

**MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO AMAZONAS**

Avenida Coronel Teixeira, 7995 - Bairro Nova Esperança - CEP 69037-473 - Manaus - AM - www.mpam.mp.br

DECISÃO Nº 8.2022.CPL.0771060.2021.015252

PEDIDOS DE ESCLARECIMENTOS INTERPOSTOS AOS TERMOS DO EDITAL DO PREGÃO ELETRÔNICO N.º 4.005/2022-CPL/MP/PGJ, PELO SENHOR **JEFFERSON MATOS**, REPRESENTANDO A EMPRESA **SERVIX INFORMÁTICA LTDA.**; PELA SENHORA **PEROLA PLETSCH**, REPRESENTANDO A EMPRESA **PISONTEC SOLUTIONS**; SENHOR **CRISTIAN TELES**, REPRESENTANDO A EMPRESA **ARVVO TECNOLOGIA** E **IMPUGNAÇÃO** ENCAMINHADA PELO SENHOR **RAUL LUIZ MARTINS PEREGRINO**, REPRESENTANDO A EMPRESA **OI S.A., EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL**, TODOS EM 15 DE FEVEREIRO DE 2022. PRESSUPOSTOS LEGAIS: LEGITIMIDADE E INTERESSE DE AGIR, A EXISTÊNCIA DE UM ATO ADMINISTRATIVO E FUNDAMENTAÇÃO, ATENDIDOS. TEMPESTIVIDADE LIMITADA AO HORÁRIO DE EXPEDIENTE NO ÓRGÃO CONDUTOR DO CERTAME. NO MÉRITO, REPUTAR ESCLARECIDO. MANTER O EDITAL E DATA DO CERTAME.

1. DA DECISÃO

Analisados todos os pressupostos de admissibilidade e os aspectos objeto da peça dirigida, esta **COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÃO**, com fundamento no artigo 13, § 1.º do ATO PGJ N.º 389/2007 e art. 17, II c/c art. 23 e seus parágrafos do Decreto Federal n.º 10.024/2019, decide:

a) **Receber e conhecer do PEDIDO DE ESCLARECIMENTO** interposto pelo Senhor **JEFFERSON MATOS**, representando a empresa **SERVIX INFORMÁTICA LTDA**, aos termos do Edital do Pregão Eletrônico n.º 4.005/2022-CPL/MP/PGJ (doc. 0763629), pelo qual se busca a *contratação de serviço de solução de firewall de próxima geração em alta disponibilidade, com monitoramento, pelo período de 48 (quarenta e oito) meses, incluindo treinamento e serviço de migração da plataforma atual*, posto que **TEMPESTIVO**;

b) **Receber e NÃO conhecer dos PEDIDOS DE ESCLARECIMENTOS** interpostos pela Senhora **PEROLA PLETSCH**, representando a empresa **PISONTEC SOLUTIONS**; Senhor **CRISTIAN TELES**, representando a empresa **ARVVO TECNOLOGIA** e a **IMPUGNAÇÃO** apresentada pelo Senhor **RAUL LUIZ MARTINS PEREGRINO**, representando a **OI S.A., EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL**, aos termos do Edital do Pregão Eletrônico n.º 4.005/2022-CPL/MP/PGJ (doc. 0763629), pelo qual se busca a *contratação de serviço de solução de firewall de próxima geração em alta disponibilidade, com monitoramento, pelo período de 48 (quarenta e oito) meses, incluindo treinamento e serviço de migração da plataforma atual*, **posto que intempestivos**;

c) Pelo *princípio da precaução, motivação dos atos administrativos* e em prol da *ampliação da concorrência, no mérito, reputando-se, portanto, esclarecidas* as solicitações, conforme discorrido na presente peça;

d) **Manter o edital e a data de realização do certame, uma vez que não houve nenhuma alteração do objeto**, em consonância com o art. 21, § 4º da Lei n.º 8.666/93.

2. DO RELATÓRIO

2.1. DAS RAZÕES DOS ESCLARECIMENTOS

2.1.1. JEFFERSON MATOS, representando a empresa **SERVIX INFORMÁTICA LTDA (doc. 0768830)**:

Adentrou ao e-mail institucional desta Comissão Permanente de Licitação, no dia 25/03/2021, às 16h05min, o pedido de esclarecimento aos termos do Edital do Pregão Eletrônico n.º 4.005/2022-CPL/MP/PGJ, apresentado pelo Senhor **JEFFERSON MATOS**, representando a empresa **SERVIX INFORMÁTICA LTDA (doc. 0768830)**, questionando, disposição técnica do objeto da contratação almejada. Eis a transcrição do teor da solicitação:

Questionamento 01:

5.2.15.6.6. A solução fornece gerenciamento apartado do plano de dados do restante da solução. Logo, quando utilizado toda a capacidade do hardware de NGFW, seu plano de gerência continua funcional sem que haja indisponibilidade do appliance ou necessidade de desativação da funcionalidade de IPS. Compreendemos que esse método atende o item, está correto o entendimento?

Questionamento 02:

5.2.15.7.16. A solução permite analisar os arquivos dentro dos fluxos de SMTP e POP3 e identificar se o conteúdo do email é maligno ou benigno e baseado em regras de NGFW aplicar as devidas regras, como por exemplo permitir ou negar o tráfego analisado. Compreendemos que esse método atende o item, está correto o entendimento?

Questionamento 03:

5.2.15.7.30. A solução permite o emular os anexos contidos nos emails e documentos baixados da web, classificar esses anexos e documentos baixados como benigno e malignos e baseado em regras de NGFW aplicar as devidas regras, como por exemplo permitir ou negar o tráfego analisado. Compreendemos que esse método atende o item, está correto o entendimento?

Questionamento 04:

5.2.15.9.39. A solução permite o correlacionamento de eventos e logs, classificando em níveis de severidade, através de métricas de tempo, objetos, IP de origem e destino, usuários, nome do ataque, país de origem. A partir dessas métricas é possível visualizar graficamente as informações e correlacionar as evidências apresentadas. Compreendemos que esse método atende o item, está correto o entendimento?

2.1.2. PEROLA PLETSCH, representando a empresa PISONTEC SOLUTIONS (doc. 0769227):

Adentrou ao e-mail institucional desta Comissão Permanente de Licitação, no dia 25/03/2021, às 15h51min e 16h58min, o pedido de esclarecimento aos termos do Edital do Pregão Eletrônico n.º 4.005/2022-CPL/MP/PGJ, apresentado pela Senhora **PEROLA PLETSCH**, representando a empresa **PISONTEC SOLUTIONS (doc. 0769227)**, questionando, disposição técnica do objeto da contratação almejada. Eis a transcrição do teor da solicitação:

Ao

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO AMAZONAS

Ref. PREGÃO ELETRÔNICO N.º 4.005/2022-CPL/MP/PGJ

Objeto - O objeto da presente licitação é a escolha da proposta mais vantajosa para contratação de serviço de solução de firewall de próxima geração em alta disponibilidade, com monitoramento, pelo período de 48 (quarenta e oito) meses, incluindo treinamento e serviço de migração da plataforma atual., descritos e qualificados conforme as especificações e as condições constantes deste Edital e seus anexos.

Ilmo.(a) Sr.(a) Pregoeiro(a),

A empresa Pisontec Comércio e Serviços em Tecnologia da Informação EIRELI, inscrita no CNPJ N° 12.007.998/0001-35, situada em Olinda/PE, vem respeitosamente, solicitar ESCLARECIMENTO, conforme termos elencados a seguir.

I – O serviço está sendo executado ou já foi em algum momento? Se a resposta for positiva: a) qual empresa é ou foi responsável? b) Quantos profissionais atuam atualmente no serviço?

II - Será necessário fornecimentos de peças e/ou materiais ou softwares?

III - O serviço poderá ser executado remotamente?

IV – A apresentação de Profissionais Certificados integrantes no quadro de funcionários da Licitante, deve ser realizada apenas no ato da assinatura do contrato, sendo aceitos profissionais certificados cuja contratação se dê por prestação de serviço, sem vínculo trabalhista com a Licitante.

V – Qual o valor estimado?

VI – Se existir serviços de manutenção de equipamentos, necessário disponibilizar a lista contendo as marcas e os modelos dos respectivos equipamentos.

Agradecemos sua atenção ficando no aguardo de breve resposta.

Atenciosamente,

2.1.3. CRISTIAN TELES, representando a empresa ARVVO TECNOLOGIA (doc. 0769228):

Adentrou ao e-mail institucional desta Comissão Permanente de Licitação, no dia 25/03/2021, às 17h21min, o pedido de esclarecimento aos termos do Edital do Pregão Eletrônico n.º 4.005/2022-CPL/MP/PGJ, apresentado pelo Senhor **CRISTIAN TELES**, representando a empresa **ARVVO TECNOLOGIA (doc. 0769228)**, questionando, disposição técnica do objeto da contratação almejada. Eis a transcrição do teor da solicitação:

Prezados Srs, boa tarde!

Após análise do referido Edital e seus anexos, solicitamos os seguintes esclarecimentos, de acordo com os itens abaixo:

Esclarecimento 01

5.2.15.4.6 Deve permitir o controle, sem instalação de cliente de software, em equipamentos que solicitem saída a internet para que antes de iniciar a navegação, expanda-se um portal de autenticação residente no firewall (Captive Portal).

5.2.15.4.9 Os dispositivos de proteção de rede devem possuir a capacidade de identificar de forma transparente o usuário de rede com integração ao Microsoft Active Directory, sem a necessidade de instalação de agente no controlador de domínio, nem nas estações dos usuários. Assim, permitindo a criação de políticas de segurança baseadas nas informações coletadas, entre elas usuários, IP, grupo de usuários do sistema do Active Directory.

Para a identificação dos usuários poderá ser utilizado o serviço agregado ao servidor de gerenciamento para integração ao base de usuários LDAP, nem a necessidade de instalação de agentes ou software de clientes nos servidores Active Directory?

Esclarecimento 02

5.2.15.5.8 Permitir o bloqueio e continuação (possibilitando que o usuário acesse um site potencialmente bloqueado informando o mesmo na tela de bloqueio e possibilitando a utilização de um botão "Continuar" para permitir ao usuário continuar acessando o site).

Após o bloqueio, serão aceitas soluções que a liberação e a continuação da navegação sejam permitidas após avaliação do responsável pela manutenção da solução ofertada ?

Esclarecimento 03

5.2.15.7.16 A solução deve suportar as seguintes topologias de implantação: Inline, Message Transfer Agent (MTA) e Mirror/TAP.

Entendemos que a topologia e arquitetura de implementação do sistema de IPS deve ser capaz de interceptar todo trafego e tomar as ações de inspeção assim estipuladas quando em modo Inline e apenas registrar em modo Mirror/TAP. A topologia de implementação MTA se faz equivocada neste sentido, visto que em modo Inline ou TAP "todo" o trafego será analisado e o modo MTA se faz necessário em soluções de proteção de messageria. Neste caso o conceito de IPS não faz uso dessa topologia de

comunicação para análise de apenas do tráfego de mensagens de e-mail. Esta correto nosso entendimento?

Esclarecimento 04

15.8.1 Deverá possuir certificação ICSA para Firewall. A certificação ICSA depende de contratação para ser emitida em ordem que, os testes realizados por outras empresas certificadoras, realizam os mesmos testes de performance com abrangência internacionais. Levando isto em consideração, entendemos que a solução ofertada pode ser certificada em outros laboratórios desde que atenda aos requisitos de testes submetidos de forma equivalente aos executados pela ICSA.

2.2. DAS RAZÕES DA IMPUGNAÇÃO

2.2.1. RAUL LUIZ MARTINS PEREGRINO, representando a OI S.A., EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL (doc. 0769297 e 0769298):

Adentrou ao e-mail institucional desta Comissão Permanente de Licitação, no dia 25/03/2021, às 17h21min, o pedido de esclarecimento aos termos do Edital do Pregão Eletrônico n.º 4.005/2022-CPL/MP/PGJ, apresentado pelo Senhor **RAUL LUIZ MARTINS PEREGRINO**, representando a **OI S.A., EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL (doc. 0769297 e 0769298)**, questionando, disposição técnica do objeto da contratação almejada. Eis a transcrição do teor da solicitação:

Ilmo. Sr. Pregoeiro do Ministério Público do Estado do Amazonas

REF: IMPUGNAÇÃO AOS TERMOS DO EDITAL DE PREGÃO ELETRÔNICA N. 4005/2022 - -CPL/MP/PGJ

OI S.A., em Recuperação Judicial, sociedade anônima, com sede na Cidade do Rio de Janeiro, Estado do Rio de Janeiro, na Rua do Lavradio, 71, 2º andar, Bairro Centro, inscrita no CNPJ/MF sob o nº 76.535.764/0001-43, doravante denominadas OI, vem, por seu representante legal, com fulcro no art. 24, do Decreto 10.024/2019, apresentar Impugnação aos termos do Edital em referência, apresentar Impugnação aos termos do Edital em referência, pelas razões a seguir expostas:

Razões de Impugnação

O Ministério Público do Estado do Amazonas instaurou procedimento licitatório na modalidade Pregão Eletrônico, registrado sob o n.º 4.005/2022-CPL/MP/PGJ, visando a “contratação de serviço de solução de firewall de próxima geração em alta disponibilidade, com monitoramento, pelo período de 48 (quarenta e oito) meses, incluindo treinamento e serviço de migração da plataforma atual., descritos e qualificados conforme as especificações e as condições constantes deste Edital e seus anexos.”

Contudo, a Oi tem este seu intento frustrado perante as imperfeições do Edital, contra as quais se investe, justificando-se tal procedimento ante as dificuldades observadas para participar de forma competitiva do certame.

