

PARECER JURÍDICO

Processo administrativo. Direito Administrativo. Contrato Administrativo. Contratação Direta. Inexigibilidade. Possibilidade de contratação da empresa IBM BRASIL – INDÚSTRIA, MÁQUINAS E SERVIÇOS LTDA., especializada no fornecimento de licenças de softwares a serem utilizados pela PRODAM no computador mainframe IBM (zEC12). Processo de inexigibilidade, com base no inciso I do art. 30 da Lei nº 13.303/2016. Possibilidades jurídicas.

RELATÓRIO

1. Trata-se de análise da possibilidade de contratação direta, por processo de inexigibilidade de licitação, de empresa especializada no fornecimento de licenças de softwares a serem utilizados pela PRODAM no computador mainframe IBM (zEC12).
2. Instruem o presente processo, dentre outros, os seguintes documentos:
 - i) Termo de Referência;
 - ii) Justificativa técnica;
 - iii) Minuta de Contrato;
 - iv) Proposta de Preços;
 - v) Despacho autorizativo do Diretor-Presidente da PRODAM;
 - vi) Despacho do Gerente Financeiro;
 - vii) Certidão de exclusividade de representação e comercialização emitida pela ABES – Associação Brasileira das Empresas de Software;
 - viii) Demais documentos necessários à contratação (CNDs e declarações diversas).
3. Por meio do SIGED Processo Nº 01.05.016503.001117/2023-89, os autos foram encaminhados a esta Assessoria Jurídica, na forma do art. 9º do RILC – Regulamento Interno de Licitações e Contratos da PRODAM, para análise e manifestação.
4. Preliminarmente, salienta-se, a presente manifestação toma por base exclusivamente os elementos que constam até a presente data nos autos do processo

administrativo em epígrafe, e que incumbem a esta Assessoria Jurídica emanar parecer sob o prisma estritamente jurídico, não lhe competindo adentrar em questões afetas à conveniência e à oportunidade dos atos praticados, nem analisar aspectos de natureza eminentemente técnica.

5. É o que basta relatar. Segue análise.

FUNDAMENTAÇÃO

6. Inicialmente, cabe ressaltar que a análise se restringe ao aspecto jurídico do procedimento de contratação direta, na forma do art. 9º do RILC – Regulamento Interno de Licitações e Contratos da PRODAM, deixando de lado outros como: técnicos ou econômicos da avença, descrição do objeto da contratação e os requisitos de capacidade técnica do contratado; aspectos esses que se presumem terem sido apreciados pelos setores competentes para tanto.

7. O controle interno, emanado da Constituição Federal de 1988, impõe à Administração Pública a obrigação de licitar com o fito de selecionar a melhor proposta para contratar obras, serviços, compras, alienações e demais casos previstos em lei, *in fine*:

“Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:
(...)

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações...”.

8. Cumpre ressaltar que em data de 30 de junho de 2016, foi publicada a Lei nº 13.303/2016 que dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

9. Dessa forma, a PRODAM está, desde a data supracitada, sob a égide do novo *codex*, que assim dispõe sobre licitações:

“Lei nº 13.303/2016

(...)

Art. 28. Os contratos com terceiros destinados à prestação de serviços às empresas públicas e às sociedades de economia mista, inclusive de engenharia e de publicidade, à aquisição e à locação de bens, à alienação de bens e ativos integrantes do respectivo patrimônio ou à execução de obras a serem integradas a esse patrimônio, bem como à implementação de ônus real sobre tais bens, serão precedidos de licitação nos termos desta Lei, ressalvadas as hipóteses previstas nos arts. 29 e 30.

(...)

Art. 31. As licitações realizadas e os contratos celebrados por empresas públicas e sociedades de economia mista destinam-se a assegurar a seleção da proposta mais vantajosa, inclusive no que se refere ao ciclo de vida do objeto, e a evitar operações em que se caracterize sobrepreço ou superfaturamento, devendo observar os princípios da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da eficiência, da probidade administrativa, da economicidade, do desenvolvimento nacional sustentável, da vinculação ao instrumento convocatório, da obtenção de competitividade e do julgamento objetivo.”

10. Entretanto, a Lei supra, excepciona em seus arts. 29 e 30, a possibilidade de Dispensa ou Inexigibilidade de Licitação.

11. O caso em consulta, encontra fundamento legal no inciso I do art. 30 da aludida Lei, *in verbis*:

“Lei nº 13.303/2016

(...)

