



Governo do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Tecnologia de Informação e Comunicação do Estado do Rio de Janeiro

Gerência de Aquisições

RELATÓRIO DE IMPUGNAÇÃO - EMPRESA CLARO S.A

Referência: EDITAL DE PREGÃO ELETRÔNICO PARA REGISTRO DE PREÇOS n° 014/2023.

Objeto: Registro de Preços visando à contratação de empresa de Tecnologia da Informação para o fornecimento de solução de segurança para proteção de dispositivos finais (antivírus), aplicações em nuvem, servidores de e-mail e detecção/resposta unificada a eventos de segurança que envolvam a solução, contemplando o treinamento para operacionalização e o suporte técnico para as soluções contratadas, conforme as especificações contidas no Termo de Referência – Anexo I.

Assunto: IMPUGNAÇÃO AOS TERMOS DO EDITAL

O Ordenador de Despesas do PRODERJ, no uso de suas atribuições legais que lhe confere o artigo 82, item IX, da Lei Estadual n° 287, de 04 de dezembro de 1979 e pela Delegação de Competência contida na Portaria PRODERJ/PRE n° 1.059 de 16 de março de 2023, vem apreciar a Impugnação ao Edital do Pregão Eletrônico para Registro de Preços n° 014/2023 apresentada pela empresa **CLARO S.A, CNPJ n.º 40.432.544/0001-47** - PROCESSO ADMINISTRATIVO N° SEI-150016/001346/2022, nos termos a seguir descritos.

1. DO RELATÓRIO:

1.1 - Impugnação interposta pela empresa **CLARO S.A, CNPJ n.º 40.432.544/0001-47**, recebida no dia 26/12/2023, no qual requer a alteração do edital no termo proposto da Impugnação apresentada.

2. DOS ITENS IMPUGNADOS:

I – DA EXCEÇÃO DE CONTRATO NÃO CUMPRIDO POR PARTE DA CONTRATADA – CLÁUSULA DÉCIMA SEXTA DA MINUTA DE CONTRATO

"A Cláusula Décima Sexta da Minuta do Contrato prevê o seguinte:

Constitui cláusula essencial do presente contrato, de observância obrigatória por parte da CONTRATADA, a impossibilidade, perante o CONTRATANTE, de opor, administrativamente, exceção de inadimplemento, como fundamento para a interrupção unilateral do serviço.

PARÁGRAFO ÚNICO – É vedada a suspensão do contrato a que se refere o art. 78, XV, da Lei n° 8.666/93, pela CONTRATADA, sem a prévia autorização judicial.

Ou seja, da leitura da referida Cláusula, verifica-se que a Contratada não poderá opor exceção de inadimplemento como fundamento para suspensão dos serviços. Como não bastasse, o Parágrafo Único da referida Cláusula ainda afirma que a suspensão prevista no Art. 78, XIV da Lei 8.666/93 é vedada, possuindo eficácia somente mediante prévia autorização judicial.

Ocorre que tal previsão viola flagrantemente o previsto na lei nº 8666/93, no seu artigo 78, XV, de aplicação ipso factum, isto é, independentemente de decisão judicial, in verbis:

“XV - o atraso superior a 90 (noventa) dias dos pagamentos devidos pela Administração decorrentes de obras, serviços ou fornecimento, ou parcelas destes, já recebidos ou executados, salvo em caso de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra, assegurado ao contratado o direito de optar pela suspensão do cumprimento de suas obrigações até que seja normalizada a situação;”

Da leitura do dispositivo legal transcrito acima, verifica-se a clara violação da referida Cláusula ao princípio da legalidade.

Nesse sentido, vale mencionar 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). Portanto, 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, não pode o administrador furtar-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.

O objetivo direto de tal princípio é impedir que prevaleça a vontade pessoal do administrador. Vinculando-se diretamente ao princípio da impessoalidade, o princípio da legalidade garante uma atuação isenta e objetiva por parte da Administração, garantida sua atuação em direção à supremacia do interesse público.

Vê-se, portanto, que qualquer ação que não esteja estritamente dentro da esfera legal deve ser desconsiderada e expurgada da esfera administrativa. É nesse sentido que se permite o afastamento de atos administrativos que não estejam em conformidade com a lei, pois “(...) só é legítima a atividade do administrador público se estiver condizente com o disposto na lei”. (CARVALHO FILHO, 2011, p. 18).

Diante do exposto, impõe-se a adequação da Cláusula Décima Sexta da Minuta do Contrato, em obediência ao princípio da legalidade, de modo que seja excepcionada a hipótese prevista no art. 78, XV da Lei nº 8666/93, independentemente de autorização/decisão judicial, considerando que a Lei deve ser cumprida pela Administração ipso factum."