Saliente-se que o objetivo da Administração Pública ao iniciar um processo licitatório é exatamente obter proposta mais vantajosa para contratação de bem ou serviço que lhe seja necessário, observados os termos da legislação aplicável, inclusive quanto à promoção da máxima competitividade possível entre os interessados.

Entretanto, com a manutenção das referidas exigências, a competitividade pretendida e a melhor contratação almejada, poderão restar comprometidas o que não se espera, motivo pelo qual a Oi impugna os termos do Edital e seus anexos, o que o faz por meio da presente manifestação.

ALTERAÇÕES A SEREM FEITAS NO EDITAL E NOS ANEXOS

1. EXIGÊNCIA ABUSIVA

O item 5.6.3 do Edital prevê que não podem participar do certame empresas que tenham sócios, diretores, gerentes, que sejam cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade até o terceiro grau, inclusive de membros ou de servidores ocupantes de cargo de direção, chefia ou assessoramento no âmbito do Ministério Público do Estado do Amazonas e de sua CPL.

Ocorre que, tais exigências mostram-se excessivas, na medida em que não possuem finalidade correlata à execução do objeto.

Além disso, as empresas de capital aberto que possuem um volume muito expressivo de acionistas, encontrarão grande dificuldade no processo de levantamento de informações tão específicas, como o grau de parentesco e vínculo empregatício de seu quadro acionário, as quais inclusive, não são informadas quando da aquisição das ações pelo público em geral.

Nesse contexto, é relevante destacar que o instrumento convocatório deve se abster de incluir cláusulas e exigências desnecessárias à finalidade da contratação, bem como aquelas que frustrem o caráter competitivo do certame.

A exigência imposta pelo Edital é medida extremamente restritiva à participação de interessados, cuja consequência direta será reduzir a participação das empresas que, nos termos da regulamentação dos serviços de telecomunicações, possuem outorga para prestação de todos os serviços licitados.

Cumprido destacar que quanto aos serviços de telecomunicações - objeto ora licitado -, estes são regulados pela Lei Geral de Telecomunicações (Lei 9.472, de 16 de julho de 1997), a qual dispõe em seu artigo 6º o seguinte:

“Art. 6º Os serviços de telecomunicações serão organizados com base no princípio da livre ampla e justa competição entre todas as prestadoras, devendo, o Poder Público atuar para propiciá-la, bem como para corrigir os efeitos da competição imperfeita e reprimir as infrações da ordem econômica.” (grifo nosso)

Ratificando o dever do poder público de ampliar a competição entre as Operadoras, com padrões de qualidade compatíveis com as exigências dos usuários, o art. 2º, inciso III, da LGT assim determina:

“Art. 2º O Poder Público tem o dever de: (...)

III - adotar medidas que promovam a competição e a diversidade dos serviços, incrementem sua oferta e propiciem padrões de qualidade compatíveis com a exigência dos usuários;” (grifo nosso)

Ademais, o inciso I do § 1º do art. 3º da Lei n.º 8.666/93 assim dispõe:

“Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

§ 1º É vedado aos agentes públicos:

I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 deste artigo e no art. 3º da Lei no 8.248, de 23 de outubro de 1991;” (grifo nosso)

Inexiste no mercado uma ampla gama de opções, o que impede a inclusão de qualquer tipo de condição que impeça ou dificulte a participação das operadoras em procedimentos licitatórios, sob pena de efetiva redução na competição.

Ante o exposto, requer a exclusão da exigência prevista no item 5.6.3 do Edital.

2. DA VEDAÇÃO DE PARTICIPAÇÃO DE LICITANTES EM REGIME DE CONSÓRCIO

O item 5.6.5 do Edital veda a participação de empresas que estejam constituídas em consórcio. Primeiramente, cumpre elucidar algumas questões referentes ao mercado de telecomunicações. É cediço que no âmbito da oferta de serviços de telecomunicações, verifica-se a escassez de competitividade, predominando no mercado poucas empresas. Tal fenômeno caracteriza-se pela própria natureza do mercado em questão, ora a entrada de empresas que exploram tal serviço é restrita, haja vista a necessidade de grande aporte de capitais, instalação de infra-estruturais e dentre outros fatores que impedem a existência de um número razoável de empresas disponíveis para prestar o referido serviço.

Há ainda de se ressaltar que o desenvolvimento da economia amplamente globalizada implicou na formação de grupos econômicos em escala mundial, sendo o mercado de telecomunicações um dos grandes exemplos. A economia das grandes corporações reduziu ainda mais a oferta de serviços de telecomunicações, ocorrendo em escala global a aglomeração de companhias e formação de um mercado eminentemente oligopolista.

Traçadas as linhas gerais referentes ao mercado de telecomunicações, pode-se afirmar com convicção que as restrições de participação de empresas nas licitações devem ser, mais que em outros casos, muito bem justificadas e necessárias. Isto porque, em homenagem aos princípios da competitividade e isonomia, apenas pode se podem admitir as restrições objetivas e legítimas.

Nesse sentido, não pode prosperar a imposição editalícia de impedimento de participação de empresas em regime de consórcio. Tal determinação fulmina diretamente a competitividade do certame por não existir grande número de empresas qualificadas para prestação do serviço licitado e pela própria complexidade do objeto licitado. Ademais, verifica-se que o próprio artigo 33 da Lei n.º 8666/93 permite expressamente a participação de empresas em consórcio.

Corroborando tal entendimento, verifica-se a primorosa lição de Marçal Justen Filho sobre a permissão de consórcio na licitação. Se num primeiro momento a associação de empresas em consórcio pode gerar a diminuição da competitividade, em outras circunstâncias, como a do presente caso, pode ser um elemento que a garanta, senão vejamos:

*“Mas o consórcio também pode prestar-se a resultados positivos e compatíveis com a ordem jurídica. Há hipóteses em que as circunstâncias do mercado e (ou) complexidade do objeto tornam problemática a competição. Isso se passa quando grande quantidade de empresas, isoladamente, não dispuserem de condições para participar da licitação. Nesse caso, o instituto do consórcio é via adequada para propiciar ampliação do universo de licitantes. É usual que a Administração Pública apenas autorize a participação de empresas em consórcio quando as dimensões e complexidade do objeto ou as circunstâncias concretas exijam a associação entre os particulares. São as hipóteses em que apenas poucas empresas estariam aptas a preencher as condições especiais exigidas para a licitação.”*1 (grifo nosso)

Com espantosa precisão, o entendimento de Marçal Justen Filho subsume-se perfeitamente ao caso em questão. O mercado é naturalmente restrito e o objeto da licitação complexo a ponto de reduzir a participação de empresas, sendo a competitividade reduzida por essas características. Nesse sentido, a imposição de mais uma restrição apenas põe em risco o princípio da competitividade. A possibilidade de a Administração permitir a participação de consórcios em licitação está prevista no art. 33 da Lei n.º 8.666/1993, art. 17 do Decreto n.º 3.555/2000 e art. 16 do Decreto n.º 5.450/2005. Tais normativos apresentam as regras que devem ser obedecidas pela Administração atinentes à participação de empresas em consórcio nos certames

Nesse sentido, cumpres observar o que determina a Lei nº 8.666/93:

“Art. 3º - A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

§ 1º É vedado aos agentes públicos:

I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato;”

Vale lembrar que dentre os Princípios da Administração, o da Legalidade é o mais importante e do qual decorrem os demais, por ser essência ao Estado de Direito e ao Estado Democrático de Direito. **Note que na atividade administrativa permite-se a atuação do agente público, apenas se concedida ou deferida por norma legal**, ao passo que ao particular é permitido fazer tudo quanto não estiver proibido pela lei. Toda atividade administrativa vincula-se a tal princípio, que se encontra consagrado em nossa Constituição Federal (Art. 5º, II, XXXV e Art. 37).

Ora, mantida a restrição quanto ao formato da participação das empresas em consórcio, a Impugnante estará, juntamente com outras prestadoras de serviços de telecomunicações, prejudicada de participar desta competição! O licitante, nesta licitação, pode (e deve), com segurança, eficiência e vantajosidade, admitir a participação de empresas consorciadas, sem quaisquer limitações, como sempre o fez, **porque a associação de empresas pode representar a apresentação da melhor proposta para a Administração.**

Nesse sentido, cumpre trazer os seguintes entendimentos do TCU acerca da matéria:

“No entender da Unidade Técnica, não obstante constituir faculdade da Administração permitir ou não a participação de empresas em consórcio nas aludidas convocações, no presente caso, a vedação teria ocorrido sem a adequada motivação, o que teria inviabilizado a participação de mais licitantes, em prejuízo do princípio da ampla competição.” (Acórdão 59/2006 - Plenário) “Não prospera também o argumento de que a possibilidade de formação de consórcio no Edital afastaria eventual restrição à competitividade da licitação. A constituição de consórcio visa, em última instância, a junção de 2 (duas) ou mais empresas para realização de determinado empreendimento, objetivando, sob a ótica da Administração Pública, proporcionar a participação de um maior número de empresas na competição, quando constatado que grande parte delas não teria condições de participar isoladamente do certame. (...)” (Acórdão n.º 1.591/2005, Plenário, rel. Ministro Guilherme Palmeira) (grifo nosso)

Nota-se, tanto do entendimento doutrinário quanto jurisprudencial, que a permissão de consórcios nas licitações tem aspecto bifronte, podendo gerar ou restringir a competitividade. Não obstante, conforme se demonstrou acima, a formação de consórcios é medida válida e necessária, que irá beneficiar a Administração com o aumento da participação de empresas na licitação, aumentando a competição entre elas e reduzindo, inevitavelmente, o preço final da contratação.

Da mesma forma, não deve haver restrições quanto ao consórcio de empresas que sejam coligadas, controladoras e controladas. Isso porque, decorrente das particularidades do mercado e da economia globalizada, é comum a existência no âmbito das telecomunicações conglomerados econômicos que necessitam dessa ferramenta jurídica para participarem das licitações. Frise-se que muitas das vezes a prestação do serviço por empresa isolada não é o suficiente, necessitando da atuação em conjunto para a consecução do objeto da licitação.

Ante o exposto, de forma a possibilitar a participação de um maior número de empresas no certame, garantindo a sua competitividade e a busca pela proposta mais vantajosa à Administração Pública requer seja excluído o item 5.6.5 do Edital **para que seja permitida a participação em consórcio de empresas**, nos termos do art. 33 da Lei n.º 8.666/93.

3. IMPEDIMENTO À PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS SUSPENSAS DE LICITAR COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM GERAL

O item 5.6.6 do Edital veda a participação de empresas que estejam cumprindo penalidade de suspensão do direito de licitar com a

Administração Pública Direta ou Indireta Federal, Estadual, Municipal ou do Distrito Federal.

Com efeito, o art. 87, inciso III, da Lei n.º 8.666/1993 prevê, dentre as modalidades de penalidades em caso de inexecução total ou parcial do contrato, a **suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração.**

Diante do acima exposto, faz-se necessário esclarecer que os conceitos de Administração e Administração Pública são distintos, nos termos dos incisos XI e XII do art. 6º da Lei de Licitações, in verbis:

“Art. 6º - Para os fins desta Lei, considera-se:

XI - Administração Pública - a administração direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, abrangendo inclusive as entidades com personalidade jurídica de direito privado sob controle do poder público e das fundações por ele instituídas ou mantidas;

XII - Administração - órgão, entidade ou unidade administrativa pela qual a Administração Pública opera e atua concretamente;”

Da análise dos dispositivos legais, verifica-se que as expressões “Administração Pública” e “Administração” são distintas.

Nesse sentido, importante citar a lição de Marçal Justen Filho a respeito do tema:

“Administração Pública: A expressão é utilizada em acepção ampla e não deve ser identificada com ‘Poder Executivo’. Indica as pessoas de direito público que participam de uma contratação, ainda quando esta contratação se efetive através de órgãos do Poder Judiciário e do Poder Legislativo. Além da chamada ‘Administração Direta’ (União, Estados e Distrito Federal, Municípios), a expressão também abrange a ‘Administração Indireta’ (autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista). Além disso, as ‘fundações’ instituídas ou mantidas com recursos públicos ou outras pessoas de direito privado sob controle estatal estão abarcadas no conceito.”

