

Processo nº: 1440-30.00/18-1

Assunto: Resposta à Impugnação ao Edital do Pregão Eletrônico n.º 02/2019

Objeto: Contratação de empresa especializada na prestação de serviços de telefonia.

Impugnante: OI S/A – em Recuperação Judicial

A empresa OI S/A – em Recuperação Judicial, inconformada com os termos do Edital do Pregão Eletrônico nº 02/2019, interpôs impugnação ao Instrumento Convocatório, conforme demonstram as razões acostadas às fls. 194-204 do expediente administrativo.

Em síntese, requer a Impugnante:

a) Adequação do item 13.3.3 do Edital, para que seja obedecida a alternatividade prevista no artigo 29 da Lei nº 8.666/93;

b) Adequação do item 13.3.5 do Edital, para que permitam expressamente a comprovação da regularidade trabalhista por meio da apresentação de Certidão Positiva com Efeitos de Negativa de Débitos Trabalhistas, nos termos do parágrafo 2º do artigo 642-A, da Consolidação das Leis do Trabalho;

c) Adequação do item 13.5.2 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, parágrafo 2º, da Lei nº 8.666/93 e ao item 7.2 da IN/MARE nº 5/1995;

d) Alteração da redação do item 17.1 do Edital, a fim de permitir que o pagamento seja realizado mediante autenticação de código de barras, facilitando, assim, o reconhecimento eficiente do pagamento;

e) Adequação da Cláusula 6.18 da Minuta do Contrato, de modo que a inscrição no CADIN não seja motivo de rescisão contratual, nem tampouco razão a ensejar a retenção dos pagamentos devidos à Contratante;

f) Alteração da Cláusula 7.1 da Minuta do Contrato, de modo a incidir multa de 2% (dois por cento) sobre o valor da fatura no mês de atraso, justos de mora na ordem de 1%

(um por cento) ao mês e a correção monetária pelo IGP-DI;

g) Adequação da Cláusula Oitava da Minuta do Contrato, com relação aos índices de reajuste das tarifas referentes ao STFC e dos preços relativos ao SCM;

h) Alteração da Cláusula 12.6.1.1 da Minuta do Contrato, de modo que a base de cálculo para a aplicação da multa, nas hipóteses de inexecução parcial, seja o valor mensal ou percentual da parcela inadimplida e não o valor total do contrato;

i) Adequação do item 3.1.3 do Termo de Referência, alegando que, em função da inexistência de item na planilha de valores relativo ao provimento de rede MPLS e considerando que os demais requisitos do edital permitirem o provimento do serviço sem o fornecimento da referida rede.

É o relatório.

Passa-se à análise da Impugnação.

I) PRELIMINARMENTE

a) Da tempestividade da Impugnação interposta

Preliminarmente, antes de adentrar a análise das questões apresentadas pela Impugnante, torna-se imprescindível o exame da admissibilidade da peça apresentada.

Consoante se depreende do item 14.2.1 do Edital do Pregão Eletrônico nº 02/2019, o prazo limite para apresentação do pedido de impugnação é de até 02 (dois) dias úteis antes da data de abertura da sessão do Pregão.

Sendo assim, considerando que a abertura das propostas está prevista para o dia 12/02/19 (fls.132-134) e que a Impugnação apresentada pela Impugnante restou recebida nesta Comissão Permanente de Licitações no dia 07/02/18 (mensagem eletrônica acostada à fl. 193), é plenamente tempestiva a Impugnação interposta.

II) DO MÉRITO

A) DA ADEQUAÇÃO DO ITEM 13.3.3 DO EDITAL – INEXISTÊNCIA DE APLICAÇÃO DA ALTERNATIVIDADE ESTABELECIDADA DOS INCISOS II E III DO ARTIGO 29 DA LEI 8.666/93:

Inicialmente, a Impugnante requer que seja obedecida a alternatividade prevista nos incisos II e III do artigo 29 da Lei nº 8.666/93, que assim dispõem:

Art. 29. A documentação relativa à regularidade fiscal e trabalhista, conforme o caso, consistirá em: [\(Redação dada pela Lei nº 12.440, de 2011\)](#) [\(Vigência\)](#)

(...)

