



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À FUNDAÇÃO OSWALDO CRUZ
GABINETE

AVENIDA BRASIL, Nº 4365 - MANGUINHOS - RIO DE JANEIRO / RJ - CEP.: 21045-900 - TEL.: (021) 3885-1667

OFÍCIO-CIRCULAR n. 00002/2024/GAB/PFFIOCRUZ/PGF/AGU

Rio de Janeiro, 12 de junho de 2024.

Aos Srs. Diretores, Vices-Diretores de Gestão e Coordenadores das Unidades Técnico Científicas e Técnico Administrativas da Fiocruz,

1. Cumprimentando-os cordialmente, divulgamos o PARECER n. 00526/2024/CLC/PFFIOCRUZ/PGF/AGU de caráter orientativo sobre padronização de produtos e marcas, e pré-qualificação de fornecedores e produtos.

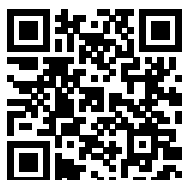
2. Os dois procedimentos não se confundem, conforme esclarece a manifestação. O parecer dispensa o exame jurídico dos procedimentos dedicados à padronização e pré-qualificação. Por outro lado, é mantido o exame jurídico das contratações decorrentes dos mencionados procedimentos, nos termos do art. 53 da Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021.

3. Este órgão de execução da Procuradoria-Geral Federal encontra-se à disposição para reuniões sobre a matéria, na hipótese dos destinatários identificarem necessidade.

Atenciosamente,

Loris Baena Cunha Neto
Procurador Federal
Procurador-Chefe - PF/FIOCRUZ

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <https://supersapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 25380001523202452 e da chave de acesso bc739523



Documento assinado eletronicamente por LORIS BAENA CUNHA NETO, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br), de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 1526994821 e chave de acesso bc739523 no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): LORIS BAENA CUNHA NETO, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br). Data e Hora: 12-06-2024 15:53. Número de Série: 65437255745187764576406211080. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À FUNDAÇÃO OSWALDO CRUZ
COORDENAÇÃO DE LICITAÇÃO E CONTRATOS

AVENIDA BRASIL, Nº 4365 - MANGUINHOS - RIO DE JANEIRO / RJ - CEP.: 21045-900 - TEL.: (021) 3885-1667

PARECER n. 00526/2024/CLC/PFFIOCRUZ/PGF/AGU

NUP: 25380.001523/2024-52

INTERESSADO: PROCURADORIA FEDERAL JUNTO A FUNDAÇÃO OSWALDO CRUZ

ASSUNTO: ADOÇÃO DOS PROCEDIMENTOS DE PADRONIZAÇÃO DE PRODUTOS E MARCAS E A PRÉ-QUALIFICAÇÃO DE FORNECEDORES E PRODUTOS

EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. PADRONIZAÇÃO DE PRODUTOS E MARCAS. PRÉ-QUALIFICAÇÃO DE FORNECEDORES E PRODUTOS. ARTIGO 43, INCISO I E ART. 80, INCISO II, DA LEI Nº 14.133, DE 2021.

Aos Srs. Diretores, Vices-Diretores de Gestão e Coordenadores das Unidades Técnico Científicas e Técnico Administrativas da Fioacruz,

1. RELATÓRIO

1. Este órgão de assessoria jurídica, com o objetivo de proporcionar a segurança jurídica necessária ao controle interno da legalidade dos atos praticados pelos gestores da FIOCRUZ, vem, por meio deste Parecer, estabelecer os critérios que deverão ser adotados para a utilização dos procedimentos de padronização de produtos e marcas, assim como os de pré-qualificação de fornecedores e produtos, trazidos no art. 43, inciso I e no art. 80, inciso II, da Lei nº 14.133/2021.

2. A padronização de produtos e marcas, assim como a pré-qualificação de fornecedores e produtos são procedimentos auxiliares existentes no ordenamento jurídico desde o advento do Decreto-Lei nº 2.300/1986, e que foram aperfeiçoados até a edição da Lei nº 14.133/2021, e podem ser adotados pela Administração na seleção da proposta mais vantajosa ao interesse público.

2. DA FUNDAMENTAÇÃO

2.1 DA PADRONIZAÇÃO DE PRODUTOS E MARCAS

3. O instituto da padronização, inicialmente previsto no art. 14, inciso I, do Decreto-lei nº 2.300/1986 e, posteriormente, no art. 15, inciso I, da Lei nº 8.666/93 (ambos já revogados) conferiu à Administração a possibilidade de realização de um procedimento independente para fins de escolha, técnica e objetiva, de determinado produto ou marca, desde que fundamentado em estudos, laudos, perícias e pareceres que pudessem demonstrar as vantagens econômicas e a satisfação do interesse público.

