



Governo do Estado do Rio de Janeiro
Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão
Assessoria Jurídica

Parecer N.º 21/2023 SEPLAG/ASSJUR - MSB/ITL

Processo administrativo eletrônico N.º SEI-120001/001016/2023

**DIREITO ADMINISTRATIVO.
EDITAL DE LICITAÇÃO.
REGISTRO DE PREÇOS NA
MODALIDADE PREGÃO
ELETRÔNICO, DO TIPO MENOR
PREÇO POR MAIOR DESCONTO
PERCENTUAL. PRESTAÇÃO DE
SERVIÇOS DE AGENCIAMENTO
DE VIAGENS.**

**(1) ANÁLISE DO ATENDIMENTO
DOS REQUISITOS DA FASE
PREPARATÓRIA DA
CONTRATAÇÃO PÚBLICA
(DECRETO ESTADUAL N.º
46.642/2019), CUMPRIMENTO
PARCIAL.**

**(2) PARECER NO SENTIDO DA
INEXISTÊNCIA DE ÓBICES
JURÍDICOS.**

1. RELATÓRIO:

Trata-se de processo administrativo que versa sobre certame licitatório, na modalidade Pregão, instaurado para elaboração de Ata de Registro de Preços para contratação de “*prestação de serviços de agenciamento de viagens*”.

Os presentes autos foram encaminhados a esta d. Assessoria Jurídica, pela i. Subsecretaria de Logística, para análise jurídica nos termos do art. 38, parágrafo único, da Lei n.º 8.666/1993. Instrui-se o presente procedimento com os seguintes documentos:

(i) Requisição do objeto (Indexador n.º 47584959);

- (ii) *Estudo Técnico Preliminar (Indexador nº 49820433);*
- (iii) *Última versão do Termo de Referência (Indexador nº 63374522) e anexos (indexadores nº 63374296, 63375018, 63423106);*
- (iv) *Mapa de Riscos (Indexador nº 56000745);*
- (v) *Última versão da Minuta de Edital de Pregão Eletrônico e anexos (Indexadores nº 63491846);*
- (vi) *Relatório de Pesquisa de Mercado (Indexador nº 61860856);*
- (vii) *Plano de Suprimentos (Indexadores nº 57293721, 57445275, 57445306, 57773416, 57773443, 57773252, 60271234, 60272266 e 60279605);*
- (viii) *Checklist (Indexador nº 62090652);*
- (ix) *Despacho de solicitação de análise e emissão de parecer (Indexador nº 62109836);*
- (x) *Despacho com reforço da instrução processual (indexador nº 63492099).*

Assim, vêm os autos a esta Assessoria Jurídica, nos termos do despacho da i. Subsecretaria de Logística desta Pasta, solicitando avaliação e emissão de parecer.

Feito o relatório, passamos a opinar.

2. FUNDAMENTAÇÃO:

2.1. LIMITES DA ANÁLISE JURÍDICA

Nos termos do art. 4º, inciso II, do Decreto (RJ) nº 40.500/2007 com a redação dada pelo Decreto (RJ) nº 46.552/2019, às Assessorias Jurídicas das Secretarias de Estado compete “*assessorar os Titulares das Pastas e das entidades da Administração Indireta juridicamente e no controle interno da legalidade, inclusive a respeito da interpretação de atos normativos, de atos editados pelo Poder Público, de contratos e outros instrumentos celebrados pela Administração*”. Não compete ao órgão de assessoramento jurídico adentrar no mérito da conveniência e oportunidade dos atos praticados pela Administração Pública, tampouco analisar aspectos de natureza eminentemente técnico-administrativa.

O exame das propostas encaminhadas a esta Assessoria Jurídica, portanto, se restringe a seus contornos jurídicos; não sendo apreciados aspectos técnicos e econômicos, uma vez que tais matérias extrapolam a expertise e competência deste órgão de assessoramento jurídico. Desta forma, a presente análise limitar-se-á aos aspectos jurídicos que norteiam a consulta, mais especificamente, quanto à possibilidade jurídica da contratação pretendida.

2.2. LEGISLAÇÃO APLICÁVEL

É relevante pontuar, inicialmente, que houve a publicação da Nova Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº. 14.133/2021). No âmbito do direito

intertemporal, a legislação supracitada expressamente prevê que os contratos que serão celebrados pela Administração até dois anos a partir de sua publicação poderão seguir, de acordo com a vontade do gestor: (i) a Lei nº. 8.666/1993, a Lei nº. 10.520/2002 e os artigos 1º a 47-A da Lei nº. 12.462/2011 ou (ii) a nova Lei nº 14.133/2021, sendo vedada aplicação combinada das legislações.

O presente processo administrativo foi instruído com base na Lei nº 8.666/1993. Assim, a presente análise terá como pressuposto a opção pela aplicação da Lei nº. 8.666/1993.

De todo modo, conforme o art. 191 da Lei nº 14.133/2021, é necessário que haja indicação expressa no “*edital ou no aviso ou instrumento de contratação direta*” que a legislação aplicável é a Lei nº 8.666/1993 e a Lei nº 10.520/2002. Verifica-se, que há menção a aplicação da Lei nº 8.666/1993 e da Lei nº 10.520/2002 nas minutas de edital e de contrato (Indexador nº 63491846).

2.3. O SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇOS (SRP).

Pois bem. O Sistema do Registro de Preços pode ser conceituado, nas esclarecedoras palavras de Flávio Amaral Garcia^[1], como

“um sistema (não é modalidade de licitação) que visa a uma racionalização nos processos de contratação de compras públicas e de prestação dos serviços. Sua finalidade precípua é maximizar o princípio da economicidade, permitindo à Administração Pública celebrar o contrato administrativo na exata medida e no momento de sua necessidade, sempre precedido de licitação, qualquer que seja o valor efetivo a ser praticado em cada situação específica. A idéia é realizar uma grande licitação, que reúna diversas unidades orçamentárias distintas, com os preços ficando registrados em ata, de modo que o fornecedor seja convocado na medida da conveniência dos órgãos que integraram a licitação.

(...)

J.C. MARIENSE ESCOBAR traz a seguinte conceituação: ‘Registro de preços é o sistema pelo qual, mediante concorrência, seleciona-se proposta de preços unitários a serem utilizados pela Administração em contratos futuros destinados à aquisição de bens ou contratação de serviços, de consumo e uso frequentes. Esses contratos poderão ser celebrados durante certo período, tantas vezes quantas se fizerem necessárias, dentro dos limites quantitativos que forem preestabelecidos no edital.’

Deve se pontuar, aqui, que houve a publicação de uma nova lei geral de licitações e contratos administrativos (Lei nº. 14.133/2021). No âmbito do direito intertemporal, a legislação supracitada expressamente prevê que os contratos que serão celebrados pela Administração até dois anos a partir de sua publicação poderão seguir, de acordo com a vontade do gestor: (i) a Lei nº. 8.666/1993, a Lei nº. 10.520/2002 e os artigos 1º a 47-A da Lei nº. 12.462/2011 ou (ii) a nova Lei nº 14.133/2021, sendo vedada aplicação combinada das legislações^[2].

Verifica-se que o presente processo administrativo foi instruído com base na Lei nº 8.666/1993, conforme supracitado.

Nesse sentido, a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, em seu artigo 15, inciso II,

preleciona que, sempre que possível, as compras realizadas pela Administração Pública serão processadas através de Sistema de Registro de Preços. O legislador fez a previsão de forma genérica e determinou no parágrafo 3º do mesmo dispositivo que o Sistema de Registro de Preços seria regulamentado por decreto, atendidas as peculiaridades regionais e observadas as seguintes condições: seleção feita mediante concorrência ou pregão eletrônico (conforme art. 11 da Lei Federal nº 10.520/2002), estipulação prévia do sistema de controle e atualização dos preços registrados e validade do registro não superior a um ano.

Em âmbito estadual, o tema é regulamentado pelo Decreto estadual nº 46.751, de 27 de agosto de 2019^[3], que dispõe em seu art. 10 que “a licitação para registro de preços será realizada na modalidade de concorrência, do tipo menor preço, nos termos da Lei nº 8.666, de 1993, ou na modalidade de pregão, nos termos da Lei nº 10.520, de 2002, e será precedida de ampla pesquisa de mercado”.

Ademais, conforme colacionado no referido diploma legal, o Sistema de Registro de Preços (SRP) será adotado preferencialmente (i) quando pelas características do serviço, bem ou equipamento, houver necessidade de contratações frequentes; (ii) quando for mais conveniente à aquisição de bens ou equipamentos com previsão de entregas parceladas ou contratação de serviços necessários aos órgãos e entidades da Administração Pública para o desempenho de suas atribuições; (iii) quando for conveniente a contratação de serviços, aquisição de bens ou equipamentos, para atendimento a mais de um órgão ou entidade ou a programas de governo; e/ou (iv) quando pela natureza do objeto não for possível definir previamente o quantitativo a ser demandado pela Administração Direta e Indireta (artigo 3º).

Sobre o tema, importante ressaltar que há orientação traçada pela d. Procuradoria Geral do Estado para elaboração do Sistema de Registro de Preços, na forma do Enunciado nº 27 – PGE, *in verbis*:

“Enunciado n.º 27 - PGE: Sistema de Registro de Preços

1. O Sistema de Registro de Preços deve ser utilizado, sempre que possível, na contratação de bens e serviços, quando esta ocorrer com frequência (art. 15, II, da Lei nº 8.666/93) ou nas hipóteses do art. 3º do Decreto Estadual nº 46.751/2019.

2. Devem os órgãos participantes observar os seguintes parâmetros:

(i) constatação da vigência da Ata de Registro de Preços;

(ii) realização de prévia pesquisa de mercado para aquilatar se os preços registrados continuam sendo vantajosos, podendo a atualidade do preço registrado ser validada se os extratos da ata tiverem sido publicados há menos de 180 dias ou se o órgão gerenciador houver promovido a atualização semestral dos preços;

(iii) caso a pesquisa de mercado aponte para valores menores do que o registrado em ata de registro de preços, o órgão gerenciador deverá ser comunicado formalmente, para fins de negociação com o fornecedor registrado;

(iv) constatação da existência de crédito orçamentário para fazer face às despesas no exercício e respectiva autorização da reserva pela autoridade competente;

3. O prazo de vigência da ata de registro de preços não poderá ultrapassar 12 (doze) meses, computadas neste as eventuais prorrogações. (art. 16)

4. O contrato administrativo decorrente de registro de preços deve ser formalizado dentro do prazo de validade da respectiva Ata, sujeitando-se, a partir de então, à disciplina da Lei Federal nº 8.666/93, em especial o art. 57, no que se refere ao prazo de vigência e eventuais prorrogações.

5. Tratando-se de contratação realizada na condição de órgão aderente à Ata de Registro de Preços, além da justificativa da contratação, as seguintes condições deverão ser atendidas:

(i) cotejo entre a necessidade da contratação e o objeto registrado em ata;

(ii) comprovação da vantagem da adesão por meio da realização de estudo que demonstre a viabilidade e a economicidade;

(iii) anuência da contratação pelo órgão gerenciador;

(iv) aceitação da contratação pelo fornecedor;

(v) manutenção das condições estabelecidas no edital, no contrato ou no Termo de Referência, que não podem ser alteradas pelo órgão aderente;

(vi) observância do limite de cinquenta por cento dos quantitativos dos itens do instrumento convocatório e registrados na Ata de Registro de Preços;

(vii) prazo de 90 dias para se efetivar a aquisição ou contratação solicitada, observando-se o prazo de vigência da ata.

(viii) comunicação prévia ao Órgão Central do Sistema Logístico e ao gerenciador da respectiva família de bens ou serviços.

(Pareceres n.ºs 10/99-FAG; 09/10-HBR; 37-11-DBL; 4/11-DBL; 09/08-FAG, 020/08-HGA, 04/09-CCM, 028/10-HGA; 031/10-HGA; 36/11-DBL/PG-15; 27/2012-APCBCA/PG-15; 14/DAMFA-PG-15/2015; 36/2015-RCG/PG-15; 13/2016-APCBCA/PG-15; 20/HGA/PG-15/2016; 24/HGA/PG-15/2016; 16/2016-FMBM/PG-15; 4/2017-RAT/PG-15; 16/2017-RAT/PG-15; 25/DAMFA-PG-15/2017, 26/DAMFA-PG-15/2017 e 18/DAMFA-PG-15/2019) Publicado: DO I, de 13/08/2012 Pág. 17 Publicado: DO I, de 22 /12/2017 Pág. 38 – Alteração na redação. Publicado: DO I, de 04 /02/2020 Pág. 36 – Alteração na redação”.

Nesse contexto, o setor técnico, conforme manifestação constante do indexador n.º 49820433, enxergou potencial para a obtenção de grandes benefícios em decorrência da centralização do objeto, com o aumento do poder de barganha, a obtenção de economia de escala e a redução dos custos de transação, justificando a adoção da sistemática do Registro de Preços nos seguintes termos:

“(…) Finalmente, alinhado às exigências desta Pasta na qualidade de Órgão Central do Sistema Logístico, concluímos que o Sistema de Registro de Preços é a solução viável, tendo em vista:

Contratações frequentes/recorrentes dos mesmos serviços, caracterizando a necessidade contínua e comum de suas contratações, tendo em vista, também, que neste cenário não é possível mensurar previamente o quantitativo total a ser fornecido do produto ao longo do exercício financeiro, de forma a não permitir a realização de contratação convencional, o que ocasionaria riscos ao Erário; e

Promoção da gestão centralizada do serviço que, em total alinhamento com as regras estabelecidas no Decreto n.º 47.525/2021, possibilita a obtenção de indicadores de qualidade, desempenho, disponibilidade, utilização de recursos e custos de forma mais ágil e exata, permitindo melhor planejamento, tomadas de decisão e ações rápidas, cada vez mais demandadas pelo ambiente produtivo desenvolvido no âmbito do ERJ;”

2.4. MODALIDADE DA LICITAÇÃO. PREGÃO ELETRÔNICO.

Verifica-se que o administrador optou pela modalidade licitatória pregão eletrônico por considerar que o objeto a ser licitado insere-se no conceito de “bens e serviços comuns” previsto na Lei n.º 10.520/2002.

Segundo o disposto na legislação de regência, os bens e serviços comuns são “identificados como aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, mediante as especificações usuais do mercado” (art. 1º, parágrafo único, da Lei n.º 10.520/2002), vale dizer, “bens de aquisição rotineira e habitual, cujas características encontrem no mercado padrões usuais de especificação, envolvendo critérios de julgamento rigorosamente objetivos”^[4].