II - prova de inscrição no cadastro de contribuintes estadual ou municipal, se houver, relativo ao domicílio ou sede do licitante, pertinente ao seu ramo de atividade e compatível com o objeto contratual;

III - prova de regularidade para com a Fazenda Federal, Estadual e Municipal do domicílio ou sede do licitante, ou outra equivalente, na forma da lei;

(...)

Neste ponto, cumpre ressaltar que as comprovações de Regularidade Fiscal perante a Fazenda Federal, Estadual e Municipal exigidas no item 13.3.3 do Edital serão relativas ao local onde está instalada a licitante. Além disso, a licitante também deverá apresentar a prova de sua regularidade perante a Fazenda Estadual do Rio Grande do Sul.

Caso a licitante seja uma filial, todos os documentos deverão ser em seu CNPJ, exceto os documentos que só são emitidos em CNPJ da matriz.

Portanto, não merece prosperar o alegado pela Impugnante, tendo em vista que as exigências estão de acordo com o disposto no artigo 29 da Lei 8.666/93.

B) DA ADEQUAÇÃO DO ITEM 13.3.5 DO EDITAL – EXIGÊNCIA DE REGULARIDADE TRABALHISTA:

A Impugnante requer a adequação do item 13.3.5 do Instrumento Convocatório, para

que permita expressamente a comprovação da regularidade trabalhista por meio da apresentação de Certidão Positiva com Efeitos de Negativa de Débitos Trabalhistas, nos termos do parágrafo 2º do artigo 642-A, da Consolidação das Leis do Trabalho.

Os artigos 27 e 29 da Lei nº 8.666/93 preceituam que:

Art. 27. Para a habilitação nas licitações exigir-se-á dos interessados, exclusivamente, documentação relativa a:

I - habilitação jurídica;

II - qualificação técnica;

III - qualificação econômico-financeira;

IV – regularidade fiscal e trabalhista;

V – cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal. (Incluído pela Lei nº 9.854, de 1999) (...)

Art. 29. A documentação relativa à regularidade fiscal e trabalhista, conforme o caso, consistirá em:

(...)

V – prova da inexistência de débitos inadimplidos perante a Justiça do Trabalho, mediante a apresentação de certidão negativa, nos termos do Título VII-A da Consolidação das Leis do Trabalho.

O site do Tribunal Superior do Trabalho (<http://www.tst.jus.br/o-que-e-cndt>), ao apresentar a definição acerca da Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas – CNDT, esclarece o que segue:

*A Certidão será **negativa** se a pessoa sobre quem deva versar não estiver inscrita como devedora no BNDT, após decorrido o prazo de regularização.*

*A Certidão será **positiva** se a pessoa sobre quem aquela deva versar tiver execução definitiva em andamento, já com ordem de pagamento não cumprida, após decorrido o prazo de regularização.*

*A Certidão será **positiva com efeito de negativa**, se o devedor, intimado para o cumprimento da obrigação em execução definitiva, houver garantido o juízo com depósito, por meio de bens suficientes à satisfação do débito ou tiver em seu favor decisão judicial que suspenda a exigibilidade do crédito.*

*A Certidão **positiva com efeito de negativa** possibilita o titular de participar de licitações.*

Dessa forma, em que pese a Lei de Licitações e o item 13.5.2 do Edital exigirem prova da regularidade trabalhista mediante a apresentação da Certidão Negativa, cumpre esclarecer que a Certidão Positiva com efeitos de negativa possui o mesmo efeito da Certidão Negativa, possibilitando à empresa a participação em licitações. Apesar de não constar expressamente no Edital, será aceita a Certidão Positiva com Efeitos de Negativa, conforme previsão legal.

Neste caso, é improcedente a alegação da empresa, uma vez que não é necessária a alteração do item 13.3.5 do Edital.

C) DA ADEQUAÇÃO DO ITEM 13.5.2 DO EDITAL – EXIGÊNCIA DE ÍNDICES:

A Impugnante requer a adequação do item 13.5.2 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, § 2º, da Lei 8666/93 e ao item 7.2 da IN/MARE n.º 5/1995.

