

PARECER Nº 284

PROCESSO Nº: 208-2023 edital nº 012/2023

INTERESSADO: Secretaria Municipal de Agricultura e Meio Ambiente

RELATÓRIO

Trata o presente expediente de processo administrativo que tem por finalidade o credenciamento de prestadores de serviços de máquinas pesadas, mediante procedimento auxiliar, em sua forma eletrônica, conforme justificativa e especificações constantes do Termo de Referência e seus anexos.

A análise se dá em caráter excepcional, posto que minuta de edital já foi disponibilizada ao agente de contratação. O TR e Estudo Técnico Preliminar são ao encargo da Secretaria e tratam do objeto e, como tal, não há aptidão para a assessoria.

APRECIÇÃO JURÍDICA**Finalidade e abrangência do parecer jurídico**

A presente manifestação jurídica tem o escopo de assistir a autoridade assessorada no controle prévio de legalidade, conforme estabelece o artigo 53, I e II, da Lei nº 14.133, de 2021 (Nova Lei de Licitações e Contratos – NLLC).

Como se pode observar do dispositivo legal supra, o controle prévio de legalidade se dá em função do exercício da competência da análise jurídica da futura contratação, não abrangendo, portanto, os demais aspectos envolvidos, como os de natureza técnica, mercadológica ou de conveniência e oportunidade.

De fato, presume-se que as especificações técnicas contidas no presente processo, inclusive quanto ao detalhamento do objeto da contratação, suas características, requisitos e avaliação do preço estimado, tenham sido regularmente determinadas pelo setor competente do órgão, com base em parâmetros técnicos objetivos, para a melhor consecução do interesse público.

Finalmente, deve-se salientar que determinadas observações são feitas sem caráter vinculativo, mas em prol da segurança da própria autoridade assessorada a quem incumbe, dentro da margem de discricionariedade que lhe é conferida pela lei, avaliar e acatar, ou não, tais ponderações. Não obstante, as questões relacionadas à legalidade serão apontadas para fins de sua correção. O seguimento do processo sem a observância destes apontamentos será de responsabilidade exclusiva da Administração.

Limites e instâncias de governança

No presente caso, o valor estimado da contratação é de R\$ 1.41.750,00, sendo despesas de custeio em razão de ser serviços de máquinas.

É necessário que haja a autorização da despesa pelo ordenador e previsão orçamentária.

Avaliação de conformidade legal

Não foi instituída a lista de verificação, sendo que a análise se dá em razão de estar o Município implementando os procedimentos definidos pela Lei Federal nº 14.133, cabendo à secretaria requisitante atentar-se a cada um dos requisitos do ETR e TR.

Planejamento da contratação

A Lei nº 14.133, de 2021, estabeleceu que fase preparatória do processo licitatório é caracterizada pelo planejamento e deve compatibilizar-se com o plano de contratações anual de que trata o inciso VII do *caput* do art. 12 da referida lei e com as leis orçamentárias, bem como abordar todas as considerações técnicas, mercadológicas e de gestão que podem interferir na contratação, conforme previsto no caput do art. 18.

O artigo 18 da Lei nº 14.133, de 2021, elenca providências e documentos que devem instruir a fase de planejamento. Entende-se que idênticos parâmetros devem ser adotados no procedimento auxiliar de credenciamento, posto que destinado à futuras contratações.

Referido dispositivo é complementado por seu parágrafo primeiro, que dispõe sobre os elementos do Estudo Técnico Preliminar. Alguns dos elementos serão abaixo examinados.

Estudo Técnico Preliminar - ETP

No presente caso, a secretaria requisitante elaborou o estudo técnico preliminar. Apesar de se tratar de documento extremamente técnico, cuja avaliação cabe, em última instância, ao próprio órgão assistido, ele aparentemente contém as previsões necessárias, relacionadas no art. 18, §1º, da Lei nº 14.133, de 2021.

Do artigo 18, § 1º, da Lei nº 14.133, de 2021, que elenca os elementos que devem ser considerados na elaboração do ETP encontram-se preenchidos: descrição da necessidade (§ 1º, I), previsão no plano de contratações anual (art. 1º, II), requisitos da contratação específicos (§ 1º, III), estimativas das quantidades (§ 1º, IV), levantamento de mercado (§ 1º, V), estimativa do valor da contratação (§ 1º, VI), descrição da solução como todo (§ 1º, VII), justificativa para parcelamento (§ 1º, VIII), demonstrativo dos resultados pretendidos (§ 1º, IX), providências a serem adotadas pela Administração (§ 1º, X), contratações correlatas (§ 1º, XI), impactos ambientais (§ 1º, XII), viabilidade da contratação (§ 1º, XIII).

