

PERGUNTAS E RESPOSTAS SOBRE O TERMO DE REFERÊNCIA NA NOVA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS



Secretaria de
Administração



PREFEITURA DE
CARIACICA

Esta publicação é uma iniciativa da
Secretaria Municipal de Administração

RENAN POTON DE JESUS
Secretário Municipal de Administração

ELABORAÇÃO:

Bruno Nunes
Guilherme Hecher de Vargas
Rodrigo Vervloet Assed Salgueiro

1ª Edição
Cariacica/ES, março de 2024

Secretaria de
Administração



**PREFEITURA DE
CARIACICA**

PERGUNTAS E RESPOSTAS SOBRE O TERMO DE REFERÊNCIA NA NOVA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS LEI FEDERAL Nº 14.133/2021 E NO DECRETO MUNICIPAL Nº 82/2023

O presente material foi elaborado pela Secretaria Municipal de Administração – SEMAD contemplando, por meio de perguntas e respostas, os principais pontos referentes ao Termo de Referência, o qual foi disciplinado pela Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos – Lei Federal nº 14.133/2021 e, em âmbito municipal, pelo Decreto nº 82/2023.

A proposta deste guia é abordar as regras gerais desse instrumento de planejamento, as quais estão compreendidas entre os artigos 13 a 40 do decreto em referência, devendo a Secretaria Contratante observar as demais disposições normativas, a depender da natureza da contratação, previstas entre os artigos 41 a 61 do Decreto nº 82/2023.

Por fim, ressalta-se que não há aqui o intuito de esgotar todas as dúvidas a respeito do Termo de Referência, o propósito é facilitar o entendimento sobre o referido documento, sendo indispensável a leitura das normas citadas, para melhor aprofundamento.

1. Perguntas e Respostas sobre o Termo de Referência:

1.1. O que é o Termo de Referência?

O Termo de Referência consiste no documento que caracterizará os serviços a serem contratados ou os bens a serem fornecidos, devendo conter os parâmetros e elementos descritivos capazes de permitir à Administração a avaliação dos custos com a contratação e orientar a correta execução, gestão e fiscalização do contrato.

Ex: A Secretaria de Governo e Recursos Humanos possui a necessidade de recompor o quadro de servidores públicos da Prefeitura. Após levantamentos e estudos, verificou-se que a melhor solução seria contratar uma empresa especializada em realização de concurso público. Para tanto, deverá ser elaborado o Termo de Referência contendo a descrição do serviço; a justificativa da contratação; os cargos a serem ofertados; as etapas do certame; o valor do serviço; as regras de pagamento e de fiscalização do contrato etc.

1.2. Em que momento deve ser elaborado o Termo de Referência?

O Termo de Referência deve ser elaborado na chamada fase de planejamento da contratação.

Ex: O setor de gestão de processos da Procuradoria Municipal verificou a necessidade de contratar uma solução para acompanhamento das demandas judiciais de natureza tributária. Diante disso, o servidor competente elaborou o Documento de Formalização de Demanda – DFD, o qual foi aprovado pelo Procurador Geral.

Ato contínuo foi feito o Estudo Técnico Preliminar, com a participação de um membro da SUBTI, por se tratar de objeto relativo à Tecnologia da Informação, também aprovado pelo ordenador de despesa, com a solução de contratação de um software de gestão processual. Em seguida, deverá ser elaborado o Termo de Referência, com as especificações técnicas mínimas a serem observadas no processo de contratação que, igualmente, seguirá para aprovação da referida autoridade competente.

Cumprido destacar que, nos casos em que o Estudo Técnico Preliminar for dispensado ou dispensável, na forma do art. 12 do Decreto Municipal nº 82/2023, com a aprovação do DFD, elaborasse o Termo de Referência respectivo, para caracterização e descrição da contratação almejada.

1.3. Para quais contratações o Termo de Referência deverá ser elaborado?

O Termo de Referência deverá ser elaborado para a contratação de bens e serviços, o que inclui projetos de engenharia e arquitetura, bem como para as hipóteses de contratações diretas.

Para as contratações de obras e serviços de engenharia deve ser elaborado o Projeto Básico, precedido ou não do Anteprojeto, e acompanhado do Projeto Executivo, conforme definições previstas nos incisos XXIV, XXV e XXVI do art. 6º da Lei nº 14.133/21.

Ex: A Secretaria de Controle e Transparência pretende realizar a capacitação dos seus servidores acerca dos novos procedimentos de auditoria. Para tanto, fará a contratação direta, por inexigibilidade de licitação, de serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual, visando treinamento e aperfeiçoamento de pessoal.

Neste caso, será obrigatória a elaboração do Termo de Referência, para caracterizar os serviços a serem contratados.

1.4. Alguns elementos do Estudo Técnico Preliminar, quando realizado, são exigidos também em sede de Termo de Referência, como os requisitos da contratação, estimativas de quantidades, descrição da solução como um todo, justificativa para o parcelamento ou não da contratação, definição do objeto da contratação etc. Eles devem se repetir no Termo de Referência?

Sim. O Estudo Técnico Preliminar, quando realizado, dá base ao Termo de Referência, de forma que os instrumentos de planejamento da licitação devem ser harmônicos entre si. Entretanto, o Termo de Referência é um documento mais minucioso, que poderá apresentar especificações técnicas e informações complementares ao previsto no ETP.

1.5. Caso o servidor ou equipe de planejamento, quando da elaboração do Termo de Referência, perceba a necessidade de modificação de algum elemento previsto no Estudo Técnico Preliminar, deverá promover a mudança no ETP?

Sim. Caso na confecção do Termo de Referência seja constatada a imprecisão ou equívoco de algum elemento do ETP, esse deverá ser modificado visando a convergência entre os documentos referenciais da contratação. Deve-se atentar que, caso a modificação altere a escolha de melhor solução, o próprio Termo de Referência deverá ser refeito para abarcar a nova melhor solução, buscando atender a necessidade pública prevista no Documento de Formalização de Demanda - DFD.

