TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

Nota Técnica

AudTI/TCU 8/2023

Elaboração do orçamento estimado de contratações públicas de bens e serviços de TI

REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL
TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

MINISTROS

Bruno Dantas, Presidente
Vital do Rêgo, Vice-presidente
Walton Alencar Rodrigues
Benjamin Zymler
Augusto Nardes
Aroldo Cedraz
Jorge Oliveira
Antonio Anastasia
Jhonatan de Jesus

MINISTROS-SUBSTITUTOS

Augusto Sherman
Marcos Bemquerer
Weder de Oliveira

MINISTÉRIO PÚBLICO JUNTO AO TCU

Cristina Machado da Costa e Silva, Procuradora-Geral
Lucas Rocha Furtado, Subprocurador-Geral
Paulo Soares Bugarin, Subprocurador-Geral
Marinus Eduardo de Vries Marsico
Júlio Marcelo de Oliveira
Sergio Ricardo Costa Caribé
Rodrigo Medeiros de Lima

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

Nota Técnica

AudTI/TCU 8/2023

Elaboração do orçamento estimado de contratações públicas de bens e serviços de TI

Brasília, maio de 2023

© Copyright 2023, Tribunal de Contas da União
http://www.tcu.gov.br
SAFS, Quadra 4, Lote 01
CEP 70042-900 – Brasília/DF

É permitida a reprodução desta publicação, em parte ou no todo, sem alteração do conteúdo, desde que citada a fonte e sem fins comerciais.

Brasil. Tribunal de Contas da União.
Elaboração do orçamento estimado de contratações públicas de bens e serviços de TI : Nota Técnica AudTI/TCU 8/2023 / Tribunal de Contas da União. – Brasília : TCU, Unidade de Auditoria Especializada em Tecnologia da Informação, 2023.
472 p.

1. Tecnologia da informação - contratação - Brasil. 2. Orçamento estimado. 3. Agente público - responsabilidade - Brasil. I. Título.

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca Ministro Ruben Rosa

SUMÁRIO

1. OBJETIVOS 10

2. MOTIVAÇÃO 12

3. CONSIDERAÇÕES INICIAIS 14

4. IMPORTÂNCIA DO ORÇAMENTO ESTIMADO 18

5. CONTEXTUALIZAÇÃO DOS ORÇAMENTOS ESTIMADOS NAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS 26

5.1 Elaboração de orçamentos estimados para o PCA 29

5.2 Elaboração de orçamentos estimados no planejamento de cada contratação 34

5.3 Aspectos relativos a orçamentos na gestão contratual 40

5.3.1 Manutenção da vantajosidade da contratação de serviços contínuos 40

5.3.2 Aditivos relativos aos aumentos de quantidades 52

5.3.3 Verificação da economicidade de OS 54

5.4 Coordenação das contratações 57

6. ERROS GROSSEIROS NA ELABORAÇÃO DO ORÇAMENTO ESTIMADO 64

7. POSSÍVEL RESPONSABILIZAÇÃO DE AGENTES PÚBLICOS POR ORÇAMENTO ESTIMADO MAL ELABORADO 72

7.1 Possível responsabilização de membros da CPL 73

7.2 Possível responsabilização da autoridade competente pela homologação do procedimento licitatório 79

7.3 Possível responsabilização do parecerista jurídico 86

7.4 Possível responsabilização do pregoeiro 88

7.5 Possível responsabilização de outros agentes 93

8 ASPECTOS A CONSIDERAR NA ELABORAÇÃO DO ORÇAMENTO ESTIMADO DA CONTRATAÇÃO 96

8.1 Obrigatoriedade da elaboração do orçamento estimado da contratação 99

8.2 Necessidade de detalhamento do orçamento estimado e das propostas de preços dos licitantes em contratações de serviços intensivos em mão de obra 102

8.2.1 Orçamento estimado detalhado pela organização pública em contratação por resultados 102

8.2.2 Obrigatoriedade de detalhamento do orçamento estimado de serviços pela organização pública 106

8.2.2.1 Detalhamento do orçamento estimado nas licitações regidas pela Lei 8.666/1993 106

8.2.2.2 Detalhamento do orçamento estimado nas licitações regidas pela Lei 14.133/2021 116

8.2.2.3 Análise de fator-K 119

8.2.3 Necessidade de detalhamento das propostas de preços dos licitantes em contratações de serviços 124
8.2.4 Orçamento detalhado da contratação X detalhamento das propostas de preços dos licitantes 130

8.3 Obrigatoriedade da pesquisa de preços 136

8.4 Soluções de TI que devem ser consideradas na pesquisa de preços 140
8.4.1 Tipos de soluções de TI 140
8.4.2 Nicho de mercado da solução de TI que deve ser considerado na pesquisa de preços 144
8.4.3 Risco de direcionamento da licitação para solução de TI específica 146
8.4.4 Busca do menor preço que atenda à necessidade da contratação 149
8.4.5. Preços a considerar na pesquisa de preços 151
8.4.6 Coordenação de pesquisa de preços 154

8.5 Importância da padronização na elaboração do orçamento estimado 159

8.6 Definição das quantidades a contratar 162
8.6.1 Importância da definição das quantidades 162
8.6.2 Obrigatoriedade de definição das quantidades 169
8.6.3 Efeito de economia de escala 174
8.6.4 Quantidades e unidades 175
8.6.4.1 UST 179
8.6.5 Riscos na definição das quantidades a contratar 184
8.6.5.1 Riscos de sobrar e de faltar itens 185
8.6.5.2 Risco de haver "jogo de planilha" na proposta de preços 186
8.6.5.3 Risco de haver "barriga de aluguel" 188
8.6.5.4 Risco de definir quantidades excessivas de serviços 192
8.6.5.5 Riscos específicos para contratações de *softwares* 198
8.6.6 Justificativas das definições de quantidades a contratar 200

8.7 Fontes que devem ser consultadas na pesquisa de preços 205
8.7.1 Fontes de preços no âmbito da Lei 8.666/1993 205
8.7.2 Fontes de preços no escopo da Lei 14.133/2021 222
8.7.3 Outras considerações sobre fontes de preços 227

8.8 Excepcionalidade da obtenção de cotações de preços diretamente de fornecedores 230
8.8.1 Riscos de efetuar a pesquisa de preços mediante cotações junto a fornecedores 239
8.8.1.1 Risco de haver questionamento por franquear acesso a informações do planejamento da contratação 239
8.8.1.2 Risco de as cotações junto a fornecedores retornarem preços inflados 241
8.8.1.3 Risco de empresa mal-intencionada informar preço elevado para distorcer o cálculo da estimativa para cima 245
8.8.1.4 Risco de manipulação dos preços para cima quando há amarração de marca ou modelo de produto 248
8.8.1.5 Distorção de preço para baixo em prorrogação-renovação para levar a nova licitação 250
8.8.2 Procedimento normatizado para cotação de preços junto a fornecedores 250
8.8.2.1 Definição de critérios objetivos para selecionar os fornecedores do mercado a consultar 251
8.8.2.2 Definição de quais informações serão enviadas às empresas nas comunicações formais 254
8.8.2.3 Definição dos elementos fundamentais das respostas das empresas 254
8.8.2.4 Forma de envio de solicitações formais aos fornecedores selecionados 255
8.8.2.5 Registro das comunicações com as empresas do mercado 255
8.8.2.6 Estabelecimento de controles internos adicionais 256

8.9 Dispersão excessiva de preços 259

8.10 Análise crítica dos valores obtidos na pesquisa de preços 263

8.11 Formas de cálculo da estimativa de preço 269

8.12 Critérios de aceitabilidade de preços 280

8.12.1 Faixa de preços aceitáveis 282

8.12.2 Preço unitário estimado, preço global estimado e preço máximo definido 283

8.12.3 Definição de preço máximo aceitável na IN - Seges/ME 73/2020 286

8.12.4 Preço estimado versus preço máximo como critério de aceitabilidade no escopo da Lei 8.666/1993 288

8.12.5 Definição do preço estimado como preço máximo 297

8.12.6 Análise de preços aparentemente inexequíveis 301

8.12.6.1 Pregão, escolha pelo menor preço e exequibilidade 302

8.12.6.2 Necessidade de critérios de aceitabilidade para avaliação da exequibilidade dos preços 306

8.12.6.3 Presunção relativa de inexequibilidade 309

8.12.6.4 Ponderações sobre a desclassificação de propostas com valores inferiores a determinados patamares 311

8.12.6.5 Proposta de critérios para avaliar a demonstração de exequibilidade apresentada pelo licitante 316

8.13 Publicação ou não do orçamento estimado no instrumento convocatório 324

8.13.1 O que consta da legislação 325

8.13.1.1 Lei 8.666/1993 325

8.13.1.2 Lei 10.520/2002 326

8.13.1.3 Decreto 7.892/2013 327

8.13.1.4 Decreto 10.024/2019 328

8.13.1.5 Leis 12.462/2011 e 13.303/2016 331

8.13.2. Principais linhas de entendimento do TCU identificadas 332
8.13.2.1 Divulgação obrigatória do orçamento estimado nas licitações regidas pela Lei 8.666/1993 333
8.13.2.2 Divulgação obrigatória do orçamento estimado no edital de pregão, em linha com a Lei 8.666/1993 335
8.13.2.3 Divulgação do orçamento estimado de forma facultativa nas licitações regidas pela Lei 10.520/2002 e, se não for divulgado no edital, permissão de obtenção pelos interessados 353
8.13.2.4 Divulgação do orçamento estimado de forma facultativa nas licitações regidas pela Lei 10.520/2002, mas obrigatória se o preço de referência for usado como critério de aceitabilidade de preços 357
8.13.2.5 Possibilidade do sigilo do orçamento estimado nas licitações regidas pela Lei 10.520/2002 até o encerramento da fase de lances 359
8.13.2.6 Publicação opcional do orçamento nas licitações regidas pela Lei 10.520/2002, mesmo que seja usado como critério de aceitabilidade de preços 368
8.13.3 Possibilidade de sigilo do orçamento estimado nas licitações regidas pela Lei 14.133/2021 371
8.13.4 Conclusões a respeito da publicação do orçamento estimado 378

8.14 Elaboração de orçamento estimado para contratações diretas 382

8.15 Documentação do procedimento de elaboração do orçamento estimado 388
8.15.1 Importância da documentação da elaboração do orçamento estimado 389
8.15.2 Documentação das motivações das atividades executadas 391
8.15.3 Julgados do TCU sobre a documentação da elaboração do orçamento estimado 392
8.15.4 Reutilização de conhecimentos e informações sobre elaboração de orçamentos estimados 393
8.15.5 Conteúdo da memória da elaboração do orçamento estimado 395

9 PROPOSTA DE PROCEDIMENTO FORMAL PARA ELABORAR O ORÇAMENTO ESTIMADO DE UMA CONTRATAÇÃO 398

10 CONSIDERAÇÕES FINAIS 404

LISTAS 414

Lista de siglas 415

Lista de figuras 418

Referências 419

APÊNDICES 424

Apêndice I - Histórico de revisões do documento 425

Apêndice II - Atividades relacionadas com a elaboração do orçamento estimado 426

Apêndice III - Possíveis fatores que afetam o orçamento estimado, os preços ofertados ou os preços finais do certame 433

Apêndice IV - Visão sistêmica das contratações públicas federais 443

Apêndice V - Proposta de forma de documentação da definição das quantidades a contratar 453

NOTAS DE FIM 457

1 OBJETIVOS

Foram estabelecidos os seguintes objetivos na elaboração da presente nota técnica (NT):

1) compilar informações, de forma estruturada, sobre o procedimento de elaborar o orçamento estimado em contratações públicas federais de bens e serviços de tecnologia da informação (TI), incluindo legislação, jurisprudência do Tribunal de Contas da União (TCU), doutrina e boas práticas;
2) formular entendimentos da Unidade de Auditoria Especializada em Tecnologia da Informação (AudTI) sobre esse procedimento, com base na interpretação sistemática das informações compiladas, para que esses entendimentos auxiliem os auditores da secretaria e de outras unidades do TCU na execução de ações de controle externo sobre as contratações citadas;
3) divulgar as informações compiladas e os entendimentos formulados para a Administração Pública Federal (APF), em especial para os agentes públicos responsáveis pela elaboração de orçamentos estimados em contratações de TI, para as unidades que fazem parte da cadeia de processos de trabalho das contratações dentro das organizações públicas, que incluem áreas de TI, áreas administrativas e assessorias jurídicas, bem como outras partes interessadas, como alta administração das organizações públicas, unidades de controle interno, órgãos de controle externo e órgãos governantes superiores (OGS)[1].

2 MOTIVAÇÃO

O procedimento de elaborar o orçamento estimado faz parte do planejamento das contratações públicas de bens e serviços de TI e da gestão dos contratos decorrentes. Com isso, podem-se definir as quantidades a contratar e calcular os preços de referência, de modo que outras atividades da cadeia de processos de trabalho das contratações possam utilizar o orçamento estimado como insumo. Como exemplos de atividades que utilizam o orçamento estimado, podem ser citadas a alocação de orçamento para a contratação, no planejamento da contratação, e a avaliação da aceitabilidade de preços no processo de seleção do fornecedor (*vide* Apêndice II, seção "Atividades que são afetadas pelo orçamento estimado").

2. Apesar de haver a positivação do procedimento para a elaboração das estimativas de preços na Lei 14.133/2021, art. 23, e em normas infralegais sobre o tema, como as Instruções Normativas (IN) 73/2020 e 65/2021 da Secretaria de Gestão do Ministério da Economia (Seges/ME), e ser muito executado por agentes públicos, esse procedimento ainda está pouco amadurecido na APF, com relação às contratações de TI, como se verifica em diversos julgados do TCU. Adicionalmente, existem diversas questões em aberto, como a publicação ou não do orçamento estimado no edital de licitação.

3. A presente NT pode servir de insumo para as análises relativas ao orçamento estimado em fiscalizações que envolvam contratações de TI e para as instruções de processos que tratem desse tema. Adicionalmente, pode servir de subsídio para que os agentes públicos responsáveis pelas contratações de bens e serviços de TI aperfeiçoem o procedimento de elaborar o orçamento estimado nessas contratações, o que, por sua vez, pode levar à mitigação de riscos que podem ter como consequências irregularidades graves, como o sobrepreço e o superfaturamento[2]. A presente NT também pode auxiliar os agentes públicos a tratar da questão da análise de exequibilidade das propostas.

3 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

4. Nesta NT, são apresentados aspectos e atividades relativos à elaboração de orçamentos estimados nas contratações de bens e serviços de TI pela APF, especificamente no âmbito da elaboração do Plano de Contratações Anual (PCA), da elaboração do estudo técnico preliminar (ETP), da concepção do termo de referência (TR) ou do projeto básico (PB) e na gestão contratual. Ressalte-se que a Lei 8.666/1993 apresenta a expressão "estudos técnicos preliminares" (art. 6º, inciso IX) e que a Lei 14.133/2021 passou a adotar a denominação "estudo técnico preliminar" (art. 6º, inciso XX), utilizada nesta NT.

5. Na análise do procedimento de elaborar o orçamento estimado feita ao longo desta NT, partiu-se do pressuposto de que as outras etapas da cadeia de processos de trabalho das contratações de bens e serviços de TI foram executadas da forma adequada, de modo que se assume que elementos como a necessidade da contratação, os resultados esperados e os requisitos da solução a contratar foram devidamente elaborados.

6. Embora esta NT trate da elaboração de orçamento estimado em contratação de bens e serviços de TI, grande parte dos aspectos analisados poderão ser aplicados às contratações de bens e serviços em geral, o que pode ampliar o seu escopo de utilização.

7. A presente NT foi elaborada antes da publicação da Lei 14.133/2021 e, depois, foi ajustada para incluir elementos dessa nova lei. Assim, nos diversos aspectos abordados, são apresentados dispositivos dos dois ordenamentos jurídicos. As considerações a respeito da Lei 14.133/2021 são preliminares, pois: 1) o entendimento aprofundado de seus diversos dispositivos deverá se desenvolver ao longo de vários anos, como ocorreu com a Lei 8.666/1993 e com normas congêneres, como a Lei 10.520/2002; e 2) há dispositivos na lei citada que não estavam regulamentados na época da elaboração desta NT.

8. Adicionalmente, esta NT também foi ajustada para considerar a IN - Seges/ME 65/2021, que foi elaborada para ser utilizada no escopo da Lei 14.133/2021, embora a IN - Seges/ME 73/2020 continue em vigor para as contratações regidas pela Lei 8.666/1993, pelo menos, até o término da vigência dessa lei. Lembrando que os contratos celebrados sob a égide da Lei 8.666/1993 deverão vigorar por algum tempo após o término da vigência dessa lei.

9. A jurisprudência citada ao longo desta NT refere-se, predominantemente, à Lei 8.666/1993, pois a Lei 14.133/2021 foi publicada durante a elaboração do presente texto. Adicionalmente, a NT não abrange a Lei 13.303/2016 (Lei das Estatais), embora alguns de seus dispositivos sejam citados ao longo do texto. Vale salientar que as empresas estatais federais devem estabelecer processo formal para contratação e gestão de soluções de tecnologia da informação e comunicações (TIC), aderente, no que couber, às definições da IN - SGD/ME 1/2019 ou de normativos que vierem a sucedê-la, de acordo com a Resolução - CGPAR/ME 41/2022, art. 2º, inciso XII.

10. Nesta NT, também não é considerada a legislação relativa à contratação de obras e de serviços de engenharia, incluindo dispositivos da Lei 8.666/1993 e da 14.133/2021, embora, quando pertinente aos aspectos tratados, sejam feitas referências a acórdãos relativos a esses tipos de objetos.

11. Por fim, para facilitar a leitura, no lugar de fazer-se referência a órgãos e entidades públicas federais, somente são feitas referências a "organizações públicas" ou somente "organizações" ao longo do texto.

4
IMPORTÂNCIA DO ORÇAMENTO ESTIMADO

12. Infere-se das Leis 8.666/1993 e 14.133/2021 que o orçamento estimado é composto pelos itens a seguir:

1) definição das quantidades de todos os itens da solução a contratar;
2) preços unitários estimados de todos os itens da solução a contratar;
3) preços estimados de todos os itens da solução a contratar, de modo que o preço estimado de cada item seja calculado como o resultado da multiplicação do preço unitário estimado do item pela sua respectiva quantidade; e
4) o preço ou valor global da contratação, que é o somatório dos preços estimados de todos os itens da solução a contratar.

13. Entretanto, normalmente, há grande assimetria de informações entre a organização pública que promove a contratação de uma solução de TI e as empresas fornecedoras, de modo que as empresas detêm mais informações sobre esse tipo de transação do que as organizações públicas, incluindo as quantidades necessárias e os preços praticados no mercado[3].

14. Assim, a organização pública deve buscar conhecimentos e técnicas que levem à diminuição dessa assimetria ao longo das diversas atividades envolvidas na elaboração do orçamento estimado, sintetizadas na **Figura 4**.

15. Adicionalmente, orçamentos mal estimados podem levar à violação de diversos princípios administrativos, como é exposto a seguir.

16. O orçamento estimado serve, precipuamente, para criar referenciais acerca dos preços praticados no mercado para o tipo de solução estabelecida no planejamento da contratação, de modo que a organização pública possa executar diversas atividades da contratação de bens e serviços de TI que dependem desse orçamento estimado. No Apêndice II, é apresentada uma lista não exaustiva dessas atividades. No mesmo apêndice, também consta um conjunto de atividades que afetam o orça-

mento estimado. Adicionalmente, no Apêndice III, é exposto um conjunto de possíveis fatores que afetam a elaboração do orçamento estimado e os preços finais de uma contratação. Portanto, o procedimento de elaborar o orçamento estimado afeta e é afetado por diversos elementos.

17. Como exemplo de atividade afetada pelo orçamento estimado, pode-se citar a etapa de adequação orçamentária[4], na qual a organização pública corre o risco de alocar recursos orçamentários muito acima dos valores praticados no mercado se as estimativas dos preços forem superestimadas. Após a contratação, se o preço final for muito abaixo da estimativa, haverá um excedente de recursos orçamentários. Se a organização não puder fazer o remanejamento do valor excedente para outros fins a tempo, poderá deixar de efetuar outras contratações relevantes, levando ao descumprimento do princípio da eficiência[5], pois não terá havido o uso otimizado dos recursos orçamentários. Por exemplo, se a sobra de orçamento ocorrer em momento muito próximo ao fim do exercício financeiro, poderá não haver tempo hábil para aproveitá-la em outra contratação.

18. Adicionalmente, se os preços não forem estimados adequadamente, de acordo com as quantidades definidas (elas podem levar a efeito de economia de escala) e os aspectos logísticos (*e.g.* locais de entrega, impostos incidentes em locais diferentes, valores de fretes), a análise de aceitabilidade de preços e a fase de negociação ficarão fragilizadas, de modo a expor a organização pública ao risco de aceitar sobrepreço, o que pode resultar em superfaturamento na execução do contrato. Esse tipo de superfaturamento pode ocorrer de forma imediata, como, por exemplo, nos casos de recebimento de bens (*e.g.* após o recebimento definitivo de microcomputadores). Entretanto, pode ocorrer após a celebração de aditivos para aumento do valor contratual em razão de acréscimos de quantitativos[6], se, na proposta do contratado, houver o chamado "jogo de planilha" (*vide* parágrafo 402), causando prejuízos ao erário e à violação do princípio da economicidade[7], podendo levar à responsabilização dos agentes públicos envolvidos.

19. De acordo com a Lei 14.133/2021, art. 11, inciso III, um dos objetivos do processo licitatório é, justamente, evitar contratações com sobrepreço ou com preços manifestamente inexequíveis e superfaturamento na execução dos contratos. Na Lei 13.303/2016, art. 31, *caput*, encontra-se dispositivo similar.

20. A estimativa de preço somente tem legitimidade para ser usada como base dos critérios de aceitabilidade de preços unitários e global se houver evidências de que a pesquisa de preços foi feita de acordo com a melhor técnica possível para cada caso. No voto do relator do Acórdão 2.637/2015-TCU-Plenário, Ministro Bruno Dantas, é feita ponderação nesse sentido:

> 19. Então, como tenho asseverado em outras ocasiões (p.ex., TC's 019.804/2014-8 e 011.172/2015-0), o argumento de que o valor do melhor lance estaria abaixo do orçamento estimativo e que, portanto, estaria atendido o princípio da seleção da proposta mais vantajosa para a Administração somente merece guarida quando evidenciado que a pesquisa de preços da licitação foi feita de acordo com a melhor técnica possível para cada caso, a exemplo dos parâmetros definidos na IN-SLTI/MPOG 5/2014, o que não restou demonstrado neste processo.

21. Também sobre a qualidade do orçamento estimado, que passa pela capacidade de retratar os valores praticados no mercado, no relatório do Acórdão 933/2011-TCU-Plenário, da relatoria do Ministro-Substituto André de Carvalho, é exposto trecho do relatório da unidade técnica (4ª Secob), que traz ponderações sobre a alegação da unidade jurisdicionada, a respeito da vantagem econômica da contratação, pelo fato de o preço final ser menor do que o orçamento base da licitação. De acordo com o relator, essa vantagem somente existe se o orçamento, de fato, representar o preço do objeto no mercado, levando em conta aspectos como economia de escala, competitividade, parcelamento do objeto e uso de preços referenciais adequados:

> II.3.1.3 A vantagem econômica proporcionada pelo Pregão 4/2011:
>
> 79. No que tange à alegação da existência de vantagem econômica concreta proporcionada pelo Pregão 4/2011, em virtude da redução do preço unitário da tonelada de R$ 3.300,00 para R$ 2.957,00, acarretando a redução de 10,40% do orçamento base da licitação, equivalente a R$ 83.896.771,00, verifica-se que a mera existência de desconto com base no valor licitado não garante vantagem para a administração pública.
>
> 80. Tal desconto só se traduz em vantagem se o orçamento base de fato representar o preço do objeto no mercado, de acordo com as condições específicas da licitação, a exemplo da consideração da economia de escala na formação do preço de referência.
>
> 81. Caso não haja competitividade e o preço licitado não seja compatível com a realidade do mercado, inclusive quanto à magnitude do objeto, não há garantias de que a proposta vencedora será a mais vantajosa para a administração, uma vez que as empresas podem não repassar os ganhos das negociações comerciais (a exemplo da economia de escala) para as suas cotações de preços.
>
> 82. Ademais, no caso concreto do Pregão 4/2011 da [*omissis*], ainda que a vencedora tenha maior 'poder de barganha' para negociar com os fornecedores internacionais de trilhos, em virtude da contratação em lote único de 244.597 t, a restrição do caráter competitivo do certame e a adoção de preços referenciais impróprios, sem considerar a economia de escala, acarretam grande risco de má contratação e prejuízos ao erário, principalmente pela possibilidade de aumento da margem de lucro das empresas, em vez de redução dos preços ofertados. Isso poderia ser evitado com parcelamento de objeto e ampla concorrência. (grifou-se)

22. Se as estimativas de preço foram mal elaboradas, deixando de considerar, adequadamente, as quantidades definidas e os aspectos logísticos, ocorre a violação do princípio do julgamento objetivo[8], pois, nesse caso, os agentes públicos não contam com um referencial adequado para avaliar se a proposta vencedora é, de fato, a mais vantajosa para a Administração e, dessa forma, pode ser violado também o princípio da seleção da proposta mais vantajosa para a Administração[9].

23. Complementarmente, não se pode perder de vista o princípio da legalidade[10]. Os princípios citados (eficiência, economicidade, julgamento ob-

jetivo e seleção da proposta mais vantajosa) e os dispositivos relativos ao procedimento de elaborar o orçamento estimado constam da legislação que rege as contratações públicas de TI (*vide* item "5. Contextualização dos orçamentos estimados nas contratações públicas"). Dessa forma, o desrespeito a esses princípios e dispositivos implica a violação do princípio da legalidade.

24. Além dos riscos citados (alocação orçamentária excessiva, sobrepreço e superfaturamento), a organização pública corre o risco de ter uma ilusão de economia ao final do processo licitatório, em razão do orçamento estimado com valores inadequados. Com frequência, gestores públicos publicam notícias de que economizaram certos montantes ou percentuais em contratações[11]. Normalmente, não há certeza de que houve economia, ao comparar-se o preço final, que é um dado objetivo, com o preço estimado, que, em geral, é um dado com baixo grau de exatidão, pois não é incomum o processo de elaborar o orçamento estimado ser malconduzido, como indicam julgados do TCU sobre o tema, citados ao longo desta NT.

25. Adicionalmente, com frequência, não há evidências de que a definição das quantidades tenha sido bem embasada, o que pode levar a desperdícios se essas quantidades forem superestimadas.

26. Apesar de as estimativas de preços, que fazem parte do orçamento estimado da contratação, afetarem diversas atividades no processo de contratação e envolver diversos riscos, há registros de gestores que consideram essas estimativas como de menor importância, conforme aponta Franklin Brasil (BRASIL, 2015, p. 4):

> Em 2013, o [*omissis*] queria comprar R$ 85 milhões em medicamentos para o tratamento de câncer. Mas auditores do Tribunal de Contas suspeitaram dos preços estimados e pesquisaram os registros do Comprasnet.
>
> Os resultados assustaram: produto estimado em R$ 3.390,00 tinha registro de R$ 34,80: diferença de 10.000%. De modo generalizado, os preços estimados pelo [*omissis*] estavam muito acima dos preços praticados por outros órgãos da Administração Pública.

> Redefinidos os referenciais, a estimativa de R$ 85 milhões caiu para R$ 12 milhões.
>
> O mais impressionante, porém, nem foi essa variação estratosférica. Foi a opinião do [*omissis*]. Em nota, a [*omissis*] informou que "a estimativa de preço é apenas estimativa. O que realmente vale é o valor final da licitação (menor preço)" (http:/g1.globo.com).

27. Na mesma linha, no relatório do Acórdão 4.695/2012-TCU-Segunda Câmara, da relatoria do Ministro Aroldo Cedraz, que contém excerto da instrução da unidade técnica (Sefti), a entidade jurisdicionada tentou argumentar na direção de que a competição corrige uma estimativa de preço ruim:

> 24. Adicionalmente, o Banco argumentou que, caso tivesse havido alguma distorção na estimativa do Banco, a própria realização da licitação corrigiria eventual discrepância do preço estimado, uma vez que a disputa entre os concorrentes permitiria ajustes nos valores a serem contratados.

28. Vale frisar que, em uma contratação pública, o preço vencedor não é um resultado absoluto, que deve ser aceito sem avaliação da organização pública. A organização pode, por exemplo, concluir que o preço vencedor de um certame está acima dos preços normalmente praticados no mercado e, desse modo, negociar para abaixá-lo. Caso a negociação não chegue a preço aceitável, pode chamar o próximo colocado para negociar e, assim, sucessivamente. Se nenhum licitante propuser preço aceitável, pode promover nova licitação para buscar um preço considerado razoável, eventualmente, alterando elementos, como os requisitos para aumentar a competitividade. Essa questão é exposta no relatório do Acórdão 2.569/2018-TCU-Plenário, da relatoria do Ministro Aroldo Cedraz, que contém excerto do relatório da unidade técnica (Sefti):

> 113. Ressalte-se que somente a competição pode não ser suficiente para se chegar a preço praticado pelo mercado, pois ela pode ser aparente (*e.g.* devido a ação de algum tipo de cartel). Sem a avaliação adequada dos preços finais da licitação (*e.g.* último lance de um pregão), a organização pública pode efetuar contratações com sobrepreço e superfaturamento, comprometendo a economicidade (Constituição Federal, art. 70, *caput*) e a seleção da proposta mais vantajosa (Lei 8.666/1993, art. 3º, *caput*).

> 114. Ao detectar que os preços ofertados são inaceitavelmente altos, a organização pública pode negociar com o vencedor da licitação para abaixar esse valor para um patamar aceitável, isto é, de acordo com os critérios de aceitabilidade dos preços. Se a estimativa dos preços não for bem elaborada, como consequência, a organização pública não tem elementos para avaliar os preços ofertados e também não tem elementos suficientes para negociar o preço com o revendedor/fabricante (*e.g.* contratos de outras organizações públicas com preços mais baixos).

29. Destaca-se que a produção de orçamentos mal elaborados é recorrente em processos de contratações de TI (*vide* parágrafo 192 desta NT). Por exemplo, no voto condutor do Acórdão 915/2020-TCU-Plenário, da relatoria do Ministro-Substituto André de Carvalho, que tratou de acompanhamento das aquisições de bens e serviços na área de TI promovidas por órgãos e entidades da APF, foi consignado que quantitativos excessivos, pesquisa de preços limitada a fornecedores e ausência da planilha de formação de preços estão entre as principais irregularidades identificadas, todas ligadas à elaboração do orçamento estimado:

> 10. A Sefti destacou, por outro lado, que as principais irregularidades identificadas ao longo do acompanhamento compreenderiam o risco de ocorrência das seguintes falhas: superfaturamento; restrição à competitividade; excessivos quantitativos; pesquisa de preços limitada a fornecedores; e ausência da planilha de formação de preços. (grifou-se)

30. Como foi mostrado nos parágrafos anteriores e é exposto ao longo da presente NT, a elaboração do orçamento estimado da contratação é um procedimento crítico para os processos de contratações, pois apresenta diversas facetas e nuances, bem como envolve riscos para a organização pública contratante, os agentes públicos envolvidos e os licitantes que participem da contratação. Quando se materializam, esses riscos podem levar a prejuízo ao erário e à responsabilização dos atores envolvidos.

5
CONTEXTUALIZAÇÃO DOS ORÇAMENTOS ESTIMADOS NAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

31. Quando se trata do assunto "orçamento estimado" de uma contratação, normalmente, lembra-se do procedimento realizado durante a elaboração do TR. Na verdade, elaboram-se orçamentos estimados em outros momentos, inclusive, antes mesmo de a contratação ser iniciada.

32. A **Figura 1** apresenta o núcleo de um modelo que vem sendo elaborado desde o início dos anos 2000, no TCU, pelo autor desta NT[12], que apresenta o fluxo básico das contratações públicas[13]. Na primeira linha, constam processos de trabalho relativos ao conjunto de contratações que a organização pública conduzirá no exercício seguinte, incluindo a elaboração do PCA e do orçamento da organização pública. Na segunda linha, constam os processos relativos ao planejamento e à execução de cada contratação. Na última linha, estão os processos de trabalho relativos à gestão dos contratos decorrentes de cada contratação. Na **Figura 1**, são destacados os principais momentos em que são feitos os orçamentos estimados ou são tratados aspectos relativos a orçamentos:

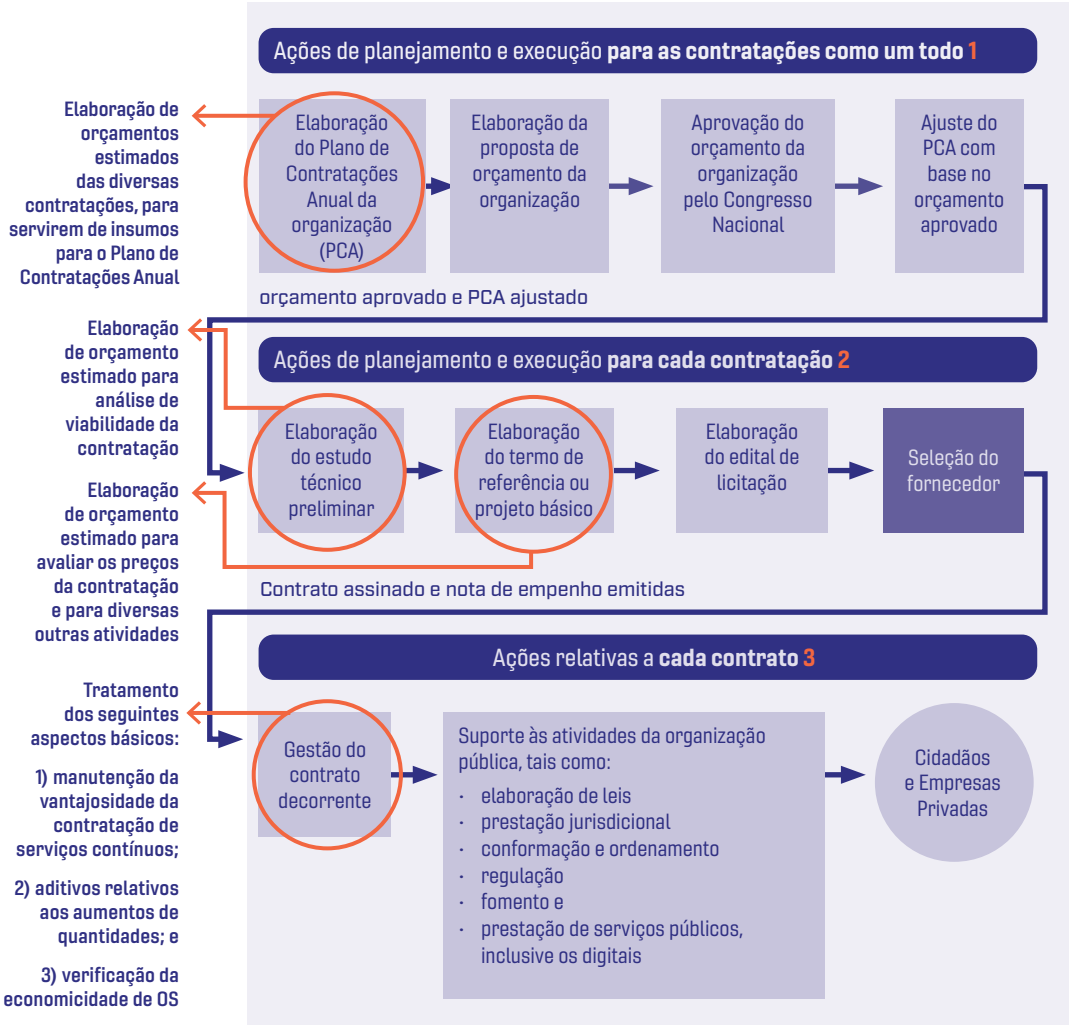
    1) na elaboração do PCA;
    2) na análise de viabilidade de cada contratação, no âmbito do ETP;
    3) no escopo do TR ou do PB;
    4) na gestão de cada contrato, em que são tratados aspectos como:
        a. manutenção da vantajosidade da contratação de serviços contínuos;
        b. aditivos relativos ao aumento de quantidades; e
        c. verificação da economicidade de ordens de serviço (OS).

33. Com relação à expressão "prorrogação-renovação", Marçal Justen Filho assinala que a palavra "prorrogação" tem dois sentidos no âmbito da Lei 8.666/1993 (JUSTEN FILHO, 2017). O primeiro é o de "prorrogação-renovação", de modo a instaurar nova relação jurídica, envolvendo os mesmos sujeitos e com o objeto jurídico similar, depois de exaurido o prazo determinado da relação original, como consta do art. 57, inciso II, da lei citada. O segundo sentido é o de "prorrogação-ampliação do prazo", que trata de ato jurídico por meio do qual o termo final de uma relação jurídica é transferido para o futuro. As condições previstas para o vínculo original são mantidas com eventuais alterações e adap-

tações. É nesse sentido que o art. 57, inciso I, da Lei 8.666/1993 utiliza a expressão, tal como se passa no caso do § 1º do mesmo artigo. Essa distinção também se aplica à Lei 14.133/2021, na qual constam dispositivos relativos à "prorrogação-renovação" (*e.g.* art. 98, parágrafo único, e art. 107) e dispositivos atinentes à "prorrogação-ampliação do prazo" (*e.g.* art. 6º, inciso XVII, e art. 111).

Figura 1

Fluxo básico das contratações públicas



Fonte: elaboração própria.

34. Uma síntese do modelo completo consta do Apêndice IV desta NT.

35. A seguir, são feitas considerações a respeito da elaboração do orçamento estimado efetuada nos momentos destacados na Figura 1.

5.1 Elaboração de orçamentos estimados para o PCA

36. Nessa etapa, é necessário elaborar os orçamentos estimados preliminares de cada solução a contratar no exercício seguinte, inclusive as de TI, de modo que componham a proposta de orçamento daquele exercício (grupo de processos de trabalho **1** da **Figura 1**). Como consequência, é necessário definir as respectivas quantidades preliminares e elaborar as estimativas de preços unitários, pois, com esses elementos, pode-se calcular o valor de cada item e, por consequência, o valor total de cada solução de TI. Esse plano foi chamado por algum tempo de "Plano Anual de Contratações" (PAC), como, por exemplo, na IN - Seges/ME 1/2019. A Lei 14.133/2021 passou a denominá-lo de "Plano de Contratações Anual" (PCA), que será a denominação utilizada ao longo desta NT.

37. Vale realçar que elaborar os orçamentos estimados no escopo do PCA é mais simples para soluções de TI acerca das quais a organização pública já tenha domínio, isto é, conheça o respectivo mercado, os requisitos necessários e os preços praticados. Parte considerável das contratações realizadas em determinado exercício, em cada organização pública, constitui-se de repetição de contratações anteriores, como contratação de microcomputadores e prorrogações-renovações de contratos em curso, como contrato de serviços agregados para um *software* de banco de dados, que, normalmente, inclui suporte técnico e atualização de versões. Nesse último caso (prorrogações-renovações de serviços agregados para *software*), é de esperar-se que o nível de exatidão da estimativa seja alto, pois utiliza-se o valor do exercício anterior, atualizando-o de alguma forma, como com a aplicação do Índice de Custos de Tecnologia da Informação (ICTI), de acordo com a IN - SGD/ME 1/2019, art. 24, no caso de haver previsão de reajuste de preços por aplicação de índice de correção monetária.

38. Para as soluções que a equipe da organização ainda não conheça bem, as estimativas de quantidade e de preço tendem a apresentar maior grau de incerteza, que somente será diminuído com o planejamento da contratação da solução de TI, isto é, durante a elaboração do ETP e, posteriormente, do TR ou do PB. Diversos aspectos de uma contratação levantados na elaboração do PCA podem ser significativamente alterados na etapa de elaboração do ETP, como a natureza da solução, os seus requisitos e as suas quantidades. Pode-se até chegar à conclusão de que a contratação não é viável e que, por isso, não se deva prosseguir (*e.g.* no caso de o mercado ainda oferecer soluções muito incipientes ou se relação custo-benefício não for considerada adequada). Ainda que a exatidão das estimativas das quantidades e dos preços seja limitada, é importante que haja alguma estimativa do orçamento previsto para a contratação, de modo que o orçamento aprovado para a organização pública pelo Congresso Nacional possa incluir recursos para a solução.

39. Adicionalmente, como o orçamento estimado no PCA é preliminar, não se espera o detalhamento em planilhas que expressem a composição de todos os seus custos unitários no caso da contratação de serviços, também chamado de "Planilha de Custos e Formação de Preços" (PCFP), mas, sim, o orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários, isto é, basicamente os itens de cada solução, as respectivas quantidades, os preços unitários, os preços dos itens (quantidade X preço unitário) e o valor global, que é a soma dos preços dos itens (*vide* item 8.2).

40. A flexibilização do nível de detalhamento das estimativas feitas no escopo do PCA foi objeto de recomendação do TCU à Seges/ME no Acórdão 1.637/2021-TCU-Plenário, da relatoria do Ministro-Substituto Augusto Sherman, item 9.1.2.1, e foi incorporada ao Decreto 10.947/2022, art. 8º, parágrafo único:

> Art. 8º Para elaboração do plano de contratações anual, o requisitante preencherá o documento de formalização de demanda no PGC com as seguintes informações:
>
> [...]
>
> III - quantidade a ser contratada, quando couber, considerada a expectativa de consumo anual;
>
> IV - estimativa preliminar do valor da contratação, por meio de procedimento simplificado, de acordo com as orientações da Secretaria de Gestão da Secretaria Especial de Desburocratização, Gestão e Governo Digital do Ministério da Economia;
>
> [...]
>
> Parágrafo único. Para cumprimento do disposto no *caput*, os órgãos e as entidades observarão, no mínimo, o nível referente à classe dos materiais ou ao grupo dos serviços e das obras dos Sistemas de Catalogação de Material, de Serviços ou de Obras do Governo federal.

41. Assim, depreende-se do dispositivo transcrito que, no âmbito do PCA, os gestores públicos poderão detalhar o orçamento em diferentes níveis de abstração, podendo ocorrer:

1) de forma mais detalhada, informando a quantidade a ser contratada e a estimativa preliminar do valor da contratação;
2) por meio de procedimento simplificado, informando a estimativa preliminar do valor da contratação; ou
3) mediante a informação do valor estimado de uma classe de materiais ou serviços (*e.g.* material de escritório).

42. A necessidade de instrumento como o PCA, restrito às contratações de TI, consta do "Guia de boas práticas em contratação de soluções de tecnologia da informação: riscos e controles para o planejamento da contratação, v 1.0" (BRASIL, TCU, 2012b, p. 28-33), doravante referenciado como "guia de contratação de TI do TCU", e foi baseada na experiência da unidade de TI do TCU a partir do início dos anos 2000. No referido guia, é feita referência ao "planejamento conjunto das contratações de soluções de TI". O PCA também foi tratado no Acórdão 2.622/2015, que trata de governança e gestão das aquisições na administração pública federal[14], da relatoria do Ministro Augusto Nardes, item 9.2.1.12.

43. Vale ressaltar que o Plano de Contratações de Soluções de Tecnologia da Informação e Comunicações (PCTIC) para determinado exercício, que serve de insumo para a elaboração do PCA[15] da organização pública, foi objeto da Portaria - STI/MP 40/2016. Conforme consta do art. 4º da referida norma, para cada lote, a organização pública deverá estimar o seu preço, de forma a realizar a projeção dos gastos anuais para o exercício fiscal de referência.

44. Posteriormente, o PCA foi disciplinado pela IN - Seges/ME 1/2018, que dispunha sobre o Plano Anual de Contratações de bens, serviços, obras e soluções de tecnologia da informação e comunicações, norma que foi revogada pela IN - Seges/ME 1/2019, que, em essência, apresentava o mesmo teor de sua antecessora e foi revogada pela IN - Seges/ME 20/2022, art. 1º, inciso I.

45. O Decreto 10.947/2022 regulamentou o PCA em linha com a Lei 14.133/2021. O referido Decreto também instituiu o Sistema de Planejamento e Gerenciamento de Contratações (PGC) no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional. O PGC já havia sido referenciado na IN - Seges/ME 1/2019 e é a ferramenta informatizada integrante da plataforma do Sistema Integrado de Administração de Serviços Gerais (Siasg), disponibilizada pelo Ministério da Economia para a elaboração e o acompanhamento do PCA (Decreto 10.947/2022, art. 2º, inciso VII).

46. Adicionalmente, a IN - Seges/ME 73/2022, que dispõe sobre a licitação pelo critério de julgamento por menor preço ou maior desconto, na forma eletrônica, para a contratação de bens, serviços e obras, no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional, à luz da Lei 14.133/2021, no seu art. 11, *caput*, estabeleceu a compatibilização entre a fase preparatória da licitação e o PCA.

47. A obrigatoriedade de elaboração do PCA também consta da Portaria - Seges/ME 8.678/2021, que dispõe sobre a governança das contratações públicas no âmbito da APF, no art. 10. No dispositivo citado, é expresso que o PCA, elaborado a partir das diretrizes do Plano Diretor de Logística Sustentável (PLS), deverá estar alinhado ao Plano Estratégico Institucional (PEI) e subsidiará a elaboração da proposta orçamentária.

48. É importante que o PCA também registre o relacionamento entre as contratações, de modo que mudanças nas quantidades de determinada contratação levem a alterações de quantidades em outras contratações, em decorrência das relações de dependência entre elas, que, por sua vez, impliquem mudanças dos seus valores estimados. Por exemplo, mudanças nas quantidades de novos microcomputadores e *notebooks* podem levar a alterações nas quantidades a contratar de determinadas licenças de *software*, como suítes de automação de escritório (*e.g.* MS-Office), bem como mudanças nas quantidades de equipamentos que sirvam para conectar os novos microcomputadores e *notebooks* à rede de microcomputadores da organização (*e.g. switches* de borda).

49. A previsão da dependência entre contratações foi inicialmente exposta no guia de contratação de TI do TCU (BRASIL, TCU, 2012b, p. 29-30). Posteriormente, a necessidade de informação sobre a vinculação ou a dependência entre contratações foi positivada em diversos normativos:

1) na IN - Seges/ME 1/2019, que dispõe sobre o PCA, então chamado de PAC, art. 5º, inciso IX, para determinar a sequência em que os respectivos procedimentos licitatórios serão realizados;
2) na IN - Seges/ME 40/2020, art. 7º, incisos V e VIII, referentes aos itens do ETP que tratam das contratações correlatas e/ou interdependentes no âmbito da Lei 8.666/1993;
3) na IN - Seges/ME 58/2022, art. 9º, incisos V e VIII, referentes aos itens do ETP que tratam das contratações correlatas e/ou interdependentes no âmbito da Lei 14.133/2021;

4) na Lei 14.133/2021, art. 18, § 1º, que trata do ETP, inciso IV, estabelece que as estimativas das quantidades devem considerar interdependências com outras contratações, de modo a possibilitar economia de escala; e
5) no Decreto 10.947/2022, art. 8º, inciso VII, que se refere ao preenchimento do "documento de formalização da demanda" (DFD) de determinada contratação no Sistema PGC, de modo que, ao preencher determinado DFD, haja a indicação de vinculação ou dependência com o objeto de outro DFD, com vistas a determinar a sequência em que as contratações serão realizadas.

5.2 Elaboração de orçamentos estimados no planejamento de cada contratação

50. Com o PCA devidamente ajustado para ser compatível com o orçamento aprovado pelo Congresso Nacional para o exercício seguinte[16] (Decreto 10.947/2022, art. 15, inciso II) (*vide* grupo de processos de trabalho marcados como **1** da **Figura 1**), a organização pública pode conduzir cada uma das contratações previstas no referido plano, de acordo com o processo de trabalho que deve ser formalizado pela alta administração da organização[17].

51. As etapas básicas do processo de contratação são expostas no grupo de processos de trabalho **2** da **Figura 1**, disciplinadas na IN - SGD/ME 1/2019 para as contratações de TI[18], com relação às organizações públicas que fazem parte do Sistema de Administração dos Recursos de Tecnologia da Informação (Sisp).

52. Antes de adentrar-se no ETP, a Lei 14.133/2021, em seu art. 18, estipula que a fase preparatória do processo licitatório é caracterizada pelo planejamento, que deve compatibilizar-se com o PCA e que compreende alguns elementos básicos, destacando-se a descrição da necessidade da contratação e o orçamento estimado com as composições dos preços utilizados para sua formação (incisos I e IV respectivamente). A IN - Seges/ME 73/2022, art. 11, *caput*, também estabelece que a fase preparatória do processo licitatório deve compatibilizar-se com o Plano de Contratações Anual (*vide* parágrafo 46).

53. Para planejar a contratação, inicialmente, é necessário elaborar o ETP (planejamento preliminar da contratação), com o objetivo de verificar a viabilidade técnica e econômica, bem como assegurar o adequado tratamento do impacto ambiental da contratação (Lei 8.666/1993, art. 6º, inciso IX; IN - SGD/ME 1/2019, art. 2º, inciso XI; IN - Seges/ME 40/2020, art. 5º, âmbito da Lei 8.666/1993; IN - Seges/ME 58/2022, art. 6º, âmbito da Lei 14.133/2021; e Lei 14.133/2021, art. 18, § 1º).

54. Com relação à análise de viabilidade, vale lembrar que não há como se tratar de viabilidade de uma contratação, sem conhecer o preço estimado para ela, pois, sem essa informação, não há como saber se há recursos disponíveis no orçamento da organização pública. Se não houver recursos, a contratação é inviável.

55. Adicionalmente, um dos itens a considerar na análise de viabilidade da contratação é a sua economicidade, como consta da IN - SGD/ME 1/2019, art. 11, inciso V; e da Lei 14.133/2021, art. 18, § 1º, inciso IX. Somente é possível avaliar a economicidade da contratação se houver o orçamento estimado da solução a contratar, que inclui as quantidades, os preços unitários e o valor total da contratação (*vide* parágrafo 12 desta NT). Na análise de economicidade, deve ser avaliado se o orçamento estimado (elaborado a partir de preços de mercado) é compatível com os resultados esperados com a contratação, inclusive os relativos à economia de recursos financeiros com a implantação da solução.

56. Dessa forma, na análise da economicidade, é feita uma avaliação da relação custo-benefício da solução a contratar, sopesando o gasto necessário para implantá-la com os resultados que se esperam com essa implantação, que devem levar ao atendimento da necessidade de negócio que desencadeou a contratação, que, por sua vez, deve estar atrelado ao interesse público envolvido[19]. Assim, não basta que o valor estimado da contratação esteja de acordo com preços de mercado ou mais baixo do que alguma alternativa analisada no ETP se não houver a expectativa de que a necessidade de negócio que desencadeou a contratação seja atendida. Também não basta que a necessidade seja atendida, se os resul-

tados esperados não forem compatíveis com os valores a desembolsar ao longo do contrato. Em conclusão, é necessário elaborar o orçamento estimado durante a elaboração do ETP para que se possa avaliar, adequadamente, a viabilidade da contratação (Lei 8.666/1993, art. 6º, inciso IX, alínea "f"; IN - Seges/ME 40/2020, art. 7º, incisos V, VI e XIII no âmbito da Lei 8.666/1993; IN - Seges/ME 58/2022, art. 9º, incisos V, VI e XIII no âmbito da Lei 14.133/2021; e Lei 14.133/2021, art. 18, inciso IV, § 1º, incisos IV e VI, art. 23, §§ 1º a 4º, art. 40, inciso I).

57. No caso de a contratação[20] ser considerada viável, elabora-se o TR ou o PB – planejamento definitivo da contratação –, com base no ETP, o qual deve incluir orçamento estimado com base em preços de mercado, conforme diversos normativos, inclusive para as contratações diretas:

1) Lei 8.666/1993, art. 6º, inciso IX, alínea "f", art. 7º, § 2º, inciso II (no caso de serviços), art. 14, art. 15, incisos III e V, art. 26, parágrafo único, inciso III, art. 40, § 2º, inciso II, art. 43, inciso IV;
2) Lei 10.520/2002, art. 3º, inciso III;
3) Decreto 10.024/2019, art. 3º, inciso XI, alínea "a", item 2; art. 8º, incisos III e IV;
4) Decreto 7.892/2013, art. 5º, inciso IV, art. 6º, §§ 2º, 3º, 5º e 6º, art. 7º, *caput*, art. 9º, incisos II, III, V e XI, art. 22, *caput*;
5) IN - SGD/ME 1/2019, art. 12, inciso VIII, art. 20; e
6) Lei 14.133/2021, art. 6º, inciso XXIII, alíneas "a" e "i", art. 18, inciso IV, art. 23, §§ 1º a 4º, art. 40, incisos I e III, art. 72, inciso II.

58. Nessa etapa, deve ser feito novo orçamento estimado, porque elementos, como os requisitos técnicos e as quantidades a contratar, podem ser refinados, e novos itens são elaborados, como o modelo de execução do objeto (forma como o contrato funcionará, incluindo a logística necessária), o modelo de gestão do contrato (que inclui como o contrato será acompanhado e quais sanções poderão ser aplicadas) e os requisitos de habilitação (que incluem os atestados de capacidade técnica). Os elementos refinados e os novos itens podem afetar o

novo orçamento estimado da contratação. Dessa forma, normalmente, é necessário revisar o orçamento estimado elaborado no ETP.

59. O novo orçamento estimado do TR ou do PB é usado em diversos momentos do processo de contratação, como no estabelecimento de critérios de habilitação referentes ao valor do capital mínimo exigido ou do patrimônio líquido, ou ainda da garantia de execução, na adequação orçamentária, na definição e na aplicação dos critérios de aceitabilidade de preços unitários e do preço global e na etapa de negociação (*vide* Apêndice II).

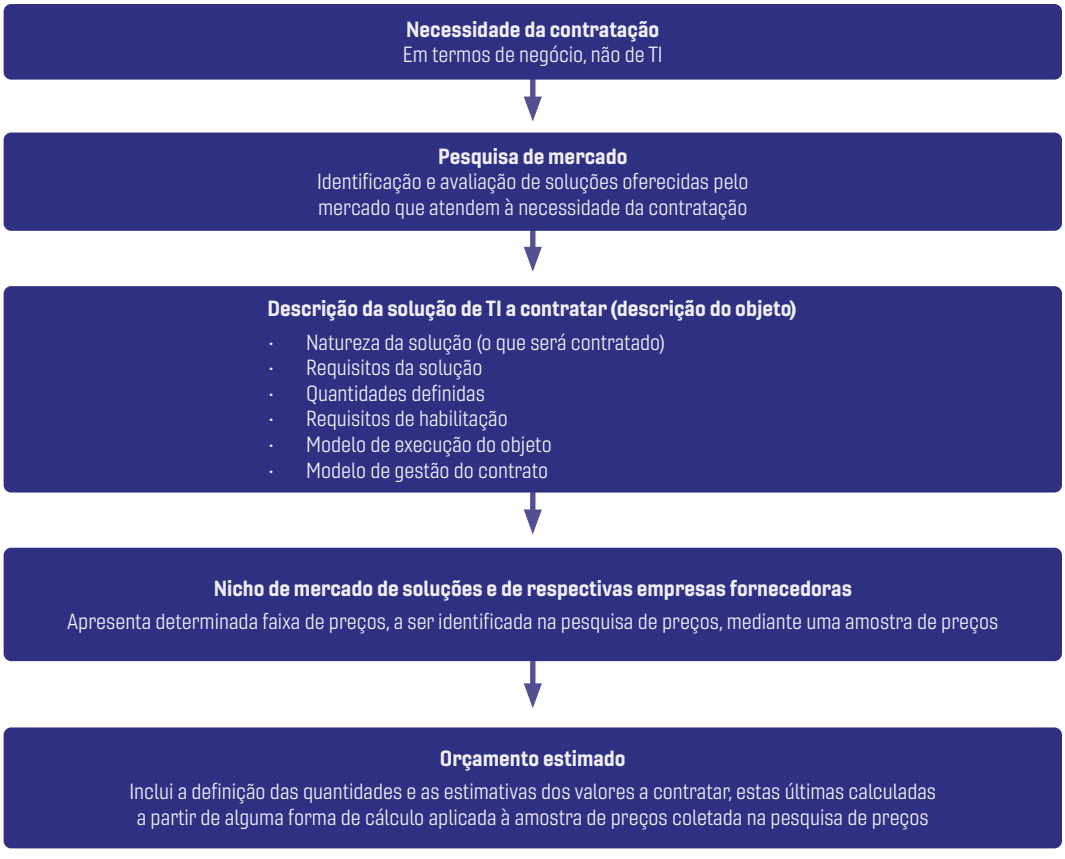
60. A partir do exposto, depreende-se que, como regra, são necessários dois orçamentos estimados no âmbito do planejamento de uma contratação pública de TI, além daquele feito no âmbito do PCA. O primeiro deve ser feito no ETP, para que se possa avaliar a viabilidade da contratação. O segundo é um refinamento do primeiro, deve ser feito durante a elaboração do TR ou do PB e é utilizado em diversas atividades do processo de contratação.

61. Ressalta-se que o orçamento estimado elaborado no TR ou no PB é decorrente da necessidade da contratação formulada no ETP, em termos de negócio, não em termos de TI, de modo que a TI ajude a organização a alcançar seus objetivos e a manter suas operações funcionando. No planejamento da contratação, são prospectados os vários tipos de soluções que podem atender à necessidade da contratação (pesquisa de mercado feita no ETP). Para a solução a contratar do tipo escolhido, são definidos elementos, como a natureza da solução de TI (o que será contratado), os requisitos da solução, os requisitos de habilitação da empresa que entregará a solução e outros elementos relativos à execução contratual (modelo de execução do objeto e modelo de gestão do contrato), de modo que sejam gerados, ao longo do contrato, determinados resultados que atendam à necessidade de negócio que desencadeou a contratação. A geração de resultado da contratação mais vantajoso para a Administração Pública é um dos objetivos da Lei 14.133/2021 (art. 11, inciso I). A solução de TI definida, cuja descrição inclui os elementos citados, delimita um nicho

de mercado de soluções e de respectivas empresas fornecedoras que poderão participar da licitação. Esse nicho de mercado apresenta determinada faixa de preços (*vide* **Figura 8**), a ser identificada na pesquisa de preços, que é uma das atividades da elaboração do orçamento estimado mediante uma amostra de preços. Os preços da amostra são submetida a alguma forma de cálculo, para chegar-se aos valores do orçamento estimado. Desse modo, a necessidade da contratação afeta o orçamento estimado pela organização pública, que inclui os preços estimados, como é ilustrado na **Figura 2**.

Figura 2

Influência da necessidade da contratação sobre o orçamento estimado



Fonte: elaboração própria.

62. De acordo com a Lei 14.133/2021, o Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP) deverá, entre outras funcionalidades, oferecer sistema de gestão compartilhada com a sociedade de informações referentes à execução do contrato, que possibilite, entre outros aspectos, a divulgação, na forma de regulamento, de relatório final, com informações sobre a consecução dos objetivos que tenham justificado a contratação e eventuais condutas a ser adotadas para o aprimoramento das atividades da Administração (art. 174, § 3º, inciso VI, alínea "d"). Ou seja, o relatório final da contratação deve permitir que os resultados obtidos com ela possam ser confrontados com os objetivos que a tenham justificado. Esses objetivos deverão embutir ou expressar a necessidade que desencadeou a contratação e a perspectiva de seu atendimento, que leva à autorização do prosseguimento do processo licitatório e funciona como uma promessa a ser cumprida.

63. Importa observar que, no caso de contratações mais simples (*e.g.* contratação de quantidade pequena de monitores de vídeo ou de *flash drives* USB[21]), a elaboração do orçamento estimado feita no ETP pode confundir-se com o procedimento executado no âmbito do TR ou do PB. Isso ocorre, porque os elementos do ETP para esses objetos mais simples não costumam ser muito refinados no TR ou no PB, e os novos elementos não costumam afetar o preço estimado final (*e.g.* o modelo de execução do objeto, basicamente, restringe-se à entrega e à prestação de garantia do objeto). Ou seja, nos casos de objetos mais simples, o orçamento estimado feito no ETP costuma ser aproveitado sem alteração no TR ou no PB.

64. Vale comentar que o planejamento de uma contratação pública deve ser conduzido de forma diligente e cuidadosa, mediante processo de trabalho formalizado pela alta administração da organização (*vide* parágrafo 50). Do contrário, a organização corre o risco de definir requisitos que levem a solução que não atenda à necessidade da contratação, o que pode ter como consequência o abandono da solução. Também podem ser elaboradas estimativas de preço que não reflitam a faixa de preços praticados no mercado para a solução, o que pode levar a desconformidades, como sobrepreço e superfaturamento.

5.3 Aspectos relativos a orçamentos na gestão contratual

65. No escopo das ações relativas à gestão de cada contrato de serviços, incluídas na terceira linha da **Figura 1,** marcadas com **3**, a seguir, são tecidas considerações a respeito de três aspectos: 1) manutenção da vantajosidade da contratação de serviços contínuos; 2) aditivos relativos ao aumento de quantidades; e 3) verificação da economicidade de OS.

5.3.1 Manutenção da vantajosidade da contratação de serviços contínuos

66. Ao longo da gestão de contratos de serviços contínuos, deve ser observada a obrigatoriedade da manutenção da vantajosidade da contratação. Para assegurar a vantajosidade, pode ser necessário realizar novas pesquisas de preço nas repactuações de valores nos momentos oportunos, que envolvem a análise de variação dos custos dos contratos com o uso de PCFP (*vide* item 8.2).

67. A obrigatoriedade da manutenção da vantajosidade da contratação consta de diversos dispositivos da legislação: Lei 8.666/1993, art. 57, inciso II; IN - SGD/ME 1/2019, art. 41 (remete aos arts. 1º a 18, 33 a 38, e 49 a 68 da IN - Seges/ME 5/2017, que inclui o art. 51); IN - Seges/ME 5/2017, art. 51, Anexo IX, item 3, alínea "d" c/c item 4, item 7, alíneas "a" e "b", e item 9; e Lei 14.133/2021, art. 107.

68. O entendimento da necessidade de nova pesquisa de preços para a demonstração da vantajosidade dos preços dos serviços pactuados à época da prorrogação-renovação consta de diversos acórdãos do TCU, tais como: 1.597/2010, item 9.2.23; 1.445/2015, item 9.3.1; 1.604/2017, item 9.2.2; 120/2018, item 9.2.1; e 1.464/2019, voto do relator, parágrafo 21, e item 9.6.5 do acórdão; todos do Plenário do TCU; e 1.029/2009, item 9.3.1; e 3.351/2011, item 9.10.4; ambos da Segunda Câmara.

69. Entretanto, no Acórdão 1.214/2013-TCU-Plenário, da relatoria do Ministro Aroldo Cedraz, sob a égide da Lei 8.666/1993, foi elaborado entendimento sobre o tema, no sentido de que essa pesquisa é prescindível em determinadas situações. Esse entendimento foi produzido no contexto de representação formulada pela então Secretaria Adjunta de Planejamento e Procedimentos (Adplan), da Secretaria-Geral de Controle Externo (Segecex) deste Tribunal, que foi apresentada com base em trabalho conduzido por um grupo de estudos composto por representantes de diversos órgãos da administração pública. Os parágrafos iniciais do voto condutor do acórdão citado trazem o contexto dessa iniciativa:

> O presente processo teve origem em iniciativa do Ministro Emérito desta Corte, Ubiratan Aguiar, à época do exercício da Presidência, tendo por objetivo fornecer contribuições para o aperfeiçoamento da contratação, gestão e encerramento de contratos de prestação de serviços de natureza contínua no âmbito da Administração Pública Federal.
>
> 2. Observou-se que a administração vem enfrentando diversas dificuldades na execução desse tipo de contrato, que estão levando a interrupções na prestação dos serviços, com prejuízos para a administração e para os trabalhadores, além de gerar potenciais danos financeiros para o erário, em decorrência da responsabilização subsidiária pelas verbas trabalhistas não pagas pelas empresas contratadas, conforme Enunciado de Súmula 331/TST.
>
> 3. Esta representação foi formulada com base em trabalho conduzido por um grupo de estudos composto por representantes de diversos órgãos da Administração Pública. Além do próprio TCU, participaram dos trabalhos servidores da Advocacia-Geral da União, do Ministério Público Federal, dos Ministérios do Planejamento, Orçamento e Gestão, da Fazenda, da Previdência Social e do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo. (grifou-se)

70. Após extensa argumentação, chegou-se ao seguinte entendimento no acórdão citado:

> 9.1.17 a vantajosidade econômica para a prorrogação dos contratos de serviço continuado estará assegurada, **dispensando a realização de pesquisa de mercado**, quando:

> 9.1.17.1 houver previsão contratual de que os reajustes dos itens envolvendo a folha de salários serão efetuados com base em convenção, acordo coletivo de trabalho ou em decorrência da lei;
>
> 9.1.17.2 houver previsão contratual de que os reajustes dos itens envolvendo insumos (exceto quanto a obrigações decorrentes de acordo ou convenção coletiva de trabalho e de Lei) e materiais serão efetuados com base em índices oficiais, previamente definidos no contrato, que guardem a maior correlação possível com o segmento econômico em que estejam inseridos tais insumos ou materiais;
>
> 9.1.17.3 no caso de serviços continuados de limpeza, conservação, higienização e de vigilância, os valores de contratação ao longo do tempo e a cada prorrogação forem inferiores aos limites estabelecidos em ato normativo da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão - SLTI/MP. Se os valores forem superiores aos fixados pela SLTI/MP, caberá negociação objetivando a redução dos preços de modo a viabilizar economicamente as prorrogações de contrato; (grifou-se)

71. Depreende-se do item transcrito e da argumentação trazida no relatório do acórdão em tela que, no contexto das prorrogações-renovações das contratações de serviços contínuos, inclusive os de TI, a manutenção da vantajosidade, chamada de "vantajosidade econômica" no acórdão, está assegurada, dispensando-se a realização de pesquisas de mercado, que, neste caso, refere-se à pesquisa de preços, quando forem previstos no contrato:

1) reajustes para os itens envolvendo a folha de salários, com base em convenção, acordo coletivo de trabalho ou em decorrência da lei; e
2) reajustes para os itens envolvendo insumos (exceto quanto a obrigações decorrentes de acordo ou convenção coletiva de trabalho e de Lei) e materiais com base em índices oficiais que guardem a maior correlação possível com o segmento econômico em que estejam inseridos tais insumos ou materiais.

72. A IN - Seges/ME 5/2017, Anexo IX, item 7, está em linha com o item 9.1.17 do Acórdão 1.214/2013-TCU-Plenário, restringindo as disposições

transcritas para as contratações com mão de obra exclusiva. Embora o acórdão em tela não se tenha restringido a essas contratações, as contratações com mão de obra exclusiva ou com predominância de mão de obra foram a tônica do julgado.

73. Salienta-se que a aplicação do item 9.1.17 do Acórdão 1.214/2013-TCU-Plenário a contratações de serviços continuados sem a alocação exclusiva de mão de obra, no escopo da Lei 8.666/1993, tem sido objeto de discussão, como se observa no PARECER n. 00001/2019/DECOR/CGU/AGU e no texto de Luís Cláudio de Azevedo Chaves (CHAVES, 2021). De fato, a pesquisa de preços consome recursos e tempo consideráveis, de modo que a aplicação de reajustes que reflitam as variações nos custos pode simplificar a gestão de contratos sem a alocação exclusiva de mão de obra.

74. A Lei 14.133/2021, no art. 6º (referente a definições), apresenta os conceitos de "reajustamento em sentido estrito" e "repactuação". Ambos são associados à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro e ao regime de dedicação exclusiva de mão de obra ou predominância de mão de obra, como é exposto a seguir.

75. O "reajustamento em sentido estrito" é definido como a forma de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, que consiste na aplicação de índice de correção monetária previsto no contrato:

> LVIII - reajustamento em sentido estrito: forma de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro de contrato consistente na aplicação do índice de correção monetária previsto no contrato, que deve retratar a variação efetiva do custo de produção, admitida a adoção de índices específicos ou setoriais;

76. Na lei citada, é explicitado que o "reajustamento em sentido estrito" se aplica a serviços contínuos em que não haja regime de dedicação exclusiva de mão de obra ou predominância de mão de obra (art. 25, § 8º, inciso I, e art. 92, § 4º, inciso I):

> Art. 25. O edital deverá conter o objeto da licitação e as regras relativas à convocação, ao julgamento, à habilitação, aos recursos e às penalidades da licitação, à fiscalização e à gestão do contrato, à entrega do objeto e às condições de pagamento.
>
> [...]
>
> § 8º Nas licitações de serviços contínuos, observado o interregno mínimo de 1 (um) ano, o critério de reajustamento será por:
>
> I - reajustamento em sentido estrito, quando não houver regime de dedicação exclusiva de mão de obra ou predominância de mão de obra, mediante previsão de índices específicos ou setoriais;
>
> [...]
>
> Art. 92. São necessárias em todo contrato cláusulas que estabeleçam:
>
> [...]
>
> § 4º Nos contratos de serviços contínuos, observado o interregno mínimo de 1 (um) ano, o critério de reajustamento de preços será por:
> I - reajustamento em sentido estrito, quando não houver regime de dedicação exclusiva de mão de obra ou predominância de mão de obra, mediante previsão de índices específicos ou setoriais; (grifou-se)

77. Se for considerado que a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro com a aplicação de índice de correção monetária que retrate a variação do custo de produção implica a manutenção da vantajosidade da contratação, então a aplicação do "reajustamento em sentido estrito" prescinde de pesquisa de preços a cada prorrogação-renovação de serviços contínuos em que não haja regime de dedicação exclusiva de mão de obra ou predominância de mão de obra. A partir da leitura do item 9.1.17 c/c item 9.1.17.2 do Acórdão 1.214/2013-TCU-Plenário, depreende-se que esse é o espírito do entendimento que consta do acórdão citado (*vide* transcrição no parágrafo 70).

78. Vale lembrar que, nas contratações de serviços de TI, no âmbito do Sisp, em que haja previsão de reajuste de preços por aplicação de índice de correção monetária, é obrigatória a adoção do ICTI, mantido pela Fundação Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), para as or-

ganizações públicas sujeitas à IN - SGD/ME 1/2019, art. 24. Portanto, na aplicação do "reajustamento em sentido estrito", no escopo das contratações de TI do Sisp, deve ser usado o ICTI.

79. Por sua vez, a "repactuação" é definida na Lei 14.133/2021, art. 6º, como a forma de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro que consiste na análise da variação dos custos contratuais, incluindo os custos decorrentes do mercado e os decorrentes da mão de obra:

> LIX - repactuação: forma de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro de contrato utilizada para serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra ou predominância de mão de obra, por meio da análise da variação dos custos contratuais, devendo estar prevista no edital com data vinculada à apresentação das propostas, para os custos decorrentes do mercado, e com data vinculada ao acordo, à convenção coletiva ou ao dissídio coletivo ao qual o orçamento esteja vinculado, para os custos decorrentes da mão de obra; (grifou-se)

80. Na lei citada, é explicitado que a "repactuação" se aplica a serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra ou predominância de mão de obra, como consta no art. 6º, inciso LIX, já transcrito no parágrafo anterior, e no art. 25, § 8º, inciso II, e art. 92, § 4º, inciso II, transcritos a seguir:

> Art. 25. O edital deverá conter o objeto da licitação e as regras relativas à convocação, ao julgamento, à habilitação, aos recursos e às penalidades da licitação, à fiscalização e à gestão do contrato, à entrega do objeto e às condições de pagamento.
>
> [...]
>
> § 8º Nas licitações de serviços contínuos, observado o interregno mínimo de 1 (um) ano, o critério de reajustamento será por:
>
> [...]
>
> II - repactuação, quando houver regime de dedicação exclusiva de mão de obra ou predominância de mão de obra, mediante demonstração analítica da variação dos custos.

> [...]
> Art. 92. São necessárias em todo contrato cláusulas que estabeleçam:
> [...]
>
> § 4º Nos contratos de serviços contínuos, observado o interregno mínimo de 1 (um) ano, o critério de reajustamento de preços será por:
>
> [...]
> II - repactuação, quando houver regime de dedicação exclusiva de mão de obra ou predominância de mão de obra, mediante demonstração analítica da variação dos custos. (grifou-se)

81. Dessa forma, infere-se inicialmente que, de acordo com a Lei 14.133/2021, para os contratos de serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra ou predominância de mão de obra, seja sempre necessário efetuar pesquisa de preços, com base na PCFP (art. 135, § 6º), de modo a viabilizar a análise da variação dos custos contratuais referentes aos custos decorrentes do mercado. O dispositivo citado é transcrito a seguir:

> Art. 135. Os preços dos contratos para serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra ou com predominância de mão de obra serão repactuados para manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, mediante demonstração analítica da variação dos custos contratuais, com data vinculada:
>
> [...]
>
> § 6º A repactuação será precedida de solicitação do contratado, acompanhada de demonstração analítica da variação dos custos, por meio de apresentação da planilha de custos e formação de preços, ou do novo acordo, convenção ou sentença normativa que fundamenta a repactuação. (grifou-se)

82. Entretanto, a análise da variação dos custos relativos à parcela relativa à mão de obra, normalmente, baseia-se na convenção ou no acordo coletivo de trabalho das categorias envolvidas, que funciona como uma espécie de fonte de índices de reajuste para essa parcela dos custos, embora a Lei 14.133/2021 considere a atualização de valores uma re-

pactuação com demonstração analítica dos custos, por meio de apresentação do novo acordo coletivo, convenção ou sentença normativa que fundamente a repactuação (art. 135, § 6º).

83. É importante lembrar que convenções ou acordos coletivos resultam de negociações que podem levar a valores decorrentes de incrementos acima da inflação acumulada, de modo que podem atuar mais do que, meramente, um conjunto de índices para correção monetária.

84. Na eventualidade de não haver convenção ou acordo coletivo das categorias envolvidas, será necessário realizar pesquisa de preços para dar suporte à PCFP[22].

85. Ressalta-se que, como os valores de diversos custos podem ser alterados em cada repactuação, mediante análise detalhada da PCFP, com pesquisa de preços ou de aplicação de convenção ou acordo coletivo sem pesquisa de preços, é prudente que cada aplicação desse procedimento também seja acompanhada por uma análise de fator-K (*vide* item "8.2.2.3. Análise de fator-K").

86. Ante o exposto, depreende-se que o entendimento contido no item 9.1.17 do Acórdão 1.214/2013-TCU-Plenário não foi integralmente positivado na Lei 14.133/2021. Nos contratos de serviços contínuos com alocação exclusiva de mão de obra ou com predominância de mão de obra, não foi definida a possibilidade de uso de reajustes que assegurem a "vantajosidade econômica" para os itens envolvendo insumos e materiais, tais como *hardware* e licenças de *software* utilizados na prestação dos serviços.

87. Considerando-se:

1) o entendimento contido no item 9.1.17 do Acórdão 1.214/2013-TCU-Plenário, no sentido de assegurar a vantajosidade econômica nas prorrogações-renovações dos contratos de serviços contínuos sem

a realização de pesquisa de mercado em determinadas circunstâncias, o que leva à simplificação e ao barateamento da verificação da vantajosidade desses contratos nessas prorrogações-renovações;

2) os conceitos de "reajustamento em sentido estrito" e de "repactuação" positivados na Lei 14.133/2021;

identifica-se que a necessidade de haver pesquisas de preços nas prorrogações-renovações dos contratos depende da natureza do serviço contínuo (se houver ou não regime de dedicação exclusiva de mão de obra ou predominância de mão de obra), de haver índice de correção que retrate a variação efetiva do custo de produção previsto no contrato e de haver previsão contratual de que os reajustes dos itens envolvendo a folha de salários serão efetuados com base em convenção, acordo coletivo de trabalho ou em decorrência da lei. O exposto no presente item pode ser sintetizado na **Figura 3**.

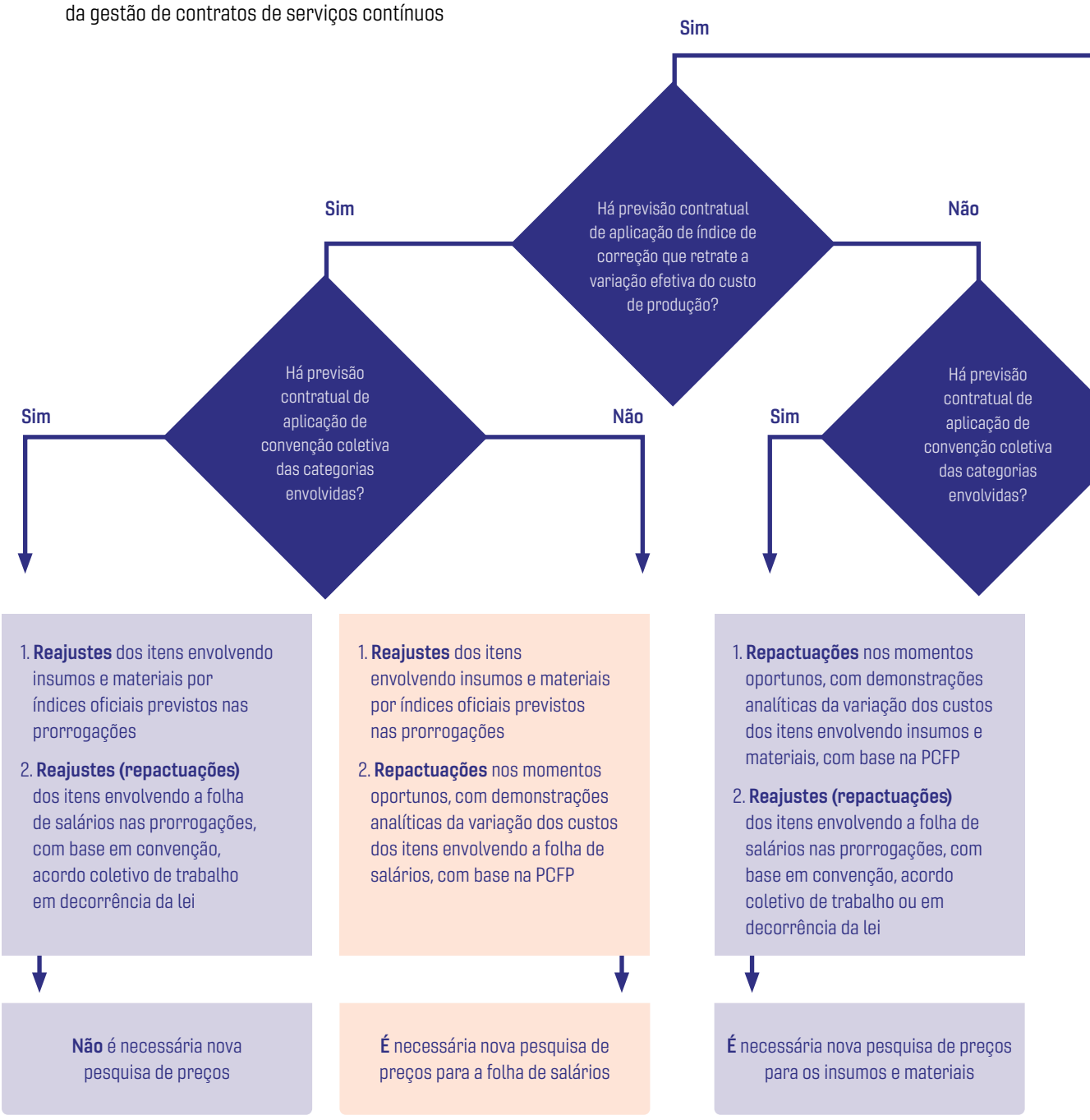
88. Dessa forma, a questão da condução de pesquisas de preços na gestão de contratos de prestação de serviços de natureza contínua pode ser objeto de aperfeiçoamentos para que essa gestão seja mais eficiente e menos onerosa. Adicionalmente, esse tema é afetado pela legislação recente, que inclui a Lei 14.133/2021 e os regulamentos decorrentes dela, de modo que poderá voltar a ser discutido no âmbito do TCU à medida que surgirem casos concretos a respeito da gestão contratual no contexto da Lei 14.133/2021.

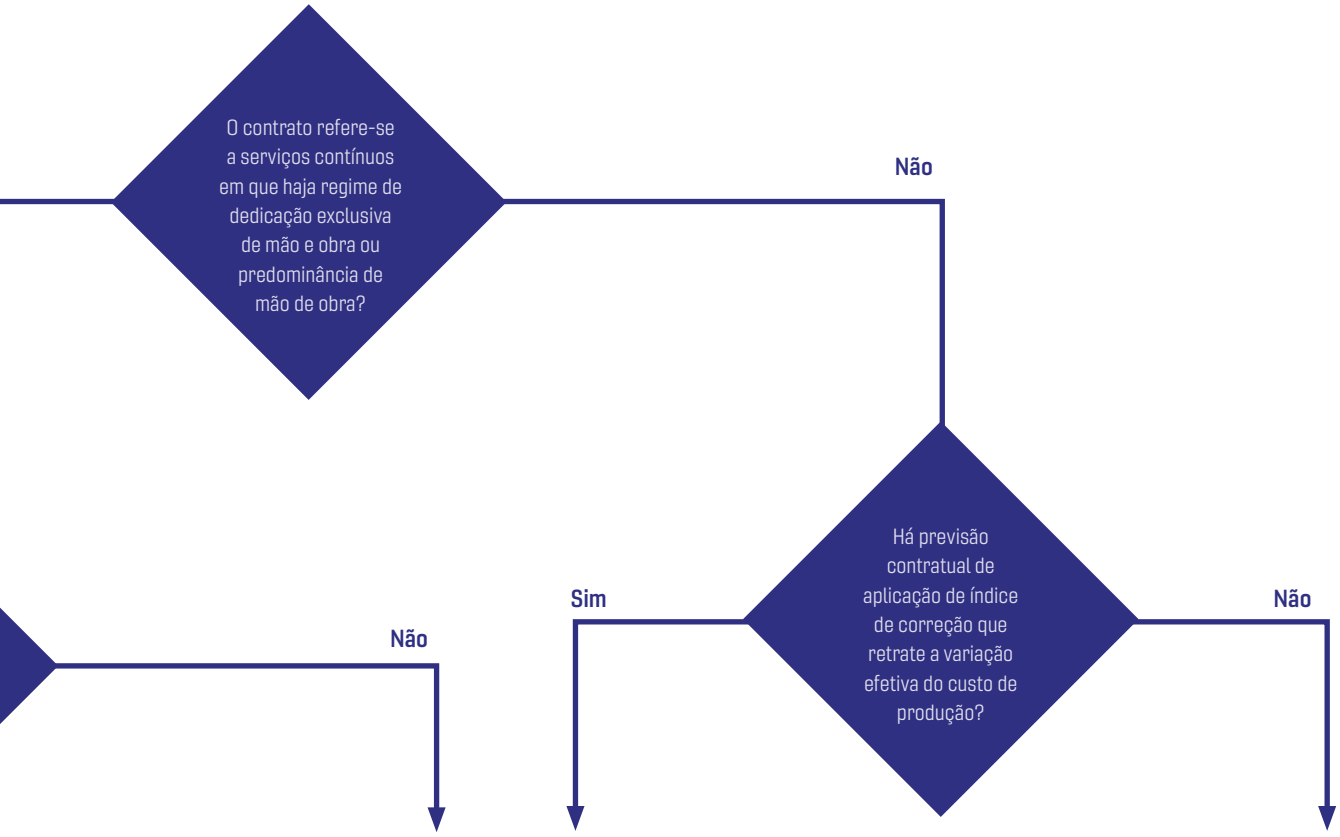
89. Vale lembrar que a repactuação pode ser dividida em parcelas, como consta da Lei 14.133/2021, art. 135, §§ 4º e 5º:

> Art. 135. Os preços dos contratos para serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra ou com predominância de mão de obra serão repactuados para manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, mediante demonstração analítica da variação dos custos contratuais, com data vinculada:
>
> [...]
>
> § 4º A repactuação poderá ser dividida em tantas parcelas quantas forem necessárias, observado o princípio da anualidade do reajuste de preços da contratação, podendo ser realizada em momentos distintos para discutir a variação de custos que tenham sua anualidade resultante em datas diferenciadas, como os decorrentes de mão de obra e os decorrentes dos insumos necessários à execução dos serviços.
>
> § 5º Quando a contratação envolver mais de uma categoria profissional, a repactuação a que se refere o inciso II do *caput* deste artigo poderá ser dividida em tantos quantos forem os acordos, convenções ou dissídios coletivos de trabalho das categorias envolvidas na contratação. (grifou-se)

Figura 3

Necessidade de pesquisa de preços ao longo da gestão de contratos de serviços contínuos





1. **Repactuações** nos momentos oportunos, com demonstrações analíticas da variação dos custos dos itens envolvendo insumos e materiais, com base na PCFP
2. **Repactuações** nos momentos oportunos, com demonstrações analíticas da variação dos custos dos itens envolvendo a folha de salários, com base na PCFP

São necessárias novas pesquisas de preços para os insumos e materiais e para a folha de salários

1. **Reajustes** por indíces oficiais previsto nas prorrogações

Não é necessária nova pesquisa de preços

1. **Repactuações**, nos momentos oportunos, com demonstrações analíticas da variação dos custos na PCFP

É necessária nova pesquisa de preços

Fonte: elaboração própria.

90. A partir do exposto, uma questão que demanda discussões adicionais é se, para a prorrogação-renovação de contratos de serviços contínuos com alocação exclusiva de mão de obra ou com predominância de mão de obra, com relação a itens envolvendo a folha de salários, deve-se usar convenção ou acordo coletivo, que contém o equivalente a um conjunto de reajustes, ou o ICTI, que apresenta peso considerável para os custos relativos a pessoal na sua composição (CAVALCANTI; VASCONCELOS; MARTINS, 2018, p. 5). De acordo com o exposto no presente item, no escopo da Lei 14.133/2021, parece ser mais adequado utilizar o acordo coletivo das categorias envolvidas nas prorrogações-renovações.

91. Outro ponto a destacar nas prorrogações-renovações é o item 9 do Anexo IX da IN - Seges/ME 5/2017, que define que a Administração deverá realizar negociação contratual para a redução e/ou a eliminação dos custos fixos ou variáveis não renováveis que já tenham sido amortizados ou pagos no primeiro ano da contratação. Idealmente, os agentes públicos responsáveis pelo planejamento da contratação deveriam tratar da questão da amortização de custos ao longo da execução contratual, no planejamento da contratação, negociando, posteriormente, somente os valores que não tenham sido detectados na etapa de planejamento.

92. Perante o exposto, pode-se perceber que o debate a respeito da vantajosidade da contratação de serviços contínuos apresenta certa complexidade e suscita dúvidas, pois envolve diversos conceitos, como prorrogação-renovação, reajustes no sentido estrito, índices oficiais de reajuste, repactuação e PCFP, bem como outros não abordados no texto, como o reequilíbrio econômico-financeiro. Adicionalmente, esse é um assunto pouco tratado pela AudTI. Dessa forma, considera-se que o conteúdo do presente item pode ser discutido de forma mais aprofundada.

5.3.2 Aditivos relativos aos aumentos de quantidades

93. A gestão contratual pode envolver a celebração de aditivos para aumentar os quantitativos contratados (Lei 8.666/1993, art. 65, inciso I,

alínea "b" c/c § 1º; e Lei 14.133/2021, art. 124, inciso I, alínea "b" c/c art. 125). A celebração desse tipo de aditivo apresenta o risco de desequilíbrio econômico-financeiro, caso o licitante vencedor tenha embutido o chamado "jogo de planilha" no seu orçamento. Um dos controles internos que mitigam esse risco é a análise cuidadosa empreendida na aplicação dos critérios de aceitabilidade de preços unitários, na fase de seleção do fornecedor (*vide* item "8.12. Critérios de aceitabilidade de preços"), a qual usa como insumo as estimativas de preços unitários feitas no âmbito do planejamento da contratação.

94. Ressalta-se que, ao fazer aditivos que aumentam o valor da contratação decorrentes do aumento de quantidades, cresce a diferença entre o valor estimado e o valor final, isto é, gasta-se mais com o objeto do que o previsto. Esse fato deve ser alvo de reflexão por parte dos agentes públicos envolvidos, para que as conclusões sirvam para o aperfeiçoamento das atividades relativas às definições de quantidades e estimativas de preços de futuras contratações do mesmo objeto ou de objetos similares. Adicionalmente, há o risco de o valor gasto no aditivo consumir recursos previstos para a contratação de outros itens do PCA, o que pode comprometer o atingimento de objetivos que deles necessitem.

95. Se houver a celebração de aditivos para aumento de quantidades (*e.g.* aumento em até 25%), há o risco de, ao elaborar novos orçamentos em repactuações, para verificar a manutenção da vantajosidade da contratação (*vide* item "5.3.1. Manutenção da vantajosidade da contratação de serviços contínuos"), chegar-se à conclusão de que nova contratação com a quantidade de 125% seja mais vantajosa do que o contrato em vigor, com preços calculados para o quantitativo original de 100%. Ou seja, contratar 125% de uma vez pode ser mais barato do que contratar a quantidade de 100% e, depois, adicionar 25% em razão de eventual efeito de economia de escala.

96. A elaboração de aditivos para aumento dos quantitativos não é um procedimento que prescinde de justificativas[23]. Como consta de determinação no Acórdão 1.597/2010-TCU-Plenário, da relatoria do Mi-

nistro-Substituto Augusto Sherman, item 9.2.24, caso seja necessário modificar, quantitativamente, o objeto, a organização pública deve elaborar justificativa detalhada, indicando, para cada ponto em que o objeto for alterado, a correspondente modificação nos quantitativos de bens e serviços contratados. Adicionalmente, no *caput* do art. 65 da Lei 8.666/1993 e no *caput* do art. 124 da Lei 14.133/2021, consta que os contratos podem ser alterados, com as devidas justificativas.

5.3.3 Verificação da economicidade de OS

97. Caso o contrato seja modelado para ser executado mediante OS, a cada OS emitida, é necessário estimar o seu preço, a partir de parâmetros estipulados no contrato, como medidas, fórmulas de cálculo e valores estabelecidos (*e.g.* multiplicadores por complexidade de atividades). Para calcular o preço, é necessário definir as quantidades de serviços antes da emissão de cada OS, com base na IN - SGD/ME 1/2019, art. 32, inciso II, para organizações públicas do SISP, e no Acórdão 786/2006-TCU-Plenário, da relatoria do Ministro-Substituto Augusto Sherman Cavalcanti, item 9.4.4.2.

98. Uma boa prática é, após o cálculo do preço da OS, o demandante do serviço, com o apoio da área de TI, avaliar a sua economicidade, isto é, se os resultados esperados com os produtos que serão gerados ou os serviços que serão prestados valem o preço calculado (relação custo-benefício da OS).

99. Por exemplo, em um contrato relativo a serviço de desenvolvimento de *software*, para uma OS referente à construção de um conjunto de novas funcionalidades de um sistema de informação, deve ser avaliado se essas funcionalidades valem o preço calculado para desenvolvê-las. Lembrando que esse preço não inclui o esforço necessário por parte dos servidores da organização pública (*e.g.* esforço do *Product Owner*[24] envolvido e da equipe de TI que participa da gestão do contrato).

100. Sem essa análise, a organização pode pagar valores absurdos em razão de cálculos de preços com base em fórmulas e critérios que levem a valores inesperados (*e.g.* multiplicadores relativos à complexidade do trabalho), como ocorreu em um dos contratos analisados no âmbito das auditorias que deram origem ao Acórdão 2.037/2019-TCU-Plenário, da relatoria do Ministro-Substituto Augusto Sherman. A seguir, é transcrito trecho do relatório, que traz excerto do relatório da unidade técnica (Sefti):

> 100. O exemplo de distorção materialmente mais significativo encontrado no âmbito da FOC25 é o Contrato 19/2014 firmado pelo [*omissis*] com a empresa [*omissis*] para a prestação de serviços de infraestrutura de TI. No referido contrato foi identificado que o [*omissis*] estaria pagando, para um contrato que deveria custar R$ 2,9 milhões mensais, quantia média superior a R$ 7,4 milhões mensais (TC 031.439/2018-7 – peça 134, item 33). Dito de outra forma, os indícios são de sobrepreço e superfaturamento da ordem de 155% {[(R$ 7,4 milhões – R$ 2,9 milhões) / R$ 2,9 milhões] x 100}.
>
> [...]
>
> 103. Ao analisar a execução do Contrato 19/2014 do [*omissis*], a equipe de auditoria identificou diversas deficiências, intencionais ou não, que serviram para manipular os custos de serviços simples. Cite-se como exemplos:
>
> 103.1. a substituição de cabo de rede de computador (peça 46, p. 1-2), que não demanda mais que alguns minutos para ser realizada por profissional sem grande especialização, precificada a R$ 403,04 devido ao esforço estimado de onze horas estabelecido para tal atividade;
>
> 103.2. instalação de aparelho telefônico (peça 46, p. 9), que por ser composta por sete tarefas, de acordo com edital da contratação (peça 47, p. 235, serviço S059), sendo cinco classificadas como de complexidade alta e duas de complexidade média, e estimada em 4,25 horas, custou R$ 879,36; e
>
> 103.3. liberação no *proxy* de um computador para acessos ao sistema Whatsapp web e mídias sociais (peça 46, p. 6). Uma atividade corriqueira precificada a R$ 1.242,10 devido ao esforço estimado de seis horas, quatro tarefas classificadas como de complexidade alta e duas como de complexidade média (peça 47, p. 204, serviço S035). (grifou-se)

101. No Acórdão 1.627/2019-TCU-Plenário, da relatoria do Ministro-Substituto Augusto Sherman, consta determinação no sentido de avaliar a economicidade das OS, a fim de verificar se há justificativas para os pagamentos à contratada:

> 9.6. determinar ao [*omissis*] que:
>
> 9.6.1. no prazo de 15 (quinze) dias, contados da notificação, analise o custo real das atividades realizadas no âmbito das ordens de serviços emitidas após a OS R-013, referentes ao Contrato 915/2016, a fim de verificar se elas justificam o pagamento à contratada, utilizando-se, como referência, o esforço real da empresa e a comparação com a contratação de postos de trabalho com os respectivos encargos, custos diretos e indiretos e o lucro empresarial, encaminhando a este Tribunal, ao final do referido prazo, cópia do conjunto de documentos que fundamentarem as conclusões, bem como o rol de providências adotadas pela Autarquia em função do resultado da análise;

102. A análise de economicidade de cada OS, que envolve a verificação se o preço calculado vale o resultado esperado para a organização pública, deve ser feita pela unidade requisitante com o apoio da área de TI.

103. Ressalta-se que a estimativa de preço de uma OS não envolve elaboração de novo orçamento com nova pesquisa de preços de mercado. O cálculo da estimativa de preço da OS usa informações já consignadas no contrato, como os preços unitários dos serviços.

104. Em função do exposto na contextualização dos orçamentos estimados nas contratações públicas de TI, formulou-se o seguinte entendimento:

Entendimento 1

Nas contratações de bens e serviços de TI realizadas pela própria organização pública, ou seja, que não sejam realizadas mediante algum tipo de coordenação (*e.g.* licitações pelo SRP com a participação de várias organizações públicas ou licitações realizadas de forma centralizada por alguma central de compras), há, pelo menos, quatro momentos em que há a necessidade de formulação do orçamento estimado em algum grau de detalhe:

1. na elaboração do Plano de Contratações Anual, para que os recursos necessários para a contratação em tela constem da proposta de orçamento da organização pública para o exercício seguinte;
2. na elaboração do estudo técnico preliminar da contratação, de modo a fundamentar a análise de viabilidade da contratação;
3. na elaboração do termo de referência ou do projeto básico, de modo a viabilizar diversas atividades do processamento das contratações, como a adequação orçamentária, a definição e a aplicação dos critérios de aceitabilidade de preços unitários e global e a negociação dos preços; e
4. na gestão de contratos de serviços contínuos, especificamente em repactuações dos preços e em verificações da economicidade de OS.

105. A questão da coordenação das contratações é tratada a seguir.

5.4 Coordenação das contratações

106. As organizações públicas consomem muito tempo e esforço de profissionais de diversas áreas para efetuar as contratações de TI, incluindo as áreas de TI, administrativa, jurídica, contábil, patrimonial, quando envolvem equipamentos, e as áreas demandantes das soluções de TI, o que leva a custos para essas organizações[26]. Adicionalmente, as compras realizadas de forma fragmentada pelas organizações públicas (compras feitas individualmente por cada organização) levam a preços, quando muito, compatíveis com as respectivas quantidades isoladas. Se essas contratações forem realizadas por um conjunto de organizações de forma coordenada, pode-se evitar a replicação de parte significativa dos esforços de contratação (*e.g.* esforço de planejamento) e obter efeito de economia de escala pelo somatório das quantidades, o que pode levar a preços mais vantajosos em comparação com as contratações feitas em separado.

107. No relatório do Acórdão 2.569/2018-TCU-Plenário (sobre práticas comerciais de grandes fabricantes de *software*), da relatoria do Ministro Aroldo Cedraz, são explicitadas formas de coordenação entre organizações públicas para que possam comprar volumes maiores de bens e serviços de TI em conjunto:

> 35. De maneira semelhante, as compras governamentais feitas com algum ganho de escala podem contribuir para se reduzir a assimetria de forças na relação comercial com os fabricantes de *software*, o que, no presente relatório, é chamado de práticas de coordenação de compras. Nessas contratações, as organizações se unem para comprar em um volume maior e, dessa forma, reduzir os custos de transação, podendo ser uma compra conjunta (duas ou mais organizações públicas se unem para fazer uma licitação), uma licitação de acordo com o Sistema de Registro de Preços (SRP, como participante ou carona), uma licitação feita por algum órgão central ou algum outro mecanismo que permita ampliar o poder de compra da Administração pela conjunção das necessidades de várias organizações públicas. Contudo, se mal utilizados, esses instrumentos de coordenação de compras podem se mostrar ineficazes e agravar os problemas. (grifou-se)

108. No item 9.1.1.2.1 do acórdão citado, foi feita determinação no sentido de se desenvolver um processo de gestão estratégica das contratações de soluções de grandes fabricantes de *software* de uso mais disseminado, que inclui diversas providências para otimizar essas contratações, como, por exemplo, definição de soluções padronizadas baseadas em *softwares* e serviços agregados, de modo a desonerar as organizações públicas de levantar, entender e utilizar os modelos de comercialização dos grandes fabricantes de *software* (item 9.1.1.2.1.8 do acórdão).

109. No Acórdão 2.789/2019-TCU-Plenário, da relatoria do Ministro Raimundo Carreiro, foi feita recomendação no sentido de otimizar as atividades relacionadas às contratações de soluções de TI de qualquer natureza o âmbito do Sisp, a ser feita no contexto do citado processo de gestão estratégica de fornecedores, ampliando o que já tinha sido determinado no escopo do citado Acórdão 2.569/2018-TCU-Plenário, da relatoria do Ministro Aroldo Cedraz, de modo a diminuir a execução redundante de atividades de contratação de TI:

> Acórdão 2.789/2019-TCU-Plenário
>
> 9.1. com fulcro no art. 43, inciso I, da Lei 8.443/1992 c/c o art. 250, inciso III, do Regimento Interno do TCU, recomendar:
>
> 9.1.2. à Secretaria de Governo Digital da Secretaria Especial de Desburocratização, Gestão e Governo Digital do Ministério da Economia, que avalie a conveniência e oportunidade de:
>
> 9.1.2.2. incluir, no escopo do processo de gestão estratégica de fornecedores referido no item 9.1.1.2.1 do Acórdão 2.569/2018-TCU-Plenário, mecanismos para otimizar as atividades relacionadas às aquisições de bens e serviços de TI de qualquer natureza no âmbito do Sisp, de modo a diminuir a execução redundante dessas atividades nas diversas organizações, como especificação de termos de referência e gerenciamento de contratações, para atingimento dos fins previstos no Decreto 7.579/2011, art. 2º, incisos IV, V e VII, e art. 4º, inciso II, a exemplo de centros de competência para desenvolvimento e constante atualização de especificações padronizadas e acompanhamento dos diversos mercados de bens e serviços de TI; (grifou-se)

110. A gestão estratégica de contratações baseadas em *software* de uso disseminado foi positivada na Lei 14.133/2021, art. 43, § 2º, e deverá ser objeto de regulamentação.

111. Em adição, na Portaria - Seges/ME 8.678/2021, há orientações com relação a compras compartilhadas, especificamente com relação aos bens e aos serviços de uso comum, conectando as compras compartilhadas ao PCA:

> Política de compras compartilhadas
>
> Art. 12. Compete ao órgão ou entidade, quanto às compras compartilhadas do processo de contratações públicas:
>
> I - realizar as contratações de bens e serviços de uso comum, preferencialmente, de forma compartilhada; e
>
> II - utilizar as soluções centralizadas disponibilizadas pela Central de Compras da Secretaria de Gestão da Secretaria Especial de Desburocratização, Gestão e Governo Digital, salvo disposição em contrário.
>
> Art. 13. A Central de Compras da Secretaria de Gestão da Secretaria Especial de Desburocratização, Gestão e Governo Digital constituirá seu portfólio de contratações compartilhadas considerando as informações dos planos de contratações anuais dos órgãos e entidades.

112. Assim, há várias formas de coordenação de compras, tais como compras conjuntas, licitações de acordo com o sistema de registro de preços (SRP) e licitações centralizadas (conduzidas por algum órgão central).

113. Outra forma de coordenação das contratações de TI é a de negociação de preços máximos com grandes fabricantes pelos OGS, como ocorreu com a ação da Secretaria de Governo Digital do Ministério da Economia (SGD/ME), junto a grandes fabricantes de *software*, em decorrência do Acórdão 2.569/2018-TCU-Plenário (*vide* parágrafos 449 e 450).

114. Vale lembrar que, de acordo com a Lei 8.666/1993, art. 15, inciso II, as contratações, sempre que possível, deverão ser processadas através do SRP. Na Lei 14.133/2021, art. 40, inciso II, consta que o planejamento de compras deverá observar o processamento por meio de sistema de registro de preços, quando pertinente. Ou seja, a regra é a utilização de um procedimento auxiliar das licitações (Lei 14.133/2021, art. 78, inciso IV), que também é uma ferramenta de coordenação de organizações públicas em contratações, o SRP. Dessa forma, o planejamento de licitação que utilize esse procedimento deve ter cuidado redobrado, pois seu resultado pode ser aproveitado por outras organizações públicas, propagando eventuais problemas. Ressaltando que a Lei 14.133/2021 inclui a possibilidade de prorrogação da ata de registro de preços (ARP) com o prazo de vigência de um ano e poderá ser prorrogado, por igual período, desde que comprovado o preço vantajoso (art. 84, *caput*), o que amplifica a aplicação desse procedimento auxiliar, mas a utilização dessa opção pode ser desafiadora em períodos de inflação elevada.

115. Com relação ao efeito de economia de escala, vale ressaltar que a coordenação das contratações, em especial para bens de TI mais disseminados, pode gerar efeitos de economia de escala não somente no tocante às quantidades, mas também com relação ao esforço empreendido nessas contratações, de modo que uma única equipe de planejamento pode atender a mais de uma organização pública (*e.g.* contratação da mesma

solução para determinado ministério e para suas unidades vinculadas). Também pode haver efeito de escala com relação a conhecimentos específicos acerca de como contratar cada solução de TI, de modo que, ao invés de cada organização pública ter de deter o conhecimento relativo a cada solução, pode aproveitar conhecimentos de servidores de fora da organização em diversas contratações.

116. Também vale destacar que a Lei 14.133/2021 prestigiou as compras centralizadas[27], como consta dos seus arts. 19, inciso I, e 181, *caput*:

> Art. 19. Os órgãos da Administração com competências regulamentares relativas às atividades de administração de materiais, de obras e serviços e de licitações e contratos deverão:
>
> I - instituir instrumentos que permitam, preferencialmente, a centralização dos procedimentos de aquisição e contratação de bens e serviços;
>
> [...]
>
> Art. 181. Os entes federativos instituirão centrais de compras, com o objetivo de realizar compras em grande escala, para atender a diversos órgãos e entidades sob sua competência e atingir as finalidades desta Lei.
>
> Parágrafo único. No caso dos Municípios com até 10.000 (dez mil) habitantes, serão preferencialmente constituídos consórcios públicos para a realização das atividades previstas no *caput* deste artigo, nos termos da Lei nº 11.107, de 6 de abril de 2005.

117. Adicionalmente, no Decreto 10.947/2022, que trata do PCA, consta que esse instrumento tem como um dos objetivos racionalizar as contratações das unidades administrativas de sua competência por meio da promoção de contratações centralizadas e compartilhadas:

> Art. 5º A elaboração do plano de contratações anual pelos órgãos e pelas entidades tem como objetivos:
>
> I - racionalizar as contratações das unidades administrativas de sua competência, por meio da promoção de contratações centralizadas e compartilhadas, a fim de obter economia de escala, padronização de produtos e serviços e redução de custos processuais; [...]

118. Vale realçar que há normas infralegais no sentido de incentivar compras compartilhadas, tais como: Portaria - Seges/ME 8.678/2021, art. 6º, inciso IV, e arts. 12 e 13; Resolução - CNJ 347/2020, art. 3º, inciso IX, art. 11, inciso IV, art. 19, art. 20, inciso I, art. 21, *caput*, arts. 22 a 26, art. 34, inciso I, art. 36, inciso II, alínea "b", e Anexo, inciso II; e Resolução - CNJ 400/2021, art. 3º, inciso IV, e art. 20, inciso V. Adicionalmente, há acórdãos do TCU sobre contratações conjuntas: 2.622/2015, da relatoria do Ministro Augusto Nardes, item 9.2.1.2; e 2.831/2015, da relatoria do Ministro Augusto Sherman, item 9.1.9.4; ambos do Plenário do TCU.

119. Lembrando que uma unidade de TI típica efetua contratações de diversas soluções, tendo de dominar as especificações técnicas, os mercados e os modelos de comercialização de todas elas, assim como efetuar os respectivos processos de contratação. Esse é um problema apontado nos já citados Acórdãos 2.569/2018 e 2.789/2019, ambos do Plenário do TCU.

120. As formas de contratação com algum grau de coordenação entre organizações públicas seguem fluxos de trabalho diferentes do exposto na **Figura 1**, pois há a necessidade de interação e coordenação das organizações envolvidas. De qualquer forma, nas contratações com algum grau de coordenação, como nas processadas através do SRP, são executadas atividades relativas à elaboração do orçamento estimado, tais como:

1) realização de pesquisa de preços para estimar o preço da contratação (Decreto 7.892/2013, art. 5º, inciso IV, art. 7º, *caput*, art. 9º, incisos II, III e V; e Lei 14.133/2021, art. 82, § 5º, inciso I - nesses dispositivos, a "pesquisa de preço" é chamada de "pesquisa de mercado");

2) envio de documentação relativa à pesquisa de preços para aprovação de formação de atas de registro de preços (Instrução Normativa - SGD/ME 5/2021, art. 5º);
3) avaliação da vantajosidade dos preços registrados em uma ARP, no caso de adesão à ata, corriqueiramente chamada de "adesão como carona", inclusive no caso de compra nacional (Decreto 7.892/2013, art. 6º, §§ 2º e 3º, e art. 22, *caput*; Acórdãos 691/2013, da relatoria da Ministra Ana Arraes, item 9.3.1; e 3.395/2013, da relatoria do Ministro Aroldo Cedraz, item 1.6.7.3; ambos da Segunda Câmara do TCU; e Lei 14.133/2021, art. 86, § 2º, inciso II c/c art. 23);
4) realização de compra nacional, na qual o órgão gerenciador promoverá a "pesquisa de mercado", que é a "pesquisa de preços" (Decreto 7.892/2013, art. 6º, §§ 2º, 5º e 6º); e
5) realização periódica de pesquisa de preços para comprovação da vantajosidade de ARP (Decreto 7.892/2013, art. 9º, inciso XI).

121. Em conclusão, na busca da eficiência, as organizações públicas devem procurar coordenar as suas contratações, especialmente para os objetos de uso mais disseminados, conduzindo contratações individuais somente quando necessário.

122. As reflexões apresentadas ao longo desta NT a respeito da elaboração do orçamento estimado valem tanto para as contratações com algum grau de coordenação como para aquelas feitas individualmente pelas organizações públicas.

6

ERROS GROSSEIROS NA ELABORAÇÃO DO ORÇAMENTO ESTIMADO

123. No voto do relator do Acórdão 1.691/2020-Plenário, Ministro Augusto Nardes, foram feitas considerações acerca do conceito de "erro grosseiro", no âmbito do Decreto-Lei 4.657/1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB), no sentido de que erro grosseiro é culpa grave:

> 10. Por sua vez, no que se refere ao argumento do recorrente de **ausência de má-fé, dolo e/ou erro grosseiro por sua parte** (peça 76, p. 11-14 e peça 77), destaco os seguintes trechos da instrução da Serur, em virtude da completude das informações, com os quais também manifesto minha concordância:
>
> [...]
>
> "Primeiramente, faz-se necessário analisar o conceito de "erro grosseiro", para fins de responsabilização do agente público. Para tal, apresenta-se abaixo o conteúdo do art. 28 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB (Decreto-Lei 4.657, de 1942), com a redação dada pela Lei 13.655, de 25 de abril de 2018, mencionada pelo recorrente, verbis:
>
> "Art. 28. O agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro" (grifos acrescidos).
>
> 4.10. Como se vê, a LINDB estatui que o agente público responderá pessoalmente por erro grosseiro ou dolo, praticamente nivelando a gravidade das duas condutas. Todavia, não conceituou "erro grosseiro". Esse conceito foi somente trazido pelo Decreto 9.830, de 10 de junho de 2019, em seu art. 12, § 1º, ao regulamentar o disposto nos arts. 20 a 30 da LINDB:
>
> Art. 12. O agente público somente poderá ser responsabilizado por suas decisões ou opiniões técnicas se agir ou se omitir com dolo, direto ou eventual, ou cometer erro grosseiro, no desempenho de suas funções.
>
> **§ 1º Considera-se erro grosseiro** aquele manifesto, evidente e inescusável praticado com culpa grave, caracterizado por ação ou omissão com elevado grau de negligência, imprudência ou imperícia.
>
> § 2º Não será configurado dolo ou erro grosseiro do agente público se não restar comprovada, nos autos do processo de responsabilização, situação ou circunstância fática capaz de caracterizar o dolo ou o erro grosseiro.

> *§* 3º O mero nexo de causalidade entre a conduta e o resultado danoso não implica responsabilização, exceto se comprovado o dolo ou o erro grosseiro do agente público.
>
> *§* 4º A complexidade da matéria e das atribuições exercidas pelo agente público serão consideradas em eventual responsabilização do agente público.
>
> *§* 5º O montante do dano ao erário, ainda que expressivo, não poderá, por si só, ser elemento para caracterizar o erro grosseiro ou o dolo.
>
> *§* 6º A responsabilização pela opinião técnica não se estende de forma automática ao decisor que a adotou como fundamento de decidir e somente se configurará se estiverem presentes elementos suficientes para o decisor aferir o dolo ou o erro grosseiro da opinião técnica ou se houver conluio entre os agentes.
>
> *§* 7º No exercício do poder hierárquico, só responderá por culpa in vigilando aquele cuja omissão caracterizar erro grosseiro ou dolo.
>
> *§* 8º O disposto neste artigo não exime o agente público de atuar de forma diligente e eficiente no cumprimento dos seus deveres constitucionais e legais.

4.11. Por oportuno, transcreve-se excerto de recente voto, proferido pelo Exmo. Ministro Benjamin Zymler, condutor do Acórdão 4.771/2019-TCU-1ª Câmara, *verbis*:

> 70. Conforme expus no voto condutor do Acórdão 2391/2018-Plenário, o erro grosseiro, para fins de responsabilização no âmbito desta Corte de Contas, é o que decorre de uma grave inobservância de um dever de cuidado, isto é, que foi praticado com culpa grave.
>
> 71. A propósito do tema, esse entendimento foi adotado no Decreto 9.830, de 10 de junho de 2019, que regulamentou os novos artigos da LINDB, cujo art. 12, *§* 1º dispôs o seguinte: "considera-se erro grosseiro aquele manifesto, evidente e inescusável praticado com culpa grave, caracterizado por ação ou omissão com elevado grau de negligência, imprudência ou imperícia".
>
> 72. Sem avançar em eventual discussão a respeito da aplicabilidade da norma infralegal à esfera controladora, o fato é que

> parece haver uma convergência na doutrina e na aplicação prática da nova lei, no sentido de que o parâmetro de responsabilização na esfera sancionadora é a culpa grave.

4.12. Em outros arestos, o Tribunal tem seguido essa linha de entendimento, de que para a aplicação de sanções (multa), não basta a configuração da culpa strito senso, mas é necessária a configuração do **dolo** ou da **culpa grave**, exemplificando inclusive alguns casos da espécie:

> 1. Para fins de ressarcimento ao erário, a responsabilidade dos jurisdicionados perante o TCU caracteriza-se pela constatação de culpa stricto sensu, sendo desnecessário evidenciar a conduta dolosa ou a má-fé do agente público. 2. Para a finalidade de aplicação de sanções administrativas, há que se verificar a ocorrência de culpa grave ou dolo do administrador público. (Acórdão 11.762/2018-TCU-2ª Câmara, Min. Marcos Bemquerer)

> Para fins do exercício do poder sancionatório do TCU, pode ser tipificado como erro grosseiro (art. 28 do Decreto-lei 4.657/1942 - Lindb) o pagamento de serviços de natureza continuada prestados sem respaldo contratual, em afronta ao art. 60, parágrafo único, da Lei 8.666/1993. (Acórdão 13.053/2019-TCU-2ª Câmara, Min. Augusto Nardes)

> Para fins de responsabilização perante o TCU, pode ser tipificada como erro grosseiro (art. 28 do Decreto-lei 4.657/1942 - Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro) a autorização de pagamento sem a devida liquidação da despesa **(Acórdão 2.699/2019-TCU-1ª Câmara, Min. Vital do Rêgo)**

> Para fins de responsabilização perante o TCU, pode ser tipificada como erro grosseiro (art. 28 do Decreto-lei 4.657/1942 - Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro) a realização de pagamento antecipado sem justificativa do interesse público na sua adoção e sem as devidas garantias que assegurem o pleno cumprimento do objeto pactuado **(Acórdão 185/2019-TCU-Plenário, Min. Benjamin Zymler)**

4.13. Assim, tem-se que o erro grosseiro, no entender desta Corte de Contas, é aquele praticado com **culpa grave.**

4.14. Tornando ao caso vertente, tem-se que a conduta do pregoeiro não pode ser considerada eficiente, tendo ele contribuído para a contratação de empresa que se revelou posteriormente de fachada, e por não ter ele conduzido a verificação do atestado de capacidade técnica, por meio de diligências adicionais além daquela por ele promovida na forma da peça 5, diligências essas previstas no próprio Edital, itens 7.10 e 16.4 (peça 10, p. 7 e 13). Entretanto, sopesadas:

> i) as circunstâncias do caso concreto (exíguo prazo para contratação do objeto, cuja protelação poderia pôr em risco a realização do evento e causar prejuízo à instituição);
>
> ii) o fato de o [omissis] não dispor dos mesmos recursos de informação presentes nesta Corte de Contas, caracterizando disparidade de armas em desfavor do recorrente;
>
> iii) o valor da contratação foi inferior ao da segunda classificada;
>
> iv) o evento foi realizado de forma satisfatória, com alcance dos objetivos pretendidos na contratação;
>
> v) não ter havido violação explícita de dispositivos legais e regulamentares aplicáveis à espécie;
>
> vi) ausência de indícios de que o pregoeiro tenha agido em conluio com empresa fictícia ou com seus representantes ou se beneficiado do certame;

conclui-se não poder ser caracterizada a conduta do recorrente como **erro grosseiro** ou **dolosa**.

4.15. A manutenção da penalidade de multa mostrar-se-ia, desse modo, medida desproporcional. A esse respeito, insta considerar que os princípios da proporcionalidade e o da razoabilidade são decorrência implícita do princípio do devido processo legal, estabelecido no art. 5º LIV, da Constituição, no seu sentido material ou substantivo. O princípio da proporcionalidade é também chamado de princípio da vedação do excesso.

4.16. Na proporcionalidade, além de obedecer aos requisitos legais e constitucionais do devido processo, seja na função de intérprete, seja na de julgador, o resultado deverá ser adequado, necessário e proporcional, dentro dos seguintes conceitos:

> I - Adequação: a medida alcançada deve ser adequada para a busca dos fins almejados;

> II - Necessidade: verifica-se se não há outra medida menos gravosa para o alcance da finalidade buscada;
>
> III - Proporcionalidade em sentido estrito: efetiva ponderação, em sentido estrito, entre os benefícios e prejuízos advindos da decisão escolhida.
>
> 4.17. A razoabilidade, segundo Virgílio Afonso da Silva, é por vezes confundida com a proporcionalidade, inclusive pelo próprio STF, e traduz-se na
>
> > "exigência de "compatibilidade entre o meio empregado pelo legislador e os fins visados, bem como a aferição da legitimidade dos fins". (...) o conceito de razoabilidade, na forma como exposto, corresponde apenas à primeira das três sub-regras da proporcionalidade, isto é, apenas à exigência de adequação entre meios e fins. A regra da proporcionalidade é, portanto, mais ampla do que a regra da razoabilidade, pois não se esgota no exame da compatibilidade entre meios e fins." (DA SILVA, Virgílio Afonso. O Proporcional e o Razoável. Revista dos Tribunais nº 798. 2002. P. 33-34 e 38)
>
> 4.18. No caso vertente, entende-se que a aplicação de multa atende ao critério de adequação, visto que visa a reprimir conduta considerada ineficiente pelo gestor público; entretanto, não atende aos critérios de necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, visto que a admoestação da Corte e as determinações ao [*omissis*] constituem-se em medida suficientemente pedagógica face às circunstâncias do caso concreto e às exigências da LINDB.
>
> 4.19. Portanto, sopesados esses fatores, sou de opinião de que o presente pedido de reexame deva ser provido, para afastar a multa aplicada ao recorrente.
>
> 11. Nessas condições, a deliberação recorrida merece reparo tendo em vista que para caracterização de "erro grosseiro" é necessária a comprovação de que o responsável agiu com culpa grave e as circunstâncias do caso concreto impedem a caracterização da conduta do recorrente como "erro grosseiro", para os fins do art. 28 da LINDB e do Decreto 9.830/2019. Desta forma, propõe-se conhecer do recurso e, no mérito, dar-lhe provimento, para afastar a sanção de multa aplicada pelo item 9.2 do acórdão recorrido.

124. Odilon Cavallari de Oliveira faz ponderações, no sentido de que o art. 20 da LINDB, em relação ao administrador público, passou a exigir mais

atenção ao planejamento, pois requer que o gestor avalie as consequências práticas das suas decisões, o que, a seu ver, deve ser feito antes da prática do ato administrativo, sob pena de configurar erro grosseiro (OLIVEIRA, 2018a, p. 50):

> Por fim, é de se observar a importante função a ser exercida pelo art. 20 sobre os administradores públicos em momento anterior à tomada de decisão administrativa. Isso porque, ao impor que na esfera administrativa sejam consideradas as consequências práticas da decisão, o art. 20 reforça a essencialidade do planejamento das ações administrativas, a fim de que sejam produzidas consequências desejadas pela Constituição Federal e de modo a se evitar a produção de consequências não admitidas pelo direito. E, ainda nos exatos termos do art. 20, é preciso que esse planejamento não esteja assentado apenas em invocações genéricas de valores abstratos, tais como interesse público ou economicidade, sem a necessária demonstração dos dados empíricos que comprovem as assertivas então feitas.
>
> Diante da ênfase dispensada por esse dispositivo às consequências práticas e, portanto, ao planejamento, é de se concluir que, em leitura combinada do art. 20 com o art. 28, a falta ou deficiência do planejamento configura erro grosseiro e submete os responsáveis às sanções cabíveis, exceto se demonstrarem ter agido amparados por alguma excludente de ilicitude ou de culpabilidade. (grifou-se)

125. O art. 20 da LINDB citado no parágrafo anterior é transcrito a seguir:

> Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018) (Regulamento)
>
> Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

126. Odilon Cavallari de Oliveira também pondera em outro texto que, na doutrina tanto nacional quanto estrangeira, tanto do direito civil quanto do direito penal, o entendimento quase unânime é o de que erro grosseiro é culpa grave, que, por sua vez, é aquela em que o homem médio (comum, de diligência normal) não incorreria (OLIVEIRA, 2018b).

127. Acrescenta-se que a Lei 14.133/2021, art. 73, traz a hipótese de responsabilização por contratação direta indevida, ocorrida com dolo, fraude ou erro grosseiro:

> Art. 73. Na hipótese de contratação direta indevida ocorrida com dolo, fraude ou erro grosseiro, o contratado e o agente público responsável responderão solidariamente pelo dano causado ao erário, sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis.

128. Com base no que foi exposto no Acórdão 1.691/2020-TCU-Plenário, nas considerações de Odilon Cavallari de Oliveira (OLIVEIRA, 2018a; OLIVEIRA, 2018b) e no Decreto-Lei 4.657/1942, ao longo da presente NT, foram formulados entendimentos a respeito de condutas consideradas como erros grosseiros relativas à elaboração do orçamento estimado para contratações de TI.

129. Ressalta-se que os erros grosseiros expostos ao longo desta NT referem-se a irregularidades que se repetem frequentemente, que são de grande impacto nas contratações de bens e serviços de TI e cujas providências necessárias para mitigar sua ocorrência já estão positivadas na legislação, muitas delas há décadas. São erros graves que o TCU tem apontado em processos de controle externo, ao longo do tempo, inclusive nos últimos anos. Adicionalmente, muitos desses erros foram objeto de orientações do TCU no guia de contratação de TI do TCU, publicado em 2012 (BRASIL, TCU, 2012b). Em função do exposto, trata-se de um conjunto de erros inaceitáveis na condução das contratações de TI e dos contratos decorrentes.

130. Desse modo, os erros grosseiros apontados ao longo da presente NT devem ser endereçados por cada organização pública, a partir de sua liderança maior, a alta administração, que é a responsável por estabelecer, manter, monitorar e aprimorar o sistema de gestão de riscos e de controles internos (Decreto 9.203/2017, art. 4º, inciso VI c/c art. 6º, *caput*, e art. 17; e Lei 14.133/2021, art. 11, parágrafo único, e art. 169, *caput* e § 1º).

7 POSSÍVEL RESPONSABILIZAÇÃO DE AGENTES PÚBLICOS POR ORÇAMENTO ESTIMADO MAL ELABORADO

131. Nos subitens a seguir, são tecidas considerações a respeito da responsabilização de alguns agentes com relação a orçamento estimado mal elaborado por erros grosseiros ou não, que, junto com as ponderações sobre erro grosseiro expostas no item 6, servirão de suporte para os enunciados desta NT.

7.1 Possível responsabilização de membros da CPL

132. Nos acórdãos a seguir, é exposto que os membros da Comissão Permanente de Licitação (CPL)[28] e a autoridade competente para homologar o procedimento licitatório não estão isentos de verificar se os preços ofertados estão de acordo com os praticados no mercado: 509/2005-TCU-Plenário, da relatoria do Ministro-Substituto Marcos Bemquerer, voto condutor, parágrafo 13; e 2.136/2006-TCU-Primeira Câmara, da relatoria do Ministro Augusto Nardes, voto condutor, parágrafo 9.

133. Adicionalmente, o voto condutor do Acórdão 3.516/2007-TCU-Primeira Câmara, da relatoria do Ministro Aroldo Cedraz, vai no sentido de que a CPL, o pregoeiro e a autoridade superior devem verificar se houve pesquisa recente de preços junto a fornecedores do bem e se essa pesquisa observou critérios aceitáveis:

> 11. Note-se que a Lei 8.666/93 não define que a responsabilidade pela pesquisa de preço e a elaboração do orçamento incumbem ao responsável pela homologação do procedimento licitatório, à CPL ou ao pregoeiro. Aliás, de outro modo não poderia ser pois é inegável que não teriam condições de realizar esses trabalhos para grande parte dos objetos licitados. Cito a título de exemplo dessas dificuldades, e porque não dizer impossibilidades, a elaboração de projetos ou termos de referência e dos respectivos orçamentos para objetos, no mais das vezes, completamente díspares, tais como aquisição de soluções de TI, prestações de serviços de limpeza e vigilância, execução de obras complexas, bens permanentes e materiais de consumo dos mais diversos tipos.
>
> 12. No mais das vezes, os projetos básicos, os termos de referência, estimativas de preço são elaborados pelas respectivas unidades requisitantes do bem, serviço ou obra, ou por algum outro setor especializado e não necessariamente pela CPL, pregoeiro ou autoridade superior.

> 13. Em verdade, a CPL, o pregoeiro e a autoridade superior devem verificar: primeiro, se houve pesquisa recente de preço junto a fornecedores do bem e se essa observou critérios aceitáveis; segundo, se foi realizada a adequação orçamentária; e, por último, se os preços da proposta vencedora estão coerentes com o orçamento estimado pelo setor competente.
>
> 14. No entanto, não existe nenhum impedimento legal para que a própria CPL, o pregoeiro ou mesmo a autoridade superior, também, realize essas pesquisas, obviamente desde que tenham as condições técnicas para essa finalidade e os seus atos não representem repetição daqueles já efetivados por outros setores. (grifou-se)

134. Observa-se que há, pelo menos, dois aspectos referentes à responsabilização dos membros da CPL com relação ao orçamento estimado da contratação:

1) a execução de atividades na fase interna da licitação que assegurem a elaboração de orçamento estimado e critérios de aceitabilidade adequados, pautados na legislação, na jurisprudência, na doutrina e nas melhores práticas, de modo que o orçamento e os critérios citados retratem os preços de mercado e colaborem para a seleção da proposta mais vantajosa que atenda à necessidade da contratação; e
2) a efetiva verificação da aceitabilidade dos preços na fase externa da licitação, de modo a garantir que os preços aceitos estejam de acordo com os praticados no mercado, mitigando riscos, como sobrepreço e superfaturamento.
3) Para que a fase externa da licitação leve à seleção da proposta mais vantajosa, é necessário que seja efetuado esforço intenso de planejamento, direcionado e fiscalizado por instâncias de governança, como foi exposto no item "5.2. Elaboração de orçamentos estimados no planejamento de cada contratação" e tem sido defendido pelo TCU em inúmeras oportunidades, como no Acórdão 2.622/2015-TCU-Plenário, da relatoria do Ministro Augusto Nardes, e no guia de contratação de TI do TCU (BRASIL, TCU, 2012b). Esse planejamento inclui a elaboração de orçamento estimado no ETP e no TR ou no PB (linha de processos de trabalho marcada com **2** da **Figura 1**), de acordo com extenso regramento e farta jurisprudência que abrangem as atividades citadas.

4) Como é apontado no parágrafo 11 do voto condutor do Acórdão 3.516/2007-TCU-Primeira Câmara, transcrito no parágrafo 133 desta NT, de fato, para diversos objetos da área de TI, é difícil para as pessoas não iniciadas nessa área conduzir atividades que afetam a elaboração do orçamento estimado (*e.g.* execução da pesquisa de mercado, para identificar soluções que possam atender à necessidade da contratação) e desempenhar as atividades de elaboração do orçamento propriamente ditas (*e.g.* identificação de preços de contratações similares de outras organizações públicas, para obter preços úteis para estimar o preço da contratação).

135. A CPL e outros atores da organização pública que fazem parte da cadeia de processos de trabalho das contratações devem buscar a execução adequada das atividades envolvidas na elaboração do orçamento, que são abordadas ao longo desta NT, pois fazem parte da fase interna da licitação. Ou seja, ainda que a CPL não execute diretamente essas atividades, tem a obrigação de verificar se os protocolos adequados foram seguidos na elaboração do orçamento estimado, como, por exemplo:

1) se as quantidades a contratar foram definidas de forma fundamentada (*vide* item 8.6);
2) se somente foram usadas cotações junto a fornecedores, o que, em princípio, não deveria ser feito na maioria das vezes (*vide* itens 8.7 e 8.8);
3) se os preços coletados são muito díspares, isto é, se a dispersão é alta, o que indica que não foi feita análise crítica desses valores (*vide* itens 8.9 e 8.10); e
4) se o orçamento de serviços intensivos em mão de obra, alocada de forma exclusiva ou não à organização pública, foi detalhado (mediante PCFP) e se foi feita análise de fator-K, pois essas atividades são fundamentais para a avaliação da economicidade de serviços (*vide* item 8.2).

138. Nos itens da presente NT que tratam das atividades envolvidas na elaboração do orçamento estimado da contratação, consta a legislação e a jurisprudência pertinente, cujo descumprimento pode levar a irregularidades, as quais podem levar à responsabilização dos atores envolvidos.

139. A propósito, as considerações tecidas ao longo desta NT a respeito das diversas atividades envolvidas na elaboração do orçamento estimado, sintetizadas na **Figura 4** e no item 9, podem servir de insumo para a elaboração de uma lista de verificação (*checklist*) de itens a ser observados pela CPL e por outros atores envolvidos nas contratações de soluções de TI. Essa lista de verificação pode auxiliar os agentes públicos citados a tornar esse procedimento mais consistente, de modo que os mesmos aspectos possam ser observados da mesma forma na elaboração dos orçamentos estimados ao longo do tempo.

140. A partir do exposto, pode-se concluir que, no que concerne aos membros da CPL, a verificação das atividades fundamentais para a elaboração adequada do orçamento estimado e dos critérios de aceitabilidade dos preços é esperada dos membros dessa comissão, que devem ser servidores ou funcionários públicos médios, isto é, comuns, capazes, prudentes e diligentes. Cabe a outros atores, como a alta administração, assegurar que os servidores da CPL apresentem os conhecimentos mínimos para executar essa verificação, que haja quantidade de servidores suficientes para conduzir os diversos processos licitatórios ao encargo da CPL e que os controles internos relativos às atividades de elaboração do orçamento estimado sejam implantados e executados pelos atores envolvidos nas contratações (*vide* parágrafo 156).

141. Há julgados do TCU que vão no sentido de que, embora exista um setor responsável pela elaboração do orçamento estimado de bens e serviços a ser contratados pela Administração, que inclui a pesquisa de preços, a CPL deve verificar se sua elaboração observou critérios aceitáveis, como os acórdãos a seguir: 2.147/2014, voto condutor, parágrafo 7; e 2.318/2017, voto condutor, parágrafo 32; ambos do Plenário do TCU; e 4.464/2017, voto condutor, parágrafo 14; e 4.828/2017, voto condutor, parágrafo 11; ambos da Segunda Câmara do TCU.

142. Quando a CPL não elaborar o orçamento estimado, deve buscar interação com a área responsável por elaborá-lo, como a de TI, para assegurar que

essa área técnica siga os protocolos citados, gerando um orçamento em conformidade com o regramento em vigor e que sirva de suporte para a contratação de solução que atenda à necessidade da contratação.

143. Assim, no caso de irregularidades decorrentes de orçamento estimado de baixa qualidade, além dos servidores que o elaboraram, que podem ser de uma área técnica, como a de TI, os membros da CPL podem ser responsabilizados, bem como outros atores, incluindo ser responsabilizados por erro grosseiro, de acordo com os parâmetros expostos no item "6. Erros grosseiros na elaboração do orçamento estimado".

144. Com relação à atividade de verificar se os preços ofertados estão de acordo com os praticados no mercado, a CPL e outros atores também podem ser responsabilizados em caso de irregularidades, como consta dos acórdãos citados no parágrafo 132, considerando que a verificação da aceitabilidade dos preços é uma atividade intrínseca ao processo de seleção do fornecedor, a cargo da CPL e que também passa pela verificação da autoridade competente para homologar a licitação (*vide* item 7.2).

145. Novamente, esses atores podem e devem contar com o apoio da área técnica que elaborou o orçamento estimado, que pode, por exemplo, atuar em conjunto com a CPL, na verificação da aceitabilidade das propostas, não somente com relação aos preços, mas também com relação a vários aspectos envolvidos na fase externa, como a verificação da conformidade com critérios de habilitação (*e.g.* verificação da adequação de atestados de capacidade técnica) e, em especial, com relação à verificação do atendimento a requisitos técnicos por parte das propostas dos licitantes.

146. Vale enfatizar que a possibilidade de responsabilização solidária por atos praticados pela CPL consta da Lei 8.666/1993, art. 51, § 3º. Na Lei 14.133/2021, é estabelecido o papel do "agente de contratação"[29], designado pela autoridade competente, que conduz a licitação e responde pelos atos que praticar, salvo quando induzido a erro pela equipe de apoio:

> Art. 8º A licitação será conduzida por agente de contratação, pessoa designada pela autoridade competente, entre servidores efetivos ou empregados públicos dos quadros permanentes da Administração Pública, para tomar decisões, acompanhar o trâmite da licitação, dar impulso ao procedimento licitatório e executar quaisquer outras atividades necessárias ao bom andamento do certame até a homologação.
>
> § 1º O agente de contratação será auxiliado por equipe de apoio e responderá individualmente pelos atos que praticar, salvo quando induzido a erro pela atuação da equipe. (grifou-se)

147. O § 2º do mesmo dispositivo traz a possibilidade de o agente de contratação ser substituído por comissão de contratação (art. 6º, inciso L), para licitação que envolva bens ou serviços especiais, cujos membros responderão solidariamente por todos os atos praticados pela comissão:

> § 2º Em licitação que envolva bens ou serviços especiais, desde que observados os requisitos estabelecidos no art. 7º desta Lei, o agente de contratação poderá ser substituído por comissão de contratação formada por, no mínimo, 3 (três) membros, que responderão solidariamente por todos os atos praticados pela comissão, ressalvado o membro que expressar posição individual divergente fundamentada e registrada em ata lavrada na reunião em que houver sido tomada a decisão. (grifou-se)

148. Por fim, o § 3º do dispositivo em tela estabelece que as regras relativas à atuação do agente de contratação e da equipe de apoio serão estabelecidas em regulamento:

> § 3º As regras relativas à atuação do agente de contratação e da equipe de apoio, ao funcionamento da comissão de contratação e à atuação de fiscais e gestores de contratos de que trata esta Lei serão estabelecidas em regulamento, e deverá ser prevista a possibilidade de eles contarem com o apoio dos órgãos de assessoramento jurídico e de controle interno para o desempenho das funções essenciais à execução do disposto nesta Lei.

149. Nos itens a seguir, são citados outros atores que também podem ser responsabilizados por irregularidades decorrentes do orçamento estimado.

7.2 Possível responsabilização da autoridade competente pela homologação do procedimento licitatório

150. Com relação à autoridade que homologa o procedimento licitatório (Lei 8.666/1993, art. 43, inciso VI; Lei 14.133/2021, art. 71, inciso IV; e IN - Seges/ME 73/2022, art. 44), o ato de homologar uma licitação implica ratificar os atos envolvidos, como consta do relatório do Acórdão 509/2005-TCU-Plenário, da relatoria do Ministro-Substituto Marcos Bemquerer:

> 8.6.2 Homologar é ratificar os atos licitatórios, conferindo-lhes aprovação para que produzam os efeitos jurídicos necessários. Quem homologa, antes deve certificar-se da legalidade dos atos praticados.
>
> 8.6.3 Ora, no presente caso, o recorrente homologou o procedimento licitatório em que os preços praticados pelo licitante vencedor estavam superfaturados, daí a sua *culpa in vigilando* e a consequente responsabilidade, subjetiva, pois sem o seu concurso tal licitação não se teria consumado.

151. Dessa forma, a homologação deve envolver a verificação da correção e da legalidade dos atos praticados, funcionando, portanto, como um controle interno de caráter detectivo. Como consta do trecho transcrito, sem a execução adequada do procedimento de homologação, a autoridade competente pode ser responsabilizada por *culpa in vigilando*, pois, com a homologação adequada, irregularidades em licitações não prosperam (*e.g.* sobrepreço).

152. De acordo com a Lei 14.133/2021, art. 71, inciso I, encerradas as fases de julgamento e habilitação, e exauridos os recursos administrativos, o processo licitatório será encaminhado à autoridade superior, que poderá determinar o retorno dos autos para saneamento de irregularidades. Ou seja, a autoridade superior deve verificar o processo de contratação e, se necessário, determinar seu saneamento.

153. Neste ponto, vale citar considerações a respeito da responsabilidade da autoridade responsável pela homologação do certame tecidas no voto do Ministro-Revisor, Ministro Benjamin Zymler, do Acórdão 1.000/2017-TCU-Plenário, da relatoria do Ministro Bruno Dantas, que também constam do parágrafo 53 da Declaração de Voto do Ministro Benjamin Zymler no escopo do Acórdão 1.254/2020-TCU-Plenário, da relatoria do Ministro Aroldo Cedraz:

> 53. Ainda no que tange à alegação do responsável de que a decisão foi tomada com base em pareceres, enfatizo que o parecer técnico não vincula o gestor, que tem a obrigação de examinar sua correção, até mesmo para corrigir eventuais disfunções e, portanto, não afasta, por si só, a responsabilidade da autoridade hierarquicamente superior por atos considerados irregulares, conforme Acórdão 206/2007-Plenário. Principalmente em situações como a que ora se examina, em que vários preços contratuais estavam muito superiores aos de referência do próprio edital elaborado pela [*omissis*], seria exigível que os referidos vícios fossem detectados pelo embargante, por ocasião da homologação do certame licitatório e da assinatura do contrato decorrente.
>
> 54. Vê-se, pois, que o embargante teve conduta omissiva determinante para a ocorrência de superfaturamento no contrato e posterior ocorrência de jogo de planilha, seja porque permitiu preços unitários superiores aos níveis de mercado e, ainda, porque não atentou aos aspectos quantitativos dos itens unitários, que sofreram relevantes modificações. Em particular chamo a atenção para o aumento do quantitativo do item bota-fora, que atingiu o valor de quase 5000% ao longo dos dois aditivos assinados, o que demonstra de forma insofismável a falta de cuidado na aprovação de licitação e contrato contendo projeto básico visceralmente falho.
>
> 55. No âmbito dos processos desta Corte de Contas, a responsabilidade dos administradores de recursos públicos, escorada no parágrafo único do art. 70 da Constituição Federal, segue a regra geral da responsabilidade civil, ou seja, é de natureza subjetiva. São, portanto, exigidos simultaneamente três pressupostos para a responsabilização, quais sejam: (i) o ato ilícito na gestão dos recursos públicos, o que se encontra bem delineado na deliberação embargada; (ii) a conduta dolosa ou culposa e; (iii) o nexo de causalidade entre o dano e o comportamento do agente. Há de ser investigado, ainda, se houve a ocorrência de algum eventual excludente de culpabilidade, tal

como a inexigibilidade de conduta diversa ou a ausência de potencial conhecimento da ilicitude. Todas essas condições encontram-se detalhadamente evidenciadas no acórdão embargado.

56. Enfatizo que não se está a exigir que o dirigente máximo de uma secretaria estadual conferisse detalhadamente todos os preços unitários dos contratos e dos respectivos termos aditivos, mas caberia ao administrador um dever geral de supervisão dos seus subordinados, o que definitivamente não foi apropriadamente realizada pelo Sr. [*omissis*].

57. Em suma, avalio que o Sr. [*omissis*] não teve o padrão de conduta exigido para um administrador público, segundo o critério frequentemente adotado por esta Corte de Contas no exame acerca da existência de culpa, em qualquer uma de suas modalidades, adotando como parâmetro para comparação a conduta esperada de um homem médio, diligente e probo, da qual decorre que o agente público deve agir como se estivesse cuidando dos seus próprios negócios, respondendo pelos danos que vier a causar em decorrência de condutas desidiosas ou temerárias.

58. Um órgão como a [*omissis*] é de natureza eminentemente técnica, de sorte que seu secretário deve contar com conhecimentos e habilidades que lhe permitam escolher os servidores mais adequados para avaliar cada projeto, orientá-los quanto aos aspectos a serem observados e diretrizes a serem seguidas, assim como para revisar os trabalhos que lhe sejam submetidos em maior ou menor grau de minúcia, a depender dos riscos envolvidos em cada etapa da análise.

59. Não se pode considerar a atuação do embargante como uma mera formalidade ou como ato de cunho gerencial não passível de punição por parte do Tribunal, uma vez que se destina a manifestar expressa concordância com as análises técnicas precedentes de seus subordinados, os quais o gestor designou para análise (*culpa in eligendo*) e que tinha o dever de supervisionar (*culpa in vigilando*), chancela sem a qual as irregularidades não poderiam ser levadas a cabo.

60. Portanto, não me perfilo à tese de que o superfaturamento observado nos autos seja de responsabilidade somente dos demais responsáveis arrolados, sem nenhuma implicação do Secretário de Infraestrutura. Até porque existiram falhas que ocorreram de forma reiterada na área técnica responsável pela aprovação dos projetos, orçamentação de obras e análise das propostas das licitantes, as quais poderiam ser prevenidas em nível de

> supervisão. Esse problema, inclusive, já foi algumas vezes observado pelo TCU em fiscalizações realizadas em outros empreendimentos do [*omissis*], que foram geridos pelo Embargante. Como exemplo, pode ser citado o já mencionado Acórdão 302/2017-Plenário e o Acórdão 222/2017-Plenário, em que são investigadas diversas impropriedades em convênios do Ministério dos Transportes com o governo estadual.
>
> 61. Dessa forma, não cabe ao embargante um papel meramente figurativo de referendar atos administrativos, sobretudo eivados de graves irregularidades, bastando, para tal, escudar-se em pareceres favoráveis de instâncias inferiores. Incumbe a essa autoridade exercer o papel de direção, coordenação e supervisão dos trabalhos, corrigindo, se necessário, as graves lacunas ou omissões eventualmente incorridas por seus subordinados, sobretudo aquelas que ostentem flagrante ilegalidade, como a verificada nestes autos. (grifou-se)

154. Além dos julgados citados, a possível responsabilização da autoridade responsável pela homologação do procedimento licitatório por falhas no orçamento estimado consta dos acórdãos a seguir: 2.147/2014, voto condutor, parágrafo 7; 2.318/2017, voto condutor, parágrafo 32; 785/2018, voto condutor, parágrafo 30; 1.372/2019, voto condutor, parágrafo 37; todos do Plenário do TCU; 2.136/2006-Primeira Câmara, voto condutor, parágrafo 9; e 3.516/2007, voto condutor, parágrafos 11-15; ambos da Primeira Câmara; 4.464/2017, voto condutor, parágrafo 14; e 4.828/2017, voto condutor, parágrafo 11; ambos da Segunda Câmara do TCU.

155. A autoridade responsável por homologar a licitação, além de efetuar as verificações necessárias para homologar uma licitação, deve promover a implantação de controles internos preventivos, em linha com o sistema de controles internos promovido pela alta administração, de modo a diminuir a probabilidade de que os atos executados ao longo de uma contratação apresentem irregularidades, ao invés de somente detectar problemas na etapa de homologação e então despender esforço e tempo para corrigi-los. Nesse sentido, parece razoável buscar prevenir ocorrências de irregularidades de maior probabilidade e/ou de maior impacto, ou seja, mitigar os principais riscos. Essa é a tônica do inciso VI do art. 4º e do inciso II do art. 17 do Decreto 9.203/2017, que dispõe sobre a política de governança da administração pública:

> Art. 4º São diretrizes da governança pública:
>
> [..]
>
> VI - implementar controles internos fundamentados na gestão de risco, que privilegiará ações estratégicas de prevenção antes de processos sancionadores;
>
> Art. 17. A alta administração das organizações da administração pública federal direta, autárquica e fundacional deverá estabelecer, manter, monitorar e aprimorar sistema de gestão de riscos e controles internos com vistas à identificação, à avaliação, ao tratamento, ao monitoramento e à análise crítica de riscos que possam impactar a implementação da estratégia e a consecução dos objetivos da organização no cumprimento da sua missão institucional, observados os seguintes princípios:
>
> [...]

156. III - estabelecimento de controles internos proporcionais aos riscos, de maneira a considerar suas causas, fontes, consequências e impactos, observada a relação custo-benefício; e (grifou-se) Entre possíveis controles preventivos, podem ser citados os seguintes:

1) recrutamento de servidores com aptidão para conduzir processos de contratações públicas;
2) capacitação contínua dos servidores envolvidos nesses processos (*vide* Lei 14.133/2021, art. 7º, *caput* e inciso II; e item 9.3.2 do Acórdão 1.007/2018-TCU-Plenário, da relatoria da Ministra Ana Arraes);
3) provimento de estrutura organizacional adequada para essa atividade (*vide* Lei 14.133/2021, art. 11, parágrafo único; Portaria - Seges/ME 8.678/2021, art. 18; e item 9.2.1.3.1 do Acórdão 2.622/2015-TCU-Plenário, da relatoria do Ministro Augusto Nardes);
4) publicação dos normativos necessários (*e.g.* sobre o processo formal de trabalho que define as etapas de planejamento das contratações, *vide* parágrafo 50);
5) exigência da apresentação de evidências do cumprimento de listas de verificação de itens a observar em cada etapa de uma contratação (*e.g.* lista de verificação dos itens que devem constar do ETP), seja licitação, seja contratação direta, incluindo itens relativos ao orçamento estimado da contratação; e

6) revisão dos artefatos de planejamento das contratações por servidor sênior[30], isto é, com maior experiência com contratações de TI, incluindo artefatos relativos ao orçamento estimado (*e.g.* memória de cálculo das quantidades e memória de cálculo das estimativas de preços).

157. Destaca-se que a Lei 14.133/2021, art. 7º, estabelece alguns controles internos relativos à gestão por competências e à designação de agentes públicos para o desempenho das funções essenciais à execução da lei citada.

158. Adicionalmente, o art. 169, incisos de I a III, apresenta aspectos sobre gestão de riscos, controles internos e linhas de defesa. Nesse sentido, a Lei 14.133/2021, em diversos pontos, define a obrigação de haver segregação de funções nos processos de contratação (art. 5º, art. 7º, § 1º, e art. 169, § 3º, inciso II). Além disso, a Portaria - Seges/ME 8.678/2021, que dispõe sobre governança das contratações públicas na APF, inclui ações específicas com relação à gestão de riscos para as contratações públicas (art. 16). Sobre esse tema, vale citar o guia de contratação de TI do TCU (BRASIL, TCU, 2012b), que traz diversos riscos relativos às contratações públicas de TI e respectivas propostas de controles internos para mitigá-los, bem como o trabalho denominado Riscos e Controles nas Aquisições (RCA), que é resultado de levantamento do TCU, no qual foram compilados riscos relativos às contratações públicas em geral (BRASIL, TCU, 2014). O RCA foi aprovado no Acórdão 1.321/2014-TCU-Plenário, da relatoria da Ministra Ana Arraes. A presente NT também traz diversos riscos a considerar nas contratações de TI.

159. Há riscos relativos ao processo de contratação, a ser tratado pelas instâncias de governança e gestão, e riscos referentes a cada contratação, a ser abordados pelas respectivas equipes de planejamento da contratação e pelas respectivas equipes a cargo da gestão dos contratos decorrentes.

160. Um controle interno essencial que deve ser promovido pela autoridade competente pela homologação das licitações está previsto na Lei

8.666/1993, art. 43, inciso IV, que trata da verificação da conformidade das propostas com os requisitos do edital e, conforme o caso, com os preços correntes no mercado ou fixados por órgão oficial competente, ou ainda com os constantes do sistema de registro de preços:

> Art. 43. A licitação será processada e julgada com observância dos seguintes procedimentos:
>
> [...]
>
> IV - verificação da conformidade de cada proposta com os requisitos do edital e, conforme o caso, com os preços correntes no mercado ou fixados por órgão oficial competente, ou ainda com os constantes do sistema de registro de preços, os quais deverão ser devidamente registrados na ata de julgamento, promovendo-se a desclassificação das propostas desconformes ou incompatíveis;

161. Entretanto, ressalta-se que a verificação direta da conformidade de cada proposta com os preços correntes no mercado pode ser difícil de ser feita pela autoridade competente pela homologação da licitação. De qualquer forma, essa autoridade deve garantir que sejam aplicadas as técnicas adequadas para a elaboração do orçamento estimado, conforme é exposto ao longo da presente NT, e que haja evidências da verificação da conformidade das propostas com os requisitos do edital e com os preços correntes no mercado ou fixados por órgão oficial competente, ou ainda com os constantes do sistema de registro de preços.

162. As contratações de bens e serviços de TI, frequentemente, apresentam riscos consideráveis, materialidade expressiva e são relevantes para o alcance dos objetivos e para a condução das operações das organizações públicas. Contudo, vale destacar que, no Decreto 9.203/2017, art. 17, inciso III, é exposto princípio utilizado nos processos de gestão de risco, que é o de implementar controles proporcionais aos riscos identificados (*vide* transcrição feita no parágrafo 155 desta NT). Dessa forma, mitiga-se o risco de haver disfunções burocráticas por excesso de controles internos, no processo de contratação, que está em linha com a diretriz de estabelecer controles compatíveis com o risco que consta do Decreto-Lei 200/1967, art. 14:

> Art. 14. O trabalho administrativo será racionalizado mediante simplificação de processos e supressão de contrôles que se evidenciarem como puramente formais ou cujo custo seja evidentemente superior ao risco.

163. Ou seja, a autoridade competente pela homologação das licitações deve buscar implantar os controles internos que assegurem a elaboração adequada do orçamento estimado na fase interna e a verificação da aceitabilidade dos preços ofertados na fase externa, mas não deve exagerar nos controles, sob pena de emperrar os processos licitatórios.

7.3 Possível responsabilização do parecerista jurídico

164. A verificação da elaboração adequada de orçamento estimado adequado também é obrigação do parecerista jurídico de acordo com o art. 38, parágrafo único, da Lei 8.666/1993, pois esse procedimento é regulamentado em vários normativos e foi objeto de diversos julgados do TCU. Ressaltando que a presente NT apresenta diversos aspectos que devem ser objeto de análise do parecerista jurídico.

165. A Lei 14.133/2021, art. 53, descreve, com mais detalhes, o papel do órgão de assessoramento jurídico, que realizará controle prévio de legalidade mediante análise jurídica da contratação, que inclui a verificação da elaboração adequada do orçamento estimado nas licitações, nas contratações diretas e nas adesões a atas de registro de preços.

166. A unidade de assessoramento jurídico também apoia o agente de contratação, a equipe de apoio, a comissão de contratação e os fiscais e gestores de contratos no desempenho das funções essenciais à execução das contratações e das gestões dos contratos decorrentes (Lei 14.133/2021, art. 8º, § 3º).

167. A responsabilização do parecerista jurídico foi objeto de análise no voto condutor do Acórdão 2.560/2019-TCU-Plenário, da relatoria do Ministro Augusto Nardes:

> 41. Assim como os demais recorrentes, alegou a inexistência de dolo, a vedação à responsabilidade objetiva e a execução integral do objeto contratado. Como já analisado neste voto, não há motivos para que tais argumentos prosperarem, sob os mesmos fundamentos, portanto não os acolho.
>
> 42. Em acréscimo, defende que: i) há imunidade do advogado parecerista; ii) divergências na interpretação de legislação não configuram dolo – liminar favorável do STF e iii) dispositivos legais amparam a excepcionalidade da antecipação de pagamentos.
>
> 43. No que diz respeito à imunidade do parecerista, pontuo que, segundo o entendimento deste Tribunal de Contas, a emissão de parecer jurídico em processos licitatórios contendo irregularidades enseja a responsabilização do parecerista, visto tratar-se de consulta que motiva o ato administrativo, passando a integrá-lo. Nesse espeque, os Acórdãos 362/2018-Plenário, de minha relatoria, 442/2017-Primeira Câmara, rel. Min. Augusto Sherman e 3.745/2017-Segunda Câmara, relator Ministro Aroldo Cedraz. (grifou-se)

168. Dessa forma, caso não haja orçamento estimado adequado, que é uma obrigação legal, o parecerista pode ser responsabilizado. No voto condutor do Acórdão 615/2020-TCU-Plenário, da relatoria da Ministra Ana Arraes, também foi discutida a responsabilização do parecerista jurídico. Nesse caso, a irregularidade apontada foi a ausência de critério de aceitabilidade de preços unitários. O sumário daquele acórdão inclui o seguinte:

> **Sumário:**
>
> [...]
>
> 3. A ausência de critério de aceitabilidade dos preços unitários em editais de licitação para contratação de obra, em complemento ao critério de aceitabilidade do preço global, configura erro grosseiro que atrai a responsabilidade do parecerista jurídico que não apontou a falha no exame das minutas dos atos convocatórios, pois deveria saber, como esperado do parecerista médio, quando as disposições editalícias não estão aderentes aos normativos legais e à jurisprudência sedimentada.

7.4 Possível responsabilização do pregoeiro

169. Como foi exposto nos itens anteriores, julgados do TCU vão na direção de que o pregoeiro, assim como os membros da CPL e a autoridade competente, deve verificar se houve pesquisa recente de preços junto a fornecedores do objeto a contratar e se essa pesquisa observou critérios aceitáveis. Esses julgados incluem os seguintes acórdãos: 2.147/2014, voto condutor, parágrafo 7 - pregoeiro e autoridade que homologa o edital; 2.318/2017, voto condutor, parágrafo 32 - CPL, pregoeiro e autoridade superior; e 785/2018, voto condutor, parágrafo 30 - pregoeiro e da autoridade que homologa o edital; todos do Plenário do TCU; 3.516/2007-TCU-Primeira Câmara, voto condutor, parágrafos 11-14 - CPL, pregoeiro e autoridade superior; 4.464/2017, voto condutor, parágrafo 14 - CPL, pregoeiro e autoridade superior; e 4.828/2017, voto condutor, parágrafo 11 - CPL, pregoeiro e autoridade superior; ambos da Segunda Câmara do TCU.

170. Entretanto, no Acórdão 2.389/2006-TCU-Plenário, da relatoria do Ministro Ubiratan Aguiar, voto condutor, parágrafos 4.1.2 e 4.1.2.1, o relator pondera, no sentido de que os normativos legais que regiam o pregão à época, inclusive o eletrônico, não incluíam, entre as competências do pregoeiro, a elaboração do edital (art. 3º, incisos I e IV, da Lei 10.520/2002; arts. 5º e 14, do Decreto 3.697/2000, e art. 9º, do Anexo 1, do Decreto 3.555/2000), restringindo-se à operacionalização do certame, de modo que não teria responsabilidade sobre atos que teriam ocorrido na fase de planejamento da licitação. O Decreto 10.024/2017, que passou a regulamentar as contratações por pregão, também inclui competências ao pregoeiro, no sentido de operacionalizar o certame, não seu planejamento, como está expresso no seu art. 17, que delimita as atribuições do pregoeiro.

171. Na mesma linha, vai o voto condutor do Acórdão 4.848/2010-TCU-Primeira Câmara, da relatoria do Ministro Augusto Nardes:

> 9. Com razão também a Serur ao afirmar que a jurisprudência desta Corte socorre o recorrente, pois não se responsabiliza o pregoeiro por irregularidade em edital de licitação, tendo em vista que
>
> > "a elaboração deste não se insere no rol de competências que lhe foram legalmente atribuídas, não cabendo, por conseguinte, perquirir a existência de culpa latu sensu, a qual adviria da culpa contra a legalidade, pois os atos vergastados, em primeira instância administrativa, não se mostram maculados pela nódoa da ilegalidade."
>
> 10. Nessa corrente jurisprudencial cito os Acórdãos nºs 1.445/2004-Plenário, 2.289/2006-Plenário, 3.516/2007-1ª Câmara e 201/2006-2ª Câmara, sendo que deste último destaco trechos do Voto condutor, a fim de espancar qualquer dúvida quanto à necessidade de afastar a multa anteriormente imposta ao Sr. [*omissis*], deixando claro que permanece a aplicada ao Sr. [*omissis*], efetivo responsável pela elaboração do edital que continha preços superiores aos de mercado:
>
> > "[...]
> > 11.2.11 Dado que os problemas concentraram-se no citado edital e ao pregoeiro dessa licitação foi imputada a responsabilidade pelos ilícitos, é fundamental, portanto, determinarmos quem é o responsável pela elaboração do edital do pregão e quais as atribuições do pregoeiro.
> >
> > 11.2.12 No tocante ao responsável pelo edital da licitação na modalidade pregão, Jorge Ulisses (ob. Cit. P. 488) leciona o seguinte: 'A lei do pregão não disciplina quem deve elaborar o edital. Na prática há dois entendimentos diferentes e antagônicos: os que entendem que a responsabilidade da elaboração deve competir ao pregoeiro e os que inadimitem essa possibilidade.', conclui então: 'Entre uma e outra posição, mais correta a segunda. (...).' (Destaque do original). Em termos das funções do pregoeiro, Jorge Ulisses, na obra já citada (p. 468), menciona que a função do pregoeiro corresponde a uma função gerencial, pois gerencia um procedimento fortemente regulado em lei.

> 11.2.13 Quanto à elaboração do edital e às atribuições do pregoeiro, Joel de Menezes Niebuhr anuncia o seguinte (ob. Cit. Pp. 68/69): 'Com efeito, o inciso I do artigo 3º da Lei n.º 10.520 prescreve: '(...)'. Em outras palavras, a autoridade competente é a responsável pela fase interna do pregão, pois cabe-lhe definir as cláusulas do edital.' E: 'O pregoeiro é o responsável pela condução da fase externa do pregão, a partir da publicação do edital até a adjudicação do objeto licitado ao vencedor, reunindo em si, praticamente, todas as atribuições conferidas pela Lei n.º 8.666/93 à comissão de licitação. (...).'
>
> [...]
>
> 11.2.15 Ademais, se, a título de perquirição, analisássemos que a ausência de critérios de aceitabilidade dos preços unitários e global no edital do Pregão n.º 12/2001 foi uma afronta à norma legal, teríamos que imputar a multa pertinente ao responsável pela elaboração do edital. Tendo o Recorrente exercido a função de pregoeiro, o qual não define os parâmetros da licitação, apenas a executa, não seria ele a receber a apenação pela irregularidade, por não ser o agente da infração à lei." (ênfase acrescida)

172. No voto condutor do Acórdão 1.372/2019-TCU-Plenário, da relatoria do Ministro Benjamin Zymler, parágrafos 38-40, consta entendimento de ser desarrazoado exigir que o pregoeiro refaça ou reavalie as pesquisas de preços efetivadas pelos setores competentes para isso.

173. Como é destacado no Blog da Zênite (ZÊNITE, 2017), ainda no âmbito da Lei 10.520/2002, nada impede a delegação de atribuições ao pregoeiro no que diz respeito à pesquisa de preços, que faz parte da elaboração do orçamento estimado, o que pode levar à sua responsabilização:

> Atente-se, também, que, ainda que a Lei nº 10.520/02 e os decretos que a regulamentam não arrolem atividades da fase interna, de planejamento da licitação e contratação, como competências do pregoeiro, nada impede a delegação dessas atribuições a esse agente. Isso porque a Lei nº 10.520/02 define normas gerais sobre a modalidade de licitação denominada pregão. A atribuição de com-

> petência para a realização de atos e etapas do processo de contratação pública decorre da fixação de normas afetas à organização interna e à distribuição de competências e atribuições de cada órgão e entidade administrativa.
>
> Daí porque não se entende ilegal que, no âmbito de determinado órgão ou entidade da Administração Pública, normas próprias de organização administrativa atribuam ao pregoeiro o dever de atuar na fase interna do processo administrativo de contratação, realizando a pesquisa de preços ou mesmo elaborando a minuta do edital e do futuro contrato.[2] E, nesse caso, constada a prática de ato ilícito no cumprimento dessas funções, decorrente de ação ou omissão, dolosa ou culposa do pregoeiro, incidem as responsabilidades civil, penal e administrativa sobre o agente.

174. Ou seja, o pregoeiro pode ser responsabilizado por questões relativas à pesquisa de preços se houver a delegação de atribuições sobre esse tema a esse ator.

175. No *caput* do art. 8º da Lei 14.133/2021, consta que a condução da licitação é feita por "agente de contratação", o qual é designado pela autoridade competente entre servidores efetivos ou empregados públicos dos quadros permanentes da APF, para tomar decisões, acompanhar o trâmite da licitação, dar impulso ao procedimento licitatório e executar quaisquer outras atividades necessárias ao bom andamento do certame até a homologação. No § 5º do mesmo artigo, é explicitado que o agente responsável pela condução do certame será designado "pregoeiro". Portanto, infere-se do diploma citado que o pregoeiro é uma instância do gênero "agente de contratação".

176. Entretanto, devido à redação citada do *caput* do art. 8º, não é clara qual é a função do agente de contratação e por quais condutas ele pode ser responsabilizado. Como pondera Jakson Alves, por exemplo, pode-se interpretar que o "agente de contratação" atuaria somente na fase de seleção do fornecedor. Dessa forma, o pregoeiro, como espécie desse gênero, também atuaria essencialmente na condução da fase externa

da licitação. Outra interpretação é a de que o agente de contratação, que inclui o pregoeiro, seria uma espécie de gerente de projetos, de modo que seria responsável por supervisionar todo o processo de contratação desde o planejamento até a homologação do certame, incluindo as fases de planejamento e de seleção do fornecedor (ALVES, 2021).

177. Depreende-se do Decreto 11.246/2022, que dispõe sobre as regras para a atuação do agente de contratação e da equipe de apoio, o funcionamento da comissão de contratação e a atuação dos gestores e dos fiscais de contratos, no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional, que o agente de contratação deve atuar essencialmente na fase externa da licitação e está "desobrigado da elaboração de estudos preliminares, de projetos e de anteprojetos, de termos de referência, de pesquisas de preço". A seguir, são transcritos os §§ 2º e 3º do art. 14 do decreto citado:

> Art. 14. Caberá ao agente de contratação, em especial:
>
> [...]
>
> § 2º A atuação do agente de contratação na fase preparatória deverá ater-se ao acompanhamento e às eventuais diligências para o fluxo regular da instrução processual.
>
> § 3º Na hipótese prevista no § 2º, o agente de contratações estará desobrigado da elaboração de estudos preliminares, de projetos e de anteprojetos, de termos de referência, de pesquisas de preço e, preferencialmente, de minutas de editais. (grifou-se)

178. Em função do exposto, a possível responsabilização do pregoeiro por irregularidades decorrentes do orçamento estimado ainda não é assunto pacificado na jurisprudência do TCU. Adicionalmente, em função dos dispositivos expostos do Decreto 11.246/2022, o agente de contratação, que pode ser interpretado como um gênero da espécie pregoeiro, não teria responsabilidade pela elaboração de artefatos de plane-

jamento da contratação, que incluem o orçamento estimado (TR e PB), deixando explícita a desobrigação da realização de pesquisas de preço. Em razão disso, a possível responsabilização do pregoeiro a respeito de irregularidades na execução de atividades que fazem parte da elaboração do orçamento estimado não consta dos entendimentos desta NT.

7.5 Possível responsabilização de outros agentes

179. Ressalta-se que, no caso das contratações de TI, a autoridade máxima da área de TI[31] aprova e assina o ETP (IN - SGD/ME 1/2019, art. 11, § 2º) e assina o TR ou o PB (IN - SGD/ME 1/2019, art. 12, § 6º). Portanto, a autoridade máxima da área de TI deve verificar a adequação e a legalidade desses artefatos, incluindo a elaboração do orçamento estimado. Dessa forma, essa autoridade também poderá ser responsabilizada por irregularidades nesses artefatos.

180. O mesmo vale para a autoridade competente responsável por aprovar o TR ou o PB (Lei 8.666/1993, art. 7º, art. 2º, inciso I[32]; e IN - SGD/ME 1/2019, art. 12, § 6º).

181. O parágrafo único do art. 11 da Lei 14.133/2021 estabelece uma série de obrigações para a alta administração das organizações públicas no escopo da governança das contratações, incluindo a implantação de processos e estruturas, inclusive de gestão de riscos e controles internos para avaliar, direcionar e monitorar os processos licitatórios e os respectivos contratos, com o intuito de alcançar diversos objetivos, como o relativo ao orçamento estimado (inciso III), e promover um ambiente íntegro e confiável, entre outros fins:

> Art. 11. O processo licitatório tem por objetivos:
>
> I - assegurar a seleção da proposta apta a gerar o resultado de contratação mais vantajoso para a Administração Pública, inclusive no que se refere ao ciclo de vida do objeto;

> II - assegurar tratamento isonômico entre os licitantes, bem como a justa competição;
>
> III - evitar contratações com sobrepreço ou com preços manifestamente inexequíveis e superfaturamento na execução dos contratos;
>
> IV - incentivar a inovação e o desenvolvimento nacional sustentável.
>
> Parágrafo único. A alta administração do órgão ou entidade é responsável pela governança das contratações e deve implementar processos e estruturas, inclusive de gestão de riscos e controles internos, para avaliar, direcionar e monitorar os processos licitatórios e os respectivos contratos, com o intuito de alcançar os objetivos estabelecidos no *caput* deste artigo, promover um ambiente íntegro e confiável, assegurar o alinhamento das contratações ao planejamento estratégico e às leis orçamentárias e promover eficiência, efetividade e eficácia em suas contratações. (grifou-se)

182. Adicionalmente, a alta administração é responsável pela implementação das práticas relativas ao controle das contratações estabelecidas no art. 169 da Lei 14.133/2021.

183. A Portaria - Seges/ME 8.678/2021 também estabelece os objetivos expostos no art. 11 da Lei 14.133/2021, definindo que a governança das contratações públicas tem por função assegurar o alcance desses objetivos e que a alta administração deve implementar e manter mecanismos e instrumentos de governança das contratações públicas:

> Objeto e âmbito de aplicação
>
> Art. 1º Esta Portaria dispõe sobre a governança das contratações públicas no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional.
>
> § 1º A alta administração dos órgãos e entidades de que trata o *caput* deve implementar e manter mecanismos e instrumentos de governança das contratações públicas em consonância com o disposto nesta Portaria.
>
> [...]
>
> Objetivos
>
> Art. 3º Os objetivos das contratações públicas são:
>
> I - assegurar a seleção da proposta apta a gerar o resultado de contratação mais vantajoso para a Administração Pública, inclusive no que se refere ao ciclo de vida do objeto;
>
> II - assegurar tratamento isonômico entre os licitantes, bem como a justa competição;
>
> III - evitar contratações com sobrepreço ou com preços manifestamente inexequíveis e superfaturamento na execução dos contratos;
>
> IV - incentivar a inovação e o desenvolvimento nacional sustentável.
>
> Função
>
> Art. 4º A governança nas contratações públicas tem por função assegurar o alcance dos objetivos de que trata o art. 3º. (grifou-se)

184. Assim, a alta administração pode ser responsabilizada por não executar ações de governança no sentido de estabelecer controles internos que mitiguem o risco de contratações com sobrepreço ou com preços manifestamente inexequíveis.

8
ASPECTOS A CONSIDERAR NA ELABORAÇÃO DO ORÇAMENTO ESTIMADO DA CONTRATAÇÃO

185. Neste item, é abordado um conjunto não exaustivo de aspectos relativos à elaboração do orçamento estimado, que inclui as atividades básicas a seguir:

1) pesquisa de mercado, para definir que tipo de solução deverá ser contratada (*vide* item 8.4);
2) definição das quantidades necessárias (*vide* item 8.6);
3) pesquisa de preços (*vide* item 8.3) a partir de várias fontes (*vide* item 8.7), com a cotação excepcional de preços junto a fornecedores (*vide* item 8.8);
4) análise crítica dos preços coletados na pesquisa de preços (*vide* itens 8.9 e 8.10);
5) definição e execução das formas de cálculo sobre os preços levantados e execução do cálculo para obter os preços estimado (*e.g.* média dos preços) (*vide* item 8.11);
6) detalhamento do orçamento estimado, no caso de serviços intensivos em mão de obra, alocada de forma exclusiva ou não (*vide* item 8.2); e
7) documentação de todas essas atividades (*vide* item 8.15).

186. Também é necessário executar outras atividades diretamente relacionadas com a elaboração do orçamento estimado, como:

1) padronização de objetos a contratar (*vide* item 8.5);
2) definição de critérios de aceitabilidade de preços, que pode incluir a definição de preços máximos (*vide* item 8.12); e
3) definição de publicar ou não o orçamento estimado como anexo do edital (*vide* item 8.13), entre outras.

187. As atividades citadas estão sintetizadas na **Figura 4**.

Figura 4

Atividades que fazem parte do procedimento de elaborar o orçamento estimado e atividades relacionadas

Fonte: elaboração própria.

188. Foram levantados aspectos que tivessem potencial de levar a entendimentos sobre a elaboração do orçamento estimado nas contratações de TI.

189. Ressalta-se que, na legislação sobre a matéria, os termos "orçamento estimado", "pesquisa de mercado" e "pesquisa de preços" são frequentemente tratados como sinônimos, o que torna desafiadora a compreensão dos conceitos envolvidos. Adicionalmente, como assinala Marçal Justen Filho (JUSTEN FILHO, 2021, p. 354, item 24): "A Lei 14.133/2021 adota, de modo indiferente, as expressões 'valor previamente estimado' e 'orçamento estimado'". O mesmo autor destaca que o art. 23 se refere a "valor estimado", enquanto o art. 24 se refere a "orçamento estimado" (JUSTEN FILHO, 2021, p. 379, item 1).

190. Os aspectos expostos a seguir servirão de suporte ao item "9. Proposta de procedimento formal para elaborar o orçamento estimado de uma contratação", de modo que a organização pública produza uma memória da elaboração do orçamento estimado que inclua as evidências e as motivações das atividades executadas, sintetizadas na **Figura 4**.

8.1 Obrigatoriedade da elaboração do orçamento estimado da contratação

191. Como se depreende do item "5. Contextualização dos orçamentos estimados nas contratações públicas", a obrigatoriedade da elaboração do orçamento da contratação em diversos momentos consta de vários dispositivos da legislação que rege a matéria, incluindo a elaboração do ETP e do TR ou do PB. Lembrando que o orçamento estimado inclui a definição das quantidades, dos preços unitários e do valor global da contratação (*vide* parágrafo 12 desta NT).

192. Vale salientar que essa obrigação também se aplica às contratações diretas, como assinalado no Acórdão 3.506/2009, da relatoria do Ministro Valmir Campelo, itens 1.5.1.7 e 1.5.1.9.

193. Entretanto, orçamento estimado mal elaborado é uma irregularidade recorrente em processos de controle externo sobre contratações, inclusive de TI, como foi sinalizado no parágrafo 29 desta NT, e consta dos acórdãos a seguir: 1.100/2007, item 9.2.2.3; 952/2013, diversos itens, como o 9.1.1.2; 423/2020, itens 9.4.1-9.4.5 e 9.4.7-9.4.9; e 915/2020, voto condutor, parágrafo 10; todos do Plenário do TCU; 5.262/2008, item 9.6.4; e 3.506/2009, item 1.5.1.7; ambos da Primeira Câmara; e 861/2004, item 1.1.3; e 2.809/2008, item 2.3.4; ambos da Segunda Câmara. O TCU também prolatou acórdãos nesse sentido dirigidos a entes integrantes do chamado Sistema "S"[33].

194. Além disso, o TCU detectou situações em que a organização pública solicitou cotação de preço a empresa do mercado e adotou-a como orçamento estimado, isto é, a organização pública não elaborou orçamento estimado, que era sua obrigação, como consta do voto condutor do Acórdão 952/2013-TCU-Plenário, da relatoria do Ministro José Jorge:

> 12. De fato, demonstrou-se que a orçamentação realizada pelos órgãos fiscalizados limita-se à consulta de empresas fornecedoras as quais possuem interesse direto no fornecimento de bens e serviços para o órgão contratante. Não refletem, necessariamente, os preços de mercado.

> 13. Essa impropriedade é agravada quando se verifica que, nas contratações diretas, a estimativa da administração pública é o próprio orçamento apresentado pelas empresas contratadas, a exemplo do acontecido na [*omissis*].

195. Destaca-se que, ainda que não haja sobrepreço ou superfaturamento, a falta de orçamento estimado confiável é uma irregularidade grave, inclusive nas contratações diretas, pois, além de ser obrigatório esse orçamento, sua ausência expõe a organização pública a diversos riscos, tais como o impedimento da execução adequada das seguintes atividades (*vide* Apêndice II, seção "Atividades que são afetadas pelo orçamento estimado"):

1) verificação da viabilidade da licitação no âmbito do ETP, o que pode levar a contratação inviável, com o consequente desperdício de tempo, esforço e recursos financeiros da organização pública (*vide* parágrafos 53-56 desta NT);
2) adequação orçamentária, o que pode levar à alocação excessiva de recursos financeiros (se o preço vencedor for muito menor que o estimado), que, se combinar com a ausência de tempo hábil para utilizar os recursos excedentes em outras contratações (*e.g.* se a licitação se encerrar no fim do ano), pode resultar na não utilização desses recursos (*vide* parágrafo 17);
3) estabelecimento de critérios de habilitação referentes ao valor do capital mínimo exigido ou do patrimônio líquido, ou ainda da garantia de execução, os quais podem limitar a competição;
4) análise da aceitabilidade de preços, o que pode levar à aceitação de preços inexequíveis ou com sobrepreço, este último podendo ter como consequência o superfaturamento, inclusive nas contratações diretas; e
5) negociação do preço ofertado com o licitante provisoriamente vencedor ou com o fornecedor a ser contratado de forma direta, o que pode levar a sobrepreço e superfaturamento.

196. Com relação às irregularidades na elaboração do orçamento estimado de uma contratação de TI, é importante ressaltar que a responsabilização pode não recair somente sobre os agentes públicos envolvidos diretamente no planejamento da contratação (*e.g.* membros da equipe de planejamento da licitação[34]). Como foi exposto no item "7. Possível responsabilização de agentes públicos por orçamento estimado mal elaborado", também pode atingir outros agentes, como a autoridade máxima da área de TI, a autoridade responsável por aprovar o TR ou o PB, os membros da CPL, a autoridade responsável por homologar a licitação e o parecerista jurídico.

197. Com base nos aspectos tratados no presente subitem, no item "6. Erros grosseiros na elaboração do orçamento estimado" e no item "7. Possível responsabilização de agentes públicos por orçamento estimado mal elaborado", foi formulado o seguinte entendimento, considerando-se como erro grosseiro a ausência de orçamento estimado nas contratações públicas de bens e serviços de TI:

Entendimento 2

Nas contratações públicas de bens e serviços de TI, sejam licitações, sejam contratações diretas, ainda que não haja sobrepreço ou superfaturamento, a ausência de orçamento estimado no estudo técnico preliminar ou no termo de referência ou projeto básico é uma irregularidade que leva ao planejamento deficiente da contratação, representando erro grosseiro nos termos do Decreto-Lei 4.657/1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), art. 28, pois trata-se de erro grave, decorrente de imprudência, imperícia ou negligência, bem como erro manifesto, evidente e indesculpável para um servidor público médio, isto é, comum, capaz, prudente e diligente, de modo que os agentes públicos incumbidos de sua elaboração, a autoridade máxima da área de TI, a autoridade responsável por aprovar o termo de referência ou o projeto básico, os membros da CPL, a autoridade responsável por homologar a licitação e o parecerista jurídico, podem responder, pessoalmente, por suas decisões ou opiniões técnicas, sendo, assim, possível a aplicação das sanções previstas na Lei 8.443/1992, de acordo com o grau de culpabilidade do agente, em especial se a contratação em análise for de alto risco, relevância ou materialidade, considerando-se as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado as ações desses agentes no caso concreto, conforme o art. 22, § 1º, do Decreto-Lei 4.657/1942, assegurando-se o contraditório e a ampla defesa.

8.2 Necessidade de detalhamento do orçamento estimado e das propostas de preços dos licitantes em contratações de serviços intensivos em mão de obra

198. O orçamento a ser estimado pela organização pública para a contratação de serviços deve ser detalhado para que a organização tenha segurança a respeito dos custos e dos preços envolvidos na contratação. Adicionalmente, as propostas de preços dos licitantes também devem ser detalhadas, como é exposto a seguir.

8.2.1 Orçamento estimado detalhado pela organização pública em contratação por resultados

199. A seguir é apresentado excerto da Nota Técnica - Sefti/TCU 6/2010 - versão 1.3, que trata da "contratação por resultados" [35] (BRASIL, TCU, 2015):

> 2. O Tribunal de Contas da União (TCU) tem firmado jurisprudência no sentido de que contratações de serviços de TI remuneradas pela disponibilidade de mão de obra são conflitantes com o princípio da eficiência, entre outros preceitos legais, visto que estimulam o fornecedor a consumir mais horas remuneradas de trabalho do que seria necessário para alcançar o resultado contratado, o que é ineficiente e antieconômico. Esse problema foi denominado "paradoxo do lucro-incompetência", descrito originariamente no Voto condutor do Acórdão 1.558/2003-TCU-Plenário. Por essa razão, o TCU tem orientado a APF a, sempre que possível, contratar serviços de TI remunerados com base apenas nos resultados apresentados, e não na disponibilidade dos trabalhadores terceirizados. Nesse sentido, destacam-se os Acórdãos 786/2006 e 2.471/2008, ambos do Plenário.
>
> 3. Ao contrário das aquisições de bens, em que a avaliação das entregas é direta e objetiva, nas contratações de serviços a avaliação das entregas depende de mecanismos mais elaborados para que a Administração possa verificar o cumprimento dos requisitos contratuais. Por esse motivo, têm-se desenvolvido formas mais objetivas de avaliar a prestação de serviços para fins de remuneração do fornecedor. (grifou-se)

200. Assim, a jurisprudência do TCU tem tratado, há muitos anos, das chamadas "contratações por resultados", em oposição às contratações somente por esforço, evitando-se o chamado "paradoxo do lucro-incompetência". As "contratações por resultado" encontram-se positivadas em dispositivos da IN - SGD/ME 1/2019:

> Art. 18. O Modelo de Execução do Contrato deverá contemplar as condições necessárias ao fornecimento da solução de TIC, observando, quando possível:
>
> [...]
>
> IV - forma de pagamento, que será efetuado em função dos resultados obtidos; e
>
> [...]
>
> Art. 19. O Modelo de Gestão do Contrato, definido a partir do Modelo de Execução do Contrato, deverá contemplar as condições para gestão e fiscalização do contrato de fornecimento da solução de TIC, observando:
>
> [...]
>
> III - fixação dos valores e procedimentos para retenção ou glosa no pagamento, sem prejuízo das sanções cabíveis, que só deverá ocorrer quando a contratada:
>
> a) não atingir os valores mínimos aceitáveis fixados nos critérios de aceitação, não produzir os resultados ou deixar de executar as atividades contratadas; ou
>
> [...]
>
> ANEXO
> DIRETRIZES ESPECÍFICAS DE PLANEJAMENTO DA CONTRATAÇÃO
>
> [...]
>
> 3. CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS DE DESENVOLVIMENTO, SUSTENTAÇÃO E MANUTENÇÃO DE *SOFTWARE*:
>
> [...]
>
> 3.2. Todas as atividades inerentes ao ciclo de vida de desenvolvimento e manutenção de *software* devem estar incluídas na métrica de pagamento em função dos resultados e produtos entregues, abstendo-se a Administração do pagamento por atividades já incluídas no escopo dos serviços aferidos pela métrica, como levantamento de requisitos e reuniões, exceto nos casos de interrupção do projeto de *software* por parte do órgão. (grifou-se)

201. Entretanto, como sinalizado no terceiro parágrafo da NT - Sefti/TCU 6/2010 (transcrito no parágrafo 199 da presente NT), ao contrário do que ocorre com bens, especialmente os contratados com maior frequência (*e.g.* microcomputadores), precificar serviços e verificar se foram prestados adequadamente pode ser desafiante. Nessas contratações, são estimados preços para produtos a ser desenvolvidos ou serviços a ser prestados no escopo de relacionamento, com grande assimetria de informações entre a organização pública e o contratado. Por exemplo, ainda não é trivial elaborar orçamentos estimados de serviços como *service desk*, desenvolvimento de *software* e operação de infraestrutura, pois envolvem o contexto da organização contratante (*e.g.* atores da organização pública, *softwares* utilizados por ela ou linguagens de desenvolvimento adotadas) e não costumam existir medidas consagradas que possibilitem vincular, com exatidão e precisão, os serviços prestados com a remuneração adequada da empresa, ainda que se possam estabelecer parâmetros de nível mínimo de serviço exigido (NMSE)[36].

202. Neste ponto, vale citar as ponderações que constam do relatório do Acórdão 2.037/2019-TCU-Plenário, da relatoria do Ministro-Substituto Augusto Sherman, acerca de contratações de serviços baseadas em Unidades de Serviços Técnicos (UST) (*vide* item "8.6.4.1. UST" desta NT), expondo que o uso dessa medida elevou o risco de antieconomicidade, seja pela dificuldade de precificar o valor da UST, seja por não se estimar, corretamente, o quantitativo de UST de cada serviço previsto. Assinala-se que não faz sentido remunerar o contratado por valor muito acima de seus custos, mais encargos e lucro, pois o uso da UST não autoriza o abandono do princípio da economicidade:

> 130. Os fatos expostos nos parágrafos anteriores demonstram que a utilização da métrica UST, independente da fórmula utilizada, elevou o risco de antieconomicidade das contratações. Seja por dificuldade de precificar o valor adequado da UST, seja por não estimar corretamente o quantitativo de UST (esforço, complexidade, fator de ponderação ou qualquer outra variável) de cada serviço previsto, ou até mesmo por não fiscalizar adequadamente a execução contratual.

> 131. Quanto à precificação do valor da UST, uma técnica que ajudaria os gestores serem mais assertivos quanto ao preço mais adequado da UST seria a elaboração da planilha de custos e formação de preços, ainda que não se trate de prestação de serviço com dedicação de mão de obra exclusiva. Afinal não faz sentido remunerar a prestadora de serviços muito acima de seus custos efetivos acrescidos de encargos e margem de lucro. A mudança de paradigma para pagamento vinculado a resultados utilizando a métrica UST, não significa que foi dada autorização para que fosse abandonado o princípio da economicidade.
>
> 132. Ressalte-se que esta técnica deveria ser utilizada tanto na fase de planejamento da contratação quanto na análise da vantajosidade da renovação contratual.
>
> 133. É preciso destacar que não se trata de propor mudança do modelo de contratação medida em UST para posto de trabalho, mas da utilização, no caso de contratações que ainda se encontram em fase de planejamento, das informações contidas no catálogo de serviço previsto (esforço em horas, complexidade, fator de ponderação, perfis dos profissionais, quantidade de vezes que cada serviço será demandado). A partir dessas informações, seria possível calcular quantos profissionais e quais os respectivos perfis que seriam necessários para execução do contrato e, com base em pesquisa salariais, seria calculado o desembolso total mensal e anual da contratação e por fim, de posse desse valor, o preço unitário estimado da UST. (grifou-se)

203. Dessa forma, como os serviços de TI, muitas vezes, são intensivos em mão de obra, alocada de forma exclusiva ou não à organização pública[37], uma maneira de contornar a dificuldade de estimar o preço desses serviços consiste no levantamento dos perfis dos profissionais envolvidos, com suas respectivas quantidades estimadas com base no histórico que a organização pública tenha com relação ao serviço a contratar ou mediante alguma referência que lhe forneça essas informações, incluindo seus respectivos salários de mercado e encargos envolvidos (*e.g.* INSS, FGTS, 13º salário, indenizações), bem como levantar, junto a empresas prestadoras, quais são os outros custos envolvidos (*e.g.* com licenças de *software*, alocação de *link* de comunicação por parte do contratado). Com esses dados, a organização pública pode, então, elaborar o orçamento estimado, que deve ser detalhado em PCFP e chegar ao valor global da contratação.

204. Mediante o item 9.1.3.9 do acórdão citado (2.037/2019-TCU-Plenário), o TCU recomenda à SGD/ME que avalie a conveniência e a oportunidade de normatizar e/ou orientar os órgãos e as entidades sob sua supervisão a fim de que, em licitações que utilizem a medida UST ou similares, o licitante provisoriamente vencedor forneça planilha de custo e formação de preço à Administração juntamente com a proposta de preços, pois contribui para mitigar o risco de sobrepreço. Adicionalmente, o item 9.1.3.10 do mesmo acórdão expõe que o valor estimado e contratado deve ser compatível com a planilha de custo e formação de preço, a ser elaborada na fase de planejamento da contratação, com o fito de calcular o valor estimado da contratação e estabelecido no TR ou no PB.

205. Por fim, nas situações em que não haja uma medida que permita a vinculação da execução do serviço com a remuneração do contratado, não se vislumbra empecilho para utilizar um modelo misto, em que:

1) precifique-se com base nos custos envolvidos (*e.g.* preços de postos de trabalho e licenças de *software*) mais o lucro, de acordo com uma PCFP, cuja economicidade seja verificada por análise de fator-K; e
2) seja definido modelo de gestão do contrato que se paute no alcance de resultados que levem ao atendimento da necessidade da contratação, como no atingimento de NMSE.

8.2.2 Obrigatoriedade de detalhamento do orçamento estimado de serviços pela organização pública

8.2.2.1 Detalhamento do orçamento estimado nas licitações regidas pela Lei 8.666/1993

206. A Lei 8.666/1993 traz comando específico sobre a elaboração de orçamento estimado detalhado de serviços em planilhas que expressem os componentes de custo a incidir na formação dos preços unitários (composições analíticas de preços, de encargos sociais e de BDI), por parte da organização pública promotora do certame, que pode consis-

tir em uma ou mais planilhas que detalhem os preços estimados dos serviços, incluindo as quantidades previstas. A inobservância desse dispositivo implica a nulidade dos atos ou dos contratos realizados e a responsabilização dos responsáveis:

> Art. 7º As licitações para a execução de obras e para a prestação de serviços obedecerão ao disposto neste artigo e, em particular, à seguinte seqüência:
>
> [...]
>
> § 2º As obras e os serviços somente poderão ser licitados quando:
>
> [...]
>
> II - existir orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os seus **custos unitários**;
>
> § 4º É vedada, ainda, a inclusão, no objeto da licitação, de fornecimento de materiais e serviços sem previsão de quantidades ou cujos **quantitativos** não correspondam às previsões reais do projeto básico ou executivo. [lembrando que a definição de quantidades faz parte do orçamento estimado]
>
> [...]
>
> § 6º A infringência do disposto neste artigo implica a nulidade dos atos ou contratos realizados e a responsabilidade de quem lhes tenha dado causa. (grifou-se)

207. A Lei 8.666/1993 também traz outro comando sobre a elaboração do orçamento estimado, no sentido de elaborar planilhas de quantitativos e preços unitários, sem especificar se envolve contratação de serviço:

> Art. 40. O edital conterá no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte:
>
> [...]
>
> § 2º Constituem anexos do edital, dele fazendo parte integrante:
> [...]
>
> II - orçamento estimado em planilhas de **quantitativos** e **preços unitários**; (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994) (grifou-se)

208. Neste ponto, vale esclarecer que a redação dos dispositivos da Lei 8.666/1993 transcritos levam à distinção entre os conceitos de preço e custo. Na presente NT, considera-se como "custo" o gasto que a empresa fornecedora incorre para gerar determinado produto ou serviço, incluindo custos com recursos humanos, insumos, encargos sociais, impostos e BDI. Portanto, os custos são elementos que formam o preço unitário de algum item da solução oferecida juntamente com o lucro.

209. Ressalta-se que, como se pode observar na transcrição feita no parágrafo 206, na Lei 8.666/1993, há o art. 7º, § 2º, inciso II, que se refere a "orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os seus **custos** unitários" para a contratação de serviços, como consta do *caput* do art. 7º. Nesta NT, este dispositivo é interpretado como o orçamento detalhado dos preços unitários dos itens dos serviços, pois refere-se à planilha ou às planilhas que detalham os custos envolvidos em cada preço unitário relativo a cada item da solução a contratar baseada em serviços, considerando que cada preço unitário do serviço pode ser composto por custos unitários mais o lucro. A IN - Seges/ME 5/2017 denomina esse orçamento de "Planilha de Custos e Formação de Preços" (Anexo I - Definições, item XV):

> XV - PLANILHA DE CUSTOS E FORMAÇÃO DE PREÇOS: documento a ser utilizado para detalhar os componentes de custo que incidem na formação do preço dos serviços, podendo ser adequado pela Administração em função das peculiaridades dos serviços a que se destina, no caso de serviços continuados.

210. Esta expressão, "Planilha de Custos e Formação de Preços" (PCFP), também consta da Lei 14.133/2021, art. 135, § 6º. Em acórdãos do TCU, é comum usar a expressão "Demonstrativo de Formação de Preços" (DFP), como ocorre no Acórdão 265/2010-TCU-Plenário, da relatoria do Ministro Raimundo Carreiro, item 9.1.13.

211. A IN - Seges/ME 5/2017 detalha como efetuar a PCFP no seu Anexo VII-D. Em razão do grau de detalhamento inerente a esse orçamento, não se espera que ele faça parte da documentação que embasa o PCA ou o ETP, de modo que faz mais sentido elaborá-lo somente no escopo do TR ou do PB e no âmbito das repactuações contratuais.

212. O art. 40, § 2º, inciso II, da Lei 8.666/1993 (transcrição no parágrafo 207), trata do "orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários", que é interpretado nesta NT como o orçamento a ser elaborado para as contratações em geral (bens e serviços), isto é, o orçamento não detalhado dos quantitativos e dos preços unitários, como consta da Decisão 189/1997-TCU-Plenário, da relatoria do Ministro-Substituto José Antônio Barreto de Macedo, item 1.1. O orçamento não detalhado refere-se somente à apresentação dos seguintes elementos básicos: quantitativos de cada item, preços unitários de cada item (sem detalhamento), valor de cada item (quantitativo do item X preço unitário do item) e valor global da contratação (soma dos valores de todos os itens) (*vide* parágrafo 12 desta NT).

213. Assim, fica evidente serem usadas duas expressões na Lei 8.666/1993 que se confundem: "orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os seus custos unitários" (art. 7º, § 2º, inciso II - *vide* parágrafo 206) e "orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários" (art. 40, § 2º, inciso II - *vide* parágrafo 207).

214. Além disso, cita-se o art. 6º, inciso IX, da Lei 8.666/1993, no qual é expresso que o PB serve para avaliação do custo (e do preço) da contratação. Um dos elementos do PB é justamente o "orçamento detalhado do custo global da obra" (art. 6º, inciso IX, alínea "f"), "fundamentado em quantitativos de serviços e fornecimentos propriamente avaliados", que é interpretado nesta NT como o orçamento referido no art. 40, § 2º, inciso II, ou seja, o orçamento não detalhado dos preços unitários, que deve ser acompanhado do orçamento detalhado, no caso de serviços, em função do art. 7º, § 2º, inciso II. Como esse item do PB é obrigatório para todas as contratações (o "orçamento detalhado do custo global da obra"), se for interpretado como o orçamento detalhado de todos os custos, então todas as contratações, incluindo de bens de TI, teriam de apresentar detalhamento dos preços unitários, o que não faz sentido.

215. Também constam dispositivos sobre o orçamento estimado da contratação na IN - SGD/ME 1/2019, na qual é feita referência às "estimativas de preço da contratação":

> Art. 12. O Termo de Referência ou Projeto Básico será elaborado pela Equipe de Planejamento da Contratação a partir do Estudo Técnico Preliminar da Contratação, incluindo, no mínimo, as seguintes informações:
>
> [...]
>
> VIII - estimativas de preços da contratação, conforme art. 20;
>
> [...]
>
> Art. 20. A estimativa de preço da contratação deverá ser realizada pelo Integrante Técnico com o apoio do Integrante Administrativo para elaboração do orçamento detalhado, composta por preços unitários e de acordo com a Instrução Normativa SLTI/MP nº 5, de 27 de junho de 2014, e suas atualizações, que versa sobre o procedimento administrativo para a realização de pesquisa de preços para a aquisição de bens e contratação de serviços em geral.
>
> § 1º A estimativa de preço derivada exclusivamente de propostas de fornecedores somente deverá ser utilizada mediante justificativa, nos casos em que não for possível obter preços de contratações similares de outros entes públicos ou do Painel de Preços.
>
> § 2º A pesquisa de preço descrita no parágrafo anterior deverá considerar, sempre que possível, os valores praticados diretamente pelos fabricantes.

216. Entende-se que a "estimativa de preço da contratação", constante dos arts. 12 e 20 da IN - SGD/ME 1/2019, refira-se ao "orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários" (Lei 8.666/1993, art. 40, § 2º, inciso II), ou seja, o orçamento não detalhado, que, no caso de serviços, deve ser acompanhado da PCFP em função da Lei 8.666/1993, art. 7º, § 2º, inciso II. O exposto é sintetizado na **Figura 5.**

Figura 5

Níveis de detalhamento do orçamento estimado na Lei 8.666/1993

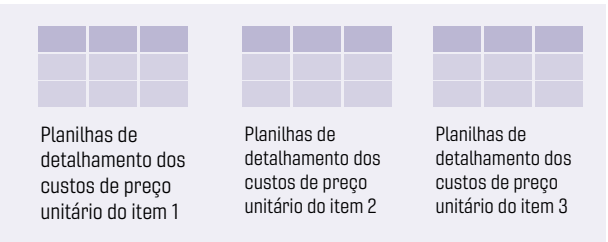
Orçamento estimado e planilha de quantitativos e preços unitários

Orçamento não detalhado (Lei 8.666/1993, art. 40, § 2º, inciso II)

Nº	Item	Unid.	Quant.	Valor unitário (R$) 1	Valor do item (R$)
1	Central de serviços de gerenciamento técnico, operação e sustentação de infraestutura de TIC	Mês	12	100.000,00	1.200.000,00
2	Serviço de gerenciamento técnico e sustentação de operações de TIC	Mês	12	50.000,00	600.000,00
3	Serviço de gerenciamento técnico e sustentação de bancos de dados	Mês	12	80.000,00	960.000,00
-	**Total**	-	-	-	**2.760.000,00**

Orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os seus custos unitários

Planilha de custos e formação de preços - Lei 8.666/1993, art. 7º, § 2º, inciso II)



Observação: Preços Fictícios

Fonte: elaboração própria.

217. Pode-se arguir que, na Lei 10.520/2002, não há comandos análogos ao art. 7º, § 1º, inciso II, da Lei 8.666/1993. Entretanto, exatamente pelo fato de a Lei do Pregão não conter disciplinamento próprio sobre este tema (exigência de detalhamento dos preços nas contratações de serviços), que é indispensável para avaliar e comparar propostas nas contratações de diversos serviços de TI, deve-se utilizar o art. 9º da Lei 10.520/2002 sobre a aplicação subsidiária da Lei 8.666/1993 para a modalidade pregão. Lembrando que a Lei 10.520/2002, art. 3º, inciso III, somente faz referência a "orçamento, elaborado pelo órgão ou entidade promotora da licitação", sem qualificá-lo.

218. Como consta do voto condutor do Acórdão 792/2008-TCU-Plenário, da relatoria do Ministro Benjamin Zymler, a ausência do detalhamento dos orçamentos tem sido reiteradamente considerada por esta Corte de Contas como uma irregularidade grave, uma vez que o detalhamento tem importância capital para a escolha da proposta mais vantajosa, permitindo a formação de juízo crítico sobre a adequação do preço estimado em relação àquele praticado no mercado, bem como possibilita prever, com acuidade, o volume de recursos orçamentários necessários:

> 5. A unidade técnica apontou a existência das seguintes irregularidades graves:
>
> a) ausência de planilhas orçamentárias de quantitativos e preços unitários nos projetos básicos elaborados, o que contraria o disposto nos arts. 7º, § 2º, II, e 40, § 2º, II, da Lei nº 8.666/1993;
>
> b) aprovação pelo Conselho de Administração da Manaus Energia da contratação, por inexigibilidade de licitação, de serviços de conversão de 10 motores Wartsila da termelétrica Mauá-Planta 'W' para queima de gás natural, pelo valor total de R$ 87.500.000,00 (oitenta e sete milhões e quinhentos mil reais), sem a observância dos requisitos previstos nos arts. 25, I, e 26 da Lei nº 8.666/1993 e sem o orçamento detalhado dos custos, em desacordo com o disposto nos arts. 6º, IX, 'f', e 7º, § 2º, II, da Lei nº 8.666/1993.
>
> 6. A mencionada ausência de planilhas orçamentárias detalhadas, a par de violar disposições legais, impede a formação de juízo crítico sobre a adequação do preço estimado pela Manaus Energia àquele que é praticado no mercado. Ademais, essa ausência impossibilita prever com acuidade o volume de recursos orçamentários que serão necessários. Finalmente, cabe ressaltar que a ausência dessas planilhas tem sido reiteradamente considerada por esta Corte de Contas como uma irregularidade grave, uma vez que a exigência de orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição dos custos unitários possui importância capital para a escolha da proposta mais vantajosa. Essa exigência é complementada pelo disposto no inciso X do art. 40 da Lei nº 8.666/1993, o qual dispõe que o edital conterá critério de aceitabilidade dos preços unitário e global, conforme o caso, permitida a fixação de preços máximos e vedada a fixação de preços mínimos, de critérios estatísticos ou de faixas de variação em relação a preços de referência, ressalvado o disposto nos parágrafos 1º e 2º do art. 48 dessa Lei - os quais se referem às propostas inexequíveis. Com fulcro nessas considerações, concordo com o entendimento esposado pela unidade técnica no sentido de que restou configurada uma irregularidade apta a ensejar a paralisação da liberação de recursos para esse Programa de Trabalho. (grifou-se)

219. No relatório do Acórdão 509/2015-TCU-Plenário, da relatoria do Ministro-Substituto Marcos Bemquerer, que trata de licitações com o uso da UST, também é feita consideração a respeito da falta de detalhamento do orçamento, que dificulta a comparação com outras contratações semelhantes, e que a falta de clareza do objeto e das condições de medição pode trazer prejuízo à organização pública:

> 39. A análise da economicidade de uma contratação pressupõe que os objetos a serem comparados sejam similares e que as métricas utilizadas para definir os preços possuam detalhamento suficiente que permita sua comparação com outras contratações semelhantes. Constata-se, porém, que a contratação em tela não possui a composição dos custos unitários que possibilite o cotejamento com outros certames e que a falta de clareza na definição do objeto e nas condições de medição dos serviços pode trazer prejuízo ao órgão. (grifou-se)

220. No Acórdão 2.063/2017-Primeira Câmara, da relatoria do Ministro-Substituto Weder de Oliveira, itens 9.3 e 9.4.1, é exposto que a ausência do orçamento detalhado do objeto, em afronta ao inciso II do § 2º do art. 7º da Lei 8.666/1993, além de inviabilizar a avaliação das propostas quanto aos preços unitários, possibilita, entre outras distorções, a ocorrência de "jogo de planilha", ainda mais em certame do tipo "menor preço global", no qual a disputa ocorre, exclusivamente, pelo valor global.

221. Em adição, outros julgados do TCU também ressaltam a necessidade do detalhamento do orçamento estimado da organização pública na contratação de serviços: Acórdãos 220/2007, item 9.2.4; 1.091/2007, item 9.1.8; 546/2008, item 9.1.1; 2.471/2008, item 9.1.6; 265/2010, item 9.1.13; 1.200/2010, item 9.1.2[38]; 46/2012, item 9.5; 2.823/2012, item 9.1.2; 2.827/2014, item 9.1; 2.037/2019, item 9.1.3.10; 915/2020, relatório, excerto do relatório da unidade técnica (Sefti), parágrafo 70, e voto condutor, parágrafo 10; 1.508/2020, itens 9.1.1.1 e 9.1.3.2; e 1.850/2020, item 9.4.3; todos do Plenário do TCU; 3.506/2009-TCU-Primeira Câmara, itens 1.5.1.7 e 1.5.1.9; e 5.966/2018-TCU-Segunda Câmara, item 9.3.1.

222. No relatório do Acórdão 1.850/2020-TCU-Plenário, da relatoria do Ministro-Substituto Augusto Sherman, sobre contratação de manutenção de aeronaves, que traz excerto do relatório da unidade técnica (SecexDefesa), foi discutido que os preços usados na estimativa apresentavam grande dispersão devido, entre outros fatores, à ausência de decomposição dos custos do material de consumo:

> 222. A diferença entre a menor proposta e a maior proposta é de U$$ 8.572,36, maior do que o valor médio calculado. Já o desvio padrão que mede a dispersão dos valores individuais em torno da média é de 3.390,60.
>
> 223. Essa distorção nos valores orçados é causada, entre outros fatores, pela ausência da decomposição dos custos do material de consumo, o que torna essa estimativa imprecisa e impossibilita a avaliação, pela administração, de sua compatibilidade com os preços de mercado.
>
> 224. Considera-se pertinente o argumento de que empresas distintas poderiam utilizar materiais distintos para realizar o mesmo serviço, contudo, entende-se não ser razoável utilizar disso para afastar a elaboração de um orçamento aproximado dos materiais a serem empregados no referido serviço, ainda mais se considerarmos a experiência da Dirmab na área de manutenção de aeronaves. O que se verifica no caso em análise é uma **completa ausência do detalhamento do custo dos materiais.**
>
> 225. Em que pese o custo dos materiais de consumo representar 2% do custo total, isso não afastaria a exigência de se decompor esse custo. A abertura desses custos, inclusive, guarda estrita correlação com princípio constitucional da publicidade, expresso no art. 3 da Lei 8.666/1993, possibilitando, assim, tanto o controle externo quanto o controle social.

223. Ressalta-se que, em acompanhamento realizado em 2020, que envolveu 73 editais e resultou no Acórdão 915/2020-TCU-Plenário, da relatoria do Ministro-Substituto André de Carvalho, a ausência de PCFP foi apontada no relatório como uma das principais irregularidades identificadas:

> V. Principais irregularidades identificadas ao longo do acompanhamento:
>
> 70. Os editais e TR que foram analisados durante o acompanhamento apresentam indícios de irregularidades semelhantes, podendo-se destacar os riscos de: sobrepreço, restrição à competitividade, quantitativos excessivos, pesquisa de preços limitada a fornecedores e ausência de planilha de formação de preços. (grifou-se)

224. Vale salientar que, sem o detalhamento das planilhas de preços, ficam inviabilizadas as análises com base em "fator-K", que auxiliam a análise da economicidade do orçamento estimado pela organização pública e das propostas de preços dos licitantes (*vide* item "8.2.2.3. Análise de fator-K" desta NT).

225. Um apoio que pode ser dado pelos OGS aos seus jurisdicionados é o oferecimento de modelos de PCFP para os serviços mais disseminados, tais como *service desk*, desenvolvimento de *software* e operação de infraestrutura, além de fatores-K de referência para os serviços de TI.

226. No caso das contratações com predominância de mão de obra, com ou sem a sua dedicação exclusiva, é fundamental haver o detalhamento do orçamento, como foi exposto para as contratações baseadas em UST (parágrafos 202 e 219). Entretanto, para a contratação de serviços de TI que se assemelham a *commodities (e.g.* contratação de *links* de comunicação), o detalhamento dos preços pode ser difícil de obter-se ou desnecessário para a aferição da sua economicidade quando os preços de mercado puderem ser comparáveis sem o seu detalhamento. A Lei 8.666/1993 não apresenta o direcionamento no sentido de efetuar PCFP somente para contratações em que haja dedicação exclusiva ou predominância de mão de obra, diferentemente do que ocorre na Lei 14.133/2021 (*vide* item 8.2.2). Nessas situações, a aplicação do entendimento estabelecido no item 9.1.17.2 do Acórdão 1.214/2013-TCU-Plenário, da relatoria do Ministro Aroldo Cedraz, pode ser adequada, pois utiliza-se o indicador que guarde a maior correlação possível com o segmento econômico em que estejam inseridos tais insumos ou materiais usados nesses serviços (*vide* item 5.3.1. Manutenção da vantajosidade da contratação de serviços contínuos).

227. Dessa forma, em princípio, nas contratações regidas pela Lei 8.666/1993, deve ser feito o detalhamento do orçamento de serviços, como está disposto no art. 7º, § 2º, inciso II, e os agentes públicos responsáveis devem somente dispensá-lo de forma motivada, nos casos em que a natureza do objeto torne inviável ou desnecessário efetuar esse detalhamento. Nesse

ponto, vale citar o teor do item 9.4.1 do Acórdão 1.750/2014-TCU-Plenário, da relatoria do Ministro-Substituto Augusto Sherman:

> 9.4.1. elaborar orçamentos estimados em planilhas de quantitativos e de preços unitários quando do lançamento das licitações, a fim de balizar o julgamento das propostas com os preços vigentes no mercado e de possibilitar a seleção da proposta mais vantajosa, de acordo com o art. 2º do Regulamento de Licitações da entidade, somente dispensando-a, motivadamente, naquelas contratações em que a natureza do seu objeto torne inviável ou desnecessário tal detalhamento; (grifou-se)

228. Em suma, a PCFP serve para três funções básicas:

1) verificar a economicidade da contratação;
2) viabilizar a repactuação, por permitir efetuar a análise de variação dos custos dos contratos; e
3) viabilizar a análise de fator-K na contratação do serviço e em repactuações.

229. Por fim, vale explicitar que, mesmo que se aplique o entendimento do item 9.1.17 para as prorrogações-renovações de contratação de determinado serviço contínuo com regime de dedicação exclusiva de mão de obra ou predominância de mão de obra (*vide* item "5.3.1. Manutenção da vantajosidade da contratação de serviços contínuos"), o detalhamento dos custos do serviço é obrigatório na contratação (Lei 8.666/1993, art. 7º, § 2º, inciso II) e necessário para avaliar a sua economicidade. Se o entendimento citado não for aplicado para serviço contínuo com regime de dedicação exclusiva de mão de obra ou predominância de mão de obra, a PCFP é fundamental para viabilizar as repactuações (Lei 14.133/2021, art. 135, § 6º).

8.2.2.2 Detalhamento do orçamento estimado nas licitações regidas pela Lei 14.133/2021

230. De acordo com a Lei 14.133/2021, o ETP e o TR devem conter a estimativa do valor da contratação, acompanhada dos preços unitários referenciais

(art. 18, § 1º, inciso VI - estimativa do valor da contratação no ETP, e art. 6º, inciso XXIII, alínea "i" - estimativas do valor da contratação no TR). Essa estimativa deve ser feita para todas as contratações, incluindo bens e serviços. Dessa forma, interpreta-se nesta NT que os "preços unitários referenciais" são os preços não detalhados dos itens a contratar.

231. As estimativas de preço que constam do ETP e do TR devem ser acompanhadas das respectivas quantidades a contratar, pois, do contrário, não seria possível calcular o valor da contratação (*vide* parágrafo 12). As quantidades, os preços unitários referenciais e o valor da contratação constituem o orçamento estimado da contratação. Portanto, os orçamentos que constam do ETP e do TR são não detalhados, pois os custos que compõem esses preços não são explicitados.

232. Como foi exposto no item "5.3.1. Manutenção da vantajosidade da contratação de serviços contínuos" desta NT, na Lei 14.133/2021, no dispositivo relativo à definição do conceito de "repactuação" (art. 6º, inciso LIX) e em outros dispositivos (art. 25, § 8º, inciso II, e art. 92, § 4º, inciso II), é explicitado que a repactuação se aplica a serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra ou predominância de mão de obra, por meio da análise da variação dos custos contratuais. Adicionalmente, é explicitado no art. 135, § 6º, da mesma lei, que se utiliza PCFP na repactuação:

> Art. 135. Os preços dos contratos para serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra ou com predominância de mão de obra serão repactuados para manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, mediante demonstração analítica da variação dos custos contratuais, com data vinculada:
>
> [...]
>
> § 6º A repactuação será precedida de solicitação do contratado, acompanhada de demonstração analítica da variação dos custos, por meio de apresentação da planilha de custos e formação de preços, ou do novo acordo, convenção ou sentença normativa que fundamenta a repactuação. (grifou-se)

233. Lembrando-se que os custos relativos à mão de obra podem ser reajustados conforme acordo coletivo das categorias envolvidas, se houver (*vide* item "5.3.1. Manutenção da vantajosidade da contratação de serviços contínuos").

234. Infere-se do dispositivo transcrito que é necessária a apresentação da PFCP na contratação do serviço pelo licitante vencedor, pois, do contrário, não haverá como comparar os custos vigentes no momento da contratação com os apresentados pelo contratado em momentos posteriores, quando requerer repactuações.

235. Os níveis de detalhamento dos orçamentos da contratação previstos na Lei 14.133/2021 podem ser sintetizados na **Figura 6**.

Figura 6

Níveis de detalhamento do orçamento estimado na Lei 14.133/2021

Orçamentos estimados no ETP e no TR com preços unitários referenciais

Orçamentos não detalhados (Lei 14.133/2021, art.18,6°, inciso XXIII, alínea "i" - TR)

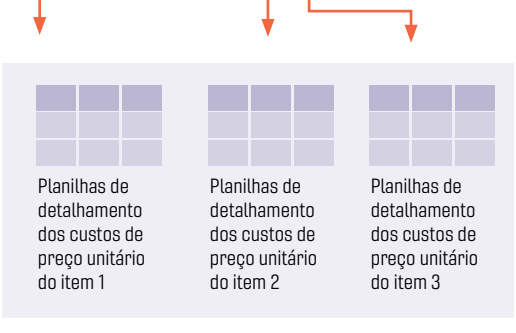
N°	Item	Unid.	Quant	Valor unitário (R$) 1	Valor do item (R$)
1	Central de serviços de gerenciamento técnico, operação e sustentação de infraestutura de TIC	Mês	12	100.000,00	1.200.000,00
2	Serviço de gerenciamento técnico e sustentação de operações de TIC	Mês	12	50.000,00	600.000,00
3	Serviço de gerenciamento técnico e sustentação de bancos de dados	Mês	12	80.000,00	960.000,00
-	**Total**	-	-	-	**2.760.000,00**

Planilha de Custos e formação de preços

Orçamento detalhado, necessário para viabilizar

1. a análise da economicidade da contratação, que inclui a análise de fator K;
2. as análises de economicidade das repactuações, mediante a análise da variação dos custos contratuais de serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra ou predominância de mão de obra

(Lei 14.133/2021, art.6°, inciso LIX, art. 25, 8° inciso II, art. 92, 4°, inciso II e art. 135, 6°)



Observação: Preços Fictícios

Fonte: elaboração própria.

236. Assim, a PCFP é necessária para serviços contínuos em que houver regime de dedicação exclusiva de mão de obra ou predominância de mão de obra, para viabilizar futuras repactuações.

237. Ressalta-se que, no caso de serviços com regime de dedicação exclusiva de mão de obra ou predominância de mão de obra, é fundamental que seja utilizada a PCFP para a análise da economicidade no momento da contratação, que inclui a análise de fator-K, como é exposto nos parágrafos 218-229 do item 8.2.2.1 e no item 8.2.2.3.

238. É importante destacar que, na Lei 14.133/2021, foi positivado o detalhamento do orçamento de serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra ou predominância de mão de obra por intermédio da PCFP, para viabilizar a análise da variação dos custos contratuais. Entretanto, há serviços de TI que também podem apresentar regime de dedicação exclusiva de mão de obra ou predominância de mão de obra, mas não são serviços contínuos, como contratações relativas a projetos, incluindo contratações para desenvolvimento de *softwares* específicos ou para construção de portais de organizações públicas. Nesses casos, também há a necessidade do detalhamento do orçamento da organização pública e dos orçamentos dos licitantes contidos em suas propostas de preços, para avaliar a economicidade da contratação e da proposta vencedora mediante as análises de PCFP e de fator-K, embora não se aplique o instituto da repactuação. Trata-se de tema que poderá ser abordado em julgados do TCU quando forem examinados os casos concretos.

8.2.2.3 Análise de fator-K

239. Conforme consta do parágrafo 20 do voto do relator do Acórdão 1.508/2020-TCU-Plenário, Ministro-Substituto André de Carvalho, o fator-K é um "indicador de economicidade da contratação, calculado pela divisão do preço total da contratação pela soma do salário total dos profissionais atuantes na prestação dos serviços".

240. A análise de fator-K pode ser usada como um controle interno, para mitigar os riscos de sobrepreço e consequente superfaturamento, como se depreende do relatório do Acórdão 1.508/2020-TCU-Plenário, que traz excerto do relatório da unidade técnica (Sefti) (Achado III.3, parágrafos 59, 60.3-60.7). Esse julgado refere-se à auditoria de conformidade realizada em diversas organizações públicas federais, com o objetivo de avaliar, especificamente em aquisições baseadas em UST, se a execução contratual assegura critérios capazes de aferir pagamentos por resultados a preços razoavelmente condizentes. Considerações a respeito da análise de fator-K levaram ao item 9.1.1.3 do acórdão citado. A análise de fator-K também foi feita no escopo do Acórdão 289/2018-TCU-Plenário, também da relatoria do Ministro-Substituto André de Carvalho, item 9.1, sobre tomada de contas especial relativa à contratação para a prestação do serviço de locação de mão de obra, na função de auxiliar técnico de informática.

241. A análise com base no fator-K é uma boa prática para avaliar a economicidade da contratação. Portanto, não é uma obrigação legal. Ressalta-se que é uma prática consagrada, usada há décadas. Na Nota Técnica nº 2/2018/CGAC/CISET/SG-PR, é feito comentário a respeito do fator-K, também chamado de "fator de economicidade" no texto citado:

> 132. Assim, esse fator de economicidade é um cálculo simples que permite o gestor perceber se o custo do profissional está compatível com custo real desse profissional pela empresa. Além de permitir que o seu preço de referência por posto de trabalho no edital esteja compatível com os contratos praticados no âmbito da Administração, poderá verificar se os contratos vigentes em cada órgão atendem o critério economicidade.

242. A análise de fator-K pode ocorrer, pelo menos, em três momentos:

1) no planejamento da contratação, de modo a verificar a economicidade do orçamento planejado pela organização pública;
2) na fase de seleção do fornecedor, de modo a verificar a economicidade da proposta do licitante provisoriamente vencedor; e

3) ao longo da execução contratual, de modo a verificar a economicidade da contratação nas repactuações (*vide* parágrafo 85) e sempre que se considerar conveniente.

243. Esse controle interno é especialmente útil para a análise de economicidade ao longo de contratos, com formas de quantificação que dificultam a análise de economicidade, como a UST (*vide* "8.6.4.1. UST" desta NT), pois o modelo de execução do contrato é baseado em fórmulas matemáticas cujos resultados somente são claros ao longo da execução contratual.

244. Ao detectar valores excessivos cobrados pelos serviços ao longo da execução contratual (*vide* situação relatada no parágrafo 100 desta NT), a equipe responsável pela gestão do contrato deve buscar a negociação dos valores contratados e, no caso de insucesso, buscar o distrato, pois os cálculos dos valores das OS geram valores com sobrepreço que podem culminar em superfaturamento. Adicionalmente, deve-se buscar o ressarcimento dos valores superfaturados e a penalização dos agentes públicos envolvidos e da empresa contratada. Lembrando que o particular também pode ser responsabilizado em caso de superfaturamento (*vide* parágrafo 629).

245. Ao ser acionado para efetuar a negociação e rever os valores do contrato, o contratado pode invocar o princípio da segurança jurídica, previsto na Lei 9.784/1999 (Lei do Processo Administrativo), art. 2º, *caput*, e na Lei 14.133/2021, art. 5º e 169, § 1º, alegando a alteração de regras estabelecidas em contrato. Entretanto, não há que se mencionar a ausência de segurança jurídica se o contrato apresentar mecanismos que produzem sobrepreço, resultando em superfaturamento, contrariando:

1) a vantajosidade da contratação, o que pode levar ao distrato (Lei 8.666/1993, art. 3º, *caput*; e Lei 14.133/2021, art. 11, inciso I, art. 18, inciso VIII, art. 32, § 1º, incisos VIII e X, art. 44, art. 61, *caput*, art. 75, § 3º, art. 169, § 1º, e art. 337-O);

2) a sua economicidade (Constituição Federal, art. 70, *caput*; Lei 8.666/1993, art. 12, inciso III, art. 15, inciso IV; e Lei 14.133/2021, art. 5º); e
3) o interesse público (Lei 9.784/1999, art. 2º, *caput*; Lei 8.666/1993, art. 12, inciso II, art. 58, inciso I; Lei 10.520/2022, art. 3º, incisos I e II; e Lei 14.133/2021, art. 5º, art. 6º, inciso XX, art. 18, inciso I, art. 1º, inciso I, art. 104, inciso I, art. 137, inciso VIII, art. 147, art. 148 e art. 171, § 1º, inciso II).

246. Nesse ponto, vale citar o entendimento que consta da jurisprudência selecionada do TCU:

> Quando a equação econômico-financeira inicial se assenta em bases antieconômicas, ocorre violação ao princípio da economicidade desde a origem contratual. Nesse caso, não há que se falar em ato jurídico perfeito nem em direito adquirido à manutenção de situação lesiva aos cofres públicos.
>
> Acórdão 2007/2017-Plenário | Relator: BENJAMIN ZYMLER
>
> ÁREA: Contrato Administrativo | TEMA: Equilíbrio econômico-financeiro | SUBTEMA: Avaliação
>
> Outros indexadores: Economicidade

247. O relator do acórdão do qual esse entendimento foi extraído faz ponderações a respeito da dificuldade de os contratos apresentarem equilíbrios perfeitos entre as partes e de a correção de contratos só se justificar se houver violação à norma legal e ao princípio da economicidade, como em razão de preço excessivo frente ao mercado ou a estipulação de condições antieconômicas:

> 60. Nesse quadro, em que o equilíbrio econômico-financeiro inicial se assentou em bases ilegitimamente antieconômicas, não há qualquer direito dos particulares a sua preservação, na medida em que o anexo contratual não se consumou segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou. Considerando o descumprimento do princípio da economicidade desde a origem contratual, não há que se falar em ato jurídico perfeito nem em direito adquirido à manutenção de situação lesiva aos cofres da Petrobras.
>
> 61. Nesse ponto, julgo importante fazer apenas um pequeno reparo à análise da SeinfraPetróleo. Segundo a unidade técnica, "a análise aponta pressupostos iniciais desfavoráveis à [*omissis*], fazendo-se premente a correção desse documento para correção de vícios do contrato".

> 62. O fato de um contrato ser eventualmente desfavorável a uma das partes não implica a sua corrigibilidade. Isso porque é praticamente impossível que a distribuição de "excedentes de bem-estar", em um contrato, se situe exatamente no ponto de equilíbrio, de forma que as partes – vendedor e comprador - tenham exatamente o mesmo ganho de utilidade.
>
> 63. A comutatividade do contrato, ou seja, a absoluta equivalência das obrigações, constitui ficção jurídica que apenas circunstancialmente pode acontecer no mundo real. Para que um contrato seja considerado equivalente e, portanto, válido quanto a esse aspecto, basta que a obrigação de uma parte não seja manifestamente desproporcional ao valor da obrigação oposta nem implique um enriquecimento sem causa. Dessa forma, não é todo e qualquer desequilíbrio que implica lesão e, por conseguinte, a possibilidade de anulação do contrato.
>
> 64. No que tange à jurisdição desta Corte de Contas, a correção de contratos só se justifica se houver violação à norma legal e ao princípio da economicidade, neste caso, em razão de preço excessivo frente ao mercado ou a estipulação de condições antieconômicas – como por exemplo, a escolha de soluções de engenharia menos econômicas, quando há sabidamente soluções igualmente viáveis mais baratas. A última opção decorre da aplicação, na jurisdição de contas, do princípio do não enriquecimento sem causa e da boa-fé contratual.

248. Ressaltando que a Lei 8.666/1993, art. 58, inciso I, e a Lei 14.133/2021, art. 104, inciso I, conferem à Administração a prerrogativa de modificar, unilateralmente, os contratos para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado.

249. Por fim, as análises de fator-K aplicam-se a serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra ou predominância de mão de obra, tanto na contratação como em repactuações. Na verdade, as análises de fator-K também podem ser aplicadas a serviços não contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra ou predominância de mão de obra (*e.g.* para um projeto de desenvolvimento de *software*).

250. Os OGS podem apoiar seus jurisdicionados na definição de qual fator-K ou qual faixa de fatores-K é considerada aceitável para determinado serviço de TI.

8.2.3 Necessidade de detalhamento das propostas de preços dos licitantes em contratações de serviços

251. O orçamento produzido pela organização pública e as informações que lhe dão suporte poderão ser disponibilizados às empresas interessadas, para que possam elaborar o detalhamento de suas propostas de preços. A questão da publicação ou não do orçamento estimado no edital de licitação é tratada no item "8.13. Publicação ou não do orçamento estimado no instrumento convocatório".

252. O edital de licitação pode exigir dos licitantes o mesmo detalhamento do orçamento estimado pela organização pública, incluindo composições analíticas dos preços. De acordo com a Lei 8.666/1993, art. 40, inciso VI, o edital de licitação indicará, obrigatoriamente, a forma de apresentação das propostas dos licitantes.

253. A exigência de detalhamento das propostas de preços dos licitantes consta da Decisão 189/1997-TCU-Plenário, item 1.1, e dos seguintes acórdãos: 67/2000, item 8.4.3.1; 1.045/2006, item 9.2.3.3; 220/2007, item 9.2.3; 265/2010, item 9.1.13; 1.200/2010, item 9.1.2[39]; 662/2011, item 9.7.2; 2.823/2012, item 9.1.2; 2.037/2019, item 9.1.3.9; 915/2020, relatório, excerto do relatório da unidade técnica (Sefti), parágrafos 26, 29, 32, 34 e 70; 1.508/2020, item 9.1.3.2; todos do Plenário do TCU; e 5.966/2018-TCU-Segunda Câmara, item 9.3.1.

254. No escopo do Acórdão 662/2011-TCU-Plenário, da relatoria do Ministro Ubiratan Aguiar, foi contestada a exigência de detalhamento da proposta de preços dos licitantes, o que foi refutado no relatório, que traz excerto do relatório da unidade técnica (Secex-SE), item 2.2.3, citando diversos acórdãos do TCU sobre a exigência do orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os seus custos unitários, em cumprimento ao disposto no inciso II do § 2º do art. 7º da Lei nº 8.666/93, possibilitando, consequentemente, a aferição, a contento, dos BDI:

O Sr. [*omissis*] alega que a exigência da apresentação, por parte dos licitantes, do orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os seus custos unitários, não é uma exigência cabível a eles por se tratar de fase interna do procedimento, pois, segundo o defendente, a Lei nº 8.666/93 determina que para que se realize a licitação é que serão exigidos tais orçamentos por parte da Administração apenas, e que para os licitantes caberia apenas apresentar as planilhas de preços.

Não assiste razão ao responsável na medida em que afasta a obrigatoriedade, por parte dos licitantes, na apresentação do orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os seus custos unitários, pois é dever da Administração exigir deles, juntamente com seus orçamentos de preços unitários, essas planilhas, em cumprimento ao disposto no inciso II do § 2º do art. 7º da Lei nº 8.666/93, possibilitando, consequentemente, a aferição, a contento, dos BDIs. Esse é o entendimento esposado no subitem 1.1 da Decisão TCU nº 189/97 – Plenário.

A fim de corroborar com a afirmação acerca da necessidade de apresentação por parte dos licitantes do orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os seus custos unitários, conforme reza o inciso II do §2º do art. 7º da Lei nº 8.666/93, passa-se a apresentar, em colação, outros arestos mais recentes deste Tribunal que se coaduna e reforça a tese defendida, *verbis*:

> '8.4.3.1 - exija dos licitantes planilhas que expressem a composição dos preços unitários, relativos aos orçamentos apresentados, em cumprimento ao inciso II do § 2º do art. 7º da Lei n. 8.666/93, possibilitando a aferição dos BDIs (bonificações, ou lucros, e despesas indiretas);' (Acórdão TCU nº 67/2000 – Plenário; grifo nosso)
>
> '9.2.3.3. exija dos licitantes, juntamente com seus orçamentos de preços unitários, planilhas que expressem a composição de custos dos mesmos, de modo a permitir a aferição, a contento, dos respectivos BDIs, em cumprimento ao disposto no art. 7º, § 2º, inciso II, da Lei 8.666/93;' (Acórdão TCU nº 1045/2006 – Plenário; grifo nosso)
>
> '9.1.2. inclua no orçamento-base e exija das licitantes em suas propostas a composição de preços unitários de todos os serviços;' (Acórdão TCU nº 1200/2010 – Plenário; grifo nosso) (grifou-se)

255. Lembrando que o BDI (bonificações, ou lucros, e despesas indiretas) é um percentual aplicado sore o custo direto, como consta do voto condutor da Decisão 255/1999-TCU-Primeira Câmara, da relatoria do Ministro Walton Alencar Rodrigues:

> Conceitualmente, o BDI é definido como "um percentual aplicado sobre o custo direto para se chegar ao preço de venda a ser apresentado ao cliente e tem a seguinte fórmula: PV=PC x (1+BDI), sendo PV=Preço de Venda e PC=Custo Direto.
>
> O valor do BDI é, portanto, apresentado como uma fração do custo direto..." (Maçahico Tisaka, Revista do TCMG, jan/mar 1996).
>
> Os custos diretos são os gastos feitos diretamente na obra ou serviço. São despesas com insumos, materiais de construção, mão-de-obra utilizada, leis sociais e subempreiteiros.

256. Explanação sobre o conceito de BDI foi feita por André Luiz Mendes e Patrícia Reis Leitão Bastos (MENDES; BASTOS, 2001).

257. Adicionalmente, o detalhamento da proposta de preços do contratado é fundamental para a verificação da conformidade de cada proposta com os preços correntes no mercado (Lei 8.666/1993, art. 43, inciso IV; e Lei 14.133/2021, art. 6º, incisos LVI e LIX, art. 23, art. 59, inciso III, art. 86, § 2º, inciso II, e § 6º), mitigando-se o risco de aceitar preços unitários e global com sobrepreço, que, na execução contratual, possam levar a superfaturamento. Como foi observado no parágrafo 201, ainda não é trivial precificar serviços como *service desk*, desenvolvimento de *software* e operação de infraestrutura, de forma a vincular a entrega de produtos e serviços com a remuneração adequada. A dificuldade de estimar os preços nesses casos é potencializada por fatores como:

1) a assimetria de informações entre as organizações públicas e as empresas fornecedoras, de modo que as organizações públicas, muitas vezes, não têm conhecimento de como os preços são formados para que as empresas entreguem determinados produtos e serviços; e
2) o uso de medidas não padronizadas que ainda apresentam grande obs-

1.508/2020-TCU-Plenário, da relatoria do Ministro-Substituto André de Carvalho, parágrafo 14, é uma medida de caráter abstrato, sem correspondência com grandezas do mundo real (*e.g.* uma UST não tem correspondência com homens-hora de profissional de determinado perfil). Dessa forma, as organizações públicas não têm ideia de por que uma UST custa determinado valor em um contrato específico, lembrando que um custo relevante para a formação do preço de um serviço é o do conjunto de salários das pessoas que o executarão. Adicionalmente, o uso de UST está atrelado à organização pública que a aplica (*e.g.* determinado serviço em um contrato pode corresponder a três UST no catálogo de serviços e, em outro contrato de outra organização pública, pode corresponder a dez UST no respectivo catálogo de serviços). Dessa forma, as UST de contratos diferentes são incomparáveis. Ademais, em diversos contratos, há o uso de multiplicadores relativos a diferenças de complexidade dos serviços, que são apresentados pelas organizações públicas sem fundamentação, o que torna o uso da UST mais obscuro. Como resultado, as OS de contratos da APF podem ser precificadas com valores absurdos, como consta do parágrafo 100 desta NT.

258. As organizações públicas têm usado a UST para dar alguma objetividade às contratações por resultados, mas essa medida não apresenta objetividade. Em situações como essas, o detalhamento dos preços é fundamental, de modo que as organizações públicas consigam entender a formação desses preços a partir de grandezas palpáveis, como salários dos funcionários, de acordo com os perfis utilizados no serviço a contratar, custos de itens específicos *(e.g.* custo de *link* de comunicação exigido pela organização pública a cargo do contratado) e margem de lucro. Dessa maneira, as organizações públicas passam a ter melhores condições de avaliar os preços ofertados pelos licitantes, não somente para a detecção de sobrepreços, mas também para a inexequibilidade dos preços ofertados.

259. No voto condutor do Acórdão 310/2006-TCU-Plenário, da relatoria do Ministro Ubiratan Aguiar, consta o entendimento de que a PCFP entregue pelo contratado não é meramente informativa, obrigando-o a praticá-la durante a execução contratual:

> 5. Tendo sido a [*omissis*] a vencedora da licitação (Contrato 250.2.078/01-8), a planilha e o demonstrativo de formação de preços apresentados por ela na licitação (fls. 46/49, anexo 1) vinculavam a empresa durante a execução do contrato. Não poderia a empresa vencer o certame declarando certos níveis de remuneração de mão-de-obra e, na execução do contrato, não observar esses níveis e ser remunerada conforme os patamares pactuados, o que significava, na prática, um aumento de sua margem de lucro em relação ao que foi declarado no demonstrativo de formação de preços.

260. Adicionalmente, de acordo com o Decreto 7.892/2013, que regulamenta o SRP no âmbito da Lei 8.666/993, o edital deverá contemplar modelos de planilhas, quando cabível, para facilitar a elaboração das propostas de preços dos licitantes:

> Art. 9º O edital de licitação para registro de preços observará o disposto nas Leis nº 8.666, de 1993, e nº 10.5020, de 2002, e contemplará, no mínimo:
>
> [...]
>
> VIII - modelos de planilhas de custo e minutas de contratos, quando cabível; (grifou-se)

261. Essa prática também pode ser usada em contratações não regidas pelo SRP, à luz do art. 40, inciso VI, da Lei 8.666/1993 (indicação da forma de apresentação das propostas). A título de ilustração, no Anexo VII-D da IN - Seges/ME 5/2017, consta modelo de proposta a ser preenchida pelos licitantes.

262. No Acórdão 265/2010-TCU-Plenário, da relatoria do Ministro Raimundo Carreiro, item 9.1.13, consta determinação para unidade jurisdicionada, no sentido de que instrua seus processos licitatórios com orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os custos unitários do objeto a ser contratado, fazendo constar do edital, sempre que couber, um modelo demonstrativo de formação de preços que possibilite demonstrar, em sua completude, todos os elementos que compõem o custo da aquisição.

263. Além de oferecer modelo de preenchimento de detalhamento de proposta de preços, a organização pública pode disponibilizá-lo no formato de planilha eletrônica, juntamente com o edital de licitação, de modo a facilitar, para cada licitante, o provimento de informações detalhadas sobre os custos e o lucro de cada item da solução ofertada, bem como a execução dos cálculos necessários, inclusive para chegar-se ao valor global proposto pela empresa. No relatório do Acórdão 3.069/2018-TCU-Plenário, da relatoria do Ministro-Substituto André de Carvalho, consta trecho da manifestação da unidade técnica (SeinfraRodoviaAviação) a respeito de disponibilização de planilha em formato digital, em linha com o princípio constitucional da eficiência (Constituição Federal, art. 37, *caput*):

> 176. Quanto à disponibilização da planilha em formato digital que permita de forma simples e rápida a análise pelos possíveis interessados, considera-se, de forma perfunctória, que tal procedimento não exige grande esforço por parte da Administração Pública e tal prática, portanto, alinha-se com o princípio constitucional da eficiência.
>
> 177. Ainda que possível, não é razoável exigir que cada interessado tenha que redigitar ou solicitar ao órgão a planilha orçamentária para fazer uma análise prévia de interesse de participação no certame. É interesse da Administração Pública facilitar a transparência nos certames de obras públicas e potencializar a participação de interessados.

264. O item 9.2.1, subitem "(vii)", do acórdão citado, também endereça o tema. Destaca-se que, no Portal de Compras do Governo Federal, é oferecida uma versão eletrônica em arquivo editável do modelo da PCFP, que consta do Anexo VII-D da IN - Seges/ME 5/2017 (formato MS-Excel). O modelo está disponível no endereço a seguir: https://www.gov.br/compras/pt-br/centrais-de-conteudo/orientacoes-e-procedimentos/11-orientacoes-gerais-para-planilha-de-custos-e-formacao-de-precos. Acesso em: 16 mar. 2021.

265. Destaca-se que, na Lei 14.133/2021, orientada para contratações por meios digitais, consta dispositivo que prevê que a Administração pode determinar que os licitantes pratiquem seus atos em formato eletrônico, o que pode incluir o uso de planilhas ou outros meios eletrônicos para facilitar o preenchimento da PCFP pelos licitantes e sua posterior análise por parte da organização pública:

> Art. 17. O processo de licitação observará as seguintes fases, em sequência:
>
> [...]
>
> § 4º Nos procedimentos realizados por meio eletrônico, a Administração poderá determinar, como condição de validade e eficácia, que os licitantes pratiquem seus atos em formato eletrônico. (grifou-se)

266. É importante ressaltar que o detalhamento das propostas de preços dos licitantes é fundamental para que seja possível efetuar a repactuação de preços de serviços continuados sob o regime de dedicação exclusiva de mão de obra ou predominância de mão de obra, com vistas à adequação ao preço de mercado, quando for o caso, pois pode ser necessária a demonstração analítica da variação de custos, o que implica haver orçamento detalhado antes da repactuação, conforme o Decreto 9.507/2018, que dispõe sobre a execução indireta de serviços, art. 12, inciso II; a IN - Seges/ME 5/2017, arts. 53 e 57, *caput* e § 1º; e a Lei 14.133/2021, art. 25, § 8º, inciso II, art. 92, § 4º, inciso II, e art. 135, § 6º) (*vide* item "5.3.1. Manutenção da vantajosidade da contratação de serviços contínuos").

8.2.4 Orçamento detalhado da contratação X detalhamento das propostas de preços dos licitantes

267. De acordo com o exposto, são dois tipos de detalhamento de orçamento: o detalhamento do orçamento estimado da contratação, elaborado pela organização pública, e o detalhamento da proposta de preços, feito por cada licitante. Os dois detalhamentos devem ser compatíveis e comparáveis.

268. A seguir, são mencionadas algumas reflexões de Marçal Justen Filho (2014) a respeito do detalhamento do orçamento estimado pela organização pública e do detalhamento das propostas das empresas:

> **4) A demonstração da compatibilidade entre oferta e custos**
>
> A licitação não se destina pura e simplesmente a selecionar a proposta de menor valor econômico, mesmo quando adotado o tipo menor preço. Visa a selecionar a proposta de menor valor que possa ser executada satisfatória e adequadamente.
>
> Justamente por isso, o ato convocatório deverá impor ao licitante o ônus de demonstrar a formação de seus custos diretos e indiretos, assim como a margem de lucro prevista. Usualmente, essa demonstração envolve a apresentação de planilhas com preços unitários, onde o particular formula projeções quanto a quantitativos de itens necessários à execução da prestação, indicando o custo necessário a tanto. Esses demonstrativos deverão indicar os custos diretos como aqueles indiretos, relacionados inclusive com a carga tributária.
>
> Lembre-se que a exigência de apresentação desses demonstrativos destina-se a preencher diversas finalidades. Trata-se não apenas de evidenciar a viabilidade econômico-financeira da proposta, mas também a controlar a adequação da concepção do particular em vista das exigências técnico-científicas e de adotar um fundamento para eventuais modificações necessárias ao longo da execução do contrato. (JUSTEN FILHO, 2014, p. 822-823)
>
> **6.5) A seriedade da planilha elaborada pela Administração**
>
> O fenômeno da assimetria de informações não autoriza, no entanto, a ausência de seriedade da planilha elaborada previamente pela Administração. É um dever jurídico da Administração Pública elaborar a planilha mais consistente possível. Isso significa a necessidade de estimar todos os itens de custos, tomar em vista todas as despesas diretas e indiretas e atingir um resultado que seja respaldado por informações objetivas.
>
> **Haverá violação aos deveres Administrativos (senão crime) quando a autoridade administrativa produzir uma planilha sem base em dados concretos e objetivos.**

> Essa orientação aplica-se não apenas em relação a planilhas que atingem valores superiores àqueles respaldados pelo conhecimento. Também é um despropósito a Administração prever um resultado inferior àquele necessário à execução do objeto. (JUSTEN FILHO, 2014, p. 191)

17.3.1) O orçamento da Administração e a proposta do particular

> Então, a Administração deve elaborar um orçamento detalhado em planilhas contemplando a composição de todos os custos do objeto a ser executado. O licitante formulará uma proposta, que refletirá os itens da planilha elaborada pela Administração. [...] (JUSTEN FILHO, 2014, p. 723) (grifou-se)

269. Como exemplo positivo a respeito do detalhamento do orçamento estimado pela organização pública, pode ser citado o edital do Pregão Eletrônico - TCU 81/2015, para contratação de serviços de suporte aos usuários (*service desk*). Nesse edital, é apresentado orçamento estimado da organização pública no Anexo III, que é detalhado em planilhas no Anexo IX, e é oferecido modelo de proposta de preços para os licitantes preencherem no Anexo VIII. Adicionalmente, no item 5 do "Anexo II - Especificações Técnicas", são oferecidas diversas informações para o dimensionamento dos serviços por parte de cada licitante, incluindo número de chamados atendidos, classificados por tipo, a plataforma de *software* utilizada na organização pública, os sistemas de informação disponíveis, a plataforma de *hardware*, a arquitetura da rede e outras informações relevantes que influenciem o orçamento. O edital citado estava disponível no portal do TCU durante a elaboração da presente NT.

270. Com os controles expostos, isto é, a elaboração de orçamento detalhado por parte da organização pública e a exigência de proposta de preços com detalhamento similar por parte dos licitantes, as análises sobre o orçamento estimado pela organização pública e sobre a proposta vencedora tornam-se mais embasadas. Dessa forma, mitigam-se os riscos de efetuar contratações com sobrepreço e superfaturamento, como o que o TCU encontrou no âmbito da FOC, que redundou no Acórdão 2.037/2019-TCU-Plenário, da relatoria do Ministro-Substituto Augusto Sherman (parágrafo 100 da presente NT).

271. No caso de se efetuar cotações diretamente junto a fornecedores, o que deve ocorrer em situações excepcionais (*vide* item "8.8. Excepcionalidade da obtenção de cotações de preços diretamente de fornecedores"), deve-se exigir o mesmo nível de detalhamento do orçamento estimado pela organização pública.

272. Na IN - Seges/ME 5/2017, "Anexo VII-A - DIRETRIZES GERAIS PARA ELABORAÇÃO DO ATO CONVOCATÓRIO", consta que há limites na atuação da organização pública, vedando que se proíba a inserção de custos ou se exijam custos mínimos que não estejam diretamente relacionados à execução dos serviços e à entrega dos materiais ou decorram de encargos legais:

> 7.11. É vedado ao órgão ou entidade contratante exercer ingerências na formação de preços privados por meio da proibição de inserção de custos ou exigência de custos mínimos que não estejam diretamente relacionados à exequibilidade dos serviços e materiais ou decorram de encargos legais.

273. Marçal Justen Filho também faz ponderações sobre as diferenças qualitativas, quantitativas ou financeiras entre o orçamento estimado da organização pública e o da proposta de um licitante, concluindo que o tratamento jurídico para essas questões será variável em vista do regime de execução adotado. Na empreitada integral e por preços globais, o contratado tem mais liberdade para compor sua proposta do que nos casos de empreitada por preços unitários e tarefa (JUSTEN FILHO, 2014, p. 723-724):

> **17.3.1) O orçamento da Administração e a proposta do particular**
>
> [...]
>
> Podem existir diferenças entre o orçamento da Administração e aquele contemplado na proposta do licitante. Essas diferenças podem ser qualitativas, quantitativas ou financeiras.
>
> As diferenças qualitativas envolvem diversa concepção do particular relativamente à composição da prestação. Assim, a Administração pode ter incluído certas atividades que o particular reputa desnecessárias ou ter deixado de incluir outras que o licitante entende indispensáveis.

> As diferenças quantitativas se relacionam à dimensão quantitativa de cada item da planilha. Então, a planilha pode contemplar dez unidades de um certo material e o licitante pode entender que a execução do objeto envolve quantitativo mais reduzido ou mais elevado.
>
> As diferenças financeiras se relacionam ao custo de cada item. O valor estimado pela Administração pode ser diferente daquele previsto pelo licitante.
>
> O tratamento jurídico para essas questões será variável em vista do regime de execução adotado. Reputa-se que, na empreitada integral e por preços globais, o particular teria maior margem de autonomia para compor a sua proposta. Diversamente se passa nos casos de empreitada por preços unitários e tarefa. (grifou-se)

274. Ademais, caso o licitante provisoriamente vencedor apresente preço com indício de sobrepreço, após a análise da planilha detalhada da proposta de preços (*e.g.* em contratação que use a medida UST), esse licitante pode argumentar no sentido de que o mercado em que atua entrega serviços que valem mais do que somente os custos dos seus recursos humanos acrescidos de encargos, despesas indiretas e lucro padrão do mercado em tela. Nesse caso, ele terá de demonstrar essa afirmação, em especial, se outros fornecedores desse mesmo mercado entregarem serviços similares a preços compatíveis com os custos dos seus recursos humanos acrescidos de encargos, despesas indiretas e lucro padrão do mercado.

275. Neste ponto, vale fazer uma consideração acerca do modelo de planilha publicado no edital, a ser preenchido por parte de cada licitante. A organização pública deve interagir com empresas do mercado durante a elaboração do planejamento da contratação, para identificar diferentes soluções que atendam à necessidade da contratação. Se houver formas diferentes de prestar o serviço com custos distintos, a planilha pode formatar a solução a ser oferecida pelos licitantes, ou seja, definir a forma de executar o serviço, o que, se não houver a devida justificativa: 1) direciona indevidamente a licitação para essa forma de prestar o serviço; e 2) inibe o oferecimento de propostas que tragam inovações (*e.g.* mediante o uso de processos de trabalho ou tecnologias inovadoras nesse mercado).

276. Vale lembrar que, no ETP, deve ser feita uma avaliação de alternativas, e, quando possível, aceitar mais de um tipo de abordagem, de modo a ampliar a competição (*vide* parágrafo 289 desta NT). A Lei 14.133/2021, além de mecanismos, como a consulta pública e a audiência pública, também previstos na Lei 8.666/1993, traz nova modalidade de contratação, o "diálogo competitivo", que, como o nome indica, prevê a realização de diálogos com licitantes previamente selecionados, com o intuito de desenvolver uma ou mais alternativas capazes de atender à necessidade da organização pública (Lei 14.133/2021, art. 6º, inciso XLII, e art. 32). Adicionalmente, a Lei 14.133/2021 também contém novo procedimento auxiliar, "o procedimento de manifestação de interesse" (PMI), que permite que a Administração Pública solicite à iniciativa privada a propositura e a realização de estudos, investigações, levantamentos e projetos de soluções inovadoras que contribuam com questões de relevância pública (art. 81). Portanto, a Administração Pública conta com alternativas para diminuir a assimetria de informações entre ela e as empresas do mercado, com relação à abordagem adequada para atender a determinada necessidade de contratação.

277. De acordo com o exposto, foi formulado mais um entendimento:

Entendimento 3

Nas contratações públicas de bens e serviços de TI, com regime de dedicação exclusiva de mão de obra ou com predominância de mão de obra, regidas pela Lei 8.666/1993 ou pela Lei 14.133/2021, sejam licitações, sejam contratações diretas, sejam serviços contínuos ou não, a organização pública deve adotar os controles internos descritos a seguir para avaliar o orçamento estimado por ela, as eventuais cotações de preços junto aos fornecedores durante a fase de planejamento da contratação, a proposta de preços do licitante provisoriamente vencedor e o contrato decorrente da contratação, em especial, nas repactuações:

1. obrigatoriamente, elaborar planilha de custos e formação de preços (PCFP), também chamada de demonstrativo de formação de preços (DFP), e exigir o mesmo nível de detalhamento nas eventuais cotações de preços junto aos fornecedores durante a fase de planejamento da contratação (para que a organização pública possa elaborar ou refinar o seu orçamento estimado) e na proposta de preços do licitante provisoriamente vencedor;

Entendimento 3

2. efetuar análise de fator-K em, pelo menos, três momentos :
   a. no planejamento da contratação, de modo a verificar a economicidade do orçamento planejado pela organização pública;
   b. na fase de seleção do fornecedor, de modo a verificar a economicidade da proposta do licitante provisoriamente vencedor; e
   c. ao longo da execução contratual, de modo a verificar a economicidade dos valores pagos ao contratado nas repactuações e sempre que considerar conveniente;.
3. disponibilizar modelo de PCFP aos licitantes, de tal forma que seja compatível com o orçamento estimado da organização pública e esteja no formato de planilha eletrônica, para que seja preenchido em meio digital e já ofereça a automação de diversos cálculos. Com esses controles, a organização pública tem condições de:
   a. diminuir a assimetria de informações entre ela e as empresas fornecedoras;
   b. possibilitar a formação de juízo crítico sobre a adequação dos custos e dos preços estimados pela organização pública e pelo licitante vencedor;
   c. permitir a verificação da conformidade da proposta de preço vencedora com os preços correntes no mercado, o que propicia análise de economicidade da proposta vencedora de forma embasada, mitigando-se o risco de aceitar preços unitários e global com sobrepreço, que, na execução contratual, possam levar a superfaturamento, bem como o risco de aceitar proposta de preços inexequível;
   d. aumentar a chance de a proposta de preços do licitante vencedor ser completa;
   e. identificar, na proposta de preços do licitante provisoriamente vencedor, custos que não estejam diretamente relacionados à execução dos serviços e à entrega dos materiais ou que decorram de encargos legais; e
   f. viabilizar a repactuação em contratações de serviços contínuos de TI, com regime de dedicação exclusiva de mão de obra ou com predominância de mão de obra, quando for o caso.

A execução dos controles elencados deve ser verificada pela autoridade máxima da área de TI, pela autoridade responsável por aprovar o termo de referência ou o projeto básico, pelos membros da CPL, pela autoridade responsável por homologar a licitação e pelo parecerista jurídico no tocante a aspectos jurídicos.

8.3 Obrigatoriedade da pesquisa de preços

278. Como consta no item "8. Aspectos a considerar na elaboração do orçamento estimado da contratação" da presente NT, para a elaboração do orçamento estimado pela organização pública, é necessário efetuar diversas atividades que incluem a pesquisa de preços praticados no mercado, considerando-se as quantidades a contratar. Na referida pesquisa, é obtida uma amostra de preços do nicho de mercado de soluções e de

respectivas empresas fornecedoras que poderão participar da licitação (*vide* parágrafo 61) a partir de diversas fontes de preços. Essa amostra serve para que a organização pública tenha uma percepção da faixa de preços do nicho de mercado delimitado no planejamento da contratação para efetuar, com algum grau de segurança, a análise crítica desses preços, os cálculos das estimativas dos preços unitários e global da solução a contratar e definir os critérios de aceitabilidade de preços, que podem incluir a definição do preço máximo a ser aceito.

279. Se a amostragem for muito limitada *(e.g.* com a obtenção de um preço somente[40]) ou enviesada (*e.g.* for feita mediante cotações de preços junto a empresas do mercado com relacionamentos entre si), a estimativa de preço será de baixa qualidade, de modo que as decisões a ser tomadas a partir dela serão prejudicadas (*e.g.* adequação orçamentária e análise de aceitabilidade de preços). Para determinados objetos, como microcomputadores e *notebooks*, que são contratados com frequência por organizações públicas e cujo mercado apresenta número considerável de fabricantes e revendedores, uma amostra de três preços é diminuta (*vide* Acórdão 2.637/2015-TCU-Plenário, da relatoria do Ministro Bruno Dantas, item 9.3.2).

280. A pesquisa de preços é uma atividade obrigatória para as contratações públicas, inclusive contratações diretas (*vide* item "8.14. Elaboração de orçamento estimado para contratações diretas") e adesões a atas de registro de preço, como consta de diversos dispositivos sobre a elaboração do orçamento estimado, de forma direta ou implícita, pois não é possível elaborar o orçamento estimado sem efetuar pesquisa de preços: Lei 8.666/1993, art. 6º, inciso IX, alínea "f", art. 7º, § 2º, inciso II, art. 15, incisos III e V e § 1º, art. 24, inciso VIII art. 26, parágrafo único, inciso III, art. 40, § 2º, inciso II, art. 43, inciso IV; Lei 10.520/2002, art. 3º, inciso III; Decreto 10.024/2019, art. 3º, inciso XI, alínea "a", item 2 art. 8º, inciso III; Decreto 7.892/2013, art. 5º, inciso IV, art. 6º, §§ 2º, 3º, 5º e 6º, art. 7º, *caput*, art. 9º, inciso XI, art. 22, *caput*; IN - SGD/ME 1/2019, art. 12, inciso VIII, art. 20; IN - Seges/ME 73/2020; Lei 14.133/2021, art. 6º, inciso XXIII, alínea "i", art. 18, incisos IV, § 1º, inciso VI art. 23, §§ 1º a 4º, art. 25, § 8º, inciso II, art. 40,

inciso I, art. 72, inciso II, art. 75, inciso IX, art. 82, § 2º c/c §1º, § 5º, inciso I, art. 84, *caput*, art. 86, § 2º, inciso II e art. 107; e IN - Seges/ME 65/2021.

281. Como está expresso no relatório da relatora do Acórdão 1.022/2013-TCU-Plenário, Ministra Ana Arraes, que apresenta excerto do relatório da unidade técnica (Secex-MS), a execução da pesquisa de preços também é obrigatória nos processos de licitação e nas contratações diretas (dispensa ou inexigibilidade)[41]:

> 80. Entretanto, não constam dos autos documentos que comprovem a realização de pesquisa de preços previamente à fase externa da licitação, ou mesmo que comprove o preço praticado pela empresa contratada.
>
> 81. De acordo com o disposto nos arts. 26, parágrafo único, incisos II e III, e 43, inciso IV, da Lei 8.666/1993, é obrigatória, nos processos de licitação, dispensa ou inexigibilidade, a consulta dos preços correntes no mercado, daqueles fixados por órgão oficial competente ou, ainda, daqueles constantes do sistema de registro de preços.
>
> 82. A jurisprudência do TCU, a exemplo dos Acórdãos 3.506/2009-1a Câmara, 1.379/2007-Plenário, 568/2008-1a Câmara, 1.378/2008-1a Câmara, 2.809/2008-2a Câmara, 5.262/2008-1a Câmara, 4.013/2008-1a Câmara, 1.344/2009-2a Câmara, 837/2008-Plenário e 3.667/2009-2a Câmara, é no sentido de que a realização de pesquisa de preços de mercado, previamente à fase externa da licitação, é uma exigência legal para todos os processos licitatórios, inclusive para os casos de dispensa e inexigibilidade, consistindo essa pesquisa de um mínimo de três orçamentos de fornecedores distintos. É necessária a apresentação de justificativa adequada sempre que não for possível obter número razoável de cotações.
>
> 83. Dessa forma, a ausência de pesquisa de preços configura descumprimento de exigência legal, indo de encontro às normas vigentes e à jurisprudência desta Corte, razão pela qual devem ser rejeitadas as razões de justificativa apresentadas pelos responsáveis em relação a esse item (item 45.2 desta instrução). (grifou-se)

282. A obrigatoriedade da pesquisa de preços de mercado ou da necessidade de executá-la adequadamente também foi tratada em diversos outros acórdãos do TCU, tais como: 1.379/2007, item 9.5; 837/2008, item 9.2.2; 3.033/2009, item 9.4.8; 769/2013, item 9.2.2; 2.380/2013, voto condutor, parágrafos 7-9; 2.943/2013, item 9.1.2.2; 2.637/2015, item 9.3.1-9.3.2; 2.207/2018, item 9.3.2.2; 2.888/2018, itens 9.5.3.2 e 9.5.4; 2.973/2018, item 9.5; 2.974/2018, voto condutor, parágrafo 16, alínea "d", e parágrafo 23; 463/2019, itens 9.5.1-9.5.2, 9.5.4 e 9.5.6; 1.627/2019, item 9.7.6; 1.804/2019, itens 9.2.6.2, 9.5.3.1, 9.5.4.2, 9.9.1.2, 9.9.5.2 e 9.10; 363/2020, item 9.1.1; 423/2020, itens 9.4.1-9.4.5 e 9.4.7-9.4.9; todos do Plenário do TCU; 568/2008, item 9.3.3; 1.378/2008, item 9.3.11; 4.013/2008, item 1.6.1; e 3.506/2009, item 1.5.1.7; todos da Primeira Câmara; 1.344/2009, item 1.5.1.7; 3.667/2009, item 9.2.3; 691/2013, item 9.3.1; 3.395/2013, item 1.6.7.3; 7.309/2013, voto condutor, parágrafo 3; e 70/2015, voto condutor, parágrafos 3 e 6; todos da Segunda Câmara.

283. Ressalta-se que a ausência da pesquisa de preços expõe a organização pública aos mesmos riscos expostos no item referente à elaboração do orçamento da contratação (parágrafo 195 da presente NT). A execução dessa atividade, assim como a de outras atividades do processo de contratação da solução de TI, deve ser verificada pela autoridade máxima da área de TI, pela autoridade responsável por aprovar o termo de referência ou o projeto básico, pelos membros da CPL, pela autoridade responsável por homologar a licitação e pelo parecerista jurídico (*vide* item "7. Possível responsabilização de agentes públicos por orçamento estimado mal elaborado").

284. Ante o exposto, elaborou-se o seguinte entendimento:

Entendimento 4

Nas contratações públicas de bens e serviços de TI, sejam licitações, sejam contratações diretas, sejam adesões a atas de registro de preços, os agentes públicos responsáveis pelo planejamento dessas contratações devem obrigatoriamente executar pesquisa de preços no âmbito da elaboração do orçamento estimado, considerando as quantidades definidas para a contratação, de modo a coletar amostra com a maior quantidade possível de preços do nicho de mercado delimitado no planejamento da contratação para que a organização pública tenha uma percepção da faixa de preços de mercado do nicho de mercado do tipo de solução escolhida para efetuar, com algum grau de segurança, diversas atividades que incluem a análise crítica desses preços, os cálculos das estimativas dos preços unitários e global da solução a contratar e a definição dos critérios de aceitabilidade de preços, devendo justificar adequadamente quando não for possível efetuar pesquisa de preços, a qual deve ser verificada pela autoridade máxima da área de TI, pela autoridade responsável por aprovar o termo de referência ou o projeto básico, pelos membros da CPL, pela autoridade responsável por homologar a licitação e pelo parecerista jurídico, no tocante a aspectos jurídicos.

8.4 Soluções de TI que devem ser consideradas na pesquisa de preços

8.4.1 Tipos de soluções de TI

285. Na pesquisa de mercado, ou levantamento de mercado, realizado no âmbito do ETP, são identificados quais tipos de soluções podem atender à necessidade da contratação e, se necessário, elege-se um dos tipos com base em análise comparativa das soluções (IN - SGD/ME 1/2019, art. 11, inciso II; e Lei 14.133/2021, art. 6º, inciso XX, art. 18, § 1º, incisos V e VII) e em análise comparativa dos custos (IN - SGD/ME 1/2019, art. 11, inciso III).

286. Destaca-se que, nesta NT, é feita distinção entre os conceitos "pesquisa de mercado" e "pesquisa de preços", embora sejam usados como sinônimos em alguns pontos da legislação. A "pesquisa de mercado" refere-se à identificação e à avaliação das soluções oferecidas pelo mercado que atendem à necessidade da contratação (Lei 14.133/2022, art. 18, § 1º, inciso V; e IN - SGD/ME 1/2019, art. 11,

incisos II - análise comparativa de soluções e III - análise comparativa de custos). Pode ser necessário eleger um tipo de solução a contratar. Por sua vez, a "pesquisa de preços" é atinente à busca de preços do tipo de solução identificada na "pesquisa de mercado" ou da solução já contratada, no caso de repactuações. Na **Figura 7** é ilustrada a diferença entre "pesquisa de mercado" e "pesquisa de preços":

Figura 7

Distinção entre pesquisa de mercado e pesquisa de preços

Pesquisa de mercado

- Procedimento para identificar e avaliar as soluções oferecidas pelo mercado que atendam à necessidade da contratação (necessidade de negócio, não de TI)
- São avaliados diferentes tipos de soluções em termos de especificação, composição ou características dos bens e serviços integrantes
- São comparados custos totais de propriedade (*Total Cost Ownership* - TCO)
- Se necessário, elege-se um tipo de solução a contratar
- Ocorre no Estudo Técnico Preliminar (ETP)

Pesquisa de preço

- Trata da obtenção de amostra de preços do nicho de mercado do tipo de solução a contratar escolhido
- A amostra de preços deve refletir a realidade do nicho de mercado do tipo de solução a contratar
- Deve-se utilizar diversas fontes de preços
- Excepcionalmente, utilizam-se cotações diretamente junto a fornecedores
- Ocorre em diversos momentos do planejamento da contratação e na gestão do contrato, com níveis de exatidão diferentes:
  - Plano de Contratações Anual (PCA)
  - Estudo Técnico Preliminar (ETP)
  - Termo de Referência (TR) ou Projeto Básico (PB)
  - Na repactuação dos preços

Fonte: elaboração própria.

287. Como exemplo de tipos de soluções de TI que podem ser identificadas na pesquisa de mercado, para obter páginas impressas, normalmente, utilizam-se dois tipos de soluções:

1) contratação de impressoras com o gerenciamento feito pela organização pública, incluindo a configuração, o acionamento de serviços de manutenção durante a garantia dos equipamentos e a compra de consumíveis, como cartuchos de toner, além do papel, que costuma ser comprado separadamente; e

2) contratação de um serviço de impressão mediante o qual são fornecidas impressoras temporariamente à organização pública, gerenciadas, em grande medida, pela empresa prestadora do serviço, o que inclui a configuração dos equipamentos, o acionamento de serviços de manutenção ao longo do contrato, a reposição dos consumíveis correspondentes, que, normalmente, também não incluem papel, e oferta de dados gerenciais (*e.g.* média de impressões por período).

288. Para cada tipo de solução do exemplo citado, há um conjunto de empresas que oferecem soluções específicas, isto é, fornecedoras de impressoras ou prestadoras de serviços de impressão.

289. Quando for possível, deve-se permitir que fornecedores de tipos de soluções diferentes participem da licitação. Entretanto, muitas vezes, isso não é plausível, como no exemplo relativo a páginas impressas. Não há como permitir que empresas fornecedoras de impressoras possam competir com empresas provedoras de serviço de impressão na mesma licitação, pois são modelos de execução do objeto bem diferentes e que envolvem rubricas orçamentárias distintas (referentes a material permanente e material de consumo no primeiro caso e serviços no segundo) com formas de remuneração díspares (pagamento após entrega de equipamentos *versus* pagamento mensal por serviços). Nesse caso, é necessário eleger o tipo de solução a contratar, com as devidas justificativas.

290. Além de levantar as soluções de TI que atendam a necessidade de negócio, a pesquisa de mercado também serve para estabelecer, para o tipo de solução escolhido, quantidades necessárias e exigências que deverão constar nas especificações técnicas (requisitos), como serviços agregados necessários (*e.g.* instalação, configuração e execução de rotinas de produção), NMSE e requisitos de sustentabilidade[42], além de questões ligadas à logística da solução, como prazo de entrega razoável e que amplie a competição, localidades a atender e prazo e condições de prestação de serviços de garantia compatíveis com os praticados no mercado para a solução de TI a contratar. Todos esses fatores afetam o orçamento da contratação.

291. No voto do relator do Acórdão 2.170/2007-TCU-Plenário, Ministro Ubiratan Aguiar, são expostos fatores que afetam a comparação de preços, inclusive os ligados à logística da solução, pois, na pesquisa de preços, são levantados preços comparáveis:

> 30. Além da necessidade de que tal discrepância seja objeto de análise em cada caso concreto - como está fazendo o TCU nestes autos -, outros fatores devem ser levados em consideração quando se comparam os valores ofertados por empresas distintas, a exemplo do local de entrega do produto ou serviço, a quantidade a ser entregue e o respectivo prazo para entrega do bem ao órgão licitante - especialmente no caso de aquisições parceladas -, a existência de serviços agregados ao produto ofertado, entre outros. Evita-se, assim, comparações entre produtos e serviços adquiridos e contratados em condições que não sejam idênticas, a fim de que servissem para aferição de sobrepreço.
>
> ...
>
> 36. Além disso, qualquer comparação deve ser feita em épocas próximas e, especialmente com relação a serviços, levando-se em conta as condições de contratação específicas de cada caso analisado (fatores a serem considerados: quantidade contratada, necessidade de parcelamento na entrega do produto, local de entrega do produto ou da prestação do serviço, impostos incidentes nesse local, exigências de qualificação da equipe técnica, condições e local para prestação de assistência técnica pelo contratado, entre tantos outros).

292. O Acórdão 1.592/2013-TCU-Plenário, da relatoria do Ministro Valmir Campelo, item 9.3.4, vai na mesma linha:

> 9.3.4. a pesquisa de mercado, prevista no art. 7º, do Decreto 7.892, de 23 de janeiro de 2013, deverá se conformar às características do objeto a ser licitado, possíveis de impactar no preço pesquisado, a exemplo das quantidades a serem adquiridas, do agrupamento de produtos e do critério de regionalização dos lotes, definidos no Pregão SRP 96/2012;

293. Adicionalmente, no Decreto 7.892/2013, que regulamenta o SRP sob a égide da Lei 8.666/1993, consta que, quando o edital previr o fornecimento de bens ou prestação de serviços em locais diferentes, é facultada a exigência de apresentação de proposta diferenciada por região, de modo que aos preços sejam acrescidos os custos variáveis por re-

gião (art. 9º, § 2º). Na Lei 14.133/2021, consta a possibilidade de prever preços diferentes no âmbito de licitação pelo SRP:

> Art. 82. O edital de licitação para registro de preços observará as regras gerais desta Lei e deverá dispor sobre:
>
> [...]
>
> III - a possibilidade de prever preços diferentes:
>
> a) quando o objeto for realizado ou entregue em locais diferentes;
>
> b) em razão da forma e do local de acondicionamento;
>
> c) quando admitida cotação variável em razão do tamanho do lote;
>
> d) por outros motivos justificados no processo;

294. Assim, a solução de TI que uma organização pública pretenda contratar deve ser do tipo escolhido no âmbito do ETP, descrita com base em elementos que estabeleçam o perfil para que gere resultados, de modo a atender à necessidade que desencadeou a contratação.

295. Os elementos citados, definidos no ETP, são aperfeiçoados no TR ou no PB (*vide* item 5.2), bem como são estabelecidos os requisitos de habilitação da empresa que entregará essa solução, incluindo os atestados de capacidade técnica e a exigência de capital mínimo ou de patrimônio líquido mínimo. No TR ou no PB, são definidos o modelo de execução do objeto e o modelo de gestão do contrato, que impõem condições que podem afetar o preço da solução contratada.

8.4.2 Nicho de mercado da solução de TI que deve ser considerado na pesquisa de preços

296. Como foi exposto no parágrafo 61, a descrição da solução, que inclui o tipo escolhido de solução de TI a contratar, as quantidades e os elementos citados no parágrafo 290, em conjunto com os requisitos de habilitação do fornecedor mais os modelos de execução do objeto e de gestão do contrato, remete a um nicho de soluções oferecidas por determinados fornecedores em determinado mercado (*vide* **Figura 2**).

É com relação a esse nicho de mercado que os agentes públicos responsáveis devem coletar preços na pesquisa de preços, para elaborar o orçamento estimado, e não preços de qualquer solução do mercado, ainda que sejam soluções aparentemente semelhantes. Sem essa perspectiva de nichos de mercado, corre-se o risco de obter preços incomparáveis, pois podem referir-se a nichos de mercado diferentes.

297. Pode ocorrer que as soluções do nicho mercado endereçado não sejam as de valor mais baixo do mercado como um todo, pois as soluções mais baratas podem não atender à necessidade que desencadeou a contratação e, caso fossem contratadas, levariam a efeitos nocivos, como a frustração dos usuários internos (da organização pública), pois não cumpriria o esperado (*e.g.* manutenção ou diminuição dos tempos de execução de um processo de trabalho) com o eventual abandono dela ou a piora de um serviço público que a utilizasse como suporte, atingindo a parcela da população que dependesse desse serviço.

298. Para ilustrar a questão dos nichos de mercado das soluções de TI, determinada necessidade de negócio de uma organização pública pode ser atendida por um *notebook* de escritório com configuração simples, que sirva basicamente para seus servidores ou funcionários consultarem *sites* na internet, editarem textos e planilhas eletrônicas e acessarem sistemas de informação da organização. Pode, então, ser calculado o orçamento estimado para a solução baseada nesse tipo de equipamento[43]. Outra necessidade de negócio da mesma organização pode requerer um *notebook* de alto desempenho (*e.g.* para efetuar análises de dados), que levará a outro orçamento estimado, o qual pode ser várias vezes maior do que o valor do orçamento para o *notebook* simples. Um terceiro nicho possível é o de *notebooks* com alta robustez, de modo que sejam à prova d´água e poeira, para uso em ambientes externos e hostis (*e.g.* para controle de equipamentos em ambientes externos ou para operações militares em campo). Na **Figura 8**, são apresentados exemplos de nichos de mercado de *notebooks* e respectivas faixas de preços praticados de forma ilustrativa.

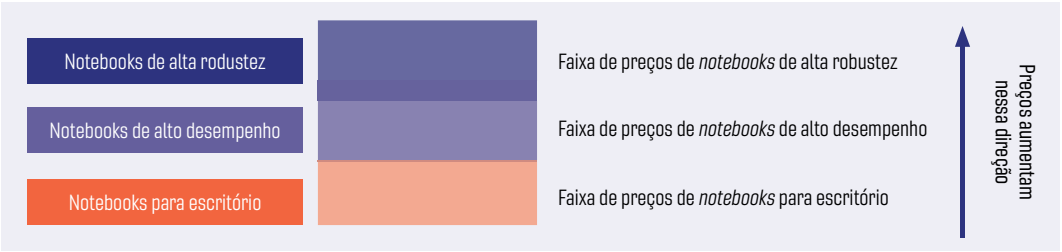
299. Nos exemplos, os *notebooks* de escritório, os de alto desempenho e os de alta robustez fazem parte de soluções de TI diferentes, com requisitos distintos (*e.g.* velocidade do processador e quantidade de memória RAM) e podem ter distintos modelos de execução (*e.g.* NMSE diferentes para serviços de manutenção durante a garantia) e de gestão do contrato (*e.g.* penalidades diferentes, principalmente por apresentarem NMSE diferentes). As soluções baseadas nos nichos de mercado citados servirão para gerar resultados diversos para as organizações públicas, de modo a atender a necessidades de negócio distintas, embora todas sejam soluções baseada em *notebooks*. Vale frisar que alguns requisitos de habilitação também deverão ser diferentes, como o valor do capital mínimo ou do patrimônio líquido mínimo exigido dos licitantes (Lei 8.666/1993, art. 31, §§ 2º e 3º; e Lei 14.133/2021, art. 69, § 4º), lembrando que os cálculos desses requisitos de habilitação usam como base o valor estimado da contratação.

8.4.3 Risco de direcionamento da licitação para solução de TI específica

300. Há o risco de os requisitos da solução propriamente dita ou os requisitos de habilitação remeterem, propositalmente ou não, a somente uma solução de TI do mercado ou a somente uma empresa provedora de serviços (*e.g.* empresa provedora de serviços de desenvolvimento de sistemas de informação). Essa conclusão pode ser legítima, isto é, pode realmente haver somente uma solução do mercado que atenda à necessidade de negócio, o que não deve ser usual[44], de modo que, nessa situação, deve ser conduzido um processo de contratação por inexigibilidade, com as devidas justificativas.

Figura 8

Ilustração de nichos de mercado e respectivas faixas de preços praticados



Fonte: elaboração própria.

301. Entretanto, pode haver o direcionamento indevido da licitação. Quando isso ocorre, existem outras soluções que atendem à necessidade, mas, artificialmente, muitas vezes, com a manipulação de requisitos técnicos, declara-se que somente determinada solução atende à necessidade que motivou a contratação. O direcionamento pode referir-se a uma solução ou a um tipo de solução, de modo a restringir a competição a um grupo de empresas, como consta do Acórdão 2.695/2013-TCU-Plenário, da relatoria do Ministro-Substituto Marcos Bemquerer, em que se restringiu a competição a empresas que oferecessem microcomputadores nos quais a BIOS e a placa-mãe fossem do mesmo fabricante:

> 9.2.3. deixe de incluir em edital de licitação cláusula que obrigue a placa-mãe e a *Bios – Basic Input/Output Software* serem de propriedade do fabricante do equipamento, por ofender os princípios da competitividade e da isonomia, nos termos da jurisprudência consolidada do Tribunal de Contas da União (Acórdãos ns. 998/2006, 2.479/2009, 632/2010 e 213/2013, todos do Plenário);

302. Se o risco do direcionamento da licitação não for mitigado com uma pesquisa de mercado abrangente para identificar as opções disponíveis que atendam a necessidade da contratação, a pesquisa de preços será, de início, enviesada. Nessa linha, foram tecidas considerações no voto condutor do Acórdão 2.829/2015-TCU-Plenário, da relatoria do Ministro Bruno Dantas:

> 10. O direcionamento da licitação pode ocorrer, por exemplo, mediante a utilização de critério subjetivo, o favorecimento a alguma empresa, a preferência inadequada por determinada marca, a ausência do devido parcelamento ou o estabelecimento de exigências excessivas/limitadoras. O direcionamento na descrição do objeto caracteriza-se pela inserção, no instrumento convocatório, de características atípicas dos bens ou serviços a serem adquiridos.
>
> 11. Para mitigar tal risco, é indispensável atentar para a lição contida no Acórdão 2.383/2014-TCU-Plenário, no sentido de que, em licitações para aquisição de equipamentos, havendo no mercado diversos modelos que atendam completamente as necessidades da Administração, deve o órgão licitante identificar um conjunto representativo desses modelos antes de elaborar as especificações técnicas e a cotação de preços, de modo a evitar o direcionamento do certame para modelo específico e a caracterizar a realização de ampla pesquisa de mercado.

303. Embora o trecho transcrito se refira a equipamentos, também vale para serviços.

304. A mitigação do risco de direcionamento da licitação também foi tratada nos acórdãos a seguir: 2.407/2006, item 9.3.2; 1.553/2008, item 9.2.2; 2.383/2014, item 9.3; e 214/2020, voto do relator, parágrafo 9; todos do Plenário do TCU; e 5.262/2008-Primeira Câmara, item 9.6.5.

305. Assim, para que a solução a contratar atenda à necessidade que a desencadeou e, ao mesmo tempo, seja a mais barata possível, considerando-se o nicho de mercado ao qual ela pertença e o contexto de uma licitação específica (*e.g.* quais empresas resolvem participar do certame), é de suma importância que seus requisitos sejam definidos com cuidado, evitando-se os dispensáveis e o direcionamento da licitação, como consta de recomendação do Acórdão 819/2009-TCU-Plenário, da relatoria do Ministro Walton Alencar Rodrigues:

> 1.7. Com base no art. 250, inc. III, do RI/TCU, recomendar ao DNIT que, como parte do planejamento de suas licitações, em especial daquelas que visem contratar o objeto aqui discutido:

> 1.7.1. realize o levantamento, o registro e a justificativa dos requisitos ou funcionalidades do bem/serviço a ser contratado, para deixar claramente demonstrado e fundamentado nos autos o nexo entre cada requisito exigido e o seu correspondente benefício para a contratação, a fim de evitar a indevida remuneração de requisitos dispensáveis e o direcionamento ou favorecimento em licitações, com base no princípio da motivação e no art. 3º, § 1º, inc. I, da Lei nº 8.666/93 (nessa linha, item 9.3.16 do Acórdão nº 1.094/2004-P); (grifou-se)

8.4.4 Busca do menor preço que atenda à necessidade da contratação

306. O uso do tipo de licitação "menor preço", como ocorre na modalidade "pregão", não se refere à busca do menor preço do mercado, mas, sim, à do menor preço do nicho de mercado que pode atender à necessidade e aos requisitos específicos da contratação (*vide* parágrafo 61 e item "8.4.2. Nicho de mercado da solução de TI que deve ser considerado na pesquisa de preços").

307. Como pondera Marçal Justen Filho, a adoção de licitação de menor preço não significa que o interesse da Administração possa ser satisfeito por qualquer produto, interessando somente o menor preço (JUSTEN FILHO, 2014, p. 832):

> O núcleo da questão reside, como sempre, na natureza da necessidade experimentada pela Administração. Isso não equivale a afirmar que, na licitação de menor preço, a Administração pode ser satisfeita mediante qualquer produto, apenas interessando a ela o menor preço. Essa afirmativa é profundamente incorreta, eis que a Administração (como qualquer adquirente de bens e serviços) exige sempre uma qualidade mínima, abaixo da qual o objeto é imprestável.

308. Nessa linha, discorre Renato Geraldo Mendes (MENDES, 2012, p. 136-137):

> A melhor descrição de um objeto é a que **garante plenamente a satisfação da necessidade e, simultaneamente, possibilita o menor dispêndio de recursos financeiros. Essa é a verdadeira "receita" da contratação pública.**

> [...]
>
> Na formulação da descrição, a primeira providência é garantir a qualidade mínima capaz de atender à necessidade. Para isso, todas as peculiaridades que envolvem a necessidade devem ser apuradas antecipadamente. Preservada a necessidade, estará fixada uma espécie de parâmetro ou limite. Avançar contra o limite é, em princípio, perder na economia, embora existam fatores e condições que autorizam a superação do mencionado limite.

309. Vale salientar que a definição de licitação do tipo "menor preço" na Lei 8.666/1993 inclui a seleção de proposta que apresenta o menor preço e que está de acordo com as especificações do edital:

> Art. 45. O julgamento das propostas será objetivo, devendo a Comissão de licitação ou o responsável pelo convite realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle.
>
> § 1º Para os efeitos deste artigo, constituem tipos de licitação, exceto na modalidade concurso: (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)
>
> I - a de menor preço - quando o critério de seleção da proposta mais vantajosa para a Administração determinar que será vencedor o licitante que apresentar a proposta de acordo com as especificações do edital ou convite e ofertar o menor preço; (grifou-se)

310. A Lei 14.133/2021 apresenta dispositivos na mesma direção (art. 29, *caput*, art. 34, *caput*, e art. 59, inciso II). Na Lei 10.520/2002, a modalidade "pregão" embute o tipo "menor preço" (art. 4º, inciso X), e, na Lei 14.133/2021, art. 6º, inciso XLI, é definido que o critério de julgamento do pregão poderá ser o de menor preço ou o de maior desconto, assim como a IN - Seges/ME 73/2022, art. 9º, *caput*, ressaltando que esse dispositivo também explicita que é necessário que sejam tendidos os parâmetros mínimos de qualidade definidos no edital de licitação.

311. Elaborando-se os artefatos da contratação tendo-se em mente que não se busca o menor preço possível de produto ou serviço do mercado, mas, sim, o menor preço possível do nicho de mercado que atenda à

necessidade da contratação, mitiga-se o risco de contratar-se produto ou serviço que não atenda à necessidade da contratação nas licitações feitas por pregão, pois elementos como requisitos e orçamento estimado referem-se ao nicho de mercado da solução a contratar.

312. Pode-se, inclusive, solicitar amostra do produto para essa verificação (Nota Técnica - Sefti/TCU 4/2019; e Lei 14.133/2021, art. 17, § 3º, art. 41, inciso II, art. 42, §§ 2º e 3º). Adicionalmente, caso ocorram problemas ao longo da execução do contrato, os serviços de garantia podem ser acionados e, na hipótese de o produto ou o serviço continuarem não atendendo à necessidade da contratação, a empresa deve ser devidamente sancionada, o que pode culminar na declaração da inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública (Lei 8.66/1993, art. 87, inciso IV; Lei 14.133/2021, art. 156, inciso IV), ou os pagamentos podem sofrer glosas. Ressalta-se que o contrato deve prever glosas e penalidades adequadas com o rigor proporcional a cada situação e às respectivas consequências, de modo que sejam realmente úteis, como consta do guia de contratação de TI do TCU (BRASIL, TCU, 2012b, p. 160-161).

313. Enfim, com a exigência e a verificação dos elementos citados, que incluem requisitos de qualidade, com contrato que apresente penalidades bem concebidas e com gestão contratual diligente que utilize essas penalidades quando necessário, com o tempo, mitiga-se o risco de contratar produtos ruins, pois há condições de ocorrer depuração gradual do mercado e as empresas ficarem com a expectativa de haver sanções e glosas se as soluções entregues, em combinação com os serviços prestados, forem de baixa qualidade. Ou seja, a ideia não é aceitar qualquer solução oferecida no mercado, mas somente as que atendam ao conjunto de elementos citados.

8.4.5 Preços a considerar na pesquisa de preços

314. De acordo com o exposto, os valores coletados na pesquisa de preços deverão referir-se somente às soluções que, em princípio, pertençam ao nicho de mercado que atenda à necessidade da contratação.

315. Assim, voltando ao exemplo dos *notebooks*, caso determinada organização esteja planejando a contratação do mais sofisticado, de nada valem os preços de *notebooks* simples, pois estes se referem a equipamentos que não atendem à necessidade de negócio da organização, e seu uso aumentaria, indevidamente, a dispersão da amostra de preços, distorcendo o cálculo do valor estimado para baixo (*vide* item "8.9. Dispersão excessiva de preços"). Se a organização necessitar de *notebooks* simples, os preços dos sofisticados também não são úteis, pois distorcerão o cálculo da estimativa de preço para cima.

316. Nesse diapasão, a Advocacia Geral da União (AGU), em seu "Manual de procedimentos para a contratação de bens e serviços pelos órgãos públicos federais" (BRASIL, AGU, 2012a, p. 23), recomenda:

> **Como proceder quando a diferença dos preços obtidos na pesquisa quando a diferença dos preços obtidos na pesquisa de mercado que realizei é muito grande?**
>
> Nesses casos, com vistas a evitar a fixação de um preço médio incompatível com o de mercado, deve o consulente:
>
> Verificar se a variação de valores ocorre em razão da qualidade do produto;
>
> Em caso positivo, por meio do departamento técnico competente, definir todas as qualidades que o produto solicitado deve apresentar para a satisfação do interesse público e, a partir daí, cotar o preço dos produtos que apresentarem a qualidade especificada e definir o preço médio;
>
> Em caso negativo, fixar o preço médio desconsiderando os valores demasiadamente discrepantes eventualmente apresentados por uma das empresas, sem se descurar, contudo, da exigência de o preço médio ser fixado a partir de, pelo menos, três orçamentos. (grifou-se)

317. No caso da AGU, optou-se pelo cálculo da média dos preços. Esse tema é abordado mais adiante nesta NT (*vide* item "8.11. Formas de cálculo da estimativa de preço").

318. Se a organização contratar *notebooks* sofisticados, mas necessitar de *notebooks* simples, poderá praticar um ato antieconômico (*vide* relatório do Acórdão 2.170/2007-TCU-Plenário, da relatoria do Ministro Ubiratan Aguiar, parágrafos 28-29 e 31[45]), pois contratará solução com características acima de sua necessidade de negócio, podendo nem sequer ser sensível às características mais avançadas do objeto contratado (*e.g.* quantidade de memória RAM maior do que a de um *notebook* simples), ou seja, pode haver desconformidade. Nessa situação hipotética, em princípio, a empresa contratada não incorreria em nenhuma ilegalidade, pois teria ofertado um produto que atendia aos requisitos estabelecidos, embora exagerados para a necessidade da organização, com preço de acordo com a estimativa de preço, que deveria estar baseada em preços de mercado. Os agentes públicos responsáveis é que poderiam responder pelo ato antieconômico nesse caso.

319. Atualmente, o Ministério da Economia oferece o "Painel de Preços" para a atividade de pesquisa de preços, desenvolvido pela Seges/ME. Essa ferramenta é referenciada na IN - Seges/ME 73/2020 e na IN - Seges/ME 65/2021.

320. A Lei 14.133/2021, art. 3º, inciso II, prevê, no escopo do PNCP, que estava sendo construído no momento da redação desta NT, o uso de painel para consulta de preços e de banco de preços em saúde. Na lei citada, também foi previsto o acesso à base nacional de notas fiscais eletrônicas. Esses instrumentos podem ser úteis à atividade de pesquisa de preços.

321. Com base no exposto, formulou-se o seguinte entendimento:

Entendimento 5

Nas contratações públicas de bens e serviços de TI, os agentes públicos responsáveis por elaborar o orçamento estimado da contratação devem efetuar pesquisa de preços de soluções do tipo escolhido no estudo técnico preliminar, considerando somente preços de soluções do nicho de mercado que atenda à necessidade que originou a contratação, que é delimitado por elementos como a natureza da solução de TI (o que será contratado), os requisitos da solução, os requisitos de habilitação da empresa que entregará a solução e os elementos relativos à execução contratual (modelo de execução do objeto e modelo de gestão do contrato), levando em conta os seguintes aspectos na pesquisa de preços:

1. as quantidades a contratar, de modo a considerar eventuais efeitos de economia de escala;
2. as peculiaridades de execução do objeto, incluindo:
   a. eventuais serviços agregados necessários (e.g. instalação, configuração de equipamentos e *softwares*, e execução de rotinas de produção); e
   b. questões ligadas à logística da solução, como prazo de entrega razoável e que amplie a competição, localidades a atender com eventuais quantidades diferentes a entregar nessas localidades, encargos e eventuais diferenças de encargos em localidades distintas, e prazo e condições de prestação de serviços de garantia compatíveis com os praticados no mercado para a solução de TI a contratar.

A pesquisa de preços nos moldes expostos deve ser verificada pela autoridade máxima da área de TI, pela autoridade responsável por aprovar o termo de referência ou o projeto básico, pelos membros da CPL, pela autoridade responsável por homologar a licitação e pelo parecerista jurídico no tocante a aspectos jurídicos.

8.4.6 Coordenação de pesquisa de preços

322. Uma ação de caráter estruturante que pode ser executada por um OGS (*e.g.* SGD/ME e Conselho Nacional de Justiça - CNJ ou ambos em cooperação) é a execução ou a coordenação de pesquisas de preços de diversos itens, a exemplo do que é feito no âmbito do Sinapi e do Sicro, bem como na Secretaria de Estado de Gestão e Recursos Humanos (Seger) do Estado do Espírito Santo[46]. Essa sugestão está em linha com a necessidade de um banco eletrônico de preços para a aquisição de bens e serviços de TI, apontada no parágrafo 38 do voto condutor do Acórdão 2.170/2007-TCU-Plenário, da relatoria do Ministro Ubiratan Aguiar:

> 38. A argumentação anterior demonstra a premência de construção de um banco eletrônico de preços para a aquisição de produtos e contratação de serviços de TI para a Administração Pública federal - assim como existe para a construção civil, que conta com o Sinapi, ou para as obras rodoviárias, que contam com o Sicro. Tal sistema, em conjunto com um modelo de licitação e contratação de serviços de informática, ainda em estágio inicial de construção por parte da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (SLTI/MPOG), conforme conclusão consignada no Acórdão nº 1.480/2007 - Plenário, conformaria um quadro positivo para as aquisições do setor público, o que o tornaria menos suscetível à ocorrência de falhas e irregularidades, com as quais o Tribunal constantemente se depara. (grifou-se)

323. De acordo com a sugestão exposta no parágrafo anterior, o esforço de coleta de preços e de elaboração das estimativas dos preços passaria a ser executado ou supervisionado de forma centralizada, de modo que as organizações públicas contariam com preços de referência para itens padronizados (*e.g.* itens contratados com maior frequência pelas organizações públicas). Essa atividade pode, inclusive, ser objeto de execução indireta (contratada), como aponta Joel de Menezes Niebuhr (2007):

> Inclusive, a Administração poderia cogitar de contratar alguma empresa especializada para disponibilizar a ela levantamento de preços no mercado, de forma ampla, em relação aos itens e objetos que costumam ser contratados por ela. Ou seja, ela encarregaria um terceiro de realizar essa estimativa, o que pode lhe trazer resultados muito interessantes e economia nos contratos administrativos.

324. No parágrafo 21 do voto condutor do Acórdão 3.516/2007-TCU-Primeira Câmara, da relatoria do Ministro Aroldo Cedraz, o relator também cita essa possibilidade, inclusive indica possíveis atores para efetuar a execução indireta para esforços, no sentido de a APF levantar preços de referência de itens a contratar:

21. A propósito, nada impede, por exemplo, que futuramente a administração desenvolva um banco de dados, utilizando-se de seu catálogo de materiais, que reflita não apenas os preços contratados pela administração pública, mas também aqueles praticados pelo mercado, contando, inclusive, com a estrutura de entidades públicas ou privadas especializadas em pesquisas de preço, a exemplo de FGV, IBGE e Fipe.

8.5 Importância da padronização na elaboração do orçamento estimado

325. Na Lei 8.666/1993, constam os seguintes comandos a respeito da padronização das contratações:

> Art. 11. As obras e serviços destinados aos mesmos fins terão projetos padronizados por tipos, categorias ou classes, exceto quando o projeto-padrão não atender às condições peculiares do local ou às exigências específicas do empreendimento.
>
> [...]
>
> Art. 15. As compras, sempre que possível, deverão: (Regulamento) (Regulamento) (Regulamento) (Vigência)
>
> 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;
>
> [...]
>
> Art. 24. É dispensável a licitação:
>
> [...]
>
> XIX - para as compras de material de uso pelas Forças Armadas, com exceção de materiais de uso pessoal e administrativo, quando houver necessidade de manter a padronização requerida pela estrutura de apoio logístico dos meios navais, aéreos e terrestres, mediante parecer de comissão instituída por decreto; (Incluído pela Lei nº 8.883, de 1994) (grifou-se)

326. Na Lei 14.133/2021, também constam diversos dispositivos a respeito da padronização de objetos a contratar: art. 6º, inciso LI, art. 19, inciso II, §§1º e 2º, art. 40, inciso V, alínea "a", § 1º, inciso I, art. 41, inciso I, alíneas "a" e "b", art. 43, art. 47, inciso I, art. 75, inciso IV, alínea "g", art. 79, inciso

I, parágrafo único, inciso III, e art. 174, § 2º, inciso II. Ressalte-se que o planejamento das contratações de compras e serviços devem atender ao princípio da padronização (art. 40, inciso V, alínea "a", e art. 47, inciso I).

327. Assim, a padronização é um princípio a perseguir nas contratações públicas, de modo que objetos destinados aos mesmos fins devem ser contratados mediante especificações padronizadas, exceto quando os padrões definidos não atenderem a peculiaridades da contratação. Ressalta-se a expressão "sempre que possível" no *caput* do art. 15 da Lei 8.666/1993, que informa que a padronização só não deve ser considerada se isso não for possível.

328. Adicionalmente, a não utilização do "catálogo eletrônico de padronização de compras, serviços e obras", estabelecido na Lei 14.133/2021, art. 19, inciso II, deverá ser devidamente justificada de acordo com a Lei 14.133/2021, art. 19, § 2º. No âmbito do Poder Executivo federal, esse catálogo foi instituído pela Portaria - Seges/ME 938/2022. A Lei 13.303/2016 também estabelece catálogo eletrônico de padronização como procedimento auxiliar das licitações (art. 63, inciso IV, e art. 67).

329. A padronização de objetos, que envolve a forma de comercialização (*e.g.* contratar licenças de *software* ou *software* como serviço), pode amenizar a dificuldade de encontrar preços comparáveis de um objeto a contratar, pois os preços de soluções padronizadas são mais facilmente comparáveis. Esse tema foi tratado no Acórdão 2.569/2018-TCU-Plenário, da relatoria do Ministro Aroldo Cedraz, a respeito de auditoria operacional sobre práticas comerciais de grandes fabricantes de *software*. A seguir, é apresentado o excerto do referido relatório, que traz trecho do relatório de auditoria da unidade técnica (Sefti):

> Deficiências na pesquisa para encontrar contratações similares
>
> 91. Além da complexidade dos modelos de contratação, as organizações públicas auditadas reportaram que um desafio enfrentado na pesquisa de preços é a identificação de contratações feitas por outras organizações

> públicas com objetos similares (peça 69, p. 2; peça 57, p. 7; peça 64, p. 2). Uma das causas dessa dificuldade é a falta de padronização dos objetos contratados, contrariando o uso de padrões nas contratações, previsto na Lei 8.666/1993 (art. 11 e art. 15, inciso I).
>
> 92. Nas pesquisas de preço, as organizações públicas buscam contratos similares em termos de elementos como os produtos propriamente ditos (*e.g.* licenças de determinado *software*), quantidades, níveis mínimos de serviços exigidos e prazos de duração dos contratos (relevantes para a prestação dos serviços agregados). Ressalte-se que objetos semelhantes podem ter preços muito diferentes, ainda que se refiram ao mesmo *software* (*e.g.* devido a efeitos de escala). Quanto mais padronizados os objetos, mais comparáveis se tornam os seus preços contratados.
>
> 93. O MF e o TRF1 sinalizaram que a dificuldade de encontrar contratações similares também se deve à falta de padronização da nomenclatura utilizada nas descrições dos objetos das contratações feitas por organizações públicas, isto é, da forma como os objetos são descritos nas contratações (peça 57, p. 7; peça 91, q. 3.5).
>
> 94. Desse modo, se houver o estabelecimento de padrões dos objetos das contratações e de suas respectivas descrições, em especial daquelas soluções de uso mais disseminado, existe a expectativa de que as consultas sobre essas contratações sejam mais eficazes e mais rápidas, razão pela qual será feita proposta de recomendação nesse sentido.

330. O relatório do Acórdão 2.789/2019, da relatoria do Ministro Raimundo Carreiro, com instrução também feita pela Sefti, menciona ponderações sobre o efeito da falta de padronização:

> 67. À semelhança da fragmentação, a verticalização não é um problema em si mesma, não fosse a conjugação de dois outros fatores: a falta de padronização das tecnologias utilizadas pela APF e a limitação de pessoal a que todo o governo está submetido. A **falta de padronização** das tecnologias afeta o acúmulo de conhecimento e a disseminação de boas práticas, o que poderia reduzir as necessidades de capacitação de pessoal e tornar a troca de experiências e movimentação de pessoal mais eficiente. Além disso, diminui a possibilidade de o Estado tirar proveito do efeito escala como grande comprador de tecnologia, aumentando a pressão sobre os custos. Por fim, dificulta a interoperabilidade entre os ambientes, tornando-se um incentivo perverso à criação de silos de informação, o que tanto emperra a integração de dados para a prestação de serviços públicos eficientes, sem contar com o esforço adicional que impõe às áreas de TI para lidar com tais complexidades. (grifou-se)

331. A padronização também produz efeito de economia de escala com relação ao conhecimento e ao esforço empregados nas contratações, como é exposto no caso das contratações de *softwares* de grandes fabricantes, conforme se depreende do citado Acórdão 2.569/2018-TCU-Plenário, da relatoria do Ministro Aroldo Cedraz:

> 9.1.1.2.1.8. definição de soluções padronizadas baseadas em *softwares* e serviços agregados, de modo a desonerar as organizações públicas de levantar, entender e utilizar os modelos de comercialização dos grandes fabricantes de *software*, em consonância com a Lei nº 8.666/1993, art. 11 e art. 15, inciso I;

332. Com relação à padronização de *softwares*, a SGD/ME estabeleceu o "Catálogo de Soluções de TIC com Condições Padronizadas" (*vide* parágrafos 449-450), como consta em diversos dispositivos da IN - SGD/ME 1/2019, incluindo o seguinte:

> Art. 2º Para fins desta Instrução Normativa, considera-se:
>
> XXVI - Catálogo de Soluções de TIC com Condições Padronizadas: relação de soluções de TIC ofertadas pelo mercado que possuem condições padrões definidas pelo Órgão Central do SISP, podendo incluir o nome da solução, descrição, níveis de serviço, Preço Máximo de Compra de Item de TIC, entre outros; e (Incluído pela Instrução Normativa nº 202, de 18 de setembro de 2019)

333. Também com relação à padronização de *softwares*, na Lei 14.133/2021, art. 43, § 2º, consta que:

> Art. 43.O processo de padronização deverá conter:
>
> [...]
>
> § 2º As contratações de soluções baseadas em *software* de uso disseminado serão disciplinadas em regulamento que defina processo de gestão estratégica das contratações desse tipo de solução.

334. O dispositivo transcrito remete ao processo de gestão estratégica de contratações de bens e serviços de TI tratado nos Acórdãos 2.789/2019, item 9.1.2.2, e 2.569/2018, item 9.1.1.2.1; ambos do Plenário do TCU, de modo a implementar mecanismos para otimizar as atividades relacionadas às aquisições de bens e serviços de TI de qualquer natureza no âmbito do Sisp (*vide* parágrafos 108-110).

335. Vale ressaltar que os provedores de soluções de TI podem beneficiar-se de padrões públicos. No caso de equipamentos, para entregar produtos similares, mas que apresentam configurações diferentes, os fabricantes têm de implementar mudanças em suas linhas de produção, o que pode ser evitado se as contratações forem padronizadas, levando-se a efeito de economia de escala, o que, por sua vez, pode produzir preços mais baixos para o Estado (*vide* Apêndice III, seção "Fatores relativos à solução de TI a contratar", item "2)"). Adicionalmente, contratações que adotem padrões podem ser mais céleres, pois diminui-se o esforço de especificação das soluções, de definição de requisitos de habilitação, de modelos de execução do objeto e de gestão do contrato, o que favorece os fornecedores de TI. Ademais, esses padrões públicos tornam mais simples e mais rápido o entendimento do que o Estado necessita em suas contratações, por parte dos licitantes.

336. Destaca-se que o mercado de TI é altamente propício à padronização, a exemplo dos padrões de interoperabilidade utilizados pelos fabricantes de TI há décadas, estabelecidos por órgãos de padronização ou por associações de fabricantes de produtos de TI.

337. O procedimento de padronizar bens e serviços de TI tem mais probabilidade de ser eficaz se for capitaneado pelos OGS responsáveis por emitir diretrizes relativas às contratações de TI, pois esse procedimento demanda conhecimento específico de cada solução a contratar e de seu respectivo mercado fornecedor, de modo que, se executado de forma centralizada, economiza esforço e tempo das organizações públicas jurisdicionadas (*vide* item 9.1.1.2.1.8 do Acórdão 2.569/2018-TCU-Plenário). Adicionalmente, esse procedimento necessita de autoridade superior para efetuar e cobrar a padronização por parte das organizações públicas.

338. Os padrões devem considerar as soluções de TI como um todo, incluindo o objeto propriamente dito e os serviços agregados necessários para que a solução gere os resultados que atendam à necessidade que

desencadeou a contratação, bem como os requisitos de habilitação (*e.g.* natureza dos atestados de capacidade técnica). Por exemplo, no caso de microcomputadores, um padrão formulado por um OGS pode incluir o equipamento propriamente dito e os serviços agregados necessários, como a instalação, na fábrica, de todos os *softwares* padronizados pela organização pública, bem como o prazo e as condições de prestação de serviço de garantia (*e.g.* NMSE).

339. Vale destacar que a Lei 14.133/2021 apresenta dispositivos, no sentido de também padronizar elementos dos processos licitatórios, como modelos de minutas de editais, de termos de referência e de contratos (art. 19, inciso IV, art. 25, § 1º, e art. 53, § 5º). A Lei 13.303/2016 apresenta dispositivos na mesma linha (art. 32, inciso I, e art. 40, inciso III). Essa ação pode ser capitaneada por OGS, pois poupa tempo e esforço dos respectivos jurisdicionados.

340. Dada a importância desse tema, a padronização deve ser incentivada tanto pelas estruturas de governança como pelas de gestão das organizações públicas, não somente as de TI, como também a unidade de gestão da área administrativa relativa às contratações, pois essas estruturas têm condições de estabelecer e cobrar o cumprimento de comandos nesse sentido.

341. É importante esclarecer que a palavra "padronização" apresenta, pelo menos, duas concepções:

1) utilização de requisitos comuns para que diversas organizações públicas contratem objetos semelhantes e com preços comparáveis, que é o sentido utilizado no presente item; e
2) uso do mesmo produto por uma ou mais organizações públicas após a execução de um processo de padronização, como consta na Lei 14.133/2021, art. 43.

342. Com base no exposto, foi formulado o seguinte entendimento:

Entendimento 6

Nas contratações públicas de bens e serviços de TI, os agentes públicos responsáveis pelo planejamento das contratações devem, sempre que possível, utilizar padrões estabelecidos, em especial os definidos pelo órgão governante superior ao qual a organização pública estiver vinculada, de modo a simplificar o planejamento das contratações e possibilitar maior comparabilidade de preços, o que deve ser reforçado pelas estruturas de governança e de gestão da organização pública e verificado pela autoridade máxima da área de TI, pela autoridade responsável por aprovar o termo de referência ou o projeto básico, pelos membros da CPL, pela autoridade responsável por homologar a licitação e pelo parecerista jurídico no tocante a aspectos jurídicos.

8.6 Definição das quantidades a contratar

343. A seguir, são abordados alguns aspectos a respeito da definição das quantidades a contratar, incluindo sua importância na elaboração do orçamento estimado e sua obrigatoriedade.

8.6.1 Importância da definição das quantidades

344. A definição das quantidades a contratar afeta, de forma determinante, o orçamento estimado. Isso ocorre, pelo menos, por três razões:

1) quantidades maiores levam a consumo maior de recursos financeiros na contratação, pois leva a preço estimado para cada item e a preço global maiores, considerando que o preço estimado de um item é calculado pela multiplicação do preço unitário estimado pela respectiva quantidade do item e o preço total estimado (valor global estimado) é a soma dos preços estimados de todos os itens (*vide* parágrafo 12);
2) pode haver o efeito de economia de escala, de modo que o aumento do preço estimado de determinado item pode não ocorrer de forma linear, com relação à respectiva quantidade, pois o preço unitário pode diminuir com o aumento da quantidade (*vide* item 8.6.3); e
3) quando ocorrem aditivos para aumentar as quantidades (Lei 8.666/1993, art. 65, inciso I, alínea "b" c/c § 1º; e Lei 14.133/2021, art. 124,

> inciso I, alínea "b" c/c art. 125), o preço final da contratação, inevitavelmente, aumenta (provavelmente, sem efeito de economia de escala).

345. Em função dos itens 1 e 2 do parágrafo anterior, pode-se afirmar que a definição das quantidades não é uma atividade relacionada à elaboração do orçamento estimado, mas, sim, faz parte desse cálculo. Por isso, trata-se do conceito "orçamento estimado" nesta NT, que conjuga quantidades e preços e não somente estimativas de preços a contratar.

346. As quantidades funcionam como fatores de ponderação (pesos) dos preços unitários no orçamento estimado. Determinado item pode ter preço unitário reduzido, mas, quando multiplicado pela respectiva quantidade, pode incorrer em preço expressivo para aquele item. No item 45 do voto do relator do Acórdão 79/2010-TCU-Plenário, da relatoria do Ministro-Substituto Marcos Bemquerer, é destacada a relação das quantidades com os respectivos preços unitários:

> 45. Na elaboração de orçamentos, o binômio custo unitário *versus* quantidade é que define a economicidade de uma proposta. Dessa forma, uma oferta que a princípio pareça não ser tão atrativa, por contemplar descontos em apenas alguns itens isolados, pode se configurar na melhor opção para a Administração Pública se esses mesmos itens forem executados em quantitativos comparativamente maiores do que os demais serviços orçados.

347. Se determinado preço unitário estimado não estiver na faixa de preço praticada no mercado, ou seja, se houver o sobrepreço, de propósito ou não, e se a estimativa de quantidade estiver exagerada, intencionalmente ou não, os efeitos do sobrepreço e do superfaturamento são amplificados pela quantidade para esse item.

348. Acrescenta-se que o Banco Mundial chegou à conclusão de que a quantidade é a variável que se mostrou mais relevante em termos de impacto sobre os preços, entre sete variáveis, em estudo sobre análise da eficiência e da equidade do gasto público no Brasil (GRUPO BANCO MUNDIAL, 2017, p. 58).

349. A seguir, é transcrito trecho do relatório do Acórdão 916/2015-TCU-Plenário, da relatoria do Ministro-Substituto Augusto Sherman, sobre a relevância de motivar a definição do volume de serviços a contratar, ponderando que esse volume determina a capacidade operacional que a empresa a ser contratada deve ter e, por sua vez, define o porte da empresa que pode participar da licitação:

> 128. Pelo princípio da motivação (Lei 9.784/1999, art. 2º, *caput*), considera-se imprescindível que a relevante decisão acerca do volume de serviços a ser contratado seja motivada, por meio de uma memória de cálculo que demonstre a relação entre a demanda prevista e a quantidade de serviço a ser contratada.
>
> 129. Além disso, o volume de serviços licitado determina a capacidade operacional que a empresa a ser contratada deve ter e, por sua vez, define o porte da empresa que poderia participar da licitação. Dessa forma, o ato administrativo no qual se decide o volume de serviços a ser contratado consiste em ato que afeta direitos ou interesses, de modo que deve ser motivado, com fulcro no art. 50, inciso I, da Lei 9.784/1999. Esta motivação deve ser registrada nos autos do processo de planejamento da contratação, ficando disponível para consultas futuras, inclusive por parte dos órgãos de controle.
>
> [...]
>
> 131. A falta de memória de cálculo que justifique o volume de serviços a ser contratados eleva os riscos de: o ente necessitar de aditivos de aumento de objeto, gerando perda de escala e custo administrativo; excesso ou escassez de serviços contratados em relação à necessidade real do órgão; e 'jogo de planilha', o que pode resultar em superfaturamento contratual.

350. Assim, segundo o relatório citado, é dever dos agentes públicos responsáveis pelo planejamento de uma contratação de TI elaborar as estimativas das quantidades dos serviços, o que também vale para bens, e expor o raciocínio formulado para chegar-se a elas, por intermédio de memória de cálculo, demonstrando a relação entre a demanda prevista e a quantidade de serviço a ser contratada, em conformidade com o princípio da motivação. Este tópico foi objeto de recomendação no item 9.1.2 do referido acórdão e de alerta no item 9.2.4.2. No Apêndice V, é oferecido modelo de memória de cálculo de quantidades.

351. Há situações em que, além da definição das quantidades propriamente ditas, é necessário explicitar quantidades a entregar em lugares distintos, pois implicam despesas adicionais (*e.g.* fretes), como foi sinalizado no Acórdão 392/2011-TCU-Plenário, da relatoria do Ministro José Jorge, que trata de contratação, tendo por objeto o registro de preços para aquisição de *kits* de testes de quantificação de RNA viral do HIV-1, em tempo real, no total de 1.008.000 unidades, bem como sua distribuição para as 79 unidades que compõem a Rede Nacional de Laboratórios (com previsão de mais quatro a ser instaladas), em todos os estados da Federação. No voto condutor do referido acórdão, consta o seguinte:

> 18. Estão inclusos no objeto do certame, além do fornecimento dos testes, a sua distribuição nas diferentes localidades, instalação e manutenção de equipamentos, realização de treinamentos e suporte pós-venda. Por isso, a informação, ao menos estimada, da quantidade de insumos/equipamentos a serem entregues por localidade mostra-se essencial para que as licitantes possam elaborar suas propostas com um mínimo de segurança. Como bem assinala a unidade técnica, **"entregas em diferentes localidades implicam diferentes valores nos preços dos fretes, diferentes valores envolvidos para alocação de mão de obra responsável pela instalação e manutenção dos equipamentos e realização de treinamento, entre outros".**
>
> 19. No caso em tela, a ausência dessas informações torna impreciso o objeto licitado. Cada empresa apresentará a sua proposta segundo a sua composição de custos, levando em conta suas próprias estimativas de demanda por laboratório, o que certamente colocará em risco a obtenção da proposta mais vantajosa para a Administração.
>
> 20. Como bem assevera a unidade técnica, **"não deverá ser exigido do órgão cronograma absolutamente preciso e inflexível com relação às quantidades e respectivas localidades de entrega. Trata-se tão somente de estimativa, segundo histórico estatístico de consumo dos kits por cada laboratório [...]."**.
>
> 21. Tem-se, assim, flagrante violação ao art. 14 da Lei nº 8.666/93, segundo o qual **"Nenhuma compra será feita sem a adequada caracterização de seu objeto",** bem como ao art. 15, § 7º, II, da Lei de Licitações, o qual dispõe que, nas compras efetivadas por entes da Administração Pública, deverá ser observada **"a definição das unidades e das quantidades a serem adquiridas em função do consumo e utilização prováveis, cuja estimativa**

> **será obtida, sempre que possível, mediante adequadas técnicas quantitativas de estimação".** (grifou-se)

352. Dessa forma, pode ser necessário efetuar estimativas de quantidades a ser entregues em localidades diferentes, de acordo com cronograma estimado, pois, sem essas informações, o objeto da contratação não fica devidamente caracterizado, e as empresas ficam carentes de informações relevantes para elaborar suas propostas de preços, assim como a organização pública na elaboração de seu orçamento estimado. A questão da regionalização dos lotes a entregar também é tratada no Acórdão 1.592/2013-TCU-Plenário, da relatoria do Ministro Valmir Campelo, item 9.3.4. O Decreto 7.892/2013, art. 9º, inciso X c/c § 2º, trata do aspecto citado na execução de licitação pelo SRP, embora não tenha redação explícita a respeito das quantidades estimadas por localidade:

> Art. 9º O edital de licitação para registro de preços observará o disposto nas Leis nº 8.666, de 1993, e nº 10.520, de 2002, e contemplará, no mínimo:
>
> [...]
>
> V - condições quanto ao local, prazo de entrega, forma de pagamento, e nos casos de serviços, quando cabível, frequência, periodicidade, características do pessoal, materiais e equipamentos a serem utilizados, procedimentos, cuidados, deveres, disciplina e controles a serem adotados;
>
> [...]
>
> § 2º Quando o edital previr o fornecimento de bens ou prestação de serviços em locais diferentes, é facultada a exigência de apresentação de proposta diferenciada por região, de modo que aos preços sejam acrescidos custos variáveis por região. (grifou-se)

353. Ressalta-se que a Lei 14.133/2021 apresenta a possibilidade de preços diferentes em licitações que utilizem o SRP:

> Art. 82. O edital de licitação para registro de preços observará as regras gerais desta Lei e deverá dispor sobre:
>
> [...]
>
> III - a possibilidade de prever preços diferentes:

a) quando o objeto for realizado ou entregue em locais diferentes;

b) em razão da forma e do local de acondicionamento;

c) quando admitida cotação variável em razão do tamanho do lote;

d) por outros motivos justificados no processo;

354. Quando trata do conceito de sobrepreço, Luiz Henrique Lima faz considerações, no sentido de que o preço é influenciado por três variáveis: o período da compra, o volume adquirido (quantidades) e as condições logísticas (LIMA, 2016):

> Todavia, nem sempre diferenças de preços na aquisição de um mesmo bem caracterizam sobrepreço. Suponha que duas prefeituras adquiram o mesmo equipamento com uma diferença de 25% no valor unitário. Isso não significa necessariamente que aquela que contratou pelo maior valor tenha praticado sobrepreço. É necessário avaliar aspectos como o período da compra, pois os valores dos bens não são constantes no tempo; bem como o volume adquirido, uma vez que podem existir economia e descontos em virtude da escala da compra; e, ainda, fatores como frete e logística que podem impactar significativamente o custo final. Tais cuidados são requeridos para evitar leviandade ou banalização nas denúncias.

355. As quantidades também afetam outros aspectos da contratação, como os critérios de aceitabilidade de preço global e de preços unitários (*vide* item "8.12. Critérios de aceitabilidade de preços"), em razão de eventual efeito de economia de escala (Lei 8.666/1993, art. 40, inciso X; e Lei 14.133/2021, art. 59, incisos III e IV).

356. Por fazer parte do cálculo do valor global da contratação, as quantidades também afetam o cálculo do valor do capital mínimo exigido ou do patrimônio líquido, ou ainda da garantia de execução.

357. Os quantitativos também podem levar à definição do critério de habilitação relativo à qualificação técnica atendido por atestados de capacidade técnica, pois essa comprovação envolve a entrega anterior de objetos com quantidades similares (Lei 8.666/1993, art. 30, inciso II c/c §§ 3º e 4º; e Lei 14.133/2021, art. 67, inciso II, § 2º c/c § 1º, § 3º, § 5º, e §

10 c/c § 11), que pode ser uma barreira à competição, o que, por sua vez, pode influenciar o preço final da contratação.

358. Para fins de comprovação da qualificação técnica, o TCU tem entendido em reiteradas oportunidades que, por ocasião da avaliação da qualificação técnico-operacional dos licitantes, não se devem estabelecer percentuais mínimos acima de 50% dos quantitativos dos itens de maior relevância da obra ou do serviço, salvo em casos excepcionais, devidamente justificados (Acórdãos 1.284/2003, item 9.1.2.1.2; 2.088/2004, item 9.6.1.2; 2.462/2007, item 9.1.1; 2.656/2007, item 9.2.3.8; 1.949/2008, item 9.2.4; 2.215/2008, item 9.5.3; 1.898/2011, item 9.2.2; e 2.595/2021, item 9.1.2; todos do Plenário). A Súmula - TCU 263 também trata do tema e explicita a legalidade da exigência de comprovação da execução de quantitativos mínimos em obras ou serviços com características semelhantes, desde que limitada, simultaneamente, às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto a ser contratado, devendo essa exigência guardar proporção com a dimensão e a complexidade do objeto a ser executado. Na súmula referenciada, não é definido limite para os percentuais dos quantitativos (*e.g* 50% nos atestados de capacidade técnica). A Lei 14.133/2021, art. 67, § 2º c/c § 1º também trata deste tema de forma explícita:

> Art. 67. A documentação relativa à qualificação técnico-profissional e técnico-operacional será restrita a:
>
> [...]
>
> § 1º A exigência de atestados será restrita às parcelas de maior relevância ou valor significativo do objeto da licitação, assim consideradas as que tenham valor individual igual ou superior a 4% (quatro por cento) do valor total estimado da contratação.
>
> § 2º Observado o disposto no *caput* e no § 1º deste artigo, será admitida a exigência de atestados com quantidades mínimas de até 50% (cinquenta por cento) das parcelas de que trata o referido parágrafo, vedadas limitações de tempo e de locais específicos relativas aos atestados. (grifou-se)

359. Sobre esse assunto, vale lembrar o Acórdão 718/2018-TCU-Plenário, da relatoria do Ministro-Substituto André de Carvalho, que, em seu item 9.3.1, determinou à organização jurisdicionada abster-se de incorrer na irregularidade de adotar o mínimo de 50% do somatório da demanda de todos os participantes de licitação pelo SRP, para fins de comprovação de qualificação técnica. Tal exigência foi superior às demandas individuais das organizações participantes e, no caso do gerenciador, excederam 50% de sua própria estimativa. Adicionalmente, a unidade técnica (Selog) destacou que, conforme a Súmula 263 do Tribunal, as exigências deveriam limitar-se às parcelas de maior relevância técnica e valor significativo.

8.6.2 Obrigatoriedade de definição das quantidades

360. Inicialmente, vale lembrar que o orçamento estimado deve ser elaborado em diversos momentos do processo de contratação e gestão contratual, como foi explicitado no item "5. Contextualização dos orçamentos estimados nas contratações públicas". Como as quantidades dos itens a contratar são elementos integrantes do orçamento estimado (*vide* parágrafos 12 e 345), têm de ser definidas nos momentos citados, isto é, na elaboração do PCA, do ETP e do TR ou do PB, de acordo com os dispositivos legais apontados no item citado desta NT. No caso das repactuações de serviços contínuos, o orçamento estimado deve considerar as quantidades contratadas, incluindo eventuais aditivos para aumentos de quantidades.

361. Destaca-se que, na IN - Seges/ME 1/2019, que dispõe sobre o PCA de bens, serviços, obras e soluções de tecnologia da informação e comunicações[47], no art. 5º, inciso III, é estabelecida a necessidade de os setores requisitantes informarem a quantidade a ser adquirida ou contratada de cada item incluído no PCA (*vide* parágrafo 44). No Decreto 10.947/2022, que passou a regulamentar o PCA, consta dispositivo semelhante (art. 8º, inciso III), embora haja flexibilidade na maneira de informar o valor a contratar, o que permite a não inclusão da quantidade a contratar referente a uma estimativa de preço incluída no PCA (*vide* parágrafos 40-41).

362. Salienta-se que, com relação ao ETP, a Lei 14.133/2018, art. 18, § 1º, inciso IV, deixa explícita a necessidade de estimar as quantidades nessa etapa preliminar do planejamento da contratação. O mesmo ocorre na IN - Seges/ME 40/2020, art. 7º, inciso V (âmbito da Lei 8.666/1993); e na IN - Seges/ME 58/2022, art. 9º, inciso V (âmbito da Lei 14.133/2021).

363. Adicionalmente, as quantidades a contratar são elementos da definição do objeto (Lei 8.666/1993, art. 6º, inciso IX, alínea "f"; e Lei 14.133/2021, art. 6º, inciso XXIII, alínea "a", e art. 82, inciso I), de modo que fazem parte do TR ou do PB e influenciam a capacidade da solução de TI de gerar os resultados esperados com a contratação, de modo a atender à necessidade que a desencadeou.

364. Tanto a Lei 8.666/1993 como a Lei 14.133/2021 estipulam que as quantidades devem ser definidas em função do consumo e da utilização prováveis, cuja estimativa deve ser obtida, sempre que possível, mediante adequadas técnicas quantitativas de estimação (Lei 8.666/1993, art. 15, § 7º, inciso II; e Lei 14.133/2021, art. 40, *caput* e inciso III). O art. 10 da IN - Seges/ME 65/2021, que dispõe sobre a pesquisa de preços no âmbito da Lei 14.133/2021, estabelece a divulgação do detalhamento dos quantitativos e das demais informações necessárias para a elaboração das propostas.

365. O Decreto 7.892/2013, que regulamenta o SRP (âmbito da Lei 8.666/1993), também apresenta comandos, no sentido de estimar as quantidades a contratar no art. 5º, inciso V (confirmação dos quantitativos junto aos órgãos participantes) e no art. 9º (conteúdo mínimo do edital), incisos II (estimativa de quantidades a ser adquiridas pelo órgão gerenciador e pelos órgãos participantes) e III (estimativa de quantidades a ser adquiridas por órgãos não participantes, no caso de o órgão gerenciador admitir adesões). A Lei 14.133/2021 também trata das definições de quantidades em contratações pelo SRP, no art. 82, inciso I, e no art. 86, *caput*, §§ 4º e 5º.

366. Com relação às contratações de TI, na IN - SGD/ME 1/2019, considerada a norma de referência para essas contratações, consta que o ETP deve conter, de maneira detalhada, motivada e justificada, inclusive quanto à

forma de cálculo, o quantitativo de bens e serviços necessários para a composição da solução de TI a contratar (art. 11, inciso I). Comando similar refere-se à justificativa das quantidades no TR ou no PB (art. 14). O Modelo de Execução do Contrato (chamado de "modelo de execução do objeto" ao longo desta NT) deverá conter, quando couber, quantificação ou estimativa prévia do volume de serviços demandados ou quantidade de bens a ser fornecidos, para comparação e controle (art. 18, inciso II). Também consta obrigação de definir quantidades no encaminhamento de OS (art. 32, inciso II). Em adição, a norma citada estabelece que a justificativa da contratação deve conter a relação entre a necessidade da contratação da solução de TIC e os respectivos volumes e características do objeto (art. 15, inciso II). Por fim, na diretriz específica para o planejamento da contratação relativa à contratação de licenciamento de *software* e serviços agregados, é estabelecido que a organização pública deverá demandar os volumes de licenças e serviços agregados de forma gradual, seguindo cronograma de implantação, cabendo o pagamento apenas sobre os quantitativos demandados, fornecidos e efetivamente implantados (Anexo I, 1.6).

367. A obrigação de estimar as quantidades também consta em normas congêneres: Resolução 102/2013, do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) (art. 15, inciso III, alínea "b"); e Resolução 182/2013 do CNJ (art. 9º, parágrafo único, inciso IV, art. 14, inciso IV, alínea "d" e art. 18, § 3º, inciso II, alínea "f").

368. Também vale citar a Instrução Normativa 205/1988, da então Secretaria de Administração Pública da Presidência da República (Sedap), que apresenta técnicas de gestão de material, assim como fórmulas para gerência de estoques (itens 7.6 e 7.7 dessa IN), que podem ser úteis para contratações de materiais de consumo. Em adição, a Portaria - Seges/ME 8.678/2021, art. 11, também contém orientações a respeito da política de gestão de estoques.

369. É importante frisar que o planejamento da contratação também é obrigatório para as contratações diretas, isto é, dispensas e inexigibilidades de licitação (Lei 8.666/1993, art. 7º, inciso I, § 2º, inciso I, § 6º e § 9º

c/c art. 6º, inciso IX), o que inclui o planejamento das quantidades. Na Lei 14.133/2021, consta que o processo de contratação direta dever ser instruído com o ETP e o TR/PB, que contêm as estimativas de preço e quantidades, e com a estimativa da despesa devidamente justificada:

> Art. 72. O processo de contratação direta, que compreende os casos de inexigibilidade e de dispensa de licitação, deverá ser instruído com os seguintes documentos:
>
> I - documento de formalização de demanda e, se for o caso, estudo técnico preliminar, análise de riscos, termo de referência, projeto básico ou projeto executivo;
>
> II - estimativa de despesa, que deverá ser calculada na forma estabelecida no art. 23 desta Lei;
>
> [...]
> VII - justificativa de preço; (grifou-se)

370. Acrescenta-se que, de acordo com a Lei 14.133/2021, mesmo quando o orçamento estimado tiver caráter sigiloso, deverá haver a divulgação do detalhamento dos quantitativos e das demais informações necessárias para a elaboração das propostas (art. 24, *caput*).

371. A jurisprudência do TCU também trata da obrigação de estimar as quantidades, para que se caracterize adequadamente o objeto da contratação. Na Súmula - TCU 177, consta que a quantidade demandada é uma das especificações mínimas e essenciais à definição do objeto do pregão:

> A definição precisa e suficiente do objeto licitado constitui regra indispensável da competição, até mesmo como pressuposto do postulado de igualdade entre os licitantes, do qual é subsidiário o princípio da publicidade, que envolve o conhecimento, pelos concorrentes potenciais das condições básicas da licitação, constituindo, na hipótese particular da licitação para compra, a quantidade demandada uma das especificações mínimas e essenciais à definição do objeto do pregão. (grifou-se)

372. No relatório, do Acórdão 509/2015-TCU-Plenário, da relatoria do Ministro-Substituto Marcos Bemquerer, é expresso que a organização pública deve definir as quantidades com base na sua necessidade:

> 45. Outro ponto relevante refere-se à definição das quantidades de PF e UST suficientes para atender as necessidades do ME no período de doze meses. Pela análise dos documentos acostados aos autos é possível inferir que a contratação ocorreu sem verificação prévia da real necessidade do [], uma vez que as quantidades máximas de 7.000 PF e 23.000 UST estipuladas no termo de referência do [*omissis*] (peça 13, p. 141-142) são idênticas àquelas definidas no TR do [*omissis*]. [...]
>
> 46. O TCU já se pronunciou, em diversas ocasiões, quanto à necessidade de se quantificar previamente o volume de serviços de TI demandados de maneira a possibilitar a comparação e o controle na fase de execução dos serviços, podendo-se citar os votos condutores dos Acórdãos 786/2006 e 828/2007, ambos do Plenário do TCU. (grifou-se)

373. Os acórdãos citados fazem parte de um conjunto expressivo de julgados do TCU que tratam da definição adequada das quantidades no escopo do planejamento da contratação e da gestão contratual, que incluem a Decisão 69/1996-TCU-Plenário (Ata 7/1996), item 1, alínea "a"; e os Acórdãos 1.521/2003, item 9.2.2.3; 1.558/2003, item 9.3.11; 1.046/2004, item 9.2.2; 786/2006, item 9.4.3.2; 828/2007, voto condutor, parágrafos 13-14; 2.471/2008, itens 9.1.2 e 9.1.5; 991/2009, item 9.2; 1.382/2009, item 9.1.2; 1.281/2010, item 9.5.2; 1.597/2010, item 9.2.4.2; 392/2011, item 9.3.2; 2.155/2012, item 9.4.4; 3.137/2014, item 9.4.5; 509/2015, relatório, excerto do relatório da unidade técnica (Sefti), parágrafos 45-46; 757/2015, item 9.3.1; 916/2015, itens 9.1.2 e 9.2.4.2; 1.678/2015, item 9.5.2; 2.340/2016, itens 9.1.4, alínea "a", e 9.1.9, alíneas "a" a "d"; 248/2017, item 9.9.1; 2.973/2018, itens 9.4.1.2 e 9.4.2.2; 2.974/2018, voto condutor, parágrafo 16, alínea "g"; 463/2019, itens 9.5.1-9.5.5; 1.464/2019, item 9.6.6; 1.804/2019, itens 9.2.2.1 e 9.2.7.1; Acórdão 2.037/2019, itens 9.1.3.7- 9.1.3.8; 423/2020, itens 9.4.1, 9.4.3-9.4.5, e itens 9.4.7-9.4.9; e 915/2020, voto condutor, parágrafo 6, alínea "b", e parágrafo 10; todos do Plenário do TCU; 3.506/2009-Primeira Câmara, item 1.5.1.9; 3.667/2009, item 9.2.3; 1.720/2010, item 9.6.3; 4.411/2010, item 9.2.1; e 5.820/2011, item 9.6.4; todos da Segunda Câmara.

8.6.3 Efeito de economia de escala

374. O conceito de economia de escala é exposto por Ladeia (2017):

> Economia de Escala é um conceito econômico cujo significado é a possibilidade de reduzir o custo médio de um determinado produto pela diluição dos custos fixos em um número maior de unidades produzidas. Como os custos fixos são constantes até um determinado patamar, quanto maior o volume produzido, menor será o custo médio. Isso ocorre quando uma empresa tem capacidade instalada de produção e aumenta o volume de produtos utilizando os mesmos recursos como maquinário, instalações e mão de obra. Dessa forma, o preço médio dos produtos é reduzido na proporção do aumento do volume. Alguns exemplos de custos fixos: aluguel, depreciação dos maquinários e equipamentos, pessoal administrativo, telefone, investimentos em pesquisa e desenvolvimento do produto etc.

375. Em outras palavras, o valor unitário de um item em contratações com quantidades maiores pode ser menor do que o valor unitário do mesmo item em contratações com quantidades menores. No voto do relator do Acórdão 1.337/2011-TCU-Plenário, Ministro Walton Alencar Rodrigues, são feitas considerações sobre a economia de escala, sintetizada nos excertos a seguir:

> Em condições normais, os maiores custos para impressão e digitalização de documentos ocorrem na 1ª faixa de quantidades (no caso concreto, de 250 a 999). A partir desse quantitativo, os custos são decrescentes e obedecem à economia de escala. Era de esperar que, a partir da segunda faixa de quantidades, os preços unitários de todas as planilhas de custos fossem decrescentes, para respeitar a lei da economia de escala. Isso não ocorreu em oito planilhas. A lógica desse ganho de escala é que o preço dos serviços é maior para pequenas quantidades, pois a relação entre custo e produto (quantidade) é alta. Com o aumento de escala a relação diminui e há redução proporcional dos preços cobrados. A inversão dessa lógica em oito planilhas permitiu solicitações antieconômicas à administração.
>
> [...]
>
> O caráter antieconômico da contratação e a estimativa do débito não estão evidenciados apenas no fato de a curva dos preços da proposta vencedora não ter seguido o padrão de uma reta sempre decrescente, inversamente às

> faixas de crescentes quantidades demandadas, pois, além da incomum majoração de preços unitários para maiores quantidades, em sentido inverso ao esperado, houve clara e objetiva demonstração, mediante pesquisas realizadas pela unidade técnica, de que os preços cobrados pela Gráfica Brasil foram excessivos e, portanto, incompatíveis com os de mercado. (grifou-se)

376. Destaca-se que, no caso de contratações de licenças de *software*, o ganho de escala pode ser grande, como foi exposto no relatório do Acórdão 423/2020-TCU-Plenário, da relatoria do Ministro Augusto Nardes:

> **32. Ressalta-se que licenças de *software* por si só já são um produto intangível, dado que, após o *software* estar pronto, é necessário apenas replicá-lo e distribuí-lo. Nesses casos, o ganho de escala é potencialmente ainda maior.**

377. Além do conceito tradicional de economia de escala, assinala-se que uma solução de TI a contratar pode compreender dois ou mais itens adjudicados a uma única empresa, o que pode levar ao barateamento do valor de cada item (*e.g* licenças de *software* e treinamento para utilizá-las) em comparação com a contratação desses mesmos itens separadamente[48], o que pode ser considerado uma espécie de efeito de economia de escala[49] não relacionado diretamente às quantidades dos itens. Na Lei 14.133/2021, art. 40, § 3º, inciso I, consta que, nas compras, não se deve adotar o parcelamento do objeto (divisão do objeto) quando a economia de escala, a redução de custos de gestão de contratos[50] ou a maior vantagem na contratação recomendar a compra do item do mesmo fornecedor[51].

8.6.4 Quantidades e unidades

378. A Lei 8.666/1993 e a Lei 14.133/2021 incluem a necessidade da definição das unidades e das quantidades a ser adquiridas em função do consumo e da utilização prováveis, sempre que possível, mediante técnicas adequadas de estimação (Lei 8.666/1993, art. 15, § 7º, inciso II; Lei 14.133/2021, art. 40, inciso III).

379. Como é indicado nos dispositivos citados, um ponto importante a considerar quando se trata de definir as quantidades é a unidade a ser ado-

tada. Normalmente, isso é simples com relação a produtos como equipamentos, pois a unidade pode ser o próprio equipamento. Por exemplo, em uma contratação de 2.000 microcomputadores, fica claro que o valor unitário será referente a um microcomputador. No caso de serviços, a quantidade de meses de prestação em um contrato de serviços continuados remete à unidade "mês de prestação do serviço".

380. A duração do contrato é um aspecto particularmente importante na contratação de serviços que demandam investimentos iniciais expressivos por parte do contratado, para os quais deverá haver retorno ao longo do contrato (*e.g* capacitação de funcionários e compra de impressoras para prover serviços de impressão). Contrato curto (*e.g* de doze meses), ainda que prorrogável, pode passar a mensagem aos interessados de que a prestação do serviço pode realmente encerrar-se no período definido inicialmente, levando-os a elaborar propostas de modo a obter o retorno de seus investimentos a curto prazo, o que onera todo o contrato, pois o investimento é amortizado no primeiro ano, mas o valor desse investimento influencia, indevidamente, os valores das prorrogações-renovações. Nesses casos, deve-se avaliar a definição de prazos mais longos para os contratos (*e.g* de 36 meses), com a possibilidade de prorrogações-renovações anuais (BRASIL, TCU, 2012b, p. 148-149), para que a amortização dos investimentos seja mais suave e os interessados na contratação considerem como baixo o risco de encerramento prematuro do contrato.

381. Na IN - Seges/ME 5/2017, Anexo IX, item 9, é prevista negociação contratual para a redução e/ou a eliminação dos custos fixos ou variáveis não renováveis que já tenham sido amortizados ou pagos no primeiro ano da contratação. Como é assinalado no parágrafo 90, idealmente, os agentes públicos responsáveis pelo planejamento da contratação deveriam tratar da questão da amortização de custos ao longo da execução contratual no escopo do planejamento da contratação e negociar, posteriormente, somente valores que não tenham sido detectados na etapa de planejamento. Assinala-se que esse pode ser um dos aspectos a analisar na PCFP do licitante provisoriamente vencedor. Esse tema

também pode ser objeto de orientação por parte dos OGS, especialmente para os serviços mais disseminados.

382. Vale ressaltar que cabe aos agentes públicos responsáveis definir a medida mais adequada para que se efetuem contratações por resultados, como exposto no excerto a seguir do relatório do Acórdão 2.362/2015-TCU-Plenário, da relatoria do Ministro Augusto Nardes, que traz transcrição de trecho da instrução da unidade técnica (Sefti) sobre a não obrigatoriedade do uso da análise de ponto de função, que implica o uso da unidade "ponto de função"[52]:

> **80. A jurisprudência do TCU é de que os pagamentos por serviços de TI devem ser efetuados por resultados, nos termos da Súmula-TCU 269, não havendo obrigatoriedade de métrica específica que deva ser utilizada. Ou seja, a escolha da métrica fica a cargo dos gestores, devendo ela importar pagamentos por resultados.** [...]

383. Entretanto, especialmente no caso de serviços, é necessário que os agentes públicos responsáveis tenham cuidado para utilizar medida com consistência e justificativas técnicas e econômicas. No Acórdão 1.508/2020-TCU-Plenário, da relatoria do Ministro-Substituo André de Carvalho, foram feitas as seguintes recomendações nesse sentido:

> 9.1. recomendar, nos termos do art. 250, III, do RITCU, que a Secretaria de Governo Digital do Ministério da Economia e o Conselho Nacional de Justiça orientem, por meio do correspondente ato normativo, os órgãos e os entes sob a sua supervisão, devendo atentar para a observância das seguintes premissas:
>
> [...]
>
> 9.1.3. a fim de que, em novas contratações de serviços de tecnologia da informação, sejam observados os seguintes procedimentos:
>
> 9.1.3.1. abstenham-se de criar unidades de medida de forma unilateral, sem a ciência, a avaliação técnica e econômica e a padronização do órgão supervisor, com vistas a mitigar o risco de compartilhamento de metodologias e práticas sem a devida consistência e sem justificativas técnica e econômica, além de riscos inerentes a cenários de incomparabilidade de preços, de heterogeneidade e de assimetria de informações entre a administração e o mercado;

> 9.1.3.2. avaliem a economicidade dos preços estimados e contratados, realizando a análise crítica da composição de preços unitários e do custo total estimado da contratação, complementando-a com a análise da planilha de composição de custos e formação de preços dos serviços e com a análise do fator-k, submetendo as referidas análises para a avaliação e a autorização da autoridade competente, com vistas a mitigar a assimetria de informações e o risco de sobrepreço e de superfaturamento;
>
> 9.1.3.3. todos os parâmetros, pesos ou quaisquer variáveis quantitativas adotadas, que impactem o cálculo da quantidade de serviços e de seu preço, sejam devidamente justificados técnica e economicamente, com vistas a mitigar o risco de sobrepreço e superfaturamento, tendo em vista a disseminação da prática de não justificar técnica e economicamente tais parâmetros, pesos ou variáveis; (grifou-se)

384. Como consta do item 9.1.3.3 do acórdão citado, todos os parâmetros a utilizar na estimativa de preços devem ser devidamente justificados, inclusive quantidades, multiplicadores e parâmetros, como o BDI. A definição de alguns desses parâmetros pode exigir pesquisa aprofundada, que pode ser capitaneada, não necessariamente executada, pelo OGS ao qual a organização pública esteja vinculada, para, depois, ser usada por todos os órgãos vinculados ao OGS.

385. Pode ser necessário conhecer a variação do comportamento da demanda ao longo do tempo (sazonalidade), para determinar as quantidades a contratar. Por exemplo, no mês de janeiro, pode haver a queda da demanda de diversos itens em uma organização pública, em razão do afastamento de muitos servidores simultaneamente, pois muitos gozam férias nesse mês. Por outro lado, eventos específicos podem criar picos de demanda, como, por exemplo, o lançamento de produtos *online*, o que leva a tráfego de internet anormal nesses momentos. Instrumentos, como séries históricas, podem ajudar a conhecer a sazonalidade do serviço, o que também pode ser provido mediante articulação do respectivo OGS, em especial para os serviços mais disseminados.

8.6.4.1 UST

386. Em diversos julgados recentes, o TCU tem analisado uma unidade de medida adotada por muitas organizações, conhecida originalmente como Unidade de Serviços Técnicos (UST). Entre esses julgados, podem citar-se os Acórdãos 916/2015, 2.037/2019, 915/2020, 423/2020 e 1.508/2020, todos do Plenário do TCU.

387. Essa unidade, inicialmente, foi adotada no Superior Tribunal de Justiça (STJ), para serviços de infraestrutura de TI e, depois, espalhou-se em contratações de diversas organizações públicas para as contratações de outros tipos de serviços, ganhando distintas denominações. O início do uso da medida UST consta do relatório do Acórdão 509/2015-TCU-Plenário, da relatoria do Ministro-Substituto Marcos Bemquerer, parágrafo 9, excerto do relatório da unidade técnica (Sefti), parágrafos 12-17, em que é sintetizado o conjunto de elementos da UST:

> 19. Conclui-se que a unidade de referência UST exige a elaboração de diversos artefatos a fim de viabilizar a mensuração dos serviços, tais como: relação contendo a descrição detalhada de todas as tarefas a serem realizadas [catálogo de serviços], os níveis de complexidade das atividades, a quantificação de UST e a correlação entre atividades e quantidade de UST, os níveis de serviços.

388. A seguir, é exposto excerto do resumo do relatório de fiscalização que consta do Acórdão 1.508/2020-TCU-Plenário, instruído pela Sefti, cujo relator é o Ministro-Substituto André de Carvalho, que ressalta: 1) um dos achados é o dimensionamento do quantitativo da UST baseado em parâmetros injustificados; e 2) a UST não pode ser entendida como unidade de medida:

> A tabulação dos dados permitiu a identificação de quatro achados, os quais apontaram: deficiências na estimativa de preços da UST; dimensionamento do quantitativo da UST baseado em parâmetros injustificados; impossibilidade de a Administração assegurar preços condizentes com o mercado; e não vinculação de serviços a resultados e deficiência ou inexistência de instrumentos de fiscalização contratual.

> A análise também propiciou a constatação de que a UST (e similares) não pode ser entendida como uma unidade de medida e adotada pela Administração como tal, sem a devida padronização. Isto porque a UST não se trata de uma representação de algo concreto no mundo real, mas de uma abstração que encapsula o efeito financeiro decorrente de sua aplicação, na maioria dos contratos da amostra, de parâmetros multiplicativos, porém arbitrados (sem justificativas técnica e econômica). (grifou-se)

389. Para ilustrar a dimensão dos problemas relativos à economicidade da contratação encontrados com o uso da UST, a seguir, é novamente transcrito trecho do relatório do Acórdão 2.037/2019-TCU-Plenário, da relatoria do Ministro-Substituto Augusto Sherman, que traz excerto do relatório da unidade técnica (Sefti), de forma mais detalhada (*vide* parágrafo 100 da presente NT), no qual constam valores desproporcionais para determinados serviços:

> 102. A análise, de forma isolada, do preço unitário da UST contratada não possui significado, isto é, não se trata de um valor comparável sem que se analise os seus componentes. Nesse sentido, a análise correta deve abarcar todas as variáveis que compõem o preço final do serviço e não somente o valor da UST. Portanto, é essencial que se avalie o nível de complexidade adotado para cada atividade, o fator de ponderação utilizado, bem como o esforço estimado.
>
> 103. Ao analisar a execução do Contrato 19/2014 do MS, a equipe de auditoria identificou diversas deficiências, intencionais ou não, que serviram para manipular os custos de serviços simples. Cite-se como exemplos:
>
> 103.1. a substituição de cabo de rede de computador (peça 46, p. 1-2), que não demanda mais que alguns minutos para ser realizada por profissional sem grande especialização, precificada a R$ 403,04 devido ao esforço estimado de onze horas estabelecido para tal atividade;
>
> 103.2. instalação de aparelho telefônico (peça 46, p. 9), que por ser composta por sete tarefas, de acordo com edital da contratação (peça 47, p. 235, serviço S059), sendo cinco classificadas como de complexidade alta e duas de complexidade média, e estimada em 4,25 horas, custou R$ 879,36; e103.3. liberação no proxy de um computador para acessos ao sistema Whatsapp web e mídias sociais (peça 46, p. 6). Uma atividade corriqueira precificada a R$ 1.242,10 devido ao esforço estimado de seis horas, quatro tarefas classificadas como de complexidade alta e duas como de complexidade média (peça 47, p. 204, serviço S035).

> 104. Em suma, o valor em reais de uma UST não é suficiente para se avaliar se há, ou não, sobrepreço, uma vez que o preço final do serviço leva em conta outras variáveis, como a complexidade da atividade e o esforço necessário para a realização da atividade. Entende-se, portanto, que não é apropriado analisar o valor de uma UST e afirmar que o valor é baixo ou alto. Comparação dessa natureza teria a mesma validade de comparar, por exemplo, preços de quilogramas entre si. Bem se sabe que a comparação de quilogramas para ser válida precisa comparar quilogramas de produtos equivalentes.
>
> 105. A análise de outros contratos de prestação de serviços de TI no âmbito desta FOC demonstrou que o ocorrido no Contrato 19/2014 do MS não foi um caso isolado. Ao contrário, o diagnóstico é de um cenário de descontrole por parte dos órgãos e entidades da APF, por meio de planejamentos deficientes das contratações quanto à demonstração da composição dos custos unitários e ausência de fiscalização efetiva dos serviços.

390. Originalmente, uma UST correspondia a um homem-hora da atividade de menor complexidade, como consta do relatório do Acórdão 509/2015-TCU-Plenário, da relatoria do Ministro-Substituto Marcos Bemquerer, parágrafo 9, excerto do relatório da unidade técnica (Sefti), parágrafo 16. Dessa forma, havia a correspondência da UST com alguma grandeza não abstrata.

391. O Acórdão 2.037/2019-TCU-Plenário, da relatoria do Ministro-Substituto Augusto Sherman, traz alertas importantes a respeito da UST, para os agentes públicos responsáveis pela definição das quantidades a contratar:

> 9.1.3. avalie a conveniência e a oportunidade de normatizar e/ou orientar os órgãos e entidades sob sua supervisão a fim de que, na utilização de métricas como **UST** ou similares, sejam observados os seguintes pressupostos:
>
> 9.1.3.1. a utilização de métrica cuja medição não seja passível de verificação afronta o disposto na Súmula TCU 269 (Acórdão 916/2015-Plenário, item 9.1.6.8);
>
> 9.1.3.2. a métrica **UST** deve ser evitada para a contratação de serviços de suporte contínuo de infraestrutura de TI;
>
> 9.1.3.3. avaliar, durante o planejamento da contratação do serviço de TI, alternativas à métrica **UST**, bem como documentar as justificativas da escolha;

> 9.1.3.4. os serviços especificados no Catálogo de Serviços devem estar diretamente vinculados aos resultados esperados da contratação, não se permitindo o pagamento individualizado por serviços intermediários;
>
> 9.1.3.5. o Catálogo de Serviços, incluído o valor contratado de cada serviço, deve ser amplamente divulgado e estar acessível e disponível a seus usuários;
>
> 9.1.3.6. o Catálogo de Serviços deve conter apenas itens relacionados ao objeto da contratação;
>
> 9.1.3.7. para a suficiente caracterização do serviço a ser licitado (Lei 10.520/2002, art. 3º, II), o respectivo Termo de Referência ou o Catálogo de Serviços devem conter, no mínimo, os seguintes elementos: nome do serviço, descrição detalhada do serviço, dos respectivos entregáveis e atividades, qualificação dos profissionais necessários, esforço necessário à execução dos serviços, prazo e quantitativo estimado;
>
> 9.1.3.8. a divulgação da memória de cálculo que justifique o quantitativo de esforço, o quantitativo de unidades de serviço estimado e o fator de ponderação utilizado para cada serviço previsto contribui para a ampliação da competição do respectivo certame licitatório;
>
> 9.1.3.9. a exigência do fornecimento à Administração da planilha de custo e formação de preço pelo vencedor da licitação, juntamente com a proposta de preços, é medida que contribui para minimizar o risco de sobrepreço; e
>
> 9.1.3.10. o valor estimado e contratado deve ser compatível com a planilha de custo e formação de preço, que deverá ser elaborada na fase de planejamento da contratação, com o fito de calcular o valor estimado da contratação e estabelecido no Termo de Referência;

392. Adicionalmente, o Acórdão 463/2019-TCU-Plenário, da relatoria da Ministra Ana Arraes, itens 9.5.1-9.5.5, trata de situação em que não houve avaliação adequada do quantitativo do esforço em horas e complexidade dos serviços especializados definidos em UST. A seguir, é apresentado excerto do relatório do referido acórdão com base em instrução da Sefti:

> 89. Portanto, entendeu-se que a estimativa de horas de esforço do 'Serviço de Implantação da Verificação da Performance Digital' não refletia a realidade de como ele foi executado, estando superestimada. Isso ocorreu porque a estimativa de USTs demandadas, ao ser convertida para horas de esforço, resultou em quantidade de horas dezesseis vezes superior à quantidade de

horas efetivamente utilizadas para executar tal atividade (2.560 USTs /160h). O detalhamento e a memória de cálculo dessas afirmações podem ser verificados na peça 98, parágrafos 62-83.

393. A questão da escolha adequada da medida a utilizar em uma contratação foi levada ao extremo no caso em que se utilizou a quantidade de pontos de função de um *software* (tamanho funcional), a fim de servir de base para dimensionar a quantidade de UST para serviços de Instalação, Monitoramento em Aplicações (IMA) e para Serviço de Operação Assistida (OA). Essa combinação sem embasamento técnico apresenta risco de prejuízo ao erário, como de fato ocorreu. em caso concreto. O caso em tela é sintetizado nos excertos a seguir, do relatório do Acórdão 423/2020-TCU-Plenário, da relatoria do Ministro Augusto Nardes:

> **70. A unidade de medida dos serviços do item 22 é a Unidade de Serviços Técnicos (UST). O total de 120.040 UST (36.000 de IMA, 82.440 de OA e 1.600 de migração e evolução) é derivado de uma função que estabelece uma relação entre horas de trabalho aplicadas aos respectivos serviços e os tipos de aplicações, definidos conforme o tamanho funcional de cada aplicação (peça 2, p. 56-59, item 6.8), mensurado de acordo com a métrica Pontos de Função (PF). [...]**
>
> **78. Porém, ao analisar os estudos técnicos fornecidos pelo [*omissis*], não foi encontrada qualquer fundamentação para derivar as horas aplicadas dos serviços a partir da quantidade de pontos de função de uma aplicação. Portanto, constatou-se que, além de não haver relação direta entre pontos de função e as tarefas a serem desempenhadas, não há, tanto nos autos do processo de planejamento como na resposta ao Ofício supra, justificativa técnica que respalde a adoção da métrica Pontos de Função para mensuração dos serviços de IMA e de OA, em ofensa ao princípio da motivação.**
>
> [...]
>
> **217. No caso concreto, a ausência de estudo levou ao estabelecimento arbitrário de uma classificação de aplicações baseada em seus tamanhos funcionais, da quantidade de horas técnicas aplicadas para cada tipo de aplicação em cada serviço, do fator de equivalência UST e, portanto, da quantidade total de UST. Isso não é razoável, e nem de interesse público, sobretudo porque tais variáveis multiplicam o custo dos serviços sem motivação objetiva.**

218. Sem o devido estudo, motivação ou justificativa técnica e econômica para essas variáveis que elevam, na prática, o custo das horas (serviços), majora-se o risco de o Erário custear superdimensionamentos desnecessários, que se desdobram em superfaturamentos, os quais impedem a melhor aplicação possível dos recursos públicos.

394. A partir do exposto, depreende-se que as contratações que utilizem a medida UST ou congêneres devem ser observadas com grande atenção, dados os riscos envolvidos, que incluem sobrepreço e superfaturamento. Além dos cuidados específicos citados no presente subitem, devem ser implantados os controles internos expostos no item "8.2.2. Obrigatoriedade de detalhamento do orçamento estimado de serviços pela organização pública", para serviços de TI em que haja regime de dedicação exclusiva de mão de obra ou predominância de mão de obra (*vide* parágrafo 277), isto é, elaborar e exigir PCFP por parte do licitante provisoriamente vencedor, para examiná-la com atenção e efetuar análise de fator-K em vários momentos.

395. Além disso, independentemente da medida adotada, caso o contrato seja modelado para ocorrer mediante OS, a cada OS emitida, será necessário estimar o seu preço a partir de parâmetros estipulados no contrato, que incluem os preços unitários. Como consta do item "5.3.3. Verificação da economicidade de OS", uma prática recomendada é a unidade requisitante do serviço objeto da OS avaliar sua economicidade, para mitigar o risco de sobrepreço e superfaturamento (Constituição Federal, art. 70, *caput*, princípio da economicidade). Ou seja, a cada OS, é recomendável que a unidade requisitante, com o apoio da unidade de TI, verifique se os preços calculados fazem sentido, considerando o que é solicitado na OS (*vide* parágrafo 100).

8.6.5 Riscos na definição das quantidades a contratar

396. A seguir, são expostos alguns dos riscos relacionados à definição das quantidades a contratar.

8.6.5.1 Riscos de sobrar e de faltar itens

397. Inicialmente, é necessário ter em mente dois riscos que os agentes públicos responsáveis correm quando calculam as quantidades da contratação: sobrar e faltar itens contratados. Esses riscos foram sinalizados no guia de contratações de TI do TCU (BRASIL, TCU, 2012b, p. 84-86).

