

Elaboração de Termo de Referência

Facilitadora: Georgeanne Lima Gomes Botelho

Material elaborado e cedido, com adaptações, pela Escola de Gestão Pública – EGP.

Sumário

1. INTRODUÇÃO.....	4
2. PROJETO BÁSICO.....	5
2.1. Definição.....	5
3. TERMO DE REFERÊNCIA	8
3.1. Pregão	8
3.2. Definição de Termo de Referência	8
3.3. A importância do Termo de Referência e suas funções.....	9
3.4. Elementos do Termo de Referência	9
4. UMA NOVA INTERPRETAÇÃO – PROJETO BÁSICO/TERMO DE REFERÊNCIA	18
5. ELABORAÇÃO DO PROJETO BÁSICO E DO TERMO DE REFERÊNCIA	19
5.1. Fase de Planejamento	19
5.2. Fase de Elaboração do Documento	20
5.2.1. Descrição do objeto.....	20
5.2.2. Justificativa da Contratação.....	20
5.2.3. Especificação do objeto.....	21
5.2.3.1. Como especificar Bens:.....	21
5.2.3.2. Especificação de Serviços:.....	21
5.2.3.3. Os Riscos das Especificações Impróprias:	21
5.2.4.4. Orçamentos Detalhado/valor Estimado em Planilha de Acordo com os Preços de Mercado.....	21
5.2.5. Definição dos Métodos e Condições para a Execução dos Serviços ou do Fornecimento.....	21
5.2.6. Estratégia de Suprimento.....	22
5.2.7. Cronograma Físico-Financeiro	22
5.2.8. Critérios de Recebimento e Aceitação do Objeto.....	22
5.2.9. Critério de Avaliação das Propostas.....	22
5.2.10. Obrigações do Contratante e do Contratado.....	22
5.2.11. Procedimentos de Fiscalização e gerenciamento do Contrato.....	22
5.2.12. Prazo de Execução/Entrega do Objeto	23
5.2.13. Sanções Administrativas.....	23
6. RESUMO	24
ANEXOS.....	27
Anexo I - Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.....	27
Anexo II - Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002.....	81
Anexo III - Resolução nº 114, de 20 de abril de 2010.....	86
Anexo IV - Instrução Normativa MP nº 2, de 30 de abril de 2008 - dou de 23/05/2008 - alterado.....	98
Anexo V - Instrução Normativa nº 04, 12 de novembro de 2010.....	150
Anexo VI – Decreto nº 2.271 de 7 de julho de 1997.....	160
Anexo VII – Decreto nº 3.555 de agosto de 2000.....	162
Anexo VIII – Decreto nº 5.450, de 31 de maio de 2005.....	171
Anexo IX – Decreto Estadual nº 28.089, de 10 de janeiro de 2006.....	184
Anexo X - Resolução nº 03, de 6 de março de 2008.....	202
Anexo XI – Resolução nº 4, de 06 de março de 2008.....	213
Anexo XII - Resolução nº 05, de 6 de março de 2008.....	229
Anexo XIII - Resolução nº 08, de 09 de julho de 2009.....	237
Anexo XIV- Resolução nº 90, de 29 de setembro de 2009.....	238
Anexo XV - Fluxo Resumido do Processo de Compras e Contratação de Serviços.....	243
Anexo XVI - Instrução de Processos de Contratação - Check List.....	244
Anexo XVII - Resolução nº 169, de 31 de Janeiro DE 2013.....	246
Anexo XVIII – Resolução nº 182, de 17 de outubro de 2013 – CNJ.....	261

1. INTRODUÇÃO

Com muita frequência ouvimos nos corredores de nossas repartições reclamações acerca de bens ou produtos que não atendem às necessidades para as quais foram adquiridos. Grampeadores que não grampeiam, canetas que não escrevem, cartuchos para impressoras que borram o papel ou têm vida aquém do esperado. Estes são exemplos comuns em nossos locais de trabalho, mas a relação com certeza é muita mais extensa e perpassa, inclusive, pela contratação de serviços.

É possível comprar com qualidade no serviço público?

