



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 16/2022/SCAD/CONJUR/PRES-EBSEERH**

PROCESSO Nº 23477.011311/2022-17

INTERESSADO: Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares (Ebserh)

ASSUNTO: Contratação direta de bens, por meio de inexigibilidade de licitação, fundamentada no art. 81, inciso I, do RLCE 2.0, em razão da existência de fornecedor exclusivo.

**Sumário Executivo**

Este Parecer Referencial, emitido com respaldo no art. 45 do RLCE 2.0, tem como objeto a contratação direta de bens, por meio de inexigibilidade de licitação, fundamentada no art. 81, inciso I, do RLCE 2.0, em razão da existência de fornecedor exclusivo.

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 e a Portaria-SEI Ebserh n.º 08/2019, 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 Conjuração se restringe à verificação do atendimento das exigências legais, a partir da simples conferência de documentos.

É dispensável a remessa à Conjuração 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 bens, por meio de inexigibilidade de licitação, fundamentada no art. 81, inciso I, 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 existência de fornecedor exclusivo.

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 bens, por meio de inexigibilidade de licitação, em razão da existência de fornecedor exclusivo, 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 bens, por meio de inexigibilidade de licitação, em razão da existência de fornecedor exclusivo.

8. É pertinente esclarecer que 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 (art. 233, § 2º, do RLCE 2.0).

9. 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 (art. 233, § 1º, RLCE 2.0).

10. Diante disso, 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.

11. 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 caracterizados como solução de Tecnologia da Informação e Comunicação (TIC);
- b) aquisições disciplinadas na Portaria do Ministro de Estado da Economia/Gabinete do Ministro (ME/GM) n.º 179, de 22 de abril de 2019 (veículos de representação e de serviços comuns, bem como fornecimento de jornais e revistas em meio impresso);
- c) contratações de obras e serviços de qualquer natureza;
- d) contratações internacionais.

#### III.2 - FINALIDADE E ABRANGÊNCIA

12. 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.

13. 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.

14. Portanto, 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.

15. É importante esclarecer também que, 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.

16. 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.

17. 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

18. 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.

19. 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.

20. 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.

21. Portanto, recomenda-se que o processo administrativo destinado à contratação direta de bens, por meio de inexigibilidade de licitação, em razão da existência de fornecedor exclusivo, observe as determinações constantes na referida Portaria-SEI n.º 49, de 3 de novembro de 2017.

### III.4 - LEGISLAÇÃO APLICÁVEL

22. 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."

23. 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).

24. 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).

25. 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."

26. 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 inciso I, destinada à contratação direta de bens, por meio de inexigibilidade de licitação, em razão da existência de fornecedor exclusivo. 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](#))

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

(...)."

#### 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;

(...);"

27. Nesse cenário, a regularidade da contratação direta de bens, por meio de inexigibilidade de licitação, em razão da existência de fornecedor exclusivo, exige a presença de todos os requisitos a seguir expostos.

28. Embora diversas referências à doutrina, aos precedentes do TCU e aos posicionamentos da AGU citadas na fundamentação deste Parecer tenham como fundamento a Lei n.º 8.666/1993 ou a Lei n.º 14.133/2021, 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, DECORRENTE DA EXISTÊNCIA DE FORNECEDOR EXCLUSIVO**

29. 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).

30. É importante esclarecer 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.<sup>3</sup>

(...)" (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).

31. Nas situações em que a inviabilidade de competição decorre da existência de fornecedor exclusivo, essa inviabilidade pode ser absoluta ou relativa, conforme os seguintes esclarecimentos de José dos Santos Carvalho Filho:

"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.<sup>99</sup> 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).

32. Desse modo, está abrangida neste Parecer Referencial especificamente a contratação direta de bens, por meio de inexigibilidade de licitação, fundamentada no art. 81, inciso I, do RLCE 2.0, em razão da existência de fornecedor exclusivo.

33. O § 1º do art. 81 do RLCE 2.0 determina que, nas situações em que a inviabilidade de competição decorrer da existência de fornecedor 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 comerciais exclusivos, vedada a preferência por marca específica.

34. 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 mostra a única possível.

35. Em conclusão, a caracterização da inviabilidade de competição, decorrente da existência de fornecedor exclusivo, 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

36. Deve haver a demonstração, por qualquer meio 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.

37. 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](https://www.zenite.com.br/books/nova-lei-de-licitacoes/nova_lei_de_licitacoes_e_contratos_administrativos.pdf). Acesso em: 14/07/2022).

38. Assim, para autorizar a inexigibilidade de licitação, o bem a ser adquirido precisa ter características singulares, não encontradas em outros que lhe são concorrentes, decisivas ao interesse da Administração Pública.

39. Nesse sentido, 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).

40. 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).

41. 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).

42. 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 do fornecedor e confirmação da documentação comprobatória

43. Deve haver também a comprovação da exclusividade do fornecedor, 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 comerciais exclusivos, vedada a preferência por marca específica.

44. 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).

45. 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.

46. 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).

47. 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).

48. 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).

49. 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"*.

50. 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 Federal<sup>7</sup> e nas disposições da Lei n. 9.279/1996,<sup>8</sup> 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](https://www.zenite.com.br/books/nova-lei-de-licitacoes/nova_lei_de_licitacoes_e_contratos_administrativos.pdf). Acesso em: 14/07/2022).

51. Assim, caso comprovada a inexistência de outras empresas do ramo ou a impossibilidade das eventualmente existentes fornecerem o bem 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

52. 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"*.

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

54. 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"*.

55. Como se trata de novidade introduzida pelo RLCE 2.0, vejamos 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;"

56. 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.

57. 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."

58. 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.

59. 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."

60. 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*".

61. 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).

62. 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.

63. 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.

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

- I - justificativa da necessidade da contratação, considerando o Planejamento Estratégico, o Plano Anual de Compras - PAC e o planejamento orçamentário;
- II - quantidade a ser contratada, conforme avaliação inicial, a ser aprofundada nas etapas seguintes;
- III - previsão de data em que a contratação deve estar disponível para ser executada;
- IV - indicação de colaboradores para compor a Equipe de Planejamento da Contratação - EPC como Integrantes Requisitantes;
- V - 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;
- VI - aprovação da chefia da unidade responsável, respeitado o disposto no art. 20 deste Regulamento.

65. 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)

66. O DFD I deve apresentar a justificativa da necessidade da contratação, ou seja, a razão pela qual o bem é necessário 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)

67. A respeito da quantidade a ser contratada, o art. 125, inciso III, do RLCE 2.0, prevê que o planejamento da aquisição de bens deve considerar a expectativa de consumo anual e observar, na determinação das unidades e quantidades a serem adquiridas, o consumo e utilização prováveis, cuja estimativa deve ser obtida, sempre que possível, mediante adequadas técnicas quantitativas.

68. Para bens consumíveis, é possível que a quantidade requerida se baseie no consumo dos anos anteriores, acrescida, eventualmente, de variável, mediante justificativa técnica. Já para bens não consumíveis, deve ser apresentada avaliação individualizada para cada aquisição, que pode se basear, por exemplo, na necessidade de substituição, reparo ou aquisição de novos equipamentos.