1.6. Quem será responsável pela elaboração do Termo de Referência?

O Termo de Referência deverá, em regra, ser elaborado por servidor designado ou equipe de planejamento no âmbito da Secretaria Contratante, que poderá ser auxiliada por outros órgãos da Administração com expertise relativa ao objeto que se pretende contratar.

Ex: A Secretaria de Educação pretende adquirir livros didáticos digitais para os alunos das escolas municipais. Nesse caso, embora o Termo de Referência possa ser elaborado por servidor ou equipe de planejamento da SEME, a Secretaria deverá ser auxiliada pela Subsecretaria de Tecnologia da Informação, tendo em vista a expertise que a SUBTI possui em relação ao objeto que se pretende contratar, no que tange as especificações técnicas e compatibilidade com os equipamentos porventura utilizados em âmbito municipal.

Na hipótese de Compra Centralizada por meio do Sistema de Registro de Preços, o chamado Órgão Gerenciador será o responsável por promover a adequação do Termo de Referência, mediante prévia indicação da demanda pelos Órgãos Participantes.

Ex: As Secretarias de Administração, de Educação e de Saúde pretendem adquirir, mediante o Sistema de Registro de Preços, 3000 (três mil) pacotes de 500 (quinhentas gramas) de pó de café, para atender as demandas internas de seus órgãos. Para ganho de economia de escala (compra conjunta para obtenção de menor preço), poderá ser definido que a elaboração do Termo de Referência correspondente à referida contratação ficará sob a responsabilidade da SEMAD, podendo, no entanto, ser auxiliada pelas demais Secretarias Participantes.

1.7. O Termo de Referência deverá ser aprovado pelo Ordenador de Despesa?

Sim. De acordo com o §1º do artigo 2º do Decreto nº 82/2023, o Termo de Referência deverá ser aprovado pelo Ordenador de Despesa das Unidades Gestoras demandantes, por meio de despacho motivado, atestando o alinhamento ao planejamento estratégico, se houver, e ao Plano de Contratações Anual.

1.8. O Estudo Técnico Preliminar deve ser um anexo do Termo de Referência?

Não há previsão legal com essa exigência.

2. Preenchimento dos elementos do Termo de Referência (regras gerais):

Os elementos obrigatórios do Termo de Referência estão previstos nos arts. 13, §1º e 14, sendo facultativos os requisitos do art. 15 do Decreto Municipal nº 82/2023. Nos artigos 16 a 40, o referido decreto trouxe informações complementares ao correto preenchimento dos elementos do Termo de Referência.

A depender do objeto do Termo de Referência, deverão ser observadas as regras específicas previstas nos artigos subsequentes que, para fins didáticos, estão divididas da seguinte maneira no decreto:

Objeto	Capítulo	Seção	Artigos
Aquisição de bens	IV	I - das regras para a contratação	Artigo 41
		II - da especificação do produto	Artigo 42 e 43
		III - da marca e similaridade	Artigo 44 e 45
		IV - da indicação dos prazos e locais de entrega dos produtos e dos critérios de aceitação do objeto	Artigo 46 e 47
Prestação de serviços	V	I - das regras para a contratação	Artigo 48
		II - da classificação dos serviços	Artigo 49
		III - da prestação dos serviços	Artigo 50 e 53
		IV - dos materiais a serem disponibilizados	Artigo 54
		V- da vistoria	Artigo 55
Aquisição de bens e prestação de serviços	VI	I - das regras para a contratação	Artigos 56 e 59
Projetos de engenharia e arquitetura	VII	I - das regras para a contratação	Artigos 60 e 61

Os elementos abaixo descritos serão tratados na forma e ordem prevista no decreto. Entretanto, o(s) elaborador (es) do Termo de Referência poderá seguir a ordem ou a divisão dos elementos de forma diversa da legal, desde que todos os elementos estejam presentes no referido documento.

I - Definição do objeto, incluídos sua natureza, os quantitativos, o prazo do contrato e, se for o caso, a possibilidade de sua prorrogação (art. 13, §1º, inciso I c/c arts. 28 a 36):

Comentário: O objeto da licitação deverá ser descrito de forma clara e objetiva, com declaração de sua natureza (se é comum ou especial, de fornecimento contínuo ou não), indicação do item a ser contratado, de acordo com o Catálogo Eletrônico de Classificação e Registro de Materiais, os quantitativos, o prazo do contrato e sua pretensa prorrogação, além das especificações técnicas necessárias e suficientes para garantir a qualidade da contratação (art. 16 do Decreto nº 82/2023).

II - Fundamentação da contratação, que consiste na referência aos estudos técnicos preliminares correspondentes ou, quando não for possível divulgar esses estudos, no extrato das partes que não contiverem informações sigilosas (art. 13, §1º, inciso II c/c 17):

Comentário: A fundamentação consiste na justificativa da contratação extraída do Estudo Técnico Preliminar – ETP (quando elaborado), contendo a exposição da necessidade e a exigência das especificações técnicas do bem ou do serviço a ser contratado. No caso de contratações diretas, a justificativa deverá contemplar, também, a razão da inexigibilidade ou da dispensa da licitação (§1º art. 17 do Decreto nº 82/2023).

Na hipótese em que o ETP for dispensado, na forma do art. 12, incisos I e II do Decreto Municipal nº 82/2023, deverá a área técnica preencher neste campo do Termo de Referência a justificativa de mérito para a contratação pretendida.

III – Descrição da solução como um todo, considerado todo o ciclo de vida do objeto (art. 13, §1º, inciso III c/c art. 18):

Comentário: A descrição exige o detalhamento da solução na sua totalidade, podendo englobar, inclusive, a especificação de eventual garantia, as exigências de manutenção e assistência técnica, dentre outras especificidades a depender do objeto a ser contratado (art. 18 do Decreto nº 82/2023).

