

ASSESSORIA JURÍDICA DA PRESIDÊNCIA

PARECER N° : (vide numeração no sistema)
PROTOCOLO TC : 004266/2024
INTERESSADO : Tribunal de Contas do Estado de Sergipe
ASSUNTO : Inexigibilidade de Licitação – Fornecedor exclusivo

EMENTA: INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS EXCLUSIVOS. ART. 74, INCISO I DA LEI FEDERAL N. 14.133/2021. NATUREZA DA CONTRATAÇÃO CORRESPONDENTE A INVIABILIDADE DE COMPETIÇÃO MARCADA PELA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO POR PRODUTOR, EMPRESA OU REPRESENTANTE COMERCIAL EXCLUSIVO. PELA POSSIBILIDADE E LEGALIDADE DA CONTRATAÇÃO POR VIA DO PROCEDIMENTO DE INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO.

I. DO RELATÓRIO

Trata-se de solicitação de Contratação Direta, por inexigibilidade de licitação, com fundamento no art. 74, I, da Lei n. 14.133/21, da empresa GEMELO DO BRASIL DATA CENTERS COMÉRCIO E SERVIÇOS LTDA, objetivando a contratação para fornecimento, integração e treinamento, em forma de solução única (TURN-KEY), de 01 (uma) Solução DCTS/DCMS – Data Center Transportável Seguro com inflamento interno lateral e frontal e meios de resfriamento, com manutenção, suporte e movimentação física de equipamentos servidores e ativos de rede.

O valor da contratação é na ordem de R\$ 323.639,76 (trezentos e vinte e três mil, seiscentos e trinta e nove reais, e setenta e seis centavos), conforme Comunicação da Contratada via e-mail (fl. 145).

Os autos foram instruídos com os seguintes documentos: Documento de Formalização de Demanda (fls. 1/3 e 142/144); Proposta Comercial da Contratada (4/25 e 145/146); Comprovante de Inscrição e de Situação Cadastral (fl. 26); Inscrição Municipal e Estadual (fls. 27/29); Contrato Social (fls. 30/49); Documento do Representante Legal (fl. 50); Certidões (fls. 51/62, 196/206 e 232/256); Escrituração Contábil Digital (fls. 63/83); Certidão de Exclusividade (fls. 84/86); Certificado de Licenciamento Integrado (fls. 87/97); Declaração que não emprega menor (fl. 98);

ASSESSORIA JURÍDICA DA PRESIDÊNCIA

Declaração que não possui fatos impeditivos de licitar (fl. 99); Comprovante de Residência do Representante Legal (fls. 100/101); Pesquisa de Preço (fls. 102/132); Planilha Comparativa de Preços (fl. 133); Justificativa da Contratação (fls. 134/136); Detalhamento de Execução Orçamentária (fl. 138); Autorização da Presidência (fl. 141); Despacho explicativo sobre retificação do valor da proposta (fl. 147); Termo de Referência (fls. 148/167, 174/195 e 209/230); Portaria de Nomeação de Agente de Contratação (fls. 169/171); Declaração de vedação ao exercício da função de agente de contratação (fl. 172); Minuta do Relatório do Agente de Contratação (fls. 257/258); Minuta do Termo de Contrato (fls. 259/267).

Ao final, esta Assessoria Jurídica foi instada a se manifestar em cumprimento ao que preleciona o art. 53, §4º da Lei nº. 14.133/21¹.

É o que basta para o Relatório.

II. FUNDAMENTAÇÃO

II.1 Disposições Preliminares

Inicialmente, incumbe-nos esclarecer que o mister da Assessoria Jurídica não abrange a análise da conveniência e da oportunidade da realização de qualquer ato de gestão, seja no seu aspecto econômico, seja no seu aspecto administrativo, aspectos estes denominados de mérito administrativo, cuja responsabilidade está adstrita ao administrador público.

Nesse piso, dizemos que compete à Assessoria Jurídica da Presidência a análise dos aspectos jurídicos dos questionamentos realizados, tudo isso com base nas informações e documentos constantes nos autos, cuja veracidade é presumida, por força do disposto no art. 19, II da Constituição da República Federativa do Brasil

¹ Lei nº 14.133/2021. § 4º Na forma deste artigo, o órgão de assessoramento jurídico da Administração também realizará controle prévio de legalidade de contratações diretas, acordos, termos de cooperação, convênios, ajustes, adesões a atas de registro de preços, outros instrumentos congêneres e de seus termos aditivos.