Decreto-lei nº 2.300 (revogado pela Lei nº 8.666/1993)

Art 14. As compras, sempre que possível e conveniente, deverão:

I - atender ao princípio da padronização, que imponha compatibilidade de especificações técnicas e de desempenho, observadas, quando for o caso, as condições de manutenção e assistência técnica;

Lei nº 8.666/93 (revogada pela Lei nº 14.133/2021)

Art. 15. As compras, sempre que possível, deverão:

I - atender ao princípio da padronização, que imponha compatibilidade de especificações técnicas e de desempenho, observadas, quando for o caso, as condições de manutenção, assistência técnica e garantia oferecidas;

4. No ano de 2012, carreado pela evolução do procedimento de instrumentalização da padronização, o Tribunal de Contas da União sumulou seu entendimento sobre o tema por meio da Súmula 270. Veja-se:

Súmula nº 270-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.

5. Na Lei nº 14.133/2021, o tema relativo à padronização passou a ser tratado de forma mais detalhada. Destacam-se os artigos 40, inciso V, alínea “a”; 41, inciso I, alínea “a”; e 43, *in verbis*:

Art. 40. O planejamento de compras deverá considerar a expectativa de consumo anual e observar o seguinte:

[...]

V - atendimento aos princípios:

a) da padronização, considerada a compatibilidade de especificações estéticas, técnicas ou de desempenho;

Art. 41. No caso de licitação que envolva o fornecimento de bens, a Administração poderá 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;

Art. 43. 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.

6. Nota-se que desde a Lei nº 8.666/93, a padronização de marca ou produto refere-se a um procedimento técnico, realizado no âmbito interno da Administração; por este motivo, torna-se desnecessário o assessoramento jurídico de que trata o art. 53, §4º, da Lei nº 14.133/2021.

7. Importante destacar que a desnecessidade do exame jurídico prévio da padronização de um produto não afasta a indispensável instauração de procedimento interno, destinado a este fim específico, que deve ser conduzido por meio de uma comissão técnica especial, formada por servidores capacitados e designados pela autoridade máxima daquela Administração.

8. Marçal Justen Filho (2021, p. 567)^[1] definiu que “*A padronização é um instrumento de racionalização das atividades administrativas, com redução de custos e otimização da aplicação de recursos. A padronização elimina variações de produtos na fase de julgamento, na utilização, conservação entre outras vantagens*”.

9. Significa dizer que a padronização estabelece normas e especificações para uma determinada **marca, produto**, ou grupo de **produtos**, a fim de garantir que atendam a determinados requisitos de qualidade, segurança e desempenho. Diz respeito à avaliação de determinados bens, prontos e acabados, e que sejam de fácil obtenção no mercado (objetos de prateleira). Tais bens serão submetidos ao crivo de uma comissão técnica, cuja essência do objeto não exige da Administração um exame acurado de seu processo produtivo, em que pese a primazia por sua qualidade final e desempenho.

2.2 PARCELAMENTO DA CONTRATAÇÃO E REGRA GERAL DA NECESSÁRIA ADJUDICAÇÃO POR ITENS

10. Ainda com relação ao procedimento de padronização, ponto relevante diz respeito ao parcelamento do objeto a ser contratado em licitações. Em havendo divisibilidade de natureza técnica e econômica, a regra geral é realizar a adjudicação por itens, tal qual previsto na Súmula TCU nº 247:

Sumula TCU nº 247

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 propicia 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.

11. No caso de compras, na aplicação do princípio do parcelamento, **deverão ser considerados** (art. 40, inc. V, alínea “b”, § 2º, Lei nº 14.133/2021):

- I - a viabilidade da divisão do objeto em lotes;
- II - o aproveitamento das peculiaridades do mercado local, com vistas à economicidade, sempre que possível, desde que atendidos os parâmetros de qualidade; e
- III - o dever de buscar a ampliação da competição e de evitar a concentração de mercado.

12. Ademais, **o parcelamento não será adotado quando** (art. 40, inc. V, alínea “b”, § 3º, Lei nº 14.133/2021):

- 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;
- III - o processo de padronização ou de escolha de marca levar a fornecedor exclusivo. (grifei)**

13. Destaca-se as considerações do Núcleo Jurídico da Consultoria Jurídica da União, Especializada Virtual de Aquisições, no Parecer Referencial nº 00006/2023/NUCJUR/E-CJU/AQUISIÇÕES/CGU/AGU, cujo trecho se destaca a seguir:

"125. Como critério conceitual, o artigo 87 do Código Civil preceitua: “Bens divisíveis são os que se podem fracionar sem alteração na sua substância, diminuição considerável de valor, ou prejuízo do uso a que se destinam”.

126. Em vista disso, e de uma forma geral, as licitações em que o objeto é disposto em um item apenas, ou em que os vários objetos são dispostos em vários itens, com disputa e adjudicação independentes entre si, tendem a observar o princípio do parcelamento, desde que cada um dos objetos dos itens seja considerado indivisível, o que deve ser esclarecido pelo órgão.

127. Ademais, a disposição de um objeto em tese indivisível em um mesmo item (como nos casos de aquisição com instalação, por exemplo), ou a agregação de itens em um grupo, pode vir a

caracterizar a não observância do referido princípio, demandando, necessariamente, justificativa por parte do órgão ou entidade.

