

Opinião Jurídica sobre a fase de planejamento das contratações



As breves disposições da atual Lei de Licitações e Contratos

[1] com relação à etapa preliminar do processo licitatório, aliadas à ausência de descrição detalhada sobre os elementos e informações que devem ser gerados e à insuficiente orientação sobre os parâmetros adequados para a confecção dos artefatos, acarretou, nos últimos anos, a proliferação de novos normativos[2] que, enfatizando a fase de planejamento da contratação, destacam a necessidade de elaboração dos Estudos Técnicos Preliminares (ETP)[3], também chamados de estudos preliminares[4].

O ETP é o documento que se destina a demonstrar a real necessidade das contratações, analisar sua viabilidade técnica e construir o arcabouço básico para a elaboração do Termo de Referência ou Projeto Básico. Ou seja, o ETP visa evidenciar os esforços realizados frente ao problema a ser resolvido, com o levantamento das informações necessárias e avaliação das soluções disponíveis no mercado.

Em decorrência das novas exigências, bem como dos apontamentos realizados pelo Tribunal de Contas da União (TCU) em relação à obrigatoriedade da elaboração do Estudo Técnico Preliminar[5], dúvidas foram levantadas em relação à sua produção, abrangência de seu conteúdo, momento adequado para sua elaboração e aplicabilidade para todas as contratações públicas.

Sendo a finalidade precípua do ETP esclarecer as condições da contratação em termos de necessidades, requisitos, alternativas, escolhas, resultados pretendidos e demais características que demonstrem a viabilidade técnica e econômica da contratação, em boa medida, tanto as IN/SGD 01/2019 — de Tecnologia da Informação e [IN/MPOG 05/2017](#) de Serviços, como o PL 1.292/1995, que trata da nova Lei de Licitações e Contratos e se encontra em tramitação no Congresso Nacional, estabelecem o conteúdo a ser observado na produção deste importante documento (vide quadro abaixo).

Tomando por base tais normativos, na elaboração do ETP, é importante que sejam demonstradas nos autos, minimamente, as seguintes pesquisas em relação à demanda apresentada:

1. verificação do apontamento da demanda no **plano anual das contratações** do órgão ou entidade;
2. análise da real necessidade e avaliação crítica dos quantitativos, acompanhadas das memórias de cálculo e dos documentos que lhe dão suporte, para composição da solução;

3. levantamento das alternativas disponíveis no mercado e suas peculiaridades, como, por exemplo, os prazos de garantia, entrega e validade, bem como da estimativa do valor, acompanhada dos preços unitários referenciais, das memórias de cálculo e dos documentos que lhe dão suporte;
4. avaliação da interdependência com outras contratações, de modo a possibilitar economia de escala;
5. avaliação dos padrões de sustentabilidade que devem ser observados (ambientais, sociais, econômicos, éticos);
6. adequação à programação orçamentária, visto que se pode, por exemplo, qualificar a contratação como custeio ou investimento;
7. posicionamento conclusivo sobre a adequação da contratação para o atendimento da necessidade a que se destina.

Convém frisar que as informações a serem levantadas não se aplicam igualmente a toda e qualquer demanda, sendo uma boa prática a adoção de formulários orientadores para elaboração dos estudos preliminares, de acordo com o tipo da contratação pretendida. Além disso, há situações nas quais a exigência do ETP é imprópria^[6]:

1. nas Licitações Dispensáveis:

– em função do valor;

– em função da situação emergencial;

– para contratação de remanescente, pois este já foi produzido quando da licitação original.

2. na prorrogação de serviços de natureza continuada, uma vez que o documento já foi produzido na fase de planejamento da contratação e contemplou as prorrogações que o objeto permite. Todavia, já há indicativo do TCU para avaliação, como condição para as prorrogações contratuais, se a necessidade que motivou a contratação ainda existe e se a solução escolhida ainda é a mais vantajosa^[7]. Além disso, nas contratações de Tecnologia da Informação a análise de viabilidade nessa fase já vem sendo pedida pelos normativos correlatos^[8].
3. nas contratações padronizadas, uma vez que a solução identificada já foi estudada;
4. nos serviços de mesma natureza, semelhança ou afinidade, que podem ser elaborados de forma conjunta, já que são estudos similares e equivalentes, de tal modo que é possível conciliar os documentos.