A resposta a esta pergunta é sim, desde que contemos em nossas repartições com pessoas com o conhecimento técnico necessário para especificar bens e serviços de forma clara, consubstanciadas em projetos básicos ou termos de referência bem elaborados que possam resultar em contratações eficazes.

Neste contexto, o curso “Elaboração de Termos de Referência” tem por objetivo oferecer aos participantes informações e mecanismos legais e as práticas que podem auxiliar na elaboração especificações técnicas e de projetos básicos ou termos de referência sem vícios ou imperfeições, de modo a assegurar processos de licitação econômicos e juridicamente eficientes.

2. PROJETO BÁSICO

2.1. Definição

O art. 6º da Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993, define projeto básico como:

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.

O artigo citado expõe que deve conter como elementos:

- a) desenvolvimento da solução escolhida de forma a fornecer visão global da obra e identificar todos os seus elementos constitutivos com clareza;
- b) soluções técnicas globais e localizadas, suficientemente detalhadas, de forma a minimizar a necessidade de reformulação ou de variantes durante as fases de elaboração do projeto executivo e de realização das obras e montagem;
- c) identificação dos tipos de serviços a executar e materiais e equipamentos a incorporar à obra, bem como suas especificações que assegurem os melhores resultados para o empreendimento, sem frustrar o caráter competitivo para a sua execução;
- d) informações que possibilitem o estudo e a dedução de métodos construtivos instalações provisórias e condições organizacionais para a obra, sem frustrar o caráter competitivo para a sua execução;
- e) subsídio para montagem do plano de licitação e gestão da obra, compreendendo a sua programação, a estratégia de suprimentos, as normas de fiscalização e outros dados necessários em cada caso;
- f) orçamento detalhado do custo global da obra, fundamentada em quantitativos do serviços e fornecimentos propriamente avaliados.

O inciso I, § 2º do art. 7º, do mesmo diploma legal, estabelece que as obras e serviços somente poderão ser licitados quando:

- a) houver projeto básico aprovado pela autoridade competente e disponível para exame dos interessados em participar do processo licitatório;
- b) existir orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os seus custos unitários;
- c) houver previsão de recursos orçamentários que assegurem o pagamento das obrigações decorrentes de obras ou serviços a serem executados no exercício financeiro em curso, de acordo com o respectivo cronograma;
- d) o produto dela esperado estiver contemplado nas metas estabelecidas no plano plurianual de que trata o art. 165 da Constituição Federal, quando for o caso.

De acordo com o art. 7º, §3º, da Lei Federal nº 8.666/93, não poderão ser incluídos no objeto da licitação:

- a) A obtenção de recursos financeiros para execução de obras e serviços, qualquer que seja a sua origem, exceto nos casos de empreendimentos executados e explorados sob

o regime de concessão, nos termos da legislação específica;

b) O fornecimento de materiais e serviços sem previsão de quantidades ou cujos quantitativos não correspondam às previsões reais do projeto básico ou executivo;

c) O fornecimento de bens e serviços sem similaridade ou de marcas, características e especificações exclusivas, salvo nos casos em que for tecnicamente justificável, ou quando o fornecimento desses materiais e serviços for feito sob o regime de administração contratada, previsto e discriminado no ato convocatório.

A leitura desatenta do texto legal pode nos levar ao entendimento de que a obrigatoriedade do projeto básico é somente para os casos de contratações de obras e serviços de engenharia. Alertamos, entretanto, que é obrigatório o projeto básico também para qualquer outro tipo de serviço que venha a ser contratado, inclusive, nos casos em que a contratação se fizer por dispensa ou inexigibilidade de licitação.

As exceções a essa regra são as contratações de obras e serviços de pequeno valor, até o limite de dispensa estabelecido nos incisos I e II do art. 24 da Lei Federal nº 8.666/93, e nos casos de emergência ou de calamidade pública, conforme caracterizado no inciso IV, do mesmo artigo dessa lei.

Em ambos os casos, a elaboração do projeto básico não é obrigatória: no primeiro, o próprio valor da obra ou serviço não justifica o investimento de tempo e recursos na elaboração do documento, bastando que se descreva e especifique o objeto da contratação, de modo que se possa acompanhar e fiscalizar a sua execução e receber a obra/serviço de acordo com o especificado; no segundo, o atendimento de situação emergencial ou de calamidade pública não permite ao administrador perder tempo com elaboração do documento, pois a ação do poder público nesses casos deve ser imediata.