128. Repise-se: a decisão sobre a aglutinação ou não, de itens, envolve contornos técnicos específicos. É possível que o órgão contratante identifique a necessidade de reunião e tome essa decisão, de forma justificada (no termo de referência ou mesmo em outra peça processual), fundamentando-a em ponderações econômicas e gerenciais, como ganhos de economia de escala ou mesmo gerenciamento contratual."

2.3 DA PRÉ-QUALIFICAÇÃO DE FORNECEDORES E PRODUTOS

14. A pré-qualificação consiste na dissociação da fase de habilitação de um processo licitatório, antecipando-a, com o objetivo de avaliar, de forma mais criteriosa, os documentos de habilitação dos licitantes e/ou a qualificação técnica de seus produtos.

15. No revogado estatuto das licitações (Lei nº 8.666/93), a pré-qualificação era prevista em seu art. 114. A fase antecipatória era promovida por meio de processo licitatório na modalidade de concorrência.

Lei nº 8.666/93 (revogada pela Lei nº 14.133/2021)

Art. 114. O sistema instituído nesta Lei não impede a pré-qualificação de licitantes nas concorrências, a ser procedida sempre que o objeto da licitação recomende análise mais detida da qualificação técnica dos interessados.

16. Assim como ocorrera com o procedimento de padronização, na Lei nº 14.133/2021, a pré-qualificação ganhou maior atenção do legislador ordinário que, além de definir o seu conceito de forma expressa (art. 6º, inciso XLIV, c/c art. 78, inciso II), reservou, no Capítulo X, uma seção própria com a descrição do procedimento a ser adotado. Veja-se:

Lei nº 14.133/2021

Art. 6º Para os fins desta Lei, consideram-se:

[...]

XLIV - pré-qualificação: procedimento seletivo prévio à licitação, convocado por meio de edital, destinado à análise das condições de habilitação, total ou parcial, dos interessados ou do objeto;

Art. 78. São procedimentos auxiliares das licitações e das contratações regidas por esta Lei:

[...]

II - pré-qualificação;

Capítulo X

Seção III

Da Pré-Qualificação

Art. 80. A pré-qualificação é o procedimento técnico-administrativo para selecionar previamente:

I - licitantes que reúnam condições de habilitação para participar de futura licitação ou de licitação vinculada a programas de obras ou de serviços objetivamente definidos;

II - bens que atendam às exigências técnicas ou de qualidade estabelecidas pela Administração.

§1º Na pré-qualificação observar-se-á o seguinte:

I - quando aberta a licitantes, poderão ser dispensados os documentos que já constarem do registro cadastral;

II - quando aberta a bens, poderá ser exigida a comprovação de qualidade.

§º O procedimento de pré-qualificação ficará permanentemente aberto para a inscrição de interessados.

§3º Quanto ao procedimento de pré-qualificação, constarão do edital:

I - as informações mínimas necessárias para definição do objeto;

II - a modalidade, a forma da futura licitação e os critérios de julgamento.

§4º A apresentação de documentos far-se-á perante órgão ou comissão indicada pela Administração, que deverá examiná-los no prazo máximo de 10 (dez) dias úteis e determinar correção ou reapresentação de documentos, quando for o caso, com vistas à ampliação da competição.

§5º Os bens e os serviços pré-qualificados deverão integrar o catálogo de bens e serviços da Administração.

§6º A pré-qualificação poderá ser realizada em grupos ou segmentos, segundo as especialidades dos fornecedores.

§7º A pré-qualificação poderá ser parcial ou total, com alguns ou todos os requisitos técnicos ou de habilitação necessários à contratação, assegurada, em qualquer hipótese, a igualdade de condições entre os concorrentes.

§8º Quanto ao prazo, a pré-qualificação terá validade:

I - de 1 (um) ano, no máximo, e poderá ser atualizada a qualquer tempo;

II - não superior ao prazo de validade dos documentos apresentados pelos interessados.

§9º Os licitantes e os bens pré-qualificados serão obrigatoriamente divulgados e mantidos à disposição do público.

§10. A licitação que se seguir ao procedimento da pré-qualificação poderá ser restrita a licitantes ou bens pré-qualificados.

2.4 DA EVOLUÇÃO DO PROCEDIMENTO DE PRÉ-QUALIFICAÇÃO

17. Desde o seu advento, no revogado Decreto-Lei nº 2.300/1986, o procedimento de pré-qualificação consistia na elaboração de um edital prévio, onde, num primeiro momento, seria feita a avaliação dos documentos de habilitação dos licitantes. Concluída essa fase, a Administração passava à elaboração de uma segunda licitação, desta vez, restrita aos licitantes que haviam sido pré-qualificados. Nesta fase, o certame estava adstrito à apresentação das propostas.