“Administração: A expressão isolada é utilizada para identificar a unidade específica que, no caso concreto, está atuando. A distinção entre Administração Pública e Administração é utilizada em algumas passagens na disciplina da Lei n.º 8.666. A hipótese de maior relevância encontra-se no art. 87, incs. III e IV, a propósito das sanções de suspensão temporária do direito de licitar ou de contratar e de declaração de inidoneidade.”²

Da mesma forma entende Jessé Torres Pereira:

“A distinção, para os fins de aplicação desta lei, entre Administração e Administração Pública encontra importantes aplicações. Ilustre-se com a

intrincada questão de estabelecer-se a extensão das penalidades de suspensão e de declaração de inidoneidade, ambas acarretando a supressão temporária do direito de participar de licitações e de contratar. Tratando-se de suspensão, a supressão se dá em face da Administração; na hipótese de inidoneidade, o cumprimento da punição é em face da Administração Público.”³

Este entendimento foi ratificado em recentes decisões do Plenário do Tribunal de Contas da União, segundo o qual os efeitos jurídicos da referida sanção está adstrita ao órgão que a aplicou. Nesse sentido, destaca-se:

“- ACÓRDÃO Nº 266/2019 - TCU - Plenário

“9.3. dar ciência à Defensoria Pública da União, com fundamento no art. 7º da Resolução-TCU 265/2014, para que sejam adotadas medidas internas com vistas à prevenção de ocorrências semelhantes acerca da inabilitação, no Pregão Eletrônico 83/2018, da licitante Portal Turismo e Serviços EIRELI, em desconformidade com a legislação em vigor e o entendimento deste Tribunal (Acórdãos 3.243/2012, 3.439/2012, 2.242/2013, 3.645/2013, 504/2015 e 1.764/2017), no sentido de que a suspensão do direito de licitar prevista no inciso III do art. 87 da Lei 8.666/1993 produz efeitos apenas em relação ao órgão ou entidade contratante que aplicou a penalidade;”

“DATA: 13/02/2019

ASSUNTO: SANÇÕES ADMINISTRATIVAS

ACÓRDÃO 269/2019 - PLENÁRIO

Dar ciência à Financiadora de Estudos e Projetos – Finep, com fundamento no art. 7º da Resolução – TCU 265/2014, acerca das seguintes falhas (...), para que sejam adotadas medidas internas com vistas à prevenção de ocorrência de outras semelhantes:

1. a interpretação dada ao art. 7º da Lei 10.520/2002 afronta a jurisprudência do TCU, a qual é no sentido de que as sanções previstas nesse dispositivo se limitam ao ente federado sancionador (Acórdãos 2.242/2013, 2.081/2014 e 2.530/2015, todos do Plenário deste Tribunal, entre outros);

2. a interpretação dada ao art. 38, inciso II, da Lei 13.303/2016 está equivocada, uma vez que o impedimento de participar de licitações em razão desse dispositivo se refere tão somente a sanções aplicadas pela própria entidade, e não a sanções aplicadas por outra empresa pública ou sociedade de economia mista.”

Vale mencionar que este já era o entendimento “histórico” do Tribunal de Contas da União, conforme se nota dos acórdãos nº 1.727/2006-1ª Câmara, nº 2.617/2010-2ª Câmara, nº 1.539/2010-Plenário e da Decisão nº 352/98-Plenário.

Assim, ao apresentar comparativo entre a sanção de suspensão do direito de licitar/impedimento de contratar e a declaração de inidoneidade, defende que a Administração é entendida, pela definição constante do inciso XI do art. 6º do diploma legal em comento, como sendo o órgão, entidade ou unidade administrativa pela qual a Administração Pública

opera e atua concretamente – vale dizer, o órgão público. Já a Administração Pública é definida como sendo o universo de órgãos e entidades da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, nos termos do inciso XII do art. 6º da Lei n.º 8.666.

Portanto, requer seja alterado o item 5.6.6 do Edital, para que seja vedada a participação apenas das empresas suspensas de licitar e impedidas de contratar com este órgão público licitante, e não com a Administração Pública em geral.

4. DA EXIGÊNCIA DE EMISSÃO DE NOTA FISCAL COM CNPJ DA EMPRESA CONTRATADA

O Edital deste certame licitatório, no item 7.6 do Edital exige que: “O CNPJ da proponente, empresa cadastrada no SICAF e habilitada na licitação, deverá ser o mesmo para efeito de emissão das notas fiscais e posterior pagamento.”

A mencionada exigência, no entanto, não encontra previsão legal e, além disso, se mostra ofensora a prescrições licitatórias e tributárias. Vejamos.

Inicialmente, vale destacar que o princípio da legalidade é elemento basilar do regime jurídico-administrativo, considerado a “diretriz básica da conduta dos agentes da Administração” (CARVALHO FILHO, 2011, p. 18). Nesse sentido, é considerado aspecto indissociável de toda a atividade administrativa, vinculando as ações do administrador à lei, sendo decorrência direta do Estado Democrático de Direito.

Dessa forma, não pode o administrador furtrar-se ao cumprimento da lei. Mais que isso, sua liberdade de ação deverá ser balizada inexoravelmente por texto legal. CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO (2011, p. 108) define com clareza que “o princípio da legalidade, no Brasil, significa que a Administração nada pode fazer senão o que a lei determina”. Com isso, verifica-se que a liberdade administrativa diferencia-se da civil por ser positiva, ou seja, a lei define claramente os limites da atuação do administrador, enquanto a segunda é negativa, sendo legal todas as ações que não contrariem a lei.

Do ponto de vista licitatório, o artigo 29 da Lei n. 8.666/93 possibilita, ao participante da licitação, que comprove sua regularidade fiscal com documentação do domicílio ou da sede. Portanto, cabe à proponente a alternativa na apresentação de um ou outro, ou seja, tem a licitante a prerrogativa, autorizada em lei, de apresentar documentação da sua filial ou da matriz.

Sobre o tema, o Tribunal de Contas da União já se manifestou afirmando " [...] que, se a matriz participa da licitação, todos os documentos de regularidade fiscal devem ser apresentados em seu nome e de acordo com o seu CNPJ. Ao contrário, se a filial é que participa da licitação, todos os documentos de regularidade fiscal devem ser apresentados em seu nome e de acordo com o seu próprio CNPJ." (Acórdão n. 3.056/2008 - Plenário).

Vale salientar que matriz e filial não são pessoas jurídicas distintas. A matriz e a filial representam estabelecimentos diferentes pertencentes à mesma pessoa jurídica (TCU, Acórdão n. 3.056/2008 - Plenário). Por isso, não há óbice em o estabelecimento matriz ter sido habilitado e a filial entregar os produtos/serviços contratados.

Entretanto, no que concerne à questão tributária, a diferenciação matriz/filial assume relevância. Isto porque, sendo os serviços de telecomunicação tributados por ICMS (art. 155, II, da CF/88), imposto estadual, cada filial é contribuinte no Estado em que domiciliada.

Melhor explicando: não obstante o CNPJ da matriz conste da Fatura apresentada, mensalmente, à Administração Pública, as notas fiscais, em atendimento à legislação que regula o recolhimento dos tributos incidentes sobre os serviços prestados (telecomunicação), são emitidas em cada local da prestação do serviço.

Assim, uma vez que o ICMS é incidente sobre a prestação de serviços de telecomunicações e sendo esse um tributo de competência estadual, em cada Estado onde o serviço de telecomunicações é prestado pela Oi, se dá a emissão da nota fiscal correspondente, razão pela qual as notas fiscais são emitidas pelas filiais.

Diante do exposto, ao emitir a nota fiscal com o CNPJ da filial, não obstante o contrato seja firmado pela Oi - Matriz, a Oi nada mais faz do que cumprir os pressupostos legais que regem a matéria tributária, sem prejuízo da Lei n. 8.666/93 que, como se vê aqui, igualmente encontra-se observada em sua íntegra

Assim, frise-se, não obstante a participação da proponente no certame licitatório se dê com apresentação de seus documentos da matriz OU da Filial, na forma do artigo 29 da Lei n. 8.666/93, as notas fiscais devem ser emitidas no CNPJ da filial do local onde é prestado o serviço, pois é este estabelecimento, nos termos do artigo 127, II, do Código Tributário Nacional, o contribuinte de ICMS para o Estado.

Diante do exposto, requer a alteração do item em comento para que, de forma a cumprir os pressupostos legais que regem a matéria tributária, sem prejuízo da Lei 8.666/93, seja emitida nota fiscal com o CNPJ da filial, não obstante o contrato possa ser firmado pela matriz na forma do art. 29 da Lei n. 8666/93.

5. PAGAMENTO VIA NOTA FISCAL COM CÓDIGO DE BARRAS

O item 19.2 do Edital estabelece que o pagamento deverá ser realizado por de crédito em conta corrente, mediante ordem bancária.

Ocorre que tal sistema de pagamento encontra-se em dissonância com o procedimento de pagamento adotado relativamente aos serviços de telecomunicações, uma vez que esses são pagos mediante apresentação de fatura (nota fiscal com código de barras), ou mediante SIAFI nos casos de órgãos vinculados à Administração Pública Federal, como é o caso da ANATEL.

Como é cediço, o SIAFI é um sistema informatizado que controla a execução orçamentária, financeira, patrimonial e contábil dos órgãos da Administração Pública direta federal, das autarquias, fundações e empresas públicas federais e das sociedades de economia mista que estiverem contempladas no orçamento fiscal e (ou) no orçamento da seguridade social da União.

Assim, as unidades gestoras registram seus documentos (empenho, ordem bancária etc.) e o SIAFI efetua automaticamente todos os lançamentos contábeis necessários para se ter conhecimento atualizado das receitas,

despesas e disponibilidades financeiras do Tesouro Nacional. Com efeito, esse sistema de faturamento e cobrança, o qual permite o reconhecimento rápido e eficiente do pagamento, é baseado em código de barras.

Qualquer outra forma de pagamento, como o depósito em conta corrente previsto no Edital, causará transtornos ao sistema de contas a receber da empresa de telecomunicações contratada.

Ademais, a Oi utiliza o sistema de faturamento, por meio de Nota Fiscal/Fatura, emitida com código de barras para pagamento, em apenas uma via, modelo 22, em razão das várias vantagens que essa forma de pagamento proporciona.

Tal sistema proporciona vantagens à empresa prestadora dos serviços, haja vista que reduz a inadimplência e garante a satisfação do cliente.

Ante o exposto, para a melhor adequação do instrumento convocatório à realidade do setor de telecomunicações, requer a alteração do item 19.2 do Edital, a fim de permitir que o pagamento seja realizado mediante autenticação de código de barras, facilitando, assim, o reconhecimento eficiente do pagamento.

6. INDEVIDA APRESENTAÇÃO DE CERTIDÕES DE REGULARIDADE MENSALMENTE

O item 19.2.1 do Edital, os itens 9.1.1 e 9.2.1 do Termo de Referência e a Cláusula Décima Terceira, itens 1.1 e 2.1 da Minuta do Contrato estabelecem que a Contratante deverá apresentar os comprovantes de regularidade fiscal/social/trabalhista mensalmente, ou seja, no momento do pagamento junto com a nota fiscal/fatura.

Inicialmente é importante observar que tal obrigação não encontra guarida na Lei n.º 8.666/93, portanto, sem lastro legal.

Não obstante tal fato, é importante observar que a exigência de apresentação das certidões de regularidade juntamente com as notas fiscais não é razoável. Explica-se: as certidões de regularidade fiscal/social/trabalhista possuem um período de vigência que ultrapassa o período mensal (30 dias).

Assim, a apresentação mensal das referidas certidões foge dos padrões lógicos, visto que o prazo de validade das mesmas ultrapassa o período de trinta dias.

É de suma importância observar que não está se discutindo aqui a necessidade da manutenção dos requisitos de habilitação durante toda a execução do contrato. Tal fato é inquestionável! O que se discute nesta análise é a desproporcionalidade e ilegalidade em exigir a apresentação mensal desses requisitos, principalmente, pelos mesmos possuírem período de vigência superior à 30 (trinta) dias.

Vale corroborar, que a Administração Pública possui fé pública para certificar as informações apresentadas nas certidões. Se a certidão informa que seu prazo de validade é de 120 dias, porque a contratada deverá apresentar a certidão mensalmente?

Verifica-se a incongruência na aplicação da exegese do item 19.2.1 do Edital, dos itens 9.1.1 e 9.2.1 do Termo de Referência e da Cláusula Décima Terceira, itens 1.1 e 2.1 da Minuta do Contrato. Como se sabe, a atividade administrativa exige prestígio aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Carlos Ari Sundfeld, na obra “Fundamentos de Direito Público” afirma o seguinte acerca da proporcionalidade (fls. 165):

“A proporcionalidade é expressão quantitativa da razoabilidade. É inválido o ato desproporcional em relação à situação que o gerou ou à finalidade que pretende atingir.”

Ora, o administrador está jungido ao Princípio da Legalidade, portanto, ao determinar obrigações que não possuem previsão legal, atua de forma desproporcional e irrazoável.

Para José dos Santos Carvalho Filho, “razoabilidade é a qualidade do que é razoável, ou seja, aquilo que se situa dentro dos limites aceitáveis, ainda que os juízos de valor que provocaram a conduta possam dispor-se de forma um pouco diversa”⁴.

O princípio da regra da razão expressa-se em procurar a solução que está mais em harmonia com as regras de direito existentes e que, por isso, parece a mais satisfatória, em atenção à preocupação primária da segurança, temperada pela justiça, que é a base do Direito.

A Administração Pública está obrigada a adotar a alternativa que melhor prestigie a racionalidade do procedimento e de seus fins. Nesse sentido, Marçal Justen Filho ensina que:

“O princípio da proporcionalidade restringe o exercício das competências públicas, proibindo o excesso. A medida limite é a salvaguarda dos interesses públicos e privados em jogo. Incumbe ao Estado adotar a medida menos danosa possível, através da compatibilização entre os interesses sacrificados e aqueles que se pretende proteger.”⁵

Diante disso, requer a alteração do item 19.2.1 do Edital, dos itens 9.1.1 e 9.2.1 do Termo de Referência e da Cláusula Décima Terceira, itens 1.1 e 2.1 da Minuta do Contrato para que não exija a apresentação mensal das certidões de regularidade fiscal/trabalhista/sociais, sob pena de ferir os Princípios da Razoabilidade, da Proporcionalidade, da Legalidade e ainda, o da fé pública inerente aos documentos públicos (certidões).

7. RETENÇÃO DO PAGAMENTO PELA CONTRATANTE

O item 19.2.3 do Edital e a Cláusula Décima Terceira, parágrafo terceiro da Minuta do Contrato dispõem sobre hipóteses de retenção do pagamento que não encontram previsão legal.

Entretanto, o art. 87 da Lei de Licitações define rol taxativo de sanções aplicáveis à Contratada, prevendo a hipótese de advertência, multa, suspensão temporária de participação em licitação, impedimento de contratar com a Administração e declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública. Não obstante, não consta em nenhum momento a previsão de retenção dos pagamentos.

