

RESPOSTA À IMPUGNAÇÃO AO EDITAL

PROCESSO Nº 23228.000622/2018-14
PREGÃO ELETRÔNICO Nº 24/2018
IMPUGNANTE: TELEMAR NORTE LESTE S.A.

1. DAS PRELIMINARES

1.1. Impugnação interposta tempestivamente pela empresa TELEMAR NORTE LESTE S.A., com fundamento nas Leis 8.666/93 e 10.520/2002.

2. DAS RAZÕES DA IMPUGNAÇÃO

2.1. Item 01 da impugnação: a IMPUGNANTE contesta o item 5.4.1 do edital, alegando a necessidade de esclarecer que os conceitos de “*administração*” e “*administração pública*” são *distintos*. Após a *exposição de diferenciação*, argumentou que “*ao apresentar o 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 nº 8.666*”.

2.2. Item 02 da impugnação: a IMPUGNANTE contesta o item 5.4.5 do edital, alegando que “*não pode prosperar a imposição editalícia de impedimento de participação de empresas em regime de consórcio*”, argumentando que “*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 de atuação em conjunto para consecução do objeto da licitação*”.

2.3. Item 03 da impugnação: a IMPUGNANTE contesta o item 10.1.4 do edital, alegando que “*não se pode admitir este tipo de entendimento extensivo, pois seria o mesmo que admitir que empresas suspensas de licitar com a administração pública estariam impedidas de participar*”.

2.4. Item 04 da impugnação: a IMPUGNANTE contesta a cláusula sétima da minuta de contrato, alegando que “*a apresentação de garantia equivalente ao percentual máximo permitido em Lei não é razoável, razão pela qual se requer a modificação do item supracitado, para que a garantia exigida corresponda ao limite máximo de 1% (um por cento), bem como, não seja exigida em prazo tão exíguo, mas sim em 60 (sessenta) dias após a celebração do contrato*”.

2.5. Item 05 da impugnação: a IMPUGNANTE afirma que “*o edital é silente quanto à forma em que o pagamento será realizado à contratada*”; 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”; e que “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”.

2.6. Item 06 da impugnação: a IMPUGNANTE contesta o item 21 e seus respectivos subitens do edital que preveem hipóteses de retenção de pagamento devido à contratante, alegando que “o art. 87 da Lei de Licitações define em rol taxativo de sanções aplicáveis à contratada (...). Não obstante, não consta em nenhum momento a previsão de retenção dos pagamentos” e que “exigência editalícia em comento não tem razão de ser, sendo impossível promover a retenção dos pagamentos como sanção ao não cumprimento da regularidade fiscal”.

2.7. Item 07 da impugnação: a IMPUGNANTE contesta o item 21.18 do edital, alegando que “não pode a contratada suportar o atraso do pagamento das parcelas sob pena de desequilíbrio da relação contratual. Ademais, a mora da Administração culminada com a não incidência dos encargos devidos gera incondicionalmente o locupletamento sem causa desta” e que “os percentuais referentes à multa e juros moratórios devem se dar, respectivamente, à razão de 2% sobre o valor da fatura e 1% ao mês. A correção monetária deve se operar com base no IGP-DI, índice definido pela FGV. A razão pela fixação de tais parâmetros se dá na prática usual do mercado em geral, incluindo o de telecomunicações. Verifica-se que, impostos valores aquém do exposto, pode-se gerar para a Administração flagrante desequilíbrio, influenciando, em última análise, no equilíbrio econômico-financeiro da contratada”.

2.8. Item 08 da impugnação: a IMPUGNANTE contesta a cláusula sexta da minuta de contrato, alegando que “o reajuste tarifário deverá ser aplicado a partir do contrato de concessão, sob pena de comprometimento irreparável do equilíbrio econômico-financeiro do referido contrato”; que “o reajuste de preço (...) é automático, ou seja, decorridos 12 meses do contrato, deverá ser aplicado o índice previsto contratualmente”; e que “o índice a ser utilizado como base de cálculo no reajuste (...) é o Índice de Serviço de Telecomunicações – IST”.