Nesse ponto, alega a empresa:

O item 13.5.2 do Edital exige para fins de comprovação da qualificação econômico-financeira da licitante, o seguinte:

“Balanco patrimonial e demonstrações contábeis, complementados pelas respectivas Notas Explicativas, do último exercício social, já exigíveis e apresentados na forma da lei, que comprovem a boa situação financeira da empresa, vedada a sua substituição por balancetes ou balanços

provisórios, acompanhado do Anexo II do Decreto nº 36.601/1996 – Análise Contábil da Capacidade Financeira de Licitante (Anexo VIII deste Edital);”

A seu turno, o referido Decreto prevê o seguinte:

”Art. 5º - O licitador determinará o resultado da situação financeira do licitante após a conferência dos dados do Anexo II e, quando for o caso, também do Anexo III.

§ 1º - **Será considerado habilitado aquele licitante que obtiver, no mínimo, a Nota Final da Capacidade Financeira Relativa igual a 2,0 (dois) e, também, quando se tratar de obras e serviços de engenharia, o Índice da Capacidade Financeira Absoluta igual ou superior a 1,0 (um), que é demonstrado no Anexo III.** (Redação dada pelo Decreto nº 39.734, de 23 de setembro de 1999).”

Não obstante, verifica-se que a exigência insculpida no item em comento afronta flagrantemente o **artigo 31, § 2º, da Lei 8.666/93, que dispõe sobre a alternatividade para cumprimento de tal exigência de qualificação econômica, ‘in verbis’:**

“art. 31. A documentação relativa à qualificação econômico-financeira limitar-se-á:

(...)

§ 2º A Administração, nas compras para entrega futura e na execução de obras e serviços, poderá estabelecer, no instrumento convocatório da licitação, a exigência de capital mínimo ou de patrimônio líquido mínimo, ou garantias previstas no §1º do art. 56 desta Lei, como dado objetivo de comprovação da qualificação econômico-financeira dos licitantes e para efeito de garantia ao adimplemento do contrato a ser ulteriormente celebrado.” (grifos nossos)

Com relação à alternatividade da exigência prevista no § 2º, o TCU assim se manifesta:

“De fato, compulsando o § 2º do artigo 31 da Lei 8.666/93, **verifica-se que o dispositivo faz referência a capital mínimo ou patrimônio líquido mínimo.** A exigência de capital social integralizado extrapola o previsto na Lei, conforme já assentado em deliberações desta Corte, a exemplo dos Acórdãos 1871/2005, 170/2007 e 113/2009, todos do Plenário.” (grifo nosso) (Acórdão 1533/2011 - Plenário)

É certo que a exigência do § 2º do artigo 37 da Lei de Licitações tem por finalidade impedir o possível fracasso da contratação da licitante vencedora do certame. No entanto, a previsão de alternatividade de comprovação da capacidade econômico-financeira se dá no sentido de

que não tornar tal exigência um fator de impedimento de participação na licitação. Ademais, observa-se ainda que tais índices não são os únicos elementos capazes de averiguar a qualificação econômico-financeira das empresas interessadas em acorrer ao certame.

Nesse sentido, o item 7.2 da IN/MARE n.º 5/1995, prevê que as empresas, quando de suas habilitações em licitações públicas, que apresentarem resultado igual ou menor do que 1 (um) em qualquer um dos índices seguintes: Liquidez Geral (LG), Solvência Geral (SG) e Liquidez Corrente (LC), deverão comprovar, considerados os riscos para administração e, a critério da autoridade competente, o capital mínimo ou patrimônio líquido mínimo, na forma e limites permitidos pela Lei nº 8.666/1993.

Dessa forma, a Contratada não pretende furtar-se da obrigação de comprovação da capacidade econômico-financeira para participação da licitação. O que se almeja aqui é que tal exigência seja feita de acordo com os limites estritamente legais. Frise-se que a forma como tal exigência é feita no Edital é desproporcional e incompatível com a realidade do setor de telecomunicações.