18. O objetivo da pré-qualificação constante no antigo Decreto-Lei nº 2.300/1986, cujo procedimento fora posteriormente recepcionado pelo art. 114, da Lei nº 8.666/1993, consistia na antecipação da fase de habilitação dos fornecedores, desde que o objeto licitatório demandasse uma análise mais detida da qualificação técnica do processo produtivo das empresas participantes.

Decreto-Lei nº 2.300/1986 (revogado pela Lei nº 8.666/1993)

Art 80. O sistema instituído neste decreto-lei não impede a pré-qualificação de licitantes nas concorrências de grande vulto e alta complexidade técnica.

Parágrafo único. Entende-se por pré-qualificação a habilitação dos interessados em procedimento anterior e distinto da licitação. Neste caso, somente os pré-qualificados serão convidados a apresentar propostas.

Lei nº 8.666/93 (revogada pela Lei nº 14.133/2021)

Art. 114. O sistema instituído nesta Lei não impede a pré-qualificação de licitantes nas concorrências, a ser procedida sempre que o objeto da licitação recomende análise mais detida da qualificação técnica dos interessados.

19. Se comparado a uma licitação tradicional para a aquisição de bens e contratação de serviços de maior complexidade, o propósito inicial era evitar a perda do prazo de validade das propostas, por parte da comissão de licitação, quando do exame da qualificação-técnica dos licitantes.

20. Com o passar do tempo, verificou-se que a Administração poderia fazer uso deste procedimento não apenas em relação aos licitantes, mas também para a seleção de bens e serviços. É o que Marçal Justen Filho diferencia e classifica como “pré-qualificação subjetiva”, aquela destinada à seleção de fornecedores e, como “pré-qualificação objetiva”, a reservada à seleção de bens e serviços.

21. Destaca-se que o aludido entendimento doutrinário fora, posteriormente, incorporado pelo legislador ordinário no art. 30, incisos I e II, da lei do Regime Diferenciado de Contratações - RDC (Lei nº 12.462/2009), e se

repetiu no art. 80, incisos I e II, do da Lei nº 14.133/2021. Veja-se:

Lei nº 12.462/2011 (revogada pela Lei nº 14.133/2021)

Art. 30. Considera-se pré-qualificação permanente o procedimento anterior à licitação destinado a identificar: (Revogado pela Lei nº 14.133, de 2021)

I - fornecedores que reúnam condições de habilitação exigidas para o fornecimento de bem ou a execução de serviço ou obra nos prazos, locais e condições previamente estabelecidos; e

II - bens que atendam às exigências técnicas e de qualidade da administração pública.

Lei nº 14.133/2021

Art. 80. A pré-qualificação é o procedimento técnico-administrativo para selecionar previamente:

I - licitantes que reúnam condições de habilitação para participar de futura licitação ou de licitação vinculada a programas de obras ou de serviços objetivamente definidos;

II - bens que atendam às exigências técnicas ou de qualidade estabelecidas pela Administração.

2.5 DO PROCEDIMENTO DE PRÉ-QUALIFICAÇÃO

22. A Lei nº 14.133/2021, definiu que a pré-qualificação é um “procedimento seletivo auxiliar à licitação” (art. 6º, inciso XLIV, c/c art. 78, inciso II).

Lei nº 14.133/2021

Art. 6º Para os fins desta Lei, consideram-se:

XLIV - pré-qualificação: procedimento seletivo prévio à licitação, convocado por meio de edital, **destinado à análise das condições de habilitação**, total ou parcial, dos interessados ou do objeto; **(grifei)**

Art. 78. São procedimentos auxiliares das licitações e das contratações regidas por esta Lei:

(...)

II - pré-qualificação;

23. Apesar de ter sido definida como “procedimento”, a nomenclatura jurídica adotada pelo legislador ordinário não se mostra relevante, à medida em que, ao fazer menção à “*análise das condições de habilitação*”, tem-se que a antecipação de uma das fases da licitação não implica a dispensa do exame jurídico prévio do procedimento subsequente, que visará a efetiva contratação, de que trata o § 4º do art. 53 da Lei nº 14.133/2021.

24. Como já sinalizado neste parecer, o que se objetiva no procedimento auxiliar de pré-qualificação é a seleção de fornecedor (subjativa), ou de produto (objetiva), que atenda as condições de habilitação e requisitos para participar do futuro certame, que serão divulgados no respectivo edital de chamamento público. Assim, por se tratar de procedimento técnico-administrativo, as condições técnicas serão averiguadas pela competente comissão a ser constituída para tal finalidade.

Art. 53. Ao final da fase preparatória, o processo licitatório seguirá para o órgão de assessoramento jurídico da Administração, que realizará controle prévio de legalidade mediante **análise jurídica da contratação**.

(...)

§4º Na forma deste artigo, o órgão de assessoramento jurídico da Administração também realizará controle prévio de legalidade de contratações diretas, acordos, termos de cooperação, convênios, ajustes, adesões a atas de registro de preços, outros instrumentos congêneres e de seus termos aditivos. (grifo nosso)

2.6 DA NATUREZA JURÍDICA DA PRÉ-QUALIFICAÇÃO

25. Quanto à natureza jurídica do procedimento, sendo ele subjetivo (pré-qualificação de fornecedores) ou objetivo (pré-qualificação de bens e serviços), não há dúvidas de que este procedimento auxiliar reserva-se aos temas, cuja complexidade da futura prestação, recomendam uma análise diferenciada da qualificação de potenciais interessados.