ASSESSORIA JURÍDICA DA PRESIDÊNCIA

– CRFB, não lhe cabendo analisar aspectos de natureza técnica ou administrativa relacionados ao objeto do termo a ser verificado.

II.2 Da Inexigibilidade de Licitação

Licitação é o procedimento administrativo por intermédio do qual os órgãos e entes da Administração Pública, direta ou indireta, alienam seus bens, contratam obras e serviços, adquirem coisas, na acepção civilista do termo, sempre salvaguardando a ampla concorrência entre os interessados e se buscando a proposta mais vantajosa aos interesses da coletividade.

É cediço que a Administração Pública não pode realizar seus atos livremente, razão pela qual se afirma que o poder é discricionário, contudo vinculado às normas legais, porquanto o agente público não possui a liberdade para contratar com quem lhe aprouver.

De mais a mais, a regra preponderante é da obrigatoriedade de licitar, seja para aquisição de bens ou para contratação de prestação de serviços para a Administração, sendo determinação constitucional inserta no art. 37, inciso XXI da Constituição Federal.

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

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

Em casos como tal, todavia, lembrando ainda estar em vigor a imperiosa necessidade de prévia licitação, a própria legislação prevê casos em que a Administração Pública poderá fazer prescindir o processo licitatório, atendendo ao binômio conveniência e oportunidade.

ASSESSORIA JURÍDICA DA PRESIDÊNCIA

Ademais, caracteriza ilícito penal a realização de dispensa ou inexigibilidade de licitação, exceto aquelas expressamente previstas em lei, como é o caso em comento.

Como se disse, exceções à regra geral do dever de licitar e a Lei Federal n. 14.133/2021, excepcionou, de forma expressa, os casos em que o administrador poderá realizar a contratação/aquisição direta, através de processos de dispensa ou inexigibilidade.

A melhor doutrina, destarte, conceitua as formas de contratação direta, como sendo a possibilidade de celebração direta de contrato entre a Administração e o particular, nos casos estabelecidos pelo art. 75 da Lei 14.133/2021, enquanto a inexigibilidade de licitação ocorre quando há inviabilidade de competição, ou seja, impossível de ser realizada, sendo esse seu traço nodal, na forma declinada do art. 74, da legislação citada, quando dispõe que “é inexigível a licitação quando inviável a competição”.

Ressalve-se ainda que, no caso de inexigibilidade, caberá ao administrador no uso da discricionariedade, a escolha da realização ou não da licitação, observado, contudo, o interesse público aliado aos princípios que norteiam a Administração Pública, a saber: a legalidade, impessoalidade, moralidade, eficiência, publicidade, proporcionalidade e razoabilidade.

Definida a contratação por inexigibilidade e enquadrada esta nas hipóteses do citado art. 74, deverá ainda o gestor motivar a sua escolha demonstrando a necessidade e as vantagens para o interesse público, inclusive quanto ao benefício do processo licitatório.

No caso em exame, conforme outrora apresentado, a contratação enquadra-se na hipótese prevista no art. 74, Inciso I da legislação licitatória, *in verbis*:

Art. 74. É inexigível a licitação quando inviável a competição, em especial nos casos de:

I - aquisição de materiais, de equipamentos ou de gêneros ou contratação de serviços que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivos; (grifos nossos)

ASSESSORIA JURÍDICA DA PRESIDÊNCIA

Acrescente-se aqui os ensinamentos da obra “Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos”, 2º edição, e-book, cujo coordenador é o professor Joel de Menezes Niebuhr, *in verbis*:

Em virtude disso, o bem só pode ser considerado exclusivo, autorizando a inexigibilidade, se as suas características peculiares, não encontradas em outros bens que lhe são concorrentes, forem decisivas ao interesse da Administração Pública. Se essas características não forem relevantes, salientá-las como requisito para a contratação a fim de justificar inexigibilidade é ilegítimo e ilegal, devendo-se reputá-la inválida.