A melhor solução para atendimento da necessidade da Administração Pública deverá ser encontrada no Estudo Técnico Preliminar – ETP, documento esse que já possui elemento idêntico ao presente, conforme §1º do art. 3º do Decreto nº 82/2023.

Quanto ao ciclo de vida do objeto a ser considerado, trata-se das “etapas que envolvem o desenvolvimento do produto, a obtenção de matérias-primas e insumos, o processo produtivo, o consumo e a disposição final” (art. 3º, IV, da Lei Federal nº 12.305/2010).

IV – Requisitos da contratação (art. 13, §1º, inciso IV c/c arts. 25 a 27):

Comentário: Os requisitos da contratação são as exigências que devem ser atendidas pela futura contratada para o fornecimento de um bem ou a prestação de um serviço (arts. 25 a 27 do Decreto nº 82/2023).

Ex: A Secretaria Municipal de Finanças pretende contratar empresa para confecção dos carnês de IPTU do Município de Cariacica. Nesse caso, dentre outras exigências de habilitação constantes no Termo de Referência, será exigida da futura contratada a certidão de regularidade fiscal perante a Fazenda Pública Municipal.

A Secretaria Contratante deve observar, ainda, os requisitos extraordinários indispensáveis à realização do objeto, justificando a necessidade de sua exigibilidade.

Ex: A Secretaria de Saúde pretende contratar empresa para coleta e descarte dos materiais hospitalares utilizados nas Unidades de Saúde do Município. Nesse caso, poderá ser inserido no Termo de Referência da Contratação que a futura contratada deverá prestar declaração de que atenderá licença ambiental cabível quando da execução contratual, muito embora a licença propriamente dita seja exigida apenas na assinatura do contrato. Tal licença não se encaixa como um requisito ordinário da contratação, tendo em vista seu rol taxativo, mas, sim, como extraordinário, pois, em que pese não ser exigida para fins de habilitação no procedimento licitatório, deverá ser comprovada para formalização e execução contratual.

V - Modelo de execução do objeto, que consiste na definição de como o contrato deverá produzir os resultados pretendidos desde o seu início até o seu encerramento (art. 13, §1º, inciso V):

Comentário: O modelo de execução do objeto é a forma como o objeto do contrato será demandado, os regramentos de solicitação dos itens ou serviços, comportamentos exigidos em caso de falhas nas obrigações, descrição das etapas de execução da contratação, procedimento de devolução de itens defeituosos, estabelecimentos de prazos ou documentos para o cumprimento de obrigações etc. Ou seja, o modelo de execução variará conforme a complexidade e natureza do objeto a ser contratado.

Ex: A Secretaria Municipal de Finanças pretende contratar um sistema informatizado para fazer a gestão tributária do Município. Nesse caso, deverá ser definido como o contrato será executado, com a previsão da etapa de implantação do sistema; a realização de treinamento dos servidores para a execução do serviço; a previsão de etapa para atualização do sistema etc.

VI - Modelo de gestão do contrato, que descreve como a execução do objeto será acompanhada e fiscalizada pelo órgão (art. 13, §1º, VI):

Comentário: O modelo de gestão do contrato consiste na definição das regras acerca da gestão e fiscalização do contrato, isto é, de como se dará o acompanhamento da execução contratual. Neste quesito devem ser observadas as disposições normativas da Lei Federal nº 14.133/2021 e do Decreto Municipal nº 295/2021, que regulamenta a matéria de gestão e fiscalização dos contratos no âmbito do Poder Executivo Municipal.

Ainda neste tópico, deverão ser inseridos os dados dos servidores que atuarão nas condições de gestor e fiscal da futura contratação, quais sejam: nome completo, matrícula, cargo e e-mail institucional. Ressalta-se que a indicação do fiscal e gestor do contrato no Termo de Referência não exime a publicação do ato formal de designação e aceite do gestor e fiscal do contrato no ato de aprovação do Termo de Referência, conforme previsão contida no art. 3º do Decreto nº 295/2021.

VII - Critérios de medição e de pagamento (art. 13, §1º, VII):

Comentário: Os critérios de medição serão aqueles utilizados para avaliar os resultados da contratação, isto é, para verificar se o objeto contratado foi efetivamente executado. Trata-se de uma fase que antecede o efetivo pagamento.

Ex: A Secretaria Municipal de Administração pretende contratar empresa para gerenciamento de combustível visando ao abastecimento dos veículos da Prefeitura. Nesse caso, poderá ser estabelecido que a medição do objeto será feita por meio de relatórios do sistema informatizado da empresa contratada, com posterior conferência por parte da equipe de fiscalização.

Os critérios de pagamento, por sua vez, são aqueles definidores de como o objeto contratado será efetivamente pago, após comprovada, por medição, a sua devida execução. Neste tópico poderá ser feita a previsão de formas de cálculos, utilização de tabela de preço referencial, prazo de pagamento, formas de envio da fatura/nota fiscal etc.

Ex: Utilizando o exemplo acima, poderá constar como critério de pagamento que o valor do combustível contratado será calculado considerando a média dos preços de combustíveis praticados no mercado varejista do Espírito Santo e a tabela oficial da Agência Nacional do Petróleo.

O pagamento deverá ser efetuado mediante a apresentação de nota fiscal ou da fatura pelo contratado e devidamente atestadas pela fiscalização contratual, caso estejam de acordo com o objeto executado.

Atenção! A nota fiscal ou a fatura deverá ser obrigatoriamente acompanhada das comprovações constantes no artigo 22, parágrafo único do Decreto nº 82/2023, a depender do objeto.

VIII - Forma e critérios de seleção do fornecedor (art. 13, §1º, VIII):

Comentário: A forma e os critérios de seleção do fornecedor referem-se aos critérios de julgamento, às modalidades de licitação e aos procedimentos auxiliares, os quais deverão ser indicados pela Secretaria Contratante.