Nesse sentido, deve-se impedir que o Edital imponha à Contratada medidas que não estejam relacionadas ao art. 87 da Lei 8.666/1993, em obediência ao princípio da legalidade. Dessa forma, pode-se afirmar que a exigência editalícia em comento não tem razão de ser, sendo impossível promover a retenção dos pagamentos como sanção ao não cumprimento da regularidade fiscal.

Esse é entendimento recentemente esposado pelo Tribunal de Contas da União – TCU, no sentido de que a perda da regularidade fiscal no curso de contratos de execução continuada ou parcelada justifica a imposição de sanções à Contratada, mas não autoriza a retenção de pagamentos por serviços prestados:

“Consulta formulada pelo Ministério da Saúde suscitou possível divergência entre o Parecer da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional (PGFN) 401/2000 e a Decisão nº 705/1994 – Plenário do TCU, relativamente à legalidade de pagamento a fornecedores em débito com o sistema da seguridade social que constem do Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores (Sicaf). A consulente registra a expedição, pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão de orientação baseada no Parecer 401/2000 da PGFN, no sentido de que “os bens e serviços efetivamente entregues ou realizados devem ser pagos, ainda que constem irregularidades no Sicaf”. Tal orientação, em seu entendimento, colidiria com a referida decisão, por meio do qual o Tribunal firmou o entendimento de que os órgãos e as entidades da Administração Pública Federal devem exigir, nos contratos de execução continuada ou parcelada, a comprovação, por parte da contratada, da regularidade fiscal, incluindo a da seguridade social. O relator, ao endossar o raciocínio e conclusões do diretor de unidade técnica, ressaltou a necessidade de os órgãos e entidade da Administração Pública Federal incluírem, “nos editais e contratos de execução continuada ou parcelada, cláusula que estabeleça a obrigação do contratado de manter, durante a execução do contrato, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação”, além das sanções resultantes de seu descumprimento. Acrescentou que a falta de comprovação da regularidade fiscal e o descumprimento de cláusulas

contratuais “podem motivar a rescisão contratual, a execução da garantia para ressarcimento dos valores e indenizações devidos à Administração e a aplicação das penalidades previstas no art. 87 da Lei nº 8.666/93, mas não a retenção do pagamento”. Caso contrário estaria a Administração incorrendo em enriquecimento sem causa. Observou, também, que a retenção de pagamento ofende o princípio da legalidade por não constar do rol do art. 87 da Lei nº 8.666/93. O Tribunal, então, decidiu responder à consulente que os órgãos e entidades da Administração Pública Federal devem: a) “... exigir, nos contratos de execução continuada ou parcelada, a comprovação, por parte da contratada, da regularidade fiscal, incluindo a seguridade social, sob pena de violação do disposto no § 3º do art. 195 da Constituição Federal”; b) “... incluir, nos editais e contratos de execução continuada ou parcelada, cláusula que estabeleça a obrigação do contratado de manter, durante a integral execução do contrato, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação, prevendo, como sanções para o inadimplemento a essa cláusula, a rescisão do contrato e a execução da garantia para ressarcimento dos valores e indenizações devidos à Administração, além das penalidades já previstas em lei (arts. 55, inciso XIII, 78, inciso I, 80, inciso III, e 87, da Lei nº 8.666/93)”. (Acórdão n.º 964/2012-Plenário, TC 017.371/2011-2, rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, 25.4.2012) (grifo nosso)

Na mesma esteira encontra-se a jurisprudência do STJ:

“ADMINISTRATIVO. CONTRATO. ECT. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE TRANSPORTE. DESCUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO DE MANTER A REGULARIDADE FISCAL. RETENÇÃO DO PAGAMENTO DAS FATURAS. IMPOSSIBILIDADE

1. A exigência de regularidade fiscal para a participação no procedimento licitatório funda-se na Constituição Federal, que dispõe no § 3º do art. 195 que “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 benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios”, e deve ser mantida durante toda a execução do contrato, consoante o art. 55 da Lei 8.666/93.

2. O ato administrativo, no Estado Democrático de Direito, está subordinado ao princípio da legalidade (CF/88, arts. 5º, II, 37, caput, 84, IV), o que equivale assentar que a Administração poderá atuar tão somente de acordo com o que a lei determina.

3. Deveras, não constando do rol do art. 87 da Lei 8.666/93 a retenção do pagamento pelos serviços prestados, não poderia a ECT aplicar a referida sanção à empresa contratada, sob pena de violação ao princípio constitucional da legalidade. Destarte, o descumprimento de cláusula contratual pode até ensejar, eventualmente, a rescisão do contrato (art. 78 da Lei de Licitações), mas não autoriza a recorrente a suspender o pagamento das faturas e, ao mesmo tempo, exigir da empresa contratada a prestação dos serviços.

4. Consoante a melhor doutrina, a supremacia constitucional 'não significa que a Administração esteja autorizada a reter pagamentos ou opor-se ao cumprimento de seus deveres contratuais sob alegação de que o particular encontra-se em dívida com a Fazenda Nacional ou outras instituições. A administração poderá comunicar ao órgão competente a existência de crédito em favor do particular para serem adotadas as providências adequadas. A retenção de pagamentos, pura e simplesmente, caracterizará ato abusivo, passível de ataque inclusive através de mandado de segurança.' (Marçal Justen Filho. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, São Paulo, Editora Dialética, 2002, p. 549).

5. Recurso especial a que se nega provimento.”

(REsp 633.432/MG, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 22/02/2005, DJ 20/06/2005, p. 141)

Assim, existindo na data de pagamento pendências fiscais, poderá a Administração, atendendo ao princípio da legalidade, aplicar uma das sanções definidas no art. 87 da Lei de Licitações, não sendo admissível a imposição de sanção que fuja ao rol taxativo do dispositivo legal citado. Frisese que o princípio da legalidade, sendo o elemento basilar do regime jurídico-administrativo, é considerado como aspecto indissociável de toda a atividade administrativa, vinculando as ações do administrador à lei, sendo decorrência direta do Estado Democrático de Direito. Dessa forma, impor sanção que extrapola a lei importa em desrespeito inexorável ao princípio da legalidade.

Diante disso, tendo em vista que a suspensão do pagamento pelos serviços prestados não consta no rol do art. 87 da Lei n.º 8.666/93, o qual elenca as sanções pela inexecução total ou parcial do contrato, requer a modificação do item 19.2.3 do Edital e da Cláusula Décima Terceira, parágrafo terceiro da Minuta do Contrato.

8. DAS PENALIDADES EXCESSIVAS

Os itens 20.1 do Edital, os itens 12.1.5, 12.1.6 e 12.1.7 do Termo de Referência e a Cláusula Décima Oitava, parágrafo terceiro, itens IV, V e VI da Minuta do Contrato determinam a aplicação de multas que extrapolam o limite de 10% (dez por cento) sobre o valor do contrato estabelecido pelo Decreto n.º 22.626/33, em vigor conforme Decreto de 29 de novembro de 1991. A fixação de multa nesse patamar também ofende a Medida Provisória n.º 2.172/01 (e suas reedições), aplicável a todas as modalidades de contratação, inclusive aquelas firmadas entre particulares e Administração Pública.

O art. 87, inciso III, da Lei de Licitações determina que na hipótese de inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá aplicar a sanção de “multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato”. Ocorre que não há no dispositivo em questão qualquer limite à aplicação da multa, o que gera, automaticamente, sua interpretação indissociável com o princípio da proporcionalidade, conforme se observa do entendimento de Marçal Justen Filho sobre o tema:

*“Então, o instrumento jurídico fundamental para elaboração de uma teoria quanto às sanções atinentes à contratação administrativa reside na proporcionalidade. Isso significa que, tendo a Lei previsto um elenco de quatro sanções, dotadas de diverso grau de severidade, impõe-se adequar as sanções mais graves às condutas mais reprováveis. A reprovabilidade da conduta traduzir-se-á na aplicação de sanção proporcionada correspondente”
6 (grifo nosso)*

Nesse sentido, deve-se guardar a proporcionalidade entre o fato gerador da sanção e o quantum a ser exigido, como bem alinhava o art. 2º, parágrafo único, inciso VI, da Lei n.º 9.784/1999, por exigir “adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias para o atendimento do interesse público”.

Não é o que se observa no caso em questão. A multa definida no percentual acima exposto gera para a Contratada gravame completamente desproporcional, ferindo os princípios da proporcionalidade e da própria legalidade.

A doutrina alemã do princípio da proporcionalidade, amplamente aceita e praticada no sistema jurídico brasileiro, traz como método de sua aplicação a análise de seus três sub-princípios: adequação (Geeignetheit), necessidade (Notwendigkeit) e proporcionalidade em sentido estrito (Verhältnismäßig im engeren Sinn). O pressuposto da adequação determina que a medida aplicada deve guardar relação entre meio e fim, de modo que seja a mais adequada para a resolução da questão. A necessidade diz respeito à escolha da medida menos gravosa para atingir sua efetividade. E, por fim, a proporcionalidade em sentido estrito é a ponderação entre o meio-termo e a justa-medida da ação que se deseja perpetrar, verificando-se se a medida alcançará mais vantagens que desvantagens.

Tal princípio é reconhecido e definido por José dos Santos Carvalho Filho da seguinte forma:

“Segundo a doutrina alemã, para que a conduta estatal observe o princípio da proporcionalidade, há de revestir-se de tríplice fundamento: 1) adequação, significando que o meio empregado na atuação deve ser compatível com o fim colimado; 2) exigibilidade, porque a conduta deve ser necessária, não havendo outro meio menos gravoso ou oneroso para alcançar o fim público, ou seja, o meio escolhido é o que causa o menor prejuízo possível para os indivíduos; 3) proporcionalidade em sentido estrito, quando as vantagens a serem conquistadas superarem as desvantagens.”⁷ (grifo nosso)

No presente caso, verifica-se que a sanção de multa fixada no referido percentual até se encaixam no primeiro pressuposto, sendo adequadas ao cumprimento de seu fim. No entanto, o mesmo não se pode dizer quanto à necessidade. A quantidade fixada à título de multa é medida completamente desnecessária para punir o descumprimento da regra do Edital, uma vez que poderia causar menor prejuízo para o particular e mesmo assim atingir o fim desejado. Entendese que a aplicação de multa com fito pedagógico pode ser entendida como razoável, mas a sua definição em patamares elevados torna a sanção desnecessária. Isso porque existem meios menos gravosos, mas mesmo assim a Administração optou pela escolha do pior método.

Por fim, verifica-se que a sanção aplicada à Contratada não preenche também o pré-requisito da proporcionalidade em sentido estrito. É flagrante que o presente percentual de multa pune a Contratada sobremaneira, excedendo-se desarrazoadamente quando se observa o fato que a ensejou. É perfeita a aplicação da metáfora de Jellinek que “não se abatem pardais disparando canhões”

Observa-se, portanto, que a Administração, ao fixar a penalidade em comento, descumpriu completamente o princípio da proporcionalidade, sendo necessária a revisão de tal medida. Cumpre ainda ressaltar que não quer a Contratada se eximir do cumprimento das sanções estabelecidas se de fato viesse a descumprir o contrato e dar ensejo a rescisão deste. Pedese apenas que estas sejam aplicadas de forma proporcional ao fato que as ensejou.

Noutro giro, verifica-se que o próprio STJ reconheceu que diante do caráter vago do art. 87 da Lei de Licitações, a Administração deve-se balizar pelo princípio da proporcionalidade:

“Mandado de Segurança. Declaração de Inidoneidade. Descumprimento do Contrato Administrativo. Culpa da Empresa Contratada. Impossibilidade de Aplicação de Penalidade mais Grave a Comportamento que não é o mais Grave. Ressalvada a aplicação de Outra Sanção pelo Poder Público.

Não é lícito ao Poder Público, diante da imprecisão da lei, aplicar os incisos do artigo 87 sem qualquer critério. Como se pode observar pela leitura do dispositivo, há uma gradação entre as sanções. Embora não esteja o administrador submetido ao princípio da pena específica, vigora no Direito

Administrativo o princípio da proporcionalidade.

Não se questiona, pois, a responsabilidade civil da empresa pelos danos, mas apenas a necessidade de imposição da mais grave sanção a conduta que, embora tenha causado grande prejuízo, não é o mais grave comportamento.” (MS n.º 7.311/DF)

Vê-se que tal entendimento corrobora o que fora acima alinhavado, demonstrando que a fixação da sanção, bem como o quantum referente à multa deve ocorrer tendo como base o princípio da proporcionalidade.

Por todo o exposto, requer a adequação do item 20.1 do Edital, dos itens 12.1.5, 12.1.6 e 12.1.7 do Termo de Referência e da Cláusula Décima Oitava, parágrafo terceiro, itens IV, V e VI da Minuta do Contrato, para que as multas aplicadas observem o limite de 10% (dez por cento) sobre o valor do contrato

9. VALOR DA GARANTIA

A Cláusula Décima Quinta da Minuta do Contrato estipula que a garantia a ser apresentada deverá corresponder ao percentual de 5% (cinco por cento) sob o valor do contrato.

Todavia, o artigo 56, § 2º, da Lei 8.666/1993 estipula que a garantia exigida não excederá a 5% (cinco por cento) do valor total do contrato.

Como se sabe, a atividade administrativa exige prestígio aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Para José dos Santos Carvalho Filho, “razoabilidade é a qualidade do que é razoável, ou seja, aquilo que se situa dentro dos limites aceitáveis, ainda que os juízos de valor que provocaram a conduta possam dispor-se de forma um pouco diversa⁸”.