Assim, o percentual do índice para aferição da situação financeira das empresas deverá necessariamente ajustar-se a essa realidade, pois não resta a menor dúvida de que a atual exigência não é razoável e não corresponde à realidade de praticamente todas as licitações compatíveis com a ora impugnada, afinal pretende que as licitantes tenham um grau de Solvência Geral (SG) superior à realidade do mercado dos dias de hoje.

Ademais, o índice em questão não teria o condão de ser determinante na consecução do objeto contratado, ora vê-se que não existe relação entre a capacidade, eficiência e qualidade da empresa em realizar os serviços definidos. Com isso, fortifica-se o argumento de que a sua exigência é desnecessária e desproporcional.

Noutro giro, verifica-se que, por se impossibilitar a alternatividade na comprovação da capacidade econômico-financeira torna o procedimento licitatório desnecessariamente mais formalista, fato que não se coaduna com a celeridade do Pregão. Ademais, o próprio inciso XXI do artigo 37 da CF/88 determina que somente devem ser toleradas “exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”.

Dessa forma, pode-se afirmar que a atuação da Administração na fase de habilitação deve ser pautada de forma a não incorrer em rigorismos

inúteis e excessivos, que apenas afastam os participantes e restringem a competição do certame, gerando e última análise prejuízos à oferta do melhor preço para a Administração.

Por fim, necessário frisar que um Decreto Estadual não pode se sobrepor a Lei, ainda mais se tratando de uma Lei Federal e especial com relação à matéria.

Portanto, os Estados não podem legislar sobre normas gerais de licitação - as da Lei 8.666/93 - em face da competência privativa da União sobre essa matéria.

Dessa forma o poder regulamentar dos Estados, Distrito Federal e Municípios em normas de licitação deve limitar-se à competência suplementar (ou complementar). Naquilo que a norma federal (norma geral) já preceituou, exauriu e esgotou, não terá lugar a competência suplementar.

Logo, em que pese o previsto no Decreto Estadual nº 36.601/1996 (Análise Contábil da Capacidade Financeira de Licitante), em se tratando de norma que colide com a Lei Federal nº 8666/93, deverá prevalecer o que prevê a Lei.

*De todo o exposto, requer a adequação do item 13.5.2 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, § 2º, da Lei 8666/93 e ao item 7.2 da IN/MARE n.º 5/1995.*

Neste tocante, é importante colacionar o entendimento do TCU (Informativo de Jurisprudência sobre Licitações e Contratos nº 37):

*“Contratação de serviços de drenagem e pavimentação de vias urbanas: 2 – A possibilidade de os licitantes inabilitados, por não apresentarem índices de qualificação econômico-financeira iguais ou superiores aos exigidos no edital, comprovarem, por outros meios, capacidade de cumprir o futuro contrato **é ato discricionário da Administração Pública** - Na mesma representação formulada ao TCU relativa à Tomada de Preços no 25/2010, procedida pela Prefeitura Municipal de Cariacica/ES, outra possível irregularidade contida no edital foi a previsão da “inabilitação de licitantes que apresentarem índices de*

