



ESTADO DO MARANHÃO
MINISTÉRIO PÚBLICO
PROCURADORIA GERAL DE JUSTIÇA
COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÃO



Referência: PA Nº 4887/2022 – **PREGÃO ELETRÔNICO Nº 01/2023**

Interessado: Procuradoria-Geral de Justiça do Maranhão

Assunto: Parecer acerca da impugnação ao Edital do Pregão nº 01/2023

Solicitante: Oi S. A.

Objeto: Constituição de registro de preços para aquisição eventual de “Equipamentos Switches de 24 Portas” com garantia técnica on-site pelo período mínimo de 36 (trinta e seis) meses

PARECER ACERCA DO PEDIDO DE IMPUGNAÇÃO

1. O presente PARECER trata da análise de pedido de IMPUGNAÇÃO interposto tempestivamente pela licitante Oi S. A., referente ao Edital do Pregão Eletrônico nº 01/2023.
2. Em sua manifestação a empresa, em apertada síntese, apresenta a sua inconformação conforme segue:

“ALTERAÇÕES A SEREM FEITAS NO EDITAL E NOS ANEXOS

1. VEDAÇÃO À PARTICIPAÇÃO DE LICITANTES EM REGIME DE CONSÓRCIO

O item 4.3.6 do Edital veda a participação de empresa que esteja reunida em consórcio. 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 se podem admitir as restrições objetivas e legítimas.

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 a exclusão do item 4.3.6 do Edital, para que seja permitida a participação em consórcio de empresas do mesmo grupo, nos termos do art. 33 da Lei n.º 8.666/93.

2. ALTERNATIVIDADE DE COMPROVAÇÃO DE CAPITAL OU PATRIMÔNIO LÍQUIDO MÍNIMO DE ATÉ 10% DO VALOR ESTIMADO PELA ADMINISTRAÇÃO

Os itens 9.11.3 a 9.11.5 do Edital determinam como condição de habilitação a comprovação da capacidade econômico-financeira por via da apresentação de Índice de Solvência Geral ≥ 1 entre outros.

“9.11.3 A comprovação da situação financeira da empresa será constatada mediante obtenção de índices de Liquidez Geral (LG), Solvência Geral (SG) e Liquidez Corrente (LC), resultantes da aplicação das fórmulas:

LG = Ativo Circulante + Realizável a Longo Prazo Passivo Circulante + Passivo Não Circulante
SG = Ativo Total Passivo Circulante + Passivo Não Circulante

LC = Ativo Circulante / Passivo Circulante

9.11.4 As empresas, cadastradas ou não no SICAF, deverão apresentar resultado superior a 1(um) para os índices de Liquidez Geral (LG), Solvência Geral (SG) e Liquidez Corrente (LC);

9.11.5 A licitante deverá comprovar patrimônio líquido de 10% (dez por cento) do valor estimado da contratação.

De todo o exposto, requer a adequação dos itens 9.11.3 a 9.11.5 do Edital, de forma que possibilite que a comprovação da qualificação econômico-financeira seja feita pelo Índice de Solvência Geral (SG) ou, alternativamente, por meio de comprovação de capital mínimo ou patrimônio líquido mínimo não superior a 10% (dez por cento) do valor estimado da contratação, nos termos do artigo 31, § 3º, da Lei 8666/93 e ao artigo 44 da IN/MARE n.º 2/2010.

3. PAGAMENTO VIA NOTA FISCAL COM CÓDIGO DE BARRAS

O Edital não prevê a possibilidade de pagamento através de fatura com código de barras. Ocorre que tal sistema de pagamento encontra-se em consonância 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.

Ante o exposto, para a melhor adequação do instrumento convocatório à realidade do setor de telecomunicações, requer a adequação do item 26 do Termo de Referência e do item 6.1 da minuta do contrato, a fim de permitir que o pagamento seja realizado mediante autenticação de código de barras, facilitando, assim, o reconhecimento eficiente do pagamento.

4. DAS PENALIDADES EXCESSIVAS

O item 17.4.2 do Edital, o Termo de referência e a 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.

Ante o exposto, requer a exclusão da exigência prevista no item 9.9.9 do Edital e o Anexo II, para que não seja exigida das licitantes tal documentação, posto que não está relacionada diretamente com a execução do objeto, bem como vai além do rol previsto nos itens 27 a 31 da Lei n.º 8.666/93.

