1º RELATÓRIO DE MONITORAMENTO

I. IDENTIFICAÇÃO	
Nº do Processo	Proad nº 927/2021
Nº da Ordem de Serviço	01/2021
Unidade Auditada	Secretaria de Tecnologia da Informação e Comunicação e Diretoria-Geral
Seção Responsável pela Auditoria	Seção de Auditoria de Gestão Administrativa e Patrimonial - SAGAP
Objeto da Auditoria	Processos licitatórios para aquisição e contratação de bens e serviços de Tecnologia da Informação e Comunicação - TIC, concluídos no âmbito do TRT7, dentro do período 01/01 a 31/12/2020
Tipo de Auditoria	Conformidade

II. CONSTATAÇÕES

Constatação nº 1

Descrição sumária:

Deficiência na instrução processual de contratação pela ausência de documentos essenciais.

Determinação 1:

Desaprovar, por meio de parecer jurídico da Assessoria Jurídica, processo de contratação que não contenha os estudos técnicos preliminares.

Providências adotadas:

Manifestação da Diretoria-Geral:

“Esta Diretoria-Geral (DG), em consonância com a Coordenadoria Jurídica Administrativa (CJA), informa que doravante serão desaprovados, por meio de Parecer Jurídico, processos de contratação que não contenham os Estudos Técnicos Preliminares, em cumprimento à determinação da Presidência.

De outra parte, foi encaminhado o Ofício TRT.DG. 025/2022 (Doc. 06 - PROAD nº 3575/2022), com uma Consulta ao Conselho Superior da Justiça do Trabalho - CSJT acerca dos questionamentos esposados pela Secretaria de Tecnologia da Informação e Comunicação - SETIC no sentido de simplificar o processo de participação em Registro de Preços para as

Contratações aprovadas pelo Comitê de Governança de Tecnologia da Informação e Comunicação, especialmente dispensando nova pesquisa de preços, sem prejuízos de Controles e da Mitigação de Riscos.

Na supracitada Consulta foi também consignado que a Resolução do CNJ nº 468/2022, que dispõe sobre Diretrizes para as Contratações de Solução de Tecnologia da Informação e Comunicação pelos Órgãos submetidos ao Controle Administrativo e Financeiro do Conselho Nacional de Justiça 0 CNJ, estabeleceu no Art. 11, § 1º que nas hipóteses de Órgão Participante, cujo Órgão Gerenciador pertencer ao mesmo segmento de Justiça, tendo participado ativamente do Planejamento da Contratação e desde que existe simetria de objetivo e motivação, bastará ao Órgão Participante a elaboração do Documento de Oficialização da Demanda (DOD) com os elementos necessários para consolidação pelo Órgão Gerenciador e, consequentemente, a elaboração dos demais artefatos necessários à Contratação designados pelo Órgão Gerenciados, em especial quanto às Contratações realizadas com base na Lei nº 14.133/2021.

Esta Diretoria está aguardando a resposta formulada. Tão logo obtida, será encaminhada à Secretaria de Auditoria Interna - SAUDI, para ciência."

Análise de auditoria:

As providências adotadas sinalizam para o aprimoramento da instrução processual, mas, pela sua natureza, exigem a aplicação de novos exames (testes substantivos) em processos de aquisição e contratação supervenientes à deliberação em tela.

Não obstante, a sistemática de *checklist* (lista de checagem) dos elementos que integram e consubstanciam a fase preparatória da licitação é oportuna para mitigar o risco de descumprimento da legislação vigente, em especial, a Lei nº 14.133/2021, que consolidou a referida fase e deu ênfase à sua importância, considerando a primazia do princípio do planejamento disposto no novel regramento.

Com efeito, é preciso deixar claro, em respeito ao princípio da eficiência que também pauta a atuação da gestão pública, que esta Secretaria tem por opinião fundamentada que nem todo processo de aquisição e contratação requer a formulação de ETP, por diferentes razões, a exemplo de dispensas de licitação em função do valor; em razão de situação emergencial; para contratação de remanescente contratual; na prorrogação de serviços de natureza contínua; em contratações padronizadas, visto que a solução identificada já foi estudada, o que torna desnecessária repetir nova análise.

Por fim, aguarda-se o resultado da consulta feita por este Tribunal à Secretaria-Geral do CSJT, de que trata o OFÍCIO TRT7.DG Nº

25/2022/DG/TRT7 (doc. 6 do Proad 3575/2022), sendo mais apropriado tecer comentários sobre as ponderações apresentadas no bojo da análise da Determinação nº 2.

Recomendação:

Manter a Determinação.

Prazo:

Doravante.

Determinação 2:

Promover a adequação dos normativos internos à nova lei de licitações e contratações (Lei nº 14.133/2021) com a disciplina mais consentânea para a fase preparatória do certame, notadamente no que concerne ao estudo técnico preliminar, à luz do artigo 18.