69. É necessário, desse modo, que a metodologia utilizada para a previsão do quantitativo demandado seja devidamente definida e documentada nos autos.

70. Especificamente sobre Órteses, Próteses e Materiais Especiais (OPME), o Manual de Boas Práticas de Gestão das OPME do Ministério da Saúde apresenta, no item 3.1, a exigência de que a estimativa das quantidades seja obtida, sempre que possível, com base nas metas de procedimentos cirúrgicos, hospitalares e ambulatoriais do exercício financeiro ou período determinado. Veja-se:

##### "3.1 Solicitação de Padronização

As aquisições de que trata este Manual deverão ser precedidas de planejamento que estabeleça as especificações técnicas e os parâmetros mínimos de desempenho e qualidade das OPME, além da **definição das quantidades a serem adquiridas em função do consumo e da utilização prováveis. A estimativa será obtida, sempre que possível, com base nas metas de procedimentos cirúrgicos, hospitalares e ambulatoriais do exercício financeiro ou período determinado.**" (Sem destaques no original).

71. Em qualquer caso, 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.

72. Especificamente para contratações diretas de baixo valor (art. 79, inciso II, do RLCE 2.0), o art. 24, § 1º, inciso II, 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)

73. 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)**

74. 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.

75. 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*".

76. 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).

77. 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).

78. 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).

79. 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)**

80. 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.

81. Nos termos do art. 26, § 5º, do RLCE 2.0, "*competete 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)**

82. 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.

83. 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**

84. 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).

85. 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*".

86. 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.

(...)"

87. 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.

88. Nesse contexto, as etapas desse processo serão apresentadas na sequência e devem ser integralmente observadas pelas áreas envolvidas na contratação.

89. Especificamente para contratações diretas de baixo valor (art. 79, inciso II, do RLCE 2.0), 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.

### **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**

90. 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.

91. 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.

92. 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).

93. 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.

94. Note-se que 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**

95. 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).

96. 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).*

97. 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).

98. 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).

99. 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.

100. 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.

101. 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).

102. 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 - Estudos técnicos preliminares (ETP)**

103. O estudo técnico preliminar (ETP), a ser produzido e registrado no Sistema ETP digital com base nas informações consolidadas na fase de Formalização da Demanda, deve conter, nos termos do art. 28 do RLCE 2.0, o seguinte:

I - descrição da necessidade da contratação, considerado o problema a ser resolvido sob a perspectiva do interesse público;

II - descrição dos requisitos necessários e suficientes à escolha da solução, prevendo critérios e práticas de sustentabilidade;

III - levantamento de mercado, que consiste na prospecção e análise das alternativas possíveis de soluções, podendo, entre outras opções:

a) levar em consideração contratações similares feitas por outros órgãos e entidades, com objetivo de identificar a existência de novas metodologias, tecnologias ou inovações que melhor atendam às necessidades da administração;

b) ser realizada consulta, audiência pública ou interlocução transparente com potenciais contratadas, registrada nos autos, para coleta de contribuições.

IV - descrição da solução como um todo, inclusive das exigências relacionadas à manutenção e à assistência técnica, quando for o caso, acompanhada das justificativas técnica e econômica da escolha do tipo de solução;

V - estimativa das quantidades a serem contratadas, acompanhada das memórias de cálculo e dos documentos que lhe dão suporte, considerando a interdependência com outras contratações, de modo a possibilitar economia de escala;

VI - estimativa preliminar do valor da contratação, acompanhada dos preços unitários referenciais, das memórias de cálculo e dos documentos que lhe dão suporte, que deverá ser apresentada em processo administrativo ou anexo de acesso restritos até a conclusão da etapa de julgamento das propostas, citando-se no ETP somente o número do processo ou anexo que contém tal informação, exceto se a Administração optar pela sua publicidade, de forma justificada;

VII - justificativas para o parcelamento ou não da solução, se aplicável;

VIII - contratações correlatas e/ou interdependentes;

IX - demonstração do alinhamento entre a contratação e o planejamento da organização, identificando a previsão no PAC, PDTIC (contratação de soluções de Tecnologia da Informação e Comunicação – TIC), ou, se for o caso, justificando a ausência de previsão;

- X - resultados pretendidos, em termos de efetividade e de desenvolvimento nacional sustentável;
  - XI - providências a serem adotadas pela administração previamente à celebração do contrato, inclusive quanto à capacitação de servidores ou de empregados para fiscalização e gestão contratual ou adequação do ambiente da organização;
  - XII - possíveis impactos ambientais e respectivas medidas de tratamento;
  - XIII - posicionamento conclusivo sobre a viabilidade e razoabilidade da contratação; e
  - XIV - avaliação da necessidade de classificação do ETP como sigiloso, nos termos da Lei nº 12.527/2011.
- (...)."

104. A observância de tais requisitos no ETP serve à análise da viabilidade da contratação e ao levantamento dos elementos essenciais que irão compor o termo de referência, sendo obrigatórios, conforme prevê o art. 28, § 2º, do RLCE 2.0, os previstos nos incisos I, IV, V, VI, VII, IX, XIII e XIV. A ausência de qualquer dos demais elementos deve, mesmo assim, ser justificada no próprio ETP.

105. Caso, após o levantamento do mercado, a quantidade de fornecedores for considerada restrita, a EPC deve verificar se os requisitos que limitam a participação são realmente indispensáveis, flexibilizando-os sempre que possível (art. 28, § 1º, do RLCE 2.0).

106. Ao final, o ETP deve ser assinado por todos os integrantes da EPC, sendo desnecessária a aprovação por autoridade superior (art. 28, § 3º, do RLCE 2.0).

107. Na sequência, passa-se à análise de cada uma das informações que devem ser produzidas e registradas no Sistema ETP digital, sejam elas obrigatórias ou não.

### **III.7.3.1 - Descrição da necessidade da contratação, considerado o problema a ser resolvido sob a perspectiva do interesse público (art. 28, inciso I, do RLCE 2.0)**

108. Deve constar no ETP a descrição da necessidade da contratação, considerado o problema a ser resolvido sob a perspectiva do interesse público. Por isso, o ETP deve conter, por exemplo, as razões que fundamentam a demanda e os requisitos gerais exigidos para o seu atendimento.

### **III.7.3.2 - Descrição dos requisitos necessários e suficientes à escolha da solução, prevendo critérios e práticas de sustentabilidade (art. 28, inciso II, do RLCE 2.0)**

109. O ETP deve contemplar todos os requisitos do objeto cuja aquisição é pretendida, considerando, por exemplo, a padronização, a busca da maior vantagem competitiva, a definição de condições de aquisição de pagamento semelhantes às do setor privado, as condições de guarda e armazenamento que não permitam a deterioração do material, bem como a indicação das condições de manutenção, assistência técnica e garantia exigidas, dentre outros requisitos (arts. 4º e 126, inciso V, do RLCE 2.0).

110. O art. 126, inciso VI, do RLCE 2.0, estabelece que "*o planejamento de aquisição de bens deverá considerar ainda detalhamento de forma suficiente a permitir a elaboração da proposta, com características que garantam qualidade, rendimento, compatibilidade, durabilidade e segurança*".