capacidade financeira (Índice de Liquidez Geral - ILG, Índice de Liquidez Corrente - ILC e Índice de Solvência Geral - ISG) inferiores a 1,0 (um), sem lhes oportunizar a possibilidade de comprovarem, por outros meios, como o capital mínimo ou patrimônio líquido, ou, ainda, prestação de garantia, que detêm condições de adimplir com o futuro contrato”. Ao tratar do assunto, a partir das justificativas apresentadas, o relator registrou que a unidade técnica suscitou o “fato de o ato convocatório não prever a possibilidade de as empresas que apresentarem índices contábeis exigidos aquém dos valores estipulados comprovarem sua capacidade econômico-financeira por outros meios, como o capital mínimo ou patrimônio líquido ou, ainda, prestação de garantia, a fim de se ampliar a competitividade do certame”. Ainda conforme o relator, “tal possibilidade está prevista no item 7.2 da Instrução Normativa/MARE n. 5, de 21/7/1995, que estabelece os procedimentos destinados à implantação e operacionalização do Sistema de Cadastro Unificado de Serviços Gerais (Sicaf), segundo o qual as empresas que apresentarem resultado igual ou menor do que 1 em qualquer um dos índices apurados devem comprovar, considerados os riscos para administração e, a critério da autoridade competente, capital mínimo ou patrimônio líquido mínimo no limite previsto na Lei n. 8.666/93, podendo, ainda, ser solicitada prestação de garantia na forma do artigo 56, § 1º, do referido diploma legal”. Entretanto, **“conforme preveem o artigo 31, § 2º, da Lei n. 8.666/93 e a própria instrução normativa supramencionada, não é obrigatório que a Administração estabeleça no ato convocatório a possibilidade de as licitantes que não apresentarem índices contábeis maiores ou iguais a 1 demonstrarem, para fins de habilitação, capital mínimo ou patrimônio líquido mínimo ou prestação de garantia. Tal previsão é ato discricionário da Administração”**. Assim, concluiu o relator, em seu voto que, “não se pode exigir do ente municipal que faça constar dos editais de licitação essa possibilidade”. O Colegiado acolheu o voto do relator. Acórdão n.º 5900/2010-2a Câmara, TC022.785/2010-8, rel. Min. Benjamin Zymler, 05.10.2010.

Desta feita, verifica-se que a alternatividade para cumprimento da exigência de qualificação econômica proposta pela Impugnante é ato discricionário da Administração, não se verificando qualquer ilegalidade na opção de se exigir tão somente a comprovação do patrimônio líquido das licitantes que não tenham índices superiores a 1 (um). Assim, não há obrigatoriedade

que o Edital estabeleça a possibilidade de as licitantes que não comprovarem índices contábeis mínimos exigidos, possam comprovar por outros meios.

Não obstante, a Impugnante também se insurge quanto ao percentual do índice para aferição da situação financeira exigida no item 13.5.2 do Edital. Para tanto, a empresa cita o item 7.2 da IN/MARE nº 5/1995. Ocorre que a legislação citada se aplica à Administração Federal, não sendo norma aplicável ao Edital do Pregão Eletrônico nº 02/2019, uma vez que realizado pela Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul.

Isto posto, não merece prosperar o argumento da empresa.

D) DA ALTERAÇÃO DA REDAÇÃO DO ITEM 17.1 DO EDITAL – PAGAMENTO VIA NOTA FISCAL COM CÓDIGO DE BARRAS:

Requer a Impugnante a alteração do item 17.1, a fim de permitir que o pagamento seja realizado mediante autenticação de código de barras, facilitando, assim, o reconhecimento eficiente do pagamento.

Alega que a redação do Edital 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.

Cumprir registrar que tal solicitação já está contemplada no item 6.1 da Minuta de Contrato, conforme segue:

6.1. O pagamento deverá ser efetuado em até 30 (trinta) dias a contar do protocolo, pela Contratada, da Nota Fiscal ou da Fatura contendo o detalhamento dos serviços executados prestados no mês correspondente, de acordo com a proposta de preço acordada em licitação. Na proposta de preço e na fatura, deverão vir explicitados os valores dos serviços conforme modelo de proposta contida no ANEXO IIIA - MODELO DE PROPOSTA COMERCIAL – LOTE 01.

Portanto, não procede a solicitação da Impugnante.

**E) DA ADEQUAÇÃO DA CLÁUSULA 6.18 DA MINUTA DO CONTRATO –
INSCRIÇÃO NO CADIN:**

A Impugnante requer seja alterada a Cláusula 6.18 da Minuta Contratual, transcrita abaixo, de modo que a inscrição no CADIN não seja motivo de rescisão contratual, nem tampouco razão a ensejar a retenção dos pagamentos devidos à Contratante.

6.18. Na fase da liquidação da despesa deverá ser efetuada consulta ao CADIN/RS, para fins de comprovação do cumprimento do disposto no artigo 55, inciso XIII, da Lei federal nº 8.666/1993.

6.18.1. Constatando-se situação de irregularidade da Contratada junto ao CADIN/RS, será providenciada sua advertência, por escrito, para que, no prazo de 15 (quinze) dias, regularize sua situação ou, no mesmo prazo, apresente sua defesa.

