



**PASSO A PASSO
PARA CONTRATAÇÃO**

ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

DIRETA, AUTÁRQUICA e FUNDACIONAL

1. Abertura do processo com a requisição e a justificativa para a contratação.

1.1 Fundamento legal:

1.1.1 Inexigibilidade de licitação:

Lei 8.666/93

Art. 25. É inexigível a licitação quando houver **inviabilidade de competição**, em especial:

I. para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros **que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo**, vedada a preferência de marca, devendo a comprovação de exclusividade ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes (sem grifos no original)

1.1.1.1 Inviabilidade de competição:

As contratações via inexigibilidade pressupõem a inviabilidade de competição, nos termos do que dispõe o art. 25, caput, da Lei 8.666/93.

Assim sendo, o órgão/entidade contratante deverá evidenciar que o BP, dentre os produtos similares eventualmente disponíveis no mercado, é o único que atenderá satisfatoriamente ao interesse público subjacente; demonstração esta, que poderá ser procedida mediante comparativo entre as funcionalidades e ferramentas disponibilizadas por cada uma das soluções existentes.

1.1.1.2 Atendimento aos requisitos do art. 25, inc. I, da Lei 8.666/93:

● Indicação do produtor, empresa ou representante comercial exclusivo para o seu fornecimento: além da demonstração, nos autos do processo, de que o BP se constitui no único produto apto a atender a necessidade pública a ser satisfeita; deverá ser igualmente evidenciado que se trata de produto comercializado por fornecedor exclusivo.

Com efeito, mesmo que o BP se revele como a única ferramenta apta a tal desiderato, se a sua comercialização for procedida por uma pluralidade de fornecedores, a instauração do competente processo licitatório será medida a se impor.

NOTA: Atualmente a NP Capacitação e Soluções Tecnológicas Ltda detém atestado de exclusividade emitido pela Assespro - Federação das Empresas Brasileiras de Tecnologia da Informação, relativamente à comercialização do Banco de Preços.

NOTA: As hipóteses de contratação por dispensa em razão do valor não requerem a juntada do atestado de exclusividade aos autos do processo, cabível esta, apenas no caso da contratação de produtos via inexigibilidade de licitação, com fundamento no art. 25, inc. I, da Lei 8.666/93.

1.1.2 Dispensa em razão do valor:

a contratação do BP poderá ser contratada por meio de dispensa em razão do valor, desde que atendido ao disposto no art. 24, inc. II, da Lei 8.666/93, ou seja, o valor da contratação deverá ser igual ou inferior ao limite de R\$ 17.600,00 (dezessete mil e seiscentos reais), somados todos os gastos de mesma natureza a serem assumidos ao longo do correspondente exercício financeiro.

Pergunta-se: e se houver duplo enquadramento? Qual fundamento legal a Administração deverá adotar para contratar o BP?

- Inexigibilidade de licitação versus dispensa em razão do valor.
- Duplo enquadramento: “... o que ocorrerá quando a situação se amoldar nas hipóteses de dispensa ou inexigibilidade e a despesa não ultrapassar os limites contidos nos incisos I ou II do art. 24 da Lei de Licitações e Contratos...”¹, de acordo com o entendimento do Tribunal de Contas da União (TCU) “... pode o administrador, desde que devidamente justificado nos autos, no âmbito do seu poder discricionário e em conformidade com o princípio da economicidade, adotar o fundamento legal que implique menor onerosidade à Administração Pública”².

NOTA: nos casos de duplo enquadramento, portanto, o entendimento adotado pela Corte de Contas federal é no sentido de que “... desde que os valores das contratações não ultrapassem os limites previstos nos incisos I e II do art. 24 da referida Lei, as dispensas podem ser fundamentadas nesses últimos incisos, dispensando-se assim formalidades desnecessárias e antieconômicas.”³

2. Instrução do processo:

A. De acordo com o art. 26, parágrafo único, da Lei 8.666/93:

A.1 Indicação das razões da escolha do fornecedor:

NOTA: Joel de Menezes NIEBUHR ao tratar da matéria, no âmbito da Lei 8.666/93, mas cujas considerações podem ser transpostas à seara da Lei 13.303/16, assim se manifestou:

“... há de se separar duas questões, uma é a escolha do futuro contratado, que não precisa amparar-se decisivamente no preço, outra é a justificativa do preço do futuro contrato, que deve ser compatível com o mercado, em face de pesquisa de preços que é realizada com antecedência e que pode ocorrer independentemente da consulta direta a qualquer fornecedor ou interessado, de acordo com a Instrução Normativa nº 05, da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, **a Administração goza de discricionariedade para a escolha do futuro contratado, desde que de maneira motivada. Sob essa perspectiva, não é obrigatório que em contratação direta haja alguma espécie de disputa entre possíveis interessados. Basta, apenas, que a escolha do futuro contratado seja motivada e que o preço seja compatível com o mercado**, o que não depende, insista-se, de cotação direta de preços com outros fornecedores ou interessados”⁴ (sem grifos no original).