Em relação à aquisição de bens pelas modalidades da Lei Federal nº 8.666/93, não é necessário o projeto básico. Conforme o art. 14 da Lei de Licitações e Contratos as compras deverão ser feitas com “a adequada caracterização do seu objeto”. Portanto, faz-se necessário tão-somente a descrição e a especificação do produto que se pretende adquirir.

Considerando que o art. 40, da Lei Federal nº 8.666/93, determina o que, obrigatoriamente, deve conter o Edital, o Projeto Básico deverá ser capaz de fornecer todas as estas informações, a fim de subsidiar a elaboração do Edital, contemplando:

I - objeto da licitação, em descrição sucinta e clara;

II - prazo e condições para assinatura do contrato ou retirada dos instrumentos, como previsto no art. 64 desta Lei, para execução do contrato e para entrega do objeto da licitação;

III - sanções para o caso de inadimplemento;

IV - local onde poderá ser examinado e adquirido o projeto básico;

V - se há projeto executivo disponível na data da publicação do edital de licitação e o local onde possa ser examinado e adquirido;

VI - condições para participação na licitação, em conformidade com os arts. 27 a 31 desta Lei, e forma de apresentação das propostas;

VII - critério para julgamento, com disposições claras e parâmetros objetivos;

VIII - locais, horários e códigos de acesso dos meios de comunicação à distância em que serão fornecidos elementos, informações e esclarecimentos relativos à licitação e às condições para atendimento das obrigações necessárias ao cumprimento de seu objeto;

IX - condições equivalentes de pagamento entre empresas brasileiras e estrangeiras, no caso de licitações internacionais;

X - o critério de aceitabilidade dos preços unitário e global, conforme o caso, permitida a fixação de preços máximos e vedados a fixação de preços mínimos, critérios estatísticos ou faixas de variação em relação a preços de referência, ressalvado o disposto nos parágrafos 1º e 2º do art. 48; (Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998)

XI - critério de reajuste, que deverá retratar a variação efetiva do custo de produção, admitida a adoção de índices específicos ou setoriais, desde a data prevista para apresentação da proposta, ou do orçamento a que essa proposta se referir, até a data do adimplemento de cada parcela; (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

XII - (Vetado). (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

XIII - limites para pagamento de instalação e mobilização para execução de obras ou serviços que serão obrigatoriamente previstos em separado das demais parcelas, etapas ou tarefas;

XIV - condições de pagamento, prevendo:

a) prazo de pagamento não superior a trinta dias, contado a partir da data final do período de adimplemento de cada parcela; (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

b) cronograma de desembolso máximo por período, em conformidade com a disponibilidade de recursos financeiros;

c) critério de atualização financeira dos valores a serem pagos, desde a data final do período de adimplemento de cada parcela até a data do efetivo pagamento; (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

d) compensações financeiras e penalizações, por eventuais atrasos, e descontos, por eventuais antecipações de pagamentos;

e) exigência de seguros, quando for o caso;

XV - instruções e normas para os recursos previstos nesta Lei;

XVI - condições de recebimento do objeto da licitação;

XVII - outras indicações específicas ou peculiares da licitação.

São anexos do edital, dele fazendo parte integrante, obrigatoriamente:

I - o projeto básico e/ou executivo, com todas as suas partes, desenhos, especificações e outros complementos;

II - orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários; (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

III - a minuta do contrato a ser firmado entre a Administração e o licitante vencedor;

IV - as especificações complementares e as normas de execução pertinentes à licitação.

3. TERMO DE REFERÊNCIA

3.1. Pregão

O Governo Federal instituiu por meio da Medida Provisória nº 2.026, de 04 de maio 2000, posteriormente convertida na Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, nova modalidade de licitação pública denominada pregão.

O pregão pode ser conceituado como “o procedimento administrativo por meio do qual a Administração Pública, garantida a isonomia, seleciona fornecedor ou prestador de serviços, visando à execução de **objeto comum no mercado**, permitindo aos licitantes, em sessão pública, reduzir o valor da proposta por meio de lances sucessivos verbais no caso de pregão realizado na forma presencial, ou virtuais, por meio eletrônico (internet), quando realizado na forma eletrônica”.