Art. 80. A pré-qualificação é o procedimento técnico-administrativo para selecionar previamente:
I - licitantes que reúnam condições de habilitação para participar de futura licitação ou de licitação vinculada a programas de obras ou de serviços objetivamente definidos;
II - bens que atendam às exigências técnicas ou de qualidade estabelecidas pela Administração.

26. No Acórdão nº 711/2016, o Tribunal de Contas da União, ainda na vigência da Lei nº 8.666/93, asseverou que a etapa de pré-qualificação somente deve ser adotada para licitação de objetos que tenham maior complexidade ou que possuam peculiaridades que exijam competências não usuais do futuro contratado, conforme se extrai do Item 2, do Informativo de Licitações e Contratos nº 280, Sessões: 29 e 30/Março/2016^[2]:

"O TCU apreciou Representação formulada em face do edital de pré-qualificação da Concorrência 02/2015, publicado pela Universidade Federal de São Paulo (Unifesp), com vistas à contratação de empresa especializada para construção de edifícios acadêmicos e administrativos nos campi Osasco (R\$ 72 milhões), Baixada Santista (R\$ 96 milhões), Diadema (R\$ 85 milhões) e Zona Leste (R\$ 80 milhões), com valor total estimado de R\$ 333 milhões. Inicialmente, a relatora deferira medida cautelar para suspensão do certame, com fundamento, entre outras ocorrências, na "adoção indevida de etapa de pré-qualificação, sem a necessária justificativa". No mérito, após análise das oitivas pela unidade técnica, observou a relatora quanto ao ponto que tanto a doutrina como a jurisprudência são unânimes em afirmar que a etapa de pré-qualificação "deve ser adotada somente quando se pretenda contratar objetos que se revistam de maior complexidade ou que possuam peculiaridades que requeiram que o futuro contratado detenha competências não ordinárias ou usuais" e que "as obras em questão não apresentam tais características". Na situação examinada, registrou, "a análise da documentação relacionada ao certame demonstra que a Unifesp adotou a pré-qualificação calcada em premissa equivocada", pois invocara em sua fundamentação a Lei 12.462/2011 e o Decreto 7.581/2011, "inaplicáveis ao caso por não se tratar de procedimento regido pelo Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC". Além disso, conforme verificado pela unidade instrutiva, as questões levantadas no "Mapa de Riscos" elaborado pela Universidade e cuja existência servira de argumento de defesa para a escolha do procedimento nem sequer teriam sido consideradas na pré-qualificação, que teria contido apenas fatores avaliativos usualmente adotados em obras comuns. Concluiu, pois, a relatora que "a real intenção da pré-qualificação foi a de proporcionar uma alegada celeridade administrativa ao procedimento, possibilitando a antecipação das etapas de habilitação dos certames, que foi efetuada de forma prévia e uma única vez para as quatro obras pretendidas". Considerando, contudo, que no caso em exame houve habilitação de doze empresas, entendeu a relatora não ter sido verificada real limitação no universo de concorrentes. Assim, embora utilizada de forma inadequada, os resultados do certame não teriam sido, até o momento, prejudicados em decorrência da pré-qualificação realizada. Todavia, quanto ao temor de possível formação de conluio entre os concorrentes pré-habilitados, destacou a relatora que "se trata de hipótese incerta e que deve ser objeto de especial atenção da Unifesp – e também deste Tribunal - na etapa de apresentação das propostas de preços, cabendo-lhe verificar a efetiva existência de competição ou, ao contrário, de mero simulacro em que os competidores apresentam descontos figurativos". Propôs, destarte, o julgamento pela procedência parcial da Representação, e a expedição de determinação à Unifesp, entre outras, para que "adote as providências administrativas necessárias para assegurar, na etapa de apresentação das propostas de preços, a efetiva existência de competição entre os proponentes, coibindo eventuais arranjos e aferindo a verificação do quantum dos descontos praticados pelos licitantes", o que foi acolhido pelo Tribunal. Acórdão 711/2016 Plenário, Representação, Relatora Ministra Ana Arraes."

2.7 DO PRAZO DE VALIDADE DA PRÉ-QUALIFICAÇÃO

27. Uma vez realizado o procedimento auxiliar de pré-qualificação, as empresas ou bens pré-qualificados terão validade de até 01 (um) ano (§8º, inciso I, do art. 80, da Lei nº 14.133/2021), sem prejuízo da necessidade da

Administração mantê-lo permanentemente aberto e disponível à participação de qualquer interessado (§2º do art. 80, da Lei nº 14.133/2021) ao longo deste período.

Art. 80 (...)

§ 2º O procedimento de pré-qualificação ficará permanentemente aberto para a inscrição de interessados.