398. No caso da sobra de bens, há desperdício de recursos públicos, que poderiam ter sido empregados em outras contratações, violando-se o princípio da economicidade, pois pagou-se mais do que o necessário para atender à necessidade da contratação, e o da eficiência, dado que sobraram itens (bens contratados) para atender à necessidade da contratação. Embora, em diversas contratações de serviços, a organização pública termine não remunerando o contratado quando consome menos serviços, há uma frustração de expectativa por parte do fornecedor, que será abordada mais adiante nesta NT (*vide* item "415. Como se depreende do exposto, nas "vendas de ata de registro de preços" que utilizam o mecanismo descrito, ao invés de o registro de preços ser usado para atender à necessidade de uma ou mais organizações públicas, passa a ser um instrumento para que fornecedores comercializem seus produtos e serviços a organizações públicas de forma irregular.

399. Risco de definir quantidades excessivas de serviços").

400. Se faltarem itens, pode haver uma série de impactos que incluem[53]:

1) celebração de aditivos contratuais para aumento da quantidade (Lei 8.666/1993, art. 65, inciso I, alínea "b" c/c § 1º; e Lei 14.133/2021, art. 124, inciso I, alínea "b" c/c art. 125), que, normalmente, poderia ter sido evitada se o planejamento da contratação tivesse sido melhor conduzido, de modo que a organização deve justificar por que se equivocou na estimativa de quantidades, pois há violação do princípio da eficiência em razão do esforço administrativo envolvido, e a organização pública pode expor-se ao risco do "jogo de planilha", o qual leva à violação do princípio da economicidade;

2) execução de nova contratação para suprir a necessidade da organização, por licitação ou não, se o erro da estimativa da quantidade tiver sido grande, com todo o esforço administrativo decorrente, incluindo as justificativas da nova contratação, pois, novamente, há violação do princípio da eficiência em razão do esforço administrativo;
3) possível perda de efeito de escala no caso de celebração de aditivos ou de realização de nova contratação, o que leva a custo final maior do que no caso de efetuar-se uma única contratação com a soma das quantidades contratadas separadamente, violando-se o princípio da economicidade; e
4) utilização de orçamento superior à prevista no caso de celebração de aditivos ou de realização de nova contratação, pois contratam-se mais itens do que o planejado inicialmente, o que pode levar ao cancelamento de contratações de outros itens previstos no PCA, inclusive os que poderiam atender a processos de trabalho finalísticos (*e.g.* voltados a serviços públicos prestados aos cidadãos ou a empresas privadas).

401. No guia de contratação de TI do TCU, foi sinalizado que se criou uma cultura de que efetuar aditivos em até 25% para aumento da quantidade é uma prática normal e que não demanda muitas justificativas, o que não é correto. Adicionalmente, é muito provável que grande parte desses aditivos sejam decorrentes da falta de planejamento com relação às quantidades (BRASIL, TCU, 2012b, p. 83-84).

8.6.5.2 Risco de haver "jogo de planilha" na proposta de preços

402. Em função do efeito das quantidades sobre os preços dos itens, que implica influência no preço global, há também o risco de "jogo de planilha", no qual, em uma de suas variações, há a manipulação das quantidades e dos respectivos preços. Considerações sobre o "jogo de planilha" foram feitas no parágrafo 93 desta NT. No glossário do guia de contratação de TI do TCU consta definição de "jogo de planilha" (BRASIL, TCU, 2012b, p. 260-261):

> "Jogo de Planilha": também conhecido por "jogo de preços", é um artifício utilizado por licitantes que, a partir de projeto básico deficiente, de informações privilegiadas ou de conhecimento do mercado, conseguem saber antecipadamente quais itens deverão ter quantitativos aumentados, diminuídos ou suprimidos ao longo da execução da solução a ser licitada e manipulam os preços unitários de suas propostas, atribuindo preços unitários elevados (sobrepreço) para os itens que terão o seu quantitativo aumentado e preços unitários diminutos nos itens cujos quantitativos serão mantidos, diminuídos ou suprimidos. Com isso, vencem a licitação por conseguirem um valor global abaixo dos concorrentes, graças aos custos unitários diminutos que não serão executados ou que serão compensados pelos aditivos sobre os itens com sobrepreço. Assim, após as alterações contratuais, o valor global do objeto contratual passa a encarecer em relação ao seu valor de mercado, podendo tornar-se a proposta mais desvantajosa para a Administração entre as demais da licitação. Em outras palavras, o "jogo de planilha" ocorre quando uma proposta de preços contém itens com valores acima e abaixo do preço de mercado simultaneamente, que no somatório da planilha se compensam, totalizando um valor global abaixo do valor de mercado, atendendo momentaneamente ao interesse público. No entanto, essa proposta pode se tornar onerosa para o órgão caso ocorram modificações contratuais que aumentem os quantitativos dos itens com sobrepreço ou diminuam os dos itens subvalorizados. Com essas mudanças, os itens com sobrepreço passam a prevalecer com relação à totalidade da proposta, desequilibrando as condições originais, fazendo com que o valor global da contratação passe a ficar com valor global acima do de mercado concorrencial, perdendo-se a vantagem ofertada originalmente (CAMPITELI, 2006, p. 37 e 38). O jogo de planilha também pode manifestar-se quando os preços são manipulados de forma que os itens que são entregues mais cedo fiquem com sobrepreço e os preços dos itens entregues mais tarde sejam subvalorizados, para que a empresa receba mais rapidamente grande parte do valor contratado, eventualmente abandonando a entrega dos itens subvalorizados.

403. Assim, para mitigar esse risco, é necessário cuidado na elaboração das quantidades a contratar no âmbito do planejamento da contratação, que deve ser devidamente fundamentada, bem como cautela na elaboração das estimativas dos preços unitários dos itens da solução, que também deve ser justificada. Esses elementos servirão de suporte para a atividade de verificação da aceitabilidade dos preços unitários na fase externa da licitação.

8.6.5.3 Risco de haver "barriga de aluguel"

404. Outro risco a considerar é o de agentes públicos de uma organização que se torne gerenciadora de uma ARP em conluio com agentes públicos das organizações participantes efetuarem registro de preços para itens com quantidades muito acima das reais necessidades dessas organizações, de forma combinada com o direcionamento da licitação para um fornecedor específico. Na verdade, os itens com preços registrados podem nem corresponder a alguma necessidade de negócio dessas organizações (gerenciadora e participantes). Por exemplo, na ARP, pode ser registrado todo o catálogo de determinado fabricante de *hardware* ou *software*. Esse arranjo é conhecido coloquialmente como "barriga de aluguel" e, no TCU, constou oficialmente, pela primeira vez, no voto condutor do Acórdão 1.668/2021-TCU-Plenário, da relatoria do Ministro Benjamin Zymler:

> III.5
>
> Por derradeiro, abordo a questão da ata de registro de preços com quantidade de itens supostamente superestimada frente à real demanda dos órgãos gerenciador e participantes. Permito-me reproduzir um breve trecho da instrução de mérito que retrata a situação avaliada após os exames das oitivas:
>
> > **"397. No PE SRP 26/2019, os itens a serem licitados, com suas especificações, surgem, literalmente, do nada, pelo menos é que o que se verifica no processo administrativo da licitação. Não se sabe a razão para a definição daqueles itens, suas quantidades e nem suas especificações. Um caso que exemplifica essa situação foi destacado no item 248 acima, que relata terem sido licitados três itens de poltrona giratória alta (itens 77, 80 e 81), uma poltrona giratória com encosto em tela e apoio de cabeça (item 76), uma poltrona giratória espaldar alto (item 83) e uma poltrona giratória de espaldar alto com apoio de cabeça (item 89). Não há nenhuma justificativa para licitar tantos itens tão semelhantes (cadeiras com encostos altos).**
> >
> > **398. Some-se ao quadro acima, a constatação feita na instrução inicial (peça 24, item 171), de que em 51 (45,54%) dos 112 itens registrados, não há empenhos do órgão gerenciador e nem dos participantes, o que permitiu a presunção ali manifestada, de que interesses privados possam estar envolvidos na definição**

> **dos itens licitados, por ser interessante para as empresas dispor de ARP em vigor com uma maior diversidade de itens.**
>
> **399. Por isso a importância do adequado planejamento da contratação, em que deve haver a máxima transparência de todos os atos administrativos. Deve-se justificar as quantidades de cada móvel, as soluções adotadas, de modo a evidenciar, para qualquer cidadão, que aquele item – com suas especificações – e naquela quantidade, atendia a tal necessidade. Sem isso, e ausente justificativa no processo – pode-se presumir que alguns itens possam estar sendo licitados sem lastro em uma necessidade real e nem com fundamento em uma solução bem definida.**
>
> [...] (grifos acrescidos).
>
> 116. A situação descrita acima tem recebido a denominação de "barriga de aluguel", que é o jargão utilizado para definir a situação em que se geram atas de registro de preços com quantitativos desnecessários ou superestimados, unicamente com o intuito de favorecer determinado fornecedor, que tentará posteriormente "comercializar" os itens registrados em outros órgãos e entidades da administração pública para fins de adesões.
>
> [...]
>
> 120. O que temos visto mais recentemente é uma prática que considero extremamente grave, caracterizada pelo fato de alguns órgãos gerenciadores e participantes estabelecerem quantitativos muito superiores àqueles que serão demandados. Com isso, o limite para adesão passa a ser gigantesco e artificialmente criado, na prática que se intitula "barriga de aluguel".

405. Assim, o objetivo da "barriga de aluguel" é possibilitar que o fornecedor, em conluio com a organização gerenciadora da ARP e com as organizações participantes, possa buscar grande adesão tardia a determinada ata de registro de preços (participação de "caronas"), pois, após o registro dos preços com quantidades infladas e ampla quantidade de itens, o fornecedor pode oferecer a ata registrada a organizações públicas em geral. Ressalte-se que os preços registrados também podem estar com sobrepreço, podendo levar a superfaturamentos.

406. Na abordagem para conseguir a adesão, esse fornecedor pode, embora não necessariamente, oferecer a outras organizações públicas:

1) uma lista de fornecedores para os quais a organização pública possa fazer cotações de preços para justificar a economicidade da adesão, que serão, fraudulentamente, acima dos preços registrados na ata; e
2) modelos de artefatos de planejamento da contratação para justificar a adesão à ata, como o documento de oficialização da demanda (DOD), o ETP e o TR.

407. O conjunto formado pela lista de fornecedores para efetuar cotações de preços fraudulentas e pelos modelos de artefatos de planejamento para justificar a adesão é conhecido corriqueiramente como "*kit* adesão" ou "*kit* ata".

408. Na utilização do "*kit* ata", é feito o que é conhecido como "venda de atas de registro de preços", isto é, o oferecimento da ata de SRP a organizações públicas. Vale ressaltar que a "venda de atas" pode ocorrer sem que haja o mecanismo da "barriga de aluguel".

409. No relatório do Acórdão 2.037/2019-TCU-Plenário, da relatoria do Ministro-Substituto Augusto Sherman, parágrafos 21-26 do excerto do relatório da unidade técnica (Sefti), é exposto um conjunto de contratações que apresenta indícios de venda de atas de registro de preços em combinação com o "*kit* ata".

410. No relatório do Acórdão 3.244/2020-TCU-Plenário, da relatoria do Ministro Benjamin Zymler, parágrafo 7, excerto do relatório da unidade técnica (Sefti), parágrafos 113-120, foi apontada situação com indícios de procedimentos preparatórios para a "barriga de aluguel". Nessa circunstância, havia os seguintes elementos:

1) disputa com baixa competitividade, em razão do direcionamento para marca específica;
2) quantitativos injustificados;

3) equipamentos cujas funções se sobrepunham (o órgão somente compraria um ou outro); e
4) valor estimado incompatível com o orçamento do órgão (o valor total da ata que foi objeto da análise consignava mais de 150 vezes o orçamento médio anual da área de TI do órgão).

411. Destaca-se que a organização gerenciadora da ata e as organizações participantes podem terminar consumindo parcela ínfima ou nem utilizar a ata que elas mesmas produziram, como foi exposto no parágrafo 404 desta NT, o qual transcreve o parágrafo 115 do voto condutor do Acórdão 1.668/2021-TCU-Plenário, da relatoria do Ministro Benjamin Zymler, que, por sua vez, faz referência ao parágrafo 398 da instrução da unidade técnica, que descreve situação na qual, em 51 (45,54%) dos 112 itens registrados em uma ata de SRP, não há empenhos da organização gerenciadora nem dos participantes.

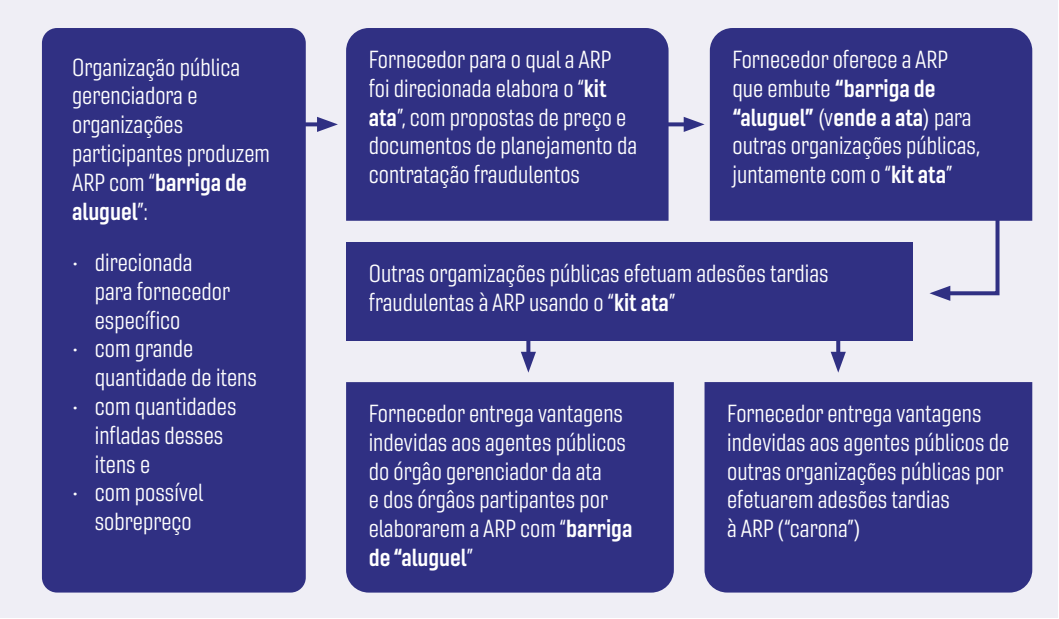
412. Em adição, há o risco de os itens registrados serem inservíveis às organizações que aderirem à ata, pois as contratações desses itens podem ocorrer sem que estejam atreladas a necessidades de negócio das organizações que utilizarem esse tipo de ata.

413. Há também o risco de agentes públicos da organização gerenciadora da ata e das organizações participantes receberem alguma vantagem indevida, por viabilizar a "barriga de aluguel" (*e.g.* receber um percentual referente a cada adesão à ata). Adicionalmente, há o risco de os agentes públicos das organizações públicas que aderirem a esse tipo de ata receberem vantagens indevidas, por efetuar as adesões.

414. Os conceitos abordados neste item são ilustrados na **Figura 9.**

Figura 9

Sistemática da "barriga de aluguel"



Fonte: elaboração própria.

415. Como se depreende do exposto, nas "vendas de ata de registro de preços" que utilizam o mecanismo descrito, ao invés de o registro de preços ser usado para atender à necessidade de uma ou mais organizações públicas, passa a ser um instrumento para que fornecedores comercializem seus produtos e serviços a organizações públicas de forma irregular.

8.6.5.4 Risco de definir quantidades excessivas de serviços

416. Se a quantidade estimada for excessiva, no caso de produtos, ocorre o desperdício de recursos públicos. Entretanto, se o contrato for de serviços sob demanda, a organização pode não demandar a quantidade, como tem sido reportado à AudTI em alguns momentos (*e.g.* na participação de servidores da secretaria em eventos com a presença de representantes de empresas fornecedoras).

417. No caso de quantidade excessiva de serviços sob demanda, dois problemas são identificados:

1) frustração do fornecedor que elaborou sua proposta, considerando o quantitativo definido pela organização, e tinha a expectativa de obter o faturamento correspondente; e
2) decréscimo da quantidade contratada acima do limite estabelecido na lei para serviços (25% do valor do contrato) não resultante de acordo entre as partes, em desacordo com o previsto na Lei 8.666/1993, art. 65, § 2º, inciso II. Dessa forma, em princípio, a organização pública imporia prejuízo não justificado ao particular, que pode insurgir-se contra esta injustiça, administrativamente ou por ação judicial.

418. Na Lei 14.133/2021, não consta dispositivo similar ao citado no parágrafo anterior, mas, como, na Lei 8.666/1993, constam dispositivos que tratam das consequências de decréscimo unilateral por parte da Administração:

1) se o contratado já houver adquirido os materiais e colocou-os no local dos trabalhos, a Administração deverá pagar pelos custos de aquisição regularmente comprovados e monetariamente reajustados, podendo caber indenização por outros danos eventualmente decorrentes da supressão, desde que regularmente comprovados (art. 129), mesmo que o decréscimo não tenha sido acima do limite máximo estabelecido no art. 125 (25% do valor inicial atualizado do contrato); e
2) no caso de o decréscimo ser acima do limite máximo estabelecido no art. 125, o contratado terá o direito à extinção do contrato (art. 137, § 2º, inciso I), o que não configura óbice para o reconhecimento de desequilíbrio econômico-financeiro, hipótese em que será concedida indenização por meio de termo indenizatório (art. 131). Quando a extinção do contrato decorrer de culpa exclusiva da Administração, o contratado será ressarcido pelos prejuízos regularmente comprovados que houver sofrido e terá direito a: I - devolução da garantia; II - pagamentos devidos pela execução do contrato até a data de extinção; e III - pagamento do custo da desmobilização (art. 138, § 2º).

419. O erro no dimensionamento das quantidades pode ter diversas causas, tais como:

1) ausência de informações históricas sobre as quantidades que foram consumidas anteriormente e que possam embasar o cálculo da demanda a ser esperada (*e.g.* série histórica da organização pública ou informações de referência disponibilizada por algum OGS);
2) desconsideração do esforço que a organização pública incorre nos recebimentos provisórios e definitivos (*e.g.* podem incluir a análise dos artefatos produzidos pelo contratado), que pode ser grande, a ponto de esses recebimentos tornarem-se gargalos, levando a inibir a emissão de novas OS, até que a organização pública consiga consumir o estoque de resultados entregues relativos a OS pregressas; e
3) falta de diligência da equipe de planejamento da contratação em definir premissas adequadas, elaborar fórmulas de cálculo para estimar as quantidades necessárias, levantar as informações necessárias para utilizar nas fórmulas de cálculo (parâmetros de entrada, que são quantidades devidamente evidenciadas) e documentar a atividade de dimensionamento das quantidades a contratar (*vide* Apêndice V).

420. Vale a pena trazer o teor da Decisão 69/1996-TCU-Plenário, da relatoria do Ministro Adhemar Paladini Ghisi, que sinaliza a obrigatoriedade de definição do objeto a ser licitado, inclusive quanto aos quantitativos, não sendo permitida apenas a inclusão de limite máximo dos serviços a contratar, sem que haja a previsão do que se pretende realizar, bem como expressa que a supressão de mais de 25% do valor contratual fere o disposto na legislação (a Lei 8.666/1993, à época), sujeitando a Administração aos encargos previstos:

> 1. conhecer da presente consulta, nos termos do art. 1º, XVII da Lei nº 8.443/92, c/c art. 216 do Regimento Interno, para responder à Sra. Diretora da Secretaria de Controle Interno do Senado Federal nos seguintes termos:

a) é obrigatória, quando do lançamento de processo licitatório, a adequada definição do objeto a ser licitado, inclusive quanto a quantitativos, não sendo permitida apenas a inclusão de um limite máximo dos serviços a serem contratados, sem que haja a previsão do que se pretende realizar, ante a vedação constante do § 4º do art. 7º da Lei nº 8.666/93;

b) a supressão de mais de 25% do valor contratual fere o disposto no § 2º do art. 65 da Lei nº 8.666/93, sujeitando a Administração aos encargos previstos nos arts. 65, § 4º, e 79, § 2º, da mesma Lei.

421. Os dispositivos da Lei 8.666/1993 citados na alínea "b" do trecho transcrito são os seguintes:

Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

[...]

§ 1º O contratado fica obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras, até 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato, e, no caso particular de reforma de edifício ou de equipamento, até o limite de 50% (cinqüenta por cento) para os seus acréscimos.

§ 2º Nenhum acréscimo ou supressão poderá exceder os limites estabelecidos no parágrafo anterior, salvo: (Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998)

I - (VETADO) (Incluído pela Lei nº 9.648, de 1998)

II - as supressões resultantes de acordo celebrado entre os contratantes. (Incluído pela Lei nº 9.648, de 1998)

[...]

§ 4º No caso de supressão de obras, bens ou serviços, se o contratado já houver adquirido os materiais e posto no local dos trabalhos, estes deverão ser pagos pela Administração pelos custos de aquisição regularmente comprovados e monetariamente corrigidos, podendo caber indenização por outros danos eventualmente decorrentes da supressão, desde que regularmente comprovados.

[...]

> Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato:
>
> [...]
>
> XIII - a supressão, por parte da Administração, de obras, serviços ou compras, acarretando modificação do valor inicial do contrato além do limite permitido no § 1º do art. 65 desta Lei;
>
> [...]
>
> Art. 79. A rescisão do contrato poderá ser:
>
> [...]
>
> § 2º Quando a rescisão ocorrer com base nos incisos XII a XVII do artigo anterior [inciso XIII, no caso], sem que haja culpa do contratado, será este ressarcido dos prejuízos regularmente comprovados que houver sofrido, tendo ainda direito a: (grifou-se)

422. Como foi exposto no item "2)" do parágrafo 418 da presente NT, há dispositivos semelhantes na Lei 14.133/2021, no sentido de ressarcir custos e prejuízos decorrentes de supressão excessiva de quantitativos.

423. O risco em tela deve ser mitigado no planejamento da contratação, na elaboração do orçamento estimado no ETP e no TR ou no PB, que envolve a definição dos quantitativos a contratar com as devidas justificativas.

424. Adicionalmente, nas prorrogações-renovações contratuais, deve ser verificado se as quantidades contratadas têm sido consumidas como esperado, ou seja, trata-se de um controle interno relativo a essas prorrogações-renovações. No caso de subutilização das quantidades contratadas, esse fato deve ser tratado tempestivamente, com a identificação das causas e a definição de providências necessárias para a utilização plena das quantidades contratadas. Se não for possível efetivar o consumo estimado, deve-se efetuar a supressão prevista, correspondente a até 25% do valor do contrato (Lei 8.666/1993, art. 65, § 1º; Lei 14.133/2021, art. 125), ou:

1) no caso de contrato regido pela Lei 8.666/1993, negociar com a empresa contratada uma diminuição maior (Lei 8.666/1993 art. 65, § 2º, inciso II). Se a negociação for infrutífera, deve-se buscar a negociação amigável da rescisão do contrato com base na Lei 8.666/1993, art. 79, inciso II; e

2) no caso de contrato regido pela Lei 14.133/2021, buscar a extinção consensual do contrato (art. 138, inciso II).

425. Os aspectos e as implicações expostos indicam a necessidade de seriedade na definição das quantidades a contratar, pois deficiências nessa definição, além de expor a organização pública a riscos com relação ao atendimento da necessidade da contratação, também a sujeita ao risco de rescindir o contrato por erro da própria organização pública e de ter de efetuar as devidas compensações ao contratado que tenha sido prejudicado por esse erro. Se for configurado dolo ou culpa imputável aos agentes públicos envolvidos, pode haver a responsabilização deles, incluindo ressarcimento de recursos ao erário.

426. Vale ressaltar que, em acompanhamento realizado em 2020, que envolveu 73 editais e resultou no Acórdão 915/2020-TCU-Plenário, da relatoria do Ministro-Substituto André de Carvalho, a definição de quantidade excessiva foi um dos riscos encontrados:

> V. Principais irregularidades identificadas ao longo do acompanhamento:
>
> 70. Os editais e TR que foram analisados durante o acompanhamento apresentam indícios de irregularidades semelhantes, podendo-se destacar os riscos de: sobrepreço, restrição à competitividade, quantitativos excessivos, pesquisa de preços limitada a fornecedores e ausência de planilha de formação de preços.
>
> 71. As irregularidades supracitadas não são ocasionadas por mudanças recentes na legislação ou nos modelos de contratação. Ao contrário, há normativos e jurisprudência consolidada que versam sobre a definição de metodologia de cálculo de quantitativos, a realização de ampla pesquisa de preços, a restrição à competitividade e a necessidade de detalhamento do custo dos bens e serviços licitados. É o caso, portanto, de se averiguar a razão para que deficiências comuns continuem a ocorrer com frequência em contratações de bens e serviços de TI. (grifou-se)

427. Observando-se o trecho citado e o extenso conjunto de julgados do TCU exposto no parágrafo 373, conclui-se que a questão da definição adequada das quantidades a contratar não é pontual e não é nova. Pelo

contrário, consta da legislação há anos, tem sido abordada em diversos acórdãos do TCU e foi objeto de recomendações no guia de contratação de TI do TCU (BRASIL, TCU, 2012b, p. 83-86).

8.6.5.5 Riscos específicos para contratações de *softwares*

428. A organização pública corre o risco de definir, de forma equivocada, a quantidade a contratar em razão de mudanças no modelo de comercialização do *software*, que pode incluir a mudança das unidades a contratar. Esse aspecto foi exposto no relatório do Acórdão 2.569/2018-TCU-Plenário, da relatoria do Ministro Aroldo Cedraz:

> 68. Com as mudanças [nos modelos de comercialização], as organizações ficam sem referenciais claros com relação à transposição dos ativos já contratados para os novos modelos de comercialização, dificultando: a) a definição das quantidades a contratar nas novas contratações sob o novo modelo, o que termina influenciando o preço estimado e o preço final dessas contratações; b) a gestão do inventário dos *softwares* da organização (peça 92, p. 2, questão 3.4; peça 64, p. 2). Esse problema é mais agudo para organizações como Serpro e Dataprev, pois essas empresas continuamente contratam *softwares* dos grandes fabricantes como insumo das soluções comercializadas por elas para seus clientes.
>
> 69. Uma boa prática identificada na Dataprev é a de exigir dos revendedores/fabricantes o mapeamento do(s) novo(s) modelo(s) de comercialização para o antigo ("de-para"), de modo que a organização pública tenha condição de conhecer e avaliar as mudanças de modelo, incluindo a forma de correlacionar os ativos contratados com base no modelo antigo para o(s) novo(s) modelo(s) (peça 96, p. 1-2, questão 3.2).

429. O relatório citado também traz o risco de haver pagamentos desnecessários em contratos para licenças de *softwares* para utilização em projetos, que se assemelham a pagamentos antecipados, em razão de diversos aspectos (relatório do Acórdão 2.569/2018-TCU-Plenário, parágrafos 158-168 e item 9.1.1.1.1.2 do acórdão):

1) parte das licenças tende a ser utilizada apenas após a finalização do projeto, de modo que se pode pagar por licenças de usuários no início do contrato, mas que somente serão usadas quando o projeto finalizar;
2) além do valor de parte das licenças (pago desnecessariamente), pode-se pagar, a partir do início do contrato (*e.g.* mediante pagamentos mensais), por serviços agregados de licenças que não serão usadas até a finalização do projeto. Esses serviços, normalmente, incluem atualização de versões e suporte técnico;
3) se o projeto atrasar, paga-se por serviços agregados desnecessários por ainda mais tempo; e
4) se o projeto fracassar, a organização pública pode terminar com uma grande quantidade de *softwares* que nunca serão usados.

430. O risco exposto no parágrafo anterior tende a ter maior probabilidade de ocorrência em projetos de longa duração, como em implantações de *softwares* do tipo ERP (*Enterprise Resource Planning*), que costumam envolver a aquisição de licenças não utilizadas de forma imediata. Diante desse risco, é conveniente que as organizações públicas avaliem a viabilidade de adquirir, inicialmente, o menor número possível de licenças que permita a inicialização de projetos, evitando que haja gastos com licenças que podem não ser utilizadas nos casos de interrupção desses projetos.

431. Como foi exposto no parágrafo 366 desta NT, na diretriz específica para o planejamento da contratação relativa à contratação de licenciamento de *software* e serviços agregados da IN - SGD/ME 1/2019, é estabelecido que a organização pública deverá demandar os volumes de licenças e serviços agregados de forma gradual, seguindo cronograma de implantação, cabendo o pagamento apenas sobre os quantitativos demandados, fornecidos e efetivamente implantados (Anexo I, 1.6).

432. Esclarece-se que os pagamentos citados não se referem aos antecipados no sentido estrito, pois há a entrega e o pagamento referente a algum ativo, que, no caso, são as licenças de *software*. O problema é que, como foi exposto, essas licenças não vão ser usadas por um tem-

po ou nunca, se o processo fracassar. Quando se trata de pagamento antecipado no sentido estrito, paga-se por algo que somente será recebido posteriormente. O pagamento antecipado pode ocorrer em algumas circunstâncias, de acordo com acórdãos do TCU (*vide* relatório do Acórdão 2.569/2018-TCU-Plenário, parágrafo 165).

8.6.6 Justificativas das definições de quantidades a contratar

433. Os cálculos para a definição das quantidades têm de ser justificados de acordo com a Lei 9.784/1999 (Lei do Processo Administrativo), art. 2º, *caput* (princípio da motivação), parágrafo único, inciso VII, art. 50, inciso I. Esse aspecto consta quatro vezes na IN - SGD/ME 1/2019:

> Art. 11. O Estudo Técnico Preliminar da Contratação será realizado pelos Integrantes Técnico e Requisitante, compreendendo, no mínimo, as seguintes tarefas:
>
> 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;
>
> [...]
>
> Art. 14. A descrição da solução de TIC deverá conter de forma detalhada, motivada e justificada, inclusive quanto à forma de cálculo, o quantitativo de bens e serviços necessários para a sua composição.
>
> [...]
>
> Art. 15. A justificativa para contratação deverá conter, pelo menos:
>
> [...]
>
> III - a forma de cálculo utilizada para a definição do quantitativo de bens e serviços que compõem a solução; (Incluído pela Instrução Normativa nº 31, de 23 de março de 2021)
>
> [...]
>
> Art. 18. O Modelo de Execução do Contrato deverá contemplar as condições necessárias ao fornecimento da solução de TIC, observando, quando possível:
>
> [...]

> II - quantificação ou estimativa prévia do volume de serviços demandados ou quantidade de bens a serem fornecidos, para comparação e controle; (grifou-se)

434. Na Lei 14.133/2021, art. 18, § 1º, inciso IV, é definido que as estimativas de quantidades que constam do ETP devem ser acompanhadas das memórias de cálculo e dos documentos que lhes dão suporte, que considerem interdependências com outras contratações, de modo a possibilitar economia de escala. O detalhamento dessas quantidades deve divulgado mesmo no caso de publicidade diferida do orçamento estimado (Lei 14.133/2021, art. 13, parágrafo único, inciso II c/c art. 24, *caput*). O art. 10 da IN - Seges/ME 65/2021, que dispõe sobre a pesquisa de preços no âmbito da Lei 14.133/2021, estabelece a divulgação do detalhamento dos quantitativos e das demais informações necessárias para a elaboração das propostas.

435. O relatório da relatora do Acórdão 488/2019-TCU-Plenário, Ministra Ana Arraes, parágrafo 2, inclui excerto da instrução da unidade técnica (Sefti) ainda de acordo com a IN - SLTI 4/2014, na qual consta a necessidade de memória de cálculo dos quantitativos, pois, do ponto de vista do resultado, a contratação de bens e serviços acima da necessidade real da entidade pode ser considerada tão prejudicial quanto a fraude e a corrupção:

> 134. Além disso, a Lei 8.666/1993, inciso IX, art. 6º, alínea f, estabelece que o projeto básico, elaborado com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares, deverá ser fundamentado em quantitativos de serviços e bens **propriamente avaliados.** Acrescenta ainda no art. 7, § 4º, que é vedada a inclusão, no objeto da licitação, de fornecimento de materiais e serviços cujos **quantitativos não correspondam às previsões reais** do projeto básico ou executivo.
>
> 135. Destaca-se ainda que a IN SLTI/MP 4/2014, no art. 19, inciso II, dispõe que o Modelo de Execução do contrato deverá contemplar as condições necessárias ao fornecimento da Solução de Tecnologia da Informação, observando, quando possível, a **quantificação ou estimativa prévia do volume de serviços demandados ou quantidade de bens** a serem fornecidos, para comparação e controle;

136. Em consonância com a jurisprudência desta Corte, notadamente o Acórdão 1.382/2009-TCU-Plenário, da relatoria do Ministro Benjamin Zymler, a IN SLTI 4/MP/2014 estabelece que:

Art. 16 - A justificativa para contratação deverá conter, pelo menos:

(...)

> II - a descrição da Solução de Tecnologia da Informação, contendo de forma detalhada, motivada e justificada, inclusive quanto à forma de cálculo, **o quantitativo de bens e serviços necessários para a sua composição,** juntamente com demonstrativo de resultados a serem alcançados em termos de economicidade e de **melhor aproveitamento dos recursos humanos, materiais e financeiros disponíveis,** conforme inciso IV do art. 12 (grifou-se).

137. Também a recente IN MPDG 5/2017, em vigor desde 25/9/2017, no art. 24, § 1º, inciso IV, prevê que o documento que materializa os estudos preliminares deve conter a estimativa das quantidades, **acompanhadas das memórias de cálculo** e dos documentos que lhe dão suporte.

138. Percebe-se assim, pelos normativos acima citados, que é imprescindível a justificativa dos quantitativos dos serviços e/ou bens que compõem a solução a ser contratada. Porém, na maioria dos objetos auditados, essa justificativa ou era inexistente ou havia sido baseada em uma inadequada memória de cálculo, tanto para aquisição de bens como de serviços. Como consequência deste fato, foram identificados superfaturamento no contrato relativo ao objeto APM e antieconomicidade nos contratos referentes às soluções de *Big Data*, Qlikview e Exadata.

139. Por fim, vale destacar que a contratação de bens e serviços acima da necessidade real da entidade tem como consequência o desperdício, prejuízo ao erário e desvia recursos que poderiam ser melhores aplicados se visassem de fato uma prestação de serviços mais eficiente. Portanto, do ponto de vista do resultado, essa irregularidade pode ser considerada tão prejudicial quanto a fraude e a corrupção. (grifou-se)

436. No relatório do Acórdão 420/2018-TCU-Plenário, da relatoria do Ministro Walton Alencar Rodrigues, parágrafos 70-71, consta excerto da instrução da unidade técnica (Serur), que também explicita a necessidade de levantar a demanda necessária para definir os quantitativos a contratar.

437. Em função do exposto, considerando que as quantidades influenciam os valores dos preços do orçamento estimado e os preços ofertados pelos licitantes, a organização pública deve calcular e documentar as definições das quantidades com grande atenção, de modo que sejam adequadas para gerar os resultados que atendam à necessidade da contratação e, se possível, com a obtenção de ganhos de escala. No Apêndice V, é proposta uma forma de documentar o cálculo das quantidades, de modo que fiquem explicitados elementos, como as premissas utilizadas, as informações coletadas para os cálculos (parâmetros de entrada, que são quantidades devidamente evidenciadas), as fórmulas de cálculo e a execução dos cálculos propriamente ditos.

438. Em conclusão, apesar da importância das quantidades a contratar, as quais influenciam os preços da contratação de maneira determinante, essas quantidades, recorrentemente, são mal definidas, apesar de haver legislação e jurisprudência consolidadas sobre o assunto há anos, bem como recomendações no guia de contratação de TI do TCU (*vide* parágrafo 427).

439. Com base nas considerações sobre a definição de quantidades, foi elaborado o seguinte entendimento:

Entendimento 7

Nas contratações públicas de bens e serviços de TI, incluindo licitações, contratações diretas ou adesões a atas de registro de preços, os agentes públicos responsáveis pela elaboração do orçamento estimado devem definir as quantidades a contratar em função do consumo e da utilização prováveis, cujas estimativas devem ser calculadas, sempre que possível, mediante adequadas técnicas quantitativas de estimação, considerando efeitos de escala e sazonalidades, utilizando-se medidas com consistência teórica e aplicabilidade prática, e documentar o cálculo das quantidades, de modo que fiquem explicitados elementos, como as premissas utilizadas, as informações coletadas para os cálculos (parâmetros de entrada, que são quantidades devidamente evidenciadas), as fórmulas de cálculo e a execução dos cálculos propriamente ditos das estimativas, o que deve ser verificado pela autoridade máxima da área de TI, pela autoridade responsável por aprovar o termo de referência ou o projeto básico, pelos membros da CPL, pela autoridade responsável por homologar a licitação e pelo parecerista jurídico no tocante a aspectos jurídicos.

440. O Acórdão 2.459/2021-TCU-Plenário, da relatoria do Ministro Augusto Nardes, tratou de reexame de outro acórdão que versou sobre a falta de justificativas para o quantitativo de licenças estimado em relação a solução de gerenciamento de portifólio e projetos. No acórdão citado, que tratou do reexame, a falta das justificativas dos quantitativos de licenças foi considerada como erro grosseiro:

> 17. Nesse sentido, a elaboração, pelo recorrente, dos documentos que fundamentaram a contratação com ausência de justificativas para o quantitativo de licenças estimado em relação à solução de gerenciamento de portifólio e projetos caracteriza erro grosseiro. Ao deixar de fundamentar as quantidades contratadas, o recorrente contribuiu com culpa grave para ocorrência da irregularidade verificada. Sendo assim, considero devidamente caracterizados os fatores que levaram à sua responsabilização, razão pela qual mantenho inalterados os termos da deliberação recorrida. (grifou-se)

441. Com base nos aspectos tratados sobre a definição de quantidades ao longo desta NT, no item "6. Erros grosseiros na elaboração do orçamento estimado" e no item "7. Possível responsabilização de agentes públicos por orçamento estimado mal elaborado", foi formulado o seguinte entendimento, considerando-se como erro grosseiro a ausência de evidências nos autos do processo de contratação a respeito do cumprimento da obrigação de elaborar estimativas de quantidades a contratar, com base nos consumos prováveis, cujas estimativas devem ser calculadas, sempre que possível, mediante adequadas técnicas quantitativas de estimação:

Entendimento 8

Nas contratações públicas de bens e serviços de TI, a ausência de evidências nos autos do processo de contratação a respeito do cumprimento da obrigação de definir as quantidades a contratar em função do consumo e da utilização prováveis, cujas estimativas devem ser calculadas, sempre que possível, mediante adequadas técnicas quantitativas de estimação, é uma irregularidade que leva ao planejamento deficiente da contratação, representando erro grosseiro nos termos do Decreto-Lei 4.657/1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), art. 28, pois trata-se de erro grave, decorrente de imprudência, imperícia ou negligência, bem como erro manifesto, evidente e indesculpável para um servidor público médio, isto é, comum, capaz, prudente e diligente, de modo que os agentes públicos incumbidos da elaboração do orçamento estimado da contratação, a autoridade máxima da área de TI, a autoridade responsável por aprovar o termo de referência ou o projeto básico, os membros da CPL, a autoridade responsável por homologar a licitação e o parecerista jurídico podem responder, pessoalmente, por suas decisões ou opiniões técnicas, sendo, assim, possível a aplicação das sanções previstas na Lei 8.443/1992, de acordo com o grau de culpabilidade do agente, em especial se a contratação em análise for de alto risco, relevância ou materialidade, considerando-se as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado as ações desses agentes no caso concreto, conforme o art. 22, § 1º, do Decreto-Lei 4.657/1942, assegurando-se o contraditório e a ampla defesa.

8.7 Fontes que devem ser consultadas na pesquisa de preços

8.7.1 Fontes de preços no âmbito da Lei 8.666/1993

442. A Lei 8.666/1993 prevê o seguinte a respeito das fontes a consultar, na pesquisa de preços necessária para elaborar o orçamento estimado da contratação:

> Art. 15. As compras, sempre que possível, deverão:
>
> [...]
>
> III - submeter-se às condições de aquisição e pagamento semelhantes às do setor privado;
>
> [...]
>
> V - balizar-se pelos preços praticados no âmbito dos órgãos e entidades da Administração Pública.
>
> [...]

> Art. 43. A licitação será processada e julgada com observância dos seguintes procedimentos:
>
> [...]
>
> IV - verificação da conformidade de cada proposta com os requisitos do edital e, conforme o caso, com os preços correntes no mercado ou fixados por órgão oficial competente, ou ainda com os constantes do sistema de registro de preços, os quais deverão ser devidamente registrados na ata de julgamento, promovendo-se a desclassificação das propostas desconformes ou incompatíveis; (grifou-se)

443. Assim, de acordo com a Lei 8.666/1993, art. 15, inciso III, sempre que possível, as contratações públicas devem submeter-se a condições similares de aquisição e pagamento do setor privado, o que inclui os preços praticados pelos fornecedores para esse setor. A Lei 14.133/2021, art. 40, inciso I, também vai nesse sentido. Os agentes públicos podem buscar, por exemplo, listas de preços em portais de fabricantes e de provedores de serviços, que valem tanto para o setor público como para o setor privado.

444. Entretanto, de acordo com as organizações públicas e os fabricantes entrevistados no escopo do Acórdão 2.569/2018-TCU-Plenário (sobre práticas comerciais de grandes fabricantes de *software*), da relatoria do Ministro Aroldo Cedraz, costuma ser difícil para os agentes públicos obter valores contratados por empresas privadas, pois os fabricantes, em geral, não divulgam esses preços. Adicionalmente, no escopo do relatório do acórdão citado, foi informado que há cláusulas de confidencialidade nos contratos que impedem o acesso aos preços praticados entre particulares:

> 108. Esses grandes compradores [públicos] tentam obter preços junto a algumas organizações públicas e privadas de grande porte que efetuam compras similares. No caso de contratos celebrados entre os grandes fabricantes de *software* e empresas privadas, o Banco do Brasil, a Dataprev e representantes da Oracle informaram que há cláusulas de confidencialidade nesses contratos que impedem o acesso aos preços praticados (peça 66, p. 4-5; peça 69, p. 2; peça 100, p. 1). Essas cláusulas de sigilo limitam a aplicação do inciso III do art. 15 da Lei 8.666/1993, que expressa que as organizações públicas devem submeter-se às condições de aquisição e pagamento semelhantes às do setor privado.

> 109. A Oracle informou que essas cláusulas de confidencialidade são exigidas pelas empresas privadas que fazem negócio com ela, provavelmente para evitar que essas contratações deem pistas de suas estratégias de negócio para seus concorrentes (peça 100, p. 1).

445. Com relação à utilização de preços praticados entre particulares no planejamento de contratações públicas, vale considerar as ponderações de Marçal Justen Filho, quando discute preços excessivos. De acordo com o autor, a Administração obtém preços diferentes do que os correspondentes da iniciativa privada em razão das formalidades e das condições das contratações públicas (JUSTEN FILHO, 2014, p. 866):

> Mas não haverá excessividade se o preço proposto for o menor possível **que a Administração poderia obter no mercado.** As formalidades que envolvem a Administração dificultam que realize contratação em situação de mercado. Se a Administração não quer pagar à vista nem antecipadamente, também não pode considerar os preços de mercado previstos para situações dessa ordem. Seria enorme equívoco estabelecer comparação entre os preços praticados no mercado em certas circunstâncias bem definidas e os preços propostos para pagamento em circunstâncias distintas. Quando o ato convocatório previr pagamento para época distante, não se poderá estabelecer comparação com preços praticados no mercado para pagamento imediato. [...]

446. Assim, caso a organização pública consiga obter preços resultantes de transação entre particulares, deve observar esses números com cautela, pois podem ser resultado de negociações com características não encontradas nas contratações públicas ou encontradas em situações excepcionais, como o pagamento antecipado.

447. De acordo com o art. 15, inciso V (*vide* transcrição no parágrafo 442 desta NT), na pesquisa de preços, também devem ser considerados os preços praticados no âmbito dos órgãos e das entidades da administração pública, o que também é objeto de determinação no Acórdão 2.943/2013-TCU-Plenário, item 9.1.2.2, da relatoria do Ministro Benjamin Zymler:

> 9.1.2.2. realize previamente consulta aos preços praticados por outros órgãos ou entes públicos que possuem serviços contratados semelhantes, além de verificar preços em outras empresas do ramo, em conformidade com o disposto no art. 43, inciso IV, da Lei 8.666/1993;

448. A organização pública também pode buscar obter preços contratados por outras organizações públicas mediante consultas a comunidades de prática[54] das quais faça parte (*e.g.* TIControle[55]).

449. Como é indicado na Lei 8.666/1993, art. 43, inciso IV, a organização pública também deve buscar preços fixados por órgão oficial competente. Ressalta-se que, o Ministério da Economia, de acordo com seu portal, celebrou acordos com grandes fabricantes de *software*[56]. Foram celebrados acordos inicialmente com a Oracle, a IBM, a VMWare e a Red Hat. Posteriormente, também foi estabelecido acordo com a Microsoft[57].

450. Esses acordos ocorreram em decorrência do Acórdão 2.569/2018, da relatoria do Ministro Aroldo Cedraz, itens 9.1.1.2.1.4-9.1.1.2.1.6. Para operacionalizá-los, foi positivado o uso dos Catálogos de Soluções de TIC com Condições Padronizadas na IN - SGD/ME 1/2019, mediante a IN - SGD/ME 202/2019. As organizações públicas do Poder Executivo federal que compõem o Sisp têm de utilizar o Preço Máximo de Compra de Item de TIC (PMC-TIC), que é o valor máximo que essas organizações adotarão nas contratações dos itens constantes nos catálogos citados (IN - SGD/ME 1/2019, art. 2º, inciso XXVII). Dessa forma, nas licitações com objeto que contemple item de Catálogo de Soluções de TIC com Condições Padronizadas, tanto na adjudicação por preço global como na adjudicação por item, é vedado aceitar preço superior ao respectivo PMC-TIC, salvo hipóteses em que se comprove a vantajosidade para a Administração, devidamente justificadas nos autos pela autoridade máxima da área de TIC (IN - SGD/ME 1/2019, art. 27, parágrafo único). Adicionalmente, o uso do PMC-TIC também foi positivado nas seguintes instruções normativas: IN - Seges/ME 73/2020 (dispõe sobre o procedimento para a realização de pesquisa de preços sob a égide da Lei 8.666/1993), art. 8º; e IN - Seges/ME 65/2021 (dispõe sobre o procedimento para a realização de pesquisa de preços no âmbito da Lei 14.133/2021), art. 8º.

451. Somente organizações públicas que já contrataram licenças de *softwares* de grandes fabricantes podem utilizar os acordos citados. Do contrá-

rio, deve-se efetuar o devido processo licitatório ou participar de contratação com algum nível de coordenação (*vide* item "5.4. Coordenação das contratações") que não indique marca ou modelo de *software*.

452. A Lei 8.666/1993, art. 43, inciso IV, também indica que se devem buscar preços constantes no SRP. Na página "Sistema de Registro de Preço - SRP / FAQ – Perguntas e Respostas Frequentes" do Comprasnet (agora Compras.gov.br), consta resposta à pergunta "15 - Como consultar as licitações registradas por SRP?"[58]. O usuário pode efetuar o *download* de arquivo em formato TXT (formato de texto), com os seguintes dados: código do material, nome do material, código e nome do órgão, código e nome da Uasg, modalidade da licitação, número da licitação, quantidade total do item, valor unitário do item e início e final da vigência.

453. Adicionalmente, os OGS dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário podem contribuir com as organizações públicas sob sua jurisdição, com a publicação periódica de preços de referência para produtos que não tenham sido objeto de negociações com grandes fabricantes. Essa atividade pode, inclusive, ser contratada, como indica Joel de Menezes Niebuhr (2007) (*vide* parágrafos 323-324).

454. Um ponto fundamental com relação às fontes de preços é que a jurisprudência recente do TCU vai no sentido de que os agentes responsáveis pela pesquisa de preços necessária para elaborar o orçamento estimado devem consultar múltiplas fontes. No voto condutor do Acórdão 2.170/2007-TCU-Plenário, da relatoria do Ministro Ubiratan Aguiar, que é um acordão emblemático sobre a utilização de diversas fontes de preços, na elaboração do orçamento estimado, é exposta uma lista inicial de fontes a considerar, de modo a chegar-se a uma "cesta de preços aceitáveis", oriundos, por exemplo, de cotações de preços junto a fornecedores, valores adjudicados em licitações de organizações públicas (inclusos os constantes no agora Compras.gov.br), valores registrados em atas de SRP e contratações realizadas por corporações privadas em condições idênticas ou semelhantes às da administração pública (parágrafos 32-35 do voto condutor).

455. No Acórdão 3.395/2013-TCU-Segunda Câmara, da relatoria do Ministro Aroldo Cedraz, item 1.6.2, são citadas outras fontes: indicadores setoriais, tabelas de fabricantes, valores oficiais de referência, tarifas públicas ou outros equivalentes.

456. No relatório do Acórdão 2.383/2014-TCU-Plenário, da relatoria do Ministro José Mucio Monteiro, foi citada norma sobre diversas fontes de preços:

> 20.6. Observa-se, a despeito de a [*omissis*] ter solicitado orçamento a doze fornecedores e ter obtido resposta de apenas quatro delas, que a forma de definir o preço estimado não se resume a consultas a empresas, tendo em vista a norma interna AD020042, que estabelece, no subitem 4.2.8.2, que a pesquisa de preços no mercado deve colher o maior número de elementos, dados e referências possíveis na pesquisa, utilizando, entre outras, as seguintes fontes, *in verbis:*
>
> · a pesquisa de preços não deve limitar-se ao mínimo ou aos fornecedores usualmente pesquisados, devendo ser estendida ao maior número de fornecedores do ramo do objeto pretendido;
>
> · Diligências, visitando lojas ou fábricas;
>
> · Consultas a outros entes públicos adquirentes de solução semelhante;
>
> · Consulta Pública - especialmente indicada quando se tratar de projeto ou objeto inovador;
>
> · Banco de dados da administração pública tais como o SRP, contratos vigentes, resultados das licitações;
>
> · Cadastros de preços mantidos pelo Poder Público (ex: SIASG-SICAF/MPOG; SINAPI/CEF);
>
> · Cadastros de preços mantidos por entidades de pesquisa (ex: Catho, FGV);
>
> · Cadastros de preço dos fornecedores;
>
> · Sistemas de busca de preços na internet (ex: Ministério da Justiça)

457. Na Orientação Técnica - TIControle 1/2010, constam as seguintes fontes de preços, além da cotação de preços diretamente de fornecedores:

> 1.3. Outras fontes de informação também podem ser utilizadas, tais como contratos formalizados por outros entes públicos, em execução ou recentemente concluídos com sucesso; pesquisas publicadas na mídia especializada e listas de preços registrados em decorrência de licitação de objeto compatível.

458. No guia de contratação de TI do TCU, também são propostas várias fontes de preços (BRASIL, TCU, 2012b, p. 187-188):

> 6.3.9. Estimativas dos preços.
>
> [...]
>
> C| O que fazer:
>
> [...]
>
> 2) O valor estimado da solução deve refletir seu preço de mercado. Ao analisar o mercado com vistas à obtenção de dados sobre preços, pode-se utilizar, entre outras, as seguintes fontes de informação:
>
> a) preços vigentes em outros órgãos (*e.g.* em licitações, inclusive de registro de preço) (Lei 8.666/1993, art. 15, inciso V);
>
> b) consultas diretas aos fornecedores (*RFP - Request for Proposal*), que deve incluir as informações definidas até então no termo de referência ou no projeto básico, pois essas informações afetam a percepção de risco das empresas, que por sua vez influencia os preços oferecidos. Por exemplo, ao solicitar cotação de preço às empresas, o órgão deve informar os requisitos, os modelos de execução do objeto e de gestão do contrato, incluindo as sanções previstas;
>
> c) consulta ou audiência pública, no caso de contratações de maior materialidade e complexidade;
>
> d) consultas em portais de fornecedores na web e em sistemas de busca de preços na internet, lembrando que os preços informados normalmente são unitários, ou seja, referem-se à contratação de um único produto, de modo que não consideram o efeito de escala que existe em uma contratação de muitas unidades;
>
> e) bancos de dados da APF (*e.g.* Comprasnet, Siasg);
>
> f) cadastros de preços mantidos por entidades de pesquisa;
>
> g) preços obtidos em contratações semelhantes do setor privado (Lei 8.666/1993, art. 15, inciso III);
>
> h) uso do portal do órgão para publicar o planejamento da licitação na web e receber estimativas de preço.

459. Pode ser interessante, para as contratações de maior risco, relevância e materialidade, avaliar a conveniência e a oportunidade de realizar consulta (procedimento não presencial) ou audiência pública (sessão presencial), para discutir com os fornecedores o teor dos documentos de planejamento da contratação (ETP e TR ou PB), incluindo o orçamento estimado

(vide item "8.13. Publicação ou não do orçamento estimado no instrumento convocatório"). Adicionalmente, a recomendação de realizar consulta ou audiência pública também pode ser aplicada às contratações em que[59]:

1) envolvam inovação, pois esse elemento pode trazer incertezas à contratação, de modo a tornar o objeto mais difícil de especificar e de transmitir seu significado, bem como de acompanhar a execução do contrato decorrente[60]; ou
2) a organização não se sinta segura com relação aos artefatos de planejamento produzidos.

460. No relatório do Acórdão 718/2018-TCU-Plenário, da relatoria do Ministro-Substituto André de Carvalho, parágrafo 6, há excerto da instrução da unidade técnica (Selog) sobre questionamento acerca da não utilização dos preços de licitação anterior da própria organização pública, com contrato vigente à época da pesquisa de preços, como um dos preços praticados pela Administração Pública:

> 53. Conforme planilha constante à peça 26, a pesquisa de mercado com vistas à elaboração do orçamento estimado do Pregão Eletrônico 15/2017 restringiu-se a três orçamentos obtidos junto a empresas que atuam no ramo, dentre as quais a própria [*omissis*]. Sobre a questão, é necessário considerar que levantamento baseado somente em orçamentos elaborados por empresas do ramo pode conter distorções, já que, em relação ao valor da contratação, os interesses da Administração Pública e dos potenciais fornecedores são antagônicos, o que pode gerar o risco de obtenção de valor superestimado, já que convêm às empresas consultadas contratar pelo maior valor possível e maximizar seus ganhos. Muito embora conste do processo administrativo o levantamento de 2 contratações similares, e que não teriam sido usadas para fins de precificação em razão de diferenças na configuração dos serviços ou na unidade de medida, não há justificativas para não ter utilizado a licitação anterior do próprio [*omissis*], com contrato vigente à época dos levantamentos de preços, e que estavam sendo executados e pagos naquele momento.

461. Esse aspecto foi objeto de determinação no acórdão citado, item 9.3.2. Comando nesse sentido também consta do Acórdão 4.780/2017-TCU-Primeira Câmara, da relatoria do Ministro Walton Alencar Rodrigues, item 1.6.2.

462. Neste ponto, é importante considerar que a utilização de preços de contratos vigentes deve ser avaliada caso a caso. Se a contratação referente ao contrato vigente ocorreu em realidade bastante distinta daquela em que é feita a nova pesquisa de preços para a próxima contratação, o preço do contrato corrente pode não ter valor. Por exemplo, se houve a quebra de um monopólio (*e.g.* quebra do monopólio estatal das telecomunicações em 1995), a entrada de novos competidores no mercado público federal brasileiro da solução a contratar ou a entrada de novos produtos ou serviços mais competitivos de competidores já existentes, o preço do contrato em vigor pode ser destoante, podendo ser descartado, por ser muito mais alto do que os demais levantados (IN - Seges/ME 73/2020, art. 2º, inciso I, art. 3º, inciso V, art. 6º *caput* e § 2º; e IN - Seges/ME 65/2021, art. 2º, inciso I, art. 3º, inciso VI, art. 6º *caput* e § 4º). Vale registrar a ponderação feita no voto condutor do Acórdão 4.852/2010-Segunda Câmara, da relatoria do Ministro-Substituto André de Carvalho, no sentido de que não é aceito método de estimar preços referenciais com base na atualização dos valores obtidos na última aquisição, por não retratar a realidade do mercado:

> 15. Quanto à segunda e terceira irregularidades suscitadas, verifico que restou comprovado, não apenas nestes autos, mas também nos autos do TC 023.195/2006-0 (que tratou de auditoria realizada no [*omissis*]), que a metodologia adotada pelo referido departamento para o estabelecimento de preços referenciais – baseada na atualização dos valores obtidos na última aquisição realizada pela unidade – não se revela adequada, vez que incapaz de retratar a realidade do mercado.

463. No caso de contratos em que seja feita pesquisa de preços a cada repactuação anual, o risco de o preço do contrato ser destoante do mercado é minimizado (*vide* item "5.3.1. Manutenção da vantajosidade da contratação de serviços contínuos"), pois as pesquisas podem ocorrer anualmente, de modo que se podem identificar mudanças no mercado, em período não muito longo após ocorrerem.

464. A IN - Seges/ME 73/2020 também delimita um conjunto de fontes de preços. Essa norma trata, especificamente, do procedimento para

realizar pesquisa de preços para aquisição de bens e contratação de serviços em geral, no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional, para as organizações públicas que fazem parte do Sistema de Serviços Gerais - Sisg. Também se aplica aos órgãos e às entidades da administração pública estadual, distrital ou municipal, direta ou indireta, quando executarem recursos da União decorrentes de transferências voluntárias. Adicionalmente, a referida norma aplica-se às contratações de TI das organizações do Sisp. Dois dispositivos da IN - SGD/ME 1/2019, o art. 20, *caput*, e o art. 36, § 1º, apontam para a IN - Seges/ME 73/2020. A referida IN também serve como boa prática para as demais organizações públicas brasileiras, incluindo as organizações dos Poderes Legislativo e Judiciário federais, bem como as organizações da esfera do Ministério Público Federal.

465. Na IN - Seges/ME 73/2020, constam as seguintes fontes para a pesquisa de preços, chamadas na norma de "parâmetros":

> Parâmetros
>
> Art. 5º A pesquisa de preços para fins de determinação do preço estimado em processo licitatório para a aquisição e contratação de serviços em geral será realizada mediante a utilização dos seguintes parâmetros, empregados de forma combinada ou não:
>
> I - Painel de Preços, disponível no endereço eletrônico gov.br/paineldepreços, desde que as cotações refiram-se a aquisições ou contratações firmadas no período de até 1 (um) ano anterior à data de divulgação do instrumento convocatório;
>
> II - aquisições e contratações similares de outros entes públicos, firmadas no período de até 1 (um) ano anterior à data de divulgação do instrumento convocatório;
>
> III - dados de pesquisa publicada em mídia especializada, de sítios eletrônicos especializados ou de domínio amplo, desde que atualizados no momento da pesquisa e compreendidos no intervalo de até 6 (seis) meses de antecedência da data de divulgação do instrumento convocatório, contendo a data e hora de acesso; ou

> IV - pesquisa direta com fornecedores, mediante solicitação formal de cotação, desde que os orçamentos considerados estejam compreendidos no intervalo de até 6 (seis) meses de antecedência da data de divulgação do instrumento convocatório.
>
> §1º Deverão ser priorizados os parâmetros estabelecidos nos incisos I e II. (grifou-se)

466. A norma citada define o uso do Painel de Preços (art. 5º, inciso I), permitindo a recuperação de preços de contratações de organizações da administração pública homologadas no Compras.gov.br, desde que as cotações se refiram a aquisições ou contratações firmadas no período de até 1 (um) ano anterior à data de divulgação do instrumento convocatório.

467. Esse último aspecto é uma inovação com relação à norma anterior (IN - SLTI 5/2014), pois o marco temporal estabelecido é futuro com relação à atividade de pesquisa de preços. Os preços de outras contratações públicas somente serão considerados válidos para efeito de elaboração do orçamento estimado se o instrumento convocatório da licitação planejada for publicado de forma que se passe até um ano da assinatura dos contratos relativos a esses preços obtidos.

468. O inciso II do art. 5º refere-se a aquisições e contratações similares de outros entes públicos, firmadas no período de até 1 (um) ano anterior à data de divulgação do instrumento convocatório, obtidas de forma avulsa (*e.g* mediante consultas nos portais desses entes públicos), podendo, inclusive, utilizar preços de organizações públicas que não utilizaram o Compras.gov.br[61].

469. Adicionalmente, com relação ao inciso III do art. 5º da IN - Seges/ME 73/2020, é importante destacar o risco de utilizar preços levantados em mídia especializada, sítios eletrônicos especializados ou de domínio amplo, pois podem não refletir a realidade do mercado, dado que podem referir-se a valores unitários sem considerar efeitos de escala, e os requisitos e as condições contratuais podem ser bem diferentes dos previstos no planejamento da contratação de determinada organização

(*e.g* prazo e condições de garantia de equipamentos). De acordo com a categoria de "sítios eletrônicos especializados", podem ser consultados cadastros de preços mantidos por entidades de pesquisa (*e.g* cadastros de valores de salários de profissionais).

470. Foi retirado o dispositivo que proibia estimativas obtidas em sítios de leilões que constava da norma antecessora da IN - Seges/ME 73/2020 (IN - SLTI 5/2014, art. 4º), o que apresenta desafios a agentes públicos que utilizarem os valores dessas fontes, pois não há garantia de que produtos importados comercializados nesses sítios tenham passado pelos trâmites oficiais e que os preços de produtos, importados ou não, levem em conta os impostos devidos. Dessa forma, os valores obtidos desse tipo de fonte devem ser usados com muita cautela, pois há o risco de esses valores distorcerem os cálculos das estimativas dos preços da contratação para baixo.

471. Com relação ao inciso IV do mesmo art. 5º, sobre pesquisa direta com fornecedores, os agentes públicos correm o risco de obter preços inflados, como é exposto no item "8.8.1.2. Risco de as cotações junto a fornecedores retornarem preços inflados", de modo que o uso dessa fonte de preços deve ser feito em condições excepcionais. Na verdade, essas cotações expõem a organização pública a outros riscos, como consta do item "8.8.1. Riscos de efetuar a pesquisa de preços mediante cotações junto a fornecedores".

472. De acordo com o *caput* do art. 5º da IN - Seges/ME 73/2020, os preços coletados das fontes arroladas nos incisos de I a IV desse artigo poderão ser utilizados de forma combinada ou não. Em adição, segundo o § 1º do art. 5º, deverão ser priorizados os preços relativos aos incisos I e II. De fato, esses preços, que se referem aos obtidos nas contratações efetivamente realizadas pela Administração Pública, são mais confiáveis do que os oriundos das outras fontes (incisos III e IV). Adicionalmente, a priorização está em linha com a Lei 8.666/1993, art. 15, inciso V: "balizar-se pelos preços praticados no âmbito dos órgãos e das entidades da administração pública".

473. Neste ponto, vale citar as reflexões feitas no voto do relator do Acórdão 1.445/2015-TCU-Plenário, Ministro Vital do Rêgo, que é anterior às alterações promovidas pela IN - Seges/ME 3/2017 na IN - SLTI 5/2014, de modo que se passou a priorizar preços praticados em contratos envolvendo outros entes públicos, em linha com o art. 15, inciso V, da Lei 8.666/1993:

> 48. No entanto, é de se ressaltar, em homenagem ao princípio da hierarquia das leis, que o conteúdo do sobredito art. 2º da Instrução Normativa SLTI/MPOG 5/2014 deve ser harmonizado com o teor do art. 15, V, da Lei 8.666/93, que assim dispõe:
>
> Art. 15. As **compras, sempre que possível,** deverão: (...)
>
> V - balizar-se pelos preços praticados no âmbito dos órgãos e entidades da Administração Pública. (grifei)
>
> 49. E o alcance do referido dispositivo legal foi bem delineado pelo próprio TCU no voto condutor do Acórdão 171/2012-TCU-Plenário, do qual julgo oportuno transcrever o seguinte excerto:
>
> 19. Não se pode aceitar aqui o argumento do Sr. [*omissis*] (pregoeiro) no sentido de que "o atendimento ao inciso V do art. 15 da Lei 8.666/199**3** [as compras, sempre que possível, deverão balizar-se pelos preços praticados no âmbito dos órgãos e entidades da Administração Pública] só poderia ser feito após a realização do certame". Ao contrário, afigura-se-me inconteste que a intenção do legislador foi justamente orientar os que elaboram orçamentos – definem valores de referência – em certames licitatórios visando à aquisição de determinado objeto a, antes de mais nada, verificar os preços pelos quais a própria administração pública vem contratando o mesmo item demandado. O melhor parâmetro, portanto, são os preços que vêm sendo praticados em contratos envolvendo outros entes públicos. Nesse sentido, a mera consulta de preços a alguns fornecedores do segmento de mercado em que se insere o aludido objeto deve, pois, ser vista como prática subsidiária, suplementar**.** (grifei)
>
> [...]
>
> 51. Da interpretação sistêmica do art. 15, V, da Lei 8.666/93, do art. 2º da Instrução Normativa SLTI/MPOG 5/2014 e dos acórdãos supracitados, extrai-se conclusão no sentido de que, para fim de orçamentação nas licitações de bens e serviços, devem ser priorizados os parâmetros previstos nos incisos I e III do

> art. 2º da referida IN, quais sejam, "Portal de Compras Governamentais" e "contratações similares de outros entes públicos", em detrimento dos parâmetros contidos nos incisos II e IV daquele mesmo art. 2º, isto é, "pesquisa publicada em mídia especializada, sítios eletrônicos especializados ou de domínio amplo" e "pesquisa com os fornecedores". [...] (grifou-se)

474. No referido acórdão, é exposto que o uso dos preços referentes à mídia especializada, aos sítios eletrônicos especializados ou de domínio amplo e dos preços obtidos mediante cotações junto a fornecedores deve ser visto como prática subsidiária, suplementar:

> 9.3.2. para fim de orçamentação nas licitações de bens e serviços, devem ser priorizados os parâmetros previstos nos incisos I e III do art. 2º da IN SLTI/MPOG 5/2014, quais sejam, "Portal de Compras Governamentais" e "contratações similares de outros entes públicos", em detrimento dos parâmetros contidos nos incisos II e IV daquele mesmo art. 2º, isto é, "pesquisa publicada em mídia especializada, sítios eletrônicos especializados ou de domínio amplo" e "pesquisa com os fornecedores", cuja adoção deve ser vista como prática subsidiária, suplementar; (grifou-se)

475. A priorização dos então parâmetros I e III do art. 2º da IN - SLTI 5/2014 (atualmente I e II do art. 5º da IN - Seges/ME 73/2020), referentes à pesquisa de preços no Painel de Compras e às contratações de outras organizações públicas, com relação aos então parâmetros II e IV (atualmente III e IV do art. 5º da IN - Seges/ME 73/2020), sobre a pesquisa junto à mídia especializada, os sítios de domínio amplo e a pesquisa direta com fornecedores, também consta do Acórdão 3.351/2015-TCU-Plenário, da relatoria do Ministro-Substituto André de Carvalho, item 9.2.1.1.

476. Adicionalmente, há um conjunto expressivo de acórdãos sobre priorização de preços efetivamente contratados pela Administração Pública: 171/2012, voto condutor, parágrafo 19; 2.943/2013, item 9.1.2.2; 2.383/2014, item 9.2.2, e parágrafo 20.6 do relatório; 2.816/2014, item 9.2.1; 965/2015, item 1.7.1; 1.445/2015, item 9.3.2; 1.678/2015, item 9.6.1; 2.637/2015, item 9.3.2; 3.351/2015, item 9.2.1.1; 247/2017, item 9.7.1; 1.604/2017, 9.2.2; 2.787/2017, item 9.3.1; 94/2018, item 1.9.3; 718/2018,

item 9.3.2; 2.973/2018, itens 9.4.1.1 e 9.4.2.1; 2.974/2018, voto condutor, parágrafo 16, alínea "d"; 713/2019, voto condutor, parágrafos 48-49; 1.804/2019, item 9.13; 363/2020, item 9.1.1; 915/2020, relatório, excerto da instrução da unidade técnica (Sefti), parágrafos 70-71; todos do Plenário do TCU; 2.063/2017-TCU-Primeira Câmara, item 9.4.2; e 3.395/2013-TCU-Segunda Câmara, item 1.6.2.

477. Assim, a lógica do § 1º do art. 5º da IN - Seges/ME 73/2020, que trata da priorização das fontes de preços relativas a preços efetivamente contratados pela Administração Pública, está em linha com a jurisprudência do TCU.

478. Ressalta-se que o uso de várias fontes combinadas, como consta sua possibilidade no § 1º do art. 5º da IN - Seges/ME 73/2020, está em linha com o uso de "cesta de preços aceitáveis" (Acórdão 2.170/2007-TCU-Plenário, voto condutor, parágrafos 32-35). Em adição, isso leva a organização pública a mitigar o risco de levantar somente preços praticados para a Administração Pública, que podem estar inflados devido a práticas anticompetitivas, como as executadas por cartéis de empresas, ou apresentar outras práticas irregulares, como "jogos de planilha". Franklin Brasil vai nessa linha (BRASIL, 2015, p. 13):

> No Acórdão 5.216/2007-1C, o TCU abordou uma questão relevante a esse respeito. Pautar a pesquisa de preços apenas em preços praticados na Administração Pública pode perpetuar uma incompatibilidade com o mercado. Se um produto for comprado com sobrepreço, este parâmetro pode se disseminar e até mesmo perpetuar em todo setor público.
>
> Daí a razão pela qual a origem da pesquisa única e exclusivamente em preços registrados nem sempre apresenta, necessariamente, o menor preço de mercado, e sim o preço pago por determinado órgão comprador (vide Acórdão TCU 1.378/2008-1C).

479. Na verdade, a referência ao Acórdão 5.216/2007-1C parece tratar do Acórdão 3.516/2007-TCU-Primeira Câmara, da relatoria do Ministro Aroldo Cedraz, voto condutor, parágrafo 19.

480. No relatório do Acórdão 299/2011-TCU-Plenário, da relatoria do Ministro José Mucio Monteiro, também consta alerta, no sentido de perpetuar preços indevidos (parágrafo 3, excerto do relatório da unidade técnica - Sefti, parágrafo 2.17):

> 2.17. A pesquisa com preços superestimados pode levar a contratações desvantajosas para a Administração e tais contratações podem servir, indevidamente, de parâmetro de preço para licitações de outros órgãos e entidades da Administração Pública Federal, perpetuando as desvantagens.

481. A IN - Seges/ME 73/2020 é silente com relação a preços praticados junto às empresas privadas (outra fonte de preço), como previsto na Lei 8.666/1993, art. 15, inciso III, embora essa fonte, aparentemente, seja de uso improvável (parágrafos 444-446).

482. Adicionalmente, o art. 6º da IN - Seges/ME 73/2020 exige que o cálculo do preço de referência deve utilizar, no mínimo, três preços oriundos de uma ou mais fontes arroladas nos incisos de I a IV do art. 5º, desconsiderando-se os valores [supostamente][62] inexequíveis, inconsistentes ou excessivamente elevados. Excepcionalmente, mediante justificativa da autoridade competente, será admitida a pesquisa com menos de três preços ou fornecedores, conforme prevê o § 4º do art. 6º da norma citada. Relembrando que três preços podem ser uma amostra ínfima para determinadas soluções de TI (*vide* parágrafo 279 desta NT).

483. Um ponto a destacar é que a IN - Seges/ME 73/2020 criou um artefato (documento) a constar dos autos do processo da contratação. De acordo com o art. 3º da norma, a pesquisa de preços será materializada em documento com o conteúdo mínimo a seguir:

> Formalização
>
> Art. 3º A pesquisa de preços será materializada em documento que conterá, no mínimo:
>
> I - identificação do agente responsável pela cotação;
>
> II - caracterização das fontes consultadas;
>
> III - série de preços coletados;

> IV - método matemático aplicado para a definição do valor estimado; e
>
> V - justificativas para a metodologia utilizada, em especial para a desconsideração de valores inexequíveis, inconsistentes e excessivamente elevados, se aplicável.

484. Na IN - Seges/ME 65/2021, consta dispositivo similar, o art. 3º.

485. Em função do exposto, de acordo com a IN - Seges/ME 73/2020, a cotação de preços junto a fornecedores da solução a contratar não é a fonte principal de preços, como foi a prática na Administração, por décadas, sendo uma das fontes a consultar, cujo uso é prática subsidiária, suplementar. Se a pesquisa de preços se restringir a essas cotações com fornecedores, o que deve ocorrer em situações específicas, esse fato deve ser justificado nos autos do processo de contratação. A jurisprudência mais recente do TCU também diminuiu a importância das cotações de preços junto a empresas do mercado, passando a explicitar a necessidade de uso de uma "cesta de preços aceitáveis". No item "8.8. Excepcionalidade da obtenção de cotações de preços diretamente de fornecedores", são expostos aspectos sobre essas cotações junto a fornecedores.

486. Vale explicitar que a pesquisa de preços ampla permite que os agentes públicos tenham segurança de que os preços obtidos na pesquisa estão dentro da faixa de preços praticados no nicho de mercado da solução de TI a contratar, permitindo, entre outras atividades, a verificação da aceitabilidade de preços de forma embasada, ainda que somente sejam utilizados os contratados pela Administração Pública no cálculo do valor estimado.

487. A seguir, é exposto um conjunto expressivo de julgados na direção de que se devem consultar várias fontes para que se obtenha ampla gama de preços que retrate a faixa praticada no mercado, ao invés de restringir-se à cotação junto a empresas do ramo, consultando, pelo menos, preços contratados por outras organizações públicas: Acórdãos 1.375/2007, itens 9.4.2.1- 9.4.2.2; 2.170/2007, voto condutor, parágrafos 31-36; 157/2008, item 9.6.1; 2.471/2008, item 9.1.6; 819/2009, item

1.7.2; 2.479/2009, item 9.3.2; 265/2010, item 9.1.12; 280/2010, item 9.2.2; 299/2011, item 9.2.1; 171/2012, voto condutor, parágrafo 19; 868/2013, voto condutor, parágrafo 6; 2.943/2013, item 9.1.2.2; 2.383/2014, item 9.2.2, e relatório, parágrafo 20.6; 2.816/2014, item 9.2; 895/2015, voto condutor, parágrafo 53; 965/2015, item 1.7.1; 1.445/2015, item 9.3; 1.678/2015, item 9.6.1; 2.637/2015, item 9.3.2; 3.351/2015, item 9.2.1.1; 2.340/2016, item 9.1.9, alínea "e"; 247/2017, item 9.7.1; 1.604/2017, item 9.2.2; 2.787/2017, item 9.3.1; 94/2018, item 1.9.3; 718/2018, item 9.3.2; 1.548/2018, item 9.3.1; 713/2019, voto condutor, parágrafos 48-49; 1.804/2019, item 9.13; 363/2020, item 9.1.1; 423/2020, itens 9.4.1-9.4.2; 915/2020, relatório, excerto da instrução da unidade técnica (Sefti), parágrafos 70-71; 3.224/2020, item 9.5; e 1.875/2021, itens 9.5.1 e 9.5.2; e 2.106/2022, itens 9.3 e 9.4; todos do Plenário do TCU; 2.063/2017, item 9.4.2; e 4.780/2017, item 1.6.1; ambos da Primeira Câmara; 3.395/2013, item 1.6.2; e 3.452/2011, item 1.7.1; ambos da Segunda Câmara.

488. É importante ressaltar que a IN - Seges/ME 73/2020, assim como a IN - Seges/ME 65/2021, somente trata da pesquisa de preços propriamente dita, mas não da elaboração do orçamento estimado da contratação, pois não inclui a definição das quantidades de cada item da solução a contratar.

8.7.2 Fontes de preços no escopo da Lei 14.133/2021

489. Na Lei 14.133/2021, art. 23, consta o seguinte a respeito das fontes de preços:

> Art. 23. O valor previamente estimado da contratação deverá ser compatível com os valores praticados pelo mercado, considerados os preços constantes de bancos de dados públicos e as quantidades a serem contratadas, observadas a potencial economia de escala e as peculiaridades do local de execução do objeto.
>
> § 1º No processo licitatório para aquisição de bens e contratação de serviços em geral, conforme regulamento, o valor estimado será definido com base no melhor preço aferido por meio da utilização dos seguintes parâmetros, adotados de forma combinada ou não:

> I - composição de custos unitários menores ou iguais à mediana do item correspondente no painel para consulta de preços ou no banco de preços em saúde disponíveis no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP);
>
> II - contratações similares feitas pela Administração Pública, em execução ou concluídas no período de 1 (um) ano anterior à data da pesquisa de preços, inclusive mediante sistema de registro de preços, observado o índice de atualização de preços correspondente;
>
> III - utilização de dados de pesquisa publicada em mídia especializada, de tabela de referência formalmente aprovada pelo Poder Executivo federal e de sítios eletrônicos especializados ou de domínio amplo, desde que contenham a data e hora de acesso;
>
> IV - pesquisa direta com no mínimo 3 (três) fornecedores, mediante solicitação formal de cotação, desde que seja apresentada justificativa da escolha desses fornecedores e que não tenham sido obtidos os orçamentos com mais de 6 (seis) meses de antecedência da data de divulgação do edital;
>
> V - pesquisa na base nacional de notas fiscais eletrônicas, na forma de regulamento. (grifou-se)

490. Assim, no dispositivo citado, são elencadas algumas fontes de preços.

491. O dispositivo transcrito da Lei 14.133/2021 parece ser uma derivação do art. 5º da IN - Seges/ME 73/2020, que se refere à Lei 8.666/1993, com algumas mudanças de destaque:

1) foi explicitado que as quantidades devem ser consideradas na estimativa do valor da contratação, observada a potencial economia de escala e as peculiaridades do local de execução do objeto (Lei 14.133/2021, art. 23, *caput*);
2) a primeira fonte de preços passou a ser a "composição de custos unitários menores ou iguais à mediana do item correspondente no painel para consulta de preços ou no banco de preços em saúde disponíveis no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP)". Essa redação é obscura para a contratação de bens e serviços de TI, mas é utilizada no âmbito de contratação de obras, em especial se for utilizado um sistema de referência, como o Sicro e o Sinapi (Lei 14.133/2021, art. 23, § 1º, inciso I);

3) foi acrescentada a possibilidade de utilização de "tabela de referência formalmente aprovada pelo Poder Executivo federal" (Lei 14.133/2021, art. 23, § 1º, inciso III);
4) foi incluída a "pesquisa na base nacional de notas fiscais eletrônicas", na forma de regulamento a ser publicado (Lei 14.133/2021, art. 23, § 1º, inciso V);
5) não há prioridades entre as fontes de preço elencadas; e
6) não é claro como se deve proceder com os valores das fontes de preços referente aos incisos de II a V do § 1º, do art. 23 da Lei 14.133/2021 (*e.g* aplicar o cálculo da média dos valores). Esse assunto é disciplinado pela IN - Seges/ME 65/2021, que se aplica ao caso do Poder Executivo federal.

492. Apesar de o art. 23 da Lei 14.133/201 parecer ser uma derivação do art. 5º da IN - Seges/ME 73/2020, a ausência de dispositivo que priorizasse o uso de preços adjudicados em contratações públicas, como consta no § 1º do art. 5º da IN - Seges/ME 73/2020, desfigurou o art. 23 citado. Essa ausência dá margem à utilização corriqueira de somente três preços obtidos mediante cotação direta, junto a fornecedores, de modo que há o risco de os gestores públicos deixarem de lado fontes de preços mais confiáveis e usarem amostras de preços que podem não representar o nicho de mercado visado da solução TI a contratar, pois três preços pode ser uma quantidade diminuta para determinadas contratações (*vide* parágrafo 279 desta NT).

493. Adicionalmente, como é detalhado no item "8.8. Excepcionalidade da obtenção de cotações de preços diretamente de fornecedores", a cotação direta junto a fornecedores é a pior fonte de preços e somente deveria ser utilizada na ausência de outras (*e.g* . para a estimativa de preço de tipo de objeto novo no mercado, para o qual não houve ou houve poucas contratações públicas), em razão dos riscos envolvidos no uso dessa fonte de preços (*vide* item "8.8.1. Riscos de efetuar a pesquisa de preços mediante cotações junto a fornecedores").

494. Salienta-se que a redação do art. 23 da Lei 14.133/2021 vai de encontro aos seguintes entendimentos que constam da jurisprudência do TCU, os quais foram construídos ao longo do tempo, sob a égide da Lei 8.666/1993:

1) a utilização de diversas fontes de preços ("cesta de preços aceitáveis"), além das citadas no dispositivo mencionado (*vide* parágrafo 487);
2) as prioridades de fontes de preços, de modo a privilegiar o uso de fontes mais confiáveis (*vide* parágrafo 476); e
3) a utilização excepcional de preços cotados diretamente junto a fornecedores (*vide* item 8.8).

495. Esses entendimentos continuam válidos conceitualmente, apesar da redação do dispositivo citado, de modo que é de esperar-se que continuem constando em julgados do TCU.

496. Como consta do *caput* do art. 23 da Lei 14.133/2021, o gestor deve obter valor estimado compatível com os praticados pelo mercado, considerados os preços constantes de bancos de dados públicos e as quantidades a ser contratadas, observada a potencial economia de escala e as peculiaridades do local de execução do objeto. Além disso, de acordo com o art. 11 da mesma lei, inciso III, um dos objetivos do processo licitatório é evitar contratações com sobrepreço ou com preços manifestamente inexequíveis e com superfaturamento na execução dos contratos. Esses dois objetivos, dificilmente, serão alcançados se fontes mais confiáveis não forem priorizadas, como os preços de contratações públicas, especialmente se for adotada a cotação direta junto a três fornecedores ou mais como única fonte para efetuar a pesquisa de preços sem as devidas justificativas. Desse modo, os gestores públicos que somente utilizarem essa fonte estarão mais expostos ao risco de incorrer em irregularidades (*e.g* sobrepreço e superfaturamento) e de sofrer as devidas sanções. Adicionalmente, aumenta-se o risco de chegar-se a preços inexequíveis, o que pode levar a licitações desertas ou à não entrega de objetos contratados.

497. Com a publicação da Lei 14.133/2021, foi publicada a IN - Seges/ME 65/2021. Essa norma é similar à IN - Seges/ME 73/2020, que se refere à Lei 8.666/1993. A seguir, são expostas diferenças relevantes entre essas normas:

1) a primeira fonte de preços passa de cotações no Painel de Preços para "composição de custos unitários menores ou iguais à mediana do item correspondente nos sistemas oficiais de governo, como Painel de Preços ou banco de preços em saúde, observado o índice de atualização de preços correspondente". Adicionalmente, deixa de constar a restrição de serem preços de contratações firmadas no período de até 1 (um) ano anterior à data de divulgação do instrumento convocatório (IN - Seges/ME 65/2021, art. 5º, inciso I; e IN - Seges/ME 73/2020, art. 5º, inciso I);
2) na IN - Seges/ME 73/2020 não consta método de cálculo para os preços obtidos nos sistemas oficiais de governo, que passa a ser a mediana (IN - Seges/ME 65/2021, art. 5º, inciso I; e IN - Seges/ME 73/2020, art. 5º, inciso I);
3) com relação aos preços de contratações similares feitas pela Administração Pública que não venham de sistemas oficiais, passam a referir-se a contratações em execução ou concluídas no período de 1 (um) ano anterior à data da pesquisa de preços, ao invés de aquisições firmadas no período de até 1 (um) ano anterior à data de divulgação do instrumento convocatório (IN - Seges/ME 65/2021, art. 5º, inciso II; e IN - Seges/ME 73/2020, art. 5º, inciso II);
4) passa a ser explicitado que as contratações similares feitas pela Administração Pública incluem aquelas feitas mediante o SRP, observado o índice de atualização de preços correspondente (IN - Seges/ME 65/2021, art. 5º, inciso II; e IN - Seges/ME 73/2020, art. 5º, inciso II);
5) na IN - Seges/ME 65/2021, passa a constar que, quando for o caso, deve ser observada a potencial economia de escala (art. 4º, *caput*);
6) com relação à pesquisa direta com fornecedores, passa a ser necessário que seja apresentada justificativa da escolha desses fornecedores, como ocorre na Lei 14.133/2021, art. 23 § 1º, inciso IV (IN - Seges/ME 65/2021, art. 5º, inciso III; e IN - Seges/ME 73/2020, art. 5º, inciso III);

7) foram incluídas duas novas fontes de preços: i) tabela de referência formalmente aprovada pelo Poder Executivo federal (IN - Seges/ME 73/2020, art. 5º, inciso III); e ii) a base nacional de notas fiscais eletrônicas, desde que a data das notas fiscais esteja compreendida no período de até 1 (um) ano anterior à data de divulgação do edital (IN - Seges/ME 65/2021, art. 5º, inciso V); e
8) na IN - Seges/ME 65/2021, é explicitado que o documento que materializa a pesquisa de preços conterá memória de cálculo do valor estimado e documentos que lhe dão suporte (art. 3º, inciso VII).

498. Vale lembrar que, na IN - Seges/ME 65/2021, como já ocorria na IN - Seges/ME 73/2020, também são priorizados os preços de contratações públicas (IN - Seges/ME 65/2021, art. 5º, § 1º; e IN - Seges/ME 73/2020, art. 5º, § 1º), apesar de isso não constar na Lei 14.133/2021 (*vide* parágrafo 492).

8.7.3 Outras considerações sobre fontes de preços

499. Na pesquisa de preços, deve-se levar em conta aspecto discutido na Nelca, uma comunidade de prática sobre contratações públicas, a respeito do tema "IN 73/2020, Art. 5º, inciso III - pesquisas em *sites* de domínio amplo", em junho de 2021[63]. Nessa discussão, foi lembrado que, na IN - Seges/ME 73/2020, art. 3º, inciso II, é exposta a necessidade da caracterização das fontes consultadas. O mesmo ocorre na IN - Seges/ME 65/2021, art. 3º, inciso III. Entretanto, há situações em que não é claro se os preços obtidos são de fontes diferentes, como ocorre com relação a "sítios eletrônicos especializados ou de domínio amplo", pois há portais de comércio eletrônico na internet que pertencem ao mesmo grupo, tais como[64]:

1) Americanas, Shoptime e Submarino são integrantes do grupo americanas s.a. (na época da discussão citada, referiam-se à empresa B2W), de modo que, nos rodapés desses portais, consta o seguinte: "americanas s.a. / CNPJ: 00.776.574/0006-60 / Inscrição Estadual: <nº diferente para cada portal> / Endereço Rua Sacadura Cabral, 102 - Rio de Janeiro, RJ - 20081-902 / fale com a gente"; e

2) Casas Bahia e Ponto Frio são partes do grupo Via Varejo S.A, de modo que, nos rodapés desses portais, consta o seguinte: Via Varejo S.A. / <endereço *web* do portal> / Rua Samuel Klein, nº 83 / São Caetano do Sul - SP - CEP: 09520-010 / CNPJ: 33.041.260/0652-90 / Inscrição Estadual: 636.169.915.112 / Telefone: <nº diferente para cada portal>.

500. Como os preços de portais do mesmo grupo podem não representar preços distintos, a coleta de valores nesses ambientes deve ser feita com cuidado. Adicionalmente, portais como os citados também se comportam como *marketplaces*, isto é, oferecem produtos com preços de terceiros, isto é, não são os preços desses portais, como ocorre com o portal "americanas". Portanto, alguns portais podem apresentar preços referentes a esses portais propriamente ditos, mas também podem apresentar preços oferecidos por outras organizações parceiras. Preços de lojas parceiras devem ser usados com cautela, pois essas empresas podem não cumprir todas as normas tributárias, trabalhistas e previdenciárias.

501. Com relação ao oferecimento de ferramentas para pesquisar preços, foi sinalizado no Acórdão 1.647/2010-TCU-Plenário, item 9.1.12, da relatoria do Ministro Valmir Campelo, que havia sérias limitações para pesquisa a respeito de contratações realizadas por órgãos públicos no então portal Comprasnet, atualmente Compras.gov.br, que é a principal plataforma da APF para efetuar contratações por pregão em meio eletrônico. Posteriormente, no Acórdão 2.670/2016-TCU-Plenário, da relatoria do Ministro Benjamin Zymler, o TCU voltou a sinalizar problemas nas pesquisas nas bases de dados do Siasg/Comprasnet, agora no tocante a deficiências nas bases de dados utilizadas pelo sistema, incluindo falhas que comprometem a comparação de preços.

502. Durante a elaboração desta NT, estava disponível a última versão da ferramenta "Painel de Preços", cuja eficácia ainda não havia sido apurada, mas que utilizava as mesmas bases de dados do então Comprasnet. Em adição, como foi sinalizado no parágrafo 320, a Lei 14.133/2021, art. 3º, inciso II, prevê, no escopo do PNCP, que estava sendo construído no momento da redação desta NT, o uso de painel para consulta de preços

e de banco de preços em saúde. Na lei citada, também foi previsto o acesso à base nacional de notas fiscais eletrônicas.

503. Em função da criticidade do procedimento de elaborar o orçamento estimado de cada contratação, a qualidade das ferramentas de pesquisa, que passa pela qualidade das bases de dados pesquisadas, deve continuar a ser objeto de fiscalizações do TCU e pode ser objeto de ações de melhoria por parte dos OGS, inclusive mediante esforço conjunto.

504. A partir do exposto, com relação ao tema "fontes de preços para a pesquisa de preços", elaborou-se o próximo entendimento.

Entendimento 9

Nas contratações públicas de bens e serviços de TI, para que os agentes públicos e as demais partes interessadas tenham segurança de que os preços obtidos na pesquisa de preços estão dentro da faixa de preços praticados no nicho de mercado da solução a contratar e que não tenham sido resultantes de práticas anticompetitivas, a pesquisa de preços deve considerar amplo conjunto de preços, que sejam recentes e priorizar os adjudicados em contratações públicas, obtidos a partir da maior quantidade de fontes possível, tais como:

1. preços fixados por órgão oficial competente, que devem ser usados como preços máximos nas contratações;
2. valores adjudicados em contratações públicas, que podem ser obtidos em fontes, tais como:
   a. Painel de Preços provido pelo Ministério da Economia, que utiliza dados do Compras.gov.br, ou instrumento que o suceda;
   b. consultas diretas a portais de organizações públicas;
   c. contrato da própria organização pública, caso esteja vigente durante a pesquisa de preços, com as devidas cautelas;
   d. valores registrados em atas do sistema de registro de preços;
   e. outros sistemas de contratações eletrônicas da Administração Pública, além do Compras.gov.br (*e.g.* Licitações-e do Banco do Brasil); e
   f. consulta a comunidades de prática das quais a organização pública faça parte (*e.g.* TIControle);
3. contratações realizadas por corporações privadas em condições idênticas ou semelhantes às da Administração Pública, com as devidas cautelas;
4. tabelas de fabricantes;

Entendimento 9

5. consulta ou audiência pública, no caso de contratação de maior materialidade, complexidade ou cujo objeto seja inovador;
6. pesquisa publicada em mídia especializada, em sítios eletrônicos especializados ou de domínio amplo, lembrando que:
   a. normalmente, os preços encontrados nessas fontes são unitários, de modo que não consideram o efeito de escala que existe em uma contratação de muitas unidades;
   b. podem não considerar requisitos e condições contratuais previstas no planejamento da contratação da organização pública (*e.g.* prazo e condições de garantia de equipamentos);
   c. não há garantia de que produtos importados comercializados em sítios de domínio amplo tenham passado pelos devidos trâmites oficiais e que os preços de produtos, importados ou não, levem em conta os impostos e as obrigações devidos;
   d. há portais de empresas que pertencem ao mesmo grupo econômico, de modo que consultas a esses ambientes podem não representar preços diferentes; e
   e. há portais que funcionam como marketplaces, de modo que podem apresentar preço do próprio portal e preços de lojas parceiras, que devem ser usados com cautela, pois essas empresas podem não cumprir todas as normas tributárias, trabalhistas e previdenciárias;
7. consultas em portais de fabricantes e fornecedores na internet, considerando as ressalvas das pesquisas em mídia especializada, quando aplicáveis;
8. cadastros de preços mantidos por entidades de pesquisa (*e.g.* cadastros de valores de salários de profissionais), que podem ser considerados como sítios eletrônicos especializados; e
9. cotações junto a fornecedores da solução a contratar, de forma excepcional, com as devidas cautelas, com justificativas nos autos do processo de contratação se a pesquisa de preços se restringir a essas cotações.

A atividade de pesquisa de preços deve ser verificada pela autoridade máxima da área de TI, pela autoridade responsável por aprovar o termo de referência ou o projeto básico, pelos membros da CPL, pela autoridade responsável por homologar a licitação e pelo parecerista jurídico no tocante a aspectos jurídicos.

8.8 Excepcionalidade da obtenção de cotações de preços diretamente de fornecedores

505. Como foi exposto no item "8.7. Fontes que devem ser consultadas na pesquisa de preços", a jurisprudência recente do TCU tem indicado que a pesquisa de preços deve consistir em amostragem a

partir da maior quantidade de fontes possível, com amplo conjunto de preços, priorizando-se os efetivamente contratados por organizações da Administração Pública.

506. Entretanto, nem sempre foi assim. Por exemplo, no Acórdão 3.219/2010-TCU-Plenário, da relatoria do Ministro Raimundo Carreiro, sobre contratação de microcomputadores, consta determinação para efetuar pesquisa de preços com, no mínimo, três cotações, junto a empresas do ramo:

> 9.3.2. quando da contratação direta de bens e serviços e da estimativa de custos que antecederem os processos licitatórios, observe o disposto nos arts. 7º, § 2º, inciso II, e 40, § 2º, inciso II, da Lei nº 8.666/93, realizando pesquisa de preços e elaborando orçamento detalhado em planilhas para os bens/serviços a serem adquiridos, contendo o mínimo de três cotações de fornecedores distintos ou justificativa circunstanciada caso não seja possível obter esse número de cotações, bem como fazendo constar do respectivo processo a documentação comprobatória pertinente aos levantamentos e estudos que fundamentaram o preço estimado; (grifou-se)

507. O entendimento de que a pesquisa de preços deveria ser operacionalizada com a obtenção de, no mínimo, três cotações junto a empresas do ramo cristalizou-se na jurisprudência do TCU. Ele fazia sentido em um período em que as organizações públicas enfrentavam grandes dificuldades para obter os preços de soluções similares, contratadas por outras organizações públicas e para consultar as demais fontes citadas no item 8.7. A cotação de, pelo menos, três preços junto a empresas do ramo foi uma prática instaurada com incentivo do próprio TCU (BRASIL, 2015, p. 6) para que o planejamento das contratações tivesse o mínimo de consistência com relação ao orçamento estimado. Ressalta-se que, na legislação que rege a matéria, não constava este tipo de comando[65] e que essa prática apresenta problemas, como indica Joel de Menezes Niebuhr (2007):

> A Administração, pois, deve realizar pesquisa de mercado para orçar o valor estimado da futura contratação. A legislação não prescreve como

> deve ser realizado esse orçamento. Praticamente a Administração Pública nacional inteira costuma consultar três ou quatro pessoas que atuem no ramo do objeto a ser licitado, pedindo a eles que encaminhem orçamento informal. Daí a entidade administrativa faz uma média dos orçamentos recebidos para apurar o valor estimado da contratação.
>
> Insiste-se que o referido procedimento não está previsto em lei alguma. Trata-se de mero costume, que verdadeiramente é arraigado na Administração Pública nacional.
>
> Entretanto, o fato é que o procedimento que a Administração Pública costuma levar a cabo para estimar os preços de seus contratos não é eficaz. Ocorre, com larga freqüência, que as empresas previamente consultadas pela entidade administrativa apresentam a ela orçamento com preços excessivos, superiores aos preços praticados por elas, até mesmo porque pretendem participar da licitação e não se dispõem a externar antes do próprio certame o seu preço real e final. Assim o sendo, a entidade administrativa acaba recebendo orçamentos superfaturados e, por conseqüência, superestima os valores dos seus futuros contratos. [...]

508. O autor também aponta como rever esse procedimento (NIEBUHR, 2007), colhendo o maior número de elementos possível, que está em linha com o exposto no item 8.7:

> Sugere-se que a Administração colha o maior número de elementos, dados e referências possíveis para apurar o valor estimado das suas contratações. Isto é, faça uma pesquisa de preços com eventuais fornecedores, faça uma pesquisa na internet e em revistas especializadas, consulte outros órgãos e entidades da Administração Pública, verifique o quanto ela despendeu em relação ao mesmo objeto no último contrato, enfim tudo que estiver ao alcance dela para obter uma estimativa real de preço.
>
> [...]
> O fundamental é que a Administração Pública saiba efetivamente o quanto custa no mercado o objeto a ser licitado.

509. As cotações junto a fornecedores produzem grande incerteza ao orçamento estimado resultado pelos riscos delas decorrentes, inclusive de obtenção de preços inflados (*vide* item 8.8.1). Neste ponto, vale trazer o caso emblemático que consta do Acórdão 1.875/2021-TCU-Plenário, da relatoria do Ministro Raimundo Carreiro, que trata de pregão eletrônico para

contratação de serviço de computação em nuvem, no qual houve redução de 82% do valor estimado. A seguir, é transcrito trecho do relatório:

> 16. Por fim, chama a atenção a discrepância entre o valor estimado da contratação, que era de **R$ 370.475.894,80** (peça 26, p. 30), e o melhor preço alcançado durante a disputa do certame, **R$ 65.941.419,04 (peça 27), o que representa redução de aproximadamente 82% em relação ao orçamento proposto pela administração.**
>
> 17. No caso em tela, verifiquei que devido ao ineditismo da contratação, o [*omissis*] não teve alternativa a não ser estimar o valor a ser contratado em pesquisa exclusivamente junto a fornecedores. Sobre esse ponto, o Tribunal tem destacado a importância de que as pesquisas de preços sejam baseadas em uma "cesta de preços", devendo dar **preferência para preços públicos,** oriundos de outros certames.
>
> 18. A pesquisa de preços feita exclusivamente junto a fornecedores deve ser a **exceção**, especialmente em serviços, pois, via de regra, incorpora variação para maior, o que pode gerar o risco de que a administração contrate em preços elevados. Mesmo durante o certame, há risco de que os preços, inflados por uma pesquisa malfeita, acabem sendo aceitos pela administração.
>
> 19. Nesse sentido, cito, como exemplo, o item 1 do pregão em comento (serviço de computação em nuvem - infraestrutura), cujo valor estimado foi de R$ 215.863.362,00, enquanto o valor ofertado pela empresa vencedora foi de R$ 41 milhões.
>
> 20. Para o referido item, a empresa [*omissis*] ofertou inicialmente o valor de R$ 1.073.316.810,00. No decorrer da licitação, a mesma empresa baixou o preço para R$ 99 milhões.
>
> 21. Situações semelhantes podem ser observadas no comportamento de várias outras empresas durante o certame, conforme se depreende da ata do certame (peça 34).
>
> 22. Não é razoável crer que uma empresa, de **boa-fé,** podendo vender seus serviços por R$ 99 milhões, os tenha precificado em R$ 1.073.316.810,00.
>
> 23. O que aconteceu no pregão em análise deve servir como **alerta** de que as pesquisas de preços devem ser feitas com fornecedores **somente em casos extremos.** E, nesses casos, os requisitos da contratação devem ser os mínimos necessários, a fim de que a administração busque a competição durante o pregão.

510. Em função do exposto, foram feitas as seguintes recomendações no acórdão citado:

1) as pesquisas de preços para estimativa de valor de objetos a ser licitados devem ser baseadas em uma "cesta de preços", devendo-se dar preferência a preços públicos, oriundos de outros certames (item 9.5.1 do acórdão); e
2) a pesquisa de preços feita exclusivamente junto a fornecedores deve ser utilizada em último caso, na extrema ausência de preços públicos ou cestas de preços referenciais, pois a pesquisa de preços realizada exclusivamente junto a fornecedores é exceção (itens 9.5.2 e 9.6 do acórdão).

511. Adicionalmente, os mercados de bens e serviços de TI muitas vezes apresentam conjuntos expressivos de empresas que participam de diversos processos licitatórios. Como já foi exposto, para os bens mais disseminados, como os microcomputadores, não parece razoável basear-se em uma amostra de somente três preços diante do universo de contratações realizadas no mesmo período, de modo que não é provável que três preços sejam uma amostra representativa da faixa de preços desse mercado. Por exemplo, em consulta, utilizando-se o Painel de Compras em 30/11/2021, procurando-se por "Nome do Material (PDM)", marcando-se as palavras "microcomputador" e "microcomputador all one" e selecionando-se o ano de 2021, obteve-se como resposta o total de 427 processos de compra para "microcomputador" e 22 para "microcomputador all in one".

512. Assim, considerando essas quantidades para a contratação de microcomputadores, não parece razoável que os agentes públicos levantem somente três preços, muito menos mediante cotações junto a fornecedores, considerando que não deveria ser especificada configuração incomum para microcomputadores a ser usados nas unidades da APF, de forma geral, o que leva a dificuldade de comparar preços de contratações anteriores. Pelo contrário, deveriam buscar a utilização de especificações padronizadas (*vide* item "8.5. Importância da padronização na elaboração do orçamento estimado").

513. É relevante ressaltar que a pesquisa de preços limitada a fornecedores foi uma das principais irregularidades encontradas em acompanhamento realizado em 2020, que envolveu 73 editais e resultou no Acórdão 915/2020-TCU-Plenário, da relatoria do Ministro-Substituto André de Carvalho, como consta do voto condutor:

> 10. A Sefti destacou, por outro lado, que as principais irregularidades identificadas ao longo do acompanhamento compreenderiam o risco de ocorrência das seguintes falhas: superfaturamento; restrição à competitividade; excessivos quantitativos; pesquisa de preços limitada a fornecedores; e ausência da planilha de formação de preços. (grifou-se)

514. A questão do orçamento estimado baseado somente em propostas de fornecedores também atinge as contratações diretas, como consta do já citado voto condutor do Acórdão 952/2013-TCU-Plenário, da relatoria do Ministro José Jorge (*vide* parágrafo 194):

> 12. De fato, demonstrou-se que a orçamentação realizada pelos órgãos fiscalizados se limita à consulta de empresas fornecedoras as quais possuem interesse direto no fornecimento de bens e serviços para o órgão contratante. Não refletem, necessariamente, os preços de mercado.
>
> 13. Essa impropriedade é agravada quando se verifica que, nas contratações diretas, a estimativa da administração pública é o próprio orçamento apresentado pelas empresas contratadas, a exemplo do acontecido na Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ).

515. Vale lembrar que, na IN - SGD/ME 1/2019, consta dispositivo, explicitando que a pesquisa de preços junto a fornecedores deve ser justificada, pois a regra é obter preços de contratações similares do Painel de Preços ou diretamente de outras organizações públicas. Adicionalmente, no caso de efetuar essas cotações, elas devem ser feitas, sempre que possível, diretamente junto aos fabricantes do produto:

> Art. 20. A estimativa de preço da contratação deverá ser realizada pelo Integrante Técnico com o apoio do Integrante Administrativo para elaboração do orçamento detalhado, composta por preços unitários e de acordo com a Instrução Normativa SLTI/MP nº 5, de 27 de junho de 2014, e suas atualizações, que versa sobre o procedimento administrativo para a realização de pesquisa de preços para a aquisição de bens e contratação de serviços em geral.

> § 1º A estimativa de preço derivada exclusivamente de propostas de fornecedores somente deverá ser utilizada mediante justificativa, nos casos em que não for possível obter preços de contratações similares de outros entes públicos ou do Painel de Preços.
>
> § 2º A pesquisa de preço descrita no parágrafo anterior deverá considerar, sempre que possível, os valores praticados diretamente pelos fabricantes. (grifou-se)

516. Adicionalmente, na jurisprudência mais recente do TCU, que inclui os Acórdãos 1.445/2015, da relatoria do Ministro Vital do Rêgo, item 9.3.2; e 3.351/2015, da relatoria do Ministro-Substituto André de Carvalho, item 9.2.1.1; ambos do Plenário do TCU, com os quais a IN - Seges/ME 73/2020 e a IN - Seges/ME 65/2021 se alinham**,** coletar preços diretamente de fornecedores é apenas uma das formas de obter preços. Na verdade, nem é a forma preferencial nessas duas IN (IN - Seges/ME 73/2020, art. 5º, § 1º; e IN - Seges/ME 65/2021, art. 5º, § 1º) e na IN - SGD/ME 1/2019, art. 20, § 1º (*vide* parágrafos 472-477).

517. Entretanto, apesar dos aspectos apresentados, nem sempre a organização pública conta com outras fontes de preços para elaborar o seu orçamento estimado além da cotação de preços junto a empresas fornecedoras, em especial quando a solução de TI a contratar é nova no mercado. Neste caso, não há licitações anteriores para coletar preços, ou poucos certames eventualmente ocorreram, de modo que as poucas ocorrências podem ser de difícil comparação, seja pelas diferenças das naturezas das soluções (*e.g.* soluções de portes diferentes), seja pelo fato de as contratações ocorrerem em momentos muito distintos, de modo que os preços não sejam comparáveis. Nessas condições, a organização pública necessita solicitar cotações de preço a empresas do mercado, para elaborar o orçamento estimado do bem ou do serviço a contratar, podendo avaliar o uso de deflatores, pois, como foi exposto, as cotações normalmente são infladas (BRASIL, TCU, 2012b, p. 96, 190 e 193).

518. Em função da fragilidade dessa forma de efetuar a pesquisa de preços, os responsáveis devem, se possível, consultar outras fontes, ainda que os preços coletados não sejam usados no cálculo das estimativas, tais

como os cadastros de preço dos fornecedores. Dessa forma, os responsáveis podem aumentar o grau de segurança a respeito da qualidade da amostragem de preços empregada.

519. Além disso, vale lembrar que, mesmo nos casos em que a única fonte de preços disponível seja as empresas do mercado, o responsável por elaborar o orçamento detalhado da contratação, em licitações ou contratações diretas, é a organização pública, não as empresas do mercado. Portanto, ainda que a organização pública solicite cotações de preços para uma ou mais empresas, as quais devem ser detalhadas no caso de serviços de TI, deve analisá-las com cuidado e dominá-las totalmente, criticando a natureza e o valor dos custos apresentados, para ter condições de elaborar seu próprio orçamento estimado. Situação em que a organização pública utilizou propostas das empresas como referencial foi exposta no relatório do Acórdão 952/2013-TCU-Plenário, da relatoria do Ministro José Jorge, o que acarretou contratações com indícios de sobrepreço:

> **3.4 - Contratações com indícios de sobrepreço.** [Achado]
>
> **3.4.1 - Situação encontrada:**
>
> Conforme já comentado anteriormente, o processo de contratação nos órgãos visitados começa sem uma estimativa de custo feita pela administração. Praticamente o preço estimado utilizado pela administração é resultante da pesquisa de preços realizada junto às empresas interessadas em prestar o serviço. Nos casos em que ocorre a contratação direta, como não há uma análise da planilha de custos apresentada pela empresa consultada em confronto com a planilha elaborada pela própria administração, a contratação com indícios de sobrepreço é feita com base na planilha apresentada por ocasião da pesquisa de mercado. Nos casos onde ocorreu um certame, deveria a administração verificar se os custos constantes da planilha apresentada pela empresa vencedora estão compatíveis com a planilha elaborada pela própria administração. Nos processos analisados não foi adotado esse procedimento o que acarretou contratações com indícios de sobrepreço. A equipe de fiscalização elaborou uma planilha base, considerando os índices preconizados pelo manual de orientação para preenchimento da planilha analítica de composição de custos e formação de preços constante do Anexo III da Instrução Normativa - SLTI/MP 2/2008, alterado pela Portaria Normativa 7/2011. Os

> índices apontados nas planilhas dos licitantes como inadequados poderiam ter sido facilmente identificados em análises pouco profundas, o que impediria a contratação dos serviços por preços superiores ao devido. [...] (grifou-se)

520. Um dos exemplos que constam no relatório citado que evidenciam a ausência de crítica de organizações públicas com relação aos valores contidos nas cotações de preços obtidas é exposto a seguir, indicando a necessidade de verificação dos preços (*e.g* com relação aos percentuais de incidência de encargos e impostos):

> Por ocasião da análise do processo 25410.002057/2007 do [*omissis*], que respaldou o pregão eletrônico 048/2008, a Advocacia-Geral da União - AGU, por intermédio do seu Núcleo de Assessoramento Jurídico no Rio de Janeiro - NAJ/RJ, alertou aquele órgão sobre a necessidade de que fossem observadas as tabelas de formação de custos apresentadas pelas empresas, tendo em vista as mesmas conterem impropriedades como o uso da alíquota de 8,5% para o FGTS, sendo que à época já havia sido suspensa a cobrança dos 0,5% referentes à contribuição social instituída pela Lei Complementar 110/2001 (Peça 105, p.32). Quatro empresas apresentaram propostas que deram base para elaboração do mapa demonstrativo de pesquisa de preços, [*omissis*] (Peça 105, p.24), sendo que somente as empresas [*omissis*] encaminharam as planilhas de formação de custos. Uma análise superficial dessas planilhas já apontaria a inclusão nos custos de itens como IRPF, CSSL, FGTS com alíquota de 8,5% e reserva técnica da ordem de 13,75% o que provocou um aumento na estimativa do custo dos serviços a serem contratados. As demais apenas apresentaram um preço fechado, ou seja, sem detalhamento, não sendo possível analisar como se chegou ao preço ofertado. Com relação ao alerta dado pelo NAJ/RJ, o parecer constante da peça 105, p. 35-36, informa que "Como se trata de valores estimados, manteremos a pesquisa de preços realizada. Porém, quando do certame, o setor responsável fará análise minuciosa da composição de preços da empresa vencedora". Afirmação improcedente, visto que essas planilhas deveriam ter sido examinadas naquele momento, pois as mesmas serviram de base para a estimativa da contratação. (grifou-se)

521. O final do trecho transcrito, novamente, indica a percepção de alguns gestores de que as estimativas dos preços são elementos sem muito valor, pois o que valeria seria a proposta de preço da empresa vence-

dora, como já foi exposto no parágrafo 26 desta NT. Sem estimativas de preço adequadas, uma série de atividades ficam comprometidas, incluindo a verificação da aceitabilidade dos preços da proposta vencedora do certame (*vide* parágrafo 195 da presente NT).

8.8.1 Riscos de efetuar a pesquisa de preços mediante cotações junto a fornecedores

522. A seguir, é exposto um conjunto não exaustivo de riscos aos quais a organização pública fica exposta quando efetua a pesquisa de preços mediante cotações de empresas, de forma exclusiva ou combinada com outras fontes.

8.8.1.1 Risco de haver questionamento por franquear acesso a informações do planejamento da contratação

523. O primeiro risco é o de a organização pública ser questionada, por franquear acesso a informações do ETP ou do TR ou do PB a determinados fornecedores e que ainda não tenham sido publicadas e, portanto, que não sejam de acesso público. O argumento é que há a quebra da isonomia dos licitantes, prevista no art. 3º da Lei 8.666/1993, no art. 5º da Lei 14.133/2021 (princípio da igualdade nas duas leis) e no inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal.

524. As empresas necessitam ter acesso aos elementos contidos no ETP e, se já estiver disponível, ao TR ou ao PB, para elaborar uma cotação de preço satisfatória e avaliar os riscos envolvidos. Entre as informações necessárias para estimar, adequadamente, o preço, podem ser citadas:

1) o tipo de solução que será contratada (*e.g* impressoras ou serviço de impressão);
2) os resultados a alcançar, pois podem ajudam a delimitar a solução de TI a oferecer[66];
3) as quantidades envolvidas, que podem levar a efeitos de escala e são indispensáveis para se calcular o valor global da proposta de preços;

4) os requisitos preliminares, no caso do ETP, ou os definitivos, no caso do TR ou do PB, que ajudam a identificar o nicho de mercado da solução a contratar;
5) o modelo de execução do objeto (como funcionará o contrato), pois permite que a empresa infira custos (*e.g* alocação de *link* de comunicação por parte do contratado) e riscos envolvidos na execução contratual;
6) o modelo de gestão do contrato, que trata de como o contrato será acompanhado, de modo que a empresa tenha noção de quais serão os atores envolvidos nessa gestão, como serão feitos os recebimentos provisório e definitivo e quais sanções e glosas poderão ser aplicadas ao contratado, o que ajuda o fornecedor a levantar custos e riscos envolvidos na gestão do contrato por parte da organização pública; e
7) os riscos que já tiverem sido mapeados pela organização pública (IN - SGD/ME 1/2019, art. 38; e Lei 14.133/2021, art. 18, inciso X, art. 72, inciso I, e art. 103), que podem servir de insumo para a sua própria análise de riscos, que, por sua vez, pode ser usada como fator a considerar na formação dos preços.

525. A necessidade de promover regular e transparente diálogo com as empresas do mercado consta da Portaria - Seges/ME 8.678/2021, art. 15, inciso I:

> Política de interação com o mercado fornecedor e com associações empresariais
>
> Art. 15. Compete ao órgão ou entidade, quanto à interação com o mercado fornecedor e com associações empresariais:
>
> I - promover regular e transparente diálogo quando da confecção dos estudos técnicos preliminares, de forma a se obterem insumos para a otimização das especificações dos objetos a serem contratados, dos parâmetros de mercado para melhor técnica e custo das contratações, e das obrigações da futura contratada, conforme dispõe o art. 21 da Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. (grifou-se)

526. A organização pública deve explicitar informações sobre os custos que correrão às expensas da empresa contratada, como, por exemplo, os salários de seus funcionários durante eventual capacitação em sistemas da organização ou a necessidade de o contratado disponibilizar *link* de comunicação entre ela e a organização pública, durante a vigência do contrato.

527. O risco em tela pode ser mitigado com um protocolo de interação com empresas do mercado, como é exposto no item "8.8.2. Procedimento normatizado para cotação de preços junto a fornecedores".

528. Ressalta-se que a escolha das empresas para fazer a consulta deve ser fundamentada, pois pode ser objeto de questionamento no âmbito do controle social, por auditoria interna ou por órgão de controle externo. Esse aspecto consta da Lei 14.133/2021, art. 23, § 1º, inciso IV; e da IN - Seges/ME 65/2021, art. 3º, inciso VIII, e art. 5º, inciso IV.

8.8.1.2 Risco de as cotações junto a fornecedores retornarem preços inflados

529. A organização pública também corre o risco de as cotações junto a fornecedores retornarem preços inflados, como foi alertado por Joel de Menezes Niebuhr (2007) (*vide* parágrafo 507) e sinalizado no voto do relator do Acórdão 420/2018-TCU-Plenário, Ministro Walton Alencar Rodrigues:

> Os preços apresentados ao [*omissis*], pelas empresas [*omissis*], na fase de pesquisa de preços, não servem como parâmetro único e suficiente para aferição da regularidade dos valores contratados, em razão das diferentes condições em que tais preços foram ofertados.
>
> Não se pode olvidar que, em regra, as empresas que atendem a consultas realizadas na fase interna da licitação têm conhecimento de que os preços informados não serão os efetivamente contratados. Da mesma forma, sabem que as informações prestadas nessas consultas não vinculam as

> propostas que eventualmente apresentarão na fase externa. Por isso, com vistas a se manterem competitivas, tendem a superestimar os valores inicialmente informados.
>
> Não fosse assim, não seriam tão comuns os descontos substanciais que são oferecidos pelas licitantes, especialmente nos pregões eletrônicos, nos quais verifica-se considerável diminuição das respectivas margens de lucro, no decorrer da fase de lances.
>
> A par desse defeito, acompanho o entendimento da [*omissis*] não se socorreu de outras importantes fontes, a exemplo de licitações e contratos similares realizados no âmbito da administração pública, com o intuito de aferir a adequação dos preços praticados na ata da [*omissis*].

