



Fiscalizando o presente,
orientando o futuro.

CONCLUSÕES TÉCNICAS DA

Comissão de Estudos da Nova Lei de Licitações e Contratos para a Fiscalização



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO – RS

CONSELHEIROS

Marco Antonio Lopes Peixoto - Presidente
Iradir Pietroski Vice-Presidente
Cezar Miola
Estilac Martins Rodrigues Xavier
Alexandre Postal
Renato Luís Bordin De Azeredo
Edson Brum

CONSELHEIROS SUBSTITUTOS

Heloisa Tripoli Goulart Piccinini
Alexandre Mariotti
Daniela Zago Gonçalves Da Cunda
Ana Cristina Moraes
Letícia Ayres Ramos
Roberto Debacco Loureiro

PROCURADOR-GERAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS

Ângelo Grabin Borghetti

PROCURADORES DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS

Geraldo Costa Da Camino
Daniela Wendttoniazzo
Fernanda Ismael

CHEFE DE GABINETE DA PRESIDÊNCIA

Carlos Alberto Machado Wulff

DIRETORA-GERAL

Ana Lucia Pereira

DIRETOR DE CONTROLE E FISCALIZAÇÃO

Roberto Tadeu De Souza Júnior

DIRETORA ADMINISTRATIVA

Mariana Marques Ferreira

DIRETOR DE TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO

Alexandre Porto Debeluck

DIRETOR DA ESCOLA DE GESTÃO E CONTROLE FRANCISCO JURUENA

Diego Losada Vieitez

Ficha Técnica

PRODUÇÃO GERAL

Tribunal de Contas do Estado – RS (TCE-RS)

INICIATIVA

Escola Superior de Gestão e Controle Francisco Jurueña do TCE-RS

APOIO TÉCNICO

Direção de Controle e Fiscalização do TCE-RS

ELABORAÇÃO

Comissão de Estudos da Nova Lei de Licitações e Contratos para a Fiscalização

REVISÃO

Matheus Soares Kuskoski

ASSESSORIA DE COMUNICAÇÃO SOCIAL

Projeto Gráfico - Francesco Rizzo

ALERTA IMPORTANTE

O conteúdo deste documento tem valor meramente informativo e/ou de cunho doutrinário. As ideias expressas nesta publicação **representam exclusivamente a opinião da comissão elaboradora** a partir de estudos e debates realizados por seus integrantes, **não podendo ser invocadas como indicativas da posição institucional, fiscalizatória ou jurisprudencial do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul** sobre os temas tratados. A duplicação ou reprodução de todo ou partes e distribuição para fins não comerciais é permitida, desde que o conteúdo não seja alterado e haja citação da fonte da informação.

Expediente

COMISSÃO DE ESTUDOS DA NOVA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS PARA A FISCALIZAÇÃO

Presidente:

Diego Losada Vieitez

Coordenação Acadêmica:

Agemir Marcolin Junior

Andrea Mallmann Couto

Coordenação Pedagógica:

Cássia Da Silva Silveira

Matheus Soares Kuskoski

COORDENAÇÃO SETORIAL DA DIREÇÃO DE CONTROLE E FISCALIZAÇÃO:

Júlia Cordova Klein

INTEGRANTES DA COMISSÃO:

Álvaro Fernando Cassol Malheiros

Ana Helena Scalco Corazza

Carine Dos Santos

Cesar Augusto Del Lama De Unamuno

Claiton Rafael Morais Hettwer

Clauber Bridi

Davi Lemos Ballester

Diego Gerhardt

Eduardo Lehnen

Eduardo Steffenello Ghisleni

Éverton José Do Amaral Padilha

Fernando Augusto Galli

Flavia Boff

Francisco Barcelos

Frederico Henrique Goldschmidt Neto

Gabriel Maschio Dos Santos

Heron Flores Da Rosa

Italo De Castro Rodrigues

Jorge Eduardo Mesquita Freitas

Leonardo Jorge Victor Nascente Ferreira

Lucas Lunardi Vieira

Luiza Helena Costa De Souza

Luiz Francisco Centa

Nivea Maria Vargas Vega Contreiras Rodrigues

Omar Da Silveira Neto

Patrícia Barragam Staubus

Priscila Sarmiento Berquo

Apresentação

A Lei Federal nº 14.133/2021, Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (NLLC), além de representar um desafio pela mudança de paradigma, é uma lei extensa e complexa. Desde sua entrada em vigor, tem suscitado debates e diferentes visões.

Dessa forma, a Escola de Gestão e Controle Francisco Juruena (ESGC), em parceria com a Direção de Controle e Fiscalização (DCF) e com a colaboração da Consultoria Técnica (CT), organizou um grupo de estudos para fomentar e organizar os estudos e debates em torno da nova lei. A iniciativa foi institucionalizada por meio da Comissão de Estudos da Nova Lei de Licitações e Contratos para a Fiscalização, com membros designados pela Portaria da Presidência nº 521/2024, em 27 de maio de 2024.

Este documento registra as conclusões alcançadas pela Comissão ao longo de seus trabalhos. Importante ressaltar que este documento tem por exclusivo objetivo colaborar no amadurecimento das discussões sobre a NLLC, de forma que as conclusões nele consignadas não são vinculativas para a área fiscalizatória e não representam a posição do TCE-RS sobre os pontos tratados.

Diego Losada Vieitez
Escola de Gestão e Controle Francisco Juruena

Roberto Tadeu de Souza Junior
Direção de Controle e Fiscalização

Abreviaturas e Siglas

AGU - Advocacia Geral da União
BDI - Benefícios e Despesas Indiretas
CELIC - Subsecretaria da Administração Central de Licitações
CGU - Controladoria-Geral da União
CNAE - Cadastro Nacional de Atividades Econômicas
ETP - Estudo Técnico Preliminar
LicitaCon - Sistema de Licitações e Contratos
LINDB - Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro
LO - Lei do Orçamento
ME - Ministério da Economia
NLLC - Nova Lei de Licitações e Contratos
PCA - Plano de Contratações Anual
PLS - Plano de Logística Sustentável
PMI - Procedimento de Manifestação de Interesse
PMIS - Procedimento de Manifestação de Interesse Social
PNPC - Portal Nacional de Compras Públicas
PPA - Plano Plurianual
RCI - Regime de Contratação Direta
SEGES - Secretaria Especial de Desburocratização, Gestão e Governo Digital
SICRO - Sistema de Custos Referenciais de Obras
SINAPI - Sistema Nacional de Pesquisa de Custos e Índices da Construção Civil
SRF - Secretaria da Receita Federal
SRP - Sistema de Registro de Preços
STJ - Superior Tribunal de Justiça
TCE-RS - Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul
TCU - Tribunal de Contas da União
TR - Termo de Referência

Sumário

Tema: Governança	8
Tema: Planejamento em Licitações	10
Tema: Contratações Diretas	12
Tema: Procedimentos Auxiliares	15
Tema: Fase Externa das Licitações	18
Tema: Contratos Administrativos	22
Tema: Contratação de Obras Públicas	25

Tema:

Governança

Conclusão Técnica nº 1:

A omissão na implementação de processos e estruturas de governança nas contratações públicas, inclusive de gestão de riscos e controles internos, ou a sua implementação deficiente, poderá colocar a alta administração ao alcance de responsabilização sancionatória e, na hipótese de dano ao erário ocorrido em contratações específicas, responsabilização ressarcitória, de forma individual ou solidária, desde que demonstrada relação de causalidade entre a conduta omissiva, dolosa ou culposa, e o resultado danoso.

Justificativa: A possibilidade de responsabilização da alta administração, na hipótese de omissão na implementação da governança e gestão de riscos, é decorrência lógica do disposto no parágrafo único do art. 11 da Lei Federal nº 14.133/2021. A norma coloca essa implementação como um *dever* da cúpula da organização. Logo, a inobservância deste dever legal impõe, como consequência jurídica lógica, a possibilidade de responsabilização sancionatória (que independe da consumação de dano ao erário) e por ressarcimento (quando houver dano ao erário). Para esta última hipótese, contudo, é necessário demonstrar, de forma clara, o nexo causal entre a conduta violadora do dever e o resultado danoso.

Fundamentação: Lei nº 14.133/2011, art. 11, parágrafo único, e art. 169, § 1º; Acórdão 1.299/2022-TCU-Primeira Câmara; ALVES, Francisco Sérgio Maia. Lei de Licitações e Contratos Comentada, 1. Ed., Belo Horizonte: Fórum, 2022, pág. 174. Licitações & Contratos: Orientações e Jurisprudência do TCU, 5ª Edição, 2024, pág. 161.

Conclusão Técnica nº 2:

Com vistas à maior eficiência, é apropriado que a gestão de riscos trate, sistematicamente, os riscos gerais e abstratos do macroprocesso e, complementarmente, os riscos particulares de contratações específicas mais críticas, que não tenham sido mapeados anteriormente.

Justificativa: A interpretação literal do inciso X do artigo 18 da Lei Federal nº 14.133/2021 poderia conduzir ao entendimento de que seria necessário realizar gestão de riscos para cada um dos processos de contratação. Esse entendimento parece não ser o que melhor se adequa à compreensão da lei de forma sistemática. Realizar gestão de riscos, de forma específica, para todas as contratações pode significar custos organizacionais potencialmente desproporcionais aos benefícios obteníveis. Assim, parece mais racional que se trate de forma geral e abstrata os riscos do macroprocesso e, de forma complementar, os riscos de contratações cujas características demandem tratamento específico, seja pela elevada complexidade, seja pela singularidade do objeto contratado.

Fundamentação: Lei Federal nº 14.133/2021, art. 11, parágrafo único, art. 18, X, art. 72, I, e art. 169; Portaria SEGES-ME nº 8.678/2021, art. 16; Conselho da Justiça Federal, enunciados nº 18 e 20.

Conclusão Técnica nº 3:

A gestão por competências pressupõe o mapeamento das competências necessárias e existentes na organização e a designação de agentes conforme as competências exigidas para o desempenho da função.

Justificativa: A leitura apressada do caput do art. 7º da Lei Federal nº 14.133/2021 pode conduzir o intérprete à compreensão de que a promoção da gestão por competência se dá com a observância do disposto nas unidades de desdobramento daquele artigo, as quais estabelecem critérios para a designação de agentes. No entanto, a leitura atenta do texto legal revela que a gestão por competência é providência anterior e mais abrangente do que a observância das balizas postas à designação de agentes: “cabará à autoridade máxima (...) promover gestão por competências e designar (....)”. A gestão por competência é tecnologia de gestão de pessoas que pressupõe, ao menos, o mapeamento das competências necessárias e existentes na organização e a designação de agentes conforme as competências exigidas.

Fundamentação: Lei Federal nº 14.133/2021, art. 7º; Portaria SEGES-ME nº 8.678/2021, art. 14; Decreto Federal nº 9.991/2019; Referencial básico de governança aplicável a organizações públicas e outros entes jurisdicionados ao TCU. Edição 3 – Brasília, 2020, pág. 178.

Conclusão Técnica nº 4:

O agente público que tenha atuado, na fase preparatória, como membro da equipe de planejamento da contratação, poderá ser designado como gestor ou fiscal do respectivo contrato, não configurando, nesta hipótese, afronta ao princípio da segregação de funções.

Justificativa: a Lei Federal nº 14.133/2021 apresentou a segregação de funções e preconizou a sua observância para funções críticas. A indeterminação do conceito tem ensejado dúvidas quanto à possibilidade de agentes que atuaram na fase preparatória exerçam o papel de fiscal ou gestor de contratos. Trata-se de uma questão de significativa repercussão organizacional. Embora a segregação de funções entre essas posições seja contributiva para um padrão mais elevado de controle, também não se pode desconsiderar que obstaculizar essa polivalência poderia significar o subaproveitamento, na fase de execução, das competências e conhecimentos específicos que o agente que atuou na fase do planejamento adquiriu sobre o objeto da contratação. Além disso, as realidades dos quadros das organizações, especialmente as da esfera municipal, são marcadas por insuficiência quantitativa de pessoal, o que tornaria a segregação de funções, em relação a essas posições, dificilmente implementável. Por todas estas razões, é razoável que a interpretação da norma contemple a possibilidade de alocação polivalente.

Fundamentação: Lei Federal nº 14.133/2021, art. 5º e art. 7º, § 1º.

Tema:

Planejamento em Licitações

Conclusão Técnica nº 5:

O Plano Diretor de Logística Sustentável (PLS) é um instrumento essencial de governança, destinado a promover o desenvolvimento nacional sustentável, em conformidade com os princípios e objetivos estabelecidos pela Nova Lei de Licitações e Contratos (NLLC - Lei Federal nº 14.133/2021). Esse plano orienta a elaboração do PCA e demais documentos do ciclo de planejamento assegurando a integração das dimensões ambiental, social e econômica nas aquisições públicas.

Justificativa: A NLLC definiu o desenvolvimento nacional sustentável tanto como princípio a ser observado na aplicação da lei (art. 5º), quanto objetivo do processo licitatório (art. 11), dentre outros princípios e objetivos insculpidos no diploma normativo. Para garantir sua aplicação, a nova Lei dispõe que a alta administração do órgão ou entidade é responsável por implementar mecanismos de governança. Sob esse olhar, a Portaria SEGES-ME nº 8.678, de 19 de julho de 2021, que dispõe sobre a governança das contratações públicas no âmbito da Administração federal, consagrou o (PLS) como o instrumento de governança responsável pelo estabelecimento da estratégia de contratação e logística, que considera objetivos e ações referentes a critérios e práticas de sustentabilidade nas compras públicas a serem implementados durante todo o ciclo da contratação, desde o planejamento, a seleção do fornecedor, a execução e fiscalização do contrato até a destinação final dos rejeitos e resíduos. Seu conteúdo deve nortear a elaboração do PCA, dos estudos técnicos preliminares, dos anteprojetos, dos projetos básicos e termos de referência de cada contratação.

Fundamentação: Lei Federal nº 14.133/2021, art. 5º, art. 11, I e IV, art. 18, § 1º, XII; art. 45, I, II, III, IV e VI; e art. 144; Decreto Federal nº 7.746/2012; Portaria SEGES-ME nº 8.678/2021; Resolução do Conselho Nacional de Justiça nº 347/2020; Resolução do Conselho Nacional de Justiça nº 400/2021. Conselho da Justiça Federal, enunciado nº 34; Acórdão 3254/2021-TCU-Plenário, Acórdão 8949/2020-TCU-Segunda Câmara, Acórdão 2743/2015-TCU-Plenário.

Conclusão Técnica nº 6:

Estudo Técnico Preliminar (ETP) e Termo de Referência (TR) são instrumentos que possuem finalidades distintas. O ETP destina-se a encontrar a solução apta a gerar o melhor resultado da contratação, a partir de análises de viabilidade das alternativas, conforme critérios técnicos, econômicos, ambientais, sociais e culturais. Já o TR visa consolidar as decisões definidas no ETP, especificando claramente o objeto a ser contratado e elaborando o respectivo plano de licitação.

Justificativa: O ETP e o TR são instrumentos distintos e complementares no processo de planejamento da contratação. O ETP é mais analítico e exploratório, enquanto o TR é mais detalhado e específico. O ETP tem como objetivo principal embasar a decisão de realizar a contratação, assegurando que ela é realmente necessária e que a solução proposta é a mais

adequada. O TR, por sua vez, é elaborado a partir das decisões tomadas no ETP e tem a finalidade de detalhar o objeto da contratação, especificando claramente o que será adquirido ou contratado e o respectivo plano de licitação, servindo de base para a elaboração do edital de licitação e da minuta do contrato.

Fundamentação: Lei Federal nº 14.133/2021, arts 6º, XX e XXIII, art. 18, § 1º, e art. 40 § 1º.

Conclusão Técnica nº 7:

Com fundamento nos princípios da publicidade e da transparência, o ETP deve ser publicado no PNCP em todos os casos em que sua elaboração for exigida, ressalvadas as hipóteses de sigilo devidamente justificadas

Justificativa: O ETP deve ser divulgado no PNCP como anexo do Edital, exceto nos casos de sigilo, a fim de garantir que os interessados possam ter acesso a informações e decisões relevantes sobre a contratação, como a justificativa da necessidade, a escolha da solução entre as alternativas do mercado, os requisitos do objeto, dentre outras. Não se aplica a exigência de divulgação do ETP nos casos em que o regulamento do órgão dispense a elaboração do artefato para a respectiva contratação.

Fundamentação: Constituição Federal de 1988, art. 37, § 3º, II; Lei Federal nº 14.133/2021, art. 5º, art. 13, art. 25, §3º, art. 54, caput e § 3º, e art. 174, I; Acórdão 1414/2023-TCU-Plenário e Acórdão 1463/2024-TCU-Plenário.

