



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO AO INSTITUTO FEDERAL DE EDUCAÇÃO, CIÊNCIA E TECNOLOGIA
CATARINENSE
PROTOCOLO

RUA DAS MISSÕES 100, PONTA AGUDA, BLUMENAU - SC, CEP 89051-000 - FONE: 47- 3331-7800

CERTIDÃO n. 00137/2019/PROT/PFIFCATARINENSE/PGF/AGU

NUP: 23348.004623/2019-44

INTERESSADOS: IFC - REITORIA

ASSUNTOS: PEDIDO DE COMPRA/CONTRATAÇÃO

Considerando o disposto na Lei 12.682/2012, que disciplina a elaboração e o arquivamento de documentos em meios eletromagnéticos, bem como o princípio da eficiência estampado no art. 37 da Constituição Federal de 1988, **certifico** que os documentos produzidos pela Advocacia-Geral da União neste Processo Administrativo estão em suporte digital e encontram-se disponíveis para consulta e download pela Internet no endereço <https://sapiens.agu.gov.br>, mediante cadastro prévio e fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) e da chave de acesso constantes no rodapé da presente certidão.

Blumenau, 17 de julho de 2019.

FERNANDA ANDRADE
Assistente em Administração
Procuradoria Federal junto ao IFC

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 23348004623201944 e da chave de acesso ebd900e7



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO AO INSTITUTO FEDERAL DE EDUCAÇÃO, CIÊNCIA E TECNOLOGIA
CATARINENSE
GABINETE DO PROCURADOR

RUA DAS MISSÕES 100, PONTA AGUDA, BLUMENAU - SC, CEP 89051-000 - FONE: 47- 3331-7800

PARECER n. 00240/2019/IFC/PFSC/PFIFCATARINENSE/PGF/AGU

NUP: 23348.004623/2019-44

INTERESSADO: IFC - REITORIA

ASSUNTO: PREGÃO - SRP - ITENS DE TI

I. RELATÓRIO

1. Os autos tratam de procedimento licitatório e o encaminhamento foi feito mediante a NOTA TÉCNICA/FORMULÁRIO DE ENVIO PARA PARECER JURÍDICO, páginas 239-244, Seq. 1, PDF 19, destes autos eletrônicos do SAPIENS, com Seq. 1, 19 arquivos PDF, estando a consulta no PDF 19, como já dito. O apoio administrativo desta Procuradoria importou os autos do sistema SIPAC do IFC.

2. **O escopo deste exame, e do parecer decorrente, é a análise jurídico-formal das minutas remetidas,** eis que a Procuradoria não possui competência de auditoria, nem meios de realizá-la: são 12 os cargos de Auditor Interno (10 providos) e 1 de Procurador junto ao Instituto, o que demonstra a inviabilidade de tal desiderato ainda que se admitisse a competência para realização de revisão dos atos administrativos praticados (tais com o "estudo preliminar" ou o "mapa de riscos").

3. Esse é o relatório, as referências à documentação acostada será feita na fundamentação.

II. FUNDAMENTAÇÃO

4. Preliminarmente, cabe salientar que a presente manifestação toma por base, exclusivamente, os elementos que constam, até a presente data, nos autos do processo administrativo em epígrafe. Destarte, à luz do art. 131 da Constituição Federal de 1988 e do art. 11 da Lei Complementar nº 73/1993, incumbe, a este órgão assessoramento, prestar consultoria sob o prisma estritamente jurídico, não lhe competindo adentrar no mérito de conveniência e à oportunidade dos atos praticados, nem analisar aspectos de natureza eminentemente técnico-administrativa. Nessa linha:

Boa Prática Consultiva – BPC nº 07

Enunciado

O Órgão Consultivo não deve emitir manifestações conclusivas sobre temas não jurídicos, tais como os técnicos, administrativos ou de conveniência ou oportunidade, sem prejuízo da possibilidade de emitir opinião ou fazer recomendações sobre tais questões, apontando tratar-se de juízo discricionário, se aplicável. Ademais, caso adentre em questão jurídica que possa ter reflexo significativo em aspecto técnico deve apontar e esclarecer qual a situação jurídica existente que autoriza sua manifestação naquele ponto.

5. Assim, o escopo desta manifestação jurídica é orientar o Gestor Público quanto às exigências legais para a prática do ato administrativo sob o aspecto jurídico-formal. Isso porque foge à competência legal desta Procuradoria examinar aspectos técnicos, orçamentários e de mérito, inclusive a veracidade das declarações/documentos carreados aos autos aos quais este parecer será juntado (se for pertinente, a juízo do Gestor); portanto, cabe ao Gestor decidir se os

elementos encartados nos autos atendem ao interesse público e aos princípios constitucionais da Administração Pública, pois como afirmava Seabra Fagundes “*administrar é aplicar a lei de ofício*”. Portanto, até prova em contrário, reputam-se verazes os documentos carreados aos autos, cabendo ao Gestor diligenciar sobre a confiabilidade dessa documentação. Nessa linha, em aplicação extensiva (precedente doutrinário: Hely Lopes Meirelles, Direito Administrativo Brasileiro, 25ª Edição, atualizada, páginas 44-45 – “*A analogia admissível no campo do Direito Público é a que permite aplicar texto de norma administrativa a espécie não prevista, mas compreendida no seu espírito;*”), a Orientação Normativa nº 016/2009 da AGU:

Aplicação **extensiva** Orientação Normativa nº 016/2009 da AGU, *in verbis*:

"COMPETE À ADMINISTRAÇÃO AVERIGUAR A VERACIDADE DO ATESTADO DE EXCLUSIVIDADE APRESENTADO NOS TERMOS DO ART. 25, INC. I, DA LEI Nº 8.666, DE 1993.

6. O exame deve se ater somente aos aspectos formais, pois os elementos encartados nos autos, aos quais poderá ser aplicado e juntado este parecer, decorrem de atos administrativos, os quais gozam de presunção de legalidade e veracidade, assim, neles somos obrigados a acreditar até prova em contrário – presunção *iuris tantum* – precedente: “*(...) Os atos administrativos gozam de presunção de legalidade e veracidade. Só prova em contrário poderá afetar a eficácia. (...)*” STJ: ROMS 8628/MG. Sexta Turma Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro. Julg. 18/08/1998. DJU 21/09/1998. Pág. 232. Ademais, a Procuradoria não dispõe de efetivo humano, estrutura administrativa ou competência legal para realizar diligências investigatórias, dependendo, sempre, de provocação para conhecer de questões jurídicas afetas à economia da entidade assessorada, forte no princípio da legalidade e no da segregação de funções. Nessa linha, também, a Lei nº 9.784/99:

"(...)

Art. 11. A competência é irrenunciável e se exerce pelos órgãos administrativos a que foi atribuída como própria, salvo os casos de delegação e avocação legalmente admitidos.

(...)"

7. A rigor, registra-se, não há previsão legal de exercício da função fiscalizatória dos atos administrativos pela assessoria jurídica - exceto quanto ao exame das minutas de instrumentos jurídicos em geral e no âmbito da Lei nº 8.666/93. Tal competência legal, a de fiscalização, é dos órgãos de controle, interno e externos, e do próprio Gestor, cujo ônus nessa função é, como já dito, na lição do saudoso Seabra Fagundes, “*administrar é aplicar a lei de ofício*”. Ademais, temos as orientações da AGU pertinentes à atividade consultiva:

"Boa Prática Consultiva – BPC nº 05

a) Enunciado

Não é função do Órgão Consultivo, após expressar seu juízo conclusivo de aprovação acerca das minutas de editais e contratos, em cada caso concreto, pronunciar-se, posteriormente, para fiscalizar o cumprimento das recomendações ofertadas. Sempre que necessário, o conteúdo de alteração de cláusulas editalícias ou contratuais deve ser sugerida pelo Advogado Público.

"Boa Prática Consultiva – BPC nº 07

a) Enunciado

O Órgão Consultivo não deve emitir manifestações conclusivas sobre temas não jurídicos, tais como os técnicos, administrativos ou de conveniência ou oportunidade, sem prejuízo da possibilidade de emitir opinião ou fazer recomendações sobre tais questões, apontando tratar-se juízo discricionário, se aplicável. Ademais, caso adentre em questão jurídica que possa ter reflexo significativo em aspecto técnico deve apontar e esclarecer qual a situação jurídica existente que autoriza sua manifestação naquele ponto."

8. Nem mesmo o Poder Judiciário, por sua mais alta Corte, incursiona no mérito administrativo. Precedente: “*...(...)...O exame dos atos administrativos no âmbito do Poder Judiciário se circunscreve à legalidade e à observância das garantias do contraditório e da ampla defesa, sendo insindicável o mérito do ato administrativo... (...)"* – Trecho do V. Acórdão no MS 31.068 – Distrito Federal. Relator Exmo. Ministro LUIZ FUX – STF – 21/06/2016, disponível em www.stf.jus.br.