2.9. Item 09 da impugnação: a IMPUGNANTE contesta o item 22.3.1 do edital, alegando que tal item “determina a aplicação de multas de extrapolam o limite de 10% sobre o valor do contrato estabelecido pelo Decreto nº 22.626/33 (...) e também ofende a Medida Provisória nº 2.172/01”; e que “deve-se guardar a proporcionalidade entre o fato gerador da sanção e o quantum a ser exigido”, em suma.

3. DO PEDIDO DA IMPUGNANTE

3.1. Requer a IMPUGNANTE:

a) *Seja alterado o item 5.4.1 do Edital, para que seja vedada a participação apenas das empresas suspensas de licitar e impedidas de contratar com este órgão público licitante, a fim de evitar interpretações diversas;*

b) *A exclusão do item em comento (5.4.5 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;

- c) *Exclusão ou adequação dos itens em comento (10.1 do edital);*
- d) *Modificação do item supracitado (cláusula sétima da minuta de contrato), para que a garantia exigida corresponda ao limite máximo de 1% (um por cento), bem como, não seja exigida em prazo tão exíguo, mas sim em 60 (sessenta) dias após a celebração do Contrato;*
- e) *Alteração do item em comento, a fim de permitir que o pagamento seja realizado mediante autenticação de código de barras, facilitando, assim, o reconhecimento eficiente do pagamento;*
- f) *A alteração das previsões contidas nos itens em comento (item 21 do edital);*
- g) *Adequação do item em comento (21.18), referente ao atraso no pagamento da parcela contratada por parte do Contratante, de modo a incidir multa de 2% sobre o valor da fatura no mês de atraso, juros de mora na ordem de 1% ao mês e a correção monetária pelo IGP-DI;*
- h) *Adequação da cláusula sexta da minuta do contrato, de modo que o reajuste das tarifas referentes ao STFC, seja realizado da seguinte forma: as tarifas serão reajustada conforme homologação do Poder Concedente, sendo tal reajuste de aplicação imediata e automática, devendo ser utilizado como reajuste o IST (Índice de Serviços de Telecomunicações) ou outro que venha a substituí-lo no setor de telecomunicações;*
- i) *Adequação do item em comento (22.3.1 do edital), para que as multas aplicadas observem o limite de 10% sobre o valor do contrato.*

4. DA ANÁLISE DAS ALEGAÇÕES

4.1. Item 01 da impugnação:

a) O edital é claro em seu item 5.4.1, quando afirma que estão impedidos de participar as licitantes que estiverem proibidos de licitar e celebrar contratos administrativos, **na forma da legislação vigente**. O termo “legislação vigente” deve ser interpretado em sua acepção mais ampla, abrangendo inclusive a jurisprudência majoritária sobre o tema. A IMPUGNANTE não levou em consideração a diferença entre os institutos sancionatórios previstos no art. 87, III, da Lei nº 8.666/1993 e no art. 7º da Lei nº 10.520/2002. Inicialmente, cabe salientar que a presente licitação ocorrerá sob a modalidade pregão eletrônico, com fundamento legal na Lei nº 10.520/2002 e no Decreto nº 5.450/2005. Desta forma, impende salientar que o art. 9º da Lei nº 10.520/2002 afirma que **aplicam-se subsidiariamente, para a modalidade de pregão, as normas da Lei nº 8.666/1993**. Ou seja, seja de imediato, não podemos considerar que a previsão editalícia em comento se refere ao art. 87, III, da Lei nº 8.666/1993, mas sim ao art. 7º da Lei nº 10.520/2002.

b) Os institutos sancionatórios previstos em ambos os dispositivos legais não se confundem. A IMPUGNANTE se limitou a explicar sobre a **suspensão de licitar e contratar com a Administração** (art. 87, III, Lei nº 10.520). Entretanto, a abrangência do art. 7º da Lei nº 10.520/2002 é maior. Senão vejamos:



*“Art. 7º Quem, convocado dentro do prazo de validade da sua proposta, não celebrar o contrato, deixar de entregar ou apresentar documentação falsa exigida para o certame, ensejar o retardamento da execução de seu objeto, não mantiver a proposta, falhar ou fraudar na execução do contrato, comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude fiscal, ficará **impedido de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios e, será descredenciado no Sicafe, ou nos sistemas de cadastramento de fornecedores a que se refere o inciso XIV do art. 4º desta Lei, pelo prazo de até 5 (cinco) anos, sem prejuízo das multas previstas em edital e no contrato e das demais cominações legais.**”*

c) Logo, eventual licitante que contiver sanção vigente com fundamento no art. 7º da Lei nº 10.520/2002, com abrangência em toda a União, estará impedida de participar da presente licitação.