O princípio da regra da razão se expressa em procurar a solução que está mais em harmonia com as regras de direito existentes e que, por isso, parece a mais satisfatória, em atenção à preocupação primária da segurança, temperada pela justiça, que é a base do Direito.

A Administração Pública está obrigada a adotar a alternativa que melhor prestigie a racionalidade do procedimento e de seus fins.

Nesse sentido, Marçal Justen Filho ensina que:

“O princípio da proporcionalidade restringe o exercício das competências públicas, proibindo o excesso. A medida limite é a salvaguarda dos interesses públicos e privados em jogo. Incumbe ao Estado adotar a medida menos danosa possível, através da compatibilização entre os interesses sacrificados e aqueles que se pretende proteger⁹.”

O princípio da razoabilidade deve ser observado pela Administração Pública à medida que sua conduta se apresente dentro dos padrões normais de aceitabilidade. Se atuar fora desses padrões, algum vício estará, sem dúvida, contaminando o comportamento estatal. Não pode, portanto, existir violação ao referido princípio quando a conduta administrativa é inteiramente revestida de licitude.

Com efeito, o princípio da razoabilidade se fundamenta nos princípios da legalidade e da finalidade, como ensina Celso Antônio Bandeira de Mello:

“A Administração Pública, ao atuar no exercício de discricção, terá que estabelecer critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal de pessoas equilibradas e respeitosa das finalidades que presidiram a outorga da competência exercida.

(...)

Com efeito, o fato de a lei conferir ao administrador certa liberdade (margem de discricção) significa que lhe deu o encargo de adotar, ante a diversidade de situações a serem enfrentadas, a providência mais adequada a cada qual delas. Não significa como é evidente, que lhe haja outorgado o poder de agir ao sabor exclusivo de seu libito, de seus humores, paixões pessoais, excentricidades ou critérios personalíssimos, e muito menos significa que liberou a Administração para manipular a regra de Direito de maneira a sacar dela efeitos não pretendidos nem assumidos pela lei aplicanda. Em outras palavras: ninguém poderia aceitar como critério exegético de uma lei que esta sufrague as providências insensatas que o administrador queira tomar; é dizer, que avalize previamente condutas desarrazoadas, pois isto corresponderia a irrogar dislates à própria regra de Direito¹⁰.”

Logo, quando se pretender imputar à conduta administrativa a condição de ofensiva ao princípio da razoabilidade, terá que estar presente a ideia de que a ação é efetiva e indiscutivelmente ilegal. Inexiste, por conseguinte, conduta legal vulneradora do citado princípio.

Assim, o princípio da razoabilidade acarreta a impossibilidade de impor consequências de severidade incompatível com a irrelevância de defeitos. Sob esse ângulo, as exigências da Lei ou do Edital devem ser interpretadas como instrumentais.

Desta feita, a apresentação de garantia equivalente ao percentual máximo permitido em Lei não é razoável, razão pela qual se requer a modificação da Cláusula Décima Quinta da Minuta do Contrato, para que a garantia exigida não corresponda ao limite máximo de 5% (cinco por cento).

10. DOS ITENS TÉCNICOS

10.1. POSSIBILIDADE DE SUBCONTRATAÇÃO DOS SERVIÇOS

O item 10.20.2 “A subcontratação total/parcial é permitida apenas para o Item 04 mantendo os critérios estabelecidos na seção 5.5 deste Termo;”

Nesse sentido, cumpre trazer à colação a redação do artigo 72 da Lei n.º 8.666/93:

“Art. 72. O contratado, na execução do contrato, sem prejuízo das responsabilidades contratuais e legais, poderá subcontratar partes da obra, serviço ou fornecimento, até o limite admitido, em cada caso, pela Administração.” (grifo nosso)

Ora, além da Lei prever que a Administração permita ao ente privado, que queira contratar consigo, subcontratar apenas partes dos serviços, tem-se que essas fases ou etapas devem se remeter à atividade meio do serviço licitado, sendo vedada a subcontratação do serviço todo ou a atividade fim que a Administração está a licitar, tendo em vista a análise dos critérios de habilitação para que a Administração contrate um ente privado realmente idôneo.

Nesse sentido é a lição de MARÇAL JUSTEN FILHO acerca da subcontratação:

“A hipótese torna-se cabível, por exemplo, quando o objeto licitado comporta uma execução complexa, em que algumas fases, etapas ou aspectos apresentam grande simplicidade e possam ser desempenhados por terceiros sem que isso acarrete prejuízo. A evolução dos princípios organizacionais produziu o fenômeno denominado de ‘terceirização’, que deriva dos princípios da especialização e da concentração das atividades. Em vez de desempenhar integralmente todos os ângulos de uma atividade, as empresas tornam-se especialistas em certos setores.”. [Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Dialética, 12ª edição, p.757] (grifamos)

Assim, está ratificada a impossibilidade da subcontratação, pela Contratada, de serviço ou atividade fim.

Neste diapasão, cumpre colacionar jurisprudência do TCU com o mesmo entendimento:

“É ilegal e inconstitucional a sub-rogação da figura da contratada ou a divisão das responsabilidades por elas assumidas, ainda que de forma solidária, por contrariar os princípios constitucionais da moralidade e da

eficiência.” (Acórdão nº 3.475/2006, 1ª C., rel. Min. Marcos Bemquerer)

“(…) firmar o entendimento de que, em contratos administrativos, é ilegal e inconstitucional a sub-rogação da figura da contratada ou a divisão das responsabilidades por elas assumidas, ainda que de forma solidária, por contrariar os princípios constitucionais da moralidade e da eficiência (art. 37, caput, da Constituição Federal), o princípio da supremacia do interesse público, o dever geral de licitar (art. 37, XXI, da Constituição) e os arts. 2º, 72 e 78, inciso VI, da Lei 8.666/96.” (Acórdão nº 909/2003, Plenário, rel. Min. Augusto Sherman Cavalcanti)

Todavia, deve-se solicitar a alteração dos em comento, para que seja permitida a subcontratação parcial dos serviços, cujo a característica seja de aplicação temporária, nos termos do art. 72 da Lei n.º 8.666/93, a fim de que seja garantida a ampliação da competitividade;

10.2. DOS PRAZOS DE ENTREGA

Os subitens “e”, “f” e “g” do item 9.2 referente aos apontamentos da proposta vencedora temos:

e) Prazo entrega do plano de implementação: Após a reunião de alinhamento, a CONTRATADA deverá entregar um plano de implantação, contemplando todos os itens do Lote, em até 5 (cinco) dias úteis, para análise e aprovação do CONTRATANTE.

f) Prazo início processo de migração/reunião alinhamento: A CONTRATADA deverá iniciar o processo de migração com a reunião de alinhamento em até 5 (cinco) dias úteis após a assinatura do contrato;

g) Prazo processo de migração: A CONTRATADA deverá finalizar o processo de migração após testes e aprovação pelo CONTRATANTE em até 60 (sessenta) dias após o seu início.

Os prazos apresentados nos subitens supracitados são extremamente curtos e não favorecem a ampla concorrência.

Para o subitem “E” O desenho da solução e todas as nuances características do objeto proposto, são deliberados na reunião de alinhamento com a equipe da contratante. Desta forma, 5 dias úteis não são suficientes para este fim.

Com base no exposto, solicitamos a ampliação do prazo para 10 dias úteis;

Com relação ao item “F” que define o início do processo de migração da solução, o prazo de 5 dias úteis é totalmente inexecutável. Para que seja possível qualquer ação de migração, se faz necessário que os equipamentos pertencentes a solução tenha sido entregues.

Com base no exposto, solicitamos a ampliação do prazo para 60 dias, considerando o atual momento que vivemos e as dificuldades de deslocamento nos dias atuais;

Com relação ao item “G” que define o término do processo de migração da solução, o prazo de 60 dias necessita ser revisto.

Com base no exposto, solicitamos a ampliação do prazo para 90 dias, considerando o atual momento que vivemos e as dificuldades de deslocamento nos dias atuais;

10.3. DA SOLUÇÃO DE GERENCIAMENTO

A solução prevê uma gerência centralizada como descreve o item 5.2.7:

5.2.7 Deverá ser provida, por meio de um appliance físico ou virtual, uma solução de gerenciamento centralizado, possibilitando o gerenciamento dos equipamentos necessários aos serviços de Firewall, permitindo Controle sobre todos os equipamentos da plataforma de segurança em uma única console, com administração de privilégios, funções e políticas para todos os equipamentos que compõe a plataforma de segurança;

Por questões de segurança e compliance com a ISO27001, não é fornecido senha de “ESCRITA” para nenhum item, appliance ou serviço.

Com base no exposto, entendemos que somente senha de LEITURA atende as necessidades da contratante para esta solução.

10.4. DA EXIGÊNCIA DE PROFISSIONAL

Para atendimento da solução contratada o item 5.8.19 exige:

5.8.19 A CONTRATADA deve possuir equipe técnica de suporte com pelo menos 02 (dois) profissionais capacitados e certificados oficialmente pelo fabricante da solução ofertada, com apresentação do correspondente documento de certificação, em versão original ou cópia autenticada, além de comprovação do vínculo profissional dos técnicos com a pretensa licitante, no início da prestação dos serviços. Sempre que houver mudança na equipe técnica da CONTRATADA, deve haver comunicação formal ao CONTRATANTE, incluindo as comprovações exigidas;

Solicitamos que esta exigência possa ser substituída por uma declaração do fabricante que a empresa contratada é plenamente capaz de atender todos os itens do objeto desta contratação.

Pedido

Para garantir o atendimento aos princípios norteadores dos procedimentos licitatórios, a Oi, requer que V. S^a julgue motivadamente a presente Impugnação, no prazo de 24 horas, acolhendo-a e promovendo as alterações necessárias nos termos do Edital e seus anexos, sua consequente republicação e suspensão da data de realização do certame.

Obviamente, o segundo requisito apontado decorre dessa aceção de legitimidade, pois mesmo que não se trate de pretensão licitante com interesse concreto e pontualmente direcionado às regras do cotejo, o interesse da parte legitimada pela regra sobredita pode estar revestido do mero e simples anseio de se satisfazer com o cumprimento estrito da lei.

Na verdade, cremos que a intenção do legislador foi justamente a de conferir ao procedimento licitatório o mais amplo, acessível e rigoroso sistema de fiscalização.

O terceiro ponto a ser observado decorre certamente da consequência lógica do instituto ora em estudo. É dizer, só se pode questionar, esclarecer ou impugnar algo que existe. *In casu*, um ato administrativo instrumentalizado sob a forma de um documento público.

Conseqüentemente, eventual objeção a um ato administrativo deve trazer consigo suas razões fundamentais específicas, mesmo que simplesmente baseada em fatos, de forma a evitar que a oposição seja genérica, vaga e imprecisa. A peça em análise preencheu, também, esse requisito ao indagar pontualmente o entendimento de determinada regra do edital.

Por derradeiro, há o pressuposto que condiciona o exercício dessa faculdade a determinado lapso temporal, de forma que, ultrapassado o limite de tempo em que se poderia interpor os questionamentos reputados necessários, deixa de existir o direito conferido pela Lei àquela particular situação.

No caso corrente, a manifestação partiu de pretensos licitantes e, por isso, o juízo de admissibilidade deve lastrear-se nas disposições do §2º, art. 41 da Lei Licitatória, levando-se em conta o prazo fixado no decreto regulamentador.

Com termos semelhantes dispõe, também, o item 22 e seus subitens do Edital, estipulando que:

22. DOS ESCLARECIMENTOS E DA IMPUGNAÇÃO DO ATO CONVOCATÓRIO

22.1. Até o dia 15/02/2021, 03 (três) dias úteis antes da data designada para a abertura da sessão pública, qualquer pessoa poderá impugnar este Edital, mediante petição, que deverá obrigatoriamente (art. 10, caput, da Lei nº 12.527/2011) conter a identificação do Impugnante (CPF/CNPJ).

22.2. A impugnação poderá ser realizada por forma eletrônica (preferencialmente), pelo email licitacao@mpam.mp.br, no horário local de expediente da Instituição, até às 14 horas (horário local) da data limite fixada ou por petição dirigida ou protocolada no endereço constante do Rodapé, endereçado à Comissão Permanente de Licitação.

24.3. Caberá ao Pregoeiro decidir sobre a impugnação, no prazo de até 02 (dois) dias úteis contados da data de recebimento da petição, prorrogáveis desde que devidamente justificado, limitado ao dia anterior à data prevista de abertura, podendo requisitar subsídios formais aos responsáveis pela elaboração do Edital e dos Anexos.

[...]

22.5. Os pedidos de esclarecimentos referentes a este processo licitatório deverão ser enviados ao Pregoeiro, até o dia 15/02/2021, 03 (três) dias úteis anteriores à data designada para abertura da sessão pública, no horário local de expediente da Instituição (até às 14 horas – horário local), preferencialmente por meio eletrônico via internet ou no endereço indicado no rodapé do Edital, mediante petição, que deverá obrigatoriamente (art. 10, caput, da Lei nº 12.527/2011) conter a identificação do Impugnante (CPF/CNPJ).

22.6. O pregoeiro responderá aos pedidos de esclarecimentos no prazo de até 02 (dois) dias úteis contados da data de recebimento do pedido, prorrogáveis desde que devidamente justificado, limitado ao dia anterior à

data prevista de abertura, podendo requisitar subsídios formais aos responsáveis pela elaboração do Edital e dos Anexos.

22.7. As impugnações e pedidos de esclarecimentos não suspendem os prazos previstos no certame. 22.7.1. A concessão de efeito suspensivo à impugnação é medida excepcional e deverá ser motivada pelo pregoeiro, nos autos do processo de licitação.

[...]