5. EXIGÊNCIA DE HABILITAÇÃO EXCESSIVA

É dever da Administração, ao realizar procedimentos licitatórios, exigir documentos de habilitação compatíveis com o ramo do objeto licitado, especialmente aqueles que comprovem a qualificação técnica e a capacidade econômico-financeira dos



**ESTADO DO MARANHÃO
MINISTÉRIO PÚBLICO
PROCURADORIA GERAL DE JUSTIÇA
COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÃO**



licitantes, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal

Ante o exposto, requer a exclusão da exigência prevista no item 9.9.9 do Edital e o Anexo II, para que não seja exigida das licitantes tal documentação, posto que não está relacionada diretamente com a execução do objeto, bem como vai além do rol previsto nos itens 27 a 31 da Lei n.º 8.666/93.

6. REAJUSTE DOS PREÇOS E DAS TARIFAS

Tendo em vista que o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal determina a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos firmados com a Administração Pública, a Lei n.º 8.666/93 disponibilizou instrumentos aptos a recompor o eventual desequilíbrio entre as vantagens e os encargos originalmente pactuados.

Com base no acima exposto, o reajuste deverá ser aplicado a partir do Contrato, sob pena de comprometimento irreparável do equilíbrio econômico-financeiro do referido contrato. De outro lado, o reajuste dos preços, é automático, ou seja, decorridos 12 (doze) meses do contrato, deverá ser aplicado o índice previsto contratualmente, a fim de se recompor a equação econômico-financeira inicialmente estabelecida.

Diante disso, o reajuste dos preços será aplicado automaticamente, decorridos 12 (doze) meses da Contratação.

Ante o exposto, requer a adequação da cláusula sexta, de modo que o reajuste dos preços seja realizado de acordo com índice setorial.

7. EXIGÊNCIA EXCESSIVA

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.

Nesse sentido, cabe aqui colacionar o entendimento do TCU quanto à importância do princípio em questão:

“O princípio constitucional mais importante, imanente a toda a atuação da Administração Pública, é o princípio da legalidade administrativa, segundo o qual a Administração só pode fazer ou deixar de fazer o que a lei autoriza ou define. A Administração deve sempre prestar obsequiosa reverência à lei, sobretudo em atos que gerem despesas administrativas.” (Acórdão 1472/2010 - Plenário)

Desta feita, requer-se a exclusão da exigência prevista no item em comento, tendo em vista que a mesma não guarda qualquer correspondência com o objeto licitado, bem como pode ser restritiva à competitividade.

8. INCLUSÃO DE CLÁUSULA ANTICORRUPÇÃO NA MINUTA DE CONTRATO ANEXO AO EDITAL:

Em linha com as legislações nacionais e internacionais aplicáveis em matéria de combate à corrupção e com os programas de conformidade internos de empresas privadas e entidades públicas, faz-se necessária a inclusão de uma cláusula anticorrupção na Minuta do Contrato (Anexo V do Edital). Segue abaixo sugestão de redação:

3. Por fim, solicita:

“Para garantir o atendimento aos princípios norteadores dos procedimentos licitatórios, a Oi requer que V. Sª 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.”

DA ANÁLISE

4. Com base nos princípios norteadores do procedimento licitatório, passaremos a responder de forma clara e objetiva cada item atacado na impugnação do Edital:

4.1. VEDAÇÃO À PARTICIPAÇÃO DE LICITANTES EM REGIME DE CONSÓRCIO.

Somente com previsão expressa no instrumento convocatório do certame é que se admite a participação de empresas reunidas em consórcios. Essa conclusão decorre do disposto no art. 33, caput, da Lei de Licitações. A opção pela participação ou não de empresas em consórcios encontra-se na esfera da discricionariedade administrativa desta PGJ-MA que, nesta licitação, optou pelo não.

4.2. ALTERNATIVIDADE DE COMPROVAÇÃO DE CAPITAL OU PATRIMÔNIO LÍQUIDO MÍNIMO DE ATÉ 10% DO VALOR ESTIMADO PELA ADMINISTRAÇÃO

Esta é uma exigência que está de acordo com art. 31, §2º, da Lei nº 8.666/93, não deixando margem para interpretações difusas. Logo, fica claro que não há o que se falar em “(...) Frise-se que a forma como tal exigência é feita no Edital é incompatível com a legislação de regência”, pois a lei e nem a sua interpretação