Os critérios de julgamentos estão previstos no artigo 33 da Lei Federal nº 14.133/2021, quais sejam: menor preço, maior desconto, melhor técnica ou conteúdo artístico, técnica e preço, maior lance (caso de leilão) e maior retorno econômico.

As modalidades de licitação estão elencadas no artigo 28 da Lei Federal nº 14.133/2021, a saber: pregão, concorrência, concurso, leilão e diálogo competitivo.

Os procedimentos auxiliares estão enumerados no artigo 78 da Lei Federal nº 14.133/2021, vejamos: credenciamento, pré-qualificação, procedimento de manifestação de interesse, sistema de registro de preços e registro cadastral.

Ex: A Secretaria Municipal de Governo e Recursos Humanos pretende realizar a contratação de coffee break, por meio da modalidade de licitação pregão eletrônico, com base no critério de julgamento de menor preço, utilizando-se do procedimento auxiliar do Sistema de Registro de Preços.

IX - Estimativa do valor da contratação, acompanhadas, quando couber, dos preços unitários referenciais, das memórias de cálculo e dos documentos que lhe dão suporte, com os parâmetros utilizados para a obtenção dos preços e para os respectivos cálculos, que devem constar de documento separado e classificado (art. 13, §1º, IX):

Comentário: A estimativa do valor da contratação consiste no orçamento estimado da licitação, obtido a partir da pesquisa de preços. Essa estimativa servirá para guiar a decisão do Ordenador de despesa de licitar ou não e, posteriormente, para verificar se a proposta de preço apresentada pelo pretenso contratante está adequada com os preços praticados pelo mercado.

No processo de contratação deverão ser anexados todos os documentos (planilha de preço referencial, contratos de outros entes públicos, pesquisa direta com fornecedor etc) que foram utilizados para comprovação da estimativa em questão.

Ex: A Secretaria de Defesa Social pretende realizar licitação para aquisição de uniformes visando atender as necessidades da Guarda Municipal. Para tanto, realizou pesquisa de preços com base em contratações feitas pelos Municípios de Vitória, Vila Velha e Serra. Com a decisão do Ordenador de Despesa de prosseguir com a contratação, o setor competente pela elaboração do Termo de Referência da SEMDEFES deve anexar aos autos todos os contratos celebrados pelos referidos municípios, que deram suporte à obtenção do orçamento estimado.

Deve-se ter em mente que, a depender do objeto da contratação, a pesquisa de preços pode ser feita por ocasião do Estudo Técnico Preliminar ou, quando este for dispensado, no momento da elaboração do Termo de Referência. É o que ocorre quando o objeto possuir parâmetros idênticos aos encontrados em contratos similares realizados por outros órgãos públicos ou quando os preços são registrados em tabelas referenciais.

Quando o objeto exigir que a pesquisa de preços seja realizada junto a fornecedores locais, este campo da Minuta do Termo de Referência será preenchido posteriormente, considerando que nesta hipótese a pesquisa de preços ocorre após a confecção e aprovação do Termo de Referência propriamente dito.

X – A adequação orçamentária (art. 13, §1º X):

Comentário: A adequação orçamentária consiste em verificar a conformidade da futura contratação com o orçamento financeiro da Secretaria Contratante. Nesta etapa do Termo de Referência deverá ser atestada a adequação orçamentária da contratação, assegurando o seu alinhamento com o Plano Plurianual – PPA e com as leis orçamentárias (art. 24 do Decreto nº 82/2023).

Além do referido ateste da adequação orçamentária, o setor contratante deverá indicar a classificação funcional, a natureza da despesa, a dotação orçamentária e o vínculo, de acordo com o Quadro de Detalhamento de Despesa (QDD) da respectiva Secretaria.

Ex: Secretaria Municipal de Administração

- *Classificação funcional:* XX.XXX.XXXX.X.XX.XX
- *Natureza da despesa:* X.X.XX.XX.XX
- *Dotação orçamentária:* XXX
- *Vínculo:* X.XXX.XXXX.XXXX

Atenção! Para as contratações realizadas por Registro de Preços não há necessidade de indicação orçamentária no Termo de Referência. De acordo com o art. 17 do Decreto Municipal nº 83/2023, a indicação da disponibilidade de créditos orçamentários somente será exigida para a formalização do contrato ou outro instrumento hábil.

XI – Especificação do produto, preferencialmente conforme catálogo eletrônico de padronização, observados os requisitos de qualidade, rendimento, compatibilidade, durabilidade e segurança (art. 13, §1º, XI):

Comentário: No item I do Termo de Referência, o objeto deverá ser descrito de forma resumida, preferencialmente conforme o catálogo de materiais da Prefeitura. Já neste item XI a especificação do objeto deve ser feita de forma mais detalhada, abrangendo os requisitos de qualidade, rendimento, compatibilidade, durabilidade e segurança, seguindo também, preferencialmente, o referido catálogo de materiais.

XII - Indicação dos locais de entrega dos produtos e das regras para recebimentos provisório e definitivo, quando for o caso (art. 13, §1º, XII):

Comentário: A Secretaria Contratante deverá indicar todos os locais/endereços onde deverão ser entregues os produtos adquiridos. Os prazos e os métodos para a realização dos recebimentos provisório e definitivo serão definidos em regulamento ou no contrato (art. 140, §3º da Lei nº 14.133/21).

XIII - Especificação da garantia exigida e das condições de manutenção e assistência técnica, quando for o caso (art. 13, §º, XIII):

Comentário: A critério da Secretaria Contratante poderá ser exigida a garantia contratual dos bens, de forma complementar à garantia legal, mediante a devida fundamentação. A aplicação deste dispositivo dependerá da natureza da contratação, já que em alguns casos a exigência não será possível, a exemplo da aquisição de bens perecíveis.