9. Não obstante a discricionariedade administrativa, devemos lembrar a Lei nº 9.784/99 Art. 50:

"Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando: ...(...)...§ 1o A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato.

§ 2o Na solução de vários assuntos da mesma natureza, pode ser utilizado meio mecânico que reproduza os fundamentos das decisões, desde que não prejudique direito ou garantia dos interessados.

§ 3o A motivação das decisões o de órgãos colegiados e comissões ou de decisões orais constará da respectiva ata ou de termo escrito."

10. Sem embargo, persistindo dúvida jurídica, deve ser suscitada a esta Procuradoria. Sendo a dúvida de outra natureza (quanto a aspectos de gestão, conveniência e oportunidade, questões orçamentárias, científicas, veracidade de documentos), deve o Gestor utilizar dos outros meios de que dispõe, inclusive, comissões de *experts* para emitir laudos técnico-científicos que forem pertinentes, uma vez que não é competência legal desta realizar diligências ou agir de ofício, por falta de competência legal (falta, inclusive, de meios, eis que a AGU não disponibiliza apoio especializado como sói acontecer em outras carreiras jurídicas, inclusive da própria AGU).

11. Prosseguindo na análise deste caso, este parecer toma por base, exclusivamente, os elementos que constam, até a presente data, nos autos do processo administrativo em epígrafe, realizando a opinião jurídica à luz da Lei Complementar nº 73/93, no âmbito de competência jurídica, não nos competindo analisar o mérito do ato administrativo pretendido, característica eminentemente técnico-administrativa.

12. Cuida-se de minuta do pretendido Pregão nº 6/2019 - REGISTRO DE PREÇOS PARA EVENTUAL AQUISIÇÃO DE EQUIPAMENTOS, MATERIAIS E SOFTWARES DE INFORMÁTICA (TI) PARA ATENDER ÀS NECESSIDADES DO IFC.

Dos requisitos formais do processo

13. De início, há de se alertar sobre a necessidade de observância, pela Administração, dos requisitos formais relativos à fase interna do procedimento. Salienta-se imperiosa a formalização dos processos administrativos com a consequente autuação, numeração, instrução, etc, consoante o advento da Lei nº 9.784/99, conforme os arts. 5º, 22, §§ 1º e 4º, 29, § 1º, desse diploma legal.

14. Em igual sentido preconiza o art. 8º, da Lei 10.520, de 2002, que “os atos essenciais do pregão, inclusive decorrentes de meios eletrônicos, serão documentados no processo respectivo, com vistas à aferição de sua regularidade pelos agentes de controle, nos termos do regulamento previsto no art. 2º”.

15. No caso em exame, observa-se que houve atendimento ao comando legal antes referido, eis que o processo foi devidamente autuado, protocolado e numerado pela administração.

16. Consta no Seq. 1, PDF1, o Formulário nº 56/2019 - DTI/REITOR, no qual consta:

"(...)

Por este instrumento declaro ter ciência das competências do INTEGRANTE TÉCNICO definidas na IN 04/2014 SLTI/MP, bem como da minha indicação para exercer esse papel na equipe que irá efetuar o Planejamento da Contratação de que trata este documento.

Aprovo o prosseguimento da contratação, considerando sua relevância e oportunidade em relação aos objetivos estratégicos e as necessidades da Área Requisitante.

Em conformidade com o art. 11, §§ 1º e 2º da IN 04/2014 SLTI/MP, encaminha-se a , que deverá: decidir motivadamente sobre o prosseguimento da contratação;

indicar o Integrante Administrativo para composição da Equipe de Planejamento da Contratação, quando da continuidade da contratação; e

instituir a Equipe de Planejamento da Contratação conforme exposto no Art. 2º, IV.

(Assinado digitalmente em 08/01/2019 10:57)

FREDERICO ANDRES BAZANA TEC DE TECNOLOGIA DA INFORMACAO

Matrícula: 2639939

(Assinado digitalmente em 08/01/2019 09:22)

PLINIO ANTUNES GARCIA DIRETOR

Matrícula: 2125407"

17. Consta no Seq. 1, PDF1, o Estudo Técnico Preliminar da Contratação e o documento "ANÁLISE DE RISCOS", Documento de Oficialização da Demanda - DOD.

18. **Esses documentos técnicos** (Estudo Preliminar, Análise de Riscos e Documento de Oficialização da Demanda), vários de cada um, oriundos de diversos órgãos do IFC, **não foram consolidados em documentos abrangentes. Recomenda-se** que o Gestor pondere a conveniência e oportunidade dessa consolidação para melhor visualização dos itens que comporão o objeto a ser licitado e os riscos decorrentes. Em sede de exame jurídico formal, esses documentos técnicos, notadamente por dizerem respeito à Tecnologia da Informação, não são sindicáveis juridicamente, por falta de competência legal e técnica para exame desse tipo de objeto.

19. Consta na Seq. 1, PDF 2 a PDF 18, mais desses documentos técnicos, com cópias de páginas de sítios eletrônicos de internet com informações de preços.

20. Consta na Seq. 1, PDF 19, os seguintes documentos: Declaração de Recurso Orçamentário (aplicando a ON nº 20/2009 da AGU); Autorização de Modalidade - pregão eletrônico para registro de preços; **Declaração de Bem Comum**, Justificativa Não Divulgação IRP - COMPRASNET; minuta de termo de referência; Portarias nº 1573, nº 1575, nº 1576, n] 1577 e nº 1574 de 2019 - PORT/REIT, designando os pregoeiros; Portaria nº 1578/2019 - PORT/REIT, designando a equipe de apoio; a minuta de edital de pregão eletrônico para registro de preços (nº 6/2019); repetição da minuta de termo de referência e de seus anexos; minuta de contrato; assinaturas do edital de compras e licitações nº 09/2019, pela Maga. Reitora e Senhor Pró-Reitor Administração, cumprindo, aparentemente, a função de aprovação do termo de referência; e, por fim, NOTA TÉCNICA/FORMULÁRIO DE ENVIO PARA PARECER JURÍDICO, no qual é certificado que as minutas "...(...)...que integram o presente processo foram extraídas do sítio eletrônico da Advocacia-Geral da União no endereço www.agu.gov.br e que conferi que se tratam dos modelos de minutas atualizados dos documentos: Edital de Pregão Eletrônico (<https://www.agu.gov.br/page/download/index/id/38375153>); Termo de Referência (<https://www.agu.gov.br/page/download/index/id/38375152>); Ata de Registro de Preços (<https://www.agu.gov.br/page/download/index/id/38375155>); Contrato...(...)..." e são indicadas as exclusões e inclusões nessas minutas.

21. Ademais, nesse último documento, é informado:

Para alguns itens as pesquisas de preços ainda não foram finalizadas, o que se pretende finalizar até o retorno do parecer jurídico, quando também será contabilizado o valor total estimado da licitação.

Portanto, os orçamentos e o Mapa de Formação de Preços serão acostados aos autos deste processo somente após a finalização da pesquisa de preços, para que os arquivos fiquem em ordem, facilitando as consultas e evitando duplicidade nos lançamentos.

Com a finalização das pesquisas de preços também será destacado no termo de referência e citado na cláusula 4.1.2. do Edital quais os itens exclusivos para participação de microempresas e empresas de pequeno porte, nos termos do art. 48 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006 (Cláusula 4.1.2 do Edital).

22. A instrução dos autos, portanto, está incompleta. **Recomendamos** que o certame somente seja lançado quando os autos estiverem consertado.

23. Prosseguiremos aduzindo os tópicos reputados mais sensíveis em procedimento licitatório, tomando como referência os mais comuns apontamentos na casuística coligida no sistema SAPIENS da AGU. Destacamos, novamente, que os documentos técnicos estão fora do escopo da Lei nº 8.666/93, artigo 38, § único, nos faltando não só competência legal para examiná-los nos termos desse dispositivo, mas, também, conhecimento especializado, principalmente, em matéria de Tecnologia da Informação.

Da modalidade de licitação eleita para o certame

24. Quanto à modalidade de licitação eleita pela administração, sabe-se que o Pregão, por expressa disposição legal contida no art. 1º, da Lei nº 10.520/2002, destina-se à aquisição de bens e serviços comuns. O §1º, do mesmo dispositivo, dispõe sobre esta natureza, asseverando tratar-se dos bens e serviços cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado.

25. Nos termos da Orientação Normativa nº. 54, de 25/04/2014, da AGU, "*compete ao agente ou setor técnico da administração declarar que o objeto licitatório é de natureza comum para efeito de utilização da modalidade pregão e definir se o objeto corresponde a obra ou serviço de engenharia, sendo atribuição do órgão jurídico analisar o devido enquadramento da modalidade licitatória aplicável*". Tal declaração está nos autos.

Do alinhamento do objeto da contratação com o PDTI - artigo 4º da IN nº 04/2014-SLTI/MP

26. De acordo com o artigo 4º da IN nº 04/2014-SLTI/MPOG, as contratações de solução de Tecnologia da Informação deverão ser precedidas de planejamento, elaborado em harmonia com o Plano Diretor de Tecnologia da Informação - PDTI.

27. Há referência nos autos de que as pretendidas aquisições têm eco no PDTI.

28. De acordo com o artigo 5º da IN nº 04/2014-SLTI/MPOG, não poderá ser objeto de contratação mais de uma Solução de TI em um único contrato. Essa limitação não é visualizável por lei na área, posto que aspecto técnico da área de TI, assim, **recomenda-se** que o Gestor verifique junto à equipe técnica este aspecto.

Da participação exclusiva de ME, EPP e Cooperativas

29. O Decreto nº 8.538/2015, manteve o tratamento favorecido, diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte, nas contratações públicas de bens, serviços e obras, no âmbito da administração pública federal.

30. O art. 6º do referido diploma estabelece que as licitações para contratações cujo valor esteja abaixo de R\$ 80.000,00 deverão ser destinadas exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte, o que se aplica também às cooperativas com receita bruta equivalente à das empresas de pequeno porte, por força do art. 34 da Lei nº 11.488, de 2007.

31. Todavia, cabe ressaltar que não se aplica a restrição nos casos expressamente previstos no art. 10, situação que requer a devida justificativa.

32. No caso dos autos, conforme documento na Seq. 1, PDF 19, página 242 - NOTA TÉCNICA/FORMULÁRIO DE ENVIO PARA PARECER JURÍDICO - após a finalização das pesquisas de preços, serão definidos os itens exclusivos para participação de microempresas e empresas de pequeno porte:

Para alguns itens as pesquisas de preços ainda não foram finalizadas, o que se pretende finalizar até o retorno do parecer jurídico, quando também será contabilizado o valor total estimado da licitação.

Portanto, os orçamentos e o Mapa de Formação de Preços serão acostados aos autos deste processo somente após a finalização da pesquisa de preços, para que os arquivos fiquem em ordem, facilitando as consultas e evitando duplicidade nos lançamentos.

Com a finalização das pesquisas de preços também será destacado no termo de referência e citado na cláusula 4.1.2. do Edital quais os itens exclusivos para participação de microempresas e empresas de pequeno porte, nos termos do art. 48 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006 (Cláusula 4.1.2 do Edital).

33. **Recomenda-se** que após a conclusão da instrução dos autos, a Lei Complementar seja aplicada, inclusive quanto à cota de 25% prevista nessa lei, artigo 48, ou seja deduzida justificativa idônea para elidi-la.

Aquisição de materiais de informática

34. Em 14/06/2016, o MPDG lançou novas orientações para contratação de Soluções de Tecnologia da Informação no âmbito da Administração Pública Federal por meio da PORTARIA N° 20:

"Art. 1º As contratações de soluções de Tecnologia da Informação (TI) pelos órgãos e entidades integrantes do Sistema de Administração dos Recursos de Tecnologia da Informação (SISP) devem:

I - ser precedidas por processo de planejamento específico alinhado ao Plano Diretor de Tecnologia da Informação e Comunicações (PDTIC) do órgão e aderente às políticas de aquisição, substituição e descarte de equipamentos constantes da Instrução Normativa SLTI/MP n° 1, de 19 de janeiro de 2010, da Instrução Normativa SLTI/MP n° 4, de 11 de setembro de 2014, e do Decreto n° 99.658, de 30 de outubro de 1990;

II - observar as boas práticas, vedações e orientações constantes no sítio Orientações para Contratação de Soluções de TI, do Núcleo de Contratações de TI do SISP (NCTI) (<http://governoeletronico.gov.br/sisp-conteudo/nucleo-de-contratacoes-de-ti/orientacoes-de-ti>); e

III - considerar as planilhas sobre contratações de soluções de TI disponíveis no sítio Consulta Licitações de TI do NCTI (<http://governoeletronico.gov.br/sisp-conteudo/nucleo-de-contratacoes-de-ti/consulta-licitacoes-de-ti>) como referência para:

a) a especificação de Soluções de TI, adequando-as à satisfação de suas necessidades específicas; e

b) a estimativa de preço público"

35. Além dessas disposições, a Instrução Normativa SLTI/MP n° 4, de 11 de setembro de 2014 também estabelece requisitos a serem observados nas licitações para contratações de TI em valores acima de R\$ 80.000,00, são eles:

- designação de Equipe de Planejamento da Contratação (art. 2º, IV) ;

- plano da contratação;

- análise de viabilidade e de riscos;

- plano de sustentação e estratégia da contratação.

36. Aparentemente, encontramos nos autos a documentação técnica prevista. O conteúdo dessa documentação técnica escapa ao exame jurídico, por óbvio. **Recomendamos** que após a conclusão da instrução dos autos, haja uma verificação final quanto ao atendimento dessas normativas.

Da instrução do pregão eletrônico

37. O art. 30 do Decreto n° 5.450/05, que regulamenta o pregão eletrônico, enumera os documentos necessários à instrução do procedimento licitatório pela administração pública, como segue:

"Art. 30. O processo licitatório será instruído com os seguintes documentos:

I - justificativa da contratação;

II - termo de referência;

III - planilhas de custo, quando for o caso;

IV - previsão de recursos orçamentários, com a indicação das respectivas rubricas;

V - autorização de abertura da licitação;

VI - designação do pregoeiro e equipe de apoio;

VII - edital e respectivos anexos, quando for o caso;

VIII - minuta do termo do contrato ou instrumento equivalente, ou minuta da ata de registro de preços, conforme o caso;

IX - parecer jurídico";

38. Cada uma das exigências do art. 30 será examinada a seguir, em item específico, observando-se que a natureza do objeto do certame definirá se a análise quanto ao inciso III se dará na forma de pesquisa de preços ou planilha de custos:

a) Justificativa da contratação e motivação da estimativa da quantidade dos bens ou serviços

39. No Termo de Referência, item 2, encontra-se a justificativa da contratação, inclusive discorrendo sobre o afastamento da aplicação da cota de 25% às ME e EPP. Sem embargo, como ainda não findou a instrução dos autos, mantemos a recomendação constante no parágrafo 30 deste opinativo jurídico para melhor exame pelo Gestor.

40. No caso de compra de bens, necessário também que a **administração justifique as quantidades a serem adquiridas em função do consumo do órgão e provável utilização**, devendo a estimativa ser obtida, a partir de fatos concretos (Ex: consumo do exercício anterior, necessidade de substituição dos bens atualmente disponíveis, implantação de setor, acréscimo de atividades, etc), em observância ao disposto no Art. 15, § 7º, II, da Lei nº 8.666/93. **Recomendamos** que esse aspecto exigido, justificativa dos quantitativos, seja verificado, pois nos estudos preliminares são mencionadas quantidades, mas, por se tratar de documento técnico, não fica claro o critério para definição do quantitativo. Por exemplo, no Estudo Técnico Preliminar da Contratação - aquisição de pilha CR2032 3V, consta:

2.1 – Necessidades de Negócio

2.1.1 – Hardware e acessórios para manutenção do parque de máquinas. Quantitativo definido levando em conta a necessidade presente e consumo de estoque de anos anteriores;

41. Trata-se, com o devido respeito a entendimentos diversos, de mera declaração de necessidade, sem dados que a sustentem.

42. Considerando o vetusto brocardo jurídico “*Quod non est in actis non est in mundo*” (o que não está nos autos não está no mundo), **recomenda-se** a juntada, no que couber, dos documentos que se fizerem necessários para comprovação da demanda e das quantidades estimadas, atendendo ao disposto no art. 15, V, da IN/SLTI/MPOG nº 2/2008, e na Lei de Licitação, art. 15, § 7º, inc. II.

43. Ressalte-se que não se busca questionar a necessidade da contratação definida pelo Gestor quando se indica a necessidade de justificação dos materiais a serem adquiridos e seus quantitativos. O que se quer fazer cumprir são os princípios da publicidade, motivação e controle, imperiosos por força da Constituição da República.

44. Os requisitos necessários à elaboração da justificativa da contratação encontram-se traçados na IN nº 04/2014 SLTI/MPOG, nos seguintes termos:

Art. 16. A justificativa para contratação deverá conter, pelo menos:

I - relação entre o Plano Diretor de Tecnologia da Informação e os objetivos estratégicos, conforme disposto no art. 11, inciso I desta IN; e

II - a descrição da Solução de Tecnologia da Informação, contendo de forma detalhada, motivada e justificada, inclusive quanto à forma de cálculo, o quantitativo de bens e serviços necessários para a sua composição, juntamente com demonstrativo de resultados a serem alcançados em termos de economicidade e de melhor aproveitamento dos recursos humanos, materiais e financeiros disponíveis, conforme inciso IV do art. 12.

45. Desta forma, **recomenda-se** a adequação das justificativas juntadas nos autos, em especial aquelas constantes nos estudos preliminares e no termo de referência, ao referido diploma legal.

b) Termo de Referência

46. Vejamos o que preceitua o art. 9º, do Decreto nº 5.450/05, sobre o Termo de Referência:

"Art. 9º Na fase preparatória do pregão, na forma eletrônica, será observado o seguinte:

I - elaboração de termo de referência pelo órgão requisitante, com indicação do objeto de forma precisa, suficiente e clara, vedadas especificações que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, limitem ou frustrem a competição ou sua realização;

II – aprovação do termo de referência pela autoridade competente;

(...)

§ 2º O termo de referência é o documento que deverá conter elementos capazes de propiciar avaliação do custo pela administração diante de orçamento detalhado, definição dos métodos, estratégia de suprimento, valor estimado em planilhas de acordo com o preço de mercado, cronograma físico-financeiro, se for o caso, critério de aceitação do objeto, deveres do contratado e do contratante, procedimentos de fiscalização e gerenciamento do contrato, prazo de execução e sanções, de forma clara, concisa e objetiva.”.

47. A Administração, conforme termo de referência, não exigirá garantia contratual:

12 DA GARANTIA DE EXECUÇÃO

12.1 Não haverá exigência de garantia contratual da execução, pelas razões abaixo justificadas:

12.1.1. Trata-se de fornecimento de bens e materiais, a serem atestados e pagos somente após o recebimento.

48. Inicialmente, cabe destacar que a garantia técnica, como é o caso dos autos, é tratada pela Lei nº 8.666/93 da seguinte forma:

Art. 69. O contratado é obrigado a reparar, corrigir, remover, reconstruir ou substituir, às suas expensas, no total ou em parte, o objeto do contrato em que se verificarem vícios, defeitos ou incorreções resultantes da execução ou de materiais empregados.

Art. 73. Executado o contrato, o seu objeto será recebido:

(...)

§ 2º O recebimento provisório ou definitivo não exclui a responsabilidade civil pela solidez e segurança da obra ou do serviço, nem ético-profissional pela perfeita execução do contrato, dentro dos limites estabelecidos pela lei ou pelo contrato.

49. Destacar, o prazo do contrato administrativo é baseado no tempo necessário para cumprimento do objeto e respectivo pagamento pela Administração, o qual está adstrito, como regra, à vigência do crédito orçamentário, na forma do art. 57 da Lei nº 8.666/93. Já o prazo da garantia técnica deve ser estabelecido com base nas condições praticadas no setor privado, de acordo com a realidade de mercado.

50. Por isso, o prazo de vigência do contrato não deve ser estabelecido abarcando o período de garantia técnica, mas sim atender unicamente ao prescrito no art. 57 da Lei de Licitações, *caput* ou incisos, conforme o caso.

51. Nesse sentido, a Orientação Normativa nº 51 da Advocacia-Geral da União também estabelece o seguinte:

“A garantia legal ou contratual do objeto tem prazo de vigência próprio e desvinculado daquele fixado no contrato, permitindo eventual aplicação de penalidades em caso de descumprimento de alguma de suas condições, mesmo depois de expirada a vigência contratual.”

52. Portanto, **a fixação do prazo de garantia técnica deve ter compatibilidade com o objeto licitado e com a prática de mercado.**

53. Assim, **recomendamos** que seja acrescentado ao disposto no 12.1.1 a seguinte expressão: “...*sem prejuízo da garantia técnica legal*”. Também **recomendamos** que os expertos na área de TI digam se, entre os itens a serem licitados, há os que demandam garantia específica, à vista das necessidades do Instituto ou das práticas de mercado.

54. No mais, em termos gerais, o documento de fls. 55/63, atende ao prescrito no artigo 9º acima citado, contemplando as informações e os elementos técnicos necessários para assegurar a viabilidade da contratação, sobretudo em relação à avaliação do custo, considerando os preços praticados no mercado, a definição dos métodos, a estratégia e o prazo da execução do contrato, obrigações das partes e sanções administrativas.

55. Quanto ao cumprimento do previsto no inciso II do art. 9º, em linha com o parágrafo 20 deste opinativo, consta na Seq. 1, PDF19, páginas 22-98, termo de referência com sua aprovação, devidamente assinado eletronicamente pela Maga. Reitora do IFC e pelo Senhor Pró-Reitor Administração.

c) Pesquisa de preços

56. A pesquisa ampla e idônea, com base no valor de mercado, é essencial para propiciar a adequada estimativa de custos da contratação de forma transparente e proba, e ao mesmo tempo, possibilitar a aferição do valor referencial do item (itens) que servirá(ão) como parâmetro na análise da exequibilidade ou aceitabilidade das propostas ou lances das empresas licitantes na ocasião do certame, podendo nortear o valor máximo aceitável.

57. Ressaltamos, ainda, que a correta estimativa do valor contratual é essencial para a verificação da necessidade ou não de se proceder a licitação de participação exclusiva das microempresas e empresas de pequeno porte, nos termos do art. 6º do o Decreto nº 8.538, de 06 de outubro de 2015.

58. Desta forma, o órgão deverá proceder à consulta dos preços praticados no mercado, devendo a pesquisa ser juntada nos autos do processo de licitação. É importante que se atente para que tal consulta se dê nos moldes do Termo de Referência, considerando exatamente as especificações do objeto, a fim de preservar a fidelidade dos preços pesquisados em relação à aquisição almejada.

59. Quanto ao tema, como é sabido os parâmetros de consulta restaram definidos através da Instrução Normativa MPOG/SLTI nº 5, de 27 de junho de 2014 (alterada pela Instrução Normativa nº 3, de 20 de abril de 2017), que dispõe sobre os procedimentos administrativos básicos para a realização de pesquisa de preços para a aquisição de bens e contratação de serviços em geral, *in verbis*:

"Art. 1º A Instrução Normativa nº 5, de 27 de junho de 2014, passa a vigorar com as seguintes alterações:

Art. 2º A pesquisa de preços será realizada mediante a utilização dos seguintes parâmetros:

I - Painel de Preços, disponível no endereço eletrônico <http://paineldeprescos.planejamento.gov.br>;

II - contratações similares de outros entes públicos, em execução ou concluídos nos 180 (cento e oitenta) dias anteriores à data da pesquisa de preços;

III - pesquisa publicada em mídia especializada, sítios eletrônicos especializados ou de domínio amplo, desde que contenha a data e hora de acesso; ou

IV - pesquisa com os fornecedores, desde que as datas das pesquisas não se diferenciem em mais de 180 (cento e oitenta) dias.

§1º Os parâmetros previstos nos incisos deste artigo poderão ser utilizados de forma combinada ou não, devendo ser priorizados os previstos nos incisos I e II e demonstrada no processo administrativo a metodologia utilizada para obtenção do preço de referência.

§2º Serão utilizadas, como metodologia para obtenção do preço de referência para a contratação, a média, a mediana ou o menor dos valores obtidos na pesquisa de preços, desde que o cálculo incida sobre um conjunto de três ou mais preços, oriundos de um ou mais dos parâmetros adotados neste artigo, desconsiderados os valores inexequíveis e os excessivamente elevados.

§3º Poderão ser utilizados outros critérios ou metodologias, desde que devidamente justificados pela autoridade competente.

§4º Os preços coletados devem ser analisados de forma crítica, em especial, quando houver grande variação entre os valores apresentados.

§5º Para desconsideração dos preços inexequíveis ou excessivamente elevados, deverão ser adotados critérios fundamentados e descritos no processo administrativo.

§6º Excepcionalmente, mediante justificativa da autoridade competente, será admitida a pesquisa com menos de três preços ou fornecedores. (NR)

Art. 2º Esta Instrução Normativa entra em vigor na data de sua publicação.

60. **Recomenda-se** que o Painel de Preços e contratações similares de outros entes públicos, em execução ou concluídos nos 180 (cento e oitenta) dias anteriores à data da pesquisa de preços, sejam **priorizados** como consta na norma acima transcrita.

61. Vale destacar que as diligências concernentes à pesquisa de preços não se resumem à simples anexação de orçamentos das empresas nos autos, cabendo ao responsável a análise detida de cada proposta, não apenas sob seu

aspecto formal (identificação da empresa, idoneidade, compatibilidade da sua finalidade social com o objeto da licitação, etc.), como do seu teor.

62. É de bom alvitre alertar ao órgão para a importância da congruência entre os preços das propostas, considerando que eventuais valores desarrazoados ou evidentemente inexequíveis podem distorcer os resultados das pesquisas efetuadas, de maneira que cumprirá ao órgão o discernimento sobre os orçamentos efetivamente aptos a comporem a planilha de preços, podendo até serem excluídos aqueles demasiadamente discrepantes dos demais.

63. Como informado no documento de encaminhamento deste feito administrativo à Procuradoria, a pesquisa de preços não se encerrou, portanto, não consta dos autos o Mapa de Preços com a apreciação crítica do levantamento. **Recomendamos** especial atenção do Gestor no cumprimento da Instrução Normativa MPOG/SLTI nº 5, de 27 de junho de 2014 em seu artigo 4º, e destacamos que:

Art. 4º Não serão admitidas estimativas de preços obtidas em sítios de leilão ou de intermediação de vendas.

d) Previsão de recursos orçamentários

64. Consta declaração aplicando a ON nº 20/2009 da AGU.

e) Autorização para abertura

65. A autorização para abertura da licitação devidamente assinada pela autoridade competente, decorre da exigência do art. 30, inciso V, do Decreto nº 5.450/2005 (pregão eletrônico). Pelo que consta nos autos, tal exigência foi cumprida.

f) Designação do pregoeiro

66. O art. 21, VI do Decreto nº 3.555, de 2000 e art. 30, inc. VI do Decreto nº 5.450, de 2005 exigem a comprovação da legitimidade do pregoeiro e dos membros da equipe de apoio. Pelo que consta nos autos, tal exigência foi cumprida.

g) Minuta de Edital e Anexos

67. Os requisitos e elementos a serem observados na minuta do edital são aqueles previstos no art. 9º, incs. IV e V do Decreto nº 5.450 e art. 40 da Lei nº 8.666, de 1993.

68. No caso em tela, verifica-se que foi adotado o modelo da AGU para licitações, não merecendo reparos, e aduzida justificativa técnica para as supressões, adições e alterações de cláusulas.

69. Acerca desse ponto, cabe dizer que o TCU, por meio do Acórdão nº 1.504/2005 - Plenário, entendeu que “a utilização de minutas-padrão não fere o dispositivo legal que impõe a prévia manifestação da assessoria jurídica sobre a regularidade das minutas dos editais e dos contratos”.

70. A padronização de modelos de editais e contratos, por outro lado, é medida de eficiência e celeridade administrativa. Já foi adotada no regime jurídico dos contratos de prestação de serviço (art. 29 da Instrução Normativa SEGES/MP nº 05/2017) e há muito tempo vem sendo recomendada pela Consultoria-Geral da União, órgão de cúpula da atividade consultiva da Advocacia-Geral da União. Tal postulado foi registrado na quarta edição do seu Manual de Boas Práticas Consultivas, vazado no enunciado do BPC nº 06:

A atuação consultiva na análise de processos de contratação pública deve fomentar a utilização das listas de verificação documental (check lists), do Guia Nacional de Licitações Sustentáveis e das minutas de editais, contratos, convênios e congêneres, disponibilizadas nos sítios eletrônicos da Advocacia-Geral da União e da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional.

Da Manifestação sobre Práticas e/ou Critérios de Sustentabilidade

71. É de extrema relevância que a autoridade assessorada sempre observe, na contratação, as diretrizes de sustentabilidade ambiental.

72. Com efeito, as contratações da Administração Pública deverão contemplar os critérios da sustentabilidade ambiental, tendo por fundamento, a Constituição Federal, a Lei nº 8.666, de 1993, compromissos internacionais assumidos pelo Estado Brasileiro, e outras legislações pertinentes, sem perder de vista os princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

73. Nesse sentido, a Lei nº 12.187 de 29/11/2009 - Política Nacional sobre Mudança do Clima, adotou o uso do poder de compra do Estado como um importante instrumento para implementar a política de mudanças climáticas (Art. 6º da Lei nº 12.187/09).

74. Assim, nos termos do art. 7º, inc. XI da Lei nº 12.305, de 2/8/2010 - Política Nacional de Resíduos Sólidos, nas aquisições e contratações governamentais, deve ser dada prioridade para produtos reciclados e recicláveis e para bens, serviços e obras que considerem critérios compatíveis com padrões de consumo social e ambientalmente sustentáveis.

75. Referida lei foi regulamentada pelo Decreto nº 7.404, de 23/12/2010, merecendo especial destaque os seus artigos 5º, 6º e 7º.

76. Por outro lado, nos termos do art. 1º da Instrução Normativa SLTI/MPOG nº 1, de 19/01/2010, - as especificações para a aquisição de bens, contratação de serviços e obras por parte dos órgãos e entidades da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional deverão conter critérios de sustentabilidade ambiental, considerando os processos de extração ou fabricação, utilização e descarte dos produtos e matérias primas.

77. Por vezes, a exigência de determinado requisito ambiental deriva de imposição normativa, editada pelos órgãos de proteção ao meio ambiente (Conselho Nacional do Meio Ambiente-CONAMA, IBAMA, Ministério do Meio Ambiente, etc.). Nesses casos, a especificação técnica do objeto deve ser definida de acordo com as determinações da norma vigente.

78. Nos demais casos, cabe ao órgão a opção pelas especificações do objeto que melhor atendam às exigências ambientais. Tal decisão deve ser motivada com base em critérios técnicos.

79. Vale lembrar que o art. 5º da mesma Instrução Normativa exemplifica alguns dos critérios de sustentabilidade ambiental que podem ser exigidos na descrição do bem:

"a) que os bens sejam constituídos, no todo ou em parte, por material reciclado, atóxico, biodegradável, conforme normas da ABNT;

b) que sejam observados os requisitos ambientais para a obtenção de certificação do INMETRO como produtos sustentáveis ou de menor impacto ambiental em relação aos seus similares;

c) que os bens sejam, preferencialmente, acondicionados em embalagem individual adequada, com o menor volume possível, que utilize materiais recicláveis, de forma a garantir a máxima proteção durante o transporte e o armazenamento;

d) que os bens não contenham substâncias perigosas em concentração acima da recomendada na diretiva RoHS (Restriction of Certain Hazardous Substances), tais como mercúrio (Hg), chumbo (Pb), cromo hexavalente (Cr(VI)), cádmio (Cd), bifenil-polibromados (PBBs), éteres difenil-polibromados (PBDEs)".

80. O Tribunal de Contas da União - 2ª Câmara, por meio do Acórdão nº 2.380/2012, tendo em vista a legislação de regência assentou:

"1.5.1. dar ciência à Superintendência Regional do Departamento de Polícia Federal no Piauí, que:

1.5.1.1. no âmbito da administração pública federal, direta, autárquica e fundacional, tanto em face do disposto no art. 3º da Lei 8.666/93, quanto da IN/MPOG 1, de 19/1/2010, as especificações para a aquisição de bens, contratação de serviços e obras, deverão conter critérios de sustentabilidade ambiental, atentando-se para os processos de extração ou

fabricação, utilização e descarte dos produtos e matérias-primas que deram origem aos bens ou serviços a serem contratados".

81. Nesse passo, necessário se faz que autoridade responsável pela formulação da licitação exare manifestação sobre práticas e/ou critério de sustentabilidade economicamente viáveis adotadas no procedimento licitatório. Caso não se aplique, consignar no bojo dos autos.

82. **Recomenda-se** a utilização do Guia de Licitações Sustentáveis da Advocacia-Geral da União, que pode ser encontrado no link: http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/294766, para verificar a pertinência das exigências.

Indicação de marcas e exigência de certificados

83. No termo de referência, constam indicações de marca. Diversos são os motivos declinados, tais como preservação de garantia de equipamento ou em função de tecnologia pré-existente na Instituição.

84. Também são exigidos em alguns itens "certificado de conformidade" ou do INMETRO.

85. Tais itens, que **podem** ser considerados restritivos à competição, demandam esforço de motivação adicional.

86. Ainda, qualquer exigência de marcas específicas, certificados e atestados de conformidade devem ser feitas apenas do proponente classificado em primeiro lugar, para efeitos de aceitabilidade da proposta, por exemplo, ou, ainda, no momento de assinatura do contrato ou obrigação da contratada. Atentamos que exigências de qualificação técnica **excessivas** vêm sendo reputadas como ilícitas pelos órgãos de controle, pois tendem a restringir a competitividade. Desse modo, sugerimos avaliar e motivar detidamente essas exigências.

87. Nesse sentido, o TCU tem tolerado a exigência de certificados de qualidade em licitações (Acórdão nº 2468/2017), desde que **devidamente comprovada a sua necessidade em face da complexidade** dos serviços e compatível com a própria maturidade do órgão contratante em avaliar, técnica e qualitativamente, os artefatos e produtos gerados pela contratada:

"(...)

4. Quanto ao primeiro ponto, a Secretaria de Fiscalização de Tecnologia da Informação (Sefti) , ao analisar a matéria, informou que o Tribunal tem tolerado a exigência de certificação de qualidade em licitações para a contratação na modalidade fábrica de software desde que: (i) devidamente comprovada sua necessidade em face da complexidade dos serviços; e (ii) compatível com a própria maturidade do órgão contratante em avaliar, técnica e qualitativamente, os artefatos e produtos gerados pela contratada.

5. De fato, várias decisões do TCU têm admitido que os órgãos condicionem a prestação de determinados serviços de TI à comprovação de atendimento a um padrão de eficiência de processo de software mínimo na fase de execução do contrato, mas não chegam a admitir como regular a exigência das respectivas certificações como requisito para a habilitação em licitação.

6. Em 2010, a Sefti chegou a elaborar uma nota técnica especificamente sobre esse assunto (NT 5/2010) , na qual sustenta a tese da inviabilidade de se exigirem certificações CMMi ou MPS.BR na fase de habilitação, entre outros motivos, por ausência de respaldo legal. O texto compilado pela unidade técnica sobre o assunto foi o seguinte:

"É vedada a exigência de avaliação (ou 'certificado') de qualidade de processo de software, a exemplo de CMMi ou MPS.BR, como requisito para habilitação em licitação, por ausência de previsão legal, por implicar em despesas anteriores à contratação e desnecessárias à competição e por ferir a isonomia, restringindo injustificadamente a competição."

7. Nesse sentido também são os seguintes acórdãos: 1.391/2014, 545/2014, 2.995/2013, 1.542/2013 e 1.612/2008, todos do Plenário. Ainda que, pessoalmente, acredite que esse entendimento mereça ser revisto e aprimorado, não há, no âmbito do caso ora analisado, como admitir a regularidade da exigência adotada pela Caixa.

"(...)"

88. A norma do art. 30, inciso II, da Lei nº 8.666/93, visa a permitir que o contratante com a Administração Pública possa de fato prover adequadamente o objeto da licitação e, dessa forma, comprovar critérios mínimos de experiência ou contratação/fornecimento anterior:

Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a:

...

II - comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, e indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos;

89. Sem embargo, o Acórdão nº 2.468/2017 do TCU salientou que a comprovação ao atendimento de exigências mínimas de eficiência **sejam efetuadas no momento da execução do contrato**, mas não se admite a exigência de certificações como requisito para a habilitação em licitação.

90. Vide o sumário do acórdão e de partes do voto do relator:

REPRESENTAÇÃO. PREGÃO ELETRÔNICO. FABRICA DE SOFTWARE. INABILITAÇÃO DE LICITANTE POR NÃO TER APRESENTADO CERTIFICAÇÃO CMMI NIVEL 3 OU MPS.BR NIVEL C. PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR. CONHECIMENTO. POSSIBILIDADE DE ESTIPULAÇÃO DE PADRÃO DE EFICIÊNCIA DE PROCESSO DE SOFTWARE NA EXECUÇÃO DO CONTRATO, MAS NÃO DA COBRANÇA DE CERTIFICAÇÃO NA FASE DE HABILITAÇÃO. EXPEDIÇÃO DE DETERMINAÇÃO À JURISDICIONADA, PARA QUE ANULE O ATO QUE DESCLASSIFICOU A LICITANTE, E DE CIÊNCIA ACERCA DAS FALHAS DO EDITAL.

(...)

5. De fato, várias decisões do TCU têm admitido que os órgãos condicionem a prestação de determinados serviços de TI à comprovação de atendimento a um padrão de eficiência de processo de software mínimo na fase de execução do contrato, mas não chegam a admitir como regular a exigência das respectivas certificações como requisito para a habilitação em licitação.

6. Em 2010, a Sefti chegou a elaborar uma nota técnica especificamente sobre esse assunto (NT 5/2010), na qual sustenta a tese da inviabilidade de se exigirem certificações CMMi ou MPS.BR na fase de habilitação, entre outros motivos, por ausência de respaldo legal. O texto compilado pela unidade técnica sobre o assunto foi o seguinte:

“É vedada a exigência de avaliação (ou ‘certificado’) de qualidade de processo de software, a exemplo de CMMi ou MPS.BR, como requisito para habilitação em licitação, por ausência de previsão legal, por implicar em despesas anteriores à contratação e desnecessárias à competição e por ferir a isonomia, restringindo injustificadamente a competição.”

(...)

12. Em síntese, embora não se possa concluir pela plena regularidade do certame, não restou caracterizada falta de competitividade ou antieconomicidade na proposta vencedora. Desse modo, e considerando ainda o custo envolvido na repetição do procedimento licitatório e a relevância dos serviços a serem contratados, acredito ser mais consentâneo ao interesse público autorizar a continuidade do certame desde que sanado o ato mencionado acima e sem prejuízo de dar ciência à Caixa da ilegalidade da exigência de certificação CMMi ou MPS.BR como critério de habilitação.

91. Continuando no tema, a **indicação de marca** de produtos e serviços de informática deve ser precedida de **estudo de viabilidade técnica e econômica e de pesquisa de mercado consistentes**, inclusive envolvendo comparação com similares, que demonstrem ser aquela a opção mais vantajosa para a Administração.

Acórdão n. 3.670/2013 - Plenário

9. Passo, então, à análise da primeira questão que se levantou nos autos: a indicação de marca de produtos e serviços de informática, em contrariedade ao disposto no art. 15, § 7º, inciso I, da Lei 8.666/1993, e sem a realização prévia de estudo de viabilidade técnica e econômica e de pesquisa de mercado consistentes que demonstrassem ser aquela a opção mais vantajosa para a Administração.

[...]

11. Ponto importante a ser esclarecido diz respeito à ausência de justificativa técnica aceitável para a escolha da marca IBM no pregão em comento. Segundo constou das defesas apresentadas pelos responsáveis, embora não se tenha realizado um "estudo consistente de viabilidade técnica e econômica", a Infraero teria apresentado razoáveis justificativas técnicas, ligadas ao interesse da instituição, que justificavam a indicação da marca. De fato, constam dos autos alegações sobre a confiabilidade do software da IBM, sua segurança, suas supostas vantagens de produtividade, sobre a facilidade na migração de dados, sobre a preservação da inteligência tecnológica adquirida e sobre os menores custos de treinamento.

12. Entretanto, o que se esperava é que todas essas vantagens citadas fossem demonstradas mediante, no mínimo, comparações com softwares similares e não simplesmente com cotação genérica de um único fornecedor de software similar. Sobre essa questão, entendo suficientes os esclarecimentos prestados pela então Secex/1, entre os quais destaco apenas um trecho de sua análise constante da peça 39 dos autos:

[...]

14. Com esses destaques, é possível assegurar que a exceção constante do art. 7º, § 5º, da Lei 8.666/93, que permite a indicação de marca na hipótese em que tal opção seja "tecnicamente justificável", não foi devidamente caracterizada pela Infraero.

Acórdão n. 2.829/2015 - Plenário

A opção pela padronização nas aquisições, uma das hipóteses que autorizam a indicação de marca específica, deve ser pautada em critérios objetivos e fundamentada em estudos, laudos, perícias e pareceres que demonstrem as vantagens econômicas e a satisfação do interesse público com a medida.

Acórdão n. 559/2017 - Plenário

A indicação ou a preferência por marca só é admissível se restar comprovado que a escolha é a mais vantajosa e a única que atende às necessidades da Administração. A licitação não tem por objetivo, necessariamente, a escolha do produto ou do serviço de melhor qualidade disponibilizado no mercado.

92. Ressalte-se, por oportuno, que a descrição do objeto não deve ser feita a partir de determinada marca, pois equivale indicar marca ou características exclusivas (FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Sistema de Registro de Preços e Pregão*. Belo Horizonte: Fórum, 2003. p. 446.). Tal prática pode indicar favoritismo em afronta direta ao princípio da impessoalidade, além de restrição à competição. Por conseguinte, a padronização de marca somente é possível em casos excepcionais, quando ficar incontestavelmente comprovado que apenas aquele produto, de marca certa, atende aos interesses da Administração (Acórdão n. 62/2007 – Plenário, Sumário). Nesse sentido, é o que se pode extrair das conclusões do Acórdão nº 295/2008, exarado pelo Plenário do Tribunal de Contas da União – TCU:

Abstenha-se de definir as especificações dos produtos a serem adquiridos a partir das características de marcas específicas em atendimento ao disposto no art. 7º, § 5º e 15, § 7º, inciso I, da Lei n. 8.666/1993.

93. Outros precedentes do e. TCU:

Licitação. Objeto. Indicação de marcas. Hipóteses. Parâmetro de qualidade, quando justificado. Uniformização e padronização.

1.5.1.6. abstenha-se da indicação de marcas a fim de não restringir o caráter competitivo do certame e, na eventualidade de necessidade de indicação de marcas como parâmetro de qualidade, diante de justificativas técnicas circunstanciadas, faça constar expressamente do edital e demais documentos da licitação a aceitação de objeto "similar", "equivalente" ou "de qualidade igual ou superior" (subitem 2.2 da instrução de fls. 204/212 - vol. princ.);

(ACÓRDÃO Nº 2470/2009 - TCU - 1ª Câmara. Em Informativo do Núcleo de Assessoramento Jurídico em Belo Horizonte/Minas Gerais – NAJ/MG. Belo Horizonte, 11 a 22 de maio de 2009 - Nº 2).

Assuntos: MARCA e PROGRAMA DE INFORMÁTICA. DOU de 12.06.2015, S. 1, p. 100. Ementa: o TCU deu ciência ao Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região/MG acerca das seguintes impropriedades: a) aquisição de suprimento de impressora exclusivamente da mesma marca do equipamento, por ocasião da contratação direta referente ao processo INE/032/2008, o que contraria entendimento do TCU, por privilegiar a marca do próprio fabricante e restringir a competitividade, afastando possíveis empresas fabricantes de produtos novos, similares ou compatíveis, que apresentem qualidade condizente com as necessidades do equipamento, em afronta aos arts. 3º, § 1º, I, e 15, § 7º, I, da Lei nº 8.666/1993; b) aquisição de software para gerenciamento eletrônico de documentos, por inexigibilidade de licitação, referente ao processo INE/112/2008, sem a devida justificativa e a demonstração quanto à inviabilidade de realizar-se licitação para esse software, visto que não se descarta a possibilidade de outros fornecedores atenderem os padrões exigidos para a aquisição realizada, contrariando o disposto nos arts. 25 e 26 da Lei nº 8.666/1993 (itens 1.7.1.1 e 1.7.1.2, TC-015.207/2009-2, Acórdão nº 3.222/2015-1ª Câmara).

94. Assim, **recomenda-se** ao órgão assessorado: a) certifique-se, com base em estudo técnico apropriado, de que o objeto licitado e suas especificações correspondem exatamente à necessidade a ser atendida e à adequação ao uso, nem mais nem menos; b) abstenha-se de indicar marcas, ou se tecnicamente o for justificado nos autos, que se atenda à orientação do TCU esposada nos parágrafos acima.

95. Desse modo, os produtos a serem adquiridos deverão ser descritos de forma genérica, bastante e suficiente para atender à necessidade da Administração, e permitir, concomitantemente, a participação do maior número de interessados possível.

96. **Uma alternativa**, caso tais especificações constituam mesmo escolha de marca/modelo de produto, ou imperfeita tentativa de mera indicação de padrão de referência/qualidade dos produtos escolhidos, consiste em inserir fórmulas tais como “ou similar”, ou “ou similar de igual qualidade”, ou “ou similar de igual ou superior qualidade”, na descrição do produto. Essa alternativa somente é válida se existirem produtos similares/superiores no mercado, e os produtos de marca/modelo especificados possuírem qualidade comprovada e intrinsecamente superior e/ou relevante, devidamente justificada nos autos, o que deverá (se for o caso) ser providenciado, sob a forma de laudo técnico/parecer técnico firmado por profissional da área pertinente à aquisição, ou outro qualificado para tanto.

97. **Uma segunda alternativa** reside em a área técnica adotar a exceção prevista no art. 7.º, § 5.º, da própria Lei de Licitações e Contratos Administrativos, referente à juntada de bem **embasado parecer/laudo técnico-científico**, que **veicule alentadas razões de jaez técnico que possibilitariam**, no entender do órgão consulente, a escolha de marca/produto para determinado item.

98. A análise jurídica dos autos não permite, **por falta de conhecimento técnico**, chegar a uma conclusão sobre a regularidade da indicação das marcas no termo de referência e de exigência de certificados. Além de pareceres de expertos na área, o exame de outros procedimentos licitatórios federais poderão auxiliar o Gestor na fundamentação para essas exigências. É o que se **recomenda**. Também se **recomenda** a juntada aos autos de documentação comprobatória da vigência da garantia de fabricante quanto esta justificar a escolha da marca.

Da autorização para realização de licitação - Decreto nº 7.689/2012

99. *A priori*, alerta-se que devem ser observadas as **normas** expendidas no Decreto nº 7.689, de 2012, que estabelece, no âmbito do Poder Executivo Federal, limites e instâncias de governança para a contratação de bens e serviços, mormente em relação à autorização da contratação, como também devem ser observadas as limitações e vedações nas contratações públicas estabelecidas pela Portaria MPOG nº 172, de 27 de maio de 2015 e alterações realizadas pela Portaria 255, de 02 de julho de 2015, é o que se **recomenda**.

100. Assim, é de responsabilidade do órgão consulente verificar a adequação da contratação às vedações e limitações impostas pelos documentos mencionados. Salienta-se que, se houver itens que possam ser enquadrados nas

limitações temporárias, resta impossibilitada a contratação por força da Portaria, salvo eventual justificativa, na forma prevista no art. 4º.

101. Em suma, cabe ao órgão consulente certificar-se quanto ao cumprimento do Decreto nº 7.689/12, além das Portarias 172/2015 e 255/2015, ambas do MPOG, bem como da existência de outros regramentos a exemplos dos citados neste momento que fixem alguma restrição as contratações públicas.

Da utilização do pregão eletrônico - sistema de registro de preços

102. Vê-se que o Pregão Eletrônico, como modalidade de licitação, é adequada quando o bem a ser adquirido for qualificado como comum pela unidade técnica (art. 1º da Lei nº 10.520/2002 c/c Orientação Normativa AGU nº 54/2014). Destaque-se que, à luz do art. 4º, X, da Lei nº 10.520/2002, somente é possível licitar o presente objeto sob o tipo menor preço.

103. Quanto à adoção do Sistema de Registro de Preços - SRP, deve-se lembrar que tal procedimento é cabível nas hipóteses indicadas no art. 3º do Decreto nº 7.892, de 2013:

I - quando, pelas características do bem ou serviço, houver necessidade de contratações frequentes;

II - quando for conveniente a aquisição de bens com previsão de entregas parceladas ou contratação de serviços remunerados por unidade de medida ou em regime de tarefa (não se confundindo entrega parcelada dos produtos com entrega de parcelas do produto, nos termos do entendimento firmado no Acórdão TCU nº 125/2016 - Plenário);

III - quando for conveniente a aquisição de bens ou a contratação de serviços para atendimento a mais de um órgão ou entidade, ou a programas de governo; ou

IV - quando, pela natureza do objeto, não for possível definir previamente o quantitativo a ser demandado pela Administração (podendo a incerteza da demanda ser relacionada com a sua ocorrência ou com a quantidade de bens, conforme Acórdão TCU nº 2.197/2015-Plenário).

104. No caso, verifica-se que a Administração enquadrou a escolha pelo sistema de registro de preços no art. 3º, incisos III e IV, do Decreto nº 7.892/2013, conforme a minuta de termo de referência, Seq. 1, PDF19, destes autos eletrônicos nos sistema SAPIENS. **Recomenda-se**, não obstante, que tal enquadramento seja feita em documento apartado, eis que no bojo de um documento extenso, como o termo de referência, perde-se o necessário foco nessa decisão, salvo melhor juízo dos que melhor entenderem.

Parcelamento da contratação e regra geral da necessária adjudicação por itens no SRP

105. O segundo requisito diz respeito à regra do 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 (Súmula TCU nº 247). A despeito disso, o próprio Decreto nº 7.892/2013, em seu art. 8º, previu a possibilidade de divisão do objeto em lotes:

Art. 8º O órgão gerenciador poderá dividir a quantidade total do item em lotes, quando técnica e economicamente viável, para possibilitar maior competitividade, observada a quantidade mínima, o prazo e o local de entrega ou de prestação dos serviços.

106. Interpretando a regra da divisibilidade em lotes, o TCU adotou os seguintes entendimentos:

Enunciado: Em licitações para registro de preços, é obrigatória a adjudicação por item como regra geral, tendo em vista o objetivo de propiciar a ampla participação de licitantes e a seleção das propostas mais vantajosas. A adjudicação por preço global é medida excepcional que precisa ser devidamente justificada, além de ser incompatível com a aquisição futura por itens (Acórdão nº 757/2015 - Plenário - Boletim de Jurisprudência 77/2015).

9.2.1. quando utilizar a adoção da adjudicação do menor preço global por grupo/lote, concomitantemente com disputa por itens, somente o faça quando tal opção estiver baseada em

robusta e fundamentada justificativa, que demonstre a vantajosidade dessa escolha, comparativamente ao critério usualmente requerido de adjudicação por menor preço por item, em atenção aos arts. 3º, § 1º, I, 15, IV, e 23, §§ 1º e 2º, todos da Lei n. 8.666/1993; (Acórdão nº 2.695/2013 - Plenário).

107. Também há de ser observado o que estabelece o § 2º, inciso I, do art. 14 da IN 04/2014 sobre o tema:

§ 2º A Equipe de Planejamento da Contratação avaliará a viabilidade de:

I - parcelamento da Solução de Tecnologia da Informação a ser contratada, em tantos itens quanto se comprovarem técnica e economicamente viáveis, justificando-se a decisão de parcelamento ou não da Solução; e

II - permitir consórcio ou subcontratação da Solução de Tecnologia da Informação, observado o disposto nos arts. 33 e 72 da Lei nº 8.666, de 1993, respectivamente, justificando-se a decisão.

108. Dito isso, percebe-se que o presente SRP previu a adjudicação por itens. Por essa razão, não há observação adicional a fazer.

Da Intenção de Registro de Preços

109. Nos termos do art. 4º do Decreto nº 7.892/2013, a adoção do Sistema de Registro de Preços pressupõe, como regra geral, a divulgação da intenção de registro de preços perante possíveis órgãos participantes.

110. Assim, somente poderia haver a dispensa dessa divulgação se esse procedimento fosse inviável. Em todo caso, deveria haver a justificativa da decisão, pois o art. 4º, § 1º, assim dispõe: “*A divulgação da intenção de registro de preços poderá ser dispensada nos casos de sua inviabilidade, de forma justificada*”.

111. O Gestor juntou aos autos a Justificativa nº 531/2019 - COMLIC/REI deduzindo a circunstância da “*consolidação dos processos de compras institucionais do IFC*” para a não divulgação no certame no Portal de Compras Governamentais. Tal escolha e sua justificativa constituem mérito administrativo.

Da Adesão

112. Verifica-se, ainda, que a Administração optou por admitir a adesão de entidades não participantes, conforme o item 4 da Minuta de Ata de Registro de Preços. Não justificou, contudo, a razão pela qual a admitiu.

113. O e. TCU, para a possibilidade de futura adesão à Ata de Registro de Preços por parte de órgãos públicos não participantes da licitação (caronas), exige justificativa específica e robusta no processo de parte do órgão licitador, sob pena da previsão de possibilidade não poder ser mantida:

Acórdão nº 495/2018 - TCU - Plenário

(...)

Por fim, o Edital, nos itens 18.1 e 18.3, possibilita a adesão à ata de registro de preços por outros órgãos e entidades da administração pública não participantes, em até cinco vezes a quantidade dos itens registrados para a UFPR, o que elevaria a materialidade desta ação de controle para até R\$ 40 milhões. Não há, no termo de referência ou no edital, justificativa para a permissão de futuras adesões à ata de registro de preços, afrontando o art. 3º da Lei 8.666/1993 e o princípio da motivação dos atos administrativos, bem como o art. 22 do Decreto 7.892/2013.

(...)

9.3.3. ausência de justificativa para a inclusão, no edital, de previsão de adesão à ata por órgãos ou entidades não participantes (“caronas”), afrontando o art. 3º da Lei 8.666/1993 e o princípio da motivação dos atos administrativos, bem como o art. 22 do Decreto 7.892/2013;

(...)

114. **Recomendamos** observância desse precedente do e. TCU.

Lei de Acesso à Informação

115. 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 e a ata de registro de preços;*
- c) *contratos firmados e notas de empenho emitidas.*

Da aquisição ou locação de software

116. Quanto a definição do objeto da contratação, trazemos a baila o disposto no Manual do SIAFI, que traz os seguintes conceitos quanto a aquisição e locação de software, eis que este aspecto tem sido levantado em outros precedentes administrativos:

5.1.4 - AQUISIÇÃO DE SOFTWARE - Contabiliza os programas de computador que são adquiridos prontos (software de prateleira). Um dos termos mais utilizados na aquisição de software é o "Licenciamento Perpétuo" do software, ou seja, a empresa poderá utilizar o software por um prazo indefinido. As naturezas de despesa a serem utilizadas são 4.4.90.36.46 ou 4.4.90.40.05, a depender da forma ou do responsável pela prestação do serviço ou fornecimento do bem/intangível.

5.1.4.1 – No caso de programas de computador prontos (softwares prontos) que sofreram customizações para atender as necessidades do comprador, a natureza de despesa a ser utilizada é 4.4.90.40.06. Continuação do PARECER Nº 091/2019/GJCC/CJU-AL/CGU/AGU Página 8 de 35

5.1.5 - LOCAÇÃO DE SOFTWARE - Registra o valor das despesas com remuneração de serviços de aluguel de programas de processamento de dados. Contabiliza os programas de computador que são locados ou licenciados prontos (software de prateleira). Um dos termos mais utilizados é "Licenciamento Temporário" ou "subscrição" do software, ou seja, a empresa poderá utilizar o software por um prazo definido em contrato. Ao término do contrato, o fornecedor poderá exigir a retirada do software do ambiente de produção da organização. O registro de Locação de Software acontece nas naturezas de despesa 3.3.90.40.06 ou 3.3.91.40.06 (locação de softwares), 3.3.90.40.19 ou 3.3.91.40.19 (computação em nuvem – software como serviço), a depender das características do locador. Exemplo deste tipo de atividade é contratação de serviços de computação em nuvem do tipo Softwares como Serviço – SaaS.

117. **Recomendamos** que tal aspecto técnico relativo a software seja enfrentado para apurar se o formatação desta licitação está compatível com tais normas.

III. CONCLUSÃO

118. À vista do exposto e restrita a presente análise aos aspectos jurídico-formais, as minutas examinadas estão adequadas às finalidades a que se destinam, desde que observadas as diligências **recomendadas** nos parágrafos **18, 22, 28, 33, 36, 39, 40, 42, 45, 53, 60, 63, 82, 94, 98, 99, 104, 114, e 117** deste opinativo.

119. Feitas as diligências recomendadas e sanadas todas as dúvidas/pendências, não há necessidade de retorno dos autos, salvo dúvida jurídica específica:

"Boa Prática Consultiva – BPC nº 05

a) Enunciado

Não é função do Órgão Consultivo, após expressar seu juízo conclusivo de aprovação acerca das minutas de editais e contratos, em cada caso concreto, pronunciar-se, posteriormente, para fiscalizar o cumprimento das recomendações ofertadas. Sempre que necessário, o conteúdo de alteração de cláusulas editalícias ou contratuais deve ser sugerida pelo Advogado Público.

Boa Prática Consultiva – BPC nº 07

a) Enunciado

O Órgão Consultivo não deve emitir manifestações conclusivas sobre temas não jurídicos, tais como os técnicos, administrativos ou de conveniência ou oportunidade, sem prejuízo da possibilidade de emitir opinião ou fazer recomendações sobre tais questões, apontando tratar-se de juízo discricionário, se aplicável. Ademais, caso adentre em questão jurídica que possa ter reflexo significativo em aspecto técnico deve apontar e esclarecer qual a situação jurídica existente que autoriza sua manifestação naquele ponto.”

120. **Este é o parecer**, registrado e assinado eletronicamente no SAPIENS da AGU, exarado nos termos da Lei Complementar nº 73/93, artigo 11 c/c 18, Lei nº 10.480/02, artigo 10, § 1º, e Lei nº 13.327, artigos 37 e 38, **salvo melhor juízo dos que melhor entenderem**.

Blumenau, 24 de julho de 2019.

André Oliveira
Procurador-chefe da Procuradoria Federal junto ao IFC

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 23348004623201944 e da chave de acesso ebd900e7



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO AO INSTITUTO FEDERAL DE EDUCAÇÃO, CIÊNCIA E TECNOLOGIA
CATARINENSE
GABINETE DO PROCURADOR

RUA DAS MISSÕES 100, PONTA AGUDA, BLUMENAU - SC, CEP 89051-000 - FONE: 47- 3331-7800

DESPACHO n. 00286/2019/IFC/PFSC/PFIFCATARINENSE/PGF/AGU

NUP: 23348.004623/2019-44

INTERESSADO: IFC - REITORIA

ASSUNTO: PREGÃO - SRP - ITENS DE TI

1. Restitua-se à origem, com as cautelas de costume, arquivando-se este feito no SAPIENS-AGU.
2. Despacho registrado e assinado eletronicamente.

Blumenau, 24 de julho de 2019.

André Oliveira
Procurador-chefe da Procuradoria Federal junto ao IFC

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 23348004623201944 e da chave de acesso ebd900e7



Emitido em 24/07/2019

PARECER Nº 2580/2019 - PROF/REITO (11.01.18.94)

(Nº do Protocolo: NÃO PROTOCOLADO)

(Assinado digitalmente em 24/07/2019 15:32)

FERNANDA GONSALVES DE ANDRADE

ASSISTENTE EM ADMINISTRACAO

2124581

Para verificar a autenticidade deste documento entre em <https://sig.ifc.edu.br/documentos/> informando seu número:
2580, ano: **2019**, tipo: **PARECER**, data de emissão: **24/07/2019** e o código de verificação: **bb9b16abf8**