Nesta linha de raciocínio, ter o produto ou serviço disponível em mercado próprio significa que o pregão poderá ser adotado sempre que a Administração puder localizar em um mercado (que represente atividade econômica estável e habitual), sem qualquer dificuldade, o objeto de que necessita. Decorre daí a impossibilidade de aplicação do pregão para objetos que apresentem características peculiares ou que demandem inovações destinadas a atender necessidades próprias e exclusivas da Administração. Já a padronização indica que as qualidades e atributos do objeto a ser selecionado são predeterminados, com características invariáveis ou sujeitas a diferenças mínimas e irrelevantes. Por último, e talvez mais importante, ser “comum” não é um atributo essencial ao bem ou serviço, mas sim uma qualidade circunstancial a eles extrínseca. Quanto ao ponto, Marçal Justen Filho^[5] observa:

“Portanto, não é possível reconhecer a existência de um bem ou serviço comum pelo exame dele próprio. Tal como acima afirmado, somente se podem licitar por meio de pregão os bens ou serviços disponíveis no mercado. Daí se segue a necessidade de examinar o mercado, para verificar se o objeto está ou não disponível. Portanto, é impossível afirmar, por exemplo, que ‘computador’ é bem comum. A asserção, realizada nestes termos abstratos, é absolutamente incorreta. Um computador, como qualquer outro bem, pode ser comum. Tal ocorrerá quando a Administração objetivar a aquisição de computador disponível no mercado.

Antecipe-se, desde logo, que essa advertência é extremamente relevante a propósito da interpretação de qualquer ‘lista’ regulamentar de bens e serviços comuns. Não basta o objeto estar referido na lista, mas é indispensável a verificação da realidade. Além do que, como observa com maestria Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, ‘mesmo em se tratando de bem ou serviço comum, pode a Administração definir características que restringem a competição, desde que tenha por objetivo assegurar a qualidade ou o melhor desempenho e que essas restrições sejam facilmente compreendidas no mercado, e que nos termos do art. 3º, inc. III, da Lei nº 10.520/02 sejam justificadas nos autos do processo’”.

No âmbito do Estado do Rio de Janeiro, o pregão é regulado pelos Decretos nº 31.863/02 (presencial) e nº 31.864/02 (eletrônico), ambos regulamentados pela Resolução SEPLAG nº 429 de 13.01.2011.

Ressalte-se, por fim, que incumbe aos setores técnicos a caracterização do bem ou serviço que se pretende licitar como comum. No Indexador nº 49820433, consta manifestação do setor técnico acerca do tema no seguinte sentido: *“Sugere-se a seleção do fornecedor através de procedimento licitatório, na modalidade Pregão Eletrônico, conforme previsão positivada no art. 1º da Lei nº 10.520/2002^[57], visto que se trata de serviço comum, na forma da tese defendida no item 8 deste estudo.”.*

2.5. PLANO DE SUPRIMENTOS.

O Decreto estadual nº 46.751, de 27 de agosto de 2019, trouxe a seguinte disposição acerca do procedimento preliminar para Registro de Preços:

“Art. 5º - O procedimento de Registro de Preços inicia-se com o Plano de Suprimentos (PLS), instrumento de planejamento que dá publicidade ao procedimento, através do Sistema Integrado de Gestão de Aquisições (SIGA), e deverá ser utilizado pelos órgãos e entidades para registro e divulgação dos itens a serem licitados e para a realização dos atos previstos nos incisos III e VI, do caput do art. 6º e dos atos previstos no inciso II e caput do art. 7º.”

Nesse contexto, constam os Indexadores nº 57293721, 57445275, 57445306, 57773416, 57773443, 57773252, 60271234, 60272266 e 60279605.

No Plano de Suprimentos nº 1034/2023 (indexador nº 60272266) consta um item de serviço “1 - *SERVICO DE AQUISICAO DE PASSAGENS AEREAS, DESCRIÇÃO: PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE AGENCIAMENTO DE VIAGENS, COMPREENDENDO O FORNECIMENTO DE PASSAGENS AÉREAS NACIONAIS E INTERNACIONAIS, RESERVA, EMISSÃO, MARCAÇÃO, ENDOSSO, ENTREGA DE BILHETES, RESERVA DE HOTEIS E SERVIÇOS CORRELATOS. Código do Item: 0109.001.0001 (ID - 55869)*”.

O setor técnico, no Indexador nº 60271234, ainda informa que: “*Cumpre esclarecer que todos os 64 Órgãos listados apresentaram confirmação dos valores apresentados inicialmente e validação das condições de negócio da contratação, conforme ANEXO II - E-mail de Anuência dos Órgãos (SEI 60279605)*”.

2.6. ATENDIMENTO DOS REQUISITOS ESTABELECIDOS NO DECRETO ESTADUAL Nº 46.642/2019, QUE REGULAMENTA A FASE PREPARATÓRIA DAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS NO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

O artigo 10 do Decreto (RJ) nº 46.642/2019, que regulamenta a fase preparatória das contratações públicas no âmbito do Estado do Rio de Janeiro, estabelece os atos que devem instruir o respectivo procedimento administrativo:

Art. 10 do Decreto Estadual nº 46.642/2019 - A fase preparatória da contratação deverá observar os seguintes atos, preferencialmente nesta sequência:

- I - previsão da demanda no Plano Anual de Contratações do órgão ou entidade;
- II - justificativa da contratação;
- III - elaboração de estudo técnico preliminar, quando aplicável;
- IV - elaboração de mapa de riscos, quando aplicável;
- V - elaboração do termo de referência ou, quando for o caso, do projeto básico e do projeto executivo, e aprovação pela autoridade competente;
- VI - requisição e definição do objeto, de acordo com o catálogo de materiais e serviços do Sistema Integrado de Gestão de Aquisição do Estado do Rio de Janeiro - SIGA;
- VII - autorização da contratação pela autoridade competente para o início do procedimento;
- VIII - estimativa do valor da contratação;
- IX - indicação dos recursos orçamentários para fazer face à despesa;
- X - verificação da adequação orçamentária e financeira, autorização pelo ordenador de despesa e respectiva reserva orçamentária;
- XI - elaboração das minutas do edital, do contrato ou instrumentos congêneres; e
- XII - exame e aprovação das minutas do edital, do contrato ou instrumentos congêneres pelos órgãos de assessoramento jurídico do órgão ou entidade.

Passa-se, assim, à verificação do atendimento dos requisitos supramencionados.

2.6.1. INCISO I: PREVISÃO DA DEMANDA NO PLANO ANUAL DE CONTRATAÇÕES DO ÓRGÃO.

Consta dos presentes autos manifestação justificando a não previsão no Plano Anual de Contratações (indexador nº 62099910):

“IV. Justificativa pela não previsão da demanda no Plano Anual de Contratações

O objeto do presente procedimento é o atendimento à Política de Gestão Estratégica de Suprimentos e Política de Compras Centralizadas no âmbito do Poder Executivo do Estado do Rio de Janeiro, conform instituídas pelo Decreto Estadual nº 47.525/21, não compreendendo a contratação dos serviços pc parte deste Órgão Central de Logística, na qualidade de Órgão Gerenciador deste processo licitatório e registro de preços.

Por essa razão, a previsão deste procedimento no Plano de Contratação Anual - PCA do Órgã Gerenciador não é aplicável, uma vez que não atende ao que é suscitado pela lógica do instrumento e n que é previsto na Resolução SEPLAG Nº 122/2022, que dispõe sobre o Plano de Contratação Anual PCA, em seu art. 5º:

§ 4º – As contratações que não impliquem em despesa a ser empenhada não constarão do PCA.

Ainda, ressalta-se que as contratações advindas das Atas de Registro de Preços, promovidas pelo Órgã Central de Logística, se realizam de forma descentralizada pelos órgãos e entidades participantes aderentes, por consequência, a previsão da contratação deverá ser prevista no PCA de cada órgão entidade contratante, não cabendo esta previsão ao Órgão Central do Sistema Logístico”.

2.6.2. INCISO II: JUSTIFICATIVA DA CONTRATAÇÃO.

A SEPLAG pretende, no presente processo, efetivar a “*Contratação Centralizada de Serviços de Agência de Viagens, a ser instrumentalizada através de Sistema de Registro de Preços, de modo a atender a demanda do Poder Executivo do Estado do Rio de Janeiro,*”, conforme manifestação acostada no Indexador nº 62109836. No que tange à necessidade que se pretende atender com o presente procedimento, verifica-se que o setor técnico, no indexador nº 63374522, expõe no seguinte sentido:

“1 - DO OBJETO:

1.1. O objetivo deste Termo de Referência é estabelecer as condições que irão referenciar a contratação pública para prestação de serviços de Agência de Viagens, consistindo em: reserva, cancelamento, marcação, remarcação, emissão e entrega de bilhetes de passagens aéreas no âmbito nacional e internacional; emissão de seguro de assistência em viagem internacional; e, acessoriamente, reserva de hotéis e traslado através de Pregão Eletrônico para Registro de Preços, visando suprir as necessidades dos Órgãos e Entidades da Administração Pública do Estado do Rio de Janeiro, de acordo com as condições e especificações constantes neste Termo de Referência, em conjunto com o Instrumento Convocatório.

1.2. Justificativa

Após avaliação realizada pela Subsecretaria de Logística, com base em análise comparativa de dados das compras públicas estaduais e informações sobre o mercado, identificou-se que a demanda pelos serviços de contratação de agências de viagens constitui uma necessidade em

comum dos Órgãos e Entidades da Administração Pública do Estado do Rio de Janeiro.

Para atender essa necessidade em comum e para proporcionar maior eficiência, racionalidade e padronização às compras públicas, decidiu-se que a SEPLAG deveria centralizar a licitação para contratação do serviço de Agência de Viagens, utilizando como instrumento o Sistema de Registro de Preços, por se tratar de demandas futuras, frequentes, parceladas e incertas.

A avaliação de mercado buscou as opções disponíveis para atender às necessidades de prestação de serviços de Agência de Viagens para o Governo estadual. Em primeiro lugar, foi feita uma pesquisa de benchmarking junto a outros entes federativos para identificar as soluções que são costumeiramente contratadas. Depois, foi feita pesquisa documental sobre o panorama desse mercado. A decisão na escolha por este modelo de contratação se baseou nas conclusões do Estudo Técnico Preliminar.

O modelo traz avanços incrementais ao objeto licitado para a ATA DE REGISTRO DE PREÇOS SEPLAG Nº 001/2022, pensando na otimização da contratação, em busca de melhor utilização dos modelos de contratação de mercado da atualidade.

A contratação centralizada de passagens aéreas está enquadrada como item de Categorias Estratégicas da Política Estadual de Gestão Estratégica de Suprimentos – GES, com fundamentos no Decreto Estadual nº 47.525 de 17 de março de 2021. Assim, é da Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão a responsabilidade em promover as compras centralizadas das Categorias Estratégicas da Política Estadual de Gestão Estratégica de Suprimentos – GES, viabilizar a contratação de passagens aéreas, por intermédio da Superintendência de Contratações Centralizadas, da Subsecretaria de Logística.

O pretendido Registro de Preços, regido pelo art. 15, inciso II da Lei nº 8.666/1993 c/c o Decreto nº 46.571/2019, se trata de prestação de serviços caracterizados como comuns, com fundamentos no parágrafo único, do art. 1º, da Lei Federal nº 10.520/2002, uma vez que os padrões de desempenho e qualidade serão objetivamente definidos considerando especificações usuais no mercado.

O objeto será executado segundo o regime de execução de empreitada por preço unitário, nos termos do art. 6º, inciso VIII, alínea “b”, da Lei nº 8.666/93.”.

Também consta no item V do SEI n. 62099910 justificativa para a contratação.

2.6.3. INCISO III: ELABORAÇÃO DE ESTUDO TÉCNICO PRELIMINAR.

O Estudo Técnico Preliminar (ETP), exigido pelo artigo 10, inciso III, do Decreto Estadual nº 46.642/2019, consta do Indexador nº 49820433.

A elaboração de estudo técnico preliminar constitui a primeira etapa do planejamento de uma contratação (planejamento preliminar) e tem como objetivo: assegurar a viabilidade técnica da contratação e embasar o termo de referência, que somente é elaborado se a contratação for considerada viável. Trata-se, portanto, de exigência que visa a evitar que a contratação não produza os resultados capazes de atender à necessidade da administração, com consequente desperdício de recursos.

O ETP apresentado nos presentes autos descreve a necessidade do Estado nos seguintes termos, *in verbis*:

“2. NECESSIDADE DE CONTRATAÇÃO

O Governo do Estado do Rio de Janeiro é responsável pela administração e gestão do Estado com auxílio direto de 30 Secretarias de Estado [2], mais a Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado [3], e a Procuradoria do Estado do Rio de Janeiro, órgão responsável pela representação judicial e a consultoria jurídica do

Estado[4], além de outros órgãos da Administração Indireta.

Insta salientar que o Poder Executivo detém, no âmbito de suas competências, função de preponderância típica administrativa de planejar, organizar, dirigir e controlar. Além disso, ainda detém secundariamente as funções atípicas legislativa e judicante, dentro dos limites previstos legalmente.

Dito isso, mostra-se que para exercício das missões institucionais do Estado é necessário, dentre outros, a utilização de meios de transporte capazes de promover a locomoção de pessoas, de modo a garantir a segurança física das autoridades e servidores usuários do serviço, de forma eficiente para o cumprimento de suas funções públicas.

Logo, o deslocamento de grandes distâncias permite a realização de reuniões estratégicas, participação em congressos, troca de experiências com outros entes da Administração Pública e a realização de ações conjuntas com outros órgãos. Nesse ponto, é habitual a realização de reuniões com representantes do Governo Federal para buscar apoio, realizar acordos e tratar de assuntos relacionados com o Regime de Recuperação Fiscal.

Ademais, a prática administrativa moderna recomenda o incentivo ao constante aprendizado e troca de experiências entre servidores, ante a necessidade de fornecer constante capacitação aos servidores que atuam nas atividades dos órgãos do Governo do Estado do Rio de Janeiro, qual se trata de processo permanente e intencional para enfrentar as situações derivadas da função que o servidor exerce, fato que se observa da leitura do caput do artigo 37 c/c os incisos I e II, da Constituição Federal, já que os profissionais, concursados ou detentores de cargos em comissão, não são necessariamente qualificados técnica e cientificamente para o exercício do cargo ou função que lhes cabe, como agentes públicos, visto que a preparação para concurso público difere da preparação para a vida profissional prática (SANTOS & VICENTIN, 2012, p. JUS [5]). Portanto, a capacitação dos servidores visa ao alcance de patamares de destaque em eficiência e atendimento eficaz à coletividade.