A Administração Pública deve descrever o objeto com todas as características que definem o seu gênero. Trata-se das características principais ou essenciais do objeto, que definem a sua funcionalidade básica; das características que definem a própria natureza do objeto que se pretende contratar. Vai-se atentar às funções que se pretendem do objeto e descrevê-las de modo a assegurar o seu cumprimento. Sob essa perspectiva, todas as especificações que se fizerem necessárias são licitas, mesmo que restrinjam o objeto a tal ponto de inviabilizar a competitividade e de justificar a inexigibilidade. Logo, se alguém dispõe com exclusividade da funcionalidade básica de do objeto, é permitida a contratação por inexigibilidade amparada no inciso I do artigo 74 da Lei nº 14.133/2021, dado que somente ele pode oferecer à Administração Pública o resultado e o efeito pretendido por ela.

Além disso, a Administração Pública também volta os seus olhos às características periféricas do objeto, cuja ausência não compromete a sua funcionalidade básica. Trata-se de características que maximizam as funções do objeto, melhorando o conforto ou até a sua estética. Tais características agregam ao objeto funcionalidade secundária.

(...)

Nesse sentido, só é lícito contratar diretamente ao argumento da exclusividade do fornecedor se ele for, verdadeiramente, exclusivo. Aí vale todo tipo de prova, especialmente, a resultante dos esforços empreendidos na pesquisa dos produtos ofertados no mercado. **(Grifo nosso)**

Observa-se nos autos que a Diretoria de Modernização e Tecnologia (DMT) apresentou justificativa para a inexigibilidade (fls. 134/136), informando que a contratação é necessária em função da impossibilidade de interrupção do contrato de suporte para tribunal, constituindo vantagem para esta Corte manter a equipe em função do conhecimento adquirido e expertise na operação e atendimento aos sistemas, sendo este serviço comercializado exclusivamente pela GEMELO DO BRASIL DATA CENTERS COMÉRCIO E SERVIÇOS LTDA.

Para tanto, foi anexada uma Certidão de Exclusividade emitida pela ASSESPRO – ASSOCIAÇÃO DAS EMPRESAS DE TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO, REGIONAL DE SÃO PAULO, na qual se declara que a empresa

ASSESSORIA JURÍDICA DA PRESIDÊNCIA

GEMELO DO BRASIL DATA CENTERS COMÉRCIO E SERVIÇOS LTDA é a representante e única fornecedora do produto “DCTS/DCMS – DATA CENTER Transportável Seguro com insuflamento lateral e frontal ao racks e meios de resfriamento, respectivos serviços de garantia, manutenção, monitoração 24x7x365 e movimentação”.

Dessa forma, conclui-se que a contratação de serviços por fornecedor exclusivo está devidamente comprovada.

II.3 Da Instrução do Procedimento

O art. 72 da Lei n. 14.133/2021, regra que a instrução do processo de inexigibilidade, quando for o caso, deverá cumprir uma série de requisitos, a saber:

Art. 72. O processo de contratação direta, que compreende os casos de inexigibilidade e de dispensa de licitação, deverá ser instruído com os seguintes documentos:

I - documento de formalização de demanda e, se for o caso, estudo técnico preliminar, análise de riscos, termo de referência, projeto básico ou projeto executivo;

II - estimativa de despesa, que deverá ser calculada na forma estabelecida no art. 23 desta Lei;

III - parecer jurídico e pareceres técnicos, se for o caso, que demonstrem o atendimento dos requisitos exigidos;

IV - demonstração da compatibilidade da previsão de recursos orçamentários com o compromisso a ser assumido;

V - comprovação de que o contratado preenche os requisitos de habilitação e qualificação mínima necessária;

VI - razão da escolha do contratado;

VII - justificativa de preço;

VIII - autorização da autoridade competente.

Parágrafo único. O ato que autoriza a contratação direta ou o extrato decorrente do contrato deverá ser divulgado e mantido à disposição do público em sítio eletrônico oficial.

Em face disso, procedemos à análise do expediente, detectando, na oportunidade, a abertura de processo administrativo, protocolado e numerado, contendo a autorização respectiva, a indicação sucinta de seu objeto e do recurso

ASSESSORIA JURÍDICA DA PRESIDÊNCIA

próprio para a despesa, em conformidade com as disposições constantes no art. 72 da Lei nº 14.133/2021, detalhados da seguinte maneira:

- a) Documento de Formalização de Demanda (DFD): Consta nas fls. 142/144 e Termo de Referência (fls. 209/230), acostados pela Diretoria de Modernização e Tecnologia;
- b) Estimativa da despesa: Conforme a Nova Lei de Licitações e Contratos, a estimativa de preços para a contratação direta deve seguir as diretrizes do art. 23, que aborda a estimativa de preços no processo licitatório. O Detalhamento de Execução Orçamentária (fl. 138) evidencia a compatibilidade da reserva orçamentária com o valor que se pretende contratar;
- c) Comprovação de habilitação e qualificação mínima necessária: Certidões Negativas (fls. 51/62, 196/206 e 232/256) e Documentos de Habilitação (fls. 26/50), atestam o preenchimento dos requisitos de habilitação e qualificação mínimos necessários para a contratação, em conformidade com a legislação;
- d) Razão da escolha do contratado e inviabilidade de competição (Art. 74, §1º da Lei 14.133/2021): A administração pública, em atenção ao princípio da motivação, fundamenta a contratação de serviços que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comerciais exclusivos, conforme Certidão de Exclusividade (fls. 84/86);
- e) Justificativa do preço: respaldado pela compatibilidade com valores praticados, conforme pesquisa de preço de serviços prestados para outras instituições. (fls. 102/133);
- f) A autorização da autoridade competente encontra-se na fl. 141, com a subscrição da Presidente desta Corte de Contas.
- g) No que se refere ao Estudo Técnico Preliminar (ETP), verifica-se à fl. 209 dos autos a justificativa para a sua dispensa, fundamentado no art. 14, II da Instrução Normativa SEGES nº 58/2022, bem como do art. 72, I da lei 14.133/2021, adotado por este Tribunal, conforme o Ato da Presidência nº 23/2024.

II.3.1 Da descrição detalhada e justificativa da contratação

ASSESSORIA JURÍDICA DA PRESIDÊNCIA

A descrição detalhada e justificativa para instauração da presente contratação consta do item 1 do último Termo de Referência acostado aos autos (fls.209/230), nos seguintes termos:

Considerando o término da GARANTIA embasada pelo contrato nº 24/2019, firmado entre este Tribunal e a empresa GEMELO DO BRASIL DATA CENTERS, COMÉRCIO E SERVIÇOS LTDA para fornecimento, integração e treinamento, em forma de solução única (TURN-KEY), de 01 (uma) Solução DCTS/DCMS – Data Center Transportável Seguro com inflamento interno lateral e frontal e meios de resfriamento, com manutenção, suporte e movimentação física de equipamentos servidores e ativos de rede.

Considerando que a empresa presta serviços com bom desempenho. E devido a impossibilidade de interrupção do contrato de suporte em vigor cujo prazo se encerra em 01/07/2024, constitui vantagem para esta corte manter a equipe em função do conhecimento adquirido e expertise na operação e atendimento aos sistemas.

Pelo exposto torna-se imprescindível e necessária a contratação dos serviços, por inexigibilidade de licitação, junto a empresa GEMELO DO BRASIL DATA CENTERS COMÉRCIO E SERVIÇOS LTDA, por ser a única representante e fornecedora no Brasil, para os serviços de garantia e manutenção 24x7x365, de acordo com a carta de exclusividade, fornecida pela ASSESPRO – ASSOCIAÇÃO DAS EMPRESAS DE TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO, REGIONAL SÃO PAULO.

Assim, justifica-se a contratação do produto supracitado, considerando sua exclusividade no mercado e a capacidade de atender às necessidades da Administração Pública em melhorar a eficiência, precisão e celeridade dos processos administrativos, especialmente na área de contratos e licitações.

É importante ressaltar que a correta caracterização do objeto é uma competência técnica essencial, e, com base na fundamentação apresentada, conclui-se pela viabilidade e necessidade da contratação.

II.3.2 Da Justificativa do preço

Quanto à justificativa do preço, cabe à administração pública realizar um estudo para verificar se o preço apresentado está compatível com os serviços oferecidos. Isso implica justificar o preço da contratação pretendida, o que deve ser comprovado mediante a comparação da proposta comercial apresentada com os preços praticados pela futura contratada junto a outros órgãos públicos ou entidades privadas.

ASSESSORIA JURÍDICA DA PRESIDÊNCIA

Verifica-se nos autos a inclusão de Pesquisa de Preço realizada perante outros órgãos (fl. 102/133), como também a manutenção de valor já praticado atualmente, demonstrando a negociação para obtenção de melhor valor para essa Corte de Contas (fls. 145/147).