Providências adotadas:

Manifestação da Diretoria-Geral:

"A Administração do TRT-7ª Região, por intermédio da EJUD7, está promovendo a Capacitação dos Servidores, em especial Gestores e Fiscais, quanto à Lei nº 14.133/2021 e serão, oportunamente, promovidas as adequações dos Normativos Internos à supracitada Lei, cuja obrigatoriedade somente se dará em abril/2023."

Análise de auditoria:

A unidade auditada, em que pese o reconhecido esforço de capacitação do quadro permanente de servidores deste Tribunal, remete o cumprimento da Determinação a uma oportunidade futura, sem indicar, mais concretamente, qualquer plano de ação com vistas à adequação dos normativos internos. Portanto, a Determinação ainda se encontra pendente de cumprimento.

Cumpre enfatizar que a Lei nº 14.133/2021 está vigente desde abril de 2021, tendo o legislador ordinário concedido um período de dois anos para uma transição gradual enquanto a Administração se prepara para a adoção plena dos novos dispositivos, o que demanda ajustes nos normativos internos do TRT7 relacionados ao tema das contratações públicas.

Saliente-se que o parágrafo único do art. 11 da novel Lei atribuiu expressamente à alta administração a responsabilidade pela governança das contratações.

A propósito da Determinação 2, o despacho da Presidência (Doc. 37) aduz a observância da "necessidade de avaliar a possibilidade de simplificar a elaboração do ETP nos casos em que este Tribunal é participante das

contratações nacionais conduzidas coletivamente pela Justiça do Trabalho". (grifo inexistente)

Nesse tocante, entende-se que o Despacho da Presidência está em sintonia com o Decreto nº 7.892/2013, que regulamenta o SRP, em especial, a **compra nacional**, assim compreendida, no âmbito da Justiça do Trabalho, aquelas em que o CSJT delibera/acorda o emprego compulsório de solução uniforme a ser adquirida por todos os Regionais.

Logo, a teor do disposto no art. 6º, § 2º, do Decreto em comento, nada mais razoável que empregar um ETP mais simplificado, em que **a pesquisa de mercado,** feita pelo órgão gerenciador, possa/deva ser aproveitada pelos órgãos participantes.

Porém, da leitura atenta do OFÍCIO TRT7.DG Nº 25/2022/DG/TRT7, que trata de consulta feita ao CSJT por este Regional, para permitir a participação em ata de registro de preços com um ETP simplificado, assim considerado como ausente a **pesquisa de preços**, é preciso deixar assente que há uma imprecisão ou confusão conceitual nos termos apresentados.

A **estimativa de valor da contratação realizada em sede de ETP** visa a levantar o eventual gasto com a solução escolhida, **de modo a avaliar a viabilidade econômica da opção**.

Essa estimativa **não se confunde com os procedimentos e parâmetros de uma pesquisa de preço** para fins de verificação da conformidade/aceitabilidade da proposta (em sede de TR/PB).

Não se pode perder de vista que o objetivo do ETP é agregar novos elementos de planejamento, avaliando, entre outras coisas, as soluções disponíveis no mercado para o atendimento da demanda da administração, resultados pretendidos, eventuais requisitos necessários à contratação, ponderações sobre a modelagem contratual (como em relação ao parcelamento ou não da solução, contratação com ou sem dedicação exclusiva de mão de obra), e demais características que demonstrem a viabilidade técnica e econômica da contratação.

Em apertada síntese, a função precípua do ETP é refletir sobre a contratação, avaliar as opções disponíveis e as nuances pertinentes a fim de que a alternativa escolhida para atendimento da necessidade administrativa seja a melhor possível para o bom atendimento do interesse público.

Portanto, não se mostra razoável, em um processo de escolha entre alternativas disponíveis no mercado, prescindir de uma pesquisa de

mercado nesse processo de definição da solução mais apropriada para atender aos anseios da administração.

Não à toa, o art. 18, § 2º, da Lei nº 14.133/2021, coloca a "estimativa do valor da contratação, acompanhada dos preços unitários referenciais, das memórias de cálculo e dos documentos que lhe dão suporte, que poderão constar de anexo classificado, se a Administração optar por preservar o seu sigilo até a conclusão da licitação" como elemento obrigatório na composição de um ETP.

Recomendação:

Manter a determinação

Prazo:

60 dias

Determinação 3:

Elabore previamente estudos técnicos preliminares que assegurem a viabilidade da contratação sob os aspectos da eficácia, eficiência, efetividade e economicidade, com vistas a fundamentar o respectivo Termo de Referência, especialmente no que concerne às diferentes soluções disponíveis no mercado, à justificativa da solução específica escolhida, bem assim ao demonstrativo dos benefícios técnicos e econômicos provenientes de tal escolha.