6.18.2. Persistindo a irregularidade, a Contratante poderá adotar as medidas necessárias à rescisão contratual nos autos do processo administrativo correspondente, assegurada à Contratada a ampla defesa.

A fim de embasar o pedido, colaciona jurisprudência do Tribunal de Contas da União acerca do tema, bem como cita o artigo 6º, inciso III, da Lei nº 10.522/2002, que dispõe sobre o Cadastro Informativo dos créditos não quitados de órgãos e entidades federais.

No que se refere a este ponto, cumpre observar que a legislação citada pela Impugnante se aplica ao âmbito federal. Por se tratar de licitação realizada pela Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul, é importante ressaltar que se aplica o disposto na Lei 10.697/1996. Assim, vejamos o que estabelece o artigo 3º, inciso III c/c artigo 4º da referida lei:

Art. 3º - A existência de registro no CADIN/RS impede os órgãos e entidades da Administração Pública Estadual de realizarem os seguintes atos:

III - celebração de convênios, acordos, ajustes ou contratos que envolvam o desembolso, a qualquer título, de recursos financeiros; (Redação dada pela Lei nº 11.636/01).

Da leitura do artigo acima, conclui-se que o cadastro do Cadastro Informativo – CADIN/RS, das pendências perante órgãos e entidades da Administração Pública Estadual é **fator impeditivo** para a celebração de contrato. Portanto, segunda a legislação estadual aplicável, estando inscrita no Cadin, não há como a empresa contratar com a Administração, sendo este um requisito para a contratação.

Não obstante o disposto acima, cumpre observar o que estabelece o artigo 1º da Ordem de Serviço da Governadora do Estado do Rio Grande do Sul nº 006/2009, que dispõe sobre a fixação de prazo para a regularização de situação de empresas contratadas que se encontram com registro no CADIN/RS:

Art.1º - Na fase da liquidação da despesa deverá ser efetuada consulta ao CADIN/RS, para fins de comprovação do cumprimento da redação contratual estabelecida nos termos do disposto no artigo 55, inciso XIII, da Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

§ 1º - nos casos de existência de registro no CADIN/RS, o gestor notificará formalmente a contratada para que, no prazo de 15 dias, regularize sua situação perante o Estado.

§ 2º - Decorrido o prazo de que trata o parágrafo anterior deverão ser tomados os procedimentos legais pertinentes.

Dessa forma, percebe-se que o item impugnado encontra-se em estrita observância à legislação estadual aplicável, não merecendo ser acolhida a impugnação neste tocante.

Ainda, é importante salientar que a conduta impugnada visa afastar os maus contratantes, tendo em vista que é por meio da consulta ao Cadin que a Administração verificará a regularidade do licitante com as obrigações.

F) ALTERAÇÃO DA CLÁUSULA 7.1 DA MINUTA DO CONTRATO – GARANTIAS À CONTRATADA EM CASO DE INADIMPLÊNCIA DO CONTRATANTE:

A Impugnante requer alteração da Cláusula 7.1 da Minuta Contratual, para que em caso de atraso no pagamento dos valores devidos pela Contratante, incida multa de 2% (dois por cento) sobre o valor da fatura no mês de atraso, justos de mora na ordem de 1% (um por cento) ao mês e a correção monetária pelo IGP-DI.

Neste ponto, cumpre observar o que estabelece o artigo 40 da Lei de Licitações:

Art. 40. O edital conterà, no preâmbulo, (...), e indicará, obrigatoriamente, o seguinte:

(...) XIV - condições de pagamento, prevendo:

[...]

c) critério de atualização financeira dos valores a serem pagos, desde a data final do adimplemento de cada parcela até a data do efetivo pagamento;

d) compensações financeiras e penalizações, por eventuais atrasos, e descontos, por eventuais antecipações de pagamentos; (grifo nosso)

O dispositivo supracitado da Lei n.º 8.666/93 não prevê estipulação de cláusula de juros ou penalidades em caso de inadimplemento da Administração. Seria, inclusive, um contrassenso a Administração Pública admitir a possibilidade de atrasos ou inadimplência, em razão de que isto implica não só a responsabilidade civil, mas também político-administrativa e fiscal. É por esta razão que a Lei de Licitações não elencou nos artigos de disposições obrigatórias de editais e contratos a cláusula de juros e penalidades em caso de inadimplemento da Administração Pública.