(...)

§ 8º Quanto ao prazo, a pré-qualificação terá validade:

I - de 1 (um) ano, no máximo, e poderá ser atualizada a qualquer tempo;

28. Transcorrido o prazo de validade do documento de certificação do fornecedor e/ou produto e/ou serviço, deverá a Administração proceder à sua atualização, e promover nova divulgação do procedimento a fim de angariar novos interessados na certificação. Neste caso, necessário que o edital estabeleça os critérios objetivos de avaliação dos fornecedores e/ou bens e/ou serviços pré-qualificados, para fins de atualização do documento de certificação.

2.8 DOS DOCUMENTOS NECESSÁRIOS PARA O PROCESSO DE CONTRATAÇÃO

29. Alerta-se que, em razão do potencial caráter restritivo à participação, é necessário que a instrução processual, do processo administrativo a ser aberto para a realização do procedimento auxiliar da pré-qualificação, esteja instruído com a cópia dos seguintes documentos:

1. edital de pré-qualificação;
2. ata de realização do certame;
3. publicação do resultado no PNCP (Portal Nacional de Contratações Públicas) e no DOU (Diário Oficial da União);
4. documento(s) de certificação da(s) empresa(s) previamente pré-qualificada(s).

2.9 DA RESTRIÇÃO DA PARTICIPAÇÃO NO CERTAME AOS LICITANTES PRÉ-QUALIFICADOS

30. Cabe destacar que para fins de elaboração do segundo edital, destinado à contratação do bem ou serviço propriamente dito, a Administração poderá indicar que a participação no certame estará restrita aos fornecedores e/ou bens e serviços pré-qualificados (§10, do art. 80, da Lei nº 14.133/2021).

Art. 80 (...)

§10. A licitação que se seguir ao procedimento da pré-qualificação poderá ser restrita a licitantes ou bens pré-qualificados.

2.10 DA CONTRATAÇÃO DIRETA NA PRÉ-QUALIFICAÇÃO

31. Por fim, caso o procedimento auxiliar da pré-qualificação culminar na seleção de único fornecedor e/ou único bem e/ou serviço, a segunda fase procedimental resultará na contratação direta por inexigibilidade de licitação, com fulcro no art. 74, inciso I, da Lei nº 14.133/2021, ainda que este não deva ser o objetivo da Administração, face aos princípios da impessoalidade e da competitividade (art. 5º, da Lei nº 14.133/2021). E por esta razão é que o procedimento de pré-qualificação deve obedecer a rigorosos critérios, a fim de obter a melhor escolha do fornecedor e conferir o respaldo necessário à possível contratação direta.

2.11 DAS PRÉ-QUALIFICAÇÕES REALIZADAS SOB A VIGÊNCIA DA LEI Nº 8.666/93

32. É sabido que a partir do dia 01/04/2021 a Lei nº 14.133/2021, que estabelece normas gerais de licitações e contratos para as Administrações Públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, dos Estados, do Distrito Federal

e dos Municípios, passou a vigorar de forma concomitante com a ainda vigente Lei nº 8.666/93, até o dia 30/12/2023, consoante os artigos 191 e 193, inciso II, da nova lei de licitações).

Art. 191. Até o decurso do prazo de que trata o inciso II do **caput** do art. 193, a Administração poderá optar por licitar ou contratar diretamente de acordo com esta Lei ou de acordo com as leis citadas no referido inciso, e a opção escolhida deverá ser indicada expressamente no edital ou no aviso ou instrumento de contratação direta, vedada a aplicação combinada desta Lei com as citadas no referido inciso.

Art. 193 (...)

II - em 30 de dezembro de 2023:

a) a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993;

33. Objetivando o afastamento de possíveis conflitos entre as normas de transição, sob o aspecto da segurança jurídica, foi salutar que o legislador tenha estabelecido determinadas regras de prevalência entre as leis após a *vacatio legis* da Lei nº 14.133/2021.

34. Por outro lado, tem-se que a vedação constante no art. 191, da Lei nº 14.133/2021, não prejudica o aproveitamento dos procedimentos de pré-qualificação já concluídos pela Administração, à luz da Lei nº 8.666/93.

35. Não há dúvidas sobre a conexão entre os institutos da pré-qualificação e as aquisições dela advindas. Todavia, pela autonomia dos ritos, tem-se que tais procedimentos devam ser regidos pela lei vigente à época do ato praticado, face à necessidade de observância ao princípio do *tempus regit actum*.

36. Nada obsta que as pré-qualificações de empresas e/ou produtos, concluídas sob a vigência da Lei nº 8.666/1993, e que porventura ainda estejam vigentes, possam ser utilizadas pela Administração até o término do prazo inicialmente fixado.

37. Todavia, visando a segurança jurídica necessária ao controle interno da legalidade dos atos praticados pelos gestores da FIOCRUZ e, considerando o disposto no art. 80, §8º, inciso I, da Lei nº 14.133/2021, **alerta-se para que, doravante, a Administração abstenha-se de proceder à prorrogação de tais pré-qualificações e, se for do seu interesse, realize a abertura de novo processo administrativo para este fim**, tendo em vista que atualmente a nova lei de regência vigora de forma exclusiva, e carrega nuances diferenciados ao procedimento.