É possível, ainda, deparar-se com outras situações nas quais esse artefato seria desnecessário. Nesses casos, para uma ideal equação onde há ou não a necessidade de se elaborar um ETP, é imprescindível uma análise sistêmica das demandas, sendo certo que é possível haver situações nas quais os estudos realizados representam apenas retóricas de outras contratações e acabam tornando-se mais um documento a somar-se aos demais que são exigidos na lei.

Em apoio a essa posição, o Decreto nº 10.024/2019 apresenta, no artigo 8º, um mostruário de documentos que deve instruir o processo licitatório na modalidade de pregão eletrônico e destaca a discricionariedade da elaboração do Estudo Técnico Preliminar, condicionando-o à sua necessidade.

Logo, o entendimento de que é vedada a realização de contratação sem o ETP não tem como se sustentar, tendo em vista ser imprescindível a avaliação do universo no qual se situa a demanda e a real necessidade de produção do documento.

Em regra, entretanto, considerando as exceções já pontuadas, o Estudo Técnico Preliminar é exigido nas contratações de serviços, obras[9] e de soluções de tecnologia da informação, que demandam análise atual e contextualizada da necessidade da instituição e do mercado.

Com relação às compras, ecoam queixas quanto à exigência da realização do Estudo Técnico Preliminar em toda e qualquer situação. Para tal análise, registra-se que as necessidades institucionais são abrangentes, e que a maturidade do órgão em governança e gestão será desdobrada nos estudos que darão sustentação às contratações.

Assim sendo, se já existe o ETP que analisou as diferentes soluções para o atendimento das necessidades organizacionais, considerando os aspectos econômico e qualitativo em termos de benefícios para o alcance do objetivo da contratação, assevera-se que não há necessidade de novo estudo para as compras derivadas, desde que, claro, se mantenha a decisão pela solução escolhida originalmente. É suficiente, portanto, que o registro elaborado para se chegar à solução seja vinculado e resumido na justificativa, e evidenciados os itens mínimos[10] nos autos do processo, que já são corriqueiramente exigidos (vide quadro), buscando evitar confusões e retrabalho.

Especificamente em relação às compras, a orientação dos órgãos de controle[11] sinaliza a necessidade de refinamento do histórico dos bens que se pretende adquirir e que integram as demandas recorrentes da organização, não fazendo sentido a realização de estudo aprofundado daquilo que já é conhecido e adotado. Além disso, tem sido recomendada a elaboração de uma política de estoque, onde devem constar regras de governança com os parâmetros mínimos para a gestão de materiais, além de outras diretrizes que orientarão as unidades responsáveis pelas aquisições e reposição de itens[12].

Entretanto, diferente da hipótese acima, em que uma justificativa bem elaborada, baseada no histórico e na projeção do consumo do órgão, pode garantir a transparência e fundamentação exigidas, a compra de equipamentos como ar condicionado, lâmpadas, bens móveis e outros materiais, cuja complexidade e elementos estruturantes da demanda a ser atendida devem ser levantados e avaliados com vistas à escolha da melhor alternativa, mostra-se necessária a evidenciação de estudos preliminares melhor fundamentados.

De todo modo, para tais itens, a escolha apontada no ETP de adotar um determinado tipo de equipamento ou material poderá subsidiar as próximas aquisições, não sendo necessária, a cada nova aquisição, a elaboração de novo documento, uma vez que a solução já foi identificada. Portanto, até que se mude a estratégia ou a necessidade, as compras futuras de tais materiais estarão resguardadas, bastando para tanto a referência ao estudo realizado em momento anterior e a juntada de justificativa que fundamente as novas quantidades a serem adquiridas.

De outra monta, observado que cabe ao TR especificar, de forma precisa, suficiente e clara, a melhor solução que foi estudada previamente por meio do ETP^[13], a prática com o novo rito processual do planejamento das contratações tem demonstrado ser possível um TR apresentar informações destoantes do ETP, uma vez que aquele foi atualizado em decorrência do amadurecimento e refinamento da especificação do objeto.

Uma situação corriqueira, que bem ilustra a questão, ocorre quando as estimativas preliminares descritas no ETP não se mostram mais apropriadas a partir, por exemplo, da pesquisa realizada para compor o preço de referência da licitação ou, ainda, quando se verifica, no momento de pesquisa de preços, a existência de soluções alternativas no mercado.

Ora, se a fase de planejamento se estende até a finalização do Termo de Referência ou Projeto Básico, passando por diversas instâncias de controle, a depender do rito processual de cada órgão, fato é que, até lá, poderá haver questionamentos e alterações na especificação do objeto. Entende-se, portanto, que, registradas no processo tais tratativas e ajustes, não há necessidade de inserção de novo ETP, bastando explicar o motivo da alteração das especificações, ou da manutenção da solução inicialmente escolhida, e seguir em frente.

De outro modo, se a solução escolhida inicialmente não se apresenta mais adequada, há necessidade de se retornar ao ETP para refazê-lo ou complementá-lo, ou ainda para nova avaliação da unidade requisitante quanto à necessidade de prosseguir ou não com o processo, uma vez que foi a partir dos estudos preliminares que foi atestada a viabilidade da contratação. Essa é a boa prática recomendada, considerando a importância de o TR estar em sintonia com a demanda da área requisitante, atendendo, assim, o desiderato último das contratações que é o interesse público.

Por tudo, denota-se que é importante e desafiador para os órgãos e entidades públicas se adequarem a essa nova realidade, azeitando a máquina administrativa para a melhor evolução da etapa de planejamento das contratações.

No contexto, os estudos preliminares, traduzidos na forma de ETP ou de justificativas bem fundamentadas nos autos dos processos, assumem função importante na engrenagem das contratações públicas.

Alinhado a outros instrumentos de planejamento, o esforço na elaboração desse documento pavimenta o caminho para o melhor atendimento da demanda ao avaliar os cenários possíveis e demonstrar a viabilidade técnica e econômica das soluções disponíveis, buscando mitigar os riscos de desperdícios oriundos da ineficiência e de fraude na gestão da licitação^[14].

Ressalta-se, finalmente, que a singularidade da fase de planejamento, observadas as especificidades de cada tipo de contratação, deve ser sopesada pelas instâncias de controle quando da exigência de formalização detalhada dos estudos para toda e qualquer contratação. Nesse sentido, reafirma-se que a maturidade da governança de contratações de cada órgão, refletida em normativos internos, manuais, formulários, *check-lists*, e outros facilitadores, além da capacitação dos servidores, certamente contribuirá para a evolução da gestão das compras e contratações públicas, em todas as suas fases, assegurando o ambiente propício à mudança e ao alcance dos bons resultados almejados pela sociedade.

Anexo 01: Quadro Comparativo

Normativo	INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 1/2019 – Contratações de TIC	INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 5/2017 – Contratações de Serviços	Projeto de Lei
Como trata	Estudos Técnicos Preliminares	Estudos Preliminares	Estudo Técnico Preliminar
	Art. 11 – O Estudo Técnico Preliminar da Contratação será realizado pelos Integrantes Técnico e Requisitante, compreendendo, no mínimo , as seguintes tarefas	Art. 24. § 1º O documento que materializa os Estudos Preliminares deve conter, quando couber , o seguinte conteúdo	Art. 18. § 1º O Estudo Técnico Preliminar é o documento que se refere ao planejamento da contratação, evidenciando a necessidade da contratação, sua melhor forma de realização, a viabilidade econômica e técnica da contratação e o elemento essencial para a decisão de contratação.
Conteúdo	<p>I – definição e especificação das necessidades de negócio e tecnológicas, e dos requisitos necessários e suficientes à escolha da solução de TIC, contendo de forma detalhada, motivada e justificada, inclusive quanto à forma de cálculo, o quantitativo de bens e serviços necessários para a sua composição;</p> <p>II – análise comparativa de soluções, que deve considerar, além do aspecto econômico, os aspectos qualitativos em termos de benefícios para o alcance dos objetivos da contratação, observando:</p>	<p>I – necessidade da contratação;</p> <p>II – referência a outros instrumentos de planejamento do órgão ou entidade, se houver;</p>	<p>a) necessidade da contratação, considerando a perspectiva econômica e técnica;</p> <p>b) demonstração da necessidade da contratação, demonstrando a necessidade da contratação anual, semestral ou trimestral, e indicar o planejamento da contratação.</p>

a) a
disponibilidade
de solução
similar
em outro
órgão ou
entidade da
Administração
Pública;

III – requisitos da contratação;

c) requisitos da contratação;

b) as
alternativas
do
mercado;

**IV – estimativa das quantidades,
acompanhadas das memórias de
cálculo e dos documentos que lhe dão
suporte;**

d) estimativas das quantidades para a
contratação, acompanhadas das memórias
de cálculo e dos documentos que lhe dão
suporte, que considerem
interdependências com outras
contratações, de modo a possibilitar
economia de escala; e

c) a
existência
de
softwares
disponíveis
conforme
descrito na
Portaria
STI/MP nº
46, de 28
de
setembro
de 2016;

**V – levantamento de mercado e
justificativa da escolha do tipo de
solução a contratar;**

e) levantamento de mercado, que
consiste na análise das alternativas
possíveis, e justificativa técnica e
económica da escolha do tipo de solução a
contratar;

d) as
políticas,
os modelos
e os
padrões de
governo, a
exemplo
dos
Padrões de
Interoperabilidade
de
Governo
Eletrônico
– ePing,
Modelo de
Acessibilidade
em
Governo
Eletrônico
– eMag,
Padrões
Web em
Governo
Eletrônico
– ePwg,
Infraestrutura
de Chaves
Públicas
Brasileira –
ICP-Brasil
e Modelo
de
Requisitos
para
Sistemas
Informatizados
de Gestão
Arquivística
de
Documentos
– e-ARQ
Brasil,
quando
aplicáveis;

VI – estimativas de preços ou preços referenciais;

f) estimativa do valor da contratação, acompanhada dos preços unitários referenciais, das memórias de cálculo e dos documentos que lhe dão suporte, que poderão estar em anexo classificado, se a Administração optar por preservar o seu sigilo até a conclusão da licitação;

e) as necessidades de adequação do ambiente do órgão ou entidade para viabilizar a execução contratual;

VII – descrição da solução como um todo;

g) descrição da solução como um todo, inclusive exigências relacionadas à manutenção e assistência técnica, quando for o caso;

f) os diferentes modelos de prestação do serviço;

VIII – justificativas para o parcelamento ou não da solução quando necessária para individualização do objeto;

h) justificativas para o parcelamento ou não da solução;

g) os diferentes tipos de soluções em termos de especificação, composição ou características dos bens e serviços integrantes;

IX – demonstrativo dos resultados pretendidos em termos de economicidade e de melhor aproveitamento dos recursos humanos, materiais ou financeiros disponíveis;

i) demonstrativo dos resultados pretendidos em termos de economicidade e de melhor aproveitamento dos recursos humanos, materiais ou financeiros disponíveis;

h) a possibilidade de aquisição na forma de bens ou contratação como serviço; e

X – providências para adequação do ambiente do órgão;

j) providências a serem adotadas pela Administração previamente à celebração do contrato, inclusive no tocante à capacitação de servidores ou empregados para fiscalização e gestão contratual;

i) a ampliação ou substituição da solução implantada;

XI – contratações correlatas e/ou interdependentes; e

k) contratações correlatas e/ou interdependentes;

III – A análise comparativa de custos deverá considerar apenas as soluções técnica e funcionalmente viáveis, incluindo:

XII – declaração da viabilidade ou não da contratação.

l) possíveis impactos ambientais e respectivas medidas mitigadoras, incluindo requisitos de baixo consumo de energia e de outros recursos, bem como logística reversa para desfazimento e reciclagem de bens e refugos, quando aplicável;

a)
comparação
de custos
totais de
propriedade
(*Total Cost
Ownership*
– TCO)
por meio
da
obtenção
dos custos
inerentes
ao ciclo de
vida dos
bens e
serviços de
cada
solução, a
exemplo
dos valores
de
aquisição
dos ativos,
insumos,
garantia,
manutenção;
e

m) posicionamento conclusivo sobre a adequação da contratação para o atendimento da necessidade a que se destina.

b)
**memória
de cálculo
que
referencie
os preços e
os custos
utilizados
na análise,
com vistas
a permitir
a
verificação
da origem
dos dados;**

IV –
**estimativa
do custo
total da
contratação;**
e

V –
declaração
da
viabilidade
da
contratação
, contendo
a
justificativa
da solução
escolhida,
que deverá
abranger a
identificação
dos
benefícios
a serem
alcançados
em termos
de eficácia,
eficiência,
efetividade
e
economicidade.

Conteúdo
mínimo

§ 2º Os Estudos Preliminares devem obrigatoriamente conter o disposto nos incisos I, IV, VI, VIII e XII do parágrafo anterior.

§ 2º O es
conter ao
nas alínea
e, quando
elemento
devidas j

[1] Art. 6º, IX, Lei 8.666/1993- Projeto Básico: conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para caracterizar a obra ou serviço, ou complexo de obras ou serviços objeto da licitação, elaborado com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares, que assegurem a viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento, e que possibilite a avaliação do custo da obra e a definição dos métodos e do prazo de execução, devendo conter os seguintes elementos: (...)

[2]

Art. 2º, inciso IV, “a” da Lei nº 12.462/11; art. 42, inciso VIII da Lei nº 13.303/16; art. 14 do Decreto Federal nº 10.024/19; art. 11 da IN nº 1/19 da SGD/ME; art. 70, inciso I do PL nº 1292/95.

[3] O art. 6º, inciso XX, do PL nº 1.292/15 define o Estudo Técnico Preliminar como documento constitutivo da primeira etapa do planejamento de uma contratação que caracteriza o interesse público envolvido e a sua melhor solução e dá base ao anteprojeto, termo de referência ou ao projeto básico a serem elaborados caso se conclua pela viabilidade da contratação.

[4] IN/MPOG 05/2017

[5] Acórdão nº 2.212/2016 – Plenário.

[6] Art. 20 da IN nº 5/17 do MPDG.

[7] iGovContrat – Índice de Governança em Contratações – Questão 4362, medido pelo TCU.

[8] Art. 14 da Resolução CNJ 182/2013 – Parágrafo único. A Análise de Viabilidade da Contratação deverá ser realizada nas prorrogações contratuais, ainda que, de contratos assinados anteriormente à publicação desta Resolução. Nesse caso, é obrigatória a observância do inciso II, alíneas 'a', 'c', 'g', e inciso III do art.14.

[9] Art. 6º, IX, Lei 8.666/1993

[10] Art. 18, §2º do Projeto de Lei. Art. 24. § 1º da IN 05/2017

[11] “Uma instituição dotada de mínima organização gerencial deveria possuir controles estatísticos de utilização dos materiais necessários à execução de suas atividades quotidianas, utilizando como referência, por exemplo, registros de consumo desses materiais ao longo de períodos de tempo determinados” (TCU. Acórdão n.º 1380/2011-Plenário).

[12] Acórdão TCU/Plenário 2.743/2015.

[13] A deficiência na elaboração do Estudo Técnico Preliminar reverbera na especificação do objeto definido no termo de referência, dada a ausência ou detalhamento dos elementos que compõem o documento. É possível citar vários acórdãos do TCU determinando adoção de medidas para prevenir a ocorrência de falhas relacionadas a concepção do ETP (Acórdão nº 3056/2019-Plenário).

[14] <http://www.tcu.gov.br/arquivosrca/001.003.009.htm>

Date Created

10/01/2020