A conveniência e a oportunidade de cada viagem devem ser avaliadas por cada órgão, sendo fundamental o parecer de um gestor acerca da contrapartida para a administração estadual de cada deslocamento. Não obstante os benefícios mencionados, deve-se ter em conta, ainda, a capacidade financeira do órgão e, obviamente, prezar pelos princípios da legalidade e moralidade.

Por se tratar de uma necessidade em comum dos Órgãos e Entidades da Administração Pública do Estado do Rio de Janeiro, a Política de Gestão Estratégica de Suprimentos – GES instituiu a contratação de passagens aéreas como categoria estratégica”.

2.6.4. INCISO IV: ELABORAÇÃO DE MAPA DE RISCOS.

O Mapa de Riscos consta do Indexador nº 56000745.

2.6.5. INCISO V: ELABORAÇÃO DO TERMO DE REFERÊNCIA E APROVAÇÃO PELA AUTORIDADE COMPETENTE.

O Decreto nº 46.642/19 exige a elaboração de Termo de Referência ou de Projeto Básico, documentos nos quais deverão estar previstos os elementos técnicos necessários para a caracterização do objeto a ser licitado, possibilitando a avaliação da estimativa de custo padronizada, a fixação dos critérios de seleção do fornecedor e das condições de pagamento, execução e fiscalização do contrato.

A especificação dos bens e serviços a serem licitados contida no Termo de Referência ou no Projeto Básico gravita matéria de ordem eminentemente técnica, sobre a qual a Assessoria Jurídica não tem atribuição para se manifestar. Tais documentos devem ser produzidos preferencialmente por técnico com qualificação profissional pertinente às

especificidades do objeto a ser licitado e, em regra, devem conter os requisitos descritos no artigo 11 do Decreto nº 46.642/19.

Em que pese o conteúdo do Termo de Referência ou do Projeto Básico diga respeito, como dito, a questões eminentemente técnicas, a regularidade do procedimento depende da observância, quando da elaboração dos referidos documentos, de alguns aspectos de índole jurídico-formal que serão abordados na sequência.

Além disso, quanto aos requisitos estabelecidos na legislação de regência, especialmente no artigo 11 do Decreto nº 46.642/19, são relevantes as seguintes observações e recomendações acerca do Termo de Referência (Indexador nº 63374522) apresentado:

(1) Objetivos e justificativas da contratação (art. 11, I e II, do Decreto nº 46.642/19):

A justificativa da contratação se encontra no item 1.2 do Termo de Referência, nos seguintes termos:

“1.2. Justificativa

Após avaliação realizada pela Subsecretaria de Logística, com base em análise comparativa de dados das compras públicas estaduais e informações sobre o mercado, identificou-se que a demanda pelos serviços de contratação de agências de viagens constitui uma necessidade em comum dos Órgãos e Entidades da Administração Pública do Estado do Rio de Janeiro.

Para atender essa necessidade em comum e para proporcionar maior eficiência, racionalidade e padronização às compras públicas, decidiu-se que a SEPLAG deveria centralizar a licitação para contratação do serviço de Agência de Viagens, utilizando como instrumento o Sistema de Registro de Preços, por se tratar de demandas futuras, frequentes, parceladas e incertas.

A avaliação de mercado buscou as opções disponíveis para atender às necessidades de prestação de serviços de Agência de Viagens para o Governo estadual. Em primeiro lugar, foi feita uma pesquisa de benchmarking junto a outros entes federativos para identificar as soluções que são costumeiramente contratadas. Depois, foi feita pesquisa documental sobre o panorama desse mercado. A decisão na escolha por este modelo de contratação se baseou nas conclusões do Estudo Técnico Preliminar.

O modelo traz avanços incrementais ao objeto licitado para a ATA DE REGISTRO DE PREÇOS SEPLAG Nº 001/2022, pensando na otimização da contratação, em busca de melhor utilização dos modelos de contratação de mercado da atualidade.

A contratação centralizada de passagens aéreas está enquadrada como item de Categorias Estratégicas da Política Estadual de Gestão Estratégica de Suprimentos – GES, com fundamentos no Decreto Estadual nº 47.525 de 17 de março de 2021. Assim, é da Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão a responsabilidade em promover as compras centralizadas das Categorias Estratégicas da Política Estadual de Gestão Estratégica de Suprimentos – GES, viabilizar a contratação de passagens aéreas, por intermédio da Superintendência de Contratações Centralizadas, da Subsecretaria de Logística.

O pretendido Registro de Preços, regido pelo art. 15, inciso II da Lei nº 8.666/1993 c/c o Decreto nº 46.571/2019, se trata de prestação de serviços caracterizados como comuns, com fundamentos no parágrafo único, do art. 1º, da Lei Federal nº 10.520/2002, uma vez que os padrões de desempenho e qualidade serão objetivamente definidos considerando especificações usuais no mercado.

O objeto será executado segundo o regime de execução de empreitada por preço unitário, nos termos do art. 6º, inciso VIII, alínea “b”, da Lei nº 8.666/93”.

(2) Definição do objeto (art. 11, III, e 13 do Decreto nº 46.642/19):

Como disposto no §4º do artigo 13 do Decreto nº 46.642/19, a “*definição do objeto e as suas especificações deverão ser aprovadas pelo respectivo setor técnico, especialmente no caso de sua alteração*”. O inciso III do artigo 11 do Decreto nº 46.642/19 prevê que o Termo de Referência deverá conter “*a descrição detalhada do objeto a ser contratado, a demanda e a quantidade a serem contratadas, acompanhadas, no que couber, dos critérios de medição utilizados, as especificações técnicas, os prazos relevantes e a indicação do ID SIGA de cada um dos itens relacionados no objeto, além de, tratando-se de serviços, as metodologias de trabalho, em especial a necessidade, a localidade e o horário de funcionamento*”.

O Objeto da contratação pretendida consta do item 02 do termo de referência ora em análise.

(2.1) Especificação completa do objeto a ser adquirido e dos quantitativos da demanda, prazo e local de entrega (art. 16 do Decreto nº 46.642/19):

A especificação completa dos serviços a serem prestados, os quantitativos da demanda e prazo encontra-se no Termo de Referência (itens 2.3 e 2.4).

Não consta o local da entrega, pois “*o objeto contratado será executado via web e on-line*”, conforme consta na justificativa no doc. SEI n. 62099910.

(2.2) Justificativas para o parcelamento ou não do objeto (art. 23, § 1º, nº Lei nº 8666/93 e art. 13, IV, do Decreto nº 46.642/19):

Nos termos do artigo 23, §1º, da Lei nº 8.666/93, “[*a*]s obras, serviços e compras efetuadas pela Administração serão divididas em tantas parcelas quantas se comprovarem técnica e economicamente viáveis, procedendo-se à licitação com vistas ao melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e à ampliação da competitividade sem perda da economia de escala”.

Já o art. 13, inciso IV, do Decreto nº 46.642/19 dispõe que uma das diretrizes a serem observadas pelo gestor quando da definição do objeto a ser licitado consiste na “*divisão das contratações em tantas parcelas quantas se comprovarem técnica e economicamente viáveis, levando-se em consideração o melhor aproveitamento das potencialidades do mercado e a possível ampliação da competitividade do certame, sem perda de economia de escala, devendo haver justificativa expressa sobre o ponto*”.

Veja-se, ainda, o que dispõe o Enunciado nº 45 da PGE-RJ, *in verbis*:

Enunciado n.º 45 PGE: Recomendação de divisão do objeto a ser contratado

1. O objeto da contratação deve ser dividido em tantas parcelas quantas se comprovarem técnica e economicamente viáveis, priorizando-se a admissão da adjudicação por item e não por preço global, levando-se em consideração o melhor aproveitamento das potencialidades do mercado e a possível ampliação da competitividade do certame, sem perda de economia de escala, na forma dos

arts. 15, inciso IV e 23, §1º da Lei n.º 8.666/93 e do art. 13, inciso IV, Decreto estadual n.º 46.642 de 17 de abril de 2019.

2.As exigências de habilitação devem se adequar a essa divisibilidade.

3.O objetivo da divisão do objeto é propiciar a ampla participação de licitantes que, embora não dispondo de capacidade para a execução, fornecimento ou aquisição da totalidade do objeto, possam fazê-lo com relação a itens ou unidades autônomas.

4.O setor técnico sempre deverá apresentar justificativa expressa quanto a modelagem adotada, independentemente da opção ou não pelo parcelamento ou pela adjudicação por item.

(Parecer n.º 05/2020 – GBM, Parecer n.º 21/2020/SECTI/ASJUR, Parecer Conjunto SUBJ/SECCG n.º 01/2020 –DMM/GBM, Parecer Conjunto n.º 20/2020 – SES/SJ/AJ/FMF/DT/TSE, Parecer ASJUR/SECCG GBM n.º 05/2020, Parecer n.º 30/2020/SEDSODH/ASJUR, Parecer FBMP n.º 15/2020 - ASJUR/SEAP, Parecer n.º 22/2015 – RCG, Parecer n.º 15/2013 – MNT, Parecer n.º 28/2012 APCBCA e Parecer n.º 11/2000 – FAG)

Publicado: DO I, de 06 de agosto de 2020 Pág. 21.

Vale ressaltar que tal escolha compete à área técnica responsável, não cabendo a esta Assessoria Jurídica adentrar os critérios técnicos que motivaram a escolha. Optou-se, no caso em pauta, por não realizar a divisão do objeto, conforme consta do Indexador n.º 49820433. Tal manifestação aponta no seguinte sentido:

“4.2.3. Parcelamento do Objeto

Por não se tratar de licitação, não há como estabelecer os critérios de parcelamento do objeto. Uma vez obtidos os recursos necessários para realizar as aquisições de passagens aéreas, cada passagem será adquirida individualmente, constituindo uma compra parcelada sem cronograma de execução físico-financeiro”.

8.6. PARCELAMENTO DO OBJETO

Em análise do item 8.3, que objetivou um Benchmarking complementar, notou-se que as contratações com objetos mais similares do que se pretende contratar, em especial, com a mesma metodologia sugerida de maior percentual de desconto, não há parcelamento do objeto, ainda que por razões de conveniência e oportunidade algumas tenham se dividido em dois itens, passagens aéreas nacionais e passagens aéreas internacionais.

No entanto, não se pode ignorar que há disposição legal que determine a subdivisão do objeto "em tantas parcelas quantas necessárias para aproveitar as peculiaridades do mercado, visando economicidade", na forma do inciso IV, artigo 15, da Lei n.º 8.666/1993.

Dessa forma, com base na análise de mercado realizada, acredita-se que o parcelamento do objeto do serviço de agenciamento de viagens não impactaria em uma maior economicidade relevante à contratação, sobretudo já que o critério de pagamento sugerido é de percentual de desconto por transação, compatível com a tendência de mercado.

O que se pode considerar, a depender da conveniência e oportunidade, seria a licitação de um lote único com dois itens, um para passagens internacionais e outro para passagens nacionais. Isso porque deve ser levado em consideração se essa divisão facilitaria o dimensionamento do Plano de Suprimentos e posterior controle de saldo.

Isto posto, em atenção às considerações aqui realizadas, sugere-se que não seja promovido o parcelamento do objeto”.

Também consta justificativa do não parcelamento no item XII do doc. SEI n. 62099910:

“XII. Razões para o não parcelamento do objeto

Sugere-se o não parcelamento da solução adotada, uma vez que é adequado, pois, o parcelamento

não se demonstra interessante tecnicamente, economicamente e em termos administrativos, tendo como paradigma o §1º, do art. 23, da Lei nº 8.666/93 e somando o conteúdo da Súmula nº 247 do TCU:

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

Em termos de viabilidade econômica, sustentamos o não parcelamento da solução. Nesta seara cabe sustentar a influência da melhor oferta, visto que os interessados oferecerão propostas mais vantajosas à Administração visando abarcar um maior volume de serviços, traduzindo-se em um menor custo da solução almejada pela Administração.

Indo à conclusão, não há neste modelo risco à competitividade do feito, uma vez que parcelar a solução (mesmo que tecnicamente e economicamente viável) não quer dizer que há a potencialização do princípio, é o que falou o TCU em seu Acórdão nº 12879/2018 Primeira Câmara, que assim está ementado:

*“O parcelamento do objeto deve ser adotado apenas na contratação de serviços de maior especialização técnica, **uma vez que, como regra, ele não propicia ampliação de competitividade** na contratação de serviços de menor especialização.” Grifo Nosso.*

Em conclusão, ratificamos que o não parcelamento da solução é medida adequada e necessária, por homenageia sua eficiência, uma vez obtidos os recursos necessários para realizar as aquisições a passagens aéreas, cada passagem será adquirida individualmente, constituindo uma compra parcelada sem cronograma de execução físico-financeiro”.

No doc. SEI nº 63492099, a área técnica reforçou a justificativa pelo não parcelamento do objeto:

“(i) Quanto ao não parcelamento do objeto:

Considerando o que está expresso no item XII, do doc. SEI nº 62099910, e o que é apresentado no subitem 8.6 do Estudo Técnico Preliminar, ao doc SEI nº 49820433), onde é informada a desvantagem do parcelamento do presente objeto, resumidamente, com amparo do estudo de mercado realizado:

“Em análise do item 8.3, que objetivou um Benchmarking complementar, notou-se que as contratações com objetos mais similares do que se pretende contratar, em especial, com a mesma metodologia sugerida de maior percentual de desconto, não há parcelamento do objeto, ainda que por razões de conveniência e oportunidade algumas tenham se dividido em dois itens, passagens aéreas nacionais e passagens aéreas internacionais.”

Informa-se que a decisão pelo não parcelamento do objeto se dá em razão do que é praticado pelo mercado fornecedor e em razão do comportamento do consumo desse serviço por parte da Administração.

Dentre as soluções disponíveis no mercado, foi avaliado, ao subitens 7.5 e 7.6, do Estudo Técnico Preliminar (doc. SEI nº 49820433), o atendimento da categoria estratégica por meio de solução que ofereça a compra direta de passagem aérea junto à companhia aérea. Porém, esse modelo demonstra-se inviável de ser implementada, em razão da ausência de regras de negócios e regulamentos que ultrapassem o horizonte do procedimento licitatório, impondo, inclusive, a atuação conjunta com outros Órgãos do Estado.