Providências adotadas:

Manifestação da Diretoria-Geral:

"Desde a publicação da Resolução 182/2013 pelo CNJ, a Secretaria de Tecnologia da Informação e Comunicação do TRT7 sempre seguiu o rito estabelecido de elaboração de Estudos Técnicos Preliminares (ETP) e subsequente elaboração de Termo de Referência (TR) para as contratações realizadas pela própria SETIC fundamentadas em licitação própria, inexigibilidade e adesão à registro de preços.

É importante registrar que, nas ações para aquisições compartilhadas por órgãos da Justiça do Trabalho, é comum que a consulta aos órgãos interessados na participação em registro de preços seja feita por meio de expediente encaminhado pelo Tribunal gerenciador, normalmente com solicitação para que a resposta seja dada em prazo exíguo (por vezes menos de 5 dias), e com encaminhamento de formulário padronizado, por meio do qual deve ser informado o quantitativo necessário para cada item do certame. São também enviados pelo órgão gerenciador os documentos ETP e TR para avaliação e aprovação quanto às especificações e condições da contratação. A título de exemplo podemos citar o Ofício TRT2/SETIC nº 144/2022 Aquisição de Notebooks, recebido no TRT7 em

08/08/2022 (doc. 9 PROAD nº 4407/2022), cujo prazo de resposta foi dia 12/08/2022, portanto 4 dias.

Conforme achados desta auditoria, especificamente nos casos de coparticipação em registro de preços em que o prazo exíguo para manifestação de intenção de participação em registro de preços não enseja tempo hábil para uma elaboração da documentação completa demandada pelos Estudos Técnicos Preliminares, a SETIC, de fato, não elaborou ETP previamente em algumas contratações, conforme listado na constatação nº1 do Relatório de auditoria (doc.34).

Cabe destacar que, após as recomendações desta auditoria, todas as contratações fundamentadas em coparticipação contaram com a elaboração de ETP previamente à manifestação de intenção de participação em registro de preços, conforme tabela a seguir:

Proad	Objeto	Documento no proad
2743/2022	Aquisição de microcomputadores, mouses, teclados e monitores	24 - DOCUMENTO - ETP TRT7 Aquisição de microcomputadores, mouses, teclados e monitores
4407/2022	Aquisição de estação de trabalho portátil - Notebook	7- DOCUMENTO - TRT7 ETP Aquisição de Notebook Corporativo

No sentido de simplificar os Estudos Técnicos Preliminares no caso de coparticipação, a exemplos de normativos existentes em outros Tribunais Trabalhistas, em 27/6/2022 foi elaborado por esta Secretaria OFÍCIO Nº 19/2022/SETIC/TRT7, encaminhado à Diretoria Geral por meio do PROAD n. 3575/2022, consultando da possibilidade de elaboração de Estudos Técnicos Preliminares (ETP) simplificados como condição prévia para participação em registro de preços. A referida consulta foi encaminhada ao Conselho Superior da Justiça do Trabalho por este Regional por meio do Ofício nº 25/2022/DG/TRT7 (Doc. 06 PROAD 3575/2022).

Há que se destacar, também, que o CNJ publicou a Resolução Nº 468 de 15/07/2022, que dispõe sobre diretrizes para as contratações de Solução de Tecnologia da Informação e Comunicação pelos órgãos submetidos ao controle administrativo e financeiro do Conselho Nacional de Justiça:

"Art. 11. A participação de órgão ou entidade em registro de preços será fundamentada na compatibilidade dos estudos técnicos preliminares e outros documentos de planejamento da contratação do órgão interessado na participação com o Termo de Referência do órgão gerenciador, facultada a solicitação de informações adicionais.

§ 1o Nas hipóteses de órgão participante, cujo órgão gerenciador pertencer ao mesmo segmento de Justiça, tendo participado ativamente do planejamento da contratação e desde que exista simetria de objetivo e motivação, bastará ao órgão participante a elaboração do Documento de Oficialização da Demanda (DOD) com os elementos necessários para consolidação pelo órgão gerenciador e, consequentemente, a elaboração dos demais artefatos necessários à contratação designados pelo órgão gerenciador."

Destacamos que, embora nas duas contratações citadas acima (PROADs 2743/2022 e 4407/2022) tenhamos conseguido elaborar ETPs completos (incluindo pesquisa de preços locais), tal feito demandou extremo esforço, impactando negativamente as demais iniciativas e ações da Coordenadoria de Serviços e Suporte de TIC, especialmente pois não temos controle sobre quando os órgãos gerenciadores irão abrir prazo para envio das Intenções de Participação em Registro de Preços (IRPs), impossibilitando um planejamento prévio adequado. Também, nestes casos específicos, dadas as características dos objetos e da posse de informações quanto ao andamento das demandas nos órgãos gerenciadores, foi possível elaborar o ETP previamente à autorização de coparticipação, mas em muitos casos, em especial quando o objeto é complexo e possui vários itens, os prazos não permitem a elaboração do ETP (especialmente com pesquisa de preços). Por fim, realizamos entre 19/09 e 21/09/2022 pesquisa informal junto às Secretarias de TIC dos demais Tribunais Trabalhistas sobre qual abordagem tem sido adotada quanto à necessidade de elaborar ETPs previamente à manifestação de interesse de coparticipação em Registro de Preços (IRPs). Segue pesquisa e resultados:

Pesquisa - Necessidade de ETPs elaborados previamente à manifestação de interesse de coparticipação em Registro de Preços (IRPs)

No seu Regional:

- Opção 1) Não precisamos elaborar ETP previamente à manifestação de interesse em coparticipação
- Opção 2) Precisamos elaborar ETP simplificado (sem nova pesquisa de preços, indicando apenas quantidades, alinhamento, etc) previamente à manifestação de interesse em coparticipação
- Opção 3) Precisamos elaborar ETP completo (com nova pesquisa de preços local) previamente à manifestação de interesse em coparticipação

TRT01 - Opção 1 - **Não precisa** fazer ETP prévio
TRT02 - Opção 2 - **Não precisa** fazer ETP prévio com pesquisa de preços
TRT03 - Opção 2 - **Não precisa** fazer ETP prévio com pesquisa de preços
TRT04 - Opção 1 - **Não precisa** fazer ETP prévio
TRT05 - Opção 1 - **Não precisa** fazer ETP prévio
TRT06 - Opção 2 - **Não precisa** fazer ETP prévio com pesquisa de preços
TRT07 - Opção 3 - **Precisa** fazer ETP prévio com pesquisa de preços
TRT08 - Opção 1 - **Não precisa** fazer ETP prévio
TRT09 - Opção 1 - **Não precisa** fazer ETP prévio
TRT10 - Opção 1 - **Não precisa** fazer ETP prévio
TRT11 - Opção 1 - **Não precisa** fazer ETP prévio
TRT12 - Opção 2 - **Não precisa** fazer ETP prévio com pesquisa de preços
TRT13 - Opção 1 - **Não precisa** fazer ETP prévio
TRT14 - Opção 1 - **Não precisa** fazer ETP prévio
TRT15 - Opção 3 - **Precisa** fazer ETP prévio com pesquisa de preços
TRT16 - Opção 1 - **Não precisa** fazer ETP prévio
TRT17 - Opção 2 - **Não precisa** fazer ETP prévio com pesquisa de preços
TRT18 - Opção 1 - **Não precisa** fazer ETP prévio
TRT19 - Opção 2 - **Não precisa** fazer ETP prévio com pesquisa de preços
TRT20 - Opção 1 - **Não precisa** fazer ETP prévio
TRT21 - Opção 1 - **Não precisa** fazer ETP prévio
TRT22 - Opção 2 - **Não precisa** fazer ETP prévio com pesquisa de preços
TRT23 - Opção 2 - **Não precisa** fazer ETP prévio com pesquisa de preços
TRT24 - Opção 2 - **Não precisa** fazer ETP prévio com pesquisa de preços
TST - **Não precisa** fazer ETP prévio com pesquisa de preços

Desta maneira, entre os 25 Tribunais Trabalhistas, apenas TRT7 e TRT15 estão elaborando ETP completo (com nova pesquisa de preços local) previamente à manifestação de interesse em coparticipação, em atendimento à Recomendação nº 1 desta auditoria ("desaprovar, por meio de parecer jurídico da Assessoria Jurídica, processo de contratação que não contenha os estudos técnicos preliminares.")."

Análise de auditoria:

As ações adotadas no âmbito deste Regional são compatíveis com o propósito da boa instrução processual com vistas a formatar adequadamente a definição do objeto para o alcance da melhor solução, em consonância com os princípios estabelecidos pela legislação vigente.

É oportuno destacar o Art. 12, VII, da Lei nº 14.133/2021, o qual diz que no processo licitatório observar-se-á:

"VII - a partir de documentos de formalização de demandas, os órgãos responsáveis pelo planejamento de cada ente federativo poderão, na forma de regulamento, elaborar plano de contratações anual, com o objetivo de racionalizar as contratações dos órgãos e entidades sob sua competência, garantir o alinhamento com o seu planejamento estratégico e subsidiar a elaboração das respectivas leis orçamentárias."

Além disso, o *caput* do Art. 18 da mesma Lei:

"Art. 18. A fase preparatória do processo licitatório é caracterizada pelo planejamento e deve compatibilizar-se com o plano de contratações anual de que trata o inciso VII do caput do art. 12 desta Lei, sempre que elaborado, e com as leis orçamentárias, bem como abordar todas as considerações técnicas, mercadológicas e de gestão que podem interferir na contratação, compreendidos:

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

…"

Com efeito, a análise tecida por esta Secretaria para as providências empregadas na Determinação 02 aplica-se plenamente a esta Determinação 3 e em nada colide ou conflita com as disposições da recente Resolução CNJ nº 468/2022, art. 11, § 1º, citadas na manifestação supra da SETIC.