A Lei nº 10.520/2002, no parágrafo único do art. 1º, estabelece que “são considerados bens e serviços comuns aqueles cujo padrão de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital por meio de especificações usuais no mercado”.

Na prática, a definição do que se pode contratar por meio de pregão, em especial quando se trata de serviços, têm sido objeto de muita polêmica, com decisões dos órgãos de controle interno e dos tribunais as mais diversas. Portanto, antes de decidir pela contratação por essa modalidade de licitação, deve o administrador público acerrar-se de que o bem ou serviço é realmente comum, assim aceito pela jurisprudência e pelo controle interno.

A expressão “*Termo de referência*” é mencionada nos Decretos Federais que regulamentam a modalidade Pregão (nº 3.555/2000 e nº 5.450/2005), bem como na Resolução do TJCE nº 04/2008, que disciplina a utilização da referida modalidade no Poder Judiciário do Estado do Ceará.

O Termo de Referência é um instrumento usado na modalidade pregão, seja na forma presencial ou eletrônica, que nas outras modalidades, previstas na Lei Federal nº. 8666/93 (concorrência, tomada de preço, convite), equivale ao projeto básico

3.2. Definição de Termo de Referência

O Termo de referência estabelece a conexão entre a Contratação e o Planejamento existente, expondo o alinhamento da contratação à estratégia do negócio. O dever de planejar é concebido tanto no âmbito jurídico constitucional, ao estar intrinsecamente constituído no princípio da Eficiência (art. 37 da CF/88).

Se o Termo de Referência, de modo preliminar, é o instituto que se vincula à modalidade de licitação denominada pregão; é componente inafastável da etapa preparatória que se atrela às demais fases procedimentais irradiando efeitos para todo o ciclo da contratação. Assim se é componente da etapa preparatória, se bem elaborado pela área solicitante levará ao sucesso da licitação e é por isso que deficiências e omissões no Termo de Referência podem conduzir de regra à insatisfação quando não o verdadeiro fracasso do pregão, com conseqüente repetição, anulação ou revogação.

Para Jair Eduardo de Santana¹, o Termo de Referência contém os códigos genéticos da Licitação e do contrato a que vier a ser lavrado.

¹ SANTANA, Jair Eduardo. Coleção 10 anos de Pregão. Curitiba: Negócios Públicos, 2008, p.11

O ilustre doutrinador Joel de Menezes Niebuhr² orienta:

“Faz-se necessário, no Termo de Referência, em primeiro lugar, especificar o objeto a ser licitado, ainda que possa haver alguma complementação posterior. Deve-se no mínimo definir o que a Administração Pública necessita o que pretende com a futura contratação. E, também, já se deve determinar como o objeto da licitação deve ser executado, com a definição de métodos, estratégias de suprimentos e prazo de execução.”

Ressalte-se, ainda, que além de obrigatória a elaboração do termo de referência, também é obrigatória sua aprovação, conforme previsto no art. 13, inciso II, da Resolução TJCE nº 04/2008, a qual deve ser acompanhada da respectiva motivação, princípio corolário da Administração Pública.

3.3. A importância do Termo de Referência e suas funções

O Termo de Referência é o documento que expressa as informações diversas levantadas em torno de um dado objeto ou serviço, e que servirá de fonte para guiar a aquisição ou a contratação dos serviços.

Entretanto, a realidade que nos circunda no Poder Público é de que a grande maioria dos servidores ou das áreas que elaboram as solicitações de compras e serviços, desvaloriza a importância do Termo de Referência, fazendo requisições genéricas e superficiais aos setores de licitações ou, ainda copiam manuais de determinados produtos para orientar as aquisições, conseqüentemente a responsabilidade pelas aquisições e contratações são deixadas a cargo dos pregoeiros e demais membros da equipe de apoio, contudo o Termo de Referência, como já vimos, é um dos primeiros documentos a ser confeccionado na etapa interna do pregão e exige um trabalho em complexo e deve ser elaborado em conjunto, ou seja, deve ter a participação de diversos servidores nos mais variados setores do órgão licitante.

