PARECER JURÍDICO

Ementa – Processo Administrativo. Possibilidade jurídica para contratação direta, pelo menor preço global, para aquisição de Unidades de Distribuição de Energia Gerenciáveis (Power Distribution Unit – PDU) para acomodação de solução de hiperconvergência do Datacenter II da PRODAM, conforme especificações detalhadas no Termo de Referência para atender a PRODAM S.A. - Processamento de Dados Amazonas S.A. Permissivo legal por processo de Dispensa de Licitação, art. 29, inciso III, da Lei nº 13.303/2016, Art. 26 e Art 29 § 1º do RILC da Prodam.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

1. A presente manifestação técnico-jurídica versa sobre a possibilidade de contratação direta por dispensa de licitação, em razão de as propostas apresentadas à licitação anterior terem consignados preços manifestamente superiores aos praticados no mercado, sendo, portanto, a licitação considerada “fracassada”.

2. Neste passo, a licitação é denominada “fracassada” quando ocorre a desclassificação de todas as propostas ou a inabilitação de todos os licitantes. Isto é, houve interessados que participaram do certame, com a apresentação de propostas, porém não houve o preenchimento dos requisitos legais e editalícios mínimos para a contratação.

3. Decerto que Lei nº 13.303/2016, determina às hipóteses de desclassificação de propostas estão abrangidas no art. 29. Segundo a lei, serão desclassificadas as propostas que:

a) contiverem vícios insanáveis;

b) não obedecerem às especificações técnicas pormenorizadas no edital;

c) apresentarem preços inexequíveis ou **permanecerem acima do orçamento estimado para a contratação**;

d) não tiverem sua exequibilidade demonstrada, quando exigido pela Administração;

Documento P84B.9E69.3233.18F1 assinado por: ERLON ANGELIN BENJÓ:242******* em 11/10/2024 às 16:30 utilizando assinatura por login/senha.

e) apresentarem desconformidade com quaisquer outras exigências do edital, desde que insanável.

4. Destarte, o emprego dessa hipótese de dispensa demanda análise de alguns pressupostos:

a) Deve-se afastar a hipóteses de o insucesso da licitação ter decorrido da fixação de alguma condição injustificável restritiva ou, mesmo, da adoção de algum procedimento incompatível com a Lei, a exemplo da desclassificação/inabilitação de licitante no caso que o vício era passível de saneamento.

b) Para legitimidade da contratação direta, impõe que, deverão ser observadas todas as condições definidas no edital da licitação. Vale dizer que, deverão ser respeitadas todas as condicionantes previstas no ato convocatório relacionadas a apresentação das propostas – o que abriga não apenas as especificações do objeto e condições de execução, como também o valor máximo definido – e aquelas definidas para análise e julgamento da habilitação.

c) Por final, deve ser justificada a decisão de não realização de nova licitação em razão de possíveis prejuízos para a PRODAM.

5. Desta forma, o art. 29 da Lei nº 13.303/2016 abriga hipóteses de dispensa de licitação a ser ponderada a partir das circunstâncias do caso concreto.

6. *In casu*, verifica-se dos autos que a licitação ocorreu de forma regular, e que o preço apresentado na fase de lances foi superior ao preço estimado para contratação pela Administração, conforme Despacho do Pregoeiro, Sr. Gilson Sena da Silva, às fls. 187.

7. Verifica-se ainda do despacho do Engenheiro Eletricista, Amaury Colares, às fls. 191, onde tecnicamente justifica a escolha do fornecedor LENOVO TECNOLOGIA (BRASIL) LTDA para satisfazer a necessidade da contratação do objeto licitado, bem como de possíveis prejuízos para PRODAM caso repita o processo licitatório.

8. Assim, depreende-se pelo preenchimento do pressuposto previsto na hipótese do art. 29, incisos III e IV, da Lei nº 13.303/2016, que transcrevemos:

Art. 29. ...

III - quando não acudirem interessados à licitação anterior e essa, justificadamente, não puder ser repetida sem prejuízo para a empresa pública ou a sociedade de economia mista, bem como para suas respectivas subsidiárias, desde que mantidas as condições preestabelecidas;

Documento P84B.9E69.3233.18F1 assinado por: ERLON ANGELIN BENJÓ:242******* em 11/10/2024 às 16:30 utilizando assinatura por login/senha.