23.1. A COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÃO prestará todos os esclarecimentos solicitados pelos interessados nesta licitação, estando disponível para atendimento de segunda a sexta-feira, das 8 às 14 horas, na Av. Coronel Teixeira, 7.995, Nova Esperança, Manaus – AM, pelos telefones (92) 3655-0701, (92) 3655-0743 ou, ainda, pelo e-mail: licitacao@mpam.mp.br.

Faz-se mister, contudo, elucidar os critérios utilizados na contagem dos prazos estabelecidos no instrumento convocatório, valendo-se, para tanto, de lição do mestre Jorge Ulisses Jacoby Fernandes¹, cujo excerto segue abaixo:

“A contagem do prazo para impugnação se faz com a observância da regra geral do art. 110 da Lei nº 8.666/93, tendo por termo inicial a data estabelecida para a apresentação da proposta”². Para facilitar o entendimento, exemplifica-se a seguinte situação:

O dia 16/01/2019 foi fixado para a realização da sessão e, na forma da contagem geral de prazos, não se computa o dia do início. O primeiro dia na contagem regressiva é o dia 15; o segundo, o dia 14; o terceiro dia 11. Portanto, até o dia 10, último minuto do encerramento do expediente no órgão, poderá qualquer pessoa solicitar esclarecimentos de dúvidas face o ato convocatório (...).

Caso a impugnação ou pedido de esclarecimento seja oferecido fora do prazo, não deve ser conhecida com essa natureza, mas merece ser respondida, como qualquer documento que é dirigido à Administração.

Na mesma tônica, vejamos trecho do julgado exarado pelo Corte de Justiça do Estado do Acre em Agravo de Instrumento:

(...) Em hipóteses como a da espécie em tela, a forma de contagem obedece à regra geral constante do CPC, segundo a qual exclui-se do cômputo o dia do início e inclui-se o do vencimento (art. 184, caput). O traço distintivo, porém, reside no fato de que durante o período de transcurso do prazo é proibida a prática do ato. (...) o prazo referido nos dispositivos legais em destaque é chamado de regressivo, ou inverso. Isso porque a respectiva contagem se dá para trás com a finalidade de impor um limite temporal na prática do ato que não seja dentro do período proibido. (...) No caso vertente, a abertura da sessão pública do Pregão Presencial nº 088/2008 foi aprazada para o dia 18 de dezembro de 2008, quinta-feira. Sendo assim, contando o prazo regressivamente a partir do dia 17, o último dia para impugnação do ato convocatório em questão seria o dia 15 de dezembro de 2008, isto porque o dia 16 de dezembro de 2008 foi o último dia proibido para a prática do ato. (TJ/AC, AI nº 2009.0000052, Rel. Des. Adair Longuini, j. em 12.05.2009.).

Vê-se, portanto, que, a partir de uma interpretação finalística do dispositivo legal ao norte especificado, a intenção do legislador foi justamente a de disponibilizar à Administração um tempo mínimo suficiente para a apreciação de eventuais recursos, neles inclusos impugnações e/ou pedidos de esclarecimentos, sendo assinalado para cada uma das hipóteses normativas prazos razoáveis para a tomada de decisões.

Destaca-se que a data de abertura das propostas do Pregão Eletrônico n.º 4.005/2022-CPL/MP/PGJ está prevista para ocorrer às 10:00 horas, hora de Brasília-DF, do dia 21 de fevereiro de 2022, conforme amplamente divulgado no Diário Oficial Eletrônico deste Ministério Público, Ed. 2306, de 04.02.2022, no Jornal do Comércio, Ed. 43.475, de 5 a 7/02/2022; no sítio do Comprasnet; no sítio do MPAM: <https://www.mpam.mp.br/>.

À luz dessas considerações, conforme já se disse alhures, os interessados interpuseram suas solicitações, respectivamente, empresa **SERVIX INFORMÁTICA LTDA (Horário: 08h36min - doc. 0768830)**, **PISONTEC SOLUTIONS (Horário: 14h31min - doc. 0769227)**, **ARVVO TECNOLOGIA (Horário: 16h27min - doc. 0769228)** e **OI S.A., EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL (Horário: 20h31min - doc. 0769297 e 0769298)**, todos no dia 15/02/2021. Logo, as indagações protocoladas via e-mail deixaram de obedecer o prazo, portanto, restaram **INTEMPESTIVAS**, bem como a forma requerida, exigências estas dispostos nos subitens 26.5, 26.6 e 27.1, todos do instrumento convocatório.

Neste sendo, reconhecem-se os requisitos de admissibilidade do ato de esclarecimento/impugnação, exceto o prazo, ao qual passa-se a apreciar o mérito para decisão dentro do prazo legal.

3. RAZÕES DE DECIDIR

Vale ressaltar, em caráter preliminar, que as disposições constantes do instrumento convocatório procuram alinhar-se, estritamente, aos auspícios dos princípios e regras legais que disciplinam o procedimento licitatório, estabelecidos quer na **Lei n.º 8.666/1993**, Estatuto Nacional de Licitações e Contratos Administrativos, como também na **Lei n.º 10.520/2002**, quer na **Constituição Federal de 1988**, bem como, frisa-se, segundo-se os mais lúcidos preceitos da doutrina de escol e da jurisprudência majoritária.

Nesse sentido, é mister recordar que o dever administrativo de adotar critérios claros, objetivos e legais durante a análise das documentações dos concorrentes em uma licitação decorre da obrigação da Administração Pública manter plena transparência de seus atos, a fim de definir qual a licitante reúne condições de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento de seus deveres, sem desviar-se da observância necessária do princípio da igualdade entre os licitantes, estimulando o caráter competitivo da licitação, constante no artigo 3.º da Lei n.º 8.666/93, abaixo disposto:

“A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.” (g.n.)

Em outras palavras, no que tange às contratações realizadas mediante licitação, deve a Administração Pública, em observância ao disposto no art. 3º, caput, da Lei nº 8.666/93, garantir a igualdade na participação dos licitantes e a selecionar a proposta mais vantajosa, sem se afastar dos princípios básicos descritos no dispositivo supra.

Destarte, é certo que não deve a Administração, em nenhuma hipótese, fazer exigências que frustrem o caráter competitivo do certame, sob pena de macular a garantia à ampla concorrência na

disputa licitatória, de modo sim a possibilitar o maior número de concorrentes, desde que estes preencham todos os requisitos exigidos e necessários ao fiel cumprimento das obrigações, em especial, jurídico, econômico, fiscal e técnico.

Assim, destaca-se que a Administração tem o dever de precaução contra eventuais empresas que frustem a contratação futura por não se adequarem técnica e economicamente aptas à execução do serviço ou fornecimento de um bem. Logo, o Poder Público deve se valer do seu direito de discricionariedade para garantir que seja realizado o melhor procedimento aquisitivo adequando preço e qualidade.

Em face dos questionamentos lançados, as peças foram remetidas à análise e manifestação da **Diretoria de Tecnologia de Informação e Comunicação - DTIC/Setor de Infraestrutura e Telecomunicação - SIET** desta Instituição, órgão emissor do Termo de Referência, integrante do Edital ora questionado.

Via de consequência, aquele Setor se pronunciou no seguinte sentido, por meio das manifestações a seguir exposto de forma detalhada:

PARECER Nº 2.2022.SIET.0771082.2021.015252

1. Relatório

Trata-se de pedido da Comissão Permanente de Licitação - CPL para realizar pedido de esclarecimento interposto aos termos do Edital de **Pregão Eletrônico n.º 4.005/2022-CPL/MP/PGJ**, originados das empresas: **SERVIX INFORMÁTICA LTDA** (0768833), **PISONTEC SOLUTIONS** (0769231) e **ARVOO TECNOLOGIA** (0769231). Trata ainda, do pedido de imougação da empresa **OI S.A.** (0769299).

2. Análise

O presente parecer se baseia nas disposições do Termo de Referência n. 20.2021.DTIC.0720733.2021.015252, Anexo I ao Edital do certame, SEI 0763629, em seus diversos itens conforme abaixo:

2.1 SERVIX INFORMÁTICA LTDA

Questionamento 01

Item - 5.2.15.6.6 A fim de não criar indisponibilidade no appliance de segurança, a solução de IPS deve possuir mecanismo de fail-open baseado em software, configurável baseado em thresholds de CPU ou memória do dispositivo.

Pergunta - A solução fornece gerenciamento apartado do plano de dados do restante da solução. Logo, quando utilizado toda a capacidade do hardware de NGFW, seu plano de gerência continua funcional sem que haja indisponibilidade do appliance ou necessidade de desativação da funcionalidade de IPS. Compreendemos que esse método atende o item, está correto o entendimento?

Resposta - Sim, o entendimento está correto.

Questionamento 02

Item - 5.2.15.7.16 A solução deve suportar as seguintes topologias de implantação: Inline, Message Transfer Agent (MTA) e Mirror/TAP.

Pergunta - A solução permite analisar os arquivos dentro dos fluxos de SMTP e POP3 e identificar se o conteúdo do email é maligno ou benigno e baseado em regras de NGFW aplicar as devidas regras, como por exemplo permitir ou negar o tráfego analisado. Compreendemos que esse método atende o item, está correto o entendimento?

Resposta - Especificamente para o MTA (Message Transfer Agent), sim, o entendimento está correto. Não obstante, as demais topologias devem seguir sendo suportadas.

Questionamento 03

Item - 5.2.15.7.30 A solução, deve emular e eliminar malwares contidos em anexos de e-mail e documentos baixados da web.

Pergunta - A solução permite o emular os anexos contidos nos emails e documentos baixados da web, classificar esses anexos e documentos baixados como benigno e malignos e baseado em regras de NGFW aplicar as devidas regras, como por exemplo permitir ou negar o tráfego analisado. Compreendemos que esse método atende o item, está correto o entendimento?

Resposta - Sim, o entendimento está correto.

Questionamento 04

Item - 5.2.15.9.39 Deve incluir uma ferramenta do próprio fabricante ou de outro, desde que não seja software livre, ou em composição com terceiros, para correlacionar os eventos de segurança das funcionalidades adquiridas de todos os equipamentos e softwares ofertados.

Pergunta - A solução permite o correlacionamento de eventos e logs, classificando em níveis de severidade, através de métricas de tempo, objetos, IP de origem e destino, usuários, nome do ataque, país de origem. A partir dessas métricas é possível visualizar graficamente as informações e correlacionar as evidências apresentadas. Compreendemos que esse método atende o item, está correto o entendimento?

Resposta - Sim, o entendimento está correto.

2.2 PISONTEC SOLUTIONS

Questionamento I

Item - Geral/Ambiente

Pergunta - O serviço está sendo executado ou já foi em algum momento?

Se a resposta for positiva:

- a) qual empresa é ou foi responsável?
- b) Quantos profissionais atuam atualmente no serviço?

Resposta - O serviço objeto deste certame hoje é executado internamente no órgão, por profissionais técnicos especializados que são servidores concursados efetivos.

Questionamento II

Item - Geral

Pergunta - Será necessário fornecimentos de peças e/ou materiais ou softwares?

Resposta – Sim, todos os itens necessários para o cumprimento total das exigências dispostas no Edital n. 4005/2022-CPL/MP/PGJ, seus anexos, bem como no Termo de Referência n. 20.2021.DTIC.0720733.2021.015252, são de responsabilidade da CONTRATANTE, exceto disposição em contrário explícita nestes documentos.

Questionamento III**Item - Geral****Pergunta** - O serviço poderá ser executado remotamente?

Resposta – Sim, o serviço poderá ser executado remotamente, exceto em casos que impeçam esta modalidade, como em defeitos de hardware, por exemplo. Entretanto, como dita o Edital e o Termo de Referência, os equipamentos devem ser instalados nas dependências da CONTRATANTE. Indicamos a leitura minuciosa de todos os itens do Edital e do Termo de Referência, especialmente este último, que contém todas as especificações técnicas do serviço desejado, incluindo as previsões para as manutenções, SLA, formas de prestação do serviço, entre outros.

Questionamento IV

Item – 5.8.19 A CONTRATADA deve possuir equipe técnica de suporte com pelo menos 02 (dois) profissionais capacitados e certificados oficialmente pelo fabricante da solução ofertada, com apresentação do correspondente documento de certificação, em versão original ou cópia autenticada, além de comprovação do vínculo profissional dos técnicos com a pretensa licitante, no início da prestação dos serviços. Sempre que houver mudança na equipe técnica da CONTRATADA, deve haver comunicação formal ao CONTRATANTE, incluindo as comprovações exigidas.

Pergunta - A apresentação de Profissionais Certificados integrantes no quadro de funcionários da Licitante, deve ser realizada apenas no ato da assinatura do contrato, sendo aceitos profissionais certificados cuja contratação se dê por prestação de serviço, sem vínculo trabalhista com a Licitante.

Resposta - Deve-se atender plenamente o disposto no item 5.8.19 do Termo de Referência, não havendo vedação para comprovação do vínculo dos profissionais exigidos com a CONTRATANTE através de contrato de terceirização.

Questionamento V**Item** - Não relacionado à DTIC**Pergunta** - Qual o valor estimado?**Resposta** - Não relacionado à DTIC**Questionamento VI****Item - Geral**

Pergunta - Se existir serviços de manutenção de equipamentos, necessário disponibilizar a lista contendo as marcas e os modelos dos respectivos equipamentos.