Como salientado alhures, é preciso ter em mente que o ETP integra a etapa de planejamento das contratações públicas e tem a função específica de embasar o Termo de Referência ou o Projeto Básico, quando a contratação for considerada viável.

Contudo, a elaboração deste documento precede a fase interna de uma licitação, visto que tem a finalidade de desnudar a demanda da administração em detalhes e apresentar as sugestões de soluções disponíveis, podendo chegar, inclusive, à conclusão de que não há a necessidade premente de contratação.

É imperioso ressaltar, porque é esclarecedor, que a formulação de ETP, no que couber, tem como base o plano de contratação anual (PCA), que sempre é formulado no exercício anterior ao ano a que se reporta, a

teor do disposto no art. 9º da Resolução CNJ nº 347/2020, e em alinhamento com o plano estratégico institucional (PEI) da organização, conforme art. 3º, V, da aludida Resolução.

Logo, quando a SETIC alega não ter 'controle sobre quando os órgãos gerenciadores irão abrir prazo para envio das Intenções de Participação em Registro de Preços (IRPs), impossibilitando um planejamento prévio adequado', tem-se por opinião que esta argumentação não prospera.

A propósito, registre-se que esta SAUDI não defende o entendimento que o PCA seja uma peça rígida e imutável, não passível de ajustes. Pelo contrário, reconhece-se a dinâmica administrativa e que esta pode ensejar alterações devidamente motivadas no planejamento.

Também não se desconsidera eventuais limitações de capacidade operacional das unidades administrativas que integram a estrutura do Tribunal, mas, ainda assim, isso não pode servir de escusa para a não elaboração de ETP, quando a contratação assim exigir.

Veja que o art. 18, § 2º, da Lei nº 14.133/2021, dispõe que o ETP deverá conter ao menos os elementos relacionados a seguir, e quando não contemplar os demais elementos previstos no § 1º do referido artigo, apresentar as devidas justificativas:

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

b) estimativas das quantidades para a contratação, acompanhadas das memórias de cálculo e dos documentos que lhes dão suporte, que considerem interdependências com outras contratações, de modo a possibilitar economia de escala;

c) estimativa do valor da contratação, acompanhada dos preços unitários referenciais, das memórias de cálculo e dos documentos que lhe dão suporte, que poderão constar de anexo classificado, se a Administração optar por preservar o seu sigilo até a conclusão da licitação;

d) justificativas para o parcelamento ou não da contratação;

e) posicionamento conclusivo sobre a adequação da contratação para o atendimento da necessidade a que se destina.

Resta patente, portanto, que a recomendação da auditoria, que foi acolhida pela Presidência e convertida em determinação, busca aperfeiçoar o processo de gestão e governança das contratações.

Aliás, o Poder Judiciário é vanguarda na temática de governança das contratações, ao editar a Resolução CNJ nº 347/2020 para dispor sobre o tema.

Repise-se que a Lei nº 14.133/2021, no art. 11, parágrafo único, atribuiu a responsabilidade por tal mister expressamente à alta administração do órgão ou entidade.

Ressalte-se, portanto, a necessidade de ajustes dos normativos internos de caráter infralegal à luz da NLCC, para os procedimentos vindouros de licitação.

Recomendação:

Não há.

Prazo:

Não se aplica.

Constatação nº 2

Descrição sumária:

Exigência de declaração com potencial restritivo à competição.

Determinação 4:

Estabelecer cláusula contratual de garantia que determine claramente os requisitos desejados de desempenho, bem como as penalidades em caso de descumprimento de tais requisitos, a fim de assegurar a qualidade do equipamento sem prejudicar a competitividade na fase de licitação.

Providências adotadas:

As contratações realizadas no ano de 2022, até o presente momento, atenderam aos requisitos da recomendação nº 4, conforme demonstrado no quadro abaixo.

Proad	Objeto	Documento no proad	Requisitos de desempenho	Penalidades associadas
5236/2021	Contratação de Suporte Técnico, incluindo atualizações evolutivas e corretivas, para a ferramenta Atlassian Confluence	47 - Termo de referência	item 3.2 Garantia do software	item 14.2, subitens "b" a "e"
1770/2021	Solução informatizada de governança, riscos e compliance	253 - Contrato 22/2022	item 4.9	Cláusula décima segunda- Das Sanções Administrativas - item 12.2 "g"
1837/2022	Certificados digitais	114 - Contrato 34/2022	itens 5.2 e 5.5.3	Cláusula décima quarta- Das Sanções Administrativas - item 14.2, "g" e "h".
2343/2022	Contratação de serviços de acesso à internet	55 - Termo de referência	item 7 - Suporte Técnico e Acordo de nível de serviço	item 16.2 , "e"

Análise de auditoria:

A unidade auditada, em sua manifestação, aduz elementos **que evidenciam o satisfatório cumprimento da determinação**.