Verifica-se que o Edital previu as regras a serem observadas na hipótese de mora da Administração, uma vez que define claramente os critérios e índices financeiros a serem aplicados, conforme disposto no item 7.1 da Minuta de Contrato:

7.1. Os valores do presente contrato não pagos na data prevista serão corrigidos até a data do efetivo pagamento, pro rata die, pelo Índice de Preços ao Consumidor Amplo – IPCA, do Sistema Nacional de Índices de Preços ao Consumidor – SNIPC, ou outro que venha a substituí-lo.

Pelos motivos elencados, não assiste razão à Impugnante.

G) DA ADEQUAÇÃO DA CLÁUSULA OITAVA DA MINUTA DO CONTRATO – REAJUSTE DOS PREÇOS E TARIFAS:

Alega, ainda, que há necessidade de adequação da Cláusula Oitava da Minuta de Contrato, de modo que os índices de reajuste das tarifas referentes ao STFC e dos preços relativos ao SCM seja realizado da seguinte forma:

Para STFC:

"As tarifas serão reajustadas conforme homologação do Poder Concedente, sendo tal reajuste de aplicação imediata e automática, devendo ser utilizado como índice de reajuste o IST (Índice de Serviços de Telecomunicações) ou outro que venha a substituí-lo no setor de telecomunicações".

Para o SCM:

"A Contratada poderá reajustar os preços de cobrança dos serviços a cada 12 meses, a contar da data de assinatura do presente instrumento, considerando seu valor básico o atualizado até esta data, devendo ser utilizado como índice de reajuste o IGP-DI".

Em suas razões, a Impugnante informa que as operadoras de serviços telefônicos submetem-se às disposições editadas pela ANATEL, a qual determina, no inciso VII do artigo 19 da Lei 9472/97 (Lei Geral de Telecomunicações), que compete à Agência "controlar, acompanhar e proceder à revisão de tarifas dos serviços prestados no regime público, podendo fixa-las nas condições previstas nesta Lei, bem como **homologar reajustes.**"

Neste tocante, esclarece Marçal Justen Filho:

*"O reajustamento de preços, no plano da licitação, consiste na previsão antecipada da ocorrência da inflação e na adoção de uma solução para neutralizar seus efeitos. É a determinação de que os preços ofertados pelos interessados serão reajustados de modo automático, independentemente inclusive de pleito do interessado. **Será utilizado um critério, escolhido de antemão pela Administração e inserto do edital.** O critério de reajuste tomará por base índices simples ou compostos,*

escolhidos dentre os diversos índices disponíveis ao público (calculados por instituições governamentais ou não)”. Sem grifo no original.

Vê-se, dessa forma, que a escolha do índice de reajuste cabe à Administração, sendo corolário da discricionariedade administrativa, não merecendo ser acolhida a impugnação da empresa.

H) DA ALTERAÇÃO DA CLÁUSULA 12.6.1.1 DA MINUTA DO CONTRATO – RAZOABILIDADE NA APLICAÇÃO DA MULTA:

A ora Impugnante requer, ainda, a retificação da Cláusula 12.6.1.1 da Minuta do Contrato, de modo que seja considerado o valor mensal como base de cálculo para a aplicação da multa, nas hipóteses de inexecução parcial e não o valor total do contrato.

Neste ponto, observa-se que o item supracitado dispõe que a multa compensatória será aplicada no montante de “até 10% sobre o valor anual (12 meses) atualizado do contrato nos casos de inexecução, execução imperfeita ou em desacordo com as especificações e negligência na execução do objeto contratado, e nos casos de descumprimento de cláusula contratual ou norma de legislação pertinente”.