Art. 30. A contratação direta será feita quando houver inviabilidade de competição, em especial na hipótese de:

I - aquisição de materiais, equipamentos ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo;”

12. Tratam os autos de contratação direta, mediante inexigibilidade de licitação, da empresa **IBM BRASIL – INDÚSTRIA, MÁQUINAS E SERVIÇOS LTDA.**, motivado pela “**não conclusão do processo de migração (re-hosting) dos softwares em uso no mainframe IBM zEC12**”¹, ensejando, desta forma, o presente processo para o fornecimento de licenças de softwares para uso nos referidos equipamentos.

13. Nesse sentido, evidencia-se que, **o conjunto de sistemas disponibilizados para o Estado do Amazonas é dependente da arquitetura de software da IBM, não sendo possível executá-los usando outro conjunto de softwares de qualquer fornecedor.**

14. A contratação direta, mediante inexigibilidade, está fundamentada na inviabilidade de competição, visto que, a empresa **IBM BRASIL – INDÚSTRIA, MÁQUINAS E SERVIÇOS LTDA.** é a única autorizada a comercializar e a única a ter acesso ao laboratório da IBM requeridos para a prestação de serviços de suporte e serviços de manutenção, em todo o território nacional, conforme Certidão N.º 230704/40.300, de lavra da ABES – Associação Brasileira das Empresas de Software.

15. Salientamos que a contratação direta, mediante inexigibilidade, não afasta a necessidade de apresentação de documentos mínimos de habilitação, devendo ser instruído, no que

¹ Justificativa técnica exarada pelo gerente da GINFS – Gerência de Infraestrutura e Serviços da PRODAM.

couber, com os elementos constantes do § 3º do art. 30 da Lei nº 13.303/2016, que estabelecem os critérios legais para a contratação direta, seja para os casos de dispensa ou inexigibilidade:

“Art. 30 (...)

(...)

§ 3º O processo de contratação direta será instruído, no que couber, com os seguintes elementos:

(...)

I - caracterização da situação emergencial ou calamitosa que justifique a dispensa, quando for o caso;

II - razão da escolha do fornecedor ou do executante;

III - justificativa do preço.” (grifamos)

16. Dessa forma, verifica-se para a satisfação da exigência legal supra, que a GINFS apresentou justificativa, esclarecendo acerca da **escolha da empresa IBM BRASIL – INDÚSTRIA, MÁQUINAS E SERVIÇOS LTDA.**, demonstrando ser a única empresa que pode satisfazer as necessidades da Administração, por ser exclusivo representante no Brasil e, portanto, o único apto a fornecer o objeto pretendido.

17. E, ainda, na **justificativa do preço**, nos termos do inciso III do art. 30 da Lei nº 13.303/2016, resta demonstrado se tratar de produto com fornecedor exclusivo e sem similaridades no mercado, tornando-se impossível pesquisa de mercado para justificar o preço. Entretanto, resta evidenciando que o preço praticado com a PRODAM é compatível com praticado com todos os entes da Administração Pública.

18. Neste caso, cabe somente à Administração, aderir ao preço praticado pela empresa fornecedora, por ser inviável averiguar amplamente preço no mercado, eis que o preço é aquele pré-estabelecido pelo único fornecedor.

19. Verifica-se ainda, o modelo de contratação praticado com o fornecedor é o mesmo praticado com outros órgãos do governo brasileiro, sendo a apuração do preço baseada no custo mensal de técnico/hora.

20. Isto posto, diante do exame dos itens que compõem a análise do procedimento, entendo que a Administração observou a legislação vigente para a contratação da empresa **IBM BRASIL – INDÚSTRIA, MÁQUINAS E SERVIÇOS LTDA.**

21. No que tange os documentos de habilitação, acostados ao processo, se encontram os documentos de habilitação jurídica, qualificação técnica, qualificação econômico-financeira, regularidade fiscal e trabalhista, conforme exigências da Lei nº 13.303/2016.

22. Diante do acima exposto e tendo em vista o cumprimento das formalidades legais, concluímos pela possibilidade de contratação direta através da Inexigibilidade de Licitação, nos termos do inciso I do art. 30 da Lei nº 13.303/2016.

23. É o parecer. S.M.J.

Manaus, na data da assinatura eletrônica.

(documento datado e assinado eletronicamente)

Éldio Filho A. Barbosa

Assessor Jurídico

OAB/AM 9492