111. Desde que fundamentadamente, a Ebserh poderá exigir que os serviços de manutenção e assistência técnica sejam prestados mediante deslocamento de equipe técnica ou disponibilidade em unidade de prestação de serviços localizada em distância compatível com suas necessidades (art. 126, parágrafo único, do RLCE 2.0).

112. Convém esclarecer que o art. 127 do RLCE 2.0 autoriza que, em determinadas situações devidamente motivadas, haja a indicação de marca ou modelo, seja exigida amostra ou prova de conceito do bem, sejam solicitados certificação, laudo laboratorial ou documento similar, bem como seja vedada a contratação de determinada marca ou produto. Confira-se:

"Art. 127. A Ebserh, na licitação para aquisição de bens, poderá, de forma motivada:

I - indicar marca ou modelo, nas seguintes hipóteses:

- a) em decorrência da necessidade de padronização do objeto;
- b) quando determinada marca ou modelo comercializado por mais de um fornecedor constituir o único capaz de atender o objeto do contrato;
- c) quando for necessária, para compreensão do objeto, a identificação de determinada marca ou modelo apto a servir como referência, situação em que será obrigatório o acréscimo da expressão "ou similar ou de melhor qualidade".

II - exigir amostra ou prova de conceito do bem no procedimento de pré-qualificação ou na fase de julgamento das propostas ou de lances ou no período de vigência do contrato ou da ata de registro de preços;

III - solicitar a certificação, o laudo laboratorial ou documento similar que possibilite a aferição da qualidade e da conformidade do produto ou do processo de fabricação, inclusive sob o aspecto ambiental, por instituição oficial competente ou entidade credenciada;

IV - vedar a contratação de marca ou produto, quando, mediante processo administrativo, parecer da Câmara Técnica de Padronização Nacional e deliberação da Administração Central, restar comprovado que produtos adquiridos e utilizados anteriormente não atendem a requisitos indispensáveis ao pleno adimplemento da obrigação contratual.

§ 1º O edital poderá exigir, como condição de aceitabilidade da proposta, a adequação às normas da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) ou a certificação da qualidade do produto por instituição credenciada pelo Sistema Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial (Sinmetro).

§ 2º No interesse da Administração, as amostras poderão ser examinadas por instituição com reputação ético-profissional na especialidade do objeto, previamente indicada no instrumento convocatório.

§ 3º Para fins de fundamentação do disposto no inciso IV, poderão ser utilizadas informações de fármaco e tecnovigilância, incluindo a verificação de alertas da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa referentes a fabricante, produto, modelo ou lote/série, por meio de consulta no Portal da agência, e da existência de queixas técnicas ou eventos adversos nos sistemas nacionais e da Rede Ebserh."

113. Como esta manifestação jurídica abrange a aquisição de OPME, é importante ressaltar que, para esse objeto, são necessárias cautelas adicionais, sobretudo em razão do episódio conhecido como "máfia das próteses", no ano de 2015, em que foram identificadas diversas irregularidades em processos de compras, conforme apontamentos realizados no Acórdão TCU 435/2016-Plenário.

114. Portanto, em relação às aquisições de OPME, devem ser observadas as orientações constantes na Portaria SAS/MS n.º 1.302, de 01/08/2017 (que redefine os critérios para aquisição, recebimento, utilização, monitoramento, controle e gerenciamento de OPME pelos hospitais e institutos federais subordinados à Secretaria de Atenção à Saúde do Ministério da Saúde) e, por consequência, no Manual de Boas Práticas de Gestão das OPME do Ministério da Saúde.

115. Sendo assim, são destacados a seguir alguns elementos que devem ser observados, no que for compatível com a inexigibilidade de licitação ora tratada, na fase do planejamento da contratação, especificamente para OPME, previstos no Manual de Boas Práticas de Gestão das OPME do Ministério da Saúde:

#### "2.1 Exigências

- a. A aquisição deve ser de OPME legalmente registradas na Anvisa, conforme as disposições da Lei nº 6.360, de 23 de setembro de 1976, que dispõe sobre a Vigilância Sanitária a que ficam sujeitos os Medicamentos, as Drogas, os Insumos Farmacêuticos e Correlatos, Cosméticos, Saneantes e Outros Produtos, e dá outras Providências; dentro de seu prazo de vigência, com indicação técnica de uso registrada na bula do produto.
- b. A aquisição de OPME deverá ser realizada por fabricante ou distribuidor legalmente habilitado para a comercialização no País.
- c. A solicitação de OPME a qualquer fornecedor e o seu recebimento, no estabelecimento de saúde, são atividades preferencialmente da estrutura administrativa qualificada para tais atos.
- d. A dispensação de OPME para reabilitação deve ocorrer em um centro especializado de reabilitação ou o paciente deve ser encaminhado a um estabelecimento de saúde que ofereça este serviço."

#### "3.1 Solicitação de Padronização

As aquisições de que trata este Manual deverão ser precedidas de planejamento que estabeleça as especificações técnicas e os parâmetros mínimos de desempenho e qualidade das OPME, além da definição das quantidades a serem adquiridas em função do consumo e da utilização prováveis. A estimativa será obtida, sempre que possível, com base nas metas de procedimentos cirúrgicos, hospitalares e ambulatoriais do exercício financeiro ou período determinado.

No planejamento devem ser consideradas, ainda, as seguintes premissas:

- a. Preparar a logística de abastecimento com base na padronização estabelecida;
- b. Revisar periodicamente a padronização, as incorporações, as substituições e as prováveis exclusões, readequando o planejamento;
- c. Revisar descritivos em suas clareza e finalidade, sendo vedadas as especificações que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, limitem a competição;
- d. Planejar, buscando compatibilizar a provável demanda à logística de mercado;
- e. Definir previamente a necessidade de inclusão de equipamentos, instrumentais, acessórios ou serviços, compatíveis com o procedimento a ser realizado, os quais deverão ser fornecidos com as OPME, preferencialmente em cessão gratuita de uso;
- f. Estabelecer estratégias diferenciadas para itens de alto e baixo custo, sugerindo-se o armazenamento do objeto em lotes, sempre que as características do mercado ou do produto exigirem, organizando-os por especialidade ou por procedimento;
- g. Prever a disponibilidade da grade de produtos conforme o consumo e a base de utilização;

- h. Buscar preços vantajosos, em função do envolvimento e das informações técnicas do profissional da Saúde que utilizará a OPME;
- i. Identificar fornecedores adequados às necessidades logísticas do objeto;
- j. Estabelecer condições atrativas que atendem à linha de produtos dos fornecedores estratégicos."

### "3.3 Especificação Técnica

A especificação técnica é uma redação descritiva que visa a registrar de forma objetiva as características de um objeto concreto. Deverá ser elaborada por profissional capacitado tecnicamente, devendo fornecer informações suficientes, de forma clara e precisa, que permitam a produção, a compra dos bens ou execução dos serviços com qualidade e que esta possa ser aferida facilmente. Devem-se evitar exigências de funcionalidades desnecessárias ou supérfluas.