Portanto, entende-se que o Edital estabelece uma dosimetria de até 10% do valor anual do contrato, a ser estipulada pela autoridade penalizadora no momento da aplicação da sanção administrativa, conforme a conduta apurada e os efetivos prejuízos causados à Administração Pública.

Isto posto, considerando que as sanções estabelecidas na Minuta de Contrato se coadunam com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, entende-se que não assiste razão à Impugnante, sendo desnecessária a alteração da Minuta Contratual.

I) DA ADEQUAÇÃO DO ITEM 3.1.3 DO TERMO DE REFERÊNCIA – CLAREZA DO OBJETO LICITADO

Por fim, a Impugnante alega que, em função da inexistência de item na planilha de valores relativo ao provimento de rede MPLS e considerando que os demais requisitos do edital

permitirem o provimento do serviço sem o fornecimento da referida rede, o item 3.1.3 do Termo de Referência deve ser modificado.

Com relação a este ponto, este Pregoeiro solicitou manifestação da área requisitante do objeto, quanto aos argumentos técnicos elencados pela Impugnante, que assim se pronunciou (fl. 205):

Memo. 025/19-DTI

08 de fevereiro de 2019

De: Diretoria de Tecnologia da Informação

Para: Comissão Permanente de Licitação

Assunto: Resposta a Impugnação interposta pela empresa OI

Exp.: 1440-30.00/18-1

Senhor Pregoeiro:

Trata-se de processo administrativo para contratação de empresa especializada para a prestação de serviços de telefonia e internet banda larga, conforme Pregão Eletrônico 02/2019 e especificação do Termo de Referência.

Assim, em 06/02/2019, foi protocolado nessa Comissão, pela empresa Oi, impugnação ao Edital em curso. Razão pela qual sobreveio o expediente administrativo a esta Diretoria para conhecimento e manifestação.

Sem se imiscuir na análise da tempestividade ou de critérios formais de admissibilidade do instrumento impugnatório interposto, passamos à análise do mérito.

De plano, esclarece-se que as aquisições conduzidas pela Defensoria Pública se pautam única e exclusivamente em suas necessidades internas erigidas do exercício diuturno da atividade finalística e de apoio da Instituição, razão por que toda e qualquer inferência destinada a meramente tumultuar o procedimento licitatório, sem trazer à baila argumentação consistente que contribua para o atendimento da finalidade pública, não serão conhecidas.

Em suma, a pretensa licitante se insurge em relação à clareza do objeto licitado. A impugnante alega, que em função da inexistência de item na planilha de valores relativo ao provimento de rede MPLS e considerando que os demais requisitos do edital permitirem o provimento do serviço sem o fornecimento da referida rede, a redação do item 3.1.3.1 deveria ser modificada.

De pronto, informa-se que o edital em nenhum item faz a exigência do provimento da rede MPLS. O item 3.1.3.1, suscitado pela impugnante, estabelece que, caso o serviço ofertado utilize a referida rede, a contratada deverá dimensionar e a banda necessária para o provimento do serviço de telefonia. Caso a contratada não utilize a rede MPLS para ofertar o serviço, deverá dimensionar e entregar os equipamentos necessários para operacionalizar sua prestação.

Em relação a alegação de que a planilha de valores não dispõe de campo para lançamento dos valores relativos à rede MPLS, o licitante que venha a utilizar esta tecnologia para o tráfego da voz deverá utilizar o índice 08 – Assinatura básica de infraestrutura por localidade – da planilha presente no ANEXO IIIA do edital para tal, já que a rede é parte da infraestrutura para provimento do serviço.

Portanto, manifestamo-nos pela improcedência da impugnação.

Nesses termos, é o parecer técnico.

Atenciosamente,

Leo Faller Becker

Jorge Odair de Oliveira Anselmo

III) DA MANIFESTAÇÃO FINAL DO PREGOEIRO

Diante do exposto e amparado na manifestação da área requisitante do objeto, este Pregoeiro conhece e julga **improcedente** a Impugnação apresentada pela empresa OI S/A – Em Recuperação Judicial.

Em 08/02/2019.

Carla Verena Sousa
Comissão Permanente de Licitações

Paulo Ricardo Araújo Irmão
Comissão Permanente de Licitações