



EMPRESA BRASILEIRA DE SERVIÇOS HOSPITALARES
SCS Quadra 9, Edifício Parque Cidade Corporate, Torre C, 1° ao 3° andares - Bairro Asa Sul
Brasília-DF, CEP 70308-200
(61) 3255-8900 - <http://www.ebserh.gov.br>

PARECER REFERENCIAL Nº 13/2022/SCAD/CONJUR/PRES-EBSEERH

PROCESSO Nº 23477.002200/2022-10

INTERESSADO: Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares (Ebserh)

ASSUNTO: Contratação direta de serviços de baixo valor, por meio de inexigibilidade de licitação, fundamentada nos arts. 79, inciso II c/c 81, *caput*, do RLCE 2.0, em razão da inviabilidade de competição.

SUMÁRIO EXECUTIVO

Este Parecer Referencial tem como objeto a contratação direta de serviços de baixo valor, por meio de inexigibilidade de licitação, fundamentada nos arts. 79, inciso II c/c 81, *caput*, do RLCE 2.0, em razão da inviabilidade de competição.

Foram adotados como fundamentos a Constituição da República Federativa do Brasil (CR/88), a Lei n.º 12.550/2011, a Lei n.º 13.303/2016, o Decreto n.º 8.945/2016, a Lei n.º 13.709/2018, o Estatuto Social da Ebserh, o RLCE 2.0, a Norma - SEI n.º 2/2019/DAI-EBSEERH, a Norma Operacional SEI n.º 2/2021/SL/CAD/DAI-EBSEERH, a Portaria-SEI Ebserh n.º 08/2019, a Instrução Normativa SEGES/MPDG n.º 05/2017, sem prejuízo das demais normas aplicáveis.

A manifestação jurídica referencial se justifica em razão do volume de processos envolvendo a matéria - idêntica e recorrente -, para os quais, como regra, não se faz necessária a análise jurídica individualizada, na medida em que a Conjuntura se restringe à verificação do atendimento das exigências legais, a partir da simples conferência de documentos.

É dispensável a remessa à Conjuntura de processos individualizados que veiculem idêntico tema, desde que a área de licitações ou de contratos ateste, de forma expressa, que o caso concreto se amolda à manifestação jurídica referencial e que observa as recomendações apresentadas neste opinativo.

Senhor Consultor Jurídico,

I - RELATÓRIO

1. Por meio da Portaria-SEI n.º 02, de 03 de março de 2022, publicada no Boletim de Serviço n.º 1265, de 03 de março de 2022, instituiu-se Grupo de Trabalho com o objetivo de elaborar e atualizar Pareceres Referenciais em matérias de licitações e contratos administrativos.

2. Nesse sentido, o presente Parecer Referencial foi elaborado com a finalidade de analisar as questões jurídicas envolvidas na contratação direta de serviços de baixo valor, por meio de inexigibilidade de licitação, fundamentada nos arts. 79, inciso II c/c 81, *caput*, do Regulamento de Licitações e Contratos da Ebserh, versão 2.0, aprovado por meio da Resolução n.º 155/2022 do Conselho de Administração (RLCE 2.0), em razão da inviabilidade de competição.

3. É o relatório.

II - PERTINÊNCIA DA UTILIZAÇÃO DO PARECER REFERENCIAL

4. A possibilidade de utilização de Parecer Referencial foi consagrada no RLCE 2.0. Veja-se:

"Art. 45. O órgão de assessoramento jurídico da Ebserh poderá homologar minutas-padrão de editais, de termos de contrato e outros instrumentos obrigacionais, bem como aprovar pareceres referenciais sobre matérias recorrentes.

§ 1º Havendo manifestação jurídica referencial, é dispensada a análise individualizada do processo de contratação pelo órgão jurídico, desde que a área de licitações ou de contratos ateste, de forma expressa, que o caso concreto se amolda aos termos da citada manifestação.

§ 2º A Diretoria Executiva ou o Colegiado Executivo, no âmbito de sua competência e com base na avaliação da maturidade da gestão administrativa, poderá dispensar a análise jurídica de processos em caso de utilização de minutas-padrão, desde que não haja alteração, inclusão ou exclusão de cláusulas gerais dos modelos homologados."

5. O Parecer Referencial é destinado ao exame de matérias idênticas e recorrentes, nas situações em que o volume de processos impacte a atuação do órgão consultivo ou a celeridade dos serviços administrativos e a atividade jurídica se restrinja à verificação do atendimento das exigências legais, a partir da simples conferência de documentos.

6. Portanto, não há dúvidas de que a contratação direta de serviços de baixo valor, por meio de inexigibilidade de licitação, em razão da inviabilidade de competição, reúne os pressupostos que permitem a utilização de Parecer Referencial.

III - MANIFESTAÇÃO JURÍDICA REFERENCIAL

III.1 - ESCOPO

7. A presente manifestação jurídica referencial tem por escopo registrar os apontamentos a serem observados nos procedimentos de contratação direta de serviços de baixo valor, por meio de inexigibilidade de licitação, em razão da inviabilidade de competição.

8. Serviços de baixo valor são aqueles limitados ao valor estipulado no art. 79, inciso II, do RLCE 2.0, que, na data de publicação deste Parecer Referencial, é de R\$ 65.000,00 (sessenta e cinco mil reais).

9. De acordo com o art. 79, §§ 1º e 9º, do RLCE 2.0, esse valor será atualizado pelo Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo Especial (IPCA-E) em 1º de janeiro de cada exercício, por ato do Presidente, sendo que, a qualquer momento, pode ser alterado por deliberação do Conselho de Administração da Ebserh, para refletir a variação de custos.

10. As regras do RLCE 2.0 se aplicam aos procedimentos licitatórios e de contratações que tenham sido iniciados após sua entrada em vigor (1/7/2022) e às contratações em andamento que, na data de sua entrada em vigor (1/7/2022), ainda não tiverem a respectiva versão final do termo de referência devidamente aprovada pela autoridade competente, as quais deverão ser adequadas ao RLCE 2.0 (artigo 233, § 2º, do RLCE 2.0).

11. Por outro lado, as regras do Regulamento de Licitações e Contratos da Ebserh, versão 1.1, aprovado por meio da Resolução n.º 92/2019 do Conselho de Administração (RLCE 1.1), aplicam-se às contratações em andamento que tiverem, até a entrada em vigor do RLCE 2.0 (1/7/2022), a respectiva versão final do termo de referência já devidamente aprovada pela autoridade competente (artigo 233, § 1º, RLCE 2.0).

12. A presente manifestação abrange apenas as contratações regidas pelo RLCE 2.0, estando excluídas de seu escopo aquelas fundamentadas na Lei n.º 8.666/1993, na Lei n.º 14.133/2021 ou nos Regulamentos de Licitações e Contratos da Ebserh anteriores à versão 2.0.

13. Em razão da incidência de legislação específica não abordada neste opinativo, a presente manifestação também **não** abrange os temas a seguir, que devem ser objeto de análise jurídica individualizada ou Parecer Referencial específico:

- a) aquisições de bens de qualquer natureza;
- b) aquisições de bens e serviços caracterizados como solução de Tecnologia da Informação e Comunicação (TIC);
- c) contratações de serviços prestados com dedicação exclusiva de mão de obra;
- d) contratações de treinamento e capacitação;
- e) contratações de obras e serviços de engenharia;
- f) contratações internacionais.

III.2 - FINALIDADE E ABRANGÊNCIA

14. Este Parecer Referencial tem como finalidade assistir a autoridade assessorada no controle interno da juridicidade dos atos a serem praticados ou já efetivados. A função da Conjur é apontar os possíveis riscos sob o ponto de vista jurídico e recomendar providências para salvaguardar a autoridade assessorada, a quem compete avaliar a real dimensão do risco e a necessidade de adotar ou não a precaução recomendada.

15. Nos termos da Boa Prática Consultiva (BPC) n.º 7, do Manual de Práticas Consultivas da Advocacia-Geral da União (AGU), adotado pela Conjur, por meio da Portaria n.º 03, de 14 de outubro de 2016, a Conjur deve evitar posicionamentos conclusivos sobre temas não jurídicos, tais como os técnicos, administrativos ou de conveniência e oportunidade, sem prejuízo da possibilidade de emitir opinião ou recomendação sobre tais questões, desde que enfatizado o caráter discricionário de seu acatamento.

16. Parte-se da premissa de que os temas técnicos, administrativos ou de conveniência ou oportunidade foram regularmente determinados pela área competente, com base em parâmetros objetivos e tendo em vista o melhor atendimento do interesse público, tais como o detalhamento do objeto, requisitos e preço estimado, dentre outras especificações técnicas.

17. Além de ser dever de cada agente observar se seus atos estão inseridos em suas próprias competências, é recomendável que sejam juntados ao processo administrativo ou citados os respectivos instrumentos de nomeação ou designação, bem como, se for o caso, os atos normativos que estabelecem suas competências, até para que, em futura auditoria, possa ser facilmente comprovada a legitimidade de quem praticou determinado ato.

18. As manifestações da Conjur são de natureza opinativa e, conseqüentemente, 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 a real dimensão do risco na hipótese de decidir não acatar as recomendações.

19. Em razão do exposto, as questões relacionadas à juridicidade são apontadas neste Parecer Referencial, mas o prosseguimento do processo sem a observância de tais apontamentos implica responsabilidade exclusiva da autoridade competente.

III.3 - REGULARIDADE DA FORMAÇÃO DO PROCESSO

20. Em conformidade com o art. 22 da Lei n.º 9.784/1999, os atos do processo administrativo não dependem de forma determinada senão quando a lei expressamente a exigir, mas devem ser produzidos por escrito, em vernáculo, com a data e o local de sua realização e a assinatura da autoridade responsável.

21. Em 8 de outubro de 2015 foi publicado o Decreto n.º 8.539, que dispõe sobre o uso do meio eletrônico para a realização do processo administrativo no âmbito dos órgãos e das entidades da administração pública federal.

22. No âmbito da Ebserh, o tema foi tratado na Portaria-SEI n.º 49, de 3 de novembro de 2017, publicada no Boletim de Serviço da Sede n.º 340, que instituiu o Sistema Eletrônico de Informações (SEI) como sistema informatizado oficial de gestão de documentos e processos eletrônicos.

23. Portanto, recomenda-se que o processo administrativo destinado à contratação direta de serviços de baixo valor, por meio de inexigibilidade de licitação, em razão da inviabilidade de competição, observe as determinações constantes na referida Portaria-SEI n.º 49, de 3 de novembro de 2017.

III.4 - LEGISLAÇÃO APLICÁVEL

24. As contratações diretas por inexigibilidade ou por dispensa de licitação constituem exceção, uma vez que, por força do art. 37, inciso XXI, da CR/88, a regra é licitar, a fim de se obter a melhor proposta para a Administração. No mesmo sentido, o art. 28 da Lei n.º 13.303/2016 estabelece a exigência de licitação como regra. Veja-se:

"Art. 28. Os contratos com terceiros destinados à prestação de serviços às empresas públicas e às sociedades de economia mista, inclusive de engenharia e de publicidade, à aquisição e à locação de bens, à alienação de bens e ativos integrantes do respectivo patrimônio ou à execução de obras a serem integradas a esse patrimônio, bem como à implementação de ônus real sobre tais bens, serão precedidos de licitação nos termos desta Lei, ressalvadas as hipóteses previstas nos arts. 29 e 30."

25. A propósito da obrigação de licitar, veja-se o raciocínio desenvolvido pelo Tribunal de Contas da União (TCU):

"(...).

12. A obrigação de licitar não é mera formalidade burocrática, decorrente apenas de preceitos legais. Ela se funda em dois princípios maiores: os da isonomia e da impessoalidade, que asseguram a todos os que desejam contratar com a administração a possibilidade de competir com outros interessados em fazê-lo, e da eficiência, que exige a busca da proposta mais vantajosa para a administração. (...)." (TCU - Acórdão 34/2011-Plenário).

26. Eis o motivo pelo qual, conforme já advertiu o Ministro do TCU Ivan Luz, citado em obra de Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, "*as exceções devem ser adotadas com muita cautela para que não prolifere a corrupção estimulada pelas preferências imotivadas*" (JORGE ULISSES, Jacoby Fernandes. Vade-Mécum de Licitações e Contratos. 7ª ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016, p. 354).

27. De fato, deve o gestor público ser cauteloso ao decidir pela contratação direta, haja vista que é cabível a sua responsabilização pelo TCU, nos termos da Lei n.º 8.443/1992. Do mesmo modo, além de ser possível, em tese, a configuração de ato de improbidade administrativa, constitui crime admitir, possibilitar ou dar causa à contratação direta fora das hipóteses legais. Confira-se:

Lei 8.429/1992

"Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão dolosa, que enseje, efetiva e comprovadamente, perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta Lei, e notadamente: [\(Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021\)](#)

(...);

VIII - frustrar a licitude de processo licitatório ou de processo seletivo para celebração de parcerias com entidades sem fins lucrativos, ou dispensá-los indevidamente, acarretando perda patrimonial efetiva; [\(Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021\)](#)

Lei 14.133/2021

"Art. 1º Esta Lei estabelece normas gerais de licitação e contratação para as Administrações Públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e abrange:

I - os órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário da União, dos Estados e do Distrito Federal e os órgãos do Poder Legislativo dos Municípios, quando no desempenho de função administrativa;

II - os fundos especiais e as demais entidades controladas direta ou indiretamente pela Administração Pública.

§ 1º Não são abrangidas por esta Lei as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as suas subsidiárias, regidas pela [Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016](#), ressalvado o disposto no [art. 178 desta Lei](#)."

"Art. 178. O Título XI da Parte Especial do [Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940](#) (Código Penal), passa a vigorar acrescido do seguinte Capítulo II-B:

"CAPÍTULO II-B

DOS CRIMES EM LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Contratação direta ilegal

[Art. 337-E](#). Admitir, possibilitar ou dar causa à contratação direta fora das hipóteses previstas em lei:

Pena - reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa."

28. Em se tratando, especificamente, da inexigibilidade de licitação, sua disciplina aplicável à Ebserh encontra previsão tanto no art. 30 da Lei n.º 13.303/2016 quanto no art. 81 do RLCE 2.0, sendo que, dentre as suas hipóteses, há aquela do *caput*, destinada inclusive à contratação direta de serviços, em razão da inviabilidade de competição. Veja-se:

Lei n.º 13.303/2016

"Art. 30. A contratação direta será feita quando houver inviabilidade de competição, em especial na hipótese de: [\(Vide Lei nº 14.002, de 2020\)](#)

(...)."

RLCE 2.0

"Art. 81. Será inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial na hipótese de:

(...);"

29. Nesse cenário, a regularidade da contratação direta de serviços de baixo valor, por meio de inexigibilidade de licitação, fundamentada nos arts. 79, inciso II c/c 81, *caput*, do RLCE 2.0, em razão da inviabilidade de competição, exige a presença de todos os requisitos a seguir expostos.

30. É importante mencionar que, conforme o art. 225, *caput*, do RLCE 2.0, a Ebserh deve editar normativos específicos para o detalhamento dos procedimentos disciplinados na Lei n.º 13.303/2016, no Decreto n.º 8.945/2016 e no próprio Regulamento, bem como manuais, com o objetivo de uniformizar procedimentos e divulgar eventuais recomendações de órgãos de controle.

31. No mesmo sentido, o art. 128 do RLCE 2.0 prevê que "*a contratação de serviços observará o disposto neste regulamento e em norma operacional específica, ressalvada a situação descrita no art. 225, § 1º*".

32. De acordo com o § 1º, do art. 225, do RLCE 2.0, "*enquanto não houver a publicação dos normativos citados no caput, deverão ser observadas as normatizações federais pertinentes ao respectivo tema, em especial as Instruções Normativas do Ministério da Economia, no que não conflitar com as disposições deste Regulamento*".

33. Por isso, é aplicável às contratações de serviços, no que couber, a Instrução Normativa do Secretário de Gestão do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão (SEGES/MPDG) n.º 5, de 26 de maio de 2017, que dispõe sobre as regras e diretrizes do procedimento de contratação de serviços sob o regime de execução indireta no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional.

34. Embora diversas referências à doutrina, aos precedentes do TCU e aos posicionamentos da AGU, citados na fundamentação deste Parecer, tenham como fundamento a Lei n.º 8.666/1993 ou a Lei n.º 14.133/2021, estas são perfeitamente aplicáveis à inexigibilidade de licitação promovida por empresa estatal (como é o caso da Ebserh), porque há identidade entre as regras previstas sobre o tema tanto nas Leis n.º 8.666/1993 e n.º 14.133/2021 quanto na Lei n.º 13.303/2016 (e, por consequência, no RLCE 2.0), bem como porque também há identidade de pressupostos e de finalidade.

III.5 - CARACTERIZAÇÃO DA INVIABILIDADE DE COMPETIÇÃO

35. De início, veja-se a redação do art. 81, *caput* e inciso I, do RLCE 2.0:

"Art. 81. Será inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial na hipótese de:

I - aquisição de materiais, equipamentos ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo;"

36. A expressão "em especial", constante no *caput*, do art. 81, do RLCE 2.0, indica que o rol das hipóteses de inexigibilidade de licitação ali tratadas é exemplificativo.

37. Em verdade, a inviabilidade de competição é o pressuposto lógico da inexigibilidade de licitação. Por isso, há pacífica orientação do TCU de que deve ser evitada a formalização de ajustes por intermédio de inexigibilidade de licitação sem que haja comprovação da inviabilidade de competição (TCU - Acórdão de Relação 736/2007-Plenário).

38. Além do mais, há consenso de que a contratação direta, com fundamento no inciso I, do art. 81, do RLCE 2.0, é restrita a compras e, por consequência, não abrange serviços, cuja contratação deve se fundamentar no *caput*. A esse respeito, confirmam-se as ponderações de Luiz Claudio de Azevedo Chaves:

"(...)

De plano, impende salientar que a hipótese do inciso acima transcrito é destinada às compras em que o fornecedor, distribuidor ou produtor for único ou exclusivo. O que não significa dizer que em caso de haver necessidade de contratar um determinado serviço e este somente puder ser executado por um único prestador, a licitação seria obrigatória por falta de amparo legal. Conforme lição do festejado mestre, Jessé Torres³, no sentido de que o inciso não se submete à cabeça do artigo, mas sim, o contrário. Logo, o que importa, e sempre será o relevante, é que o objeto a ser contratado seja fornecido ou prestado por quem é único. É desimportante o fato da exclusividade recair numa hipótese de compra ou de serviço. É que se o objeto do contrato pretendido for um serviço, o enquadramento se dará na cabeça do artigo, e não no inciso I. Essa é, inclusive, a orientação da Corte Federal de Contas:

'Abstenha-se de realizar a contratação de serviços com fundamento no inciso I do art. 25 da Lei no 8.666/1993, já que este dispositivo é específico para a aquisição de materiais, equipamentos ou gêneros fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo. Contrate serviços diretamente, por inexigibilidade de licitação, somente quando restar comprovada a inviabilidade de competição, em consonância com o disposto nos arts. 25 e 26 da Lei no 8.666/1993'. (Ac. 1096/2007 Plenário)

(...)" (Revista do TCU. A contratação por inexigibilidade de licitação com fornecedor ou prestador de serviço exclusivo. Breve análise do art. 25, I da Lei 8.666/93. Disponível em: <https://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/article/view/1335>. Acesso em: 14/07/2022).

39. É importante esclarecer também que há a inviabilidade de competição absoluta, em que se observa a ausência de pluralidade de sujeitos capazes de oferecer à Administração o objeto que ela necessita, bem como a inviabilidade de competição relativa, marcada pela impossibilidade de comparação objetiva entre as propostas. Veja-se:

"(...).

Merece especial destaque a anotação de que ser 'único' é diferente de ser 'exclusivo'. Quando o fornecedor é único, a inviabilidade de competição é absoluta, ou seja, de fato não há outro disponível. Quando o fornecedor é 'exclusivo', existem outros que fornecem o objeto, mas por uma razão qualquer somente aquele indivíduo é que tem autorização para fornecê-lo. Diz-se, pois, que a inexigibilidade é relativa.³

(...)" (Revista do TCU. A contratação por inexigibilidade de licitação com fornecedor ou prestador de serviço exclusivo. Breve análise do art. 25, I da Lei 8.666/93. Disponível em: <https://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/article/view/1335>. Acesso em: 14/07/2022).

40. Desse modo, estão abrangidas na contratação direta de serviços de baixo valor, por meio de inexigibilidade de licitação, fundamentada nos arts. 79, inciso II c/c 81, *caput*, do RLCE 2.0, tanto as situações nas quais há a inviabilidade de competição absoluta quanto aquelas em que há a inviabilidade de competição relativa.

41. Nas situações em que a inviabilidade de competição decorre da existência de prestador de serviços exclusivo, essa inviabilidade pode ser absoluta ou relativa, conforme os seguintes esclarecimentos de José dos Santos Carvalho Filho, cujo raciocínio, embora se refira à aquisição de bens, pode ser aproveitado para a contratação de serviços:

"Com efeito, se apenas uma empresa fornece determinado produto, não se poderá mesmo realizar o certame. De acordo com correta classificação, pode a exclusividade ser absoluta ou relativa.⁹⁹ Aquela ocorre quando só há um produtor ou representante comercial exclusivo no país; a relativa quando a exclusividade se dá apenas na praça em relação à qual vai haver a aquisição do bem. Na exclusividade relativa, havendo fora da praça mais de um fornecedor ou representante comercial, poderá ser realizada a licitação, se a Administração tiver interesse em comparar várias propostas. Na absoluta, a inexigibilidade é a única alternativa para a contratação." (CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 24ª edição revista, ampliada e atualizada até 31.12.2010. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 248).