É certo que o ETP deverá conter ao menos os elementos previstos nos incisos I, IV, VI, VIII e XIII, acima, conforme expressamente exigido pelo §2º da referida norma. No caso, todos os elementos foram previstos.

Termo de Referência

O termo de referência foi juntado aos autos e reúne cláusulas e condições essenciais exigidas nos instrumentos da espécie.

Observa-se que o instrumento segue o modelo constante em Decreto Municipal nº 051/2023. A padronização de modelos de documentos da fase interna constitui medida de eficiência e celeridade administrativa que encontra previsão no art. 19, inciso IV, da Lei nº 14.133, de 2021.

O Termo de Referência deve contemplar as exigências do artigo 6º, XXIII, da Lei nº 14.133, de 2022. Todos os requisitos foram devidamente preenchidos: a) definição do objeto, incluídos sua natureza, os quantitativos, o prazo do contrato e, se for o caso, a possibilidade de sua prorrogação (item 1 do TR); b) fundamentação da contratação, que consiste na referência aos estudos técnicos preliminares correspondentes (item 2 do TR); c) descrição da solução como um todo, considerado todo o ciclo de vida do objeto (item 3 do TR); d) requisitos da contratação (item 4 do TR); e) modelo de execução do objeto, que consiste na definição de como o contrato deverá produzir os resultados pretendidos desde o seu início até o seu encerramento (item 5 do TR); f) modelo de gestão do contrato, que descreve como a execução do objeto será acompanhada e fiscalizada pelo órgão ou entidade (item 6 do TR); g) critérios de medição e de pagamento (item 7 do TR); h) forma e critérios de seleção do fornecedor (item 8 do TR); i) estimativas do valor da contratação, acompanhadas dos preços unitários referenciais, das memórias de cálculo e dos documentos que lhe dão suporte, com os parâmetros utilizados para a obtenção dos preços e para os respectivos cálculos, que devem constar de documento separado e classificado (item 8 do TR, os cálculos estão no ETP); j) adequação orçamentária (item 11 do TR).

Da natureza comum do objeto do credenciamento

Compete à administração declarar que o objeto a ser credenciado é de natureza comum, haja vista que o credenciamento é o processo administrativo de chamamento público em que a Administração Pública convoca interessados em prestar serviços ou fornecer bens para que, preenchidos os requisitos necessários, se credenciem no órgão ou na entidade para executar o objeto quando convocados. Caso a contratação fosse de bens especiais, caberia a realização de concorrência, na forma do artigo 6º, XXXVIII.

A definição de bens e serviços comuns pode ser extraída diretamente da Lei nº 14.133, de 2021. No caso concreto, a Administração declarou expressamente a natureza comum do objeto da licitação, conforme item 1.4 do TR.

Informação sobre o Regime de Fornecimento

No caso concreto, a execução se dará de forma indireta pela contratada, ou seja, a que o órgão ou entidade contrata com terceiros, cujo modo de seleção consta no item 8 do ETP. **É necessário indicar o regime de execução.**

Aquisição de bem de consumo que se enquadra como bem de luxo

De acordo com o art. 20 da Lei nº 14.133, de 2021, não é admitida a aquisição de artigos de luxo. No caso concreto, o bem não se trata da aquisição de bens, mas de prestação de serviços.

Indicação de marca ou modelo

Quanto à eventual indicação de marca ou modelo, cabe salientar que lei admite tal possibilidade de forma excepcional, por representar restrição à ampla competitividade do certame.

No caso concreto, a Administração não promoveu a indicação de marca/modelo, sobretudo por se tratar de prestação de serviços. Eventuais características do maquinário devem ser passíveis de esclarecimento pelo requisitante.

Vedação de marca ou produto

O art. 41, inciso III, da Lei nº 14.133, de 2021, contempla a possibilidade de a Administração vedar a contratação de marca ou produto, quando, mediante processo administrativo, restar comprovado que produtos adquiridos e utilizados anteriormente pela Administração não atendem a requisitos indispensáveis ao pleno adimplemento da obrigação contratual.

No caso concreto, não há vedação à contratação de marca ou produto. As máquinas a serem utilizadas na prestação de serviços tampouco indica marca ou produto.

Condições de aquisição e pagamento semelhantes às do setor privado

De acordo com o art. 40, inciso I, da Lei nº 14.133, de 2021, na fase de planejamento da contratação a Administração deve cuidar para que o planejamento considere condições de aquisição e pagamento semelhantes às do setor privado. No caso, verifica-se que o pagamento se dará após a execução do serviço, em um prazo de 30 dias.

