento do Recurso Extraordinário 838.284, que declarou a constitucionalidade da cobrança de ART. Segundo o STF, "não viola a legalidade tributária a lei que, prescrevendo o teto, possibilita o ato normativo infralegal fixar o valor de taxa em proporção razoável com os custos da atuação estatal, valor esse que não pode ser atualizado por ato do próprio conselho de fiscalização em percentual superior aos índices de correção monetária legalmente previstos."

70. Conforme a Nota Interna n. 02/2016/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU, o ente público produtor do trabalho técnico especializado é o sujeito passivo das taxas referentes à Anotação de Responsabilidade Técnica, decorrente do exercício do poder de polícia do CREA, e das taxas referentes ao Registro de Responsabilidade Técnica, em razão do exercício do poder de polícia do CAU.

71. Dessa forma, **todos os trabalhos técnicos que demandem registro de responsabilidade técnica estão obrigados ao registro da Anotação de Responsabilidade Técnica - ART ou Registro de Responsabilidade Técnica - RRT, conforme se trate de engenheiro, arquiteto ou urbanista.** Assim, **recomendo** que o órgão técnico competente registre nos autos que todas as ART's necessárias e obrigatórias, bem como demais peças técnicas, foram devidamente emitidas e assinadas – em cumprimento ao enunciado da Súmula nº 260/TCU. **Observa-se, apenas, que, caso tenham ocorrido modificações em qualquer peça técnica (plantas, orçamento base, cronograma físico-financeiro, especificações técnicas, etc), deve a Administração exigir, também, a ART do autor do projeto básico originário.**

Designação formal da comissão de licitação

72. A legislação (art. 34, da Lei do RDC) prescreve que as licitações promovidas consoante o RDC serão processadas e julgadas por comissão permanente ou especial de licitações, composta majoritariamente por servidores ou empregados públicos pertencentes aos quadros permanentes dos órgãos ou entidades da administração pública responsáveis pela licitação.

73. No caso, conforme item 2 desta manifestação, consta informação de designação da comissão permanente de licitação.

Participação de Microempresas e Empresas de Pequeno Porte

74. O Decreto nº 8.538, de 2015, prevê tratamento favorecido, diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte nas contratações públicas de bens, serviços e obras.

75. O art. 6º do referido decreto estabelece que, nos itens ou lotes de licitação cujo valor esteja abaixo de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), a participação no processo licitatório deve ser exclusivamente destinada às microempresas e empresas de pequeno porte. A Orientação Normativa AGU nº 10/2009, por sua vez, pacifica a forma de aferição do valor de R\$ 80.000,00 como sendo a referente ao período de um ano da contratação.

76. Adicionalmente, vale lembrar que, de acordo com a Orientação Normativa AGU n. 47/2014, é obrigatória a participação exclusiva de ME e EPP na licitação quando os itens ou lotes/grupos tiverem valor igual ou inferior a R\$ 80.000,00.

77. Há, ainda, previsão facultativa de estabelecimento, nos instrumentos convocatórios:

i) de exigência de subcontratação de microempresas ou empresas de pequeno porte nos termos do art. 7º do Decreto nº 8.538, de 2015;

ii) de prioridade de contratação de microempresas e empresas de pequeno porte sediadas local ou regionalmente, até o limite de dez por cento do melhor preço válido nos termos do art. 9º, II, do Decreto nº 8.538, de 2015.

78. Registre-se que os tratamentos diferenciados previstos no presente tópico também se aplicam às cooperativas com receita bruta equivalente à das empresas de pequeno porte, por força do art. 34 da Lei nº 11.488, de 2007.

79. Por fim, os tratamentos diferenciados devem ser afastados quando incidente alguma das situações previstas no art. 10 do Decreto nº 8.538/2015, o que requer a devida justificativa. Dispõe referido artigo:

Art. 10. Não se aplica o disposto nos art. 6º ao art. 8º quando:

I - não houver o mínimo de três fornecedores competitivos enquadrados como microempresas ou empresas de pequeno porte sediadas local ou regionalmente e capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório;

II - o tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e as empresas de pequeno porte não for vantajoso para a administração pública ou representar prejuízo ao conjunto ou ao complexo do objeto a ser contratado, justificadamente;

III - a licitação for dispensável ou inexigível, nos termos dos arts. 24 e 25 da Lei nº 8.666, de 1993, excetuadas as dispensas tratadas pelos incisos I e II do caput do referido art. 24, nas quais a compra deverá ser feita preferencialmente por microempresas e empresas de pequeno porte, observados, no que couber, os incisos I, II e IV do caput deste artigo; ou

IV - o tratamento diferenciado e simplificado não for capaz de alcançar, justificadamente, pelo menos um dos objetivos previstos no art. 1º.