42. O § 1º do art. 81 do RLCE 2.0 determina que, nas situações em que a inviabilidade de competição decorrer da existência de prestador de serviços exclusivo, a comprovação da inviabilidade de competição deve ser realizada por meio da apresentação de atestado de exclusividade, contrato de exclusividade, declaração do fabricante ou outro documento idôneo capaz de comprovar que o objeto é fornecido ou prestado por produtor, empresa ou representante comercial exclusivos, vedada a preferência por marca específica.

43. Já o § 2º do art. 81 do RLCE 2.0 estabelece, por sua vez, que, além da comprovação da exclusividade, deve haver a demonstração de que aquela solução é a que melhor atende à Administração ou se mostre a única possível.

44. Em conclusão, a caracterização da inviabilidade de competição deve ser comprovada nos autos por meio da demonstração do atendimento dos requisitos a seguir expostos.

III.5.1 - Singularidade do objeto ou interesse estatal e existência de único fornecedor

45. Deve haver a demonstração, por qualquer meio, desde que idôneo e satisfatório (por exemplo, parecer técnico), de que aquela solução é a que melhor atende à Administração ou, então, que ela se mostra a única possível.

46. Sobre esse ponto, confirmam-se esclarecimentos de Joel de Menezes Niebuhr:

"(...).

É frequente que os produtos ou serviços de qualquer empresa, fabricante ou fornecedor tenham características especiais, que os distingam dos demais produtos ou serviços ofertados por seus concorrentes. Sob esse contexto – enfocando a questão de modo bastante débil –, quaisquer produtos ou serviços poderiam ser reputados como exclusivos, na medida em que possuem características que os diferenciam de seus concorrentes, e, por efeito disso, ensejariam a inexigibilidade de licitação pública. Esse argumento acabaria por inverter a norma programática estabelecida na parte inicial do inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal, segundo a qual a licitação pública é a regra, e a contratação direta, quer por inexigibilidade, quer por dispensa, a exceção, uma vez que qualquer produto ou serviço poderia ser considerado exclusivo e sua contratação realizada por meio de inexigibilidade.

Em virtude disso, o bem só pode ser considerado exclusivo, autorizando a inexigibilidade, se as suas características peculiares, não encontradas em outros bens que lhe são concorrentes, forem decisivas ao interesse da Administração Pública. Se essas características não forem relevantes, salientá-las como requisito para a contratação a fim de justificar inexigibilidade é ilegítimo e ilegal, devendo-se reputá-la inválida.

(...)." (NIEBUHR, Joel de Menezes et al. Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 2ª edição Curitiba: Zênite, 2021, p. 37-38. E-book disponível em: https://www.zenite.com.br/books/nova-lei-de-licitacoes/nova_lei_de_licitacoes_e_contratos_administrativos.pdf. Acesso em: 14/07/2022).

47. Consta-se que, para autorizar a inexigibilidade de licitação, o serviço a ser contratado precisa ter características singulares, não encontradas em outros que lhe são concorrentes, decisivas ao interesse da Administração Pública.

48. O TCU possui entendimento de que, nas contratações por inexigibilidade de licitação, deve constar nos autos a fundamentada demonstração de que o objeto a ser contratado é o único a atender as necessidades da contratante. Ou seja, deve ficar demonstrado no processo quais são as características que o tornem singular (TCU - Acórdão 1565/2008-Plenário).

49. Além disso, o âmbito de aferição da inviabilidade de competição deve ser definido de acordo com o caso concreto, considerando-se a natureza do serviço que será contratado, a viabilidade de empresas de outras regiões do país prestarem esse serviço e a existência de eventuais interessados com estabelecimento situado em outro local (Orientação Normativa da Controladoria Jurídica da União em Minas Gerais - CJU-MG - n.º 57, de 22 de janeiro de 2010).

50. O TCU também já recomendou ao Hospital das Clínicas da Universidade Federal do Paraná para que, nas contratações por inexigibilidade fundamentadas em exclusividade, verifique previamente se não existe alternativa no mercado que atenda as suas necessidades (Acórdão 1094/2013-Plenário).

51. Para isso, previamente à realização de cada contratação direta, sob fundamento de inviabilidade de competição, deve ser realizada pesquisa mercadológica, com vistas a identificar as mudanças ocorridas no mercado e a existência de fornecedores para o bem/serviço requerido (TCU - Acórdão 1565/2008-Plenário).

52. É que, para o TCU, "*quando não estiver devidamente caracterizada a situação de inviabilidade de competição, a qual é excepcional e deve ser fundamentada e instruída, é indevida a contratação por inexigibilidade de licitação*" (TCU - Acórdão 1331/2007-Primeira Câmara).

III.5.2 - Comprovação da exclusividade e confirmação da documentação comprobatória, se a inviabilidade de competição decorrer da existência de prestador de serviços exclusivo

53. Se a inviabilidade de competição decorrer da existência de prestador de serviços exclusivo, deve haver a comprovação da exclusividade, o que pode ser feito por meio da apresentação de atestado de exclusividade, contrato de exclusividade, declaração do fabricante ou outro documento idôneo capaz de comprovar que o objeto é fornecido ou prestado por produtor, empresa ou representante comercial exclusivos, vedada a preferência por marca específica.

54. A exclusividade que justifica a contratação direta é a do objeto, e não a da marca, ressalvada a hipótese em que a preferência por uma dada marca for determinada por processo técnico de padronização. Assim, o fato de determinada empresa possuir representação exclusiva para fornecer objeto de determinada marca (empresa autorizada exclusiva) não configura, por si só, a inviabilidade de competição (Orientação Normativa CJU-MG n.º 56/2010).

55. Em outras palavras, salvo se a definição da marca tiver sido determinada por processo técnico de padronização (o que também deve ser comprovado nos autos), não é a exclusividade da marca, mas sim a exclusividade do produto, que é capaz de justificar a hipótese de inexigibilidade de licitação pretendida.

56. Quanto à indicação de marca, Dawison Barcelos e Ronny Charles Lopes de Torres esclarecem, fundamentados em posicionamentos do TCU, que deve estar amparada em razões de ordem técnica, de forma motivada e documentada, bem como que não pode ser motivada por meras preferências pessoais do gestor, que subjetivamente prioriza determinada

marca (Licitações e contratos nas empresas estatais: regime licitatório e contratual da Lei 13.303/2016. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 297).

57. O fato de determinada empresa possuir representação exclusiva do fabricante para realizar a manutenção de equipamentos de determinada marca (empresa autorizada exclusiva) não configura, por si só, a inviabilidade de competição, ressalvado o caso em que tal condição de exclusividade for indispensável para preservação da vigência de garantia (Orientação Normativa CJU-MG n.º 57/2010).

58. A confirmar o que se expõe, o TCU já decidiu que "*a demonstração de exclusividade de marca não comprova o requisito de inviabilidade de competição necessário para fundamentar inexigibilidade de licitação*" (Acórdão 568/2009-Primeira Câmara).

59. Confirmam-se algumas orientações em relação à documentação comprobatória da exclusividade:

a) não deve conter expressões que restrinjam a sua abrangência, tais como, "consultando nossos arquivos" ou "dentre os filiados ou associados" (Orientação Normativa CJU-MG n.º 57/2010);

b) deve abranger todo o objeto a ser contratado e, além disso, a Administração deve se atentar para a sua abrangência também em termos territoriais (Acórdão 568/2009-Primeira Câmara);

c) nos casos em que há no documento comprobatório da exclusividade a delimitação de seu âmbito nacional, ele não precisa ser emitido necessariamente pelo órgão local da sede da contratação (TCU - Decisão 63/1998-Plenário).

60. Adicionalmente à apresentação da documentação comprobatória de exclusividade, compete à Administração se certificar da sua veracidade, com a indispensável consulta ao mercado, conforme prevê a Súmula n.º 255/2010 do TCU, segundo a qual "*nas contratações em que o objeto só possa ser fornecido por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, é dever do agente público responsável pela contratação a adoção das providências necessárias para confirmar a veracidade da documentação comprobatória da condição de exclusividade*".

61. A esse respeito, confirmam-se possibilidades apresentadas por Joel de Menezes Niebuhr para que a Administração possa confirmar a veracidade da documentação comprobatória da condição de exclusividade:

"(...).

A mensagem do Tribunal de Contas da União, acertada, é que o mero atestado ou declaração de exclusividade não é o suficiente para justificar a inexigibilidade de licitação, que a exclusividade é uma questão de fato que precisa ser demonstrada efetivamente pela Administração Pública quando da contratação por inexigibilidade baseada no inciso I do artigo 25 da Lei n. 8.666/1993 e, agora, porque não há razão para ser diferente, no inciso I do artigo 74 da Lei n. 14.133/2021.

Sugere-se aos agentes administrativos valerem-se de pareceres técnicos de especialistas, sobretudo de acadêmicos que não tenham qualquer interesse na contratação. Esses especialistas, que conhecem a área ou segmento relacionado ao objeto do contrato, normalmente têm condições de afirmar se o produto que se pretende contratar por meio de inexigibilidade de licitação realmente é exclusivo ou não.

É interessante, também, consultar outras entidades administrativas que atuam no mesmo segmento, requerendo a indicação, se houver, de outros produtos que visem à utilidade pretendida pela Administração Pública. A declaração de entidades administrativas de que não conhecem outro produto análogo presta-se a corroborar a caracterização da exclusividade.

Na mesma linha, recomenda-se instruir o processo com cópia de extratos de inexigibilidade e pareceres de outras contratações do mesmo objeto com inexigibilidade realizada por outras estatais ou entidades administrativas. Ora, se outras entidades também contrataram por meio de inexigibilidade, é porque o fornecedor, na avaliação delas, era exclusivo. Isso também corrobora a caracterização da exclusividade.

É bastante útil também juntar cartas de patentes, se, evidentemente, a pessoa que se pretende contratar dispor delas, o que justifica a exclusividade com base no inciso XXIX do artigo 5º da Constituição Federal⁷ e nas disposições da Lei n. 9.279/1996,⁸ porque terceiros não podem colocar à venda, sequer oferecer proposta de equipamento ou produto similar ao objeto da patente, especialmente quando se trata de patente de invenção.

E, o mais importante, os agentes administrativos devem ir ao mercado, baixar diligência junto a outros possíveis fornecedores, realizando, inclusive, se for o caso, visitas. Tudo para verificar, na realidade, a exclusividade do fornecedor que se pretende contratar por intermédio da inexigibilidade.

(...)." (NIEBUHR, Joel de Menezes et al. Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 2ª edição Curitiba: Zênite, 2021, p. 37-38. E-book disponível em: https://www.zenite.com.br/books/nova-lei-de-licitacoes/nova_lei_de_licitacoes_e_contratos_administrativos.pdf. Acesso em: 14/07/2022).

62. Assim, caso comprovada a inexistência de outras empresas do ramo ou a impossibilidade das eventualmente existentes prestarem o serviço que a Administração necessita, é viável a contratação daquela que detém a exclusividade, por meio de inexigibilidade de licitação (Orientação Normativa CJU-MG n.º 57/2010).

III.6 - FORMALIZAÇÃO DA DEMANDA

63. O art. 12 do RLCE 2.0 prevê que "*a formalização da demanda resulta do levantamento da necessidade de uma contratação em termos do negócio da organização, evitando a condução de procedimentos de contratação que não contribuam para o alcance dos resultados institucionais*".

64. Ou seja, a Formalização da Demanda, de acordo com o RLCE 2.0, representa fase anterior a de planejamento da contratação.

65. A esse respeito, é pertinente registrar que, nos termos do art. 13, *caput*, do RLCE 2.0, "*as contratações realizadas pela Ebserh podem ser divididas em categorias e subcategorias de compras, representando a diversidade de objetos contratados pela estatal e permitindo a especialização temática das unidades organizacionais responsáveis por gerenciar cada categoria ou subcategoria*".

66. Como se trata de novidade introduzida pelo RLCE 2.0, vejamos-se os dispositivos que abordam essa matéria:

"Art. 13 (...).

§ 1º A Diretoria Executiva designará unidades organizacionais para atuarem, de forma local ou nacional, como referencial técnico e de gestão das categorias ou subcategorias de compras, permitindo uma reflexão propositiva e em rede sobre o aprimoramento das contratações e do uso de recursos da estatal, resultando no desenvolvimento de estratégias de compras.

§ 2º As unidades organizacionais gestoras das categorias ou subcategorias de compras deverão, sempre que viável, participar das câmaras técnicas de padronização nacionais, compostas por membros de mais de uma unidade da empresa, cujo propósito envolve o desenvolvimento, a guarda e a promoção da padronização das especificações técnicas sobre sua área temática para toda a Rede Ebserh.

§ 3º As unidades organizacionais responsáveis por gerenciar as categorias de compras serão denominadas Gestora da Categoria de Compras, no caso da Administração Central e com abrangência nacional, e Responsável pela Categoria de Compras, no caso das unidades hospitalares e com abrangência local.

§ 4º A Responsável pela Categoria de Compras atuará sempre alinhada às estratégias e orientações da Gestora da Categoria de Compras, exceto nos casos em que ainda não haja definição formal sobre algum tema, situações em que a Responsável pela Categoria de Compras poderá atuar com total autonomia, nos limites de sua competência, dentro de sua unidade hospitalar."

"DO GLOSSÁRIO DE ESPECIFICAÇÕES TÉCNICAS

(...);

XI - Categoria de compras: agrupamento de despesas que são tecnicamente similares ou que possuem o mesmo tipo de mercado fornecedor, podendo ser dividida em subcategorias de compras;

(...);

XXIII - Gestora de categoria ou subcategoria de compras: unidade organizacional designada para atuar como referencial técnico e de gestão das categorias ou subcategorias de compras na Administração Central, com abrangência nacional, resultando no monitoramento da evolução da categoria ou subcategoria, na condução do processo de padronização de especificações técnicas, na condução de eventuais comissões de padronização ou câmaras técnicas de padronização nacionais, no desenvolvimento de estratégias de compras e na atuação como ponto focal de relacionamento com o mercado para debater prospecções e incorporação de novas soluções;

(...);

XXXIV - Responsável pela categoria ou subcategoria de compras: unidade organizacional designada para atuar como referencial técnico e de gestão das categorias ou subcategorias de compras nas

unidades hospitalares, com abrangência local, resultando no monitoramento da evolução da categoria ou subcategoria, na condução do processo de padronização de especificações técnicas, na condução de eventuais comissões de padronização ou câmaras técnicas de padronização nacionais, no desenvolvimento de estratégias de compras e na atuação como ponto focal de relacionamento com o mercado para debater prospecções e incorporação de novas soluções. Atua em observância às estratégias e orientações emanadas pela Gestora de categoria ou subcategoria de compras;"

67. Nesse contexto, é importante esclarecer que as unidades organizacionais que necessitam de bens, serviços ou obras para entregar resultados sob sua responsabilidade são denominadas unidades demandantes, podendo atuar como unidade requisitante, se for o caso, ou solicitar às unidades requisitantes que procedam com a formalização de demandas.

68. Fato é que a solicitação de compra encaminhada pela unidade demandante à unidade requisitante deve contemplar, ao menos, o seguinte:

"Art. 15 (...).

I - apresentação de necessidades, sempre que possível indicando os objetivos estratégicos e as iniciativas impactadas pela contratação pretendida;

II - expectativa de data para recebimento do objeto contratado."

Por sua vez, as unidades requisitantes, que devem ser formalmente designadas, são responsáveis por efetivamente formalizar as demandas de cada categoria ou subcategoria de compras.

69. Assim, antes de formalizar a demanda, as unidades requisitantes devem levar em consideração as seguintes diretrizes:

"Art. 16 (...).

I - levantamento das necessidades das unidades organizacionais abrangidas por seu escopo de atuação, evitando o início de procedimentos de contratação que não contemplam a demanda existente na unidade hospitalar ou na Administração Central, conforme o caso;

II - adequação das necessidades aos catálogos padronizados de bens e serviços;

III - correspondência das necessidades com o planejamento orçamentário da organização;

IV - racionalização dos recursos e estoques disponíveis e adoção de diretrizes sustentáveis;

V - correlação das necessidades levantadas e da demanda a ser formalizada com a necessidade real da organização."

70. Ressalte-se que o parágrafo único do art. 16 do RLCE 2.0 expressamente veda o fracionamento de despesas, que é *"verificado quando sobrevierem contratações sucessivas, representadas por objetos idênticos ou de natureza semelhante, que poderiam ter sido somadas e realizadas conjunta e concomitantemente, ou seja, dentro do mesmo exercício orçamentário, especialmente quando leve à indevida utilização de contratações diretas"*.

71. Feitos esses esclarecimentos, constata-se que a materialização da fase de Formalização da Demanda para aquisições em geral, exceto de soluções de TIC, ocorre com a elaboração, pela unidade requisitante, do Documento de Formalização da Demanda (DFD) (art. 17 do RLCE 2.0).

72. O DFD formaliza a abertura do processo administrativo de planejamento da contratação e, preferencialmente, deve acompanhar ou citar os documentos comprobatórios da fase de formalização da demanda. Além disso, deve ser dividido em documentos apartados e sequenciais, na forma definida nas alíneas "a" e "b", do inciso I, do art. 20 do RLCE 2.0:

a) DFD I: elaborado pela unidade requisitante, conforme art. 17, § 2º;

b) DFD II: elaborado pela área de compras, conforme art. 25.

73. Nessa etapa de Formalização da Demanda, compete à área requisitante elaborar apenas o DFD I, uma vez que o DFD II é elaborado pela área de compras já na fase propriamente dita de planejamento da contratação.

74. Quanto ao DFD I, deve contemplar as informações previstas no art. 17, § 2º, do RLCE 2.0, a saber:

a) justificativa da necessidade da contratação, considerando o Planejamento Estratégico, o Plano Anual de Compras - PAC e o planejamento orçamentário;

b) quantidade a ser contratada, conforme avaliação inicial, a ser aprofundada nas etapas seguintes;

c) previsão de data em que a contratação deve estar disponível para ser executada;

- d) indicação de colaboradores para compor a Equipe de Planejamento da Contratação - EPC como Integrantes Requisitantes;
- e) indicação de coordenador da EPC, preferencialmente da unidade requisitante, que ficará responsável por coordenar os trabalhos da equipe, bem como elaborar cronograma de atividades, buscando a previsibilidade necessária à organização da agenda de licitações e contratações da organização;
- f) aprovação da chefia da unidade responsável, respeitado o disposto no art. 20 deste Regulamento.

75. A seguir, passa-se à análise individualizada dos elementos que devem integrar o DFD I.

III.6.1 - DFD I

III.6.1.1 - Justificativa da necessidade da contratação, considerando o Planejamento Estratégico, o Plano Anual de Compras - PAC e o planejamento orçamentário (art. 17, § 2º, inciso I, do RLCE 2.0)

76. O DFD I deve apresentar a justificativa da necessidade da contratação, ou seja, a razão pela qual os serviços são necessários para que o órgão possa desempenhar suas atividades. Nesse tópico, deve também ser abordado o alinhamento da contratação com o Planejamento Estratégico, o Plano Anual de Compras e o planejamento orçamentário da Ebserh.

III.6.1.2 - Quantidade a ser contratada, conforme avaliação inicial, a ser aprofundada nas etapas seguintes (art. 17, § 2º, inciso II, do RLCE 2.0)

77. O DFD I também deve conter a estimativa das quantidades, acompanhadas das memórias de cálculo e dos documentos que lhe dão suporte.

78. É possível que a quantidade se baseie nas informações das contratações anteriores, se for o caso. Em qualquer hipótese, é necessário que a metodologia utilizada para a previsão do quantitativo demandado seja devidamente definida e documentada nos autos.

79. De todo modo, especificamente para o DFD I, a estimativa da quantidade a ser contratada é uma mera avaliação inicial, a ser aprofundada nas etapas seguintes, razão pela qual pode ser realizada de forma simplificada.

80. Em se tratando de contratações diretas de baixo valor, o art. 24, § 1º, inciso I, do RLCE 2.0, prevê que ficam dispensados a elaboração de estudos técnicos preliminares e o gerenciamento de riscos, salvo na fase de Gestão do Contrato. Portanto, em tese, os quantitativos serão aqueles definidos no DFD I. Essa circunstância, entretanto, não exclui a possibilidade de, no momento da elaboração do termo de referência, a EPC identificar, justificadamente, razões para estipular quantitativo diverso e realizar a alteração.

III.6.1.3 - Previsão de data em que a contratação deve estar disponível para ser executada (art. 17, § 2º, inciso III, do RLCE 2.0)

81. Deve constar no DFD I também a previsão da data em que a contratação necessita estar disponível para ser executada, o que pode servir de referência para eventual priorização da demanda pela gestão. Essa informação se destina a organizar administrativamente as compras, de forma a evitar a solução de continuidade nas aquisições e o desabastecimento no âmbito da rede Ebserh.

III.6.1.4 - Indicação de colaboradores para compor a Equipe de Planejamento da Contratação - EPC como Integrantes Requisitantes (art. 17, § 2º, inciso IV, do RLCE 2.0)

82. No DFD I devem ser indicados colaboradores da unidade requisitante - entre empregados, servidores de cargos efetivos cedidos ou em exercício na Ebserh que reúnam as competências previstas no art. 26 do RLCE 2.0 - para compor a equipe que irá conduzir o planejamento da contratação, podendo, mediante justificativa, ser indicado apenas um colaborador.

83. De acordo com o art. 21, parágrafo único, do RLCE 2.0, "*caso o DFD I contemple demanda que atenda a mais de uma unidade requisitante, deverão ser indicados representantes de todas as requisitantes envolvidas*".

84. Já no caso de constituição da EPC Permanente de que trata o art. 27 do RLCE 2.0, o DFD I deve indicar os integrantes responsáveis por conduzir o planejamento daquela contratação específica, referenciando a portaria de constituição da EPC Permanente (art. 17, § 4º, do RLCE 2.0).

85. Além do mais, o DFD I poderá ser acompanhado da indicação dos colaboradores que irão compor a Equipe de Fiscalização dos Contratos (EFC), que poderão participar da EPC (art. 17, § 5º, do RLCE 2.0).