Condições de execução e pagamento, das garantias exigidas e ofertadas e das condições de recebimento

O art. 18, inciso III, da Lei nº 14.133, de 2021, exige que a fase de planejamento da contratação contemple as condições de execução e pagamento, das garantias exigidas e ofertadas e das condições de recebimento, sendo certo que sua definição envolve algum juízo de conveniência e oportunidade a ser realizado pelo administrador.

No caso concreto, o tema foi tratado no TR.

Modalidade, critério de julgamento e modo de disputa

Por se tratar de credenciamento não há disputa, sendo condição de participação que o interessado apresente os documentos de habilitação. Considera-se credenciamento: processo administrativo de chamamento público em que a Administração Pública convoca interessados em prestar serviços ou fornecer bens para que, preenchidos os requisitos necessários, se credenciem no órgão ou na entidade para executar o objeto quando convocados.

O Termo de Referência indica que será dotado o critério de terceiros, estabelecido no artigo 79, II da Lei Federal nº 14.133, a saber: caso em que a seleção do contratado está a cargo do beneficiário direto da prestação.

Deve ser observado o contido no parágrafo único do artigo 79 da Lei Federal nº 14.133: a Administração deverá divulgar e manter à disposição do público, em sítio eletrônico oficial,

edital de chamamento de interessados, de modo a permitir o cadastramento permanente de novos interessados.

No caso concreto, o tema constou no item 4 do Estudo Técnico Preliminar.

Objetividade das exigências de qualificação técnica

Considerando que a prestação de serviços se dá através de máquinas específicas, o credenciado deverá comprovar possuir o equipamento e operador de máquina habilitado. Sugere-se que esses requisitos constem no rol dos documentos e qualificação técnica a serem exigidos.

Adequação orçamentária

Conforme se extrai do *caput* do artigo 18 da Lei nº 14.133, de 2021, a fase preparatória deve compatibilizar-se também com as leis orçamentárias.

A existência de disponibilidade orçamentária com a respectiva indicação da classificação funcional programática e da categoria econômica da despesa é uma imposição legal.

No caso concreto, a Administração informou que a despesa decorrente da contratação está devidamente prevista nas leis orçamentárias.

Minuta de Edital

A minuta de edital foi juntada aos autos e reúne cláusulas e condições essenciais exigidas nos instrumentos da espécie.

Os requisitos referidos no artigo 25 da Lei Federal nº 14.133 foram devidamente observados, a saber:

O objeto consta no item 1 do edital, regras de convocação no item 1.3. e 2.1, o julgamento decorre da habilitação por ser credenciamento, a habilitação está prevista no 4 e 6.6. Há previsão de recursos no item 8. As penalidades constam no item 10. A fiscalização e gestão estão previstos no Termo de Referência. A execução do objeto está estabelecida no Termo de Referência. E, as condições de pagamento no item 12.5.

Ressalva-se que a teor do § 3º: “Todos os elementos do edital, incluídos minuta de contrato, termos de referência, anteprojeto, projetos e outros anexos, deverão ser divulgados em sítio eletrônico oficial na mesma data de divulgação do edital, sem necessidade de registro ou de identificação para acesso”.

Da restrição a participação de interessados no certame

O art. 9º da Lei nº 14.133, de 2021, veda expressamente que o agente público admita, preveja, inclua ou tolere qualquer tipo de restrição que comprometa ou frustre o caráter competitivo do processo licitatório (aplicáveis aos procedimentos auxiliares que objetivam a contratação), inclusive nos casos de participação de sociedades cooperativas e consórcios; observadas as determinações legais acerca das ME e EPP's.

Da participação de ME, EPP e Cooperativas

Nos termos do inciso I do art. 48 da Lei Complementar nº 123, de 2006, com a redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014, foi previsto tratamento favorecido, diferenciado e simplificado para microempresas e empresas de pequeno nas contratações públicas de bens, serviços e obras, sendo certo que o entendimento aqui apresentado é aplicável também a cooperativas equiparadas.

Licitação Exclusiva

O art. 6º do referido Decreto estabelece que, nos itens ou lotes de licitação cujo valor esteja abaixo de R\$ 80.000,00, a participação no processo licitatório deve ser exclusivamente destinada às microempresas e empresas de pequeno porte.

Previsões da Lei n. 14.133, de 2021 sobre tratamento diferenciado a ME e EPP

Inicialmente, convém registrar que a Lei nº 14.133, de 2021, inovou ao tratar do tratamento diferenciado a ser conferido a ME, EPP e Cooperativas equiparadas, contemplando expressamente o disposto na Lei Complementar nº 123.

Margens de preferência

De acordo com a Lei nº 14.133, de 2021, a Administração poderá estabelecer margens de preferência, conforme premissas indicadas em seu art. 26.

