

Interessado -

À NP TECNOLOGIA E GESTÃO DE DADOS LTDA.

Referente -

PESQUISA DE PREÇOS PELO PODER PÚBLICO –
VIABILIDADE DA ADOÇÃO DA FERRAMENTA PRIVADA
“BANCO DE PREÇOS”.

**NOTA TÉCNICA PARA ANÁLISE DA VIABILIDADE JURÍDICA DA CONTRATAÇÃO, POR
INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO, DA FERRAMENTA BANCO DE PREÇOS COMO
FONTE DE PESQUISA À FORMAÇÃO DE PREÇOS PELO PODER PÚBLICO.**

Ementa: CONTRATAÇÕES PÚBLICAS. LEI Nº 14.133/2021. FASE PREPARATÓRIA. PLANEJAMENTO. PESQUISA DE PREÇOS. ESTIMATIVA DE VALOR DA CONTRATAÇÃO. ADOÇÃO DE FERRAMENTAS PRIVADAS DE PESQUISA PARA COLETA DE DADOS PARA FORMAÇÃO DE PREÇOS. FERRAMENTA BANCO DE PREÇOS. INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 65/2021 - SEGES /ME. VIABILIDADE DE CONTRATAÇÃO DIRETA POR INEXIGIBILIDADE.

1. OBJETO DE ANÁLISE DA PRESENTE NOTA TÉCNICA

A presente Nota Técnica possui como escopo a análise dos benefícios e da viabilidade jurídica, mediante contratação direta por inexigibilidade, da adoção de ferramentas privadas de pesquisa de preços para auxiliar a atividade administrativa de pesquisa de preços, de acordo com os parâmetros da Instrução Normativa nº 65/2021 - SEGES /ME e da Lei nº 14.133/2021.

2. FERRAMENTA BANCO DE PREÇOS

O objeto específico da presente análise consubstancia-se na ferramenta BANCO DE PREÇOS, formada por um conjunto singular de funcionalidades que permitem sua qualificação como instrumento diferenciado e eficiente à pesquisa de preços elaborada pelo Poder Público, na fase preparatória da contratação.

Sendo assim, importante esclarecer o que é essa ferramenta, quais as suas principais funcionalidades e qual a finalidade da sua utilização pelo Poder Público.

O BANCO DE PREÇOS, ferramenta criada há mais de 12 anos, surgiu em decorrência da identificação das dificuldades do setor público em obter resultados sólidos e confiáveis em suas pesquisas de preços, não apenas para proporcionar contratações mais econômicas e eficientes, com resultado aderente ao planejamento, mas também para gerar respaldo técnico e jurídico aos agentes envolvidos no processo de contratação, tendo em vista os riscos de questionamentos por parte de órgãos de controle.

Assim, trata-se de solução integrada, destinada ao apoio dos agentes públicos no desenvolvimento e na instrução das diversas etapas da contratação administrativa, especialmente à etapa preparatória da licitação, amparando-a na especificação do objeto, elaboração do termo de referência, realização da pesquisa de preço e negociação de preços, possibilitando uma atuação conjunta, padronizada e eficiente entre os setores.

Dentre as suas funcionalidades, a ferramenta BANCO DE PREÇOS possui os seguintes diferenciais e características exclusivas:

- Base de preços públicos com mais de 1.185 fontes;
- Apresenta preços de 1.500 sites de domínio amplo com foto do objeto a ser cotado;
- Única ferramenta que apresenta preços de base de notas fiscais eletrônicas de 26 estados brasileiros, de acordo com a nova lei de licitações 14.133/2021;
- Apresenta preço de tabelas complementares, entre elas, Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos (CMED), Banco de Preços em Saúde (BPS), Centrais de Abastecimento (CEASA), Companhia Nacional de Abastecimento (CONAB), Sistema Nacional de Pesquisa de Custos e Índices da Construção Civil (SINAPI), Sistema de Custos Referenciais de Obras (SICRO), Planilhas de Preços de referenciais em Obras da Secretaria de Infraestrutura Urbana do Estado do Ceará (SEINFRA) e Secretaria de Estado de Infraestrutura e Mobilidade de Minas Gerais (SETOP).
- Possui módulo exclusivo de cotação direta com fornecedor, sendo possível solicitar via sistema pedidos de orçamentos para diversos fornecedores com emissão de relatórios das empresas que responderam ou não ao pedido de orçamento solicitado pela Administração Pública;
- Apresenta não apenas o menor preço da licitação, mas também os preços iniciais e finais de todos os licitantes;
- Terceirização: permite a consulta de planilhas de custos de serviços, oferecendo uma visualização anual do custo da mão de obra para a administração pública, além de informações detalhadas mensais. Assim, permite a cotação de preços de serviços terceirizados para licitações, incluindo tabelas com valores de salários, benefícios, etc. Este módulo é voltado para disponibilizar arquivos de serviços terceirizados, permitindo que o cliente encontre planilhas de custos usadas como referência em processos realizados por outras instituições;
- Única base de consulta de preços praticados pela administração pública nos últimos 14 anos;
- Única solução que apresenta justificativa em relatório sobre o método matemático aplicado na consulta dos preços, conforme instruções normativas 73/2020 e 65/2021;
- Traz a opção de aplicação automática de índices de atualização de preços como IPCA/IGP-M entre outros;
- Apresenta histórico comercial de preços praticados em licitações vencidas pelos fornecedores;
- Emite alertas de que a pesquisa de preços não está dentro dos parâmetros configurados pela Instituição, minimizando erros;
- Possui módulo para elaboração de especificações de objetos (termo de referência), sem limite de usuários;
- Permite a consulta de atas e intenções de registro de preços vigentes;

- Disponibiliza painel de negociações, por meio do CNPJ do fornecedor e a descrição do objeto possibilita aos pregoeiros dados relevantes para negociação de preços, oportunizando a redução de preços e maior economia para a Instituição;
- Emite relatórios com comparativo de preços em atendimento as instruções normativas 73/2020 e 65/2021, possuindo código de QR CODE para verificação da autenticidade dos dados.
- Apresenta Motor inteligente de busca;
- Relatório de cotação contendo classificação e gráfico pela curva abc, onde analisa o estoque de compras e categoriza os itens, informando qual é o mais importante, desde o MAIOR VALOR, VALOR MÉDIO E MENOR VALOR dos orçamentos na pesquisa;
- Permite inclusão de assinatura digital nos relatórios de preços;
- Possui diversos filtros, como por fornecedores por porte (ME, EPP, Médio e Grande porte), adesão saldo da Ata, unidade de fornecimento, modelo, licitações homologadas e filtro avançado pelo nome do órgão;

Como se pode notar, a ferramenta BANCO DE PREÇOS auxilia o Poder Público a extrair informações de preços mais precisas e confiáveis, trazendo maior segurança ao cenário das contratações públicas no país, ainda marcado por elevada assimetria de informação e, por consequência, desconfiança generalizada.

Nesse sentido, importante trazer à baila o descritivo completo da ferramenta BANCO DE PREÇOS, conforme todas as suas funcionalidades abaixo:

- Cotação de Preços, Funcionalidade para gestão de cotações, possibilitando: Criação, Edição, Exclusão, Restauração, Duplicação, Compartilhamento, Análise Automatizada, Geração de Relatório, Importação de Itens, Inclusão de Itens, Edição de Itens, Exclusão de Itens, Inclusão de Preços em Itens, Remoção de Preços em Itens, Envio de Convite a Fornecedores.
- Pesquisa de Preços de Produtos e Serviços baseado nos filtros: Objeto, Catmat/Catser, Data, Região, Estado, Cidade, Marca, CNPJ do Fornecedor, Pregão, Órgão, Modalidade, Quantidade, Materiais ou Serviços, Participação Exclusiva, Itens Sustentáveis, SRP. Possibilitando a visualização dos detalhes dos preços e a inclusão destes em cotações.
- Pesquisa sistêmica que atende aos parâmetros da lei nº 14.133/21, art. 23, instrução normativa nº 65/2021, entre outras orientações de órgãos de controle.