Dito isso, quanto ao fato de que a prestação dos serviços se pretende para "o fornecimento de passagens aéreas nacionais e internacionais, reserva, marcação, endosso, emissão de bilhetes, seguro de viagens e, acessoriamente, reserva de hotéis e traslado", nota-se que reserva de hotéis e traslado é condição acessória ao objetivo principal que é a aquisição de passagens aéreas.

Tal ponto se demonstrou necessário já que historicamente alguns Órgãos do Estado, para o atendimento de necessidades específicas e em cumprimento de suas rotinas Administrativas, acabam por utilizar esses fornecimentos acessórios, bem como ainda que assessórios à pretendida contratação, englobam-se dentro do rol dos serviços prestados pelas agências de viagens.

Observando isso, o modelo é dotado de mecanismos de accountability, similares aos exigidos para passagens aéreas, para todos os serviços acessórios passíveis de contratação – isto é, garantias de controle que importam à negociação, fazendo com que a Administração pague o melhor preço sempre, e à transparência, como a apresentação dessas transações de forma objetiva no sistema informatizado e na fatura de pagamento.

Assim, viu-se oportuno e conveniente proceder com o desenho da contratação nesses moldes, uma vez que o objetivo das compras centralizadas é viabilizar por meio da SEPLAG as diretrizes da Política de Gestão Estratégica de Suprimentos – GES, como a padronização dos procedimentos, visando uniformizar e racionalizar a contratação.

Por outro lado, reforça-se a análise concluída ao item 8.3, que objetivou um Benchmarking complementar do ETP, o qual se pode observar total aderência à realização de contratações públicas nesses contornos de forma consolidada pelo mercado.

Isto sendo, faz-se economicamente inviável o parcelamento do objeto, em atenção à consolidada prática de mercado para a solução de contratação nestes autos proposta.

Após as adequações e esclarecimentos prestados, remete-se, os novos documentos do Instrumento Convocatório, acostado ao documento SEI nº 63491846, para fins de análise e manifestação”.

(3) Disponibilidade orçamentária e financeira do órgão ou entidade (art. 10, §2º, do Decreto nº 46.751/19):

Os artigos 26 a 28 do Decreto nº 46.642/19 regulamentam a etapa da autorização para realização de despesa, disciplinando sobre o cabimento das exigências da Lei de Responsabilidade Fiscal e ressaltando as hipóteses em que não se faz necessário o atendimento ao artigo 16 da LRF. Confirma-se, por relevante, o teor dos referidos dispositivos:

“Art. 26 Fixada a estimativa do valor da contratação, será verificada, pelo setor competente, a disponibilidade orçamentária para a realização da despesa.

Parágrafo único. Quando se tratar de despesa que não se encerre no próprio exercício da contratação, deverão ser observados os critérios estabelecidos nos incisos do art. 57 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, atestando-se a sua compatibilidade com o Plano Plurianual, se for o caso.”

“Art. 27 Caso a contratação de serviços, fornecimento de bens ou execução de obras implique a criação, expansão ou aperfeiçoamento de ação governamental que acarrete aumento da despesa, nos termos do art. 16 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, o Ordenador de Despesa será informado:

I – quanto à estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva entrar em vigor e nos dois subsequentes;

II - se o aumento da despesa tem adequação orçamentária e financeira com a lei orçamentária anual, bem como compatibilidade com o plano plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias.

§ 1º A estimativa de que trata o inciso I do caput deste artigo será acompanhada das premissas e metodologia de cálculo utilizadas.

§ 2º Ficam ressalvadas do disposto neste artigo as despesas:

I - consideradas irrelevantes, assim entendidas como aquelas cujo valor não ultrapasse os limites fixados nos incisos I e II do artigo 24 da Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993;

II - corriqueiras, habituais e relacionadas à operação e manutenção de serviços preexistentes;

III - que se esgotarem no próprio exercício financeiro.”

“Art. 28 Havendo disponibilidade orçamentária, o processo será encaminhado ao Ordenador de Despesa, a fim de que seja:

I – autorizada a reserva orçamentária necessária à contratação pretendida; e

II – declarada a adequação da despesa, na hipótese do art. 28 deste Decreto.”

Ademais, em se tratando de licitação para Registro de preços, é de se destacar o que dispõe o artigo 10, §2º, do Decreto estadual nº 46.751/19, *in verbis*: “na licitação para registro de preços não é necessário indicar a dotação orçamentária, que somente será exigida para a formalização do contrato ou outro instrumento hábil”. Trata-se, portanto, de requisito não aplicável ao caso em pauta.

(4) Definição da forma de pagamento (art. 40, XIV, da Lei nº 8.666/93, art. 11, IX, do Decreto nº 46.642/19, e art. 11, inciso V do Decreto nº 46.751/2019):

O item 06 do Termo de Referência trata do pagamento, no seguinte sentido:

“6. REMUNERAÇÃO DO SERVIÇO

6.1. Condição de Pagamento

6.1.1. *A remuneração da CONTRATADA será feita exclusivamente mediante a aplicação da Taxa de Desconto, de percentual fixo, multiplicado pelas unidades de transações consumidas (Item 2.4.6. Das Transações), somada aos demais serviços prestados naquele período.*

6.1.2. *As transações são as unidades definidas no item 2.4.6. Das Transações, para fins de incidência da Taxa de Desconto.*

6.1.3. *O valor a ser pago pela utilização dos serviços de Agência de Viagens por período, será calculada conforme fórmula do item 6.2.7.*

6.1.4. *A Taxa de Desconto constitui a única forma de remuneração à contratada pelos serviços de agenciamento sistematizado previstos, sendo vedada a cobrança de ADE (Adicional de Emissão), ADEDU (Adicional de Emissão-DU), DU, RAT (Repasse a Terceiros), RAV (Remuneração da Agência/Agente de Viagens), SDU (Serviço DU), TRAV (Taxa de Remuneração da Agência/Agente de Viagens), ou qualquer outra taxa ou sobretaxa sobre o valor da tarifa, das taxas e dos serviços como forma de remuneração pelos serviços prestados.*

6.1.5. *A emissão de passagens aéreas não utilizadas, por qualquer motivo, deverão ser canceladas pelo Interessado (Item 2.2.1.12., do TR) ou pelo Fiscal Emissor do contrato (Item 2.2.1.15., do TR), por meio do Sistema de Gestão de Viagens, e não serão objetos de faturamento.*

6.1.6. *O valor referente à taxa de desconto por unidade de transação somente não será devido à contratada quando o cancelamento da passagem se der após a data da viagem, a depender da política de cancelamento da companhia aérea, em conformidade com as regras da ANAC.*

6.1.7. *O reembolso referente aos cancelamentos solicitados deverão ser convertidos como crédito em nome da CONTRATANTE, sendo expressamente vedada à CONTRATADA a concessão de reembolso ao usuário da passagem.*

6.1.8. *A CONTRATADA deverá apresentar documento comprovante de passagem aérea, que indique o valor total da passagem, com discriminação de seus itens, e valores eventualmente descontados, e demais serviços utilizados.*

6.1.9. *Os demais eventos/serviços prestados pela CONTRATADA, por não serem consideradas transações (Item 2.4.6. Das Transações), não sofrerão a incidência de taxa de desconto.*

6.1.10. *O valor a ser pago por cada bilhete emitido será o valor da passagem aérea, oferecido pelas*

companhias aéreas para o trecho, dia e horário de viagem solicitada pela o CONTRATANTE, inclusive com os descontos promocionais oferecidos pelas mesmas, subtraídas a taxa de desconto licitada e as taxas mencionadas no item 6.1.4.

6.1.11. *O valor a ser pago por cada apólice de seguro de viagem internacional será conforme as emissões de bilhetes de passagens aéreas, oferecido pelas companhias de seguros, sempre garantindo aos beneficiários as condições relacionadas ao trecho, dias e horário de viagem solicitada pela CONTRATANTE.*

6.1.12. *A Taxa de Desconto proposta abará todas as despesas relativas ao objeto do contrato, bem como os respectivos custos diretos e indiretos, tributos, remunerações, custo da garantia, despesas fiscais e financeiras e quaisquer outras necessárias ao cumprimento do objeto desta licitação.*

6.2. Pagamento das Passagens e dos Serviços de Agenciamento

6.2.1. *A CONTRATADA, para fins de pagamento, deverá observar o somatório dos valores dos volumes consumidos deduzido a taxa de desconto aplicável à cada unidade de transação (Item 2.4.6. Das Transações), efetuadas naquele período compreendido pela fatura.*

6.2.2. *Os serviços deverão ser representados em Notas Fiscais/Faturas discriminando: os valores das Passagens aéreas e as taxas integrantes do bilhete, como as taxas de embarque e os valores das taxas de descontos incidentes sobre as unidades de transação (Item 2.4.6. Das Transações).*

6.2.3. *As Notas Fiscais/Faturas referente a prestação dos serviços de agenciamento de viagens deverão discriminar, ainda, as seguintes informações:*

a. Número da requisição;

b. Nome do passageiro;

c. Companhia aérea;

d. Código localizador;

e. Número do bilhete;

f. Valor da tarifa abatido o desconto promocional concedido pela companhia aérea (quando houver);

g. Valor da tarifa ofertada pela companhia aérea sem a incidência de acordos;

h. Valor do desconto contratual;

i. Valor das taxas discriminando os seus beneficiários e/ou emissores com CNPJ:

i.1. taxa de embarque nacional;

i.2. taxa de embarque internacional;

i.3. taxa de repasse a terceiro (DU);

i.4. outras taxas.

j. Valor das multas;

k. Valor da apropriação (tarifa + taxas - desconto);

l. Valor da retenção sobre a tarifa;

m. Valor da retenção sobre as taxas;

n. Valor total das retenções (retenção tarifa + retenção das taxas);

o. Valor líquido a ser pago (valor total da apropriação - valor total das retenções);

p. Qualificação da empresa seguradora:

p.1. Nome do beneficiário do seguro viagem;

p.2. Número da requisição;

p.3. Data da emissão do seguro;

p.4. Trecho correspondente da viagem;

p.5. Valor do seguro;

p.6. Valor da retenção;

p.7. Número do bilhete a que se refere o seguro;

p.8. Valor total do seguro.

q. Qualificação da empresa/hotel dos serviços de hospedagem e/ou traslado:

q.1. Nome do Interessado da hospedagem e/ou traslado;

q.2. Número da requisição;

q.3. Data da emissão e/ou reserva da hospedagem e/ou traslado;

q.4. Local correspondente da emissão e/ou reserva da hospedagem e/ou traslado;

q.5. Valor do serviço discriminado;

q.6. Valor total da emissão e/ou reserva da hospedagem e/ou traslado.

6.2.4. O pagamento será efetuado em até 30 (trinta) dias corridos, por meio de ordem bancária a ser depositada em conta corrente da CONTRATADA, em banco oficial do Estado, no valor correspondente e data fixada de acordo com a legislação para pagamento vigente no âmbito do Estado do Rio de Janeiro, após a apresentação da nota fiscal/fatura devidamente atestada pela Comissão de Acompanhamento e Fiscalização do Contrato fiscalização do Contratante.

6.2.5. Deverá ser apresentado junto com as faturas documento autenticado que comprove o pagamento de eventuais multas às Companhias Aéreas, por ocasião de reemissão ou cancelamentos de passagens aéreas.

6.2.6. Caso o serviço seja recusado ou a correspondente Nota Fiscal/Fatura apresente incorreção ou insuficiência de quaisquer dos dados exigidos nos itens acima, o prazo de pagamento será contado a partir da data da regularização do serviço, ou do documento fiscal, a depender do evento.

6.2.7. O valor a ser pago pela CONTRATANTE, relativamente aos bilhetes aéreos, corresponderá ao valor da soma das passagens aéreas utilizadas, acrescido das taxas de embarque, bem como de eventuais seguros viagem/bagagem, deduzida a taxa de desconto, adotando-se para o cálculo a seguinte fórmula:

$$VF = VP *(1-TD) + TE + DC$$

Onde:

VF = Valor da Fatura (valor a ser pago);

VP = Valor da Passagem Aérea,

TE= Valor da Taxa de Embarque;

TD = Taxa de Desconto.

DC = Demais custos referentes aos serviços consumidos no período (Por ex. traslado, hospedagem etc.)

6.2.8. Poderá ser deduzida do valor do bilhete a ser reembolsado multa eventualmente cobrada pela companhia aérea, desde que devidamente comprovada responsabilidade da CONTRATANTE.

6.2.9. As faturas que apresentarem qualquer tipo de incorreção serão devolvidas e sua nova apresentação ocorrerá juntamente com a fatura subsequente.

6.2.10. A CONTRATADA deve apresentar, ainda, junto com as Notas Fiscais/Faturas, fatura referente às passagens aéreas, hospedagem e traslado compradas pelas CONTRATANTES junto às companhias aéreas, empresas de traslado e hotéis, dentro do período, indicando da requisição, as taxas, multas, tarifas e demais valores que porventura venham a incidir sobre as emissões e remarcações de bilhetes, assim como das hospedagens e traslados.

6.2.10.1. No caso de impossibilidade comprovada do fornecimento quinzenal por parte das companhias aéreas, empresas de traslado e hotéis, dos relatórios em que constem os serviços

descritos nas faturas encaminhadas pela CONTRATADA, a CONTRATANTE poderá aceitar o recebimento mensal das informações requeridas, desde que seja diligenciado posterior encaminhamento das informações;

6.2.10.2. Havendo diferença em desfavor da Administração, entre o valor cobrado e o valor informado pela companhia aérea, em relação a vedação prevista no item 6.1.4., a CONTRATADA deverá adotar providências com o objetivo de devolver os valores cobrados a maior por meio de notas de crédito.

A forma de pagamento também é prevista no item 21 da minuta de edital, na Cláusula Décima Segunda da minuta da Ata de Registro de Preços e na Cláusula Nona da minuta do contrato (Indexador nº 63491846).

(5) A exigência de garantia contratual (art. 56 da Lei nº 8.666/1993 e art. 11, X, do Decreto nº 46.642/19):

O artigo 56 da Lei nº 8.666/93 deixou a critério do administrador público a opção pela inclusão ou não de cláusula de garantia nas contratações, **desde que o faça justificadamente, em qualquer caso.**

No Item 3.3 do Termo de Referência, o setor técnico optou pela não exigência de garantia contratual. A justificativa para a escolha do gestor consta do Indexador nº 49820433, no seguinte sentido:

“12.3. GARANTIA

A garantia contratual é meio que assegura à Administração Pública detenha ferramentas que viabilizem o afiançamento de eventuais inadimplentes, por parte do fornecedor e, então, minimize os possíveis impactos financeiros à Administração Pública.

