

ORIENTAÇÃO N.º 194/2023

NAS CONTRATAÇÕES DE T.I. O ETP DEVE ABORDAR EVENTUAL DEPENDENCIA DA SOLUÇÃO

Orientação

O Tribunal de Contas da União [TCU], em recente decisão, no **Acórdão 1.685/2023¹**, examinando contratação de T.I., elucidou que, quando contratações do gênero gerarem certa dependência, a Administração deve refletir no estudo técnico preliminar sobre as hipóteses de continuidade ou substituição da solução. Veja:

Acórdão 1685/2023 Plenário (Representação, Relator Ministro Benjamin Zymler)

Licitação. Bens e serviços de informática. Planejamento. Dependência. Tecnologia. Estudo de viabilidade. Solução de TI.

Nas contratações de TI em que houver risco de dependência em relação a determinada solução tecnológica, o estudo técnico preliminar da contratação deve incluir estudo de viabilidade acerca da continuidade ou substituição da solução em uso, com a divulgação de seus resultados.

Alinhada a isso, a Instrução Normativa SGD/ME nº 94/2022, que *“dispõe sobre o processo de contratação de soluções de Tecnologia da Informação e Comunicação - TIC pelos órgãos e entidades integrantes do Sistema de Administração dos Recursos de Tecnologia da Informação - SISP do Poder Executivo Federal”*, prevê em seu Anexo I, subitem 1.4.1, a necessidade de serem promovidas avaliações sobre eventual dependência da futura contratação:

Instrução Normativa SGD/ME nº 94, de 23 de dezembro de 2022

[...]

ANEXO I

DIRETRIZES ESPECÍFICAS DE PLANEJAMENTO DA CONTRATAÇÃO

1. CONTRATAÇÃO DE LICENCIAMENTO DE SOFTWARE E SERVIÇOS AGREGADOS:

[...]

1.4. No Estudo Técnico Preliminar da Contratação, deve-se:

1.4.1. Avaliar e definir ações para viabilizar a possível substituição da solução a ser contratada adotando medidas que minimizem a dependência tecnológica, a exemplo da adoção de padrões tecnológicos comuns de mercado ou padrões abertos e da previsão de serviços e funcionalidades de migração;

¹ Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/redireciona/acordao-completo/ACORDAO-COMPLETO-2613441>. Acesso em 04 de outubro de 2023.

É claro, a norma citada se aplica ao Governo Federal, e o caso versa sobre o regime de contratações de empresas públicas, mas a decisão do TCU traz à luz pontos importantes a serem considerados quando da elaboração do ETP para contratações de tecnologia da informação. A dependência de determinada solução impacta a continuidade dos serviços públicos, pode refletir em novas contratações e gerar novos custos. Por isso, definir a necessidade de contratação já projetando os reflexos que a solução adotada poderá gerar, prestigia o planejamento e a autonomia do Ente/poder/órgão contratante.

O ETP e a Nova Lei de Licitações

Complementando a compreensão sobre o estudo técnico preliminar e as previsões da Nova Lei de Licitações, cumpre destacar que é o art. 18, da Lei Federal nº 14.133/2021 o dispositivo que rege a fase de planejamento das compras públicas, sendo o ETP citado no inciso I, do mesmo art. 18, como um dos elementos que compõem a fase de planejamento:

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:

I - a descrição da necessidade da contratação fundamentada em estudo técnico preliminar que caracterize o interesse público envolvido;

II - a definição do objeto para o atendimento da necessidade, por meio de termo de referência, anteprojeto, projeto básico ou projeto executivo, conforme o caso;

III - a definição das condições de execução e pagamento, das garantias exigidas e ofertadas e das condições de recebimento;

IV - o orçamento estimado, com as composições dos preços utilizados para sua formação;

V - a elaboração do edital de licitação;

VI - a elaboração de minuta de contrato, quando necessária, que constará obrigatoriamente como anexo do edital de licitação;

VII - o regime de fornecimento de bens, de prestação de serviços ou de execução de obras e serviços de engenharia, observados os potenciais de economia de escala;

VIII - a modalidade de licitação, o critério de julgamento, o modo de disputa e a adequação e eficiência da forma de combinação desses parâmetros, para os fins de seleção da proposta apta a gerar o resultado de contratação mais vantajoso para a Administração Pública, considerado todo o ciclo de vida do objeto;

IX - a motivação circunstanciada das condições do edital, tais como justificativa de exigências de qualificação técnica, mediante indicação das parcelas de maior relevância técnica ou valor significativo do objeto, e de qualificação econômico-financeira, justificativa dos critérios de pontuação e julgamento das propostas técnicas, nas licitações com julgamento por melhor técnica ou técnica e preço, e justificativa das regras pertinentes à participação de empresas em consórcio;

X - a análise dos riscos que possam comprometer o sucesso da licitação e a boa execução contratual;

XI - a motivação sobre o momento da divulgação do orçamento da licitação, observado o [art. 24 desta Lei](#).
[destacamos]

Componente da fase interna, documento que visa, justamente, “descrever a necessidade da administração, destacando o interesse público envolvido e a melhor solução” [como define o art. 6º, inciso XX², da Lei 14.133/21], o ETP possui “forma” estabelecida pelos parágrafos 1º e 2º, ambos do art. 18:

Art. 18 [...]

§ 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:

I - descrição da necessidade da contratação, considerado o problema a ser resolvido sob a perspectiva do interesse público;

II - demonstração da previsão da contratação no plano de contratações anual, sempre que elaborado, de modo a indicar o seu alinhamento com o planejamento da Administração;

III - requisitos da contratação;

IV - estimativas das quantidades para a contratação, 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;**

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

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;

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

VIII - justificativas para o parcelamento ou não da contratação;

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

X - providências a serem adotadas pela Administração previamente à celebração do contrato, inclusive quanto à capacitação de servidores ou de empregados para fiscalização e gestão contratual;

XI - contratações correlatas e/ou interdependentes;

XII - descrição de possíveis impactos ambientais e respectivas medidas mitigadoras, incluídos requisitos de baixo consumo de energia e de outros

² Art. 6º [...]

XX - estudo técnico preliminar: documento constitutivo da primeira etapa do planejamento de uma contratação que **caracteriza o interesse público envolvido e a sua melhor solução** e dá base ao anteprojeto, ao termo de referência ou ao projeto básico a serem elaborados caso se conclua pela viabilidade da contratação;

recursos, bem como logística reversa para desfazimento e reciclagem de bens e refugos, quando aplicável;

XIII - posicionamento conclusivo sobre a adequação da contratação para o atendimento da necessidade a que se destina.

§ 2º O estudo técnico preliminar deverá conter ao menos os elementos previstos nos incisos I, IV, VI, VIII e XIII do § 1º deste artigo e, quando não contemplar os demais elementos previstos no referido parágrafo, apresentar as devidas justificativas.

[destacamos]

Portanto, percebe-se dos pontos destacados do ETP, a possibilidade de reflexão sobre o tema apreciado e citado no Acórdão do TCU, que exprime a ideia de que essa peça do planejamento licitatório [ETP], deve contemplar o risco de dependência do órgão/ente/poder à solução que será contratada, eventuais medidas mitigadoras desse risco, preservando autonomia legal e operacional do contratante, não vinculando excessivamente o Poder Público ao fornecedor. Embora os regulamentos federais induzam a essa análise, e esses regulamentos não se apliquem diretamente às demais esferas, é preciso que se tenha atenção a esse ponto, pois a estrutura legal do ETP [art. 18, §1º] pressupõe esse exame.

Ainda nesse conceito, de evitar a dependência, a Lei Federal nº 14.133/2021, em seu art. 93, combinado como §1º, prevê a cessão de direitos patrimoniais e de dados quando as contratações públicas buscarem soluções intelectuais, inclusive as tecnológicas:

Art. 93. Nas contratações de projetos ou de serviços técnicos especializados, inclusive daqueles que contemplem o desenvolvimento de programas e aplicações de internet para computadores, máquinas, equipamentos e dispositivos de tratamento e de comunicação da informação (software) - e a respectiva documentação técnica associada -, o autor deverá ceder todos os direitos patrimoniais a eles relativos para a Administração Pública, hipótese em que poderão ser livremente utilizados e alterados por ela em outras ocasiões, sem necessidade de nova autorização de seu autor.

§ 1º Quando o projeto se referir a obra imaterial de caráter tecnológico, insuscetível de privilégio, a cessão dos direitos a que se refere o caput deste artigo incluirá o fornecimento de todos os dados, documentos e elementos de informação pertinentes à tecnologia de concepção, desenvolvimento, fixação em suporte físico de qualquer natureza e aplicação da obra.

[destacamos]

Conclusão

Ante o exposto, S.M.J., conclui-se que o TCU tem interpretado que as contratações de T. I. devem, já no Estudo Técnico Preliminar [ETP], contemplar eventuais dependências do Poder Público com fornecedores, além de refletirem sobre os meios de mitigação desses

riscos. Isso no **Acórdão 1685/2023**, que envolveu apreciação de regulamentos federais e o Regime das Estatais.

Apesar disso, existem aspectos importantes na decisão, elementos a serem refletidos e observados quando da elaboração do Estudo, também, sob o regime da Lei Federal nº 14.133/2021, e em qualquer esfera federativa, especialmente diante da estrutura essencial do ETP, prescrita pelo art. 18, e seus parágrafos 1º e 2º.

Adamantina/SP, 4 de outubro de 2023.

Leonardo Vieira de Souza
Consultor Responsável pela Elaboração

José Carlos Pacheco de Almeida
Responsável pela Revisão e Aprovação