d) Quanto à abrangência da sanção de **suspensão de licitar e contratar com a Administração**, prevista Lei nº 8.666/1993, não há divergência. Sabemos que tal abrangência se limita ao órgão que aplicou a referida sanção. Ou seja, eventual licitante que contenha sanção vigente com fundamento na Lei nº 8.666/1993 aplicada por outro órgão estará apta a participar da presente licitação.

e) Por fim, concluo este tópico ratificando a legalidade do dispositivo em comento, ante o esclarecimento explanado. Em suma, se eventual licitante contiver sanção vigente se suspensão de licitar e contratar com a Administração, com fundamento no art. 87, III, da Lei nº 8.666/1993, aplicada por outro órgão, a mesma estará apta a participar da presente licitação. Contudo, caso eventual licitante contiver sanção vigente de impedimento de licitar e contratar com a União, com fundamento no art. 7º da Lei nº 10.520/2002, a mesma não poderá participar da presente licitação.

f) Ante o exposto, julgamos IMPROCEDENTE o pedido do item 01 da impugnação.

4.2. Item 02 da impugnação:

a) A participação de consórcios mostra-se mais apropriada para a consecução de objeto certo e determinado no tempo, que envolva alta complexidade técnica e grande vulto financeiro, de forma que as empresas, isoladamente, não teriam capacidade técnica de executá-lo, como claramente se vê nos termos do Acórdão nº 2.295/2005 – PLENÁRIO/TCU:

“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 esforços 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.

No entanto, o caso não me parece requerer a formação de consórcio. Primeiro, porque se a licitação fosse realizada separadamente para fornecimento de serviços de telefonia e de centrais telefônicas, as empresas no mercado teriam, sozinhas, condições de realizar o objeto



da licitação. Segundo, o consórcio, dada a transitoriedade que lhe é peculiar, mostra-se mais apropriado para consecução de objeto certo e determinado no tempo, a exemplo de obras, diversamente do que ocorre na espécie, em que se busca a contratação de serviços que rotineiramente farão parte das atividades do órgão.

Na forma como a presente licitação foi configurada, está cristalino que o consórcio limitou a participação de um maior número empresas no certame, contrapondo-se ao seu objetivo primordial. A propósito, bem ponderou o Analista instruinte que 'essa associação de empresas, no âmbito administrativo, é recomendável, ou até mesmo exigível, em situações em que o objeto a ser contratado apresenta vulto ou complexidade que necessite a união de esforços, quando as empresas, isoladamente, não dispuserem condições para realizar a devida execução. Entretanto, em situações específicas, a formação de consórcio pode ser prejudicial, em virtude de pactos de eliminação de concorrentes que visem ampliar a participação no mercado'. "(AC.2.295/2005-PLENÁRIO)"

b) No mesmo sentido, ainda, segue definição asseverada por aquela máxima Corte de Contas, no Acórdão nº 22/2003-PLENÁRIO/TCU:

"No mesmo sentido é a regra insculpida no art. 33 da Lei n. 8.666/93, que estipula as normas a serem seguidas pela Administração nas hipóteses em que for permitida a participação de consórcios na licitação. Trata-se de escolha discricionária da Administração, a ser verificada caso a caso. Muitas vezes, a formação de consórcio pode ensejar redução no caráter competitivo, pois facilitaria que empresas, que seriam naturalmente competidoras entre si, acordassem para participar da licitação.

Em regra, a formação de consórcios é admitida quando o objeto a ser licitado envolve questões de alta complexidade ou de relevante vulto, em que empresas, isoladamente, não teriam condições de suprir os requisitos de habilitação do edital. Nestes casos, a Administração, com vistas a aumentar o número de participantes, admite a formação de consórcio." (AC.22/2003-PLENÁRIO)"

c) Ante o exposto, indefiro o pedido do item 02 da impugnação.