530. Os preços inflados ocorrem por diversas razões, como já foi apontado no guia de contratação de TI do TCU (BRASIL, TCU, 2012b, p. 190). Em primeiro lugar, nem sempre os gestores da organização pública fornecem as informações necessárias às empresas para as quais solicita cotação de preço, por temer serem questionados, em razão de não terem promovido a isonomia dos licitantes, como foi exposto no item 8.8.1.1. O provimento de informações vagas leva a distorções nas propostas, pois, como as empresas não contam com as informações necessárias para elaborar boa cotação, oferecem-nas com a maior simplicidade possível.

531. Na Orientação Técnica - TIControle 1/2010, consta boa prática, no sentido de a organização pública fornecer informações da contratação às empresas para as quais solicitar cotações, de modo a aumentar as chances de que as cotações oferecidas, efetivamente, sejam baseadas no objeto a ser contrato:

> 1.4. A Administração solicitará formalmente estimativas de preço aos potenciais licitantes e lhes fornecerá as informações que dispuser e que pretenda incluir no edital a ser publicado (o mais semelhante possível ao edital). Não devem ser divulgados, entretanto, os limites de aceitabilidade de preços, bem como toda informação que deva ser considerada sigilosa em decorrência da política de segurança da informação do ente público. Essa medida é importante para aumentar as chances de que as propostas comerciais efetivamente reflitam as características do objeto a ser contratado, para que sejam comparáveis e resultantes de análise de risco por parte dos potenciais licitantes.

> O prazo de resposta à consulta de preços deve ser de 5 (cinco) dias úteis, a contar da data de recebimento da mensagem. No caso de objeto de maior complexidade, o prazo deverá ser dilatado pelo tempo julgado razoável para a participação do maior número de potenciais licitantes.

532. Também se deve considerar que, dependendo da solução a contratar, pode ser trabalhoso e caro para uma empresa elaborar uma proposta de orçamento adequada. Uma contratação pode envolver dezenas de páginas com descrições dos requisitos da solução, do modelo de execução do objeto e do modelo de gestão do contrato. Esse conteúdo necessita ser analisado cuidadosamente para que uma empresa formule estimativas ajustadas de preços. Isso demanda tempo e esforço das empresas, o que se traduz em custos.

533. A empresa também corre o risco de que a organização tente vincular a proposta de preços feita antes da licitação à proposta feita durante o certame (*e.g* durante a negociação), caso a proposta ofertada na licitação seja maior do que aquela oferecida por ela mesma antes da licitação. Essa comparação pode ser injusta, pois, como foi exposto, a organização pode oferecer informações vagas ou minutas do ETP e do TR ou do PB na pesquisa de mercado e na pesquisa de preços e, depois, refinar as informações dos artefatos de planejamento da contratação, o que pode levar a mudanças na natureza da solução, nas quantidades e nas condições de execução e de acompanhamento do contrato. Essas alterações podem afetar, substancialmente, o preço final a ser proposto pela empresa na licitação.

534. Em adição, Ricardo Alexandre Sampaio (2012) pondera:

> Tradicionalmente, consolidou-se no âmbito das Cortes de Contas o entendimento de que a Administração deve estimar o preço da licitação com base em pelo menos três orçamentos elaborados por fornecedores que atuam no ramo da contratação.
>
> Ocorre que essa tem se tornado a pior maneira de estimar o valor da futura contratação, pois em grandes centros três orçamentos não são capazes de retratar a prática de mercado e, não bastasse isso, com o tempo, os fornecedores perceberam que podem manipular (geralmente para cima) os valores cotados que serão empregados como critério de julgamento de suas propostas.

> Lembra-se que os fornecedores não têm qualquer obrigação de fornecer essa informação e, ainda que o façam não se vinculam aos preços orçados por ocasião de uma futura licitação.
>
> Ademais, os fornecedores não possuem qualquer interesse em antecipar para a Administração sua estratégia de negócio. Por melhor que seja o preço orçado, isso não garante vantagem alguma na licitação. Pelo contrário, permite aos concorrentes conhecerem a proposta do fornecedor (o processo administrativo no qual esse documento será anexo deve ser público), além de permitir ao pregoeiro argumentos para eventual negociação ao final da fase de lances.
>
> Por essas e outras razões, cada vez menos os fornecedores respondem as solicitações da Administração ou quando o fazem apresentam preços que não correspondem à realidade de mercado.

535. Ivan Barbosa Rigolin (2016), lembrado por Franklin Brasil (2015, p. 7), sintetiza o dilema das empresas com relação à cotação de preços antes da licitação:

> Assim, se já abriu seu preço, será um ingênuo rematado se imagina que pode surpreender a concorrência em uma licitação. Se por outro lado no certame cotar abaixo do que antes orçara ao poder público, então terá induzido em erro o poder público. Se cotar acima, estará acaso pretendendo superfaturar, e vender ao poder público por mais do que vale o objeto segundo seu próprio orçamento anterior?

536. Enfim, como a empresa pode não ver ganhos em produzir uma proposta de orçamento bem elaborada, em função dos esforços, dos custos e dos riscos envolvidos, pode-se desinteressar em oferecê-la, e, quando o fizer, é provável que a proposta inclua estimativas de preços com folgas (*e.g* preços de lista), formulada muitas vezes devido a relacionamentos informais entre funcionários da empresa e servidores da organização pública responsáveis pelas contratações de TI, ou seja, como um favor para manter o bom relacionamento. Os pontos expostos ajudam a explicar por que as organizações públicas frequentemente se deparam com enormes dificuldades para conseguir propostas junto às empresas, e, quando conseguem, muitas vezes essas propostas apresentam preços elevados e bastante díspares.

537. Ressalta-se que, sob o ponto de vista jurídico, as empresas não podem recusar-se a oferecer propostas de serviços de acordo com a Lei 8.078/1990, conhecida como "Código de Defesa do Consumidor" (CDC), conforme transcrito a seguir[67]:

> Art. 40. O fornecedor de serviço será obrigado a entregar ao consumidor orçamento prévio discriminando o valor da mão-de-obra, dos materiais e equipamentos a serem empregados, as condições de pagamento, bem como as datas de início e término dos serviços.

8.8.1.3 Risco de empresa mal-intencionada informar preço elevado para distorcer o cálculo da estimativa para cima

538. Outro risco que a organização pública corre na pesquisa de preços junto a fornecedores é o de uma empresa mal-intencionada (ou várias) do mercado de TI oferecer uma proposta com preço elevado para, propositalmente, distorcer o cálculo da estimativa. A intenção, nesse caso, é influenciar a pesquisa de preços, de modo que o cálculo da organização pública (*e.g.* média das cotações) resulte em estimativa de valor elevado. Assim, uma proposta vencedora com preço alto pode soar como razoável para os atores da organização envolvidos na contratação (*e.g* pregoeiro, CPL, autoridade responsável por homologar a licitação, área administrativa e área de TI), para a auditoria interna da organização, caso exista, e para os órgãos de controle, caso se debrucem sobre a contratação.

539. Cotações com o propósito de distorcer o cálculo da estimativa para cima também podem ocorrer com a participação de pessoas da própria organização pública. Essas pessoas podem solicitar propostas de preços da solução a ser contratada de forma combinada com empresas do mercado, de modo a obter preços excessivamente altos, com o objetivo de chegar ao efeito descrito anteriormente, isto é, fazer que o cálculo da estimativa gere valor distorcido para cima, de forma fraudulenta, para efetuar contratação com sobrepreço e, posteriormente, com superfaturamento sem que isso soe como anormal (*vide* item 8.6.5.3, que trata do risco de haver "barriga de aluguel"). Essas cotações podem

ser, inclusive, solicitadas a empresas que não são do ramo da solução a contratar, podendo haver relacionamentos entre essas empresas.

540. Há indícios dessas solicitações de preço fraudulentas em contratações analisadas pelo TCU. Nos parágrafos de 8 a 10 do voto condutor do Acórdão 1.108/2007-TCU-Plenário, da relatoria do Ministro Raimundo Carreiro, consta o seguinte a respeito de contratação de computador industrial, caracterizado como um controlador lógico programável, para ser utilizado no comando operacional de turbina da Usina Termoelétrica de Aparecida:

> 8. Muito embora o objeto do certame seja um equipamento com razoável grau de sofisticação, a empresa [*omissis*] dirigiu consulta de preços a duas empresas, entre as quatro pesquisadas, cujo ramo de negócio original não apresenta compatibilidade com aquele que é característico dos materiais demandados pela administração.
>
> 9. Ocorre que os preços indicados nessa oportunidade pelas empresas [*omissis*] apresentaram grande distorção, a maior, em relação aos preços anunciados pelas outras duas empresas (vale esclarecer que, embora essas não tenham cotado o item 10 do objeto licitado, a unidade técnica, para efeito de cotejo dos valores, considerou para esse tópico o valor posteriormente indicado na proposta feita pela [*omissis*], já em sede do certame).
>
> 10. Mesmo diante da citada discrepância, a Comissão de Licitação não buscou verificar a consistência dos preços coletados, com isso, o valor médio considerado para efeito da Requisição de Compras nº 3614 (R$ 681.394,71) ficou situado acima do que seria o natural em termos de mercado, dando azo para que a proposta da empresa [*omissis*], no citado valor de R$ 667.034,85 (seiscentos e sessenta e sete mil, trinta e quatro reais e oitenta e cinco centavos), viesse a ser selecionada pela [*omissis*] após os acontecimentos que culminaram com a inabilitação da empresa [*omissis*], cuja proposta foi de R$ 413.556,30 (quatrocentos e treze mil, quinhentos e cinqüenta e seis reais e trinta centavos). (grifou-se)

541. Adicionalmente, no Acórdão 2.383/2014-TCU-Plenário, da relatoria do Ministro José Mucio Monteiro, com relação à contratação de fornecimento de fragmentadoras de papel, foram relatadas cotações com três empresas com vínculo entre si:

> 9.2. dar ciência à [*omissis*] das seguintes impropriedades verificadas no Pregão Eletrônico 119/7066-2013:
>
> [...]
>
> 9.2.2. na fase de pesquisa de preços, foi considerada suficiente a cotação com três empresas que possuíam vínculo entre si, seja por meio de parentesco entre os sócios, seja pelo compartilhamento de uma mesma funcionária, deixando-se de realizar ampla pesquisa de mercado, mediante outras fontes, para estabelecer o custo estimado da contratação, com descumprimento da Norma [*omissis*] AD020042; (grifou-se)

542. As cotações fraudulentas também podem ocorrer na pesquisa de preços necessária para justificar a vantagem de adesão a ARP. No Acórdão 2.037/2019-TCU-Plenário, da relatoria do Ministro-Substituto Augusto Sherman, foi registrado o fornecimento de cotações de preço de empresas que não eram do ramo da solução de TI que seria contratada, com ligações entre essas empresas. Também foi apontada a conivência de servidores responsáveis pela seleção das empresas consultadas para as cotações de preços. A seguir, é transcrito trecho do relatório com excerto do relatório da unidade técnica (Sefti):

> Conclusão
>
> 64. Entende-se que o conjunto de evidências coligidas pelas equipes da FOC é robusto o suficiente para se concluir que as pesquisas de preço realizadas em cinco órgãos distintos da administração pública federal foram processadas em desrespeito à legislação aplicável a fim de que o resultado fosse favorável à contratação da empresa [*omissis*] por meio de adesão à ARP da [*omissis*].
>
> 65. Não é razoável admitir que a situação acima descrita tenha ocorrido sem a conivência dos servidores responsáveis pela seleção das empresas consultadas para as pesquisas de preços. Dito de outra forma, não se vislumbra explicação técnica plausível para que as cinco organizações públicas auditadas tenham pesquisado preços com uma mesma microempresa sediada na cidade de Guarulhos/SP, que sequer possui *site* na internet, com capital social de R$ 10 mil e cuja atividade econômica principal consiste na prestação de serviços de reparação e manutenção de computadores e equipamentos periféricos.
>
> 66. Além da [*omissis*], os órgãos selecionaram outras empresas com capital social reduzido, com atividades comerciais que não atendem aos TR, além de não terem histórico de prestação de serviços a outros órgãos públicos

> federais. Por outro lado, o único ponto em comum identificado na maioria das empresas selecionadas é a atuação de funcionários da empresa [*omissis*], beneficiada pelas adesões, como foi descrito nos parágrafos anteriores deste relatório.

543. Além dos julgados citados, indícios de pesquisa de preços simuladas também foram encontrados nos seguintes acórdãos: 2.207/2018, item 9.3.2.2; 2.888/2018, itens 9.5.3.2 e 9.5.4; 2.973/2018, item 9.5; 1.627/2019, item 9.7.6; e 1.804/2019, itens 9.5.3.1, 9.5.4.2, 9.9.1.2, 9.9.5.2 e 9.10; todos do Plenário do TCU.

8.8.1.4 Risco de manipulação dos preços para cima quando há amarração de marca ou modelo de produto

544. Vale também citar o risco de haver manipulação dos preços quando a organização pública efetua cotação e realiza a fase externa de licitação com amarração de marca ou modelo de produto, com base no princípio da padronização (Lei 8.666/1993, art. 15, inciso I; e Lei 14.133/2021, art. 43). Nesse caso, há o risco de haver a ação de um tipo de cartel denominado "*hub-and-spoke*". No relatório do Acórdão 2.569/2018-TCU-Plenário, da relatoria do Ministro Aroldo Cedraz, é feita descrição desse tipo de prática anticompetitiva:

> 141. Um conceito semelhante ao registro de oportunidade é o de cartéis do tipo *hub-and-spoke*. Essa modalidade de cartel é constituída por um fabricante (ou distribuidor), denominado *hub*, que serve como ponto focal de contato e que gerencia informações comerciais de revendedores, denominados *spokes*, conforme conceito abordado na Nota Técnica Nº 61/2015/CGAA8/SGA2/SG/CADE (peça 88, p. 3).
>
> 142. Nesse tipo de conluio, o *hub* recebe informação sobre uma negociação em curso de um *spoke* (1) e repassa para a rede de canais (2) de forma que haja atuação coordenada em licitação (3). Após disseminar a informação, o *hub* acompanha se houve cumprimento do acordo efetuado (4).

Figura 1

Hub-and-spoke

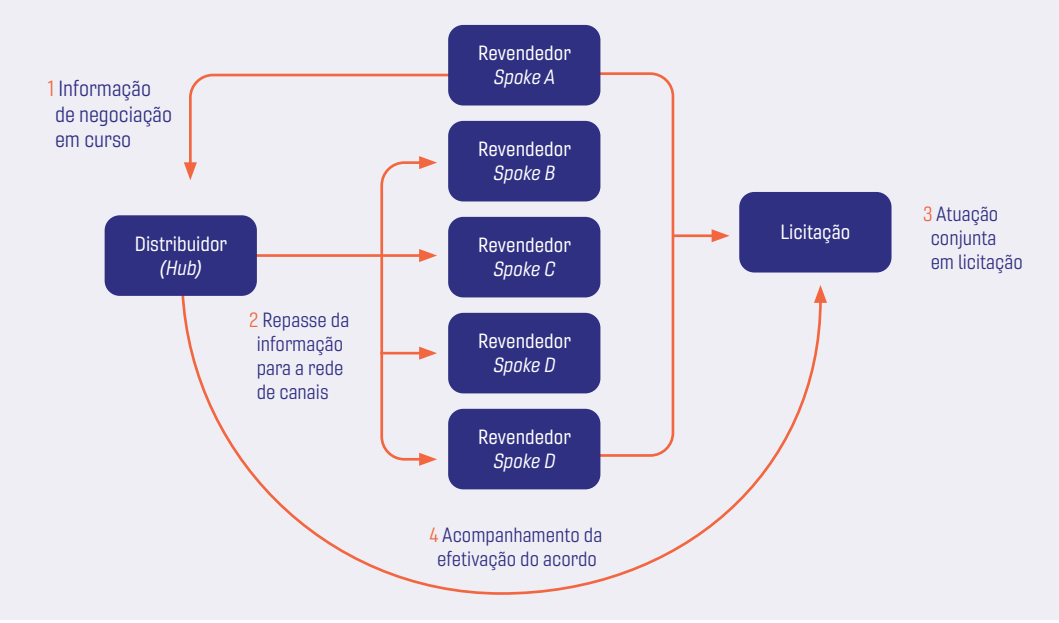


Figura exposta no Acórdão 2.569/2018-TCU-Plenário

545. Esse tipo de conluio pode distorcer as propostas de preços e a realização do certame, pois o fabricante ou o distribuidor pode eleger um de seus revendedores como o vencedor da licitação, de modo que outros revendedores somente participam para "dar cobertura", ou seja, oferecem preços mais altos, sem a intenção de competir de fato, agindo somente para que haja a aparência de uma disputa com risco de sobrepreço e superfaturamento (BRASIL, TCU, 2012b, p. 81-82).

8.8.1.5 Distorção de preço para baixo em prorrogação-renovação para levar a nova licitação

546. Como aponta Ronny Charles Lopes de Torres (2013), também deve ser observado o risco de haver distorção nas pesquisas de preços necessárias em procedimentos de prorrogação-renovação contratual. Nesse caso, empresas podem apresentar preços inferiores aos do contrato vigente, somente com o objetivo de prejudicar o juízo de vantajosidade e, consequentemente, a prorrogação-renovação contratual, de modo a forçar a realização de novo certame, no qual estas empresas participem com seus preços reais e maiores.

547. Como foi tratado no item "5.3.1. Manutenção da vantajosidade da contratação de serviços contínuos", utilizando-se o entendimento do item 9.1.17 do Acórdão 1.214/2013-TCU-Plenário, da relatoria do Ministro Aroldo Cedraz, e os conceitos "reajustamento em sentido estrito" e "repactuação", positivados na Lei 14.133/2021, conclui-se que o risco em tela pode materializar-se na pesquisa de preços necessária aos procedimentos de repactuação.

548. A partir do exposto, combinando-se com o item "8.7. Fontes que devem ser consultadas na pesquisa de preços", conclui-se que considerar preços de propostas de fornecedores não é o melhor caminho para efetuar pesquisa de preços para contratações de TI, de modo que sua utilização deve ser a exceção, não a regra.

8.8.2 Procedimento normatizado para cotação de preços junto a fornecedores

549. Para mitigar os riscos expostos, a organização pública pode estabelecer procedimento normatizado no escopo de processo de trabalho de contratação, que deve ser formalizado pela alta administração da organização (*vide* parágrafo 50) com regras para balizar as interações com empresas do mercado, para solicitar cotações de preços. De modo a alcançar

efeito de economia de escala com relação ao conhecimento e ao esforço necessário para elaborar esse tipo de normativo, idealmente, ele deve ser concebido pelo OGS ao qual a organização pública seja jurisdicionada. Caso a organização não conte com OGS ou o OGS competente não tenha produzido esse tipo de normativo, a alta administração da organização deve elaborá-lo ou buscar adotar normativo estabelecido por outro OGS ou outra organização pública.

8.8.2.1 Definição de critérios objetivos para selecionar os fornecedores do mercado a consultar

550. Em primeiro lugar, é necessário estabelecer critérios objetivos para selecionar os fornecedores a consultar, como, por exemplo, as empresas líderes do mercado da solução a contratar, de acordo com alguma publicação especializada. Na IN - Seges/ME 65/2021, consta que a pesquisa de preços deve conter justificativa da escolha dos fornecedores no caso de pesquisa direta (art. 3º, inciso VIII, e art. 5º, inciso IV). Dispositivo com conteúdo similar consta da Lei 14.133/2021, art. 23, § 1º, inciso IV.

551. No relatório do Acórdão 2.974/2018-TCU-Plenário, da relatoria do Ministro-Substituto Augusto Sherman, com transcrição de trecho do relatório da unidade técnica (Secex-PE), é sinalizada a ausência dos seguintes itens no processo de contratação: 1) registro do critério de seleção dos fornecedores escolhidos para solicitar cotações, para justificar a adesão a uma ARP; 2) informação de quem efetuou a seleção dos fornecedores; 3) *e-mails* solicitando cotações de preços; e 4) os *e-mails* recebidos dos fornecedores pertinentes às consultas realizadas:

> 62. No planejamento da contratação, o [*omissis*] realizou sua pesquisa de preços a partir de consulta a três fornecedores, utilizando o resultado para analisar a vantajosidade da adesão à ata de registro de preços da [*omissis*]. Não há registro do critério de seleção desses fornecedores nem informação sobre quem os escolheu, tampouco constam do processo de contratação os *e-mails* originais enviados e recebidos de cada fornecedor pertinentes às consultas realizadas.

552. Vale enfatizar que as empresas consultadas têm de ser do mercado da solução a contratar. Portanto, devem fornecer produtos ou serviços do tipo de solução escolhida no ETP. Em julgados do TCU, surgiram situações em que as empresas consultadas não eram do ramo, como aquelas descritas nos Acórdãos 1.108/2007, voto condutor, parágrafo 8 (parágrafo 540 da presente NT); 2.037/2019, relatório, excerto do relatório da unidade técnica, parágrafos 65-66 (parágrafo 542 desta NT); e 2.973/2018, itens 9.4.1.1 e 9.4.2.1; todos do Plenário do TCU.

553. Adicionalmente, a organização deve buscar empresas que não tenham relacionamentos entre si (*vide* Acórdão 31/2000-TCU-Plenário, da relatoria do Ministro Guilherme Palmeira, alínea "b.2"). Por exemplo, empresas que não possuam sócios, funcionários ou endereços em comum. Além do relacionamento entre as empresas, outros elementos podem evidenciar o conluio entre elas, tais como apresentações de propostas de teor idêntico, inclusive com os mesmos erros, como foi sinalizado no voto condutor do Acórdão 1.108/2007-TCU-Plenário, da relatoria do Ministro Raimundo Carreiro:

> 11. Imperioso, ainda, assinalar que a Comissão de Licitação também não atentou para a estranha semelhança existente na estrutura das propostas de cotação de preços encaminhadas pelas retrocitadas empresas [*omissis*], eis que até a redação da expressão "material discriminado" em ambas as propostas foi grafada como "material descriminado".

554. No Acórdão 2.383/2014-TCU-Plenário, da relatoria do Ministro José Mucio Monteiro, item 9.2.2 também foi apontado vínculo entre empresas (*vide* parágrafo 541).

555. A título de ilustração, no art. 11 da Resolução - TSE 23.234/2010, revogada pela Resolução - TSE 23.702/2022, que dispunha sobre regras e diretrizes para a contratação de serviços no âmbito da Justiça Eleitoral, foram estabelecidos alguns critérios a respeito do relacionamento entre empresas:

> Art. 11. A contratação de serviços será sempre precedida da apresentação do Projeto Básico ou do Termo de Referência, que será preferencialmente elaborado por servidor com qualificação profissional pertinente às especificidades do objeto a ser contratado, devendo submeter à aprovação pela autoridade competente, e conter, no mínimo, os seguintes itens:
>
> [...]
>
> § 4º Para fins de elaboração do custo estimado da contratação, não serão aceitas propostas procedentes de pessoas jurídicas integrantes de um mesmo grupo empresarial ou que não estejam regulares com o Instituto Nacional de Seguridade Social - INSS, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS e os tributos federais. (grifou-se)

556. Destaca-se que, no relatório do Acórdão 2.587/2018-TCU-Plenário, da relatoria do Ministro Vital do Rêgo, consta que não é incomum haver licitantes com sócios em comum, em licitações públicas, não somente de TI:

> 77. No mesmo sentido, foram constatados indícios de licitantes com sócios em comum que participaram de uma mesma sessão de pregão, o que ocorreu em mais de mil processos licitatórios, realizados entre 20/1/2014 e 2/3/2018 (peça 29). Entre os indícios, destacam-se dois fornecedores que venceram, cada um, 56 pregões, nos quais tinham como concorrente empresa com sócio em comum.

557. Para aumentar as chances de os agentes públicos identificarem relacionamentos entre empresas, é importante que sejam providas ferramentas para fazer essa verificação. Essa iniciativa pode ficar a cargo de órgãos de controle, por terem acesso amplo a diversas bases de dados do Estado e condições de estabelecer cruzamentos de informações que levem à identificação de relacionamentos indevidos entre empresas que ofereçam cotações ou participem das licitações. Idealmente, essa verificação deve estar integrada aos sistemas de contratação públicos, como o Compras.gov.br (antigo Comprasnet), para que seja mais um dos controles estabelecidos nesses sistemas que apoiem os gestores em suas contratações. Além dos agentes públicos responsáveis e dos órgãos de controle, essas ferramentas também podem ser

úteis à sociedade em geral, de modo a equipar cidadãos, organizações não governamentais (ONG) e órgãos de imprensa engajados no controle social. Trata-se de iniciativa no escopo do conceito de "órgão de controle como plataforma", de modo que os órgãos de controle passem a oferecer serviços ao Estado e à sociedade.

8.8.2.2 Definição de quais informações serão enviadas às empresas nas comunicações formais

558. Como consta do item "8.8.1.1. Risco de haver questionamento por franquear acesso a informações do planejamento da contratação", as empresas necessitam de informações para que possam prover uma proposta minimamente adequada. O procedimento para cotação de preços junto a fornecedores deve explicitar quais informações serão enviadas às empresas nessas comunicações formais para solicitação de cotações de preço, tais como: o ETP, o TR ou o PB e o modelo de orçamento estimado em planilha de quantitativos e preços unitários, incluindo quantidades, valores unitários, valores dos itens e valor global, e, no caso de serviços, o modelo de planilhas que expressem a composição de todos os seus custos unitários (*vide* parágrafos 262-264 da presente NT), se a organização pública já dispuser desses modelos ou de versões preliminares deles.

559. Após enviar essas informações, a organização pública pode verificar, com as empresas, a adequação dos elementos contidos nesses artefatos, em linha com a Portaria - Seges/ME 8.678/2021, art. 15, inciso I (*vide* parágrafo 525).

8.8.2.3 Definição dos elementos fundamentais das respostas das empresas

560. Nas solicitações formais de cotações, devem-se definir os elementos fundamentais de que a organização pública necessita nas respostas das empresas, para que as cotações sejam úteis à pesquisa de preços e para evidenciar a execução dessa pesquisa (permitir rastreabilidade), tais como:

1) razão social da empresa;
2) CPF de pessoa física ou CNPJ da empresa;
3) endereço físico;
4) identificação do fabricante da solução, quando for o caso, e identificação da solução à qual corresponde a cotação de preço (*e.g.* modelo e código do produto), se pertinente;
5) orçamento estimado em planilha de quantitativos e preços unitários, incluindo quantidades, valores unitários, valores dos itens e valor global;
6) no caso de serviços, planilhas que expressem a composição de todos os seus custos unitários;
7) nome, cargo e dados de contato do signatário da comunicação (*e.g.* telefone e endereço de *e-mail*);
8) explicitação da data de emissão da cotação; e
9) informação expressa de que os preços apresentados contemplam todos os demais custos necessários à prestação dos serviços ou ao fornecimento dos bens, como taxas, fretes, seguros, deslocamento de pessoal, encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais ou quaisquer outras obrigações que possam incidir, direta ou indiretamente, no preço da solução cotada[68].

561. Adicionalmente, nas solicitações formais, deve ser explicitado o prazo máximo definido para os fornecedores oferecerem as cotações dos preços. Além disso, deve ser conferido aos fornecedores prazo de resposta compatível com a complexidade do objeto a ser licitado (IN - Seges/ME 73/2020, art. 5º, § 2º, inciso I; e IN - Seges/ME 65/2021, art. 5º, § 2º, inciso I).

8.8.2.4 Forma de envio de solicitações formais aos fornecedores selecionados

562. O procedimento de pesquisa de preços mediante cotações de empresas também deve estabelecer a forma de envio de solicitações formais de cotações de preços aos fornecedores selecionados (IN - Seges/ME 73/2020, art. 5º, inciso IV; Lei 14.133/2021, art. 23, § 1º, inciso IV; e IN - Seges/ME 65/2021, art. 5º, inciso IV) *(e.g.* mediante ofícios ou *e-mails*).

8.8.2.5 Registro das comunicações com as empresas do mercado

563. O procedimento normatizado em tela também deve prever a inclusão, nos autos do processo de contratação, de diversos elementos, permitindo a rastreabilidade do procedimento, tais como:

1) as solicitações de cotação às empresas;
2) as respostas dos fornecedores (IN - Seges/ME 73/2020, art. 3º, inciso III; IN - SGD/ME 1/2019, art. 9º, § 6º, inciso II; e IN - Seges/ME 65/2021, art. 3º, inciso IV);
3) a relação de fornecedores que foram consultados e não enviaram cotações (IN - Seges/ME 73/2020, art. 5º, § 2º, inciso III; e IN - Seges/ME 65/2021, art. 5º, § 2º, inciso IV); e
4) os responsáveis da organização pública por fazer as cotações (IN - Seges/ME 73/2020, art. 3º, inciso I; e IN - Seges/ME 65/2021, art. 3º, inciso II).

8.8.2.6 Estabelecimento de controles internos adicionais

564. Recomenda-se que o procedimento em tela também estabeleça controles internos adicionais, com o objetivo de mitigar o risco de haver proximidade inadequada entre servidores da equipe de planejamento da contratação e empresa(s) do mercado, levando à quebra da imparcialidade da equipe e de outros atores da organização que tenham influência na contratação (*e.g.* gerente da área de TI e autoridade responsável por homologar a licitação), resultando no direcionamento da licitação (BRASIL, TCU, 2012b, p. 90-91). Como exemplos de controles internos, podem ser citados:

1) caso sejam necessárias reuniões entre o órgão e empresas do mercado, bem como demonstrações de produtos ou serviços durante o levantamento de mercado, a equipe de planejamento da contratação deve fazer que esses eventos ocorram com, pelo menos, dois servidores do órgão e que sejam documentados nos autos do processo de contratação; e
2) vedação da participação de servidores da organização pública em eventos custeados por fornecedores exclusivamente para esses servidores, como almoços, jantares e viagens.

565. Adicionalmente, eventuais reuniões realizadas com os fornecedores do mercado selecionados para consultar devem ser registradas nos autos do processo da contratação, mediante atas com elementos, como data e hora da realização, participantes e o que foi tratado na reunião (IN - SGD/ME 1/2019, art. 9º, § 6º).

566. Com base no exposto a respeito de cotações de preços de empresas fornecedoras, formularam-se os seguintes entendimentos:

Entendimento 10

Nas contratações públicas de bens e serviços de TI, os agentes públicos responsáveis pela elaboração do orçamento estimado da contratação devem avaliar se, realmente, é necessário efetuar cotações de preços junto a empresas do ramo, durante a pesquisa de preços, considerando os riscos envolvidos (*e.g.* obter valores inflados) e o fato de essas cotações serem consideradas como subsidiárias com relação a preços efetivamente praticados nas contratações da Administração Pública, de acordo com a IN - Seges/ME 73/2020, art. 5º, § 1º; com a IN - Seges/ME 65/2021, art. 5º, § 1º; e com farta jurisprudência do TCU. Se decidirem por essa prática, devem seguir, preferencialmente, procedimento normatizado no escopo de processo de trabalho de contratação, o qual deve ser formalizado pela alta administração da organização, de modo que seja evidenciada a execução de, pelo menos, as seguintes atividades nos autos do processo de contratação:

1. a definição de critérios objetivos para selecionar os fornecedores do mercado a consultar, incluindo os requisitos de ser do ramo do objeto a contratar (*e.g.* empresas líderes do mercado de acordo com alguma publicação especializada) e não haver relacionamentos entre as empresas consultadas;
2. a definição de quais informações serão enviadas às empresas nas comunicações formais para solicitação de cotações de preço, que deverão ser verificadas em termos de adequação junto às empresas consultadas, tais como:
    a. o ETP, incluindo os requisitos definidos preliminarmente, as quantidades a contratar e o mapeamento de riscos;
    b. a minuta do TR ou do PB, incluindo os requisitos revisados, as quantidades a contratar revisadas, o mapeamento de riscos mais refinado, o modelo de execução do objeto e o modelo de gestão do contrato; e
    c. o modelo de orçamento estimado em planilha de quantitativos e preços unitários, incluindo quantidades, valores unitários, valores dos itens e valor global, e, no caso de serviços, o modelo de planilhas que expressem a composição de todos os seus custos unitários em meio digital, com o máximo de automação dos cálculos necessários, se a organização pública já dispuser desses modelos ou de versões preliminares deles;

Entendimento 11

3. a definição dos elementos fundamentais que a organização necessita nas respostas das empresas, para que sejam úteis à pesquisa de preços e para evidenciar a execução da pesquisa, tais como:
    a. razão social da empresa;
    b. CPF de pessoa física ou CNPJ da empresa;
    c. endereço físico;
    d. identificação do fabricante da solução, quando for o caso, e identificação da solução à qual corresponde a cotação de preço (*e.g.* modelo e código do produto), se pertinente;
    e. orçamento estimado em planilha de quantitativos e preços unitários, incluindo quantidades, valores unitários, valores dos itens e valor global;
    f. no caso da contratação de serviços, a planilha de custos e formação de preços;
    g. nome, cargo e dados de contato do signatário da comunicação (*e.g.* telefone e endereço de *e-mail*);
    h. explicitação da data de emissão da cotação; e
    i. informação expressa de que os preços apresentados contemplam todos os demais custos necessários à prestação dos serviços ou ao fornecimento dos bens, como taxas, fretes, seguros, deslocamento de pessoal, encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais ou quaisquer outras obrigações que possam incidir, direta ou indiretamente, no preço da solução cotada;
4. a definição do prazo máximo para a apresentação da cotação dos preços, que deve ser compatível com a complexidade do objeto;
5. a forma de envio de solicitações formais de cotações de preços aos fornecedores selecionados (*e.g.* mediante ofícios ou *e-mails*);
6. a inclusão, nos autos do processo de contratação, das solicitações de cotação às empresas, das respostas dos fornecedores, da relação de fornecedores que foram consultados e não enviaram cotações e as identificações dos responsáveis da organização pública por fazer as cotações; e
7. o estabelecimento de controles internos adicionais, como:
    a. caso sejam necessárias reuniões entre o órgão e empresas do mercado, bem como demonstrações de produtos ou serviços durante o levantamento de mercado, a equipe de planejamento da contratação deve fazer que esses eventos ocorram com, pelo menos, dois servidores do órgão e sejam documentados nos autos do processo de contratação; e
    b. a vedação de servidores da organização pública participarem de eventos custeados por fornecedores exclusivamente para eles, como almoços, jantares e viagens.

A execução do procedimento normatizado para efetuar as cotações diretamente junto a fornecedores deve ser verificada pela autoridade máxima da área de TI, pela autoridade responsável por aprovar o termo de referência ou o projeto básico, pelos membros da CPL, pela autoridade responsável por homologar a licitação e pelo parecerista jurídico no tocante a aspectos jurídicos.

567. Com base nos aspectos tratados a respeito da cotação de preços, junto a empresas fornecedoras, no item "6. Erros grosseiros na elaboração do orçamento estimado" e no item "7. Possível responsabilização de agentes públicos por orçamento estimado mal elaborado", foi formulado o seguinte entendimento, considerando-se como erro grosseiro a execução de pesquisa de preços exclusivamente com a obtenção de cotações junto a empresas fornecedoras, sem a devida justificativa nos autos do processo de contratação:

Entendimento 11

Nas contratações públicas de bens e serviços de TI, a execução da pesquisa de preços exclusivamente com a obtenção de cotações junto a empresas fornecedores, sem a devida justificativa nos autos do processo de contratação é uma irregularidade que leva ao planejamento deficiente da contratação, representando erro grosseiro nos termos do Decreto-Lei 4.657/1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), art. 28, pois trata-se de erro grave, decorrente de imprudência, imperícia ou negligência, bem como erro manifesto, evidente e indesculpável para um servidor público médio, isto é, comum, capaz, prudente e diligente, de modo que os agentes públicos incumbidos da sua elaboração, a autoridade máxima da área de TI, a autoridade responsável por aprovar o termo de referência ou o projeto básico, os membros da CPL, a autoridade responsável por homologar a licitação e o parecerista jurídico podem responder, pessoalmente, por suas decisões ou opiniões técnicas, sendo, assim, possível a aplicação das sanções previstas na Lei 8.443/1992, de acordo com o grau de culpabilidade do agente, em especial se a contratação em análise for de alto risco, relevância ou materialidade, considerando-se as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado as ações desses agentes no caso concreto, conforme o art. 22, § 1º, do Decreto-Lei 4.657/1942, assegurando-se o contraditório e a ampla defesa.

8.9 Dispersão excessiva de preços

568. A dispersão (variação) excessiva dos preços coletados pode distorcer cálculo, como a média de uma amostra de preços, o que pode levar à aceitação de sobrepreço, que, por sua vez, pode ter como consequência o superfaturamento na execução do contrato. A seguir, é trazido excerto do voto condutor do Acórdão 403/2013-TCU-Primeira Câmara, da relatoria do Ministro Walton Alencar Rodrigues, que apresenta trecho do relatório da unidade técnica (Secex-2) no qual é exposto caso em que houve

grandes variações de preços, suficientes para afirmar que a média não se prestava a representar os preços praticados no mercado, o que levou o relator a concluir que os preços obtidos devem ser avaliados de forma crítica, em especial quando houver grande variação dos valores obtidos:

> Sobre o tema, assim se manifestou a unidade técnica, *in verbis* (peça 7):
>
> "26. Essa constatação pode ser verificada pelo fato do orçamento elaborado com base em consultas que apresentam grandes variações de preços, suficientes para se afirmar que a média desses preços não se presta para representar os preços praticados no mercado, e, ainda, pelo fato da proposta vencedora (R$ 3.292.668,90) ser de valor cerca de duas vezes menor do que aquele estimado pela [*omissis*] e que consta do edital (R$ 6.423.490,12)." (grifei)
>
> Indispensável que a Administração avalie, de forma crítica, a pesquisa de preço obtida junto ao mercado, em especial quando houver grande variação entre os valores a ela apresentados.
>
> Nesse sentido a ementa do Acórdão 1.108/2007, Plenário, *in verbis*:
>
> "Não é admissível que a pesquisa de preços de mercado feita pela entidade seja destituída de juízo crítico acerca da consistência dos valores levantados, máxime quando observados indícios de preços destoantes dos praticados no mercado." (grifou-se)

569. A grande dispersão dos preços obtidos é um indicativo de que algo pode estar errado com a amostra de preços. Podem ocorrer problemas, como:

1) as consultas a bases de dados com preços públicos podem obter valores de soluções que não sejam similares à solução especificada, isto é, os valores obtidos podem referir-se a soluções que não atendam à necessidade de negócio, de modo que a amostragem pode incluir soluções de nichos de mercado diferentes daquele da solução a ser contratada (*vide* item "8.4. Soluções de TI que devem ser consideradas na pesquisa de preços");
2) os valores consultados podem estar errados (base de dados com problemas), como se verificou na base do então Comprasnet (agora Compras.gov.br), no escopo do Acórdão 2.670/2016-TCU-Plená-

rio, da relatoria do Ministro Benjamin Zymler (*vide* parágrafo 501 da presente NT); ou

3) no caso de cotações de preços diretamente junto a empresas:
   a. elas podem não ter o entendimento do que a organização pública busca por falta de informações sobre a solução de TI a contratar e a respeito da forma como o contrato será executado e acompanhado (*vide* parágrafos 530-531 desta NT);
   b. as empresas, no todo ou em parte, não têm competência técnica para oferecer cotações adequadas;
   c. elas, propositalmente, apresentam preços distorcidos com a existência ou não de conluio entre elas, com ou sem participação de servidores da organização pública (*vide* itens 538-546 da presente NT); ou
   d. pode não haver detalhamento (decomposição) dos preços obtidos nas cotações, no caso de serviços.

570. No âmbito do Acórdão 1.850/2020-TCU-Plenário, da relatoria do Ministro-Substituto Augusto Sherman, sobre contratação de manutenção de aeronaves, foi discutido que os preços usados na estimativa apresentavam grande dispersão, entre outros fatores, pela ausência de decomposição dos custos do material de consumo:

> A diferença entre a menor proposta e a maior proposta é de U$$ 8.572,36, maior do que o valor médio calculado. Já o desvio padrão que mede a dispersão dos valores individuais em torno da média é de 3.390,60.
>
> Essa distorção nos valores orçados é causada, entre outros fatores, pela ausência da decomposição dos custos do material de consumo, o que torna essa estimativa imprecisa e impossibilita a avaliação, pela administração, de sua compatibilidade com os preços de mercado.
>
> Considera-se pertinente o argumento de que empresas distintas poderiam utilizar materiais distintos para realizar o mesmo serviço, contudo, entende-se não ser razoável utilizar disso para afastar a elaboração de um orçamento aproximado dos materiais a serem empregados no referido serviço, ainda mais se considerarmos a experiência da [omissis] na área de manutenção de aeronaves. O que se verifica no caso em análise é uma **completa ausência do detalhamento do custo dos materiais.**

> Em que pese o custo dos materiais de consumo representar 2% do custo total, isso não afastaria a exigência de se decompor esse custo. A abertura desses custos, inclusive, guarda estrita correlação com princípio constitucional da publicidade, expresso no art. 3 da Lei 8.666/1993, possibilitando, assim, tanto o controle externo quanto o controle social.
>
> Reitera-se o entendimento, portanto, de que a **completa ausência do detalhamento do custo dos materiais** afrontaria o inciso IX, do artigo 6º c/c inciso II, do § 2º, do Art. 7º da lei 8.666/1993 e a jurisprudência deste Tribunal.

571. Entretanto, algum grau de dispersão é normal, como assinala Franklin Brasil (BRASIL, 2015, p. 14):

> A dispersão de preços, mesmo para produtos similares, é um fenômeno mundialmente conhecido. A literatura sugere que a dispersão de preços sempre ocorrerá em mercados onde a informação é imperfeita e quando a pesquisa de preços implicar em custo ao consumidor (Zhao, 2006). O efeito das marcas também é um elemento importante na análise da dispersão de preços de mercado.

572. Quanto ao efeito das marcas, vale citar considerações feitas pela unidade técnica (Serur), transcritas no relatório do Acórdão 2.170/2007-TCU-Plenário, da relatoria do Ministro Ubiratan Aguiar:

> 14. A título de exemplo, imaginemos que dois órgãos federais efetuem licitações, na modalidade de pregão eletrônico, com as mesmas exigências mínimas para a aquisição de processadores e placas-mãe, compatíveis tecnologicamente. Suponhamos que a proposta vencedora de um desses pregões fosse uma solução da AMD, com processadores ATHLON 64 e que o objeto fosse adjudicado à empresa X, por um preço A.
>
> 15. Imaginemos que, no outro pregão, a proposta vencedora tenha sido uma solução da INTEL, com processadores PENTIUM 4, com a devida adjudicação à empresa Y por um preço B, 40% (quarenta por cento) maior do que o preço A, porém, dentro do seu valor de mercado.

> 16. No exemplo acima, cada um dos componentes das soluções possui um *part number* específico e, embora os recursos tecnológicos possam ser similares, os preços de mercado são absolutamente distintos. Portanto, não podemos aferir sobrepreço comparando produtos (*part numbers*) diferentes ou com fundamento apenas na similaridade tecnológica.
>
> 17. Ademais, o fato de dois produtos do mesmo gênero atenderem às especificações mínimas de um certo edital não significa que seus 'preços de mercado' sejam idênticos ou similares. A simples modificação da marca pode ocasionar grandes variações nos preços. (grifou-se)

8.10 Análise crítica dos valores obtidos na pesquisa de preços

573. Embora haja a necessidade de buscar a maior quantidade de preços possível para chegar-se a uma amostra minimamente representativa dos preços do mercado da solução a contratar, nem todos os preços obtidos pela organização pública devem ser considerados nos cálculos das estimativas. Alguns desses preços podem estar fora da faixa de preços do mercado da solução a contratar, de modo que, se utilizados nos cálculos das estimativas, podem resultar em distorções. Isso vale, inclusive, para os preços obtidos a partir de contratações feitas pela Administração Pública, pois podem ser resultantes de ações que impediram a concorrência (*e.g.* conluios) com ou sem a conivência de agentes públicos. Dessa forma, após coletar os preços de soluções similares à que será contratada, a organização pública deve avaliá-los de forma crítica.

574. A Lei 8.666/1993 não explicita o que fazer com preços que soem como distorcidos na pesquisa de preços. Como consta do seu art. 15, inciso V (transcrição no parágrafo 442 da presente NT), as compras, sempre que possível, devem "balizar-se pelos preços praticados no âmbito dos órgãos e entidades da Administração Pública", sem oferecer mais detalhes sobre como efetuar esse balizamento. A Lei 14.133/2021 apresenta dispositivo semelhante, o art. 23, *caput* (*vide* transcrição no parágrafo 489).

575. Na IN - Seges/ME 73/2020, constam dispositivos a respeito da análise crítica dos valores coletados:

> CAPÍTULO II
>
> ELABORAÇÃO DA PESQUISA DE PREÇOS
>
> Formalização
>
> Art. 3º A pesquisa de preços será materializada em documento que conterá, no mínimo:
>
> [...]
>
> V - justificativas para a metodologia utilizada, em especial para a desconsideração de valores inexequíveis, inconsistentes e excessivamente elevados, se aplicável.
>
> [...]
>
> Metodologia
>
> Art. 6º Serão utilizados, como métodos para obtenção do preço estimado, a média, a mediana ou o menor dos valores obtidos na pesquisa de preços, desde que o cálculo incida sobre um conjunto de três ou mais preços, oriundos de um ou mais dos parâmetros de que trata o art. 5º, desconsiderados os valores inexequíveis, inconsistentes e os excessivamente elevados.
>
> [...]
>
> § 2º Para desconsideração dos valores inexequíveis, inconsistentes e os excessivamente elevados, deverão ser adotados critérios fundamentados e descritos no processo administrativo.
>
> § 3º Os preços coletados devem ser analisados de forma crítica, em especial, quando houver grande variação entre os valores apresentados. (grifou-se)

576. A IN - Seges/ME 65/2021 apresenta dispositivos semelhantes (art. 3º, inciso VI, art. 6º, *caput* e §§ 3º e 4º).

577. Assim, na elaboração do orçamento estimado, é necessário analisar, de forma crítica, os preços coletados para que sejam compatíveis com os valores praticados pelo mercado, em especial quando houver grande variação (dispersão) entre os valores apresentados. Entretanto,

cabe aos agentes públicos definir método para elaborar seu orçamento estimado, que deverá ser incluído nos autos do processo de contratação e que preveja a desconsideração de valores inexequíveis, inconsistentes e excessivamente elevados. Esse tema pode ser objeto de orientação por parte dos OGS a seus jurisdicionados.

578. Como foi assinalado anteriormente, as fontes de preço têm confiabilidade diferentes, devendo-se considerar, com mais atenção, os preços relativos a contratações realizadas pela Administração Pública (parágrafos 472-475 desta NT). Portanto, se os preços destoantes forem de fontes menos confiáveis, são fortes candidatos ao descarte.

579. No guia de orientação sobre a IN - SLTI 5/2014[69] (BRASIL, MP, 2017a, p. 12), publicado pelo então Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, é informado que a ferramenta "Painel de Preços" dispõe de recurso gráfico que permite a eliminação de valores discrepantes (*outliers*) do conjunto de dados de forma simples. Trata-se do "Gráfico de dispersão por item de compra - quantidade x preço unitário".

580. A título de ilustração a respeito de procedimento relativo à análise crítica dos preços, a Portaria - MJ 80/2016 (revogada pela Portaria - MJ 607/2017), que regulamentava os critérios e os padrões definidos pela IN - SLTI/MP 5/2014, inclui os seguintes critérios para descarte dos preços coletados, mas não oferece embasamento para a escolha desses critérios:

> Art. 4º Para a obtenção do resultado da pesquisa de preços, não serão considerados preços inexequíveis ou excessivamente elevados, conforme critérios fundamentados abaixo:
>
> I - 70% (setenta por cento) inferior à média dos demais preços formadores do conjunto que determinará o resultado da pesquisa; e
>
> II - 30% (trinta por cento) superior à média dos demais preços formadores do conjunto que determinará o resultado da pesquisa.

581. Franklin Brasil traz síntese de trabalhos sobre o uso da chamada "média saneada", que consiste em método para realizar uma avaliação crítica

dos preços obtidos na pesquisa, a fim de descartar valores que apresentem grandes variações em relação aos demais (BRASIL, 2015, p. 41-43):

6.2.1. Cálculo da Média Saneada

Para definir a "média saneada", a amostra deve conter valores razoavelmente homogêneos. Por exemplo, considere uma amostra dos preços (R$ 0,05; R$ 0,30; R$ 0,31; R$ 0,32; R$ 0,33 e R$ 1,54). Nota-se que o primeiro e o último preço se distanciaram de maneira muito considerável do restante dos valores da amostra, portanto eles não devem ser considerados, ou, devem ser excluídos do conjunto da amostra, para fins de cálculo da "média saneada".

No entanto, esses valores que apresentam grandes distorções em relação aos demais não podem ser eliminados da amostra aleatoriamente. É necessário **um critério objetivo para definir quais valores podem ser excluídos** e quando essa amostra estará homogênea o suficiente para se calcular a "média saneada" dos valores que estão contidos nela.

Segundo Reis e Reis (2002), uma maneira de avaliar se a amostra está suficientemente homogênea é utilizando o Coeficiente de Variação, conceito descrito adiante.

6.2.2. Coeficiente de Variação (CV)

A doutrina matemática trata o "Coeficiente de Variação" ou "CV" como uma maneira segura de definir se uma amostra é razoavelmente homogênea, sendo calculado como a razão entre o Desvio Padrão e a Média de um conjunto de dados ou "amostra". Fornece uma medida para a homogeneidade dos dados. Quanto menor o CV, mais homogênea a amostra. Em geral, um coeficiente de variação menor que 25% indica razoável homogeneidade.

Usando o CV como parâmetro de homogeneidade do conjunto de dados, pode-se expurgar os extremos inferiores e superiores, de tal forma a obter CV menor que 25%. Para delimitar esses extremos, calcula-se a média mais (+) o desvio padrão (limite superior) e a média menos (-) o desvio padrão (limite inferior). O que estiver fora dessa faixa é eliminado.

Assim, para a composição dos valores de mercado, evita-se a ocorrência de discrepâncias significativas nos valores das amostras obtidas, retirando do conjunto dos dados os valores extremos de desvios, a fim de reduzir o coeficiente de variação, conferindo confiabilidade e representatividade na aferição dos preços correntes de mercado.

CV = (DP / M) x 100
Limite Superior (LS): Média (M) + Desvio-padrão (DP)

Limite Inferior (LI): Média (M) - Desvio-padrão (DP) (grifou-se)

582. Em essência, para chegar-se à média saneada, eliminam-se, mediante saneamentos sucessivos, os preços mais destoantes, usando-se o coeficiente de variação (CV) dos dados de determinada iteração (repetição do ciclo) como parâmetro de homogeneidade. Assim, a cada iteração, calcula-se a média (M) e o desvio padrão (DP), descartam-se os valores acima do limite superior (M + DP) e abaixo do limite inferior (M - DP), e verifica-se se o coeficiente de variação (CV) dos preços restantes está abaixo de 25%. Em caso negativo, repete-se o procedimento sucessivamente, até que o CV seja inferior a 25%, quando se chega à média saneada, que é calculada com base em uma amostra homogeneizada.

583. De acordo com Franklin Brasil, um coeficiente de variação menor do que 25% indica razoável homogeneidade (BRASIL, 2015, p. 42). Isso é confirmado por Reis e Reis (2002, p. 18). Como cita Franklin Brasil (2015, p. 41), a média saneada com o CV de até 25% é utilizada pelo TRF4 (Norma de serviço - TRF4 1/2013, Módulo 6 - Núcleo de Apoio Administrativo, art. 14, de 25/7/2011) e pela Dataprev (norma interna N/SU/008/004, de 25/7/2011). Adicionalmente, identificou-se o uso da média saneada com CV inferior a 25%, em, pelo menos, uma auditoria do TCE-MT (Decisão Nº 1.769/JBC/2019).

584. Com o procedimento para cálculo da média saneada, fica clara a necessidade de obter uma quantidade de preços acima do tão citado "mínimo de três preços", pois o processo de saneamento da média implica descarte de valores. Se houver poucos preços, o processo de saneamento não terá muitas iterações, podendo-se terminar com menos de três preços, e os agentes públicos responsáveis poderão ter de justificar por que não se alcançou o mínimo de três preços exigido na IN - Seges/ME 73/2020, art. 6º, *caput* e § 4º; e na IN - Seges/ME 65/2021, art. 6º, *caput* e § 5º; se estiverem submetidos a essas normas.

585. A análise crítica dos preços obtidos na pesquisa de preço consta de diversos julgados do TCU, como nos Acórdãos 1.108/2007, voto condutor, parágrafos 8-15; 2.170/2007, voto condutor, parágrafo 33; 819/2009, item 1.7.2; 299/2011, item 9.1; 952/2013, diversos itens do acórdão, como o 9.1.1.3; 2.943/2013, item 9.1.2.1; 2.637/2015, item 9.3.1; 3.351/2015, relatório, excerto do relatório da unidade técnica (Selog), parágrafos 35-37; 713/2019, voto condutor, parágrafos 48-53; 423/2020, itens 9.4.1-9.4.5; 1.508/2020, item 9.1.3.2; e 3.224/2020, item 9.5; todos do Plenário do TCU; e 403/2013, voto do relator; e 4.780/2017, item 1.6.1; ambos da Primeira Câmara.

586. A partir do exposto, foi elaborado o seguinte entendimento:

Entendimento 12

Nas contratações públicas de bens e serviços de TI, os agentes públicos responsáveis pela elaboração do orçamento estimado da contratação devem efetuar análise crítica dos valores coletados na pesquisa de preços, desconsiderando os destoantes que impeçam a obtenção de um orçamento estimado minimamente confiável para a organização pública, justificando o procedimento para o descarte de preços considerados inexequíveis, inconsistentes ou excessivamente elevados.

A análise crítica dos preços deve ser verificada pela autoridade máxima da área de TI, pela autoridade responsável por aprovar o termo de referência ou o projeto básico, pelos membros da CPL, pela autoridade responsável por homologar a licitação e pelo parecerista jurídico no tocante a aspectos jurídicos.

587. Com base nos aspectos tratados no presente item, no item "6. Erros grosseiros na elaboração do orçamento estimado" e no item "7. Possível responsabilização de agentes públicos por orçamento estimado mal elaborado", foi formulado o seguinte entendimento, considerando-se como erro grosseiro a ausência de análise crítica dos preços coletados na pesquisa de preços:

Entendimento 13

Nas contratações de bens e serviços de TI, a ausência de análise crítica dos preços coletados na pesquisa de preços necessária à elaboração do orçamento estimado da organização pública, que pode levar ao descarte de valores considerados inexequíveis, inconsistentes ou excessivamente elevados, é uma irregularidade que leva ao planejamento deficiente da contratação, representando erro grosseiro nos termos do Decreto-Lei 4.657/1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), art. 28, pois trata-se de erro grave, decorrente de imprudência, imperícia ou negligência, bem como erro manifesto, evidente e indesculpável para um servidor público médio, isto é, comum, capaz, prudente e diligente, de modo que os agentes públicos incumbidos da pesquisa de preços, a autoridade máxima da área de TI, a autoridade responsável por aprovar o termo de referência ou o projeto básico, os membros da CPL, a autoridade responsável por homologar a licitação e o parecerista jurídico podem responder, pessoalmente, por suas decisões ou opiniões técnicas, sendo, assim, possível a aplicação das sanções previstas na Lei 8.443/1992, de acordo com o grau de culpabilidade do agente, em especial se a contratação em análise for de alto risco, relevância ou materialidade, considerando-se as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado as ações desses agentes no caso concreto, conforme o art. 22, § 1º, do Decreto-Lei 4.657/1942, assegurando-se o contraditório e a ampla defesa.

8.11 Formas de cálculo da estimativa de preço

588. Inicialmente, é trazida a transcrição de parte do art. 6º da IN - Seges/ME 73/2020, que trata da forma de cálculo da estimativa do preço:

> Metodologia
>
> Art. 6º Serão utilizados, como métodos para obtenção do preço estimado, a média, a mediana ou o menor dos valores obtidos na pesquisa de preços, desde que o cálculo incida sobre um conjunto de três ou mais preços, oriundos de um ou mais dos parâmetros de que trata o art. 5º, desconsiderados os valores inexequíveis, inconsistentes e os excessivamente elevados.
>
> § 1º Poderão ser utilizados outros critérios ou métodos, desde que devidamente justificados nos autos pelo gestor responsável e aprovados pela autoridade competente.

589. Assim, de acordo com a IN - Seges/ME 73/2020, os agentes públicos responsáveis podem utilizar três formas de cálculo, para obter o preço de referência: a média, a mediana ou o menor dos valores dos preços

obtidos na pesquisa de preços, desde que o cálculo incida sobre um conjunto de três ou mais preços. Pode-se também utilizar outra forma de cálculo com outros critérios, desde que devidamente justificados pelo gestor responsável e aprovados pela autoridade competente. A IN - Seges/ME 65/2021 vai na mesma linha (art. 6º, *caput* e § 1º).

590. Entretanto, nas normas citadas, não são indicados parâmetros para a escolha de qual método adotar. No guia de orientação sobre a IN - SLTI 5/2014, do então Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, (BRASIL, MP, 2017a, p. 11-12), com orientações sobre a aplicação da norma que antecedeu a IN - Seges/ME 73/2020, consta o seguinte:

> **1.3 MÉTODOS PARA AVALIAR PREÇOS**
>
> **a. Média, Mediana ou Menor Preço**
>
> O parágrafo 2º do artigo 2º da Instrução Normativa nº 5/2014 – MP estabelece que, no âmbito de cada parâmetro apresentado para pesquisa de preços, o resultado dessa pesquisa será **a média, mediana ou o menor dos preços obtidos.**
>
> A **média** é a soma de todas as medições divididas pelo número de observações no conjunto de dados. Em razão de ser suscetível aos valores extremos, a média normalmente é utilizada quando os dados estão dispostos de forma homogênea.
>
> A **mediana** é o valor do meio que separa a metade maior da metade menor no conjunto de dados. Menos influenciada por valores muito altos ou muito baixos, a mediana pode ser adotada em casos onde os dados são apresentados de forma mais heterogênea e com um número pequeno de observações.
>
> O **menor preço** deve ser utilizado apenas quando por motivo justificável não for mais vantajoso fazer uso da média ou mediana.
>
> A definição do método para estabelecer o preço de referência para a aquisição/contratação é tarefa discricionária do gestor público. Esse foi o entendimento do TCU no Acórdão 4952/2012 - Plenário, que diz:
>
> > "A definição da metodologia a ser empregada no processo de elaboração de pesquisa de preços se encontra nitidamente dentro do espaço de escolha discricionária da administração".

> Existem outras técnicas (média ponderada, média saneada e outras) que podem ser utilizadas desde que devidamente justificados pela autoridade competente. É importante ressaltar que o emprego de qualquer que seja a metodologia não pode suceder em equívoco ou levar a resultado diverso do fim almejado em lei. (grifou-se)

591. Embora tenha sido citado o "Acórdão 4952/2012 - Plenário", na verdade, o trecho transcrito consta do voto condutor do Acórdão 492/2012-TCU-Plenário, da relatoria do Ministro Walton Alencar Rodrigues.

592. De acordo com o guia citado:

1) a média é mais sensível a valores extremos e é normalmente utilizada quando os dados são homogêneos;
2) a mediana é menos influenciada por valores extremos e pode ser adotada nos casos nos quais os dados são mais heterogêneos e com um número pequeno de preços;
3) o menor preço dever ser usado apenas quando, por motivo justificável, não for mais vantajoso fazer uso da média ou da mediana;
4) a definição do método para estabelecer o preço de referência para contratação é tarefa discricionária da organização pública; e
5) existem outras técnicas (média ponderada, média saneada e outras) que podem ser utilizadas desde que devidamente justificadas pela autoridade competente. A média saneada é exposta nos parágrafos 581-584 da presente nota técnica.

593. No voto do relator do Acórdão 3.068/2010-TCU-Plenário, Ministro Benjamin Zymler, consta que o preço de mercado é melhor representado pela média ou pela mediana, uma vez que constituem medidas de tendência central:

> 27. A colmatação da lacuna normativa efetuada pelos gestores do TRT utilizou-se do parâmetro legal esculpido no *caput* do art. 109 da LDO/2009 e, assim, definiu como custo unitário dos insumos a mediana dos preços pesquisados. A solução me parece dotada de razoabilidade, assim como seria se houvesse utilizado a média das cotações. Destaco que o menor preço

> é um dos preços do mercado, mas não reflete o mercado. Nesse sentido, entendo que o preço de mercado é mais bem representado pela média ou mediana uma vez que constituem medidas de tendência central e, dessa forma, representam de uma forma mais robusta os preços praticados no mercado. (grifou-se)

594. Na Orientação Técnica - TIControle 1/2010, constam os seguintes critérios para a escolha do método de cálculo do preço de referência, considerando-se a competitividade do mercado da solução a contratar:

> 1. O método de estimativa de bens e serviços de TI deve considerar as características do respectivo mercado.
>
> 1.1. Em mercados altamente competitivos, a estimativa poderá adotar, por padrão, a média dos preços apurados em pesquisa com o maior número de fornecedores que for possível consultar em função do prazo disponível e do valor da contratação.
>
> 1.2. Em mercados pouco competitivos, deve ser adotado o menor preço entre os preços coletados com o maior número possível de fornecedores que for razoável consultar em função do prazo disponível e do valor da contratação. Não poderão ser considerados os preços inexeqüíveis ou excessivamente elevados, conforme critérios fundamentados e descritos no processo administrativo. (grifou-se)

595. Conforme a orientação técnica citada, para mercados altamente competitivos, deve-se adotar a média, e, para os pouco competitivos, o menor preço.

596. Com relação ao uso do menor preço em mercados pouco competitivos, do voto condutor do Acórdão 7.290/2013-Segunda Câmara, da relatoria da Ministra Ana Arraes, depreende-se que, nos casos de produtos fornecidos exclusivamente por poucas empresas de certo porte (mercado restrito), deve-se adotar o menor valor cotado, pois é de presumir-se que haja estabilidade nesses preços:

> 23. Por outro lado, há precedente deste Tribunal no sentido de que, pelo menos em alguns casos, deve-se adotar o preço médio ou mediano pesquisado, como se depreende do excerto abaixo, do voto condutor do acórdão 3.068/2010 – Plenário:

> "Verifica-se, portanto, a existência de uma lacuna no ordenamento na medida em que os normativos não definem como será realizada a orçamentação de insumo quando este não estiver cotado no SINAPI e tampouco haja tabela de referência oficial.
>
> Não me parece razoável a exigência de que a orçamentação nestes casos deva sempre considerar o menor preço cotado no mercado. Entendo que a utilização de preços médios ou da mediana, além de bem refletir os preços praticados no mercado, não implica ofensa à Lei de Licitações, à LDO/2009 ou aos princípios gerais da Administração Pública.
>
> A colmatação da lacuna normativa efetuada pelos gestores do [*omissis*] utilizou-se do parâmetro legal esculpido no *caput* do art. 109 da LDO/2009 e, assim, definiu como custo unitário dos insumos a mediana dos preços pesquisados. A solução me parece dotada de razoabilidade, assim como seria se houvesse utilizado a média das cotações. Destaco que o menor preço é um dos preços do mercado, mas não reflete o mercado. Nesse sentido, entendo que o preço de mercado é mais bem representado pela média ou mediana uma vez que constituem medidas de tendência central e, dessa forma, representam de uma forma mais robusta os preços praticados no mercado."

24. O advérbio "sempre", presente no trecho "não me parece razoável a exigência de que a orçamentação nestes casos deva sempre considerar o menor preço cotado no mercado" indica que, em muitos casos, devem-se adotar preços abaixo da média. Cabe ao gestor avaliar o caso e fazer sua opção, justificando-a.

25. No caso de produtos simples, comumente encontrados em lojas varejistas, o valor mínimo de uma cotação pode representar uma situação momentânea, de uma "liquidação", por exemplo, e não corresponderá ao preço praticado quando da efetiva aquisição.

26. Por outro lado, quando são cotados equipamentos fornecidos exclusivamente por poucas empresas, de certo porte, deve-se sim adotar o mínimo valor cotado, pois é de se presumir que haja estabilidade nesses preços. É o caso de elevadores. Certamente, o preço cotado junto a uma Atlas, Otis ou outra congênere não representa uma "liquidação" ou promoção temporária.

27. Creio ser esse o caso dos barômetros aqui tratados, fornecidos por empresas multinacionais. Portanto, concordo com a unidade técnica de que deveria ter sido adotado o preço mínimo pesquisado como referência na licitação. Po-

> rém, não se mostra razoável pretender punir o gestor por ter adotado valor médio, quando não há – conforme reconhecido pela unidade técnica – nem mesmo jurisprudência sedimentada do TCU nesse sentido. (grifou-se)

597. O entendimento de que, em mercado restrito, oligopolizado, deve-se adotar o menor valor consta dos Acórdãos 644/2016, voto condutor, parágrafos 9-12; 1.639/2016, voto condutor, parágrafo 90; e 1.850/2020, voto condutor, parágrafos 55-62, e item 9.4.4 do acórdão; todos do Plenário do TCU; 7.290/2013, voto condutor, parágrafos 23-27, e item 9.2 do acórdão; e 8.514/2017, item 9.1; ambos da Segunda Câmara.

598. Vale destacar o parágrafo 60 do voto condutor do Acórdão 1.850/2020-TCU-Plenário, da relatoria do Ministro-Substituto Augusto Sherman, em que se associa o uso do menor preço com mercados restritos e o uso da média e da mediana para mercados competitivos, similarmente ao que consta da Orientação Técnica - TIControle 1/2010:

> 60. No âmbito desta Corte, o atual e pacífico entendimento é no sentido de que "Na elaboração de orçamento estimativo para equipamentos a serem fornecidos em mercado restrito, devem ser adotados os valores decorrentes das cotações mínimas. As médias ou medianas de cotações de preços devem ser empregadas apenas em condições de mercado competitivo", consoante enunciado de jurisprudência que acompanha o Acórdão 8514/2017-Segunda Câmara (Relator Ministro José Mucio Monteiro). Esse entendimento visa eliminar valores discrepantes oriundos de situações específicas e pontuais, como promoções, num mercado competitivo. (grifou-se)

599. Com relação ao uso do menor preço para mercados oligopolizados e de outras formas de cálculo para obtenção do valor estimado, Ricardo Silveira Ribeiro faz as seguintes considerações com base em diversos julgados do TCU (RIBEIRO, 2017, p. 8-10):

> Como se vê, há uma lição decorrente desses precedentes: a média e a mediana são as medidas a serem adotadas como regra. Excepcionalmente, o menor valor deve ser adotado como uma cautela para que se evite o pagamento de preços excessivos. Isso, particularmente, dá-se quando estamos em um ambiente de **competição oligopolista**.

> Quando então reconhecer essa circunstância?
>
> Se o setor da economia é dominado por poucas empresas que produzem determinado bem ou prestam serviço específico e há a necessidade de altos investimentos para entrada de novos concorrentes ou ainda dificuldades adicionais para o surgimento de novos competidores – **barreiras de entrada** –, há uma grande probabilidade de estarmos diante de uma situação de competição oligopolista.
>
> Nesse ambiente econômico de competição entre poucos agentes, os preços de determinado bem ou serviço são fixados pela empresa estrategicamente, isto é, levando-se em consideração o modo como o outro concorrente irá reagir a esse preço. Há, portanto, **interdependência** entre os agentes econômicos.
>
> Por essa razão, o comportamento estratégico de poucas empresas tem o poder de estabelecer o preço a ser praticado no mercado. Nesse sentido, o preço tende a ser, tecnicamente, **rígido**, pois não muda significativamente, mesmo com a alteração dos custos e da demanda por bens e serviços.[7] Por outro lado, como um competidor sabe que se baixar muito seu preço haverá uma tendência a outro competidor baixá-lo também, e assim sucessivamente, com redução substancial dos lucros de todos, a competição oligopolista termina acarretando incentivos para que as empresas fixem um preço considerado "razoável" para assegurar bons retornos econômicos.[8]
>
> É nessa circunstância que o TCU recomenda a adoção do menor preço. Consequentemente, não se está tentando aqui estimar propriamente os preços de mercado, mas adotar um preço que possa servir de "defesa" contra a tendência de esse mercado estipular preços excessivos em razão da baixa presença de competidores.
>
> Em suma, a média deve ser utilizada como regra geral, pois consegue levar em conta todos os preços coletados.[9] Se mesmo após suprimirmos os preços excessivos ou inexequíveis, ainda suspeitamos da existência de preços extremos, para mais ou para menos, devemos usar a mediana. Por fim, em mercados sujeitos à competição oligopolista, devemos usar o menor dos preços coletados na pesquisa. (grifou-se)

600. Na Portaria - MJ 80/2016 (revogada), que apontava para a IN - SLTI 5/2014, ainda sem as atualizações que foram promovidas pela IN - Seges/ME 3/2017, eram oferecidos os seguintes critérios para o cálculo do valor de referência, usando-se como base o coeficiente de variação (CV) (*vide* parágrafos 581-583):

> Art. 3º Será admitido o menor preço ou tomar-se-á como base o coeficiente de variação a fim de determinar a medida de tendência central mais eficaz na escolha do resultado da pesquisa de preços, observando as seguintes situações:
>
> I - média simples, quando o coeficiente de variação for menor que 25% (vinte e cinco por cento) e na composição da cesta de preços for utilizado apenas o parâmetro I ou III;
>
> II - média ponderada, quando o coeficiente de variação for menor que 25% (vinte e cinco por cento) e na composição da cesta de preços coexistir mais de um parâmetro, sendo atribuído peso 2 (dois) para os Parâmetros I ou III e, peso 1 (um) para os Parâmetros II ou IV; e
>
> III - mediana, quando o coeficiente de variação for maior que 25% (vinte e cinco por cento), independente da escolha dos critérios adotados.
>
> Parágrafo único. A unidade responsável pela pesquisa poderá utilizar medida de tendência central que apresentar o menor valor ainda que esta não atenda às condições citadas, bastando apenas fundamentar a vantajosidade da ação.

601. Assim, de acordo com a norma citada, a escolha da forma de cálculo depende do grau de homogeneidade da amostra, verificado mediante o CV, e da composição da cesta de preços (parâmetros do art. 2º da IN - SLTI 5/204). Destaca-se que, de acordo com a Portaria - MJ 80/2016, quando havia preços praticados em licitações públicas e preços de outras fontes, a norma indicava o uso da média ponderada com peso dois para os preços relativos a contratações públicas e peso um para os oriundos de outras fontes (mídia especializada e fornecedores). Essa ponderação refletia a prioridade dos preços públicos, que consta da IN - Seges/ME 73/2020, art. 5º, § 1º, da IN - Seges/ME 65/2021, art. 5º, § 1º, e de julgados do TCU (*vide* parágrafo 476).

602. A seguir, é novamente transcrito o § 1º do art. 23 da Lei 14.133/2021, que trata do valor estimado de contratações de bens e serviços em geral:

> Art. 23. O valor previamente estimado da contratação deverá ser compatível com os valores praticados pelo mercado, considerados os preços constantes de bancos de dados públicos e as quantidades a serem contratadas, observadas a potencial economia de escala e as peculiaridades do local de execução do objeto.

> § 1º No processo licitatório para aquisição de bens e contratação de serviços em geral, conforme regulamento, o valor estimado será definido com base no melhor preço aferido por meio da utilização dos seguintes parâmetros, adotados de forma combinada ou não:
>
> I - composição de custos unitários menores ou iguais à mediana do item correspondente no painel para consulta de preços ou no banco de preços em saúde disponíveis no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP);
>
> II - contratações similares feitas pela Administração Pública, em execução ou concluídas no período de 1 (um) ano anterior à data da pesquisa de preços, inclusive mediante sistema de registro de preços, observado o índice de atualização de preços correspondente;
>
> III - utilização de dados de pesquisa publicada em mídia especializada, de tabela de referência formalmente aprovada pelo Poder Executivo federal e de sítios eletrônicos especializados ou de domínio amplo, desde que contenham a data e hora de acesso;
>
> IV - pesquisa direta com no mínimo 3 (três) fornecedores, mediante solicitação formal de cotação, desde que seja apresentada justificativa da escolha desses fornecedores e que não tenham sido obtidos os orçamentos com mais de 6 (seis) meses de antecedência da data de divulgação do edital;
>
> V - pesquisa na base nacional de notas fiscais eletrônicas, na forma de regulamento. (grifou-se)

603. Depreende-se do dispositivo citado que não há prioridades entre as fontes de preço elencadas, embora esse aspecto conste na IN - Seges/ME 65/2021, que o detalha no âmbito da lei mencionada, bem como já constava na IN - Seges/ME 73/2020, relativa à Lei 8.666/1993, e em diversos julgados do TCU (*vide* parágrafo 476).

604. Adicionalmente, o valor estimado é definido com base no melhor preço aferido, por meio da utilização dos parâmetros elencados, adotados de forma combinada ou não, segundo o art. 23, § 1º. Vale lembrar que, como foi expresso no dispositivo citado, a definição do valor estimado será tratada em regulamento, medida oportuna, pois a redação do dispositivo é obscura e não explicita como se chega ao "melhor preço aferido",

por meio da utilização dos parâmetros elencados, de forma combinada ou não. A IN - Seges/ME 65/2021, art. 6º, § 1º, que trata do tema no âmbito do Poder Executivo federal, define que se pode usar a média, a mediana ou o menor dos valores dos preços obtidos na pesquisa de preços, desde que o cálculo incida sobre um conjunto de três ou mais preços oriundos de um ou mais dos parâmetros elencados, desconsiderados os valores inexequíveis, inconsistentes e os excessivamente elevados.

605. É importante explicitar que efetuar cálculo que misture fontes de preços com confiabilidades diferentes pode diminuir a representatividade da estimativa de preços (*vide* parágrafos 472-477 desta NT, que trata da priorização de fontes de preços). Por exemplo, efetuar o cálculo da média com preços obtidos em contratações públicas e com preços obtidos em cotações junto a fornecedores do mercado. Ressaltando que as cotações junto aos fornecedores devem ser usadas somente em casos excepcionais (*vide* item "8.8. Excepcionalidade da obtenção de cotações de preços diretamente de fornecedores").

606. Vale registrar situação atípica que ocorreu no Acórdão 114/2013-TCU-Plenário, da relatoria do Ministro-Substituto Augusto Sherman. No caso analisado, a organização pública fez o seguinte cálculo:

1) para cada licitação, sete ao todo, foi feita a média do valor estimado e do lance final da licitação; e
2) obteve-se a média de todas as sete médias calculadas.

607. Trata-se de cálculo indevido, pois envolve o valor estimado das contratações, que costuma ser de baixa confiabilidade, especialmente quando é obtido mediante cotações junto a fornecedores, com o valor do lance final, que decorre da competição. A seguir, é transcrito trecho do relatório com excerto da instrução de uma das unidades técnicas (Sefti):

> 102. A estimativa de preço por ponto de função do [*omissis*], conforme item 10 do termo de referência (peça 3, p. 94), baseou-se em pesquisa de preços co-

> tados por sete órgãos e entidades da APF. O Ministério considerou os valores médios entre as estimativas feitas por cada órgão e os respectivos lances finais da licitação e, a partir desses valores, obteve o valor médio total. O [*omissis*], por exemplo, estimou o ponto de função em R$ 797,38, enquanto o lance vencedor da licitação foi de R$ 349,23, perfazendo uma média de R$ 573,31. Esse cálculo foi realizado para cada órgão selecionado, gerando o valor médio total de R$ 575,97, utilizado pelo [*omissis*]como critério de aceitabilidade das propostas, sendo que o lance vencedor da licitação foi de R$ 390,00.
>
> 103. Entende-se que o procedimento utilizado pelo [*omissis*]foi inadequado pois a pesquisa de mercado, prevista no art. 15, inciso IV, da IN - SLTI/MP 4/2010, menciona a consulta a contratações similares, ou seja, os valores pesquisados devem considerar apenas os lances vencedores dos certames.
>
> 104. No caso em comento, o valor médio total estimado pelo [*omissis*]diminuiria de R$ 575,97 para R$ 433,41 se apenas os lances vencedores fossem considerados no cálculo do valor médio total. A inclusão dos valores estimados pelos órgãos e entidades no cálculo do valor médio total aumentou indevidamente o preço unitário estimado e contrariou o disposto no art. 3º da Lei 8.666/1993 que visa garantir, do ponto de vista econômico, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração.

608. No item 9.5.1 do acórdão citado, foi determinado que se calculasse o preço estimado (referenciado como "preço de aceitabilidade") com base na média dos preços vencedores de certames e não com base na média de preços estimados.

609. Em conclusão, há várias formas de calcular a estimativa dos preços. Como assinalado no voto do relator do Acórdão 492/2012-TCU-Plenário, da relatoria do Ministro Walton Alencar Rodrigues, a escolha da forma de cálculo cabe à organização pública:

> Entendo que a definição da metodologia a ser empregada no processo de elaboração do orçamento de uma licitação é matéria que se encontra nitidamente dentro do espaço de escolha discricionária da administração.
>
> Ainda que outra metodologia tenha vantagens, não cabe ao TCU impor ao jurisdicionado suas preferências a respeito da forma de se calcular um orçamento base, a não ser que a metodologia empregada resulte em manifesto equívoco ou que leve a resultado diverso do fim almejado em lei.

610. Vale ressaltar que, nas contratações realizadas por municípios, estados e pelo Distrito Federal, desde que não envolvam recursos da União, o valor previamente estimado da contratação poderá ser definido por meio da utilização de outros sistemas de custos adotados pelo respectivo ente federativo (Lei 14.133/2021, art. 23, § 3º).

611. Depreende-se dos aspectos levantados que ainda são necessárias mais investigações para que os OGS, os agentes públicos responsáveis e o TCU tenham melhores condições de formar juízos adequados a respeito da escolha da forma adequada de calcular os preços estimados de uma contratação em cada caso concreto. Dessa maneira, não foi formulado entendimento sobre esse tema.

612. Em função do exposto, o TCU pode incentivar pesquisas, em especial, por parte dos OGS e da comunidade acadêmica, a respeito da melhor forma de calcular o valor estimado da contratação em cada caso concreto, bem como quais parâmetros devem ser considerados nesta escolha, como a quantidade de preços, a natureza desses valores (*e.g.* preços praticados pela APF e preços de outras fontes), o grau de heterogeneidade dos preços, entre outros. Adicionalmente, são necessários métodos e parâmetros para avaliar o grau de certeza do resultado obtido. Podem-se, por exemplo, efetuar levantamentos sobre quais têm sido as diferenças entre os preços estimados e os finais das contratações de TI em geral e por tipo de objeto contratado (*e.g.* contratações de microcomputadores, de serviços de infraestrutura de TI e de desenvolvimento de *software*).

8.12 Critérios de aceitabilidade de preços

613. Como o próprio nome indica, esses critérios servem para verificar se os preços do licitante provisoriamente vencedor da licitação podem ser aceitos ou não, pois nem sempre há competição real em um certame (*e.g.* em razão de alguma prática anticompetitiva), ou a competição pode não ter sido suficiente para chegar-se a um preço considerado aceitável, de

modo que a organização pública tenha de atuar, no sentido de obter preço aceitável, como foi exposto no parágrafo 28. Os preços ofertados também podem soar como inexequíveis, o que demanda investigação (*vide* item "8.12.6. Análise de preços aparentemente inexequíveis").

614. A definição e a utilização de critérios de aceitabilidade de preços é prevista na Lei 8.666/1993, art. 40, inciso X, art. 43, inciso IV, art. 44, art. 46, § 1º, e art. 48, inciso II; na Lei 10.520/2002, art. 3º, incisos I e IV, art. 4º, inciso XI; no Decreto 10.024/2019, art. 3º, inciso XI, alínea "b", art. 8º, inciso XII, alínea "f", e art. 15; na Lei 14.133/2021, art. 59, incisos III a IV, e art. 82, § 1º; e na IN - Seges 73/2022, art. 29, *caput*. Neste ponto vale trazer a transcrição de trecho do art. 59 da Lei 14.133/2021:

> Art. 59. Serão desclassificadas as propostas que:
>
> [...]
>
> III - apresentarem preços inexequíveis ou permanecerem acima do orçamento estimado para a contratação;
>
> IV - não tiverem sua exequibilidade demonstrada, quando exigido pela Administração;

615. Na Lei 14.133/2021, não consta a obrigatoriedade de definição de critérios de aceitabilidade de preços unitários e global no edital de licitação para contratações em geral, como ocorre, de forma explícita, na Lei 8.666/1993, art. 40, inciso X, embora se apresente dispositivo nesse sentido, para obras e serviços de engenharia e arquitetura, no âmbito da avaliação da exequibilidade e de sobrepreço (14.133/2021, art. 59, § 3º).

616. Apesar da lacuna apontada, no art. 59, incisos III e IV, da Lei 14.133/2021 (transcrito no parágrafo 614), constam alguns critérios de aceitabilidade de preços, de modo que os preços acima dos que constam do orçamento estimado e os que não tiverem sua exequibilidade demonstrada levarão à desclassificação das respectivas propostas, mas não é explicitado que a aceitabilidade dos preços passa pela verificação dos preços unitários.

617. Ressalta-se que os critérios de aceitabilidade de preços unitários são fundamentais para mitigar o risco do chamado "jogo de planilha", pois é verificado se os preços unitários estão sem sobrepreço e não somente o preço global. Dessa forma, mitiga-se a ocorrência de sobrepreço do valor global, resultante da celebração de aditivos para aumento do valor contratual para acréscimos de quantitativos de itens com sobrepreço. Em função da importância dos critérios de aceitabilidade de preços unitários, é natural que haja discussões no âmbito do TCU, sobre sua aplicação, de forma explícita, no escopo da Lei 14.133/2021 para as contratações em geral, não somente para obras e serviços de engenharia e arquitetura.

618. A obrigatoriedade da definição de critérios de aceitabilidade de preços, ainda sob a égide da Lei 8.666/1993, consta de vários acórdãos do TCU, que incluem: 1.091/2007, item 9.1.6; 2.471/2008, item 9.1.8; 265/2010, item 9.1.22; 1.597/2010, item 9.2.15; 662/2011, item 9.7.1; 2.155/2012, item 9.4.2; 2.340/2016, item 9.10, alíneas "e" e "f"; e 1.548/2018, item 9.3.2; todos do Plenário do TCU; e 559/2009-TCU-Primeira Câmara, item 9.2.

8.12.1 Faixa de preços aceitáveis

619. A seguir, são transcritas considerações feitas no voto do relator do Acórdão 2.170/2007-TCU-Plenário, Ministro Ubiratan Aguiar, que tratam de avaliação de sobrepreço:

> 31. Não obstante tais considerações, concordo com o ACE da Serur quando afirma que "o paradigma, seja para aferição de sobrepreço de um produto ou para definir sua adequação aos valores de mercado, não é o 'preço de adjudicação' de um determinado pregão" (fl. 78 – Anexo 5), mas, sim, o valor que se encontra dentro de uma faixa de preços praticada pelos fornecedores desse mesmo produto, o que "pressupõe um valor mínimo e um valor máximo de mercado para cada produto" (fl. 76 – Anexo 5). O sobrepreço ficaria caracterizado, nesses termos, se o valor adjudicado ultrapassasse o máximo da faixa de preços aceitáveis praticada para o produto a ser adquirido pela Administração.
>
> 32. Esclareço que preço aceitável é aquele que não representa claro viés em relação ao contexto do mercado, ou seja, abaixo do limite inferior ou acima

> do maior valor constante da faixa identificada para o produto (ou serviço). Tal consideração leva à conclusão de que as estimativas de preços prévias às licitações, os valores a serem aceitos pelos gestores antes da adjudicação dos objetos dos certames licitatórios, bem como na contratação e posteriores alterações, por meio de aditivos, e mesmo os parâmetros utilizados pelos órgãos de controle para caracterizar sobrepreço ou superfaturamento em contratações da área de TI devem estar baseados em uma "cesta de preços aceitáveis". A velocidade das mudanças tecnológicas do setor exige esse cuidado especial. (grifou-se)

620. Depreende-se do trecho transcrito que há uma faixa de preços na qual os fornecedores do nicho de mercado da solução a contratar operam (*vide* item "8.4.2. Nicho de mercado da solução de TI que deve ser considerado na pesquisa de preços"), que apresenta:

1) um valor mínimo, abaixo do qual a contratação se torna inexequível, de difícil identificação *a priori*, como é discutido no item "8.12.6.Análise de preços aparentemente inexequíveis", e que leva à desclassificação de uma proposta se o licitante não demonstrar que seu preço é exequível; e
2) um valor máximo de mercado, também de difícil aferição.

621. A organização pública deve tentar identificar essa faixa na pesquisa de preços, buscando obter a amostra mais ampla possível em termos de fontes de preços e quantidade de preços levantados.

8.12.2 Preço unitário estimado, preço global estimado e preço máximo definido

622. Como consta do item "8.11. Formas de cálculo da estimativa de preço", o preço unitário estimado para cada item de uma solução pode ser calculado mediante a média dos preços coletados na pesquisa de preços, a mediana, ou o menor preço, entre outras formas de cálculo. Adicionalmente, o preço global estimado da contratação (valor global estimado) é calculado como a soma dos preços de cada item. Por sua vez, o preço de cada item é igual ao preço unitário estimado, multiplicado pela quantidade definida para o item (*vide* parágrafo 12).

623. De acordo com a Lei 8.666/1993, opcionalmente, pode-se definir o preço máximo aceitável para cada item e para o valor global (art. 40, inciso X), exceto para obras e serviços de engenharia, para as quais é obrigatória a definição de preços máximos (Súmula - TCU 259).

624. O preço máximo aceitável pode ser estabelecido por órgão oficial competente, isto é, por uma organização pública, como previsto na Lei 8.666/1993, art. 43, inciso IV. Como foi exposto anteriormente, houve definição de preços máximos nos acordos estabelecidos pela SGD/ME, com grandes fabricantes de *software* (parágrafos 449-451). Aquela secretaria estabeleceu "Preços Máximos de Compra de Itens de TIC (PMC-TIC)", que são de uso obrigatório para as organizações públicas do Sisp nas contratações que utilizem produtos dos "Catálogos de Soluções de TIC com Condições Padronizada", de acordo com a IN - SGD/ME 1/2019, art. 20, § 3º, art. 27, parágrafo único, art. 36, § 2º, e art. 39-A, § 1º; a IN - Seges/ME 73/2020, art. 8º; e a IN - Seges/ME 65/2021, art. 8º.

625. Na Lei 14.133/2021, constam dispositivos a respeito da possibilidade de definição de preços máximos: art. 24, parágrafo único (uso do critério de julgamento por maior desconto) e 61, § 1º (desclassificado em razão de a proposta permanecer acima do preço máximo definido pela Administração, mesmo após a negociação). A questão de o preço estimado funcionar como preço máximo aceitável consta do item 8.12.5 desta NT.

626. Como não poderia ser diferente, o valor de referência (preço estimado) e o preço máximo aceitável têm de estar dentro da faixa de preços aceitáveis. O exposto está sintetizado na **Figura 10**[70]:

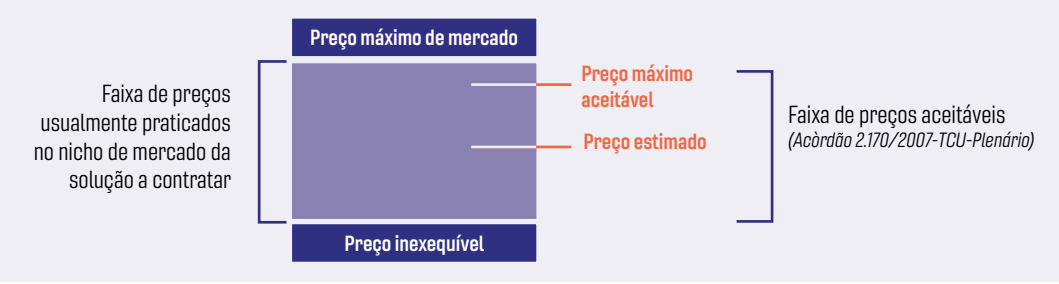
627. Embora o preço máximo aceitável por uma organização pública possa ser igual ao preço máximo de mercado, na **Figura 10,** é ilustrada situação em que esses preços não coincidem. Isso pode ocorrer pela inexatidão da amostragem feita na pesquisa de preços, de modo que, quanto mais a amostra representar o mercado, menor deverá ser essa

diferença (*vide* parágrafo 621). Lembrando que o preço máximo aceitável pode ser definido por órgão oficial competente (parágrafo 624).

628. Se a amostra de preços for de baixa qualidade (*e.g.* preços coletados somente mediante cotações junto a fornecedores que tenham oferecidos preços inflados, sem ter havido a devida crítica), o preço máximo aceitável pode ficar bem acima do preço máximo de mercado e o preço estimado pode ficar acima de grande parte dos preços praticados no nicho de mercado da solução a contratar, podendo até ficar acima do preço máximo de mercado. Nessas circunstâncias, a organização pública corre o risco de contratar com sobrepreço, o que pode levar a superfaturamento na execução contratual.

▾ Figura 10

Faixa de preços considerados aceitáveis



Fonte: elaboração própria.

629. Por fim, vale ressaltar que, ainda que os preços ofertados pelo contratado estejam em consonância com os limites fixados no orçamento-base do certame (orçamento estimado da organização pública), o contratado corre o risco de ser responsabilizado solidariamente pelo dano no caso de superfaturamento, de acordo com o que consta dos votos condutores dos Acórdãos 1.304/2017, parágrafos 41-47 e 69-77; e 992/2022, parágrafos 82 e 86-91; ambos do Plenário do TCU e da relatoria do Ministro Benjamin Zymler.

8.12.3 Definição de preço máximo aceitável na IN - Seges/ME 73/2020

630. A IN - Seges/ME 73/2020 estabelece mecanismo para calcular o valor do preço máximo aceitável, que consiste em adicionar ou subtrair determinado percentual ao preço estimado:

> Orientações gerais
>
> Art. 10. O preço máximo a ser praticado na contratação poderá assumir valor distinto do preço estimado na pesquisa de preços feita na forma desta Instrução Normativa.
>
> § 1º É vedado qualquer critério estatístico ou matemático que incida a maior sobre os preços máximos.
>
> § 2º O preço máximo poderá ser definido a partir do preço estimado na pesquisa de preço, acrescido ou subtraído de determinado percentual, de forma justificada.
>
> § 3º O percentual de que trata o § 2º deve ser definido de forma a aliar a atratividade do mercado e a mitigação de risco de sobrepreço. (grifou-se)

631. No *caput* do art. 10, é exposto que o preço máximo poderá assumir valor distinto do preço estimado, o que deixa claro que são dois conceitos diferentes em linha com a jurisprudência do TCU, como o Acórdão 392/2011-TCU-Plenário, da relatoria do Ministro José Jorge, voto condutor, parágrafo 32. Adicionalmente, no § 2º do mesmo artigo, é estabelecido que o preço máximo poderá ser definido a partir do preço estimado na pesquisa de preço, acrescido ou subtraído de determinado percentual de forma justificada. O valor desse percentual não é estabelecido no dispositivo citado, deixando-se sua definição à discricionariedade dos agentes públicos responsáveis, que deverão justificar o percentual escolhido. De acordo com o § 3º do artigo em tela, é estabelecido que o percentual de que trata o § 2º deve ser definido, de forma a aliar a atratividade do mercado e a mitigação de risco de sobrepreço.

632. Com relação a esse mecanismo, é importante observar o que dispõe a Lei 8.666/1993, art. 40, inciso X:

> Art. 40. O edital conterá no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte:
>
> [...]
>
> X - o critério de aceitabilidade dos preços unitário e global, conforme o caso, permitida a fixação de preços máximos e vedados a fixação de preços mínimos, critérios estatísticos ou faixas de variação em relação a preços de referência, ressalvado o disposto nos parágrafos 1º e 2º do art. 48; (grifou-se)

633. Entende-se que a atratividade das licitações públicas para as empresas do mercado é relevante e pode ser ampliada com o dispositivo em tela, mas a Lei 8.666/1993, art. 40, inciso X, veda o estabelecimento de faixas de variação em relação a preços de referência, que é justamente o que prevê o § 2º do art. 10 da IN - Seges/ME 73/2020, o que vai de encontro a esse dispositivo legal da Lei 8.666/1993. Infere-se da redação da lei que a definição do valor máximo não deve basear-se no preço estimado, mas, sim, em valores praticados no mercado.

634. Essa vedação também consta dos Acórdãos 378/2011, relatório, excerto do relatório da unidade técnica (Secex-ES), parágrafos 27-31, e item 9.6.2 do acórdão; 1.061/2014, item 9.14.4; e 363/2020, item 9.1.2; todos do Plenário do TCU. Ressalta-se que, nesses casos, o preço máximo não foi definido como o preço estimado mais um percentual, mas definiu-se o critério de aceitabilidade do preço com base no valor estimado mais um percentual. No voto condutor do Acórdão 363/2020-TCU-Plenário, da relatoria do Ministro-Substituto Augusto Sherman, consta o seguinte:

> 9. Acrescente-se que, além da pesquisa de preços deficitária realizada, em desconformidade com a jurisprudência do TCU, a [*omissis*] majorou os preços em 7,5% para chegar ao critério de aceitabilidade de preços do Pregão PG-1.90.2015.0780, com fundamento na Decisão da Diretoria 23.02/2009, realizada em 15/06/2009. Nos termos constantes dessa Decisão, para licitações na modalidade pregão: "serão considerados preços excessivos aqueles que ultrapassarem o orçamento básico disponível no processo em mais de 7,5%".
>
> 10. Cabe ressaltar que é ilegal estabelecer faixa de variação em relação a preços de referência como critério de aceitabilidade de preço global, conforme delineado, por exemplo, no Acórdão 1.061/2014-TCU-Plenário, de relatoria do Ministro Walton Alencar Rodrigues.
>
> 11. No caso encontrado na [*omissis*], a fixação de faixa de variação é de até 7,5% acima do orçamento básico, como critério de aceitabilidade de preço global do Pregão PG-1.90.2015.0780, contrariou o disposto no art. 40, inciso X, da Lei 8.666/1993, que veda a fixação de faixas de variação em relação a preços de referência.
>
> 12. No Relatório final de julgamento da licitação, elaborado pela pregoeira, é possível verificar que o preço apresentado pela empresa vencedora do certame, [*omissis*], ficou 4,356% acima do orçamento estimado da contratação, mas foi aceito em razão de estar abaixo da faixa de 7,5% adotada como critério de aceitabilidade de preços.

635. Destaca-se que não é estabelecido mecanismo para calcular o valor do preço máximo na IN - Seges/ME 65/2021, que regulamenta aspectos da pesquisa de preços no âmbito da Lei 14.133/2021.

8.12.4 Preço estimado versus preço máximo como critério de aceitabilidade no escopo da Lei 8.666/1993

636. No âmbito da Lei 8.666/1993, quando o critério de aceitabilidade de preços recai sobre o preço estimado, a desclassificação de proposta de preços acima desse valor não é imediata. A seguir, são expostas ponderações de Joel de Menezes Niebuhr (2007) sobre o tema:

> A propósito, não se confunda **orçamento ou preço estimado** e **preço máximo.** Trata-se de duas coisas diferentes, com funções e efeitos diferentes. Em síntese, o preço máximo opera como condição pré-estabelecida no edital para as propostas. Aquelas que consignarem preço acima do máximo estipu-

> lado devem ser desclassificadas de plano, sem a necessidade de maiores justificativas. Já o preço estimado não agrega tamanha força. Trata-se de mera referência, de estimativa da Administração do quanto ela planeja desembolsar com o contrato, prestando-se a orientar a formulação das propostas por parte dos licitantes, sem autorizar qualquer espécie de sanção ou a desclassificação daquelas propostas que consignarem preços superiores a ele.
>
> [...]
>
> Todavia, em caso contrário, o preço estimado, por si só, não qualificado como máximo, não é o bastante para desclassificar qualquer licitante, quer tenha cotado acima, quer abaixo dele. Não que a Administração deva aceitar qualquer espécie de preço. Ao contrário, ela deve desclassificar propostas com preços excessivos e propostas com preços inexeqüíveis. Porém ela não poderá fazê-lo de modo quase automático, ela terá, se for o caso, que justificar o quão o preço é excessivo ou o quão a proposta apresentada pela licitante é inexeqüível.

637. Marinês Restelatto Dotti vai na mesma linha, informando que os critérios de aceitabilidade das propostas com base no exame da compatibilidade dos valores ofertados com os estimados pela Administração admitem proposta com valor superior ao estimado (DOTTI, 2018, p. 2). Esse ponto consta do voto do relator do Acórdão 2.688/2013-TCU-Plenário, Ministro José Jorge:

> 11. No caso concreto, haja vista a natureza do objeto do certame (não se trata de obra ou serviço de engenharia), não seria obrigatória a fixação de preço máximo. A corroborar tal assertiva, julgo oportuno trazer à colação o seguinte excerto do voto condutor do Acórdão nº 1380/2010-Plenário, da lavra do Ministro Augusto Nardes, que deu ensejo à edição da mencionada súmula, *verbis*:
>
> > **"4. (...) recebi nesta data contribuição do eminente Ministro Benjamin Zymler no sentido de se promover especificação, no texto a ser aprovado, de que o enunciado se dirija a obras e serviços de engenharia, vez que, como diligentemente apontou Sua Excelência, quanto a outros serviços a serem contratados pela Administração, tais como os de prestação continuada, esta Corte tem admitido não ser causa de desclassificação de proposta pequenas variações entre os valores/percentuais cotados pelos licitantes em suas planilhas de custos e aqueles estimados pela Administração, desde que o valor total esteja compatível com o preço de mercado."** (grifei)

638. Dotti pondera que, caso a proposta apresente valor superior ao estimado, exige-se a justificativa por parte da CPL ou do pregoeiro (DOTTI, 2018, p. 2):

> O critério de aceitabilidade das propostas, com base no exame da compatibilidade dos valores ofertados com aqueles estimados pela administração na fase interna do procedimento licitatório, admite aquelas (propostas) superiores ao valor estimado, exigindo-se, neste caso, por parte da comissão de licitação ou do pregoeiro, a explicitação dos motivos da aceitação do preço.
>
> Não há parâmetro legal definido acerca da margem de superação aceitável de propostas, haja vista a infinidade de circunstâncias conjunturais e/ou sazonais a serem consideradas. Imprescindível é a instrução do processo licitatório com a obrigatória pesquisa de preços do objeto que a administração pretende adquirir, demonstrativa dos preços praticados pelo mercado, com eficaz repercussão na margem de variação admitida para aceitação de propostas.
>
> A jurisprudência do Tribunal de Contas da União assinala que não há margem de tolerância de sobrepreço e que situações excepcionais devem ser analisadas à luz de suas particularidades (Acórdãos de nº 1894/2011, 1155/2012, 3095/2014, 2132/2015 e 3021/2015, todos do Plenário, dentre outros). O fato de a Corte de Contas federal ter excepcionalmente admitido, ao analisar casos concretos, que valores pouco acima dos preços referenciais podem ser considerados variações normais de mercado, não significa dizer que exista alguma faixa de tolerância que possa ser entendida como normal ou aplicável generalizadamente (Acórdão nº 1.894/2016 – Plenário, Rel. Min. Raimundo Carreiro, Processo nº 021.409/2003-4 [voto condutor, parágrafo 8]).

639. Lembrando que a Lei 8.666/1993 não é explícita, no sentido de desclassificar proposta que esteja acima do preço estimado, considerando-se o art. 43, inciso IV. A lei refere-se à conformidade de cada proposta com "os preços correntes no mercado ou fixados por órgão oficial competente, ou ainda com os constantes do sistema de registro de preços", como pode ser observado na transcrição a seguir:

> Art. 43. A licitação será processada e julgada com observância dos seguintes procedimentos:
>
> [...]

> IV - verificação da conformidade de cada proposta com os requisitos do edital e, conforme o caso, com os preços correntes no mercado ou fixados por órgão oficial competente, ou ainda com os constantes do sistema de registro de preços, os quais deverão ser devidamente registrados na ata de julgamento, promovendo-se a desclassificação das propostas desconformes ou incompatíveis; (grifou-se)

640. Por sua vez, a desclassificação automática de preço acima do máximo estabelecido é positivada na Lei 8.666/1993, art. 48, inciso II:

> Art. 48. Serão desclassificadas:
>
> [...]
>
> II - propostas com valor global superior ao limite estabelecido ou com preços manifestamente inexeqüíveis, assim considerados aqueles que não venham a ter demonstrada sua viabilidade através de documentação que comprove que os custos dos insumos são coerentes com os de mercado e que os coeficientes de produtividade são compatíveis com a execução do objeto do contrato, condições estas necessariamente especificadas no ato convocatório da licitação. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994) (grifou-se)

641. Dotti acrescenta que, no Decreto 7.892/2018, que regulamenta o registro de preços, a organização pública pode escolher comparação com o preço máximo ou no exame da compatibilidade com o preço estimado (DOTTI, 2018, p. 2-3):

> No atual regulamento federal sobre o sistema de registro de preços (Decreto nº 7.892/2013) não há disposição a respeito de critério único aplicável à aceitação de proposta de menor valor, como existia no revogado Decreto nº 3.931/2001 (art. 9º, inciso III). A omissão no atual regulamento, por certo, visa a possibilitar que o administrador defina o melhor critério de julgamento aplicável ao caso concreto, podendo ser o baseado no preço máximo (art. 40, inciso X, da Lei nº 8.666/1993) ou no exame da compatibilidade com o preço estimado (art. 43, inciso IV, da Lei nº 8.666/1993). O Decreto nº 7.892/2013 possibilita, ainda, ao administrador público, a utilização dos critérios de julgamento baseados na combinação técnica e preço e na maior oferta de desconto, consoante disposto em seus artigos 7º, §1º e 9º, §1º.

642. Em adição, no Decreto 10.024/2019, que regulamenta a modalidade de pregão na forma eletrônica, no âmbito da Lei 8.666/1993 e da Lei 10.520/2002 e que aceita critérios de julgamento de menor preço ou maior desconto (art. 7º), também se pode comparar o valor ofertado com o estimado ou com o máximo aceitável (art. 15 c/c art. 39).

643. Flávia Daniel Vianna (2013) menciona o exemplo da dificuldade de uso do critério de comparação dos preços ofertados com o preço estimado em análise, a favor do estabelecimento do valor máximo, ao argumentar que o valor máximo, embora seja facultativo [não para obras], deve ser estabelecido para criar um critério objetivo de desclassificação, o que não ocorre quando o critério é a comparação com o preço estimado:

> Entendemos que o valor máximo é, realmente, elemento facultativo (não obrigatório). Não obstante, somos favoráveis a que o valor máximo seja sempre estipulado no edital, qualquer que seja a modalidade adotada (inclusive o pregão). Explicaremos o porquê.
>
> Vamos imaginar determinada licitação, do tipo menor preço, para aquisição de notebooks, onde, na pesquisa de mercado, resultaram os seguintes valores praticados no mercado:
>
> MENOR PREÇO ENCONTRADO MAIOR PREÇO ENCONTRADO MÉDIA
>
> Notebook A R$ 500,00 R$ 1.000,00 R$ 750,00
>
> Nesse caso, verificou-se que para o objeto a variação de preço no mercado é entre R$ 500,00 a R$ 1.000,00, sendo estabelecido o valor estimado (média resultante da pesquisa de mercado) em R$ 750,00.
>
> [...]
>
> Nessa hipótese, imagine que o órgão opte por não fixar o valor máximo que a Administração se propõe a pagar (pois, como visto, o valor máximo é facultativo).
>
> Na data da sessão, são apresentadas propostas (e, em caso de pregão, realizada a fase competitiva de lances), sendo que, o primeiro classificado, detentor do menor preço, ofereça o valor de R$ 760,00 ou R$ 770,00 ou R$ 780,00 ou R$ 790,00 ou R$ 850,00?
>
> **Como deverá proceder a Comissão de Licitação ou o Pregoeiro neste caso, onde a proposta encontra-se acima do valor estimado pelo órgão porém, abaixo dos praticados no mercado?**

> Poderá simplesmente proceder à desclassificação do proponente, mediante justificativa que o valor da proposta encontra-se acima do valor estimado pelo órgão e que o licitante não quis reduzir seus valores em negociação (no caso de pregão)???
>
> [...]
>
> Entretanto, uma vez que não existe valor máximo estipulado no edital (mas, tão somente, o valor estimado, seja no edital, seja nos autos do processo), o fato da proposta do melhor classificado encontrar-se acima do valor estimado pelo órgão, mas, dentro e em conformidade com os valores praticados no mercado, não visualizamos a possibilidade de desclassificação desta proposta (que, tudo indica, se concretizaria por critérios não claramente objetivos).
>
> [...]
>
> Em vista desta problemática (muito frequente nas contratações públicas), somos totalmente favoráveis a fixação, em toda e qualquer licitação, do chamado valor máximo nos editais, que servirá como o limite para desclassificação de propostas que sejam formuladas acima deste teto.
>
> Com o estabelecimento do valor máximo no edital, formula-se um critério extremamente objetivo para desclassificação de propostas, sem que o pregoeiro ou equipe de apoio encontre problemas com o licitante, no momento de sua desclassificação (se este for o caso).

644. No mesmo sentido vai Renato Geraldo Mendes, que defende utilizar-se mais o preço máximo, pois facilita o julgamento das propostas e elimina a grande dificuldade que as comissões e os pregoeiros têm para justificar a excessividade em torno do preço (MENDES, 2012, p. 300-301):

> Preço máximo é o preço limite que a Administração impõe ao mercado fornecedor. Trata-se, na verdade, de um expediente que a Administração pode lançar mão para inviabilizar o preço excessivo e, consequentemente, o manifestamente excessivo. Por meio da fixação do preço máximo, é definido um teto acima do qual o preço é considerado inaceitável. Quando a Administração "lança" um edital no qual foi fixado um preço máximo, é como se ela dissesse: "qualquer preço acima do máximo definido não será aceito ou será rejeitado". O preço máximo facilita o julgamento das propostas e elimina a grande dificuldade que as comissões e os pregoeiros têm para justificar a excessividade em torno do preço. Ademais, o preço máximo possibilita que a Administração ajuste a despesa a ser feita com o orçamento disponível, desde que respeite determinadas condições. É um excelente expediente que deve ser utilizado com mais frequência.

> [...]
>
> O preço máximo cumpre funções distintas, conforme o tipo de licitação. **Se o tipo é o menor preço, a função básica do preço máximo é manter o preço do licitante muito próximo do valor orçado, aquele que a Administração reconhece como o mais justo e compatível com os preços de mercado.** No menor preço, a tendência do licitante é manter o padrão de qualidade do objeto tal como definido no edital (que não deixa de ser mínimo) e apresentar um preço que possa ser, para ele, o maior possível. A tendência é a qualidade não melhorar e o preço subir. **Logo, é preciso conter o preço. Essa é a lógica que norteia o sistema do menor preço.)**

645. Marçal Justen Filho pondera que devem ser desclassificadas as propostas de valor excessivo e que essa excessividade é apreciável de modo mais simples quando o ato convocatório já determinar o valor máximo admissível (JUSTEN FILHO, 2014, p. 861):

> **4.1) Propostas de valor excessivo (art. 48, inc. II)**
>
> Devem ser desclassificadas as propostas de valor excessivo. Essa excessividade é apreciável de modo mais simples quando o ato convocatório já determinar valor máximo admissível. O inc. II, ora comentado, refere-se a essa hipótese. [inciso II do art. 48 da Lei 8.666/1993]
>
> Permanece a regra de que as propostas com preços excessivos deverão ser desclassificadas. Não é necessário que o edital tenha fixado um limite formal para as propostas. Devem-se verificar os dados indicados pelo art. 43, inc. IV. Se, perante eles, a proposta for excessiva, deverá ser desclassificada.

646. Lembrando que o preço estimado é utilizado em outras atividades, além de poder ser usado como critério de aceitabilidade de preços. Também é usado na adequação orçamentária e no cálculo de critérios de habilitação referentes ao valor do capital mínimo exigido ou do patrimônio líquido (*vide* Apêndice II). Dessa forma, se for definido um valor máximo diferente do valor estimado, o estimado continua sendo usado nas atividades citadas.

647. Acrescenta-se que, no voto do relator do Acórdão 2.688/2013-TCU-Plenário, Ministro José Jorge, consta a afirmação de que a Lei 8.666/1993 não ordena a desclassificação de propostas de preços desconformes com o orçamento, mas, sim, desconformes com o mercado:

> 12. Não bastaria, portanto, à unidade técnica afirmar que a irregularidade residiria no fato de os valores adjudicados e contratados estarem superiores aos valores orçados; deveria ela demonstrar que tais valores adjudicados e contratados encontravam-se acima dos efetivamente praticados no mercado. E isso não foi feito. Como restou consignado no voto condutor do Acórdão nº 267/2003-Plenário, **"a Lei nº 8.666/93 não ordena a desclassificação de propostas de preços desconformes com o orçamento, mas sim de propostas de preços desconformes com o mercado, este que é, na verdade, o padrão efetivo para avaliação da conformidade das ofertas, como se percebe dos artigos 24, inciso VII, e 43, inciso IV, da mencionada lei".** (grifei)

648. Depreende-se do exposto que a redação do inciso IV do art. 43 é de difícil interpretação, pois:

1) não indica aos gestores como verificar a conformidade de cada proposta com os "preços correntes no mercado", pois o valor estimado no orçamento não se prestaria para a verificação da aceitabilidade dos preços; e
2) com relação à palavra "conformidade", que consta do dispositivo em tela, não é claro se é aceita alguma extrapolação do valor estimado pela organização pública, com a devida justificativa, ou se esse valor estimado se torna o limite máximo, como ocorre com o preço máximo (Lei 8.666/1993, art. 40, inciso X).

649. Vale assinalar que o Acórdão 2.340/2016-TCU-Plenário, da relatoria do Ministro Raimundo Carreiro, apresenta recomendação, no sentido de documentar o método utilizado para o cálculo dos preços máximos global e unitário, bem como os critérios estabelecidos para avaliar a exequibilidade das propostas, juntamente com os documentos que lhe dão suporte:

> 9.1.10. no seu modelo de processo de aquisições para a contratação de bens e serviços e a gestão dos contratos decorrentes, que vier a ser elaborado em atenção ao item "c" do encaminhamento do achado 3.7, constante do Relatório que fundamenta este Acórdão, inclua o seguinte controle interno na etapa de elaboração do termo de referência ou projeto básico:
>
> [...]

> f) documentar o método utilizado para cálculo dos preços máximos global e unitário e também os critérios estabelecidos para avaliar a exequibilidade das propostas, juntamente com os documentos que lhe dão suporte; (grifou-se)

650. A documentação gerada deve incluir as motivações de cada decisão com base na Lei 9.784/1999 (Lei do Processo Administrativo), art. 2º, parágrafo único, inciso VII, c/c art. 50, incisos I), considerando que as decisões tomadas afetaram o julgamento das propostas de preço dos licitantes, afetando seus interesses.

651. Em síntese, no âmbito da Lei 8.666/1993:

1) quando o critério de aceitabilidade de preços recai sobre o preço estimado, a desclassificação de proposta de preços acima do estimado não é imediata, mas, quando é usado o preço máximo como critério de aceitabilidade, a desclassificação é automática. Por isso, alguns autores incentivam o uso do preço máximo;
2) mesmo com o uso de preço máximo, o preço estimado é utilizado em outras atividades, tais como na adequação orçamentária, no cálculo de critérios de habilitação referentes ao valor do capital mínimo exigido ou do patrimônio líquido, ou ainda da garantia de execução, e na negociação dos preços; e
3) há recomendação, no sentido de documentar o método utilizado para o cálculo dos preços máximos global e unitário, bem como os critérios estabelecidos para avaliar a exequibilidade das propostas, juntamente com os documentos que lhe dão suporte (Acórdão 2.340/2016-TCU-Plenário, da relatoria do Ministro Raimundo Carreiro, item 9.1.10, alínea "f").

652. Por fim, a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE, 2021, p. 11) recomenda que se defina o preço máximo somente se for baseado em pesquisa de mercado minuciosa e se os servidores tiverem certeza de que é um preço realmente adequado.

8.12.5 Definição do preço estimado como preço máximo

653. No voto condutor do Acórdão 392/2011-TCU-Plenário, da relatoria do Ministro José Jorge, é explicitado que, no âmbito da Lei 8.666/1993, "valor estimado" e "preço máximo" são conceitos distintos, mas o edital pode definir que o preço máximo seja o estimado:

> 32. A propósito, "orçamento" ou "valor orçado" ou "valor de referência" ou simplesmente "valor estimado" não se confunde com "preço máximo". O **valor orçado,** a depender de previsão editalícia, pode eventualmente ser definido como o **preço máximo** a ser praticado em determinada licitação, mas não necessariamente. Num dado certame, por exemplo, o **preço máximo** poderia ser definido como o **valor orçado** acrescido de determinado percentual. São conceitos, portanto, absolutamente distintos, que não se confundem.
>
> 33. O orçamento deverá ser elaborado (**fixado**) em quaisquer situações, haja vista o disposto no art. 7º, § 2º, II (específico para obras e serviços de engenharia), c/c o art. 40, § 2º, II (aplicado a obras, serviços – de engenharia ou não – e compras), ambos da Lei de Licitações. Já a **fixação** do preço máximo está disciplinada no art. 40, X, da Lei nº 8.666/93, com a interpretação que lhe foi conferida pela Súmula TCU nº 259.

654. O Ministro José Jorge também expressa esses entendimentos nos Acórdãos 2.688/2013-TCU-Plenário, voto condutor, parágrafos 9-10; e 6.452/2014-TCU-Segunda Câmara, voto condutor, parágrafos 4.2-4.3.