Tal previsão encontra amparo legal no art. 56 da Lei nº 8.666/1993, onde, da simples leitura, percebe-se a possibilidade ou não da garantia contratual, conforme critério de conveniência e oportunidade do gestor público, desde que previamente previsto no edital.

No entanto, entende-se por ser uma previsão de possibilidade que cabe ao gestor público analisar quando a exigência de garantia contratual trará benefícios ou malefícios à Administração. Isso porque, ao mesmo tempo em que a previsão dessa condição visa garantir a segurança em relação à boa execução do contrato, essa também pode vir a onerar a contratação.

Sabendo disso, existem dois aspectos a serem apreciados: i) a complexibilidade e a vultuosidade do contrato, em torno da contratação, verificando-se o risco referente ao cumprimento das obrigações e se o eventual prejuízo decorrente da má prestação do serviço é considerável, a ponto de cogitar exigir a garantia; ii) a onerosidade em torno da própria exigência, já que a garantia representa um valor a ser agregado na proposta do licitante, o que equivale dizer que os custos dessa exigência podem ser repassados à Administração.

Insta ressaltar que a remuneração da Contratada é a incidência de uma taxa sobre cada transação. Sendo assim, pode-se observar que não há de se falar em assunção de risco da Administração a eventual inadimplência das Agências de Viagens junto às companhias aérea. O repasse dos valores dos bilhetes são efetivados a posteriori, em faturamentos mensais, por parte da Administração Pública, e essas Agência realizam os seus pagamentos em consonância com os termos que venham a ser fixados em seus acordos corporativos com as Companhias Aéreas. Salieta-se que o inteiro teor de tais acordos não são de conhecimento comum, não podendo, pois, a Administração adentrar no campo de negócio das Agências e nem ser responsabilizada pelas implicações de eventuais descumprimentos pelas partes dos acordos corporativos.

Portanto, com intuito de não onerar o Registro de Preços, tão pouco em evitar eventual limitação

de interessados, visto também que a execução contratual não impacta em eventual prejuízo considerável decorrente da má prestação do serviço, sugere-se pela não instituição de previsão de garantia”.

Também consta justificativa para a dispensa da garantia contratual no item XVIII do doc. SEI nº. 62099910:

“XVIII. Da justificativa para a dispensa da garantia contratual

A garantia contratual é meio que assegura que a Administração Pública detenha ferramentas que viabilizem o afiançamento de eventuais inadimplentes, por parte do fornecedor e, então, minimize os possíveis impactos financeiros à Administração Pública.

Considerando a baixa complexidade de execução da solução adotada, a teor de juízo valorativo e conveniência, com fundamento na letra do art. 56 da lei 8666/93, está dispensado o instituto da garantia de execução contratual no presente pleito.

Nestas linhas, Marçal Justen Filho leciona:

"A Lei remete à discricionariedade da Administração a exigência da garantia. Deverá ser exigida apenas nas hipóteses em que se faça necessária. Quando inexistirem riscos de lesão ao interesse estatal, Administração não precisará impor a prestação de garantia."

As razões da justificação são claras e objetivas. Em primeiro turno, verifica-se que a possibilidade de ocorrência de prejuízos financeiros e de gestão contratual, inerentes à execução do contrato, é pouco significativa, devido a baixa complexidade do objeto da solução adotada, a forma de sua execução e forma de seu faturamento. Além disso, a parte operacional do serviço a ser prestado é de natureza simples.

Por fim, em um exercício de equação ponderando a natureza da solução adotada, a simplicidade material e gerencial do empreendimento, o afastamento do instituto é legal, adequado e proporcionável, uma vez que não vislumbram-se riscos à Administração e ao atendimento satisfatório do Interesse Público”.

(6) Os procedimentos de gestão e fiscalização (art. 11, XI, do Decreto nº 46.642/19):

Os procedimentos de gestão e fiscalização da execução contratual encontram previsão no Item 5 do Termo de Referência e em seu Anexo 1.1. Apêndice 1. Modelo de Gestão e Fiscalização (indexador nº 63374296).

(7) Acordo de Nível de Serviço:

O Decreto estadual nº 45.600/2016, que regulamenta a gestão e fiscalização das contratações no âmbito do Estado do Rio de Janeiro, privilegia o uso do instrumento do Acordo de Níveis de Serviço – ANS quando a prestação do serviço objeto da contratação puder ser avaliada por determinada unidade quantitativa de serviço prestado, exigindo a sua inclusão nas contratações públicas estaduais. Sobre o tema, o enunciado 34 da Procuradoria Geral do Estado assim dispõe:

“Enunciado n.º 34 - PGE: Acordo de Níveis de Serviço

1 – O Acordo de Níveis de Serviço – ANS é o instrumento de verificação dos padrões mínimos de qualidade e eficiência dos serviços prestados pelo Contratado, de forma a permitir à Administração

Pública a fiscalização e a supervisão dos serviços na execução dos contratos.

2 – O ANS integra o instrumento convocatório e o contrato, podendo ser previsto no Termo de Referência.

3 – O ANS deve prever metas e critérios objetivos de aferição e mensuração dos resultados, quantidade e qualidade da prestação dos serviços, de forma clara e concreta, contendo, especialmente, os indicadores e os instrumentos de medição que serão adotados.

4- Em razão do não atendimento às metas e critérios definidos no ANS, o valor da remuneração do Contratado poderá sofrer deduções, devendo ser proporcional à aferição realizada, independentemente da aplicação das penalidades administrativas, decorrentes da inexecução parcial ou total dos serviços contratados.

(Ref. Pareceres n.ºs. 28/2012 – APCBCA; 43/2014- HGA; 13/2015 – RCG; 28/2015 – RCG; 33/2015 – RCG; 47/2015 – HGA).

Publicado: DO I, 04 de maio de 2016 Pág22.”

Por certo, a exigência de previsão de tal instrumento, constante do art. 11, § 1º, XVIII, e §3º, do Decreto estadual nº 45.600/2016, depende da compatibilidade entre o objeto e tal instrumento de verificação de padrões, sendo necessário, porém, que haja a **apresentação de justificativa para a não adoção do Acordo de Níveis de Serviço – ANS**, nos moldes do art. 11, §2º, do Decreto estadual nº 45.600/2016.

Art. 11 do Decreto estadual nº 45.600/2016:

*§ 1º - O Projeto Básico ou o **Termo de Referência** deverão ser elaborados, preferencialmente, por técnico com qualificação profissional pertinente às especificidades do objeto a ser contratado, **devendo conter**, sem prejuízo de outros elementos que se façam eventualmente necessários e observando a discriminação constante do Catálogo de Materiais e Serviços (SIGA) da Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão - SEPLAG:*

(...)

XVIII - o Acordo de Níveis de Serviços;

(...)

*§ 2º - **Conforme a natureza do objeto, os elementos definidos no § 1º, deste artigo, poderão não fazer parte do Projeto Básico ou do Termo de Referência, devendo ser apresentada justificativa no caso concreto.***

*§ 3º - **O Acordo de Nível de Serviço - ANS é o documento que deve integrar o instrumento convocatório ou o instrumento contratual, no caso de dispensa ou inexigibilidade de licitação, com o estabelecimento de níveis mínimos de serviço a serem prestados pelas contratadas, por meio de indicadores objetivos que permitam a mensuração de resultados, preferencialmente pela utilização de ferramenta informatizada, possibilitando à Administração verificar se os resultados contratados foram realizados nas quantidades e qualidades exigidas, e adequar o pagamento aos resultados efetivamente obtidos.***

O processo administrativo em apreço trata do tema no item 5.5 do Anexo 1.1. Apêndice 1. Modelo de Gestão e Fiscalização do Termo de Referência (indexador nº 63374296), adotando-se o instrumento do Acordo de Níveis de Serviço – ANS na presente proposta de contratação.

(8) Justificativa para exigência de qualificação técnica (Enunciado nº 39/PGE e art. 30 da Lei nº 8.666/93):

O item 4.1.2 do Termo de Referência referem-se à comprovação da qualificação técnica dos licitantes, exigindo-se o seguinte:

“4.1.2. Qualificação técnica

4.1.2.1. Para fins de comprovação de qualificação técnica, deverão ser apresentados os seguintes documentos:

4.1.2.1.1. Comprovante de registro na Agência Brasileira de Promoção Internacional do Turismo - EMBRATUR; ou cadastro no Ministério do Turismo, com fundamento no art. 5º do Decreto Federal nº 84.934/1980, e no art. 22 da Lei Federal nº 11.771/2008.

a. A exigência do registro acima cumpre observância ao art. 24 da Lei nº 12.974/2014.

4.1.2.1.2. Um ou mais atestados de capacidade técnica, emitidos por pessoa jurídica de direito público ou privado, que demonstre(m) a aptidão pertinente e compatível em características, qualidades, quantidades e prazos com o objeto deste Termo de Referência, na forma do artigo 30, § 4º, da Lei Federal nº 8.666/93, que comprovem que o licitante já prestou serviços de agenciamento para emissão de bilhetes de passagens aéreas em quantidade correspondente a 30 (trinta) % da demanda estimada no objeto da presente contratação, qual seja de 16.822 bilhetes, até a data da abertura da sessão pública da licitação.

4.1.2.1.3. Os atestados deverão trazer a informação das quantidades, prazos e características dos serviços prestados de maneira clara e objetiva.

4.1.2.1.4. Os atestados deverão referir-se a serviços prestados no ramo de atividade compatível com o objeto licitado.

4.1.2.1.5. Os atestados deverão indicar nome, função, endereço, telefone ou e-mail de contato do(s) atestador(es), ou qualquer outro meio para eventual contato pelo ÓRGÃO GERENCIADOR”.

No que diz respeito aos critérios de habilitação, a d. Procuradoria Geral do Estado editou o Enunciado nº 39, que assim dispõe:

“Enunciado n.º 39 - PGE: Qualificação técnica do licitante

1. As exigências de qualificação técnica têm por objetivo verificar, pela análise de sua experiência pretérita, se o licitante possui condições técnicas para executar a contento o objeto do certame, evitando que o Poder Público contrate com pessoas desqualificadas.

2. Tais exigências: (i) devem ser formuladas à luz do disposto no art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, limitando-se àquelas que sejam indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações contratuais, em conformidade com os parâmetros estabelecidos pelo art. 30 da Lei n. 8.666/93; (ii) devem ser compatíveis com a complexidade do objeto licitado; (iii) exigem prévia motivação técnica quanto à sua necessidade, suficiência e pertinência dos parâmetros fixados, para não restringir a competitividade e assegurar a plena concorrência entre os participantes.

3. A qualificação técnica inclui tanto a capacidade técnico-operacional, que é relacionada à sociedade empresária, quanto a capacidade técnico-profissional, concernente a sua equipe técnica e/ou responsável técnico.

4. Um único atestado técnico é suficiente para a demonstração da experiência anterior do licitante em relação à execução do objeto licitado, sendo possível o somatório de atestados de períodos concomitantes para comprovar a sua capacidade técnica.

5. A capacidade técnico-operacional não deve ser aferida mediante o estabelecimento de

percentuais mínimos que estejam acima de 50% em relação aos quantitativos dos itens de maior relevância.

6. A comprovação do desempenho anterior do profissional envolvido na contratação se dá por meio de atestado de capacidade técnica, na forma do art. 30, § 1º, inciso I, da Lei 8.666/93.

7. A identificação e a especificação das atribuições a serem desempenhadas pela equipe técnica e/ou pelo profissional responsável pelo objeto da contratação devem estar previstas no edital e no contrato, em especial em se tratando de serviço técnico profissional especializado, ficando a contratada obrigada a garantir que os referidos integrantes executem pessoal e diretamente o objeto do contrato.

(Pareceres n.ºs 01/02-FAG, 06/05-FAG 01/08-FAG, 14/08-FAG, 26/08-FAG, 01/09-FAG, 02/09-FAG 07/11-FAG 28/2012-APCBCA/PG-15, ASJUR/TRANSPORTES n.º 01/2013-RCC, 02/2014-JVM/PG-15, 20/HGA/2015/PG-15, 10/2015-FMBM/PG-15, 14/2015-FMBM/PG-15, 02/DAMFA-PG-15/2016, 10/DAMFA-PG-15/2016, 2/2017-APCBCA/PG-15, 3/2017-APCBCA/PG-15)

Publicado: DO I, de 11 de janeiro de 2018 Pág. 30” (Grifou-se)

Quanto ao atestado de capacitação mencionado no Termo de Referência, a exigência encontra correspondência no art. 30, II, da Lei n.º 8.666/93, que permite a exigência de “*comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação*”. Consta dos presentes autos manifestação acerca da justificativa para tal exigência (indexador n.º 62099910), no seguinte sentido:

“XVI. Justificativa para a instituição dos critérios de avaliação da qualificação-técnica

Considerando as condições e a natureza da solução adotada, institui-se a necessidade de o proponente melhor colocado apresentar, como condição de habilitação e comprovação de sua qualificação técnica um ou mais atestados que permitam aferir sua aptidão pertinente e compatível com o objeto da licitação, isso, com fundamento do princípio da eficiência e por força da Resolução PGE n.º 3.363/2013.

Tais atestados devem comprovar a aptidão de desempenho do objeto em características, quantidades e prazos compatíveis com a solução adotada em, pelo menos, 30% (trinta por cento) do volume financeiro do objeto, forma do §1º, do art. 30, da Lei Federal n.º 8.666/1993.

Ainda, será aceito o somatório dos atestados apresentados com vistas a alcançar os critérios objetivados e inexistente a obrigação desses atestados se referirem a serviços executados de forma concomitante.

Embora não exista uma referência legal para o estabelecimento de um percentual mínimo, observa-se nas decisões do TCU^[9], a orientação de que não deve ser superior a 50% (cinquenta por cento) de quantitativos que serão executados, sob pena de violação aos princípios da razoabilidade e a competitividade. Neste sentido, o TCE-RJ emitiu a mesma orientação em sua Súmula n.º 13, de 07 de fevereiro de 2023:

“Nos editais de licitação, caso haja exigência de comprovação de capacidade técnico-operacional por meio de certificado no qual conste referência a quantitativos mínimos, tal exigência deve ser limitada a parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto a ser contratado e não pode ser superior a 50% do quantitativo pretendido, salvo justificativa específica e tecnicamente fundamentada.”