Resposta - Todos os itens necessários para o cumprimento total das exigências dispostas no Edital n. 4005/2022-CPL/MP/PGJ, seus anexos, bem como no Termo de Referência n. 20.2021.DTIC.0720733.2021.015252, são de responsabilidade da CONTRATANTE, exceto disposição em contrário explícita nestes documentos, ou seja, todas as manutenções nos equipamentos que fazem parte da solução integrante dos serviços objeto deste certame devem ser realizadas conforme exigências dos documentos supracitados. Indicamos a leitura minuciosa de todos os itens do Edital e do Termo de Referência, especialmente este último, que contém todas as especificações técnicas do serviço desejado, incluindo as previsões para as manutenções, SLA, formas de prestação do serviço, entre outros.

2.3 ARVOO TECNOLOGIA

Esclarecimento 01

Item - 5.2.15.4.6 Deve permitir o controle, sem instalação de cliente de software, em equipamentos que solicitem saída a internet para que antes de iniciar a navegação, expanda-se um portal de autenticação residente no firewall (Captive Portal).

5.2.15.4.9 Os dispositivos de proteção de rede devem possuir a capacidade de identificar de forma transparente o usuário de rede com integração ao Microsoft Active Directory, sem a necessidade de instalação de agente no controlador de domínio, nem nas estações dos usuários. Assim, permitindo a criação de políticas de segurança baseadas nas informações coletadas, entre elas usuários, IP, grupo de usuários do sistema do Active Directory.

Pergunta - Para a identificação dos usuários poderá ser utilizado o serviço agregado ao servidor de gerenciamento para integração ao base de usuários LDAP, nem a necessidade de instalação de agentes ou software de clientes nos servidores Active Directory?

Resposta - A função exigida pelos itens deve estar integrada à solução ofertada, não sendo aceitas instalações de servidores separados para suprir a funcionalidade desejada.

Esclarecimento 02

Item - 5.2.15.5.8 Permitir o bloqueio e continuação (possibilitando que o usuário acesse um site potencialmente bloqueado informando o mesmo na tela de bloqueio e possibilitando a utilização de um botão "Continuar" para permitir ao usuário continuar acessando o site).

Pergunta - Após o bloqueio, serão aceitas soluções que a liberação e a continuação da navegação sejam permitidas após avaliação do responsável pela manutenção da solução ofertada?

Resposta - Não, a solução deve ser capaz de permitir que o usuário decida se continua o acesso a algo potencialmente perigoso, mesmo após um alerta/bloqueio, sem a intervenção da equipe técnica de gerenciamento da solução.

Esclarecimento 03

Item - 5.2.15.7.16 A solução deve suportar as seguintes topologias de implantação: Inline, Message Transfer Agent (MTA) e Mirror/TAP.

Pergunta - Entendemos que a topologia e arquitetura de implementação do sistema de IPS deve ser capaz de interceptar todo tráfego e tomar as ações de inspeção assim estipuladas quando em modo Inline e apenas registrar em modo Mirror/TAP. A topologia de implementação MTA se faz equivocada neste sentido, visto que em modo In-line ou TAP "todo" o tráfego será analisado e o modo MTA se faz necessário em soluções de proteção de messageria. Neste caso o conceito de IPS não faz uso dessa topologia de comunicação para análise de apenas do tráfego de mensagens de e-mail. Esta correto nosso entendimento?

Resposta - Apesar de tecnicamente o entendimento estar correto para os conceitos de IPS/IDS de soluções tradicionais de firewall, como o objeto deste certame visa a contratação de firewall de próxima geração (NGFW), é padrão de mercado que o tratamento do fluxo de emails seja feito em conjunto com todo o fluxo de dados.

Esclarecimento 04

Item - 5.2.15.8.1 Deverá possuir certificação ICSA para Firewall

Pergunta - A certificação ICSA depende de contratação para ser emitida em ordem que, os testes realizados por outras empresas certificadoras, realizam os mesmos testes de performance com abrangência internacionais. Levando isto em consideração, entendemos que a solução ofertada pode ser certificada em outros laboratórios desde que atenda aos requisitos de testes submetidos de forma equivalente aos executados pela ICSA.

Resposta - O objetivo deste certame é obter uma solução que eleve o patamar da proteção do ambiente computacional em todos os sentidos possíveis, incluindo equipamentos de qualidade excepcional, de forma a diminuir ao máximo o risco de prejuízos para o Ministério Público do Estado do Amazonas. A certificação solicitada é uma garantia do diferencial de qualidade desejado presente nos equipamentos dos melhores fabricantes do mercado, em diversas marcas, ou seja, não exigem contratação separada ou adicional para a CONTRATADA. Desta forma, sob pena de prejuízos advindos de soluções com qualidade inferior à necessária para o MPAM, todas exigências presentes no Termo de Referência devem ser atendidas, incluindo a certificação ICSA do item 5.2.15.8.1.

2.4 OI S.A.

Pedidos de impugnação dos capítulos:

“1. EXIGÊNCIA ABUSIVA”

“2. DA VEDAÇÃO DE PARTICIPAÇÃO DE LICITANTES EM REGIME DE CONSÓRCIO”

“3. IMPEDIMENTO À PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS SUSPENSAS DE LICITAR COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM GERAL”

“4. DA EXIGÊNCIA DE EMISSÃO DE NOTA FISCAL COM CNPJ DA EMPRESA CONTRATADA”

“5. PAGAMENTO VIA NOTA FISCAL COM CÓDIGO DE BARRAS”

“6. INDEVIDA APRESENTAÇÃO DE CERTIDÕES DE REGULARIDADE MENSALMENTE”

“7. RETENÇÃO DO PAGAMENTO PELA CONTRATANTE”

“8. DAS PENALIDADES EXCESSIVAS”

“9. VALOR DA GARANTIA”

Resposta: Não relacionado à DTIC

Pedido de impugnação do capítulo “10.1 POSSIBILIDADE DE SUBCONTRATAÇÃO DOS SERVIÇOS”

Resposta: Sob pena de degradação da qualidade final dos serviços prestados, bem como falta de conformidade entre os serviços prestados, além de desorganização, impossibilidades de padronização de todos os procedimentos e dificuldades de estabelecer escopos e responsabilidades com agilidade, os itens 01, 02, e 03 não devem ser prestados por empresas diferentes, o que inclui subcontratações. Soma-se ao exposto o fato dos itens 01, 02 e 03 serem serviços contínuos e, em conjunto, formarem o cerne da atividade que a CONTRATANTE deseja contratar para execução. Como brevemente exposto no item 3.3, do Termo de Referência, os bens e serviços pretendidos estão intrinsecamente relacionados e a realização dos serviços por empresas diferentes pode resultar em soluções incompatíveis, o que acarretaria prejuízo ao CONTRATANTE. A descrição individualizada do objeto no caso dos itens 01, 02 e 03, dentro do Lote do certame, se deu única e exclusivamente para melhor entendimento e organização do Termo de Referência, bem como pela diferença das quantidades de cada um. Entretanto, estes itens são partes do único serviço desejado, que poderia ser descrito como o “serviço para prover o Ministério Público de uma solução, em todos os aspectos, de firewall de próxima geração em alta disponibilidade”

Pedido de impugnação do capítulo “10.2 DOS PRAZOS DE ENTREGA”

Item: 9.2, “e” - Prazo para entrega do plano de implementação

Resposta: O objetivo deste certame é a contratação de empresa especializada nos serviços descritos pelo objeto, pelo que se espera vasta experiência de seu corpo técnico, incluindo a execução de vários projetos como o que virá a ser executado pela CONTRATADA. Por óbvio, um corpo técnico com a experiência necessária para projetos deste porte e complexidade já possui plano de implementação básico, com itens indispensáveis e comuns a todo serviço do tipo, para os equipamentos que utiliza prontos e formatados, restando apenas os pequenos ajustes decorrentes de cada cenário de seus clientes. Sendo assim, considera-se o prazo indicado pela alínea “e”, da entrega do plano de implementação, de 05 (cinco) dias úteis após a reunião de alinhamento é perfeitamente exequível.

Além disto, conforme descrito nas justificativas deste certame, este é um serviço crítico, essencial e contínuo, ou seja, qualquer atraso pode gerar risco desnecessário para o MPAM.

Item: 9.2, “f” - Prazo para início do processo de migração/reunião de alinhamento

Resposta: Conforme disposto no Edital e Termo de Referência, o início da migração se dá com a reunião de alinhamento e não com a efetiva instalação e configuração de equipamentos. Desta forma, não há que se falar em distensão de prazo para entrega de equipamentos. O prazo apenas exige um tempo máximo para o acontecimento da reunião de alinhamento inicial, que inclusive pode ser realizada via videoconferência. Sendo assim, considera-se o prazo indicado de 05 (cinco) dias úteis após assinatura do contrato perfeitamente exequível.

Item: 9.2, “g” - Prazo para finalizar o processo de migração

Resposta: Durante a pesquisa de mercado, que precede a confecção do Termo de Referência, foram consideradas todas as dificuldades do momento atual e de deslocamento, características de nossa região. Mesmo com as dificuldades impostas pela pandemia, em todas as consultas a diversos fornecedores, dos mais diversos fabricantes, o prazo de 60 dias excede o indicado como necessário para este tipo de projeto por todos.

De toda forma, conforme Termo de Referência, o prazo de 60 dias só é contado enquanto há dependências por parte da CONTRATADA e fica suspenso em caso de dependências por parte da CONTRATANTE.

Além disto, conforme descrito nas justificativas deste certame, este é um serviço crítico, essencial e contínuo, ou seja, qualquer atraso pode gerar risco desnecessário para o MPAM. E, no caso da migração, pode significar uma parada completa do funcionamento do órgão.

Sendo assim, considera-se o prazo indicado perfeitamente exequível, não devendo ser alterado.

Pedido de impugnação do capítulo “10.3 DA SOLUÇÃO DE GERENCIAMENTO”**Item: 5.2.7**

Resposta: A administração e gerenciamento da solução será realizada em conjunto pela equipe técnica da CONTRATANTE e da CONTRADA, sendo impraticável e ineficiente que os equipamentos da solução estejam indisponíveis para uma das equipes. A imposição por parte da CONTRATADA de não fornecer senhas que permitam escrita acabaria por gerar morosidade na resolução de problemas rotineiros e, por conseguinte, gerando prejuízos ao funcionamento eficiente do MPAM. Sendo assim, a exigência do item em questão deve permanecer inalterada.

Pedido de impugnação do capítulo “10.4 DA EXIGÊNCIA DE PROFISSIONAL”

Item: 5.8.19

Resposta: O objeto deste certame é um serviço crítico, essencial e contínuo para o funcionamento do MPAM e inclui manutenção preventiva e corretiva, com SLA bem definido. A exigência em questão visa garantir que o atendimento prestado pela CONTRATADA tenha a qualidade e a capacidade necessária, a qualquer momento, para manter o funcionamento ininterrupto dos serviços do MPAM. Sendo assim, não é suficiente uma simples declaração do fabricante como solicitado, devendo ser mantida a exigência do Termo de Referência, sob pena de prejuízos ao MPAM.

Manaus, 18 de fevereiro de 2022.

CARLOS ALEXANDRE DOS SANTOS NOGUEIRA

Chefe do Setor de Infraestrutura e Telecomunicações

THEO FERREIRA PARÁ

Coordenador da Área de Redes

Com relação os demais questionamentos, apresentamos as razões e motivações, conforme individualmente elencado:

3.1. PEROLA PLETSCH, representando a empresa **PISONTEC SOLUTIONS (doc. 0769227)**:

3.1.1. VALOR ESTIMADO

Considerando o pedido, este nos remete à possível apresentação do valor estimado pela Administração para a contratação do objeto em voga, o cerne da indagação da interessada é direto e simples e, portanto, reclama pronunciamento pontual e sem muita digressão, muito mais por se tratar de questão de pacífico entendimento no âmbito da Corte Máxima de Contas da União.

Bem se sabe que as contratações públicas são regidas por vários princípios e critérios, dentre os quais, certamente, o da publicidade. Ocorre que, no caso particular em apreço, há que se considerar, sobretudo, outros princípios de muito maior relevância, repisamos, *in casu*, já que, em abstrato, não se pode afirmar a sobrepujança de um princípio sobre o outro. Referimo-nos, assim, aos critérios da competitividade, impessoalidade e da igualdade entre os concorrentes.

D) Levando-se em conta a **competitividade** do certame, a experiência vivenciada pelo Órgão conduz à irrefutável conclusão de que a revelação do preço máximo a ser desembolsado com este tipo de contratação **faz com que as propostas dos licitantes orbitem em torno daquele valor**, o que prejudica a obtenção das melhores condições de contratação, em patente afronta ao princípio sob exame.

Em outras palavras, pela óptica da Administração Pública, restaria prejudicada a possibilidade de negociação do preço com o licitante vencedor preconizado no inciso XVII do artigo 4º da Lei 10520/2002³.

Desse modo, com a divulgação do valor estimado o dispositivo supracitado tornar-se-ia letra morta, perdendo, portanto, sua finalidade. Ora, o licitante vencedor sabendo que sua proposta se encontra dentro do estimado, em tese, não se abriria a negociação, pois sabe que a Administração deve contratá-lo com o preço inicial ofertado, uma vez que está no limite da estimativa.

II) Considerando-se a **impessoalidade e isonomia entre os interessados**, à luz da solicitação em análise, **ambos os critérios seriam ofendidos** ao conceder-se, única e exclusivamente, à empresa que pedisse, as informações alusivas à quantia máxima disponível para desembolso pela Administração. Dito de outra forma, não há como se garantir impessoalidade e, portanto, isonomia, se as regras aplicadas no certame não forem conhecidas por todos e pelos mesmos meios.

Tudo isso porque, lembramos, caso fosse admitida a consulta anterior à tal fase, além de se comprometer a livre disputa e a possível contratação mais vantajosa, estar-se-ia, flagrantemente, desrespeitando o princípio da isonomia.