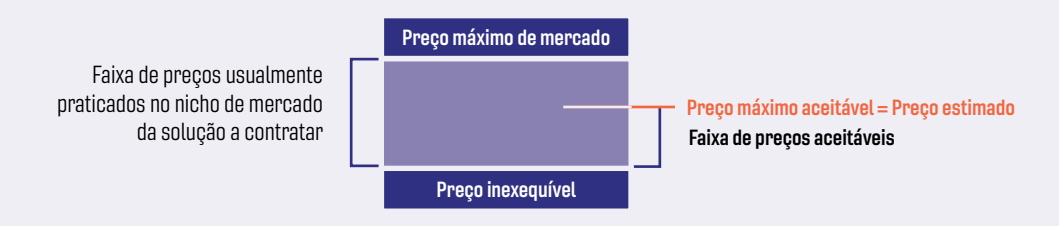
655. A possibilidade de definição do preço estimado como preço máximo também é considerada por Joel de Menezes Niebuhr (2007):

> Pois bem, toda e qualquer licitação deve ser precedida da estimativa do preço por parte da Administração Pública. O preço estimado é sempre obrigatório. Entretanto, o preço máximo constitui mera faculdade, na forma do inc. X do art. 40 da Lei nº 8.666/93, isto é, a Administração estabelece preço máximo no instrumento convocatório se quiser. Nada impede que o preço estimado seja considerado também preço máximo, desde que o instrumento convocatório assim o prescreva. Nessa hipótese, o licitante que oferecer proposta acima do preço estimado, que é o preço máximo, deve ser desclassificado de plano. (grifou-se)

656. O entendimento de somente aceitar preço igual ou menor ao estimado tem subjacente a premissa de que, ainda que haja preços no mercado mais altos do que o valor estimado e que estejam dentro da faixa de preços do mercado (ou seja, não há sobrepreço), como exposto é ilustrado na **Figura 11**, a Administração deve contratar somente por preços iguais ou abaixo do preço estimado, pois contratar por preços acima dele não seria vantajoso para a Administração.

▼ Figura 11

Preço estimado como o máximo aceitável



Fonte: elaboração própria.

657. O Ministro Valmir Campelo faz considerações a respeito de não se aceitar valor acima do estimado, no seu voto, no Acórdão 3.381/2013-TCU-Plenário, ainda sob a égide do Decreto 5.450/2005:

> 10. Com efeito, é razoável admitir que o preço estimado pela administração, em princípio, seja aquele aceitável, para fins do disposto no § 5º do art. 25 antes transcrito, ou o máximo que ela esteja disposta a pagar na contratação pretendida, fazendo com que todos os esforços de negociação com os licitantes se desenvolvam em torno dessa importância.
>
> 11. Afinal, trata-se de orçamento quantificado a partir de amplos estudos e pesquisas de mercado, aí incluídas avaliações quanto aos preços utilizados por órgãos/entidades equivalentes da administração pública, o que atribui a tal estimativa o requisito da confiança, próprio dos documentos públicos.
>
> [...]
>
> 13. Nessa etapa preparatória, o órgão/entidade requisitante, por meio de autoridade competente, definirá o bem ou serviço comum a ser adquirido, seu

> quantitativo, justificando sua necessidade e verificando sua disponibilidade no mercado, inclusive com a realização de um prévio orçamento, além de estipular as exigências de habilitação, o critério de aceitação das propostas, as sanções para os casos de inadimplemento, os prazos para fornecimento e as cláusulas do contrato, além dos padrões mínimos de desempenho para a manutenção da qualidade do bem ou serviço a ser adquirido.
>
> 14. Não é demais relembrar que a função primordial do pregoeiro é obter o melhor negócio para a administração. Assim, quando esta fixa o preço referencial está orientando o pregoeiro no sentido de que, tendo em vista a sua política administrativa ou as suas limitações financeiras, não considera aceitável um valor superior ao estipulado como parâmetro para negociação.
>
> 15. É claro que esse critério de aceitação não é absoluto, podendo ter a sua validade confirmada ou não na prática, graças a uma condição própria que move o mundo capitalista, denominada concorrência, onde os preços são ditados pelas forças do mercado, a partir dos custos incorridos na prestação dos serviços ou na produção dos bens.
>
> 16. Em geral, quando o menor preço ofertado é superior ao valor de referência, é porque houve um trabalho de pesquisa mal elaborado, podendo ainda ter ocorrido uma distribuição de mercados entre os licitantes, para eliminação da livre concorrência, afora a possibilidade da existência de circunstâncias supervenientes à fixação do preço referencial. (grifou-se)

658. O Ministro Valmir Campelo apresenta argumentação similar no voto condutor do Acórdão 620/2014-TCU-Plenário, parágrafos 55-56 e 58-60.

659. Há diversos julgados do TCU, no sentido de considerar o preço estimado como o preço máximo ainda sob a égide da Lei 8.666/1993, como os Acórdãos 1.094/2004-TCU-Plenário, voto condutor, parágrafo 11; 1.090/2007, item 9.3.5.5; 93/2009, item 9.2.3; 2.555/2009, voto condutor, parágrafos 9-10; e 413/2010, relatório, excerto do relatório da unidade técnica (Secex-PI), parágrafo 24-25; 378/2011, relatório, excerto do relatório da unidade técnica (Secex-ES), parágrafos 27-31, e item 9.6.2 do acórdão; 3.381/2013, voto condutor, parágrafos 10-16; 620/2014-TCU-Plenário, voto condutor, parágrafos 55-56 e 58-60; todos do Plenário do TCU; 655/2011-TCU-Primeira Câmara, item 1.6.13; e 4.852/2010-Segunda Câmara, item 9.6.1.

660. Destaca-se que a definição do preço estimado como o máximo aceitável foi positivada na Lei 14.133/2021, art. 59, inciso III:

> Art. 59. Serão desclassificadas as propostas que:
>
> [...]
>
> III - apresentarem preços inexequíveis ou permanecerem acima do orçamento estimado para a contratação; (grifou-se)

661. Entretanto, a desclassificação que consta do inciso III do art. 59 não é sumária, como apontam Guilherme Carvalho e Luiz Felipe Simões (2021):

> Nesse sentido, propostas finais formuladas pelos licitantes contendo valores superiores ao orçamento elaborado pelo órgão ou entidade contratante deverão ser excluídas da disputa. Mas não se trata de desclassificação sumária, haja vista a possibilidade de a Administração, com base no *caput* do artigo 61 da Lei nº 14.133/2021, uma vez definido o resultado do julgamento, "negociar condições mais vantajosas com o primeiro colocado".
>
> A propósito, essa negociação poderá também ser feita com os demais licitantes, segundo a ordem de classificação, "quando o primeiro colocado, mesmo após a negociação, for desclassificado em razão de sua proposta permanecer acima do preço máximo definido pela Administração" (parágrafo 1º do artigo 61).

662. Dispositivos similares ao inciso III do art. 59 da Lei 14.133/2021 constam na Lei 12.462/1011 (Lei do Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC), art. 24, inciso III; e na Lei 13.303/2016 (Lei das Estatais), art. 56, inciso IV.

663. Os aspectos tratados no presente item levam ao próximo entendimento.

Entendimento 14

Nas contratações públicas de bens e serviços de TI, os agentes públicos responsáveis pelo planejamento da contratação devem:

1. no escopo da Lei 8.666/1993, avaliar se é vantajoso definir os preços máximos aceitáveis unitários e global iguais aos respectivos preços estimados unitários e global, pois torna a aplicação dos critérios de aceitabilidade de preços menos sujeitos a questionamentos, mas, se houver preços definidos por autoridade oficial competente, poderá defini-los como critério de aceitabilidade de preços unitários;
2. no caso da aplicação da Lei 14.133/2021, na definição de critérios de aceitabilidade de preços, explicitar que as propostas com preços unitários e global acima dos que constam do orçamento estimado pela organização pública serão desclassificadas; e
3. documentar a definição dos critérios de aceitabilidade de preços unitários e global, motivando as decisões tomadas.

As atividades citadas devem ser verificadas pela autoridade máxima da área de TI, pela autoridade responsável por aprovar o termo de referência ou o projeto básico, pelos membros da CPL, pela autoridade responsável por homologar a licitação e pelo parecerista jurídico no tocante a aspectos jurídicos.

8.12.6 Análise de preços aparentemente inexequíveis

664. Uma questão que costuma ser levantada é a de como lidar com preços aparentemente inexequíveis nas contratações de TI, especialmente com relação às licitações na modalidade pregão. Trata-se de preocupação legítima, pois, se a contratação ocorrer com preço que inviabilize a execução do objeto, além dos transtornos decorrentes na execução do contrato, pode-se comprometer a execução das ações da organização pública para as quais a contratação sirva de suporte, como, por exemplo, a prestação de algum serviço público.

665. A questão da inexequibilidade de preços foi abordada no relatório do Acórdão 2.362/2015-TCU-Plenário, da relatoria do Ministro Augusto Nardes, que trata de auditoria operacional conduzida pela Sefti, com objetivo de avaliar a eficácia e a eficiência do modelo de contratação

de desenvolvimento e manutenção de sistemas informatizados adotado pelas organizações componentes da APF, em especial quando utilizados métodos ágeis de desenvolvimento, visando a apresentar entendimentos quanto aos riscos e às medidas utilizadas (parágrafos 91-147 do excerto do relatório da unidade técnica que consta do relatório).

666. Embora as ponderações expostas no relatório citado tenham sido feitas no contexto de desenvolvimento e manutenção de sistemas informatizados, também podem ser consideradas em outras contratações de TI. Nos próximos itens, são expostos diversos aspectos contidos no relatório citado, combinados com novas ponderações e com as devidas adaptações para aplicar-se às contratações de bens e serviços de TI em geral e para considerar as atualizações da legislação citada originalmente no relatório do Acórdão 2.362/2015-TCU-Plenário.

8.12.6.1 Pregão, escolha pelo menor preço e exequibilidade

667. As consequências do risco de contratar por preço inexequível relatadas pelos diferentes órgãos envolvidos na auditoria tratada no Acórdão 2.362/2015-TCU-Plenário são similares:

1) a empresa contratada tem dificuldades para entregar os produtos demandados dentro dos níveis mínimos de serviço exigidos;
2) o custo da fiscalização do contrato aumenta, em razão da necessidade de gestão de conflitos frequentes com o fornecedor, aspecto também citado por Marçal Justen Filho (2014, p. 870, item 5.2.3); e
3) o atendimento da necessidade da Administração fica prejudicado.

668. Alguns gestores citaram a licitação na modalidade pregão como um dos fatores que poderiam levar ao preço inexequível. Para fundamentar essa tese, mencionaram a competição nem sempre sensata de preços entre os licitantes, a regra de menor preço para escolha da proposta mais vantajosa e a ausência, na legislação, de critérios objetivos para aferição da exequibilidade dos valores ofertados.

669. Assim como foi sinalizado no relatório do acórdão citado, nesta NT, também, não está em discussão a adoção do pregão como a modalidade licitatória adequada para a contratação de bens e serviços comuns, inclusive de TI. A obrigatoriedade do pregão em tais casos está consolidada tanto na jurisprudência do TCU (*e.g* Acórdãos 2.138/2005, da relatoria do Ministro Walton Alencar Rodrigues, e 2.471/2008, da relatoria do Ministro Benjamin Zymler; ambos do Plenário do TCU), e na legislação, a exemplo do Decreto 7.174/2010, art. 9º, do § 1º; e da IN - SGD/ME 1/2019, art. 25, parágrafo único.

670. Entretanto, com a publicação da Lei 14.133/2021, é possível que haja discussão sobre critérios de julgamento para contratações de TI, pois foi positivado novo conjunto de critérios, incluindo "maior desconto" e "maior retorno econômico" (art. 33). Além disso, foi definido que o critério "técnica e preço" será escolhido quando o ETP demonstrar que a avaliação e a ponderação da qualidade técnica das propostas que superarem os requisitos mínimos estabelecidos no edital forem relevantes aos fins pretendidos pela Administração nas licitações para contratação de bens e serviços especiais de tecnologia da informação e de comunicação e para outros objetos, de acordo com o § 1º do art. 36 da Lei 14.133/2021, transcrito a seguir:

> Art. 36. O julgamento por técnica e preço considerará a maior pontuação obtida a partir da ponderação, segundo fatores objetivos previstos no edital, das notas atribuídas aos aspectos de técnica e de preço da proposta.
>
> § 1º O critério de julgamento de que trata o *caput* deste artigo será escolhido quando estudo técnico preliminar demonstrar que a avaliação e a ponderação da qualidade técnica das propostas que superarem os requisitos mínimos estabelecidos no edital forem relevantes aos fins pretendidos pela Administração nas licitações para contratação de:
>
> I - serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual, caso em que o critério de julgamento de técnica e preço deverá ser preferencialmente empregado;

> II - serviços majoritariamente dependentes de tecnologia sofisticada e de domínio restrito, conforme atestado por autoridades técnicas de reconhecida qualificação;
>
> III - bens e serviços especiais de tecnologia da informação e de comunicação;
>
> IV - obras e serviços especiais de engenharia;
>
> V - objetos que admitam soluções específicas e alternativas e variações de execução, com repercussões significativas e concretamente mensuráveis sobre sua qualidade, produtividade, rendimento e durabilidade, quando essas soluções e variações puderem ser adotadas à livre escolha dos licitantes, conforme critérios objetivamente definidos no edital de licitação. (grifou-se)

671. Vale ressaltar que, na IN - Seges/ME 73/2022, art. 3º, é definido o seguinte:

> Art. 3º O critério de julgamento de menor preço ou maior desconto será adotado quando o estudo técnico preliminar demonstrar que a avaliação e a ponderação da qualidade técnica das propostas que excederem os requisitos mínimos das especificações não forem relevantes aos fins pretendidos pela Administração.

672. Como foi exposto no parágrafo 670, a avaliação estabelecida no § 1º do art. 36 da Lei 14.133/2021 refere-se à utilização do critério de julgamento por "técnica e preço" e somente para alguns objetos. O texto do art. 3º da IN - Seges/ME 73/2022 estabelece essa avaliação para os critérios de julgamento "menor preço" e "maior desconto", com relação a objetos em geral, não somente os estabelecidos no § 1º do art. 36 da Lei 14.133/2021. Portanto, o art. 3º da IN - Seges/ME 73/2022 não encontra suporte na Lei 14.133/2021.

673. Adicionalmente, de acordo com a Lei 14.133/2021, quando for adotado o critério de julgamento de "menor preço" ou "maior desconto", haverá duas opções de modalidades de licitação: o pregão ou a concorrência (art. 6º, incisos XXXVIII a XLII). Ambas as modalidades apresentam um rito procedimental comum de acordo com o *caput* do art. 29 da lei citada. A escolha dependerá da natureza do objeto a contratar, adotando-se o pregão sempre que o objeto possuir padrões de desempenho e

qualidade que possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais de mercado (bens e serviços comuns) (Lei 14.133/2021, art. 29).

674. Com relação à competição nem sempre sensata, os valores ofertados naturalmente tendem a diminuir durante a disputa de preços em um pregão, podendo atingir níveis significativos de redução, sendo motivo de preocupação para os gestores, inclusive com reconhecimento da doutrina (JUSTEN FILHO, 2013, p. 181):

> A natureza do pregão propicia a redução dos problemas de preço excessivo, mas tende a agravar controvérsias acerca da viabilidade de execução de prestação. Em toda licitação, sempre se põe o risco de um licitante formular proposta de valor irrisório, com a esperança de superar as dificuldades através de modificações supervenientes. No caso específico do pregão, põe-se ainda outra circunstância. Trata-se da redução da racionalidade derivada da competição inerente à fase de lances. No afã de obter o contrato, o licitante poderá formular ofertas impensadas, produtos antes do impulso em vencer a disputa do que da meditação. Isso provoca sérios riscos relativamente a propostas cujo valor seja insuficiente para compensar o custo necessário à execução. A questão se agrava na fase de lances, em que os licitantes vão formulando ofertas cada vez mais reduzidas.

675. Vale ressaltar que a atuação insensata dos fornecedores em pregões está fora do controle da organização pública promotora do certame. Entretanto, à medida que a Administração Pública amadureça e puna empresas que se aventurem a contratar por preços inexequíveis (*e.g* esperando conseguir aditivos indevidos que aumentem o valor contratado), é de esperar-se que as empresas fornecedoras aperfeiçoem suas táticas de participação em pregões, calculando, com mais exatidão, qual é o seu preço mínimo, também chamado de "preço de reserva", ou seja, o valor mínimo que podem oferecer sem que a contratação se torne inexequível. Marçal Justen Filho acrescenta que se deve negar ao particular que formulou a proposta reduzida a perspectiva de eliminar seus problemas por qualquer outra via e de submetê-lo à consumação do prejuízo:

5.5) Os riscos do licitante: a solução para a questão da inexequibilidade

O que não se pode admitir, no entanto, é a formulação de propostas irrisórias e a tentativa de promover, ao longo do contrato, a correção dos problemas.

A melhor solução para o problema da inexequibilidade é remeter a questão aos mecanismos de mercado. Trata-se de negar ao particular que formulou a proposta reduzida a perspectiva de eliminar seus problemas por qualquer outra via e de submetê-lo à consumação do prejuízo. Na medida em que os contratantes sejam obrigados a amargar os prejuízos em virtude da formulação de propostas insuficientes, outros licitantes não incorrerão em idêntico risco no futuro. A constatação de que será impossível recuperar os prejuízos será o remédio adequado para prevenir condutas similares.

676. Quanto à adoção do tipo menor preço como critério de julgamento, como foi exposto no item "8.4.4. Busca do menor preço que atenda à necessidade da contratação" desta NT, de acordo com a Lei 8.666/1993 e com a Lei 14.133/2021, a Administração deve exigir uma qualidade mínima, abaixo da qual o objeto não atende à necessidade da contratação. Portanto, o uso do critério do menor preço é combinado com a definição e a verificação de requisitos mínimos do objeto a contratar. A Administração Pública não é obrigada a contratar soluções de TI que não a atendam somente porque são as mais baratas.

677. Assim, sendo o objeto da contratação constituído de bens e serviços de TI comuns, o que leva à contratação por pregão, e tendo os agentes públicos responsáveis definido requisitos mínimos de qualidade, de modo que somente soluções que atendam a esses requisitos possam participar do certame, entende-se que a causa de problemas relacionados à inexequibilidade de preços se encontra, de fato, na ausência de critérios objetivos para a aferição de sua exequibilidade, quando da análise dos valores ofertados no certame.

8.12.6.2 Necessidade de critérios de aceitabilidade para avaliação da exequibilidade dos preços

678. No Acórdão 2.586/2007-TCU-Primeira Câmara, da relatoria do Ministro-Substituto Marcos Bemquerer, item 9.2.2, é determinado aos

agentes públicos responsáveis que estabeleçam critérios objetivos para a aferição de preços inexequíveis no instrumento convocatório. Na mesma direção, vai o Acórdão 2.340/2016-TCU-Plenário, da relatoria do Ministro Raimundo Carreiro, no qual consta comando para estabelecer critérios para avaliar a exequibilidade dos preços e documentar esses critérios no âmbito de modelo de processo de aquisições para a contratação de bens e serviços e gestão dos contratos decorrentes (item 9.1.10, alíneas "e" e "f"). Entretanto, a definição desses critérios tem sido um desafio para os agentes públicos.

679. A questão da exequibilidade dos preços ofertados na licitação é tratada na Lei 8.666/1993, art. 44, § 3º, e art. 48, inciso II, ambos reproduzidos a seguir:

> Art. 44. No julgamento das propostas, a Comissão levará em consideração os critérios objetivos definidos no edital ou convite, os quais não devem contrariar as normas e princípios estabelecidos por esta Lei.
>
> [...]
>
> § 3º Não se admitirá proposta que apresente preços global ou unitários simbólicos, irrisórios ou de valor zero, incompatíveis com os preços dos insumos e salários de mercado, acrescidos dos respectivos encargos, ainda que o ato convocatório da licitação não tenha estabelecido limites mínimos, exceto quando se referirem a materiais e instalações de propriedade do próprio licitante, para os quais ele renuncie a parcela ou à totalidade da remuneração.
>
> [...]
>
> Art. 48. Serão desclassificadas:
>
> [...]
>
> II - propostas com valor global superior ao limite estabelecido ou com preços manifestamente inexeqüíveis, assim considerados aqueles que não venham a ter demonstrada sua viabilidade através de documentação que comprove que os custos dos insumos são coerentes com os de mercado e que os coeficientes de produtividade são compatíveis com a execução do objeto do contrato, condições estas necessariamente especificadas no ato convocatório da licitação.
>
> § 1º Para os efeitos do disposto no inciso II deste artigo consideram-se manifestamente inexeqüíveis, no caso de licitações de menor preço para obras

> e serviços de engenharia, as propostas cujos valores sejam inferiores a 70% (setenta por cento) do menor dos seguintes valores:
>
> a) média aritmética dos valores das propostas superiores a 50% (cinqüenta por cento) do valor orçado pela administração;
>
> b) valor orçado pela administração. (grifou-se)

680. Ressalta-se que é fundamental que a organização pública elabore o orçamento estimado da contratação. Sem isso, torna-se difícil avaliar se o orçamento do licitante é, de fato, inexequível, pois a organização pública deixa de contar com uma referência que reflita a realidade de preços praticados no nicho de mercado da solução de TI a ser contratada. No caso de serviços, também deve ser elaborado o orçamento detalhado (*vide* item 8.2).

681. Com relação ao § 3º do art. 44 da Lei 8.666/1993 (preços global ou unitários simbólicos, irrisórios ou de valor zero, incompatíveis com os preços dos insumos e salários de mercado), Rodrigo Soares de Azevedo (2015) ressalta que, se houver preços simbólicos, irrisórios ou de valor zero, referentes a materiais ou instalações de propriedade do licitante que haja renunciado à parcela ou à totalidade da remuneração inerente a tais itens, ele tem de comprovar a propriedade desses itens. Adicionalmente, o autor sinaliza que o legislador afastou a desclassificação imediata em decorrência apenas do baixo valor global ou unitário, o que será explorado adiante:

> Vale ainda destacar que o artigo 44, § 3°, da Lei Federal de n. 8.666/1993, estabelece a possibilidade da Proposta Comercial de um licitante possuir preço global ou unitários simbólicos, irrisórios ou de valor zero, desde que, referentes a materiais ou instalações de propriedade do licitante e que o mesmo haja renunciado à parcela ou totalidade da remuneração inerente à tais itens. Neste ponto é importante destacar que caberá à licitante efetivamente comprovar deter a propriedade dos materiais e/ou instalações apresentados em valores irrisórios ou iguais a zero, não se admitindo o argumento de que tais bens serão adquiridos quando da celebração do Contrato Administrativo, posto que o fundamento para a admissão de tal hipótese é, justamente, o fato de que dita estrutura já se encontre à disposição da empresa, afastando da mesma qualquer ônus inerente à sua disponibilização.

> Novamente se verifica que o legislador brasileiro afastou a ideia de uma desclassificação imediata e inequívoca da proposta comercial em decorrência, apenas, do baixo valor global ou unitário, cabendo ao licitante demonstrar a sua viabilidade e a plena possibilidade de sua execução. (grifou-se)

682. Com relação à Lei 8.666/1993, art. 48, inciso II (desclassificação de propostas com preços manifestamente inexequíveis, transcrito no parágrafo 679), a desclassificação de proposta com preço manifestamente inexequível não é faculdade dos agentes públicos responsáveis e, sim, obrigação[71]. Dispositivos similares encontram-se na IN - Seges/ME 5/2017, Anexo VII-A, item 9.1, alínea "d"; e na Lei 14.133/2021, art. 59, incisos III e IV.

683. As regras que constam do § 1º do art. 48 da Lei 8.666/1993 e do § 4º do art. 59 da Lei 14.133/2021 (desclassificação de propostas cujos valores sejam inferiores a determinados patamares), que revestem a aferição de preços inexequíveis de alguma objetividade, são aplicáveis, em princípio, somente aos casos de obras e serviços de engenharia, não havendo regra explícita quando se trata de contratação de bens e outros serviços, o que pode ser visto como uma lacuna no ordenamento jurídico. O conteúdo desse dispositivo será tratado no próximo item.

8.12.6.3 Presunção relativa de inexequibilidade

684. Com relação ao § 1º do art. 48 da Lei 8.666/1993, deve ser observado o entendimento consolidado na Súmula - TCU 262, de modo que há a presunção relativa de inexequibilidade de preços, devendo a Administração dar ao licitante a oportunidade de demonstrar a exequibilidade da sua proposta:

> O critério definido no art. 48, inciso II, § 1º, alíneas "a" e "b", da Lei nº 8.666/93 conduz a uma presunção relativa de inexequibilidade de preços, devendo a Administração dar à licitante a oportunidade de demonstrar a exequibilidade da sua proposta.

685. Não se vê obstáculo para aplicar a súmula citada à Lei 14.133/2021, art. 59, § 4º.

686. Assim, deve-se considerar a presunção da inexigibilidade na aplicação do § 1º do art. 48 da Lei 8.666/1993 e do § 4º do art. 59 da Lei 14.133/2021. De acordo com a Lei 14.133/2021, art. 59, § 2º, a Administração poderá realizar diligências para aferir a exequibilidade das propostas ou exigir dos licitantes que ela seja demonstrada.

687. A IN - Seges/ME 5/2017, publicada no âmbito da Lei 8.666/1993, que se aplica a serviços em geral, Anexo VII-A, itens 9.4-9.6, também vai nessa direção. Salienta-se que essa norma define patamar de preço a partir do qual é necessária diligência (inferior a 30% da média dos preços ofertados para o mesmo item), se a inexequibilidade não for flagrante e evidente pela análise da planilha de custos e formação de preços, não sendo possível a sua desclassificação imediata (Anexo VII-A, item 9.6):

> 9.6. Quando o licitante apresentar preço final inferior a 30% da média dos preços ofertados para o mesmo item, e a inexequibilidade da proposta não for flagrante e evidente pela análise da planilha de custos e formação de preços, não sendo possível a sua imediata desclassificação, será obrigatória a realização de diligências para aferir a legalidade e exequibilidade da proposta.

688. Vale assinalar que, de acordo com a IN - Seges/ME 73/2022, no caso de bens e serviços em geral, são indícios de inexequibilidade das propostas os valores inferiores a 50% (cinquenta por cento) do orçado pela Administração, o qual deve ser considerado após diligência:

> Art. 34. No caso de bens e serviços em geral, é indício de inexequibilidade das propostas valores inferiores a 50% (cinquenta por cento) do valor orçado pela Administração.
>
> Parágrafo único. A inexequibilidade, na hipótese de que trata o *caput*, só será considerada após diligência do agente de contratação ou da comissão de contratação, quando o substituir, que comprove:
>
> I – que o custo do licitante ultrapassa o valor da proposta; e [*vide* parágrafo 714 da presente NT]
>
> II – inexistirem custos de oportunidade capazes de justificar o vulto da oferta.

689. A questão da presunção da inexequibilidade, que pode levar à comprovação da exequibilidade do preço por parte dos licitantes, foi tratada em diversos julgados do TCU, como nos Acórdãos 697/2006, voto condutor, parágrafos 8-13; 614/2008, voto do relator, parágrafos 127-134; 1.100/2008, declaração de voto, parágrafo 2; 1.248/2009, item 9.2.2.1; 1.678/2013, voto condutor, parágrafo 22-30; e 2.340/2016, item 9.1.10, alínea "e"; todos do Plenário do TCU; 612/2004, item 9.4; e 559/2009, item 9.2; ambos da Primeira Câmara; e 1.720/2010-TCU-Segunda Câmara, item 9.6.2.

690. Assim, embora haja critérios matemáticos na Lei 8.666/1993 e na Lei 14.133/2021, para aferir-se a inexequibilidade das propostas relativas a obras e serviços de engenharia, cuja aplicação foi aventada para outras contratações em julgados do TCU[72], trata-se de presunção relativa, isto é, a desclassificação não é automática. A Administração deve dar ao licitante a oportunidade de demonstrar a exequibilidade da sua proposta. Nesse caso há inversão do ônus da prova.

8.12.6.4 Ponderações sobre a desclassificação de propostas com valores inferiores a determinados patamares

691. No relatório do Acórdão 2.362/2015-TCU-Plenário, da relatoria do Ministro Augusto Nardes, foram feitos comentários a respeito de riscos aos quais a organização pública se expõe com a aplicação do § 1º do art. 48 da Lei 8.666/1993, de modo que se entendeu oportuno refletir se a aplicação do critério desse dispositivo por analogia seria suficiente para lidar com o problema de preço inexequível em contratações de bens e serviços de TI.

692. Com a inversão de fases prevista no pregão, não há certeza de que todos os licitantes realmente possam ofertar lances na disputa de preços, pois, nessa etapa, não se sabe se eles têm condições de comprovar os requisitos de habilitação, ou seja, durante a disputa, não há certeza de que todos realmente estejam aptos a participar dela. Tal fragilidade possibilita a manipulação maliciosa do valor resultante do

cálculo previsto na alínea "a" do § 1º do art. 48 da Lei 8.666/1993, que consiste na média aritmética dos valores das propostas superiores a 50% do valor orçado pela Administração.

693. Determinado licitante pode ter interesse em contratar com a organização publica promotora do pregão mesmo com preço que reconheça ser inexequível, apostando em fatores, como má fiscalização do contrato, anuência da organização pública contratante para obtenção de reajuste desarrazoado, entre outros. Esse licitante pode combinar com outras empresas para que ofertem preços baixos, para levar, artificialmente, a média da alínea "a" aos menores patamares possíveis. Dessa forma, o licitante mal-intencionado pode reduzir a possibilidade de ser obrigado a provar a exequibilidade de sua proposta, aumentando, assim, sua chance de contratar com a organização.

694. Por exemplo, suponha-se que vários licitantes ofertem preços reduzidos pouco acima de 50% do orçado pelo ente público, de forma que a média aritmética de que trata a alínea "a" fique em 55% do valor previsto no orçamento. Aplicando à essa média (55%) o fator de 70% previsto no § 1º do art. 48 da Lei 8.666/1993, o licitante somente teria de demonstrar a exequibilidade do seu preço caso fosse inferior a 38,50% (55% X 70%) do orçado pela Administração. Nota-se, portanto, que há significativo risco de a regra prevista nesse § 1º perder sua eficácia, ficando a Administração à mercê de empresas em conluio e comprometendo o interesse público.

695. No relatório do Acórdão 2.362/2015-TCU-Plenário, parágrafo 3, excerto do relatório da unidade técnica (Sefti), parágrafo 112, é destacado que o uso de artifícios por parte de licitantes em pregões não é mera suposição teórica, tratando-se de grave problema enfrentado há anos pela APF, como mostram os Acórdãos 1.793/2011, da relatoria do Ministro Valmir Campelo, e 754/2015, da relatoria da Ministra Ana Arraes, ambos do Plenário do TCU.

696. Quanto à regra expressa na alínea "b" do § 1º do art. 48, da Lei 8.666/1993, no relatório citado, foram tecidas considerações, no sentido de que cada contratação apresenta características específicas, de modo que a Administração não tem condições de estimar os custos dos particulares, a ponto de conseguir avaliar, de forma exata, o limite de valor a partir do qual as empresas não teriam capacidade de executar o objeto a contratar. Marçal Justen Filho corrobora esse raciocínio (JUSTEN FILHO, 2014, p. 870):

> **5.1.5) A assimetria de informações e a dificuldade de identificar o patamar mínimo**
>
> Indo avante, existe uma grande dificuldade prática na identificação do patamar mínimo de inexequibilidade. A Administração não dispõe de condições precisas e exatas sobre os custos do particular, o que torna a discussão sempre muito problemática.

697. Dessa forma, não é possível definir limites mínimos padronizados e imutáveis aplicáveis a todos os casos com relação aos orçamentos estimados pelas organizações públicas. Sobre as contratações de serviços de TI, por exemplo, várias características da prestação de um serviço podem influenciar o seu preço, e tais aspectos podem variar significativamente, de empresa para empresa ou mesmo de projeto para projeto. Novamente, são mencionadas ponderações de Marçal Justen Filho (2013, p. 183):

> A instauração da licitação, mesmo na modalidade de pregão, pressupõe a elaboração de orçamento por parte da Administração. Essa é a base primordial para avaliação da inexequibilidade. Até é possível imaginar que um particular disporia de instrumentos gerenciais mais eficientes do que a Administração Pública. Isso lhe permitiria executar o objeto licitado por preço inferior ao orçado pelas autoridades administrativas. *Contudo, há limites para tanto. Não é possível estabelecer padrão aplicável a todos os casos*, o que impede a adoção de limites mínimos de variação em função do orçamento adotado. Cada situação é peculiar e única, dependendo de circunstâncias impossíveis de definição prévia exaustiva.

> Logo, a apuração da inexequibilidade tem de fazer-se caso a caso, sem a possibilidade da eleição de uma regra objetiva padronizada e imutável. Isso significa que a Administração tem de conhecer o mercado, a composição de custos e as características pertinentes ao objeto licitado, de modo a avaliar genericamente o limite de inexequibilidade. (grifou-se)

698. Como exposto, a apuração da inexigibilidade deve ser feita caso a caso. A Administração tem de conhecer o nicho de mercado da solução a contratar, a composição dos custos e as características pertinentes ao objeto licitado (*e.g* requisitos da solução a contratar), de modo a avaliar o limite de inexequibilidade. Adicionalmente, como consta do voto condutor do Acórdão 2.186/2013-TCU-Segunda Câmara, da relatoria da Ministra Ana Arraes, a análise da exequibilidade da proposta deve ser feita de forma minuciosa, de modo a não se perder oportunidade de contratação vantajosa:

> 11. O exame de propostas que se enquadrem como inexequíveis deve ser minucioso por parte da unidade responsável pela licitação, de maneira a não se perder oportunidade de contratação por preço vantajoso à Administração Pública.

699. Ressalta-se que, no voto condutor do Acórdão 1.248/2009-TCU-Plenário, da relatoria do Ministro-Substituto Augusto Sherman, foi sinalizado que a ausência de parâmetros ou critérios de avaliação da exequibilidade explícitos no edital para os licitantes foi considerada uma falha grave. Também foi reconhecido como indevido o fato de que não foi dada ao licitante desclassificado por inexequibilidade a oportunidade de demonstrar a viabilidade de sua oferta:

> 17. O que ficou caracterizado, após as oitivas, foi que o edital trazia apenas regras genéricas quanto à avaliação da exeqüibilidade, ou seja, apenas alertava da existência do limite correspondente e estabelecia a rotina operacional de julgamento a ser seguida pelo pregoeiro. Todavia, não foram fixados parâmetros ou critérios de avaliação da exequibilidade de forma a nortear os licitantes quanto aos saltos decrescentes de seus lances, ou mesmo de quanto deveria ser o lance inicial. Assim, aparentemente ficou entregue ao acaso a escolha da melhor proposta, já que, segundo as regras do edital, esta recairia sobre a proposta imediatamente superior ao limite mínimo exequível. Como os licitantes não tinham conhecimento do valor limite ou

de algum critério que permitisse inferi-lo, foi selecionado aquele que, por acaso, ofereceu um lance em valor mais próximo daquele limite, restando prejudicados imotivadamente os demais licitantes.

18. Não bastasse essa grave falha, verificou-se que não foi dada ao licitante desclassificado por inexequibilidade a oportunidade de demonstrar a viabilidade de sua oferta. Essa impropriedade também se afigura grave porque, como firmado na doutrina afeta à matéria e na jurisprudência desta Corte (vide relatório supra), o juízo de inexeqüibilidade de uma proposta não é absoluto, mas admite demonstração em contrário. Isso, porque não se pode descartar a possibilidade de que o licitante seja detentor de uma situação peculiar que lhe permita ofertar preço inferior ao limite de exeqüibilidade estimado pelo contratante. Por exemplo, é perfeitamente possível que uma empresa, em especial de maior porte, partilhe custos – como infra-estrutura, pessoal etc., entre os diversos clientes, resultando em redução nos preços de seus serviços. Também não se pode descartar que, muitas vezes, a estimação da exequibilidade pelo contratante possa apresentar deficiências, visto que sua visão de mercado não tem abrangência e precisão comparáveis às da empresa que atua no ramo.

700. Entende-se que, para mitigar o risco de preço inexequível na contratação de bens e serviços de TI, os agentes públicos responsáveis podem, com base no orçamento estimado pela organização pública, nas características próprias da contratação e nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, estabelecer patamar em relação ao seu orçamento estimado abaixo do qual se presume que o preço é inexequível, devendo a sua escolha ser devidamente justificada nos autos do processo de contratação e sua aplicação ser prevista no instrumento convocatório. Na IN - SGD/ME 1/2019, ANEXO, consta exemplo nesse sentido:

DIRETRIZES ESPECÍFICAS DE PLANEJAMENTO DA CONTRATAÇÃO

[...]

3. CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS DE DESENVOLVIMENTO, SUSTENTAÇÃO E MANUTENÇÃO DE *SOFTWARE*:

[...]

3.3. O órgão ou entidade poderá estabelecer no edital patamar de preço para presunção de inexequibilidade, com base em pesquisas de mercado e de contratações similares.

701. Caso o preço vencedor esteja abaixo desse patamar, deve ser estabelecido que o licitante possa demonstrar a exequibilidade de sua proposta, como foi exposto no item "8.12.6.3. Presunção relativa de inexigibilidade".

702. A IN - Seges/ME 73/2022, art. 34, estabelece que, no caso de bens e serviços em geral, são indícios de inexequibilidade das propostas os valores inferiores a 50% (cinquenta por cento) do orçado pela Administração (*vide* parágrafo 688). Adicionalmente, o dispositivo citado estabelece, em seu parágrafo único, que a inexigibilidade só será considerada após diligência do agente de contratação ou da comissão de contratação, quando o substituir, que comprove: I - que o custo do licitante ultrapassa o valor da proposta; e II - inexistirem custos de oportunidade capazes de justificar o vulto da oferta.

703. Em síntese, entende-se que o critério de presunção de inexequibilidade não deve:

1) depender dos valores ofertados durante a fase de lances do pregão, como consta da regra da Lei 8.666/1993, art. 48, § 1º, alínea "a", para obras e serviços de engenharia;
2) ser fixado em: a) 70% do valor orçado pela Administração, de acordo com a Lei 8.666/1993, art. 48, inciso II c/c § 1º, alínea "b"; ou b) 75% do valor orçado pela Administração, de acordo com a Lei 14.133/2021, art. 59, § 4º, e com a IN - Seges/ME 73/2022, art. 33; todas regras estabelecidas para obras e serviços de engenharia. Os agentes públicos responsáveis podem estabelecer o patamar que for adequado para considerar que há indício de inexequibilidade com base nas peculiaridades do caso concreto, desde que justificado nos autos do processo de licitação e previsto no instrumento convocatório.

8.12.6.5 Proposta de critérios para avaliar a demonstração de exequibilidade apresentada pelo licitante

704. Uma vez admitida a possibilidade de inversão do ônus da prova, no relatório do Acórdão 2.362/2015-TCU-Plenário, foram discutidos quais critérios os

agentes públicos poderiam, em tese, adotar, para avaliar a demonstração de exequibilidade de preços eventualmente apresentada pelo licitante.

705. Foi proposto que, como regra geral, a conferência dessa demonstração pela Administração, por analogia, pode utilizar-se dos mesmos recursos da análise de comprovação de qualificação técnica prevista no art. 30, inciso II, da Lei 8.666/1993, sob as mesmas limitações, para que se evitem exigências desproporcionais, exorbitantes ou descabidas. O dispositivo citado é transcrito a seguir:

> Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a:
>
> [...]
>
> II - comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, e indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos;

706. Na Lei 14.1333/2021, o dispositivo equivalente é o inciso II do art. 67:

> Art. 67. A documentação relativa à qualificação técnico-profissional e técnico-operacional será restrita a:
>
> [...]
>
> II - certidões ou atestados, regularmente emitidos pelo conselho profissional competente, quando for o caso, que demonstrem capacidade operacional na execução de serviços similares de complexidade tecnológica e operacional equivalente ou superior, bem como documentos comprobatórios emitidos na forma do § 3º do art. 88 desta Lei;

707. No relatório do Acórdão 2.362/2015-TCU-Plenário, foi esclarecido que não existe duplicidade entre essas duas avaliações e, sim, complementaridade. Primeiro, é necessário que o licitante comprove a aptidão para o desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, nos termos do referido art. 30, inciso II, da Lei 8.666/1993. Complementarmente, caso o preço

ofertado seja presumidamente inexequível, deve o licitante demonstrar a capacidade de executar o serviço a ser contratado pelo valor proposto.

708. Adicionalmente, por analogia ao § 1º do art. 30 da Lei 8.666/1993, de acordo com o relatório citado, entende-se que a demonstração de exequibilidade de preço deve ser feita, preferencialmente, por meio de experiência prévia devidamente comprovada. O § 1º do art. 30 da lei citada trata da comprovação da aptidão referida no art. 30, inciso II, por atestados de capacidade técnica. Esta forma de demonstração seria preferencial, mas não exclusiva no caso de demonstração de exequibilidade de preços, porque a regra do § 1º do art. 30 seria aplicada por analogia, portanto deve ser contrabalanceada com o princípio da razoabilidade, não podendo restringir, indevidamente, a competitividade do processo licitatório em atenção ao art. 3º, inciso I, da Lei 8.666/1993. O mesmo vale para contratações regidas pela Lei 14.133/2021, art. 67, inciso II c/c o § 3º do art. 88 da Lei 14.133/2021.

709. Nesse contexto, as justificativas alegadas pelo licitante para corroborar o baixo preço têm de ser comprovadas. No relatório do Acórdão 2.362/2015-TCU-Plenário, é dado o exemplo da alegação de alta produtividade nos serviços de desenvolvimento de *software*. Não evidenciar a alta produtividade ou evidenciar com experiência prévia na qual o valor praticado tenha sido consideravelmente superior não demonstra exequibilidade do preço ofertado. A propósito, o inciso II do art. 48 da Lei 8.666/1993 traz a obrigatoriedade de comprovação de que os coeficientes de produtividade sejam compatíveis com a execução do objeto do contrato. Ademais, eventual experiência prévia com características não similares também não pode ser utilizada para demonstrar exequibilidade do preço ofertado no certame, caso os fatores discrepantes onerem, de modo significativo, o custo da prestação do serviço na licitação ora em curso.

710. No referido relatório, também são citadas outras características que podem influenciar, significativamente, o preço: NMSE, plataformas e ferramentas tecnológicas, processos de desenvolvimento de *softwa-*

re adotados, qualificação profissional mínima exigida, local da prestação do serviço (se dentro ou fora do ambiente do contratado e do município), entre outras.

711. Adicionalmente, há que se avaliar o volume de serviço prestado em eventual experiência prévia do licitante, novamente por analogia à regra do art. 30, inciso II, da Lei 8.666/1993. Entende-se que, da mesma forma que a execução de volume ínfimo de serviço em relação ao quantitativo a ser contratado não comprova aptidão para desempenho da atividade, também não demonstra exequibilidade de preço.

712. Como é exposto no relatório citado, no caso de comprovação de capacidade técnica, conforme jurisprudência do TCU, não se devem estabelecer percentuais mínimos acima de 50% dos quantitativos dos itens de maior relevância do objeto, salvo em casos excepcionais, devidamente justificados no processo de licitação (*vide* parágrafo 358 desta NT).

713. No caso de demonstração de exequibilidade de preço, pode-se adotar regra similar, ou seja, no edital, definem-se quantitativos mínimos a ser aceitos para comprovação de exequibilidade de preço, desde que não sejam superiores a 50% dos quantitativos dos itens de maior relevância do serviço, salvo em caso excepcional, devidamente justificado nos autos do processo de contratação. Lembrando que esse limite de 50% também consta da Lei 14.133/2021, art. 67, § 1º c/c § 2º.

714. Com relação às margens de lucro, vale mencionar ponderações que constam do Acórdão 3.092/2014-TCU-Plenário, da relatoria do Ministro Bruno Dantas, a respeito de preços aparentemente inexequíveis, com margens de lucro pequenas ou inexistente. No julgado citado, conclui-se que atuar sem margem de lucro ou com margem mínima não encontra vedação legal, depende da estratégia comercial da empresa e não conduz, necessariamente, à inexequibilidade da proposta:

> 16. Em adição, cito o Acórdão 325/2007-TCU-Plenário, que tratou de primeiro estudo desta Corte com o objetivo de propor critérios de aceitabilidade para

custos indiretos, tributos e lucro. Embora o processo tenha se referido a obras, os preceitos ali contidos podem perfeitamente ser utilizados para a contratação de serviços continuados sob exame. Sobre a questão da margem de lucro, eis o raciocínio exposto na referida deliberação:

> "Dependendo da escolha da estratégia comercial, a empresa pode ser bem agressiva na proposta de preços, relegando a segundo plano o retorno do investimento considerado para o contrato. Quanto menor for a taxa percentual exigida para análise sobre o retorno do investimento, maior será a competitividade de proposta.
>
> As motivações para perseguir o sucesso em uma licitação em detrimento da remuneração possível pela execução da obra variam: a empresa pode estar interessada na obra específica por sinergia com suas atuais atividades; pode haver interesse em quebrar barreiras impostas pelos concorrentes no mercado para o tipo de obra a ser executada; pode haver interesse em incrementar o **portfólio** de execução de obras da empresa; pode haver interesse na formação de um novo fluxo de caixa advindo do contrato e que pode contribuir com outros tipos de ganho para a empresa, entre outras.
>
> Esses exemplos podem traduzir ganhos indiretos atuais para empresa ou mesmo ganho futuro, na ótica de longo prazo para o mercado. Assim, é possível que empresas atuem com margem de lucro mínima em propostas para concorrer nas contratações de obras, desde que bem estimados os custos diretos e indiretos."

17. Após estudos mais recentes, foi proferido o Acórdão 2.622/2013-TCU-Plenário, no qual consta a seguinte conclusão:

> "143. Importante destacar, contudo, que não cumpre ao TCU estipular percentuais fixos para cada item que compõe a taxa de BDI, ignorando as peculiaridades da estrutura gerencial de cada empresa que contrata com a Administração Pública. O papel da Corte de Contas é impedir que sejam pagos valores abusivos ou injustificadamente elevados e por isso é importante obter valores de referência, mas pela própria logística das empresas é natural que ocorram certas flutuações de valores nas previsões das despesas indiretas e da margem de lucro a ser obtida."

18. De se destacar, ainda, que não há norma que fixe ou limite o percentual de lucro das empresas. Com isso, infiro que atuar sem margem de lucro ou com margem mínima não encontra vedação legal, depende da estratégia comercial da empresa e não conduz, necessariamente, à inexecução da proposta.

715. No Apêndice III desta NT, é exposta uma lista preliminar de possíveis itens que afetam o procedimento de elaborar o orçamento estimado e o preço contratado, que inclui um conjunto de itens relativos aos licitantes. Entre eles, estão motivações para baixar preços ofertados, tais como disposição dos licitantes em ter a organização pública como parte de sua carteira de clientes no âmbito de atividades de marketing (Apêndice III, seção "Fatores relativos aos licitantes").

716. Caso a organização pública não aceite as justificativas do licitante provisoriamente vencedor a respeito da exequibilidade de seus preços, a desclassificação da proposta deve ser objetivamente demonstrada a partir de critérios previamente publicados no edital, como consta dos Acórdãos 2.528/2012, item 9.2; 1.092/2013, item 9.2; e 3.092/2014, item 9.2; todos do Plenário do TCU. Marçal Justen Filho teceu as seguintes considerações a respeito (2014, p. 879-880):

> Em qualquer caso, a decisão de desclassificação exige plena, cumprida e satisfatória fundamentação. A Administração deve indicar, de modo explícito, os motivos pelos quais reputa inadmissível uma proposta. Não basta a simples alusão ao dispositivo violado para validar a desclassificação. A fundamentação não necessita ser longa, mas deve indicar, de modo concreto, o vício encontrado pela autoridade julgadora. É nula a decisão de desclassificação que simplesmente invoque, por exemplo, "ofensa ao item ... do Edital". O licitante não pode ser constrangido a adivinhar o vício encontrado pela Administração. A fundamentação perfeita é imposta pelos princípios constitucionais da ampla defesa (art. 5º, LV) e da legalidade (art. 37, *caput*).
>
> A fundamentação adquire maior complexidade quando a desclassificação não se reportar à desconformidade com dados previstos no ato convocatório. Isso se passa, por exemplo, nos casos de inexequibilidade da proposta ou excessividade do preço. Em tais situações e especialmente quando não for o caso de aplicar o § 1.º do dispositivo [Lei 8.666/1993, art. 48], a decisão da comissão alicerça-se em dados exteriores à licitação, reportando-se a uma regra jurídica, ao conhecimento técnico-científico ou aos dados da realidade. A autoridade julgadora deverá, obrigatoriamente, expor os motivos pelos quais concluiu pela desclassificação. Deverá indicar a origem das informações técnico-científicas ou da realidade que conduziu à decisão. Não se admite que a Adminis-

> tração pura e simplesmente afirme que o preço é "excessivo", sem indicar o parâmetro que autoriza tal conclusão. É imperioso que indique a existência de preços mais reduzidos, de molde a permitir o controle da fundamentação adotada. A decisão que não contenha a informação concreta em que se fundamenta é não motivada e arbitrária. Não há diferença entre decisão que se fundamenta no simples arbítrio do julgador e aquela que se reporta a dispositivos legais ou ao edital (sem indicação dos pressupostos fáticos que autorizam a subsunção do caso concreto ao preceito normativo).

717. Por fim, vale assinalar que o Acórdão 2.340/2016-TCU-Plenário, da relatoria do Ministro Raimundo Carreiro, contém recomendação, no sentido de estabelecer critérios para avaliar a exequibilidade dos preços e documentar esses critérios [nos autos do processo de contratação], juntamente com os documentos que lhe dão suporte:

> 9.1.10. no seu modelo de processo de aquisições para a contratação de bens e serviços e a gestão dos contratos decorrentes, que vier a ser elaborado em atenção ao item "c" do encaminhamento do achado 3.7, constante do Relatório que fundamenta este Acórdão, inclua o seguinte controle interno na etapa de elaboração do termo de referência ou projeto básico:
>
> [...]
>
> e) estabelecer critérios para avaliar a exequibilidade dos preços, de forma que não sejam fixados preços mínimos que levem a desclassificação sumária de propostas abaixo desse valor sem a devida avaliação prévia das justificativas (*e.g.* previsão de apresentação de justificativas para propostas com itens zerados na PCFP ou para propostas com valores situados em determinada faixa);
>
> f) documentar o método utilizado para cálculo dos preços máximos global e unitário e também os critérios estabelecidos para avaliar a exequibilidade das propostas, juntamente com os documentos que lhe dão suporte; (grifou-se)

718. Com base no exposto no presente item, foi formulado o entendimento a seguir:

Entendimento 15

Nas contratações públicas de bens e serviços de TI, para mitigar o risco de contratar-se por preço inexequível, os agentes públicos responsáveis pelo planejamento da contratação devem considerar os aspectos a seguir, no planejamento da contratação e na fase externa da licitação:

1. embora haja critérios matemáticos na Lei 8.666/1993 (§ 1º do art. 48) e na Lei 14.133/2021 (§ 4º do art. 59), para aferir-se a inexequibilidade das propostas relativas a obras e serviços de engenharia, cuja aplicação foi aventada para outras contratações em julgados do TCU, inclusive com relação a contratações de TI, trata-se de presunção relativa, isto é, a desclassificação não é automática no caso de o valor proposto estar abaixo de algum patamar estabelecido, pois não se considera possível definir limites mínimos padronizados e imutáveis, aplicáveis a todos os casos com relação aos orçamentos estimados das organizações públicas, de modo que a apuração da inexigibilidade deve ser feita caso a caso. A Administração deve dar ao licitante a oportunidade de demonstrar a exequibilidade da sua proposta, pois, nesse caso, há inversão do ônus da prova;
2. com base no orçamento estimado da contratação, elaborado pela organização pública, nas características próprias da contratação e nos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, pode ser estabelecido patamar em relação ao orçamento estimado abaixo do qual se presume que o preço é inexequível, devendo a sua escolha ser devidamente justificada nos autos do processo de contratação, juntamente com os documentos que lhe dão suporte, e sua aplicação ser prevista no instrumento convocatório, de modo que, caso o preço vencedor esteja abaixo desse patamar, o licitante tenha de demonstrar a exequibilidade de sua proposta;
3. caso seja ofertado preço abaixo do patamar estabelecido pela organização pública, o licitante deve ser notificado a respeito da presunção relativa de inexequibilidade de sua proposta de preços, de modo que possa demonstrar por que considera seus preços serem exequíveis;
4. a avaliação da exequibilidade dos preços, cujo procedimento deve constar do edital de licitação, pode, por analogia, preferencialmente, mas não exclusivamente, utilizar-se dos mesmos recursos da análise de comprovação de qualificação técnica prevista na Lei 8.666/1993, art. 30, inciso II, ou na Lei 14.133/2021, art. 67, inciso II, sob as mesmas limitações, devendo o licitante comprovar a capacidade de execução do objeto por meio de comprovação de experiência prévia, mediante atestados de capacidade técnica, de modo a demonstrar:

Entendimento 15

a. a capacidade operacional na entrega de objetos ou na execução de serviços similares de complexidade tecnológica e operacional equivalente ou superior, incluindo características que possam influenciar, significativamente, o preço, tais como níveis mínimos de serviço exigidos, plataformas e ferramentas tecnológicas, processos de desenvolvimento de *software* adotados, qualificação profissional mínima exigida, local da prestação do serviço, entre outras, evidenciando também que já entregou objetos com quantidades compatíveis com as do objeto a ser contratado, definindo-se quantitativos mínimos a ser aceitos para comprovação de exequibilidade de preço, desde que não sejam superiores a 50% dos quantitativos dos itens de maior relevância do objeto a contratar, salvo em caso excepcional, devidamente justificado nos autos do processo de contratação; e
b. a veracidade de características alegadas pelo licitante, para justificar o baixo preço (*e.g.* produtividade elevada);

5. caso a proposta do licitante provisoriamente vencedor inclua preços simbólicos, irrisórios ou de valor zero, referentes a materiais ou instalações de propriedade do licitante que haja renunciado à parcela ou à totalidade da remuneração inerente a tais itens, ele deve comprovar a propriedade desses itens; e
6. caso a organização pública não aceite as justificativas do licitante provisoriamente vencedor a respeito da exequibilidade de seus preços, a desclassificação da proposta deve ser objetivamente demonstrada a partir de critérios da análise de exequibilidade previamente publicados no edital.

Os aspectos citados devem ser verificados pela autoridade máxima da área de TI, pela autoridade responsável por aprovar o termo de referência ou o projeto básico, pelos membros da CPL, pela autoridade responsável por homologar a licitação e pelo parecerista jurídico no tocante a aspectos jurídicos.

8.13 Publicação ou não do orçamento estimado no instrumento convocatório

719. A publicação ou não do orçamento estimado no edital de licitação tem sido objeto de grande controversa na jurisprudência do TCU, que ainda não se encontra pacificada sobre esse tema. A questão da publicação do orçamento no edital é positivada em diversos normativos, que têm evoluído com o tempo, incluindo a Lei 14.133/2021. O assunto envolve diversos princípios, como o da busca da proposta mais vantajosa, o do julgamento objetivo e o da publicidade, e está intimamente ligado ao cálculo da estimativa do preço e aos critérios de aceitabilidade de preços.

720. A seguir, é exposta compilação da legislação sobre o assunto, no âmbito da Lei 8.666/1993 e da Lei 10.520/2002. Logo após, são descritas as principais linhas de entendimento identificadas na jurisprudência do TCU, concebidas no escopo das leis citadas. Em continuação, é analisada a possibilidade de sigilo do orçamento estimado nas licitações regidas pela Lei 14.133/2021. Ao final, são apresentadas conclusões sobre a publicação ou não do orçamento no instrumento convocatório, que incluem uma síntese dos principais aspectos que afetam a decisão de publicar ou não o orçamento estimado da contratação que foram abordados nos acórdãos do TCU, referentes às linhas de entendimento identificadas nesta NT (*e.g.* "efeito âncora").

8.13.1 O que consta da legislação

8.13.1.1 Lei 8.666/1993

721. De acordo com a Lei 8.666/1993, art. 40, § 2º, inciso II, o orçamento da contratação deve ser publicado como anexo do edital, que indicará, obrigatoriamente, o critério de aceitabilidade dos preços unitário e global, conforme o caso, permitida a fixação de preços máximos (art. 40, inciso X):

> Art. 40. O edital conterá no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte:
>
> [...]
>
> X - o critério de aceitabilidade dos preços unitário e global, conforme o caso, permitida a fixação de preços máximos e vedados a fixação de preços mínimos, critérios estatísticos ou faixas de variação em relação a preços de referência, ressalvado o disposto nos parágrafos 1º e 2º do art. 48; (Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998)
>
> [...]
>
> § 2º Constituem anexos do edital, dele fazendo parte integrante:
>
> II - orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários; (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994) (grifou-se)

722. Por este dispositivo, a Lei 8.666/1993 reafirmou o princípio da publicidade, positivado na Constituição Federal, art. 37, *caput*, e na Lei 8.666/1993, art. 3º, *caput*. Fica evidente a obrigação de publicar o orçamento estimado, como anexo do edital, e os critérios de aceitabilidade de preços.

8.13.1.2 Lei 10.520/2002

723. Por sua vez, a Lei 10.520/2002, conhecida como "Lei do Pregão", contém comando somente para que o orçamento conste dos autos do processo de contratação:

> Art. 3º A fase preparatória do pregão observará o seguinte:
>
> [...]
>
> III - dos autos do procedimento constarão a justificativa das definições referidas no inciso I deste artigo e os indispensáveis elementos técnicos sobre os quais estiverem apoiados, bem como o orçamento, elaborado pelo órgão ou entidade promotora da licitação, dos bens ou serviços a serem licitados; e (grifou-se)

724. Adicionalmente, no inciso III do art. 4º c/c o inciso I do art. 3º da mesma lei, estão definidos os elementos essenciais do edital de um pregão: a justificativa da necessidade de contratação pela autoridade competente, a definição do objeto do certame, as exigências de habilitação, os critérios de aceitação das propostas, as sanções por inadimplemento e as cláusulas do contrato, inclusive com fixação dos prazos para fornecimento. Dessa forma, o orçamento estimado não consta como elemento essencial do edital:

> Art. 3º A fase preparatória do pregão observará o seguinte:
>
> I - a autoridade competente justificará a necessidade de contratação e definirá o objeto do certame, as exigências de habilitação, os critérios de aceitação das propostas, as sanções por inadimplemento e as cláusulas do contrato, inclusive com fixação dos prazos para fornecimento;
>
> [...]

> Art. 4º A fase externa do pregão será iniciada com a convocação dos interessados e observará as seguintes regras:
>
> [...]
>
> III - do edital constarão todos os elementos definidos na forma do inciso I do art. 3º, as normas que disciplinarem o procedimento e a minuta do contrato, quando for o caso; (grifou-se)

725. De acordo com os dispositivos transcritos, não seria obrigatória a apresentação do orçamento estimado nos editais regidos pela Lei 10.520/2002. Bastaria o orçamento constar dos autos do processo de contratação.

726. Entretanto, não é vedada a publicação do orçamento estimado da organização pública no edital de licitação, como é exposto no relatório do Acórdão 1.513/2013-TCU-Plenário, da relatoria do Ministro Aroldo Cedraz, que contém trecho da instrução da unidade técnica (Secex-RN):

> 14. O entendimento do TCU sobre a matéria não se fundamenta, tão somente, no sobredito Acórdão [114/2007-Plenário]. A jurisprudência mencionada, de longe, não é pacífica, tanto é que vários acórdãos, entre outros, se posicionam em sentido contrário [ao posicionamento da não obrigatoriedade da anexação do orçamento ao edital e que basta a sua inclusão no respectivo processo administrativo] (Acórdãos 358/2006-P, 531/2007-P, 2.143/2009-P, 79/2010-P, 19/2011-P e 33/2011-P).
>
> 14.1 Há que se considerar que a Lei 8.666/93, norma geral sobre licitações, em seu art. 40, § 2º, inciso II, dispõe, explicitamente, que o orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários constitui anexo ao edital, dele fazendo parte integrante. Por sua vez, a Lei 10.520/02, que se consubstancia em lei específica que trata da licitação, na modalidade de pregão, exige o orçamento detalhado na fase preparatória, mas não estabelece a mesma exigência para a inclusão do orçamento ao edital, mantendo-se silente a esse respeito. Entretanto tal silêncio não permite inferir, de forma alguma, que a referida lei esteja a vedar a anexação do orçamento ao edital. Apenas ela não estabelece tal obrigatoriedade. (grifou-se)

727. A divulgação do orçamento estimado no edital do pregão, pela aplicação do art. 9º da Lei 10.520/2002 (aplicação subsidiária das normas da Lei 8.666/1993), é discutida no item "8.13.2.2. Divulgação obrigatória do orçamento estimado no edital de pregão, em linha com a Lei 8.666/1993".

8.13.1.3 Decreto 7.892/2013

728. O Decreto 7.892/2013, que regulamenta o SRP no escopo das Leis 8.666/1993 e 10.520/2002, é silente sobre a publicação do orçamento estimado, em especial no seu art. 9º, diferentemente do decreto que o antecedeu. No Decreto 3.931/2001, art. 9º, inciso III, estabelecia-se que o edital contemplaria o preço unitário máximo que a Administração se disporia a pagar, por contratação, consideradas as regiões e as estimativas de quantidades a ser adquiridas.

8.13.1.4 Decreto 10.024/2019

729. O Decreto 10.024/2019, que regulamenta a licitação na modalidade pregão na forma eletrônica para a aquisição de bens e a contratação de serviços comuns, também no escopo das Leis 8.666/1993 e 10.520/2002, contém artigo relativo às definições utilizadas, em que é explicitado que o valor estimado constará do TR:

> **Definições**
>
> Art. 3º Para fins do disposto neste Decreto, considera-se:
>
> [...]
>
> XI - termo de referência - documento elaborado com base nos estudos técnicos preliminares, que deverá conter:
>
> a) os elementos que embasam a avaliação do custo pela administração pública, a partir dos padrões de desempenho e qualidade estabelecidos e das condições de entrega do objeto, com as seguintes informações:
>
> [...]
>
> 2. o valor estimado do objeto da licitação demonstrado em planilhas, de acordo com o preço de mercado; e (grifou-se)

730. No mesmo decreto, é exposto que serão fixados critérios objetivos para a definição do "melhor preço":

Critérios de julgamento das propostas

Art. 7º Os critérios de julgamento empregados na seleção da proposta mais vantajosa para a administração serão os de menor preço ou maior desconto, conforme dispuser o edital.

Parágrafo único. Serão fixados critérios objetivos para definição do melhor preço, considerados os prazos para a execução do contrato e do fornecimento, as especificações técnicas, os parâmetros mínimos de desempenho e de qualidade, as diretrizes do plano de gestão de logística sustentável e as demais condições estabelecidas no edital. (grifou-se)

731. Esses critérios deverão constar do edital:

Orientações gerais

Art. 14. No planejamento do pregão, na forma eletrônica, será observado o seguinte:

[...]

III - elaboração do edital, que estabelecerá os critérios de julgamento e a aceitação das propostas, o modo de disputa e, quando necessário, o intervalo mínimo de diferença de valores ou de percentuais entre os lances, que incidirá tanto em relação aos lances intermediários quanto em relação ao lance que cobrir a melhor oferta; (grifou-se)

732. Também de acordo com o Decreto 10.024/2019, o valor estimado ou o valor máximo aceitável para a contratação, se não constar expressamente do edital, terá caráter sigiloso, exceto se o critério de julgamento for de maior desconto:

Valor estimado ou valor máximo aceitável

Art. 15. O valor estimado ou o valor máximo aceitável para a contratação, se não constar expressamente do edital, possuirá caráter sigiloso e será disponibilizado exclusiva e permanentemente aos órgãos de controle externo e interno.

§ 1º O caráter sigiloso do valor estimado ou do valor máximo aceitável para a contratação será fundamentado no § 3º do art. 7º da Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, e no art. 20 do Decreto nº 7.724, de 16 de maio de 2012.

> § 2º Para fins do disposto no *caput*, o valor estimado ou o valor máximo aceitável para a contratação será tornado público apenas e imediatamente após o encerramento do envio de lances, sem prejuízo da divulgação do detalhamento dos quantitativos e das demais informações necessárias à elaboração das propostas.
>
> § 3º Nas hipóteses em que for adotado o critério de julgamento pelo maior desconto, o valor estimado, o valor máximo aceitável ou o valor de referência para aplicação do desconto constará obrigatoriamente do instrumento convocatório.

733. Dispositivo semelhante consta da Lei 14.133/2021, art. 24:

> Art. 24. Desde que justificado, o orçamento estimado da contratação poderá ter caráter sigiloso, sem prejuízo da divulgação do detalhamento dos quantitativos e das demais informações necessárias para a elaboração das propostas, e, nesse caso:
>
> I - o sigilo não prevalecerá para os órgãos de controle interno e externo;
>
> II - (VETADO).
>
> Parágrafo único. Na hipótese de licitação em que for adotado o critério de julgamento por maior desconto, o preço estimado ou o máximo aceitável constará do edital da licitação.

734. O sigilo do valor estimado ou do valor máximo aceitável da contratação, de acordo com o § 1º do art. 15 do Decreto 10.024/2019, é fundamentado na Lei 12.527/2011 (Lei de Acesso à Informação), art. 7º, § 3º, e no decreto que a regulamenta, o Decreto 7.724/2012, art. 20, e esse valor será tornado público apenas e imediatamente após o encerramento do envio de lances:

> Lei 12.527/2011
>
> Art. 7º O acesso à informação de que trata esta Lei compreende, entre outros, os direitos de obter:
>
> [...]
>
> § 3º O direito de acesso aos documentos ou às informações neles contidas utilizados como fundamento da tomada de decisão e do ato administrativo será assegurado com a edição do ato decisório respectivo.

Decreto 7.724/2012

Art. 20. O acesso a documento preparatório ou informação nele contida, utilizados como fundamento de tomada de decisão ou de ato administrativo, será assegurado a partir da edição do ato ou decisão.

Parágrafo único. O Ministério da Fazenda e o Banco Central do Brasil classificarão os documentos que embasarem decisões de política econômica, tais como fiscal, tributária, monetária e regulatória.

735. Os dispositivos citados da Lei de Acesso à Informação e o seu decreto regulamentador explicitam que o direito de acesso aos documentos ou às informações neles contidas, utilizados como fundamento da tomada de decisão e do ato administrativo, será assegurado com a edição do ato decisório respectivo. Essa fundamentação não parece adequada, pois o pregoeiro não utiliza o orçamento estimado como insumo, para tomar uma decisão e somente após essa decisão torná-lo público. No caso em tela, o pregoeiro espera que se finalize a fase de lances, para tornar o orçamento estimado público e proceder à negociação com o vencedor até então em primeiro lugar (Decreto 10.024/2019, art. 15, § 2º, transcrito no parágrafo 732).

8.13.1.5 Leis 12.462/2011 e 13.303/2016

736. A Lei 12.462/2011 (Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC) expressa que o orçamento estimado será tornado público apenas e imediatamente após o encerramento da licitação, mas permite a publicação do orçamento:

Art. 6º Observado o disposto no § 3º, o orçamento previamente estimado para a contratação será tornado público apenas e imediatamente após o encerramento da licitação, sem prejuízo da divulgação do detalhamento dos quantitativos e das demais informações necessárias para a elaboração das propostas.

§ 1º Nas hipóteses em que for adotado o critério de julgamento por maior desconto, a informação de que trata o *caput* deste artigo constará do instrumento convocatório.

> § 2º No caso de julgamento por melhor técnica, o valor do prêmio ou da remuneração será incluído no instrumento convocatório.
>
> § 3º Se não constar do instrumento convocatório, a informação referida no *caput* deste artigo possuirá caráter sigiloso e será disponibilizada estrita e permanentemente aos órgãos de controle externo e interno. (grifou-se)

737. Se adotado o critério de julgamento por maior desconto, a publicação do orçamento é obrigatória (art. 6º, § 1º).

738. De acordo com a Lei 13.303/2016, o orçamento, em princípio, é sigiloso, mas é facultado conferir-lhe publicidade mediante justificativa, na fase de preparação da licitação:

> Art. 34. O valor estimado do contrato a ser celebrado pela empresa pública ou pela sociedade de economia mista será sigiloso, facultando-se à contratante, mediante justificação na fase de preparação prevista no inciso I do art. 51 desta Lei, conferir publicidade ao valor estimado do objeto da licitação, sem prejuízo da divulgação do detalhamento dos quantitativos e das demais informações necessárias para a elaboração das propostas.
>
> § 1º Na hipótese em que for adotado o critério de julgamento por maior desconto, a informação de que trata o *caput* deste artigo constará do instrumento convocatório.
>
> § 2º No caso de julgamento por melhor técnica, o valor do prêmio ou da remuneração será incluído no instrumento convocatório.
>
> § 3º A informação relativa ao valor estimado do objeto da licitação, ainda que tenha caráter sigiloso, será disponibilizada a órgãos de controle externo e interno, devendo a empresa pública ou a sociedade de economia mista registrar em documento formal sua disponibilização aos órgãos de controle, sempre que solicitado. (grifou-se)

8.13.2 Principais linhas de entendimento do TCU identificadas

739. O TCU manifestou-se em diversas ocasiões, a respeito da publicação do orçamento estimado da organização pública no instrumento convocatório, identificando-se algumas linhas de entendimento, expostas a seguir, que se referem a entendimentos formulados no escopo das Leis 8.666/1993 e 10.520/2002, isto é, antes da publicação da Lei 14.133/2021.

8.13.2.1 Divulgação obrigatória do orçamento estimado nas licitações regidas pela Lei 8.666/1993

740. De acordo com esse entendimento, nas contratações regidas pela Lei 8.666/1993, o orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários deve constar, obrigatoriamente, do instrumento convocatório. A seguir, é citado excerto do relatório do Acórdão 392/2011-TCU-Plenário, da relatoria do Ministro José Jorge, que é um exemplo dessa linha de entendimento:

> 37. Na segunda situação, que, a contrário sensu, abarca as situações que não sejam de pregões, tem-se farta jurisprudência no sentido de que o disposto do art. 40, inc. X, da Lei 8.666 obriga, e não faculta, a divulgação do orçamento estimado em planilhas e de preços máximos no instrumento convocatório. São exemplos desse entendimento os Acórdãos 697/2006, 50/2007, 610/2008, 1046/2008, 2170/2008, 727/2009, 1557/2009, 2410/2009 (Plenário-TCU), e os Acórdãos 330/2010 e 415/2010 (Segunda Câmara-TCU). Mencione-se, ainda, a Súmula TCU 259/2010, ainda que trate do caso específico de obras e engenharia:
>
> > "Nas contratações de obras e serviços de engenharia, a definição do critério de aceitabilidade dos preços unitários e global, com fixação de preços máximos para ambos, é obrigação e não faculdade do gestor."
>
> 38. Da mesma forma, a publicação "Licitações & Contratos – Orientações e Jurisprudência do TCU" elucida que
>
> Contratações públicas poderão ser efetivadas somente após estimativa prévia do respectivo valor, que deve obrigatoriamente ser juntada ao processo de contratação e ao ato convocatório divulgado.
>
> > [...]
> >
> > Essa estimativa tem por finalidade, especialmente:
> >
> > - verificar se existem recursos orçamentários suficientes para o pagamento da despesa com a contratação e;
> >
> > - servir de parâmetro para julgamento das ofertas apresentadas. (TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, Licitações & Contratos – Orientações e Jurisprudência do TCU, 4. ed. Brasília: TCU, 2010, p. 85-86). Grifou-se.
> >
> > [...]

40. Lições doutrinárias tampouco diferem do entendimento majoritário no TCU, a exemplo de Marçal Justen Filho:

> "Deve-se insistir acerca do descabimento de a Administração manter em segredo o valor do orçamento ou preço máximo. (...). No caso, o próprio art. 44, §1º, explicitamente, proíbe que algum critério relevante para julgamento (inclusive classificação ou desclassificação de propostas) seja mantido em segredo.
>
> (...) O sigilo acerca de informação relevante, tal como o orçamento ou preço máximo, é um incentivo a práticas reprováveis. Esse simples risco bastaria para afastar qualquer justificativa para adotar essa praxe." (JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 11. Ed. São Paulo: Dialética, 2005.

41. Conforme se verifica, a jurisprudência do TCU, apoiada pela doutrina, majoritariamente considera a divulgação do orçamento ou preço máximo no instrumento convocatório elemento imperativo, e não meramente opcional, à exceção das situações que tratam de pregão – seja ele presencial ou eletrônico. Ressalte-se que o Acórdão 3.028/2010 do Plenário73 abre precedente no sentido de se interpretar a divulgação dos preços máximos, prevista no art. 40, X, da Lei 8.666/93, como facultativa, e não obrigatória, sem ressalvas com relação à modalidade da licitação. (grifou-se)

741. Também deve constar do edital o orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os seus custos unitários, cuja necessidade de elaboração está presente no art. 7º, § 2º, inciso II, da Lei 8.666/1993 (*vide* item "8.2.2.1. Detalhamento do orçamento estimado nas licitações regidas pela Lei 8.666/1993").

742. Em função do exposto, elaborou-se o seguinte entendimento:

Entendimento 16

Nas contratações públicas de bens e serviços de TI regidas pela Lei 8.666/1993, o orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários deve constar, obrigatoriamente, do instrumento convocatório, de acordo com o art. 40, § 2º, inciso II, da lei citada, e, no caso de serviços, também deve constar do edital o orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os seus custos unitários, cuja necessidade de elaboração consta do art. 7º, § 2º, inciso II, §§ 4º e 6º, da mesma lei, o que deve ser verificado pela autoridade máxima da área de TI, pela autoridade responsável por aprovar o termo de referência ou o projeto básico, pelos membros da CPL, pela autoridade responsável por homologar a licitação e pelo parecerista jurídico no tocante a aspectos jurídicos.

8.13.2.2 Divulgação obrigatória do orçamento estimado no edital de pregão, em linha com a Lei 8.666/1993

743. No relatório e no voto condutor do Acórdão 2.547/2015-TCU-Plenário, da relatoria do Ministro Raimundo Carreiro, é tecida extensa argumentação sobre a linha de entendimento em epígrafe, com a exposição de argumentos de outros julgados do TCU. A seguir, foram destacados alguns argumentos e contra-argumentos considerados como os mais relevantes para a discussão da publicação ou não do orçamento estimado no edital de licitação de pregão, no escopo da Lei 10.520/2002 e da Lei 8.666/1993:

1) a necessidade de planilhas estimativas de preços, prevista no art. 40, § 2º, inciso II, da Lei 8.666/1993, também se aplica às licitações na modalidade pregão, pois a Lei 10.520/2002, que instituiu o pregão, definiu as regras a ser adotadas nesta modalidade de licitação, mas isso não significa que as normas da Lei 8.666/1993 não se aplicam ao pregão. A Lei 8.666/1993 estabelece normas gerais, aplicáveis a todas as modalidades de licitação (art. 1º da Lei 8.666/1993), inclusive ao pregão. Note-se que a própria Lei 10.520/2002 prevê, no art. 9º, que as normas da Lei 8.666/1993 se aplicam, subsidiariamente, à modalidade de pregão;

2] há que se analisar também o próprio fim a que se destina o procedimento licitatório, qual seja, garantir a observância do princípio da isonomia e selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração, observando o princípio da publicidade (Lei 8.666/1993, art. 3º, *caput*), pois os preços de referência e os critérios de aceitabilidade de preços são conhecidos por todos os licitantes;

3] com relação ao argumento de que a anexação ao edital do pregão de orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários frustraria o caráter competitivo da licitação, pois os concorrentes, ao tomar conhecimento do preço estimado pela Administração, ofertariam preços com mínima margem de redução ("efeito âncora"), delineiam-se dois possíveis cenários em um pregão (notadamente em sua forma eletrônica), um competitivo e outro não competitivo. No cenário competitivo, em função do número de licitantes na disputa e da quantidade de empresas aptas a prestar o serviço ou fornecer o objeto da licitação a contento, a regulação do preço para o de mercado, ou até inferior a ele, é automática e está intrinsicamente ligada à possibilidade de o licitante sagrar-se vencedor do pregão. Em um cenário pouco ou nada competitivo, em que são poucas as empresas aptas a fornecer o objeto ou o serviço que se pretende contratar, ou em que haja possibilidade de conluio ou combinação entre os participantes, a não fixação dos valores máximos admitidos, unitários ou global, não estimulará a redução das propostas, uma vez que não há (ou há pouca) disputa, além de trazer o risco de que as propostas, ao contrário, fiquem muito além da estimativa do órgão licitante. Os cenários acima descritos independem de estimativa que reflita os preços de mercado elaborada pelo órgão contratante. De qualquer forma, ainda que houvesse alguma ligação nesse sentido, eventual ineficiência da Administração não pode servir como argumento para macular a transparência e a isonomia dos pregões. Portanto, o argumento de que o caráter competitivo da licitação será frustrado é frágil, pois, mesmo com a divulgação dos custos unitários previstos, os licitantes permitir-se-ão reduzir seus preços até um nível que julgarem aceitável, no intuito de ganhar o certame, ainda que o valor de referência já tenha sido atingido, o que está em

harmonia com a busca da proposta mais vantajosa (Lei 8.666/1993, art. 3º, *caput*). Parece que o raciocínio foi no sentido de que, uma vez atingidos os valores de referências divulgados, a magnitude de redução de preço, nos lances posteriores, será irrelevante, da ordem de centavos, pois os licitantes saberão que a Administração já estará disposta a contratar por aquele preço. Argumente-se, ainda, que, provavelmente, as propostas não serão ofertadas com preços muito inferiores aos de mercado, independentemente de haver ou não a divulgação dos custos de referência, pois isso implicaria a redução dos lucros dos proponentes em níveis não aceitáveis por eles. Cumpridas as normas gerais de licitação, a dinâmica própria dos pregões que acirra a competitividade - sobretudo quando há muitas empresas participando do pregão - levará, via de regra, à seleção da proposta mais vantajosa para Administração. Marçal Justen Filho vai na mesma linha, apresentando argumentos similares aos expostos com questionamentos a respeito do "efeito âncora" (JUSTEN FILHO, 2021, p. 397-398, item "2) A concepção do incentivo à competitividade");

4] com relação ao argumento de que a anexação de orçamento em planilhas de quantitativos e custos unitários ao edital do pregão implicará demora para a conclusão da licitação, contra-argumentou-se que a interposição de recursos contra as decisões da Administração, durante o procedimento licitatório é direito assegurado aos licitantes (art. 109 da Lei 8.666/93). Não se pode alegar que a não anexação das planilhas de quantitativos e custos unitários se justificaria pelo fato de obstar o exercício deste direito pelos interessados. Além disso, compete ao pregoeiro verificar a exequibilidade e a aceitabilidade da proposta conforme o art. 48, inciso II, da Lei 8.666/1993 e o art. 4º, inciso XI, da Lei 10.520/2002. Este juízo de valor deve ser feito de acordo com o princípio do julgamento objetivo (art. 3º da Lei 8.666/1993), e a divulgação das planilhas de quantitativos e custos unitários contribui para tornar mais transparente a verificação, mostrando a todos os licitantes os valores de referência utilizados para o julgamento da exequibilidade dos preços praticados. Negar o acesso dos licitantes aos valores de referência utilizados para o julgamento da aceitabi-

lidade das propostas seria negar-lhes o próprio direito de recorrer, por não lhes ser possível avaliar os critérios objetivos utilizados pelo pregoeiro, para analisar os preços apresentados;

5) a não divulgação da estimativa do valor estimado e detalhado fere o parágrafo 1º do art. 44 da Lei 8.666/1993, que veda a utilização de qualquer elemento, critério ou fator sigiloso, secreto, subjetivo ou reservado que possa, ainda que indiretamente, elidir o princípio da igualdade entre os licitantes. Além disso, dispõe frontalmente contra o inciso II do § 2º do art. 40 da Lei 8.666/93, que estabelece que o orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários constitui anexo do edital, dele fazendo parte integrante;

6) não foram consideradas como convincentes as alegações de que a divulgação do valor estimado nos editais enfraquece qualquer esforço de negociação para redução de preços, especialmente quando o valor da proposta/menor lance se situar próximo ao preço estimado. Até porque, por força do disposto no § 3º do art. 3º da Lei 8.666/1993, são públicos e acessíveis os atos de seu procedimento, salvo quanto ao conteúdo das propostas, até a respectiva abertura. Tal dispositivo torna obrigatório o fornecimento de cópia da planilha constante dos autos a quem a solicitar. Nesse sentido, em se cumprindo a lei, a não divulgação do valor estimado no edital, sob alegação de que seu sigilo favorece a negociação, é inócua. Na fase de negociação de preços pelo pregoeiro, a menos dos casos em que sejam utilizados como critério de aceitabilidade da proposta, não há qualquer obrigatoriedade, por parte do licitante melhor classificado, de redução dos valores ofertados na fase de lances, divulgado o orçamento ou não. Em qualquer situação, com orçamentos divulgados ou sigilosos, a negociação depende, exclusivamente, da razoabilidade do licitante, aliada à habilidade de negociação do pregoeiro;

7) de acordo com a Lei 8.666/1993, art. 3º, § 3º, os atos do procedimento licitatório são públicos, de modo que a não publicação do orçamento estimado no edital somente faria sentido se admitida, de forma concomitante, a não divulgação do orçamento estimado constante do processo, violando o dispositivo citado e sacrificando a transparência da licitação;

8) com relação ao argumento de que o procedimento de não divulgar os preços e as planilhas nos pregões realizados pela Administração não vincula os preços à época da pesquisa, permitindo à equipe de apoio atualizá-los até o dia da própria sessão do pregão, trata-se de formalidade de pouca relevância. Uma em função da variabilidade de preços, desde a coleta até a realização do certame que, em geral, não é tão significativa, outra de que essas variações são computadas nas propostas de preços e que, mediante a competição, são absorvidas pelas empresas, com intuito de vencer as licitações;

9) a não publicação do orçamento pode levar a situações questionáveis, como a publicação de edital que exigiu dos licitantes a comprovação de capital social mínimo em valor absoluto (em vez de percentual), correspondente ao previsto no § 3º do art. 31 da Lei 8.666/1993 (10% do valor estimado da contratação), sem, contudo, divulgar o valor estimado. Ao final do certame, o valor estimado (informado ao TCU, mas não divulgado no edital do certame) ficou cerca de 75% superior ao da proposta do licitante vencedor. Essa situação evidencia que: a) o orçamento estimado, provavelmente, estava deficiente; b) a falta de divulgação pode ter ocorrido em razão de eventual ciência do órgão quanto às fragilidades de seu orçamento; c) a exigência de habilitação econômico-financeira, ao final do certame, mostrou-se exagerada e potencialmente restritiva, uma vez que se baseou em orçamento deficitário e superdimensionado; e d) na hipótese de mercado pouco ou nada competitivo em que não houvesse estímulo para que os licitantes ofertassem propostas condizentes com os valores de mercado, o que não se afigurou no caso concreto, o valor utilizado como critério de habilitação levaria, por óbvio (cálculo inverso), ao estimado para a contratação, caindo por terra as alegadas benesses que o sigilo na divulgação traz. O caso supracitado reflete bem o potencial danoso que a não divulgação sem critérios ou sem a adequada motivação tem nas contratações públicas. Estendendo o raciocínio às terceirizações típicas ou aos serviços de natureza continuada, notadamente com cessão de mão de obra, aos quais se aplicam as diretrizes da Instrução Normativa (IN) 2/2008, nota-se que a ocorrência verificada pela Selog é passível, também, para essas contratações, uma vez que a

IN institui diversos indicadores percentuais atrelados ao orçamento estimativo como condição de habilitação econômico-financeira, a exemplo do capital circulante líquido (CCL) ou do capital de giro (CG) - ativo circulante/passivo circulante - de, no mínimo, 16,66% do valor estimado da contratação. Situação similar foi detectada no escopo do Acórdão 299/2011-TCU-Plenário, da relatoria do Ministro José Mucio Monteiro, relatório, parágrafo 3, excerto do relatório da unidade técnica (Sefti), parágrafos 2.18-2.20 e 2.37;

10) o Tribunal manifesta-se ora pela exigência da inclusão dos quantitativos e dos preços unitários orçados no edital, ora pela dispensa dessa exigência, de acordo com as particularidades de cada pregão. A jurisprudência transmite que há o amadurecimento de ideias; mas não há, no entanto, entendimento pacífico até o momento;

11) entretanto, o relator foi na direção de que, de maneira geral, deve permanecer, como regra, a exigência de inserir o orçamento detalhado e os critérios de aceitabilidade de preço unitário e global no edital, em consonância com a legislação vigente, que inclui o art. 40, inciso X e § 2º, inciso II, da Lei 8.666/93; e

12) no acórdão citado (2.547/2015-TCU-Plenário), consta item que dispõe que a exigência de publicação do orçamento no edital poderá ser dispensada nas situações motivadas, para objetos complexos, com alto grau de incerteza em sua definição e/ou características muito peculiares de mercado que justifiquem a medida, considerando os riscos e os benefícios esperados para a Administração no caso concreto (item 9.2.2).

744. A seguir, são feitos comentários sobre alguns dos aspectos citados no Acórdão 2.547/2015-TCU-Plenário.

Transparência dos atos administrativos

745. A publicação do orçamento estimado e dos critérios de aceitabilidade de preços permite que qualquer parte interessada possa levantar a possibilidade de inexequibilidade de preço ou sobrepreço, antes mesmo da aber-

tura da licitação, como alude o relator em seu voto, no escopo do Acórdão 1.178/2008-TCU-Plenário, da relatoria do Ministro Aroldo Cedraz:

> 14. Finalmente, compreendo que assiste razão à unidade técnica ao defender que a simples publicação da estimativa de preços não traz nenhum prejuízo à licitação. Ao contrário, propiciam a todos os interessados conhecer, antecipadamente, o limite máximo que a administração, em tese, pretende pagar. Nesse sentido, afasta, de imediato, empresas que não possuem uma estrutura de custo compatível com os preços estimados. Fixado o parâmetro, as licitantes apresentarão suas propostas não com base no preço estimado, mas nas suas reais condições de estrutura de custo e de acordo com a rentabilidade que pretende obter.
>
> 15. Entendo, além disso, que a divulgação do preço antecipado só traz benefício, pois poderá ser, de imediato, impugnado por inexeqüível. Não descarto a possibilidade de se discutir a existência de sobrepreço antes mesmo da abertura da licitação. (grifou-se)

746. Nessa linha, também vai o voto condutor do Acórdão 10.051/2015-TCU-Segunda Câmara, da relatoria do Ministro-Substituto André de Carvalho:

> 11. Demais disso, não merece prosperar a alegação do [*omissis*] no sentido de que a publicidade do preço de referência pelo sítio do Comprasnet, por meio do resumo da Intenção do Registro de Preços (IRP), supriria a falta de divulgação no edital, vez que a divulgação do preço referencial no instrumento convocatório garante ao licitante o pleno direito à impugnação do edital, notadamente quanto às regras de aceitabilidade da proposta.

747. Adicionalmente, como pondera Marinês Restelatto Dotti (2018), a publicidade dos preços de referência não é assunto de interesse somente à licitação da organização pública. Também serve para que a sociedade, em especial os entes engajados no controle social (Lei 14.133/2021, art. 169, *caput*), possa avaliar se a licitação está sendo bem conduzida ou não, o que inclui o planejamento da contratação:

> Por isso, os atos administrativos emitidos no âmbito das licitações e contratações hão de ser exibidos ao público, inclusive no tocante ao orçamento. O princípio da publicidade impõe a transparência da atividade administrativa exatamente para que os licitantes e a sociedade possam conferir se está

> sendo bem conduzida ou não. Ainda, viabiliza-se a impugnação ao orçamento que não traduza os preços de mercado somente se houver a divulgação daquele no edital. Trata-se de dever de transparência da administração pública em prol não apenas dos disputantes, mas do erário e de qualquer cidadão.

748. Um exemplo recente espelha a força que a reprovação externa a preço considerado exorbitante tem, no sentido de impedir contratações irregulares. Em abril de 2020, no início da pandemia do coronavírus no Brasil, houve protestos contra a criação de um aplicativo que forneceria informações a respeito do combate à pandemia de coronavírus, em um estado da federação, para a qual havia sido alocado R$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais)[74]. Ao final, houve a determinação da suspensão da contratação pelo governador do estado[75].

749. A seguir, são citadas as considerações de Marçal Justen Filho sobre o "princípio da publicidade" (JUSTEN FILHO, 2014, p. 90):

> **15.4) O controle dos atos administrativos**
>
> Depois, a publicidade orienta-se a facultar a verificação da regularidade dos atos praticados. Parte-se do pressuposto de que as pessoas tanto mais se preocuparão em seguir a lei e a moral quanto maior for a possibilidade de fiscalização de sua conduta. Sendo ilimitadas as condições de fiscalização, haverá maior garantia de que os atos serão corretos. Perante a CF/1988, a garantia foi ampliada (art. 5º, XXXIII).
>
> Sob esse prisma, a publicidade traduz-se no desenvolvimento não sigiloso dos atos pertinentes à licitação, inclusive com a prestação de informações a todos os cidadãos, independentemente de seu efetivo interesse em participar do certame. A Administração não pode negar informações ou adotar soluções concretas que dificultem o conhecimento público dos atos praticados.

750. Vale também mencionar as considerações de Ronny Charles Lopes de Torres (2013), que inclui a afirmação de que a postergação da divulgação da estimativa de preços decorre, na verdade, da forte convicção de que os preços estimados pela Administração não representam o real valor médio de mercado. Adicionalmente, de acordo com o autor, se o problema está em estimar, adequadamente, o preço da contratação, deve-se focar no aperfeiçoamento das ferramentas de aferição dos custos da contratação:

> Há correntes que defendem o caráter sigiloso do orçamento como uma ferramenta para resguardar a obtenção de melhores propostas pelo Poder Público contratante, conforme admite, por exemplo, o Regime Diferenciado de Contratações (Lei nº 12.462/2011). Isso porque há um raciocínio geral de que a iniciativa de postergar a divulgação da estimativa de custos, com o valor máximo que a Administração se propõe a pagar, auxiliaria para que as propostas não fossem apresentadas com base nesse patamar e sim no real valor de mercado para aquela contratação[10].
>
> Tal raciocínio deriva, na verdade, da forte convicção de que os preços estimados pela Administração não representam o real valor médio de mercado, de forma que a baliza artificialmente criada (custo máximo) acaba refletindo valores superiores aos reais e ainda induzindo a apresentação de propostas próximas a tal patamar. Ora, caso a estimativa de custos reflita realmente a média dos preços de mercado, será natural e até recomendável que as propostas apresentadas se situem perifericamente ao orçamento estimado, ou ter-se-á alta probabilidade de preços inexequíveis ou sobrepreços.
>
> Se este é o verdadeiro problema (inexatidão da pesquisa de preços), porque não focar no aperfeiçoamento das ferramentas de aferição dos custos da pretensão contratual?

751. Por outro lado, a OCDE recomenda que não se publique a estimativa de preço (preço de reserva) nas contratações públicas, em um guia com diretrizes, para evitar manipulação em contratações públicas (OCDE, 2021, p. 11).

Efeito âncora

752. Essa discussão também abrange o chamado "efeito âncora", como descrito por Rafael Sérgio Oliveira (2019, p. 4):

> O fato é que, a depender do mercado, a publicação do orçamento estimado da contração ocasiona o chamado efeito âncora, elevando os preços das propostas ao mais próximo possível do valor de referência da Administração. Nessas situações, a consagração de princípios próprios da Administração Pública (interesse público e eficiência, sobretudo) recomendam que o preço orçado pela Administração seja mantido sob sigilo até o fim da disputa pelo contrato.

753. Há gestores que, pela sua experiência, acreditam ser vantajoso não publicar o orçamento no edital, como é relatado no voto condutor do Acórdão 2.080/2012-TCU-Plenário, da relatoria do Ministro José Jorge:

> 7. Embora também seja posição desta Corte de que a Administração deve franquear o acesso aos licitantes do referido documento, bem explicitou a instrução que há divergências acerca do momento oportuno para tanto, ou seja, antes ou depois da fase de lances, sendo apontado, neste último caso, os benefícios para manutenção do sigilo do orçamento estimativo até essa fase.
>
> 8. Conquanto a ampla publicidade seja imperativa na Administração Pública, julgo que, em situações semelhantes a que se apresenta, o acesso ao referido orçamento colidiria com outros princípios não menos importantes, como o da busca da proposta mais vantajosa para a administração, de modo que a reserva do seu conteúdo não se configura violação ao princípio da publicidade, nem mesmo ao seu propósito de assegurar o controle pela sociedade da legalidade e legitimidade dos atos administrativos.
>
> 9. Ademais, a prática tem se revelado, inclusive no âmbito do próprio [*omissis*], que a manutenção do sigilo do orçamento estimativo tem sido positiva para Administração, com a redução dos preços das contratações, já que incentiva a competitividade entre os licitantes, evitando assim que os concorrentes limitem suas ofertas aos valores previamente cotados pela Administração. (grifou-se)

754. No relatório do Acórdão 114/2007-TCU-Plenário, da relatoria do Ministro Benjamin Zymler, também consta manifestação de outra organização pública, no sentido de que a não publicação do orçamento foi vantajosa em licitações conduzidas por ela:

> 4.2.4. Defende o Banco, em seu ofício (fl. 472-verso), que a estratégia mais eficiente, em seu caso, reside na não publicação do orçamento estimado/detalhado, em virtude da magnitude dos valores envolvidos, cuja divulgação definiria o parâmetro em torno do qual se apresentariam as propostas. Para justificar seu posicionamento, apresenta resultado expressivos obtidos em negociações, que segundo alega, lograram maior êxito por não ter sido divulgado o valor estimado nos editais. Continua afirmando que somente nas licitações centralizadas em Brasília, entre janeiro e setembro deste ano, teria economizado mais de R$ 50 milhões, resultado de negociações efetu-

> adas após encerrada a sessão de lances e que não obteria tais resultados se o valor estimado houvesse sido divulgado. Conclui que a divulgação do valor estimado nos editais enfraquece qualquer esforço de negociação para redução de preços, especialmente quanto o valor da proposta/menor lance estiver próximo ao preço estimado. (grifou-se)

755. Adicionalmente, conforme aponta Marjorie Gressler Afonso, em texto a respeito da eficiência do RDC, o orçamento sigiloso cria uma assimetria de informação a favor da Administração Pública (AFONSO, 2015, p. 15):

> A doutrina favorável a esta regra defende a divulgação postergada do orçamento estimado sob o argumento de que ela traria eficiências para as contratações públicas na forma de menores preços nas contratações realizadas. A manutenção do sigilo do preço de reserva da Administração Pública geraria uma assimetria de informação que levaria a propostas mais econômicas para o poder público.[38]

38 Maurício Portugal Ribeiro, Lucas Navarro Prado e Mario Engler Pinto Junior explicam, de uma perspectiva estatística, a maneira em que o orçamento estimado levaria a propostas mais favoráveis para a Administração Pública: "Se tratarmos o preço de cada participante da licitação como uma variável aleatória discreta, pode-se dizer que a assimetria de informação sobre o preço tende a aumentar a variância e o desvio padrão das ocorrências de licitação. Seguindo algumas premissas básicas, é possível demonstrar que esse aumento de variância e do desvio padrão decorrentes da assimetria de informação modifica a distribuição de probabilidades, aumentando a probabilidade de que pelo menos uma das ocorrências esteja mais distante (para menos) do preço de referência mantido sigiloso pela Administração Pública (RIBEIRO, M.P.; PRADO, L.N.; PINTO JUNIOR, M. E. Regime Diferenciado de Contratação: Licitação de Infraestrutura para Copa do Mundo e Olimpíadas. São Paulo: Atlas. 2012. P. 70).

756. Entretanto, Dawison Barcelos pondera que não é pacificada a questão do "efeito âncora" (BARCELOS, 2019). Segundo o autor, determinado licitante pode oferecer uma proposta muito acima do valor de referência no pregão, caso seja publicado, de modo que não há nenhuma consequência, pois não se aplica a desclassificação de licitantes em função de as propostas iniciais apresentarem valores superiores ao estimado,

permitindo-se que empresas com propostas extraordinariamente acima do valor de referência possam disputar o objeto na etapa de lances. O licitante pode somente baixar seu preço de forma gradativa, na fase de lances, à medida que for desafiado:

> Não é pacífica a aceitação do argumento segundo o qual a divulgação do orçamento poderia influenciar a proposta das licitantes, na medida em que induziria as empresas interessadas a ofertarem preços muito próximos ao estimado pela Administração.
>
> Isso ocorre porque, apesar da existência de vozes doutrinárias em sentido contrário, no caso do pregão eletrônico, não se aplica a desclassificação de licitantes em função das propostas iniciais apresentarem valores superiores ao estimado, permitindo-se que empresas com propostas extraordinariamente acima do valor de referência possam disputar o objeto na etapa de lances. Não é outra a visão do TCU sobre o tema:
>
> > A análise empreendida pela Selog levou à conclusão, a qual me filio, de que a desclassificação das licitantes anterior à fase de lances, em decorrência da oferta de valores acima do preço inicialmente orçado violou o art. 25 do Decreto 5.450/2005, segundo o qual o exame da proposta classificada em primeiro lugar quanto à compatibilidade do preço em relação ao estimado para contratação deve ocorrer após o encerramento da etapa de lances [**10**]. [Acórdão 2.131/2016-TCU-Plenário, da relatoria do Ministro-Substituto Marcos Bemquerer]
>
> Em termos práticos, ainda que a Administração não divulgasse o orçamento de referência, a empresa interessada poderia oferecer um preço bem acima do seu mínimo, aguardando a fase competitiva para reduzi-lo, se necessário e gradativamente, de acordo com o nível de disputa presente na fase de lances.
>
> Sintetizando, mesmo desconhecendo o valor estimado pela Administração, a empresa provavelmente ofertará um preço acima do seu mínimo, já que não será excluída da etapa de lances com base neste critério. (grifou-se)

757. Infere-se do texto que, em licitações na modalidade pregão, caso haja competição de fato, o preço estimado, se publicado, não condiciona o

comportamento dos licitantes, que podem propor, inicialmente, os valores que entenderem adequados, inclusive preços mais altos do que o estimado, publicado pela organização pública, pois não perdem nada com isso. Entretanto, é de esperar-se que o desejo de vencer a licitação, em princípio, leve-os a baixar seus preços sucessivamente, até que se alcance o preço de reserva próximo ao do segundo colocado. Portanto, se houver competição real, a publicação do orçamento estimado no edital não deve não causar o "efeito âncora" em uma licitação, na modalidade pregão, pela dinâmica do pregão que permite que cada licitante, ao longo da etapa de lances, revise o preço ofertado, para fazer frente à proposta de valor mais baixo de outro licitante. Nessa linha, é o posicionamento exposto no relatório do Acórdão 114/2007-TCU-Plenário, da relatoria do Ministro Benjamin Zymler, parágrafo 19, que contém excerto da instrução da unidade técnica (Secex-2):

> 4.2.7.3. De resto, não há como deduzir, dos comprovantes apresentados, que os valores declinaram unicamente por força do sigilo da proposta. No nosso entender, o próprio Pregão Eletrônico é o maior motivo para o declínio de preços, em virtude de ser altamente indutor à competitividade, que em conjunto com a possibilidade dada ao pregoeiro de negociar melhores preços com o vencedor são elementos suficientes para uma boa negociação, sem necessidade de sacrificar a transparência.

758. No mesmo sentido, vai a argumentação da Serur transcrita no relatório do Acórdão 1.925/2006-TCU-Plenário, da relatoria do Ministro Augusto Nardes:

> 2.2.1. Argumento - a anexação de orçamento em planilhas de quantitativos e custos unitários ao edital do pregão frustrará o caráter competitivo da licitação.
>
> 12. O recorrente alega que o item 2.3 do Acórdão 664/2004-TCU-Plenário também deve ser reformado, com a supressão da determinação nele contida, dizendo que a anexação ao edital do pregão de orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários frustraria o caráter competitivo da licitação, pois os concorrentes, ao tomarem conhecimento do preço estimado pela Administração, ofertariam preços com mínima margem de redução (fl. 12).

> 2.2.2. Análise
>
> 13. Inicialmente, lembremo-nos de que a exigência de que o orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários esteja anexo ao instrumento convocatório está prevista no artigo 40, § 2.º, inciso II, da Lei nº 8.666/1993, o que, por si só, já é fundamento suficiente para se concluir que o edital do pregão deve conter tal anexo, conforme o raciocínio exposto no item 7 acima.
> 14. Além disso, o argumento do recorrente de que o caráter competitivo da licitação será frustrado é frágil, pois, mesmo com a divulgação dos custos unitários previstos, os licitantes se permitirão reduzir seus preços até um nível que julguem aceitável, no intuito de ganhar o certame, ainda que o valor de referência já tenha sido atingido.
>
> 15. Parece-nos que o raciocínio do recorrente foi no sentido de que, uma vez atingidos os valores de referências divulgados, a magnitude de redução de preço, nos lances posteriores, será irrelevante, da ordem de centavos, pois os licitantes saberão que a Administração já estará disposta a contratar por aquele preço.
>
> 16. Quanto a este aspecto, ressalte-se que as planilhas de quantitativos e preços unitários devem ser elaboradas em consonância com os valores praticados no mercado (artigo 8.º, inciso II, do Decreto nº 3.555/2000 e artigo 9º, § 2º, do Decreto nº 5.450/2005). Desse modo, o resultado do pregão não será outro que a obtenção de uma proposta vencedora condizente com os valores de mercado, o que está em harmonia com a boa prática administrativa.
>
> 17. Argumente-se, ainda, que provavelmente as propostas não serão ofertadas com preços muito inferiores aos de mercado, independentemente de haver ou não a divulgação dos custos de referência, pois isso implicaria a redução dos lucros dos proponentes a níveis não aceitáveis por eles. (grifou-se)

759. É importante destacar que, em condições nas quais os licitantes conhecem as regras do pregão, tenham estabelecido para eles mesmos, de forma clara, os seus respectivos preços de reserva e ajam racionalmente, o preço do licitante vencedor tende a aproximar-se do preço de reserva do segundo colocado pela dinâmica do pregão. Depois de uma sucessão de lances, quando determinado licitante dá um lance e percebe que ninguém mais o desafia, ele também para de dar lances, pois não precisa mais baixar o seu preço, maximizando o seu resultado.

Nesse momento, ele e os demais licitantes percebem que é o licitante vencedor, ainda que seu último lance esteja distante do seu preço de reserva, que ninguém conhecerá se ele não o divulgar.

760. Assim, a disputa, normalmente, aproxima-se do encerramento após o segundo colocado dar seu último lance, que deve ser próximo ao seu preço de reserva. Em seguida, é dado o último lance pelo licitante vencedor, que também deverá aproximar-se do preço de reserva do segundo colocado, e ninguém mais oferecerá lance.

761. Entretanto, nada impede que o licitante vencedor de hoje participe de uma licitação para a contratação do mesmo objeto no dia seguinte, incluindo as mesmas quantidades, e outro licitante desafie-o a dar lance abaixo do preço que o levou a ganhar a licitação de hoje, o que indica que o preço vencedor de uma licitação tem, em alguma medida, um caráter conjuntural.

762. Se o pregão sofrer efeito de alguma prática anticompetitiva, o preço final poderá ser distante dos praticados no mercado, e a organização pública somente terá condições de detectar isso se tiver elaborado, adequadamente, o orçamento estimado, à luz dos diversos aspectos descritos nesta NT, de modo que se possam estabelecer critérios adequados de aceitabilidade de preços unitários e global.

Influência da publicação do orçamento estimado na etapa de negociação

763. Com relação à questão de a publicação do orçamento estimado pela organização pública enfraquecer a atividade de negociação para redução de preços, vale a pena citar considerações feitas no relatório do Acórdão 2.569/2018-TCU-Plenário, da relatoria do Ministro Aroldo Cedraz, sobre práticas comerciais de grandes fabricantes de *software*, que englobam a importância da negociação, inclusive nas contratações diretas, sobre o fato de que se trata de uma atividade ainda imatura nas contratações públicas de TI e que carece de diretrizes:

Dificuldades para negociar preços com os revendedores/fabricantes

113. Ressalte-se que somente a competição pode não ser suficiente para se chegar a preço praticado pelo mercado, pois ela pode ser aparente (*e.g.* devido a ação de algum tipo de cartel). Sem a avaliação adequada dos preços finais da licitação (*e.g.* último lance de um pregão), a organização pública pode efetuar contratações com sobrepreço e superfaturamento, comprometendo a economicidade (Constituição Federal, art. 70, *caput*) e a seleção da proposta mais vantajosa (Lei 8.666/1993, art. 3º, *caput*).

114. Ao detectar que os preços ofertados são inaceitavelmente altos, a organização pública pode negociar com o vencedor da licitação para abaixar esse valor para um patamar aceitável, isto é, de acordo com os critérios de aceitabilidade dos preços. Se a estimativa dos preços não for bem elaborada, como consequência, a organização pública não tem elementos para avaliar os preços ofertados e também não tem elementos suficientes para negociar o preço com o revendedor/fabricante (*e.g.* contratos de outras organizações públicas com preços mais baixos).

115. A atividade de negociar os preços pode ocorrer ao final da fase de lances do pregão (Lei 10.520/2002, art. 4º, inciso XVII; Decreto 5.450/2005, art. 27, § 3º), que é uma modalidade comumente usada nas contratações de TI. Adicionalmente, o TCU tem se manifestado no sentido de que essa atividade também é aplicável às licitações regidas pela Lei 8.666/1993 (Acórdão 1.401/2014-TCU-Segunda Câmara, itens 15 e 22 do voto do Ministro-Relator, Ministro José Jorge) e de que se trata de atividade obrigatória (Acórdão 694/2014-TCU-Plenário, item 32 do voto do Ministro-Relator, Ministro Valmir Campelo, e item 9.3.1 do acórdão, respectivamente).

116. Além das negociações nas licitações, essa atividade também ocorre com frequência no âmbito das contratações diretas de serviços agregados fornecidos somente pelo fabricante, como é o caso dos serviços agregados típicos da Oracle a partir do segundo ano, e dos serviços especiais, como Suporte *Premier* da Microsoft. Nesses casos, a organização pública também tem que efetuar pesquisa de preços de mercado para estimar o preço, de modo a ter condições de avaliar a aceitabilidade do preço proposto pelo fabricante durante negociação direta com ele.

117. Percebeu-se ao longo da auditoria que esta atividade carece de diretrizes, sejam de caráter orientador (*e.g.* mediante a publicação de um documento de referência) ou formal (*e.g.* publicação de um normativo), de modo a estabelecer elementos como: etapas a seguir na negociação, como será assegurada a publicidade da negociação (*e.g.* registro de reuniões, descrição da negociação,

> resultados alcançados e pessoas que participaram), insumos dessa atividade (*e.g.* valor estimado, contratos celebrados por outras organizações públicas), produtos esperados (*e.g.* valor final negociado, ata de reunião e conjunto de mensagens eletrônicas trocadas), quais atores são responsáveis pela atividade de negociar o preço e requisitos desses atores (*e.g.* serem servidores de carreira da Administração Pública).
>
> 118. A maior parte das organizações públicas fiscalizadas sinalizaram que negociam valores e condições (*e.g.* níveis de serviço) diretamente com os fabricantes, inclusive quando há a possibilidade de competição, de modo a mitigar o risco de algum revendedor contar com registro de oportunidade (peça 97, p. 2, questão 5; peça 96, p. 3, questão 5; peça 95, p. 2, questão 3.5; peça 94, p. 2, questão 5; peça 93, p. 2-3, questão 5; peça 91, p. 3, questão 5). Em outras palavras, essas organizações buscam negociar preços máximos com os fabricantes, de modo que os revendedores possam oferecer preços mais baixos para vencer o certame se diminuírem suas margens de lucro em suas propostas de preço. (grifou-se)

764. Na Lei 14.133/2021, essa atividade é positivada, mas não é muito detalhada, embora seja explicitado que será objeto de regulamentação:

> Art. 61. Definido o resultado do julgamento, a Administração poderá negociar condições mais vantajosas com o primeiro colocado.
>
> § 1º A negociação poderá ser feita com os demais licitantes, segundo a ordem de classificação inicialmente estabelecida, quando o primeiro colocado, mesmo após a negociação, for desclassificado em razão de sua proposta permanecer acima do preço máximo definido pela Administração.
>
> § 2º A negociação será conduzida por agente de contratação ou comissão de contratação, na forma de regulamento, e, depois de concluída, terá seu resultado divulgado a todos os licitantes e anexado aos autos do processo licitatório.

765. Não é claro que a divulgação do orçamento estimado enfraquece a negociação, pois:

1) se a empresa vencedora não conhecer o orçamento estimado, em princípio, o patamar que a organização pública deverá buscar alcançar na negociação é o orçamento estimado, de modo que esse é fundamental para a etapa de negociação; e

2) se o preço for divulgado, o patamar a buscar na negociação, em princípio, também será o orçamento estimado. Se a empresa o alcançar, não haverá estímulo para que abaixe o seu preço.

766. Por sua vez, Joel de Menezes Niebuhr expõe que pode ser vantajoso não divulgar o orçamento antes de encerrada a negociação, especialmente nos casos em que a proposta está muito próxima ou mesmo abaixo do orçamento (NIEBUHR *et al.*, 2021, p. 91):

> 4.7. Orçamento sigiloso
>
> [...]
>
> Registre-se que no texto aprovado pelo Congresso Nacional havia o inciso II no artigo 24, que, no entanto, foi vetado pela Presidência da República. O dispositivo vetado previa que o orçamento "será tornado público apenas e imediatamente após a fase de julgamento de propostas, sem prejuízo da divulgação do detalhamento dos quantitativos e das demais informações necessárias para a elaboração das propostas". A Presidência considerou, mais uma vez de forma acertada, que seria melhor à Administração gozar de competência discricionária para decidir o momento da divulgação do orçamento sigiloso, porque seria vantajoso ao interesse público, em muitas situações, não o divulgar antes de encerrada a negociação. A premissa é procedente, especialmente nos casos em que a proposta objeto da negociação está muito próxima ou mesmo abaixo do orçamento. Nesses casos, divulgar o orçamento antes da negociação poderia desestimular uma redução de preços mais substancial por parte do licitante, o que corresponde ao cerne da razão do veto.

767. Entretanto, Marçal Justen Filho indica que o sigilo durante a negociação apresenta problemas relevantes e não se traduz em benefício efetivo. Adicionalmente, considera que o momento de levantar o sigilo é após a fase competitiva (JUSTEN FILHO, 2021, p. 404-405):

> **13.6) A negociação e o sigilo**
>
> [...]
>
> Desenvolver negociação sem revelar o valor do orçamento envolve dificuldades muito significativas. O agente público é colocado em posição muito precária, eis que lhe é vedado indicar o limite máximo aceitável do valor. Já o licitante, por desconhecer o referido valor, formula reduções que, em muitos

> casos, são irrelevantes. Em muitos casos, a proposta será desclassificada e o agente público deverá reiniciar os seus esforços em face dos demais licitantes. De modo genérico, o resultado é um conjunto de mal-entendidos e esforços desperdiçados.
>
> [...]
> A revelação do valor do orçamento, depois do encerramento da fase competitiva, permite a todos os envolvidos atingirem um resultado simples e rápido. Tendo o conhecimento do valor orçado, os envolvidos poderão atingir uma solução em curto espaço de tempo.

8.13.2.3 Divulgação do orçamento estimado de forma facultativa nas licitações regidas pela Lei 10.520/2002 e, se não for divulgado no edital, permissão de obtenção pelos interessados

768. De acordo com essa linha de entendimento do TCU, no caso do pregão, a divulgação do orçamento estimado e, se for o caso, do preço máximo, caso tenha sido fixado, é meramente facultativa, pois, na licitação dessa modalidade, o orçamento estimado em planilhas e preços unitários não constitui um dos elementos exigidos no edital, devendo estar inserido, obrigatoriamente, no bojo do processo relativo ao certame (*vide* item "8.13.1.2. Lei 10.520/2002"). Entretanto, deve permitir-se a obtenção do orçamento pelos interessados. Exemplos de julgados com esse entendimento são os Acórdãos 1.925/2006, item 9.1; 114/2007, voto condutor, parágrafo 11; 157/2008, relatório, item 21.2; 1.789/2009, item 9.1; 2.816/2009, voto condutor, parágrafos 2-4; e 714/2010, item 9.2.3.1[76], todos do Plenário do TCU.

769. Como foi exposto, de acordo com a Lei 10.520/2002, o orçamento tem de constar dos autos do processo de contratação, mas não é elemento essencial do edital, sendo sua publicação opcional. Entretanto, poder-se-ia considerar a aplicação subsidiária da Lei 8.666/1993 à Lei 10.520/2002, em razão do art. 9º da Lei 10.520/2002.

770. Rafael Sérgio de Oliveira (OLIVEIRA, 2019, p. 1-2) argumenta que o art. 40, § 2º, inciso II, da Lei 8.666/1993 não se aplica à Lei 10.520/2002, pois: 1) a Lei do Pregão define os elementos essenciais do edital, que não incluem o orçamento estimado; e 2) a modalidade pregão é mais simplificada, o que é feito, inclusive, pela concessão de maior liberdade ao gestor:

> Inicialmente o que se põe é a questão de saber se o legislador foi lacunoso ou se o seu silêncio quanto à necessidade do orçamento estimado no edital do pregão foi intencional. Se se entendesse pela hipótese de lacuna, a solução seria recorrer à Lei nº 8.666/1993, que expressamente exige a presença do orçamento estimado como um dos anexos do edital do certame (art. 40, § 2º, II, da Lei nº 8.666/1993). Essa, no entanto, não é a solução mais adequada. Primeiro, porque a Lei do Pregão traz em seu texto quais seriam os elementos indispensáveis ao edital (art. 4º, inciso III, c/c o inciso I do art. 3º); segundo, porque a modalidade em estudo é informada pela ideia de simplificação do seu procedimento, o que é feito, inclusive, pela concessão de maior liberdade ao gestor. Desse modo, à luz da Lei nº 10.520/2002, não resta dúvida de que o orçamento estimado da contratação não precisa constar no edital, assim como não é indispensável que seja um dos anexos do instrumento convocatório. Caberia, então, ao regulamento da modalidade o tratamento da matéria.

771. No voto condutor do Acórdão 114/2007-TCU-Plenário, da relatoria do Ministro Benjamin Zymler, também consta a interpretação de que o orçamento estimado não é um dos elementos essenciais do edital de pregão, ficando, a critério do gestor, no caso concreto, a decisão de incluir esse orçamento no edital ou de informar, no ato convocatório, a sua disponibilidade aos interessados e os meios para obtê-lo:

> 11. O fato dessa planilha ter sido inserida no edital sem o preenchimento dos valores não traduz prática que viola os dispositivos legais atinentes à matéria. Como visto, na licitação na modalidade pregão, o orçamento estimado em planilhas e preços unitários não constitui um dos elementos obrigatórios do edital, devendo estar inserido obrigatoriamente no bojo processo relativo ao certame. Ficará a critério do gestor, no caso concreto, a avaliação da oportunidade e conveniência de incluir esse orçamento no edital ou de informar, no ato convocatório, a sua disponibilidade aos interessados e os meios para obtê-lo.
>
> 12. Esse tem sido o entendimento exarado por este Tribunal em recentes decisões acerca da matéria, ex vi dos Acórdãos nº 1.925/2006-Plenário e 201/2006-Segunda Câmara.

772. Ressalta-se que, de acordo com o art. 15 do último decreto regulamentador do pregão na forma eletrônica, o Decreto 10.024/2019, se o valor estimado ou o valor máximo aceitável para a contratação não constar expressamente do edital, possuirá caráter sigiloso (parágrafo 733 desta NT).