Portanto, a justificativa de preço apresentada atende às exigências normativas e está fundamentada em documentação idônea que assegura a vantajosidade para a administração pública.

II.3.3 Previsão de recursos orçamentários

A existência de recursos orçamentários necessários para a execução do contrato encontra-se devidamente atestada nos autos pelo Detalhamento de Execução Orçamentária (fl. 138).

II.3.4 Do Termo de Referência

O Termo de Referência acostado às fls. 209/230 discorre sobre a justificativa da necessidade da contratação, descrição detalhada do objeto, do suporte, manutenção e execução dos serviços, forma e critérios de seleção do fornecedor, estimativa de valor da contratação, fundamentação legal, vigência e prorrogação, reajuste, modelo de gestão de execução e fiscalização, condições de recebimento dos serviços, critérios de medição e pagamento, obrigações das partes, sanções, extinção contratual, regime de execução, despesa orçamentária, alterações, etc., atendendo ao que preceitua a Lei nº 14.133/2021.

II.3.5 Da comprovação de regularidade

Conforme estabelecido nos artigos 65 e 68 da Lei nº 14.133/2021, é requisito para a habilitação em processos licitatórios que a empresa a ser contratada demonstre regularidade fiscal, previdenciária e trabalhista.

Essa exigência é refletida no item 6 do Termo de Referência (fls. 209/230), tendo sido devidamente comprovada pela GEMELO DO BRASIL DATA CENTERS,

ASSESSORIA JURÍDICA DA PRESIDÊNCIA

COMÉRCIO E SERVIÇOS LTDA, conforme documentos apresentados no Relatório deste parecer jurídico.

Adicionalmente, verificou-se no referido Relatório a apresentação da documentação relativa à habilitação jurídica, econômico-financeira e qualificação técnica, destacando-se especialmente a Certidão de Exclusividade (fls. 84/86).

Além disso, registra-se a apresentação da Certidão Negativa de Licitantes Inidôneos, a Certidão Negativa por Ato de Improbidade Administrativa e Inelegibilidade, bem como o registro da empresa no Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores – SICAF.

Diante do exposto, esta Assessoria Jurídica conclui que não há nenhum impedimento para a contratação.

II.3.6 Da Minuta do Contrato

Adentrando ao exame da minuta contratual (fls. 259/267), das cláusulas constantes não se revela qualquer anormalidade que sujeite à reprovação, havendo descrição do objeto e valores da prestação de serviços, a forma da execução do objeto, as condições da prestação de serviços, a vigência, a indicação da fonte de recursos orçamentários, a forma de pagamento, as obrigações das partes, a possibilidade de penalização por descumprimento das condições avençadas, as hipóteses de rescisão contratual, a publicação no PNCP e na transparência, bem como outras disposições pertinentes e a fixação do foro.

Feitas tais considerações, entendemos pela correta instrução processual, podendo a Administração, no uso de suas atribuições, ao exame do mérito administrativo, proceder à contratação em tela, nos moldes da Minuta do contrato.

III. OPINATIVO

Ante o exposto, com base no arcabouço fático e documental apresentado, considerando os institutos jurídicos aplicáveis, esta Assessoria Jurídica, opina pela **viabilidade da presente contratação direta**, por Inexigibilidade de licitação,

ASSESSORIA JURÍDICA DA PRESIDÊNCIA

devendo-se observar as imposições legais pertinentes ao caso, dispostas na lei de regência, merecendo o procedimento ter continuidade no seu trâmite, todavia, com a condição de que, até o ato da assinatura, seja observada a manutenção de todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação (art. 92, XVI, Lei nº 14.133/2021), com revisão das certidões ou documentos cuja validade por ventura venham a expirar.

Destaca-se que a autenticidade das informações e documentos constantes do Expediente, assim como a especificação do objeto, é de inteira responsabilidade da autoridade requisitante, além de que os documentos juntados devem sempre ser subscritos pelos agentes que os jungiram à papeleta.

É o Parecer, sem embargos de posicionamentos contrários, os quais, desde já, respeitamos.

Encaminhe-se o presente expediente à **Diretoria Administrativa e Financeira - DAF** para análise e providências de estilo.

Aracaju, quinta-feira, 27 de junho de 2024.

Priscilla Cristine Porto Leó Costa
Chefe da Assessoria Jurídica da Presidência
Matrícula nº 2.021
OAB/SE nº 5.698