**ESTADO DO MARANHÃO
MINISTÉRIO PÚBLICO
PROCURADORIA GERAL DE JUSTIÇA
COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÃO**



foram alteradas, pois, conforme o artigo supracitado, a Administração poderá exigir nas compras para entrega futura, o patrimônio líquido mínimo e os índices contábeis já estabelecidos. Portanto, é importante ressaltar que a qualificação econômico-financeira exigida nos itens 9.11.3 a 9.11.5 do Edital, serve para assegurar à Administração, que a “futura contratada” confirme que dispõe de recursos econômico-financeiros necessários para a satisfatória execução do objeto da contratação, ou seja, aquele que não dispuser dos recursos necessários para tanto, não poderá titularizar o direito de licitar, pois a carência de recursos faz presumir a inviabilidade da execução satisfatória do contrato e a impossibilidade de arcar com as consequências de eventual inadimplemento.

4.3. PAGAMENTO VIA NOTA FISCAL COM CÓDIGO DE BARRAS

No Edital da Licitação, não há nenhum impedimento para o recebimento de fatura e pagamento através de código de barras, devendo ser respeitado todas as informações previstas na legislação vigente quanto a emissão da nota fiscal. Além disso, lembramos que o objeto desta licitação vislumbra a futura “aquisição de equipamentos”, divergente dos “serviços de telecomunicações” citados pela impugnante.

4.4. DAS PENALIDADES EXCESSIVAS

A Administração atentou no instrumento convocatório e anexos para a dosimetria na aplicação das penalidades, o que poderá ser interpretado com base na razoabilidade, na medida do descumprimento do contrato, cuja análise considerará o adimplemento substancial e a proporcionalidade.

A despeito de sua discricionariedade, a aplicação de penalidade por esta Administração é fundamentada na análise da melhor conduta para satisfazer o interesse público, demandados da aplicação do princípio da proporcionalidade e da razoabilidade, insculpidos nos princípios administrativos, o que se satisfará em cada caso concreto, arrazoando que a própria lei estabelece uma graduação nas penalidades dispostas.

Acórdão TCU nº 1453/2009 Plenário

Envide esforços para que os contratos relativos a prestação de serviços de tecnologia da informação, celebrados pela entidade, estabeleçam em suas cláusulas de penalidades vinculação entre as penas previstas e as possíveis falhas na execução dos serviços, atentando para o princípio da Proporcionalidade.

Acórdão 147/2005 Primeira Câmara (Voto do Ministro Relator)

Preveja, tanto no edital quanto no respectivo contrato, situações claras para aplicação das penalidades, estabelecendo gradações entre as sanções de acordo com o potencial de lesão que poderá advir de cada conduta a ser apenada, em atenção ao disposto no art. 55, incisos VII, VIII e IX, da Lei no 8.666/1993.

4.5. EXIGÊNCIA DE HABILITAÇÃO EXCESSIVA

Sobre o item 9.9.8 do Edital e o Anexo II citados pela impugnante, informamos que esta PGJ-MA, é subordinada ao Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), órgão de controle externo do MP brasileiro.



**ESTADO DO MARANHÃO
MINISTÉRIO PÚBLICO
PROCURADORIA GERAL DE JUSTIÇA
COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÃO**



Com vistas a conferir efetividade aos princípios da isonomia, da moralidade e da impessoalidade, doutrina e jurisprudência, os órgãos de controle têm se posicionado pela interpretação extensiva do art. 9º da Lei de Licitações. Assim, além das situações expressamente indicadas neste artigo, é possível que haja o afastamento dos licitantes em decorrência de outras hipóteses que importem em ofensa aos referidos princípios. E, exatamente para evitar afronta a esses princípios, é que a Administração Pública deve avaliar cuidadosamente o grau de relação existente entre terceiros contratados e os agentes públicos que integram sua estrutura funcional, isso porque, a depender do vínculo verificado e da função desempenhada pelo agente público, é possível que sejam ameaçados os princípios da isonomia, da impessoalidade e da moralidade em decorrência do potencial favorecimento indevido do particular. Tal favorecimento pode ocorrer sob as mais diversas óticas, a exemplo do que se verifica quando, no decorrer do contrato, algumas irregularidades são ignoradas e, com isso, não ensejam a devida responsabilização do contratado. Em consideração a esse panorama é que o STJ, TCU e outros órgãos do judiciário, têm defendido a impossibilidade de contratar sujeitos que mantenham vínculo com servidores públicos da Administração contratante. Existe também, normatização que veda relações contratuais em situações que importem em risco potencial de ofensa aos princípios da isonomia, impessoalidade e moralidade. Sob esse panorama, a Administração pode suscitar o afastamento de licitantes que sejam cônjuges, companheiros ou parentes em linha reta ou colateral, por consanguinidade ou afinidade, até o terceiro grau de servidores que integram a área demandante do objeto licitado, ou que atuem no desenvolvimento da licitação ou, ainda, que sejam superiores aos servidores que desenvolvem essas atividades. E, com o intuito de ampliar a margem de segurança em torno da questão, observando-se o princípio da legalidade, entende-se possível solicitar a apresentação de declaração de inexistência de parentesco entre o licitante e os servidores, conforme determina a Resolução CNMP nº 37/2009 e está incluído no Edital desta licitação, através do item 9.9.8.

