

MELHORES PRÁTICAS DE CONTRATAÇÃO DE TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO E COMUNICAÇÃO PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Considerações da Brasscom sobre a necessidade de diálogo estruturado com o Tribunal de Contas da União para reforma da Instrução Normativa 01, de 2019

Brasília (DF), 16 de abril de 2021

A Brasscom, Associação de Empresas de Tecnologia da Informação e Comunicação (TIC) e de Tecnologias Digitais, entidade sem fins lucrativos de representatividade nacional, e que congrega algumas das mais dinâmicas e inovadoras empresas de TIC alinhadas com a Era Digital, que prestam serviços de TIC, desenvolvem e licenciam *software*, fabricam e comercializam *hardware* ou que prestam serviços telecomunicações, e que tem como propósito trabalhar em prol de um Brasil Digital, Conectado e Inovador.

Vimos por essa missiva apresentar considerações para a necessidade de diálogo estruturado entre a Associação, a Secretaria de Governo Digital do Ministério da Economia e o Tribunal de Contas da União, sobre melhores práticas de contratação de TIC pela Administração Pública. Apresentamos, abaixo, sumário de Acórdãos da Corte de Contas que são mencionados pela Secretaria de Governo Digital do Ministério da Economia na reforma da Instrução Normativa 01, de 2019, e que levantam pontos sensíveis em torno de práticas do setor em seu mister de fornecimento de bens, serviços e soluções para o mercado público.

TEMA 01: PAGAMENTO MEDIANTE IMPLEMENTAÇÃO

Acórdão TCU 2569, de 2018: Determina a aquisição de quantitativo de licenças estritamente necessário, vedando-se o pagamento antecipado por licenças de software, vinculando o pagamento dos serviços agregados às licenças efetivamente utilizadas, principalmente em projetos de alto risco ou de longo prazo. Faculta o uso do Sistema de Registro de Preço para a aquisição pela Administração Pública em momento oportuno.

Observações da Brasscom: É prática usual do mercado de software e serviços de TIC a venda de solução customizada para necessidades e escopo específicos de cada cliente. Desde o momento em que o contrato é assinado, os softwares são disponibilizados para uso do cliente sendo, portanto, devidos os pagamentos pelas taxas de licenças de software e consequentemente pelas taxas de atualização, suporte e manutenção, independentemente de sua implantação.

TEMA 02: COTAÇÃO DE PREÇOS DIRETAMENTE JUNTO A FABRICANTES

Acórdão TCU 2569, de 2018: Determina à SGD a obrigatoriedade de orientar as organizações sob sua supervisão a respeito dos riscos da solicitação de cotações de preços, indicando que, caso seja estritamente necessário obter preços de referência mediante cotações em face da ausência de outras fontes de preços, como contratações similares, solicite-se preços diretamente aos grandes fabricantes, de modo a aumentar

a chance de obter um preço de referência minimamente confiável no âmbito da pesquisa de preços.

Observações da Brasscom: Revendedores possuem custos adicionais e diferentes dos do fabricante. Logo, o preço praticado pelo fabricante diretamente não costuma refletir os custos do parceiro (revendedor), especialmente considerando os impactos tributários e da assunção pelo parceiro dos riscos e condições específicas de contratação com a administração pública e, não raras vezes, de níveis de serviço e condições mais benéficas à entidade pública que aquelas oferecidas pelos fabricantes. Logo, é muito possível que os preços praticados pelo fabricante tenham pouca utilidade para aferir a razoabilidade e economicidade dos preços praticados pelos parceiros.

TEMA 03: COBRANÇA DE VALORES RETROAGIDOS (“*BACK MAINTENANCE*”)

Acórdão TCU 2569, de 2018: A respeito dos editais publicados e contratos que sejam celebrados ou prorrogados com grandes fornecedores de software: (i) não incluam cláusula que direta ou indiretamente permita a cobrança retroativa de valores relativos aos serviços de suporte técnico e de atualização de versões; (ii) não incluam cláusula que direta ou indiretamente permita a cobrança de valores relativos a serviço de correção de erros, inclusive retroativos, de modo que o fabricante entregue correções dos softwares licenciados sem ônus, dentro do prazo de validade técnica dos softwares licenciados e, se o erro somente for corrigido em versão posterior do software, que essa versão seja fornecida sem ônus para a organização pública; (iii) não incluam cláusula que direta ou indiretamente permita a cobrança de taxa específica para o restabelecimento dos serviços agregados, por tratar-se de multa sem amparo legal.

Observações da Brasscom: Ao vedar a possibilidade de cobrança retroativa, de restabelecimento e/ou de correção de versão posterior sem a devida cobertura contratual, ignora-se por completo o investimento contínuo existente sobre o custeio do capital intelectual que aperfeiçoa e agrega funcionalidades ao programa originalmente licenciado. Ao alocar o incentivo errado de não renovação da subscrição, a disponibilização de novas versões perde o sentido, além de criar um ambiente claramente desleal entre os contratantes que enxergam valor na atualização, e aqueles que deixam de renovar para depois exigir todos os mesmos benefícios desprovido de cobertura contratual. Ademais, criar-se-á insegurança jurídica para o fornecedor que não consegue assegurar que o pacote de ajustes técnicos de uma versão mais nova é aplicável a uma versão mais antiga que não acompanhou a evolução do produto.

TEMA 04: PAGAMENTO APENAS DE LICENÇAS E SERVIÇOS AGREGADOS DEMANDADOS, FORNECIDOS E EFETIVAMENTE IMPLANTADOS

Acórdão TCU 2569, de 2018: Determina à SGD que adquira-se quantitativo de licenças estritamente necessário, vedando-se o pagamento antecipado por licenças de software, vinculando o pagamento dos serviços agregados às licenças efetivamente utilizadas, principalmente em projetos considerados de alto risco ou de longo prazo, nos quais o quantitativo deve ser atrelado à evolução do empreendimento, e devidamente documentado nos estudos técnicos preliminares, podendo ser utilizado o Sistema de Registro de Preço, que viabiliza o ganho de escala na compra ao mesmo tempo que proporciona a aquisição no momento oportuno.

Observações da Brasscom: É prática usual do mercado de *software* e serviços de TIC a venda de solução customizada para as necessidades e escopo específicos de cada cliente. Desde o momento em que o contrato é assinado, os *softwares* são disponibilizados para o uso do cliente, sendo, portanto, devidos os pagamentos pelas taxas de licença do *software* e consequentemente pelas taxas de atualização, suporte e manutenção, independentemente da sua implantação.