86. No mesmo sentido, o DFD I também poderá ser acompanhado da indicação de colaboradores para compor a Equipe Técnica de Suporte à EPC, no caso de contratações envolvendo amostras, provas de conceito ou complexidades técnicas nas exigências de habilitação (art. 18 do RLCE 2.0).

87. Os colaboradores indicados para participar da EPC ou da Equipe Técnica de Suporte à EPC devem registrar, por meio da assinatura do próprio DFD I, ciência expressa de sua indicação, antes de serem formalmente designados, observadas as atribuições previstas no Regulamento (art. 19, *caput* e § 1º, do RLCE 2.0).

III.6.1.5 - Indicação de coordenador da EPC (art. 17, § 2º, inciso V, do RLCE 2.0)

88. Outro elemento que deve constar no DFD I é a indicação do coordenador da EPC, o qual deve ser preferencialmente da unidade requisitante e terá a função de coordenar os trabalhos da equipe, bem como elaborar cronograma de atividades, buscando a previsibilidade necessária à organização da agenda de licitações e contratações da organização.

89. Nos termos do art. 26, § 5º, do RLCE 2.0, "*compete ao coordenador da EPC acompanhar e priorizar as atividades da equipe, informando a autoridade competente caso seja necessário prorrogar o prazo inicialmente estabelecido*".

III.6.1.6 - Aprovação da chefia da unidade responsável, respeitado o disposto no art. 20 do Regulamento (art. 17, § 2º, inciso VI, do RLCE 2.0)

90. Ao final, a chefia da unidade requisitante deve aprovar o DFD I. Cabe registrar que, tratando-se de demanda que atenda a mais de uma unidade requisitante, aplica-se, por analogia, o art. 21, parágrafo único, do RLCE 2.0, sendo recomendada a aprovação das chefias de todas as unidades requisitantes envolvidas.

91. Com isso, o DFD I deve ser encaminhado à área de compras, para que seja iniciada a fase de Planejamento da Contratação.

III.7 - PLANEJAMENTO DA CONTRATAÇÃO

92. Conforme adverte Marçal Justen Filho, mesmo nas hipóteses de contratações diretas, permanece havendo a exigência de instauração de processo administrativo prévio. Confira-se:

"A ausência de licitação não equivale a contratação informal, realizada com quem a Administração bem entender, sem cautelas nem documentação. (...).

Nas etapas internas iniciais, a atividade administrativa será idêntica, seja ou não a futura contratação antecedida de licitação. Em um momento inicial, a administração verificará a existência de uma necessidade a ser atendida. Deverá diagnosticar o meio mais adequado para atender ao reclamo. Definirá um objeto a ser contratado, inclusive adotando providências acerca da elaboração de projetos, apuração da compatibilidade entre a contratação e as previsões orçamentárias. Tudo isso estará documentado em procedimento administrativo, externando-se em documentação constante dos respectivos autos.

A diferença residirá em que, no momento de definir as fórmulas para contratação, a Administração constatará a inaplicabilidade das regras acerca de licitação. Assim, ao invés de elaborar o ato convocatório da licitação e instaurar a fase externa apropriada, a atividade administrativa interna desembocará na contratação direta. Ainda assim, não se admitirá que a Administração simplesmente contrate, sem observância de outras formalidades. Definido o cabimento da contratação direta, a Administração deverá pesquisar a melhor solução, tendo em vista os princípios da isonomia e da supremacia e indisponibilidade dos valores atribuídos à tutela estatal. Logo, deverá buscar a melhor solução, respeitando (na medida do possível) o mais amplo acesso dos interessados à disputa pela contratação.

(...) " (JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos, 16 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 391).

93. Nesse sentido, o art. 23 do RLCE 2.0 prevê que "*as contratações serão antecedidas por planejamento prévio e detalhado, com a finalidade de otimizar o desempenho da empresa, proteger o interesse público envolvido e promover transparência e equidade, com vistas a maximizar seus resultados econômicos e suas finalidades estatutárias*".

94. Veja-se, a propósito do planejamento da contratação, o que determina o art. 24 do RLCE 2.0:

"Art. 24. O planejamento de cada nova contratação consistirá na instrução de processo administrativo contendo documentação capaz de materializar as seguintes etapas:

I - estudos técnicos preliminares;

II - gerenciamento de riscos;

III - elaboração de documentos contendo as especificações técnicas da contratação, como o Anteprojeto de Engenharia, o Termo de Referência ou o Projeto Básico, com suas respectivas pesquisas de preços.

§ 1º Ficam dispensados a elaboração de estudos técnicos preliminares e o gerenciamento de riscos, salvo na fase de Gestão do Contrato e diante da ocorrência de eventos relevantes, quando se tratar de:

I - contratações diretas de baixo valor, aquelas cujos valores se enquadrem nos limites dos incisos I e II do art. 79 deste Regulamento; ou

II - contratações diretas emergenciais, previstas no inciso XV do art. 79 deste Regulamento.

(...)"

95. Consta-se que, em se tratando de contratações diretas de baixo valor, o RLCE 2.0 optou pela adoção de etapa simplificada de planejamento da contratação, consistente apenas na elaboração de termo de referência, além de gerenciamento de riscos relacionado à execução contratual e diante da ocorrência de eventos relevantes.

96. Além disso, conforme o art. 25, *caput*, do RLCE 2.0, a fase de Planejamento da Contratação se inicia com o recebimento, pela área de compras, do DFD I.

97. Nesse contexto, as etapas do processo de planejamento simplificado da contratação direta ora tratada serão apresentadas na sequência e devem ser integralmente observadas pelas áreas envolvidas na contratação.

III.7.1 - Se for o caso, indicação de colaborador da área administrativa para compor a EPC como Integrante Administrativo e formalização do DFD II

98. De acordo com o art. 25, § 1º, do RLCE 2.0, na fase de Planejamento da Contratação, poderá ser indicado, com a elaboração do DFD II, colaborador da área administrativa, preferencialmente da área de compras - entre empregados, servidores de cargos efetivos cedidos ou em exercício na Ebserh que reúnam as competências previstas no artigo 26 do RLCE 2.0 -, para compor a EPC como Integrante Administrativo.

99. Nos termos do art. 25, § 2º, do RLCE 2.0, é recomendada a indicação de Integrante Administrativo para compor EPC nas seguintes situações:

I - aquisições envolvendo vultos significativos para a organização;

II - aquisições com elevada criticidade e alto impacto nas entregas institucionais;

III - demais integrantes percorrendo os estágios iniciais da curva de aprendizagem sobre planejamento de contratações, quando os Integrantes Administrativos devem atuar inclusive na transferência de conhecimento sobre o tema.

100. Nessa etapa, os colaboradores indicados também devem registrar, por meio da assinatura do próprio DFD II, ciência expressa de sua indicação, antes de serem formalmente designados, observadas as atribuições previstas no Regulamento (art. 19, *caput* e § 1º, do RLCE 2.0).

101. Com isso, o DFD II deve ser aprovado pelo Coordenador de Administração, no caso de contratação realizada pela Administração Central, ou pelo Chefe do Setor de Administração, nas contratações das unidades hospitalares.

102. Contudo, o DFD II não é documento obrigatório. Ele só deve existir nos casos em que há a indicação de Integrante Administrativo para compor EPC.

III.7.2 - Designação formal da EPC

103. A EPC é o conjunto de colaboradores que reúnem as competências necessárias à completa execução das etapas de planejamento da contratação, o que inclui conhecimentos sobre aspectos técnicos e de uso do objeto, licitações e contratos, dentre outros, devendo acompanhar as fases da contratação e atuar, no caso de licitações, na pronta resposta a eventuais esclarecimentos e impugnações durante o certame (art. 26, *caput* e § 1º, do RLCE 2.0).

104. Assim, "*nos limites do seu conhecimento técnico ou administrativo sobre o tema, os membros da EPC responderão solidariamente por todos os atos praticados pela equipe, ressalvado o membro que expressar posição individual divergente devidamente fundamentada e registrada em ata lavrada na reunião em que houver sido tomada a decisão*" (art. 26, § 7º, do RLCE 2.0).

105. A designação formal da EPC ocorre por meio de portaria do Diretor de Administração e Infraestrutura, no âmbito da Administração Central, ou do Gerente Administrativo, nas unidades hospitalares, sendo que, além de apresentar o prazo de conclusão das atividades (indicado pela área administrativa com base no PAC e na data prevista para o início da execução da contratação, informada pela unidade requisitante na fase de Formalização da Demanda), deve também ser divulgada em boletim de serviço (art. 26, §§ 3º e 4º, do RLCE 2.0).

106. Em caso de necessidade, o prazo de conclusão das atividades da EPC pode ser prorrogado, o que deve ser informado pelo coordenador da EPC, para que, mediante solicitação fundamentada da Diretoria ou da Gerência responsável pela unidade requisitante, seja reeditada a portaria de constituição da EPC, porque dependerá disso a continuidade da fase de Planejamento da Contratação (art. 26, §§ 5º e 6º, RLCE 2.0).

107. Nos termos do art. 26, § 2º, do RLCE 2.0, mediante justificativa, poderá ser formalizada EPC contendo somente um integrante requisitante da contratação, sem prejuízo da indicação de colaborador da área administrativa.

108. Ademais, nos moldes do art. 27 do RLCE 2.0, poderá ser constituída EPC permanente no caso de objetos de contratação recorrentes, previstos no PAC, com as seguintes características:

- a) designação por exercício;
- b) definição prévia das categorias de compras abarcadas;
- c) preferencialmente rotatividade periódica de ao menos um colaborador a cada recondução.

109. Mesmo quando se tratar de EPC permanente, o DFD I deve ser encaminhado à área de compras para que haja, se necessário, indicação de colaboradores da área administrativa para comporem a EPC como Integrantes Administrativos (art. 27, parágrafo único, do RLCE 2.0).

110. Sobre a alteração dos integrantes da EPC ou da Equipe Técnica de Suporte à EPC inicialmente designados, o artigo 19, § 2º, do RLCE 2.0 prevê que "*o pedido deverá ser formalizado via ofício, com registro da ciência dos novos colaboradores indicados no corpo do próprio documento*".

III.7.3 - Termo de referência

111. O inciso XXXIX do Anexo I - Glossário de Especificações Técnicas - do RLCE 2.0 estabelece que termo de referência é o "*documento necessário para a contratação de bens e serviços, contendo parâmetros e elementos descritivos para subsidiar as etapas de Seleção de Fornecedor e de Gestão do Contrato*".

112. O art. 35 do RLCE 2.0, por sua vez, determina que o termo de referência deve conter, no mínimo, o seguinte conteúdo:

"Art. 35. O Termo de Referência – TR ou o Projeto Básico - PB, elaborado pela EPC a partir do ETP e do gerenciamento de riscos, deverá conter, no mínimo, o seguinte conteúdo:

I - definição do objeto;

II - fundamentação e justificativa da contratação;

III - descrição da solução como um todo, contendo inclusive os códigos dos catálogos de materiais e de serviços, observada a natureza de despesa do objeto;

IV - requisitos da contratação;

V - regime de execução ou forma de fornecimento;

VI - necessidade de formalização de termo de contrato ou instrumento equivalente;

VII - modelos de execução do objeto e de gestão do contrato, contendo inclusive a forma de controle e fiscalização contratual, bem como as condições de entrega, se for o caso;

VIII - critérios de medição e pagamento, contendo inclusive as condições de aceitação do objeto;

IX - forma de seleção de fornecedor;

X - critérios de seleção de fornecedor, inclusive modo de disputa e intervalos entre lances, no caso de licitação, e razão de escolha do fornecedor, no caso de contratação direta;

XI - indicação do sigilo do orçamento ou, caso decidida a sua divulgação de forma justificada, as estimativas detalhadas dos preços;

XII - definição das responsabilidades das partes;

XIII - sanções administrativas;

XIV - garantia do produto ou serviço, se exigida;

XV - garantia de execução (do contrato), se exigida;

XVI - critérios de sustentabilidade ambiental, social e econômica;

XVII - critérios e índices de reajustes, conforme o caso;

XVIII - adequação orçamentária;

XIX - subcontratação e consórcios;

XX - alteração subjetiva;

XXI - matriz de riscos, se for o caso.

§ 1º Devem ser preferencialmente utilizados os modelos de TR padronizados, como aqueles:

I - divulgados pelas gestoras das respectivas categorias de compras, preferencialmente com apoio das câmaras técnicas de padronização nacionais; ou

II - aprovados pela Consultoria Jurídica.

§ 2º Na ausência de modelos de TR disponíveis, deve ser avaliada a adoção das diretrizes de elaboração divulgadas pelo Ministério da Economia, por intermédio de Instruções Normativas ou Cadernos de Logística, com as devidas adequações a este Regulamento."

113. Portanto, é recomendável que o termo de referência elaborado para a contratação direta de serviços de baixo valor, por meio de inexigibilidade de licitação, em razão da inviabilidade de competição, contenha, no que couber, todas essas informações, além também de previsões sobre tratamento de dados pessoais.

114. Os tópicos seguintes contêm esclarecimentos acerca do que deve, necessariamente, constar no termo de referência, sem prejuízo do acréscimo de outros que guardem peculiaridade com o objeto da contratação.

III.7.3.1 - Definição do objeto (art. 35, inciso I, do RLCE 2.0)

115. No que se refere especialmente ao objeto a ser contratado, deve ser apresentada a sua clara descrição, de forma detalhada, com todas as especificações necessárias e suficientes para garantir a qualidade da contratação.

III.7.3.2 - Fundamentação e justificativa da contratação (art. 35, inciso II, do RLCE 2.0)

116. Deve constar no termo de referência a fundamentação e a justificativa da contratação, de forma clara, precisa e suficiente, sendo vedadas justificativas genéricas e que sejam incapazes de demonstrar de forma cabal a necessidade da Administração.

III.7.3.3 - Descrição da solução como um todo, contendo inclusive os códigos dos catálogos de serviços, observada a natureza de despesa do objeto (art. 35, inciso III, do RLCE 2.0)

117. Deve constar no termo de referência o planejamento da contratação da solução como um todo, ou seja, devem ser descritos todos os elementos que devem ser produzidos/contratados/executados para que a contratação produza os resultados pretendidos pela Administração.

118. Como regra, deve-se observar, por exemplo, a diretriz da padronização do objeto, considerando a compatibilidade das especificações estéticas, técnicas ou de desempenho.

119. Assim, é aconselhável, quando da definição do objeto, a indicação do código dos serviços, com base no Catálogo de Serviços do Sistema Integrado de Administração de Serviços Gerais (Catser do Siasg) ou em catálogo padronizado de materiais da Ebserh, se houver, em relação a cada item, observada a natureza de despesa do objeto; o que é capaz de facilitar, por exemplo, o confronto de preços praticados para o mesmo objeto (Acórdão TCU 1.324/2017-Plenário).

III.7.3.4 - Requisitos da contratação (art. 35, inciso IV, do RLCE 2.0)

120. O termo de referência deve contemplar todos os requisitos do objeto cuja contratação é pretendida, o que inclui as seguintes informações:

- a) elencar os requisitos necessários ao atendimento da necessidade;
- b) definir e justificar se o serviço possui natureza continuada ou não;
- c) identificar a necessidade de a contratada promover a transição contratual com transferência de conhecimento, tecnologia e técnicas empregadas;
- d) estabelecer a exigência da declaração do fornecedor de que tem pleno conhecimento das condições necessárias para a prestação dos serviços ou, caso seja imprescindível o seu comparecimento, desde que devidamente justificado, a Ebserh deve disponibilizar os locais de execução dos serviços a serem vistoriados previamente, devendo tal exigência, sempre que possível, ser substituída pela divulgação de fotografias, plantas, desenhos técnicos e congêneres;
- e) estabelecer a quantidade estimada de deslocamentos e a necessidade de hospedagem dos empregados, com as respectivas estimativas de despesa, nos casos em que a execução de serviços

eventualmente venha a ocorrer em localidades distintas da sede habitual da prestação do serviço.

121. De acordo com o item 1.1 do Anexo V da IN SEGES/MPDG n.º 05/2017, são vedadas as seguintes especificações, obviamente no que for compatível com a inexigibilidade de licitação:

"1.1. São vedadas especificações que:

- a) por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, limitam, injustificadamente, a competitividade ou direcionam ou favoreçam a contratação de prestador específico;
- b) não representem a real demanda de desempenho do órgão ou entidade, não se admitindo especificações que deixem de agregar valor ao resultado da contratação ou sejam superiores às necessidades do órgão ou entidade;
- c) estejam defasadas tecnológica e/ou metodologicamente ou com preços superiores aos de serviços com melhor desempenho."

122. A decisão sobre os requisitos da contratação envolve também a delimitação do prazo da contratação e a definição acerca da possibilidade ou não de sua prorrogação.

123. Nesse sentido, o art. 147 do RLCE 2.0 prevê que a duração do contrato não excederá a 5 (cinco) anos, contados a partir da sua celebração, ressalvadas algumas exceções. Veja-se:

"Art. 147. A duração dos contratos regidos por este Regulamento não excederá a 5 (cinco) anos, contados a partir de sua celebração, exceto:

- I - para projetos contemplados no plano de negócios e investimentos da Ebserh;
- II - nos casos em que a pactuação por prazo superior a 5 (cinco) anos seja prática rotineira de mercado e a imposição desse prazo inviabilize ou onere excessivamente a realização do negócio;
- III - nas locações de imóveis;
- IV - no contrato sob o regime de fornecimento e prestação de serviço associado, que terá sua vigência máxima definida pela soma do prazo relativo ao fornecimento inicial ou à entrega da obra com o prazo relativo ao serviço de operação e manutenção, este limitado a 5 (cinco) anos contados da data de recebimento do objeto inicial."

124. Em vista disso, também deve ser devidamente justificada a definição sobre a vigência dos contratos, limitada ao prazo previsto no art. 147 do RLCE 2.0, bem como sobre a possibilidade ou não de sua prorrogação.

III.7.3.4.1 - Execução indireta de serviços no âmbito da Ebserh

125. Em se tratando de contratação de serviços, é necessário avaliar se as atividades que se pretende executar indiretamente são passíveis de terceirização.

126. Sobre esse ponto, o Decreto n.º 9.507/2018, que dispõe sobre a execução indireta, mediante contratação, de serviços da administração pública federal direta, autárquica e fundacional e das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União, prevê o seguinte:

"Art. 4º Nas empresas públicas e nas sociedades de economia mista controladas pela União, não serão objeto de execução indireta os serviços que demandem a utilização, pela contratada, de profissionais com atribuições inerentes às dos cargos integrantes de seus Planos de Cargos e Salários, exceto se contrariar os princípios administrativos da eficiência, da economicidade e da razoabilidade, tais como na ocorrência de, ao menos, uma das seguintes hipóteses:

- I - caráter temporário do serviço;
- II - incremento temporário do volume de serviços;
- III - atualização de tecnologia ou especialização de serviço, quando for mais atual e segura, que reduzem o custo ou for menos prejudicial ao meio ambiente; ou
- IV - impossibilidade de competir no mercado concorrencial em que se insere.

§ 1º As situações de exceção a que se referem os incisos I e II do **caput** poderão estar relacionadas às especificidades da localidade ou à necessidade de maior abrangência territorial.

§ 2º Os empregados da contratada com atribuições semelhantes ou não com as atribuições da contratante atuarão somente no desenvolvimento dos serviços contratados.

§ 3º Não se aplica a vedação do **caput** quando se tratar de cargo extinto ou em processo de extinção.

§ 4º O Conselho de Administração ou órgão equivalente das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União estabelecerá o conjunto de atividades que serão passíveis de execução indireta, mediante contratação de serviços."

127. Portanto, não devem ser objeto de execução indireta os serviços que demandem a utilização, pela contratada, de profissionais com atribuições inerentes às dos cargos integrantes do Plano de Cargos e Salários da Ebserh, exceto se contrariar os princípios administrativos da eficiência, da economicidade e da razoabilidade, tais como na ocorrência de, ao menos, uma das hipóteses previstas nos incisos do art. 4º do Decreto n.º 9.507/2018.

128. Em se tratando de serviços que demandem a utilização, pela contratada, de profissionais com atribuições inerentes às dos cargos integrantes do Plano de Cargos e Salários da Ebserh, a sua execução indireta, mediante contratação, depende de prévia autorização pelo Conselho de Administração da Ebserh.

III.7.3.5 - Regime de execução (art. 35, inciso V, do RLCE 2.0)

129. Deve constar no termo de referência a escolha por algum dentre os regimes de execução previstas no art. 8º do RLCE 2.0, a saber:

"Art. 8º Os contratos admitirão os seguintes regimes de execução:

I - Contratação por Preço Unitário, nos casos em que não for possível definir previamente as quantidades dos serviços a serem posteriormente executados;

II - Contratação por Preço Global, quando for possível definir previamente, com boa margem de precisão, as quantidades dos serviços a serem posteriormente executados;

III - Contratação por Tarefa, em contratações de profissionais autônomos ou de pequenas empresas para realização de serviços técnicos comuns e de curta duração;

IV - Contratação por Empreitada Integral, nos casos em que o contratante necessite receber o objeto, normalmente de alta complexidade, em condição de operação imediata;

(...)."

130. A escolha do regime de execução contratual pelo gestor deve estar fundamentada nos autos do processo administrativo.

III.7.3.6 - Formalização de termo de contrato ou instrumento equivalente (art. 35, inciso VI, do RLCE 2.0)

131. Em conformidade com o art. 152 do RLCE 2.0, é dispensável a redução a termo do contrato nas contratações por escopo de serviços cujos valores se enquadrem no limite do inciso II, do art. 79, do RLCE 2.2, desde que não resultem obrigações futuras, ou nos casos em que a substituição por documento equivalente seja prática no mercado. Confira-se:

"Art. 152. É dispensável a redução a termo do contrato, com sua substituição por documento equivalente:

I - nas contratações por escopo de serviços cujos valores se enquadrem no limite do inciso II do art. 79, desde que não resultem obrigações futuras, dentre as quais se inclui a assistência técnica;

II - nas contratações por escopo de bens das quais não resultem obrigações futuras, dentre as quais se inclui a assistência técnica, independentemente de seu valor;

III - nos casos em que a substituição por documento equivalente seja prática de mercado.