Ex: A Secretaria de Administração pretende adquirir bebedouros para instalação no Prédio da Prefeitura. No Termo de Referência da pretensa contratação poderá ser exigida garantia dos referidos bens, em complemento à garantia legal, com inclusão, por exemplo, da seguinte disposição: “O prazo de garantia contratual dos bens, complementar à garantia prevista em lei, será de no mínimo 12 (doze) meses, a contar do primeiro dia útil subsequente à data do recebimento definitivo do objeto”.

Todavia, caso a Secretaria Contratante não queira exigir expressamente o prazo da garantia contratual do bem, poderá, a título de exemplo, inserir neste tópico do Termo de Referência a seguinte disposição: “O prazo de garantia contratual do bem será o prazo oferecido pelo fabricante do material”.

Além da especificação da garantia, a Secretaria Contratante poderá exigir que os serviços de manutenção e assistência técnica sejam prestados mediante deslocamento de técnico ou disponibilizados em unidade de prestação de serviços localizada em distância compatível com suas necessidades (art. 40, § 4º da Lei Federal nº 14.133/2021).

Ex: A Secretaria de Saúde pretende adquirir um gerador de energia de grande porte para ser utilizado no funcionamento dos equipamentos médicos hospitalares quando da falta de eletricidade, buscando evitar a descontinuidade da prestação dos serviços de saúde. Nesse caso, a SEMUS poderá incluir no Termo de Referência que a futura contratada, além de fornecer o referido bem, deverá prestar assistência técnica no local de instalação, por meio de deslocamento de profissional devidamente habilitado, tendo em vista a dificuldade de deslocar o gerador até uma unidade de assistência técnica.

XIV - Avaliação da necessidade de inserir como obrigação do contratado a execução de logística reversa (art. 13, §1º, inciso XIV):

Comentário: A logística reversa consiste em “um conjunto de ações, procedimentos e meios destinados a viabilizar a coleta e a restituição dos resíduos sólidos ao setor empresarial, para reaproveitamento, em seu ciclo ou em outros ciclos produtivos, ou outra destinação final ambientalmente adequada” (art. 3º, inciso XII, da Lei nº 12.305/2010).

Ex: A Secretaria de Administração pretende adquirir grande quantidade de copos descartáveis para atender as necessidades de toda Administração Pública Municipal. Nesse caso, poderá ser inserida como obrigação da futura contratada a execução de logística reversa, para que, após o uso, os copos plásticos sejam recolhidos, de forma que possam ser reciclados ou descartados de forma segura.

XV - Formas, condições e prazos de pagamento, bem como o critério de reajuste, quando for o caso (art. 13, §1º, inciso XV):

Comentário: A Secretaria Contratante deverá especificar como se dará o pagamento da futura contratada, bem como a forma de reajuste e o índice aplicável (IPCA, INPC, IGP-M etc).

Ex: A Secretaria de Serviços pretende contratar empresa especializada para execução de serviços de recapeamento de pavimento asfáltico em determinado bairro do Município de Cariacica. Nesse caso, poderá constar no Termo de Referência que o pagamento será feito por meio de ordem bancária, no prazo de até 30 (trinta) dias, após a apresentação da correspondente nota fiscal/fatura, e que o reajuste dos preços poderá ser concedido depois de decorridos 12 (doze) meses da data do orçamento estimado, levando em conta o índice IPCA.

XVI – Justificativa a respeito do não parcelamento do objeto, se for o caso (Art. 14, inciso I, c/c arts. 19 a 21 do Decreto n. 82/2023).

Comentário: O parcelamento do objeto consiste na verificação da divisibilidade ou não do bem ou serviço a ser contratado. Caso o objeto seja divisível, ele deverá ser separado em lotes, para posteriormente ser licitado (art. 19 do Decreto nº 82/2023).

Ex: A Secretaria de Educação pretende fazer a contratação de gêneros alimentícios visando atender as necessidades das escolas do Município. Nessa hipótese, poderá haver o parcelamento do objeto (Lote 01: arroz; Lote 02: feijão; Lote 03: Macarrão etc), desde que não tenha prejuízo para o conjunto a ser licitado.

O parcelamento do objeto deverá ser adotado pela Secretaria Contratante sempre que a sua divisão:

- I – seja tecnicamente viável e economicamente vantajosa;
- II – não represente perda de economia de escala;
- III – garanta a ampliação da competição e evite a concentração de mercado.

Atenção! O parcelamento é a regra. O não parcelamento do objeto deverá ser devidamente justificado com a demonstração das razões técnicas, administrativas e econômicas que o inviabilize.

O parcelamento NÃO será adotado quando:

- I - a economia de escala, a redução de custos de gestão de contratos ou a maior vantagem na contratação recomendar a compra do item do mesmo fornecedor;

II - o objeto a ser contratado configurar sistema único e integrado e houver a possibilidade de risco ao conjunto do objeto pretendido; e

III - o processo de padronização ou de escolha de marca levar a fornecedor exclusivo.

XVII – Critérios de controle da execução (Art. 14, inciso II).

Comentário: Os critérios de controle da execução são os parâmetros que deverão ser estabelecidos de acordo com a natureza do objeto da contratação, visando à garantia dos resultados pretendidos.

Ex: A Secretaria de Obras pretende contratar empresa para realizar a construção do Parque de Exposição no Município de Cariacica. Por ser uma obra de grande complexidade, poderão ser instituídos diversos critérios de controle da execução da referida contratação. Nesse caso, a Secretaria contratante poderá estabelecer um cronograma físico-financeiro, para controlar o valor gasto com cada fase da construção da obra.

XVIII – Critérios de contratação de microempresas e empresas de pequeno porte (Art. 14, inciso III, c/c art. 37).

Comentário: A contratação de microempresas e de empresas de pequeno porte é disciplinada nos artigos 47 a 49 da Lei Complementar Federal nº 123/2006 e no artigo 37 do Decreto Municipal nº 82/2023. Trata-se de um tratamento diferenciado e simplificado que deverá ser concedido nas contratações realizadas pela Administração Pública.