Conclusão Técnica nº 8:

Como boa prática, sempre que possível, a pesquisa de preços para estimativa do valor de aquisição de bens e contratação de serviços em geral no ETP deve observar as disposições do § 1º do art. 23 da Lei Federal nº 14.133/2021.

Justificativa: Na realização do ETP, a estimativa do valor das possíveis soluções para atendimento da necessidade da Administração visa apoiar a escolha da opção que maximizará o interesse público, verificando a sua viabilidade e a adequação das despesas futuras aos recursos disponíveis. Não se trata ainda de definir o valor que constará do edital de licitação. Apesar de ser um orçamento simplificado, é importante utilizar fontes diversificadas de pesquisa. Na elaboração do TR o valor deverá ser reavaliado, por meio de pesquisas de preços e outras técnicas estimativas (§ 1º do art. 23 da Lei Federal nº 14.133/2021), para aumentar sua precisão e possibilitar servir como parâmetro ao julgamento da licitação. Contratações mais simples, em que não costuma haver alterações no planejamento definitivo, há possibilidade de a estimativa de preços realizada no ETP ser aproveitada no TR. Em regra, o orçamento estimativo vai adquirindo robustez com o andamento das fases do planejamento das contratações públicas (PCA, ETP, TR). No entanto, no caso de contratações mais simples, em função da baixa complexidade na elaboração dos estudos técnicos preliminares, a elaboração da estimativa preliminar dos preços da contratação se confunde com o procedimento de estimar os preços no âmbito do termo de referência, regido pelo § 1º do art. 23 da Lei Federal nº 14.133/2021.

Fundamentação: Lei Federal nº 14.133/2021, art. 18, § 1º, art. 23, § 1º, I a V, e art. 19, § 1º.

Tema:

Contratações Diretas

Conclusão Técnica nº 9:

A contratação direta por inexigibilidade de licitação de serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual, prevista no inciso III do art. 74 da Lei Federal nº 14.133/2021, exige a demonstração de que o objeto possui características diferenciadas que consubstanciem a efetiva inviabilidade de competição, além da notória especialização do contratado.

Justificativa: Entende-se que a contratação direta com base no inciso III do Art. 74 da Lei Federal nº 14.133/2021 somente se justificará se o objeto, além de envolver a execução de serviço técnico especializado de natureza predominantemente intelectual, revelar-se diferenciado ou incomum ao cotidiano administrativo, diferenciando-se de outros similares, motivo pelo qual sua contratação requer seleção de profissional ou empresa de notória especialização. Essa conclusão decorre do fato de que a contratação direta por inexigibilidade de licitação só é admitida quando inviável a competição e, no caso, o simples fato de o objeto pretendido envolver a execução de serviço técnico especializado de natureza predominantemente intelectual não torna inviável a competição. O que torna inviável a competição é a inexistência de critérios objetivos para o desenvolvimento da licitação e essa condição somente se forma quando o serviço pretendido não for corriqueiro.

Fundamentação: Lei Federal nº 14.133/2021, art. 74, III, art. 37, § 2º; Acórdão 3370/2022-TCU-Segunda Câmara; Acórdão 2381/2024-TCU-Plenário.

Conclusão Técnica nº 10:

Nas contratações de baixo valor, de baixa complexidade, com entrega imediata (até 30 dias da ordem de fornecimento) ou quando houver padronização de minutas de editais ou contratos, convênios ou outros ajustes pelo órgão de assessoramento jurídico, a análise jurídica pode ser dispensada por ato anterior da autoridade jurídica máxima competente.

Justificativa: Face à interpretação da NLLC, a Advocacia Geral da União (AGU) firmou entendimento de que não é obrigatória a manifestação jurídica nas contratações diretas de pequeno valor com fundamento no incisos I ou II e § 3º do art. 75 da Lei Federal nº 14.133/2021, salvo se houver celebração de contrato administrativo e este não for padronizado pelo órgão de assessoramento jurídico, ou nas hipóteses em que o administrador tenha suscitado dúvida a respeito da legalidade da dispensa de licitação. O mesmo entendimento aplica-se às contratações diretas fundadas no art. 74, desde que seus valores não ultrapassem os limites previstos nos incisos I e II do art. 75, da referida Lei.

Fundamentação: Orientação normativa-AGU nº 69/2021; Lei Federal nº 14.133/2021, art. 6º, X, art. 53, § 5 e art. 75.

Conclusão Técnica nº 11:

Para a utilização do credenciamento, ainda que a necessidade da contratação esteja aderente às hipóteses legais de cabimento (paralela e não excludente; com seleção a critério de terceiros; ou em mercados fluidos), deverá estar demonstrado, no estudo técnico preliminar, que o procedimento é o mais adequado para a contratação da solução apta a gerar o melhor resultado e o que melhor contempla os objetivos do processo licitatório (art. 11 da Lei Federal nº 14.133/2021).

Justificativa: A adoção do processo de chamamento público através do credenciamento exige uma abordagem abrangente que inclua, além das justificativas técnicas e jurídicas, uma justificativa econômico-financeira detalhada. Essa justificativa é fundamental para garantir a transparência e a eficiência no uso dos recursos públicos, demonstrando que a opção escolhida é a mais vantajosa para a administração pública. É essencial evidenciar a inadequação da competição sob o viés econômico, mesmo quando a demanda envolve um número elevado de credenciados, mostrando como o credenciamento pode ser mais benéfico em termos de atendimento e qualidade dos serviços. Além disso, a justificativa assegura a conformidade com as legislações e normativas vigentes, evitando contestações e garantindo a adesão às diretrizes legais. Por fim, uma justificativa econômico-financeira bem elaborada ressalta os benefícios ao interesse público, promovendo a prestação de serviços de qualidade, com custos adequados e de forma ágil e eficiente. Dessa forma, legitima-se a escolha da administração, reforçando o compromisso com a boa gestão dos recursos públicos.

Fundamentação: Lei Federal nº 14.133/2021, art. 5º, art. 6º, XLIII, art. 74, IV, art. 78, e art. 79.

Conclusão Técnica nº 12:

Considerando a utilização da expressão "preferencialmente", pelo legislador, no §3º do art. 75 da Lei Federal nº 14.133/2021, caso o gestor opte por não realizar a divulgação do aviso de dispensa de licitação em razão do valor, tal medida deve ser devidamente justificada no processo administrativo respectivo.

Justificativa: Ao optar em não divulgar o aviso antes da contratação, em uma análise sistemática da lei, a Administração deixaria de observar o princípio da transparência, da publicidade, da igualdade de tratamento aos possíveis interessados. Registra-se que no âmbito da União, a Instrução Normativa SEGES/ME nº 67/2021 não deu margem a discricionariedade quanto a divulgação do aviso de dispensa de licitação.

Fundamentação: Lei Federal nº 14.133/2021, art. 75, §3º;

Conclusão Técnica nº 12:

Nas dispensas de licitação por valor previstas nos incisos I e II do art. 75 da Lei Federal nº 14.133/2021, quando a descrição da melhor solução para atendimento da necessidade da contratação não demandar análises técnicas mais complexas, a elaboração do estudo técnico preliminar será facultativa; nas hipóteses de contratação emergencial previstas na Lei Federal nº 14.981/2024, será dispensável.

Justificativa: A possibilidade é prevista no ordenamento jurídico infralegal, possibilitando a desburocratização e a celeridade na contratação pública. Tendo em vista que os elementos mínimos que o ETP deve conter, de acordo com o §2º do art. 18 da NLLC, podem ser encontrados na documentação necessária à instrução da dispensa de licitação previstos no art. 72 da referida lei, da Subsecretaria da Administração Central de Licitações (CELIC) do Governo do Estado do Rio Grande do Sul. Nas contratações emergenciais previstas na Lei Federal nº 14.981/2024, o ETP é dispensado, conforme redação do inciso I do art. 3º.

Fundamentação: Instrução Normativa CELIC/SPGG/RS nº 001/2023, art. 12, I; Lei Federal nº 14.981/2024, art. 3º, I; Lei Federal nº 14.133/2021, art. 18, § 2º, e art. 72.

Tema:

Procedimentos Auxiliares

Conclusão Técnica nº 13:

Quando, nos casos de inviabilidade de competição, for adotado o credenciamento, devem ser observados o princípio da transparência, da economicidade e do interesse público, inclusive para permitir o controle social, observados sempre o contraditório, a ampla defesa e o disposto em regulamento.

Justificativa: Haja vista a possibilidade de favorecimentos indevidos a determinados credenciados, o princípio da transparência obtém elevado destaque, pois possibilita o controle social acerca da adequada distribuição da demanda pela Administração Pública.