Desta forma, sob a luz da proporcionalidade, o percentual objetivado fora estipulado considerando a vultuosidade material e econômica da solução adotada. Seu estabelecimento se faz necessário face a indispensabilidade do zelo ao caráter competitivo e isonômico do procedimento com a concomitante proteção ao interesse da Administração, de modo a promover um uso eficiente e racional dos recursos públicos.

Noutro corte do argumento, o afastamento da obrigação de que os atestados de capacidade técnica apresentados se refiram a serviços executados de forma concomitante é medida adequada, pois resultaria numa exigência desarrazoada, que viria a infringir os princípios da competitividade, isonomia e da eficiência.

Sem querer ser repetitivo, é imperioso sustentar que nosso entendimento guarda harmonia com o que sumulado pelo Tribunal de Contas da União:

“Súmula TCU nº 263/2011

Para a comprovação da capacidade técnico-operacional das licitantes, e desde que limitada simultaneamente, às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto a ser contratado, é legítima a exigência de comprovação da execução de quantitativos mínimos em obras ou serviços com características semelhantes, devendo essa exigência guardar proporção com a dimensão e complexidade do objeto a ser executado.” (g.n.)

Ainda, quando um proponente não consegue demonstrar que trabalhou em duas ou mais frentes de trabalho de forma simultânea, não representada, por si só, a sua capacidade de atender, ou não, o interesse deste procedimento. Isto é, nesse caso, não é adequada a imposição da comprovação de que interessado trabalhou em duas ou mais situações concomitantes, visto que a execução sucessiva de objetos de pequena dimensão técnica não capacita, necessariamente, a pessoa para a execução de objetos maiores (o que não é o presente) – é o que menciona o TCU no acórdão 2.387/2014:

“1.7 - Em suma, não há porque, e aqui divirjo pontualmente da unidade técnica, supor que a execução sucessiva de objetos de pequena dimensão capacite a empresa automaticamente para a execução de objetos maiores. De forma exemplificativa, a execução sucessiva de dez contratos referentes a dez postos de trabalho cada não necessariamente capacita a empresa para a execução de contratos abrangendo cem postos de trabalho.”

Ao fim deste corte, cabe ressaltar que é notória a participação de empresas de pequeno e médio porte, as quais, em sua maioria, apresentam o mínimo exigido no tocante à qualificação técnica, suscitando condições suficientes para a execução de contratos dessa natureza. Então, se instituída tal exigência, irá o presente incorrer em grave ataque ao caráter competitivo e eficiente do procedimento.

Neste sentido, o professor Marçal Justen Filho leciona:

“A proposta deverá ser avaliada segundo os critérios de aceitabilidade determinados na lei e no edital. Esses critérios envolvem inclusive o padrão mínimo de qualidade aceitável. A administração não pode aceitar um objeto destituído da qualidade mínima necessária a satisfazer as necessidades a que se destina. O interesse em obter a proposta mais vantajosa não autoriza a administração a ignorar a qualidade mínima aceitável.”

No mesmo caminho, a exigência está balizada nas instruções preconizadas na letra do art. 30 da Lei nº 8.666/93 e em consonância com o entendimento exarado pela jurisprudência do Colendo Tribunal de Contas da União, no Acórdão 1.046/2014, o qual diz que:

"No tocante ao receio expressado pelo CFC de que a falta de avaliação técnica das propostas poderia levar empresas sem capacitação a assumir a execução do objeto, partilho do entendimento da unidade técnica no sentido de que isso seria evitado com a definição, no termo de referência do pregão, dos padrões/especificações exigidos para a garantia de qualidade do serviço. Ademais, no pregão, a capacidade técnica não é ignorada, sendo sua análise tão somente transferida para momento posterior (fase de habilitação)."

Cabe dizer, ainda, que a sugestão não caracteriza nenhum prejuízo ao caráter competitivo do certame. Dessa forma, nos valem do entendimento do Superior Tribunal de Justiça se manifestou sobre o tema no julgamento do REsp nº 1.257.886/PE:

“(…)

4. Não fere a igualdade entre os licitantes, nem tampouco a ampla competitividade entre eles, o condicionamento editalício referente a experiência prévia dos concorrentes no âmbito do objeto licitado, a pretexto de demonstração de qualificação técnica (...)

5. Os princípios da igualdade entre os concorrentes e da ampla competitividade não são absolutos, devendo ser ponderados com outros princípios próprios do campo das licitações, entre eles o da garantia da seleção da melhor proposta e o da segurança do serviço/produto licitado.”

Então, temos por justificado a demanda e, tendo em vista a conjugação desta aos princípios norteadores da licitação, tal imposição é:

1. adequada (a prévia experiência em atividades compatíveis ao objeto do procedimento é medida que se faz presumir, como meio a qualificação técnica o fim visado);

2. necessária (a prévia experiência em atividades compatíveis ao objeto do procedimento é medida que se faz fácil demonstração, autorizando a sumarização das exigências legais);

3. proporcional em sentido estrito (facilita a seleção por parte da Administração Pública, porque nivela os competidores, uma vez que parte de uma qualificação mínima, permitindo, inclusive, o destaque objetivo das propostas mais vantajosas).”

(9) Critério de julgamento das propostas (art. 11, XVI, do Decreto nº 46.642/19):

Considerando que a modalidade de licitação adotada pelo gestor foi o pregão, cujo único critério de julgamento admitido é o menor preço, nos termos do art. 4º, X, da Lei nº 10.520/2002.

Quanto ao ponto consta no item 7.1 como critério de julgamento “*menor preço por maior desconto percentual*”.

Por sua vez, o item 12.1 da minuta do edital (indexador nº 63491846) foi alterado em relação à minuta padrão.

Por fim, cumpre-nos observar que consta nos autos a aprovação expressa do Termo de Referência pelo Superintendente de Contratações Centralizadas, na forma do que dispõe o art. 10, inciso V, do Decreto estadual nº 46.642/19 (Indexador nº 63461023).

2.6.6. INCISO VI: REQUISICÃO E DEFINIÇÃO DO OBJETO.

A requisição do objeto consta do Indexador nº 47584959.

2.6.7. INCISO VII: AUTORIZAÇÃO DA CONTRATAÇÃO PELA AUTORIDADE COMPETENTE PARA O INÍCIO DO PROCEDIMENTO.

A autorização para o início do procedimento consta do Indexador nº 47787072.

2.6.8. INCISO VIII: ESTIMATIVA DO VALOR DA CONTRATAÇÃO E ADEQUAÇÃO ORÇAMENTÁRIA E FINANCEIRA.

Quanto ao ponto, verifica-se que o setor técnico informou, no Relatório de Pesquisa de Mercado constante do Indexador nº 61860856, que o orçamento total estimado da presente proposta de contratação é de R\$ 34.370.681,82 (trinta e quatro milhões, trezentos e setenta mil, seiscentos e oitenta e um mil reais e oitenta e dois centavos) e o valor estimado com aplicação do desconto é de R\$ 30.930.176,57 (trinta milhões, novecentos e trinta mil, cento e setenta e seis reais e cinquenta e sete centavos).

2.6.9. ESTIMATIVA DO VALOR DA CONTRATAÇÃO

Por certo, a obtenção da estimativa do valor da contratação pode ser considerada uma das etapas mais sensíveis da fase preparatória da licitação, notadamente por conta da dificuldade prática da obtenção de valores referenciais que efetivamente reflitam a realidade do mercado.

De acordo com Flávio Amaral Garcia [\[7\]](#), “[a] estimativa de preços apresenta três funções importantes: (i) define a modalidade de licitação, a partir dos limites de valor

previstos no art. 23 da Lei nº 8.666/1993 para cada uma delas – salvo nos casos de pregão, quando a modalidade é definida em razão da natureza do objeto, e não em razão do valor; (ii) serve, como regra, de referência e parâmetro objetivo de classificação das propostas e aferição de sua exequibilidade, sendo inaceitáveis os valores que ficarem acima do estipulado nas pesquisas; (iii) fundamenta a posterior verificação da existência de recursos orçamentários para o pagamento das despesas da contratação”.

Neste contexto, e na linha da orientação do Tribunal de Contas da União [8] e da d. Procuradoria Geral do Estado [9] no sentido de ser exigida consulta a variadas fontes para a formação do valor estimado da contratação, além da documentação comprobatória do referido levantamento, os artigos 20 a 22 do Decreto nº 46.642/19 normatizaram a pesquisa de preços em âmbito estadual.

Ressalta-se que não basta à Administração colher diversos preços, elaborar uma planilha comparativa contemplando os dados coletados e calcular o preço de referência do certame; as diligências concernentes à pesquisa de preços não se resumem à simples juntada aos autos de orçamentos, contratos e planilhas. É necessário, além disso, que os servidores responsáveis pela pesquisa se manifestem fundamentadamente sobre a viabilidade e adequação de cada preço obtido, não apenas sob seu aspecto formal (identificação da empresa, idoneidade, compatibilidade da sua finalidade social com o objeto da licitação etc.), como também do seu teor, cotejando os valores encontrados, avaliando, diante do panorama de mercado encontrado, se existem valores inexequíveis ou excessivamente elevados, e indicando os critérios e a metodologia utilizada para obtenção do preço de referência para a contratação. **Trata-se da análise crítica dos preços coletados.** No âmbito dessa análise crítica, deverá o gestor, em face do conjunto de valores coletados, decidir, de forma motivada, pela utilização combinada ou não dos preços obtidos, a fim de compor o preço de referência.

Recomendável, assim, que o setor técnico, no âmbito de qualquer pesquisa de mercado, adote os parâmetros exarados pela d. PGE-RJ por meio da Orientação Administrativa nº 13, *in verbis*:

Orientação Administrativa PGE n.º 13 - Da consulta a fornecedores na pesquisa de mercado:

1. Na pesquisa de mercado por meio de “consulta a fornecedores”, devem ser observadas as seguintes recomendações:

1.2 Devem ser consultadas primeiramente as empresas cadastradas no SIGA, cujas atividades econômicas registradas tenham pertinência temática com o objeto a ser contratado.

1.3. Caso seja necessário consultar outros fornecedores, deve o servidor informar a fonte de onde obteve a indicação das referidas empresas, atentando-se sempre para a pertinência temática do objeto a ser contratado em relação à atividade econômica da sociedade consultada.

1.4. A consulta deve ser realizada por meio de e-mail funcional de servidor público, acostando-se ao processo administrativo as imagens demonstrativas do envio dos e-mails (“prints” da tela, arquivos PDF ou outra imagem demonstrativa) contendo a data de remessa da correspondência eletrônica e do recebimento das respostas.

1.5. Nos termos do art. 20, §4º do Decreto n. 46.642/2019, o termo de referência deve ser anexado ao e-mail remetido para a consulta. (Promoção PGE/PG15/CCAPSJ nº 18 CLM e Parecer FBMP nº 15/2020 -ASJUR/SEAP). Publicado: DO I, de 21/07/2020 Pág. 14

Em seguida, passa-se à análise do atendimento aos referidos parâmetros no caso

em exame, de acordo com o informado no Relatório Analítico acostado no Indexador nº 61860856.

(1) Estimativa de preço elaborada mediante a consulta a todas as fontes de consulta mencionadas no § 1º do artigo 20 do Decreto nº 46.642/19: Verifica-se que a pesquisa de mercado efetivou a consulta às fontes elencadas nos incisos do artigo 20, § 1º, conforme se observa no Indexador nº 61860856.

(2) Justificativa para a impossibilidade de utilização cumulativa dos parâmetros anteriores: conforme se extrai da leitura dos dispositivos acima referenciados, há diversos parâmetros a serem observados de forma cumulativa na elaboração da pesquisa de mercado, os quais estão elencados nos incisos I a VII do §1º do artigo 20. Nada obstante, pode o gestor assinalar fundamentadamente a impossibilidade de cumpri-los na sua integralidade – artigo 20, §2º, *in fine*.

Observa-se que o setor técnico da pasta, s.m.j., abordou todos os parâmetros, acima elencados, no relatório analítico.

(3) Datas dos preços utilizados como parâmetros para a elaboração da pesquisa de mercado não superiores a 180 (cento e oitenta) dias ou cujos contratos estejam em execução: Verifica-se, do exposto no Relatório de Pesquisa de Mercado (Indexador nº 61860856), que o setor técnico observou o parâmetro em questão.

(4) Disponibilização do Termo de Referência ou do Projeto Básico aos fornecedores consultados durante a pesquisa: observa-se que, nos e-mails encaminhados aos fornecedores consultados, houve o encaminhamento de cópia do Termo de Referência (Indexador nº 61860987).

(5) Pesquisa de preços elaborada observando-se a similaridade das condições contratuais ou de oferta: O setor técnico, no Indexador nº 61860856, se manifestou sobre tal ponto no seguinte sentido: “*observa-se que os preços pesquisados e cotados apresentam condições de oferta e de contratação compatíveis com as expressas no Termo de Referência (doc. SEI nº 60280575)*”.

(6) Metodologia utilizada para obtenção do preço de referência para a contratação: o setor técnico, no indexador nº 61860856, informou que:

“b. Metodologia para a obtenção da taxa de referência

A metodologia para a obtenção da taxa de referência do presente procedimento é a mediana, considerando que as amostras pesquisadas se apresentam de forma heterogênea, uma vez que, nesse caso, há influência dos extremos dos dados coletados, como é demonstrado na planilha de saneamento das taxas pesquisadas, ao doc. SEI nº 61896695.

Dessa forma, considera-se que a adoção da metodologia da mediana é medida necessária, adequada e razoável, pois trata os dados pesquisados com a fidelidade estatística proporcional ao caso concreto, dirimindo os riscos de mau investimento dos recursos públicos e homenageando os

(7) Pesquisa de preços deverá ser apresentada por meio de orçamento detalhado em planilhas que expresse a composição dos custos unitários: O orçamento detalhado, s.m.j, consta do Indexador nº 61896695.

Salienta-se, no ponto, que a exigência de planilha de custos unitários tem por finalidade assegurar a seriedade do planejamento administrativo, dando à Administração conhecimento dos valores do que pretende contratar e subsídios para avaliar as propostas que vierem a ser apresentadas. Diminui-se, aqui, a natural diferença de conhecimento entre o contratante e o contratado, principalmente com fito de evitar cotação em sobrepreço ou o posterior superfaturamento por meio da elevação de custos.

Assim, a apresentação de planilha que demonstre a composição dos custos unitários do orçamento é medida que se impõe ao órgão licitante, evidenciando de maneira adequada a estimativa dos elementos componentes do custo da licitação, bem como possibilitando o controle dos mencionados custos.