773. Como lembra Rodolfo Moura (MOURA, 2012), o processo de licitação, de acordo com a Lei 8.666/1993, não é sigiloso, e qualquer interessado poderá ter acesso a ele:

> Todavia, o § 3º do artigo 3º e o artigo 63 da Lei 8666/93 regem que a licitação não é sigilosa e qualquer interessado poderá ter acesso ao processo licitatório (vistas ao processo) desde que não seja caso de segurança nacional. Desta forma identificamos uma possibilidade de ter acesso ao valor estimado já que o mesmo faz parte obrigatoriamente do processo.

774. Dawison Barcelos (2019) expõe que a não publicação do orçamento no edital não impede a sua obtenção mediante o acesso ao processo de contratação, o que fere o princípio da isonomia. A Administração poderia estar, de maneira indireta, beneficiando os licitantes em condições de comparecimento à organização pública promotora do certame.

775. O autor acrescenta que o interessado que se encontrasse geograficamente distante da organização pública poderia valer-se se do disposto na Lei 12.527/2011 (Lei de Acesso à Informação - LAI), para requerer o envio do orçamento estimado até mesmo por meio eletrônico, mas os prazos previstos na LAI, para atendimento ao pedido de acesso à informação poderiam tornar o acesso inócuo se os dados fossem fornecidos somente após o início da sessão pública de abertura do pregão:

> Além disso, mesmo que o administrador decida, justificadamente, não divulgar o orçamento estimado, deverá necessariamente enfrentar uma outra questão oriunda dessa discricionariedade: como proceder diante de um requerimento formulado por um cidadão que pretende obter vistas do processo de licitação?

Conforme já mencionado, o orçamento estimado deve estar necessariamente inserido nos autos da licitação, isto é, ainda que não publicado como anexo, ele deverá ser juntado ao processo, em respeito ao art. 3º, inciso III, da Lei do Pregão.

A rigor, então, seria possível que um interessado qualquer, licitante ou não, solicitasse acesso aos autos e, consequentemente, ao orçamento da licitação. Isso significaria que o princípio da publicidade estaria a oferecer um caminho, uma alternativa, uma espécie de atalho ao orçamento não divulgado no edital da licitação.

Importante registrar que, de acordo com o TCU, ao não divulgar o orçamento estimado, a Administração deve informar no ato convocatório os meios para obtê-lo, não permitindo que este documento seja mantido sob sigilo (Acórdão nº 1.513/2013 – Plenário, cujo excerto foi transcrito acima).

Aliás, há um ponto de debate, bastante interessante, no que se refere à compatibilização entre os princípios da publicidade e o da isonomia. Ao não divulgar, no edital, os preços de referência para o objeto a ser contratado, a Administração poderia estar, de maneira indireta, beneficiando aqueles licitantes em condições de comparecimento à entidade ou ao órgão promotor do certame.

O próprio TCU já enfrentou essa questão e apontou que o acesso ao orçamento, concedido apenas aos licitantes que formulassem pedido de vistas ao processo, poderia representar afronta ao princípio da isonomia, de modo que a Administração poderia manter sob sigilo a peça orçamentária, até mesmo em relação aos interessados que pretendessem consultar os autos.

[...]

Na prática, poderia se imaginar que o acesso ao orçamento ocorreria exclusivamente por meio de consulta presencial ao processo, no interior das instalações do órgão ou da entidade. Todavia, a conduta poderia configurar uma espécie de benefício ao interessado em função da sua localização.

Por outra via, o interessado que se encontre geograficamente distante do órgão ou entidade poderia valer-se do disposto na Lei n.º 12.527/2011, conhecida como Lei de Acesso à Informação (LAI), para requerer o envio do orçamento estimado até mesmo por meio eletrônico. É bem verdade que os prazos previstos na LAI para atendimento ao pedido de acesso à informação poderiam tornar o acesso inócuo se os dados fossem fornecidos somente após o início da sessão pública de abertura do pregão.

> Assim, em princípio, compreendemos que não haveria fundamento para recusar o acesso por meio eletrônico e permiti-lo apenas presencialmente, tendo em vista que a informação não seria classificada como sigilosa. (grifou-se)

776. De fato, aparentemente, não faltam ferramentas para viabilizar o acesso por meio eletrônico, como o processo eletrônico no Sistema Eletrônico de Informações (SEI)[77], se a organização pública utilizar esse sistema, e o envio do orçamento estimado por *e-mail* ou Whatsapp.

8.13.2.4 Divulgação do orçamento estimado de forma facultativa nas licitações regidas pela Lei 10.520/2002, mas obrigatória se o preço de referência for usado como critério de aceitabilidade de preços

777. De acordo com Dawison Barcelos, o Tribunal tem admitido a discricionariedade administrativa, para publicar ou não o orçamento estimado junto ao edital. Por outro lado, tem fixado algumas limitações a tal faculdade, de modo a impor ao gestor público o dever de divulgar o conteúdo do orçamento-base nas situações em que o preço de referência é também utilizado como preço máximo no julgamento das propostas (BARCELOS, 2019):

> Se, por um lado, o Tribunal tem admitido a discricionariedade administrativa para publicar ou não o orçamento estimado junto ao edital, por outro, tem fixado algumas limitações a tal faculdade, de modo a impor ao gestor público o dever de divulgar o conteúdo do orçamento-base nas situações em que o preço de referência é também utilizado como preço máximo no julgamento das propostas.
>
> No âmbito dos acórdãos 2.166/2014 – Plenário e 1.051/2015 – 2ª Câmara, o Tribunal de Contas da União deixou consignado que, apesar de ser opcional a publicação do orçamento estimado no pregão, sempre que o preço de referência for utilizado como critério de aceitabilidade da proposta, a sua divulgação se torna obrigatória.

778. No voto condutor do Acórdão 392/2011-TCU-Plenário, da relatoria do Ministro José Jorge, consta que a inclusão do orçamento estimado e dos preços máximos, se fixados, é opcional no edital, informando a dis-

ponibilidade e os meios para os interessados obtê-los, mas, se o preço de referência for usado como critério de aceitabilidade, então a divulgação no edital é obrigatória, pois o critério ou a hipótese de desclassificação de licitante devem estar explicitados no edital:

> 35. Portanto, nas licitações na modalidade de pregão, os orçamentos estimados em planilhas de quantitativos e preços unitários – e, se for o caso, os preços máximos unitários e global – não constituem elementos obrigatórios do edital, devendo, no entanto, estar inseridos nos autos do respectivo processo licitatório. Caberá aos gestores/pregoeiros, no caso concreto, a avaliação da oportunidade e conveniência de incluir tais orçamentos – e os próprios preços máximos, se a opção foi a sua fixação – no edital, informando nesse caso, no próprio ato convocatório, a sua disponibilidade aos interessados e os meios para obtê-los.
>
> 35.1 É claro que, na hipótese de o preço de referência ser utilizado como critério de aceitabilidade de preços, a divulgação no edital é obrigatória. E não poderia ser de outra maneira. É que qualquer regra, critério ou hipótese de desclassificação de licitante deve estar, por óbvio, explicitada no edital, nos termos do art. 40, X, da Lei nº 8.666/1993. (grifou-se)

779. Esse posicionamento também consta dos Acórdãos 2.166/2014, item 9.4; e 745/2018, item 1.7.1; ambos do Plenário do TCU; 7.213/2015, item 1.8.1; e 10.051/2015, item 9.3; ambos da Segunda Câmara.

780. Trata-se de um posicionamento de difícil entendimento, pois um dos principais usos do orçamento estimado é, justamente, servir de referência para a análise de aceitabilidade de preços. Como a organização pública faria a análise de aceitabilidade de preços, sem utilizar os preços de referência do orçamento estimado que ela mesma elaborou? Dessa forma, os preços estimados ou os preços máximos, se definidos, sempre deveriam ser usados como critério de aceitabilidade e, dessa forma, sempre deveriam ser publicados junto com o edital.

781. A questão da obrigatoriedade da publicação do orçamento, se for usado como critério de aceitabilidade de preços, também foi expressa no voto do relator do Acórdão 1.502/2018-TCU-Plenário, Ministro Aroldo Cedraz, que trata de licitação em uma estatal, considerando a Lei 13.303/2016:

9. No que se refere à não divulgação do orçamento de referência, os argumentos trazidos pela [*omissis*] não se mostram aptos a afastar a irregularidade apontada. A jurisprudência desta Corte é firme quanto à obrigatoriedade de divulgação dos preços de referência em editais de licitação quando forem utilizados como critério de aceitabilidade das propostas, conforme os precedentes já elencados, bem como o Acórdão 2.166/2014-TCU-Plenário (rel. Ministro Augusto Sherman) e o Acórdão 745/2018-TCU-Plenário (rel. Ministro Benjamin Zymler).

10. Ademais, não identifico, na redação da Lei 13.303/2016, proibição absoluta à revelação do orçamento de referência, mesmo porque o art. 34 daquele diploma faculta à contratante conferir publicidade ao valor estimado mediante justificação – *in casu*, a adoção do preço de referência como critério de aceitabilidade da proposta não apenas justifica, mas obriga, referida divulgação, em homenagem ao princípio da publicidade insculpido na Constituição Federal.

8.13.2.5 Possibilidade do sigilo do orçamento estimado nas licitações regidas pela Lei 10.520/2002 até o encerramento da fase de lances

782. No Decreto 10.024/2019, que regulamenta o pregão eletrônico, art. 15, estabelece-se que o valor estimado ou o valor máximo aceitável, se não constar do edital, possuirá caráter sigiloso e será tornado público imediatamente após o encerramento da fase de lances, como consta do art. 15 do referido decreto, novamente transcrito:

> **Valor estimado ou valor máximo aceitável**
>
> Art. 15. O valor estimado ou o valor máximo aceitável para a contratação, se não constar expressamente do edital, possuirá caráter sigiloso e será disponibilizado exclusiva e permanentemente aos órgãos de controle externo e interno.
>
> § 1º O caráter sigiloso do valor estimado ou do valor máximo aceitável para a contratação será fundamentado no § 3º do art. 7º da Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, e no art. 20 do Decreto nº 7.724, de 16 de maio de 2012.
>
> § 2º Para fins do disposto no *caput*, o valor estimado ou o valor máximo aceitável para a contratação será tornado público apenas e imediatamente após o encerramento do envio de lances, sem prejuízo da divulgação do detalhamento dos quantitativos e das demais informações necessárias à elaboração das propostas.

§ 3º Nas hipóteses em que for adotado o critério de julgamento pelo maior desconto, o valor estimado, o valor máximo aceitável ou o valor de referência para aplicação do desconto constará obrigatoriamente do instrumento convocatório. (grifou-se)

783. O entendimento em epígrafe consta da declaração de voto do Ministro Benjamin Zymler no escopo do Acórdão 2.989/2018-TCU-Plenário:

21. O entendimento que se propõe não é inédito na jurisprudência do Tribunal. Por meio do Acórdão 2.080/2012-Plenário, o TCU admitiu a possibilidade de o orçamento estimado de licitações na modalidade pregão eletrônico ser sigiloso até o encerramento da etapa de lances. Para o melhor entendimento da matéria, transcrevo o seguinte excerto do voto condutor do eminente Ministro José Jorge:

> "3. [...] insurge-se a empresa representante contra dois pontos do instrumento convocatório: (i) ausência de indicação, no edital e seus anexos, dos preços global e unitário estimados pela Administração; e (ii) [...].
>
> 6. Quanto ao primeiro ponto do edital questionado pela representante, é firme o entendimento deste Tribunal no sentido de que a Administração não está obrigada a anexar ao edital o orçamento de referência da licitação, mas tão somente constar o documento do respectivo procedimento administrativo, conforme a exegese que se faz do art. 3º, inciso III, da Lei n.º 10.520/2002, nos termos da jurisprudência referenciada.
>
> 7. Embora também seja posição desta Corte de que a Administração deve franquear o acesso aos licitantes do referido documento, bem explicitou a instrução que há divergências acerca do momento oportuno para tanto, ou seja, antes ou depois da fase de lances, sendo apontado, neste último caso, os benefícios para manutenção do sigilo do orçamento estimativo até essa fase.
>
> 8. Conquanto a ampla publicidade seja imperativa na Administração Pública, julgo que, em situações semelhantes a que se apresenta, o acesso ao referido orçamento colidiria com outros princípios não menos importantes, como o da busca da proposta mais vantajosa para a administração, de modo que a reserva do seu conteúdo não se configura violação ao princípio da publicidade, nem mesmo ao seu

> propósito de assegurar o controle pela sociedade da legalidade e legitimidade dos atos administrativos.
>
> 9. Ademais, a prática tem se revelado, inclusive no âmbito do próprio [*omissis*], que a manutenção do sigilo do orçamento estimativo tem sido positiva para Administração, com a redução dos preços das contratações, já que incentiva a competitividade entre os licitantes, evitando assim que os concorrentes limitem suas ofertas aos valores previamente cotados pela Administração.
>
> 10. A propósito, lembro que o procedimento adotado pelo [*omissis*] segue recomendação a ele dirigida por este Tribunal por meio Acórdão 1789/2009 - Plenário, que trouxe como fundamento essencial de decidir o entendimento de que o acesso ao orçamento antes da fase de lances poderia representar violação ao princípio da isonomia, nos termos do que constou do respectivo Voto condutor, conforme transcrito na instrução da unidade técnica. [se algum interessado pedir acesso aos autos]
>
> 11. Portanto, quanto a este ponto, não resta configurada a irregularidade apontada, de modo que foi acertada a decisão adotada pelo pregoeiro do [*omissis*] de indeferir o pleito formulado pela ora representante junto à aquela entidade." (grifos acrescidos).

22. A propósito, o Tribunal decidiu, no Acórdão 1.789/2009-Plenário, dar a seguinte redação ao subitem 9.5 do Acórdão 394/2009, que havia sido objeto de embargos de declaração por parte do FNDE:

> "9.5. recomendar ao [*omissis*], caso julgue conveniente, que faça constar dos editais dos pregões eletrônicos o valor estimado da contratação em planilhas ou preços unitários ou a informação do local onde os interessados poderão obtê-lo, ressaltando-se a obrigatoriedade de o mesmo constar do processo administrativo que fundamenta a licitação, após a fase de lances;" (grifos acrescidos).

23. As considerações do Ministro José Jorge, no voto condutor da referida decisão, vão ao encontro das ponderações que fiz nos itens 17 e 19 supra:

> "6. Já em relação à recomendação constante do subitem 9.5., conquanto não tenha caráter cogente, considero oportuno ajustar a redação do item, de modo a esclarecer que a entidade adote o procedimento descrito nas hipóteses que julgar conveniente. Ademais, me parece adequado ressaltar que a obrigatoriedade deve ser observada após a fase de lances, sob pena de tornar inócua a desnecessida-

> de de constar do edital, além de, por se tratar de pregão eletrônico, potencialmente ferir o princípio da isonomia, diante da possibilidade de acesso ao processo administrativo por licitante presente no mesmo local do órgão, ao contrário de licitantes localizados em outras cidades" (grifos acrescidos).

784. Nas suas considerações finais, ainda no escopo do Acórdão 2.989/2018-TCU-Plenário, o Ministro Benjamin Zymler acrescenta:

> 25. Diante das considerações expostas no capítulo anterior, creio que a posição do eminente Relator pode ser combinada com a do Ministro José Jorge no sentido de admitir a possibilidade de o orçamento estimativo de pregões ser tachado como sigiloso até a conclusão da etapa de lances. Isso porque a abertura dessa informação, após a conclusão desta etapa, favorece o controle da regularidade dos atos da licitação por parte do universo de licitantes e da própria sociedade.
>
> 26. Ademais, reputo adequado enfatizar que a decisão de divulgar ou não o orçamento estimativo no edital do pregão constitui opção discricionária da entidade contratante, que deve sopesar as circunstâncias de cada caso concreto.
>
> 27. A administração pode escolher entre manter o orçamento em sigilo durante a fase de lances ou disponibilizar desde logo o aludido documento a todos os interessados, incluindo-o, de preferência, como anexo do edital. O importante é assegurar o cumprimento do princípio da isonomia e da competitividade. (grifou-se)

785. Além disso, o Ministro Zymler também traz conclusão do trabalho de Ângelo Henrique Lopes Silva (2011) que, quanto maior for o preço de reserva (ou preço de referência) em uma concorrência, mais favorável será o uso de preço de reserva secreto, pois proporcionará menor custo esperado de aquisição do que a opção pelo preço de reserva divulgado:

> 28. A propósito do assunto, invoco, como subsídio a maiores reflexões, trabalho publicado por Ângelo Henrique Lopes Silva, que, ao estudar o assunto, chegou à seguinte conclusão (SILVA, A. H. L. Preço de reserva sigiloso em licitações públicas. *In:* Prêmio Tesouro Nacional, 16, 2011, Brasília):

> "Quanto maior for o preço de reserva (ou preço de referência) em uma concorrência, mais favorável será o uso de preço de reserva secreto, pois este proporcionará menor custo esperado de aquisição do que a opção pelo preço de reserva divulgado. Considerando que as estimativas de preço de reserva efetuadas pelo governo, por conservadorismo e/ou conhecimento parcial dos mercados, são geralmente mais elevadas, é recomendada a princípio a utilização do preço de reserva secreto, principalmente em certames de reduzida concorrência.
>
> O tema é oportuno, pois recentemente foi proposta reforma na legislação de licitações, denominada de Regime Diferenciado de Contratação, que contempla, entre vários itens, a controversa questão do orçamento sigiloso."

786. No estudo citado, Ângelo Henrique Lopes da Silva também indica a quantidade de licitantes como outra variável a ser considerada, além do preço estimado, de modo que, quanto maior o número de licitantes, em contexto de maior competição, mais indiferente é a opção de publicar ou não o orçamento estimado pela organização pública (SILVA, 2011, p. 36-37):

> [...] Adicionalmente, quando o número de jogadores no leilão aumenta, em contexto de maior competição, a diferença entre as opções sigilosa e anunciada reduz-se gradativamente, tornando cada vez mais indiferente a escolha entre uma ou outra opção. [...]

787. É importante destacar que o estudo em tela se refere a "leilões de primeiro preço", nos quais se enquadram as licitações, como as previstas na Lei 8.666/1993 e na Lei 8.987/1995 (concessão e permissão da prestação de serviços públicos), que são leilões reversos, isto é, leilões em que ganha quem der o menor lance ("quem dá menos"). Portanto, o estudo trata de leilões reversos de um lance somente, nos quais cada licitante define sua proposta de preços na expectativa de vencer o certame, sem que possa ofertar novos lances para cobrir ofertas de outros concorrentes (SILVA, 2011, p. 8-9):

> A literatura econômica define quatro tipos básicos de leilões: leilão de primeiro preço, leilão de segundo preço, leilão inglês e leilão holandês.

> Nos dois primeiros tipos de leilão, as propostas devem ser apresentadas em envelopes lacrados, razão pela qual são ditos leilões de tipo selado ou fechado. Em ambos, vence o certame o licitante que houver apresentado a menor proposta.2 Diferem, no entanto, apenas quanto ao valor que será cobrado pela Administração. No de primeiro preço, o valor cobrado será o lance do licitante vencedor, que corresponde ao menor preço. No de segundo preço, o valor cobrado corresponderá ao segundo menor lance, corresponde ao valor apresentado pelo licitante perdedor de menor lance.
>
> Nos outros dois tipos de leilão, as propostas não são seladas e há possibilidade de uma dinâmica de lances, cujos valores se tornam conhecidos entre os licitantes à medida que estes são apresentados. São ditos leilões abertos. O leilão inglês é modelado tradicionalmente por meio do leiloeiro, que parte de um preço suficientemente alto, em que todos os licitantes queiram participar do leilão. O leiloeiro reduz gradualmente o preço inicial, de modo que os licitantes desistam sequencialmente até que reste o último deles, o qual será contratado pelo último preço consignado. Este preço vencedor é marginalmente menor que o preço do último desistente. O leilão holandês acontece de maneira inversa. O leiloeiro começa por um preço suficientemente reduzido pelo qual nenhum dos licitantes deseja contratar. Gradualmente, ele vai elevando esse preço até que o primeiro licitante se disponha a aceitá-lo, valor pelo qual será contratado.
>
> Tendo em mente essa classificação dos leilões segundo a literatura econômica, podemos traçar um comparativo com as modalidades existentes na legislação nacional. O leilão inglês assemelha-se à fase de lances verbais e sucessivos do pregão, previsto no art. 4º, VIII, da Lei n. 10.520/2002. Por sua vez, o leilão selado de primeiro preço corresponde às principais modalidades dispostas na Lei n. 8.666/1993, ou seja, concorrência, tomada de preços, convite, quando julgadas pelo menor preço. No entanto, o formato do leilão de primeiro preço não se restringe às licitações da Lei n. 8.666/1993. Vários leilões destinados à delegação de serviços públicos (concessões, permissões e autorizações), regidos pela Lei n. 8.987/1995 e outras leis específicas, correspondem a leilões selados de primeiro preço, tais como leilões de arrendamento de terminais portuários e de concessão de rodovias e ferrovias. Dada a importância desse tipo de leilão, trabalharemos doravante com o leilão selado de primeiro preço. (grifou-se)

788. Assim, o estudo de Silva não incluiu as licitações do tipo pregão, que apresenta a dinâmica de lances sucessivos, de modo que cada licitante pode rever o seu preço, ao ser desafiado com lance mais baixo de outro

competidor. Dessa forma, suas conclusões a respeito da publicação ou não do orçamento no edital devem ser observadas com cautela, no contexto das licitações, na modalidade pregão, que são predominantes nas contratações de TI por organizações públicas federais.

789. Além do Acórdão 2.080/2012-TCU-Plenário, item 9.2, citado no Acórdão 2.989/2018-TCU-Plenário (parágrafo 783 desta NT); os Acórdãos 2.150/2015, item 9.1.4; e 903/2019, item 9.3.4; ambos do Plenário do TCU, também vão na direção de manter o sigilo do orçamento da organização pública até a fase de lances.

790. Davison Barcelos (2019) tece ponderações sobre a publicação do orçamento, no sentido de tornar público o preço estimado logo após a fase de lances, se não for publicado junto com o edital de licitação, pois, sem essa providência, inviabiliza-se o processo de negociação ou se leva a longo processo de interação, até a descoberta do valor de referência:

> Deve-se lembrar que, no caso das licitações por pregão, após a etapa de lances, o pregoeiro poderá enviar contraoferta para o licitante vencedor, promovendo negociação para obtenção de condições mais vantajosas ao órgão/entidade. Se o orçamento não for divulgado juntamente com o edital, neste momento, encerrada a fase competitiva, torna-se necessário revelar esse valor, sob pena de inviabilizar o procedimento de negociação ou propiciar "um longo e frívolo - vaivém travado entre o licitante e a empresa estatal até a descoberta do valor, como ocorre no joguete infantil de ´quente e frio´"[7].
>
> Além disso, essa discricionariedade conferida ao Pregoeiro para realizar a negociação com a empresa melhor classificada é atualmente vista pelo TCU como um ato vinculado, ou seja, a negociação deve ser feita mesmo na hipótese em que o valor ofertado se encontre abaixo do valor estimado:
>
> > Na modalidade pregão, a negociação com o licitante vencedor visando obter melhor proposta de preço deve ser efetivada mesmo se o valor da proposta for inferior ao valor orçado pelo órgão licitante [8]. [*vide* Acórdão 720/2016-TCU-Plenário, da relatoria do Ministro Vital do Rêgo, item 9.4]
>
> Logo, compreendemos que a ausência de publicação do orçamento não pode obstaculizar o exercício de um poder-dever do agente público respon-

> sável pela condução da licitação, sobretudo porque durante a negociação o pregoeiro necessita ser transparente e a empresa diretamente envolvida nesse processo possui o direito de saber qual é, afinal, o parâmetro utilizado pela Administração Pública para aceitação da proposta.
>
> [...]
>
> Ainda que o acesso a tal informação fosse postergado para o momento da negociação, o sigilo dificilmente atingiria o seu principal objetivo, não influenciar nas propostas iniciais, visto que não se aplica, de acordo com o TCU, a regra de qualificação das licitantes que participarão da etapa competitiva a partir dos preços por elas ofertados, de modo que a empresa não se preocuparia em propor seu menor preço inicialmente, deixando para fazê-lo se e quando for necessário.
>
> É difícil imaginar como um agente público conseguirá promover uma negociação sem que a outra parte, no caso, a licitante detentora da melhor proposta, tenha conhecimento do valor estimado para a contratação, sem que isso comprometa o sucesso desse procedimento.
>
> A propósito, alongando um pouco mais a análise para fazer um comparativo com outras normas relacionadas às licitações e contratos, tanto no caso da Lei das Estatais (Lei nº 13.303/2016 [12], como em relação às licitações realizadas por meio do Regime Diferenciado de Licitações - RDC (Lei nº 12.462/2011), não há clareza quanto à forma de condução do processo de negociação, preconizado nas duas leis, ainda que o regulamento do RDC [13] tenha tratado do tema. (grifou-se)

791. Na proposta de deliberação do relator do Acórdão 10.051/2015-TCU-Segunda Câmara, Ministro-Substituto André de Carvalho, é indicado que o sigilo do valor estimado prejudicou licitante durante a fase de negociação:

> 10. Bem se vê que a irresignação da ora representante mostra-se procedente, já que, quando erigido a critério de aceitabilidade, o preço de referência deve ter divulgação prévia e obrigatória, na forma da lei e como corolário, mesmo, do princípio do julgamento objetivo (v. g.: Acórdão 392/2011-Plenário), de sorte que haveria de constar, do edital do Pregão Eletrônico nº 39/2014, o preço referencial adotado pelo [*omissis*], vez que se tratava, no presente caso, de critério de aceitabilidade de preços.
>
> [...]

> 13. Desse modo, é de se reconhecer que, nesse ponto, o procedimento conduzido pelo [*omissis*] padeceu de vício insanável, mostrando-se pertinente o envio de determinação para que se abstenha de incorrer novamente em falhas dessa mesma natureza, esclarecendo-o sobre a necessidade de divulgação do preço de referência no edital de pregão, quando ele for adotado como critério de aceitabilidade de preços, em consonância com a jurisprudência do TCU (v. g.: Acórdão 392/2011-Plenário).
>
> 14. Por essa linha, observa-se que houve, sim, prejuízo à licitante até então vencedora do certame e, também, ao interesse público, já que a fase de negociação das propostas foi conduzida sem a clara e prévia definição do preço usado como critério de aceitabilidade, a despeito de o pregoeiro até ter dado oportunidade às licitantes (cujas propostas ficaram acima do preço de referência) para que, respeitada a ordem classificatória, reduzissem os seus lances até um patamar inferior ao valor referencial, o qual, todavia, não estava clara e previamente declarado no certame.
>
> 15. Anote-se, aliás, que a ata do Pregão Eletrônico 39/2014 (Peça 15) evidencia essa circunstância, como se pode observar nos diálogos travados com os licitantes (Peça 15, fls. 27-32), dando conta de que as sucessivas tentativas de negociações com as quatro empresas que apresentaram propostas com menor preço não se concretizaram, tendo se sagrado vencedora, então, a 5ª colocada ([*omissis*]), ofertando o preço de R$ 90,50 para o item 3 da licitação (coturno de combate preto), em valor pouco inferior ao preço de R$ 90,59 estabelecido pelo oculto preço de referência.
>
> 16. Vê-se, pois, que a ausência de divulgação do preço de referência no edital repercutiu, sim, no resultado do certame, vez que, no mínimo, submeteu o pregão ao risco de favorecimento a uma licitante que, eventualmente, tivesse o acesso fortuito prévio ao critério de aceitabilidade de preço que não havia sido ostensivamente divulgado. (grifou-se)

792. Considerando a hipótese de não publicação do orçamento no edital, pondera-se se descortinar o orçamento estimado logo após a fase de lances seria o melhor momento. De posse dessa informação, dificilmente, o licitante terá interesse em aceitar negociar preços menores dos que os que constam do orçamento estimado, especialmente se o preço dele já estiver abaixo do estimado. Nessa linha, argumenta Rodolfo Moura (2012), embora o autor não especifique se a divulgação é no edital de licitação ou logo após a fase de lances:

> Com a divulgação do valor estimado o dispositivo supra [inciso XVII do art. 4º da Lei 10.520/2002] perde sua finalidade. Ora, o licitante vencedor sabendo que sua proposta está dentro do estimado, em tese, não se preocupará em negociar seu preço com o pregoeiro, pois sabe que a Administração deve contratá-lo com o preço apresentado, uma vez que está dentro da estimativa.

793. Vale destacar que a etapa de negociação carece de diretrizes, como foi exposto no parágrafo 763.

8.13.2.6 Publicação opcional do orçamento nas licitações regidas pela Lei 10.520/2002, mesmo que seja usado como critério de aceitabilidade de preços

794. No voto do relator do Acórdão 2.989/2018-TCU-Plenário, Ministro Walton Alencar Rodrigues, ainda sob a égide do Decreto 5.450/2005, que regulamenta o pregão na forma eletrônica, é argumentado que, embora o entendimento de que o preço de referência deva ser publicado quando for usado como critério de aceitabilidade de preços, a Lei 10.520/2002 obriga somente a publicação do critério de aceitabilidade, mas não o orçamento:

> Por meio do Acórdão 2166/2014 – Plenário, esta Corte decidiu, remetendo ao Acórdão 392/2011 – Plenário, que "[,,,] na hipótese de o preço de referência ser utilizado como critério de aceitabilidade, a sua divulgação no edital é obrigatória [...]".
>
> Conquanto essa redação possa levar ao entendimento de que o preço de referência deve ser divulgado no edital quando utilizado como critério de aceitabilidade, a rigor, a Lei 10.520/2002 não obriga essa divulgação, mas apenas a do critério (regra) de aceitação das propostas, *in verbis:*
>
> **Art. 3º A fase preparatória do pregão observará o seguinte:**
>
> I - a autoridade competente justificará a necessidade de contratação e definirá o objeto do certame, as exigências de habilitação, os critérios de aceitação das propostas, as sanções por inadimplemento e as cláusulas do contrato, inclusive com fixação dos prazos para fornecimento;
>
> [...]
>
> III - dos autos do procedimento constarão a justificativa das definições referidas no inciso I deste artigo e os indispensáveis elementos técnicos sobre

os quais estiverem apoiados, bem como o orçamento, elaborado pelo órgão ou entidade promotora da licitação, dos bens ou serviços a serem licitados; e

Art. 4º A fase externa do pregão será iniciada com a convocação dos interessados e observará as seguintes regras:

[...]

III - do edital constarão todos os elementos definidos na forma do inciso I do art. 3º, as normas que disciplinarem o procedimento e a minuta do contrato, quando for o caso; (original sem grifos).

[...]

No presente caso, o instrumento convocatório definiu o critério de aceitação das propostas, nos seguintes termos (peça 6, p. 10):

11.2. Encerrada a etapa de lances, o pregoeiro examinará a proposta classificada em primeiro lugar quanto à compatibilidade do preço em relação ao estimado para contratação e verificará a habilitação do licitante conforme disposições do edital.

11.2.1. Após o encerramento da etapa competitiva, os demais licitantes poderão reduzir seus preços ao valor da proposta do licitante melhor classificado.

11.2.1.1. A apresentação de novas propostas na forma do item 11.2.1 não prejudicará o resultado do certame em relação ao licitante melhor classificado.

11.2.2. Todos os itens que compõem o grupo deverão ter valor igual ou inferior ao preço estimado correspondente.

11.2.2.1. A proposta de menor valor global que contenha itens com valores acima do preço estimado estará sujeita à desclassificação, caso não haja justificativa aceita pela Administração. (original sem grifos).

Vale destacar que a jurisprudência do Tribunal admite que o orçamento não seja divulgado no instrumento convocatório do pregão, embora, conforme o artigo 25, do Decreto 5450/2005, a proposta classificada em primeiro lugar sempre deverá estar compatível com o valor estimado.

795. Assim, no caso concreto, a organização pública definiu, com critério de aceitabilidade de preços, em essência, somente a compatibilidade do preço em relação ao estimado para a contratação, sem publicar o orçamento estimado. O relator pondera no seu voto que esse assunto deve ser objeto de estudo da organização pública:

> Há trabalhos doutrinários que defendem a divulgação das estimativas de preço da Administração no instrumento convocatório do pregão, o que conferiria mais transparência ao procedimento e impediria eventual divulgação antecipada desses valores, de forma ilícita, a determinada empresa por um gestor mal-intencionado.
>
> Entretanto, não há elementos nos autos que indiquem ser esse o caso e o [*omissis*], embora não tenha demonstrado, registrou que essa sistemática vem lhe permitindo o alcance de menores preços.
>
> Portanto, não cabe ao TCU determinar, desde logo, que haja a divulgação dos valores estimados por parte do [*omissis*]. Entretanto, este deverá demonstrar a vantagem da sistemática adotada antes do próximo registro de preços nacional com mesmo objeto.

796. A questão de publicação ou não do orçamento estimado também foi objeto de análise do Ministro Benjamin Zymler no seu voto do Ministro Revisor, no escopo do mesmo julgado (Acórdão 2.989/2018-TCU-Plenário). De acordo com o Ministro Benjamin Zymler, a Lei 10.520/2000 admite que o orçamento seja mantido em sigilo, mesmo que seja adotado como critério de julgamento da proposta:

> 16. Conforme os Acórdãos 1.513/2013-Plenário, 1.153/2013-Plenário e 1.188/2010-Plenário, o orçamento estimado não constitui elemento obrigatório do edital, na modalidade pregão, "[...] contudo, deve estar inserido no processo relativo ao certame, bem como ser informado no ato convocatório os meios para obtenção desse orçamento" (grifos acrescidos).
>
> 17. A meu juízo, a possibilidade de os licitantes acessarem o orçamento não divulgado no edital, mas aposto no procedimento de licitação, torna meramente burocrático e sem efeito prático o art. 4º, inciso III c/c o art. 3º da Lei 10.520/2002, supramencionado.
>
> 18. Se o legislador excluiu o orçamento estimativo do rol de elementos obrigatórios do edital do pregão, que deve conter todas as informações reputadas como necessárias para a apresentação das propostas e, por essa razão, constitui a norma interna de regência do certame, é porque aceitou que tais informações fossem mantidas desconhecidas do universo de licitantes.
>
> 19. Por outro lado, admitir que os licitantes obtenham tais informações mediante a solicitação de cópia do processo de licitação, nos casos em que

> tais elementos não constem do edital, significa impor custos administrativos desnecessários aos interessados. Afinal, ou a publicidade é obrigatória e o orçamento deve ser divulgado desde logo ao universo de potenciais licitantes, no edital do pregão, ou ela é facultativa e a administração pode manter o orçamento em sigilo, inclusive no processo administrativo da licitação.
>
> 20. Por esses motivos, compreendo que a Lei 10.520/2000 admite que o orçamento seja mantido em sigilo, mesmo que ele seja adotado como critério de julgamento da proposta. (grifou-se)

8.13.3 Possibilidade de sigilo do orçamento estimado nas licitações regidas pela Lei 14.133/2021

797. A Lei 14.133/2021 é a mais recente sobre licitações e contratos administrativos. Em seu art. 5º, consta que devem ser observados diversos princípios na sua aplicação, entre os quais, o da publicidade.

798. No inciso II do art. 13 da Lei 14.133/2021, consta que os atos praticados no processo licitatório são públicos, mas que a publicidade será diferida (adiada) quanto ao orçamento da Administração, nos termos do art. 24:

> Art. 13. Os atos praticados no processo licitatório são públicos, ressalvadas as hipóteses de informações cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado, na forma da lei.
>
> Parágrafo único. A publicidade será diferida:
>
> [...]
>
> II - quanto ao orçamento da Administração, nos termos do art. 24 desta Lei. (grifou-se)

799. No art. 24 da Lei 14.133/2021, consta que o orçamento estimado da contratação poderá ter caráter sigiloso, sem prejuízo da divulgação do detalhamento dos quantitativos e das demais informações necessárias para a elaboração das propostas:

> Art. 24. Desde que justificado, o orçamento estimado da contratação poderá ter caráter sigiloso, sem prejuízo da divulgação do detalhamento dos quantitativos e das demais informações necessárias para a elaboração das propostas, e, nesse caso:

> I - o sigilo não prevalecerá para os órgãos de controle interno e externo;
>
> II - (VETADO).
>
> Parágrafo único. Na hipótese de licitação em que for adotado o critério de julgamento por maior desconto, o preço estimado ou o máximo aceitável constará do edital da licitação. (grifou-se)

800. Assim, de acordo com o art. 24, *caput*, caso se opte pelo sigilo do orçamento estimado, essa decisão deve ser justificada.

801. Destaca-se que, se for adotado o critério de julgamento por maior desconto, o preço estimado ou o máximo aceitável constará do edital da licitação.

802. A IN - Seges/ME 73/2022 apresenta dispositivo com conteúdo similar ao do art. 24 da Lei 14.133/2022, destacando-se que é necessária a justificativa do sigilo do orçamento estimado da contratação:

> Orçamento estimado sigiloso
>
> Art. 12. Desde que justificado, o orçamento estimado da contratação poderá ter caráter sigiloso, sem prejuízo da divulgação do detalhamento dos quantitativos e das demais informações necessárias para a elaboração das propostas.
>
> § 1º Para fins do disposto no *caput*, o orçamento estimado para a contratação não será tornado público antes de definido o resultado do julgamento das propostas, observado o § 1º do art. 30.
>
> § 2º O caráter sigiloso do orçamento estimado para a contratação não prevalecerá para os órgãos de controle interno e externo.
>
> § 3º Nas hipóteses em que for adotado o critério de julgamento pelo maior desconto, o valor estimado ou o valor de referência para aplicação do desconto constará obrigatoriamente do edital de licitação. (grifou-se)

803. De acordo com o art. 18, inciso XI, da Lei 14.133/2021, o planejamento da contratação deve conter a motivação sobre o momento da divulgação do orçamento da licitação, em consonância com o art. 24, *caput*:

> Art. 18. A fase preparatória do processo licitatório é caracterizada pelo planejamento e deve compatibilizar-se com o plano de contratações anual de que trata o inciso VII do *caput* do art. 12 desta Lei, sempre que elaborado, e com as leis orçamentárias, bem como abordar todas as considerações técnicas, mercadológicas e de gestão que podem interferir na contratação, compreendidos:
>
> [...]
>
> XI - a motivação sobre o momento da divulgação do orçamento da licitação, observado o art. 24 desta Lei. (grifou-se)

804. Adicionalmente, no caso de a Administração optar por preservar o sigilo do orçamento estimado, a estimativa do valor da contratação elaborada no ETP, acompanhada dos preços unitários referenciais, das memórias de cálculo e dos documentos que lhe dão suporte, poderão constar de anexo classificado, de acordo com o inciso VI do § 1º do art. 18 da Lei 14.133/2021:

> § 1º O estudo técnico preliminar a que se refere o inciso I do *caput* deste artigo deverá evidenciar o problema a ser resolvido e a sua melhor solução, de modo a permitir a avaliação da viabilidade técnica e econômica da contratação, e conterá os seguintes elementos:
>
> [...]
>
> VI - estimativa do valor da contratação, acompanhada dos preços unitários referenciais, das memórias de cálculo e dos documentos que lhe dão suporte, que poderão constar de anexo classificado, se a Administração optar por preservar o seu sigilo até a **conclusão da licitação**; (grifou-se)

805. Embora, no inciso VI do § 1º do art. 18, seja exposta a possibilidade de preservar o sigilo do orçamento elaborado no ETP, até a conclusão da licitação, no inciso XI do mesmo artigo (*vide* parágrafo 800), é exposto que é necessária a motivação sobre o momento da divulgação do orçamento da licitação (*e.g.* pode-se decidir divulgar o orçamento logo após a fase de lances ou logo após a fase de negociação).

806. Assim como no caso do orçamento elaborado no ETP, se a Administração optar pelo sigilo do orçamento estimado, as estimativas de preço do TR, acompanhadas 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, devem constar de documento separado e classificado, conforme o art. 6º, inciso XXIII, alínea "i" da mesma lei:

> Art. 6º Para os fins desta Lei, consideram-se:
>
> [...]
>
> XXIII - termo de referência: documento necessário para a contratação de bens e serviços, que deve conter os seguintes parâmetros e elementos descritivos:
>
> [...]
>
> i) estimativas do valor da contratação, acompanhadas 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; (grifou-se)

807. Embora, no dispositivo transcrito, esteja expresso que as estimativas de valor da contratação, acompanhadas dos preços unitários referenciais, das memórias de cálculo e dos documentos que lhe dão suporte, devem constar de documento separado e classificado, efetuando-se uma análise sistemática, observando-se os demais dispositivos, em especial o art. 24, pode-se concluir que se trata de uma possibilidade, não de uma obrigação. A constituição de documento separado e classificado somente será necessária se a organização pública optar por não publicar o orçamento estimado.

808. Entretanto, Marçal Justen Filho infere que a Lei 14.133/2021 impôs o sigilo como regra para as licitações promovidas na modalidade pregão, e, nos demais casos, caberá avaliar a conveniência quanto à solução mais adequada (JUSTEN FILHO, 2021, p. 396, art. 24, itens 1.2 e 1.3):

> **1.2) A disciplina do pregão**
>
> Por outro lado, o art. 6.º, inc. XXIII, al. "i", estabelece que a estimativa do valor da contratação relativamente ao termo de referência deve "constar de documento separado e classificado". O termo de referência é documento adotado relativamente a compras e a contratações de serviços não relacionados à engenharia. A manutenção do sigilo do valor previsto no termo

de referência é usual nos casos de licitação para contratação de objeto comum, a fazer-se por meio de pregão.

Anote-se que a exigência de sigilo quanto aos valores estimados não consta das definições de anteprojeto (art. 6.º, inc. XXIV), projeto básico (art. 6.º, inc. XXV) e de projeto executivo (art. 6.º, inc. XXVI).

1.3) A ausência de solução automática para objetos não comuns

Essa avaliação permite inferir que a Lei impôs o sigilo como regra relativamente às licitações promovidas sob a modalidade de pregão. Quanto aos demais casos, caberá avaliar a conveniência quanto à solução mais adequada.

Isso significa afastar a tese de que o orçamento estimativo, nas licitações promovidas na modalidade de concorrência, deve ser mantido sempre em sigilo. As peculiaridades do objeto licitado e a complexidade da elaboração do edital e de seus anexos em tais hipóteses se constituem em razões contrárias à solução do orçamento sigiloso.

809. Neste ponto, vale mencionar as considerações de Joel de Menezes Niebuhr, no sentido de que o orçamento sigiloso não seria a regra (NIEBUHR *et al.,* 2021, p. 90):

> 4.7. Orçamento sigiloso
>
> [...]
>
> Anote-se que essa competência discricionária sobre o momento da divulgação do orçamento precisa ser motivada. O *caput* do artigo 24 condiciona o orçamento sigiloso à motivação. Repita-se a redação: "desde que justificado, o orçamento estimado da contratação poderá ter caráter sigiloso [...]". Nesses termos, é de concluir que o orçamento sigiloso não é a regra. A regra é que ele seja público e divulgado. Se houver justificativa para o sigilo, logo uma boa razão para o sigilo, então se pode decidir pelo orçamento sigiloso. Falando de outra maneira, se não houver justificativa para o sigilo, o orçamento deve vir junto com termo de referência ou projetos ou com o próprio edital. Na mesma linha, o inciso XI do artigo 18 da Lei n. 14.133/2021 também exige "motivação sobre o momento da divulgação do orçamento da licitação [...]" (grifou-se)

810. Adriana Cuoco Portugal vai na mesma direção (2021, p. 3). A autora faz considerações sobre o que teria motivado o legislador a ser mais parcimonioso com o sigilo na Administração Direta, em comparação com as empresas estatais, levantando questões que podem ser vistas como pontos desfavoráveis ao sigilo do orçamento estimado (PORTUGAL, 2021, p. 3-4):

Vários questionamentos emergem: o que motivou o legislador a ser mais parcimonioso com o sigilo na Administração Direta? Será que algumas experiências foram determinantes para isso, como, por exemplo, certa frustração acerca dos resultados obtidos com o sigilo, ou as dificuldades operacionais de se empreender o sigilo, ou a prevalência da ideia de publicidade dos atos administrativos ou até uma perspectiva no âmbito da teoria econômica que aponta pela desvantagem do sigilo em licitações?

Sobre a frustração acerca dos resultados obtidos com o sigilo, um exemplo emblemático é o resultado obtido por Souza (2013), em relação ao uso do RDC pela Infraero, quando comparou licitações empreendidas antes e depois do uso dessa forma de contratação, empregando o sigilo nos orçamentos. A conclusão foi que houve uma redução importante no patamar de descontos das empresas vencedoras em relação ao preço orçado pela Infraero quando comparado com licitações empreendidas em momentos anteriores com orçamentos públicos.

Já as dificuldades operacionais observadas foram em parte referentes à fase de negociação com as empresas, dado que a contratação não deve superar o orçado pela Administração e o orçamento somente poderia ser tornado público apenas e imediatamente após o encerramento da licitação. Para suplantar esse entrave na negociação, a jurisprudência do TCU precisou firmar a possibilidade de tornar público o orçamento já na fase da negociação[3]. Também se pode mencionar a dificuldade operacional de se manter sigilo de orçamentos de grandes empreendimentos cujas dotações orçamentárias constem de leis orçamentárias anuais ou planos plurianuais, ou de obras cujo padrão de construção ou uso irrestrito dos sistemas referenciais SICRO e SINAPI já permitem conhecer, com grande aproximação, os valores envolvidos.

A lei de acesso à informação, Lei nº 12.527/2011, também pode ser um fator de relevo nesse contexto, na medida em que estabeleceu elementos para a transparência das ações governamentais como base da boa governança, sendo expressamente indicado que o sigilo deve ser a exceção e não a regra[4].

Resta, então, um eventual contraponto a partir na perspectiva econômica. Havia uma expectativa, tendo em conta inclusive uma recomendação da OCDE[5], de que o orçamento sigiloso minimizaria os danos decorrentes do comportamento cartelizado de empresas e da prática de elevação dos preços, como apontado por Rezende (2011), ou de que haveria incentivos para o licitante "mergulhar no preço" sob pena de não ser contratado se seu preço ficasse acima do valor máximo estabelecido pela Administração, como apontado por Nóbrega (2015). No entanto, Rezende (2011) já indicava que o grau de corrup-

> ção da sociedade não permite minimizar o comportamento cartelizado na medida em que os integrantes do cartel podem obter informações privilegiadas de agentes públicos corruptos, enquanto Nóbrega (2015) já profetizava que, em sendo os preços de mercado razoavelmente conhecidos pelos licitantes, as vantagens do sigilo obtidas em estudos de diversos tipos de leilões ficam muito fragilizadas, não se podendo concluir pela adequação desse instituto sob o ponto de vista estritamente econômico. (grifou-se)

811. A questão da oportunidade para corrupção com relação ao sigilo do orçamento estimado é abordada por Marçal Justen Filho (2021, p. 398):

> **3) A oportunidade para corrupção**
>
> O sigilo do valor do orçamento, somado à previsão de desclassificação das propostas de valor sobejante, gera uma situação propicia à corrupção.
>
> A informação sobre o valor do orçamento se torna essencial para determinar a amplitude da competição. A preservação do sigilo no âmbito interno da Administração é essencial, mas os detalhes pertinentes podem ser facilmente fornecidos a potenciais interessados. Institui-se uma situação de poder relativamente a informações essenciais. O exercício desse poder é muito simples e seu controle é impossível.
>
> Basta um exemplo concreto para evidenciar a dimensão dos problemas propiciados pela solução legislativa. Imagine-se um contrato de valor vultoso, que ultrapasse a casa de um bilhão de reais, objeto de disputa por um número relevante de licitantes. Se um desses licitantes tiver acesso ao valor do orçamento estimativo, isso lhe assegurará uma vantagem competitiva muito significativa. Haverá o grande risco de práticas reprováveis e os potenciais interessados passarão a competir não apenas no tocante à formulação da melhor proposta, mas também pela obtenção de informações sigilosas.
>
> Ou seja, a autorização para manutenção do sigilo envolve benefícios questionáveis para a Administração. Talvez propicie a redução de preços ofertados. No entanto, produz uma situação nociva indubitável, consistente em ampliar a oportunidade para práticas de corrupção.

812. Considerando-se o conjunto de dispositivos expostos da Lei 14.133/2021, conclui-se que:

1) o sigilo do orçamento é opcional (art. 24, *caput*);
2) a decisão de publicar ou não o orçamento deve ser devidamente justificada (art. 24, *caput*);

3) a fase preparatória do processo licitatório deve abordar a motivação sobre o momento da divulgação do orçamento da licitação (art. 18, inciso XI); e
4) se for adotado o critério de julgamento por maior desconto, o preço estimado ou o máximo aceitável constará do edital da licitação.

IN - Seges/ME 65/2021

813. Na IN - Seges/ME 65/2021, que dispõe sobre o procedimento administrativo para a realização de pesquisa de preços para aquisição de bens e contratação de serviços em geral, no âmbito da Lei 14.133/2021, também consta que, desde que justificado, o orçamento estimado da contratação poderá ter caráter sigiloso:

> Art. 10. Desde que justificado, o orçamento estimado da contratação poderá ter caráter sigiloso, sem prejuízo da divulgação do detalhamento dos quantitativos e das demais informações necessárias para a elaboração das propostas, salvo na hipótese de licitação cujo critério de julgamento for por maior desconto.

814. A IN - Seges/ME 73/2020, referente ao ordenamento jurídico anterior (Lei 8.666/1993 e Lei 10.520/2002), não trata do tema.

8.13.4 Conclusões a respeito da publicação do orçamento estimado

815. Em termos de legislação, de acordo com o que foi exposto no item "8.13.1. O que consta da legislação" desta NT, há tratamentos distintos nos diplomas expostos com relação à publicação ou não do orçamento estimado no edital. A Lei 8.666/1993 define a publicação como obrigatória; a Lei 10.520/2002 não expressa essa obrigatoriedade; o Decreto 10.024/2019 deixa essa decisão para o gestor público; a Lei 12.462/2011 e a Lei 13.303/2016 apresentam o viés do sigilo, mas oferecem a opção de publicação; e a Lei 14.133/2021 permite o sigilo, desde que justificado, como faz a IN - Seges/ME 65/2021 e a IN Seges/ME 73/2022.

816. Com relação à jurisprudência do TCU, podem-se sumarizar as linhas de entendimento identificadas sobre o tema, como as seguintes (*vide* item 8.13.2):

1) divulgação obrigatória do orçamento estimado nas licitações regidas pela Lei 8.666/1993;
2) divulgação obrigatória do orçamento estimado no edital de pregão, em linha com a Lei 8.666/1993;
3) divulgação do orçamento estimado de forma facultativa, nas licitações regidas pela Lei 10.520/2002 e, se não for divulgado no edital, permissão de obtenção pelos interessados;
4) divulgação do orçamento estimado de forma facultativa, nas licitações regidas pela Lei 10.520/2002, mas obrigatória se o preço de referência for usado como critério de aceitabilidade de preços;
5) possibilidade de sigilo do orçamento estimado nas licitações regidas pela Lei 10.520/2002, até o encerramento da fase de lances; e
6) publicação opcional do orçamento estimado nas licitações regidas pela Lei 10.520/2002, mesmo que seja usado como critério de aceitabilidade de preços.

817. Como consta do Acórdão 2.547/2015-Plenário, da relatoria do Ministro Raimundo Carreiro, a jurisprudência transmite que está havendo o amadurecimento de ideias, não havendo, no entanto, entendimento pacífico até o momento (voto condutor, parágrafo 10). Ressalta-se que diversas unidades técnicas do TCU se têm posicionado, no sentido de que a regra deveria ser a divulgação, com vistas a privilegiar a transparência do certame, a menos que haja justificativas consistentes que evidenciem a real necessidade de não divulgar os preços estimados (*e.g.* para objetos complexos, com alto grau de incerteza em sua definição e/ou características muito peculiares de mercado) (relatório, excerto do relatório da unidade técnica - Selog, parágrafo 13.5).

818. A seguir, é feita uma síntese dos principais aspectos que afetam a decisão de publicar ou não o orçamento estimado da contratação, abordados nos acórdãos do TCU que trataram das linhas de entendimento identificadas nesta NT:

1) o princípio da publicidade, positivado na Constituição Federal, art. 37, *caput*, na Lei 8.666/1993, art. 3º, *caput* (parágrafo 722 desta NT) e na Lei 14.133/2021 (parágrafo 797), de modo que:
   a. os preços de referência e os critérios de aceitabilidade de preços sejam conhecidos pelos licitantes, que podem questionar o orçamento estimado publicado no instrumento convocatório e impugnar o edital, o que mitiga o risco de haver licitação deserta por preços inexequíveis ou com sobrepreço, lembrando que este último pode ter como consequência o superfaturamento. Adicionalmente, os licitantes podem questionar, com base no orçamento estimado, os critérios de habilitação referentes ao valor do capital mínimo exigido ou do patrimônio líquido, ou ainda das garantias exigidas, lembrando que esses requisitos podem limitar a competição se houver exageros. Se não for publicado o orçamento estimado, os critérios de habilitação deverão ser estabelecidos mediante valores absolutos, de modo que o orçamento estimado poderá ser calculado de forma reversa, pois esses critérios são definidos com base em percentuais do orçamento estimado;
   b. os preços de referência e os critérios de aceitabilidade de preços sejam conhecidos pelas demais partes interessadas, como organizações engajadas no controle social, que também podem questionar a qualidade do orçamento estimado nos mesmos termos dos licitantes, bem como a relação custo-benefício da contratação, isto é, se o possível atendimento da necessidade da contratação vale o montante estimado; e
   c. a organização pública não corra o risco de licitantes obterem o orçamento não divulgado de forma ilícita e, com isso, terem vantagem competitiva indevida no certame (parágrafo 811);

2) o "efeito âncora", que é um dos aspectos fundamentais da discussão a respeito da publicação ou não do orçamento estimado, considerando que não é claro se esse efeito se manifesta nas licitações na modalidade pregão, em razão da dinâmica que existe nessa modalidade, na qual cada licitante abaixa, sucessivamente, seu preço até o

limite de seu preço de reserva, buscando vencer o certame, mesmo que o orçamento estimado pela organização pública seja superior a seus lances (*vide* parágrafos 752-762);

3) o momento adequado para publicação do orçamento estimado, por exemplo, após a fase de lances, após a fase de negociação ou após a finalização da licitação (parágrafos 800 e 805);

4) a influência da publicação do orçamento estimado na etapa de negociação (*vide* parágrafos 763-767); e

5) a capacidade de cada licitante interpor recursos relativos ao orçamento estimado, caso considere que os preços da proposta vencedora sejam inaceitáveis, por apresentarem sobrepreço ou serem inexequíveis, bem como sobre sua própria desclassificação, caso ocorra devido ao seu orçamento ofertado, também por apresentar sobrepreço ou por ser considerado inexequível. Para tanto, o licitante necessita, em algum momento posterior à divulgação do orçamento estimado da organização pública, mas antes da finalização da contratação, ter acesso amplo ao orçamento, aos critérios de verificação da exequibilidade e da aceitabilidade da proposta e a toda documentação que embasa o orçamento estimado e os critérios de aceitabilidade de preços (*vide* parágrafo 743, subitem "4)").

819. Destaca-se que, de acordo com a Lei 14.133/2021, o orçamento estimado da contratação poderá ter caráter sigiloso ou não. Entretanto, a organização pública deverá justificar o porquê do sigilo do orçamento estimado (art. 24, *caput*). Os aspectos expostos no parágrafo 818 podem servir como ponto de partida para essa justificativa, de modo que o gestor possa sopesar os diversos aspectos envolvidos na busca da proposta mais vantajosa e explicar por que decidiu pelo sigilo do orçamento estimado. Ressalta-se que, além da justificativa da decisão a respeito do sigilo do orçamento estimado, também é necessário expor a motivação sobre o momento em que o orçamento estimado deverá ser descortinado (art. 18, inciso XI), como, por exemplo, após a fase de lances. De acordo com o art. 18, § 1º, inciso VI, o sigilo do orçamento elaborado no ETP pode perdurar até a conclusão da licitação.

820. Adicionalmente, outros fatores podem influenciar a decisão de publicar ou não o orçamento da licitação e os critérios de aceitabilidade de preços em licitações na modalidade pregão, como o preço de reserva da organização pública e a quantidade de competidores. Os fatores que afetam a decisão citada podem ser objeto de estudos capitaneados por OGS.

821. Em função do exposto, conclui-se que a publicação ou não do orçamento estimado e dos critérios de aceitabilidade de preços é um tema complexo, que não é tratado de maneira uniforme, na legislação, que não se encontra pacificado na jurisprudência do TCU e que não foi plenamente resolvido com a publicação da Lei 14.133/2021, pois, apesar de o sigilo ser opcional, se os gestores optarem por isso, deverão apresentar justificativa suficientemente consistente sobre o sigilo e sobre o momento da publicação do orçamento. Dessa forma, não foi proposto entendimento sobre o assunto.

8.14 Elaboração de orçamento estimado para contratações diretas

822. Salienta-se que, nas contratações diretas, há intensa proximidade na interação entre a organização pública e o fornecedor em potencial, o que pode levar ao risco de relaxamento dos procedimentos do planejamento da contratação.

823. Esse relaxamento pode chegar à adoção do orçamento estimado entregue pelo fornecedor em potencial como o orçamento da organização pública, conforme foi exposto no voto condutor do Acórdão 952/2013-TCU-Plenário, da relatoria do Ministro José Jorge, novamente transcrito (*vide* parágrafo 194):

> 12. De fato, demonstrou-se que a orçamentação realizada pelos órgãos fiscalizados limita-se à consulta de empresas fornecedoras as quais possuem interesse direto no fornecimento de bens e serviços para o órgão contratante. Não refletem, necessariamente, os preços de mercado.

> 13. Essa impropriedade é agravada quando se verifica que, nas contratações diretas, a estimativa da administração pública é o próprio orçamento apresentado pelas empresas contratadas, a exemplo do acontecido na [*omissis*]. (grifou-se)

824. Como consta do parágrafo 519 desta NT e dos itens "8.1. Obrigatoriedade da elaboração do orçamento estimado da contratação" e "8.3. Obrigatoriedade da pesquisa de preços" desta NT, é obrigação da organização pública elaborar o orçamento detalhado da contratação, justificando os preços em contratações diretas. Na Lei 14.133/2021, constam dispositivos, no sentido de que as contratações diretas devem ser instruídas com a estimativa da despesa, a ser calculada na forma estabelecida no art. 23 da mesma lei e com a justificativa do preço:

> Art. 72. O processo de contratação direta, que compreende os casos de inexigibilidade e de dispensa de licitação, deverá ser instruído com os seguintes documentos:
>
> [...]
>
> II - estimativa de despesa, que deverá ser calculada na forma estabelecida no art. 23 desta Lei;
>
> [...]
>
> VII - justificativa de preço;

825. No âmbito da Lei 8.666/1993, também constam comandos no mesmo sentido (art. 7º, § 2º, inciso II c/c § 9º, art. 26, parágrafo único, inciso III).

826. Destaca-se que o orçamento de uma contratação direta, assim como o de qualquer outra contratação, deve ser elaborado no escopo do planejamento da contratação, que envolve a elaboração do ETP e do TR ou do PB (*vide* parágrafo 369). Esses artefatos incluem elementos que afetam, diretamente, o orçamento da contratação, como a definição da necessidade da contratação, os resultados esperados que atendam à necessidade da contratação, os requisitos da solução a contratar, o modelo de execução do objeto e o modelo de gestão do contrato.

827. Quando a organização pública solicita proposta de orçamento de serviço a uma empresa que seja potencial fornecedora e que haja a perspectiva de contratá-la diretamente, em especial, no caso de serviço que ainda não conheça bem, a organização deve analisar essa proposta com cuidado e dominá-la totalmente, criticando a natureza e o valor dos custos apresentados, a ponto de estar apta a ajustar a proposta entregue ou, preferencialmente, elaborar o seu próprio orçamento estimado, que deve incluir a PCFP (orçamento detalhado) no caso de serviços com mão de obra exclusiva ou com predominância de mão de obra. Deve conseguir calcular os quantitativos necessários e conhecer todos os preços e itens de custos desses preços (*e.g.* incidência de impostos e respectivas alíquotas). Adicionalmente, a organização pública deve efetuar análise crítica dos valores informados pela empresa e dos valores calculados por ela mesma, incluindo os que constam da PCFP entregue e de sua própria PCFP, para verificar se essas planilhas fazem sentido, e aplicar a análise de fator-K, para identificar eventual sobrepreço (*vide* item "8.2.2.3. Análise de fator-K").

828. Entretanto, essas atividades são trabalhosas e consomem recursos. Daí advém a importância da padronização de objetos a contratar (*vide* item "8.5. Importância da padronização na elaboração do orçamento estimado") e do apoio que os OGS podem prover a seus jurisdicionados, que pode incluir dados sobre produtividade em contratos de serviços e modelos de PCFP para serviços específicos.

829. Assim, a organização pública não deve, simplesmente, aceitar as premissas, as estimativas e os itens de custos que compõem os preços do orçamento estimado do possível contratado em uma contratação direta, pois o proponente visa maximizar o seu lucro e pode não oferecer proposta eficaz, eficiente ou econômica. Lembrando que não somente se contrata uma solução, mas, sim, uma solução que gere resultados, de modo a atender a alguma necessidade de negócio da organização.

830. A Lei 8.666/1993 não trata, com muito detalhe, da questão do orçamento estimado nas contratações diretas. Basicamente, estabelece que é necessário justificar o preço dessas contratações no seu art. 26, parágrafo único, inciso III.

831. A IN - Seges/ME 73/2020, art. 7º, estabeleceu procedimento para justificar o preço ofertado em processos de inexigibilidade, no escopo da Lei 8.666/1993, que também se aplica, no que couber, às hipóteses de dispensa de licitação, em especial as previstas nos incisos III, IV, XV, XVI e XVII do artigo 24 da Lei 8.666/1993 (§ 4º do art. 7º da IN citada).

832. De acordo com o art. 7º da IN - Seges/ME 73/2020, a demonstração de que o preço ofertado à Administração é condizente com o praticado pelo mercado deve basear-se, em especial, nas seguintes fontes de preço:

1) documentos fiscais ou instrumentos contratuais de objetos idênticos, comercializados pelo futuro contratado (art. 7º, inciso I);
2) tabelas de preços vigentes, divulgadas pelo futuro contratado em sítios eletrônicos especializados ou de domínio amplo (art. 7º, inciso I); e
3) outros critérios ou métodos, desde que devidamente justificados nos autos pelo gestor responsável e aprovados pela autoridade competente (art. 7º, § 1º).

833. Na Lei 14.133/2021, a estimativa dos preços em contratações diretas por inexigibilidade ou por dispensa são tratadas no art. 23, § 4º, e no art. 72, incisos II e VII. No § 4º do art. 23, é definido que deverão ser usadas as mesmas fontes que constam no § 1º do art. 23, para estimar o valor do objeto a contratar (*vide* transcrição no parágrafo 489). Vale lembrar que, nas dispensas de licitação, seria viável a licitação. Quando não for possível estimar o valor do objeto com essas fontes, o fornecedor em potencial deverá comprovar que os preços estão em conformidade com os praticados em contratações semelhantes de objetos de mesma natureza, por meio da apresentação de notas fiscais emitidas para outros contratantes, com objetos similares no período de até 1 (um) ano anterior à data da contratação pela Administração ou por outro meio idôneo.

834. Na IN - Seges/ME 65/2021, referente à Lei 14.133/2021, houve reformulação do procedimento para estimar o valor do objeto com relação à IN - Seges/ME 73/2020. De acordo com o § 1º do art. 7º da IN - Seges/ME 65/2021, quando não for possível estimar o valor do objeto na forma estabelecida no art. 5º, sobre as mesmas fontes de preços tratadas no § 1º do art. 23 da Lei 14.133/2021, a justificativa de preços será dada com base em valores de contratações de objetos idênticos[78] (a Lei 14.133/2021, art. 23, § 4º faz referência a "objetos de mesma natureza"), comercializados pelo futuro contratado, por meio da apresentação de notas fiscais emitidas para outros contratantes, públicos ou privados, no período de até 1 (um) ano anterior à data da contratação pela Administração ou por outro meio idôneo. Excepcionalmente, caso o futuro contratado não tenha comercializado o objeto anteriormente, a justificativa de preço poderá ser realizada com objetos semelhantes, de mesma natureza, devendo apresentar especificações técnicas que demonstrem similaridade com o objeto pretendido (IN - Seges/ME 65/2021, art. 7º, § 2º).

835. Por fim, vale trazer o alerta feito no voto condutor do Acórdão 868/2013-TCU-Plenário, da relatoria do Ministro-Substituto Marcos Bemquerer:

> 5. Quaisquer descuidos na fase de planejamento da licitação, também conhecida como fase interna ou preparatória, pode comprometer a seleção de proposta vantajosa para a entidade contratante. E, neste caso, em que a contratação ocorreu por dispensa de licitação, a ferir o princípio da economicidade pela contratação de valor superfaturado. Daí a importância de conferir a essa fase preparatória da licitação atenção redobrada.

836. A questão de somente efetivar contratações diretas após comprovação da compatibilidade dos preços praticados com os do mercado, mediante pesquisa de preços, devendo a documentação pertinente constar do respectivo processo de dispensa ou inexigibilidade, consta de julgados do TCU, tais como os acórdãos: 1.379/2007, item 9.5; 837/2008, item 9.2.2; e 2.380/2013, voto condutor, parágrafos 7-9; todos do Plenário do TCU; 4.013/2008, item 1.6.1; 5.262/2008, item 9.6.3; e 3.506/2009, item 1.5.1.7; todos da Primeira Câmara.

837. Vale ressaltar que a Lei 14.133/2021, art. 73, prevê que, na hipótese de contratação direta indevida, ocorrida com dolo, fraude ou erro grosseiro, incluindo fraudes e erros grosseiros relativos ao orçamento estimado, o contratado e o agente público responsável responderão, solidariamente, pelo dano causado ao erário, sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis.

838. A partir do exposto, foi elaborado o seguinte entendimento:

Entendimento 17

Nas contratações diretas, assim como nas licitações, a responsável pela elaboração do orçamento estimado é a organização pública, que deve executar as seguintes atividades:

1. sempre que possível, utilizar objetos padronizados e dados de OGS, como produtividade em contratos de serviços e modelos de PCFP para serviços específicos;
2. elaborar orçamento estimado a partir de diversas fontes de preços, priorizando os praticados em licitações da Administração Pública, como nos casos de licitações; e
3. quando não for possível elaborar o orçamento estimado a partir de diversas fontes, deve obter-se proposta de orçamento junto ao fornecedor em potencial, o qual também deve apresentar, no caso de serviços com mão de obra exclusiva ou com predominância de mão de obra, planilha de custos e formação de preços (PCFP) com o detalhamento dos preços unitários, para que a organização pública possa:
   a. efetuar análise crítica dos preços e das quantidades informadas pelo fornecedor em potencial, incluindo a análise da PCFP fornecida, criticando a natureza e o valor dos custos apresentados, e a aplicação da análise de fator-K. Para embasar a análise crítica dos preços, a organização pública deve obter evidências junto ao fornecedor em potencial de que os preços estão em conformidade com os praticados em contratações semelhantes de objetos de mesma natureza, por meio da apresentação de notas fiscais emitidas para outros contratantes no período de até 1 (um) ano anterior à data da contratação pela Administração ou por outro meio idôneo; e
   b. dominar, totalmente, a proposta de orçamento da empresa fornecedora em potencial, a ponto de estar apta a ajustar a proposta entregue ou, preferencialmente, elaborar o seu próprio orçamento estimado, incluindo a PCFP, no caso de serviços com mão de obra exclusiva ou com predominância de mão de obra, calculando os quantitativos necessários e conhecendo todos os preços e itens de custos desses preços (*e.g.* incidência de impostos e respectivas alíquotas).

A execução das atividades citadas deve ser verificada pela autoridade máxima da área de TI, pela autoridade responsável por aprovar o termo de referência ou o projeto básico, pela autoridade responsável por homologar a contratação e pelo parecerista jurídico no tocante a aspectos jurídicos.

839. Com base nos aspectos tratados no presente subitem, no item "6. Erros grosseiros na elaboração do orçamento estimado" e no item "7. Possível responsabilização de agentes públicos por orçamento estimado mal elaborado", foi formulado o seguinte entendimento, considerando-se como erro grosseiro a simples aceitação de proposta de orçamento de potencial fornecedor em contratação direta de bens e serviços de TI:

Entendimento 18

Nas contratações públicas de bens e serviços de TI, ainda que não haja sobrepreço ou superfaturamento, a simples aceitação de proposta de orçamento de potencial fornecedor em contratação direta, sem a análise crítica dos preços e das quantidades informadas e sem a apresentação de evidências de que os preços estão em conformidade com os praticados em contratações semelhantes de objetos de mesma natureza, é uma irregularidade que leva ao planejamento deficiente da contratação, representando erro grosseiro nos termos do Decreto-Lei 4.657/1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), art. 28, pois trata-se de erro grave, decorrente de imprudência, imperícia ou negligência, bem como erro manifesto, evidente e indesculpável para um servidor público médio, isto é, comum, capaz, prudente e diligente, de modo que os agentes públicos incumbidos de sua elaboração, a autoridade máxima da área de TI, a autoridade responsável por aprovar o termo de referência ou o projeto básico, a autoridade responsável por homologar a contratação e o parecerista jurídico podem responder, pessoalmente, por suas decisões ou opiniões técnicas, sendo, assim, possível a aplicação das sanções previstas na Lei 8.443/1992, de acordo com o grau de culpabilidade do agente, em especial se a contratação em análise for de alto risco, relevância ou materialidade, considerando-se as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado as ações desses agentes no caso concreto, conforme o art. 22, § 1º, do Decreto-Lei 4.657/1942, assegurando-se o contraditório e a ampla defesa.

8.15 Documentação do procedimento de elaboração do orçamento estimado

840. A partir do conteúdo exposto ao longo da presente NT, no item 9, é proposto procedimento formal para elaborar o orçamento estimado de uma contratação, sintetizado na **Figura 4**, de modo que a organização pública produza uma memória da elaboração do orçamento estimado que inclua as evidências e as motivações das atividades executadas. O conteúdo dessa memória é explorado no presente item.

8.15.1 Importância da documentação da elaboração do orçamento estimado

841. O procedimento de elaborar o orçamento estimado de uma contratação deve ser devidamente documentado por diversas razões:

1) a obrigação de documentar elementos e aspectos do orçamento estimado consta de diversos dispositivos da legislação sobre contratações públicas em geral e especificamente de TI:
   a. obrigatoriedade de documentar a definição das quantidades - IN - SGD/ME 1/2019, art. 11, inciso I, art. 14, art. 15, inciso III, art. 18, inciso II; IN - Seges/ME 5/2017, art. 24, § 1º, inciso IV, Anexo III, item 3.4, alínea "c"; Lei 14.133/2021, art. 18, § 1º, inciso IV; e IN - Seges/ME 65/2021, art. 10;
   b. obrigatoriedade de documentar as estimativas dos valores da contatação - IN - SGD/ME 1/2019, art. 11, inciso II, alínea "b"; IN - Seges/ME 5/2017, Anexo III, item 3.6, alínea "b"; IN - Seges/ME 73/2020, art. 3º; Lei 14.133/2021, art. 6º, inciso XXIII, alínea "i", art. 18, inciso IV, § 1º, inciso VI, art. 72, inciso VII; e IN - Seges/ME 65/2021, art. 3º;
   c. obrigatoriedade de justificar a decisão de diferir a publicidade do orçamento estimado - Lei 14.133/2021, art. 24, *caput*; e IN - Seges/ME 65/2021, art. 10; e
   d. obrigatoriedade de expor a motivação sobre o momento de divulgação do orçamento estimado da licitação - Lei 14.133/2021, art. 18, inciso XI;

5) há julgados do TCU sobre a documentação da elaboração do orçamento estimado (*vide* item "8.15.3. Julgados do TCU sobre a documentação da elaboração do orçamento estimado" da presente NT), que inclui a memória de cálculo de como se chegou aos valores estimados e os documentos que lhe dão suporte;
6) a documentação dos procedimentos de elaboração do orçamento estimado da organização pública em diferentes etapas (*vide* item "5. Contextualização dos orçamentos estimados nas contratações públicas") permite que os agentes públicos envolvidos na elaboração do orçamento e na aprovação de artefatos que incluam o orçamento da contratação tenham mais segurança a respeito da consistência da sua elaboração;

7) na documentação da elaboração do orçamento estimado, registram-se os pressupostos que orientaram as decisões tomadas (*e.g.* quais foram as premissas, as informações de entrada, as formas de cálculo usadas nos cálculos das quantidades, por que se decidiu por determinada forma de cálculo do preço estimado e quais foram os critérios de descarte de preços destoantes) em linha com a Lei 9.784/1999 (Lei do Processo Administrativo), art. 2º, *caput* (princípio da motivação), parágrafo único, inciso VII, e art. 50, inciso I (atos administrativos que neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses); e com a Lei 14.133/2021, art. 5º (princípio da motivação);
8) caso algum cidadão ou licitante proceda com a impugnação de edital de licitação com base em questionamento sobre o orçamento estimado da organização pública, de acordo com a Lei 8.666/1993, art. 41, §§ 1º e 2º; ou com a Lei 14.133/2021, art. 164; a organização pública pode ter elementos mais robustos para tratar dessa impugnação;
9) de forma similar, caso o orçamento estimado da contratação seja objeto de questionamentos por agentes engajados no controle social, como órgãos de imprensa, ONG e cidadãos, a organização pública pode contar com elementos embasados, para tratar desses questionamentos, podendo, ser for o caso, demonstrar a correção e a lisura do procedimento de sua elaboração;
10) a contratação pode ser objeto de fiscalização por auditoria interna, órgão de controle interno ou de controle externo, de modo que a documentação produzida pode apresentar evidências da execução das atividades de elaboração do orçamento estimado, bem como de quem atuou na sua elaboração, isto é, a elaboração do orçamento estimado pode ser rastreada; e
11) quando devidamente documentados, os conhecimentos e as informações utilizados na elaboração do orçamento estimado podem ser reutilizados em contratações futuras, da mesma organização pública ou de outras organizações, de modo que os agentes públicos podem contar com referências de como atuar e de servidores para buscar auxílio, e a documentação em tela pode fazer parte de esforços de gestão do conhecimento sobre contratações públicas.

842. Alguns dos aspectos elencados são comentados a seguir.

8.15.2 Documentação das motivações das atividades executadas

843. Como informa Lucas Rocha Furtado (2014, p. 21-22), a motivação dos atos administrativos permite o controle dos atos praticados pelos agentes públicos e são úteis para esses próprios agentes:

> No âmbito das licitações públicas toda decisão deve ser motivada e registrada nos autos do processo licitatório. Essa medida possibilita o controle pleno dos atos praticados pelos agentes públicos ou particulares, administrativa e judicialmente, coibindo eventuais abusos que possam causar danos à Administração e aos particulares.
>
> [...]
>
> Em razão disso, a fim de que se possa aferir e controlar a atuação do administrador, ele deve descrever porque adotou esta ou aquela decisão, ou seja, deve motivar o ato e registrar tal motivação nos próprios autos do processo licitatório.
>
> [...]
>
> Essa motivação se mostra, não poucas vezes, útil ao próprio administrador. Diversas acusações de direcionamento ou favorecimento em licitações ou de irregularidades em contratações sem licitações são facilmente contestadas e perfeitamente explicadas pela motivação. Do contrário, se o administrador não tiver justificado porque não realizou a licitação, ou porque impôs determinada exigência de qualificação técnica ou econômico-financeira, ou porque exigiu determinada especificação no produto ou serviço, seria a sua atitude certamente considerada fraudulenta, sujeitando o responsável a punição.
>
> Esse princípio encontra-se expresso no art. 50 da Lei 9.784/1999, que trata do processo administrativo no âmbito da União. Merece, por isso, ser amplamente divulgado para que os procedimentos administrativos no Brasil sejam conduzidos e organizados de modo a permitir a sindicância dos atos produzidos pelo administrador público.

844. A seguir, também são citadas as considerações de Marçal Justen Filho a respeito do princípio da motivação dos atos administrativos (JUSTEN FILHO, 2014, p. 90-91):

16.1) O princípio da motivação dos atos administrativos

É irrelevante que o art. 3º da Lei 8.666/1993 não aluda ao princípio da motivação. A motivação consiste na enunciação pelo agente estatal das razões de fato e de direito em que se alicerça a decisão adotada. Traduz externamente o processo interno do sujeito, envolvendo a sua compreensão relativamente aos eventos ocorridos no mundo dos fatos e a interpretação adotada para as normas, de que deriva a decisão adotada.

A motivação deriva da necessidade de justificar toda e qualquer decisão administrativa. É uma decorrência inafastável do regime democrático, da vantajosidade, da legalidade, da objetividade, da moralidade, dentre outros princípios.

A motivação assegura a racionalidade do ato e sua submissão ao Direito. Facilita o exercido da fiscalização e do controle. Ainda que o controle do mérito do ato administrativo seja limitado, sempre será cabível o controle envolvendo a motivação. O vício derivado da incompatibilidade entre a motivação e a decisão pode ser pronunciado pelo Judiciário.[61]

É evidente que a competência discricionária não dispensa o agente estatal de motivar as suas decisões. Toda e qualquer manifestação de vontade administrativa exige a necessária motivação.

845. Lembrando que os questionamentos a respeito do orçamento estimado de uma contratação podem ocorrer muitos meses ou até anos após a sua elaboração, de modo que os envolvidos no procedimento podem não se lembrar dos detalhes da sua concepção.

8.15.3 Julgados do TCU sobre a documentação da elaboração do orçamento estimado

846. No Acórdão 2.514/2012-TCU-Plenário, da relatoria do Ministro Raimundo Carreiro, item 9.5.4, consta determinação a respeito de elaborar as memórias de cálculo que evidenciem como foram obtidos os preços unitários dos serviços envolvidos nas obras civis, bem como, de forma clara e objetiva, a metodologia adotada para estimativa dos preços dos equipamentos eletromecânicos, acompanhada de memória de cálculo que demonstre os preços obtidos, subsidiada por cotações realizadas junto a fornecedores, ou por banco de preços, ou por outros métodos.

847. No Acórdão 2.340/2016-TCU-Plenário, também da relatoria do Ministro Raimundo Carreiro, item 9.19, alíneas "e" e "f", constam recomendações, no sentido de definir método para a estimativa de preços, bem como documentar esse método no processo de contratação, juntamente com os documentos que lhe dão suporte.

848. Como consta do parágrafo 863 da presente NT, no Acórdão 4.695/2012-TCU-Segunda Câmara, da relatoria do Ministro Aroldo Cedraz, item 9.2.6.3, é consignado que se documente a elaboração das estimativas dos preços no processo de contratação. O Acórdão 1.091/2007-TCU-Plenário, da relatoria do Ministro Augusto Nardes, item 9.1.5, vai na mesma direção.

849. Por fim, no Acórdão 568/2008-TCU-Primeira Câmara, da relatoria do Ministro-Substituto Marcos Bemquerer, item 9.3.3, consta determinação a unidade do Sistema "S", no sentido de que proceda à prévia pesquisa de preços nas licitações que vier a realizar, anexando a documentação correlata aos processos.

8.15.4 Reutilização de conhecimentos e informações sobre elaboração de orçamentos estimados

850. Os conhecimentos e as informações utilizados na elaboração do orçamento estimado podem ser reutilizados em contratações futuras, da mesma organização pública ou de outras organizações, de modo que os agentes públicos envolvidos possam contar com registros que sirvam de referência de como atuar (*e.g.* como calcular as quantidades necessárias), incluindo as indicações de servidores com os quais possam buscar orientações ou dirimir dúvidas.

851. As organizações públicas costumam contratar diversos objetos repetidamente (*e.g.* equipamentos e serviços de TI), de modo que o compartilhamento de conhecimentos e informações sobre essas contratações pode ajudar a aumentar a eficiência desses processos de contratação, pois os agentes públicos podem contar com exemplos próximos para basear-se,

que incluem informações práticas sobre como operacionalizar a legislação e a jurisprudência, na busca de resultados para a organização pública.

852. Adicionalmente, é importante considerar que os agentes públicos responsáveis pelo planejamento das contratações de TI de organizações públicas diferentes costumam executar muitos processos de trabalho afins e contratar soluções similares para suportar esses processos, compostas pelos mesmos tipos de produtos e serviços, providas pelos mesmos fornecedores e utilizando a mesma legislação e a mesma jurisprudência, ou próximas.

853. Considerando esse cenário, as organizações públicas não precisam atuar sozinhas. Podem buscar ajuda junto a seus pares, para aperfeiçoar seus métodos e técnicas de contratações públicas, inclusive com relação à elaboração do orçamento estimado de cada contratação, agrupando-se, por exemplo, em comunidades de prática, como previsto na recomendação contida no Acórdão 2.622/2015-TCU-Plenário, da relatoria do Ministro Augusto Nardes, item 9.2.4, e indicado no guia de contratação de TI do TCU (BRASIL, TCU, 2012b, p. 115-116, 251 e 319).

854. Por fim, se cada organização pública promover a transparência de suas atividades, o conhecimento acumulado sobre suas contratações poderá ser obtido, com mais facilidade, por outras organizações públicas, que poderão incorporá-lo aos seus respectivos processos de contratação. No parágrafo 6 do voto condutor do Acórdão 1.321/2014-TCU-Plenário, a relatora Ministra Ana Arraes afirma:

> 6. Conhecimento que foi explicitado, sistematizado e formalizado pode ser facilmente compartilhado e favorecer a formação de cultura de excelência em uma função organizacional – aquisição logística – da qual todas as instituições dependem para se manterem em atividade.

8.15.5 Conteúdo da memória da elaboração do orçamento estimado

855. Na documentação da elaboração do orçamento estimado, devem ser incluídas as evidências das atividades executadas, que, como foi exposto ao longo da presente NT, são condicionadas pela legislação vigente. Como boa prática, as dificuldades encontradas também podem ser sinalizadas.

856. O registro das dificuldades encontradas é relevante por, pelo menos, duas razões. Em primeiro lugar, serve de subsídio para o aperfeiçoamento desse procedimento, de modo a superar essas dificuldades. Por exemplo, a sinalização da ausência de referências para a elaboração das quantidades a contratar de determinado objeto pode levar à criação de séries históricas (*e.g.* dados relativos a chamados de *service desk*). Do contrário, a próxima licitação desse tipo de solução esbarrará na mesma dificuldade. Adicionalmente, se bem fundamentado, esse registro pode ajudar a contextualizar o orçamento estimado produzido a todos os envolvidos na cadeia de processos de trabalho das contratações dentro da organização pública, aos órgãos de controle interno e de controle externo e a outros interessados (*e.g.* agentes engajados no controle social).

857. Com base nos itens elencados na presente NT, a seguir, é exposta uma lista de elementos que devem constar da memória da elaboração do orçamento estimado da organização pública:

1) memória de cálculo das quantidades definidas, que se integra à memória de cálculo dos preços, incluindo elementos, como as premissas utilizadas, as informações coletadas para o cálculo das quantidades (parâmetros de entrada, que são quantidades devidamente evidenciadas), as fórmulas de cálculo e a execução do cálculo das quantidades propriamente ditos, considerando-se as unidades adequadas e a influência das quantidades sobre os valores unitários de cada item, em razão de possíveis efeitos de economia de escala, o

que deve ser documentado (*vide* item "8.6. Definição das quantidades a contratar" e "Apêndice V - Proposta de forma de documentação da definição das quantidades a contratar");

2) pesquisa de preços a partir do perfil definido do tipo de solução a contratar (*vide* item "8.4. Soluções de TI que devem ser consideradas na pesquisa de preços"), de preferência que siga algum padrão definido pelo OGS ao qual a organização pública esteja vinculada (*vide* item "8.5. Importância da padronização na elaboração do orçamento estimado"), incluindo:
   a. todas as fontes de preços usadas e por que foram essas as utilizadas (*vide* item "8.7. Fontes que devem ser consultadas na pesquisa de preços" desta NT);
   b. os procedimentos adotados para a coleta de preços, como as pesquisas com o uso de ferramentas do governo federal (*e.g.* Painel de Preços);
   c. o conjunto de preços coletados; e
   d. se necessário, as evidências de execução de procedimento, preferencialmente normatizado, para obter cotações de preços diretamente de fornecedores (*vide* "8.8.2. Procedimento normatizado para cotação de preços junto a fornecedores"), incluindo a forma de escolha dos fornecedores com os quais a organização pública interagiu e os *e-mails* e as correspondências enviadas e recebidas de fornecedores;

3) análise crítica dos valores coletados na amostra de preços (*vide* item "8.10. Análise crítica dos valores obtidos na pesquisa de preços"), incluindo a análise a respeito da dispersão dos valores e o descarte de preços destoantes, que podem ocorrer devido à aplicação de procedimentos para diminuir a dispersão da amostra de preços (*e.g.* média saneada);
4) definição das formas de cálculo para estimar os preços unitários e o preço global, como a média dos preços coletados e considerados aceitáveis, bem como a justificativa da escolha dessas formas de cálculo (*vide* item "8.11. Formas de cálculo da estimativa de preço");
5) descrição da execução dos cálculos das estimativas dos preços unitários (*e.g.* cálculo da média dos preços da amostra) e do preço global (*e.g.* somatórios dos preços dos itens, que, por sua vez, são calculados, multiplicando-se a quantidade de cada item pelo respectivo preço unitário);

6) nos casos de serviços com mão de obra exclusiva ou com predominância de mão de obra, planilha de custos e formação de preços e análise de fator-K do orçamento estimado pela organização pública (*vide* item "8.2.2. Obrigatoriedade de detalhamento do orçamento estimado de serviços pela organização pública");
7) definição e motivação dos critérios de aceitabilidade de preços unitários e global (*vide* item "8.12. Critérios de aceitabilidade de preços") e procedimento detalhado para avaliar a exequibilidade dos preços ofertados (*vide* item "8.12.6. Análise de preços aparentemente inexequíveis"); e
8) justificativa sobre o sigilo do orçamento estimado e motivação sobre o momento da divulgação do orçamento da licitação (*vide* item "8.13. Publicação ou não do orçamento estimado no instrumento convocatório").

858. A memória do orçamento estimado produzida deve fazer parte do artefato de planejamento que a desencadeou, ou seja, o PCA, o ETP, o TR, ou de artefato de gestão contratual, como as repactuações e as OS emitidas no âmbito de contratos de serviços (*vide* item "5. Contextualização dos orçamentos estimados"). Como os orçamentos estimados usados no PCA tratam de estimativas preliminares, o conteúdo da memória de cálculo deve apresentar informações simplificadas, prescindindo-se, por exemplo, das informações referentes aos itens de 6 a 8 do parágrafo anterior.

859. Na memória da elaboração do orçamento estimado, também devem ser identificados os agentes públicos que executaram as atividades envolvidas, o que permite contatos futuros para reaproveitamento de informações e conhecimentos, bem como a responsabilização adequada desses atores, no caso de ocorrência de irregularidades, pois, com a rastreabilidade do procedimento, pode-se avaliar a conduta de cada ator envolvido.

9

PROPOSTA DE PROCEDIMENTO FORMAL PARA ELABORAR O ORÇAMENTO ESTIMADO DE UMA CONTRATAÇÃO

860. Embora haja a IN - Seges/ME 73/2020 e a IN - Seges/ME 65/2021, que oferecem linhas gerais para execução da pesquisa de preços, resultantes de um processo de evolução que tem ocorrido nos últimos anos, os agentes públicos responsáveis pelo procedimento de elaboração do orçamento estimado de uma contratação ainda carecem de detalhamento a respeito de como executá-lo. Por exemplo, as normas citadas permitem que os agentes públicos utilizem, de modo geral, como formas de cálculo para obtenção do preço de referência para a contratação, a média, a mediana ou o menor dos valores obtidos na pesquisa de preços. Entretanto, não indicam em quais situações se deve usar cada uma delas. Adicionalmente, aquelas normas não tratam do orçamento estimado, pois não incluem as quantidades e as atividades intimamente relacionadas, como a definição dos critérios de aceitabilidade de preços unitários e global, que abrangem a análise de exequibilidade dos preços.

861. Além de utilizar normativos de referência, como os citados, a organização pública deve publicar seu próprio normativo, de modo a adaptar normativos de referência publicados pelo seu OGS à realidade da organização, para, assim, conferir atribuições e responsabilidades a atores específicos da organização. Esse normativo pode fazer parte de um mais amplo, que trate da condução das contratações previstas no PCA (*vide* parágrafo 50).

862. Dessa forma, um procedimento normatizado para orientar os gestores a tratar dos diversos aspectos relativos à elaboração do orçamento estimado em contratações de TI, inclusive para mitigar os riscos apontados ao longo desta NT, pode auxiliar os agentes públicos responsáveis pela elaboração desse tipo de orçamento a observar os mesmos aspectos ao longo do tempo, o que pode incluir uma lista de verificação (*checklist*) dos principais aspectos a observar.

863. No Acórdão 4.695/2012-TCU-Segunda Câmara, da relatoria do Ministro Aroldo Cedraz, item 9.2.6.3, consta determinação sobre o estabelecimento de normativo a respeito de estimativa de preço por determinada organização pública:

> 9.2. determinar ao [*omissis*], com fulcro no inciso I do art. 43 da Lei 8.443/1992, c/c o inciso II do art. 250 do Regimento Interno do TCU, que:
>
> [...]
>
> 9.2.6. atente nas próximas contratações de bens e serviços de TI, inclusive na que sucederá a contratação em tela, para os seguintes aspectos:
>
> [...]
>
> 9.2.6.3. estabelecimento de procedimento formal de elaboração das estimativas de preços dos itens a contratar, de modo que se utilizem diversos preços na elaboração de cada estimativa e se documente a elaboração das estimativas no processo de contratação; (grifou-se)

864. No Acórdão 2.340/2016-TCU-Plenário, da relatoria do Ministro Raimundo Carreiro, item 9.19, alíneas "e" e "f", consta recomendação a outra organização pública, no sentido de definir método para a estimativa de preços, bem como documentar esse método no processo de contratação, juntamente com os documentos que lhe dão suporte (parágrafo 717).

865. Adicionalmente, no Acórdão 805/2016-TCU-Plenário, da relatoria do Ministro-Substituto Augusto Sherman, constam parâmetros para a execução do procedimento de pesquisa de preços, que faz parte da elaboração do orçamento estimado:

> 9.1.2. realize pesquisas de preços mediante a utilização dos parâmetros abaixo elencados baseados no art. 2º da IN/SLTI/MPOG 5/2014, apresentando as devidas justificativas para a impossibilidade de utilização da melhor técnica possível e fazendo constar no processo administrativo para a aquisição de serviços de vigilância os devidos critérios que fundamentem os preços excessivos ou a inexequibilidade dos preços, conforme bem delineado no § 6º da referida norma e no voto que fundamentou o Acórdão 2829/2015-Plenário;
>
> 9.1.3. realize pesquisa de preços com base em padronização do processo de estimativa, de forma a conferir confiabilidade e representatividade para a aferição dos preços correntes de mercado e de modo a permitir a formação de juízo acerca da adequação das propostas pela comissão de licitação, de acordo com o Acórdão 1.878/2015-TCU-2ª Câmara, atentando para os seguintes aspectos calcados na jurisprudência do TCU:

9.1.3.1. identificação da fonte de informação e do agente responsável pela elaboração da pesquisa (Acórdão 2.451/2013-Plenário);

9.1.3.2. identificação do servidor responsável pela cotação (Acórdão 909/2007-1ª Câmara);

9.1.3.3. empresas pesquisadas integrantes do ramo pertinente (Acórdão 1.782/2010-Plenário);

9.1.3.4. empresas pesquisadas não vinculadas entre si (Acórdão 4.561/2010-1ª Câmara);

9.1.3.5. a caracterização completa das fontes consultadas (Acórdão 3.889/2009-1ª Câmara);

9.1.3.6. a indicação fundamentada e detalhada das referências utilizadas (Acórdão 1.330/2008-Plenário);

9.1.3.7. a metodologia utilizada e as conclusões obtidas (Nota Técnica AGU/PGF/UFSC 376/2013);

9.1.3.8. a data e o local de expedição (Acórdão 3.889/2009-1ª Câmara); e

9.1.3.9. inclusão das informações retro no processo da pesquisa, em especial, as memórias de cálculo e as fontes de consulta pesquisadas (Acórdão 1.091/2007-Plenário);

866. Além dos itens expostos nos acórdãos citados, no item "8.15.5. Conteúdo da memória da elaboração do orçamento estimado" da presente NT, é apresentada uma lista de itens a observar na edição de normativo a respeito do procedimento referente à elaboração de orçamento estimado da contratação de bens e serviços de TI. Ressalta-se que não se detalhou cada atividade desse procedimento, mas apenas se explicitou o resultado esperado dele.

867. Com base no exposto, formulou-se o entendimento a seguir:

Entendimento 19

A alta administração de uma organização pública deve publicar normativo, estabelecendo o procedimento para a elaboração do orçamento estimado das contratações de bens e serviços de TI que preveja as atividades a executar e leve a memória dessa elaboração, além de incluir as evidências e as motivações das atividades executadas, bem como as dificuldades encontradas, para que essa memória faça parte do artefato de planejamento que a desencadeou, ou seja, o Plano de Contratações Anual, o estudo técnico preliminar, o termo de referência ou o projeto básico, ou as repactuações feitas no âmbito de contratos de serviços continuados em que houver regime de dedicação exclusiva de mão de obra ou predominância de mão de obra, com a identificação dos agentes públicos que executaram as atividades envolvidas, de modo que a memória da elaboração do orçamento estimado apresente o conteúdo mínimo a seguir:

1. memória de cálculo das quantidades definidas, que se integra à memória de cálculo dos preços, incluindo elementos, como as premissas utilizadas, as informações coletadas para o cálculo das quantidades (parâmetros de entrada, que são quantidades devidamente evidenciadas), as fórmulas de cálculo e a execução do cálculo propriamente dito das quantidades, considerando as unidades adequadas e a influência das quantidades sobre os valores unitários de cada item, em razão de possíveis efeitos de economia de escala, o que deve ser documentado;
2. pesquisa de preços a partir do perfil definido do tipo de solução a contratar, de preferência que siga algum padrão definido pelo OGS ao qual a organização pública esteja vinculada, incluindo:
    a. todas as fontes de preços usadas e por que foram essas as utilizadas;
    b. os procedimentos adotados para a coleta de preços, como as pesquisas com o uso de ferramentas do governo federal (e.g. Painel de Preços);
    c. o conjunto de preços coletados; e
    d. se necessário, as evidências de execução de procedimento, preferencialmente normatizado, para obter cotações de preços diretamente de fornecedores, incluindo:
        i. critérios objetivos usados para selecionar os fornecedores do mercado com os quais interagiu;
        ii. quais informações foram enviadas às empresas nas comunicações formais para solicitação de cotações de preço;
        iii. definição dos elementos fundamentais de que a organização necessitava nas respostas das empresas;
        iv. forma de envio de solicitações formais de cotações de preços aos fornecedores selecionados (*e.g.* mediante ofícios ou *e-mails*); e
        v. inclusão, nos autos do processo de contratação, das solicitações de cotação às empresas, das respostas dos fornecedores, da relação de fornecedores que foram consultados e não enviaram cotações e as identificações dos responsáveis da organização pública por fazer as cotações;

Entendimento 19

3. análise crítica dos valores coletados na amostra de preços, incluindo a análise a respeito da dispersão dos valores e o descarte de preços destoantes, que podem ocorrer pela aplicação de procedimentos para diminuir a dispersão da amostra de preços (*e.g.* média saneada);
4. definição das formas de cálculo para estimar os preços unitários e o preço global, como a média dos preços coletados e considerados aceitáveis, bem como a justificativa da escolha dessas formas de cálculo;
5. descrição da execução dos cálculos das estimativas dos preços unitários (e.g. cálculo da média dos preços da amostra) e do preço global (e.g. somatórios dos preços dos itens, que, por sua vez, são calculados, multiplicando-se a quantidade de cada item pelo respectivo preço unitário);
6. nos casos de serviços com mão de obra exclusiva ou com predominância de mão de obra, elaboração de planilha de custos e formação de preços e análise de fator-K do orçamento estimado pela organização pública;
7. definição e motivação dos critérios de aceitabilidade de preços unitários e global, e procedimento detalhado para avaliar a exequibilidade dos preços ofertados; e
8. justificativa sobre o sigilo do orçamento estimado e motivação sobre o momento da divulgação do orçamento da licitação.

10 CONSIDERAÇÕES FINAIS

868. Com base no exposto ao longo desta NT, depreende-se que o procedimento de elaborar o orçamento estimado de uma contratação:

1) afeta o cumprimento de diversos princípios da administração pública (julgamento objetivo, seleção da proposta mais vantajosa, eficiência, economicidade e legalidade), como foi exposto ao longo desta NT, em especial no item "4. Importância do orçamento estimado";
2) ocorre em diversos momentos na cadeia de processos de trabalho das contratações, incluindo a elaboração do PCA, o planejamento das contratações e a gestão dos contratos decorrentes (*vide* item "5. Contextualização dos orçamentos estimados"); e
3) afeta a execução de diversas atividades na cadeia de processos de trabalho das contratações, como a adequação orçamentária, a análise de aceitabilidade e a negociação dos preços, além de ser afetado por diversas atividades (*vide* Apêndice II).

869. Conforme foi exposto ao longo desta NT, o procedimento de elaborar o orçamento estimado é crítico para o sucesso das contratações públicas de TI. Trata-se de um procedimento multifacetado que costuma consumir tempo considerável do processo de planejamento das contratações e envolve vários riscos para a organização pública, como o sobrepreço, o superfaturamento e a sanção dos agentes públicos responsáveis. Por isso, deve ser executado por pessoal capacitado com diligência e muito cuidado, de acordo com método formalizado pela organização pública, de modo a auxiliar os executores a observar os mesmos aspectos ao longo do tempo e da mesma forma, para que sua execução seja previsível.

870. O procedimento de elaborar o orçamento estimado, além de ocorrer em licitações, também é executado em contratações diretas (dispensa ou inexigibilidade) e em adesões a atas de registro de preço, corriqueiramente chamadas de "adesões como caronas".

871. Foram propostos diversos entendimentos ao longo desta NT, de forma a orientar os auditores do TCU na formação de juízos a respeito de diversos temas ligados à elaboração do orçamento estimado. Alguns desses

entendimentos são relativos a erros grosseiros, que tratam de irregularidades graves, frequentes, antigas, de grande impacto, com soluções previstas na legislação há muitos anos e que, por isso, são inaceitáveis.

872. Os entendimentos propostos também podem ser endereçados pelas organizações públicas, em especial pela sua liderança maior, a alta administração, além de outros atores, como as autoridades máximas das áreas de TI, as autoridades responsáveis por aprovar os termos de referência ou os projetos básicos, os membros das comissões de licitação, as autoridades responsáveis por homologar as licitações, os pareceristas jurídicos e os agentes públicos envolvidos diretamente com o planejamento e com a execução de uma contratação de TI, além dos que cuidam das gestões dos contratos decorrentes. Adicionalmente, esses entendimentos podem ser úteis a outros atores envolvidos na execução das licitações (*e.g.* os licitantes) e na sua fiscalização (*e.g.* auditorias internas, órgãos de controle interno e externo, bem como agentes engajados no controle social).

873. Com relação a problemas encontrados de forma reiterada nas contratações, vale retomar informações citadas no relatório do Acórdão 915/2020-TCU-Plenário, da relatoria do Ministro-Substituto André de Carvalho, excerto do relatório da unidade técnica (Sefti), parágrafos 70-74, que indicam problemas sistêmicos nas contratações de TI:

1) as irregularidades encontradas são similares; várias delas são relativas à elaboração do orçamento estimado (sobrepreço, quantitativos excessivos, pesquisa de preços limitada a fornecedores e ausência de planilha de formação de preços);
2) as irregularidades encontradas não são resultado de mudanças recentes na legislação ou nos modelos de contratação, pelo contrário, há normas e jurisprudência consolidadas sobre elas;
3) os gestores queixam-se de que contam com quadro reduzido de servidores na área de TI, para planejar as contratações de TI; e
4) as contratações são de objetos comuns da área de TI.

874. A partir dessas informações e do que foi exposto ao longo da NT, pode-se concluir que: 1) os servidores que conduzem os processos de contratações de soluções de TI carecem de capacitação e/ou recrutamento criterioso, com vistas a selecionar servidores com maior conhecimento sobre a legislação acerca de contratações públicas e de TI; e 2) há espaço para coordenação de contratações entre as organizações públicas, como sinalizado no item "5.4. Coordenação das contratações" desta NT, de modo a aumentar a eficiência das contratações, aproveitando melhor os servidores alocados a essas atividades. Por serem problemas sistêmicos, sua resolução passa por ações das instâncias de governança de TI por parte tanto dos OGS como das altas administrações das organizações públicas.

875. A propósito, outra questão que afeta os processos de contratação de TI (incluindo a elaboração do orçamento estimado) e que deve ser tratada continuamente por instâncias de governança das contratações de TI é a disponibilidade de servidores capacitados e em quantidade compatível com a quantidade e a complexidade das contratações e dos contratos decorrentes. Conforme o relatório do Acórdão 2.789/2019-TCU-Plenário, da relatoria do Ministro Raimundo Carreiro, que apresenta excerto do relatório da unidade técnica (Sefti), há indícios de que a alocação de pessoal na área de TI, nas organizações públicas do Sisp, é baixa, e não há horizonte para melhoria nesse sentido (*vide* item 3.1 do relatório da unidade técnica). Embora a alocação de pessoal tratada nesse acórdão se refira à área de TI de forma geral, como as contratações de TI costumam consumir grande parcela do tempo dos profissionais dessa área, é razoável inferir que o déficit de alocação na área de TI atinja o planejamento das contratações e a gestão dos respectivos contratos, incluindo os procedimentos de elaborar o orçamento estimado dessas contratações. Dessa forma, é de esperar-se que esse tema deva continuar sendo objeto de fiscalizações do TCU, pois influencia, diretamente, as contratações, em especial, no tocante à elaboração do orçamento estimado.

876. Conforme foi apontado em diversos pontos desta NT, há grande espaço para contribuição por parte dos órgãos governantes superiores, que podem

apoiar seus jurisdicionados de forma relevante, com relação às contratações de soluções de TI, abrangendo os esforços relativos à elaboração dos orçamentos estimados, em especial, no tocante às soluções de TI mais disseminadas. Esse suporte pode dar-se de várias formas, considerando-se a possibilidade de apoio por parte de universidades e centros de pesquisa:

1) incentivos à coordenação de contratações, diminuindo-se a replicação de esforços (*vide* item 5.4), com ações, tais como:
   a. centralização de contratações em centrais de compras, na medida do possível;
   b. realização ou articulação de esforços para a execução de licitações pelo SRP, com a participação de várias organizações públicas e para a execução descentralizada de programas ou projetos federais (Lei 14.133/2021, art. 86, § 6º);
   c. negociação de preços máximos com grandes fabricantes;

2) promoção da capacitação de agentes no procedimento de elaboração do orçamento estimado (*vide* parágrafo 156, item "2)" e parágrafo 157);
3) oferecimento de modelos de PCFP para os serviços de TI mais disseminados, tais como *service desk*, desenvolvimento de *software* e operação de infraestrutura, bem como fatores-K de referência para esses serviços (*vide* parágrafo 225);
4) coordenação de esforços para a publicação periódica de preços de referência para bens e serviços TI, a exemplo do que é feito no âmbito do Sinapi e do Sicro. Essa atividade pode, inclusive, ser executada de forma indireta (*vide* item "8.4.6. Coordenação de pesquisa de preços");
5) oferecimento de padrões de especificações técnicas e de editais para contratar os bens e os serviços de TI mais disseminados que não forem objetos de contratações com algum grau de coordenação (*e.g.* realizadas por centrais de compras ou pelo SRP), de modo que os preços das contratações sejam mais comparáveis, o que facilita as pesquisas de preços (*vide* item "8.5. Importância da padronização na elaboração do orçamento estimado");
6) publicação de orientações a respeito de como lidar com custos fixos ou variáveis não renováveis de serviços de TI que já possam ser

amortizados ou pagos no primeiro ano da contratação, em especial para os serviços mais disseminados (*vide* parágrafo 381);

7) execução de levantamentos de informações de referência para as contratações, incluindo:
   a. parâmetros, como o percentual de BDI aceitável em determinado serviço de TI (*vide* parágrafo 384);
   b. séries históricas a respeito de demanda de serviços (*e.g.* desenvolvimento de *software* e *service desk*), incluindo a sazonalidade desses serviços (*vide* parágrafo 385); e
   c. dados de produtividade de diversos serviços, como desenvolvimento de *software*, *service desk* e gestão de infraestrutura (*vide* parágrafo 419);

8) oferecimento de ferramentas eficazes, eficientes e fáceis de usar para pesquisar preços e que utilizem bases de dados confiáveis (*vide* item "8.7. Fontes que devem ser consultadas na pesquisa de preços");
9) promoção de estudos para identificar a melhor forma de calcular as quantidades e documentar esse cálculo para diversos tipos de objetos a contratar (*vide* itens "8.6. Definição das quantidades a contratar" e "8.15. Documentação do procedimento de elaboração do orçamento estimado", e Apêndice V);
10) condução de pesquisas a respeito da melhor forma de calcular o valor estimado da contratação em cada caso concreto e quais parâmetros devem ser considerados nesta escolha, como a quantidade de preços necessária, o grau de heterogeneidade dos preços, entre outros, em especial para os objetos contratados com mais frequência pela APF (*vide* item "8.11. Formas de cálculo da estimativa de preço");
11) condução de pesquisas a respeito de métodos e parâmetros para avaliar o grau de acerto dos orçamentos estimados, incluindo, por exemplo, levantamentos sobre quais têm sido as diferenças entre os preços estimados e os preços finais das contratações de TI em geral e por tipo de objeto contratado (*e.g.* contratações de microcomputadores, de serviços de infraestrutura de TI e de desenvolvimento de *software*) (*vide* parágrafo 612);

12] promoção de estudos a respeito de como deve ser conduzida a etapa de negociação (parágrafos 763-767); e

13] promoção de estudos para identificar, de forma mais aprofundada, quais fatores afetam a publicação do orçamento estimado e os critérios de aceitabilidade de preços, tais como o "efeito âncora", o valor de reserva da organização pública e a quantidade de competidores esperada (parágrafo 820).

877. Algumas das ações expostas podem ser somente capitaneadas pelos OGS, não necessariamente executadas por eles, que podem cooperar entre si.

878. Os órgãos de controle também podem apoiar as organizações públicas no esforço de melhoria do procedimento de elaboração do orçamento estimado, oferecendo ferramentas para verificar os relacionamentos entre empresas, durante as cotações de preços e as execuções das licitações (*vide* parágrafo 556). Essas facilidades também podem estar disponíveis aos entes engajados no controle social, incluindo órgãos de imprensa e ONG, para que possam efetuar essas verificações.

879. A presente NT não esgotou os aspectos relativos à elaboração do orçamento estimado nas contratações de bens e serviços de TI. Há diversas questões, algumas delas endereçadas aos OGS no parágrafo 876, que podem ser objeto de investigação tanto por parte dos atores envolvidos na elaboração dos orçamentos estimados como por organizações de pesquisa, para que se aprimore o procedimento de elaborar o orçamento estimado, tais como:

1] Quais fatores afetam o procedimento de elaborar o orçamento estimado por parte das organizações públicas? Pode-se usar o Apêndice III desta NT como ponto de partida.

2] Quais parâmetros devem ser usados para definir o número mínimo de preços que devem ser coletados para cada tipo de solução a contratar, de modo a obter-se um preço de referência minimamente confiável? Por exemplo, para soluções altamente disseminadas (*e.g.* microcomputadores), pode ser coletada uma quantidade maior de preços, mas, para soluções de utilização mais esparsa, uma quan-

tidade menor pode ser considerada como razoável. Entretanto, atualmente, não é claro quantos preços podem constituir uma amostra de preços adequada para cada contratação.

3) O pregoeiro pode ser responsabilizado por falhas no orçamento estimado da contratação? *Vide* item "7.4. Possível responsabilização do pregoeiro".
4) Para a prorrogação-renovação de contratos de serviços contínuos com alocação exclusiva de mão de obra ou com predominância de mão de obra, com relação aos itens envolvendo a folha de salários, deve-se usar o acordo coletivo, que funciona como uma espécie de fonte de índices de reajuste, ou o ICTI, que apresenta peso considerável para os custos relativos a pessoal na sua composição? *Vide* item "5.3.1. Manutenção da vantajosidade da contratação de serviços contínuos".
5) Como estimar o efeito de economia de escala nas contratações? *Vide* item "8.6.3. Efeito de economia de escala".
6) O efeito de economia de escala também se aplica a serviços de TI?
7) Quais diretrizes devem ser adotadas para escolher a forma de cálculo da estimava de preço, que inclui decisões a respeito das medidas de tendência central (média e mediana) e do uso do menor preço? *Vide* item "8.11. Formas de cálculo da estimativa de preço".
8) Quais parâmetros devem ser utilizados para homogeneizar (sanear) uma amostra de preços? Por exemplo, o valor do coeficiente de variação (*vide* parágrafos 581-584 e 600-601).
9) Existe realmente o "efeito âncora" nas licitações na modalidade pregão? *Vide* parágrafo 743, item "3)", e parágrafos 752-762. Se existe, como funciona? Quais variáveis o afetam? Por exemplo, a materialidade da contratação e a quantidade de licitantes (*vide* parágrafos 785-788).
10) Quais variáveis devem ser consideradas na decisão de publicar ou não o orçamento estimado no edital de licitação? Caso se decida não publicar o orçamento no edital, surge outra questão: qual deve ser o momento adequado para publicá-lo? Por exemplo, após a fase de lances, após a fase de negociação ou após a finalização da licitação. *Vide* "8.13.4. Conclusões a respeito da publicação do orçamento estimado".
11) Quais elementos devem constar dos orçamentos detalhados das organizações públicas e das propostas de preços dos licitantes dos principais tipos de soluções a contratar? Por exemplo, quais itens

devem constar da PCFP para contratação de serviços de desenvolvimento de *software*? *Vide* item 8.2.

12] Deve-se aceitar a utilização de Benefícios e Despesas Indiretas (BDI) nas contratações de serviços de TI? Em caso afirmativo, como o BDI deve ser calculado? *Vide* parágrafo 384.

13] Quais diretrizes devem ser consideradas na negociação do pregoeiro com o licitante que ofertou o menor preço? Como o orçamento estimado influencia essa negociação? No relatório do Acórdão 2.569/2018-TCU-Plenário, da relatoria do Ministro Aroldo Cedraz, são tecidas considerações a respeito da etapa de negociação (excerto do relatório da unidade técnica - Sefti, parágrafos 114-121). *Vide* parágrafos 763-767.

14] Quais fatores os licitantes costumam levar em conta, para elaborar suas propostas de preços em uma contratação? A reputação da organização pública promotora do certame é um deles? *Vide* Apêndice III, seção "Fatores relativos aos licitantes".

15] Como verificar a vantajosidade de contratações para as quais sejam previstos índices de reajustes e que podem durar até dez anos? *Vide* art. 107 da Lei 14.133/2021. Por exemplo, mediante pesquisa de preços periódicas não necessariamente anuais.

16] Quais têm sido as diferenças entre os preços estimados e os finais das licitações de TI em pregões e em outras modalidades? Essas diferenças são as mesmas para os diversos tipos de soluções contratadas? Quais são as causas dessas diferenças? O que fazer para diminuí-las?

17] Quanto tempo se leva e quanto custa elaborar o orçamento estimado em contratações de TI para as organizações públicas federais, por tipo de solução a contratar, considerando fatores, como o tempo gasto dos servidores, os respectivos salários e o perfil dessas pessoas? e

18] Qual é o nível atual de conhecimento dos servidores e dos funcionários públicos responsáveis pela elaboração dos orçamentos estimados das contratações de TI com relação a esse procedimento? Esse nível de conhecimento é aceitável? Em caso negativo, o que pode ser feito para aumentar o nível de conhecimento dessas pessoas?

880. Como se depreende da leitura desta NT, o procedimento de elaborar o orçamento estimado tem sua complexidade, mas é somente parte de

uma engrenagem bem maior para contratar bens e serviços de TI (*vide* **Figura 1**) Adicionalmente, não se pode esquecer que as contratações de TI não são um fim em si mesmo, sob pena de dar foco excessivo a essas contratações e de fazer-se TI pela TI.

881. Com esta NT, espera-se que os auditores do TCU e os agentes envolvidos em algum grau com o planejamento das contratações de TI e a gestão dos contratos decorrentes possam contribuir para aumentar a probabilidade de chegar-se a orçamentos estimados que reflitam os preços de soluções de TI do mercado com o potencial de atender à necessidade das contratações, para que as organizações públicas obtenham as propostas mais vantajosas em suas contratações e mitiguem os riscos envolvidos.