§ 1º Para efeito deste artigo, constituem documentos equivalentes a carta-contrato, a autorização de compra, a ordem de execução de serviço, nota de empenho, ou qualquer outro documento que comprove a efetivação da despesa. § 2º O disposto no caput não prejudicará o registro contábil exaustivo dos valores despendidos e a exigência de recibo por parte dos respectivos destinatários."

132. Logo, caso a contratação pretendida se enquadre na previsão constante no art. 152 do RLCE 2.0, o termo de contrato pode ser substituído por outros instrumentos hábeis, como carta-contrato, autorização de compra, ordem de execução de serviço, nota de empenho ou qualquer outro documento que comprove a efetivação da despesa, nos quais deve constar expressamente a vinculação à proposta e aos termos da inexigibilidade de licitação realizada.

133. Obviamente, a dispensa da redução a termo do contrato, além de ser uma faculdade, não exonera a Administração do dever de providenciar o registro contábil exaustivo dos valores despendidos e de exigir recibo por parte dos respectivos destinatários (art. 152, § 2º, do RLCE 2.0).

134. Por outro lado, caso a contratação pretendida não se enquadre na previsão constante no art. 152 do RLCE 2.0, é obrigatória a celebração do termo de contrato, com todas as cláusulas necessárias previstas no art. 143 do RLCE 2.0.

135. Recomenda-se que seja adotada - depois de verificada a sua compatibilidade com o termo de referência elaborado - a minuta de contrato indicada no Anexo I (22850700), que deve ser rigorosamente seguida pela unidade assessorada, a quem caberá se limitar ao preenchimento das informações referentes à contratação e à adoção ou não de cláusulas destacadas em vermelho itálico.

136. No momento oportuno, o termo de contrato ou instrumento equivalente deve ser assinado conjuntamente pelo Presidente da Ebserh e pelo Diretor da área competente, no âmbito da Administração Central da Ebserh (art. 154, inciso I, do RLCE 2.0).

137. Já no âmbito da unidade hospitalar, o termo de contrato ou instrumento equivalente deve ser assinado conjuntamente pelo Superintendente e por um Gerente (art. 154, inciso II, do RLCE 2.0).

138. No que se refere ao fornecedor, o termo de contrato ou instrumento equivalente deve ser assinado: i) pelo representante legal da pessoa jurídica, definido em seus atos constitutivos; e ii) em qualquer hipótese, por quem exiba procuração ou outro instrumento idôneo para comprovar os seus poderes para tanto.

139. Com vistas a assegurar eficácia executiva do termo de contrato ou instrumento equivalente celebrado, nos moldes definidos pelo art. 784 do Código de Processo Civil, é recomendável que seja assinado também por duas testemunhas.

140. Por fim, de acordo com o art. 155 do RLCE 2.0, os termos de contrato e os aditivos dele decorrentes, após formalizados, devem ser publicados no Diário Oficial da União e em portal eletrônico mantido pela Ebserh na internet.

III.7.3.7 - Modelos de execução do objeto e de gestão do contrato, contendo inclusive a forma de controle e fiscalização contratual, bem como as condições de entrega, se for o caso (art. 35, inciso VII, do RLCE 2.0)

141. O termo de referência deve contemplar a dinâmica da contratação em relação ao modelo de execução dos serviços. Ou seja, devem ser detalhadas, minuciosamente, as tarefas que devem ser desenvolvidas pela contratada e a respectiva rotina de execução, uma vez que, durante a fiscalização do contrato, a Ebserh apenas poderá exigir o cumprimento das atividades que tenham sido expressamente previstas no termo de referência.

142. A descrição das tarefas dependem das atribuições específicas do serviço contratado e da realidade específica da Administração Central da Ebserh e/ou da unidade hospitalar para a qual é direcionada a contratação.

143. Conforme o item 2.5 do Anexo V da IN SEGES/MPDG n.º 05/2017, devem ser previstas as seguintes informações, obviamente no que for compatível com a inexigibilidade de licitação:

"2.5. Modelo de execução do objeto:

a) Descrever a dinâmica do contrato, devendo constar, sempre que possível:

a.1. a definição de prazo para início da execução do objeto a partir da assinatura do contrato, do aceite, da retirada do instrumento equivalente ou da ordem de serviços, devendo ser compatível com a necessidade, a natureza e a complexidade do objeto;

a.1.1. atentar que o prazo mínimo previsto para início da prestação de serviços deverá ser o suficiente para possibilitar a preparação do prestador para o fiel cumprimento do contrato.

a.2. a descrição detalhada dos métodos ou rotinas de execução do trabalho e das etapas a serem executadas;

a.3. a localidade, o horário de funcionamento, dentre outros;

a.4. a definição das rotinas da execução, a frequência e a periodicidade dos serviços, quando couber;

a.5. os procedimentos, metodologias e tecnologias a serem empregadas, quando for o caso;

a.6. os deveres e disciplina exigidos;

a.7. o cronograma de realização dos serviços, incluídas todas as tarefas significativas e seus respectivos prazos;

a.8. demais especificações que se fizerem necessárias para a execução dos serviços.

b) Definir o método para quantificar os volumes de serviços a demandar ao longo do contrato, se for o caso, devidamente justificado;

c) Definir os mecanismos para os casos em que houver a necessidade de materiais específicos, cuja previsibilidade não se mostra possível antes da contratação, se for o caso;

d) Definir o modelo de Ordem de Serviço que será utilizado nas etapas de solicitação, acompanhamento, avaliação e atestação dos serviços, sempre que a prestação do serviço seja

realizada por meio de tarefas específicas ou em etapas e haja necessidade de autorização expressa prevista em contrato, conforme modelo previsto no Anexo V-A, devendo conter, no mínimo:

- d.1) a identificação do pedido;
 - d.2) a identificação da contratada;
 - d.3) a definição e especificação dos serviços a serem realizados;
 - d.4) a prévia estimativa da quantidade de horas demandadas na realização da atividade designada, com a respectiva metodologia utilizada para a sua quantificação, nos casos em que a única opção viável for a remuneração de serviços por horas trabalhadas;
 - d.5) demais detalhes compatíveis com a forma da prestação dos serviços;
 - d.6) o local de realização dos serviços;
 - d.7) os recursos financeiros;
 - d.8) os critérios de avaliação dos serviços a serem realizados; e
 - d.9) a identificação dos responsáveis pela solicitação, avaliação e ateste dos serviços realizados, os quais não podem ter nenhum vínculo com a empresa contratada.
- e) Na contratação de serviços de natureza intelectual ou outro serviço que o órgão ou entidade identifique a necessidade, deverá ser estabelecida como obrigação da contratada realizar a transição contratual com transferência de conhecimento, tecnologia e técnicas empregadas, sem perda de informações, podendo exigir, inclusive, a capacitação dos técnicos da contratante ou da nova empresa que continuará a execução dos serviços;
- f) Definir com base nas informações dos Estudos Preliminares [no âmbito da Ebserh, o ETP é dispensado em contratações diretas de baixo valor]:
- f.1. se haverá ou não possibilidade de subcontratação de parte do objeto, e, em caso afirmativo, identificar a parte que pode ser subcontratada;
 - f.2. se haverá ou não obrigação de subcontratação de parte do objeto de ME ou EPP;
 - f.3. se haverá ou não possibilidade de as empresas concorrerem em consórcio."

144. Do mesmo modo, devem constar no termo de referência os procedimentos para controle e fiscalização da execução contratual.

145. Afinal, sabe-se que a execução dos contratos deve ser acompanhada e fiscalizada por representantes da Ebserh especialmente designados, ou pelos respectivos substitutos, com o objetivo de garantir a observância dos direitos e o cumprimento das obrigações pactuadas, bem como a obediência à legislação pertinente (art. 161, *caput*, do RLCE 2.0).

146. É permitida a contratação de terceiros para assistir os representantes da Ebserh especialmente designados e subsidiá-los com informações pertinentes a essa atribuição, desde que justificada a necessidade de assistência especializada e observadas as seguintes disposições:

"Art. 161. (...).

§ 2º Na hipótese de contratação de terceiros prevista no § 1º deste artigo, deverão ser observadas as seguintes disposições:

I - a empresa ou o profissional contratado assumirá responsabilidade civil objetiva pela veracidade e pela precisão das informações prestadas, firmará termo de compromisso de confidencialidade e não poderá exercer atribuição própria e exclusiva de representantes da Ebserh;

II - a contratação de terceiros não eximirá de responsabilidade dos representantes da Ebserh designados para controlar e fiscalizar os contratos, nos limites das informações recebidas do terceiro contratado."

147. Além disso, as atividades de gestão e fiscalização da execução contratual competem aos gestores da execução dos contratos, auxiliados pela fiscalização técnica, setorial e pelo público usuário, que, nos termos do art. 163 do RLCE 2.0, são definidas conforme as peculiaridades do caso. Veja-se:

"Art. 163. As atividades de gestão e fiscalização da execução contratual competem aos gestores da execução dos contratos, auxiliados pela fiscalização técnica, administrativa, setorial e pelo público usuário, conforme o caso, de acordo com as seguintes disposições:

I - gestão do contrato: coordenação das atividades relacionadas à fiscalização técnica, administrativa, setorial e pelo público usuário, bem como dos atos preparatórios à instrução processual e ao encaminhamento da documentação pertinente à área de acompanhamento dos

contratos para formalização dos procedimentos quanto aos aspectos que envolvam a prorrogação, alteração, reequilíbrio, pagamento, eventual aplicação de sanções, extinção dos contratos, dentre outros;

II - fiscalização técnica: acompanhamento com o objetivo de avaliar a execução do objeto nos moldes contratados e, se for o caso, aferir se a quantidade, qualidade, tempo e modo da prestação dos serviços ou fornecimento de bens estão compatíveis com os indicadores de níveis mínimos de desempenho estipulados no ato convocatório, para efeito de pagamento conforme o resultado;

III - fiscalização administrativa de contratos com dedicação exclusiva de mão de obra: acompanhamento dos aspectos administrativos da execução dos serviços nos contratos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra quanto às obrigações previdenciárias, fiscais e trabalhistas, bem como quanto às providências tempestivas nos casos de inadimplemento;

IV - fiscalização administrativa de contratos de execução indireta de obras públicas: acompanhamento mensal, por amostragem, do cumprimento das obrigações trabalhistas, previdenciárias e para com o FGTS, em relação aos empregados da contratada que efetivamente participarem da execução do contrato;

V - fiscalização administrativa de contratos sobre soluções de tecnologia da informação e comunicação: acompanhamento dos aspectos administrativos da execução dos contratos sobre soluções de tecnologia da informação quanto à verificação de aderência dos recebimentos realizados aos termos do contrato, bem como verificação das regularidades fiscais, trabalhistas e previdenciárias, para fins de pagamento;

VI - fiscalização setorial: acompanhamento da execução do contrato nos aspectos técnicos ou administrativos quando a prestação dos serviços ou fornecimento de bens ocorrer concomitantemente em setores distintos ou em unidades desconcentradas de um mesmo órgão ou entidade;

VII - fiscalização pelo público usuário: acompanhamento da execução contratual por pesquisa de satisfação junto ao usuário, com o objetivo de aferir os resultados da prestação dos serviços ou fornecimento de bens, os recursos materiais e os procedimentos utilizados pela contratada, quando for o caso, ou outro fator determinante para a avaliação dos aspectos qualitativos do objeto;

VIII - Equipe de Fiscalização do Contrato - EFC: conjunto de colaboradores responsáveis pela gestão e fiscalização contratual, na qualidade de titulares ou substitutos."

148. É admitida, de forma excepcional e principalmente no caso de contratações de menor complexidade, a designação de EFC somente com dois membros, quais sejam, o gestor do contrato titular e seu substituto, que acumularão todas as competências de EFC previstas no Regulamento (art. 164, § 5º, do RLCE 2.0).

149. No caso de contratações por escopo enquadradas no limite do inciso II do art. 79 do RLCE 2.0, é dispensada a designação de EFC, quando o encargo de gestão contratual ficará sob responsabilidade da chefia responsável pela unidade requisitante da contratação (art. 164, § 9º, do RLCE 2.0).

150. A designação formal da EFC é feita pelo Diretor de Administração e Infraestrutura, no âmbito da Administração Central, ou pelo Gerente Administrativo, nas unidades hospitalares, sendo que somente podem atuar como seus membros, titulares e substitutos, colaboradores com vínculo direto com a Administração Pública, seja celetista, comissionado ou estatutário, indicados preferencialmente pela unidade requisitante, com exceção dos fiscais administrativos (art. 164, *caput* e § 1º, do RLCE 2.0).

151. O gestor e os fiscais devem ser cientificados expressamente da indicação e respectivas atribuições antes da formalização do ato de designação (art. 164, § 2º, do RLCE 2.0).

152. Os substitutos eventualmente designados devem atuar nas ausências e nos impedimentos eventuais e regulamentares dos titulares, sendo que, na ausência, a qualquer título, de gestor e fiscal(ais) do contrato, as providências de suas alçadas ficarão a cargo da chefia responsável pela unidade requisitante, que assumirá integralmente as atividades e responsabilidades dos ausentes ou não designados (art. 164, §§ 3º e 4º, do RLCE 2.0).

153. Deve ser evitada a designação de integrantes da EFC que acumulem papéis de gestão na organização com maior alçada decisória, a exemplo de membros da Diretoria Executiva e do Colegiado Executivo, que podem, conforme o caso, exercer controles internos sobre a atuação das EFC sob sua supervisão, bem como a designação dos dirigentes máximos da Auditoria Interna, da Corregedoria-Geral e da Ouvidoria-Geral, em razão de suas atividades de apoio à Alta Administração (art. 164, §§ 8º e 9º, do RLCE 2.0).

154. Por fim, a empresa contratada deve indicar preposto, aceito pela Ebserh, para representá-la durante a execução do contrato (art. 162 do RLCE 2.0).

III.7.3.8 - Critérios de medição e pagamento, contendo inclusive as condições de aceitação do objeto (art. 35, inciso VIII, do RLCE 2.0)

155. O termo de referência deve contemplar as condições de pagamento, incluindo os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a data do efetivo pagamento (art. 143, inciso III, do RLCE 2.0).

156. O art. 145 do RLCE 2.0 contempla a possibilidade de a Ebserh promover o pagamento antecipado nas contratações em casos excepcionalíssimos, devidamente justificados, desde que essa medida observe os seguintes parâmetros:

"Art. 145. A Ebserh pode promover o pagamento antecipado nas contratações em casos excepcionalíssimos, devidamente justificados, desde que essa medida:

- I - represente condição indispensável para obter o bem ou assegurar a prestação do serviço; ou
- II - propicie significativa economia de recursos.

§ 1º Na hipótese de que trata o caput deste artigo, a Administração deverá:

- I - prever a antecipação de pagamento em edital ou em instrumento formal de contratação direta;
 - II - exigir a devolução integral do valor antecipado na hipótese de inexecução do objeto, atualizado monetariamente pela variação acumulada do Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA), ou índice que venha a substituí-lo, desde a data do pagamento da antecipação até a data da devolução;
 - III - prever cautelas aptas a reduzir o risco de inadimplemento contratual, tais como:
 - a) a comprovação da execução de parte ou de etapa inicial do objeto pelo contratado, para a antecipação do valor remanescente;
 - b) a prestação de garantia nas modalidades de que trata o art. 144, de até 100% (cem por cento) do valor a ser adiantado, ainda que ultrapasse o percentual usual de garantia prestada;
 - c) a emissão de título de crédito pelo contratado;
 - d) o acompanhamento da mercadoria, em qualquer momento do transporte, por representante da Administração.
- (...)."

157. Especificamente em relação aos critérios de medição e pagamento, devem ser previstas, obviamente no que for compatível com a inexigibilidade de licitação, as seguintes informações tratadas no item 2.6 do Anexo V da IN SEGES/MPDG n.º 05/2017:

"2.6. Modelo de gestão do contrato e critérios de medição e pagamento:

- a) Definir os atores que participarão da gestão do contrato;
- b) Definir os mecanismos de comunicação a serem estabelecidos entre o órgão ou entidade e a prestadora de serviços;
- c) Atentar que, no caso de serviços que devam ser implementados por etapas ou no caso de serviço prestado com regime de mão de obra exclusiva, os quais necessitem de alocação gradativa de pessoal, os pagamentos à contratada devem ser realizados em conformidade com esses critérios;
- d) Definir a forma de aferição/medição do serviço para efeito de pagamento com base no resultado, conforme as seguintes diretrizes, no que couber:
 - d.1. estabelecer a unidade de medida adequada para o tipo de serviço a ser contratado, de forma que permita a mensuração dos resultados para o pagamento da contratada e elimine a possibilidade de remunerar as empresas com base na quantidade de horas de serviço ou por postos de trabalho, observando que:
 - d.1.1. excepcionalmente poderá ser adotado critério de remuneração da contratada por quantidade de horas de serviço, devendo ser definido o método de cálculo para quantidade, qualificação da mão de obra e tipos de serviços sob demanda, bem como para manutenção preventiva, se for o caso;
 - (...).
 - d.2. estabelecer a produtividade de referência ou os critérios de adequação do serviço à qualidade esperada, de acordo com a unidade de medida adotada para a execução do objeto, sendo expressa

pelo quantitativo físico do serviço ou por outros mecanismos capazes de aferir a qualidade, seguindo-se, entre outros, os parâmetros indicados nos Cadernos de Logística;

d.3. identificar os indicadores mínimos de desempenho para aferição da qualidade esperada da prestação dos serviços, com base nas seguintes diretrizes:

d.3.1. considerar as atividades mais relevantes ou críticas que impliquem na qualidade da prestação dos serviços e nos resultados esperados;

d.3.2. prever fatores que estejam fora do controle do prestador e que possam interferir no atendimento das metas;

d.3.3. os indicadores deverão ser objetivamente mensuráveis e compreensíveis, de preferência facilmente coletáveis, relevantes e adequados à natureza e características do serviço;

d.3.4. evitar indicadores complexos ou sobrepostos.

d.4. descrever detalhadamente, de acordo com o previsto na subalínea "d.3" acima, os indicadores mínimos de desempenho esperados, em relação à natureza do serviço, com a finalidade de adequar o pagamento à conformidade dos serviços prestados e dos resultados efetivamente obtidos, devendo conter, dentre outros requisitos:

d.4.1. indicadores e metas estipulados de forma sistemática, de modo que possam contribuir cumulativamente para o resultado global do serviço e não interfiram negativamente uns nos outros;

d.4.2. indicadores que reflitam fatores que estão sob controle do prestador do serviço;

d.4.3. metas realistas e definidas com base em uma comparação apropriada;

d.4.4. previsão de nível de desconformidade dos serviços que, além do redimensionamento dos pagamentos, ensejará penalidades à contratada e/ou a rescisão unilateral do contrato;

d.4.5. registros, controles e informações que deverão ser prestados pela contratada, se for o caso;

d.4.6. previsão de que os pagamentos deverão ser proporcionais ao atendimento das metas estabelecidas no ato convocatório, observando-se o seguinte:

1. as adequações nos pagamentos estarão limitadas a uma faixa específica de tolerância, abaixo da qual o fornecedor se sujeitará ao redimensionamento no pagamento e às sanções legais, se for o caso;

2. na determinação da faixa de tolerância de que trata a alínea anterior, considerar-se-á a importância da atividade, com menor ou nenhuma margem de tolerância para as atividades consideradas relevantes ou críticas; e

3. o não atendimento das metas, por ínfima ou pequena diferença, em indicadores não relevantes ou críticos, a critério do órgão ou entidade, poderá ser objeto apenas de notificação nas primeiras ocorrências, de modo a não comprometer a continuidade da contratação.

d.5. O Instrumento de Medição do Resultado (IMR) ou seu substituto, quando utilizado, deve ocorrer, preferencialmente, por meio de ferramentas informatizadas para verificação do resultado, quanto à qualidade e quantidade pactuadas;

e) Definir os demais mecanismos de controle que serão utilizados para fiscalizar a prestação dos serviços, adequados à natureza dos serviços, quando couber;

f) Definir o método de avaliação da conformidade dos produtos e dos serviços entregues com relação às especificações técnicas e com a proposta da contratada, com vistas ao recebimento provisório;

g) Definir o método de avaliação da conformidade dos produtos e dos serviços entregues com relação aos termos contratuais e com a proposta da contratada, com vistas ao recebimento definitivo;

h) Definir o procedimento de verificação do cumprimento da obrigação da contratada de manter todas as condições nas quais o contrato foi assinado durante todo o seu período de execução;

i) Definir uma lista de verificação para os aceites provisório e definitivo, a serem usadas durante a fiscalização do contrato, se for o caso;

j) Definir as sanções, glosas e condições para rescisão contratual, devidamente justificadas e os respectivos procedimentos para aplicação, utilizando como referencial os modelos de minutas padronizados de atos convocatórios e contratos da Advocacia-Geral da União, bem como às seguintes diretrizes:

j.1. relacionar as sanções previstas nas Leis nº 8.666, de 1993, e nº 10.520, de 2002 [no caso da Ebserh, as sanções previstas na Lei n.º 13.303/2016 e no RLCE 2.0], conforme o caso, às obrigações

da contratada estabelecidas no modelo de execução do objeto;

j.2. definir o rigor das sanções de que trata o subitem j.1, de modo que sejam proporcionais ao prejuízo causado pela desconformidade;

j.3. No caso de multa:

j.3.1. definir o cálculo da multa por atraso (injustificado) para início ou atraso durante a execução da prestação dos serviços;

j.3.2. definir a forma de cálculo da multa de modo que seja o mais simples possível;

j.3.3. definir as providências a serem realizadas no caso de multas reincidentes e cumulativas, a exemplo de rescisão contratual;

j.3.4. definir o processo de aferição do nível de desconformidade dos serviços que leva à multa;

j.4. definir as condições para aplicações de glosas, bem como as respectivas formas de cálculo.

k) Definir as garantias de execução contratual, quando necessário.