Art. 80. A pré-qualificação é o procedimento técnico-administrativo para selecionar previamente:

(...)

§ 8º Quanto ao prazo, a pré-qualificação terá validade:

I - de 1 (um) ano, no máximo, e poderá ser atualizada a qualquer tempo;

2.12 DA NECESSIDADE DA CONTRATAÇÃO E DAS VEDAÇÕES ÀS ESPECIFICAÇÕES RESTRITIVAS

38. A justificativa da necessidade da contratação constitui questão de ordem técnica e administrativa, razão pela qual, a teor do Enunciado nº 07 do Manual de Boas Práticas Consultivas da Advocacia-Geral da União, não deve esta Procuradoria se pronunciar conclusivamente acerca do mérito (oportunidade e conveniência) da motivação apresentada e das opções feitas pelo administrador, exceto na hipótese de afronta a preceitos legais, o que não nos parece ser o caso.

39. Observe-se, ainda, que são vedadas especificações do objeto que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, limitem ou frustrem a competição ou sua realização (art. 9º, da Lei nº 14.133/2021). Portanto, **o gestor deverá tomar as devidas cautelas para assegurar que as especificações correspondam àquelas essenciais à contratação, sem as quais não poderão ser atendidas as necessidades da Administração**.

40. Ainda sobre esse tema, vale destacar que, caso as especificações somente possam ser atendidas por uma quantidade de fornecedores considerada restrita, deverá ser avaliada a pertinência de retirar ou flexibilizar requisitos, de modo que se possa manter apenas aqueles considerados indispensáveis (art. 9º, inc. I, §2º, da IN SEGES Nº 58/2022).

41. Assim, por se tratar de procedimentos potencialmente restritivos à competição, e, a despeito da escolha do administrador, necessário que conste do processo, que será aberto para a realização do procedimento de padronização produtos e/ou marcas e de pré-qualificação de fornecedores e/ou produtos, expressa justificativa da razão pela qual se torna necessária a concretização da pretensão administrativa, sob pena de inviabilizar a condução do certame.

2.13 DA ESCOLHA DA ADMINISTRAÇÃO: A ADOÇÃO PADRONIZAÇÃO DE PRODUTOS E MARCAS OU A PRÉ-QUALIFICAÇÃO DE FORNECEDORES E PRODUTOS

42. O procedimento de padronização deverá ser adotado quando o interesse da Administração pautar-se na necessidade de redução da variação de produtos e marcas (ênfase no objeto) e desde que fundamentado em estudos, laudos, perícias e pareceres que demonstrem as vantagens econômicas e a satisfação do interesse público.

43. Neste procedimento, a relevância está na avaliação da qualidade técnica do produto e/ou marca pronto e acabado e que seja de fácil obtenção no mercado (objetos de prateleira).

44. Pela vasta disponibilidade no mercado, não se exige da Administração um exame acurado de seu processo produtivo; malgrado a primazia por sua qualidade final e desempenho.

45. Já o procedimento de pré-qualificação deverá ser adotado quando a complexidade do objeto exigir uma avaliação técnica mais detida por parte da Administração.

46. Neste procedimento, a relevância está na necessidade de acompanhamento minucioso, por parte da Administração, do processo produtivo de determinada empresa e/ou do produto.

47. A título de exemplificação, alerta-se que a padronização de materiais e insumos, indicada na RDC/ANVISA nº 134, de 13/07/2001, não se limita às aquisições que devam ser feitas pela Administração, apenas ao procedimento de padronização de que trata o art. 43, da Lei nº 14.133/2021.

48. Entende-se, "*s.m.j.*", que o objetivo da norma foi o de estabelecer um padrão para a garantia de obtenção de um mesmo resultado, já certificado anteriormente, cabendo à Administração, observado o juízo de oportunidade e conveniência, escolher o procedimento mais adequado ao caso concreto para a aquisição dos materiais e insumos necessários para o atingimento de seus objetivos institucionais.

2.14 DO EXAME JURÍDICO PRÉVIO DOS PROCEDIMENTOS AUXILIARES

49. A atual lei de licitações e contratos traz novos contornos à atuação do órgão jurídico consultivo. Assim dispõe seu art. 53 da Lei 14.133/2021.

Art. 53. Ao final da fase preparatória, o processo licitatório seguirá para o órgão de assessoramento jurídico da Administração, que realizará controle prévio de legalidade mediante análise jurídica da contratação.

§1º. Na elaboração do parecer jurídico, o órgão de assessoramento jurídico da Administração deverá:

I – apreciar o processo licitatório conforme critérios objetivos prévios de atribuição de prioridade;
II – redigir sua manifestação em linguagem simples e compreensível e de forma clara e objetiva, com apreciação de todos os elementos indispensáveis à contratação e com exposição dos pressupostos de fato e de direito levados em consideração na análise jurídica;

III – (VETADO)

§2º. (VETADO)

§ 3º Encerrada a instrução do processo sob os aspectos técnico e jurídico, a autoridade determinará a divulgação do edital de licitação conforme disposto no art. 54.