A especificação técnica das OPME será baseada nas especificações contidas na solicitação de padronização, nos códigos do Sistema de Gerenciamento da Tabela de Procedimentos, Medicamentos e OPME do SUS (Sigtap) (disponível em <http://sigtap.datasus.gov.br/tabela-unificada/app/sec/inicio.jsp>), sem características genéricas ou irrelevantes, e deverá possuir, no mínimo:

- a. Nome básico, composição e peculiaridades do objeto.
- b. Características claras e disponíveis no mercado.
- c. Especificação quanto ao tamanho, à unidade de medida, à apresentação e à embalagem.
- d. Padrões técnicos com parâmetros mínimos de desempenho e qualidade."

### "3.4 Termo de Referência (TR)

As aquisições de OPME dos estabelecimentos de saúde serão precedidas da apresentação de Termo de Referência (TR), que deverá ser elaborado por profissional com qualificação compatível, tendo em primeiro lugar a especificação do objeto a ser licitado ainda que possa haver complementação posterior.

(...).

No caso das OPME que possuírem conjunto de componentes com tamanhos variados, o TR deverá conter cláusula que estabeleça obrigação do fornecedor em disponibilizar o conjunto de componentes de tamanhos variados, bem como o instrumental necessário para o adequado uso, sendo a cessão em regime de comodato ou cessão gratuita. O TR deverá prever a responsabilidade do fornecedor em realizar a troca de componentes não utilizados, mesmo depois de expirada a sua validade ou garantia.

O TR que instruirá as aquisições de OPME conterá cláusulas que estabeleçam a obrigação do fornecedor em disponibilizar um orientador técnico exclusivamente para esta função, caso haja necessidade de uso ou montagem da OPME no estabelecimento de saúde."

### "4.2 Processo Administrativo de Aquisição

A forma de aquisição de OPME poderá ser por Registro de Preço ou com celebração de contrato e deve prever a entrega por consignação ou para o estoque próprio.

Algumas ações contribuem para ampliar a eficiência do processo de aquisição. São elas:

- a. Prospecção e análise do mercado.
- b. Desenvolvimento de fornecedores.
- c. Ampla divulgação no mercado para seleção de melhores preços.
- d. Processo decisório baseado em informações de preços e de consumo.

Os editais de licitação devem conter, no mínimo:

- a. Termo de Referência.
- b. Condições de fornecimento prevendo consignação ou aquisição para estoque próprio.
- c. Nas aquisições para estoque próprio, estabelecer a obrigação do fornecedor em trocar os produtos não utilizados, quando solicitado pelo estabelecimento de saúde.
- d. Prever compromisso, quando julgar necessário, de comodato ou cessão gratuita de uso de instrumental, equipamentos ou serviços pelo fornecedor, sempre que aplicável.
- e. Estabelecer requisitos de avaliação e qualificação dos produtos antes da aquisição.
- f. Exigir a informação quanto ao registro da OPME na Anvisa e a Autorização de Funcionamento da Empresa (AFE).
- g. Prever a obrigação do fornecedor em capacitar a equipe de profissionais do estabelecimento de saúde, para a correta utilização das OPME.

h. Estabelecer critérios de acesso para técnicos do fornecedor ao interior da unidade de saúde, quando aplicável.

i. No caso de consignação, especificar o prazo de entrega para as OPME solicitadas em, no máximo, 48 horas e, em situações de urgência, a entrega deverá ocorrer no prazo máximo de 4 horas.

116. Em relação a medicamentos, devem ser observadas as "Orientações para aquisição pública de medicamentos", divulgadas pelo TCU e disponíveis no link [https://portal.tcu.gov.br/data/files/8A/E0/DC/81/A5A1F6107AD96FE6F18818A8/Orientacoes\\_aquisicoes\\_publicas\\_medicamentos.pdf](https://portal.tcu.gov.br/data/files/8A/E0/DC/81/A5A1F6107AD96FE6F18818A8/Orientacoes_aquisicoes_publicas_medicamentos.pdf), acessado em 16/06/2022.

117. Já as contratações de tecnologias em saúde devem observar os normativos específicos expedidos pelo Ministério da Saúde e pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa, no que não conflitar com o RLCE 2.0 (art. 23, § 2º, do RCLCE 2.0).

118. O ETP igualmente deve contemplar critérios e práticas 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."

119. 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."

120. Essa previsão do art. 202 do RLCE 2.0 vai ao encontro do que já prevê a Portaria SAS/MS nº. 1.302/2017, especificamente para OPME. Confira-se:

"Art. 3º Os hospitais e institutos federais deverão elaborar e executar um Plano de Logística Sustentável (PLS) observando, em todas as fases do procedimento, as orientações e normas voltadas para a sustentabilidade ambiental, prevendo, inclusive, as recomendações quanto à responsabilidade do fornecedor pelo recolhimento e descarte do material.

Parágrafo único. O PLS buscará consolidar, organizar, sistematizar e aprimorar as boas práticas de sustentabilidade implantadas ou ainda em implantação no Departamento de Gestão Hospitalar no Rio de Janeiro (DGHMS-RJ), nos hospitais e nos institutos federais.

Art. 4º Mensalmente, ou sempre que solicitado, os almoxarifados centrais dos hospitais e dos institutos federais emitirão relatórios circunstanciados sobre a utilização de OPME, compatíveis com os procedimentos cirúrgicos realizados no período, observados os procedimentos previstos no Manual de Boas Práticas em Órteses, Próteses e Materiais Especiais (OPME).

Parágrafo único. Os relatórios circunstanciados deverão ser encaminhados aos diretores dos Hospitais e dos Institutos Federais e ao Departamento de Gestão Hospitalar (DGHMS-RJ).

Art. 5º O DGHMS-RJ e os institutos federais deverão, em até 60 dias (sessenta) dias após a publicação desta Portaria, atualizar e adotar procedimentos padronizados de controle de OPME, com a implantação de fluxos, formulários e documentos, visando a dar efetividade a esta Portaria.

Art. 6º Caberá aos diretores dos hospitais e dos institutos federais aplicarem os dispositivos previstos nesta Portaria, sendo os responsáveis pelo seu fiel cumprimento, e ao DGHMS-RJ acompanhar, intervir e corrigir sempre que identificar descumprimento ou omissão."

121. 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.

122. Cumpre destacar que, quanto aos critérios de sustentabilidade ambiental na aquisição de bens, 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. 5º Os órgãos e entidades da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional, quando da aquisição de bens, poderão exigir os seguintes critérios de sustentabilidade ambiental:

I – que os bens sejam constituídos, no todo ou em parte, por material reciclado, atóxico, biodegradável, conforme ABNT NBR – 15448-1 e 15448-2;

II – que sejam observados os requisitos ambientais para a obtenção de certificação do Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial – INMETRO como produtos sustentáveis ou de menor impacto ambiental em relação aos seus similares;

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

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

§ 1º A comprovação do disposto neste artigo poderá ser feita mediante apresentação de certificação emitida por instituição pública oficial ou instituição credenciada, ou por qualquer outro meio de prova que ateste que o bem fornecido cumpre com as exigências do edital.