Fundamentação: Constituição Federal de 1988, art. 37; Decreto Federal nº 11.878/2023, art. 5º, art. 79, I e II, art. 79, §º único, incisos I e III; Art. 7º, IX e §1º, e art. 23, II e III; Lei Federal nº 14.133/2021, art 5º (transparência), e art. 78, § 1º (critérios claros e objetivos).

Conclusão Técnica nº 14:

Nos processos de credenciamento, na hipótese de contratações paralelas e não excludentes, em que a entidade deve adotar critérios objetivos de distribuição da demanda, é fundamental a divulgação dos resultados de forma a permitir a fiscalização dos critérios adotados.

Justificativa: A ausência de divulgação ou o uso de critérios subjetivos para a distribuição de demandas, especialmente em situações onde a demanda é maior que a oferta de serviços ou produtos, pode levar a favorecimentos ou exclusões indevidas.

Fundamentação: Constituição Federal de 1988, art. 37; Decreto Federal nº 11.878/2023, art. 5º, art. 79, I e II, art. 79, §º único, incisos I e III; Art. 7º, IX e §1º, e art. 23, II e III; Lei Federal nº 14.133/2021, art 5º (transparência), e art. 78, § 1º (critérios claros e objetivos).

Conclusão Técnica nº 15:

Em processos de credenciamento para contratações de longo prazo, no caso de serem paralelas e não excludentes, ou com seleção a critério de terceiros, o edital deverá prever mecanismos de ajustes para compatibilidade do contrato com o valor de mercado, além de promover avaliações periódicas da execução contratual.

Justificativa: Quando o credenciamento é utilizado para contratações de longo prazo que sejam paralelas e não excludentes, ou com seleção a critério de terceiros, importante observar periodicamente se está mantida a vantajosidade e a adequação do credenciamento e dos contratos pactuados, mediante mecanismos transparentes e objetivos no edital que permitam compatibilizar o valor das contratações vigentes ou futuras com o valor vigente no mercado, bem como a manutenção de atendimento pelos contratados dos requisitos ao ajuste, em especial considerando os princípios da publicidade, eficiência, interesse público e da vinculação ao edital.

Fundamentação: Constituição Federal de 1988, art. 37; Decreto Federal nº 11.878/2023, art. 5º, art. 79, I e II, art. 79, §º único, incisos I e III; Art. 7º, IX e §1º, e art. 23, II e III; Lei Federal nº 14.133/2021, art 5º (transparência), e art. 78, § 1º (critérios claros e objetivos).

Conclusão Técnica nº 16:

O prazo em edital para a apresentação de propostas e lances na licitação que suceder a pré-qualificação deverá ser suficiente para permitir que novos interessados, ainda não cadastrados, possam requerer a sua pré-qualificação em tempo hábil, considerando, inclusive, o prazo necessário para o exame de documentos pela comissão ou órgão competente.

Justificativa: O maior risco quanto à pré-qualificação se refere à indevida restrição à competitividade em licitação restrita aos licitantes pré-qualificados, e para confrontá-la, a Lei instituiu que a pré-qualificação ficará permanentemente aberta para interessados. Dito isto, é imprescindível que seja garantida a eficácia material desse dispositivo, mediante prazo hábil em edital para que novos interessados ainda não cadastrados possam concretamente participar da licitação e apresentar propostas e lances, não sendo suficiente, para tanto, considerar apenas o prazo mínimo legal previsto no artigo 55 da Lei 14.133/2021.

Fundamentação: Lei Federal nº 14.133/2021, art. 55, art. 80, §2º e § 4º, e art. 10.

Conclusão Técnica nº 17:

Quaisquer alterações nos critérios de pré-qualificação devem ser comunicadas a todos os interessados previamente qualificados, permitindo-lhes a oportunidade de se adequar às novas exigências ou apresentar recurso.

Justificativa: Após a abertura do processo, eventuais novas necessidades ou avanços tecnológicos podem demandar a revisão dos critérios de pré-qualificação pela Administração. Tais alterações podem ser vistas como prejudiciais à confiança dos participantes, ou mesmo, como uma forma de favorecimento a certos fornecedores ou prestadores de serviços.

A proposta visa garantir que as alterações nos critérios de pré-qualificação sejam comunicadas de forma a assegurar a transparência, a isonomia, e a proteção dos direitos dos licitantes, contribuindo para a lisura e eficiência do processo licitatório.

Fundamentação: Constituição Federal de 1988, art. 37; Lei Federal nº 14.133/2021, art. 5º e art. 80, §7.

Conclusão Técnica nº 18:

Para o Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI) da Lei Federal nº 14.133/2021, é necessária a inexistência de soluções prontas em mercado que já possam atender suficientemente a necessidade pública. A Administração deverá, na etapa de planejamento, demonstrar concretamente essa circunstância, além de indicar o real interesse na possível licitação e/ou contratação posterior, ainda que a lei não obrigue a realização da licitação, sob pena de desestímulo aos participantes e de perda de credibilidade perante o mercado, considerando ainda os princípios da eficiência e da instrumentalidade das formas.

Justificativa: Após identificação do contexto do PMI no Licitacon e no PNCP, entendeu-se necessário esclarecer o que constitui solução inovadora de relevância pública, por ser requisito inserido na Lei Federal nº 14.133/2021 que não era previsto na Lei Federal nº 8.987/1995 e na Lei Federal nº 13.019/2014 - Procedimento de Manifestação de Interesse Social (PMIS). Ainda, para que o PMI seja eficiente, eficaz e tenha adequada participação por interessados, evitando-se a perda de credibilidade do procedimento, é necessário que a Administração atente, em seu planejamento, além do maior detalhamento da necessidade de solução inovadora, a existência de real interesse em se prosseguir à licitação e contratação, considerando até mesmo os possíveis custos da futura contratação da solução inovadora, ainda que ausente direito subjetivo da iniciativa privada à futura licitação e contratação.

Fundamentação: Constituição Federal de 1988, art. 37; Lei Federal nº 14.133/2021, art. 5º e art. 81 (eficiência; eficácia; motivação; segurança jurídica e razoabilidade, princípio da boa-fé objetiva e da instrumentalidade das formas).

Tema:

Fase Externa das Licitações

Conclusão Técnica nº 19:

É admitida a publicação em versão eletrônica do edital de licitação, por meio de extrato, em jornal de grande circulação e no Diário Oficial correspondente (Estado ou Município). No caso de consórcios públicos, no Diário Oficial do ente de maior nível.

Justificativa: De acordo com a Lei Federal nº 14.133/2021, a publicidade do edital de licitação é obrigatória para garantir transparência e competitividade. A divulgação deve ocorrer por meio de extrato em jornal de grande circulação, admitindo-se a publicação em jornal disponibilizado em meio eletrônico e no Diário Oficial (da União, do Estado ou do Município), dependendo da esfera do ente licitante. No caso de consórcios públicos, a publicação deve ser feita no Diário Oficial do ente de maior nível, garantindo maior visibilidade e acesso à informação.

Fundamentação: Lei Federal nº 14.133/2021, art. 54, § 1º e § 2º.

Conclusão Técnica 20:

No caso de consórcios públicos entre entes de mesmo nível, é recomendado que a publicação do edital ocorra no Diário Oficial dos Municípios ou no Diário Oficial do ente federativo de nível superior, mediante análise da opção com maior economicidade e eficiência.

Justificativa: O §1º do artigo 54 da Lei Federal nº 14.133/2021 possui uma lacuna em seu texto, na medida em que regula apenas a publicidade de editais no caso de entes consorciados de níveis distintos. Porém, no caso de haver identidade de nível entre os participantes do consórcio, entende-se que a publicação deve ser feita em Diário Oficial que contemple todos os integrantes ou no Diário Oficial de um nível superior, para fins de garantir a máxima publicidade, transparência, eficiência e economicidade.

Fundamentação: Constituição Federal de 1988, art. 70 (economicidade); Lei Federal nº 14.133/2021, art. 5º e art. 54, §1º.

Conclusão Técnica nº 21:

A impugnação e o pedido de esclarecimentos ao edital de licitação podem ser apresentados em até três dias úteis antes da data de abertura do certame. A resposta deve ser publicada no site oficial, sendo obrigatório que essa divulgação ocorra até o último dia útil antes da abertura do certame. Portanto, em alguns casos, a resposta pode ser dada em até dois dias úteis. É recomendável a suspensão da sessão pública de recebimento de proposta apenas em casos que

sejam suscitados, na impugnação ou no pedido de esclarecimentos, questionamentos de ordem técnica ou financeira do objeto, que demandem exame mais acurado.