- Mapa de Fornecedores, apresenta em alguns cliques a relação de fornecedores da sua região que participam e vencem licitações, você ainda tem acesso ao histórico comercial dos preços praticados para o governo.
- Mapa de Competitividade, informa se há a possibilidade de competição entre EPP e ME para determinado material ou serviço em sua região.
- Terceirização, funcionalidade que possibilita a busca de serviços de terceirização baseado no tipo de serviço, Estado, Período e especificação adicional, possibilitando a criação e exclusão de cotação e a geração de relatório.
- Termo de Referência, funcionalidade que possibilita a criação, edição e exclusão de termos de Referência, permitindo também a inclusão, importação, edição e exclusão de especificações técnicas além da edição e geração do modelo do documento.
- Especificação Técnica, funcionalidade que permite a inclusão, exclusão, envio e geração de relatórios de especificação técnica para compras de produtos/serviços, para inclusão sistema disponibiliza assistente com intuito de guiar a criação de especificação de acordo com os itens já existentes no banco de dados do sistema.
- Penalidades, apresenta os fornecedores que têm penalidades aplicadas, através da pesquisa por CNPJ ou razão social.
- Painel de negociações, auxilia na redução de custos, por meio dele é possível saber todo o histórico de preços praticados por fornecedores em outras licitações, além das margens de descontos, propostas vencedoras e negociações realizadas.
- Registro de preços, traz Atas de Registro de Preços vigentes para adesão e Intenções de Registro de Preços.
- Certidões, emite certidões de fornecedores do CNJ e do TCU diretamente do nosso sistema sem ter que buscar em seus respectivos websites externamente.
- Mentoria, módulo que permite que usuário se mantenha capacitado através dos agendamentos de treinamentos para manuseio do sistema, bem como um banco de vídeos com lives e cursos sobre pesquisa de preços, além de manuais para uso do Banco de Preços.

Conforme se depreende do descritivo acima, a base de dados demonstra que a abrangência da pesquisa de preços promovida pela ferramenta BANCO DE PREÇOS vai muito além de pesquisas em apenas uma fonte, como o sítio eletrônico “Compras Governamentais”, por exemplo, garantindo acesso à inúmeras outras fontes, aumentando o espectro de alcance de bens e serviços já contratados pelo Poder Público, e, por conseguinte, assegurando pesquisas de preços mais precisas e menos onerosas ao interesse público.

Assim, quanto mais ampla e aderente for a pesquisa de preços, mais adequado será o planejamento da contratação e, por conseguinte, o valor final contratado, o que pode ser assegurado pela ferramenta BANCO DE PREÇOS, especialmente porque, além das inúmeras fontes de pesquisa (entes públicos e domínio amplo), ela permite a cotação direta com fornecedores, a cotação de preços tabelados, a cotação em bancos específicos e a pesquisa em notas fiscais eletrônicas, tudo assegurado em histórico de preços dos últimos 12 anos.

Além disso, importante destacar que as pesquisas de preços proporcionadas pela ferramenta BANCO DE PREÇOS não atingem apenas os lances finais ofertados e os valores efetivamente contratados ou resultantes de contratações diretas, mas, também, os lances iniciais apresentados pelos licitantes, o que também auxilia o planejamento da Administração Pública e permite, inclusive, considerar e ponderar as situações que levaram o fechamento do preço final, e, assim, dar margem de negociação aos fornecedores, considerando e respeitando a lógica do mercado na data e local do planejamento da contratação.

Insiste-se que, a base de dados somada ao instrumento de pesquisa colocado à disposição do agente público permite maior eficiência à atividade administrativa de análise dos preços de mercado, já que a tecnologia a torna mais prática, útil e finda por desonerar o tempo do agente público responsável.

Não fosse isso bastante, como a ferramenta BANCO DE PREÇOS gera relatórios de atividades realizadas na plataforma, especialmente em relação à pesquisa de preços, há

maior segurança jurídica aos agentes públicos, que terão documentado todo o processo de pesquisa de preços realizado, com a metodologia adotada, comparativo de preços, verificação de autenticidade e alertas de riscos de erros, assegurando meios para demonstrar e comprovar a efetiva motivação do ato, transparência e mitigação de impactos negativos ao processo de contratação.

Como se pode notar, a ferramenta BANCO DE PREÇOS não se trata de uma fonte de pesquisa, mas um instrumento que permite pesquisa de preços em mais de uma fonte, simultaneamente, sendo suficiente para realizar ampla pesquisa de preços, conforme exige a legislação pátria.

Não há como negar, portanto, que se trata de produto formado por tecnologias e recursos complexos, de natureza única, cujo fornecimento é exclusivo da NP TECNOLOGIA E GESTÃO DE DADOS LTDA., conforme se passa a demonstrar.

3. CONSIDERAÇÕES E FUNDAMENTOS JURÍDICOS

3.1 Da pesquisa de preços

Antes de adentrar à análise da disciplina legal aplicável ao tema da possibilidade de contratação de ferramentas para realização de pesquisas de preços por agentes públicos, importante conceituar a pesquisa de preços, que se trata de atividade administrativa que deve ser realizada previamente pelo Poder Público, quando da intenção de contratar.

Nesse sentido, de acordo com o Tribunal de Contas da União, a formalização da pesquisa de preços é considerada um “procedimento prévio e indispensável para a verificação de existência de recursos suficientes para cobrir despesas decorrentes de contratação pública. Serve de base também para confronto e exame de propostas em licitação.”¹

¹ TCU. Tribunal de Contas da União. Livro Licitações e Contratos - Orientações e Jurisprudência do Tribunal de Contas da. 4. ed. TCU. 2010.

Assim, o objetivo da pesquisa de preços é, senão, identificar o valor de referência do objeto no mercado, aproximando-o do valor daquele que será de fato contratado, em prol da garantia do interesse público, da economicidade e da contratação da proposta mais vantajosa.

Como se pode notar, a pesquisa de preços vai auxiliar a elaboração da estimativa do valor da contratação, sendo esta, portanto, fase integrante do processo de planejamento da contratação, que integra, por conseguinte, o processo estratégico e de governança e gestão das contratações, visando gerenciar adequadamente o fluxo das contratações públicas.

Sendo atividade estratégica, portanto, a formalização da pesquisa de preços não pode ser delegada para terceiros, de modo que “a montagem precisa de planilhas de custos e de formação de preços por parte da Alta Administração é parte fundamental desse processo de governança pública, evitando-se gastos desnecessários, custos acima dos valores de mercado (...) bem como buscando alcançar o sucesso do certame licitatório.”²

A elaboração da estimativa do valor da contratação, dessa forma, é uma das fases mais importantes do planejamento da contratação, e, por conseguinte, da construção do termo de referência, eis que a planilha estimativa dos custos deve estar baseada na pesquisa de preços e comportamento do mercado para determinado objeto que se pretende contratar.

Sendo uma das fases mais importantes da contratação, e, por assim dizer, atividade estratégica garantidora dos princípios basilares da atividade estatal, a realização do planejamento da contratação é atribuição do Poder Público, e, igualmente, é a formalização da pesquisa de preços, sendo esta uma atividade indelegável.

² BARBIRATO, Bruno. Art. 6º - Incisos XX a XXIII. In. DAL POZZO, Augusto; CAMMAROSANO, Márcio; ZOCKUN, Maurício (coord.) **Lei de Licitações e Contratos Administrativos Comentada**: Lei 14.133/2021. São Paulo, Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 73

Sobre as competências administrativas, bem destaca Celso Antônio Bandeira de Mello que são “feixes de atribuição concebidos para proporcionar a realização *in concreto* dos desideratos legais, cujo atendimento propõe-se para órgãos e agentes administrativo.”³

A Lei nº 14.133/2021 não deixa dúvidas em relação à formalização da pesquisa de preços ser atividade estratégica do Poder Público, tendo estabelecido em seu artigo 11 que aquele deverá implementar processos e estruturas de gestão de riscos e controles internos para avaliar, direcionar e monitorar os processos licitatórios e os respectivos contratos, promovendo, assim, um ambiente íntegro e confiável, bem como eficiência, efetividade e eficácia em suas contratações.

E tais ferramentas de boa governança e gestão deverão assegurar, necessariamente, o alinhamento das contratações ao planejamento estratégico e às leis orçamentárias, mediante adoção do Plano Anual de Contratações e o catálogo eletrônico de padronização.

A atribuição estratégica da pesquisa de preços aos agentes públicos responsáveis pela contratação fica ainda mais evidente, especialmente considerando o que disciplinam o artigo 6º, inciso XXIII, alínea “i”, artigo 18, incisos IV e IX, e artigo 23, §1º, todos daquele diploma.