§4º. Na forma deste artigo, o órgão de assessoramento jurídico da Administração também realizará controle prévio de legalidade de contratações diretas, acordos, termos de cooperação, convênios, ajustes, adesões a atas de registro de preços, outros instrumentos congêneres e de seus termos aditivos.

§5º. É dispensável a análise jurídica nas hipóteses previamente definidas em ato da autoridade jurídica máxima competente, que deverá considerar o baixo valor, a baixa complexidade da contratação, a entrega imediata do bem ou a utilização de minutas de editais e instrumentos de contrato, convênio ou outros ajustes previamente padronizados pelo órgão de assessoramento jurídico.

50. Quando comparado com a legislação anterior, embora o texto legal tenha mantido a atribuição de controle prévio da legalidade a cargo das assessorias jurídicas, ocupou-se de mais bem detalhar as atribuições e responsabilidades.

51. Assim, o *caput* do artigo 53 acima transcrito aponta, com precisão, o alvo da manifestação jurídica, qual seja, a análise jurídica da contratação e não somente das minutas de editais, contratos e seus aditamentos.

52. Por conseguinte, pode-se entender que os procedimentos auxiliares que não se concluem em contratações, não serão objeto de exame jurídico prévio, até porque o processo seletivo que objetivará a efetiva contratação merecerá, a oportuna e obrigatoriamente análise jurídica de que trata o artigo 53 da lei 14.133/2021.

3. CONCLUSÃO

53. Diante do exposto, esta Procuradoria Federal junto à FIOCRUZ conclui que a padronização de produtos e marcas não se confunde com a pré-qualificação de fornecedores (subjéitiva) ou de bens e serviços (objéitiva).

54. Recomenda-se, portanto, que a Administração **não** realize processos licitatórios de pré-qualificação:

1. De produtos ou marcas com vasta disponibilidade no mercado, já que nestes casos não se exige da Administração um exame acurado de seu processo produtivo; malgrado a primazia por sua qualidade final e desempenho;
2. Quando o objetivo estiver pautado meramente na necessidade de redução da variação de produtos e marcas;
3. Nos casos de ausência de complexidade do objeto; ou seja: quando a relevância para a Administração não estiver pautada na necessidade de um acompanhamento minucioso do processo produtivo de determinada empresa e/ou do produto;
4. Conjugados com procedimentos de padronização de marcas e produtos, face à ausência de amparo legal para a realização de procedimentos híbridos.

55. Por fim, registre-se, nos procedimentos técnicos-administrativos, auxiliares e prévios aos futuros processos de contratações, como os que se aborda no presente parecer, dos quais não resultem imediatas contratações (tal qual o certame licitatório e contratações diretas), a análise jurídica prévia, de que trata o art. 53 da lei nº 14.133/2021, está dispensada, salvo se sobre os mesmos incidirem dúvidas jurídicas específicas a serem formuladas pelo requisitante. Isto porque o procedimento que levará à contratação será objeto de análise e manifestação jurídica.

Rio de Janeiro, 12 de junho de 2024.

Loris Baena Cunha Neto
Procurador Federal
Procurador-Chefe - PF/FIOCRUZ

Valério Nunes Vieira
Coordenador
Procurador Federal/PF/FIOCRUZ
SIAPE 6377000

Jacqueline Gigante Pereira
Coordenadora de Licitações e Contratos
Procuradora Federal/PF/FIOCRUZ
SIAPE 756020

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <https://supersapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 25380001523202452 e da chave de acesso bc739523

jles

Notas

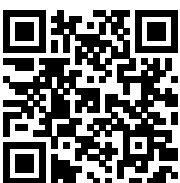
- [^] *JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à legislação de licitações e contratações administrativas: Lei 14.133/2021. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.*
- [^] *chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A15411E7F00154302B589211E5&inline=1*



Documento assinado eletronicamente por VALERIO NUNES VIEIRA, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br), de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 1476447443 e chave de acesso bc739523 no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): VALERIO NUNES VIEIRA, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br). Data e Hora: 12-06-2024 15:09. Número de Série: 65437255745187764576406211080. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.



Documento assinado eletronicamente por JACQUELINE GIGANTE PEREIRA, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br), de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 1476447443 e chave de acesso bc739523 no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): JACQUELINE GIGANTE PEREIRA, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br). Data e Hora: 12-06-2024 14:29. Número de Série: 65437255745187764576406211080. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.



Documento assinado eletronicamente por LORIS BAENA CUNHA NETO, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br), de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 1476447443 e chave de acesso bc739523 no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): LORIS BAENA CUNHA NETO, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br). Data e Hora: 12-06-2024 14:24. Número de Série: 65437255745187764576406211080. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.