Justificativa: A Lei Federal nº 14.133/2021 estabelece que impugnações e pedidos de esclarecimentos ao edital podem ser feitos até três dias úteis antes da licitação. A resposta deve ser publicada no site oficial até o último dia útil antes da abertura do certame, podendo, em alguns casos, ser dada em até dois dias úteis, dependendo da data do pedido. Isso garante transparência e igualdade no processo licitatório.

Fundamentação: Lei Federal nº 14.133/2021, art. 164, caput e parágrafo único.

Conclusão Técnica nº 22:

Para fins de habilitação jurídica, prevista no art. 66 da Lei Federal nº 14.133/2021, deve ser considerada a compatibilidade entre o objeto do certame e as atividades previstas no contrato social das empresas licitantes.

Justificativa: A aferição dessa compatibilidade deve basear-se no contrato social da empresa e não nos códigos de atividades registrados no Cadastro Nacional de Atividades Econômicas (CNAE), cuja finalidade é meramente fiscal.

Fundamentação: Lei Federal nº 14.133/2021, art. 66; Acórdão nº 1.203/2011-TCU-Plenário; Acórdão 10-44919-SRF-6ª Turma de Julgamento (Porto Alegre); Acórdão 1.021/2007-TCU-Plenário; e Acórdão 642/2014-TCU-Plenário.

Conclusão Técnica nº 23:

É vedada a inabilitação sumária do licitante, havendo registro de ação de natureza falimentar, sem a realização de diligências quanto à real situação do processo pelo agente de contratação.

Justificativa: A certidão negativa de pedido de falência atende à exigência legal estabelecida. Todavia, a emissão de uma certidão positiva não implica, necessariamente, na ausência de qualificação econômico-financeira. Quando alguém requer a própria falência, há uma confissão explícita de insolvência, gerando uma presunção absoluta de que o requerente não dispõe de qualificação econômico-financeira. Entretanto, no caso de o pedido de falência ser formulado por um terceiro, o contexto é distinto. Enquanto o Poder Judiciário não profere decisão definitiva sobre a questão, não é possível presumir a insolvência. O direito de ação, assegurado constitucionalmente, abrange igualmente o direito à ampla defesa, o que pressupõe, até que haja sentença, que todas as partes estão em condição de igualdade. Dessa forma, a simples contestação ao pedido de falência — mesmo que desacompanhada do depósito elisivo — é suficiente para afastar qualquer presunção de inidoneidade. Portanto, é vedada a vedação à inabilitação sumária do licitante, devendo o agente de contratação ser diligente para apurar a real situação do processo. Não sendo possível obter tais informações com base na consulta ao

trâmite processual eletrônico do respectivo Juízo falimentar, entende-se que o ônus de complementar essa diligência será do licitante, em geral mediante a apresentação de certidão negativa emitida pelo Juízo competente.

Fundamentação: Constituição Federal de 1988, art. 37, XXI; Lei Federal 14.133/2021, art. 5º e art. 69; STJ, REsp 1.826.299; Parecer AGU 4/2015/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU (recuperação judicial).

Conclusão Técnica nº 24:

Empresa em recuperação judicial pode participar do certame, desde que demonstre, na fase de habilitação, a sua viabilidade econômica e financeira.

Justificativa: No caso específico de ações de recuperação judicial ou de recuperação extrajudicial, o TCU já reiterou que a participação e a habilitação das empresas em tais situações ficam condicionadas à apresentação de “certidão emitida pela instância judicial competente, que certifique que a interessada está apta econômica e financeiramente a participar de procedimento licitatório”. Cite-se ainda a orientação dada pelo parecer da AGU 4/2015/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU: [...] e) caso a certidão seja positiva de recuperação, caberá ao órgão processante da licitação diligenciar no sentido de aferir se a empresa em recuperação já teve seu plano de recuperação acolhido judicialmente, na forma do art. 58 da Lei 11.101, de 2005; f) se a empresa postulante à recuperação não obteve o acolhimento judicial do seu plano, não há demonstração da sua viabilidade econômica, não devendo ser habilitada no certame licitatório; g) a empresa em recuperação judicial com plano de recuperação acolhido, como qualquer licitante, deve demonstrar os demais requisitos para a habilitação econômico-financeira.

Fundamentação: Acórdão 1.201/2020-TCU-Plenário; Acórdão 8.271/2011-TCU-2ª Câmara; STJ, REsp nº 1.826.299; Parecer AGU 4/2015/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU (recuperação judicial).

Conclusão Técnica nº 25:

Para fins de habilitação, a Administração Pública não deve exigir dos licitantes a apresentação de certidão de quitação de obrigações fiscais, e sim prova de sua regularidade.

Justificativa: De acordo com entendimento do TCU, consagrado no enunciado da Súmula nº 283, “para fim de habilitação, a Administração Pública não deve exigir dos licitantes a apresentação de certidão de quitação de obrigações fiscais, e sim prova de sua regularidade”. Ou seja, será indevida a exigência de apresentação exclusiva de certidões negativas, porquanto pressupõem a inexistência de débitos; devem, pois, ser admitidas as chamadas certidões positivas com efeitos de negativas.

Fundamentação: Lei Federal nº 14.133/2021, art. 68; TCU, Súmula nº 283.

Conclusão Técnica nº 26:

Como forma de preservar a qualidade e o desempenho, é possível exigir amostras, provas de conceito e a indicação de marca, desde que essa exigência seja devidamente justificada na fase de planejamento e não limite, indevidamente, a competição ou promova o direcionamento.

Justificativa: A decisão em torno da exigência de amostras e exame de conformidade e prova de conceito, bem como os quesitos de análise correspondentes, deve se dar à luz das alíneas 'a' e 'c' do inciso I do art. 9º da Lei Federal nº 14.133/2021, e do inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal de 1988. Ou seja, a exigência deve ser motivada, não recaindo em previsão restritiva injustificadamente. Considerando que a indicação de marca é exceção, a Administração deve justificar tecnicamente os motivos na fase preparatória do processo licitatório, bem como observar as disposições do inciso I do art. 41 da Lei Federal nº 14.133/2021.

Fundamentação: Constituição Federal de 1988, art. 37, XXI; Lei Federal nº 14.133/2021, art. 5º, art. 9º, I, 'a' e 'c', art. 11, I, art. 17, §3º, e art. 41, I, II e III.

Conclusão Técnica nº 27:

A vedação à inclusão de novo documento, prevista no art. 64 da Lei Federal nº 14.133/2021, não alcança documento destinado a atestar condição de habilitação preexistente à abertura da sessão pública, apresentado em sede de diligência. É possível a complementação de documentação de habilitação ou que deveria constar da proposta apresentada pelo licitante, desde que pré-existente, o documento ou a condição, à data da sessão de abertura do certame. A diligência para esta suplementação não fica restrita a materiais constantes na internet, sendo possível a utilização de outras ferramentas cabíveis.

Justificativa: A juntada posterior de documento que ateste condição que já existia no momento inicial ou de documento que já fora expedido anteriormente não fere os princípios da isonomia e da igualdade. Além disso, evita que um licitante que possui os requisitos para habilitação e que tem interesse deixe de participar, fazendo com que, eventualmente, a Administração não contrate a proposta mais vantajosa.

Fundamentação: Lei Federal nº 14.133/2021, art. 64; Parecer PGE/RS 19.680/2022; Acórdão 1.211/2021-TCU-Plenário, Acórdão 2.443/2021-TCU-Plenário; Zênite Fácil: Pregão eletrônico: diligência de documentação de proposta e a aceitação de documento emitido após a abertura da sessão. Orientação Prática. 12 dez. 2024.

Tema:

Contratos Administrativos

Conclusão Técnica nº 28:

Caberá ao órgão ou entidade estabelecer a gradação entre as sanções em ato normativo próprio. No caso de multa, definir o percentual aplicável de acordo com critérios específicos para cada conduta praticada. Da mesma forma, em relação às sanções de impedimento de licitar e contratar e declaração de inidoneidade, estabelecer uma gradação quanto ao tempo de duração da aplicabilidade das respectivas penas.

Justificativa: As regras relativas ao sancionamento devem ser objetivas, visando sua aplicabilidade de maneira justa, com razoabilidade e proporcionalidade, oportunizando aos licitantes e contratados ampla defesa e contraditório e plena manifestação no processo.