882. Dessa forma, há a expectativa de que esta NT concorra, em alguma medida, a aumentar as chances de contratar soluções de TI para que que cada organização pública tenha o suporte de TI necessário para executar adequadamente as suas atividades, que podem incluir a elaboração de leis, a prestação jurisdicional, as atividades de conformação e ordenamento (exercício do poder de polícia administrativa), as atividades de regulação, de fomento e as relativas à prestação de serviços públicos aos cidadãos e às empresas privadas, inclusive os digitais (JUSTEN FILHO, 2016, p. 31-42). Dessa forma, além de cumprir sua missão, cada organização pública pode colaborar para que a população brasileira exerça os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal (*e.g.* os que estão expostos no art. 6º, como saúde e educação) e contribuir para alcançar os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, estabelecidos na Constituição Federal, art. 3º:

> Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
>
> I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;
>
> II - garantir o desenvolvimento nacional;
>
> III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; e
>
> IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

LISTAS

DE FIGURAS

DE SIGLAS

REFERÊNCIAS

Lista de siglas

4ª Secob	4ª Secretaria de Fiscalização de Obras e Patrimônio da União do TCU
Adplan	Secretaria Adjunta de Planejamento e Procedimentos da Secretaria-Geral de Controle Externo (Segecex) do TCU
APF	Administração Pública Federal
ARP	Ata de Registro de Preços
AudTI	Unidade de Auditoria Especializada em Tecnologia da Informação
CGU	Controladoria-Geral da União
CNMP	Conselho Nacional do Ministério Público
Comprasnet	Sistema de Compras do Governo Federal, agora "Compras.gov.br"
CPL	Comissão Permanente de Licitação
Dataprev	Empresa de Tecnologia e Informações da Previdência
DFP	Demonstrativo de Formação de Preços
ERP	*Enterprise Resource Planning*, em inglês, refere-se a um tipo de *software* voltado à integração de atividades de diversas unidades das organizações (*e.g.* contratações de insumos, vendas, contabilidade e recursos humanos)
ETP	Estudo Técnico Preliminar
FOC	Fiscalização de Orientação Centralizada
ICTI	Índice de Custos de Tecnologia da Informação, mantido pela Fundação Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA)
IN	Instrução Normativa
IPEA	Fundação Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada
LAI	Lei de Acesso à Informação (Lei 12.527/2011)
LINDB	Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei 4.657/1942)
MGI	Ministério da Gestão e da Inovação em Serviços Públicos
MJ	Ministério da Justiça
NMSE	Nível Mínimo de Serviço Exigido
NT	Nota Técnica

OCDE	Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico
OGS	Órgão Governante Superior
ONG	Organização Não Governamental
OS	Ordem de Serviço
PB	Projeto Básico
PCA	Plano de Contratações Anual
PCFP	Planilha de Custos e Formação de Preços
PCTIC	Plano de Contratações de Soluções de Tecnologia da Informação e Comunicações
PGC	Sistema de Planejamento e Gerenciamento de Contratações
PNCP	Portal Nacional de Contratações Públicas
RITCU	Regimento Interno do Tribunal de Contas da União
Secex-2	Uma das secretarias de controle externo do TCU
SecexDefesa	Secretaria de Controle Externo da Defesa Nacional e da Segurança Pública do TCU
Secex-ES	Secretaria de Controle Externo do TCU no Estado do Espírito Santo
Secex-MS	Secretaria de Controle Externo do TCU no Estado do Mato Grosso do Sul
Secex-PE	Secretaria de Controle Externo do TCU no Estado de Pernambuco
Secex-PI	Secretaria de Controle Externo do TCU no Estado do Piauí
Secex-RN	Secretaria de Controle Externo do TCU no Estado do Rio Grande do Norte
Secex-SE	Secretaria de Controle Externo do TCU no Estado de Sergipe
Sefti	Secretaria de Fiscalização de Tecnologia da Informação do TCU
Segecex	Secretaria-Geral de Controle Externo do TCU
Seges/ME	Secretaria de Gestão do Ministério da Economia
SEI	Sistema Eletrônico de Informações

SeinfraPetróleo	Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura de Petróleo e Gás Natural do TCU
SeinfraRodoviaAviação	Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Rodoviária e de Aviação Civil do TCU
Selog	Secretaria de Controle Externo de Aquisições Logísticas do TCU
Serur	Secretaria de Recursos do TCU
Setic/MP	Secretaria de Tecnologia da Informação e Comunicação do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão
SGD/ME	Secretaria de Governo Digital do Ministério da Economia
Siasg	Sistema Integrado de Administração de Serviços Gerais
Sicro	Sistema de Custos Referenciais de Obras
Sinapi	Sistema Nacional de Pesquisa de Custos e Índices da Construção Civil, uma produção conjunta do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) e da Caixa Econômica Federal (Caixa)
Sisp	Sistema de Administração dos Recursos de Tecnologia da Informação
SLTI/MP	Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão
SRP	Sistema de Registro de Preços
STI/MP	Secretaria de Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão
TCE-MT	Tribunal de Contas de Mato Grosso
TCU	Tribunal de Contas da União
TI	Tecnologia da Informação
TIC	Tecnologia da Informação e Comunicação
TR	Termo de Referência
TRF4	Tribunal Regional Federal da 4ª Região
Uasg	Unidade de Administração de Serviços Gerais, que é o código de cada unidade administrativa que faz parte do sistema Siasg para ações relacionadas a contratações

Lista de figuras

Figura 1 - Fluxo básico das contratações públicas **28**
Figura 2 - Influência da necessidade da contratação sobre o orçamento estimado **38**
Figura 3 - Necessidade de pesquisa de preços ao longo da gestão de contratos de serviços contínuos **50**
Figura 4 - Atividades que fazem parte do procedimento de elaborar o orçamento estimado e atividades relacionadas **98**
Figura 5 - Níveis de detalhamento do orçamento estimado na Lei 8.666/1993 **111**
Figura 6 - Níveis de detalhamento do orçamento estimado na Lei 14.133/2021 **118**
Figura 7 - Distinção entre pesquisa de mercado e pesquisa de preços **141**
Figura 8 - Ilustração de nichos de mercado e respectivas faixas de preços praticados **147**
Figura 9 - Sistemática da "barriga de aluguel" **192**
Figura 10 - Faixa de preços considerados aceitáveis **285**
Figura 11 - Preço estimado como o máximo aceitável **298**
Figura 12 - Visão sistêmica das contratações realizadas pelas próprias organizações públicas **444**
Figura 13 - Elaboração do Plano de Contratações Anual da organização pública **446**
Figura 14 - Exemplo de memória de cálculo da definição da quantidade a contratar **453**

Referências

AFONSO, Marjorie Gressler. A eficiência do regime diferenciado de contratações públicas: um estudo comparado entre as licitações dos contratos de recuperação, restauração e manutenção rodoviária do Dnit sob o RDC e sob a lei no 8.666/93. *Coleção Jovem Jurista. Rio de Janeiro*: Escola de Direito FGV Direito Rio. – 2015. p. 11-53. Disponível em: <https:/bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/13895/TCC%20MARJORIE%20GRESSLER%20AFONSO.pdf?sequence=1&isAllowed=y >. Acesso em: 4 out. 2020.

ALVES, Jakson. Um novo personagem na contratação pública: o agente de contratação como gerente de projeto. *Revista Jus Navigandi,* ISSN 1518-4862, Teresina, ano 26, n. 6533, 21 maio 2021. Disponível em: <https:/jus.com.br/artigos/90586>. Acesso em: 23 abr. 2022.

ARRUDA, Kelly de. Visita técnica - ponderações do TCU. *Blog Zênite*. 2012. Disponível em: <http:/www.zenite.blog.br/visita-tecnica-ponderacoes-do-tcu/>. Acesso em: 13 jul. 2020.

AZEVEDO, Rodrigo Soares de. A *INEXEQUIBILIDADE DA PROPOSTA DE PREÇO – PRESUNÇÃO OU CERTEZA?* 2015. Disponível em: <http:/licitantevencedor.com.br/inexequibilidade-da-proposta-de-preco/>. Acesso em: 20 dez. 2021.

BARCELOS, Dawison. A modalidade pregão e a (des)necessidade de divulgação do orçamento estimativo: a visão do TCU. *Revista Jus Navigandi,* ISSN 1518-4862, Teresina, ano 24, n. 5715, 23 fev. 2019. Disponível em: <https:/jus.com.br/artigos/71123>. Acesso em: 4 out. 2020.

BRASIL, Franklin. *Preço de referência em compras públicas: ênfase em medicamentos.* 2015. Disponível em: <https:/portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/preco-de-referencia-em-compras-publicas-enfase-em-medicamentos.htm >. Acesso em: 22 set. 2020.

BRASIL. *Advocacia-Geral da União. Manual de procedimentos para a contratação de bens e serviços pelos órgãos públicos federais*. 2ª ed. 2012a. Acesso em: 31 mar. 2022.

_____. Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. Caderno de Logística - *Pesquisa de Preço: Guia de orientação sobre a Instrução Normativa nº IN 5/2014 que dispõe sobre os procedimentos administrativos básicos para a realização de pesquisa de preços para aquisição de bens e contratação de serviços em geral*. Versão 2.0. 2017a. Disponível em: <https://repositorio.cgu.gov.br/handle/1/38797>. Acesso em: 31 mar. 2022.

_____. Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. *Boas práticas, orientações e vedações para contratação de ativos de TIC*. Versão 4. 2017b. Disponível em: <https://www.gov.br/governodigital/pt-br/contratacoes/orientacoes_ativos-de-tic-v-4.pdf>. Acesso em: 6 abr. 2022.

_____. Tribunal de Contas da União. *Licitações & Contratos: orientações e jurisprudência do TCU*. Tribunal de Contas da União. 4.ed.rev.,atual.eampl. Brasília: TCU, Secretaria-Geral da Presidência: Senado Federal, Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2010. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A24D6E86A4014D72AC81CA540A&inline=1>. Acesso em: 3 ago. 2020.

_____. Tribunal de Contas da União. *Guia de boas práticas em contratação de soluções de Tecnologia da Informação: riscos e controles para o planejamento da contratação*. Versão 1.0. 2012b. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A24D6E86A4014D72AC82195464&inline=1>. Acesso em: 8 jul. 2020.

_____. Tribunal de Contas da União. *Roteiro de Auditoria de Obras Públicas do TCU*. 2012c. Disponível em: <https:/portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A159B6EC170159B7A9382B0701>. Acesso em: 3 ago. 2020.

_____. Tribunal de Contas da União. *Roteiro de Auditoria de Obras Públicas do TCU*. 2014. Disponível em: <https:/portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/riscos-e-controles-nas-aquisicoes-rca.htm>. Acesso em: 26 abr. 2022.

_____. Tribunal de Contas da União. *Nota técnica 6 - SEFTI/TCU - Nível de serviço em contratações de serviços de TI*. 2014. Disponível em: <https:/portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/nota-tecnica-6-aplicabilidade-da-gestao-de-nivel-de-servico-como-mecanismo-de-pagamento-por-resultados-em-contratacoes-de-servicos-de-ti-pela-administracao-publica-federal.htm>. Acesso em: 26 abr. 2022.

CAMPITELI, Marcus Vinicius. *Medidas para Evitar o Superfaturamento Decorrente dos "Jogos de Planilha" em Obras Públicas*. Dissertação de Mestrado em Estruturas e Construção Civil, Departamento de Engenharia Civil e Ambiental, Universidade de Brasília, Brasília, 2006. Disponível em: <http:/www.pecc.unb.br/wp-content/uploads/dissertacoes/M06-9A-Marcus-Campitelli.pdf>. Acessado em: 6 out. 2020.

CARVALHO, Guilherme; SIMÕES, Luiz Felipe. *Orçamento estimado definido como preço máximo na Lei 14.133*. Disponível em: <https:/sollicita.com.br/Noticia/?p_idNoticia=17661&n=or%C3%A7amento-estimado-definido-como-pre%C3%A7o-m%C3%A1ximo-na-lei-14.133->. Acesso em: 14 fev. 2022.

CAVALCANTI, Marco Antônio F. de H.; VASCONCELOS, Leonardo S.; MARTINS, Mariana C. M. *Índice de evolução dos custos na área de Tecnologia da Informação: Nota Metodológica. Carta de Conjuntura, nº 39*, 2º trimestre de 2018. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/conjuntura/180405_cc_39_indicador_ICTI_nota_metodologica.pdf>. Acesso em: 23 nov. 2022.

CHAVES, Luís Cláudio de Azevedo. J*URISPRUDÊNCIA COMENTADA: A DISPENSALIDADE DA PESQUISA DE PREÇOS PARA FINS DE PRORROGAÇÃO CONTRATUAL*. 2021. Disponível em: <https://www.blogjml.com.br/?area=artigo&c=84fa21b561b0b63d06773f02083e8fcf>. Acesso em: 10 nov. 2021.

DOTTI, Marinês Restelatto. *Critérios de aceitabilidade de propostas, fixação de preços e divulgação do orçamento da licitação*. Acesso em: 28 mai. 2002.

FURTADO, Lucas Rocha. Curso de direito administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

GRUPO BANCO MUNDIAL. *Um ajuste justo: análise da eficiência e da equidade do gasto público no Brasi*l. 2017. Disponível em: <https://documents1.worldbank.org/curated/en/884871511196609355/pdf/121480-REVISED-PORTUGUESE-Brazil-Public-Expenditure-Review-Overview-Portuguese-Final-revised.pdf>. Acesso em: 5 mai. 2020.

HERRMANN, Isadora. *Licitações públicas no Brasil: explorando o conceito de ineficiência por desenho*. RAUSP Management Journal, v. 34, n. 2, p. 29-38, 1999. Disponível em: <http://www.spell.org.br/documentos/ver/18121/licitacoes-publicas-no-brasil--explorando-o-conceito-de-ineficiencia-por-desenho>. Acesso em: 11 jun. 2020.

JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Legislação do Pregão Comum e Eletrônico. 6ª ed. São Paulo: Dialética, 2013.

_____. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 16ª ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2014

Os acórdãos do TCU citados ao longo desta NT, incluindo os respectivos relatórios e os votos dos Ministros-Relatores, estão disponíveis no portal do TCU na internet: www.tcu.gov.br[79].

Apêndices

APÊNDICE I
Histórico de revisões do documento

Data	Documento / Evento	Versão.
1/3/2015	Elaboração da primeira versão da nota técnica, mas não concluída em razão de mudanças necessárias e da alocação do responsável em outros trabalhos considerados prioritários. **Responsável** Auditoria Especializada em Tecnologia da Informação (AudTI)	1.0
22/5/2022	Elaboração de segunda versão da nota técnica (presente texto) **Responsável** Auditoria Especializada em Tecnologia da Informação (AudTI)	2.0

APÊNDICE II
Atividades relacionadas com a elaboração do orçamento estimado

883. Como foi exposto ao longo desta NT, são produzidos orçamentos estimados em diversos momentos, como na elaboração do PCA, no exercício anterior, no planejamento e na execução de cada contratação e na gestão de cada contrato. Na **Figura 1** desta NT, consta um modelo que sintetiza essas atividades (*vide* item "5. Contextualização dos orçamentos estimados"). A seguir, é exposta lista não exaustiva de atividades nas quais ocorrem elaboração de orçamento estimado, o que ajuda a perceber a importância desse procedimento nas contratações públicas.

Atividades nas quais são elaborados orçamentos estimados

1) elaboração de planos de aquisição específicos, isto é, os que são feitos por unidades administrativas responsáveis por funções de negócio da organização pública (*e.g.* logística, engenharia e TI), como o Plano de Contratações de Soluções de Tecnologia da Informação e Comunicações para determinado exercício (Portaria - STI/MP 40/2016, art. 4º), os quais servem de insumo para a elaboração do PCA da organização pública (*vide* **Figura 13**);
2) elaboração do PCA (IN - Seges/ME 1/2019, art. 5º, incisos III e VI; IN - SGD/ME 1/2019, art. 7º; Acórdão 2.622/2015-TCU-Plenário, da relatoria do Ministro Augusto Nardes, item 9.2.1.12.1; Lei 14.133/2021, art. 12, inciso VII; Decreto 10.947/2022, art. 8º, incisos III e IV, e parágrafo único; e guia de contratação de TI do TCU, BRASIL, TCU, 2012b, p. 28-33);
3) elaboração das estimativas preliminares dos preços unitários e do preço global de uma contratação, feita no âmbito do ETP (Lei 8.666/1993, art. 6º, inciso IX, alínea "f"; IN - SGD/ME 1/2019, art. 11, incisos III e IV; e Lei 14.133/2021, art. 18, § 1º, incisos IV e VI);
4) elaboração das estimativas finais dos preços unitários e do preço global de uma contratação feita no âmbito da elaboração do TR ou do PB (Lei 8.666/1993, art. 6º, inciso IX, alínea "f", art. 7º, § 2º, inciso II, art. 14, art. 40, § 2º, inciso II; Lei 10.520/2002, art. 3º, inciso III; IN -

SGD/ME 1/2019, art. 12, inciso VIII, e art. 20; e Lei 14.133/2021, art. 6º, inciso XXIII, alíneas "a" e "i", e art. 23);

5] avaliação dos preços no escopo de repactuações de contratos de serviços contínuos (vide item "5.3.1. Manutenção da vantajosidade da contratação de serviços contínuos");

6] realização de pesquisa de preços para estimar o preço em licitação no âmbito do sistema de registro de preço, que faz parte do procedimento de elaboração do orçamento estimado (Decreto 7.892/2013, art. 5º, inciso IV, art. 6º, §§ 2º, 5º e 6º, art. 7º, caput, art. 9º, incisos II, III, V e XI, art. 22, caput; e Lei 14.133/2021, art. 82, incisos I e III, §§ 1º, 2º, 4º e 5º, incisos I e IV, art. 84, caput, art. 86, § 2º, inciso II, § 6º; nos dispositivos citados dos dois normativos, "pesquisa de preço" é chamada de "pesquisa de mercado");

7] avaliação da vantajosidade dos preços registrados em uma ARP, no caso de adesão à ata, corriqueiramente chamada de "adesão como carona", inclusive de compra nacional (Decreto 7.892/2013, art. 6º, §§ 3º c/c 2º, e art. 22, *caput*; Acórdãos 691/2013, da relatoria da Ministra Ana Arraes, item 9.3.1; e 3.395/2013, da relatoria do Ministro Aroldo Cedraz, item 1.6.7.3; ambos da Segunda Câmara do TCU; e Lei 14.133/2021, art. 86, § 2º, inciso II c/c art. 23);

8] realização de compra de natureza nacional (Decreto 7.892/2013, art. 6º, § 2º; e Lei 14.133/2021, art. 86, § 2º); e

9] realização periódica de pesquisa de preços para comprovação da vantajosidade de ARP (Decreto 7.892/2013, art. 9º, inciso XI).

884. Destaca-se que a elaboração do orçamento estimado inclui a definição das quantidades, que influenciam, diretamente, os preços estimados para cada item, dado que fazem parte do cálculo do preço estimado de cada item (preço unitário estimado X quantidade) e da estimativa do preço global, que é a soma dos preços estimados para cada item, bem como pode levar a efeitos de economia de escala, afetando o preço unitário de itens e o valor global. A definição das quantidades ocorre em diversos momentos:

a. na elaboração do PCA (IN - Seges/ME 1/2019, art. 5º, inciso III; e Decreto 10.947/2022, art. 8º, inciso III);

b. na elaboração do ETP (IN - SGD/ME 1/2019, art. 11, inciso I; IN - Seges/ME 40/2020, art. 7º, inciso V, no âmbito da Lei 8.666/1993; IN - Seges/ME 58/2022, art. 9º, inciso V - âmbito da Lei 14.133/2021; e Lei 14.133/2018, art. 18, § 1º, inciso IV);
c. na definição do objeto do TR ou do PB (Lei 8.666/1993, art. 6º, inciso IX, alínea "f"; IN - SGD/ME 1/2019, art. 14; Súmula - TCU 177; e Lei 14.133/2021, art. 6º, inciso XXIII, alínea "a");
d. no detalhamento do objeto da contratação (Lei 8.666/1993, art. 15, § 7º, inciso II; e Lei 14.133/2021, art. 40, *caput* e inciso III);
e. na elaboração do modelo de execução do objeto, que deverá conter, quando couber, quantificação ou estimativa prévia do volume de serviços demandados ou quantidade de bens a ser fornecidos para comparação e controle (IN - SGD/ME 1/2019, art. 18, inciso II). Também consta obrigação de definir quantidades no encaminhamento de OS (IN - SGD/ME 1/2019, art. 32, inciso II); e
f. no registro de preços (Decreto 7.892/2013, art. 5º, inciso V, art. 9º, incisos II e III; e Lei 14.133/2021, art. 82, inciso I, art. 86, *caput*, §§ 4º e 5º).

885. Adicionalmente, há atividades que são afetadas e outras que afetam o orçamento estimado. Neste apêndice, é exposta uma lista preliminar dessas atividades.

Atividades que são afetadas pelo orçamento estimado

1) verificação da viabilidade da contratação no âmbito do ETP, que inclui a verificação da sua economicidade (relação custo-benefício) (Lei 8.666/1993, art. 6º, inciso IX; IN - SGD/ME 1/2019, art. 2º, inciso XI, art. 11, inciso V; e Lei 14.133/2021, art. 6º, inciso XX, art. 18, § 1º);
2) adequação orçamentária de uma contratação, que envolve a reserva de orçamento para uma contratação em determinado exercício financeiro (Lei 8.666/1993, art. 7º, § 2º, inciso III, art. 14; IN - SGD/ME 1/2019, art. 12, inciso IX, art. 21; e Lei 14.133/2021, art. 6º, inciso XXIII, alínea "j", art. 72, inciso IV);

3) estabelecimento de critérios de habilitação, os quais incluem os atestados (*e.g.* no tocante às quantidades fornecidas anteriormente) e o valor do capital mínimo exigido ou do patrimônio líquido, os quais limitam a competição (Lei 8.666/1993, art. 30, inciso II, § 1º, inciso I, e art. 31, §§ 2º e 3º; e Lei 14.133/2021, art. 67, §§ 1º, 2º e 9º, e art. 69, § 4º);
4) escolha da modalidade de licitação a ser adotada em uma contratação (Lei 8.666/1993, art. 22 c/c art. 23), caso não seja adotada a modalidade pregão, a qual deve ser a preferencial para as contratações de TI, na versão eletrônica (IN - SGD/ME 1/2019, art. 25, parágrafo único; Acórdão 2.471/2008, da relatoria do Ministro Benjamin Zymler, item 9.2.2);
5) submissão da contratação à aprovação do órgão central do Sisp (Decreto 7.579/2011, art. 9º-A; IN - SGD/ME 1/2019, art. 1º, § 2; e IN - SGD/ME 5/2021, art. 2º, inciso I e inciso II c/c § 1º [80]);
6) cálculo da garantia de proposta para as licitações regidas pela Lei 8.666/1993 (art. 31, inciso III) e pela Lei 14.133/2021 (art. 58, § 1º), que é vedada na Lei 10.520/2022, art. 5º, inciso I;
7) cálculo da garantia contratual (Lei 8.666/1993, art. 56, §§ 2º e 3º; e Lei 14.133/2021, art. 98, *caput*);
8) definição e aplicação dos critérios de aceitabilidade de preços, incluindo a fixação opcional do preço máximo aceito pela Administração (Lei 8.666/1993, art. 40, inciso X, art. 43, inciso IV, art. 46, § 1º, e art. 48, inciso II; Lei 10.520/2002, art. 3º, incisos I e IV, art. 4º, inciso XI; Decreto 10.024/2019, art. 3º, inciso XI, alínea "b", art. 8º, inciso XII, alínea "f", e art. 15; e Lei 14.133/2021, art. 59, incisos III e IV, e art. 82, § 1º);
9) execução ou não de audiência pública, no escopo da Lei 8.666/1993, obrigatória para licitação ou para conjunto de licitações simultâneas ou sucessivas com valor estimado superior a 100 (cem) vezes o limite previsto no art. 23, inciso I, alínea "c", da Lei 8.666/1993 (art. 39 da Lei 8.666/1993, *caput*), que também se aplica a licitações processadas através do SRP, de acordo com o Acórdão 248/2017-TCU-Plenário, da relatoria do Ministro Walton Alencar Rodrigues, item 9.9.2, e com o Acórdão 5.966/2018-Segunda Câmara, da relatoria da Ministra Ana Arraes, item 9.3.3;

10) contratação por dispensa de licitação abaixo de patamares previstos em lei, pois o orçamento estimado define o valor da contratação (Lei 8.666/1993, art. 24, inciso II; e Lei 14.133, art. 75, inciso II);
11) elaboração da justificativa do preço nas contratações diretas (Lei 8.666/1993, art. 7º, § 2º, inciso II c/c § 9º, art. 26, parágrafo único, inciso III; IN - Seges/ME 73/2020, art. 7º; Lei 14.133/2021, art. 23, § 4º, art. 72, incisos II e VII; e IN - Seges/ME 65/2021, art. 7º);
12) exame e aprovação dos editais de licitação e aditivos pela assessoria jurídica da Administração (Lei 8.666/1993, art. 38, parágrafo único; e Lei 14.133/2021, art. 8º, § 3º, e art. 53), que inclui a verificação da elaboração do orçamento estimado;
13) negociação dos preços com o licitante provisoriamente vencedor de uma licitação (Lei 10.520/2002, art. 4º, inciso XVII; Decreto 10.024/2019, art. 38; Lei 14.133/2021, art. 61 e art. 90, § 4º, inciso I; e IN - Seges/ME 73/2022, art. 30 e art. 45, § 3º, inciso I). O TCU tem-se manifestado, no sentido de que essa atividade também é aplicável às licitações regidas pela Lei 8.666/1993 (Acórdão 1.401/2014-TCU-Segunda Câmara, da relatoria do Ministro José Jorge, itens 15 e 22 do voto do relator) e de que se trata de atividade obrigatória (Acórdão 694/2014-TCU-Plenário, da relatoria do Ministro Valmir Campelo, voto do relator, item 32, e item 9.3.1 do acórdão); e
14) negociação com fornecedores a respeito de preços registrados em ata, no âmbito da Lei 8.666/1993 (Decreto 7.892/2013, arts. 17 a 19), decorrente da pesquisa periódica para comprovação da vantajosidade da ata (Decreto 7.892/2013, art. 9º, inciso XI).

Atividades que afetam a elaboração do orçamento estimado da organização pública e a elaboração das propostas de preços dos licitantes

1) definição de elementos, como a natureza da solução de TI (o que será contratado), os requisitos da solução, os requisitos de habilitação da empresa que entregará a solução e outros elementos relativos

à execução contratual (modelo de execução do objeto e modelo de gestão do contrato), de modo que sejam gerados, ao longo do contrato, determinados resultados que atendam à necessidade de negócio que desencadeou a contratação. A solução de TI definida, cuja descrição inclui os elementos citados, delimita um nicho de mercado de soluções e de respectivas empresas fornecedoras que poderão participar da licitação. Esse nicho de mercado apresenta determinada faixa de preços (*vide* **Figura 2** e **Figura 8**), a ser identificada na pesquisa de preços, mediante uma amostra de preços;

2) definição do modelo de execução do objeto, que, de forma específica, trata de como o contrato deverá produzir os resultados pretendidos e inclui as atividades a executar pelo contratado e pelo contratante, que implicam custos e riscos para o contratado (e.g. custos para elaboração de relatórios mensais ou para a realização de reuniões periódicas), os quais podem refletir-se nos preços estimados e ofertados (Lei 8.666/1993, art. 6º, inciso IX, alínea "e", art. 58, inciso III; Lei 10.520/2002, art. 3º, inciso I; IN - SGD/ME 1/2019, art. 18; e Lei 14.133/2021, art. 6º, inciso XXIII, alínea "e");
3) definição do modelo de gestão do contrato, que, de forma específica, descreve como a execução do objeto será acompanhada e fiscalizada pela organização pública, o que inclui os procedimentos para os recebimentos provisório e definitivo, bem como as sanções e as glosas que poderão ser aplicadas, que implicam custos e riscos para o contratado, os quais podem refletir-se nos preços estimados e ofertados (Lei 8.666/1993, art. 6º, inciso IX, alínea "e", art. 58, incisos III e IV; IN - SGD/ME 1/2019, art. 19; e Lei 14.133/2021, art. 6º, inciso XXIII, alínea "f");
4) parcelamento ou não da solução a ser contratada, que afeta o preço estimado e ofertado da licitação, pelo menos, pelas razões a seguir (Lei 8.666/1993, art. 15, inciso IV, art. 23, §§ 1º e 2º; IN - SGD/ME 1/2019, art. 12, § 2º, incisos I e II, § 3º; Súmula - TCU 247; e Lei 14.133/2021, art. 18, § 1º, inciso VIII, art. 40, inciso V, alínea "b", §§ 2º e 3º, art. 47, inciso II, § 1º):

a. pode haver efeito de economia de escala se houver agrupamento de itens; e
b. o parcelamento pode aumentar o grau de competição da licitação, que pode afetar o preço final da licitação; e

5) aplicação de proteções previstas nas leis de licitações, tais como margem de preferência (Lei 8.666/1993, art. 3º, § 5º a 10; Decreto 7.903/2013; e Lei 14.133/2021, art. 26 e art. 52, § 6º) e realização de processos licitatórios destinados exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte (Lei Complementar 123/2006, art. 48, inciso I).

886. A seguir, também são expostas algumas atividades executadas pelas organizações públicas que afetam o preço final pago ao longo do contrato.

Atividades que afetam o preço final pago pela solução ao longo do tempo

1) aditivos para acréscimo ou diminuição de quantitativos (Lei 8.666/1993, art. 65, inciso I, alínea "b" c/c § 1º; e Lei 14.133/2021, art. 124, inciso I, alínea "b" c/c art. 125); e
2) parcelamento indevido da contratação, que pode criar monopólios involuntários quando, após a contratação do núcleo da solução, forem contratadas partes da solução fornecidas somente pela vencedora da licitação do núcleo citado, o que pode ter como consequência a contratação por preços elevados, com possibilidade de sobrepreço, que poderiam ser baixos se tivessem sido contratados juntamente com o núcleo da solução (*e.g.* contratação de serviços de treinamento).

APÊNDICE III
Possíveis fatores que afetam o orçamento estimado, os preços ofertados ou os preços finais do certame

887. A seguir, é exposta uma lista preliminar de possíveis fatores que afetam o orçamento estimado, os preços ofertados ou os preços finais do certame, derivados, primordialmente, das seguintes fontes:

1) estudo do Banco Mundial publicado em 2017 (GRUPO BANCO MUNDIAL, 2017), que inclui análise de contratações públicas no Brasil;
2) pesquisa empreendida por Hiroshi Liberal Ferreira Kanegae e Cláudio Silva da Cruz (KANEGAE; CRUZ, 2009);
3) Acórdão 2.170/2007-TCU-Plenário, da relatoria do Ministro Ubiratan Aguiar, voto do relator, parágrafos 30 e 36;
4) estudo de Ângelo Henrique Lopes da Silva (SILVA, 2011); e
5) experiência do autor desta NT com contratações de TI e com fiscalizações desse tipo de contratação.

888. Recomenda-se a execução de estudos adicionais, para avaliar a natureza e a intensidade da relação entre esses fatores e os orçamentos estimados, os preços ofertados pelos licitantes e os efetivamente contratados, que podem ser diferentes dos ofertados pela negociação na contratação e pelos aditivos, ao longo do contrato.

889. Os itens citados a seguir combinam-se com as "Atividades que afetam a elaboração do orçamento estimado da organização pública e a elaboração das propostas de preços dos licitantes" que constam do "Apêndice II - Atividades relacionadas com a elaboração do orçamento estimado".

890. Vale ressaltar que são feitos comentários, no sentido de que alguns fatores podem aumentar os preços da contratação. A Administração deve avaliar se esses fatores são realmente necessários, o que pode ser verdadeiro em diversas situações. Esses instrumentos podem ser essenciais para que o contratado receba, continuamente, informações necessárias para prestar um bom serviço (*e.g.* datas de realização de manutenções

preventivas que afetem o serviço) e o contratante discuta com o contratado questões relevantes antes que se tornem problemas e seja preciso aplicar alguma sanção. Por exemplo, pode ser necessário definir modelo de gestão do contrato de serviço em que haja a exigência de apresentação de relatórios mensais pelo contratado e de realização de reunião mensal ou periódica, para discutir o conteúdo desses relatórios.

Fatores relativos à solução de TI a contratar

1) natureza dos requisitos, que pode aumentar ou restringir a competição e, como consequência, levar a preços estimados e contratados mais baixos ou mais altos;
2) grau de disseminação da tecnologia embutida no objeto, pois os preços da contratação tendem a ser maiores no início da adoção de nova tecnologia, de modo que os primeiros a adotá-la possam pagar valores mais altos do que os que a esperam disseminar-se (BRASIL, MP, 2017b, p. 1-3, item "1.1. Escolha do posicionamento adequado da tecnologia");
3) padronização do objeto, o que pode facilitar a obtenção de preços comparáveis na pesquisa de preços e tende a tornar os preços da contratação mais baixos, pois pode haver efeito de economia de escala na produção desse objeto para todo o mercado, em contraste com objetos feitos "sob medida" para a organização pública (vide item "8.5. Importância da padronização na elaboração do orçamento estimado"). No caso de serviços, os preços da contratação podem aumentar quando o contratante requer soluções fora do portfólio padrão disponível no mercado, como, por exemplo, quando os NMSE são mais altos que os usuais, quando o contrato exige capacitação extra do fornecedor, quando há necessidade de recursos humanos com qualificação incomum ou pouco disponível, quando há necessidade de infraestrutura que os fornecedores ainda não possuem ou quando há necessidade de personalização dos sistemas pré-existentes ofertados pelos fornecedores (KANEGAE; CRUZ, 2009, p. 8, item 1.2);
4) abrangência da solução, pois soluções com mais elementos podem levar a preços da contratação mais altos, mas, por outro lado, po-

de-se aumentar a chance de atender à necessidade da contratação. Adicionalmente, pode haver efeito de economia de escala na contratação da solução de TI completa (*e.g.* licenças de *software* comercializadas com serviço de treinamento), em comparação com o parcelamento do objeto, isto é, a compra de suas partes separadamente (Acórdão 2.170/2007-TCU-Plenário, da relatoria do Ministro Ubiratan Aguiar, voto do relator, parágrafo 30 - existência de serviços agregados ao produto ofertado); e

5) definições das quantidades dos itens a contratar (GRUPO BANCO MUNDIAL, 2017, p. 58-59; KANEGAE; CRUZ, 2009, p. 8, item 1.4; Acórdão 2.170/2007-TCU-Plenário, da relatoria do Ministro Ubiratan Aguiar, voto do relator, parágrafos 30 e 36; e item "8.6. Definição das quantidades a contratar"), que influenciam os preços da contratação de, pelo menos, duas formas:
   a. grandes quantidades podem implicar efeitos de economia de escala, o que tende a diminuir os preços unitários e, por consequência, o valor global da contratação (vide item "8.6.3. Efeito de economia de escala"); e
   b. quanto maior a quantidade a contratar, maior tende a ser o valor de cada item (valor de cada item = quantidade do item X preço unitário) e, por consequência, maior o valor global (somatório dos valores de todos os itens).

Fatores relativos ao planejamento e à execução da contratação

1) pesquisa de mercado que influencia quais tipos de soluções são analisadas como candidatas a atender à necessidade que desencadeou a contratação e, se necessário, quais empresas são consultadas para conhecer suas respectivas soluções, o que pode influenciar os preços da contratação para cima ou para baixo (*e.g.* para cima, se a pesquisa de mercado se restringir à análise de uma única solução com o provável direcionamento da licitação) (*vide* item "8.4. Soluções de TI que devem ser consideradas na pesquisa de preços");
2) fontes utilizadas para coletar a amostra de preços, que podem afetar os preços da contratação para cima ou para baixo, lembrando

que esses preços afetam os cálculos das estimadas de preço, que, por sua vez, afetam os critérios de aceitabilidade de preços. Por exemplo, somente utilizar preços obtidos em cotações, diretamente, junto a fornecedores, ao invés de usar um conjunto abrangente de fontes que inclua preços contratados pela APF, o que é o mais adequado (*vide* itens "8.7. Fontes que devem ser consultadas na pesquisa de preços" e "8.8. Excepcionalidade da obtenção de cotações de preços diretamente de fornecedores");

3] quantidade de preços coletados, que pode influenciar o cálculo do preço estimado (*e.g.* média dos preços da amostra) (*vide* parágrafos 279 e 584);

4] análise crítica dos preços levantados com a eliminação de preços destoantes (*e.g.* com o uso da média saneada), o que influencia os cálculos dos preços estimados (*e.g.* média dos preços da amostra) (*vide* itens "8.9. Dispersão excessiva de preços" e "8.10. Análise crítica dos valores obtidos na pesquisa de preços");

5] formas dos cálculos dos preços estimados (*e.g.* média, mediana ou menor preço) (*vide* item "8.11. Formas de cálculo da estimativa de preço");

6] critérios de aceitabilidade de preços (*vide* item "8.12. Critérios de aceitabilidade de preços");

7] execução de licitação em contrapartida à contratação direta (GRUPO BANCO MUNDIAL, 2017, p. 58-59), considerando que, na contratação direta, não há competição, de modo que o preço contratado depende da negociação da organização pública com a empresa que será contratada diretamente, em que há grande proximidade entre as partes (*vide* item "8.14. Elaboração de orçamento estimado para contratações diretas"). A negociação é uma etapa que carece de diretrizes (Acórdão 2.569/2018-TCU-Plenário, da relatoria do Ministro Aroldo Cedraz, parágrafos 113-117; e parágrafos 763-764 desta NT);

8] grau de transparência da contratação, que, quando é alto (*e.g.* todo o processo de contratação ser público e acessível pela internet), tende a inibir comportamentos indevidos por parte dos atores envolvidos (agentes públicos e licitantes), o que pode levar a preços da contratação mais baixos, em especial, nas contratações diretas, que costumam ser mais opacas;

9) obscuridade das informações do edital, de modo que os licitantes precifiquem riscos decorrentes de lacunas de informações (KANEGAE; CRUZ, 2009, p. 8, item 1.3), levando a preços da contratação mais altos. Por exemplo, se, na contratação da implantação de uma rede de microcomputadores, não são entregues plantas do edifício no qual serão passados os cabos e onde serão instalados os armários de fiação, os licitantes não têm plena ciência da complexidade do serviço, o que pode levar a preços da contratação mais altos por precaução. Adicionalmente, a ausência de clareza com relação a elementos importantes também pode reverter-se em preços mais altos em razão de riscos identificados, como forma, prazos e condições para recebimento e pagamento, formas e condições de reajustes, bem como dúvidas a respeito da real necessidade da organização pública, de modo a evitar despesas desnecessárias, o que muitas vezes ocorre quando a organização copia o edital de outra organização pública (KANEGAE; CRUZ, 2009, p. 8, item 1.3);
10) forma de adjudicação: por exemplo, a adjudicação por item pode aumentar a competição, que pode levar a propostas com preços mais baixos. Por outro lado, a adjudicação global ou por grupo pode permitir efeito de economia de escala (*e.g.* licenças de *software* comercializadas com serviço de treinamento), o que pode baratear os preços da contratação. Deve avaliar-se o risco de formação de cartel em contratação que envolva mercado oligopolizado, que pode ser facilitada com o parcelamento da solução;
11) prazo para os licitantes apresentarem propostas (GRUPO BANCO MUNDIAL, 2017, p. 58-59), pois prazo reduzido tende a restringir a competição para as empresas que já estiverem preparadas para apresentar propostas, o que pode levar ao direcionamento da contratação, que, por sua vez, pode ter como consequência preços mais altos na licitação;
12) período de execução da licitação, chamado de sazonalidade no estudo do Banco Mundial (GRUPO BANCO MUNDIAL, 2017, p. 58-60). Segundo o estudo citado, os gastos com contratações concentram-se em dezembro, quando os preços podem estar mais caros. A concentração de licitações no final do ano pode ocorrer por diversos fatores, tais como:

a. o descontingenciamento de recursos nesse período;
b. a inércia dos gestores públicos, que, pressionados por outras demandas ao longo do ano, deixam as contratações para o fim do ano, pois estas demandam exigem muito esforço e tempo de servidores da área de TI;
c. a falta de disciplina dos gestores públicos, que poderiam concentrar a maior parte das contratações no primeiro semestre, de modo que, no final ano, dedicar-se-iam às contratações de objetos mais complexos ou inovadores, que podem demandar mais tempo de planejamento (*e.g.* no levantamento do mercado ou na definição do modelo de execução do objeto), ou a licitações mais problemáticas, tais como aquelas nas quais licitantes impetraram ações judiciais.

Lembrando que licitações realizadas pelo SRP não exigem a disponibilidade dos recursos financeiros, o que permite a realização das atividades relativas a essas licitações desde o primeiro dia útil do ano;

13) prazo para os licitantes apresentarem amostras, se isso for previsto no edital, pois prazo exíguo limita a competição para as empresas que já estiverem preparadas para apresentar as amostras, o que pode levar a direcionamento da contratação, o que, por sua vez, pode ter como consequência preços ofertados mais altos;
14) critérios de habilitação, que podem restringir a competição excessivamente (*e.g.* em razão de atestados de capacidade técnica com exigências excessivas) ou aumentá-la, de modo que os preços da contratação podem aumentar ou diminuir em função da restrição ou não da competividade;
15) obrigatoriedade de visita técnica à organização pública, que é uma barreira à competição, pois demanda deslocamentos às instalações da organização pública, o que pode refletir-se em preços de contratação mais altos, de modo que somente deve ser exigida se for realmente necessária (ARRUDA, 2012);
16) exigência de garantia de proposta e garantia contratual, que são barreiras à competição, pois demandam a alocação de recursos por parte do contratante, de modo que a Administração, diante da complexi-

dade do objeto e dos riscos envolvidos, deve avaliar se são realmente necessárias ou se servirão apenas para encarecer o objeto (BRASIL, TCU, 2010, p. 738);

17] exigência de carta de solidariedade emitida pelo fabricante que assegure a execução do contrato no caso de licitante revendedor ou distribuidor (Lei 14.133/2021, art. 41, inciso IV), que é uma barreira à competição e, dessa forma, deve ser devidamente motivada; e

18] número de licitantes, de modo que maior número de licitantes pode resultar em maior competição (GRUPO BANCO MUNDIAL, 2017, p. 58-59 e 61; SILVA, 2011, p. 36-37), o que pode levar a preços da contratação mais baixos. Na verdade, esse fator é consequência da combinação de outros que levem à limitação ou à ampliação da competição (*e.g.* requisitos mais ou menos restritivos).

Fatores relativos à gestão do contrato

1] prazo para a vigência do contrato, que, no caso de serviços que exijam investimentos iniciais substanciais, pode levar a preços da contratação mais baixos se o prazo for mais dilatado, pois os investimentos iniciais podem ser diluídos em um período maior (parágrafos 380-381);

2] condições logísticas específicas da contratação, tais como prazos de entrega, tamanhos de lotes a entregar, formas de acondicionamento, locais de entrega do produto ou da prestação do serviço, impostos incidentes nesses locais, exigências de qualificação da equipe técnica, condições e local para prestação de assistência técnica pelo contratado, entre outros (*vide* Acórdão 2.170/2007-TCU-Plenário, da relatoria do Ministro Ubiratan Aguiar, voto do relator, parágrafo 36; e parágrafos 293 e 354 desta NT).

3] forma de pagamento, como, por exemplo, pagamentos pela entrega de produtos ao final de etapas definidas no contrato, em oposição ao pagamento somente no final do contrato, após a entrega de todo o objeto contratado;

4] natureza do modelo de execução do objeto, que define a forma de funcionamento do contrato, os tempos necessários para que o contrato produza produtos e serviços úteis e se possa efetuar paga-

mentos (KANEGAE; CRUZ, 2009, p. 8), bem como custos e riscos relativos a este modelo percebidos pelos licitantes, influenciando os preços da contratação para cima ou para baixo;

5) natureza do modelo de gestão do contrato, que define como o contrato será acompanhado e as sanções e as glosas previstas, bem como custos e riscos relativos a este modelo percebidos pelos licitantes (KANEGAE; CRUZ, 2009, p. 8), o que pode aumentar ou diminuir os preços da contratação;
6) abrangência geográfica da implantação da solução, de modo que, quanto maior for essa abrangência, maiores podem ser os custos com fretes, diárias e passagens de funcionários do contratado, bem como necessidade de alianças com empresas locais para prover assistência técnica, o que pode levar a preços de contratação mais altos; e
7) expectativa de haver aditivo de até 25% por parte dos licitantes, o que pode levar a preços da contratação mais baixos, pois os licitantes podem considerar o valor de 125% das quantidades definidas. Trata-se de uma distorção, e esses aditivos podem expor a organização pública a desequilíbrio econômico-financeiro, devido a "jogo de planilha". Em princípio, o planejamento da contratação deve buscar a especificação da solução de TI adequada, inclusive com relação a quantitativos, de modo a não se efetuarem aditivos dessa natureza.

Fatores relativos à organização pública

1) percepção da maturidade da organização pública por parte dos licitantes com relação ao objeto a contratar, mediante sinais, como especificações e edital considerados bem concebidos, de modo que se crie a expectativa por parte dos licitantes de que a competição será justa e sem sobressaltos, o que poderá propiciar competição entre os licitantes e, dessa forma, levar a preços mais baixos;
2) reputação da organização pública como contratante, o que pode levar a ofertas de preço mais altas ou mais baixas. Entre os aspectos que podem influenciar a reputação de uma organização pública, podem ser citados:

a. percepção de demora em pagar pelos produtos e pelos serviços contratados, que pode dever-se à lentidão da execução de atividades de recebimento provisório e recebimento definitivo, bem como da execução das atividades administrativas mais afetas ao pagamento (*e.g.* liquidação e pagamento propriamente dito) (KANEGAE; CRUZ, 2009, p. 8);
b. percepção de que a organização pública está sujeita a contingenciamentos de despesas com frequência, o que pode levar a atrasos nos pagamentos e pode ser considerado como risco pelos licitantes, por isso pode ser precificado;
c. expectativa de rigor excessivo da organização pública na gestão do contrato, que pode traduzir-se em maior risco de aplicação de sanções e até de rescisão do contrato, o que também pode ser precificado; e
d. informações a respeito de corrupção de pessoas da organização pública envolvidas com licitações, que pode incluir a exigência ou a expectativa de vantagens indevidas por parte dessas pessoas, em dinheiro ou de outras formas (*e.g.* pagamentos de viagens ou participações em eventos).

Fatores relativos aos licitantes

1) disposição dos licitantes em ter a organização pública como parte de sua carteira de clientes no âmbito de atividades de marketing, seja pela importância da organização pública, seja pela possibilidade de facilitar outras contratações (*e.g.* vender para uma organização pública de destaque pode soar como um selo de qualidade para o mercado), o que pode levar a preços da contratação mais baixos (KANEGAE; CRUZ, 2009, p. 8);
2) disposição dos licitantes em associar sua imagem a algum projeto importante para o país, projetando o nome do licitante vencedor e alavancando novas oportunidades, o que pode levar a preços da contratação mais baixos (KANEGAE; CRUZ, 2009, p. 9);
3) disposição dos licitantes em cumprir metas de vendas junto a fabricantes ou distribuidores para alcançar ou se manter em determina-

do patamar de relacionamento (*e.g.* tornar-se um parceiro gold), o que lhes dá acesso a vantagens, como maiores descontos nas compras dos produtos a revender para a APF. Essa disposição pode levar a preços mais baixos na contratação;

4] disposição dos licitantes em eliminar estoque de produtos (*e.g.* para gerar capital de giro ou vender produtos que se tornem obsoletos), o que pode baixar os preços ofertados;

5] expectativa de obtenção de conhecimento reverso, isto é, o contratado pode esperar que a contratação propicie aumento de seus conhecimentos sobre o objeto contratado, mediante a interação com o ente público, ao longo do contrato, o que pode levar a ofertas de preços mais baixos (KANEGAE; CRUZ, 2009, p. 8);

6] expectativa de replicar soluções criadas para determinada organização pública, o que pode levar a preços da contratação mais baixos (KANEGAE; CRUZ, 2009, p. 8-9);

7] alcance de grandes margens de lucro em outras licitações na mesma época da contratação (*e.g.* o fornecedor pode sagrar-se vencedor em diversas licitações, no fim do ano), de modo que o licitante possa dar-se ao luxo de diminuir sua margem de lucro em algumas licitações, para expandir sua base de clientes ou alcançar metas junto a fabricante ou distribuidor, o que pode levar a preços da contratação mais baixos; e

8] conluios no mercado do objeto a contratar (*e.g.* cartéis e cartéis *hub-and-spoke*), o que pode levar a preços da contração mais altos (*vide* item 8.8.1.4. Risco de manipulação dos preços para cima quando há amarração de marca ou modelo de produto").

Outros fatores

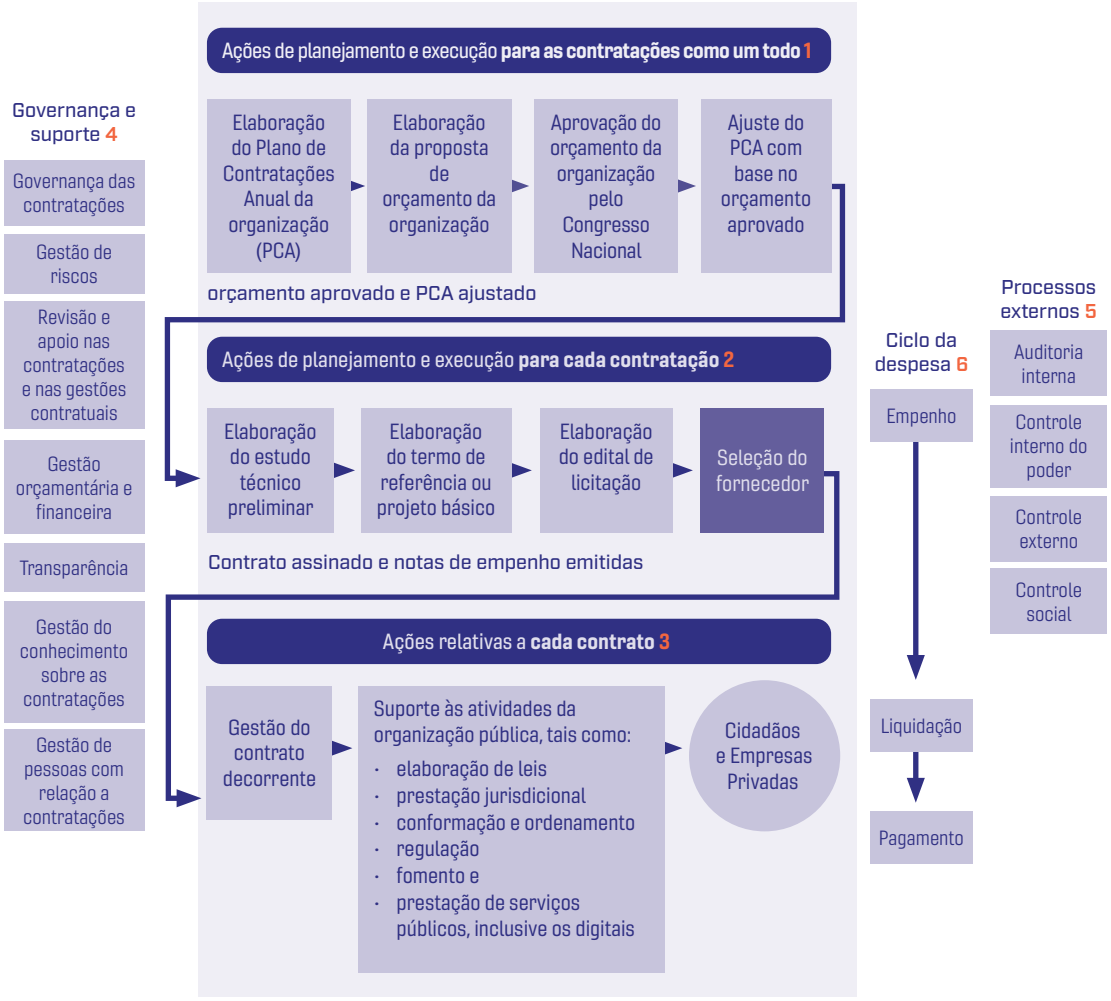
1] situação da economia do país na época da contratação, que pode ser retratada por elementos, como o nível da atividade econômica (*e.g.* aquecimento ou desaquecimento do mercado), a taxa de juros e a cotação do dólar ou de outra moeda (*e.g.* o euro). A situação da economia pode influenciar os preços ofertados para cima ou para baixo.

APÊNDICE IV
Visão sistêmica das contratações públicas federais

891. Neste apêndice, é exposto, de forma resumida, modelo de cadeia de processos de trabalho das contratações públicas realizadas individualmente por uma organização pública, isto é, sem alguma forma de coordenação, como, por exemplo, compras centralizadas, conduzidas por uma central de compras (vide item "5.4. Coordenação das contratações"). O modelo citado oferece detalhamento adicional com relação ao que foi descrito no item "5. Contextualização dos orçamentos estimados nas contratações públicas" e está ilustrado na **Figura 12**.

Figura 12

Visão sistêmica das contratações realizadas pelas próprias organizações públicas



Fonte: elaboração própria.

892. A primeira linha de processos de trabalho refere-se ao planejamento anual das contratações da organização pública como um todo e do respectivo orçamento (1). Dessa forma, envolve a elaboração do PCA da organização, que trata do conjunto de contratações previstas para determinado exercício, incluindo os relacionamentos entre essas contratações (*vide* parágrafos 48-49).

893. Como consta da Figura 13, observando-a de baixo para cima, o PCA da organização pública pode ser resultado do agrupamento de PCA de cada uma de suas grandes áreas administrativas, como a de TI, que pode formular o Plano de Contratações de Soluções de Tecnologia da Informação e Comunicações - PCTIC, previsto na Portaria - STI/MP 40/2016. Com o advento do Sistema de Planejamento e Gerenciamento de Contratações (PGC), instituído pelo Decreto 10.947/2022, é de esperar-se que o PCA da organização pública seja elaborado de forma conjunta, com o apoio do PGC, pois essa ferramenta abarca as contratações de toda a organização.

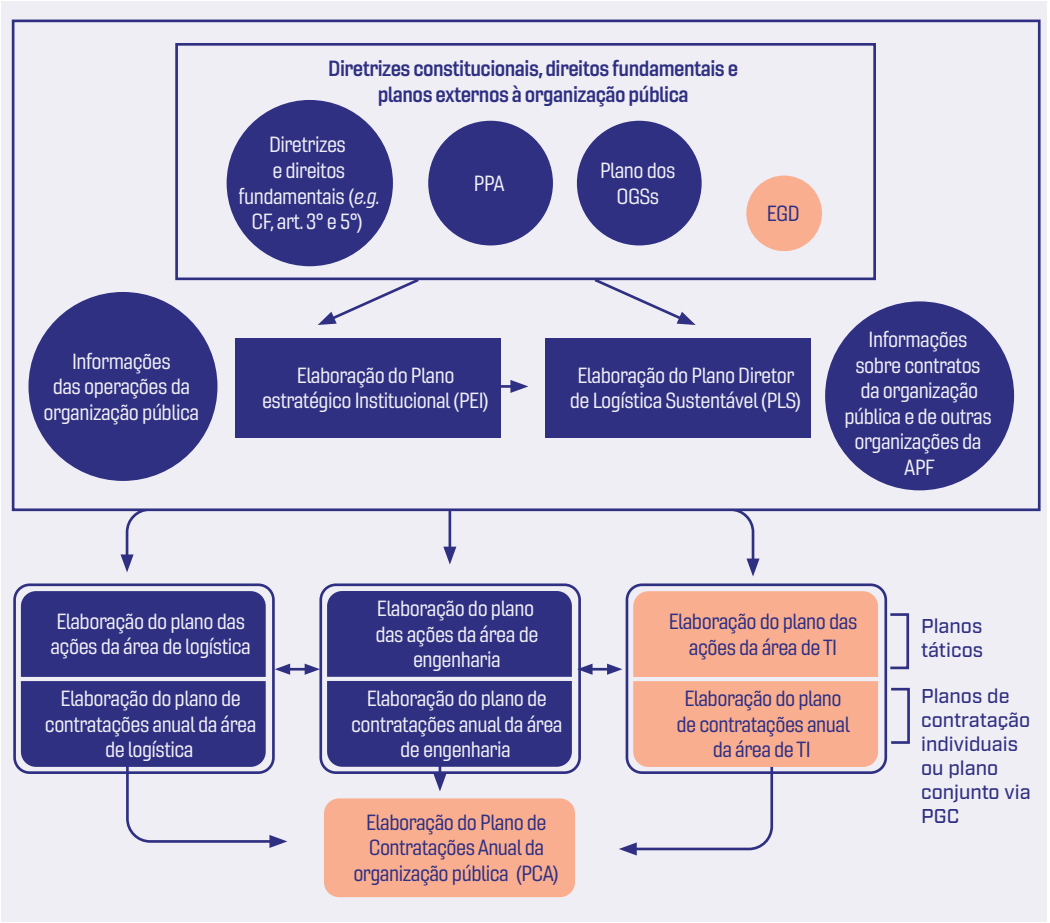
894. O PCA elaborado por cada grande área administrativa, de forma individual ou conjunta, no âmbito do PGC, deve estar alinhado ao plano das ações dessa área, que, por sua vez, deve estar alinhado ao Plano Estratégico Institucional (PEI) da organização e ao Plano Diretor de Logística Sustentável (PLS). O PEI e o PLS, por seu turno, devem estar alinhados a diretrizes constitucionais, direitos fundamentais e planos externos à organização pública, que incluem os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (Constituição Federal, art. 3º), aos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal (*e.g.* os que estão expostos no art. 6º, como saúde e educação), ao Plano Plurianual (PPA) e aos planos de OGS, em especial do OGS ao qual a organização pública esteja vinculada. Por exemplo, a Estratégia de Governo Digital (EGD), publicada pela SGD/ME, que abrange organizações públicas do Poder Executivo federal.

895. Adicionalmente, na elaboração dos planos de cada grande área administrativa e do PCA da organização pública, devem ser consideradas informações acerca das operações da organização pública (*e.g.* quantidades de pessoas atendidas por determinado serviço público) e dos contratos celebrados pela organização pública e por outras organizações, pois essas informações ajudarão a definir as quantidades e estimar os preços das soluções a contratar no próximo exercício. Lembrando que os planos referentes às ações das grandes áreas administrativas são de natureza tática (*e.g.* Plano Diretor de Tecnologia da Informação - PDTI, no caso da área de TI) e, geralmente, referem-se a projetos, não às operações que já

estão em curso, de modo que contratações relativas a operações, muitas vezes, não são vislumbradas em planos de ações.

Figura 13

Elaboração do Plano de Contratações Anual da organização pública



Fonte: elaboração própria.

896. De acordo com a **Figura 12**, os valores constantes do PCA da organização pública, juntamente com outros gastos previstos (*e.g.* proventos dos servidores, diárias, passagens e restos a pagar), servirão para elaborar sua proposta de orçamento, apreciada pelo Parlamento (Congresso Nacional), levando à aprovação dos orçamentos da união mediante a Lei Orçamentária Anual (LOA), que inclui o orçamento da organização pública.

Como o orçamento aprovado pode ser diferente do proposto pela organização, normalmente, é necessário efetuar ajustes no PCA, de acordo com o previsto no Decreto 10.947/2022, art. 15, inciso II. Por exemplo, se a dotação orçamentária para a área de TI for menor do que a proposta, pode ser necessário retirar algumas contratações do PCA da organização pública ou modificar quantidades de algumas contratações.

897. A segunda linha de processos de trabalho da **Figura 12** refere-se à execução de cada contratação prevista no PCA (2), de modo que cada contratação é planejada, e é feita a respectiva seleção do fornecedor. O planejamento de cada contratação inclui a elaboração do ETP, do TR ou do PB e do edital de licitação.

898. O terceiro grupo de processos da **Figura 12** refere-se à gestão dos contratos decorrentes de cada contratação (3). É na gestão contratual que todo o esforço empreendido até então pode reverter-se em resultados que atendam à necessidade de negócio que desencadeou a contratação. A necessidade da contratação, em termos de negócio, não de TI, deve ser explicitada no planejamento da contratação, em especial no ETP, pois, a partir dela, são estabelecidos elementos, como os requisitos e as quantidades a contratar (*vide* **Figura 2**). Em princípio, os produtos e os serviços obtidos ao longo da gestão contratual servem de suporte para funções executadas pela organização pública, como elaboração de leis, prestação jurisdicional, atividades de conformação e ordenamento (exercício do poder de polícia administrativa), de regulação, de fomento e de prestação de serviços públicos oferecidos por ela aos cidadãos e às empresas privadas, inclusive os digitais (JUSTEN FILHO, 2016, p. 31-42). Essas atividades, em princípio, possibilitam a entrega de valor aos cidadãos e às empresas privadas[81].

899. Em adição, à esquerda do modelo em tela, há um conjunto de processos de trabalho e elementos que inclui a governança das contratações (em vários níveis, como no do OGS ao qual a organização está vinculada e da própria organização pública), a gestão de riscos, o suporte às contratações (engloba revisões dos artefatos e apoio às contrata-

ções), a gestão orçamentária e financeira, a transparência, a gestão de conhecimentos sobre as contratações e a gestão de pessoas (4).

900. A gestão orçamentária e financeira, que inclui a gestão dos recursos de TI, é um processo de trabalho pouco comentado em publicações sobre contratações de TI, mas é fundamental para que o orçamento de TI seja bem utilizado pela organização pública. Pode ser executado em conjunto, pela área administrativa e pela área de TI e incluir ações, como:

1) a adequação orçamentária;
2) a verificação periódica do status de execução de cada contratação, o que leva ao tratamento dos empecilhos referentes a ela;
3) a geração de indicadores de natureza gerencial que podem subsidiar tomadas de decisões. Por exemplo, em determinado momento, os gestores podem identificar os percentuais de contratações em diferentes estágios, como contratações somente planejadas no PCA da organização pública, em fase de planejamento, com valores empenhados ou liquidados ou pagos;
4) o eventual remanejamento de recursos quando se detecta que determinadas contratações não serão concluídas até o fim do exercício (*e.g.* por falta de pessoal para conduzir a contratação ou por impossibilidade de realização de contratação centralizada ou em conjunto com outras organizações públicas pelo SRP); e
5) gestão do PGC, de modo a garantir que sejam cumpridas as etapas previstas e acumulem-se informações adequadamente para a elaboração do próximo PCA.

901. Destaca-se o fato de que as ações da organização pública, inclusive as ligadas às contratações de TI, devem ser transparentes a todos os interessados, incluindo o cidadão. Por exemplo, os diversos artefatos (documentos) do planejamento de cada contratação, da fase de seleção do fornecedor e da gestão dos contratos decorrentes devem estar disponíveis, preferencialmente, em meio eletrônico, na internet, como preconizado pela Lei 12.527/2011 (Lei de Acesso à Informação - LAI), art. 3º, art. 5º, art. 7º, inciso VI, art. 8º, § 1º, inciso IV, §§ 2º e 3º. Cabe salientar

que duas diretrizes da LAI são fomentar o desenvolvimento da cultura de transparência na Administração Pública e fortalecer o controle social (Lei 12.527/2011, art. 3º, incisos IV e V).

902. Vale lembrar que a Lei 14.133/2021, art. 54, §§ 2º e 3º, estabelece que, após a homologação do processo licitatório, os documentos elaborados na fase preparatória que, porventura, não tenham integrado o edital e seus anexos serão disponibilizados no PNCP e, se a organização pública responsável pela licitação entender cabível, também serão divulgado s no sítio eletrônico oficial do ente federativo dessa organização pública ou, no caso de consórcio público, do ente de maior nível entre eles.

903. Outro ponto relevante é a gestão do conhecimento a respeito das contratações. Os artefatos produzidos ao longo do tempo podem ser armazenados de forma minimamente estruturada, de modo que cada equipe de planejamento da contratação ou de gestão de contrato possa ter acesso aos artefatos das contratações anteriores (*vide* item "8.15. Documentação do procedimento de elaboração do orçamento estimado"), assim como os da contratação sobre a qual atuar, podendo executar consultas, para obter insumos, a fim de executar suas atividades. Lembrando que o PNCP deverá armazenar os artefatos da contratação por tempo ainda não conhecido (Lei 14.133/2021, arts. 54 e 174). Assim, podem ser consultados exemplos de artefatos relativos à definição das quantidades necessárias e à execução dos cálculos das estimativas dos preços, com a possibilidade de identificar quem elaborou os artefatos de interesse e buscar contactar essas pessoas para tirar dúvidas ou pedir orientações. O acesso a artefatos de contratações anteriores pode não se restringir a uma organização pública específica, de modo que, por exemplo, a equipe de planejamento da contratação de um ministério possa ter acesso a artefatos das contratações de outros ministérios.

904. O uso de comunidades de prática também pode ajudar a obtenção de artefatos de interesse, bem como a discussão sobre dúvidas e problemas enfrentados nas contratações de TI.

905. Além da reutilização de conhecimentos e troca de informações, pode haver a incorporação de lições aprendidas com as contratações (BRASIL, MP, 2017b, p. 7, itens 1.5.7 e 1.5.7.8). Após a realização de cada contratação, pode ser feita uma análise crítica do que funcionou e do que não funcionou, incluindo reflexões a respeito das diferenças entre os preços estimados e os contratados. Em outros momentos (*e.g.* nas prorrogações-renovações de contrato de prestações de serviços contínuos), pode-se fazer uma avaliação da eficácia, da eficiência e da efetividade da contratação, incluindo a avaliação das quantidades definidas e de aditivos para aumento dessas quantidades, bem como o atendimento da necessidade que desencadeou a contratação. Ressalta-se que, de acordo com a Lei 14.133/2021, o PNCP deverá, entre outras funcionalidades, oferecer sistema de gestão compartilhada com a sociedade de informações referentes à execução do contrato que possibilite a divulgação, na forma de regulamento, de relatório final com informações sobre a consecução dos objetivos que tenham justificado a contratação e eventuais condutas a ser adotadas para o aprimoramento das atividades da Administração (art. 174, § 3º, inciso VI, alínea "d").

906. Vale lembrar que as contratações de TI são planejadas e conduzidas por pessoas que devem apresentar os conhecimentos necessários para atuar na cadeia de processos de trabalho das contratações, a qual demanda esforço e tempo e está exposta a muitos riscos. A gestão desse pessoal pode incluir práticas, como as elencadas a seguir, que afetam as contratações de TI:

1) a indicação das chefias das áreas de TI de forma devidamente embasada (*e.g.* de acordo com normativos, como a Lei 14.204/2021 e o Decreto 10.829/2021);
2) a não perpetuação de pessoas em posições de liderança por longos períodos, de modo que haja rodízios dessas posições; e
3) a alocação de pessoal qualificado da área de TI para efetuar o planejamento das contratações, para prover o apoio necessário à área administrativa na seleção dos fornecedores e para participar da gestão dos contratos decorrentes, de modo que o quantitativo de pessoal da área de TI seja compatível com a quantidade de contratações da organização pública (*vide* parágrafo 875).

907. No lado direito da Figura 12, também constam processos de trabalho relativos ao controle das contratações públicas. A Lei 14.133/2021 contém diversos dispositivos a respeito desse controle que incluem: art. 11, parágrafo único, art. 24, inciso I, art. 53, caput e § 4º, art. 60, inciso IV, art. 117, § 3º, art. 141. §§ 1º e 2º, 156, § 1º, inciso V e arts. 169 a 173.

908. Por fim, constam as atividades do "ciclo da despesa" (Lei 4.320/1964), que ocorrem em paralelo com as atividades de seleção do fornecedor e de gestão do contrato decorrente ( ).

APÊNDICE V
Proposta de forma de documentação da definição das quantidades a contratar

909. Além de ser necessário e obrigatório definir as quantidades nas contratações públicas, essas definições não podem simplesmente constar dos artefatos de planejamento da contratação. Elas devem ser devidamente fundamentadas, de modo que possam ser rastreadas e avaliadas por diversos atores do processo de contratação e por interessados, inclusive de fora da organização pública, como, por exemplo, cidadãos e ONG que façam controle social.

910. Na Lei 8.666/1993, art. 6º, inciso IX, que trata do conteúdo do PB, consta o seguinte: "f) orçamento detalhado do custo global da obra, fundamentado em quantitativos de serviços e fornecimentos propriamente avaliados;". Esse dispositivo somente pode ser considerado como cumprido se ficar evidenciado que a elaboração do orçamento se fundamentou na avaliação dos quantitativos, de modo que essa avaliação deve constar dos autos do processo de contratação.

911. Adicionalmente, no parágrafo 841 do item "8.15.1. Importância da documentação da elaboração do orçamento estimado", consta legislação a respeito da obrigação de documentar elementos relativos ao orçamento estimado, incluindo a obrigação de documentar a definição das quantidades e as estimativas dos valores da contatação, de acordo com os dispositivos da Lei 14.133/2021 e de outras normas.

912. A seguir, é novamente transcrito trecho do relatório do Acórdão 916/2015-TCU-Plenário, da relatoria do Ministro-Substituto Augusto Sherman (parágrafo 349 desta NT):

> 128. Pelo princípio da motivação (Lei 9.784/1999, art. 2º, *caput*), considera-se imprescindível que a relevante decisão acerca do volume de serviços a ser contratado seja motivada, por meio de uma memória de cálculo que demonstre a relação entre a demanda prevista e a quantidade de serviço a ser contratada.

> 129. Além disso, o volume de serviços licitado determina a capacidade operacional que a empresa a ser contratada deve ter e, por sua vez, define o porte da empresa que poderia participar da licitação. Dessa forma, o ato administrativo no qual se decide o volume de serviços a ser contratado consiste em ato que afeta direitos ou interesses, de modo que deve ser motivado, com fulcro no art. 50, inciso I, da Lei 9.784/1999. Esta motivação deve ser registrada nos autos do processo de planejamento da contratação, ficando disponível para consultas futuras, inclusive por parte dos órgãos de controle.
>
> ...
>
> 131. A falta de memória de cálculo que justifique o volume de serviços a ser contratados eleva os riscos de: o ente necessitar de aditivos de aumento de objeto, gerando perda de escala e custo administrativo; excesso ou escassez de serviços contratados em relação à necessidade real do órgão; e 'jogo de planilha', o que pode resultar em superfaturamento contratual.

913. Assim, segundo o relatório citado, é dever dos agentes públicos responsáveis pelo planejamento de uma contratação de serviços elaborar as definições das quantidades dos serviços e expor o raciocínio formulado para chegar-se a elas por intermédio de memória de cálculo, demonstrando a relação entre a demanda prevista e a quantidade de serviço a ser contratada, em conformidade com o princípio da motivação. Este tópico foi objeto de recomendação no item 9.1.2 e de alerta no item 9.2.4.2 do referido acórdão.

914. Como essa memória de cálculo deve ser feita? Com base na experiência do TCU, na condição de contratante de soluções de TI, a seguir, é apresentada proposta de conjunto de elementos básicos que devem constar da memória de cálculo:

1) as premissas que fundamentam os cálculos, devidamente justificadas, que devem, sempre que possível, basear-se em medidas de mercado (de fato ou de direito) com a identificação de quem as estabeleceu e de como a equipe de planejamento da contratação teve ciência delas, quando não elaborar essas premissas;
2) as fórmulas de cálculo definidas para chegar-se às quantidades a contratar;

3) os parâmetros de entrada, que são quantidades usadas nos cálculos, com as respectivas fontes dessas informações, ou seja, quantidades devidamente evidenciadas;
4) a explicitação dos cálculos feitos, utilizando-se os elementos anteriores; e
5) a identificação das pessoas que elaboraram a memória de cálculo.

915. A Figura 14 mostra um exemplo simplificado de memória de cálculo, para definir quantidade de microcomputadores de mesa (desktops) a contratar.

916. Caso haja incerteza com relação a alguma premissa ou parâmetro de entrada, os agentes públicos responsáveis devem informar e justificar esse fato, pois nem sempre é possível estabelecer premissas e obter parâmetros de entrada exatos. Na medida do possível, os gestores envolvidos devem tomar providências para diminuir ou eliminar essas limitações com o tempo. Por exemplo, efetuar pesquisas, para identificar premissas sobre produtividade no desenvolvimento de *software*. Outra ação nesse sentido pode ser a criação ou o aperfeiçoamento de fontes de dados internas (*e.g.* acúmulo de dados para formar séries históricas), bem como uso de dados externos (*e.g.* séries históricas providas pelo OGS ao qual a organização pública esteja vinculada). Do contrário, os agentes públicos responsáveis pelo planejamento das contratações e seus sucessores nunca contarão com elementos objetivos para elaborar as definições das quantidades.

917. Para os contratos baseados em OS, além dos quantitativos totais estabelecidos, durante a execução contratual, é necessário calcular as quantidades de serviços antes da emissão de cada OS, fundamentadas em medidas firmadas no contrato, com base na IN - SGD/ME 1/2019, art. 32, inciso II, e no Acórdão 786/2006-TCU-Plenário, da relatoria do Ministro-Substituto Augusto Sherman Cavalcanti, item 9.4.4.2 (*vide* parágrafo 97). Essa forma de funcionamento do contrato pode ser usada, por exemplo, em contratos de desenvolvimento de *software*. Deve ser previsto no contrato que cada OS tenha sua própria memória de cálculo, feita de acordo com modelo padronizado.

918. Por fim, a memória de cálculo das quantidades pode ser usada como insumo para a elaboração da memória de cálculo do orçamento estimado da contratação, de modo a integrar-se com a memória de cálculo para elaborar as estimativas de preço. Dessa forma, pode-se calcular o valor global da contratação (*vide* parágrafo 12).

▼ Figura 14

Exemplo de memória de cálculo da definição da quantidade a contratar

Memória de cálculo da quantidade de microcomputadores de mesa a contratar

I. Premissas:

1. alocar um microcomputador de mesa por pessoa, considerando servidores, estagiários[82] e funcionários de empresas contratadas, pois essas pessoas necessitam de microcomputadores alocados a elas para desempenhar suas atividades, como previsto pelo Comitê de TI da organização pública e registrado na ata do dia XX/XX/XXXX (Anexo I desta memória de cálculo);
2. alocar dois microcomputadores por auditório, um para a exposição de slides pelos palestrantes e outro para a equipe de apoio (*e.g.* pessoal que lida com a iluminação do auditório), de acordo com premissa definida pela unidade que administra os auditórios e comunicada à equipe de planejamento da contratação, mediante memorando enviado em XX/XX/XXXX (Anexo II);
3. alocar 21 microcomputadores por sala de treinamento, um para o instrutor e vinte para os alunos, de acordo com premissa definida pela unidade de capacitação da organização pública e comunicada à equipe de planejamento da contratação, mediante memorando enviado em XX/XX/XXXX (Anexo III).

II. Fórmulas de cálculo:

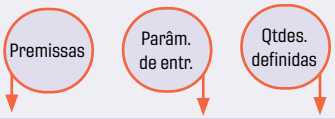
1. nº de micros necessários = nº de micros para servidores (pessoas) + nº de micros para estagiários + nº de micros para funcionários de empresas contratadas + nº de micros para auditórios + nº de micros para salas de treinamento;
   1.1. nº de micros para servidores (pessoas) = nº micros por servidor X nº de servidores;
   1.2. nº de micros para estagiários = nº micros por estagiário X nº de estagiários;
   1.3. nº de micros para funcionários de empresas contratadas = nº micros por funcionário de empresas contratadas X nº de funcionários de empresas contratadas;
   1.4. nº de micros para auditórios = nº micros por auditório X nº de auditórios;
   1.5. nº de micros para salas de treinamento = nº de micros por sala de treinamento X nº de salas de treinamento;
2. nº de micros a contratar = nº de micros necessários - nº de micros disponíveis considerados ainda úteis.

Memória de cálculo da quantidade de microcomputadores de mesa a contratar

III. Parâmetros de entrada:

1. 2.500 servidores (pessoas), de acordo com consulta ao sistema de pessoal da organização pública realizada em XX/XX/XXXX (Anexo IV);
2. 300 estagiários, de acordo com memorando enviado à equipe de planejamento da contratação pela unidade que os contrata e que os dispensa em XX/XX/XXXX (Anexo V);
3. 200 funcionários de empresas contratadas que necessitam de microcomputadores, de acordo com memorando enviado à equipe de planejamento da contratação pela unidade de apoio à gestão de contratos em XX/XX/XXXX (Anexo VI);
4. 2 auditórios que necessitam de microcomputadores, de acordo com memorando enviado à equipe de planejamento da contratação pela unidade que administra os auditórios em XX/XX/XXXX (Anexo II);
5. 3 salas de treinamento, de acordo com memorando enviado pela unidade de capacitação da organização pública em XX/XX/XXXX (Anexo III);
6. 1.502 microcomputadores disponíveis considerados úteis, de acordo com consulta ao sistema de material e patrimônio da organização pública realizada em XX/XX/XXXX (Anexo VII).

IV. Execução dos cálculos:



1. Cálculo do número de microcomputadores necessários

Item	Nº de micros por item	Nº de itens	Nº de micros necessários
Servidores (pessoas)	1	2.500	2.500
Estagiários	1	300	300
Funcionários de empresas contratadas	1	200	200
Auditórios	2	2	4
Salas de treinamento	21	3	63
Total de microcomputadores necessários	-	-	**3.067**

2. Cálculo do número de microcomputadores a contratar

nº de micros a contratar = 3.067 micros necessários - 1.502 disponíveis considerados ainda úteis = **1.565 micros**

V. Equipe responsável pela elaboração da memória de cálculo da quantidade a contratar

Nome	Cargo	Matrícula	Lotação

Fonte: elaboração própria

Notas de fim

[1] Órgão Governante Superior (OGS) é um conceito utilizado desde o Acórdão 1.145/2011-TCU-Plenário, da relatoria do Ministro Aroldo Cedraz, que tratou de órgãos governantes dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, bem como do Ministério Público. Esses órgãos têm a responsabilidade de normatizar e fiscalizar o uso e a gestão da tecnologia da informação em suas respectivas áreas de atuação, inclusive no tocante a contratações, bem como adotar um conjunto de providências estruturantes destinadas a fomentar a governança de TI (Acórdão 1.145/2011-TCU-Plenário, relatório, parágrafo 2, e voto condutor, parágrafos 6 e 12). Exemplos de órgãos governantes superiores: SGD/ME e CNJ.

No art. 19 da Lei 14.133/2021, é feita menção a "órgãos da Administração com competências regulamentares relativas às atividades de administração de materiais, de obras e serviços e de licitações" e, no art. 103, § 6º, são citados "ministérios e secretarias supervisores dos órgãos e entidades da Administração Pública".

[2] Como consta do relatório do Acórdão 310/2006-TCU-Plenário, da relatoria do Ministro Ubiratan Aguiar, p. 2, nota de rodapé 1, o "sobrepreço" ocorre quando uma cotação de um bem ou serviço é superior ao valor praticado pelo mercado. Por sua vez, o "superfaturamento" verifica-se após a regular liquidação da despesa, ou seja, depois da aquisição, do faturamento e do pagamento de um bem ou serviço. Os conceitos de sobrepreço e superfaturamento também constam do "Roteiro de Auditoria de Obras Públicas do TCU" (BRASIL, TCU, 2012c, p. 58).

Esses conceitos também foram definidos na Lei 14.133/2021, art. 6º:

> LVI - sobrepreço: preço orçado para licitação ou contratado em valor expressivamente superior aos preços referenciais de mercado, seja de apenas 1 (um) item, se a licitação ou a contratação for por preços unitários de serviço, seja do valor global do objeto, se a licitação ou a contratação for por tarefa, empreitada por preço global ou empreitada integral, semi-integrada ou integrada;
>
> LVII - superfaturamento: dano provocado ao patrimônio da Administração, caracterizado, entre outras situações, por:
>
> a. medição de quantidades superiores às efetivamente executadas ou fornecidas;
> b. deficiência na execução de obras e de serviços de engenharia que resulte em diminuição da sua qualidade, vida útil ou segurança;
> c. alterações no orçamento de obras e de serviços de engenharia que causem desequilíbrio econômico-financeiro do contrato em favor do contratado;

d. outras alterações de cláusulas financeiras que gerem recebimentos contratuais antecipados, distorção do cronograma físico-financeiro, prorrogação injustificada do prazo contratual com custos adicionais para a Administração ou reajuste irregular de preços;

Curiosamente, a Lei 14.133/2021 não cita a situação do superfaturamento decorrente de sobrepreço, embora deixe claro que as situações elencadas no inciso LVII do art. 6º não são exaustivas.

O superfaturamento também aparece na alteração feita pela Lei 14.133/2021 no Código de Processo Penal:

Art. 178. O Título XI da Parte Especial do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), passa a vigorar acrescido do seguinte Capítulo II-B:

[...]

Art. 337-L. Fraudar, em prejuízo da Administração Pública, licitação ou contrato dela decorrente, mediante:

I - entrega de mercadoria ou prestação de serviços com qualidade ou em quantidade[s] diversas das previstas no edital ou nos instrumentos contratuais;

[3] Por exemplo, atualmente, não é claro como são calculados os preços dos serviços agregados às licenças de *software*, como suporte técnico e atualização de versões. Esse tema consta do Acórdão 2.569/2018-TCU-Plenário, da relatoria do Ministro Aroldo Cedraz (parágrafos 59-63 do relatório e 9.1.1.2.1.9 do referido acórdão).

[4] Na adequação orçamentária, é verificado se há orçamento disponível para a contratação e, em caso afirmativo, aloca-se (reserva-se) parte do orçamento da organização pública para a contratação, com base no seu orçamento estimado. A adequação orçamentária está positivada na Lei 8.666/1993, art. 7º, § 2º, inciso III, art. 14; na IN - SGD/ME 1/2019, art. 12, inciso IX, art. 21; e na Lei 14.133/2021, art. 6º, inciso XXIII, alínea "j", art. 72, inciso IV.

[5] Constituição Federal, art. 37, *caput*; e Lei 14.133/2021, art. 5º.

[6] Lei 8.666/1993, art. 65, inciso I, alínea "b"; e Lei 14.133/2021, art. 124, inciso I, alínea "b".

[7] Constituição Federal, art. 70, *caput*; e Lei 14.133/2021, art. 5º.

[8] Lei 8.666/1993, art. 3º, *caput*; e Lei 14.133/2021, art. 5º.

[9] Embora no art. 5º da Lei 14.133/2021 não conste o conceito de seleção da proposta mais vantajosa para a administração, como consta da Lei 8.666/1993, art. 3º, a busca da proposta mais vantajosa consta de diversos dispositivos da Lei 14.133/2021, tais como: art. 11, inciso I, art. 18, inciso VIII, art. 32, § 1º, incisos VIII e X, art. 44, art. 61, *caput*, art. 75, § 3º, art. 169, § 1º, e art. 337-O.

[10] Constituição Federal, art. 37, *caput*; Lei 8.666/1993, art. 3º, *caput*; e Lei 14.133/2021, art. 5º.

[11] Por exemplo, a notícia de 20/5/2008, disponível em: <https://www.serpro.gov.br/menu/noticias/noticias-antigas/pregao-eletronico-economiza-r-590-milhoes-no-governo-federal>. Acesso em: 29 abr. 2020.

[12] Versões intermediárias desse modelo também foram elaboradas pelo auditor federal de controle externo (AUFC) Cláudio Silva da Cruz.

[13] Na Portaria - Seges/ME 8.678/2021, que dispõe sobre a governança das contratações públicas, art. 2º, inciso IV, consta o conceito de "metaprocesso de contratação pública", que sintetiza a cadeia de processos de trabalho das contratações públicas:

> Art. 2º Para os **efeitos** do disposto nesta Portaria, considera-se:
> [...]
>
> IV - metaprocesso de contratação pública: rito integrado pelas fases de planejamento da contratação, seleção do fornecedor e gestão do contrato, e que serve como padrão para que os processos específicos de contratação sejam realizados;
> [...]

Assim, o metaprocesso de contratação englobaria processos de trabalho que constam da segunda e da terceira linha de processos expostos na **Figura 1**.

Ressalta-se que, no metaprocesso de contratação, não consta a elaboração do PCA (primeira linha de processos de trabalho da **Figura 1**).

Referências ao macroprocesso de contratação também constam na IN - Seges/ME 5/2017, art. 19, na Resolução - CNJ 347/2020 e em diversos dispositivos, em especial, no Anexo, inciso XIV (definição de macroprocesso de contratação) e na IN - SGD/ME 1/2019, art. 8º, incisos I a III.

[14] Como consta do relatório do Acórdão 1.637/2021-TCU-Plenário, da relatoria do Ministro-Substituto Augusto Sherman, o PCA (então chamado de PAC) vem-se consolidando como ferramenta de gestão e de governança:

> 5. Desse modo, o PAC vem se consolidando como ferramenta de gestão e de governança que tem por objetivo consolidar todas as contratações, e as respectivas e eventuais prorrogações contratuais, que um órgão pretende realizar no ano subsequente, independentemente do objeto a ser contratado, permitindo à unidade central uma visão sistêmica sobre todas as demandas de bens, serviços, obras e TI da Administração Pública Federal, possibilitando a identificação de fragmentação das contratações, identificando potenciais sinergias, além de contribuir para a economia e para a transparência do gasto público.

O PCA também é definido como um instrumento de governança das contratações públicas na Portaria - Seges/ME 8.678/2021, que dispõe sobre a governança das contratações públicas, no âmbito da APF, art. 6º, inciso I.

Destaca-se que o PCA é referenciado por outras normas:

5. na IN - SGD/ME 1/2019 (processo de contratação de soluções de TI), art. 6º, inciso II e art. 7º, é definido que as contratações de TI deverão constar do PCA. Adicionalmente, deve ser verificado o alinhamento de cada contratação de TI ao PCA (art. 10, inciso I e § 1º);
6. na IN - Seges/ME 5/2017 (contratação de serviços sob o regime de execução indireta), art. 27, parágrafo único e Anexo I, inciso XVI;
7. o alinhamento da contratação com o PCA também consta da IN - Seges/ME 40/2020 (dispõe sobre a elaboração do ETP para a aquisição de bens e a contratação de serviços e obras e sobre o Sistema ETP digital, no âmbito da Lei 8.666/1993), art. 7º, inciso IX (o alinhamento citado é um dos itens do ETP); e da IN - Seges/ME 58/2022 (dispõe sobre a elaboração do ETP para a aquisição de bens e a contratação de serviços e obras e sobre o Sistema ETP digital, no âmbito da Lei 14.133/2021), art. 9º, inciso IX (o alinhamento citado é um dos itens do ETP);
8. a demonstração da previsão da contratação no PCA, sempre que elaborado, de modo a indicar o seu alinhamento com o planejamento da Administração, consta da Lei 14.133/2021, art. 18, *caput*, e § 1º, inciso II. A mesma lei ainda aponta a necessidade de observar o PCA nos processos licitatórios no seu art. 12, inciso VII e § 1º; e
9. Decreto 10.947/2022, que dispõe sobre o PCA e o PGC.

[15] A Portaria - STI/MP 40/2016 não faz referência ao PCA, que ainda não havia sido positivado em normas citadas nesta NT. Entretanto, a Portaria explicita que o Plano de Contratações de Soluções de Tecnologia da Informação e Comunicações (PC-TIC) comporá o planejamento orçamentário do órgão e será utilizado como insumo para a proposta do Projeto de Lei Orçamentária Anual (PLOA), como consta do seu art. 6º, inciso III.

[16] O ajuste no PCA é necessário caso o orçamento aprovado pelo Congresso Nacional seja maior ou menor do que o proposto pela organização pública. No caso de ser menor, a organização pode, por exemplo, deixar de contratar ou diminuir a quantidade de determinados itens.

[17] A definição de um processo formal de trabalho para as etapas de planejamento das contratações, a ser publicado por cada organização pública, consta da Resolução - CGPAR 41/2022, art. 2º, inciso XII, e dos seguintes Acórdãos (lista não exaustiva): 436/2008, item 9.2.11; 3.137/2014, item 9.2.1; e 1.679/2015, item 9.1.28; todos do Plenário do TCU.

[18] Existem normas similares à IN - SGD/ME 1/2019, como a Resolução - CNMP 102/2013, do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), e a Resolução - CNJ 182/2013 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

[19] Lei 9.784/1999, art. 2º, *caput*; Lei 8.666/1993, art. 12, inciso II, art. 58, inciso I; Lei 10.520/2022, art. 3º, incisos I e II; e Lei 14.133/2021, art. 5º, art. 6º, inciso XX, art. 18, inciso I, art. 1º, inciso I, art. 104, inciso I, art. 137, inciso VIII, art. 147, art. 148 e art. 171, § 1º, inciso II.

[20] Como se depreende do item "5. Contextualização dos orçamentos estimados nas contratações públicas" desta NT, a obrigação de elaborar a estimativa de preço da contratação aparece em diversos dispositivos da legislação que rege a matéria, sendo obrigatória para as licitações e para as contratações diretas. Por isso, usou-se a palavra "contratação", que engloba licitação e contratação direta. Na verdade, é necessário elaborar o orçamento estimado, pois, além das estimativas dos preços, também é preciso definir as quantidades para chegar-se ao valor global da contratação.

[21] Conhecidos no Brasil como *pendrives*.

[22] No relatório do Acórdão 1.214/2013-TCU-Plenário, da relatoria do Ministro Aroldo Cedraz, p. 39, item "IVb. Resumo das propostas", subitem XXI, alínea "a", consta o seguinte:

> XXI - a prorrogação de serviços continuados, sempre que possível, observará os seguintes critérios (186/195):
>
> a. a remuneração será definida com base em convenção coletiva da categoria ou, quando esta não existir, em pesquisa realizada perante o mercado; (grifou-se)

[23] Como é sinalizado no guia de contratação de TI do TCU (BRASIL, TCU, 2012, p. 83-84), criou-se uma cultura de que efetuar aditivos de até 25% é uma prática normal e que não demanda muitas justificativas, o que é contrário ao princípio da motivação (Lei 9.784/1999, art. 2º, *caput*, inciso VII, art. 50, inciso I; e Lei 14.133/2021, art. 5º) e pode levar a expectativas dos fornecedores a respeito desses aditivos.

[24] *Product Owner* é um papel a ser desempenhado em projetos de desenvolvimento de *software* que utilizem técnicas, como o Scrum, que, por sua vez, é uma técnica ágil que divide o trabalho a ser realizado em um projeto em pequenos ciclos de atividades, chamados de *sprints*.

[25] De acordo com o anexo da Portaria – Adplan/TCU 2/2010, item "1. CONCEITOS E CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES":

> 2. A Fiscalização de Orientação Centralizada - FOC tem por objetivo avaliar, de forma sistêmica, temas ou objetos de controle, no âmbito nacional ou regional, procurando identificar as irregularidades mais comuns e relevantes, podendo, quando for o caso, propor aperfeiçoamentos na gestão pública e na própria sistemática de controle.
>
> [...]
>
> 10. Resumidamente, uma FOC pode ser descrita como a fiscalização ou conjunto de fiscalizações que envolvem preparação centralizada, execução descentralizada e consolidação dos resultados.

[26] Isadora Herrmann identificou os seguintes custos de transação do processo licitatório (HERRMANN, 1999, p. 31):

- custos de desenhar, negociar e prever salvaguardas contratuais (custos de transação *ex-ante*);
- custos associados à execução da licitação, dentre os quais se incluem os custos de confecção e publicação do edital, de realização da habilitação e julgamento das propostas, e de publicação dos vencedores;
- custos associados ao tempo decorrido entre a necessidade da compra e o recebimento do produto;
- custos de monitoramento e controle do contrato (custos de transação *ex-post*).

[27] A centralização de contratações traz vantagens, como os ganhos de escala nos preços, nos esforços administrativos e nos conhecimentos envolvidos. Entretanto, sua execução depende, de forma mais intensa, da qualidade da equipe da central de compras do que nas contratações individuais, pois, caso o planejamento seja malfeito ou a negociação de preços junto a grande fornecedor seja malconduzida, diversas organizações públicas podem ser prejudicadas. Os servidores dessas centrais de compras também tendem a ser mais assediados por fornecedores devido às materialidades das contratações planejadas ou conduzidas por eles, o que os torna mais suscetíveis a investidas que podem resultar em corrupção. Dessa forma, é necessário maior rigor na escolha e na capacitação contínua das pessoas envolvidas em contratações das centrais de compras e implantação de controles internos, no sentido de evidenciar a conformidade e a lisura dos procedimentos dessas contratações. A capacitação dos membros das centrais de compras deve incluir os riscos envolvidos nas contratações públicas, como os expostos no guia de contratação de TI do TCU (BRASIL, TCU, 2012b), no RCA (BRASIL, TCU, 2014) e na presente NT.

[28] Nesta NT, optou-se por utilizar a sigla CPL, para fazer referência às comissões de licitação. Embora seja mais restrito, o termo propiciou referências mais sintéticas às comissões de licitação, permanentes ou não.

[29] A partir da leitura da Lei 14.133/2021, depreende-se que o "agente de contratação" (art. 6º, inciso LX) é uma espécie do gênero "agente público" (art. 6º, inciso V), assim como a "autoridade" (art. 6º, inciso VI).

[30] No guia de contratação de TI do TCU, consta o seguinte (BRASIL, TCU, 2012b, p. 53-54):

Em alguns controles [propostos no referido guia] aparece a figura do servidor sênior, que idealmente é um servidor experiente e com profundo conhecimento de contratações e de gestão de contratos, de modo que possa efetuar a revisão dos artefatos produzidos pelas equipes de planejamento das contratações. Para evitar que essa revisão se torne um gargalo, é interessante que haja um conjunto de servidores seniores. É necessário que haja apoio da alta administração para o uso de servidores seniores, pois há a alocação de recursos humanos experientes, que costumam ser escassos, e a etapa de revisão pode gerar atrito junto a equipes de planejamento menos maduras, além de gastar tempo.

[31] Na IN - SGD/ME 1/2019, é usada a expressão "autoridade máxima da área de TIC", com TIC sendo abreviatura de "tecnologia da informação e comunicação".

[32] Na Lei 14.133/2021, não é explícito qual ator aprova o ETP e o TR ou o PB. São feitas diversas referências à "autoridade competente", à qual compete grande parte das decisões a ser tomadas nas contratações e nas gestões dos contratos decorrentes.

[33] Na jurisprudência do TCU, há julgados dirigidos a entes integrantes do chamado Sistema "S" que consagram o dever de elaborar o orçamento estimado do objeto a ser contratado ou de executar a pesquisa de preços, tais como os Acórdãos 324/2009, itens 9.4.11 e 9.4.12; 356/2011, itens 9.2.1 e 9.2.2; 2.965/2011, item 9.2.2; 769/2013, item 9.2.2; 1.785/2013, item 9.2.1; e 2.147/2014, item 9.4.1; todos do Plenário do TCU; 2.813/2003, item 10.1.3; 2.519/2005, item 9.2.1; 263/2007, item 9.4.5; 568/2008, item 9.3.3; 1.979/2008, item 9.5.16; 5.262/2008, itens 9.6.3 e 9.6.4; 569/2009, item 9.8.3; e 6.237/2016, item 1.8.1.1; todos da Primeira Câmara.

[34] De acordo com a IN - SGD/ME 1/2019, art. 20, *caput,* a estimativa de preço da contratação deverá ser realizada pelo Integrante Técnico com o apoio do Integrante Administrativo para a elaboração do orçamento detalhado.

[35] O termo "contratação por resultados" contém ambiguidade. Pode referir-se aos resultados finais gerados pela contratação, que são aqueles que, quando alcançados, atendem à necessidade de negócio que desencadeou a contratação. Por exemplo, diminuir o tempo de atendimento de determinado serviço público. Dessa forma, trata-se de resultados mais voltados ao conceito de efetividade (*outcome*, em inglês). Entretanto, o alcance desses resultados finais, normalmente, envolve diversas variáveis que não estão sob o controle da empresa contratada. Por exemplo, a contratada pode produzir excelente sistema de informação que automatiza diversas atividades de determinado processo de trabalho, mas o sistema é rejeitado por servidores da organização pública ou pelo público externo por questões culturais. O sistema também pode apresentar problemas de legitimidade, por exemplo, por ausência de respaldo jurídico, devido à falta da publicação de algum normativo que respalde o uso do sistema em termos legais. A contratada não é responsável pelo fracasso do sistema de informação nessas situações, por isso deve ser remunerada de acordo com os termos do contrato. Dessa forma, a remuneração dá-se por resultados intermediários, que são os produtos ou os serviços prestados (*output*, em inglês), ainda que esses resultados intermediários não gerem os resultados finais que atenderiam à necessidade de negócio. Nesse caso, os resultados intermediários estão mais voltados ao conceito de eficácia. Uma contratação pode ser eficaz, isto é, obtém o que se propôs (*e.g.* produtos ou serviços), mas não ser efetiva, isto é, pode não resolver o problema de negócio que motivou a contratação. O conceito de "contratação por resultados" que se cristalizou na jurisprudência do TCU tem, na verdade, o significado da contratação por produtos e serviços, isto é, a contratação que obtém o objeto contratado, independentemente do sucesso do uso desses produtos e serviços, portanto, com sentido voltado à eficácia.

[36] Na Nota Técnica - Sefti/TCU 6/2019 v1.3, consta o seguinte entendimento:

> Entendimento II. É inadequado o uso da expressão "Acordo de Nível de Serviço" no âmbito das contratações de serviços de TI pela Administração Pública Federal. Em substituição, o uso da expressão "Nível Mínimo de Serviço" em editais de licitação e em termos de referência é apropriado para caracterizar o requisito mínimo de qualidade de serviço a ser prestado pelo fornecedor contratado pela APF.
>
> Esse aspecto é detalhado no guia de contratação de TI do TCU (BRASIL, TCU, 2012b, p. 78-79).
>
> Ao longo desta NT, é utilizada a expressão nível mínimo de serviço exigido (NMSE).

[37] Destaca-se que a Lei 14.133/2021, em alguns pontos, coloca as contratações intensivas em mão de obra com alocação exclusiva ou não na mesma condição, utilizando a expressão "serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra ou predominância de mão de obra" (art. 6º, inciso LIX, art. 25, § 8º, incisos I e II, art. 92, §§ 4º e 6º, e art. 135, *caput*).

[38] Embora, no Acórdão 1.200/2010-TCU-Plenário, da relatoria do Ministro-Substituto Marcos Bemquerer, conste "9.1.2. inclua no orçamento-base e exija das licitantes em suas propostas a composição de preços unitários de todos os serviços;", no voto condutor, parágrafo 5, alínea "c", consta o seguinte:

> c. ausência de composição de custos unitários dos serviços no orçamento-base e nas propostas participantes da licitação: já está assente neste Tribunal que a existência de orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os seus custos unitários (art. 7º, § 2º, inciso II), bem como sua exigência das licitantes, são condições necessárias para a licitação de serviços a serem contratados pela Administração, de forma que se possa verificar a conformidade de cada proposta com os preços correntes no mercado, conforme art. 43, IV, da Lei n. 8.666/1993 (*vide*, por exemplo, Acórdão 546/2008-TCU-Plenário, subitem 9.1.1). (grifou-se)

[39] No Acórdão 1.200/2010-TCU-Plenário, da relatoria do Ministro-Substituto Marcos Bemquerer, consta "9.1.2. inclua no orçamento-base e exija das licitantes em suas propostas a composição de preços unitários de todos os serviços;". Adicionalmente, no voto condutor, parágrafo 5, alínea "c", consta o seguinte:

> c. ausência de composição de custos unitários dos serviços no orçamento-base e nas propostas participantes da licitação: já está assente neste Tribunal que a existência de orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os seus custos unitários (art. 7º, § 2º, inciso II), bem como sua exigência das licitantes, são condições necessárias para a licitação de serviços a serem contratados pela Administração, de forma que se possa verificar a conformidade de cada proposta com os preços correntes no mercado, conforme art. 43, IV, da Lei n. 8.666/1993 (*vide*, por exemplo, Acórdão 546/2008-TCU-Plenário, subitem 9.1.1). (grifou-se)

[40] Como ocorreu nos Acórdãos 1.100/2008, da relatoria do Ministro Marcos Vinicios Vilaça, voto condutor, parágrafo 9; e 363/2020, da relatoria do Ministro-Substituto Augusto Sherman, item 9.1.1; ambos do Plenário do TCU.

[41] Embora a necessidade de pesquisa de preços não conste, de forma explícita, nos Acórdãos 819/2005, item 9.1.2; 1.410/2013, item 9.2.4; ambos do Plenário do TCU; e 5.262/2008-TCU-Primeira Câmara, item 9.6.3; nesses acórdãos consta a necessidade de justificativa do preço contratado em processo de dispensa e inexigibilidade de licitação, que implica buscar preços praticados para o objeto a contratar.

[42] A definição de requisitos de sustentabilidade está em linha com dispositivos tais como: Lei 14.133/2021, art. 5º (princípio do desenvolvimento nacional sustentável), art. 11, inciso IV (objetivo do processo licitatório de incentivar a inovação e o desenvolvimento nacional sustentável), art. 18, § 1º, inciso XII (inclusão no ETP da descrição de possíveis impactos ambientais e respectivas medidas mitigadoras), art. 45, incisos I a IV, e art. 144, *caput*; Portaria - Seges/ME 8.678/2021, art. 2º, inciso VII, art. 5º, inciso I, art. 6º, inciso I, arts. 7º a 9º, e art. 10, parágrafo único; Resolução - CNJ 347/2020, art. 3º, incisos I, IV e IX, art. 5º, inciso I, arts. 6º a 8º, e art. 14, parágrafo único; e Resolução - CNJ 400/2021, em especial os arts. 20 a 22.

[43] Uma solução baseada em *notebook* pode incluir outros itens, como a bolsa para carregá-lo, o *mouse* e o adaptador de tomada elétrica que permita a conexão de equipamentos com plugues novos, em tomadas de padrão antigo.

[44] Os mercados da área de TI costumam apresentar várias soluções que atendem às necessidades das organizações públicas, e a regra é licitar, como é explicitado na Constituição Federal, art. 37, inciso XXI; e na Lei 8.66/1993, art. 2º, *caput*.

[45] No relatório do Acórdão 2.170/2007-TCU-Plenário, da relatoria do Ministro Ubiratan Aguiar, constam as seguintes ponderações, trazidas pela unidade técnica (Serur):

> 28. De outro lado, poderia haver antieconomicidade no ato de gestão pela aquisição de um produto mais caro quando o produto mais barato, com recursos tecnológicos compatíveis, satisfaz as necessidades do órgão.
>
> 29. Contudo, se o produto mais barato não for, efetivamente, ofertado no certame pelos fornecedores, entendemos que não haveria, em princípio, 'justa causa' para a responsabilização dos gestores, desde que o produto (*part number*) adquirido se encontre dentro de sua 'faixa de preços' de mercado e até o limite do 'preço de referência' estipulado pelo órgão após a adequada pesquisa de preços.
>
> [...]
>
> 31. A antieconomicidade do ato de gestão diz respeito à falta de comprovação da necessidade do órgão para adquirir determinado produto/serviço, cuja responsabilidade recai sobre os agentes públicos, enquanto a prática de sobrepreço está ligada à aquisição de produto/serviço por valor superior a uma faixa de preços praticados no mercado, caso em que a responsabilidade passa a ser solidária entre os gestores, por negligência (culpa stricto sensu) em verificar a compatibilidade das ofertas com os preços de mercado, e os fornecedores beneficiados. (grifou-se)

[46] Disponível em: <http://docplayer.com.br/8666312-Precos-referenciais-economia--rapidez-e-qualidade-nas-compras-governamentais.html>. Acesso em: 2 mar. 2021.

[47] A IN - Seges/ME 1/2019 foi revogada pela IN - Seges/ME 20/2022, art. 1º, inciso I.

[48] No guia de contratação de TI do TCU, é exposto que a organização pública pode deparar-se com uma situação de dependência do fornecedor contratado quando contrata uma solução incompleta e, depois, contrata as partes faltantes, pois a organização pode inserir-se em um monopólio nas contratações das partes faltantes. Quando se configura uma situação de dependência, normalmente, a empresa fornecedora pratica preços mais altos em comparação com um mercado competitivo (BRASIL, TCU, 2012b, p. 98-99).

[49] O efeito de escala tem de ser ponderado com relação à limitação da competição, pois algumas empresas podem vender um item e outras podem vender outro item, mas menos empresas podem vender ambos os itens. É necessário verificar se é tecnicamente viável dividir o objeto (Lei 8.666/1993, art. 23, § 1º; e Lei 14.133/2021, art. 18, inciso VIII, art. 40, inciso V, alínea "a", §§ 2º e 3º, e art. 47, inciso II, § 1º).

[50] A redução de custos de gestão de contratos pode ser considerada como outro tipo de economia de escala, que deve ser justificada.

[51] Marçal Justen Filho comenta sobre a maior vantagem na contratação que consta na Lei 14.133/2021, art. 40, § 3º, inciso I (JUSTEN FILHO, 2021, p. 532):

> Por outro lado, a contratação unitária e abrangente dos diversos objetos pode propiciar outras vantagens (econômicas ou não). Por exemplo, a dimensão da contratação pode propiciar a adoção de medidas de compensação relevantes (art. 26, § 6º). Se houvesse o parcelamento, essas vantagens seriam perdidas.

[52] A unidade "ponto de função" serve para medição das funcionalidades de um *software* (o que o *software* faz) sob o ponto de vista do usuário.

[53] Há, pelo menos, outro impacto não ligado diretamente à elaboração do orçamento estimado, que é a possível quebra da padronização do objeto, pois os itens entregues mediante a celebração dos aditivos ou a execução de novas licitações podem ser diferentes dos adquiridos originalmente. A quebra de padronização pode levar ao aumento da complexidade das operações da organização pública, pois, no caso de equipamentos, é necessário entender de dois ou mais tipos de produtos, que podem apresentar funcionalidades, incompatibilidades e problemas diferentes (BRASIL, TCU, 2012b, p. 86).

[54] No glossário do guia de contratação de TI do TCU consta a seguinte definição (BRASIL, TCU, 2012b, p. 257):

> Comunidade de prática: grupo de pessoas que compartilham uma preocupação, um conjunto de problemas ou uma paixão por um tópico e que aprofundam seu conhecimento e especialização nesta área pela interação em uma base continuada (WENGER; McDERMOTT; SNYDER, 2002, p. 4).

[55] A Comunidade de Tecnologia da Informação Aplicada ao Controle (TIControle) reúne órgãos dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário e tem por finalidade contribuir para o incremento da eficiência, da eficácia e da efetividade na gestão pública, assim como para a maximização dos resultados institucionais e para a melhoria da administração pública por meio do intercâmbio de informações e de soluções de tecnologia da informação e de comunicação. A comunidade citada publicou a Orientação Técnica - TIControle 1/2010, que trata de boas práticas para a estimativa de preços na contratação de bens e serviços de TI.

[56] De acordo com notícia publicada no portal do Ministério da Economia, disponível em: <https://www.gov.br/governodigital/pt-br/noticias/concluidos-acordos-para-limitar-precos-de-produtos-dos-maiores-fabricantes-de-ti>. Acesso em: 1º mai. 2020.

[57] De acordo com notícias publicadas na imprensa, como a notícia disponível em: <https://itforum.com.br/noticias/microsoft-assina-contrato-com-governo-federal-para-oferecer-descontos/>. Acesso em: 15 mai. 2023.

[58] Disponível em: <http://www.comprasnet.gov.br/ajuda/siasg/faqsisrp_nov2006.htm>. Acesso em: 28 fev. 2021.

[59] De acordo com a Lei 8.666/1993, art. 39, *caput*, no caso de contratações de alto vulto, é mandatório que o processo licitatório se inicie com uma audiência pública. Adicionalmente, em licitações pelo SRP, deve ser computado o valor previsto nas adesões de organizações públicas não participantes (adesões tardias), para aferição do limite que torna obrigatória a realização de audiência pública, disposta na Lei 8.666/1993, art. 39, *caput*, conforme os Acórdãos 248/2017-TCU-Plenário, da relatoria do Ministro Walton Alencar Rodrigues, item 9.9.2; e 5.966/2018-TCU-Segunda Câmara, da relatoria da Ministra Ana Arraes, item 9.3.3. De acordo com a Lei 14.133/2021, a convocação de audiência pública ou consulta pública é somente uma faculdade (art. 21), independentemente do valor da contratação.

[60] O incentivo à inovação e ao desenvolvimento nacional sustentável é um dos princípios da Lei 14.133/2021, conforme seu art.11, inciso IV.

[61] Por exemplo, o Licitações-e do Banco do Brasil, que, de acordo com o seu regulamento: "é um sistema informatizado desenvolvido pelo BANCO, que possibilita a realização de licitações, por intermédio da Internet, de bens e serviços junto à fornecedores previamente cadastrados.". O regulamento do Licitações-e foi obtido em <https://www.licitacoes-e.com.br/aop/index.jsp>, na área de "*Links* Úteis". Acesso em: 19 abr. 2020.

62 Como é exposto no item "8.12.6. Análise de preços aparentemente inexequíveis", existe a presunção relativa de inexequibilidade, que é confirmada ou não, após a empresa ser instada a justificar seus preços. Portanto, a princípio, os preços são supostamente inexequíveis.

[63] Disponível em: <https://gestgov.discourse.group/t/in-73-2020-art-5-inciso-iii--pesquisas-em-sites-de-dominio-amplo/14073>, Acesso em: 3 ago. 2021.

[64] Acesso aos portais em: 15 fev. 2022.

[65] Passou a constar na IN - Seges/ME 73/2020, art. 5º § 1º, inciso IV; na IN - Seges/ME 65/2021, art. 5º § 1º, inciso IV; e na Lei 14.133/2021, art. 23, § 1º, inciso IV.

[66] Para ilustrar a necessidade de comunicar os resultados a alcançar, para ajudar os interessados e os licitantes a delimitar qual solução oferecer, em 1995, o TCU conduziu licitação, para contratar servidores de rede e microcomputadores com desempenho superior. Os últimos eram destinados ao uso de *softwares* de CAD/CAM (para atividades de engenharia e arquitetura) e editoração de publicações, como a Revista do TCU. Como as empresas não tiveram acesso aos resultados esperados da contratação, ofereceram servidores de rede de menor porte no lugar de microcomputadores de alto desempenho, pois foi o que depreenderam das especificações estabelecidas. Lembrando que servidores de rede, ainda que fossem os de menor porte, apresentavam *hardware* mais robusto que um microcomputador de alto desempenho, o que levava a custo mais alto.

[67] A seção I do voto condutor do Acórdão 2.569/2018-TCU-Plenário, da relatoria do Ministro Aroldo Cedraz, trata da aplicabilidade da Lei 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor) às contratações da Administração Pública.

[68] Essa observação foi derivada da Portaria - MJ 80/2016 (revogada), Anexo I, item 3.4.5, que regulamentava os critérios e os padrões definidos pela IN - SLTI/MP 5/2014, em complemento ao disposto no art. 8º da Portaria - MJ 2.999/2012, e suas alterações.

[69] Norma revogada pela IN - Seges/ME 73/2020.

[70] Essa figura foi elaborada com base em versão feita pelo AUFC Cláudio Silva da Cruz.

[71] Adicionalmente, essa regra também se aplica à contratação de bens e serviços comuns por meio de pregão, mediante a aplicação subsidiária da Lei 8.666/1993 à Lei do Pregão (Lei 10.520/2002, art. 9º).

[72] Exemplos: Acórdãos 697/2006, voto condutor, parágrafos 8-13; 1.678/2013, voto condutor, parágrafo 24; e 2.362/2015, relatório, parágrafo 3, excerto do relatório da unidade técnica (Sefti), parágrafos 103-119, todos do Plenário do TCU.

[73] Quanto ao Acórdão 3.028/2010-TCU-Plenário, citado no parágrafo 41 do trecho transcrito, aparentemente, trata-se do Acórdão 3.028/2010-TCU-Segunda Câmara, da relatoria do Ministro Benjamin Zymler.

[74] A descentralização dos recursos para o aplicativo citado foi publicada no Diário Oficial do Estado do Rio de Janeiro, de 31/3/3020 / Parte I (Poder Executivo), p. 9 / Secretaria de Estado de Ciência, Tecnologia e Inovação / Administração Vinculada / Fundação Carlos Chagas Filho de Apoio à Pesquisa do Estado do Rio de Janeiro / PORTARIA CONJUNTA FAPERJ/SECTI Nº 409 DE 27 DE MARÇO DE 2020. A busca pela portaria citada pode ser feita pelo endereço eletrônico a seguir, usando a palavra-chave "Portaria Conjunta": <http://www.ioerj.com.br/portal/modules/conteudoonline/busca_do.php?acao=busca>. Acesso em 22 mar. 2022.

[75] A suspensão foi noticiada pelo Observatório Político e Socioambiental (Instituto OPS). Disponível em: <https://institutoops.org.br/tag/aplicativo/>. Acesso em: 2 mar. 2021.

[76] Ressalta-se que, no Acórdão 714/2010-TCU-Plenário, da relatoria do Ministro-Substituto Marcos Bemquerer, item 9.2.3.3, também consta determinação para divulgar o valor estimado da contratação no edital.

[77] **Sistema Eletrônico de Informações - SEI**

> O Sistema Eletrônico de Informações (SEI), desenvolvido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF4), é uma ferramenta de gestão de documentos e processos eletrônicos, e tem como objetivo promover a eficiência administrativa. O SEI integra o Processo Eletrônico Nacional (PEN), uma iniciativa conjunta de órgãos e entidades de diversas esferas da administração pública, com o intuito de construir uma infraestrutura pública de processos e documentos administrativos eletrônico. Saiba mais sobre o PEN e o SEI.

Disponível em: <https://www.gov.br/mds/pt-br/servicos/sistema-eletronico-integrado-sei>. Acesso em: 15 mai. 2023.

[78] A expressão "objetos idênticos", que consta do § 1º do art. 7º da IN - Seges/ME 65/2021, soa exagerada, pois, dificilmente, os objetos de outras contratações serão idênticos, considerando aspectos, como quantidades e itens de serviços a contratar. Outras contratações podem abranger, por exemplo, quantidades parecidas, mas distintas e incluir mais serviços do que a contratação que está sendo planejada. Entretanto, mesmo assim, em princípio, poderão ser aproveitadas na elaboração do orçamento estimado, de modo que a organização pública, geralmente, pode ajustar as quantidades de contratações anteriores com o cuidado de considerar efeitos de economia de escala e excluir os valores dos serviços adicionais dessas contratações.

[79] Vale ressaltar que se pode consultar os acórdãos no portal do TCU e também baixá-los em arquivos no formato MS-Word ou PDF, que apresentam a vantagem de preservar a formatação original dos documentos (*e.g.* a numeração e a tabulação originais dos parágrafos são mantidas).

[80] No caso de ARP que permitir a adesão de até o dobro do quantitativo de cada item registrado para o órgão gerenciador e para os órgãos participantes (Decreto 7.892/20, art. 22, § 4º), o valor que deverá levar à aprovação da formação da ata pelo órgão central do Sisp corresponde a um terço do valor estabelecido na IN - SGD/ME 5/2021, art. 2º, inciso I). Isso ocorre porque o valor correspondente a um terço do valor estabelecido na IN - SGD/ME 5/2021, art. 2º, inciso I, acrescido do dobro desse valor relativo às adesões por órgãos não participantes (mais dois terços do valor), leva a três terços do valor citado, ou seja, ao valor estabelecido naquele dispositivo.

[81] O Decreto 9.203/2017, art. 2º, inciso II, apresenta a definição de "valor público":

> Art. 2º Para os efeitos do disposto neste Decreto, considera-se:
>
> [...]
>
> II - valor público - produtos e resultados gerados, preservados ou entregues pelas atividades de uma organização que representem respostas efetivas e úteis às necessidades ou às demandas de interesse público e modifiquem aspectos do conjunto da sociedade ou de alguns grupos específicos reconhecidos como destinatários legítimos de bens e serviços públicos;

[82] No caso de estagiários atuarem em meio período, pode-se estabelecer a premissa de que um microcomputador pode atender a dois estagiários de uma mesma unidade da organização pública.

RESPONSABILIDADE PELO CONTEÚDO

Secretaria-geral de Controle Externo (Segecex)
Secretaria de Controle Externo de Governança, Inovação e Transformação Digital do Estado (SecexEstado)
Auditoria Especializada em Tecnologia da Informação (AudTI)

RESPONSABILIDADE EDITORIAL

Secretaria-Geral da Presidência (Segepres)
Secretaria de Comunicação (Secom)
Serviço de Criação e Editoração (Secrid)

PROJETO GRÁFICO, DIAGRAMAÇÃO E CAPA

Secretaria de Comunicação (Secom)
Serviço de Criação e Editoração (Secrid)

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

SAFS Qd 4 Lote 1 Anexo II Sala 330
70.042-900 Brasília - DF
(61) 3527-5303 | (61) 3527-5305 | (61) 3527-7408

Ouvidoria do TCU
Fone 0800 644 1500
ouvidoria@tcu.gov.br

Impresso pela Senge/Segedam

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

Missão

Aprimorar a Administração Pública em benefício da sociedade por meio do controle externo.

Visão

Ser referência na promoção de uma Administração Pública efetiva, ética, ágil e responsável.

www.tcu.gov.br