§ 2º O edital poderá estabelecer que, selecionada a proposta, antes da assinatura do contrato, em caso de inexistência de certificação que ateste a adequação, o órgão ou entidade contratante poderá realizar diligências para verificar a adequação do produto às exigências do ato convocatório, correndo as despesas por conta da licitante selecionada. O edital ainda deve prever que, caso não se confirme a adequação do produto, a proposta selecionada será desclassificada."

123. 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."

124. 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.

125. 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.7.3.3 - Levantamento de mercado (art. 28, inciso III, do RLCE 2.0)**

126. O levantamento de mercado, que consiste na prospecção e análise das alternativas possíveis de soluções, compreende a avaliação de diferentes fontes, tais como:

- a) análise de contratações similares feitas por outros órgãos e entidades, com o objetivo de identificar a existência de novas metodologias, tecnologias ou inovações que melhor atendam às necessidades da Administração;
- b) realização de consulta, audiência pública ou interlocução transparente com potenciais contratadas, registrada nos autos, para coleta de contribuições.

127. Integra o levantamento de mercado, por exemplo, a avaliação de modelo que garanta condições de guarda e armazenamento que não permitam a deterioração do material, nos termos do art. 125, inciso IV, do RLCE 2.0. Esse é um ponto de observância ordinariamente interna e desvinculado das obrigações da contratada.

128. É após essa fase de levantamento do mercado que se pode identificar se os requisitos necessários e suficientes à escolha da solução limitam as alternativas disponíveis no mercado e, por consequência, a participação de fornecedores na contratação, devendo-se avaliar se são realmente indispensáveis e flexibilizá-los sempre que possível (art. 28, § 1º, do RLCE 2.0), haja vista a diretriz de busca da maior vantagem competitiva estabelecida no art. 4º, inciso II, do RLCE 2.0.

### **III.7.3.4 - Descrição da solução como um todo (art. 28, inciso IV, do RLCE 2.0)**

129. O ETP deve contemplar a solução como um todo. Ou seja, todas as partes necessárias para o atendimento da necessidade que motivou a contratação. Por isso, deve abordar todos os elementos necessários para que a contratação produza os resultados pretendidos, inclusive as exigências relacionadas, se for o caso, à manutenção e à assistência técnica, acompanhado das justificativas técnica e econômica da escolha do tipo de solução.

130. Deve-se observar a diretriz da padronização do objeto, prevista nos arts. 4º, inciso I, e 125, inciso V, alínea "a", do RLCE 2.0, considerando a compatibilidade das especificações estéticas, técnicas ou de desempenho. A esse respeito, o art. 126, inciso I, do RLCE 2.0 prevê que o planejamento da aquisição de bens deve considerar a indicação do produto, a partir do catálogo definido como padrão pela Administração, preferencialmente, ou a especificação completa do bem a ser adquirido.

131. É aconselhável, quando da definição do objeto, proceder com a indicação do código dos materiais, com base no Catálogo de Material do Sistema Integrado de Administração de Serviços Gerais (Catmat 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).

132. Quanto aos produtos para saúde, foi instituído o Catálogo Padronizado de Produtos para Saúde da Rede Ebserh, por meio da Portaria-SEI n.º 25, de 11 de dezembro de 2018, publicada no Boletim de Serviço da Sede n.º 508, que previu em seu art. 3º a

obrigatoriedade de serem utilizados nos termos de referência tanto o descritivo padronizado quanto o Código-Ebserh. Já em relação aos medicamentos, foi instituído o Catálogo Padronizado de Medicamentos da Rede Ebserh (CatMed), por meio da Portaria-SEI n.º 629, de 20 de dezembro de 2019, publicada no Boletim de Serviço da Sede n.º 728.

### **III.7.3.5 - Estimativa das quantidades a serem contratadas (art. 28, inciso V, do RLCE 2.0)**

133. O ETP deve contemplar a estimativa das quantidades a serem contratadas. Tal estimativa, por sua vez, deve ser acompanhada das memórias de cálculo e dos documentos que lhe dão suporte, considerando a interdependência com outras contratações, de modo a possibilitar economia de escala.

134. Nos termos dos arts. 125, inciso III, e 126, II, do RLCE 2.0, as unidades e quantidades a serem adquiridas devem ser determinadas em função do consumo e utilização prováveis, cuja estimativa deve ser obtida, sempre que possível, mediante adequadas técnicas quantitativas, admitido o fornecimento contínuo.

135. É recomendável que se observe a série histórica do consumo, atentando-se para ocorrências que possam impactar o quantitativo demandado, como o acréscimo de atividades e a necessidade de substituição de bens atualmente disponíveis. Já para bens que não tenham histórico de consumo, deve haver a demonstração do consumo e da utilização prováveis mediante adequadas técnicas quantitativas, juntando-se aos autos os documentos que dão suporte às conclusões alcançadas.

136. No caso específico de OPME, o Manual de Boas Práticas de Gestão das OPME do Ministério da Saúde acrescenta, no item 3.1, que "*a estimativa será obtida, sempre que possível, com base nas metas de procedimentos cirúrgicos, hospitalares e ambulatoriais do exercício financeiro ou período determinado*".

### **III.7.3.6 - Estimativa preliminar do valor da contratação (art. 28, inciso VI, do RLCE 2.0)**

137. O ETP deverá contemplar ainda a estimativa preliminar do valor da contratação, acompanhada dos preços unitários referenciais, das memórias de cálculo e dos documentos que lhe dão suporte.

138. Tal estimativa, por ser preliminar, pode utilizar parâmetros próprios, não envolvendo, necessariamente, a realização de pesquisa de preços, exigida em fase posterior à elaboração do ETP, nos termos dos art. 29 e seguintes do RLCE 2.0.

139. Contudo, de acordo com o art. 30 do RLCE 2.0, a estimativa preliminar do valor da contratação, a ser apresentada no ETP, pode ser substituída por pesquisa de preços, realizada de forma antecipada, caso as condições e os requisitos da contratação elaborados até essa etapa permitam um levantamento mais preciso do referencial de preços para a contratação. Nessa situação, remete-se ao item III.7.6 deste Parecer, que aborda a realização da pesquisa de preços.

140. Em qualquer caso, a estimativa do valor da contratação deve ser apresentada em processo administrativo ou anexo de acessos restritos até a conclusão da etapa de análise da proposta, citando-se no ETP somente o número do processo ou do anexo que contém tal informação, exceto se a Administração optar pela sua publicidade, de forma justificada.

### **III.7.3.7 - Justificativa sobre o parcelamento ou não da solução, se aplicável (art. 28, inciso VII, do RLCE 2.0)**

141. A Lei n.º 13.303/2016 indica como diretriz, em seu art. 32, inciso III, o parcelamento do objeto, visando a ampliar a participação de licitantes, sem perda de economia de escala, e desde que não atinja valores inferiores aos limites estabelecidos para as denominadas dispensas de pequeno valor (arts. 29, incisos I e II).

142. O RLCE 2.0 também aponta em seu art. 125 a necessidade de observância do parcelamento do objeto nas licitações e contratos.

143. Porém, o art. 125, § 2º, do RLCE 2.0, determina que o princípio do parcelamento não deve ser adotado quando o processo de padronização ou de escolha de marca conduzir a fornecedor exclusivo.