4.6. REAJUSTE DOS PREÇOS E DAS TARIFAS

O Governo Federal instituiu recentemente, o Índice de Custo de Tecnologia da Informação – ICTI como índice específico a ser considerado nos contratos de Tecnologia da Informação, por meio da Portaria 424/2017. Portanto, para o objeto desta licitação, é obrigatória a aplicação do referido índice, conforme está na cláusula sexta do anexo V do Edital.

4.7. EXIGÊNCIA EXCESSIVA

Informamos que não há como nos furtar da obediência às normas legais existentes, motivo pelo qual de pronto percebemos que a ratificação e aplicação do normativo legal não podem ser afastadas. A lei vincula a todos, inclusive a quem promove e a quem participa de uma licitação, motivo pelo qual não podemos deixar de cumprir rigorosamente o que ali está estabelecido, salvo claro conflito de determinações, o que não nos parece que ocorre. Vale destacar que esta PGJ-MA, à luz do “Caput” do artigo 37 da Constituição Federal de 1988, guia-se por todos os princípios basilares da Administração Pública e que regem os procedimentos licitatórios. Portanto, não se trata de exigência excessiva, mas sim de obediência aos dispositivos legais.



**ESTADO DO MARANHÃO
MINISTÉRIO PÚBLICO
PROCURADORIA GERAL DE JUSTIÇA
COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÃO**



4.8. INCLUSÃO DE CLÁUSULA ANTICORRUPÇÃO NA MINUTA DE CONTRATO ANEXA AO EDITAL

Para a questão e sugestão levantada pela impugnante, é importante ressaltar que os princípios da moralidade e da probidade administrativa são extensíveis a todos os particulares que desejam celebrar contrato com a Administração Pública. Logo, a moralidade administrativa deve ser observada por todos aqueles particulares que pretendem manter relações jurídico-administrativas com a Administração. Tanto é verdade que, por exemplo, a Lei de Improbidade Administrativa (Lei Federal nº 8.429/1992) é aplicável “àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta” (artigo 3º), igualmente, a Lei Federal nº 12.846/2013 (Lei Anticorrupção) estabelece rigorosas penalidades para as pessoas jurídicas que pratiquem condutas contrárias à moralidade administrativa. Especialmente no âmbito desta lei, a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta pelos particulares é considerada como uma circunstância atenuante da eventual penalidade a ser aplicada pela Administração (inciso VIII do artigo 7º). Além disso, a Lei Federal nº 8.666/1993 prevê sanções àqueles particulares que “tenham praticado atos ilícitos visando a frustrar os objetivos da licitação” ou “demonstrem não possuir idoneidade para contratar com a Administração em virtude de atos ilícitos praticados” (incisos II e III do artigo 88). Considerado este contexto, não há dúvidas de que o particular que celebrará contrato com esta PGJ-MA, está obrigado a observar o princípio da moralidade administrativa durante a execução de um contrato administrativo. A inserção obrigatória de cláusula anticorrupção, em si, não confere medida efetiva do combate à corrupção. Além do mais, a corrupção é tipificada no Código Penal e outros instrumentos legais, portanto, tendo em vista a discricionariedade administrativa, esta PGJ-MA entende que não há necessidade de inclusão de cláusula anticorrupção no anexo V do Edital.

5. DA DECISÃO

5.1. Desta forma, este Pregoeiro decide por conhecer da impugnação interposta pela empresa OI S.A e, no mérito, julgar pelo indeferimento da Impugnação interposta.

São Luís-Ma., 04 de janeiro de 2023.

João Carlos A. de Carvalho
Pregoeiro da CPL/PGJ-MA