Fundamentação: Lei Federal nº 14.133/2021, art. 155, art. 156 e art. 161, parágrafo único;

Conclusão Técnica nº 29:

A utilização de conta vinculada é uma medida trazida pela Lei Federal nº 14.133/2021 dentre as ações para mitigar riscos trabalhistas, como inadimplência no pagamento de salários, férias e benefícios aos empregados vinculados a cada contrato. Assim, ao avaliar a gestão de riscos dos macroprocessos, a administração deverá considerar se o mecanismo adotado é proporcional e adequado para a execução do contrato, levando em conta os riscos, custos e benefícios de sua aplicação nos seus contratos administrativos.

Justificativa: Para se resguardar de eventuais processos trabalhistas, a NLLC trouxe a possibilidade de garantir uma reserva de valores suficiente para a quitação de obrigações trabalhistas, previdenciárias e do Fundo de Garantia decorrentes de contratos de fornecimento de mão de obra terceirizada, por meio da criação de uma Conta-Depósito Vinculada, prevista no art. 121. Cabe frisar que, de modo geral, sempre haverá os riscos associados ao cumprimento de verbas trabalhistas em contratos administrativos – encargos pelos quais a Administração Pública, na posição de tomadora de serviços, possui responsabilidade subsidiária. No ETP, a Administração deverá avaliar se existem condições técnicas para sua utilização, ou de outra medida prevista no § 3º do art. 121, em consonância com a análise dos riscos inerentes à contratação pretendida, considerando as características do objeto, histórico de contratações, de fornecedores e o valor estimado, inclusive com matriz de alocação de riscos – se aplicável ao caso concreto.

Fundamentação: Lei Federal nº 14.133/2021, art. 121, §3º.

Conclusão Técnica nº 30:

A designação de fiscal técnico com conhecimento compatível com a área do objeto contratado vai ao encontro do parágrafo único do art. 11 da Lei Federal nº 14.133/2021, pois a gestão de pessoas por competências revela-se como importante medida de governança, de integridade do órgão e de eficiência, bem como reduz a possibilidade de fragilidades no processo de liquidação da despesa. Por fim, possibilita que o processo licitatório atinja plenamente seus objetivos, pois reduz o risco de recebimento inadequado de objetos com possível prejuízo ao erário.

Justificativa: O recebimento adequado de objetos contratuais depende da designação de profissional com competências técnicas, comportamentais e éticas adequadas, pois a inaptidão do fiscal técnico na análise da qualidade, quantidade e desempenho do objeto entregue poderá ensejar prejuízo ao erário. A gestão de pessoas por competências atinge a etapa de recebimento do objeto contratual, pois determinadas contratações apresentam elevada complexidade e, por consequência, demandam conhecimentos específicos. A propósito, oportuno referir que eventual lacuna de competência deve ser visualizada, sobretudo, por ocasião da elaboração do estudo técnico preliminar, tendo em vista o que dispõe o inciso X do §1º do art. 18 da Lei Federal nº 14.133/2021, o qual determina que sejam concebidas providências em relação à eventual necessidade de capacitação relacionada ao objeto da contratação. Não menos importante, também cabe salientar que a lei possibilita a contratação de profissionais especializados para apoiar a fiscalização da execução do contrato. Por fim, destaca-se que a fraude na entrega de mercadorias consta no capítulo que trata dos Crimes em Licitações e Contratos Administrativos, dispostos no art. 178 da Lei Federal nº 14.133/2021, evidenciando a importância do adequado recebimento dos bens pela Administração Pública.

Fundamentação: Lei Federal nº 14.133/2021, art 8º, § 4º, art. 11, art. 18, § 1º, X, e art. 178; Acórdão 785/2014-TCU-Plenário; Acórdão 1.094/2013-TCU-Plenário; Acórdão 767/2009-TCU-Plenário; Acórdão 1.270/2005-TCU-Plenário.

Conclusão Técnica nº 31:

O mero reconhecimento de vício em processo licitatório ou contrato administrativo não impõe, por si só, a nulidade do ato ou contrato, visto que tanto o Decreto-Lei Federal nº 4.657/42, Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) quanto a NLLC estabelecem a necessária verificação pela administração da possibilidade de saneamento, principalmente quando os efeitos da declaração de nulidade se evidenciarem mais gravosos ao interesse público do que a própria manutenção do ato ou contrato.

Justificativa: As alterações na LINDB promovidas pela Lei Federal nº 13.655/2018, em especial nos art. 20 e art. 21, no qual as consequências práticas, jurídicas e administrativas da invalidação de ato devem ser sopesadas e, quando possível, indicadas as condições para sua regularização, tiveram diversos reflexos e impactos no texto da NLLC, principalmente no que diz com as nulidades contratuais e de processos licitatórios. A NLLC trouxe o enfoque consequencialista da LINDB, ou seja, a análise da situação fática e, por consequência, a ponderação entre a proporcionalidade da solução adotada e os diversos impactos internos e

externos decorrentes da anulação do ato, visto que o art. 147 da Lei Federal nº 14.133/2021 apresenta expressivo e extenso rol de circunstâncias que devem ser avaliadas pelo gestor e evidenciadas em estudo do impacto invalidatório da anulação, demonstrando se revelar medida de interesse público. Além disso, o art. 169 da Lei Federal nº 14.133/2021 estabeleceu que impropriedades formais devem ser saneadas. Por fim, consoante decisões do TCU, a Administração Pública deve sopesar outros princípios sob pena da anulação impor prejuízo maior que a própria manutenção do ato ou contrato.

Fundamentação: Lei Federal nº 14.133/2021, art. 147, art. 148 e art. 169; Decreto-Lei Federal nº 4.657/42, art. 20, art. 21 e art. 22; Acórdão 988/2022-TCU-Plenário; Acórdão 2075/2021-TCU-Plenário; Acórdão 1737/2021-TCU-Plenário; Acórdão 2601/2020-TCU-Plenário; e Acórdão 1.823/2017-TCU-Plenário.

Conclusão Técnica nº 32:

O edital de licitação deve prever os prazos de validade das propostas, sob pena de, em caso de omissão do Poder Público, o licitante ficar liberado dos compromissos assumidos.

Justificativa: A omissão da Lei Federal nº 14.133/2021 no que se refere à fixação de prazo determinado para validade de propostas, transferiu ao gestor a responsabilidade de defini-lo no edital, a depender da complexidade ou não do objeto contratado. O licitante não pode ficar por tempo indefinido a disposição da administração, pois isso violaria o princípio da segurança jurídica.

Fundamentação: Lei Federal nº 14.133/2021, art. 5º (princípio da segurança jurídica), art. 90, § 3º, e art. 155, VI.

Conclusão Técnica nº 33:

Quando convocado à contratação de acordo com sua própria proposta, como definido pelo inciso II do § 4º do art. 90 da Lei Federal nº 14.133/2021, a recusa à contratação, dentro do prazo de validade da proposta, sujeita o licitante remanescente à abertura de processo sancionatório.

Justificativa: Após a reabertura da licitação, nos termos do art. 90, em que nenhum licitante aceite a contratação nas condições da proposta vencedora e não houver negociação, será facultado à Administração, convocar os licitantes remanescentes, na ordem de classificação, para celebrar a contratação nas condições ofertadas inicialmente. Assim, como a contratação será baseada na própria proposta, a recusa poderá ensejar abertura de processo sancionatório, inclusive com a perda da garantia em favor da administração. Tal interpretação extrai-se da leitura conjunta do § 4º, §5 e §6º do artigo 90.

Fundamentação: Lei Federal nº 14.133/2021, art. 90.

Tema:

Contratação de Obras Públicas

Conclusão Técnica nº 34:

O ETP é o documento que, caso se conclua pela viabilidade da contratação, dará origem ao anteprojeto, projeto básico, projeto executivo e ao termo de referência, documentos essenciais para a definição da obra de engenharia, não sendo recomendada a utilização do ETP simplificado, previsto no §2º do art. 18 da Lei Federal nº 14.133/2021. O ETP completo é capaz de identificar e tratar aspectos que o ETP simplificado não alcança, reduzindo os riscos de problemas futuros.

Justificativa: Durante a fase preparatória do procedimento licitatório, todas as nuances da futura contratação deverão ser enfrentadas para que se evite uma licitação deserta ou fracassada, ou uma contratação ineficaz, ineficiente e sem atingir a finalidade pública. Para evitar tais problemas na contratação de obras, recomenda-se a elaboração do ETP completo, contendo todos os elementos relacionados no § 1º do art. 18. Caso o ente opte pelo ETP simplificado, deverá apresentar justificativa para a ausência de cada elemento não apresentado no documento.