144. De fato, o parcelamento da solução é incompatível com a contratação direta de bens, por meio de inexigibilidade de licitação, em razão da existência de fornecedor exclusivo.

### **III.7.3.8 - Contratações correlatas e/ou interdependentes (art. 28, inciso VIII, do RLCE 2.0)**

145. O ETP deve informar se há contratações que guardam correlação ou interdependência com o objeto pretendido, sejam elas já realizadas ou contratações futuras.

146. Contratações correlatas são aquelas que guardam relação com o objeto principal, a ele se interligando, embora não sejam essenciais para a sua completa execução. Por sua vez, as contratações interdependentes são aquelas cuja execução é indispensável à adequada prestação do objeto principal.

### **III.7.3.9 - Demonstração do alinhamento entre a contratação e o planejamento da organização (art. 28, inciso IX, do RLCE 2.0)**

147. No ETP deve também ser demonstrado o alinhamento entre a contratação e o planejamento da organização, identificando a previsão da aquisição no Plano Anual de Compras (PAC) ou, se for o caso, justificar a ausência de tal previsão.

**III.7.3.10 - Resultados pretendidos, em termos de efetividade e de desenvolvimento nacional sustentável (art. 28, inciso X, do RLCE 2.0)**

148. Deve o ETP demonstrar os ganhos diretos e indiretos que se almeja com a contratação, especialmente em termos de efetividade e de desenvolvimento nacional sustentável e, sempre que possível, em termos de economicidade, eficácia e eficiência, bem como de melhor aproveitamento dos recursos humanos, materiais ou financeiros disponíveis.

**III.7.3.11 - Providências a serem adotadas pela Administração previamente à celebração do contrato (art. 28, inciso XI, do RLCE 2.0)**

149. O ETP deve conter eventuais providências a serem adotadas pela Administração previamente à contratação. Dentre tais providências, pode-se citar, como exemplo, a capacitação de servidores para operar determinado equipamento ou produto, bem como para a fiscalização da execução contratual, assim como a adequação do ambiente da organização para o recebimento do bem, circunstância que pode ocorrer no caso de aquisição de um equipamento que demande a preparação do local em que será instalado.

**III.7.3.12 - Possíveis impactos ambientais e respectivas medidas de tratamento (art. 28, inciso XII, do RLCE 2.0)**

150. Caso o procedimento de compras contemple algum risco de natureza ambiental, é necessário que sejam descritos no ETP. Além disso, devem ser abordadas as respectivas medidas de tratamento ou mitigadoras dos riscos identificados, em respeito ao previsto na Lei n.º 12.305/2010.

**III.7.3.13 - Posicionamento conclusivo sobre a viabilidade e razoabilidade da contratação (art. 28, inciso XIII, do RLCE 2.0)**

151. É essencial a existência de declaração sobre a viabilidade e razoabilidade da contratação, justificando a conclusão com base nos elementos colhidos durante a elaboração do ETP.

**III.7.3.14 - Avaliação da necessidade de classificação do ETP como sigiloso (art. 28, inciso XIV, do RLCE 2.0)**

152. O último elemento a ser abordado no ETP é a avaliação da necessidade de classificá-lo como sigiloso, nos moldes definidos pela Lei n.º 12.527/2011 (Lei de Acesso à Informação - LAI).

153. De acordo com o art. 4º, inciso III, da Lei n.º 12.527/2011, informação sigilosa é "*aquela submetida temporariamente à restrição de acesso público em razão de sua imprescindibilidade para a segurança da sociedade e do Estado*", sendo que o art. 23 esclarece quais informações são imprescindíveis à segurança da sociedade e do Estado:

"Art. 23. São consideradas imprescindíveis à segurança da sociedade ou do Estado e, portanto, passíveis de classificação as informações cuja divulgação ou acesso irrestrito possam:

I - pôr em risco a defesa e a soberania nacionais ou a integridade do território nacional;

II - prejudicar ou pôr em risco a condução de negociações ou as relações internacionais do País, ou as que tenham sido fornecidas em caráter sigiloso por outros Estados e organismos internacionais;

III - pôr em risco a vida, a segurança ou a saúde da população;

IV - oferecer elevado risco à estabilidade financeira, econômica ou monetária do País;

V - prejudicar ou causar risco a planos ou operações estratégicos das Forças Armadas;

VI - prejudicar ou causar risco a projetos de pesquisa e desenvolvimento científico ou tecnológico, assim como a sistemas, bens, instalações ou áreas de interesse estratégico nacional;

VII - pôr em risco a segurança de instituições ou de altas autoridades nacionais ou estrangeiras e seus familiares; ou

VIII - comprometer atividades de inteligência, bem como de investigação ou fiscalização em andamento, relacionadas com a prevenção ou repressão de infrações."

**III.7.4 - Gerenciamento de riscos**

154. De acordo com o art. 24, inciso II, do RLCE 2.0, o planejamento de cada nova contratação envolve a realização de gerenciamento de riscos. Trata-se de processo que contempla identificação, avaliação, tratamento e ações de contingência dos principais riscos que envolvem o planejamento da contratação, bem como as fases de seleção do fornecedor e da gestão contratual, assim como definição dos seus responsáveis.

155. O art. 32 do RLCE 2.0 prevê o seguinte acerca do gerenciamento de riscos:

"Art. 32. O gerenciamento de riscos de cada contratação consiste nas seguintes atividades:

I - identificação dos principais riscos que possam comprometer a efetividade do planejamento da contratação, da seleção do fornecedor e da gestão contratual ou que impeçam o alcance dos resultados que atendam às necessidades da contratação;

II - avaliação dos riscos identificados, consistindo na mensuração da probabilidade de ocorrência e do impacto de cada risco;

- III - tratamento dos riscos considerados inaceitáveis por meio da definição das ações para reduzir a probabilidade de ocorrência dos eventos ou suas consequências;
  - IV - para os riscos que persistirem inaceitáveis após o tratamento, definição das ações de contingência para o caso de os eventos correspondentes aos riscos se concretizarem;
  - V - definição dos responsáveis pelas ações de tratamento dos riscos e das ações de contingência.
- (...)."

156. O gerenciamento de riscos deve ser conduzido pela EPC, a quem compete produzir, após a elaboração do ETP, Mapa de Riscos que contemple os possíveis riscos das fases de Planejamento da Contratação, Seleção de Fornecedor e Gestão do Contrato, devendo ser atualizado, ao menos, nas seguintes etapas:

"Art. 33 (...).

§ 2º O Mapa de Riscos será atualizado, pelo menos:

- I - ao final da elaboração do Termo de Referência ou do Anteprojeto de Engenharia;
- II - após a fase de Seleção de Fornecedor; e
- III - caso haja eventos relevantes, durante a fase de Gestão do Contrato."

157. Em caso de inexistência de modelo próprio de Mapa de Riscos, pode a EPC se valer dos modelos divulgados nas Instruções Normativas do Ministério da Economia, como prevê o art. 33, § 3º, do RLCE 2.0.

158. Nas contratações consideradas de elevada complexidade técnica e/ou tecnológica, é recomendado o aprofundamento da etapa de gerenciamento de riscos, adotando-se o procedimento instituído na Política de Gestão de Riscos e Controles Internos da Ebserh, para a confecção de um Mapa de Riscos diferenciado (art. 34 do RLCE 2.0).