Como se vê, o orçamento detalhado em planilhas de composição de custos unitários destina-se a satisfazer várias finalidades, tais como (i) assegurar a seriedade do planejamento administrativo, (ii) balizar as propostas apresentadas pelos licitantes e estimar os custos destes e (iii) permitir posterior controle, evitando-se sobrepreço e superfaturamento, o que significa que não deve ser elaborado exclusivamente com fundamento em orçamentos e planilhas de custo apresentadas por fornecedores. Trata-se de obrigação imposta à Administração, que deverá elaborá-lo à luz das inúmeras referências de mercado, nos moldes do art. 22, caput, do Decreto nº 46.642/19. Recomendável, assim, que haja a elaboração de orçamento detalhado em planilhas de composição de custos unitários por parte do próprio órgão licitante.

(8) Relatório analítico contendo o descritivo dos métodos adotados para formação dos preços de referência e do orçamento estimado para a contratação: o setor técnico da Pasta apresentou Relatório de Pesquisa de Preços (indexador nº 61860856), contendo o descritivo dos métodos adotados para formação dos preços e do orçamento estimado.

Nesse sentido, importante destacar que todas as etapas da pesquisa – o que inclui cada busca realizada – devem conter a identificação do(s) servidor(es) responsável(is). Podendo, no entanto, ser expressamente referenciado no relatório da pesquisa de mercado o servidor que realizou cada etapa da pesquisa. Observa-se que, no caso em pauta, o relatório (indexador nº 61860856) traz, no item 06, a identificação dos responsáveis pela pesquisa de mercado.

Por fim, aspecto diretamente relacionado à estimativa do valor da contratação é a verificação da incidência do art. 39 da Lei Geral de Licitações, que torna obrigatória a realização de audiência pública “[s]empre que o valor estimado para uma licitação ou para um conjunto de licitações simultâneas ou sucessivas for superior a 100 (cem) vezes o limite

previsto no art. 23, inciso I, alínea "c" desta Lei (...)", mesmo em se tratando de pregão ou registro de preços (Enunciado nº 35/PGE). No caso em pauta, verifica-se a desnecessidade da realização de audiência pública, tendo em vista o valor estimado do certame em questão[10].

Por fim, salientamos que a análise dos aspectos econômicos da contratação escapa às atribuições desta ASSJUR, de sorte que compete aos setores técnicos avaliarem se os preços ofertados se encontram razoáveis.

2.6.10. INCISO IX: ELABORAÇÃO DAS MINUTAS DE EDITAL E DE CONTRATO.

A Administração Pública, é sabido, emprega a padronização editada pela d. Procuradoria-Geral do Estado nas licitações que realiza. Tais minutas-padrão, como dito, contam com a prévia aprovação e chancela jurídica daquele que é o órgão central do Sistema Jurídico Estadual.

Deste modo, a observância integral das minutas-padrão – ressalvadas, é claro, as adaptações de ordem técnica e/ou meramente formal sem substância jurídica – é providência que naturalmente se impõe, pois eliminam esforços repetitivos de conferência, evita o retardamento das licitações e otimiza sobremaneira o trabalho da Administração Pública, que deve sempre se pautar pelo princípio da eficiência. Ainda quanto ao ponto, ressalta-se o entendimento consubstanciado na Orientação Administrativa nº 03, da PGE, *in verbis*:

“Orientação Administrativa nº 03

Tendo em vista o disposto no art. 4º, III e §1º da Lei nº 5.414/2009, nos casos de necessidade de alteração substancial das minutas-padrão editadas pela Procuradoria Geral do Estado, ou de adaptação que contrarie a essência das mesmas, o que deverá ser justificado pelo gestor, as manifestações jurídicas correspondentes deverão ser integradas por Parecer do Procurador do Estado titular do respectivo órgão jurídico local ou setorial e submetidas à aprovação do Procurador-Geral do Estado.

Publicado: DO I, de 08/01/18 Pág. 22”

Nesse sentido, **demonstra-se obrigatório tanto o emprego das minutas-padrão da PGE como que todas as alterações à minuta-padrão sejam informadas e destacadas (através de negrito/sublinhado/iluminação do texto, preferivelmente), além de justificadas, inclusive as supressões e alterações meramente formais sem aparente substância jurídica. Incumbe ao setor responsável pela elaboração das minutas de edital e de contrato dar cumprimento ao artigo 30[11] do Decreto nº 46.642/19 em todos os aspectos.**

Assim, esta análise jurídica parte da premissa de atendimento à minuta-padrão da d. PGE, sendo certo que esta deve ser respeitada integralmente nos aspectos não abordados aqui, salvo, como já afirmado, por correções meramente formais e ajustes técnicos sem substância jurídica, que devem, de todo modo, ser sinalizados pelo responsável pela elaboração do edital e contrato quando do encaminhamento para análise.

MINUTA DE EDITAL

No caso em tela, observa-se que a minuta apresentada (Indexador nº 63491846) foi elaborada com base na minuta-padrão de Edital, na modalidade pregão eletrônico, adaptado para a utilização do Sistema Integrado de Gestão e Aquisições – SIGA. Passa-se à análise das disposições.

(i) Do objeto

Observa-se que a definição do objeto da licitação descrito no subitem 2.1.

(ii) Do regime de execução

No subitem 2.8 consta que o regime de execução será o de empreitada por preço unitário, sendo que a justificativa consta no item XIV do doc. SEI n. 62099910:

“XIV. Da adoção do regime de execução

Em atendimento ao art. 6º, inciso VIII c/c art. 10, da Lei nº 8.666/93 para operar a solução adotada adotou-se o regime de execução indireta, do tipo Empreitada por Preço Unitário, em decisão alinhada com as orientações gerais do Tribunal de Contas da União, em seu Informativo de Licitações e Contratos de nº 304/2016, senão vejamos:

"A empreitada por preço global deve ser adotada quando for possível definir previamente no projeto com boa margem de precisão, as quantidades dos serviços a serem executados; enquanto a empreitada por preço unitário deve ser preferida para objetos que, por sua natureza, não permitam a precisa indicação dos quantitativos orçamentários". (g.n.)

E, o Acórdão TCU nº 1977/2013, Plenário, TC-044.312/2012-1, relatado pelo. Min. Valmir Campelo:

"9.1.3. a empreitada por preço global, em regra, em razão de a liquidação de despesas não envolve necessariamente, a medição unitária dos quantitativos de cada serviço na planilha orçamentária, nos termos do art. 6º, inciso VIII, alínea 'a', da Lei 8.666/93, deve ser adotada quando for possível definir previamente no projeto, com boa margem de precisão, as quantidades dos serviços a serem posteriormente executados na fase contratual; enquanto que a empreitada por preço unitário deve ser preferida nos casos em que os objetos, por sua natureza, possuam uma imprecisão inerente dos quantitativos em seus itens orçamentários, como são os casos de reformas de edificação, obras com grandes movimentações de terra e interferências, obras de manutenção rodoviária, dentre outras."

Por ser a execução do serviço por preço certo com unidades determinadas, neste cenário, a decisão pelo regime adotado é pertinente, pois, a partir das informações apresentadas no instrumento convocatório, a Administração concede aos interessados elementos suficientes para a apresentação de proposta adequada às obrigações que serão efetivamente executadas.

Assim, o preço a ser pago é ajustado por unidades efetivamente entregues e o pagamento é devido após cada medição qualitativa sobre a execução do contrato. Dessa forma, a adoção do regime viabiliza uma competição maior e uma correção entre o executado e pago, mantendo o equilíbrio econômico financeiro da contratação.

Ao fim, importa destacar que este é o regime adequado, pois confere segurança ao contrato considerando que modificações contratuais qualitativas/quantitativas têm seus custos expressos justificados. Desta forma, diante das possíveis eventualidades que venham a incidir no contrato, a Administração tem condições de, objetivamente, acompanhar a vantajosidade da proposta ofertada".

(iii) Da vedação de subcontratação

No Item 3.4 traz-se a vedação da **subcontratação**, o que foi justificado no item X do Indexador nº 62099910:

“X. Justificativa para a vedação da subcontratação total e parcial da solução

No presente procedimento veda-se a subcontratação total e parcial da solução adotada.

A esse tema, o art. 72 da Lei 8.666/93, quando combinado com o art. 78, VI, do mesmo diploma, veda subcontratação total do objeto licitado, sendo aceita apenas a subcontratação parcial, que deve estar limitada a um percentual do valor total do contrato e que não contemple atividades correspondentes às parcelas de maior relevância técnica exigidas para fins de qualificação dos licitantes. Ainda, há entendimento de que a subcontratação é um instituto que deve ser encarado com excepcionalidade, e não como regra, tendo de ser adotado unicamente quando necessária para garantir a execução do contrato. É o que diz o TCU (Acórdão 834/2014-Plenário, TC 033.061/2010-6, relator Ministro-Substituto André Luís de Carvalho, 2.4.2014):

“A subcontratação deve ser tratada como exceção. Só é admitida a subcontratação parcial e, ainda assim, desde que demonstrada a inviabilidade técnico-econômica da execução integral do objeto por parte da contratada, e que haja autorização formal do contratante.”

Neste sentido, comentando os dispositivos elencados acima, Marçal Justen Filho [JUSTEN FILHO Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 13ª ed. 2009. p. 533] ensina:

“A escolha da Administração deve ser orientada pelos princípios que regem a atividade privada. Se, na iniciativa privada, prevalece a subcontratação na execução de certas prestações, o ato convocatório deverá albergar permissão para que idênticos procedimentos sejam adotados na execução do contrato administrativo. Assim se impõe porque, estabelecendo regras diversas das práticas entre os particulares, a Administração reduziria a competitividade do certame. É óbvio que se pressupõe, em todas as hipóteses, que a Administração comprove se as práticas usuais adotadas pela iniciativa privada são adequadas para satisfazer ao interesse público.”

Observou-se que o mercado que opera a solução adotada é um nicho composto por um grupo complexo de potenciais fornecedores, ainda, todo o escopo do processo é realizado via web e a operacionalização do objeto é para a Administração realizar, no tempo necessário, a aquisição das passagens aéreas. Ainda, considera-se o fato de a solução adotada não ser possível de ser parcelada. Neste passo, não se vislumbra uma hipótese excepcionalíssima (seja técnica, econômica e circunstancialmente justificável quanto à autorização de subcontratação do objeto e, de outra sorte, sabe-se que não há serviços acessórios que podem ser subcontratados.

Logo, é possível o afastamento do instituto de subcontratação por entendermos não comprometer restringir ou frustrar o caráter competitivo entre os possíveis licitantes.

Ao fim, insta dizer que tal sugestão é razoável, pois, como se vê, a subcontratação (tanto parcial como total), para o presente caso, reflete uma situação não vantajosa para a Administração, e necessária, uma vez que não se verificaram elementos objetivos que autorizassem a positividade do instituto”.

(iv) Do Critério de julgamento das propostas

Quanto ao ponto verifica-se que consta no item 6 como critério de julgamento “menor preço por maior desconto percentual”.

Por sua vez, o item 12.1 foi alterado em relação à minuta padrão para constar:

12.1 O julgamento obedecerá ao critério Menor Preço por Maior Desconto Percentual, na forma do item 6. Será declarada vencedora a proposta que apresentar o maior Desconto Percentual observadas as regras deste Edital, especialmente o subitem 12.3.

(v) Participação de empresas em regime de consórcio

Verifica-se, no item 7.5, a impossibilidade da participação de empresas em regime de consórcio. No doc. SEI n. 62099910 consta a justificativa nos seguintes termos:

“XX. Da motivação da vedação da participação de empresas constituídas em regime de consórcio

A vedação de empresas constituídas em forma de consórcio no presente procedimento se dá pela necessidade de melhor aproveitamento das condições do mercado, para o aumento do número de participantes e o aferimento de condições sobre economicidade e eficiência do procedimento.

A participação, ou vedação, de empresas constituídas em forma de consórcio em procedimento licitatórios tem sua previsão instituída na forma do art. 33 da Lei nº 8.666/93, e é disciplinada conform. Resolução PGE nº 4.345/19, por meio da Nota Explicativa X.

Fazendo remissão ao Parecer nº 98/2018-FAG/PGERJ, temos que “no processo administrativo a participação ou vedação de consórcio deve obrigatoriamente ser objeto de motivação específica (...) à luz do objeto e das características daquele mercado”.

No entendimento da Egrégia Corte de Contas da União:

“Acórdão 1711/2017-Plenário: A decisão da Administração de permitir a participação de empresas sob a forma de consórcio nas licitações deve ser devidamente motivada e não deve implicar a proibição de participação de empresas que, individualmente, possam cumprir o objeto a ser contratado, sob pena de restrição à competitividade.”

Há hipóteses em que as circunstâncias de mercado ou a complexidade do objeto torna problemática a competição. Isso se passa quando uma grande quantidade de empresas, isoladamente, não dispuser de condições para participar da licitação – o que não é o caso concreto.

O presente procedimento tem como objeto a contratação de serviço comum, que é de técnica usual para o mercado, o que está em perfeita harmonia com o entendimento acima posto. Na razoável reflexão de Professor Marçal Justen Filho:

“É usual que a administração pública apenas autorize a participação de empresas em consórcio quando as dimensões e complexidade do objeto ou as circunstâncias concretas exijam a associação entre particulares”.

Nesses procedimentos é notória a participação de empresas de pequeno e médio porte, as quais, em sua maioria, apresentam o mínimo exigido no tocante à qualificação técnica e econômico-financeira, suscitando condições suficientes para a execução de contratos dessa natureza, o que não tornará restrito o universo de possíveis licitantes individuais.

A ausência de participação de empresas em forma de consórcio não trará prejuízos à competitividade do certame, visto que, em regra, a formação de consórcios é admitida quando o objeto a ser licitado envolver questões de alta complexidade ou de relevante vulto, em que empresas, isoladamente, não teriam condições de suprir os requisitos de habilitação do edital.

Endossando o parágrafo anterior, esse é o entendimento do TCU:

“GRUPO II - CLASSE VII – Plenário TC 029.420/2015-6

Natureza: Representação

Entidade: Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos

Representante: BT Brasil Serviços de Telecomunicações Ltda. (33.179.565/0001-37)

Representação legal: Jorge Ulisses Jacoby Fernandes (6.546/OAB-DF) e outros, representando BT Brasil Serviços de Telecomunicações Ltda. (peças 6 e 7)

SUMÁRIO: REPRESENTAÇÃO. SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES. PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS EM CONSÓRCIO. COMPROVAÇÃO FÁTICA DE AUSÊNCIA DE PREJUÍZO À COMPETITIVIDADE E DE VANTAJOSIDADE ECONÔMICA. INEXISTÊNCIA DE IRREGULARIDADE. IMPROCEDÊNCIA.