Fundamentação: Lei Federal nº 14.133/2021, art. 5º (princípio do planejamento), e art. 18º, § 2º.

Conclusão Técnica nº 35:

O Sistema de Registro de Preços (SRP) somente poderá ser utilizado para a contratação de execução de obras e serviços comuns de engenharia, desde que haja termo de referência, anteprojeto, projeto básico ou projeto executivo padronizados e sem complexidade técnica e operacional, bem como a necessidade permanente ou frequente de obra ou serviço a ser contratado, os quais deverão estar plenamente justificados no ETP.

Justificativa: O SRP traz diversos benefícios no âmbito da administração pública nas contratações de obras e serviços de engenharia, no entanto é imprescindível que as condições gerais e específicas sejam atendidas para que a finalidade pública seja atingida. Nesse sentido, o ETP se torna uma peça relevante para mensurar e justificar a aplicação do SRP para tais aquisições. Exemplos: construção de cisternas de combate à seca, perfuração de poços artesianos e serviços de tapa-buraco.

Fundamentação: Lei Federal nº 14.133/2021, art. 82, § 5º, e art. 85; Nota Técnica IBR 01/2024; Acórdão 2176/2022-TCU-Plenário.

Conclusão Técnica nº 36:

A especificação dos serviços de engenharia deve ser realizada por meio de projeto básico, exceto quando classificados como comuns e somente se no ETP for demonstrado que a especificação apenas em termo de referência não trará prejuízo para a aferição dos padrões de desempenho e qualidade almejados. Em se tratando de obras comuns, se demonstrada no ETP a inexistência de prejuízo para a sua execução, fiscalização e recebimento, a especificação do objeto poderá ser realizada apenas em projeto básico, dispensada a elaboração de projeto executivo.

Justificativa: A execução de obra e serviço de engenharia exige a elaboração de projetos básico e executivo, exceto nos casos previstos no § 3º do art. 18 e § 1º do art. 46 da Lei Federal nº 14.133/2021, ou seja, obras comuns poderão ser licitadas com projeto básico e serviços comuns de engenharia com termo de referência, excepcionalmente, quando o estudo técnico preliminar demonstrar a inexistência de prejuízo para a aferição dos padrões de desempenho e qualidade almejados.

Fundamentação: Lei Federal nº 14.133/2021, art. 18, § 3º, e art. 46, § 1º.

Conclusão Técnica nº 37:

As licitações por preço global (empreitada por preço global, contratação integrada, contratação semi-integrada, empreitada integral e por tarefa), com sistemática de medição por etapas, devem ser adotadas sempre que for possível definir no projeto básico, com boa margem de precisão, as quantidades dos serviços a serem executados. A empreitada por preço unitário é adequada para objetos que, por sua natureza, não permitam a precisa indicação dos quantitativos orçamentários.

Justificativa: É bastante comum (já desde a Lei Federal nº 8.666/1993) a realização de licitações de obras pelo regime de empreitada global que, posteriormente, tem a execução medida, liquidada e paga sob o regime de empreitada por preços unitários, o que gera um conjunto de irregularidades. Registre-se também que, dos sete regimes de execução listados no art. 46, apenas dois (empreitada por preço unitário e fornecimento e prestação de serviço associado) não são executados pelo regime de preço global.

Fundamentação: Lei Federal nº 14.133/2021, art. 6º, XXVIII e XXIX, e art. 46; Acórdão 1977/2013-TCU-Plenário.

Conclusão Técnica nº 38:

Nas obras e serviços licitados por preço global (empreitada por preço global, contratação integrada, contratação semi-integrada, empreitada integral e por tarefa), as medições devem ser realizadas de forma a verificar a execução de etapas ou sub-etapas completas, conforme previamente definidas no cronograma físico-financeiro (eventograma). Os pagamentos não devem se basear em quantitativos de itens unitários do orçamento.

Justificativa: As medições realizadas desta forma facilitam o trabalho de verificação da fiscalização, pois não precisam do levantamento preciso dos quantitativos dos serviços executados. Por exemplo, uma sub etapa do eventograma pode ser a instalação do piso da ala norte do 3º andar. No momento da medição, a fiscalização vai ao local indicado e verifica se o piso foi corretamente instalado. Caso positivo, paga-se por aquela área. Caso a contratada não tenha executado ou tenha executado parcialmente a etapa, não haverá pagamento. Eventograma = planilha que mostra a distribuição das etapas e sub etapas da obra ou serviço no tempo e o percentual do preço global da obra correspondente a cada uma delas. É uma forma de representação do cronograma físico-financeiro da obra ou da execução do serviço.

Fundamentação: Lei Federal nº 46, § 6º e §9º; Cartilha de boas práticas de gestão contratual de obras públicas da Auditoria Interna do Ministério Público da União (AUDIN-MPU); Licitações & Contratos: Orientações e Jurisprudência do TCU, 5ª Edição, 2024, pág. 372.

Conclusão Técnica nº 39:

Nas licitações com regime de execução de empreitada por preço global, a Administração Pública deve apresentar junto ao edital, um projeto básico suficientemente detalhado e fazer constar do edital e do contrato, cláusula expressa de concordância do contratado com a adequação do projeto que integrar o edital de licitação. Em regra, na empreitada por preço global, não se mostra adequada à prolação de termos aditivos relacionados a falhas de projeto.

Justificativa: O regime de execução de empreitada por preço global traz intrinsecamente ao seu conceito que a execução da obra ou do serviço será pouco alterada, principalmente no que tange à alteração quantitativa. Os licitantes que almejam participar de um certame onde o regime de execução seja a empreitada por preço global, devem ter a expertise suficiente para verificar as falhas nos projetos básicos e executivos, inclusive os quantitativos. Obs.: O Decreto Federal nº 7.983 de 8 de abril de 2013 se aplica a obras e serviços de engenharia contratados e executados com recursos dos orçamento da União. A redação do decreto inclui também a empreitada integral.

Fundamentação: Lei Federal nº 14.133/2021, art. 6º, XXIX; Decreto Federal nº 7.983/2013, art. 13, II; Acórdão 291/2016-TCU-Plenário; Acórdão 1.977/2013-TCU-Plenário (item 9.1.7).

Conclusão Técnica nº 40:

As obras e serviços de pavimentação urbana, o que inclui obras de pavimentação asfáltica, são obras de infraestrutura de transportes, por este motivo devem ser orçadas com a utilização das composições do Sistema de Custos Referenciais de Obras (SICRO) ajustadas para o caso concreto. As composições do Sistema Nacional de Pesquisa de Custos e Índices da Construção Civil (SINAPI) para serviços de pavimentação podem ser utilizadas apenas em serviços complementares, quando esses não constituírem o objeto principal do contrato ou quando não houver composições disponíveis no SICRO.

Justificativa: É comum que os orçamentos de licitações para obras e serviços de pavimentação urbana utilizem composições do SINAPI ou mesmo de outros referenciais de preços. A jurisprudência que orientava o uso do SICRO, a partir da vigência da Lei Federal nº 14.133/2021, tornou-se norma legal. As composições do SINAPI para serviços de pavimentação podem ser utilizados apenas em serviços complementares, quando não é o objeto principal do contrato, por exemplo, na pavimentação de um pátio de uma edificação.

Fundamentação: Lei Federal nº 14.133/2021, art. 23, §2º.

Conclusão Técnica nº 41:

São anexos obrigatórios de qualquer termo de aditamento que altere o projeto licitado a nova planilha orçamentária (com indicação dos acréscimos e/ou supressões realizados) e o novo cronograma de desembolsos.

Justificativa: As alterações introduzidas por termo aditivo não podem desequilibrar o acerto original, sendo necessária a demonstração por meio de planilha orçamentária e cronogramas atualizados.

Fundamentação: Lei Federal nº 14.133/2021, arts. 125 a 130, e art. 135, §6º.

Conclusão Técnica nº 42:

O § 2º do art. 23 da Lei Federal nº 14.133/2021 obriga ao uso prioritário das composições do SICRO e SINAPI. Quando necessário, os preços e demais parâmetros das composições devem ser adaptadas às peculiaridades da obra ou serviço, de forma a ajustá-los à situação fática. Toda adaptação nas composições do SICRO ou SINAPI, entretanto, deve ter registro no orçamento e ser acompanhada de memória de cálculo com as justificativas das alterações realizadas, com assinatura do responsável técnico.

