

Panorama Jurídico do Termo de Referência, Projeto Básico e Acordo de Nível de Serviço

Prof: José Carlos Vasconcellos
(zecavasconcellos@gmail.com)

O laconismo da Lei 8.666/93 sobre a fase interna da licitação

Praticamente apenas o art. 38 elenca os documentos que deverão instruir o processo administrativo!...

Possibilidade de normatizações diversas por cada ente federativo, e mesmo no âmbito interno de cada órgão ou entidade da Administração Pública.

Funções da fase interna:

- Formatação do objeto
- Estimativa do preço
- Reserva orçamentária
- Elaboração do edital

A formatação do objeto:

- A requisição: sua relevância
- A ponderação necessária: competitividade (ampliação do universo de licitantes) *versus* parâmetros de qualidade que atendam as demandas da Administração
- Competência discricionária: razoabilidade, economicidade, eficiência e motivação; adequação com a realidade do mercado em que o objeto se insere
- Elaboração do Termo de Referência

Caracterização e especificação
do objeto

versus **individualização:**
contratação direta?

Projeto básico

- Obras e serviços de engenharia.
- Obra (art. 6º, I, da Lei 8.666/93): “toda construção, reforma, fabricação, recuperação ou ampliação, realizada por execução direta ou indireta”.
- Serviço (art. 6º, II, da Lei 8.666/93): “toda atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse para a Administração, tais como: demolição, conserto, instalação, montagem, operação, conservação, reparação, adaptação, manutenção, transporte, locação de bens, publicidade, seguro ou trabalhos técnico-profissionais”.

Projeto básico

- Conceito - art. 6º, IX, da Lei 8.666/93: “conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para caracterizar a obra ou serviço, ou complexo de obras ou serviços objeto da licitação, elaborado com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares, que assegurem a viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento, e que possibilite a avaliação do custo da obra e a definição dos métodos e do prazo de execução, devendo conter os seguintes elementos: (...)”

Projeto executivo

- Conceito - art. 6º, X, da Lei 8.666/93: “conjunto dos elementos necessários e suficientes à execução completa da obra, de acordo com as normas pertinentes da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT”.

Súmula 261 do TCU:

“Em licitações de obras e serviços de engenharia, é necessária a elaboração de projeto básico adequado e atualizado, assim considerado aquele aprovado com todos os elementos descritos no art. 6º, inciso IX, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, constituindo prática ilegal a revisão de projeto básico ou a elaboração de projeto executivo que transfigurem o objeto originalmente contratado em outro de natureza e propósito diversos.”

A elaboração dos projetos básico e executivo

- A quem compete?
- “Art. 9º Não poderá participar, direta ou indiretamente, da licitação ou da execução de obra ou serviço e do fornecimento de bens a eles necessários: I - o autor do projeto, básico ou executivo, pessoa física ou jurídica.”
- Mas pode participar “como consultor ou técnico, nas funções de fiscalização, supervisão ou gerenciamento, exclusivamente a serviço da Administração interessada” (§ 1º).

“O grande problema das obras públicas no Brasil reside exatamente na elaboração de projetos básicos e executivos inconsistentes e tecnicamente deficientes. (...) De nada adianta o gestor acelerar essa etapa e executar uma obra defeituosa, ou mesmo mais demorada”

FLÁVIO AMARAL GARCIA

Acordo de Nível de Serviço

*(Nomenclatura adotada no âmbito do Estado do Rio de Janeiro:
Resolução SEPLAG nº 843, de 28 de dezembro de 2012)*

- A lógica da remuneração do contratado: *certa e determinada* (Lei 8.666/93) ou *variável* (de acordo com padrões de eficiência)?
- O exemplo das PPPs: “O contrato poderá prever o pagamento ao parceiro privado de remuneração variável vinculada ao seu desempenho, conforme metas e padrões de qualidade e disponibilidade definidos no contrato” (Lei 11.079/2004, art. 6º, § 1º)

No regime diferenciado de contratações públicas - art. 10 da Lei 12.462/2011:

“Art. 10. Na contratação das obras e serviços, inclusive de engenharia, poderá ser estabelecida remuneração variável vinculada ao desempenho da contratada, com base em metas, padrões de qualidade, critérios de sustentabilidade ambiental e prazo de entrega definidos no instrumento convocatório e no contrato.

Parágrafo único. A utilização da remuneração variável será motivada e respeitará o limite orçamentário fixado pela administração pública para a contratação.”

Súmula 269 do TCU:

“Nas contratações para a prestação de serviços de tecnologia da informação, a remuneração deve estar vinculada a resultados ou ao atendimento de níveis de serviço, admitindo-se o pagamento por hora trabalhada ou por posto de serviço somente quando as características do objeto não o permitirem, hipótese em que a excepcionalidade deve estar prévia e adequadamente justificada nos respectivos processos administrativos.”

A dificuldade das contratações na área de TI...

A Nota Técnica nº 01/2015, do TCE/RJ

Difusão dessa tendência no plano federal:

- Acordo de Nível de Serviço/ANS previsto na revogada Instrução Normativa MPOG-2, de 30.04.2008, do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão.
- A Instrução Normativa 05/2017 instituiu novo mecanismo: Instrumento de Medição de Resultado/IMR, mas com a mesma racionalidade do ANS

E nada impede que Estados e Municípios adotem modelos similares...

- No Estado do Rio de Janeiro, a Resolução SEPLAG nº 843, de 28 de dezembro de 2012:

Art. 2º - Considera-se Acordo de Nível de Serviço – ANS o estabelecimento de níveis mínimos de serviço a serem prestados pelos contratados, através da utilização de indicadores que permitam a mensuração de resultados, preferencialmente pela utilização de ferramenta informatizada, que possibilite à Administração verificar se os resultados contratados foram realizados nas quantidades e qualidades exigidas, e adequar o pagamento aos resultados efetivamente obtidos.

Artº. 6º - O Acordo de Nível de Serviço deverá conter: I - os procedimentos de fiscalização e de gestão da qualidade do serviço, especificando-se os indicadores e instrumentos de medição que serão adotados pelo órgão ou entidade contratante; II - os registros, controles e informações que deverão ser prestados pela contratada; e III - as respectivas adequações de pagamento pelo não atendimento das metas estabelecidas.

Art. 8º - Os instrumentos convocatórios devem conter expressamente a necessidade de adequação dos pagamentos ao atendimento das metas na execução do serviço, com base no Acordo de Nível de Serviço.

Art. 9º - Por meio da ação de fiscalização, será procedida a verificação da adequação da prestação do serviço, que deverá ser realizada com base no Acordo de Nível de Serviço previamente definido no ato convocatório e pactuado pelas partes.

§ 1º - A contratada poderá apresentar justificativas para a prestação do serviço com menor nível de conformidade, que poderá ser aceita pelo órgão ou entidade, desde que comprovada a excepcionalidade da ocorrência, resultante exclusivamente de fatores imprevisíveis e alheios ao seu controle.

§ 2º - O órgão ou entidade deverá monitorar constantemente o nível de qualidade dos serviços para evitar a sua degeneração, devendo intervir para corrigir ou aplicar sanções quando verificar um viés contínuo de desconformidade da prestação do serviço em relação à qualidade exigida.

Obrigado!

José Carlos Vasconcellos
(zecavasconcellos@gmail.com)