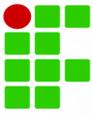
4.3. Item 03 da impugnação:

a) Inicialmente, cabe ressaltar que os documentos elencados no item 10.1 do edital não são exigências de apresentação por parte do licitante, mas sim de verificação do pregoeiro. O pregoeiro irá consultar esses documentos diretamente nos sítios eletrônicos competentes, tais como do TCU, CGU e CNJ. A previsão editalícia em comento decorre de exigência legal, a exemplo do art. 12 da Lei nº 8.429/1992, art. 46 da Lei nº 8.443/1992, além das recomendações do Tribunal de Contas da União – TCU, conforme segue:

"9.5. recomendar ao Departamento de Coordenação e Governança das Empresas Estatais/MP, ao Conselho Nacional de Justiça e ao Conselho Nacional do Ministério Público que:

9.5.1. orientem, conforme o caso, as entidades ou os órgãos sob sua atuação:

9.5.1.1. acerca da necessidade de atuarem processos administrativos contra as empresas que praticarem atos ilegais tipificados no art. 7º da Lei nº 10.520/2002, alertando-os de que a não atuação sem



justificativa dos referidos processos poderá ensejar a aplicação de sanções a seus gestores, conforme previsão do art. 82 da Lei nº 8.666/1993, bem como representação por parte do Tribunal de Contas da União, com fulcro no art. 71, inciso XI, da Constituição Federal c/c o art. 1º, inciso VIII, da Lei nº 8.443/1992;

9.5.1.2. quando se tratar de contratações mediante o Serviço de Registro de Preço (SRP), a respeitarem os limites previstos no art. 8º, caput e §3º, do Decreto nº 3.931/2001;

9.5.1.3. quando se tratar de contratação mediante adesão a ata de registro de preço, a realizarem ampla pesquisa de mercado, visando caracterizar sua vantajosidade sob os aspectos técnicos, econômicos e temporais, sem prejuízo de outras etapas do planejamento, conforme previsto no art. 15, §1º, da Lei nº 8.666/1993 c/c os arts. 3º e 8º, caput, do Decreto nº 3.931/1999 e no item 9.2.2 do Acórdão nº 2.764/2010-TCU-Plenário;

9.5.1.4. acerca da impossibilidade de adesão a atas de registro de preços provenientes de licitações de administração estadual, municipal ou distrital, por falta de amparo legal, em atenção ao princípio da legalidade previsto no caput do art. 37 da Constituição Federal;

9.5.1.5. a verificarem, durante a fase de habilitação das empresas, em atenção ao art. 97, caput e parágrafo único, da Lei nº 8.666/1993, além da habitual pesquisa já realizada no módulo SicaF do sistema Siasg, a existência de registros impeditivos da contratação:

9.5.1.5.1. no Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas/CGU, disponível no Portal da Transparência (<http://www.portaltransparencia.gov.br>);

9.5.1.5.2. por improbidade administrativa no Cadastro Nacional de Condenações Cíveis por Ato de Improbidade Administrativa disponível no Portal do CNJ;

9.5.1.6. a verificarem a composição societária das empresas a serem contratadas no sistema SicaF a fim de certificarem se entre os sócios há servidores do próprio órgão/entidade contratante, abstenendo-se de celebrar contrato nessas condições, em atenção ao art. 9º, inciso III, da Lei nº 8.666/1993;

9.5.1.7. a executarem adequadamente o processo de planejamento de suas contratações a fim de bem estimarem os quantitativos de bens e serviços a serem contratados, evitando a necessidade de firmar aditivos com acréscimo de valor em prazo exíguo, baseado no art. 65, § 1º, da Lei nº 8.666/1993;

9.5.1.8. a verificarem no Portal da Transparência (<http://www.portaldatransparencia.gov.br>), quando da habilitação de microempresa e de empresa de pequeno porte, que tenha utilizado a prerrogativa de efetuar lance de desempate, conforme Lei Complementar nº 123/2006, art. 44, se o somatório de ordens bancárias recebidas pela empresa, relativas ao seu último exercício, já seria suficiente para extrapolar o faturamento máximo permitido como condição para esse benefício, conforme art. 3º da mencionada Lei Complementar;