RESPOSTA:

Importante esclarecer que o PRODERJ utiliza em seus Editais de licitação as Minutas-Padrão elaboradas

pela Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro. Isso se deve à Orientação Administrativa nº 02 da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, nas quais “as minutas-padrão de editais, contratos e outros documentos, que estão em vigor, passarão a ser adotadas, com exclusividade, pela Administração Pública Direta, Autarquias e Fundações, que continuam submetidas aos ditames das Leis nºs 8.666/93 e 10.520/02”, cristalizando, portanto, a observância obrigatória para toda a Administração Pública Estadual.

Como a Cláusula Décima Sexta possui redação contida pela Minuta-Padrão da PGE, não haverá possibilidade de modificação.

II – DA APRESENTAÇÃO MENSAL DE DOCUMENTOS COMO CONDIÇÃO PARA O PAGAMENTO – CLÁUSULA NONA, PARÁGRAFO TERCEIRO DA MINUTA DE CONTRATO E SEUS CORRESPONDENTES

"No item supramencionado há exigência de apresentação de documentos que comprovem a Regularidade de habilitação da Contratada, sendo certo que o pagamento fica condicionado a apresentação mensal de tais documentos.

Contudo, observa-se que tal exigência demonstra-se excessiva e demasiadamente burocrática, a considerar que a própria Contratante poderá acessar os Sítios Oficiais para verificar online a manutenção das condições de habilitação da Contratada.

Portanto, é totalmente desnecessária a apresentação mensal de tais documentos anexados à Nota Fiscal, principalmente condicionando-as à realização dos pagamentos mensais, o que certamente poderá atrapalhar o processo mensal de cobrança, sobretudo na hipótese de ser a futura contratada uma grande empresa de Telecomunicações.

Acrescenta-se ainda a Lei 8.666/93 traz em seu bojo normas procedimentais que regram o desenrolar do certame com uma clareza ímpar. Expõe-se ali os documentos mínimos exigidos em termos de habilitação do certame, **não sendo admitida a apresentação de documentos de forma diversa e excessiva da estipulada em lei.**

Considerando que tais **exigências são excessivas** – pois que não é praxe em licitações promovidas pelos órgãos públicos no país e sequer encontram amparo na legislação sobre o tema –, **requeremos a modificação de tal item e seus correspondentes, para que deles passe a constar que a exigência de comprovação de regularidade com as obrigações elencadas será feita apenas na fase de habilitação, ou através da consulta online pela Contratante a qualquer tempo, ao invés da apresentação mensal de tais documentos como condição para o pagamento mensal.**

Neste mister, convém invocar o Princípio da Legalidade, pelo que à Administração só é lícito admitir ou exigir o que estiver taxativamente previsto em Lei – o que não é o caso, pois tal exigência não está contida na Lei 8.666/93 e outras correlatas –, não merecendo prosperar, portanto, tal exigência, sob pena de afronta aos Princípios da Isonomia e da Ampla Competitividade no certame. Assim, a fim de se respeitar a razoabilidade e a boa-fé objetiva, faz-se necessária a exclusão das exigências acima combatidas por serem despiciendas e fugirem aos parâmetros revestidos de razoabilidade e proporcionalidade.

Aqui, há que se consignar que o espírito da lei veda toda e qualquer exigência capaz de frustrar o caráter competitivo da licitação. Ora, as exigências acima combatidas, sem dúvida alguma, frustram a ampla competitividade, pois configuram exigências desarrazoadas, desnecessárias e altamente burocráticas.

Portanto, de modo a não impedir a participação de licitantes interessadas e competentes para prestar serviços de Telecomunicações da mais alta qualidade a esta Contratante, é razoável e legal que esta Administração exclua as exigências de apresentação mensal de documentos de regularidade fiscal, conforme atualmente previstas no item em comento e seus correspondentes. Pugna, pois, por tal exclusão."

RESPOSTA:

Importante esclarecer que o PRODERJ utiliza em seus Editais de licitação as Minutas-Padrão elaboradas pela Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro. Isso se deve à Orientação Administrativa nº 02 da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, nas quais "as minutas-padrão de editais, contratos e outros documentos, que estão em vigor, passarão a ser adotadas, com exclusividade, pela Administração Pública Direta, Autarquias e Fundações, que continuam submetidas aos ditames das Leis nºs 8.666/93 e 10.520/02", cristalizando, portanto, a observância obrigatória para toda a Administração Pública Estadual.