O Termo de Referência, além de permitir avaliação do custo da compra ou contratação, tem outras funções, quais sejam:

- 1 - demonstrar as necessidades da Administração;
- 2 - permite a correta elaboração da proposta pelo licitante;
- 3 - viabiliza a execução do objeto, já determina as diretrizes;
- 4 - viabiliza a competitividade e privilegia o princípio da isonomia;
- 5 - evita aquisições irracionais, desperdiçadas, desnecessárias, uma vez que circunscreve limitadamente um objeto.

3.4. Elementos do Termo de Referência

A Resolução nº 04, do TJCE, de 06 de março de 2008, publicada no Diário da Justiça de 07 de março de 2008, estabelece, em seu art. 13, que na fase preparatória do pregão, será elaborado o termo de referência, de forma clara, concisa e objetiva, pelo órgão requisitante em conjunto com a área de compras, o qual deverá conter, no mínimo:

² NIEBUHR, Joel de Menezes. Pregão presencial e eletrônico. Curitiba: Zenite, 2008, p.30

- a) o objeto da contratação, explicitando o conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para a caracterização do bem, produto ou serviço, inclusive definindo as unidades de medida usualmente adotadas, indicando os parâmetros mínimos de desempenho e qualidade, vedadas especificações, que por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias limitem ou frustrem a competição ou a realização do fornecimento;
- b) apresentação da justificativa da necessidade da contratação;
- c) orçamento detalhado, de modo a propiciar a avaliação do custo pela Administração;
- d) valor estimado com base no preço obtido através da pesquisa de mercado;
- e) as condições quanto aos locais, prazos de entrega ou de execução do objeto, forma de pagamento e, complementarmente, nos casos de serviços, quando cabíveis, a frequência, periodicidade, características do pessoal, materiais e equipamentos a serem fornecidos e utilizados, procedimentos a serem seguidos, cuidado, deveres, disciplina e controles a serem adotados;
- f) o preço unitário máximo que a Administração se dispõe a pagar, consideradas as regiões e as estimativas de quantidade a serem adquiridas;
- g) cronograma físico-financeiro, se for o caso;
- h) critérios de aceitação do objeto;
- i) deveres do contratado;
- j) procedimentos de fiscalização e gerenciamento do contrato;
- k) prazo de execução.

3.4.1. Definição do objeto - Art.3, inciso II, da Lei Federal nº.10.520/2002

A definição do objeto que se pretende adquirir é o aspecto mais polêmico do Termo de referência, isto porque na prática administrativa sempre na ânsia de melhorar as aquisições, a Administração Pública acaba por cometer inúmeros equívocos, falhas e vedações da Lei. O Termo de Referência deverá observar a definição do objeto e esta definição deverá ser precisa, suficiente e clara e se encontram proibidas as especificações excessivas, irrelevantes, desnecessárias, limitadoras da competição ou da própria realização do certame, tal diretriz está na Lei nº.10.520/2002, em seu artigo 3, inciso II, e na Resolução nº 04/2008 – TJCE, no seu art. 13, inciso I, alínea “a”.

A definição precisa, suficiente e clara do objeto no Termo de Referência estará no edital, já que é um anexo dele, contudo devemos registrar os equívocos da prática administrativa, pois não é o edital o local apropriado para se proceder à definição do objeto, pois o edital quando vier a ser publicado deverá fazer menção ao Termo de Referência porque é nele que encontraremos a pormenorização do objeto.

Na prática administrativa encontramos também outro desafio a questão da qualidade das aquisições versus o menor preço-obrigatório no pregão, e não há como fazê-lo senão a partir de uma caracterização precisa do objeto, não se trata de transcrever para o Termo de Referência as especificações técnicas de manuais e nem de folders explicativos.

A virtude a ser adotada por ocasião da descrição do objeto do contrato administrativo é o meio-termo, sem que se admita restringi-lo nem ampliá-lo em demasia. Conhecer a necessidade e as possíveis soluções de mercado e, com base na análise de custo benefício, descrever as condições para a aquisição ou prestação de serviços.

É vedada a indicação de marca, conforme § 5º do art. 7º e o inciso I do § 7º do art. 15 da Lei