Assim, naquilo que diz respeito ao artigo 6º, inciso XXIII, alínea “i” em comento, este disciplina a obrigatoriedade de a estimativa do valor da contratação integrar o termo de referência, documento necessário para contratações de bens e serviços, cuja elaboração é de competência da Administração Pública:⁴

³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 148.

⁴ Sobre a competência de elaboração de termo de referência, destaca-se a disciplina do artigo 3º, inciso XI, do Decreto nº 10.024/2019, que regulamenta o Pregão Eletrônico:

XI - termo de referência - documento elaborado com base nos estudos técnicos preliminares, que deverá conter:

Av. João Gualberto, 780, 3º, 4º e 5º andares – CEP 80030-000 – Curitiba – Paraná – Brasil
www.pirontiadogados.com +55 (41) 3209-7200 +55(41) 3209-7300

Art. 6º - 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;

Da mesma forma, em relação ao artigo 18, incisos IV e IX, este disciplina a fase preparatória da contratação, caracterizada pelo planejamento e devendo estar de acordo com as leis orçamentárias e demais aspectos que podem interferir na contratação, dentre os quais, o orçamento estimado:

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:

(...)

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

(...)

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;

Senão, de acordo com o Conselho da Justiça Federal, que aprovou enunciados sobre aplicação da Nova Lei de Licitações e Contratos, Lei nº 14.133/2021, a estimativa do valor de uma contratação será balizada por uma adequada pesquisa de preços:

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:

1. a definição do objeto contratual e dos métodos para a sua execução, vedadas especificações excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, que limitem ou frustrem a competição ou a realização do certame;
2. o valor estimado do objeto da licitação demonstrado em planilhas, de acordo com o preço de mercado; e
3. o cronograma físico-financeiro, se necessário;

ENUNCIADO 17

A estimativa do valor da contratação realizada por meio dos Estudos Técnicos Preliminares, de que trata o art. 18, § 1º, inciso VI, será, via de regra, **uma análise inicial dos preços praticados no mercado por servir unicamente à análise da autoridade competente quanto à viabilidade econômica da contratação.** De forma diferente, há uma estimativa do valor da contratação realizada pelo setor competente do órgão, conforme o art. 6º, inciso XXIII, “i”, que **servirá como base à análise da aceitabilidade das propostas na fase externa do processo licitatório e, por isso, utilizará os parâmetros do art. 23 e seus parágrafos,** combinados, sempre que possível, em uma “cesta de preços”, priorizando os preços públicos, salvo quando, de acordo com o Manual de Atribuições e Regulamento Interno do órgão, a obrigação recair para o mesmo setor que estiver elaborando os Estudos Técnicos Preliminares.⁵ (grifou-se)

Em relação ao artigo 23 da Lei 14.133/2021, este disciplina expressamente como deve proceder a formalização do valor estimado da contratação:

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

⁵ Simpósio de Licitações e Contratos da Justiça Federal (1.: 2022; Brasília, DF). I Simpósio de Licitações e Contratos da Justiça Federal : Enunciados Aprovados / Conselho da Justiça Federal ; realização do evento: Secretaria de Administração; Centro de Estudos Judiciários; coordenação: geral, Jodelmir Pereira de Souza; coordenação científica, Luana de Carvalho de Almeida; coordenação executiva, Alexandre Fagundes. – Brasília : Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2022.

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.

Naquilo que diz respeito à Instrução Normativa nº 65/2021, que regulamenta a pesquisa de preços incluída na Nova Lei de Licitações e Contratações, no âmbito da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional, o artigo 3º não deixa qualquer dúvida em relação à sua atribuição ser competência exclusiva de agentes públicos:

Formalização

Art. 3º A pesquisa de preços será materializada em documento que conterá, no mínimo:

I - descrição do objeto a ser contratado;

II - identificação do(s) agente(s) responsável(is) pela pesquisa ou, se for o caso, da equipe de planejamento;

III - caracterização das fontes consultadas;

IV - série de preços coletados;

V - método estatístico aplicado para a definição do valor estimado;

VI - justificativas para a metodologia utilizada, em especial para a desconsideração de valores inconsistentes, inexequíveis ou excessivamente elevados, se aplicável;

VII - memória de cálculo do valor estimado e documentos que lhe dão suporte; e

VIII - justificativa da escolha dos fornecedores, no caso da pesquisa direta de que dispõe o inciso IV do art. 5º.

Veja-se, nesses termos que a IN nº 65/2021 determinou de forma expressa que deve ser identificado o agente responsável pela cotação ou equipe de planejamento, deixando claro que se trata de atividade que deve ser exercida diretamente pelo Poder Público.

Como se pode notar, tanto a Lei nº 14.133/2021 como a sua respectiva Instrução Normativa Regulamentar vão ao encontro da compreensão de que a formalização da pesquisa de preços integra atividade estratégica da Administração, não podendo, portanto, ser delegada.

Nesse sentido, senão, o posicionamento sedimentado no Tribunal de Contas da União é de que a competência para realização de pesquisas de preços no mercado é “dos setores ou pessoas competentes envolvidos na aquisição do objeto”.

Como se pode notar dos Acórdãos nº 3213/2019-TCU-Primeira Câmara, da Relatoria do Min. Benjamin Zymler, e nº 4.848/2010-TCU-1ª Câmara, do Min. Augusto Nardes: "não constitui incumbência obrigatória da CPL, do pregoeiro ou da autoridade superior realizar pesquisas de preços no mercado e em outros entes públicos, sendo essa atribuição, tendo em vista a complexidade dos diversos objetos licitados, dos setores ou pessoas competentes envolvidos na aquisição do objeto".

Conclui-se, portanto, que a atividade de formalização de pesquisa de preços não pode ser delegada, devendo ser realizada diretamente pelos agentes públicos atribuídos de tal função.

3.2 Dos mecanismos adotados para realização de pesquisa de preços

Diversamente da delegação da atividade de pesquisa de preços a uma empresa privada, é a contratação de ferramentas de pesquisa pela Administração Pública, que serão utilizadas pelos próprios agentes públicos incumbidos de realizar a pesquisa de preços.

Exatamente o objeto da presente Nota Técnica.

Assim, a utilização de mecanismos e instrumentos de pesquisas privados, que permitem que o Poder Público tenha acesso aos valores praticados no mercado – a partir de preços constantes de bancos de dados públicos, assim como em relação às quantidades a serem contratadas, observadas a potencial economia de escala e as peculiaridades do local de execução do objeto, a partir dos relatórios personalizados com dados do fornecedor, da localidade, e dos produtos e serviços, que condensam informações sobre a pesquisa de preços, análise e julgamento de propostas, negociação de preços, gestão e fiscalização de

contratos, verificação de idoneidade de fornecedores e comprovam a justificativa de preços – **são permitidos, eis que a atividade estratégica de pesquisa não estará sendo delegada a um terceiro, eis que quem realizará a pesquisa de preços é o próprio agente público ou a equipe de planejamento.**

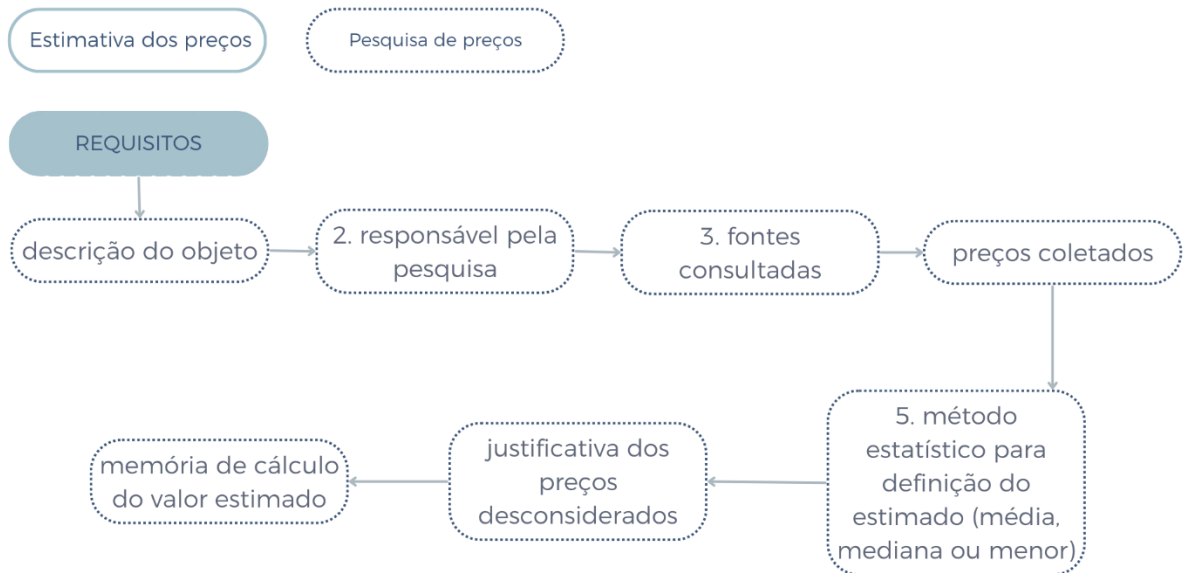
Assim, como se pode notar de todos os dispositivos normativos analisados, não é a atividade fim de pesquisa de preços que será delegada, mas os instrumentos adotados pelo agente responsável pela contratação, não sendo uma obrigatoriedade a adoção exclusiva dos sistemas oficiais de governo, mas, sim, que sejam avaliadas aquisições similares de outros entes públicos.

Dessa forma, se a pesquisa de preços proporcionada por uma ferramenta privada atende aos critérios legais e normativos, inclusive em relação às formalidades, critérios e parâmetros, **garantindo maior segurança jurídica à Administração Pública**, ela pode ser instrumento de pesquisa de preços, em substituição, inclusive, aos sistemas oficiais de governo.

O que não se pode delegar é a atividade fim de pesquisa de preços, isto é, não se pode deixar a cargo de uma empresa privada a atividade fim de realização da pesquisa.

Assim, daquilo que se depreende da disciplina legal e normativa sobre a pesquisa de preço acima destacada, esta deve ocorrer mediante as seguintes exigências de

formalização⁶ e critérios,⁷ conforme expressamente previsto na IN nº 65/2021, em relação à Lei nº 14.133/2021:



Além disso, devem ser atendidos os seguintes parâmetros:

Art. 5º A pesquisa de preços para fins de determinação do preço estimado em processo licitatório para a aquisição de bens e contratação de serviços em geral será realizada mediante a utilização dos seguintes parâmetros, empregados de forma combinada ou não:

⁶ Formalização

Art. 3º A pesquisa de preços será materializada em documento que conterá, no mínimo:

- I - descrição do objeto a ser contratado;
- II - identificação do(s) agente(s) responsável(is) pela pesquisa ou, se for o caso, da equipe de planejamento;
- III - caracterização das fontes consultadas;
- IV - série de preços coletados;
- V - método estatístico aplicado para a definição do valor estimado;
- VI - justificativas para a metodologia utilizada, em especial para a desconsideração de valores inconsistentes, inexequíveis ou excessivamente elevados, se aplicável;
- VII - memória de cálculo do valor estimado e documentos que lhe dão suporte; e
- VIII - justificativa da escolha dos fornecedores, no caso da pesquisa direta de que dispõe o inciso IV do art. 5º.

⁷ Critérios

Art. 4º Na pesquisa de preços, sempre que possível, deverão ser observadas as condições comerciais praticadas, incluindo prazos e locais de entrega, instalação e montagem do bem ou execução do serviço, quantidade contratada, formas e prazos de pagamento, fretes, garantias exigidas e marcas e modelos, quando for o caso, observadas a potencial economia de escala e as peculiaridades do local de execução do objeto. Parágrafo único. No caso de previsão de matriz de alocação de riscos entre o contratante e o contratado, o cálculo do valor estimado da contratação poderá considerar taxa de risco compatível com o objeto da licitação e os riscos atribuídos ao contratado, de acordo com a metodologia estabelecida no Caderno de Logística, elaborado pela Secretaria de Gestão da Secretaria Especial de Desburocratização, Gestão e Governo Digital do Ministério da Economia.

I - 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;

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 - 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 atualizados no momento da pesquisa e compreendidos no intervalo de até 6 (seis) meses de antecedência da data de divulgação do edital, contendo a data e a hora de acesso;

IV - pesquisa direta com, no mínimo, 3 (três) fornecedores, mediante solicitação formal de cotação, por meio de ofício ou e-mail, 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; ou

V - pesquisa na 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, conforme disposto no Caderno de Logística, elaborado pela Secretaria de Gestão da Secretaria Especial de Desburocratização, Gestão e Governo Digital do Ministério da Economia.

§ 1º Deverão ser priorizados os parâmetros estabelecidos nos incisos I e II, devendo, em caso de impossibilidade, apresentar justificativa nos autos.

Daquilo que se depreende do artigo 5º acima colacionado, a Administração Pública deve priorizar os parâmetros estabelecidos nos incisos I e II, dentre eles, portanto, **“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”**

E a ferramenta BANCO DE PREÇOS é, senão, mecanismo que permite a utilização do fundamento legal inscrito no inciso II, do artigo 5º acima referenciado.

É que, conforme já destacado no item 01 da presente Nota Técnica, a ferramenta BANCO DE PREÇOS, ainda que não possua sítio eletrônico aberto para consulta pública, é formada por um conjunto singular de funcionalidades e abrange ampla pesquisa de preço de contratações realizadas pela Administração Pública, conforme descritivo da ferramenta

anteriormente analisado.

Assim, a ferramenta de pesquisa adotada permite que sejam avaliadas aquisições similares de outros entes públicos, de modo que não se pode considerar a ferramenta BANCO DE PREÇOS como uma mídia especializada ou site especializado ou de domínio amplo, para fins do inciso III, do artigo 5º acima colacionado:

III - 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 atualizados no momento da pesquisa e compreendidos no intervalo de até 6 (seis) meses de antecedência da data de divulgação do edital, contendo a data e a hora de acesso;

É que, a mídia especializada pode ser compreendida como veículo que apresenta os preços médios de determinado produto no mercado nacional. Isto é, já é um parâmetro médio específico para negociações ou avaliações no ramo. É o caso da tabela FIPE, por exemplo.

Os sítios eletrônicos especializados são páginas que também já trazem os preços médios de determinado produto no mercado nacional, permitindo a busca de preços na internet em tabelas ou listas.

Por fim, os sítios eletrônicos de domínio amplo são os conhecidos portais de comércio eletrônico, como, por exemplo, Mercado Livre ou Amazon.

Diversamente desses veículos, portanto, é como se comporta a ferramenta BANCO DE PREÇOS, que, conforme visto, trata-se de um conjunto singular de funcionalidades e abrange ampla pesquisa de preço de contratações realizadas **pela Administração Pública.**

Assim, fazendo as vezes de uma ferramenta, e, portanto, estando inserida no inciso II, do artigo 5º da IN 65/2021 em destaque, a pesquisa de preços realizada adotando

tal ferramenta deve levar em consideração o preço das **contratações similares de outros entes públicos, isto é, o preço contratado.**

Não sem razão, o próprio Conselho da Justiça Federal considerou que uma ferramenta privada de pesquisa de preços é instrumento idôneo para assegurar uma adequada pesquisa de preços para embasar contratações públicas:

ENUNCIADO 23

Ferramenta privada de pesquisa de preços mantida por prestador de serviços especializados constitui instrumento idôneo (parâmetro) para a pesquisa de preços na contratação pública.

Em igual sentido, Joel de Menezes NIEBUHR há tempos já assevera tal possibilidade:

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 o que estiver ao seu alcance para obter uma estimativa real de preço. **Inclusive, a Administração poderia cogitar de contratar alguma empresa especializada para disponibilizar 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 trazer resultados muito interessantes e economia nos contratos administrativos.**⁸

Diante da possibilidade jurídica da sua adoção pelo Poder Público e dos inúmeros benefícios que a ferramenta BANCO DE PREÇOS traz, a fim de corroborar tal alegação, abaixo inclui-se lista de alguns órgãos assinantes e que adotam a ferramenta, sendo mais de 7.775 licenças ativas e quase 14.000 usuários:

Tribunal de Contas da União
Tribunal de Contas do Estado/RO
Tribunal de Contas do Estado/PI

⁸ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação Pública e Contrato Administrativo**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 273-274.

Tribunal de Contas do Estado/BA
Tribunal de Contas do Estado/PB
Tribunal de Contas do Estado/MS
Tribunal de Contas do Estado/PE
Tribunal de Contas do Estado/RR
Tribunal de Contas do Estado/SC
Tribunal de Contas do Estado/SE
Tribunal de Contas do Estado/AM
Tribunal de Contas do Estado/CE
Tribunal de Contas do Estado/MT
Tribunal de Contas do Estado/PA
Tribunal de Contas do Estado/PR
Tribunal de Contas do Estado/RJ
Tribunal de Contas do Estado/AC

Como se pode notar, a pesquisa de preços da fase preparatória da contratação poderá ser realizada adotando a ferramenta BANCO DE PREÇOS, que possui respaldo legal, jurisprudencial, na doutrina mais recente sobre o tema, e, é ratificada por inúmeros órgãos e entidades públicas, podendo ser contratada diretamente, mediante processo de inexigibilidade, conforme se passa a demonstrar.

3.3. As contratações na Lei 14.133/2021 e as hipóteses de contratação direta

Em relação às hipóteses de contratação realizadas pelo Poder Público, importa mencionar que a regra geral nos contratos administrativos é de que derivem de regular processo licitatório, garantindo uma competição isonômica e justa a todos aqueles que pretendem manter vínculo contratual futuro com a Administração Pública.

Mesma regra, contudo, não se aplica aos casos de contratação de objetos *específicos, cujo fornecedor é exclusivo*.

A licitação, como instrumento processual à disposição da Administração Pública, está associada à noção de tratamento isonômico. É dizer, a licitação existirá como valor jurídico, respeitada a possibilidade de garantia de seleção isonômica da proposta mais vantajosa.

Assim, para que seja viável a licitação, é indispensável que, para além de ser possível a disputa, que haja, ainda, a seleção do interessado em razão de critérios objetivos de julgamento, pois apenas assim será possível garantir o esperado tratamento isonômico e viabilizar-se a competição.

É neste contexto que o art. 37, inciso XXI da Constituição da República de 1988 fixa o que se convencionou denominar de princípio do dever geral de licitar. Da leitura do referido artigo, resta claro que a licitação é instituto que consagra a ideia de competição, bem como, as vantagens dela decorrentes, destinando-se a garantir o princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração.

Dessa forma, realizar a licitação só faz sentido quando seja lógica, fática e juridicamente possível a competição. É dizer, nos casos em que seja possível selecionar e cotejar entre propostas aptas a atender convenientemente o que a Administração deseja, a melhor vantagem para o preenchimento da utilidade ou necessidade pública a ser cumprida.

O contrário ocorrerá quando a competição não for lógica, fática e juridicamente possível.

Não por outra razão, a Lei nº 14.133/2021, que disciplina normas gerais sobre licitações e contratos, prevê casos em que o procedimento licitatório não deve ser exigido.

Veja-se que a regra geral para objetos *não exclusivos*, sinaliza o dever jurídico de licitar, porém, o próprio texto do artigo 37 da Constituição da República de 1988, ressalva a possibilidade de norma infraconstitucional instituir as hipóteses de exceção a esse dever, ou ainda, *verdadeira regra de não licitar a depender da natureza de determinados objetos*, o que foi estabelecido nos artigos 74 e 75 da Lei nº 14.133/2021.

É dizer, o próprio legislador Constituinte, reconhecendo a existência de situações

de fato que justificassem o afastamento do dever de licitar, permitiu, em alguns casos, a imposição de regra específica de não licitar; são os casos de *dispensa* e *inexigibilidade* de licitação.

De forma objetiva, o que importa para fins desta nota técnica é o estudo da inexigibilidade de licitação, mais especificamente aquela inscrita no artigo 74, inciso I, da Lei nº 14.133/2021. *In verbis*:

Art. 74. **É inexigível a licitação quando inviável a competição**, em especial nos casos de:
I - aquisição de materiais, de equipamentos ou de gêneros ou contratação de serviços que **só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivos**;

Assim, a inexigibilidade de licitação inscrita nos artigos supramencionados tem cabimento nas hipóteses em que se verifica a impossibilidade de se definir critérios objetivos de cotejo da solução mais vantajosa para a satisfação do interesse público, em razão da **exclusividade do objeto**.

Em outras palavras, a inviabilidade de competição é causada pela exclusividade.

Sendo inviável a competição, portanto, é dever da Administração Pública contratar diretamente. Não contratará diretamente qualquer um, mas, sim, aquele que detenha **a exclusividade de fornecimento do objeto.**

Nesse sentido, a seguir será demonstrado que a ferramenta BANCO DE PREÇOS, é **(i) um produto único, que contém inúmeras funcionalidades exclusivas**; de **(ii) natureza exclusiva**; cujo **(iii) fornecedor comprova a exclusividade mediante** atestado de exclusividade disponibilizados pela seguinte instituição: **ABES – ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS EMPRESAS DE SOFTWARE.**

<p>3.4. Da caracterização de hipótese de contratação direta na modalidade inexigibilidade em razão de fornecimento exclusivo</p>

Conforme visto anteriormente, há previsão constitucional e legal expressa de contratação direta em razão de *ausência de pluralidade de alternativas de contratação*.

Acerca da *ausência de pluralidade de alternativas de contratação*, assevera Marçal Justen Filho que há exclusividade quando não se configura um mercado na acepção de *conjunto de fornecedores em disputa permanente* pela contratação.⁹

Assim, não há disponibilidade de ofertas de contratação a qualquer tempo, eis que o objeto em análise se trata de objeto de natureza exclusiva. Nestes casos, a necessidade da administração Pública **deverá ser satisfeita mediante a contratação do fornecedor exclusivo.**

Nesses casos, há tempos o Tribunal de Contas da União reconheceu de forma expressa que, muito embora a regra geral seja a de licitar, há situações em que o procedimento licitatório é frustrado em razão da ausência de um de seus pressupostos, *in casu*, *existência de pluralidade de alternativas de contratação*, prevista no antigo art. 25, inciso I da Lei Federal nº 8.666/1993 e, atualmente, no artigo 74, inciso I, da Lei nº 14.133/2021:

14. Marçal Justen Filho, tecendo comentários à Lei de Licitações (art. 25), aduz que *inviabilidade da licitação é uma consequência que pode ser produzida por diferentes causas, as quais consistem nas diversas hipóteses de ausência de pressupostos necessários à licitação (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 10. ed., p. 269).*

15. Sem esgotar o leque de possibilidades que podem ensejar a ausência de pressupostos necessários à realização da licitação – a justificar a aplicação da *inexigibilidade do certame* – aquele autor enumera quatro hipóteses que se subsomem ao caso: *i) ausência de pluralidade de alternativas de contratação (art. 25, inciso I, da Lei de Licitações); ii) inexistência de mercado concorrencial (art. 25, inciso II, da Lei de Licitações); iii) ausência de objetividade na seleção do objeto (art. 25, inciso III, da Lei de Licitações); e iv) ausência de definição objetiva da prestação a ser executada.*

⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações**. 17. Ed. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2017, p. 570 e ss.

16. Os três primeiros exemplos acima mencionados são de fácil assimilação, porquanto se referem aos dispositivos legais expressamente mencionados no Estatuto das Licitações. A quarta hipótese alberga, v. g, a contratação de um advogado para defender a Administração em juízo. Nesse caso, contrata-se um profissional, especialista na matéria, exigindo-lhe o dever de realizar a melhor defesa possível, mas não se pode exigir-lhe a vitória da demanda, pois esta depende, por óbvio, de fatores alheios à sua vontade.

17. Todavia, cabe notar que, em todas as situações mencionadas para se justificar o afastamento do certame mediante inexigibilidade, há um traço comum, qual seja, não há ofensa ao princípio da isonomia, pois somente um fornecedor ou prestador do serviço é capaz de atender à demanda da Administração.

18. Prosseguindo com as lições de Marçal Justen Filho, tem-se que este arremata asseverando que: **'Em todos os casos de inviabilidade de competição, há um objeto singular. A singularidade consiste na impossibilidade de encontrar o objeto que satisfaz o interesse público dentro de um gênero padronizado, com uma categoria homogênea'** (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 10. ed., p. 272).

(Acórdão 2.585/2014, Plenário, rel. Min. Marcos Bemquerer Costa).

Assim, uma vez comprovada a exclusividade do objeto em análise (BANCO DE PREÇOS), seja em razão do conjunto de funcionalidades que o tornam singular – conforme informações disponibilizadas no descritivo –, seja em razão de seu fornecimento único, por fornecedor exclusivo – conforme comprovação mediante atestado de empresa que congrega e representa as empresas fornecedoras de software, a **ABES – ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS EMPRESAS DE SOFTWARE**,¹⁰ a contratação direta é medida que se impõe.

Como se pode notar, uma vez demonstrada a exclusividade, e comprovada mediante atestado idôneo, atendido o entendimento sumulado do Tribunal de Contas da União em relação à contratação direta, mediante inexigibilidade de licitação, em razão de objeto exclusivo:

SÚMULA TCU 255: Nas contratações em que o objeto só possa ser fornecido por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, é dever do agente público responsável pela contratação a adoção das providências necessárias para confirmar a veracidade da documentação comprobatória da condição de exclusividade.

Acórdão 633/2010-Plenário | Relator: JOSÉ JORGE

¹⁰Sobre a ABES, conferir em: <Apresentação - ABES>.

Nesses termos, importante esclarecer que, em relação à comprovação de exclusividade, nos termos legais, esta deve ser feita mediante apresentação de “atestado de exclusividade, contrato de exclusividade, declaração do fabricante ou outro documento idôneo capaz de comprovar que o objeto é exclusivo” (Lei nº 14.133/2021).

Como se pode notar, as normas em comento exigem apenas que a exclusividade seja comprovada por documentos idôneos, emitidos por instituições competentes e aptas a comprovar a exclusividade de determinado objeto.

Exatamente este o papel da **ABES** – ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS EMPRESAS DE SOFTWARE, restando perfeitamente comprovada e atestada a exclusividade de fornecimento da solução BANCO DE PREÇOS pela NP TECNOLOGIA E GESTÃO DE DADOS LTDA., portanto.

Assim, uma vez comprovada a exclusividade, *impossível* a existência de mais de um fornecedor apto a formular proposta para o fornecimento do produto em análise à Administração Pública, não sendo viável a competição num certame licitatório, eis que, em se tratando de **objeto exclusivo**, não há concorrência.

Nesse sentido, não se pode confundir atestado de exclusividade de fornecimento da solução com exclusividade em razão de registro da marca. O registro da marca serve tão somente para garantir ao titular a identificação de suas atividades e impedir terceiros desautorizados a fazerem uso de expressões iguais ou semelhantes na identificação de outras atividades, nos termos dos artigos 123 e seguintes da Lei de Propriedade Intelectual, Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996.

O BANCO DE PREÇOS, portanto, é ferramenta exclusiva, não havendo que se falar apenas em registro de marca no caso em análise.

Assim, do externalizado até aqui, perfeitamente comprovado que:

- (i) o BANCO DE PREÇOS é solução técnica, sendo a única, singular e exclusiva, que atende às necessidades da Administração para realização de pesquisa de preço na etapa de planejamento da contratação;
- (ii) a exclusividade é atestada por entidades responsáveis, que congregam e representam as empresas nacionais fornecedoras de software;
- (iii) o registro da marca “BANCO DE PREÇOS” não se confunde com existência da natureza singular da solução/produto BANCO DE PREÇOS, tampouco a exclusividade do seu fornecimento no Brasil.

Não sem razão, a diferenciação do que é a marca e a ferramenta fica absolutamente clara no atestado de exclusividade fornecido pela **ABES – ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS EMPRESAS DE SOFTWARE**, quando afirma que a NP TECNOLOGIA E GESTÃO DE DADOS LTDA., além de ser proprietária da marca, é também fornecedora exclusiva dos produtos da referida marca:

“QUE a empresa NP TECNOLOGIA E GESTÃO DE DADOS LTDA é a única **desenvolvedora e detentora dos direitos autorais** e de **comercialização**, autorizada a comercializar em todo território nacional o programa para computador BANCO DE PREÇOS e a prestar os serviços relativos a esse programa.”

Frise-se, nesses termos, que, a NP TECNOLOGIA E GESTÃO DE DADOS LTDA. registrou a marca BANCO DE PREÇOS, de modo a dar segurança jurídica a sua solução, impedindo-se eventual cópia ou utilização indevida, fato que garante segurança jurídica ao nome, não se confundindo a solução técnica e os produtos com a marca propriamente dita, e não sendo esta capaz, jamais, de retirar o caráter singular e de fornecimento exclusivo dos produtos e solução técnica da referida marca registrada.

Desta feita, não havendo qualquer motivação para refutar a singularidade e exclusividade do produto apresentado, estando os requisitos legais absolutamente

comprovados a permitir a contratação da solução BANCO DE PREÇOS, conclui-se pela viabilidade de contratação direta por inexigibilidade de licitação.

3.5. Indicações para os termos do contrato e do checklist do processo de inexigibilidade

Naquilo que diz respeito aos requisitos e elementos contratuais para contratação pública e elementos necessários para formalização de um adequado processo de inexigibilidade, importante trazer à baila as implicações de tais exigências ao contratados, ainda que, majoritariamente, todas as informações se apliquem diretamente à Administração Pública.

Nos termos do contrato devem constar todas as disposições previstas no art. 92, da Lei Federal nº 14.133/2021, que também se aplicam aos casos de contratação direta, por inexigibilidade, quais sejam:

I - o objeto e seus elementos característicos

II - a vinculação ao ato que tiver autorizado a contratação direta e à respectiva proposta.

III - a legislação aplicável à execução do contrato, inclusive quanto aos casos omissos:

IV - o regime de execução ou a forma de fornecimento:

V - o preço e as condições de pagamento, os critérios, a data-base e a periodicidade do reajustamento de preços e os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento:

VI - os critérios e a periodicidade da medição, quando for o caso, e o prazo para liquidação e para pagamento.

VII - os prazos de início das etapas de execução, conclusão, entrega, observação e recebimento definitivo, quando for o caso:

VIII - o crédito pelo qual correrá a despesa, com a indicação da classificação funcional programática e da categoria econômica.

IX - a matriz de risco, quando for o caso.

X - o prazo para resposta ao pedido de repactuação de preços, quando for o caso.

XI - o prazo para resposta ao pedido de restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro, quando for o caso.

XII - as garantias oferecidas para assegurar sua plena execução, quando exigidas, inclusive as que forem oferecidas pelo contratado no caso de antecipação de valores a título de pagamento.

XIII - o prazo de garantia mínima do objeto, observados os prazos mínimos estabelecidos nesta Lei e nas normas técnicas aplicáveis, e as condições de manutenção e assistência técnica, quando for o caso:

XIV - os direitos e as responsabilidades das partes, as penalidades cabíveis e os valores das multas e suas bases de cálculo:

XV - as condições de importação e a data e a taxa de câmbio para conversão, quando for o caso.

XVI - a obrigação do contratado de manter, durante toda a execução do contrato, em compatibilidade com as obrigações por ele assumidas, todas as condições exigidas para a qualificação na contratação direta.

XVII - a obrigação de o contratado cumprir as exigências de reserva de cargos prevista em lei, bem como em outras normas específicas, para pessoa com deficiência, para reabilitado da Previdência Social e para aprendiz.

XVIII - o modelo de gestão do contrato, observados os requisitos definidos em regulamento:

XIX - os casos de extinção.

Já no processo administrativo de inexigibilidade da licitação deverá constar, em cumprimento ao artigo 72 da Lei 14.133/2021 o seguinte:

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.

III - parecer jurídico e pareceres técnicos, se for o caso, que demonstrem o atendimento dos requisitos exigidos.

IV - demonstração da compatibilidade da previsão de recursos orçamentários com o compromisso a ser assumido.

V - comprovação de que o contratado preenche os requisitos de habilitação e qualificação mínima necessária.

VI - razão da escolha do contratado.

VII - justificativa de preço.

VIII - autorização da autoridade competente.

Cumpridos estes requisitos legais, o contrato e o processo de inexigibilidade estarão perfeitamente adequados às hipóteses legais, de modo que garantirão uma maior segurança jurídica para as relações.

4. Impactos da Nova Lei de Licitações e Contratos à aquisição de soluções como a ferramenta “BANCO DE PREÇOS”.

Precipuamente, cumpre registrar que, de acordo com os artigos 218¹¹ e 219¹² da Constituição da República de 1988, que disciplinam a inovação e o desenvolvimento como

¹¹ Art. 218. O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa, a capacitação científica e tecnológica e a inovação.

§ 4º A lei apoiará e estimulará as empresas que invistam em pesquisa, criação de tecnologia adequada ao País, formação e aperfeiçoamento de seus recursos humanos e que pratiquem sistemas de remuneração que assegurem ao empregado, desvinculada do salário, participação nos ganhos econômicos resultantes da produtividade de seu trabalho.

¹² Art. 219. O mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e socioeconômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos de lei federal.

uma forma de garantir o bem-estar de todos, é dever do Estado apoiar e estimular empresas que invistam em criação de tecnologia adequada ao País, estimulando a formação e o fortalecimento da inovação nas empresas.

Assim, a partir da tratativa da inovação como um dos alicerces para o desenvolvimento sustentável, Juarez Freitas destaca que a atividade administrativa deve se adaptar à realidade da Sociedade de Informação, que exige cada vez mais a adoção de soluções inovadoras, inclusive mediante a utilização de tecnologia, redimensionando-se, assim, o Direito Administrativo.¹³

O Poder Público, portanto, deve adotar novas práticas na Administração Pública, tal qual a inovação tecnológica, que sejam capazes de melhorar os serviços, otimizar processos, aumentar a transparência e reduzir custos, permitindo maior eficiência e controle social.

Nesse sentido, o disposto no artigo 219-A da Constituição da República de 1988¹⁴ disciplina que o Poder Público poderá firmar instrumentos de cooperação com entidades privadas para a execução de projetos de desenvolvimento científico e tecnológico e de inovação, mediante contrapartida financeira ou não.

Destaca-se, nesse cenário, a Lei nº 14.129, de 29 de março de 2021, que, ao dispor sobre princípios, regras e instrumentos para o Governo Digital e para o aumento da

Parágrafo único. O Estado estimulará a formação e o fortalecimento da inovação nas empresas, bem como nos demais entes, públicos ou privados, a constituição e a manutenção de parques e polos tecnológicos e de demais ambientes promotores da inovação, a atuação dos inventores independentes e a criação, absorção, difusão e transferência de tecnologia.

¹³ FREITAS, Juarez. Direito Administrativo e inteligência artificial. **Interesse Público**, Belo Horizonte, ano 21, n. 114, p. 15-29, mar.-abr. 2019. p. 27.

¹⁴ Art. 219-A. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão firmar instrumentos de cooperação com órgãos e entidades públicos e com entidades privadas, inclusive para o compartilhamento de recursos humanos especializados e capacidade instalada, para a execução de projetos de pesquisa, de desenvolvimento científico e tecnológico e de inovação, mediante contrapartida financeira ou não financeira assumida pelo ente beneficiário, na forma da lei.

eficiência pública, traz a inovação e a transformação digital como ferramentas em seu art. 1º:

Art. 1º Esta Lei dispõe sobre princípios, regras e instrumentos para o aumento da eficiência da administração pública, especialmente por meio da desburocratização, da inovação, da transformação digital e da participação do cidadão.

Da mesma forma, a Nova Lei de Licitações e Contratações Públicas (Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021), também disciplinou expressamente a inovação como um dos objetivos das contratações públicas em seu artigo 11:

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.

Assim, considerando o incentivo à inovação como um dos objetivos imediatos das contratações públicas, e mais, que a execução eficiente dos contratos administrativos é tema central da nova lei de licitações e contratações públicas, que permeia dispositivos legais relacionados aos seus princípios, diretrizes, objetivos, bem como integra preocupação desde o planejamento da contratação, passando pela fase de seleção do fornecedor, até a efetiva formalização dos contratos e, por óbvio, sua posterior execução, importante analisar os impactos do referido diploma à contratação de ferramentas como o BANCO DE PREÇOS.

Precipuamente, importante registrar que há uma interseção direta da Nova Lei de Licitações e Contratos com as boas práticas de Governança Pública e de Gestão, que podem ser extraídas dos seus princípios, eis que o planejamento é princípio das contratações públicas, ao lado da transparência, que é, também, um dos princípios da Governança Pública.

Nesse sentido, a Lei 14.133/2021 disciplina expressamente os temas da governança e gestão em seu artigo 11, p. único:

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.

Como se pode notar, o diploma em comento impõe as práticas de governança e gestão como um dever, reconhecendo que o Poder Público deve "implementar processos e estruturas 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 das contratações, 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."

Assim, pensando na ferramenta BANCO DE PREÇOS como um instrumento de apoio à pesquisa de preços que, por imposição legal, deve ser feita no processo de planejamento da contratação, evidente que pode ser considerada um instrumento de boa prática de gestão das contratação públicas, afinal, as **boas práticas de gestão**, são aquelas responsáveis pelos processos organizacionais, que buscam maior eficácia, efetividade e eficiência, elevando a satisfação do interesse público na execução dos contratos.

A tríade da Gestão (eficiência, eficácia e efetividade) depende de um planejamento estruturado, com atendimento das condições mínimas do processo de contratação, de modo que a eficiência otimiza os recursos existentes, a eficácia permite atingir os objetivos organizacionais e a efetividade garante a percepção de que o resultado que se apresenta ao longo do tempo foi atingida.

Um adequado planejamento, portanto, melhora a execução, melhora a ação.

Essa visão de Governança Públicas traz um cenário de mudança para a atuação da Administração Pública, que passa a se preocupar de forma mais ativa com o planejamento das contratações e, igualmente, apresenta uma busca por maior prevenção, não se satisfazendo apenas com instrumentos de remediação.

Diante desse cenário, percebe-se que a norma traz mudanças positivas às contratações públicas, especialmente, maior equilíbrio entre as partes, mais consenso e, também, aumenta a estabilidade das relações.

Naquilo que diz respeito ao aumento do consenso, percebe-se que a Nova Lei de Licitações e Contratos abriu o espaço para o diálogo entre público e privado. É dizer, ainda que permanecem as prerrogativas ao Poder Público,¹⁵ o contrato não é mais instrumento para mero exercício da autoridade.

Isso permite afirmar que as relações público-privadas estão mais equilibradas, mais consensuais e mais estáveis, gerando, por consequência, mais eficiência, eficácia e efetividade da contratação.

¹⁵ Art. 104. O regime jurídico dos contratos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, as prerrogativas de:

I - modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado;

II - extingui-los, unilateralmente, nos casos especificados nesta Lei;

III - fiscalizar sua execução;

IV - aplicar sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste;

V - ocupar provisoriamente bens móveis e imóveis e utilizar pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato nas hipóteses de:

a) risco à prestação de serviços essenciais;

b) necessidade de acautelar apuração administrativa de faltas contratuais pelo contratado, inclusive após extinção do contrato.

§ 1º As cláusulas econômico-financeiras e monetárias dos contratos não poderão ser alteradas sem prévia concordância do contratado.

§ 2º Na hipótese prevista no inciso I do **caput** deste artigo, as cláusulas econômico-financeiras do contrato deverão ser revistas para que se mantenha o equilíbrio contratual.

É que, em relação às prerrogativas da Administração Pública, por exemplo, mesmo nas hipóteses em que há possibilidade de alteração unilateral, havendo afetação às cláusulas econômico-financeiras, o particular deve aceitar tal alteração. Além disso, quando da atuação exorbitante pela Administração Pública, ela deve ser devidamente precedida de processo, com motivação adequada, sob pena de nulidade.

Já em relação ao maior consenso, os contratos públicos passaram a ser reconhecidos como instrumentos de colaboração, inclusive em relação aos mecanismos alternativos de solução de controvérsias.¹⁶ Assim, tem-se que a adoção de instrumentos de consenso ou a execução de prerrogativas são ambos meios à disposição das partes, podendo ser adotado aquele que melhor fizer sentido diante de uma situação fática determinada.

Aqui, importante à análise pragmática das contratações públicas, cada vez mais voltada à realidade e às situações concretas, ao contexto propriamente dito, em atendimento direto a disciplina da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, expressamente indicada no artigo 5º, da Lei 14.133/2021.

Em relação ao maior equilíbrio das relações público privadas, percebe-se que, diante da preocupação normativa com a execução contratual de acordo com o que foi planejado, há uma constante busca pela mitigação de riscos. Estes que deverão ser gerenciados em um processo macro de gestão de riscos das contratações, bem como, quando for o caso, alocados de forma eficiente entre as partes, na respectiva matriz de riscos contratual.

¹⁶ Art. 151. Nas contratações regidas por esta Lei, poderão ser utilizados meios alternativos de prevenção e resolução de controvérsias, notadamente a conciliação, a mediação, o comitê de resolução de disputas e a arbitragem.