NOTA: O Supremo Tribunal Federal (STF) ao tratar da matéria, igualmente sob a égide da Lei 8.666/93, assim se manifestou:

“Ementa: (...) INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO CARACTERIZADA PELA NOTÓRIA ESPECIALIZAÇÃO DOS PROFISSIONAIS CONTRATADOS, COMPROVADA NOS AUTOS, ALIADA À CONFIANÇA DA ADMINISTRAÇÃO POR ELES DESFRUTADA. PREVISÃO LEGAL. (...)”.

¹ TCU. Acórdão 1.336/06 – Plenário. ² TCU. Acórdão 1.336/06 – Plenário. ³ TCU. Acórdão 6.301/10 – Primeira Câmara.

⁴ NIEBUHR, Joel de Menezes. Dispensa e Inexigibilidade de Licitação Pública. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 79.

2. "Serviços técnicos profissionais especializados" são serviços que a Administração deve contratar sem licitação, **escolhendo o contratado de acordo, em última instância, com o grau de confiança que ela própria, Administração, deposite na especialização desse contratado. Nesses casos, o requisito da confiança da Administração em quem deseje contratar é subjetivo.** Daí que a realização de procedimento licitatório para a contratação de tais serviços - procedimento regido, entre outros, pelo princípio do julgamento objetivo - é incompatível com a atribuição de exercício de subjetividade que o direito positivo confere à Administração para a escolha do "trabalho essencial e indiscutivelmente mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato" (cf. o §1º do art. 25 da Lei 8.666/93). **O que a norma extraída do texto legal exige é a notória especialização, associada ao elemento subjetivo confiança.** Há, no caso concreto, requisitos suficientes para o seu enquadramento em situação na qual não incide o dever de licitar, ou seja, de inexigibilidade de licitação: os profissionais contratados possuem notória especialização, comprovada nos autos, além de desfrutarem da confiança da Administração" (sem grifos no original) (STF. Apelação 348/SC – Tribunal Pleno).

NOTA: neste mesmo sentido, vede: STF. Inquérito 3.077/AL – Tribunal Pleno.

NOTA: neste mesmo sentido, vede: STJ. Habeas Corpus 228.759/SC – Quinta Turma.

A.2 Justificativa do preço:

A.2.1 Em sede de dispensa em razão do valor:

NOTA: A justificativa do preço se dá mediante anexação de pesquisa de preços com outros fornecedores de objetos similares existentes no mercado.

A.2.2 Em sede de inexigibilidade de licitação:

NOTA: Em se tratando da justificativa do preço, em sede de inexigibilidade de licitação, vede o seguinte entendimento da AGU: "A razoabilidade do valor das contratações decorrentes de inexigibilidade de licitação poderá ser aferida por meio da comparação da proposta apresentada com os preços praticados pela futura contratada junto a outros entes públicos e/ou privados, ou outros meios igualmente idôneos" (Orientação Normativa 17/09).

NOTA: Em se tratando da justificativa do preço, em sede de inexigibilidade de licitação, vede as seguintes manifestações por parte do TCU: "Relatório: (...) VIII) dar ciência à (...) que deverão ser observados, em cada caso, e devidamente justificados e formalizados no processo de contratação, o seguinte: (...)

b) no caso de inexigibilidade de contratação de consultorias, a definição do valor exige a comparação com os preços praticados pelo fornecedor junto a outras instituições públicas ou privadas, observada a proporcionalidade entre os objetos, os produtos esperados e respectivos prazos de entrega, a qualidade e quantidade da mão de obra utilizada em cada contratação, nos termos do art. 26, parágrafo único, Inciso III, da Lei 8.666/1993 e art. 30, §3º, inciso III, da Lei 13.303/2016 (Acórdãos 1565/2015-TCU-Plenário, Relator Ministro Vital do Rego, e 1403/2010-TCU-Plenário, Relator Ministro Raimundo Carreiro) ;

VOTO: (...) Ainda no tocante à seleção das consultorias, resta analisar a questão dos preços contratados. Quanto a isso, verifico que alguns precedentes desta Corte reconheceram a dificuldade de justificar o preço nos casos de inexigibilidade à luz de propostas de outros fornecedores ou prestadores, razão pela qual foi nascendo o entendimento de que a razoabilidade do preço poderia ser verificada em função da atividade anterior do próprio particular contratado (nessa linha, item 9.1.3 do Acórdão 819/2005-TCU-Plenário).

Tal situação culminou na expedição, pela Advocacia-Geral da União (AGU), da Orientação Normativa 17/2009, inicialmente com a seguinte redação: “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 órgãos públicos ou pessoas privadas”.

Esta linha de raciocínio vem evoluindo no seio da Administração Pública (vide Portaria-AGU 572/2011) e sendo convalidada pelo Tribunal, como nos Acórdãos 1.565/2015, 2.616/2015 e 2.931/2016, todos do Plenário.

No presente caso, verifico que a (...) **logrou demonstrar a adequação dos preços contratados levando em conta os valores praticados pelas empresas em outros contratos por elas mantidos, ou seja, foi demonstrada a equivalência dos valores cobrados da Administração com os valores praticados pelas contratadas em outros ajustes contemplando o mesmo objeto ou objeto similar**” (sem grifos no original) (TCU. Acórdão 2.993/18 – Plenário).