Outrossim, ainda de acordo com a Lei 8.666/93, o inciso XIII do artigo 55 descreve a obrigação da Contratada (e não do Contratante) em manter, durante toda a execução do Contrato, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação. Como os serviços objeto do contrato são de natureza contínua, ou seja, com execução e entregas mensais, esta obrigação torna-se também mensal. Assim, o envio da documentação pela Contratada é imprescindível para o trabalho de verificação da manutenção das condições de habilitação a ser realizado pela Comissão de Fiscalização.

III – DA ISENÇÃO DE ICMS EM PROPOSTA DE PREÇOS – ITEM 10.3 DO EDITAL

"O item 10.3 do Edital em comento apresenta a seguinte determinação:

10.3 O licitante cujo estabelecimento esteja localizado no Estado do Rio de Janeiro, deverá apresentar proposta isenta de ICMS, quando cabível, de acordo com o Convênio CONFAZ nº 26/2003 e a Resolução SEFAZ nº 971/2016, sendo este valor considerado para efeito de competição na licitação.

Considerando que o Convênio CONFAZ 26/2003 e a Resolução SEFAZ nº 971/2016, que tratam da isenção de ICMS nas operações ou prestações internas destinadas a órgãos da Administração Pública Estadual Direta e suas Fundações e Autarquias – o Convênio ICMS 26/03 autoriza os Estados e o Distrito Federal a conceder isenção de ICMS nas operações ou prestações internas destinadas a órgãos da Administração Pública Estadual Direta e suas Fundações e Autarquias e a Resolução SEFAZ nº 971/2016 estabelece normas para concessão de isenção do ICMS nas operações ou prestações internas, destinadas a órgãos da Administração Pública Estadual direta e suas fundações e autarquias, conforme previsto no Convênio ICMS nº 26/2003, e revoga as Resoluções SER nºs 47/2003 e 241/2006 – entendemos que determinada licitante sediada em outro Estado da Federação, uma vez que faturará o serviço objeto do presente edital vinculado ao seu estabelecimento licitante – em outro Estado –, estaremos diante de uma operação interestadual, pelo que esta licitante não poderia se beneficiar de isenção de ICMS, pois tal erro tornaria sua proposta inservível, ilegal e anti-isonômica para com as demais licitantes.

Está correto o nosso entendimento?"

RESPOSTA:

Inicialmente, é importante esclarecer que o PRODERJ utiliza em seus Editais de licitação as Minutas-Padrão elaboradas pela Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro. Isso se deve à Orientação Administrativa nº 02 da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, nas quais "as minutas-padrão de editais, contratos e outros documentos, que estão em vigor, passarão a ser adotadas, com exclusividade, pela Administração Pública Direta, Autarquias e Fundações, que continuam submetidas

aos ditames das Leis nºs 8.666/93 e 10.520/02”, cristalizando, portanto, a observância obrigatória para toda a Administração Pública Estadual.

Além disso, cumpre informar que a proposta de preços das licitantes devem ser enviadas abarcando todas as despesas relativas ao objeto do contrato, bem como os respectivos custos diretos e indiretos, tributos, remunerações, despesas fiscais e financeiras e quaisquer outras necessárias ao cumprimento do objeto desta Licitação, salvo expressa previsão legal, conforme descrito no item 10.2 do Edital.

Já para os licitantes cujo estabelecimento esteja localizado no Estado do Rio de Janeiro, será possível o envio de proposta de preços isenta de ICMS, conforme descrito no subitem 10.3 do Edital.

3. CONCLUSÃO:

Desta forma opino pelo recebimento da Impugnação TEMPESTIVAMENTE e concluo por seu INDEFERIMENTO, nos termos constantes neste Relatório.

Em, 28 de dezembro de 2023.

Alexandre Correa Cordeiro

Pregoeiro/PRODERJ

ID: 5023389-0

Alex Sandro Monteiro de Moraes

Vice-Presidente de Administração/Ordenador de Despesas

ID: 5139104-0

Rio de Janeiro, 28 dezembro de 2023



Documento assinado eletronicamente por **Alexandre Correa Cordeiro, Gerente**, em 28/12/2023, às 11:47, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento nos art. 28º e 29º do [Decreto nº 48.209, de 19 de setembro de 2022](#).



Documento assinado eletronicamente por **Alex Sandro Monteiro de Moraes, Vice-Presidente**, em 28/12/2023, às 12:16, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento nos art. 28º e 29º do [Decreto nº 48.209, de 19 de setembro de 2022](#).



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site http://sei.rj.gov.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=6, informando o código verificador **66042372** e o código CRC **3F274E28**.

Referência: Processo nº SEI-150016/001346/2022

SEI nº 66042372

Rua da Conceição, 69, 24º Andar / 25º Andar - Bairro Centro, Rio de Janeiro/RJ, CEP 20051-011
Telefone: