ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
GABINETE DOS PROCURADORES PF/UFPR
RUA XV DE NOVEMBRO, 1299 - CEP 80060-000 - CURITIBA - PARANÁ - TELEFONE: 3360-5010

PARECER n. 00353/2020/GAB/ PROC/PFUFPR/PGF/AGU

NUP: 23075.026115/2020-16
INTERESSADOS: UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ - UFPR
ASSUNTOS: PREGÃO ELETRÔNICO 080/2020

EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. PREGÃO ELETRÔNICO. REGULARIDADE FORMAL DO PROCESSO. MINUTA DE CONTRATO. EMPRESA ESPECIALIZADA EM PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE PRODUÇÃO E FORNECIMENTO DE REFEIÇÕES (CAFÉ DA MANHÃ, ALMOÇO E JANTAR). EXPLORAÇÃO DE ATIVIDADES DE CANTINA. VALOR ESTIMADO. R$ 1.440.975,00. (UM MILHÃO QUATROCENTOS E QUARENTA MIL, NOVECENTOS E SETENTA E CINCO REAIS. APROVAÇÃO COM RESSALVAS.

1. RELATÓRIO

1. Trata-se de processo administrativo encaminhado a este órgão consultivo, para análise da regularidade jurídica da minuta do Edital do Pregão Eletrônico nº 80/2020, que tem por objeto a contratação de empresa especializada na prestação serviços de produção e fornecimento de refeições (café da manhã, almoço e jantar), e exploração de atividades de Cantina, no valor estimado de R$ 1.440.975,00 (hum milhão quatrocentos e quarenta mil, novecentos e setenta e cinco reais).

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

a) documento de formalização da demanda (fls. SEI 2660199)
b) autorização da autoridade administrativa (fls. SEI 2660095)
c) planejamento da contratação: Estudos Preliminares e Gerenciamento de Riscos (fls. SEI 2790894 e 2790944)
d) pesquisa de preços (fls. SEI 2790973)
e) mapa comparativo de preços (fls. SEI 2790981)
f) despacho com considerações a respeito da pesquisa de mercado (fls. SEI 2790984)
g) termo de referência (fls. SEI 2791076)
h) aprovação do Termo de Referência (fls. SEI 2804423)
i) ato de designação do pregoeiro e equipe de apoio (fls. SEI 2836241)
j) informação da Disponibilidade Orçamentária (fls. SEI 2801363)
k) minuta de edital com anexos (fls. SEI 2824718)
l) lista de verificação da regularidade processual (fls. SEI 2802960)
m) Autorização da abertura da licitação (fls. SEI 2804423)

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

4. É o relatório.

2. DA FUNDAMENTAÇÃO

2.1 DOS LIMITES DA ANÁLISE JURÍDICA

5. A atividade de exame e aprovação de minutas de editais e contratos pelos Órgãos Consultivos é prévia, consoante art. 38, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93. Dessa maneira, não há determinação legal a impor a fiscalização posterior de cumprimento de recomendações feitas pela unidade jurídico-consultiva. Além do mais, na eventualidade de o administrador não atender as orientações do Órgão Consultivo, passa a assumir, inteiramente, a responsabilidade por sua conduta.

6. Ressalte-se que o exame aqui empreendido se restringe aos aspectos jurídicos do procedimento, excluídos, portanto, aqueles de natureza eminentemente técnica, o que inclui o detalhamento do objeto da contratação, suas características, requisitos e especificações. Com relação a esses dados, parte-se da premissa de que a autoridade competente se municiará dos conhecimentos técnicos imprescindíveis para a sua adequação às necessidades da Administração, conforme orientação constante da Boa Prática Consultiva – BPC n° 7, que assim dispõe:

7. A manifestação consultiva que adentrar questão jurídica com potencial de significativo reflexo em aspecto técnico deve conter justificativa da necessidade de fazê-lo, evitando-se posicionamentos conclusivos sobre temas não jurídicos, tais como os técnicos, administrativos ou de conveniência ou oportunidade, podendo-se, porém, sobre estes emitir opinião ou formular recomendações, desde que enfatizando o caráter discricionário de seu acatamento. (Manual de Boas Práticas Consultivas aprovado pela Portaria Conjunta nº 01, de 2 de dezembro de 2016)

8. Feita a ressalva, passamos à análise estritamente jurídica do presente processo.

2.2 DA AUTORIZAÇÃO PARA REALIZAÇÃO DA LICITAÇÃO E CELEBRAÇÃO DE NOVOS CONTRATOS

9. No documento de SEI 2660095, consta autorização para abertura do procedimento licitatório (art. 8º, V, do Decreto n. 10.024/2019).

2.3 DA UTILIZAÇÃO DO PREGÃO ELETRÔNICO COMO MODALIDADE DE LICITAÇÃO

10. Vê-se que a escolha do Pregão Eletrônico, como modalidade de licitação, foi adequada, pois o serviço a ser contratado foi qualificado como comum pela unidade técnica (art. 1º da Lei n° 10.520/2002 c/c Orientação Normativa AGU nº 54/2014) no documento SEI 2791025) . Destaque-se que, à luz do art. 4º, X, da Lei nº 10.520/2002, c/c art. 7º do Decreto nº 10.024/2019, somente é possível licitar o presente objeto sob o tipo menor preço ou maior desconto.

2.4 PLANEJAMENTO DA CONTRATAÇÃO

2.4.1 Documentos necessários ao planejamento da contratação

11. De acordo com o Decreto n.º 10.024/2019 e a IN SEGES/MP nº 05/2017, a Administração Pública deverá produzir os documentos abaixo durante a fase de planejamento da contratação:

a) documento para formalização da demanda;
b) estudos preliminares;
c) mapa(s) de risco;
d) termo de referência.

12. Dito isso, percebe-se que os documentos acima listados foram juntados, respectivamente, aos movimentos SEI 2660199, 2790894, 2790944 e 2791076.

13. Embora sejam documentos de natureza essencialmente técnica, faremos algumas observações a título de orientação jurídica.

2.4.1.1 Documento para formalização da demanda e estudos preliminares: principais elementos

14. Da análise do documento de formalização da demanda, percebe-se que foram previstos os conteúdos do anexo II da IN SEGES/MP nº 05/2017, especialmente a justificativa da necessidade da contratação, a indicação dos membros da equipe de planejamento e a data prevista para o início da execução contratual.

15. Quanto aos estudos preliminares, a equipe de planejamento deverá certificar-se de que trazem os conteúdos previstos no art. 24, §1º, c/c anexo III da IN SEGES/MP nº 05/2017. Destaque-se, em especial, que o art. 24, § 1º, da IN SEGES/MP n.º 05/2017 estabelece que os estudos preliminares, obrigatoriamente, deverão conter:

> - delimitação da necessidade da contratação, com indicação de documentos (ex.: demonstrativos de demanda, informações de contratações anteriores, relatórios de sistemas, contratações similares de outros órgãos públicos), memória de cálculo e método para estimação das quantidades;
> - estimativas de preços e preços referenciais;
> - justificativas do parcelamento ou não da solução;
> - declaração de viabilidade ou não da contratação, com justificativas.

16. Eventual não previsão de qualquer dos conteúdos descritos no art. 24, §1º, c/c Anexo III, deverá ser devidamente justificada no próprio documento, consoante art. 24, § 3º, da IN SEGES/MP nº 05/2017.

17. Na espécie, constata-se que os Estudos Preliminares trazidos aos autos contêm, em geral, os elementos exigidos pela IN SEGES/MP n.º 05/2017, nos termos dos dispositivos acima citados.

2.4.1.2 Gerenciamento de riscos

18. Quanto ao mapa de riscos, tem-se que foi adotado o anexo IV da IN SEGES/MP nº 05/2017, com indicação do risco, da probabilidade, do impacto, do responsável e das ações preventiva e de contingência.

2.4.1.3 Termo de referência

19. O Termo de Referência é o documento que deverá conter os elementos que embasam a avaliação do custo pela administração pública, a partir dos padrões de desempenho e qualidade estabelecidos e das condições de entrega do objeto, o critério de aceitação do objeto, os deveres das partes, a relação dos documentos essenciais à verificação da qualificação técnica e econômico-financeira, os procedimentos de fiscalização e gerenciamento do contrato ou da ata de registro de preços, o prazo para execução do contrato e as sanções (conforme definição do art. 3º, inciso XI, do Decreto nº 10.024/2019), devendo observar, ainda, as diretrizes constantes do art. 30 e do Anexo V da IN SEGES/MP nº 5/2017.

20. Tal documento deverá ser elaborado pelo setor requisitante e aprovado pela autoridade competente, conforme mencionam o art. 14, inciso II, do Decreto nº 10.024/2019, e o art. 29, § 2º, da IN SEGES/MP n.º 05/2017.

21. Ademais, o termo de referência deverá observar os modelos elaborados pela Advocacia-Geral da União e seguir, com adaptações ao caso concreto, os Cadernos de Logística divulgados pela Secretaria de Gestão do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão (art. 29 da IN SEGES/MP nº 05/2017).

22. Pelo exposto, compete à Administração Pública:

> a) utilizar o modelo de termo de referência da AGU mais atualizado, disponível em seu sítio eletrônico;
>
> b) verificar se existe Caderno de Logística para o presente objeto contratual, de modo que o termo de referência possa incorporar, no que couber, as especificações padronizadas (art. 29 da IN

SEGES/MP nº 05/2017);

c) destacar, formal e visualmente, todas as alterações realizadas no modelo de termo de referência, justificando as inclusões, adaptações, modificações e exclusões de texto da minuta.