Parágrafo único. Para o disposto no inciso II do caput, considera-se não vantajosa a contratação quando:

I - resultar em preço superior ao valor estabelecido como referência; ou

II - a natureza do bem, serviço ou obra for incompatível com a aplicação dos benefícios.

80. Diante disso, verifica-se que, no caso, a estimativa do valor da contratação ultrapassa R\$ 80.000,00. Foi acertada, portanto, a não exigência da participação exclusiva das microempresas e empresas de pequeno porte no presente certame.

DAS MINUTAS PADRONIZADAS DA AGU – EDITAL E CONTRATO

81. Foi utilizado nos autos, modelos da AGU específicos para licitações de obras de engenharia por RDC.

82. Vale observar que a não identificação de eventuais inclusões, adaptações, modificações e exclusões de texto da minuta, a um só tempo, ofende a exigência dos artigos 29 e 35 da IN SEGES/MP n. 05/2017 e compromete a eficiência da análise jurídica e, por consequência, a celeridade na manifestação deste órgão jurídico. Assim, 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 consultoria jurídica, devendo o gestor assumir a integral responsabilidade sobre sua compatibilidade com a ordem jurídica

83. O regramento instituído na RDC altera a sistemática usual dos processos licitatórios. Uma das significativas inovações procedimentais previstas na referida Lei reside precisamente na inversão de ordem das fases de *habilitação e julgamento*.

84. Conforme disposto no artº. 14 da Lei nº. 12.462/2011, na fase de habilitação das licitações realizadas no âmbito do RDC “*aplicar-se-á, no que couber, o disposto nos artºs. 27 a 33 da Lei nº. 8.666*”.

85. Esses dispositivos elencam os requisitos de habilitação que podem ser exigidos do licitante interessado para fins de comprovação da sua habilidade jurídica, qualificação técnica, qualificação econômico-financeira, regularidade fiscal, bem como atendimento das regras trabalhistas previstas na Constituição Federal.

86. No tocante à **comprovação da aptidão técnica**, cumpre destacar que o inciso II, do art. 30 da Lei nº 8.666/93 faz referência a duas categorias de qualificação: uma relativa ao licitante e outra relativa ao pessoal técnico do licitante. Pode a Administração impor exigências relativas a ambos, que podem ser comprovadas por meio de atestados, nos termos do § 3º do mesmo dispositivo:

§ 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.

81. Destaca-se, ainda, o disposto no art. 30, § 5º, da Lei nº 8.666/93:

§ 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.

87. Além disso, a Súmula TCU nº 263/2011 assim estabelece:

Para a comprovação da capacidade técnico-operacional das licitantes, e desde que limitada, simultaneamente, **às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto a ser contratado**, é legal a exigência de comprovação da execução de quantitativos mínimos em obras ou serviços com características semelhantes, **devendo essa exigência guardar proporção com a dimensão e a complexidade do objeto a ser executado**.

88. Em resumo, pode-se adotar como parâmetros da qualificação técnica: **a)** em regra, limitar a 50% do quantitativo a ser executado na futura contratação - ver Informativos/TCU nºs 104, 102, 98, 86, 85, 77, 73, 22, 21 e Acórdão nº 2.215/2008-Plenário; **b)** deve se aceitar o somatório de atestados, sempre que não houver motivo para justificar a exigência de atestado único - ver Informativo nº 107; **c)** evitar impor número mínimo de atestados – Informativos nºs 88, 73, 12 e Acórdão nº 571/2006 e, caso exija, nessa comprovação podem ser exigidos quantitativos cujo percentual mínimo não pode ser superior a 50% dos quantitativos dos itens de maior relevância da planilha orçamentária, mas exige-se que seja consignado no respectivo processo, expressa e publicamente, os motivos dessa exigência, e demonstre, tecnicamente, que os parâmetros fixados são necessários, suficientes e pertinentes ao objeto licitado, assegurando-se de que a exigência não implica restrição do caráter competitivo do certame conforme Acórdão TCU nº. 1284/2003 – Plenário; **d)** não estabelecer número máximo de atestados – Informativo nº 06; **e)** não exigir de parcelas que não sejam relevantes – Informativos nºs 20 e 04; **f)** não limitar a comprovação da experiência anterior a situações que não apresentem peculiaridades que justifiquem a diferenciação – Informativos nºs 16 (construção de estádio) e 107 (Porto); **g)** visto do CREA local somente no momento do início da atividade – Informativo nº 20; **h)** não restringir o local do emissor do atestado ou da prestação dos serviços - Informativos nºs 97 e 14.