IV - quando as propostas apresentadas consignarem preços manifestamente superiores aos praticados no mercado nacional ou incompatíveis com os fixados pelos órgãos oficiais competentes;

9. Justificada a possibilidade de contratação direta com base na fundamentação supra, passamos à análise do cumprimento das formalidades legais:

RELATÓRIO

10. Trata-se da análise da possibilidade, de contratação direta, por dispensa de licitação, com fulcro no inciso III, do artigo 29, da Lei nº 13.303/2016, e do Art 25 § 1º e Art. 26 do RILC da Prodam, a ser celebrado entre as empresas **PRODAM – PROCESSAMENTO DE DADOS AMAZONAS S/A.** e a **LENOVO TECNOLOGIA (BRASIL) LTDA.**, cujo objeto é a "aquisição de Unidades de Distribuição de Energia Gerenciáveis (Power Distribution Unit – PDU) para acomodação de solução de hiperconvergência do Datacenter II da PRODAM, conforme especificações detalhadas no Termo de Referência, constante do Anexo I, deste Instrumento convocatório", conforme as quantidades, características, requisitos de qualidade, forma de prestação dos serviços, condições de pagamento, prazos para execução do objeto e estimativas estabelecida neste TR e seus ANEXOS.

11. Instruem o presente processo os seguintes documentos:

i) Protocolo SIGED 01.05.016503.001221/2024-54;

ii) Termo de Referência;

iii) Cotação de Preços, Propostas e Mapa Comparativo;

iv) Nota Técnica com justificativa para contratação;

v) Despacho autorizativo do Diretor Presidente (em exercício) da PRODAM;

vi) Outros documentos e certidões;

12. Através do documento eletrônico Protocolo SIGED 01.05.016503.001221/2024-54, os autos foram encaminhados à esta Assessoria Jurídica.

13. Inicialmente, deve-se salientar que a presente manifestação toma por base, exclusivamente, os elementos que constam até a presente data nos autos do processo administrativo em epígrafe, e que incumbe a esta Assessoria Jurídica, prestar consultoria 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.

14. É o que basta relatar. Segue análise.

Documento P84B.9E69.3233.18F1 assinado por: ERLON ANGELIN BENJÓ:242******* em 11/10/2024 às 16:30 utilizando assinatura por login/senha.

FUNDAMENTAÇÃO

15. 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 verbis*:

> CRFB/88
> 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...". Grifou-se.

16. Para regulamentar o dispositivo constitucional supra, foi promulgada a Lei de Licitações, nº 13.303/2016, pela qual se institui as normas gerais para licitações e contratos administrativos, e expressa a razão de ser do procedimento licitatório para empresas públicas e sociedades de economia mista, que é a natureza jurídica da PRODAM.

> LEI 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.".** (grifamos)

17. Entretanto, a Lei supra, excepciona à licitação em seus artigos 29 e 30, com a possibilidade de Dispensa ou de Inexigibilidade.

18. A não realização de licitação é a exceção e deve somente ocorrer nas estritas hipóteses previstas em lei, sob pena de responsabilização do administrador público na forma do § 2º do art. 29, da Lei nº 13.303/2016.

Documento P84B.9E69.3233.18F1 assinado por: ERLON ANGELIN BENJÓ:242******* em 11/10/2024 às 16:30 utilizando assinatura por login/senha.

19. Assim, a instauração do processo de contratação direta decorre da desnecessidade de licitação, mediante o enquadramento de um caso concreto, em uma das situações elencadas nos incisos do artigo 29, da Lei nº 13.303/2016. Aqui, portanto, a licitação é dispensável. Não existe disputa, pois a contratação é direta.

20. A razão desta contratação é justificada em função da necessidade de contratação de empresa especializada para o fornecimento de Unidades de Distribuição de Energia Gerenciáveis (Power Distribution Unit – PDU) para acomodação de solução de hiperconvergência do Datacenter II da PRODAM, conforme especificações detalhadas no Termo de Referência, constante do Anexo I, do Instrumento convocatório.