Em ambos os sentidos (I e II), há farta jurisprudência recente do Tribunal de Contas da União corroborando com o que aqui se apregoa, tais como os Acórdãos 644/2006, 1925/2006, 114/2007, 1789/2009, todos do Plenário do TCU. Eis o trecho do voto do Relator, **Ministro José Jorge**, do Processo nº TC 033.876/2010-0, atinente ao **ACÓRDÃO Nº 392/2011 – TCU – Plenário**:

“

[...]

Portanto, nas licitações na modalidade de pregão, os orçamentos estimados em planilhas de quantitativos e preços unitários – e, se for o caso, os preços máximos unitários e global – não constituem elementos obrigatórios do edital, devendo, no entanto, estar inseridos nos autos do respectivo processo licitatório. Caberá aos gestores/pregoeiros, no caso concreto, a avaliação da oportunidade e conveniência de incluir tais orçamentos – e os próprios preços máximos, se a opção foi a sua fixação – no edital, informando nesse caso, no próprio ato convocatório, a sua disponibilidade aos interessados e os meios para obtê-los.” (g.n.)

No julgamento do mesmo processo, decidiu o Plenário daquela Corte:

“

[...]

não seria obrigatória a fixação de preço máximo, tampouco a divulgação do valor orçado, por se tratar de pregão. Pelas razões já expostas, ficaria a critério do órgão fixar o preço máximo, sendo igualmente discricionária a sua divulgação.” (g.n.)

Esse posicionamento foi reafirmado na sessão plenária do TCU, do dia 20 de agosto de 2014, decidindo-se que,

na licitação na modalidade pregão, o orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários não constitui um dos elementos obrigatórios do edital, mas deve estar inserido obrigatoriamente no bojo do processo relativo ao certame. (BRASIL. Tribunal de Contas da União. Plenário. Acórdão n. 2.166/2014. Relator: min. substituto Augusto Sherman Cavalcanti. Sessão de 20 ago. 2014.)

Debatendo sobre o Regime Diferenciado de Contratações (RDC) no Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro, o **Ministro Benjamin Zymler**, à época presidente do Tribunal de Contas da União, ao comentar as inovações desse novo regime de licitações, destacou que “o sigilo sobre o orçamento evitará que as propostas gravitem em torno do orçamento fixado pela Administração, ampliando-se a competitividade do certame.”

Em outras palavras, a prática adotada pelo *Parquet*, é dizer, o sigilo sobre o orçamento, traduz a posição defendida pelo TCU, isto é, amplia a disputa e consagra a competitividade do certame, culminando no princípio basilar da licitação: a busca da melhor proposta para a Administração Pública.

Vale destacar que, após a fase de lances, caso o valor ofertado pela licitante permaneça acima do valor estimado pela Administração, **este será informado pelo(a) Pregoeiro (a) com intuito de lograr melhor preço para o Órgão**. Isto significa valor igual ou menor que o estimado, caso contrário, a proposta não poderá ser aceita com fundamento no subitem 11.2.2. do instrumento convocatório.

Outrossim, cabe destacar que se trata de uma prática comumente adotada por esta Instituição há bastante tempo. Corroborando, temos que o novo decreto regulamentador do Pregão Eletrônico, qual seja, o Decreto nº 10.024 de 20 de setembro de 2019, **consagrou tal procedimento, afastando quaisquer entendimentos em sentidos contrários**:

Art. 15. O valor estimado ou o valor máximo aceitável para a contratação, se não constar expressamente do edital, possuirá caráter sigiloso e será disponibilizado exclusiva e permanentemente aos órgãos de controle externo e interno.

§ 1º O caráter sigiloso do valor estimado ou do valor máximo aceitável para a contratação será fundamentado no [§ 3º do art. 7º da Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011](#), e no [art. 20 do Decreto nº 7.724, de 16 de maio de 2012](#).

§ 2º Para fins do disposto no **caput**, o valor estimado ou o valor máximo aceitável para a contratação será tornado público apenas e imediatamente após o encerramento do envio de lances, sem prejuízo da divulgação do detalhamento dos quantitativos e das demais informações necessárias à elaboração das propostas.

§ 3º Nas hipóteses em que for adotado o critério de julgamento pelo maior desconto, o valor estimado, o valor máximo aceitável ou o valor de referência para aplicação do desconto constará obrigatoriamente do instrumento convocatório.

Vale ressaltar também que, após a fase de lances, será ampla a possibilidade de acesso, por parte dos licitantes, ao processo administrativo de onde constam os orçamentos estimados em planilhas de quantitativos e preços unitários.

Por derradeiro, ressalta-se que todos os procedimentos licitatórios de interesse desta PGJ/AM passam por uma rigorosa **fase interna**, incluindo, pesquisa de preços para apuração do valor médio, a fim de refletir o real preço praticado no mercado.

3.2. RAUL LUIZ MARTINS PEREGRINO, representando a OI S.A., EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL (doc. 0769297 e 0769298):

Inicialmente, permita-me utilizar das argumentações apresentadas pelo eminente Sr. ALBERTINO PIERRE DA COSTA, TÉCNICO JUDICIÁRIO/ ADMINISTRATIVA junto à JUSTIÇA FEDERAL NO RIO GRANDE DO NORTE quando da análise da IMPUGNAÇÃO ao ato convocatório do Pregão Eletrônico nº 09/2017 – JF/RN, que objetivava a contratação, em que pese não idêntica a presente, do Serviço de Telefonia Fixa Comutada – STFC (Fixo-Fixo e Fixo-Móvel), apresentada pela empresa TELEMAR NORTE LESTE S.A. (OI), CNPJ nº 33.000.118/0001 79, na Decisão proferida no Processo: SEI 00015304.2017:

5. Inicialmente, forçoso rechaçar a prática perpetrada pela empresa impugnante do exercício indiscriminado e abusivo do direito de impugnação previsto no ordenamento jurídico, o qual apresenta como finalidades, além da proteção dos direitos subjetivos dos particulares interessados, a de proteção aos próprios interesses públicos.

5.1. Com efeito, registre-se que nas diversas vezes em que foram publicados certames licitatórios com o objetivando a contratação dos STFC – Serviços de Telefonia Fixa Comutada tivemos impugnações da OITELEMAR, de maneira que já estamos na terceira edição com **petição impugnatória baseada em tópicos, na sua maioria, idênticos a anteriores já afastadas fundamentadamente, por decisão definitiva da autoridade máxima do órgão.**

5.2. Isso demonstrar, sim, prática abusiva de direito e que precisa ser combatida pela Administração Pública. Ora, quando nada de novo se tem a arguir em relação a certo ponto já questionado e, fundamentadamente, considerado improcedente, resta juridicamente esgotada a via administrativa para tal discussão, com a conseqüente preclusão da matéria. Tratase de lição básica de direito processual. Consequência cara à segurança jurídica.

5.3. Não há como deixar de considerar, ademais, que **tal prática também leva a desperdícios de recursos públicos.** Desperdícios de tempo de trabalho do pessoal da área de licitação para analisar e fundamentar, reiteradas vezes, petições com argumentos já exaustivamente analisadas por diversas vezes pelo mesmo órgão julgador; desperdícios por tramitação desnecessária de processo para fins de decisão da autoridade superior em relação a fatos ou pontos do edital já fundamentadamente julgados improcedentes; desperdícios de recursos materiais diversas da Instituição.

5.4. Por tanto, resta claramente prejudicial à tramitação do presente certame licitatório conhecer de impugnações já analisadas exaustivamente em ocasiões pretéritas, sem que existe qualquer fato ou argumento novo, e que já foram julgadas absolutamente improcedentes.

6. Das Razões da Impugnação dos subitens 1.2, 1.5, 1.6, 1.7 e 1.8 do relatório:

6.1. Conforme já destacado, agrupamos neste tópico todos os itens da impugnação aqui analisada que já foram objeto de apreciação e julgamento por ocasião de impugnações formuladas anteriormente, pela própria empresa TELEMAR, em oposição às regras fixadas nos Pregões 10/2016 e 22/2016, conforme consta dos autos do Processo Administrativo nº 540/2016 (que foi migrado para o sistema SEI em março de 2017, recebendo o número SEI 00015304.2017).

6.2. A preclusão é instituto de direito processual que representa a perda do direito de agir nos autos em razão da efetiva perda da oportunidade, ou até mesmo de seu já exercício. Ela pode ser temporal, lógica ou consumativa. No presente caso, temse preclusão consumativa porque todos esses itens já foram analisados e acatados ou não, de forma fundamentada, por ocasião da primeira impugnação aduzida pela TELEMAR, em face dos editais dos pregões nºs 10/2016 e 22/2016.

6.3. Tratase de matéria prevista no art. 63, § 2º, da Lei do Processo Administrativo (Lei nº 9.784/1999), in verbis (sem grifos no original): Art. 63. O recurso não será conhecido quando interposto: I fora do prazo; II perante órgão incompetente; III por quem não seja legitimado; IV após exaurida a esfera administrativa. § 1º Na hipótese do inciso II, será indicada ao recorrente a autoridade competente, sendolhe devolvido o prazo para recurso. § 2º O não conhecimento do recurso não impede a Administração de rever de ofício o ato ilegal, desde que não ocorrida preclusão administrativa.

6.4. Percebam: não faz qualquer sentido lógicojurídico a rediscussão de tais matérias. Nenhum fato novo ocorreu e nem mesmo qualquer argumento diferente fora acrescido pela impugnante que pudesse justificar

ou motivar o exercício do direito de impugnação do edital. É, reafirmamos, abuso do direito de impugnação previsto no art. 41 da Lei 8.666/93.

6.5. De mais a mais, por força do princípio da economia processual, e sobretudo da eficiência administrativa, remetemos o interessado às decisões anteriores para fins de compreensão dos fundamentos e do posicionamento adotado por esta Instituição. Rogando pela definitiva pacificação de tais questões.

6.6. ANTE O EXPOSTO, propomos que não seja conhecida a presente impugnação em relação aos supracitados itens ou tópicos questionados na petição de impugnação.

Tecidas essas breves considerações, da análise da peça aviada, vê-se que a maioria das razões de impugnação da pretensa licitante já foram respondidas em ocasiões passadas, de certames de natureza correlata, de forma que este subscrevente não apresentará toda fundamentação e citação às decisões precedentes novamente, sobretudo, face à intempestividade do pleito.

Outrossim, convém destacar que o pretende a Requerente é a adequação das exigências fixadas pela Administração a sua realidade, quando na verdade o raciocínio correto é o inverso. A Administração elaborou **TERMO DE REFERÊNCIA N° 20.2021.DTIC.0720733.2021.015252** com as especificações mínimas e prazos que entendeu salutar para a implementação do projeto.

Ademais, observa-se do **ITEM 2 - JUSTIFICATIVA** constante do aludido documento, da relevância da contratação ora pretendida em prol da Segurança da Informação desta Instituição, de forma que é plenamente justificável a previsão de prazos mais céleres e sanções nesses patamares.

Ademais, quanto às razões do pedido que giram em torno de aspectos técnicos da especificação do objeto e às obrigações deles acessórias, esclareça-se que as respostas aqui concedidas decorreram da análise e manifestação da **DIRETORIA DE TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO E COMUNICAÇÃO-DTIC** desta Instituição, por intermédio do **Setor de Infraestrutura e Telecomunicações-SIET**, órgão emissor do Termo de Referência integrante do Edital ora objeto do questionamento.

À luz das razões ora delineadas, este Presidente, em cumprimento ao “**item 26**” do ato convocatório, considera esclarecidas as solicitações, reputando, portanto, desnecessária a retificação do edital, posto que em amplo respeito ao **Princípio da motivação**, dando prosseguimento ao certame até o seu desiderato.

4. CONCLUSÃO

Dessarte, resolvo **receber** e **conhecer** a solicitação feita pelo Senhor **JEFFERSON MATOS**, representando a empresa **SERVIX INFORMÁTICA LTDA**, todavia, **receber** e **NÃO conhecer** dos **PEDIDOS DE ESCLARECIMENTOS** interpostos pela Senhora **PEROLA PLETSCH**, representando a empresa **PISONTEC SOLUTIONS**; Senhor **CRISTIAN TELES**, representando a empresa **ARVVO TECNOLOGIA** e a **IMPUGNAÇÃO** apresentada pelo Senhor **RAUL LUIZ MARTINS PEREGRINO**, representando a **OI S.A., EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL**, por ausência de pressuposto objeto da tempestividade. E, no mérito, **reputar esclarecidas**, fartamente refutado pelas razões de fato e direito exposta alhures.

Considerando que o teor da presente decisão não afeta a formulação das propostas por parte dos pretensos licitantes, conforme preleciona o artigo 21, § 4º, da Lei n.º 8.666/93, **mantém-se a**

realização do cotejo na data original, conforme publicação oficial, a fim de dar-se prosseguimento aos demais atos providenciais.

É o que temos a esclarecer.

Manaus, 18 de fevereiro de 2022.

Edson Frederico Lima Paes Barreto

Presidente da Comissão Permanente de Licitação

Ato PGJ n.º 185/2021 - DOMPE, Ed. 2169, de 09.07.2021

Pregoeiro designado pela PORTARIA N.º 229/2022/SUBADM

Matrícula n.º 001.042-1A



Documento assinado eletronicamente por **Edson Frederico Lima Paes Barreto, Presidente da Comissão Permanente de Licitação - CPL**, em 18/02/2022, às 18:27, conforme art. 1º, III, "b", da Lei 11.419/2006.



A autenticidade do documento pode ser conferida no link http://sei.mpam.mp.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0 informando o código verificador **0771060** e o código CRC **1F14930B**.