Para cumprimento desse tratamento diferenciado, a Administração Pública deverá:

a) realizar processo licitatório destinado exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte nos itens de contratação cujo valor seja de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais).

Ex: A Secretaria de Esporte e Lazer pretende adquirir equipamentos para promover atividades esportivas no Município. Após a pesquisa de preços, o valor total para os itens foi de R\$ 65.000,00 (sessenta e cinco mil reais). Nesse caso, no Termo de Referência da SEMESP deverá constar que o processo licitatório será destinado exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte, tendo em vista que o valor total orçado encontra-se abaixo de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais).

b) deverá estabelecer, em certames para aquisição de bens de natureza divisível, cota de até 25% (vinte e cinco por cento) do objeto para a contratação de microempresas e empresas de pequeno porte.

Ex: A Secretaria de Assistência Social pretende adquirir 600 (seiscentos) colchões para atender as demandas de famílias carentes do Município. Após a pesquisa de preços, o valor total para os itens foi de R\$ 120.000,00 (cento e vinte mil reais). Nesse caso, no Termo de Referência da SEMAS deverá constar que, em virtude da natureza divisível do objeto, será estabelecida a cota de até 25% (vinte e cinco por cento) para microempresas e empresas de pequeno porte.

Não será concedido tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte quando:

I - não houver um mínimo de 03 (três) fornecedores competitivos enquadrados como microempresas ou empresas de pequeno porte sediados no local ou regionalmente e capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório;

II - o tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte não for vantajoso para a Administração ou representar prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto a ser contratado; e

III - o tratamento diferenciado e simplificado não for capaz de alcançar os objetivos de promover o desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal; ampliar a eficiência das políticas públicas; e incentivar a inovação tecnológica.

XIX – Da subcontratação (Art. 14, IV, c/c art. 38)

Comentário: A subcontratação consiste na possibilidade de uma empresa contratada pela Administração Pública utilizar os serviços de um terceiro para executar total ou parcialmente o objeto do contrato. Normalmente isso acontece nos casos em que a contratada não detém o conhecimento técnico necessário para executar todas as etapas da contratação. Ao subcontratar parte do bem ou do serviço, a contratada poderá se concentrar em fazer aquilo que é especializada.

Ex: A Secretaria de Saúde pretende contratar empresa para construção de nova unidade de saúde contendo 03 (três) andares. No projeto da obra existe a previsão de instalação de 01 (um) elevador para atender as normas de acessibilidade. Nesse caso, considerando que a empresa contratada para executar a obra pode não dispor de capacidade técnica para instalar o elevador, o Termo de Referência poderá estabelecer a subcontratação parcial do objeto para atender esse item da contratação (instalação do elevador).

XX – Da alocação de riscos (Art. 15, VI c/c arts. 39 a 40)

Comentário: A alocação de riscos consiste na identificação dos riscos contratuais previstos e previsíveis que poderão ser compartilhados entre a Administração Pública (contratante) e a empresa contratada (art. 39 do Decreto nº 82/2023).

Ex: A Secretaria de Cultura pretende contratar empresa especializada para construção de sua nova sede administrativa. Nesse caso, no Termo de Referência poderá constar a previsão de que, se durante a execução da contratação for encontrada uma rocha que impeça a continuidade da obra, a empresa contratada deverá arcar com todos os custos referentes a sua remoção ou demolição.

Os riscos que tenham cobertura oferecida por seguradoras serão preferencialmente transferidos ao contratado.

A realização da matriz de risco será obrigatória nas hipóteses de:

I – contratações cujo valor global seja igual ou superior a R\$ 5.000.000,00 (cinco milhões de reais);

II – contratações de obras e serviços de engenharia cujo valor global seja igual ou superior a R\$ 15.000.000,00 (quinze milhões de reais);

III - contratações integradas e semi-integradas.

XXI – Dos Critérios de Alteração Subjetiva (Art. 14, V)

Comentário: Entende-se por alteração subjetiva a possibilidade de alteração das partes de um contrato administrativo.

A Nova lei de Licitações estabelece que eventual alteração social ou modificação da finalidade ou da estrutura da empresa que restrinja sua capacidade de concluir o contrato constitui motivo para extinção do contrato administrativo. Dessa forma, mostra-se necessário o estabelecimento de critérios para que eventual alteração subjetiva não afete a continuidade na prestação do serviço.

Da leitura de inúmeros documentos referenciais formulados, em sua maioria elaborados em âmbito federal, os órgãos têm admitido a fusão, a cisão ou a incorporação da contratada com/em outra pessoa jurídica, desde que:

- a) sejam observados pela nova pessoa jurídica todos os requisitos de habilitação exigidos na licitação original;
- b) sejam mantidas as demais cláusulas e condições do contrato;
- c) não haja prejuízo à execução do objeto pactuado; e
- d) haja a anuência expressa da Administração à continuidade do contrato.

XXII – Das Sanções Administrativas Específicas (art. 14, VI)

Comentário: As sanções administrativas estão previstas no art. 156 da Lei 14.133/2021, não podendo haver inovação quanto às modalidades de sanção, considerando que o rol da lei é taxativo. O que se permite é o estabelecimento de multas específicas de acordo com as obrigações contratuais assumidas, podendo-se estabelecer um quantum para uma ou mais obrigações estabelecidas no contrato, de acordo com sua importância.

Deve-se atentar que o valor da multa não poderá ser inferior a 0,5% (cinco décimos por cento) nem superior a 30% (trinta por cento) do valor do contrato licitado ou celebrado com contratação direta.