Parágrafo único. Será aplicado o disposto no **caput** deste artigo às controvérsias relacionadas a direitos patrimoniais disponíveis, como as questões relacionadas ao restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, ao inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes e ao cálculo de indenizações.

Já no que diz respeito à estabilidade e confiança, a novidade da Nova Lei de Licitações e Contratos em relação ao prazo de duração dos contratos administrativos traz inúmeros benefícios, eis que, daquilo que se depreende de seu artigo 105,¹⁷ podem ser extraídas três importantes conclusões:

- 1) Não há necessidade de celebrar aditivo a cada exercício financeiro, eis que os contratos, em princípio, podem ter duração inicial de cinco anos;
- 2) Há maior atratividade a certos segmentos do mercado – não há necessidade de verificar se vai haver ou não prorrogação;
- 3) Rompe-se com a ideia de contratos desvantajosos e arriscados, eis que possuirão maior prazo de duração.

Além disso, de acordo com os artigos 106 e 107 do diploma em análise, agora, a “Administração poderá celebrar contratos com prazo de até 5 (cinco) anos nas hipóteses de serviços e fornecimentos contínuos”,¹⁸ que “poderão ser prorrogados sucessivamente, respeitada a vigência máxima decenal, desde que haja previsão em edital e que a autoridade competente ateste que as condições e os preços permanecem vantajosos para a Administração, permitida a negociação com o contratado ou a extinção contratual sem ônus para qualquer das partes.”¹⁹

¹⁷ Art. 105. A duração dos contratos regidos por esta Lei será a prevista em edital, e deverão ser observadas, no momento da contratação e a cada exercício financeiro, a disponibilidade de créditos orçamentários, bem como a previsão no plano plurianual, quando ultrapassar 1 (um) exercício financeiro.

¹⁸ Art. 106. A Administração poderá celebrar contratos com prazo de até 5 (cinco) anos nas hipóteses de serviços e fornecimentos contínuos, observadas as seguintes diretrizes:

I - a autoridade competente do órgão ou entidade contratante deverá atestar a maior vantagem econômica vislumbrada em razão da contratação plurianual;

II - a Administração deverá atestar, no início da contratação e de cada exercício, a existência de créditos orçamentários vinculados à contratação e a vantagem em sua manutenção;

III - a Administração terá a opção de extinguir o contrato, sem ônus, quando não dispuser de créditos orçamentários para sua continuidade ou quando entender que o contrato não mais lhe oferece vantagem.

§ 1º A extinção mencionada no inciso III do **caput** deste artigo ocorrerá apenas na próxima data de aniversário do contrato e não poderá ocorrer em prazo inferior a 2 (dois) meses, contado da referida data.

§ 2º Aplica-se o disposto neste artigo ao aluguel de equipamentos e à utilização de programas de informática.

¹⁹ Art. 107. Os contratos de serviços e fornecimentos contínuos poderão ser prorrogados sucessivamente, respeitada a vigência máxima decenal, desde que haja previsão em edital e que a autoridade competente ateste que as condições e os preços permanecem vantajosos para a Administração, permitida a negociação com o contratado ou a extinção contratual sem ônus para qualquer das partes.

Importante destacar que a Administração ainda precisará observar a disponibilidade orçamentária ao firmar contratos,²⁰ tendo a lei n. 14.133/2021 desatrelado a vigência do início e fim do contrato do exercício orçamentário, permitindo maior racionalidade à contratação.

Assim, além das conclusões acima externalizadas, importante registrar que o prazo da duração do contrato estará prevista no processo de contratação, haverá uma avaliação de disponibilidade prévia de créditos orçamentários no início do contrato e em cada exercício; e a disponibilidade dos recursos deverá estar prevista no plano plurianual, quando a contratação for ultrapassar um exercício orçamentário.

Ainda, relações mais paritárias entre público e privado podem ser extraídas dos textos normativos da Lei nº 14.133/2021 que disciplinam que (i) a previsão de **prazos específicos** para resposta a pleitos formulados pelo contratado, como é o caso da repactuação e reequilíbrio, por exemplo;²¹ (ii) os **reequilíbrios contratuais** devem ser concomitantes às alterações promovidas unilateralmente e o parceiro privado deve concordar com as alterações que possuam impactos econômico-financeiros;²² (iii) o Poder Público estará obrigado de pagamento das **parcelas incontroversas**, mesmo que se permaneça discutindo outras questões;²³ (iv) a disciplina dos **reajustes anuais** são cláusulas necessárias dos contratos.²⁴

²⁰ Art. 150. Nenhuma contratação será feita sem a caracterização adequada de seu objeto e sem a indicação dos créditos orçamentários para pagamento das parcelas contratuais vincendas no exercício em que for realizada a contratação, sob pena de nulidade do ato e de responsabilização de quem lhe tiver dado causa.

²¹ Art. 92 (...)

X - o prazo para resposta ao pedido de repactuação de preços, quando for o caso;

XI - o prazo para resposta ao pedido de restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro, quando for o caso;

²² Art. 104 (...) § 2º Na hipótese prevista no inciso I do **caput** deste artigo, as cláusulas econômico-financeiras do contrato deverão ser revistas para que se mantenha o equilíbrio contratual.

Art. 130. Caso haja alteração unilateral do contrato que aumente ou diminua os encargos do contratado, a Administração deverá restabelecer, no mesmo termo aditivo, o equilíbrio econômico-financeiro inicial.

²³ Art. 143. No caso de controvérsia sobre a execução do objeto, quanto a dimensão, qualidade e quantidade, a parcela incontroversa deverá ser liberada no prazo previsto para pagamento.

²⁴ Art. 25 (...) § 7º Independentemente do prazo de duração do contrato, será obrigatória a previsão no edital de índice de reajustamento de preço, com data-base vinculada à data do orçamento estimado e com a possibilidade de ser estabelecido mais de um índice específico ou setorial, em conformidade com a realidade de mercado dos respectivos insumos.

Como se pode notar, são diversos os impactos positivos identificados na Lei nº 14.133/2021 à contratação de ferramentas que auxiliam de forma eficiente o planejamento das contratações, trazendo, inclusive, maior segurança e estabilidade às relações público-privadas.

5. CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, é forçoso reconhecer a importância da contratação de ferramentas como o BANCO DE PREÇOS pela Administração Pública, especialmente pelos benefícios ofertados para uma adequada pesquisa de preços, etapa obrigatória do planejamento da contratação, e, ademais, para consecução de um dos objetivos do Governo Digital e das contratações públicas sustentáveis, que é o incentivo à inovação, sobretudo, inovação tecnológica, que permitem assegurar a contratação da proposta mais vantajosa.

Além disso, com a nova lei de licitações e contratos, há maior consenso, equilíbrio e confiança, trazendo maior segurança jurídica às relações público-privadas, especialmente considerando a maior duração dos contratos administrativos, não mais restrita ao exercício financeiro, respeitando-se, agora, a vigência máxima decenal.

Ainda, a base de clientes hoje contratantes da ferramenta BANCO DE PREÇOS ratifica a sua excelência, bem como demonstra os benefícios e garantia de contratações públicas mais eficientes, sendo uma excelente oportunidade de negócio e incentivo à inovação, exatamente o que pretende a Nova Lei de Licitações e Contratos, Lei n. 14.133/2021, bem como o artigo 219-A da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Por fim, evidente a adequação da contratação direta da ferramenta BANCO DE PREÇOS por inexigibilidade de licitação, com fulcro no artigo 74. Inciso I, da Lei nº 14.133/2021, uma vez atendidos os requisitos legais, comprovados mediante atestado

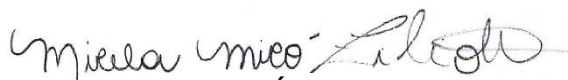
idôneo, garantindo o atendimento do interesse público pretendido pela Administração Pública interessada.

Curitiba, 01 de junho de 2024.



RODRIGO PIRONTI AGUIRRE DE CASTRO

Pós-Doutor pela Universidad Complutense de Madrid
Doutor e Mestre em Direito Econômico pela PUCPR
Professor de Direito Administrativo e Constitucional
Advogado (OAB/PR 36.363) e Parecerista.



MIRELA MIRÓ ZILIO

Mestre em Direito Econômico e Desenvolvimento pela PUCPR
Professora de Licitações e Contratações Públicas da PUCPR
Advogada (OAB/PR 86.636) e Parecerista.