(...)."

158. Já em relação às condições de aceitação do objeto, confira-se o que preveem os arts. 168, 169 e 170 do RLCE 2.0:

"Art. 168. O objeto do contrato será recebido, conforme formalização em termos específicos:

I - provisoriamente, pelo fiscal técnico do contrato, para verificação da conformidade com as exigências contratuais;

II - definitivamente, pelo gestor do contrato, após validação dos demais integrantes da EFC, quando verificado o atendimento das exigências contratuais.

§ 1º O objeto do contrato poderá ser rejeitado, no todo ou em parte, quando executado em desacordo com o contrato.

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

§ 3º Os prazos e os métodos para a realização dos recebimentos provisório e definitivo serão definidos em norma ou no contrato.

§ 4º Salvo disposição em contrário constante do instrumento convocatório, os ensaios, testes e demais provas para aferição da boa execução do objeto do contrato exigidos por normas técnicas oficiais correm por conta da empresa contratada."

"Art. 169. O recebimento definitivo do objeto contratado, representando o ateste da execução da despesa, é requisito para a instrução do processo de pagamento de despesas contratadas."

"Art. 170. A ocorrência de irregularidade fiscal, trabalhista ou de seguridade social da empresa contratada requer a abertura de procedimento de apuração de irregularidade na execução contratual, mas não autoriza a retenção de pagamentos sobre execução contratual realizada, sob pena de enriquecimento ilícito.

Parágrafo único. No caso de contratos sobre serviços com dedicação exclusiva de mão de obra ou de contratos de execução de obras públicas, caso não seja apresentada a documentação comprobatória do cumprimento das obrigações trabalhistas, previdenciárias e para com o FGTS, a Ebserh:

I - comunicará o fato à empresa contratada e reterá o pagamento da fatura mensal, em valor proporcional ao inadimplemento, até que a situação seja regularizada;

II - não havendo quitação das obrigações por parte da contratada no prazo de quinze dias, a Ebserh poderá efetuar o pagamento das obrigações diretamente aos empregados da empresa contratada que tenham participado da execução dos serviços objeto do contrato, no limite dos valores retidos, situação na qual o sindicato representante da categoria do trabalhador deverá ser notificado para acompanhar o pagamento das verbas."

159. Logo, o termo de referência também deve conter os critérios de medição e pagamento dos serviços prestados, contendo inclusive as condições de aceitação do objeto.

III.7.3.9 - Forma de seleção do fornecedor (art. 35, inciso IX, do RLCE 2.0)

160. Deve constar no termo de referência as razões para a escolha da contratação direta de serviços de baixo valor, por meio de inexigibilidade de licitação, em razão da inviabilidade de competição, inclusive conforme os requisitos expostos no tópico III.5 deste Parecer Referencial, que tratam da caracterização da inviabilidade de competição.

III.7.3.10 - Critérios de seleção do fornecedor (art. 35, inciso X, do RLCE 2.0)

161. Veja-se que nos processos de contratação pública há diferenças entre condições de participação e de habilitação:

"(...).

Em análise do tema, Marçal Justen Filho define a existência de um gênero – **condições de participação** –, do qual são espécies os **critérios de habilitação** e as **condições de participação em sentido estrito**. Veja-se:

'Os requisitos para o sujeito participar da licitação podem ser denominados de 'condições de participação'. A expressão indica o conjunto de exigências, previsto em lei e no ato convocatório, cujo descumprimento acarretará a ausência de apresentação da sua proposta.

Esse conjunto de exigências abrange os requisitos de habilitação, mas não se restringe a eles. **Existem outras exigências previstas em Lei e no ato convocatório que condicionam a admissibilidade da proposta de um licitante. Isso permitiria aludir a condições de participação em sentido amplo, gênero que abrangeria os requisitos de habilitação e as condições de participação em sentido estrito.**

[...]

A avaliação das condições de participação (em sentido estrito) sujeita-se ao regime próprio dos requisitos de habilitação. É usual que a apreciação desses dois temas seja feita conjuntamente, o que conduz à aplicação das mesmas regras jurídicas. [...]

As condições de participação materiais relacionam-se com a possibilidade de o sujeito ingressar na disputa. Podem indicar-se, sem cunho de exaustividade, as seguintes: a) admissibilidade de participação de consórcios; b) vedação de participação de sujeito em diversos consórcios; c) **incompatibilidade entre a situação subjetiva do sujeito e o certame (art. 9º); d) ausência de punição impeditiva de participação em licitação.** (JUSTEN FILHO, 2008, p. 374-376.) (Grifamos.)

(...).

Portanto, os quesitos de habilitação são restritos às análises contidas no art. 27 e seguintes da Lei nº 8.666/1993, envolvendo especialmente habilitação jurídica, qualificação técnica, qualificação econômico-financeira, regularidades fiscal e trabalhista, e as condições de participação em sentido estrito passam pela análise das condições pessoais para ingressar na disputa, podendo envolver aspectos diversos, que vão desde a ausência dos efeitos de sanções ou situações jurídicas que impeçam a participação até a configuração de uma condição, delimitada no edital e motivadamente tida como essencial para a satisfação da demanda.

(...)." (Blog Zênite. Qual a diferença entre condições de participação e condições de habilitação? Disponível em: <https://www.zenite.blog.br/qual-a-diferenca-entre-condicoes-de-participacao-e-condicoes-de-habilitacao/>. Acesso em 01/03/2021). (Com destaques no original).

162. Assim, devem constar no termo de referência, motivadamente, quais parâmetros o fornecedor precisará atender para que efetivamente possa ser contratado. Tal circunstância inclui tanto as condições de participação quanto as condições de habilitação consideradas essenciais para a satisfação da demanda, observado, em qualquer hipótese, o postulado da proporcionalidade.

163. A título de condições de participação, há duas exigências essenciais, sem prejuízo de outras definidas pela EPC, quais sejam, a observância às previsões constantes no art. 69 do RLCE 2.0 e à Política de Transações com Partes Relacionadas da Ebserh, além das outras políticas aprovadas pela Ebserh que guardem pertinência com o objeto da contratação, tal como previsto no art. 4º, inciso VI, do RLCE 2.0. Confira-se:

"Art. 4º As seguintes diretrizes devem ser observadas nas contratações conduzidas pela Ebserh:

(...);

VI - observância de políticas de compras sustentáveis, de relacionamento com fornecedores, de integridade, de transação com partes relacionadas, de proteção de dados pessoais e outras políticas aprovadas no âmbito da Ebserh, que guardem pertinência com o objeto da contratação.

(...)."

164. Portanto, necessariamente deve constar no termo de referência, a título de condição de participação, que o fornecedor a ser contratado não pode incorrer em quaisquer das vedações previstas no art. 69 do RLCE 2.0, a saber:

"Art. 69. Estará impedida de participar de licitações e de ser contratada pela Ebserh a empresa:

I - suspensa no âmbito da Rede Ebserh;

II - declarada inidônea pela União, por Estado ou pelo Distrito Federal, enquanto perdurarem os efeitos da sanção;

III - impedida de licitar e de contratar com a União;

IV - constituída por sócio de empresa que estiver suspensa, impedida ou declarada inidônea;

V - cujo administrador seja sócio de empresa suspensa, impedida ou declarada inidônea;

VI - constituída por sócio que tenha sido sócio ou administrador de empresa suspensa, impedida ou declarada inidônea, no período dos fatos que deram ensejo à sanção;

VII - cujo administrador tenha sido sócio ou administrador de empresa suspensa, impedida ou declarada inidônea, no período dos fatos que deram ensejo à sanção;

VIII - que tiver, nos seus quadros de diretoria, pessoa que participou, em razão de vínculo de mesma natureza, de empresa declarada inidônea;

IX - cujo administrador ou sócio detentor de mais de 5% (cinco por cento) do capital social seja integrante de órgão estatutário, empregado, servidor cedido ou em exercício na Ebserh;

X - cujo administrador ou sócio detentor de mais de 5% (cinco por cento) do capital social seja integrante do Ministério da Educação ou de Instituições Federais de Ensino Superior e congêneres signatárias de contratos de gestão com a Ebserh.

§ 1º Aplica-se a vedação prevista no caput:

I - à contratação, como pessoa física ou em procedimentos licitatórios, na condição de licitante, de integrante de órgão estatutário, empregado, servidor cedido ou em exercício na Ebserh, bem como de integrante do Ministério da Educação ou de Instituições Federais de Ensino e congêneres signatários de contratos de gestão com a Ebserh;

II - a quem tenha relação de parentesco, até o terceiro grau civil, com:

a) integrantes de órgãos estatutários da Ebserh;

b) empregado, servidor cedido ou em exercício na Ebserh cujas atribuições envolvam a atuação na área responsável pela licitação ou estejam envolvidos no respectivo processo de contratação;

c) autoridade do Ministério da Educação;

d) autoridade das Instituições Federais de Ensino Superior e congêneres signatárias de contratos de gestão com a Ebserh.

III - cujo proprietário, mesmo na condição de sócio, tenha terminado seu prazo de gestão ou rompido seu vínculo com a Ebserh há menos de 6 (seis) meses.

§ 2º A vedação prevista no caput também será aplicada ao licitante que atue em substituição a outra pessoa, física ou jurídica, com o intuito de burlar a efetividade da sanção a ela aplicada, desde que comprovado o ilícito ou a utilização fraudulenta da personalidade jurídica do licitante.

§ 3º A aplicação das vedações previstas nos incisos IV a VIII do caput e no § 2º deverá ser precedida de realização de diligências para verificar se houve tentativa de fraude por parte das empresas apontadas, por meio dos vínculos societários, linhas de fornecimento similares, datas de abertura, dentre outros, sendo necessária a convocação do fornecedor para manifestação previamente à sua desclassificação.

§ 4º O disposto nos §§ 2º e 3º deve ser observado quando da emissão de nota de empenho, formalização da contratação e pagamento."

165. Nesse caso, para comprovação da observância dessa condição de participação, além da consulta feita pela Ebserh aos dados do Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores (Sicaf), o fornecedor deve declarar a inexistência de hipóteses de vedação de contratar com a Ebserh, previstas no art. 69 do RLCE 2.0.

166. No que se refere à Política de Transações com Partes Relacionadas, versão 3.0, aprovada na 123ª reunião extraordinária do Conselho de Administração, em 29 de junho de 2021, e publicada no Boletim de Serviço da Sede n.º 1096, de

30 de junho de 2021, os esclarecimentos sobre como ela deve ser aplicada em contratações constam no Ofício-Circular - SEI n.º 4/2021/SL/CAD/DAI-EBSERH (14967506). Veja-se:

"(...).

2. A Política de Transações com partes relacionadas da Ebserh atualizada está disponível em <https://www.gov.br/ebserh/pt-br/governanca/governanca-corporativa/politica-de-transacoes-com-partes-relacionadas>, e dentre as alterações realizadas destaca-se a redação do seu artigo 14, que assim passou a versar:

Art. 14 A Diretoria de Administração e Infraestrutura (DAI) e as Gerências Administrativas das Unidades Hospitalares são responsáveis por estabelecer e executar o processo para identificação de fornecedores que possuem, em seu **quadro societário**, pessoa considerada parte relacionada da Ebserh.

3. Sendo assim, o contrato social/documento equivalente da empresa licitante será suficiente para analisar o quadro de sócios e realizar a consulta de vínculos das partes relacionadas, sendo desnecessária a solicitação de apresentação de Declaração por parte do fornecedor, procedimento até então adotado. A partir da publicação da nova Política, todos os sócios constantes do documento de constituição da empresa/fornecedor deverão ser consultados no Sistema Integrado de Gestão de Pessoas - SIGP.

4. Ademais, após leitura detida da Nota - SEI 26 (13621821), constante do Processo-SEI 23477.003757/2021-97, que tratava de dúvida relacionada à redação anterior da Política, a Conjuntiva esclareceu de forma pormenorizada os documentos passíveis de análise acerca do quadro societário, resumindo-se da seguinte forma:

I - No caso de **Microempreendedor Individual (MEI), Empresário Individual - EI**, deve-se considerar o nome do empresário indicado no CCMEI;

II - Na **Microempresa - ME ou Empresa de Pequeno Porte - EPP** sem sócios, **Empresário Individual - EI**, deve-se considerar o nome indicado no Registro Público de Empresas Mercantis;

III - Na **Microempresa - ME ou Empresa de Pequeno Porte - EPP, com sócios, Sociedade Simples**, deve-se considerar o Contrato Social;

IV - Na **Microempresa - ME ou Empresa de Pequeno Porte - EPP, Empresa Individual de Responsabilidade Limitada - EIRELI**, deve-se considerar o Contrato Social;

V - Na **Sociedade Limitada**, deve-se considerar o Contrato Social;

VI - Na **Sociedade Anônima**, deve-se considerar o Estatuto Social.

(...)."

167. A identificação de partes relacionadas à Ebserh, que também deve ser prevista a título de condição de participação, deve ser feita atualmente a partir da análise do contrato social ou documento equivalente, sendo desnecessária, portanto, a apresentação da declaração por parte do fornecedor.

168. Já quanto aos requisitos de habilitação, eles estão enumerados no art. 65 do RLCE 2.0:

"Art. 65. Na habilitação a Ebserh deverá exigir a documentação apta a comprovar a possibilidade da aquisição de direitos e da contração de obrigações por parte somente do licitante mais bem classificado, exceto quando a fase de habilitação anteceder a de julgamento, dividindo-se em:

I - jurídica, que visa a demonstrar a capacidade de o licitante exercer direitos e assumir obrigações, sendo que a documentação a ser apresentada limita-se à comprovação de existência jurídica da pessoa e, quando cabível, de autorização para o exercício da atividade a ser contratada;

II - fiscal em nível federal, de seguridade social e trabalhista, mediante a verificação dos seguintes documentos:

a) a inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) ou no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ);

b) a inscrição no cadastro de contribuintes estadual e/ou municipal, se houver, relativo ao domicílio ou sede do licitante, pertinente ao seu ramo de atividade e compatível com o objeto contratual;

c) a regularidade perante a Fazenda federal;

d) a regularidade relativa à Seguridade Social e ao FGTS, que demonstre cumprimento dos encargos sociais instituídos por lei;

e) a regularidade perante a Justiça do Trabalho;

f) o cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal.

III - qualificação técnico-profissional e/ou técnico-operacional, restrita a parcelas do objeto técnica ou economicamente relevantes, de acordo com parâmetros estabelecidos de forma expressa no instrumento convocatório, restringindo-se a:

a) apresentação de profissional, devidamente registrado no conselho profissional competente, quando for o caso, detentor de atestado de responsabilidade técnica por execução de obra ou serviço de características semelhantes, para fins de contratação;

b) de certidões ou atestados, regularmente emitidos pelo conselho profissional competente, quando for o caso, que demonstrem capacidade operacional na execução de serviços similares de complexidade tecnológica e operacional equivalente ou superior, bem como documentos comprobatórios complementares;

c) da indicação do pessoal técnico, das instalações e do aparelhamento adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada membro da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos;

d) da prova do atendimento de requisitos previstos em lei especial, quando for o caso;

e) do registro ou inscrição na entidade profissional competente, quando for o caso;

f) da declaração de que o licitante tomou conhecimento de todas as informações e das condições locais para o cumprimento das obrigações objeto da licitação.

IV - capacidade econômico-financeira, visando a demonstrar a aptidão econômica do licitante para cumprir as obrigações decorrentes do futuro contrato, devendo ser comprovada de forma objetiva, por coeficientes e índices econômicos previstos no edital, devidamente justificados no processo licitatório, e será restrita à apresentação da seguinte documentação:

a) balanço patrimonial, demonstração de resultado de exercício e demais demonstrações contábeis dos 2 (dois) últimos exercícios sociais;

b) certidão negativa de feitos sobre falência expedida pelo distribuidor da sede do licitante.

V - recolhimento de quantia a título de adiantamento, no caso de licitação cujo critério de julgamento for o de maior oferta.

§ 1º Os documentos referidos nos incisos do caput poderão ser substituídos ou supridos, no todo ou em parte, por outros meios hábeis a comprovar a regularidade do licitante, inclusive por meio eletrônico.

§ 2º As empresas estrangeiras que não funcionem no País deverão apresentar documentos equivalentes, na forma de regulamento emitido pelo Poder Executivo federal.

§ 3º A exigência de atestados constante do inciso III do caput será restrita às parcelas de maior relevância ou valor significativo do objeto da licitação, assim consideradas as que tenham valor individual igual ou superior a 4% (quatro por cento) do valor total estimado da contratação.

§ 4º Observado o disposto no caput e no § 3º, será admitida a exigência de atestados com quantidades mínimas de até 50% (cinquenta por cento) das parcelas de que trata o referido parágrafo, vedadas limitações de tempo e de locais específicos relativas aos atestados, exceto se houver no ETP situação específica devidamente fundamentada que justifique adoção de limitação temporal.

§ 5º Salvo na contratação de obras e serviços de engenharia, as exigências a que se referem as alíneas "a" e "b" do inciso III do caput, a critério da Administração, poderão ser substituídas por outra prova de que o profissional ou a empresa possui conhecimento técnico e experiência prática na execução de serviço de características semelhantes, hipótese em que as provas alternativas aceitáveis deverão ser previstas em norma específica.

§ 6º Serão aceitos atestados ou outros documentos hábeis emitidos por entidades estrangeiras quando acompanhados de tradução para o português, salvo se comprovada a inidoneidade da entidade emissora.

§ 7º Em se tratando de serviços contínuos, o edital poderá exigir certidão ou atestado que demonstre que o licitante tenha executado serviços similares ao objeto da licitação, em períodos sucessivos ou não, por um prazo mínimo, que não poderá ser superior a 3 (três) anos.

§ 8º Os profissionais indicados pelo licitante na forma das alíneas "a" e "c" do inciso III do caput deverão participar da obra ou serviço objeto da licitação, e será admitida a sua substituição por profissionais de experiência equivalente ou superior, desde que aprovada pela Administração.

§ 9º Nos casos de aquisições cujos valores se enquadrem nos limites dos incisos I e II do art. 79, deverão ser exigidos os requisitos de habilitação dos incisos I e II do caput, podendo haver dispensa dos requisitos indicados nos incisos III a V do caput.

§ 10 Nos casos de aquisições de bens para pronta entrega e pagamento cujos valores sejam superiores aos limites estabelecidos no inciso II do art. 79, poderá ser dispensado o requisito de habilitação indicado no inciso IV do caput, mediante prévia avaliação de riscos.

§ 11 Quando o critério de julgamento utilizado for a maior oferta de preço, os requisitos de qualificação técnica e de capacidade econômico-financeira poderão ser dispensados.

§ 12 Na hipótese do inciso V, reverterá a favor da Ebserh o valor de quantia eventualmente exigida no instrumento convocatório a título de adiantamento, caso o licitante não efetue o restante do pagamento devido no prazo para tanto estipulado.

§ 13 Quando o requisito de informações sobre capacidade econômico-financeira estiver vinculado ao valor da contratação, o instrumento convocatório deverá indicar que a informação deverá se referir ao valor da proposta apresentada pelo licitante

§ 14 De forma excepcional e justificada, para fins de demonstração da capacidade econômico-financeira prevista no inciso IV é admitida:

I - apresentação de declaração, assinada por profissional habilitado da área contábil, que ateste o atendimento pelo licitante dos índices econômicos previstos no edital;

II - exigência da relação dos compromissos assumidos pelo licitante que importem em diminuição de sua capacidade econômico-financeira, excluídas parcelas já executadas de contratos firmados;

III - o estabelecimento da exigência de capital mínimo ou de patrimônio líquido mínimo equivalente a até 10% (dez por cento) do valor da proposta apresentada pelo licitante, nas compras para entrega futura e na execução de obras e serviços;

IV - outros meios de comprovação da capacidade econômico-financeira condizentes com as especificidades do caso concreto.

§ 15 Para fins de demonstração da capacidade econômico-financeira prevista no inciso IV é vedada a exigência de:

I - valores mínimos de faturamento anterior e de índices de rentabilidade ou lucratividade;

II - índices e valores não usualmente adotados para a avaliação de situação econômico-financeira suficiente para o cumprimento das obrigações decorrentes da licitação."

169. No caso de aquisições enquadradas no limite do inciso II do art. 79 do RLCE 2.0, devem ser exigidos os requisitos de habilitação jurídica e fiscal em nível federal, de seguridade social e trabalhista, podendo haver dispensa da qualificação técnico-profissional e/ou técnico-operacional, da capacidade econômico-financeira e do recolhimento de quantia a título de adiantamento (nesse último caso, em licitação cujo critério de julgamento for o de maior oferta).

170. Em relação à habilitação jurídica, de acordo com o TCU, o objeto social da empresa e as suas atividades descritas no contrato social devem ser compatíveis com o objeto que se pretende contratar (TCU - Acórdão 4067/2020-Plenário).

171. Em se tratando da habilitação fiscal em nível federal, é importante mencionar que, de acordo com o art. 195, § 3º, da CR/88, "*a pessoa jurídica em débito com o sistema de seguridade social, como estabelecido em lei, não poderá contratar com o Poder Público nem dele receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios*".

172. Decorre daí o posicionamento do TCU segundo o qual, mesmo que a avença tenha se originado de contratação direta, é obrigatória a comprovação, pelo fornecedor, da regularidade jurídica e da regularidade fiscal (nesse último caso, inclusive junto à Seguridade Social e ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço) no ato da contratação e, em se tratando dos contratos de execução continuada ou parcelada, no ato de cada pagamento. Veja-se:

"É obrigatória a verificação da documentação de regularidade jurídica e fiscal das empresas, inclusive nos casos de contratações por dispensa de licitação".