Justificativa: As composições de SICRO e SINAPI representam valores de referência em cada Estado da federação e são obtidas a partir de métodos de cálculo pré-estabelecidos. Não raramente os preços praticados no local da obra ou serviço de engenharia ou mesmo outros parâmetros das composições não espelham a realidade do local da obra ou serviço. Nestes casos, mediante consistente justificativa técnica, as composições podem sofrer alterações.

Fundamentação: Lei Federal nº 14.133/2021, art. 23, § 2; Manual de Custos de Infraestrutura de Transportes do DNIT - Volume 01 - Metodologia e Conceitos, SINAPI: Metodologias e Conceitos – 10 ed.; Acórdão 2004/2015-TCU-Plenário; e Acórdão 619/2024-TCU-Plenário.

Conclusão Técnica nº 43:

Excepcionalmente, a pesquisa de preços para estimativa de valor de obras e serviços de engenharia pode ser realizada diretamente com fornecedores, desde que devidamente demonstrado o esgotamento de todas as demais opções previstas no §2º do art. 23 da Lei Federal nº 14.133/2021. Essa metodologia pode ser utilizada como boa prática para aferir o preço de mercado local dos insumos representativos do orçamento.

Justificativa: A pesquisa de preços direta com fornecedores não está expressa na relação do §2º do art. 23 da Lei Federal nº 14.133/2021, dentre as opções para estimativa de preços de mercado para contratação de obras e serviços de engenharia, mas pode ser necessária para a orçamentação de obras, especialmente para serviços específicos, que não estejam contemplados nas tabelas de preços de referência oficiais (SICRO/SINAPI) ou nas outras fontes relacionadas. Além disso, seguindo os manuais de orçamentação do SICRO e do SINAPI, a aferição dos preços de mercado locais é uma boa prática de orçamentação, especialmente dos insumos representativos do orçamento, devendo ser utilizada preferencialmente em conjunto com outros parâmetros, seguindo as regras do §1º do art. 23 da Lei Federal nº 14.133/2021.

Fundamentação: Lei Federal nº 14.133/2021, art. 23; Manual de Custos de Infraestrutura de Transportes do DNIT - Volume 01 - Metodologia e Conceitos, SINAPI: Metodologias e Conceitos – 10ª Ed.

Conclusão Técnica nº 44:

A adoção da taxa de Benefícios e Despesas Indiretas (BDI) diferenciada só deve ser aplicada para itens de valor significativo do orçamento, ou seja, que representem, no mínimo, 4% (quatro por cento) sobre o valor total estimado da contratação. A representatividade dos itens deve ser calculada por família de materiais ou equipamentos fornecidos pelo mesmo fornecedor.

Justificativa: É importante definir o conceito de percentual significativo na aplicação de BDI diferenciado, para que se utilize de critérios objetivos na análise de orçamentos de obras, evitando a sua utilização indiscriminada. A Súmula nº 253/2010 do TCU estabelece que, comprovada a inviabilidade técnico-econômica de parcelamento do objeto da licitação, nos itens de materiais e equipamentos de natureza específica que possam ser fornecidos por empresas com especialidades próprias e diversas e representem um percentual significativo do preço global da obra, o BDI deve ser reduzido em relação aos demais itens do orçamento. Por sua vez, a NLLC definiu expressamente, no § 1º do art. 67, que as parcelas de maior relevância ou valor significativo do objeto da licitação são aquelas que possuem valor individual igual ou superior a 4% (quatro por cento) do valor total estimado da contratação.

Fundamentação: Lei Federal nº 14.133/2021, Art. 67, § 1º; TCU, Súmula nº 253. Roteiro de Auditoria de Obras Públicas - TCU e Orientações para elaboração de planilhas orçamentárias de obras públicas - TCU

Conclusão Técnica nº 45:

No Regime de Contratação Integrada (RCI), embora a Lei Federal nº 14.133/2021 não tenha estabelecido restrições quanto ao objeto, a Administração não pode adotá-la apenas para se furtar da responsabilidade pela elaboração do projeto básico, devendo a escolha estar devidamente justificada em ETP.

Justificativa: As restrições quanto ao objeto da contratação integrada previstas na Lei Federal nº 12.462/2011 e na Lei Federal nº 13.303/2016 não foram elencadas na Lei Federal nº 14.133/2021, tornando a adoção deste regime mais abrangente. Entretanto, a opção pela contratação integrada deverá estar fundamentada em análise comparativa com contratações realizadas ou outros dados disponíveis, procedendo-se à quantificação, inclusive monetária, das vantagens e desvantagens da utilização deste regime, afastando justificativas genéricas, aplicáveis a qualquer obra e serviço de engenharia. Além disso, por se tratar de modalidade de preço global fixo, com base em anteprojeto, a escolha desta modalidade de contratação exige análise cuidadosa, especialmente em objetos em que não se pode estimar, previamente e com precisão, os quantitativos de serviços, aumentando os riscos da contratação.

Fundamentação: Lei Federal nº 14.133/2021, art. 18, X, art. 46, § 2º e § 3º; Acórdão 1388/2016-TCU-Plenário; Acórdão 356/2020-TCU-Plenário; Acórdão 1415/2024-TCU-Plenário.

Conclusão Técnica nº 46:

Nos casos de adoção do RCI, o edital deve exigir que, na entrega do projeto básico pela contratada, sejam apresentados o cronograma físico-financeiro, o eventograma e o orçamento detalhado. Este orçamento deve conter as descrições, unidades de medida, quantitativos e preços unitários de todos os serviços da obra, acompanhados das respectivas composições de custo unitário, do detalhamento dos encargos sociais e da taxa de BDI.

Justificativa: Tendo em vista que o orçamento para a contratação integrada é realizado com base em anteprojeto, é necessário que a contratada, ao elaborar o projeto básico, sejam apresentados, por parte da contratada, cronograma, eventograma e orçamentos detalhados. Tais exigências permitiriam a adequada análise quanto a eventuais reajustamentos contratuais e, à necessidade de reequilíbrio econômico financeiro e de ajustes no cronograma físico-financeiro da obra.

Fundamentação: Lei Federal nº 14.133/2021, art. 23, § 5º, e art. 56, § 5º; Acórdão 2433/2016 - TCU-Plenário.

Conclusão Técnica nº 47:

Na contratação integrada, apesar do contratado assumir os riscos relativos ao Projeto Básico, na etapa de aprovação deste, a Administração deve realizar exame técnico minucioso nos respectivos documentos apresentados pela contratada, a fim de verificar se as diretrizes estabelecidas no anteprojeto foram seguidas. A Administração, por meio de profissional habilitado, deverá avaliar se as premissas e condições iniciais de desempenho do objeto estão sendo perfeitamente obedecidas no projeto desenvolvido pela contratada, aprovando-o somente no caso de atender plenamente aos requisitos fixados no edital.

Justificativa: Tendo em vista que a contratação integrada é realizada com base no anteprojeto, é fundamental que o projeto básico seja avaliado e aprovado antes da ordem de início da execução da obra. Assim, a apresentação de projeto básico que transfigure o anteprojeto deve ensejar a sua rejeição e não a alteração contratual para contemplar a solução desejada pela contratada. Essa exigência decorre do princípio da vinculação ao edital, que assegura que as regras e diretrizes previamente estabelecidas no certame sejam rigorosamente seguidas, garantindo a isonomia, a transparência e a segurança jurídica do processo licitatório.

Fundamentação: Lei Federal nº 14.133/2021, art. 22, § 4º, art. 46, § 3º; Acórdão 831/2023-TCU-Plenário; Acórdão 2291/2022 – TCU - Plenário.

Conclusão Técnica nº 48:

Em regra, no RCI, erros, indefinições e omissões no anteprojeto não justificam a celebração de aditamento contratual, dada a ausência de permissão legal expressa.

Justificativa: O anteprojeto, por definição, não contém todos os elementos de um projeto definitivo, de forma que sempre existirão, definições, ajustes, detalhamentos e compatibilizações a serem realizados por ocasião da elaboração dos projetos básico e executivo. Assim, é provável que todo anteprojeto seja, em algum grau, alterado pelos projetos que lhe seguem, sem que caiba, necessariamente, a realização de aditamentos contratuais, que são, em regra, expressamente vedados na contratação integrada.

Fundamentação: Lei Federal nº 14.133/2021, art. 46, § 3º, e art. 133; Acórdão 2433/2016-TCU-Plenário; Acórdão 2591/2017-TCU-Plenário; Acórdão 831/2023-TCU-Plenário.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO RS