159. O Mapa de Riscos deve ser assinado por todos os integrantes da EPC, ressalvada impossibilidade devidamente motivada nos autos.

### III.7.5 - Termo de referência

160. 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*".

161. 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."

162. Portanto, é recomendável que o termo de referência elaborado para a contratação direta de bens, por meio de inexigibilidade de licitação, em razão da existência de fornecedor exclusivo, contenha, no que couber, todas essas informações, além também de previsões sobre tratamento de dados pessoais.

163. 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.7.5.1 - Definição do objeto (art. 35, inciso I, do RLCE 2.0)**

164. No que se refere especialmente ao objeto a ser adquirido, deve ser apresentada a sua clara descrição, com todas as informações indispensáveis para identificá-lo, inclusive em relação à qualidade e à quantidade (Acórdão de Relação TCU 537/2005-Segunda Câmara).

#### **III.7.5.2 - Fundamentação e justificativa da contratação (art. 35, inciso II, do RLCE 2.0)**

165. 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.7.5.3 - Descrição da solução como um todo, contendo inclusive os códigos dos catálogos de materiais, observada a natureza de despesa do objeto (art. 35, inciso III, do RLCE 2.0)**

166. O termo de referência também deve apresentar a completa descrição da solução, extraída do ETP, conforme abordado no item III.7.3.4 deste Parecer, com eventuais atualizações decorrentes do seu amadurecimento.

#### **III.7.5.4 - Requisitos da contratação (art. 35, inciso IV, do RLCE 2.0)**

167. Neste tópico do termo de referência devem ser transcritos os aspectos abordados no item III.7.3.2 deste Parecer, com eventuais atualizações, pois, após aprovação do ETP, pode haver amadurecimento em relação aos requisitos que a solução deverá atender.

#### **III.7.5.5 - Forma de fornecimento (art. 35, inciso V, do RLCE 2.0)**

168. Deve constar no termo de referência a dinâmica da contratação em relação à forma de fornecimentos dos bens, incluindo, por exemplo, as seguintes informações:

- a) a definição de prazo para início da execução do objeto a partir da assinatura do contrato, do aceite ou de instrumento equivalente;
- b) se a entrega do objeto se dará de única vez e em que prazo ou de forma futura e parcelada e, nesse último caso, de que modo;
- c) os locais e horários de entrega do objeto (art. 126, inciso III, do RLCE 2.0);
- d) demais especificações que se fizerem necessárias para o fornecimento do objeto.

#### **III.7.5.6 - Formalização de termo de contrato ou instrumento equivalente (art. 35, inciso VI, do RLCE 2.0)**

169. Em conformidade com o art. 152 do RLCE 2.0, é dispensável a redução a termo do contrato nas contratações por escopo de bens das quais 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."

170. São exemplos de obrigações futuras de que trata o art. 152 do RLCE 2.0 a entrega futura ou parcelada do objeto e, ainda, a prestação de assistência técnica (Acórdão TCU 4.489/2019-Segunda Câmara).

171. Logo, caso a aquisição 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.

172. 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).

173. Caso a aquisição 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.

174. 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 (22882722), 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.

175. Caso haja a previsão do recebimento de bens em comodato, deve ser necessariamente celebrado termo de comodato, conforme minuta indicada no Anexo II (22882750), que também deve ser rigorosamente seguida pela unidade assessorada, a quem também caberá se limitar ao preenchimento das informações referentes à contratação e à adoção ou não de cláusulas destacadas em vermelho itálico.

176. O termo de contrato ou instrumento equivalente e/ou o termo de comodato devem ser assinados 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).

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

178. No que se refere ao fornecedor, o termo de contrato ou instrumento equivalente e/ou o termo de comodato devem ser assinados: 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.

179. Com vistas a assegurar eficácia executiva do termo de contrato ou instrumento equivalente celebrado e/ou o termo de comodato, nos moldes definidos pelo art. 784 do Código de Processo Civil, é recomendável que sejam assinados também por duas testemunhas.

180. 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.7.5.6.1 - Prazo da contratação

181. A decisão sobre a necessidade de formalização de termo de contrato ou instrumento equivalente envolve também a delimitação do prazo da contratação.

182. 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."

183. O RLCE 2.0 não cria distinção em razão do objeto quando trata da duração dos contratos, até porque admite expressamente, no art. 125, inciso III, o fornecimento contínuo de bens.

184. Em vista disso, a vigência dos contratos de aquisição de bens, limitada ao prazo previsto no art. 147 do RLCE 2.0, deve ser definida a partir da estimativa do quantitativo necessário para todo o período, bem como de justificativa técnica para o prazo estabelecido.

185. De acordo com o entendimento do TCU (Decisão 202/2002-Primeira Câmara), o prazo de garantia dos bens adquiridos não deve ser incluído no período de vigência contratual, visto que aquela pode perdurar após a execução do contrato, sendo possível, inclusive, eventual aplicação de penalidade em caso de descumprimento de alguma de suas condições.

### **III.7.5.7 - 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)**

186. Especificamente para a aquisição de bens, o modelo de execução do objeto acaba coincidindo com a forma de fornecimento, que, por sua vez, já foi tratada no tópico III.7.5.5.

187. Fato é que devem constar no termo de referência os procedimentos para controle e fiscalização da execução contratual.

188. Afinal, 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).

189. 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."

190. 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;

(...);

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."

191. 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).

192. Entretanto, no caso de aquisições de bens em que haja ordem de fornecimento com valor superior a R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais), a EFC deverá ser formada com pelo menos três membros titulares, sendo um necessariamente representante da unidade requisitante (art. 164, § 6º, do RLCE 2.0).

193. Já 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).

194. 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).

195. 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).

196. 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).

197. 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).

198. 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.7.5.8 - Critérios de medição e pagamento, contendo inclusive as condições de aceitação do objeto (art. 35, inciso VIII, do RLCE 2.0)**

199. O termo de referência deve contemplar as condições de pagamento (que, por força do art. 125, inciso I, do RLCE 2.0, devem guardar semelhança com as do setor privado), 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).

200. 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.

(...)."

201. 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.

(...)."

202. Logo, o termo de referência também deve conter inclusive o cronograma de execução, com as datas das respectivas entregas, quando for o caso, e de recebimento provisório e definitivo (art. 126, inciso IV, do RLCE 2.0).

### III.7.5.9 - Forma de seleção do fornecedor (art. 35, inciso IX, do RLCE 2.0)

203. Deve constar no termo de referência as razões para a escolha da contratação direta, por meio de inexigibilidade de licitação, para aquisição do objeto pretendido, inclusive conforme os requisitos expostos no tópico III.5 deste Parecer Referencial, que tratam da caracterização da inviabilidade de competição, em razão da existência de fornecedor exclusivo.

### III.7.5.10 - Critérios de seleção do fornecedor (art. 35, inciso X, do RLCE 2.0)

204. 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).

205. 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.

206. 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 no âmbito da 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.

(...)."

207. Deve constar no termo de referência, necessariamente e 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."

208. 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.