(TCU - Jurisprudência Seleccionada - Acórdão 1.405/2011 - Plenário | Relator: Ministro Augusto Sherman).

"A documentação relativa à regularidade fiscal e à Seguridade Social é a de exigência obrigatória nas licitações públicas, ainda que na modalidade convite, para contratação de obras, serviços ou fornecimento, mesmo que se trate de fornecimento para pronta entrega, sendo aplicável igualmente aos casos de dispensa ou inexistência de licitação."

(TCU - Jurisprudência Selecionada - Acórdão 3.146/2010 - Primeira Câmara| Relator: Ministro Augusto Nardes).

"A regularidade junto ao INSS e ao FGTS é condição necessária a ser observada, inclusive nos casos de contratação direta, devendo ser realizada verificação prévia à cada autorização de pagamento, mesmo nos casos de contratação por dispensa ou inexigibilidade de licitação."

(TCU - Jurisprudência Selecionada - Acórdão 1.782/2010 - Plenário| Relator: Ministro Raimundo Carreiro).

173. Quanto às qualificações técnico-profissional ou técnico-operacional, detalhadas no art. 65, inciso III, do RLCE 2.0, vejam-se as diferenças existentes entre ambas:

"(...).

A **qualificação técnico-operacional** corresponde à capacidade da **empresa**, referindo-se a aspectos típicos da estrutura organizacional da empresa licitante, como instalações, equipamentos e equipe.

Já a **qualificação técnico-profissional** relaciona-se ao **profissional** que atua naquela empresa licitante, referenciando especificamente o profissional detentor do respectivo atestado.

(...)." (Inove Capacitação. Qual é a diferença entre qualificação técnico-operacional e qualificação técnico-profissional? Disponível em: <https://inovecapitacao.com.br/qual-e-a-diferenca-entre-qualificacao-tecnico-operacional-e-qualificacao-tecnico-profissional/>. Acesso em 06/07/2022).

174. Já quanto à habilitação relativa à capacidade econômico-financeira, caso se opte pelo estabelecimento da exigência de capital mínimo ou de patrimônio líquido mínimo equivalente a até 10% (dez por cento) do valor da proposta apresentada pelo fornecedor, o que é admitido apenas de forma excepcional e justificada, na execução de serviços (art. 65, §§ 13 e 14, inciso III, do RLCE 2.0), essa opção, conforme orientação do TCU, deve ser justificada nos autos, realizando-se estudo de mercado, com vistas a verificar o seu potencial restritivo. Deve-se justificar, nos mesmos moldes, as razões que levaram à escolha do percentual definido (até o limite de 10%) (TCU - Jurisprudência Selecionada - Acórdão 1.321/2020- Plenário| Relator: Ministro Benjamin Zymler).

175. Nesse ponto, em se tratando de entidades empresariais reunidas em consórcio (exceto consórcios compostos, em sua totalidade, por microempresas e empresas de pequeno porte), deve-se prever acréscimo de 10% (dez por cento) a 30% (trinta por cento) sobre o valor exigido de licitante individual para a capacidade econômico-financeira, salvo se houver justificativa apontando em sentido contrário (art. 68, §§ 1º e 2º, do RLCE 2.0).

176. Para melhor compreensão a respeito dos requisitos de habilitação, recomenda-se consulta ao item 10, destinado à habilitação, constante no modelo de edital para aquisição de bens, que constitui o Anexo I do PARECER REFERENCIAL Nº 1/2022/SCAD/CONJUR/PRES-EBSERH (19502086).

177. Desse modo, compete à EPC definir no termo de referência não apenas as condições de participação do fornecedor, mas também quais desses requisitos de habilitação serão exigidos, bem como descrever a forma para a comprovação de cada um deles.

III.7.3.11 - Indicação do sigilo do orçamento ou, caso decidida a sua divulgação de forma justificada, as estimativas detalhadas dos preços (art. 35, inciso XI, do RLCE 2.0)

178. O art. 7º do RLCE 2.0 estabelece, como regra, o sigilo do orçamento estimado, facultando-se a sua publicidade, mediante justificativa. Veja-se:

"Art. 7º O valor estimado do procedimento licitatório será sigiloso, sem prejuízo da divulgação do detalhamento dos quantitativos e das demais informações necessárias para a elaboração das propostas, facultando-se sua publicidade, mediante justificativa.

§ 1º Para fins do disposto no caput, o valor estimado para a contratação será tornado público apenas após o encerramento da etapa de julgamento das propostas.

§ 2º Nas hipóteses em que forem adotados os critérios de julgamento por maior desconto ou por melhor técnica, a estimativa de preços deverá constar do instrumento convocatório."

179. O TCU já se manifestou no sentido de que *"é dever do gestor, mesmo nas contratações diretas por inexigibilidade de licitação, elaborar orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os custos unitários do objeto a ser contratado, pois se trata de documento indispensável à avaliação dos preços propostos"* (TCU - Acórdão 1.170/2018; Acórdão 3.289/2014).

180. Dessa forma, deve constar no termo de referência se será adotada a regra do orçamento sigiloso - ocasião em que devem ser adotadas providências para resguardar o sigilo - ou, na hipótese de, justificadamente, decidir-se afastar essa regra, devem constar as estimativas detalhadas dos preços.

181. As estimativas detalhadas dos preços devem vir acompanhadas dos preços unitários referenciais, das memórias de cálculo e dos documentos que lhes dão suporte, resultam de ampla e idônea pesquisa de preços (realizada conforme as diretrizes expostas no tópico III.7.4 desta manifestação jurídica referencial) e servem à análise da existência de recursos orçamentários para cobrir as despesas decorrentes da contratação, bem assim como parâmetro objetivo para a avaliação da proposta apresentada.

III.7.3.12 - Definição das responsabilidades das partes (art. 35, inciso XII, do RLCE 2.0)

182. O tópico do termo de referência destinado às obrigações da contratante e da contratada também deve ser elaborado pela EPC, de acordo com as peculiaridades da contratação.

183. Quanto às obrigações da contratada, necessariamente deve ser incluída a de manter, durante a execução do contrato, em compatibilidade com as obrigações por ela assumidas, as condições estabelecidas para a sua contratação (o que inclui condições de participação e de habilitação), em plena conformidade com o art. 143, inciso X, do RLCE 2.0.

184. Ademais, vejam-se outras obrigações que, de acordo com os arts. 156 e 157 do RLCE 2.0, são atribuíveis à contratada:

"Art. 156. 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, e responderá por danos causados diretamente a terceiros ou à Ebserh, independentemente da comprovação de sua culpa ou dolo na execução do contrato."

"Art. 157. O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.

§ 1º A inadimplência do contratado quanto aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Ebserh a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis. (...)."

185. Portanto, esse tópico do termo de referência deve refletir, cuidadosamente, a definição das responsabilidades tanto da Ebserh quanto da contratada.

III.7.3.13 - Sanções administrativas (art. 35, inciso XIII, do RLCE 2.0)

186. Em relação às sanções administrativas, a Lei nº. 13.303/2016 prevê a seguinte redação:

"Art. 82. Os contratos devem conter cláusulas com sanções administrativas a serem aplicadas em decorrência de atraso injustificado na execução do contrato, sujeitando o contratado a multa de mora, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato. ([Vide Lei nº 14.002, de 2020](#))

§ 1º A multa a que alude este artigo não impede que a empresa pública ou a sociedade de economia mista rescinda o contrato e aplique as outras sanções previstas nesta Lei.

§ 2º A multa, aplicada após regular processo administrativo, será descontada da garantia do respectivo contratado.

§ 3º Se a multa for de valor superior ao valor da garantia prestada, além da perda desta, responderá o contratado pela sua diferença, a qual será descontada dos pagamentos eventualmente devidos pela empresa pública ou pela sociedade de economia mista ou, ainda, quando for o caso, cobrada judicialmente.

Art. 83. Pela inexecução total ou parcial do contrato a empresa pública ou a sociedade de economia mista poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções: ([Vide Lei nº 14.002, de 2020](#))

I - advertência;

II - multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato;

III - suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a entidade sancionadora, por prazo não superior a 2 (dois) anos.

§ 1º Se a multa aplicada for superior ao valor da garantia prestada, além da perda desta, responderá o contratado pela sua diferença, que será descontada dos pagamentos eventualmente devidos pela empresa pública ou pela sociedade de economia mista ou cobrada judicialmente.

§ 2º As sanções previstas nos incisos I e III do caput poderão ser aplicadas juntamente com a do inciso II, devendo a defesa prévia do interessado, no respectivo processo, ser apresentada no prazo de 10 (dez) dias úteis.

Art. 84. As sanções previstas no inciso III do art. 83 poderão também ser aplicadas às empresas ou aos profissionais que, em razão dos contratos regidos por esta Lei: [\(Vide Lei nº 14.002, de 2020\)](#).

I - tenham sofrido condenação definitiva por praticarem, por meios dolosos, fraude fiscal no recolhimento de quaisquer tributos;

II - tenham praticado atos ilícitos visando a frustrar os objetivos da licitação;

III - demonstrem não possuir idoneidade para contratar com a empresa pública ou a sociedade de economia mista em virtude de atos ilícitos praticados."

187. No mesmo sentido, o RLCE 2.0 estabelece nos arts. 178 a 182 o seguinte:

"Seção I

Das Sanções Administrativas

Art. 178. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Ebserh poderá, garantido o regular processo administrativo, aplicar ao contratado as seguintes sanções:

I - advertência, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato;

II - multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato;

III - suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Ebserh, por prazo não superior a 2 (dois) anos.

§ 1º Se a multa aplicada for superior ao valor da garantia prestada, além da perda desta, responderá o contratado pela sua diferença, que será descontada dos pagamentos eventualmente devidos pela Ebserh ou cobrada judicialmente.

§ 2º As sanções previstas nos incisos I e III do caput poderão ser aplicadas juntamente com a do inciso II, devendo a defesa prévia do interessado, no respectivo processo, ser apresentada no prazo de 10 (dez) dias úteis a contar da notificação da instauração do processo administrativo para apuração de descumprimento de obrigação contratual.

§ 3º Deverá ser emitida GRU - Guia de Recolhimento da União para pagamento da multa devida pela empresa contratada.

§ 4º Caso não seja identificado o pagamento da GRU sobre a multa, a Administração deverá proceder com o desconto de eventuais créditos em benefício da empresa contratada e, caso não existam créditos disponíveis, executar a garantia contratual, restando possível a cobrança judicial dos valores devidos na hipótese de não quitação da multa após os procedimentos listados.

§ 5º A sanção de suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar poderá também ser aplicada à empresa ou ao profissional que:

I - tenha sofrido condenação definitiva por praticar, por meios dolosos, fraude fiscal no recolhimento de quaisquer tributos;

II - tenha praticado atos ilícitos visando a frustrar os objetivos da licitação;

III - demonstre não possuir idoneidade para contratar com a Ebserh em virtude de atos ilícitos praticados;

IV - convocado dentro do prazo de validade da sua proposta ou da vigência da ata de registro de preços, não celebrar o contrato;

V - deixar de entregar a documentação exigida para o certame;

VI - apresentar documentação falsa exigida para o certame;

VII - ensejar o retardamento da execução do objeto da licitação;

VIII - não mantiver a proposta;

IX - falhar ou fraudar na execução do contrato;

X - comportar-se de modo inidôneo, inclusive com a prática de atos lesivos à Administração Pública previstos na Lei nº 12.846/2013.

Art. 179. O atraso injustificado na execução do contrato sujeitará o contratado a multa de mora, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato.

§1º A aplicação de multa de mora não impedirá que a Ebserh a converta em compensatória e promova a extinção unilateral do contrato com a aplicação cumulada de outras sanções previstas neste Regulamento.

§ 2º Se a multa aplicada for superior ao valor da garantia prestada, além da perda desta, responderá o contratado pela sua diferença, que será descontada dos pagamentos eventualmente devidos pela Ebserh ou cobrada judicialmente.

Art. 180. A aplicação de sanções às empresas contratadas, após o devido processo administrativo, será decidida:

I - na Administração Central, pelo Diretor de Administração e Infraestrutura, em primeira instância, e pelo Presidente, em última instância;

II - nas unidades hospitalares, pelo Gerente Administrativo, em primeira instância, e pelo Superintendente, em última instância.

Parágrafo único. Não serão admitidos recursos hierárquicos de sanções administrativas aplicadas pelos Superintendentes.

Art. 181. No processo administrativo de apuração de indícios de irregularidades na execução contratual, a ser regido por norma interna, serão garantidos o contraditório e a ampla defesa, não podendo o prazo concedido para apresentação de defesa prévia ser inferior a 10 (dez) dias úteis.

Art. 182. Após o trânsito em julgado do processo, as sanções administrativas aplicadas pela Ebserh deverão ser registradas e publicadas no Sicaf.

Parágrafo único. Quando a sanção aplicada decorrer de Processo Administrativo de Responsabilização - PAR, os dados relativos à penalidade deverão ser incluídos no Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas - CEIS, de que trata a Lei nº 12.846/2013."

188. Desse modo, devem constar no termo de referência as sanções que, de acordo com as peculiaridades do objeto, serão aplicadas para cada tipo de inexecução total ou parcial, incluindo a definição de critérios objetivos de gradação ou escalonamento, bem como o prazo para a mora da contratada, a partir do qual, por exemplo, a execução da prestação deixará de ser útil para a Administração e ensejará a rescisão do contrato.

189. É recomendável que o termo de referência preveja a possibilidade de o valor fixado a título de multa ser descontado dos pagamentos mensais efetuados e também da garantia de execução, quando exigida.

190. A aplicação de qualquer das sanções previstas deve ser realizada em processo administrativo que assegurará o devido processo legal ao fornecedor, observando-se o procedimento descrito especialmente nos arts. 180, 181 e 182 do RLCE 2.0, aplicando-se, de forma subsidiária, o disposto na Lei nº. 9.784/1999.

191. Além do mais, no que for compatível com o RLCE 2.0, a Norma Operacional SEI n.º 2/2021/SL/CAD/DAI-EBSERH (ou outra que vier a substituí-la), que dispõe sobre a apuração de irregularidades e aplicação de sanções a licitantes no âmbito da Ebserh, é aplicável à fase de seleção do fornecedor, seja mediante a realização de chamamento público, dispensa eletrônica ou não. Embora o escopo da referida norma se restrinja à responsabilização de licitantes, certo é que, diante da ausência de norma específica que discipline a responsabilização de fornecedores, entende-se pela possibilidade de sua aplicação analógica também para a fase de execução contratual.

III.7.3.14 - Garantia do produto, se exigida (art. 35, inciso XIV, do RLCE 2.0)

192. Se, associada à prestação de serviços, houver a previsão de fornecimento de bens, o termo de referência igualmente deve contemplar, motivadamente, se haverá ou não a exigência de garantia contratual de tais bens, que é complementar à garantia legal, nos termos do art. 50 da Lei n.º 8.078/1990:

"Art. 50. A garantia contratual é complementar à legal e será conferida mediante termo escrito.

Parágrafo único. O termo de garantia ou equivalente deve ser padronizado e esclarecer, de maneira adequada em que consiste a mesma garantia, bem como a forma, o prazo e o lugar em que pode ser exercitada e os ônus a cargo do consumidor, devendo ser-lhe entregue, devidamente preenchido pelo fornecedor, no ato do fornecimento, acompanhado de manual de instrução, de instalação e uso do produto em linguagem didática, com ilustrações."

193. Havendo a fixação da garantia, é recomendável que seja estabelecido em que consiste, bem como a forma, o prazo e o lugar em que pode ser exercitada.

III.7.3.15 - Garantia de execução (do contrato), se exigida (art. 35, inciso XV, do RLCE 2.0)

194. O art. 144 do RLCE 2.0 contempla hipóteses de garantia contratual da execução. Confira-se:

"Art. 144. Poderá ser exigida prestação de garantia nas contratações de obras, serviços e compras.

§ 1º Caberá ao contratado optar por uma das seguintes modalidades de garantia:

I - caução em dinheiro;

II - seguro-garantia, emitido por instituição credenciada na Superintendência de Seguros Privados - Susep;

III - fiança bancária, emitida por banco ou instituição financeira devidamente autorizada a operar no país pelo Banco Central do Brasil.

§ 2º A garantia a que se refere o caput não excederá a 5% (cinco por cento) do valor do contrato e terá seu valor atualizado nas mesmas condições nele estabelecidas.

§ 3º Para obras, serviços e fornecimentos de grande vulto envolvendo complexidade técnica e riscos financeiros elevados, o limite de garantia previsto no parágrafo segundo poderá ser elevado para até 10% (dez por cento) do valor do contrato.

§ 4º A garantia prestada pelo contratado será liberada ou restituída após a execução do contrato, devendo ser atualizada monetariamente na hipótese do inciso I do parágrafo primeiro deste artigo.

§ 5º Nos casos de contratos que importem na entrega de bens pela Ebserh, dos quais o contratado ficará depositário, ao valor da garantia poderá ser acrescido o valor desses bens.

(...)."

195. A redação do dispositivo evidencia que se trata de elemento facultativo. Por essa razão, deve constar no termo de referência, fundamentadamente, se haverá ou não a exigência de garantia contratual da execução.

III.7.3.16 - Critérios de sustentabilidade ambiental, social e econômica (art. 35, inciso XVI, do RLCE 2.0)

196. O termo de referência igualmente deve contemplar critérios de sustentabilidade ambiental, social e econômica, sendo que, para tanto, deve-se por exemplo observar, para cada tipo de objeto, as seguintes normas previstas no art. 5º do RLCE 2.0:

"Art. 5º As contratações devem observar, no que couber para cada tipo de objeto, as normas relativas à:

I - disposição final ambientalmente adequada dos resíduos sólidos gerados;

II - mitigação dos danos ambientais por meio de medidas condicionantes e de compensação ambiental, que serão definidas no procedimento de licenciamento ambiental;

III - utilização de produtos, equipamentos e serviços que, comprovadamente, reduzam o consumo de energia e de recursos naturais;

IV - avaliação de impactos de vizinhança, observada a legislação urbanística;

V - proteção do patrimônio cultural, histórico, arqueológico e imaterial, inclusive por meio da avaliação do impacto direto ou indireto causado por investimentos realizados pela Ebserh;

VI - acessibilidade para pessoas com deficiência ou com mobilidade reduzida;

VII - vigilância sanitária, proteção radiológica e demais normas técnicas relacionadas à garantia de qualidade e de disponibilidade sobre infraestrutura, equipamentos e suprimentos.

Parágrafo único. A contratação da qual decorra impacto negativo sobre bens do patrimônio cultural, histórico, arqueológico e imaterial tombados dependerá de prévia autorização da esfera de governo encarregada da proteção do respectivo patrimônio, devendo o impacto ser compensado por meio de medidas determinadas pela Diretoria Executiva, na forma da legislação aplicável."

197. Além disso, devem ser adotados os seguintes atos de logística sustentável, previstos no art. 202 do RLCE 2.0:

"Art. 202. As unidades da Ebserh devem adotar os seguintes atos de logística sustentável com reflexo em seus procedimentos de contratação:

I - adotar práticas de racionalização com o objetivo de melhoria da qualidade do gasto público e contínua busca por economicidade e primazia na gestão dos processos;

II - adotar práticas de sustentabilidade com o objetivo de construir um novo modelo de cultura institucional visando à inserção de critérios de sustentabilidade nas atividades e contratações da unidade;

III - coordenar o fluxo de materiais, de serviços e de informações, do fornecimento ao desfazimento, considerando a proteção ambiental, a justiça social e o desenvolvimento econômico equilibrado;

IV - implementar estratégias que garantam a padronização dos processos de trabalho, como a implantação de protocolos assistenciais, procedimentos operacionais padrão e fluxos padronizados, visando à redução de custos e o desenvolvimento das dimensões da qualidade;

V - elaborar Plano de Gestão de Logística Sustentável - PLS no âmbito da unidade, instruindo e designando Comitê Gestor do Plano de Gestão de Logística Sustentável - CGPLS;

VI - relatar à Administração Central da Ebserh as boas práticas realizadas sob a diretriz da gestão sustentável para subsidiar a elaboração do relatório anual de sustentabilidade da empresa."

198. No que tange às práticas de sustentabilidade, o inciso XI do art. 7º da Lei n.º 12.305/2010 estabelece que nas aquisições e contratações governamentais deve ser dada prioridade aos produtos reciclados e recicláveis, bem como devem ser utilizados critérios compatíveis com padrões de consumo social e ambientalmente sustentáveis.

199. A propósito dos critérios de sustentabilidade ambiental na contratação de serviços, é importante destacar as previsões constantes na Instrução Normativa do Secretário de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (SLTI/MPOG) n.º 01/2010:

"Art. 6º Os editais para a contratação de serviços deverão prever que as empresas contratadas adotarão as seguintes práticas de sustentabilidade na execução dos serviços, quando couber:

I – use produtos de limpeza e conservação de superfícies e objetos inanimados que obedeçam às classificações e especificações determinadas pela ANVISA;

II – adote medidas para evitar o desperdício de água tratada, conforme instituído no Decreto nº 48.138, de 8 de outubro de 2003;

III – Observe a Resolução CONAMA nº 20, de 7 de dezembro de 1994, quanto aos equipamentos de limpeza que gerem ruído no seu funcionamento;

IV – forneça aos empregados os equipamentos de segurança que se fizerem necessários, para a execução de serviços;

V - realize um programa interno de treinamento de seus empregados, nos três primeiros meses de execução contratual, para redução de consumo de energia elétrica, de consumo de água e redução de produção de resíduos sólidos, observadas as normas ambientais vigentes;

VI - realize a separação dos resíduos recicláveis descartados pelos órgãos e entidades da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional, na fonte geradora, e a sua destinação às associações e cooperativas dos catadores de materiais recicláveis, que será procedida pela coleta seletiva do papel para reciclagem, quando couber, nos termos da IN/MARE nº 6, de 3 de novembro de 1995 e do Decreto nº 5.940, de 25 de outubro de 2006;

VII – respeite as Normas Brasileiras – NBR publicadas pela Associação Brasileira de Normas Técnicas sobre resíduos sólidos; e

VIII – preveja a destinação ambiental adequada das pilhas e baterias usadas ou inservíveis, segundo disposto na Resolução CONAMA nº 257, de 30 de junho de 1999.