23. Vale observar que a não identificação de eventuais inclusões, adaptações, modificações e exclusões de texto da minuta, a um só tempo, ofende a exigência do artigo 29 da IN SEGES/MP n. 05/2017 e compromete a eficiência da análise jurídica e, por consequência, a celeridade na manifestação deste órgão jurídico.

24. No caso, consta dos autos o Termo de Referência de SEI 2791076, elaborado pela área requisitante, datado, assinado e aprovado pela autoridade superior (SEI 2804423).

25. Nesse contexto, em análise eminentemente formal, verifica-se que o termo de referência contemplou todas as exigências contidas nos normativos acima citados.

26. Apenas para registro formal, destacamos que foram fixados preços unitários máximos para cada item do termo de referência (art. 40, X, da Lei nº 8.666/93, Súmula TCU nº 259, por analogia, e item 9.2.3 do Acórdão nº 7.021/2012 - 2ª Câmara).

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

2.4.2 Necessidade da contratação e vedações às especificações restritivas

28. A necessidade da contratação foi devidamente justificada, tendo sido estimados os quantitativos de serviço a partir de método devidamente amparado por documentos juntados aos autos (SEI 2660199, 2790894 e 2791076).

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

30. Observe-se, ainda, que são vedadas especificações do objeto que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, limitem ou frustrem a competição ou sua realização (art. 3º, §1º, I, da Lei nº 8.666/1993 e art. 3º, XI, "a", 1, do Decreto nº 10.024/2019). Portanto, o gestor deverá tomar as devidas cautelas para assegurar que as especificações correspondam àquelas essenciais à contratação, sem as quais não poderão ser atendidas as necessidades da Administração.

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

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

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

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

32. Recomenda-se que a Administração se certifique de que as especificações técnicas previstas no Termo de Referência atendem às premissas acima citadas.

33. Ainda sobre esse tema, vale destacar que, caso as especificações somente possam ser atendidas por uma quantidade de fornecedores considerada restrita, deverá ser avaliada a pertinência de retirar ou flexibilizar requisitos, de modo que se possa manter apenas aqueles considerados indispensáveis (subitem 3.3, f, anexo III, da IN SEGES/MP nº 05/2017).

2.4.3 Da viabilidade jurídica da terceirização

34. O § 1º do art. 3º do Decreto nº 9.507/2018, aplicável a toda a Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional e das empresas públicas e sociedades de economia mista, explicita que somente poderão ser objeto de execução indireta "*Os serviços auxiliares, instrumentais ou acessórios de que tratam os incisos do **caput** poderão ser executados de forma indireta, vedada a transferência de responsabilidade para a realização de atos administrativos ou a tomada de decisão para o contratado*.".

35. Por sua vez, o mesmo art. 3º estabelece a vedação de execução indireta na Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional, dos seguintes serviços:

- que envolvam a tomada de decisão ou posicionamento institucional nas áreas de planejamento, coordenação, supervisão e controle;
- que sejam considerados estratégicos para o órgão ou a entidade, cuja terceirização possa colocar em risco o controle de processos e de conhecimentos e tecnologias;
- que estejam relacionados ao poder de polícia, de regulação, de outorga de serviços públicos e de aplicação de sanção; e
- que sejam inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou da entidade, exceto disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal.

36. Diante disso, como condição preliminar à realização da licitação, cabe à Administração atestar nos autos, à luz dos dispositivos acima citados, a viabilidade jurídica de terceirização das atividades a serem licitadas e contratadas. Também é necessário que a Administração registre no processo que as atividades listadas no Termo de Referência estão contempladas na Portaria n.º 443, de 27 de dezembro de 2018, editada pelo então Ministro do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, a qual elenca as atividades que devem ser preferencialmente terceirizadas.

37. Adverte-se, ainda, nos termos do parágrafo único da Portaria acima mencionada, que outras atividades que não estejam listadas no normativo indicado poderão ser passíveis de execução indireta, desde que atendidas as vedações constantes no Decreto n.º 9.507/2018.

38. Em sendo assim, compete à Administração demonstrar que a contratação pretendida se encontra em consonância com as regras acima expostas.

39. Percebe-se, nesse sentido, que a Administração declarou, no documento de SEI 2660199, que as atividades podem ser terceirizadas em razão de indisponibilidade de servidores administrativos para gerenciamento do restaurante no local, além de custos vultosos com contratação de mão de obra terceirizada, e complexa operação logística.

2.4.4 Parcelamento da contratação e regra geral da necessária adjudicação por itens

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

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