209. 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 Conjuntura 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.

"(...)."

210. 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.

211. 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."

212. 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).

213. Nos casos de aquisições de bens para pronta entrega e pagamento cujos valores sejam superiores ao limite do inciso II do art. 79 do RLCE 2.0, poderá ser dispensado o requisito de habilitação de capacidade econômico-financeira, mediante prévia avaliação de riscos.

214. 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).

215. 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*".

216. 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 Selecionada - 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 inexigibilidade 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).

217. 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://inovcapacitacao.com.br/qual-e-a-diferenca-entre-qualificacao-tecnico-operacional-e-qualificacao-tecnico-profissional/>. Acesso em 06/07/2022).

218. A qualificação técnico-profissional ou técnico-operacional é aplicável, no que couber, à aquisição de bens.

219. 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, nas compras para entrega futura (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).

220. 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).

221. 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).

222. 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.7.5.11 - 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)**

223. 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."

224. 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).

225. 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.

226. 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.7.6 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.7.5.12 - Definição das responsabilidades das partes (art. 35, inciso XII, do RLCE 2.0)

227. 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.

228. 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.

229. 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.

(...)"

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

### III.7.5.13 - Sanções administrativas (art. 35, inciso XIII, do RLCE 2.0)

231. 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."

232. 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."

233. Devem, portanto, 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.

234. 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.

235. 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.

236. 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.7.5.14 - Garantia do produto, se exigida (art. 35, inciso XIV, do RLCE 2.0)**

237. O termo de referência igualmente deve contemplar, motivadamente, se haverá ou não a exigência de garantia contratual dos 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."

238. 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.7.5.15 - Garantia de execução (do contrato), se exigida (art. 35, inciso XV, do RLCE 2.0)**

239. 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.

(...)."

240. 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.7.5.16 - Critérios de sustentabilidade ambiental, social e econômica (art. 35, inciso XVI, do RLCE 2.0)

241. O termo de referência deve contemplar critérios de sustentabilidade ambiental, social e econômica. Sobre o assunto, remete-se às orientações feitas no item III.7.3.2 deste Parecer, cabendo a atualização, se necessário, do que foi definido no ETP.

### III.7.5.17 - Critérios e índices de reajuste, conforme o caso (art. 35, inciso XVII, do RLCE 2.0)

242. 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".

243. 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.

244. 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 imbróglgio 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).

245. 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 irreajustáveis 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.

246. A EPC deve definir, motivadamente, como critério de reajustamento de preço, o índice que melhor reflita a efetiva variação dos preços dos bens a serem fornecidos, 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.7.5.18 - Adequação orçamentária (art. 35, inciso XVIII, do RLCE 2.0)

247. 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.7.5.19 - Subcontratação e consórcios (art. 35, inciso XIX, do RLCE 2.0)

248. 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 Administração<sup>1</sup>. 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.

(...).

<sup>1</sup> 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).

249. Ademais, confira-se o que o RLCE 2.0 estabelece acerca do tema:

"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."

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

251. 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).

252. 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.

253. 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."

254. 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.7.5.20 - Alteração subjetiva (art. 35, inciso XX, do RLCE 2.0)

255. 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).

256. 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).

257. 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.7.5.21 - Matriz de riscos, se for o caso (art. 35, inciso XXI, do RLCE 2.0)

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

259. Confira-se, de início, 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."

260. 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*".

261. De acordo com o art. 9º, § 2º, do RLCE 2.0, a Matriz de Riscos pode ser estendida 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.

262. 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 Selecionada - Acórdão 2.616/2020- Plenário | Relator: Ministro Vital do Rêgo).

263. 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.7.5.22 - Cláusulas sobre o tratamento de dados pessoais

264. 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).

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

266. Também é recomendável que constem 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) encerrado 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.

267. 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.7.5.23 - Aprovação pela autoridade competente e assinatura de todos os membros da EPC

268. 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).

269. 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).

270. Referida 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).

271. É imprescindível que, por ser documento integrante do planejamento da contratação, o termo de referência contemple a assinatura de todos os integrantes da EPC.

272. 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.7.6 - Pesquisa de preços

273. 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 conterá 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."

274. 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.

275. Confira-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."

276. Consta-se, portanto, que, 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.

277. 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.

278. 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.

279. 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.

280. 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)

281. 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

282. 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.

283. 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**

284. 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.

285. 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)**

286. 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.

287. 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)**

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

289. Como o pressuposto da contratação direta de bens, por meio de inexigibilidade de licitação, fundamentada no art. 81, inciso I, do RLCE 2.0, é a inviabilidade de competição, em razão da existência de fornecedor exclusivo, não há que se falar a elaboração de minuta de instrumento convocatório.

290. Especificamente quanto à minuta do termo de contrato, faz-se remissão ao exposto no tópico III.7.5.6 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)**

291. 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.

292. 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*".

293. 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 aquisição 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)**

294. Uma vez aprovado este 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.

295. 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.

296. Recomenda-se que cada procedimento destinado à contratação direta de bens, por meio de inexigibilidade de licitação, fundamentada no art. 81, inciso I, do RLCE 2.0, em razão da existência de fornecedor exclusivo, seja instruído inclusive com cópia deste Parecer Referencial, bem como da lista de verificação obrigatória indicada no Anexo III (22882756) e da declaração de conformidade indicada no Anexo IV (22882768), devidamente preenchidas.

297. 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)**

298. 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.7.5.9.

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

299. Na hipótese de não ser ratificada a opção pela contratação direta de bens, por meio de inexigibilidade de licitação fundamentada na existência de fornecedor exclusivo 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**

300. 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.

301. 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**

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

303. Já 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*".

304. Por fim, 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*".

305. A esse respeito, veja-se como o TCU já 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 Seleccionada - Acórdão 1.392/2016 - Plenário | Relator: Ministro Benjamin Zymler).

306. 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

307. 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).

308. 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).

309. Além disso, em conformidade com os arts. 11 e 12 da Portaria-SEI n.º 8/2019 (0766081), as 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, mas, em se tratando daquelas cujo valor seja superior a R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais), devem ser previamente autorizadas pelo Presidente da Ebserh. 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.”

“Art. 12. As contratações ou prorrogações de contratos administrativos com valor igual ou superior a R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais) ou aquelas cujo objeto esteja disposto no art. 13 ficam condicionadas à autorização da Presidência da Ebserh.  
(...)”

310. 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"*.

311. 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).

312. 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).

313. 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

314. Este Parecer Referencial poderá ser adotado na contratação direta de bens, por meio de inexigibilidade de licitação, fundamentada no art. 81, inciso I, do RLCE 2.0, em razão da existência de fornecedor exclusivo, cabendo ao gestor observar, em cada procedimento, todas as orientações expostas.

315. 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.

316. 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.

317. 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.

318. 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)

**Cláudio Maldaner Bulawski**

Chefe do Setor Jurídico de Bens

Portaria n.º 1.253/2021

OAB/RS 78.614

(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 16/2022/SCAD/CONJUR/PRES-EBSERH, por seus 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 **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](https://sei.ebserh.gov.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0), informando o código verificador **22882421** e o código CRC **D8CFC992**.