Convém assinalar que o zelo deve ser mantido em todas as formatações de minuta contratual, sempre submetidas à apreciação da Assessoria Jurídica, com o fito de resguardar o interesse público no cumprimento das garantias, a partir da clara definição do desempenho almejado em cada solução.

Recomendação:

Não há.

Prazo:

Não se aplica.

Determinação 5:

Abster-se de inserir cláusulas que exijam que o proponente possua vínculo de fidelidade ou de parceria com o fabricante do produto ofertado, como condição para participação de licitação, salvo em casos que a exigência seja essencial e justificada, por contrariar a jurisprudência reinante do TCU, dado o potencial caráter restritivo da exigência.

Providências adotadas:

Manifestação da SETIC (Doc. 52):

As contratações realizadas no ano de 2022 se abstiveram de inserir cláusulas que exijam que o proponente possua vínculo de fidelidade ou de parceria com o fabricante do produto ofertado, como condição para participação de licitação.

Manifestação da SETIC (Doc. 60):

Na visão desta SETIC, a recomendação vem sendo atendida, tanto nos contratos firmados após a recomendação, quanto nas coparticipações em registros de preços em que houve manifestação de interesse por este Regional, quanto nas licitações em andamento. Entretanto, cabem algumas manifestações e esclarecimentos adicionais quanto à referida recomendação.

Inicialmente, destacamos a jurisprudência do TCU citada pela equipe de auditoria no "RELATÓRIO - Relatório de Auditoria - SAGAP - OS nº 01/2021" (Doc. 34 do PROAD 927/2021 - página 4) ao analisar a Constatação 2, que deu origem à Recomendação 5:

Acórdão TCU	Achado quanto a BIOS	Observação e destaques do acórdão (grifos nossos)
Nº 2.479/2009 (Plenário)	Item 16: somente três marcas de computadores possuem BIOS desenvolvida especificamente para o fabricante do equipamento conforme exigido pelo edital: HP, Dell e Lenovo (IBM	" BIOS desenvolvida especificamente para o fabricante"
Nº 632/2010 (2ª Câmara)	Não localizado	Trata da "instalação de sistema simplificado de abastecimento de água em pequenas localidades prioritárias (Sistema Maranhão)"
Nº 2.584/2010 (1ª Câmara)	Não localizado	Processo sobre aposentadoria
Nº 855/2013 (Plenário)	4.2. placa mãe e BIOS deve ser da mesma marca do fabricante do equipamento, não sendo aceitas soluções de outros fabricantes em regime de OEM ou customizações;	"BIOS deve ser da mesma marca do fabricante do equipamento" "18. Nessa seara, cabe esclarecer que BIOS é uma espécie de programa de inicialização do computador, responsável por fornecer instruções básicas para a verificação dos demais

		componentes do equipamento e para a sua inicialização. É fato que a BIOS é parte integrante do projeto da arquitetura do computador." "19. Porém, também é fato que **é prática comum nesse mercado que muitos fabricantes de placas-mãe fornecem detalhes de sua arquitetura para que fabricantes de BIOS independentes** desenvolvam este componente para controlar as placas-mãe daqueles, que por sua vez as revendem, no chamado regime OEM, no qual não são estes, os revendedores, os verdadeiros fabricantes da BIOS, **mas o fazem por licenciamento daqueles**." "10. De fato, a exigência de que a BIOS ou o software de gerenciamento seja da mesma marca do fabricante, **não se aceitando outras soluções em regime de OEM**, afronta o previsto no art. 3º, § 1º, inciso I, da Lei 8.666/1993, sendo exigência restritiva consoante jurisprudência desta Corte"

Nº 1990/2014 (1ª Câmara)	Não localizado	"Cuidam os autos de representação da Procuradoria da República em Minas Gerais a respeito de possíveis irregularidades praticadas no Instituto Sul-Americano de Desenvolvimento Sustentável - ISDES, relacionadas a não implementação do objeto do convênio 01.0024.00/2010, firmado entre o ISDES e o Ministério da Ciência e Tecnologia."

Nº 1881/2015 (Plenário)	"a) placa mãe e BIOS: desenvolvida pelo fabricante do microcomputador;"	" placa mãe e BIOS: desenvolvida pelo fabricante do microcomputador;" "39. Neste ponto, é interessante mencionar o Pregão Eletrônico 65/2009 realizado pelo TCU para a aquisição de microcomputadores. As especificações técnicas não faziam restrições quanto à aquisição de placa principal de livre comercialização de mercado e nem exigiam que a Bios fosse do mesmo fabricante ou desenvolvida especificamente para o projeto. Ao mesmo tempo, a cláusula de garantia contratual continha a seguinte exigência:" "91. A jurisprudência do TCU é uniforme no sentido de que são indevidas cláusulas que exijam que o **proponente possua vínculo de fidelidade ou de parceria com o fabricante do produto ofertado** como condição para participação da licitação, a exemplo das exigências relativas **à carta de revenda autorizada do fabricante, carta de solidariedade e de credenciamento do fabricante**, salvo em casos que a exigência seja

		essencial e justificada." "92. Especificamente em relação à exigência de carta de solidariedade, este Tribunal decidiu no Acórdão 2174/2011-TCU-Plenário que não se deve exigir, em editais de licitação, comprovação de que o **licitante está autorizado pelo fabricante a comercializar e prestar os serviços de garantia exigidos.**" "93. Ainda, não se pode deixar de mencionar que existe a hipótese de o fabricante não querer fornecer **o referido documento** a todos os possíveis fornecedores do bem pretendido pela Administração, o que restringiria a competitividade do certame."