9.5.1.9. a cadastrarem seus contratos no Siasg, em atenção ao art. 19, § 3º, da Lei nº 12.309/2010;

9.5.2 oriente os gestores das entidades sob sua atuação, quando atuarem como gerenciadores de atas de registro de preço, a não aceitarem a adesão após o fim da vigência das atas, em atenção ao art. 4º, caput e § 2º, do Decreto nº 3.931/2001;" (Acórdão 1.793/2011 – Plenário/TCU)

b) Em eventual consulta, caso se constate certidão positiva, caberá ao pregoeiro realizar

diligência, conforme previsão editalícia. Ademais, em de decisão equivocada do pregoeiro, caberá direito de recurso ao eventual prejudicado a fim de esclarecer os motivos da decisão ou mesmo de reformá-la.

c) Ante o exposto, indefiro o pedido do item 03 da impugnação.

4.4. Item 04 da impugnação:

a) O art. 56, § 2º, da Lei nº 8.666/1993 é claro ao afirmar que a garantia não excederá a 5% do valor do contrato, portanto, o legislador proferiu uma margem de discricionariedade que cabe ao administrador decidir dentro do limite legal, conforme sua conveniência e oportunidade. Apesar do pedido de impugnação invocar o princípio da razoabilidade, não há qualquer dispositivo normativo regulamentando o ato do administrador público na escolha da porcentagem a que deve se referir a garantia em relação ao valor do contrato. A Administração, no presente caso, considera razoável a garantia de 5%, considerando a extrema necessidade pública do objeto a ser contratado, o alto prejuízo ao interesse público em caso de inexecução, a complexidade do objeto e o valor estimado do contrato.

b) Ante o exposto, indefiro o pedido do item 04 da impugnação.

4.5. Item 05 da impugnação:

a) Em nenhum momento o edital restringe a forma de pagamento. Equivoca-se a impugnante. Ao contrário, em diversos itens, o edital prevê o recebimento de nota fiscal ou fatura.

b) Ante o exposto, indefiro o pedido do item 05 da impugnação.

4.6. Item 06 da impugnação:

a) Novamente, a impugnante se equivoca. Não há nenhum dispositivo editalício prevendo retenção de pagamento. Ao contrário, diz o item 21.15 do edital que **havendo a efetiva execução do objeto, os pagamentos serão realizados normalmente, até que se decida pela rescisão do contrato, caso a contratada não regularize sua situação junto ao SICAF.**

b) Ante o exposto, indefiro o pedido do item 06 da impugnação.

4.7. Item 07 da impugnação:

a) Considerando o art. 15 da Lei nº 10.192/2001, arts. 394, 395 e 397 do Código Civil c/c art. 54, caput, da Lei nº 8.666/93, temos que o contratado tem direito ao pagamento de correção monetária incidente sobre os valores das parcelas pagas com atraso imputável, exclusivamente, à Administração Pública.

b) Ante o exposto, julgamos improcedente o pedido do item 07 da impugnação.

4.8. Item 08 da impugnação:



a) Considerando a legislação que regulamenta o STFC, julgamos procedente a alegação da IMPUGNANTE e DEFERIMOS para que seja corrigida a cláusula sexta da minuta do termo de contrato.

4.9. Item 09 da impugnação:

a) Importante ressaltar, inicialmente, que as sanções previstas na seção 22 do edital se aplicam especificamente à fase de seleção do fornecedor, ou seja, ao procedimento licitatório, não causando repercussão na fase contratual (esta é posterior à licitação). As sanções contratuais estão previstas na minuta do contrato, anexo do edital, e se diferenciam substancialmente das sanções licitatórias. Desta forma, não cabe invocar o Decreto nº 22.626, de 7 de abril de 1933 e a Medida Provisória nº 2.172-32, de 23 de agosto de 2001, posto que ambos se referem a contratos, mesmo que não administrativos.

b) Ante o exposto, julgamos improcedente o pedido do item 09 da impugnação.

5. DA DECISÃO

5.1. Por tudo exposto, conheço da impugnação apresentada pela ora impugnante, para, no mérito, prover parcialmente, devendo ser atendido apenas o pedido do item 09 da impugnação, nos termos da legislação pertinente.

Ariosto Tavares da Silva
Pregoeiro