1. A participação de empresas em consórcio não implica necessariamente incremento de competitividade podendo, eventualmente, ter o efeito oposto, limitando a concorrência devido à diminuição do número de empresas de porte interessadas por integrarem um mesmo consórcio (Acórdãos 1.072/2005, 1.591/2005, 1.417/2008 e 1.165/2012, do Plenário, e 2.813/2004 e 4.206/2014, da Primeira Câmara).”

Ao fim, insta dizer que tal sugestão é razoável, tendo em vista que esta tem o objetivo de exatamente afastar a restrição à competição e, conseqüentemente, proporcionar maior eficiência e economicidade sobre o procedimento”.

A vedação também consta no item 2.5 do TR e no item 16 do ETP.

(vi) Cooperativas de Trabalho

No item 7.6 consta a possibilidade de participação de cooperativas de trabalho.

No ETP (indexador nº 49820433), ratificado pelo despacho de doc. SEI nº 63492099, consta a seguinte justificativa nos seguintes termos:

“17. DA PARTICIPAÇÃO DE COOPERATIVA

Um procedimento licitatório tem por desígnio primário garantir a observância da isonomia, onde o maior número possível de participantes, que comprovem possuir a qualificação mínima exigida por lei, tenha o direito impreterível de se integrar ao procedimento sem exceções ou discriminações.

Somado a afirmação acima, o Diploma Nacional de Licitações discursa que é vedado aos agentes públicos prever nos atos convocatórios cláusulas que restrinjam ou frustrem o caráter competitivo do certame, inclusive no caso de sociedades cooperativas (art. 3º, §1º, inc. I, da Lei de Licitações). Formando, no teor desse mandamento, a regra no sentido de viabilizar a participação de cooperativas em procedimentos licitatórios[68].

No mesmo sentido, foram reiteradas decisões (Acórdão nº 1815/2003-Plenário, Acórdão nº 307/2004-Plenário que culminaram com a publicação da Súmula nº 281, TCU:

“É vedada a participação de cooperativas em licitação quando, pela natureza do serviço ou pelo modo como é usualmente executado no mercado em geral, houver necessidade de subordinação jurídica entre o obreiro e o contratado, bem como de pessoalidade e habitualidade.”

A razão para essa vedação é simples. Se assim não fosse, a disciplina das cooperativas violaria pilar basilar do Direito do Trabalho (art. 3º, da CLT). Nesse conflito de interesses e valores, direito das cooperativas versus diretriz para a formação das relações de trabalho, prevaleceu o segundo, pois relaciona-se com direito constitucional fundamental.

Assim, é possível dizer que, como regra, é permitida a participação de cooperativas em licitações. A exceção fica por conta das contratações cujo objeto envolva o exercício de atividade que demande a existência de vínculos de emprego/subordinação desses profissionais com a pessoa jurídica contratada (cooperativa), bem como dispensam os elementos da habitualidade e pessoalidade.

No campo estadual, a D. PGE/RJ, editou o enunciado nº 33, os quais ditam as exceções à regra e os requisitos da admissibilidade das sociedades desta natureza, in verbis:

Enunciado n.º 33 - PGE: Microempresas, empresas de pequeno porte, empresários individuais e cooperativas nas contratações públicas

As contratações públicas estaduais de bens, serviços e obras destinadas exclusivamente à participação de microempresas, empresas de pequeno porte, empresários individuais e cooperativas deverão obedecer aos artigos 47 a 49 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, com as alterações promovidas pela Lei Complementar nº 147, de 7 de agosto de 2014, e pelo Decreto Estadual nº 42.063, de 06 de outubro de 2009.

item. Poderão participar das licitações exclusivas a que se refere o item 1 as microempresas, empresas de pequeno porte, empresários individuais e cooperativas, na forma do art. 3º da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006 c/c art. 34, da Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007.

item. Os seguintes pressupostos deverão ser observados, cumulativamente, na fase interna dessas licitações, consoante os arts. 48, inciso I c/c 49, incisos II e III da Lei Complementar nº 123, de 2006

e arts. 6º e 9º do Decreto Estadual nº 42.063, de 2009:

alin. valor estimado de cada item de contratação não superior a R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais);

alin. constatação de haver, pelo menos, 3 (três) fornecedores, presumíveis competidores, beneficiários deste regime sediados local ou regionalmente e capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório;

alin. verificação da vantajosidade para a Administração Pública Estadual, que deve ser aferida pelo valor estabelecido como referência da contratação, ou seja, pela pesquisa de preços;

alin. não representar prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto a ser contratado;

alin. atingimento dos objetivos fixados pelo art. 1º, do Decreto nº 42.063, de 2009, sendo esta uma presunção relativa, que poderá ser refutada por justificativa formalmente apresentada pelo órgão responsável pela contratação.

É possível dizer que, como regra, é permitida a participação de cooperativas em licitações. A exceção fica por conta das contratações cujo objeto envolva o exercício de atividade que demande a existência de vínculos de emprego/subordinação desses profissionais com a pessoa jurídica contratada (cooperativa), bem como dispensam os elementos da habitualidade e pessoalidade.

Nesse passo, não se vislumbra uma hipótese excepcionalíssima (seja técnica, econômica e circunstancialmente) justificável quanto à vedação de participação de cooperativas e, quando subsumida a norma e os entendimentos acima postos ao caso concreto, de outra sorte, sabe-se que não há elementos objetivos que autorizassem afastem esse nicho.

Caminhando para o final, com vistas a aumentar o número de participantes e o aferimento de condições (eficiência e economicidade) que atendam o Interesse Público, sugere-se a participação de cooperativas, pois não há representação prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto a ser contratado e se demonstra inviável para a solução adotada.

Tal sugestão é razoável, necessária e adequada, tendo em vista que esta tem o condão de exatamente afastar a restrição à competição e, conseqüentemente, proporcionar maior eficiência e economicidade ao ato.

(vii) Qualificação econômico-financeira e da qualificação técnica

Em relação à inclusão no subitem 15.4.1, alínea “b” de apresentação de índices que demonstrem a saúde financeira da empresa, conforme determina o art. 31, §5º, da Lei nº 8.666/93, a exigência encontra-se devidamente justificada no indexador nº 62099910.

O item 15.5 trata da qualificação técnica, prevendo a entrega de atestado. Remete-se, aqui, ao exposto quando da análise do TR.

(viii) Prova de conceito

No item 16 consta previsão de prova de conceito para a comprovação dos requisitos e funcionalidades mínimas do sistema web especificados no item 2.4.9.1 do TR (indexador nº 63374522) e no anexo 1.6 do TR (indexador nº 63423106).

(ix) Programa de Integridade

Foram incluídos no item 20 da minuta de edital os **subitens 20.8, 20.8.1 e 20.8.1.1**, que tratam da comprovação de manutenção de programa de integridade por parte do futuro contratado.

(x) Condições de pagamento

O item 21 trata da forma de pagamento. **Remete-se, aqui, ao exposto quando da análise do TR.**

No item 21.8, traz-se a **escolha do gestor para o índice de atualização financeira**, adotando-se o INPC (Índice Nacional de Preços ao Consumidor), o que foi justificado pelo setor técnico no item XXII do do. SEI n. 62099910.

(xi) Aceitação do objeto contratual e responsabilidade

O item 25 trata da aceitação do objeto contratual.

No doc. SEI n. 63492099 consta que *“Promovemos a exclusão do Subitem 24.6 da Minuta Padrão da PGE, bem como a sua menção em outros subitens, com a renumeração dos itens subsequentes, conforme Nota Explicativa n° 15, uma vez que não há a previsão de mão de obra residente na solução adotada”*. Na verdade, o que foi excluído foi o subitem 25.6 que trata da mão de obra residente.

(xii) Garantia

O item 26 da minuta padrão foi excluído, pois não há previsão de garantia contratual, o que foi justificado pelo setor técnico no item XXII no do. SEI n. 62099910 e 49820433.

MINUTA DE ATA DE REGISTRO DE PREÇOS

No que se refere à minuta de ata de registro de preços apresentada (Anexo III, indexador n° 63491846), verifica-se que esta, por sua vez, adota a minuta-padrão de ata de registro de preços para prestação de serviços no âmbito da Administração Pública Estadual aprovada pela Resolução PGE n.º 3.790/2015, com posteriores alterações.

Outra vez, cumpre ressaltar que é obrigatório tanto o emprego das minutas-padrão da PGE como que todas as alterações à minuta-padrão sejam informadas e destacadas, além de justificadas. Assim, a presente análise parte da premissa de atendimento à minuta-padrão da d. PGE, sendo certo que esta deve ser respeitada integralmente nos aspectos não abordados aqui, salvo, como já afirmado, por correções meramente formais e ajustes técnicos sem substância jurídica.

Sobre a minuta apresentada, observou-se que não há alterações substanciais, em relação ao que consta na minuta padrão.

Houve a exclusão do Parágrafo Décimo da Cláusula Décima Primeira conforme Nota 7 da minuta padrão, o que foi indicado no doc. SEI n° 63492099.

No mais, remete-se aos pontos levantados anteriormente, que devem, no que se mostrar congruente, ser observados aqui.

MINUTA DE CONTRATO

No que diz respeito à minuta de contrato (Anexo VIII, indexador nº 63491846), ao que parece, o órgão técnico adotou como referência a minuta-padrão de contrato para prestação de serviços no âmbito da Administração Pública Estadual aprovada pela Resolução PGE n.º 3.041, de 07 de novembro de 2011, com posteriores alterações.

Houve a exclusão dos Parágrafos Oitavo e Nono da Cláusula Nona da minuta padrão, que trata do **reajuste**, “*a fim de harmonizar o instrumento ao que é expresso no subitem 3.2 do Termo de Referência*” (indexador nº 63492099). O subitem 3.2.1 do TR prevê que o “**percentual de desconto resultante da proposta ofertada pela CONTRATADA será fixo e irrevogável**” (indexador nº 63374522).

Seguindo, conforme anteriormente ressaltado, a presente análise parte da premissa de atendimento à minuta-padrão da d. PGE, sendo certo que esta deve ser respeitada integralmente nos aspectos não abordados aqui, salvo, como já afirmado, por correções meramente formais e ajustes técnicos sem substância jurídica

Ressaltamos, por fim, que as considerações traçadas quanto ao Edital devem, no que se mostrar congruente, ser observadas no que diz respeito à elaboração do contrato.

2.6.11. CHECKLIST DA PGE-RJ

Houve a juntada do **Checklist da PGE-RJ** preenchido (Indexador nº 62090652). É preciso registrar que a PG-15 tem orientado que “*o checklist deve ser preenchido com a indicação. em todos os itens. do documento - e da indicação à página específica, quando se trate de arquivo com múltiplas folhas - que seja fonte da informação. Não basta, como feito, a referência genérica ao TR ou ao edital para a maioria dos itens, devendo ser indicado o item/parágrafo específico do documento que traz a resposta*”.

Ademais, ficou estabelecido por meio da Resolução Conjunta PGE/SEPLAG nº 187, de 14 de dezembro de 2021, que na fase preparatória das contratações é obrigatório a apresentação nos autos do Checklist preenchido, previamente à remessa para análise do órgão jurídico.

A Resolução Conjunta PGE/SEPLAG nº 187, de 14 de dezembro de 2021, estabeleceu, ainda, que deverá ser elaborada declaração de conformidade com a minuta padrão da d. PGE, nos termos do seu ar. 3º, *in verbis*:

Art. 3º - O responsável pela elaboração das minutas de edital e contrato elaborará declaração de conformidade com a minuta-padrão, na forma do Anexo desta Resolução. Parágrafo único. Além da declaração de que trata o caput, todas as supressões, alterações e acréscimos serão claramente sinalizadas no documento SEI das minutas mediante uso das ferramentas de realce de cores ou marcas de revisão.

A Declaração de Conformidade consta no doc. SEI n. 62099910.

3. CONCLUSÃO:

Nesta toada, sem adentrar em questão de ordem técnica e financeira, inclusive quanto à conveniência e oportunidade do procedimento, pois se desviam da competência desta Assessoria Jurídica, opino, *s.m.j.*, **pela viabilidade jurídica do prosseguimento do certame em destaque.**

Vale lembrar, já em sede de conclusão, que esta Assessoria Jurídica restringiu-se a aferir se a proposta adequa-se à legislação que trata da matéria, mormente a Lei Federal nº 8.666/93, bem como à possibilidade legal da contratação, não avaliando aspectos técnicos e financeiros relativos à consulta formulada. Nesse contexto, as recomendações apontadas têm escopo exclusivamente jurídico, objetivando o atendimento à legislação de regência da matéria e, por óbvio, decorrem dos elementos e das declarações constantes dos autos.

Ressalta-se que a manifestação produzida pela Assessoria Jurídica, apesar de obrigatória, não é vinculativa para o gestor, que pode dela discordar, devendo, para tanto, apresentar as razões de fato e de direito que lhe deem sustentação[13]. Convém explicitar, ainda, que o ordenamento jurídico prático impõe um dever geral de motivação para os atos administrativos.

Consignamos que a presente análise, como não poderia deixar de ser, se restringe ao caráter jurídico da consulta. Com efeito, nesta oportunidade não são considerados os aspectos técnicos ou econômicos, porquanto tal exame foge de nosso campo de atribuições. A propósito, presume-se que tais aspectos tenham sido apreciados pelos órgãos técnicos competentes para tanto.

À d. **Subsecretaria de Planejamento (SUBLOG)**, em prosseguimento.

Rio de Janeiro, 23 de novembro de 2023.

MARCELO SANTINI BRANDO

Procurador do Estado do Rio de Janeiro

Assessor-Chefe/ASSJUR-SEPLAG

IANI TORRES LEITÃO

Assessora Jurídica da SEPLAG

ID. Nº 5129744-2



Documento assinado eletronicamente por **Marcelo Santini Brando, Procurador**, em 23/11/2023, às 16:08, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento nos art. 28º e 29º do [Decreto nº 48.209, de 19 de setembro de 2022](#).



Documento assinado eletronicamente por **Iani Torres Leitão, Assessora**, em 23/11/2023, às 16:09, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento nos art. 28º e 29º do [Decreto nº 48.209, de 19 de setembro de 2022](#).



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site http://sei.rj.gov.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=6, informando o código verificador **63713950** e o código CRC **EA6A0DB9**.