Podemos observar que, nos acórdãos acima que possuem referências ao fabricante da BIOS, os achados de auditoria trataram como potencial restritivo à competição a exigência de que a BIOS seja desenvolvida pelo mesmo fabricante da placa mãe. Entretanto, o próprio acórdão TCU Nº 855/2013 (Plenário) indica que (grifos nossos): "19. Porém, também é fato que é prática comum nesse mercado que muitos fabricantes de placas-mãe fornecem detalhes de sua arquitetura para que fabricantes de BIOS independentes desenvolvam este componente para controlar as placas-mãe daqueles, que por sua vez as revendem, no chamado regime OEM, no qual não são estes, os revendedores, os verdadeiros fabricantes da BIOS, mas o fazem por licenciamento daqueles." Assim, é prática comum no mercado o licenciamento de copyright da BIOS pelos fabricantes de placas mãe. Desta maneira, possibilitar que o fabricante da placa mãe desenvolva a BIOS ou obtenha o licenciamento da mesma, na verdade, amplia o caráter competitivo da licitação, sem reduzir os critérios de qualidade exigidos. A título de exemplo, podemos citar o Processo Nº: 23000.027523/2018-36 do Ministério da Economia, em que empresa prejudicada encaminhou o pedido abaixo (grifos nossos), destacando que a fabricante possuir direitos de copyright sobre a BIOS retira o potencial restritivo: 10. As decisões proferidas pelo TCU são

suficientes para determinar a alteração do presente Edital,para que seja aceita BIOS em regime de OEM, assim, solicitamos que o texto seja alterado para: "Deve ser do mesmo fabricante do equipamento ou que o fabricante do equipamento possua direitos de copyright sobre esse BIOS, comprovado através de atestado fornecido pelo fabricante da BIOS, declarando o modelo do equipamento" Também cabe destacar o Acórdão TCU Nº 1881/2015 (Plenário), onde há a seguinte declaração: "93. Ainda, não se pode deixar de mencionar que existe a hipótese de o fabricante não querer fornecer o referido documento a todos os possíveis fornecedores do bem pretendido pela Administração, o que restringiria a competitividade do certame." No contexto do item 93, seus predecessores, itens 91 e 92, exemplificam que o "referido documento" trata-se de "carta de revenda autorizada do fabricante, carta de solidariedade e de credenciamento do fabricante" a ser apresentada por parte do proponente / participante da licitação, não sendo o caso da exigência de direitos (copyright) sobre a BIOS por parte do fabricante da placa mãe. Podemos citar, a título de exemplo, os Pregões Eletrônicos abaixo, realizados recentemente pelo próprio Tribunal de Contas de União e também pelo Ministério da Economia, que trazem os seguintes requisitos:

Órgão	Pregão / Processo	Valor Estimado	Especificações
TCU - Tribunal de Contas da União	Pregão Eletrônico no 057/2020	R$ 36.809.413,00	*"BIOS: Deve ser desenvolvida pelo mesmo fabricante do equipamento, ou ter seus direitos autorais na posse do fabricante. Tal comprovação será realizada mediante atestado ou declaração fornecido pelo fabricante da BIOS, e deve ser específica para o modelo de equipamento sendo ofertado."*
Ministério da Economia	Processo Administrativo nº 19973.110731/2021-26	R$ 977.165.087,77	*"BIOS: O fabricante do equipamento deverá possuir direitos de edição do BIOS com o fornecimento de atualizações sempre que necessário, seja para compatibilizar com novas versões do Sistema Operacional ou para corrigir qualquer problema verificado durante a vida útil do equipamento."*

Neste sentido, o próprio TCU utilizou em seu pregão a obrigatoriedade de a BIOS "ser desenvolvida pelo mesmo fabricante do equipamento, ou ter seus direitos autorais na posse do fabricante". É importante destacar, no caso do Ministério da Economia, a presença explícita da justificativa para tal requisito: "seja para compatibilizar com novas versões do Sistema Operacional ou para corrigir qualquer problema verificado durante a vida útil do equipamento." Por fim, de modo a afastar qualquer dúvida quanto à transparência desta unidade auditada, listamos abaixo dois processos similares à contratação que deu origem à Constatação 2 desta auditoria, que tratam da aquisição de microcomputadores e notebooks:

PROAD	Órgão Gerenciador da Ata	OBJETO	Especificações
2743/2022	TRT22	Aquisição de microcomputadores, mouses, teclados e monitores	Termo de Referência *"BIOS em português ou inglês, deve ser desenvolvida pelo mesmo fabricante do equipamento, ou ter seus direitos autorais na posse do fabricante"*
4407/2022	TRT2	Aquisição de estação de trabalho portátil - Notebook	Termo de Referência Não há especificação quanto ao fabricante da placa mãe e o desenvolvedor da BIOS

Em ambos PROADs, fomos autorizados a coparticipar de atas de registro de preços (ARPS) promovidas por Tribunais Trabalhistas, e em nenhum dos dois há exigência que o proponente possua vínculo de fidelidade ou de parceria com o fabricante do produto ofertado, como condição para participação de licitação, ou seja, a exigência recai sobre as características do produto, não sendo exigido qualquer carta/documento emitido pelo fabricante do computador destinado às proponentes. Cabe destacar que tais ARPs, como agregam a coparticipação de diversos Tribunais Trabalhistas, trazem uma enorme economia em escala aos cofres públicos.

Análise de auditoria:

Acolhem-se os esclarecimentos apresentados pela SETIC. A competitividade nos certames licitatórios está sendo atendida, em alinhamento aos princípios estabelecidos pela legislação vigente. Dessa forma, à vista da robusta argumentação aduzida pela unidade auditada, a SETIC mostra-se atenta e preparada para instruir os processos de licitação com termos de referência adequados à promoção de justa e ampla disputa.
Recomendação: Não há.
Prazo: Não se aplica.

Constatação nº 3
Descrição sumária: **Inobservância de requisito habilitatório para a contratação.**
Determinação 6:
Observar, como disciplinado na legislação vigente, o atendimento aos requisitos habilitatórios dos licitantes tanto na fase externa da licitação, quanto por ocasião da celebração do contrato, bem como ao longo de toda a execução contratual.
Providências adotadas: Manifestação da Diretoria-Geral: “Esta Diretoria-Geral-DG orientou as Unidades envolvidas nos Processos de Contratação que, doravante, deve ser verificado o Atendimento aos Requisitos Habilitatórios dos Licitantes tanto na Fase Externa da Licitação, quanto por ocasião da celebração do Contrato, bem como ao longo de toda a Execução Contratual.”
Análise de auditoria: A orientação transmitida às áreas envolvidas, embora louvável, se não for acompanhada de instrumentos que permitam o exercício da supervisão pelo gestor, não é suficiente para cumprir o propósito da Determinação formulado em decorrência de falhas evidenciadas na fase de apuração, nesta Auditoria. Mais do que isso, a efetiva observância dos requisitos habilitatórios, por parte da empresa adjudicatária, constitui condição indispensável

para a celebração do contrato. A adoção de *check-list* pode ser utilizada com esse propósito.

Conforme a Lei nº 14.133/2021:

"Art. 92. São necessárias em todo contrato cláusulas que estabeleçam:

…

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 habilitação na licitação, ou para a qualificação, na contratação direta;

…".

Recomendação:

Manter a Determinação.

Prazo:

Doravante.

III. CONCLUSÃO

Foram monitoradas 6 determinações, sendo que 3 encontram-se satisfatoriamente atendidas. Portanto, remanescem pendentes de efetivo cumprimento as seguintes determinações, para o que a equipe de auditoria recomenda a sua manutenção:

Determinação 1:

"Desaprovar, por meio de parecer jurídico da Assessoria Jurídica, processo de contratação que não contenha os estudos técnicos preliminares."

Determinação 2:

"Promover a adequação dos normativos internos à nova lei de licitações e contratações (Lei nº 14.133/2021) com a disciplina mais consentânea para a fase preparatória do certame, notadamente no que concerne ao estudo técnico preliminar, à luz do artigo 18."

Determinação 6:

"Observar, como disciplinado na legislação vigente, o atendimento aos requisitos habilitatórios dos licitantes tanto na fase externa da licitação, quanto por ocasião da celebração do contrato, bem como ao longo de toda a execução contratual."

Essas três determinações estarão sendo novamente objeto de monitoramento no exercício de 2023.

Responsáveis pela Elaboração: *assinado eletronicamente* **Anísio de Sousa Meneses Filho** Analista Judiciário *assinado eletronicamente* **Rossini de Sousa Maciel** Coordenador de Serviço da SAGAP
Data: 06/10/2022

Responsável pela Coordenação: *assinado eletronicamente* **Rossini de Sousa Maciel** Coordenador de Serviço da SAGAP
Data: 07/10/2022

Revisão: *assinado eletronicamente* **Michel Cavalcante Pinto** Secretária de Auditoria Interna	**Aprovação:** *assinado eletronicamente* **Michel Cavalcante Pinto** Secretária de Auditoria Interna
Data: 02/12/2022	**Data: 02/12/2022**