XXIII – Da Marca e da similaridade (Art. 14, VII, c/c art. 44 a 45)

Comentário: A indicação de marca aplica-se nos casos de licitação ou contratação direta que envolve o fornecimento de bens, sendo possível, excepcionalmente:

I - indicar uma ou mais marcas ou modelos, desde que formalmente justificado, nas seguintes hipóteses:

- a) em decorrência da necessidade de padronização do objeto;
- b) em decorrência da necessidade de manter a compatibilidade com plataformas e padrões já adotados pela Administração;
- c) quando determinada marca ou modelo comercializados por mais de um fornecedor forem os únicos capazes de atender às necessidades do contratante;
- d) quando a descrição do objeto a ser licitado puder ser mais bem compreendida pela identificação de determinada marca ou determinado modelo aptos a servir apenas como referência;

II - vedar a contratação de marca ou produto, quando, mediante processo administrativo, restar comprovado que produtos adquiridos e utilizados anteriormente pela Administração não atendem a requisitos indispensáveis ao pleno adimplemento da obrigação contratual.

XXIV – Da Padronização (Art. 14, VIII):

Comentário: Com objetivo de evitar o chamado direcionamento da licitação, em regra, é vedada nas contratações públicas a indicação de marcas e modelos específicos, bem como a apresentação de especificações técnicas que somente possam atendidas por um dado produto.

Ex: A Secretaria da Mulher e Direitos Humanos pretende fazer a primeira aquisição de ar-condicionado. Nesse caso, quando da elaboração do Termo de Referência, o setor ou servidor responsável não poderá fazer a indicação de marca do referido aparelho (Samsung, LG, Electrolux, Consul etc), pois não há justificativa técnica para tanto.

Embora a regra seja a vedação de indicação de marcas e modelos específicos, a própria Lei Federal nº 14.133/2021 estabelece que o planejamento das compras públicas deverá observar o princípio da padronização, considerada a compatibilidade de especificações estéticas, técnicas ou de desempenho (art. 40, inciso V, alínea “a”). Com efeito, a Lei de Licitações admite que no caso de fornecimento de bens, a Administração Pública poderá, de forma excepcional, indicar uma ou mais marcas ou modelos, desde que formalmente justificado, na hipótese, dentre outras, da necessidade de padronização do objeto (art. 41, inciso I, alínea “a”).

Nesse sentido também prevê a Súmula nº 270 do TCU: “Em licitações referentes a compras, inclusive de softwares, é possível a indicação de marca, desde que seja estritamente necessária para atender exigências de padronização e que haja prévia justificção”.

Ex: A Secretaria de Educação possui um contrato de manutenção de ar-condicionado, modelo split, das marcas LG e Consul, instalados nos setores administrativos, e pretende adquirir novos aparelhos para serem instalados nas unidades de ensino do município. Nesse caso, quando da elaboração do Termo de Referência para compra dos ar-condicionados, poderá ser feita a indicação de marca do produto (LG e Consul) no TR, em decorrência da necessidade de padronização do objeto. Essa indicação de marca ou modelo busca garantir que o contrato de manutenção de ar-condicionado já existente possa ser executado também para atender a manutenção dos aparelhos que serão instalados nas escolas. Trata-se de uma justificativa técnica que permite a indicação de marcas e modelos específicos, em vista da padronização.

Caso a Secretaria Contratante faça a opção justificada de indicação de marca e modelo, deverá ser instaurado um processo administrativo de padronização da marca à parte, antes da contratação do objeto, é o que estabelece o art. 43 da Lei Federal nº 14.133/2021, vejamos:

O processo de padronização deverá conter:

I - parecer técnico sobre o produto, considerados especificações técnicas e estéticas, desempenho, análise de contratações anteriores, custo e condições de manutenção e garantia;

II - despacho motivado da autoridade superior, com a adoção do padrão;

III - síntese da justificativa e descrição sucinta do padrão definido, divulgadas em sítio eletrônico oficial.

XXV – Da vedação à participação, em licitações, de pessoas jurídicas em consórcio, além de suas condicionantes, quando admissíveis (art. 15, I):

Comentário: O consórcio consiste na reunião de pessoas jurídicas que se unem para um objetivo em comum, neste caso, para participação em certames licitatórios. Normalmente, essa união acontece para que, em conjunto, as pessoas jurídicas possam atender todos os requisitos exigidos para dada contratação e, assim, participem da licitação.

A Lei Federal nº 14.133/2021 estabelece que “salvo vedação devidamente justificada no processo licitatório, pessoa jurídica poderá participar de licitação em consórcio”, desde que observadas as normas estabelecidas no artigo 15 da referida lei. Desse modo, verifica-se que a regra é admitir a participação de consórcio nos procedimentos licitatórios, sendo a vedação para tanto motivo de justificativa expressa nos autos do procedimento licitatório.

XXVI – Da exigência de garantia de execução ou de proposta, prazos, percentuais, modos e condicionantes de prestação, de substituição, de liberação e de renovação (Art. 15, II):

Comentário: A garantia de proposta consiste na possibilidade de a Secretaria Contratante exigir, no momento da apresentação da proposta, limitada a até 1% do valor estimado para a contratação, a comprovação do recolhimento de quantia por parte da licitante, como requisito de pré-habilitação (art. 58 da Lei Federal nº 14.133/2021).

Um dos motivos da exigência da garantia de proposta é impedir que o licitante declarado vencedor se recuse, de forma injustificada, a assinar o contrato ou que deixe de apresentar os documentos necessários para formalizar a contratação. Caso isso aconteça, será executado o valor integral da referida garantia (art. 89, §5º da Lei Federal nº 14.133/2021).

Atenção! A garantia de proposta será devolvida aos licitantes no prazo de 10 (dez) dias úteis, contado da assinatura do contrato ou da data em que for declarada fracassada a licitação.

A garantia de proposta poderá ser prestada nas seguintes modalidades (art. 96, §1º da Lei Federal nº 14.133/2021):

I - caução em dinheiro ou em títulos da dívida pública emitidos sob a forma escritural, mediante registro em sistema centralizado de liquidação e de custódia autorizado pelo Banco Central do Brasil, e avaliados por seus valores econômicos, conforme definido pelo Ministério da Economia;

II - seguro-garantia;

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

IV - título de capitalização custeado por pagamento único, com resgate pelo valor total.