89. Assim, recomenda-se que a Administração se certifique de que os parâmetros fixados são necessários, suficientes e pertinentes ao objeto licitado, assegurando-se que a exigência não implica restrição do caráter competitivo do certame (Acórdão nº 135/2005 – Plenário TCU).

90. A **qualificação econômico-financeira** do licitante deve ser ponderada de acordo com o vulto da obra ou serviço pretendidos, não sendo um conceito absoluto. O objetivo da exigência da qualificação econômico-financeira é o de examinar se o licitante estará apto a executar o objeto do futuro contrato. Ressalte-se que as exigências relativas à qualificação econômico-financeira deverão ser relativas aos quantitativos de cada obra/serviço a ser contratado, nos termos do Acórdão nº 6.854 da 2ª câmara do TCU.

DOTAÇÃO ORÇAMENTÁRIA E LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL

91. No presente caso, em atenção ao art. 4º, inciso V, do Decreto nº 7.581/2011, consta do processo a declaração do setor competente acerca da previsão dos recursos orçamentários necessários para fazer face às despesas decorrentes da futura contratação., conforme item 2 desta manifestação.

92. Necessário destacar, outrossim, que o atendimento ao art. 16, incisos I e II, da Lei Complementar nº 101/2000, somente será necessário se as despesas que amparam a ação orçamentária em apreço não forem

qualificáveis como atividades, mas, sim, como projetos, isto é, se não constituírem despesas rotineiras, como estabelece a Orientação Normativa AGU nº 52/2014 ("*As despesas ordinárias e rotineiras da administração, já previstas no orçamento e destinadas à manutenção das ações governamentais preexistentes, dispensam as exigências previstas nos incisos I e II do art. 16 da Lei Complementar nº 101, de 2000*").

DA PUBLICAÇÃO DO EDITAL E DA LEI DE ACESSO À INFORMAÇÃO

93. A publicidade do instrumento convocatório deve obedecer aos termos dispostos no art. 11 do Decreto nº 7.581/2011, observando-se, o prazo mínimo para apresentação das propostas, conforme art. 15, da Lei nº 12.462/2011, que fixa, para a contratação de obras ou serviços, 15 (quinze) dias **úteis** contados a partir da publicação do instrumento convocatório.

94. De acordo com o art. 8º, §2º, da Lei nº 12.527/2011 c/c art. 7º, §3º, V, do Decreto nº 7.724/2012, **deverá haver disponibilização dos seguintes documentos e informações no sítio oficial do ente na internet:**

- a) cópia integral do edital com seus anexos;
- b) resultado da licitação;
- c) contratos firmados e notas de empenho emitidas.

CONCLUSÃO

95. Em face do exposto, manifesta-se esta Equipe de Trabalho Remoto de Licitações e Contratos - ETR- Licitações no sentido da aprovação da minuta do edital do RDC e dos respectivos anexos, condicionada ao atendimento das recomendações formuladas, notadamente as destacadas, ressalvado o juízo de mérito da Administração e os aspectos técnicos, econômicos e financeiros, que escapam à análise jurídica deste órgão de consultoria.

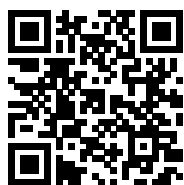
96. Registre-se, por fim, que não há determinação legal a impor a fiscalização posterior de cumprimento de recomendações feitas. Eis o teor do BPC nº 05: "*Ao Órgão Consultivo que em caso concreto haja exteriorizado juízo conclusivo de aprovação de minuta de edital ou contrato e tenha sugerido as alterações necessárias, não incumbe pronunciamento subsequente de verificação do cumprimento das recomendações consignadas*".

97. É o parecer, segundo o entendimento consolidado da ETR LIC, elaborado por meio do Sistema AGU de Inteligência Jurídica (Sapiens), assinado digitalmente pelo parecerista, consoante os objetivos de eficiência, padronização e uniformidade na atividade submetida à sua consultoria jurídica (arts. 2º, inc. I e II e art. 4º, inc. I, da Portaria PGF nº 931/2018).

98. À consideração da chefia da entidade consulente.

Gerson Leite Ribeiro Filho
Procurador Federal

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <https://supersapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 23223000525202321 e da chave de acesso cd0c33d4



Documento assinado eletronicamente por GERSON LEITE RIBEIRO FILHO, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br), de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 1215910007 e chave de acesso cd0c33d4 no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): GERSON LEITE RIBEIRO FILHO, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br). Data e Hora: 04-07-2023 18:01. Número de Série: 51385880098497591760186147324. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.