21. Especificamente, no caso em comento, dispõe os incisos III e IV, do art. 29, da Lei 13.303/2016, que é dispensável a licitação, in verbis:

> Art. 29. **É dispensável a realização** de licitação por empresas públicas e sociedades de economia mista:
> (...)
> III - quando não acudirem interessados à licitação anterior e essa, justificadamente, **não puder ser repetida sem prejuízo para a empresa pública ou a sociedade de economia mista**, bem como para suas respectivas subsidiárias, desde que mantidas as condições preestabelecidas;
>
> IV - **quando as propostas apresentadas consignarem preços manifestamente superiores aos praticados no mercado nacional** ou incompatíveis com os fixados pelos órgãos oficiais competentes; (Grifamos)

22. No tocante à razão da escolha do fornecedor executante, em pesquisa de mercado realizada, conforme comprovam os documentos juntados ao processo, a empresa LENOVO TECNOLOGIA (BRASIL) LTDA é a que melhor atende aos requisitos do edital, no que se refere à quantidade e à qualidade das especificações ínsitas no termo de referência, bem como respondeu às consultas feitas pela PRODAM, apresentou propostas de preço, tendo mantido o preço da cotação. Assim sendo, baseado em critério técnicos e de qualidade, é a proposta que melhor atende ao objetivo da PRODAM, conforme justificativa presente no processo.

23. Insta salientar que, no caso em pauta, a empresa LENOVO TECNOLOGIA (BRASIL) LTDA cumpre com todas as exigências e formalidades legais para a aquisição do produto e realização dos serviços especificados na proposta, e enquadra-se nas exigências legais para contratação direta, por dispensa de licitação.

24. Entende-se que, a contratação direta não é modalidade de licitação (contratação de fornecedor por meio de instauração de Processo Administrativo de Dispensa de Licitação), por não

Documento P84B.9E69.3233.18F1 assinado por: ERLON ANGELIN BENJÓ:242******* em 11/10/2024 às 16:30 utilizando assinatura por login/senha.

haver certame e nem disputa entre licitantes, a conclusão inafastável é a de que o artigo 27, da Lei n.º 13.303/2016 não é, na hipótese, aplicável.

> Art. 27. Para a habilitação nas licitações exigir-se-á dos interessados, exclusivamente, documentação relativa a:
> I – habilitação jurídica;
> II – qualificação técnica;
> III – qualificação econômico-financeira;
> IV – regularidade fiscal e trabalhista
> V – cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal.

25. Contudo, necessária a exigência da comprovação da regularidade junto ao Instituto Nacional da Previdência Social - INSS, visto que o § 3º, do art. 195 da Constituição Federal proíbe a contratação de pessoa jurídica em débito com o INSS. Confira-se:

> Art. 195. (...)
> (...)
> § 3º. A pessoa jurídica em débito com o sistema da seguridade social, como estabelecido em lei, não poderá contratar com o Poder Público nem dele receber benefício ou incentivos fiscais ou creditícios.

26. Em complemento ao que preconiza a CRFB/88, posicionou-se o Tribunal de Contas da União quanto à exigência do item IV, art. 29 da Lei nº 8.666/93, **aplicada subsidiariamente nos casos de omissões da Lei 13.303/2013**, no que diz respeito à regularidade fiscal do INSS e do FGTS, *in verbis*:

> "Deve ser observada a exigência legal (art. 29, inciso IV, da Lei nº 8.666, de 1993) e constitucional (art. 195, § 3º, da CF) de que nas licitações públicas, mesmo em casos de dispensa ou inexigibilidade, é obrigatória a comprovação por parte da empresa contratada de:
> Certidão Negativa de Débito (INSS - art. 47, inciso I, alínea a, da Lei nº 8.212, de 1991);
> Certidão Negativa de Débitos de Tributos e Contribuições Federais (SRF-IN nº 80, de 1997); e
> Certificado de Regularidade do FGTS (CEF) (art. 27 da Lei nº 8.036, de 1990). Acórdão 260/2002. Plenário"

27. A fim de comprovar a disponibilidade financeira para fazer face à futura despesa, presente a manifestação da Gerência Financeira, que já manifestou-se positivamente no processo em pauta.

Documento P84B.9E69.3233.18F1 assinado por: ERLON ANGELIN BENJÓ:242******* em 11/10/2024 às 16:30 utilizando assinatura por login/senha.

CONCLUSÃO

28. Diante do acima exposto e tendo em vista o cumprimento das formalidades legais, concluímos pela possibilidade de contratação direta através da Dispensa de Licitação, nos termos dos incisos III e IV do art. 29 da Lei 13.303/2016, e do § 1º do Art. 25, e do Art. 26 do RILC da Prodam desde que cumpridas as recomendações do presente opinativo.

29. É o parecer S.M.J.

Manaus, 11 de outubro de 2024.

Erlon Benjó
Assessor Jurídico
OAB/AM nº 4.043

Documento P84B.9E69.3233.18F1 assinado por: ERLON ANGELIN BENJÓ:242******* em 11/10/2024 às 16:30 utilizando assinatura por login/senha.