Além da garantia de proposta, a Secretaria Contratante poderá exigir da futura Contratada a garantia de execução, que consiste naquela estabelecida em sede de formalização do contrato, podendo, a critério da autoridade competente, ser exigida, mediante previsão no edital das contratações de obras, serviços e fornecimentos de bens (art. 96, caput, da Lei Federal nº 14.133/2021).

Nas contratações de obras, serviços e fornecimentos, a garantia poderá ser de até 5% (cinco por cento) do valor inicial do contrato, autorizada a majoração desse percentual para até 10% (dez por cento), desde que justificada mediante análise da complexidade técnica e dos riscos envolvidos (art. 98, caput, da Lei Federal nº 14.133/2021).

Nas contratações de serviços e fornecimentos contínuos com vigência superior a 1 (um) ano, assim como nas subsequentes prorrogações, será utilizado o valor anual do contrato para definição e aplicação dos percentuais da garantia exigida.

Nas contratações de obras e serviços de engenharia de grande vulto, poderá ser exigida a prestação de garantia, na modalidade seguro-garantia, com cláusula de retomada, em percentual equivalente a até 30% (trinta por cento) do valor inicial do contrato.

Atenção! Para a garantia de execução do contrato deverão ser observadas as disposições normativas presentes, notadamente, entre os artigos 96 a 102 da Lei Federal nº 14.133/2021, a depender da natureza da contratação.

XXVII – Da substituição do instrumento de contrato por outro instrumento hábil, nos termos legais (Art. 15, III):

Comentário: O contrato administrativo é o instrumento utilizado pela Administração Pública para formalização de uma contratação, seja a aquisição de um bem ou a prestação de um serviço. Assim, em regra, quando é feita uma licitação, ao final do procedimento licitatório, é firmado um contrato entre o poder público e o particular contratado.

Embora essa seja a regra, a Lei Federal nº 14.133/2021 trouxe hipóteses em que a adoção da minuta contratual é facultativa, quais sejam (art. 95):

I - dispensa de licitação em razão de valor;

II - compras com entrega imediata e integral dos bens adquiridos e dos quais não resultem obrigações futuras, inclusive quanto a assistência técnica, independentemente de seu valor.

Nesses dois casos excepcionais, o instrumento contratual poderá ser substituído por outro instrumento hábil, como carta-contrato, nota de empenho de despesa, autorização de compra ou ordem de execução de serviço.

Ex: A Secretaria de Comunicação pretende adquirir, por dispensa de licitação em razão do valor, 01 (uma) máquina fotográfica para realizar os registros das ações promovidas pela Prefeitura. Nesse caso, por ser uma compra de baixo valor com entrega imediata e integral do bem, que não resultará em obrigações futuras, poderá ser dispensada a formalização de um contrato entre a Administração Pública e o fornecedor. Com isso, o instrumento contratual deverá ser substituído por outro instrumento hábil, como, por exemplo, uma autorização de compra.

Atenção! “Mesmo nos casos em que o instrumento contratual é facultativo, pode o gestor optar pela sua utilização. Optando pela não adoção do instrumento contratual, sua substituição por um dos instrumentos alternativos é obrigatória” (TORRES, Ronny Charles Lopes de. Leis de Licitações Públicas Comentadas. 13ª Edição Revista, Ampliada e Atualizada. Editora Juspodivm, 2022, pags. 580/581).

XXVIII – Dos critérios para remuneração variável vinculada ao desempenho do contratado, com base em metas, padrões de qualidade, critérios de sustentabilidade ambiental e prazos de entrega previstos para a contratação (Art. 15, IV):

Comentário: Em regra, em uma contratação a remuneração pelo fornecimento do bem ou prestação de um serviço é predefinida a partir do aceite da proposta e mediante a formalização de um instrumento contratual. Assim, durante toda a execução contratual, o particular, salvo hipóteses de reajuste, repactuação etc, receberá um valor predeterminado.

Muito embora essa seja a regra, a Lei Federal nº 14.133/2021 permite que seja estabelecida remuneração variável na contratação de obras, fornecimentos e serviços, inclusive serviço de engenharia.

Essa remuneração variável estará vinculada ao desempenho do contratado, com base em metas, padrões de qualidade, critérios de sustentabilidade ambiental e prazos de entrega definidos no edital de licitação e no contrato (art. 144).

Atenção! A utilização de remuneração variável será motivada e respeitará o limite orçamentário fixado pela Administração para a contratação.

XXIX – Dos meios alternativos de prevenção e resolução de controvérsias que, pela natureza da contratação ou especificidade do objeto, não venham a ser admissíveis (Art. 15, V):

Comentário: Diante da necessidade de resolução de um conflito, normalmente, a Administração Pública ou o contratado ingressa com ação no Poder Judiciário a fim de resolver a controvérsia.

Embora essa seja a via mais usual, a Lei Federal nº 14.133/2021 admite a utilização de meios alternativos de prevenção e resolução de controvérsias, a exemplo da conciliação, a mediação, o comitê de resolução de disputas e a arbitragem (art. 151).

A adoção dos referidos meios alternativos de prevenção e resolução de conflitos poderão ser adotados para as controvérsias relacionadas a direitos patrimoniais disponíveis, como as questões relacionadas ao restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, ao inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes e ao cálculo de indenizações.

A opção pelos meios alternativos de resolução de controvérsias busca celeridade na solução dos conflitos no âmbito administrativo, evitando o custo e a morosidade do Poder Judiciário.

Informamos que este material está em constante atualização, podendo sofrer alterações para a inserção de eventuais modificações nas legislações de regência e inclusão de sugestões, as quais poderão ser encaminhadas para: semad@cariacica.es.gov.br

Secretaria de
Administração



PREFEITURA DE
CARIACICA