Parágrafo único. O disposto neste artigo não impede que os órgãos ou entidades contratantes estabeleçam, nos editais e contratos, a exigência de observância de outras práticas de sustentabilidade ambiental, desde que justificadamente."

200. Vejam-se, ainda, as previsões do Decreto n.º 7.746/2012:

"Art. 2º Na aquisição de bens e na contratação de serviços e obras, a administração pública federal direta, autárquica e fundacional e as empresas estatais dependentes adotarão critérios e práticas sustentáveis nos instrumentos convocatórios, observado o disposto neste Decreto.

Parágrafo único. A adequação da especificação do objeto da contratação e das obrigações da contratada aos critérios e às práticas de sustentabilidade será justificada nos autos, resguardado o caráter competitivo do certame.

(...)

Art. 4º Para os fins do disposto no art. 2º, são considerados critérios e práticas sustentáveis, entre outras:

I - baixo impacto sobre recursos naturais como flora, fauna, ar, solo e água;

II – preferência para materiais, tecnologias e matérias-primas de origem local;

III – maior eficiência na utilização de recursos naturais como água e energia;

IV – maior geração de empregos, preferencialmente com mão de obra local;

V – maior vida útil e menor custo de manutenção do bem e da obra;

VI - uso de inovações que reduzam a pressão sobre recursos naturais;

VII - origem sustentável dos recursos naturais utilizados nos bens, nos serviços e nas obras; e

VIII - utilização de produtos florestais madeireiros e não madeireiros originários de manejo florestal sustentável ou de reflorestamento.

Art. 5º A administração pública federal direta, autárquica e fundacional e as empresas estatais dependentes poderão exigir no instrumento convocatório para a aquisição de bens que estes sejam constituídos por material renovável, reciclado, atóxico ou biodegradável, entre outros critérios de sustentabilidade."

(...)

Art. 8º A comprovação das exigências apresentadas no instrumento convocatório poderá ser feita por meio de certificação emitida ou reconhecida por instituição pública oficial ou instituição credenciada ou por outro meio definido no instrumento convocatório.

§ 1º Em caso de inexistência da certificação referida no caput, o instrumento convocatório estabelecerá que, após a seleção da proposta e antes da adjudicação do objeto, o contratante poderá realizar diligências para verificar a adequação do bem ou serviço às exigências do instrumento convocatório.

§ 2º Caso o bem ou serviço seja considerado inadequado em relação às exigências do instrumento convocatório, o contratante deverá apresentar razões técnicas, assegurado o direito de manifestação do licitante vencedor."

201. Por vezes, a exigência de determinado requisito ambiental deriva de imposição normativa editada por órgãos de proteção ao meio ambiente (Conselho Nacional do Meio Ambiente, Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis, Ministério do Meio Ambiente, entre outros). Nesses casos, a especificação técnica do objeto deve ser definida de acordo com as determinações da norma vigente.

202. Também devem ser considerados critérios e práticas de sustentabilidade social e econômica. A primeira delas guarda conexão direta com a concretização de direitos sociais, tais como a garantia de direitos trabalhistas, a redução de desigualdades e fomento ao desenvolvimento regional e nacional. A dimensão econômica, por sua vez, envolve a produção, a distribuição e o consumo de bens e serviços.

III.7.3.17 - Critérios e índices de reajuste, conforme o caso (art. 35, inciso XVII, do RLCE 2.0)

203. De acordo com o art. 2º, § 1º, da Lei n.º 10.192/2001, "é nula de pleno direito qualquer estipulação de reajuste ou correção monetária de periodicidade inferior a um ano".

204. O art. 173, § 1º, do RLCE 2.0, estabelece que o reajuste do contrato só tem cabimento se transcorridos mais de doze meses a contar da data prevista para apresentação da proposta ou do orçamento a que essa proposta se referir.

205. Apesar do exposto, o TCU tem recomendado que, mesmo para os contratos com prazo de duração inferior a doze meses, a Administração deve estabelecer critério de reajustamento de preço, como forma de contingência para o caso de, excepcionalmente, a vigência do instrumento se prolongar, ocasionando o decurso de mais de doze meses a contar da data prevista para apresentação da proposta ou do orçamento a que essa proposta se referir. Veja-se:

"(...).

14. Todo esse imbróglio nasceu de falha da Administração, não atribuível ao particular contratado com o poder público, ao ter a Funasa deixado de incluir no edital cláusula de reajuste contratual quando, inicialmente, previu a execução da obra em prazo inferior a um ano. Essa situação

aparentemente ocorreu como forma de assegurar atendimento à periodicidade anual estabelecida na Lei 10.192/2001 – que dispôs sobre o Plano Real – para fins de reajuste de preços dos contratos. Contudo, essa omissão dos gestores públicos – a meu ver escusável diante da falta de uniformização da questão, até mesmo internamente, e das circunstâncias da época – não deixa de conflitar com o entendimento atual perfilhado nesta Corte a respeito da obrigatoriedade de previsão de cláusula de reajuste, independentemente do prazo inicialmente estipulado de execução da avença:

66. Entretanto, **o estabelecimento dos critérios de reajuste dos preços, tanto no edital quanto no instrumento contratual, não constitui discricionariedade conferida ao gestor, mas sim verdadeira imposição, ante o disposto nos artigos 40, inciso XI, e 55, inciso III, da Lei 8.666/93.** Assim, a sua ausência constitui irregularidade, tendo, inclusive, este Tribunal se manifestado acerca da matéria, por meio do [Acórdão 2804/2010-TCU-Plenário](#), no qual julgou ilegal a ausência de cláusula neste sentido, por violar os dispositivos legais acima reproduzidos. **Até em contratos com prazo de duração inferior a doze meses, o TCU determina que conste no edital cláusula que estabeleça o critério de reajustamento de preço ([Acórdão 73/2010-TCU-Plenário](#), [Acórdão 597/2008-TCU-Plenário](#) e [Acórdão 2715/2008-TCU-Plenário](#), entre outros)** [trecho extraído do relatório precedente ao [Acórdão 2205/2016-TCU-Plenário](#), cuja fundamentação foi acompanhada pela relatora, Min. Ana Arraes, em seu voto] [grifei].

15. Na mesma linha a Decisão 698/2000-TCU-Plenário (Rel. Min. Humberto Guimarães Souto) :

8.1. determinar à SERGIPTOS que:

(...)

8.1.6. nos contratos relativos às obras financiadas com recursos federais, mesmo nos casos cuja duração seja inferior a um ano, preveja a possibilidade de reajuste, fazendo menção ao indicador setorial aplicável, **nos casos em que, inexistindo culpa do contratado, o prazo inicialmente pactuado não seja cumprido;** (grifei) .

(...)." (TCU - Acórdão 7184/2018-Segunda Câmara).

206. Eis o motivo pelo qual se recomenda que, em relação ao reajuste, constem no termo de referência as seguintes previsões:

Os preços são fixos e irreeajustáveis no prazo de um ano contado da data limite para a apresentação da proposta.

Após o interregno de um ano, os preços iniciais podem ser reajustados, mediante a aplicação, pela CONTRATANTE, do índice _____ [*indicar o índice a ser adotado*], exclusivamente para as obrigações iniciadas e concluídas após a ocorrência da anualidade.

Deverá haver consulta formal à CONTRATADA quanto à possível renúncia ao direito ao reajuste a cada anualidade, ou redução do percentual aplicável.

Nos reajustes subsequentes ao primeiro, o interregno mínimo de um ano será contado a partir dos efeitos do reajuste anterior.

No caso de atraso ou não divulgação do índice de reajustamento, o CONTRATANTE pagará à CONTRATADA a importância calculada pela última variação conhecida, liquidando a diferença correspondente tão logo seja divulgado o índice definitivo. Fica a CONTRATADA obrigada a apresentar memória de cálculo referente ao reajustamento de preços do valor remanescente, sempre que este ocorrer.

Nas aferições finais, o índice utilizado para reajuste será, obrigatoriamente, o definitivo.

Caso o índice estabelecido para reajustamento venha a ser extinto ou de qualquer forma não possa mais ser utilizado, será adotado, em substituição, o que vier a ser determinado pela legislação então em vigor.

Na ausência de previsão legal quanto ao índice substituto, as partes elegerão novo índice oficial, para reajustamento do preço do valor remanescente, por meio de termo aditivo.

O reajuste será realizado por apostilamento.

207. A EPC deve definir, motivadamente, como critério de reajustamento de preço, o índice que melhor reflita a efetiva variação dos preços dos serviços que serão prestados, o qual deverá ser preferencialmente um índice setorial ou específico, e, apenas na ausência de tal índice, um índice geral, que deverá ser o mais conservador possível, de forma a não onerar injustificadamente a Administração (art. 173 do RLCE 2.0).

III.7.3.18 - Adequação orçamentária (art. 35, inciso XVIII, do RLCE 2.0)

208. Em atenção ao art. 125, inciso V, alínea "c", do RLCE 2.0, que determina o atendimento ao princípio da "responsabilidade fiscal, mediante a verificação da despesa estimada com a prevista no planejamento orçamentário", deve haver no termo de referência a indicação dos recursos orçamentários que assegurem o pagamento da contratação que a Administração pretende realizar.

III.7.3.19 - Subcontratação e consórcios (art. 35, inciso XIX, do RLCE 2.0)

209. Veja-se em que consiste a subcontratação:

"A subcontratação ocorre quando o particular contratado pela Administração transfere a execução de partes do objeto terceiro por ele contratado e que não mantém vínculo contratual com a Administração¹. Trata-se, portanto, de uma relação jurídica de natureza civil, própria e autônoma em relação àquela firmada com a Administração, a qual vincula apenas o contratado e o subcontratado, cabendo, contudo, à Administração contratante autorizar sua formação no caso concreto, quando admitida nos instrumentos convocatório e contratual.

(...).

¹ A escorreta subcontratação deverá: a) ser prevista em edital/contrato; b) ter seus limites fixados pela Administração contratante, a fim de evitar a subcontratação total do objeto; e c) apenas ser possível para aquelas parcelas que não sejam a de maior relevância do objeto ou, ainda, que não foram utilizadas como parâmetros para a análise da qualificação técnica ou pontuação em propostas técnicas.

(...)." (Blog Zênite. Sendo possível a subcontratação de parcela do objeto, deve-se exigir documentos de habilitação do subcontratado? Tais documentos serão os mesmos exigidos dos participantes da licitação? Disponível em: <https://www.zenite.blog.br/sendo-possivel-a-subcontratacao-de-parcela-do-objeto-deve-se-exigir-documentos-de-habilitacao-do-subcontratado-tais-documentos-serao-os-mesmos-exigidos-dos-participantes-da-licitacao/>. Acesso em 03/06/2021).

210. Sobre o tema, o RLCE 2.0 estabelece o seguinte:

"Art. 158. O contratado, na execução do contrato, sem prejuízo das responsabilidades contratuais e legais, poderá subcontratar partes da obra, serviço ou fornecimento, até o limite admitido, em cada caso, pela Ebserh, conforme previsto no edital do certame.

§ 1º A empresa subcontratada deverá atender, em relação ao objeto da subcontratação, as exigências de qualificação técnica impostas ao licitante vencedor.

§ 2º É vedada a subcontratação de empresa ou consórcio que tenha participado:

I - do procedimento licitatório do qual se originou a contratação;

II - direta ou indiretamente, da elaboração de Termo de Referência, Projeto Básico ou Projeto Executivo.

§ 3º As empresas de prestação de serviços técnicos especializados deverão garantir que os integrantes de seu corpo técnico executem pessoal e diretamente as obrigações a eles imputadas, quando a respectiva relação for apresentada em procedimento licitatório ou em contratação direta."

211. Constata-se que a subcontratação deve ser tratada como exceção, bem como que é vedada a subcontratação total do objeto.

212. Além do mais, como o pressuposto da inexigibilidade de licitação é a inviabilidade de competição, o TCU já recomendou que seja evitada a previsão de possibilidade de subcontratação de parte do objeto nos contratos que dela decorrem (TCU - Acórdão n.º 1183/2010-Plenário).

213. Portanto, deve constar no termo de referência que não será admitida a subcontratação do objeto, ou, caso se decida, excepcional e justificadamente, pela sua admissão parcial, o detalhamento sobre seus limites e condições, inclusive com a especificação de quais parcelas do objeto poderão ser subcontratadas.

214. Já em se tratando de entidades empresariais reunidas em consórcio, veja-se o que o art. 68 do RLCE 2.0 prevê:

"Art. 68. Salvo vedação devidamente justificada no processo de contratação, pessoa jurídica poderá participar de licitação em consórcio, observado o seguinte:

I - comprovação de compromisso público ou particular de constituição de consórcio, subscrito pelos consorciados;

II - indicação de empresa líder do consórcio, que será responsável por sua representação perante a Administração;

III - admissão, para efeito de habilitação técnica, do somatório dos quantitativos de cada consorciado e, para efeito de habilitação econômico-financeira, do somatório dos valores de cada consorciado;

IV - impedimento, na mesma licitação, de participação de empresa consorciada, isoladamente ou por meio de mais de um consórcio;

V - responsabilidade solidária dos integrantes pelos atos praticados em consórcio, tanto na fase de Seleção de Fornecedor quanto na de Gestão do Contrato.

(...).

§ 3º O licitante vencedor é obrigado a promover, antes da celebração do contrato, a constituição e o registro do consórcio, nos termos do compromisso referido no inciso I do caput.

§ 4º Desde que haja justificativa técnica aprovada pela autoridade competente, o edital de licitação poderá estabelecer limite máximo ao número de empresas consorciadas.

§ 5º A substituição de consorciado deverá ser expressamente autorizada pela unidade contratante e condicionada à comprovação de que a nova empresa do consórcio possui, no mínimo, os mesmos quantitativos para efeito de habilitação técnica e os mesmos valores para efeito de capacidade econômico-financeira apresentados pela empresa substituída para fins de habilitação do consórcio."

215. Dessa forma, justamente pelo fato de o pressuposto da inexigibilidade de licitação ser a inviabilidade de competição, não há que se falar na vedação de que trata o art. 68 do RLCE 2.0 sobre participação de empresas reunidas em consórcio.

III.7.3.20 - Alteração subjetiva (art. 35, inciso XX, do RLCE 2.0)

216. Conforme raciocínio desenvolvido pelo TCU, com amparo no princípio da proporcionalidade, como a dinâmica empresarial em um mundo globalizado impõe a necessidade de alterações das empresas em suas formas de organização (muitas vezes até para a própria sobrevivência – Acórdão TCU 2071/2006-Plenário), não cabe à Administração, somente pela existência de contrato administrativo, tolher-lhes a liberdade de escolherem seus próprios caminhos de autoconformação. Veja-se:

"(...).

Não parece haver amparo jurídico para a interferência da Administração Pública na gerência de empresas que celebram contratos com a União. Restrição absoluta de as empresas realizarem fusão, cisão ou incorporação, somente pela existência de contrato administrativo ter o condão de tolher nesse nível a liberdade de as sociedades mercantis escolherem seus próprios caminhos de autoconformação.

Parece despropositado imaginar que um contrato administrativo de pequena monta possa impedir que empresa de elevado porte possa escolher o modelo societário mais conveniente para fazer frente à evolução do mercado. Isso seria retirar da empresa condições de competitividade em mercados extremamente acirrados.

(...)." (TCU - Acórdão 2444/2012-Plenário).

217. Eis a razão pela qual o TCU considera ser viável, em tese, a manutenção de contratos administrativos cujas contratadas tenham passado por processos de fusão, cisão ou incorporação (Acórdão 634/2007-Plenário; Acórdão 973/2010-Plenário; Acórdão 5168/2020-Segunda Câmara).

218. Por essas razões, no tópico do termo de referência destinado à alteração subjetiva, é recomendável que conste que é admissível a fusão, cisão ou incorporação da contratada com/em outra pessoa jurídica, desde que sejam observadas pela nova pessoa jurídica todas as condições de participação e habilitação exigidas na contratação original; sejam mantidas as demais cláusulas e condições do contrato; não haja prejuízo à execução do objeto pactuado; haja a anuência expressa da Administração à continuidade do contrato; e sejam mantidas as condições de inviabilidade da competição.

III.7.3.21 - Matriz de riscos, se for o caso (art. 35, inciso XXI, do RLCE 2.0)

219. O termo de referência também deve contemplar, se for o caso, Matriz de Riscos.

220. Confira-se o que o art. 42, inciso X, da Lei n.º 13.303/2016, prevê acerca de Matriz de Riscos:

"Art. 42. (...).

X - matriz de riscos: cláusula contratual definidora de riscos e responsabilidades entre as partes e caracterizadora do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, em termos de ônus financeiro decorrente de eventos supervenientes à contratação, contendo, no mínimo, as seguintes informações:

a) listagem de possíveis eventos supervenientes à assinatura do contrato, impactantes no equilíbrio econômico-financeiro da avença, e previsão de eventual necessidade de prolação de termo aditivo quando de sua ocorrência;

b) estabelecimento preciso das frações do objeto em que haverá liberdade das contratadas para inovar em soluções metodológicas ou tecnológicas, em obrigações de resultado, em termos de modificação das soluções previamente delineadas no anteprojeto ou no projeto básico da licitação;

c) estabelecimento preciso das frações do objeto em que não haverá liberdade das contratadas para inovar em soluções metodológicas ou tecnológicas, em obrigações de meio, devendo haver obrigação de identidade entre a execução e a solução pré-definida no anteprojeto ou no projeto básico da licitação."

221. No mesmo sentido, o inciso XXVII do Anexo I - Glossário de Especificações Técnicas - do RLCE 2.0 estabelece que Matriz de Riscos é a "*cláusula contratual definidora de riscos e de responsabilidades entre as partes e caracterizadora do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, em termos de ônus financeiro decorrente de eventos supervenientes à contratação*".

222. De acordo com o art. 9º, § 2º, do RLCE 2.0, a Matriz de Riscos pode ser entendida a outros regimes de execução que não os das contratações integradas e semi-integradas, quando abranger outros objetos além de obras e serviços de engenharia, quando compatível e no que couber.

223. O TCU já se posicionou no sentido de que "*é recomendável a utilização de matriz de riscos em contratações derivadas da Lei 13.303/2016 (Lei das Estatais) que envolvam incertezas significativas, ainda que sob regime de empreitada por preço global, por se tratar de elemento que agrega segurança jurídica aos contratos*" (TCU - Jurisprudência Seleccionada - Acórdão 2.616/2020- Plenário | Relator: Ministro Vital do Rêgo).

224. Registre-se, ainda, que "*é vedada a celebração de aditivos decorrentes de eventos supervenientes alocados na Matriz de Riscos como de responsabilidade da contratada*" (art. 171, § 3º, do RLCE 2.0).

III.7.3.22 - Cláusulas sobre o tratamento de dados pessoais

225. Embora a Lei n.º 13.709/2018, conhecida como Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), não determine expressamente a obrigatoriedade de fixação de cláusulas contratuais sobre o tratamento de dados pessoais (uma vez que a lei incide independentemente de ato formal das partes), tal ajuste é considerado boa prática pela Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD).

226. Em razão disso, é recomendável que sejam inseridas em contratos cláusulas sobre o tratamento de dados pessoais.

227. Portanto, é recomendável que conste no termo de referência, preferencialmente dentre as obrigações da empresa contratada, o seguinte:

A CONTRATADA se compromete, em relação à Lei n.º 13.709/2018 (LGPD), ao seguinte:

a) adotar medidas para adequação de suas operações ao cumprimento das legislações de proteção de dados pessoais aplicáveis e das orientações emanadas da Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), bem como seguir as instruções fornecidas pela Ebserh, inclusive as fixadas na sua Política de Proteção de Dados Pessoais e demais normas e orientações da Ebserh;

b) assegurar que esse tratamento será limitado ao mínimo necessário para o alcance da(s) finalidade(s) proposta(s);

c) manter registro das operações de tratamento de dados pessoais que realizar;

d) adotar medidas de segurança, técnicas, administrativas e organizacionais, adequadas para assegurar a proteção dos direitos dos titulares de dados pessoais;

e) orientar seus colaboradores, contratados ou prepostos de qualquer natureza sobre os deveres, requisitos e responsabilidades decorrentes da LGPD e daqueles assumidos neste instrumento, bem como a não divulgar indevidamente informações que envolvam dados pessoais a que tenham acesso;

- f) apresentar todos os dados e as informações solicitados pela CONTRATANTE em relação ao tratamento de dados pessoais e/ou adotar as providências indicadas;
- g) permitir e contribuir, sempre que necessário, para a realização de auditorias e inspeções relativas à proteção de dados pessoais, realizadas pela CONTRATANTE ou por ela designadas;
- h) não subcontratar atividades que envolvam o tratamento de dados pessoais, salvo com prévia autorização por escrito da CONTRATANTE e, nessa hipótese, exigir de subcontratados o cumprimento dos deveres decorrentes da LGPD e daqueles assumidos neste instrumento, permanecendo integralmente responsável por garantir a sua observância;
- i) comunicar à CONTRATANTE, por escrito, em prazo razoável, qualquer incidente de segurança, tais como acessos não autorizados e situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou qualquer forma de tratamento inadequado ou ilícito, com as informações previstas no § 1º do art. 48 da LGPD;
- j) reparar os danos patrimonial, moral, individual e/ou coletivo causados a outrem pelo tratamento de dados pessoais, quando descumprir as obrigações da legislação de proteção de dados, quando não tiver seguido as instruções lícitas da CONTRATANTE e/ou quando não adotar as medidas de segurança previstas no art. 46 da LGPD;
- k) encerrar o tratamento de dados pessoais pelas partes, nos termos do art. 15 da LGPD, eliminá-los, salvo nas hipóteses previstas no art. 16 da LGPD, incluindo aquelas em que houver necessidade de guarda de documentação para fins de comprovação do cumprimento de obrigações legais ou contratuais e somente enquanto não prescritas essas obrigações.