“Acórdão: (...) 9.1. determinar ao (...) que: (...) 9.1.3. quando contratar a realização de cursos, palestras, apresentações, shows, espetáculos ou eventos similares, **demonstre, a título de justificativa de preços, que o fornecedor cobra igual ou similar preço de outros com quem contrata para evento de mesmo porte**, ou apresente as devidas justificativas, de forma a atender ao inc. III do parágrafo único do art. 26 da Lei 8.666/1993” (sem grifos no original) (TCU. Acórdão 819/05 – Plenário).

“Relatório: (...) 48. Finalmente, não é demais registrar que, no caso de qualquer contratação direta, o preço ajustado deve ser coerente com o mercado. **No caso específico do treinamento de servidores, acreditamos que o contratante deva certificar-se de que o preço seja compatível com o de outros contratos firmados no âmbito do próprio órgão e da Administração em geral, permitida a graduação em função da excelência do notório especialista contratado**” (sem grifos no original) (TCU. Decisão 439/98 – Plenário).

NOTA: Marçal JUSTEN FILHO ao tratar da matéria, assim se manifestou:

“A razoabilidade do preço deverá ser verificada em função da atividade anterior e futura do próprio particular. O contrato com a Administração Pública deverá ser praticado em condições similares com as adotadas pelo particular para o restante de sua atividade profissional. Não é admissível que o particular, prevalecendo-se da necessidade pública e da ausência de outros competidores, eleve os valores contratuais. Nessa acepção é que se deve entender a expressão “superfaturamento” contida no art. 25, §2º. O superfaturamento não se caracteriza nem como um preço “falso” nem como um lucro excessivo, mas como uma elevação injustificada do valor para execução de uma determinada prestação.”⁵

B. Demonstração da regularidade fiscal perante o FGTS e o INSS: neste sentido, vede: TCU. Acórdão 1.365/10 – Segunda Câmara.

C. Parecer Jurídico: recomendação de análise e aprovação do processo de contratação direta (dispensa ou inexigibilidade) pela Assessoria Jurídica.

⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. Op. cit., p. 629-630.

NOTA: no que diz respeito à análise e aprovação do processo de contratação direta pela Assessoria Jurídica, o entendimento da Advocacia-Geral da União (AGU) sobre o assunto varia a depender do valor da contratação:

“Somente é obrigatória a manifestação jurídica nas contratações de pequeno valor com fundamento no art. 24, I ou II, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, quando houver minuta de contrato não padronizada ou haja, o administrador, suscitado dúvida jurídica sobre tal contratação. Aplica-se o mesmo entendimento às contratações fundadas no art. 25 da Lei nº 8.666, de 1993, desde que seus valores subsumam-se aos limites previstos nos incisos I e II do art. 24 da Lei nº 8.666, de 1993” (Orientação Normativa 46/14).

3. Empenho: neste sentido, vede: Lei 4.320/64: “Art. 60. É vedada a realização de despesa sem prévio empenho.”

4. Ratificação do processo pela Autoridade Superior: neste sentido, vede Lei 8.666/93, art. 26, caput:

a. Para dispensas de licitação não contempladas pelo art. 24, incs. I e II, da Lei 8.666/93;

b. Para inexigibilidades de licitação.

5. Publicação do ato de ratificação na Imprensa Oficial:

a. Para as dispensas de licitação cujos valores superem os limites do art. 24, incs. I e II, da Lei 8.666/93 (neste sentido, vede: TCU. Acórdão 1.336/06 – Plenário⁶ e Orientação Normativa 34/11 da AGU);⁷

b. Para inexigibilidades de licitação cujos valores superem os limites do art. 24, incs. I e II, da Lei 8.666/93 (neste sentido, vede: TCU. Acórdão 1.336/06 – Plenário e Orientação Normativa 34/11 da AGU).

⁶ Acórdão: (...) 9.2. determinar à Secretaria de Controle Interno do TCU que reformule o “SECOI Comunica nº 06/2005”, dando-lhe a seguinte redação: “a eficácia dos atos de dispensa e inexigibilidade de licitação a que se refere o art. 26 da Lei 8.666/93 (art. 24, incisos III a XXIV, e art. 25 da Lei 8.666/93), está condicionada a sua publicação na imprensa oficial, **salvo se, em observância ao princípio da economicidade, os valores contratados estiverem dentro dos limites fixados nos arts. 24, I e II, da Lei 8.666/93**” (sem grifos no original).

⁷ AGU. Orientação Normativa 34/11: “As hipóteses de inexigibilidade (art. 25) e dispensa de licitação (incisos III e seguintes do art. 24) da lei nº 8.666, de 1993, cujos valores não ultrapassem aqueles fixados nos incisos I e II do art. 24 da mesma lei, dispensam a publicação na imprensa oficial do ato que autoriza a contratação direta, em virtude dos princípios da economicidade e eficiência, sem prejuízo da utilização de meios eletrônicos de publicidade dos atos e da observância dos demais requisitos do art. 26 e de seu parágrafo único, respeitando-se o fundamento jurídico que amparou a dispensa e a inexigibilidade.”