No caso concreto, a minuta de edital revela que a Administração realizará licitação sem margem de preferência, sendo adequado frente à natureza do objeto. Não é caso de aquisição de bens, e a prestação de serviços pretendida não é regida por norma técnica brasileira.

Cláusula com índice de reajustamento de preços, com data-base vinculada à data do orçamento estimado

O art. 25, §7º, da Lei nº 14.133, de 2021, estabelece que, independentemente do prazo de duração do contrato, será obrigatória a previsão no edital de índice de reajustamento de preço, com data-base vinculada à data do orçamento estimado e com a possibilidade de ser estabelecido mais de um índice específico ou setorial, em conformidade com a realidade de mercado dos respectivos insumos.

No caso concreto, o edital prevê reajuste nos valores credenciados conforme item 12.1 do edital. Tratando-se de credenciamento, o valor é estabelecido pelo Município e não vincula-se à orçamento.

Minuta de termo de contrato

A minuta de termo de contrato foi juntada aos autos e **devem ser atender as previsões contidas nos itens VI, VII e XVII do artigo 92.** As demais cláusulas e condições essenciais exigidas nos instrumentos da espécie foram observadas.

Art. 92. São necessárias em todo contrato cláusulas que estabeleçam:

I - o objeto e seus elementos característicos: item 1;

II - a vinculação ao edital de licitação e à proposta do licitante vencedor ou ao ato que tiver autorizado a contratação direta e à respectiva proposta: item 1.2;

III - a legislação aplicável à execução do contrato, inclusive quanto aos casos omissos: item 13.

IV - o regime de execução ou a forma de fornecimento: item 3.1

V - o preço e as condições de pagamento, os critérios, a data-base e a periodicidade do reajustamento de preços e os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento: item 5.

VI - os critérios e a periodicidade da medição, quando for o caso, e o prazo para liquidação e para pagamento;

VII - os prazos de início das etapas de execução, conclusão, entrega, observação e recebimento definitivo, quando for o caso;

VIII - o crédito pelo qual correrá a despesa, com a indicação da classificação funcional programática e da categoria econômica: item 12.

~~IX - a matriz de risco, quando for o caso;~~

~~X - o prazo para resposta ao pedido de repactuação de preços, quando for o caso;~~

~~XI - o prazo para resposta ao pedido de restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro, quando for o caso;~~

~~XII - as garantias oferecidas para assegurar sua plena execução, quando exigidas, inclusive as que forem oferecidas pelo contratado no caso de antecipação de valores a título de pagamento;~~

~~XIII - o prazo de garantia mínima do objeto, observados os prazos mínimos estabelecidos nesta Lei e nas normas técnicas aplicáveis, e as condições de manutenção e assistência técnica, quando for o caso;~~

XIV - os direitos e as responsabilidades das partes, as penalidades cabíveis e os valores das multas e suas bases de cálculo: itens 8 e 10.

~~XV - as condições de importação e a data e a taxa de câmbio para conversão, quando for o caso;~~

XVI - a obrigação do contratado de manter, durante toda a execução do contrato, em compatibilidade com as obrigações por ele assumidas, todas as condições exigidas para a habilitação na licitação, ou para a qualificação, na contratação direta: item 8.1.8

XVII - a obrigação de o contratado cumprir as exigências de reserva de cargos prevista em lei, bem como em outras normas específicas, para pessoa com deficiência, para reabilitado da Previdência Social e para aprendiz;

XVIII - o modelo de gestão do contrato, observados os requisitos definidos em regulamento: item 3.

XIX - os casos de extinção: item 11

Designação de agentes públicos

Para o encaminhamento do certame, deverá ter a designação do agente de contratação e da equipe de apoio, do gestor e fiscal(is) de contratos, observada a segregação de funções.

Publicidade do edital e do termo do contrato

Destacamos ainda que é obrigatória a divulgação e a manutenção do inteiro teor do edital de licitação e dos seus anexos e do termo de contrato no Portal Nacional de Contratações Públicas e a publicação de extrato do edital no Diário Oficial do Município e Jornal de grande circulação, conforme determinam os art. 54, *caput* e §1º, 94 e 175 § 2º da Lei nº 14.133, de 2021.

Também, por ser credenciamento, a Administração deverá divulgar e manter à disposição do público, em sítio eletrônico oficial, edital de chamamento de interessados, de modo a permitir o cadastramento permanente de novos interessados.

CONCLUSÃO

Em face do exposto, nos limites da análise jurídica e excluídos os aspectos técnicos e o juízo de oportunidade e conveniência do ajuste, enfatiza-se acerca dos pontos destacados que merecem observância e adequação e, assim realizado, permite o prosseguimento do presente processo.

Nova Petrópolis, 31 de Maio de 2023.

Karine V Hansen

OAB/RS 50.600