228. Essas cláusulas podem ser ajustadas ou complementadas com parâmetros e requisitos adicionais, de acordo com o contexto e as peculiaridades de cada caso concreto.

III.7.3.23 - Aprovação pela autoridade competente e assinatura de todos os membros da EPC

229. O TCU já se posicionou no sentido de que o ato de aprovação do termo de referência não é mera formalidade, mas, na verdade, funciona como controle e vinculação de responsabilidade. Confira-se:

"(...).

17. Apesar do entendimento em contrário do ex-diretor-geral do NHU, os atos de aprovar o termo de referência e de autorizar as contratações funcionam como etapas de controle e de vinculação de responsabilidade em relação aos procedimentos previamente adotados no processo, não representando mera formalidade.

(...)." (Acórdão TCU 3.881/2017-Primeira Câmara).

230. Portanto, o termo de referência deve ser previamente aprovado pelo Presidente, Vice-Presidente ou Diretor, no caso de contratação conduzida pela Administração Central, conforme suas competências temáticas, ou pelo Superintendente ou Gerentes, no caso de contratação conduzida pela unidade hospitalar, conforme suas competências temáticas (art. 37 do RLCE 2.0).

231. Essa competência para aprovação de termo de referência pode ser avocada por instância colegiada superior ou delegada, sendo que, nesse último caso, com delimitação de alçadas (art. 37, § 1º, do RLCE 2.0).

232. Além disso, é imprescindível que, por ser documento integrante do planejamento da contratação, o termo de referência contemple a assinatura de todos os integrantes da EPC.

233. Assim, "*a fase de Planejamento da Contratação se encerra com o envio dos processos de planejamento da contratação, após sua completa instrução, à área de compras*" (art. 38 do RLCE 2.0).

III.7.4 - Pesquisa de preços

234. Em relação à pesquisa de preços, veja-se o que prevê o art. 29 do RLCE 2.0:

"Art. 29. O planejamento de cada contratação conterà pesquisa de preços, empreendida pela EPC com a profundidade operacional e metodológica necessária, conforme o caso, para determinar os referenciais de preços para as contratações.

Parágrafo único. Os procedimentos básicos para a realização de pesquisas de preços serão regulamentados por norma específica."

235. No âmbito da Ebserh, a norma específica que dispõe sobre o procedimento administrativo para a realização de pesquisa de preços para a aquisição de bens, contratação de serviços em geral, bem como alterações contratuais, é a Norma - SEI n.º 2/2019/DAI-EBSERH, instituída por meio da Portaria-SEI n.º 520, de 16 de setembro de 2019, publicada no Boletim de Serviço da Sede n.º 665, de 16 de setembro de 2019.

236. Confirma-se o que estabelece a Norma - SEI n.º 2/2019/DAI-EBSERH acerca da pesquisa de preços nas inexigibilidades de licitação:

"Art. 3º. A pesquisa de preços será realizada mediante a utilização dos seguintes parâmetros:

(...).

§ 1º. Entre a data de finalização da pesquisa de preços com a formalização do mapa comparativo de preços, e a data de assinatura do termo aditivo ao contrato, divulgação da contratação direta, solicitação de adesão ou publicação do certame, não poderão decorrer mais de 120 (cento e vinte) dias.

(...)."

"Seção IV

Da Pesquisa de Preços nas Inexigibilidades

Art. 11 É obrigatória a justificativa de preço na inexigibilidade de licitação, que deverá ser realizada mediante a comparação da proposta apresentada com preços praticados pela futura contratada junto a outros entes públicos ou privados, em contratações de mesmo objeto ou similares.

§1º Poderão ser utilizadas notas de empenho, notas fiscais ou contratos para comprovar que os preços apresentados refletem o preço praticado no mercado, levando em consideração todos os fatores que influenciam na formação dos custos.

§2º A Equipe de Planejamento deverá descrever em relatório, devidamente aprovado pela autoridade demandante, a análise comparativa e crítica dos documentos apresentados, principalmente no que tange à similaridade do objeto, bem como que o valor apresentado pela futura contratada reflete o preço de mercado."

237. Portanto, na inexigibilidade de licitação, a pesquisa de preços é realizada por meio da comparação da proposta apresentada com preços praticados pela futura contratada junto a outros entes públicos ou privados, em contratações de mesmo objeto ou similares, sendo que podem ser utilizadas notas de empenho, notas fiscais ou contratos para comprovar que os preços apresentados refletem o preço praticado no mercado, levando em consideração todos os fatores que influenciam na formação dos custos.

238. A EPC deve elaborar relatório da pesquisa de preços, contendo a análise comparativa e crítica dos documentos apresentados, principalmente no que tange à similaridade do objeto, além da avaliação sobre se o valor apresentado pela futura contratada reflete o preço de mercado.

239. Diante das modificações introduzidas pelo RLCE 2.0, a autoridade demandante referida no art. 11, § 2º, da Norma - SEI n.º 2/2019/DAI-EBSERH, a quem cabe aprovar esse relatório, deve ser entendida como a chefia da unidade requisitante de que trata o parágrafo único do art. 14 do RLCE 2.0.

240. Entre a data de finalização da pesquisa de preços com a formalização do mapa comparativo de preços, e a data da divulgação da contratação direta, não poderão decorrer mais de 120 (cento e vinte) dias.

241. Segundo o TCU, "*a realização de cotação de preços junto a potenciais prestadores dos serviços demandados, a fim de justificar que os preços contratados estão compatíveis com os praticados no mercado, afasta a hipótese de inexigibilidade de licitação, por restar caracterizada a viabilidade de competição*" (TCU - Acórdão 2280/2019-Primeira Câmara)

242. Toda essa análise, nos termos do art. 31, *caput*, da Lei n.º 13.303/2016, destina-se a assegurar a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração, inclusive no que se refere ao ciclo de vida do objeto, e a evitar operações em que se caracterize sobrepreço ou superfaturamento, impondo-se a observância dos princípios da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da eficiência, da probidade administrativa, da economicidade, do desenvolvimento nacional sustentável, da vinculação ao instrumento convocatório, da obtenção de competitividade e do julgamento objetivo.

III.8 - SELEÇÃO DO FORNECEDOR

243. De acordo com os arts. 39 e 40 do RLCE 2.0, a fase de seleção do fornecedor será conduzida com base na documentação produzida durante o planejamento da contratação, devendo observar a seguinte sequência de etapas:

- a) preparação;
- b) divulgação;
- c) apresentação de lances ou propostas, conforme o modo de disputa adotado;
- d) julgamento;
- e) verificação de efetivação dos lances ou propostas;
- f) negociação;
- g) habilitação;
- h) interposição de recursos e adjudicação do objeto;
- i) homologação do resultado ou revogação do procedimento.

244. O § 2º do art. 40 do RLCE 2.0 prevê que as contratações diretas seguirão as etapas de preparação, negociação, habilitação e homologação do resultado ou revogação do procedimento, no que couber.

III.8.1. Preparação

245. A etapa de preparação da contratação consiste na realização de instrução processual pela área de compras, para viabilizar a recomendação da efetivação da contratação direta, compreendendo, no que couber:

- a) realização de conformidade administrativa sobre o processo de planejamento da contratação;
- b) elaboração das minutas dos instrumentos convocatórios, dos termos de contrato, das atas de registro de preços e demais instrumentos obrigacionais;
- c) classificação orçamentária da despesa, bem como registro de disponibilidade orçamentária, quando for o caso;
- d) apreciação do órgão de assessoramento jurídico, quando for o caso;
- e) avaliação, ratificação ou alteração da forma escolhida pelo TR para seleção de fornecedor;
- f) instauração do procedimento licitatório, quando for o caso.

246. Na sequência, passa-se à análise de cada um dos elementos que integram a preparação da contratação e que devem instruir os autos.

III.8.1.1. Realização de conformidade administrativa sobre o processo de planejamento da contratação (art. 42, inciso I, do RLCE 2.0)

247. A primeira fase da preparação da contratação é a realização de conformidade administrativa sobre o processo de planejamento da contratação. Nesse momento, devem ser revistos os documentos produzidos durante a etapa de planejamento, como a portaria de formalização da EPC, bem como o termo de referência e o relatório de pesquisa de preços, com a verificação do atendimento dos requisitos exigidos no RLCE 2.0 e da aprovação/assinatura pelos agentes competentes.

248. Caso identificada a ausência de algum elemento essencial, a falha deve ser corrigida, com a juntada aos autos, apenas se necessário, de um novo documento.

III.8.1.2. Elaboração das minutas dos instrumentos convocatórios, dos termos de contrato e demais instrumentos obrigacionais (art. 42, inciso II, do RLCE 2.0)

249. Também integra a fase de preparação da contratação a elaboração das minutas de instrumento convocatório, de termo de contrato e demais instrumentos obrigacionais.

250. Como o pressuposto da contratação direta de serviços de baixo valor, por meio de inexigibilidade de licitação, fundamentada nos arts. 79, inciso II c/c 81, *caput*, do RLCE 2.0, é a inviabilidade de competição, não há que se falar a elaboração de minuta de instrumento convocatório.

251. Especificamente quanto à minuta do termo de contrato, faz-se remissão ao exposto no tópico III.7.3.6 deste Parecer Referencial.

III.8.1.3. Classificação orçamentária da despesa, bem como registro de disponibilidade orçamentária, quando for o caso (art. 42, inciso III, do RLCE 2.0)

252. O art. 42, inciso III, do RLCE 2.0, prevê que a etapa da preparação da contratação compreende a classificação orçamentária da despesa, bem como registro de disponibilidade orçamentária, quando for o caso.

253. No mesmo sentido, o art. 125, inciso V, alínea "c", do RLCE 2.0, prevê que deve ser atendido o princípio da "responsabilidade fiscal, mediante a verificação da despesa estimada com a prevista no planejamento orçamentário".

254. Dessa forma, devem ser expressamente indicados nos autos do processo administrativo a classificação orçamentária da despesa, bem como o registro de disponibilidade orçamentária para a contratação pretendida. A respectiva declaração contendo essa indicação deve ser assinada pelo ordenador de despesas na Administração Central ou na unidade hospitalar, conforme o caso, admitida a subdelegação, exceto quando expressamente vedada.

III.8.1.4. Apreciação do órgão de assessoramento jurídico, quando for o caso (art. 42, inciso IV, do RLCE 2.0)

255. A partir da aprovação deste Parecer Referencial, é dispensada a remessa de processos individualizados que veiculem idêntico tema à Conjur, desde que a área de licitações ou de contratos ateste, de forma expressa, que o caso concreto se amolda à manifestação jurídica referencial e declare a observância às recomendações apresentadas, sem prejuízo da possibilidade sempre presente ao órgão assessorado de suscitar dúvidas jurídicas ou situação que escape ao padrão delimitado neste opinativo.

256. Compete à própria área de licitações ou de contratos atestar que o tema do processo administrativo corresponde àquele tratado no Parecer Referencial. Isso significa que não se deve adotar como praxe o encaminhamento dos processos administrativos para a Conjur deliberar se a análise individualizada se faz ou não necessária, haja vista que o escopo da manifestação referencial é justamente eliminar esse trâmite.

257. Recomenda-se que cada procedimento destinado à contratação direta de serviços de baixo valor, por meio de inexigibilidade de licitação, fundamentada nos arts. 79, inciso II c/c 81, *caput*, do RLCE 2.0, em razão da inviabilidade de competição, seja instruído inclusive com cópia deste Parecer Referencial, bem como da lista de verificação obrigatória indicada no Anexo II (22850704) e da declaração de conformidade indicada no Anexo III (22850706), devidamente preenchidas.

258. A aplicabilidade da presente manifestação é assegurada enquanto a legislação concernente ao tema não for alterada, de maneira a retirar o fundamento de validade de qualquer das recomendações aqui presentes. A partir desse ponto, o parecer perde a eficácia, necessitando de atualização.

III.8.1.5. Avaliação, ratificação ou alteração da forma escolhida pelo termo de referência para seleção de fornecedor (art. 42, inciso V, do RLCE 2.0)

259. Na fase da preparação da contratação deve também ser avaliada, ratificada ou alterada a forma escolhida no termo de referência para seleção do fornecedor, que foi abordada no item III.7.3.9.

III.8.1.6. Instauração do procedimento licitatório, quando for o caso (art. 42, inciso VI, do RLCE 2.0)

260. Na hipótese de não ser ratificada a opção pela contratação direta, por meio de inexigibilidade de licitação fundamentada na inviabilidade de competição e, por consequência, de ser alterada a forma escolhida no termo de referência para seleção do fornecedor, de modo que a contratação deixe de se amoldar a este Parecer Referencial, deve ser verificada a existência de outra manifestação referencial que contemple o objeto pretendido e, caso não haja, a contratação deve ser submetida à análise jurídica individualizada pela Conjur.

III.9 - RAZÃO DA ESCOLHA DO FORNECEDOR

261. O art. 83, inciso II, do RLCE 2.0, estabelece que o processo de contratação direta deve ser instruído com a razão da escolha do fornecedor.

262. Desse modo, devem constar nos autos do respectivo processo administrativo as razões que conduzem à escolha do fornecedor, que apresenta maior relevância nas contratações diretas, justamente para que se restrinja eventual subjetividade e, por consequência, prestigie-se o princípio da impessoalidade.

III.10 - JUSTIFICATIVA DO PREÇO

263. O art. 83, inciso III, do RLCE 2.0, estabelece que o processo de contratação direta será instruído com a justificativa do preço.

264. Além do mais, o art. 64 do RLCE 2.0 determina que "no caso de contratação direta, deve ser registrada nos autos ao menos uma tentativa de negociação de condições mais vantajosas sobre a melhor proposta apresentada".

265. Por fim, convém registrar que, a teor do art. 82 do RLCE 2.0, *"em qualquer dos casos de dispensa ou inexigibilidade de licitação, se comprovado, pelo órgão de controle externo, sobrepreço ou superfaturamento, respondem solidariamente pelo dano causado quem houver decidido pela contratação direta, inclusive os responsáveis pelos subsídios à tomada de decisão, e o fornecedor ou o prestador de serviços"*.

266. Sobre o tema, o TCU assim se posicionou:

"O fato de a administração não ter cumprido seu dever de verificar a economicidade dos preços ofertados em processo de dispensa ou inexigibilidade de licitação não isenta de responsabilidade a empresa contratada por eventual sobrepreço constatado no contrato, uma vez que a obrigação de seguir os preços praticados no mercado se aplica tanto à Administração Pública quanto aos colaboradores privados, pois ambos são destinatários do regime jurídico-administrativo relativo às contratações públicas."

(TCU - Jurisprudência Selecionada - Acórdão 1.392/2016 - Plenário | Relator: Ministro Benjamin Zymler).

267. Logo, também deve constar nos autos do respectivo processo administrativo manifestação contendo a justificativa do preço.

III.11 - AUTORIZAÇÃO FORMAL E RATIFICAÇÃO PELA AUTORIDADE COMPETENTE

268. Compete à Diretoria Executiva, no âmbito da Administração Central, e ao Colegiado Executivo, no âmbito da unidade hospitalar, o exame e a aprovação prévia dos contratos e termos aditivos que constituam ônus, obrigações ou compromissos para a Ebserh, sendo possível que o colegiado competente delegue essa competência, por decisão unânime, para um de seus membros, que atuará de forma monocrática, respeitada a definição de valor como limite de alçada (art. 223, *caput* e § 1º, do RLCE 2.0).

269. Essa aprovação prévia pode ocorrer no início da fase de seleção do fornecedor ou antes da formalização dos contratos e termos aditivos que constituam ônus, obrigações ou compromissos para a Ebserh (art. 223, § 2º, do RLCE 2.0).

270. Além disso, em conformidade com os arts. 11 e 12 da Portaria-SEI n.º 8/2019 (0766081), contratações cujo valor seja igual ou inferior a R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais) podem ser autorizadas pelo Superintendente da unidade hospitalar. Veja-se:

"Art. 11. A Superintendência da unidade hospitalar administrada pela Ebserh poderá autorizar a celebração de novos contratos administrativos ou a prorrogação de contratos administrativos em vigor com valores inferiores a R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais) no âmbito da Unidade Gestora vinculada à empresa, vedada a subdelegação.

§ 1º. Nas contratações de prestação de serviços continuados com prazo igual ou inferior a doze meses, deve ser considerado o valor anualizado do contrato.

§ 2º. Nas contratações de prestação de serviços continuados com prazo superior a doze meses, deve ser considerado o valor anual do contrato.

§ 3º. Nas contratações decorrentes da utilização de ata de registro de preços, independentemente de tratar-se de ata elaborada pelo próprio órgão ou à qual tenha aderido, cada contrato deverá, isoladamente, ser precedido de autorização da autoridade correspondente, observados os valores de alçada de que trata o *caput*.

§ 4º. O disposto no *caput* deste artigo não se aplica aos contratos cujo objeto esteja descrito no art. 13, os quais deverão, obrigatoriamente, ser submetidos à avaliação da Presidência da Ebserh.

§ 5º. A autorização para contratação emanada do Colegiado Executivo da unidade hospitalar supre o ato citado no *caput*."

271. É importante mencionar que o art. 78 do RLCE prevê que, *"no caso de contratação direta, o encerramento da fase de Seleção de Fornecedor se materializa com a recomendação da contratação e subsequente ratificação da dispensa ou inexigibilidade de licitação"*.

272. Nesse contexto, compete ao Coordenador de Administração, no âmbito da Administração Central, e ao Chefe da Divisão Administrativa Financeira, no âmbito da unidade hospitalar, recomendar a contratação direta (art. 78, § 1º, do RLCE 2.0).

273. Já quanto à ratificação da contratação direta, compete ao Diretor de Administração e Infraestrutura, no âmbito da Administração Central, e ao Gerente Administrativo, no âmbito da unidade hospitalar (art. 78, § 2º, do RLCE 2.0).

274. A dispensa ou inexigibilidade de licitação ratificada deverá ser registrada em sistema informatizado de compras, permitindo a formalização das contratações decorrentes, sendo dispensada a publicação de extrato no Diário Oficial da União, sem prejuízo de sua divulgação no Portal da Ebserh (art. 78, § 3º, do RLCE 2.0).

IV - CONCLUSÃO

275. Este Parecer Referencial poderá ser adotado na contratação direta de serviços de baixo valor, por meio de inexigibilidade de licitação, fundamentada nos arts. 79, inciso II c/c 81, *caput*, do RLCE 2.0, em razão da inviabilidade de competição, cabendo ao gestor observar, em cada procedimento, todas as orientações expostas.

276. Os processos que se amoldem de forma inequívoca e direta com a abordagem aqui realizada dispensarão, a partir da data de assinatura desta manifestação, a análise jurídica individualizada pela Conjur, devendo-se proceder à juntada do presente Parecer Referencial no processo administrativo, assim como da lista de verificação e da declaração de conformidade a ele anexos.

277. Nessa hipótese, não haverá óbices jurídicos ao prosseguimento do processo, desde que adotadas as minutas anexas, que foram adaptadas a partir dos modelos disponibilizados pela AGU em seu site. A utilização de quaisquer outras minutas, por melhores e mais corretas que sejam, implica o seu não enquadramento no âmbito desta análise, acarretando a necessidade de que o respectivo processo administrativo seja submetido à análise jurídica individualizada por parte da Conjur.

278. Persistindo dúvida de caráter jurídico ou situações que escapem ao padrão delimitado neste opinativo, o processo deverá ser remetido à Conjur, para análise jurídica individualizada, mediante esclarecimento das peculiaridades envolvidas e/ou formulação dos questionamentos jurídicos específicos.

279. Considerando a natureza da presente manifestação, propõe-se, adicionalmente, dar ciência deste Parecer Referencial, por meio de Ofício-Circular, aos órgãos assessorados pela Conjur.

À consideração superior.

(assinado eletronicamente)

Alan Soares Eleutério

Advogado do Setor Jurídico de Convênios e
Contratação Diretas em Serviços
OAB/DF 61.641

(assinado eletronicamente)

Alice Oliveira de Souza Cavalcante

Chefe do Setor Jurídico de Convênios e
Contratação Diretas em Serviços
Portaria - SEI n.º 1291/2021
OAB/DF 46.204

(assinado eletronicamente)

Bárbara Dantas Neri

Chefe da Divisão Jurídica de Licitações e Contratos
Portaria-SEI n.º 1534/2022
OAB/RN 11.523

(assinado eletronicamente)

Pollyana da Silva Alcântara

Chefe de Serviço Jurídico de Consultivo Administrativo
Portaria-SEI n.º 1260/2021
OAB/MG 122.231

Aprovo o PARECER REFERENCIAL N.º 13/2022/SCAD/CONJUR/PRES-EBSERH, por seus próprios fundamentos.

(assinado eletronicamente)

Alessandro Marius Oliveira Martins

Consultor Jurídico

Portaria n.º 38/2019

OAB/DF 12.854



Documento assinado eletronicamente por **Barbara Dantas Neri, Chefe de Divisão**, em 01/08/2022, às 17:53, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



Documento assinado eletronicamente por **Alice Oliveira de Souza Cavalcante, Chefe de Setor**, em 01/08/2022, às 17:57, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



Documento assinado eletronicamente por **Pollyana da Silva Alcantara, Chefe de Serviço**, em 01/08/2022, às 19:07, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



Documento assinado eletronicamente por **Alessandro Marius Oliveira Martins, Consultor(a) Jurídico(a)**, em 01/08/2022, às 20:01, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site https://sei.ebserh.gov.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0, informando o código verificador **19503926** e o código CRC **F25641F3**.

Referência: Processo nº 23477.002200/2022-10 SEI nº 19503926