RESPOSTA IMPUGNAÇÃO

PREGÃO PRESENCIAL Nº 090/2018

INTERESSADO: OI MÓVEL S.A.
PROCESSO: 1069/2018
ASSUNTO: Impugnação Edital Pregão Presencial nº 090/2018

Trata-se de impugnação, interposta pela empresa **OI MÓVEL S.A (EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL)**, devidamente qualificada, através de seu representante legal, contra edital de licitação, na modalidade Pregão Presencial nº 090/2018, destinado ao **REGISTRO DE PREÇOS PARA FUTURA E EVENTUAL CONTRATAÇÃO DE EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES PARA ACESSO À INTERNET BANDA LARGA VIA FIBRA ÓPTICA GPON - FTTX, 24 HORAS E A INSTALAÇÃO E MANUTENÇÃO DE REDE PARTICULAR VIRTUAL (VIRTUAL PRIVATE NETWORK – VPN) COM FORNECIMENTO DE EQUIPAMENTO EM REGIME DE COMODATO.**

Alega a empresa impugnante que o edital, em seu anexo I – Termo de referência, quando da descrição do objeto licitado faz algumas exigências que não estariam amparadas pela Lei de Licitações.

Solicita que sejam feitas as devidas alterações e que o Edital seja republicado com nova data de abertura.

Verificou-se que a impugnação foi enviada ao e-mail licita3@pva.mt.gov.br no último dia para tanto, também se verifica que a mesma traz em seu corpo diversos elementos de caráter meramente protelatórios.

Vale ressaltar que a Sessão aconteceu normalmente no dia 17/12/2018, tendo como vencedora a empresa BIAZI TELECOMUNICAÇÕES LTDA – EPP após a inabilitação da empresa PRIMATEC TELECOM LTDA – ME, pelo fato de a mesma deixar de apresentar a Certidão negativa de falência e recuperação judicial e, pelo seu Atestado de Capacidade Técnica não constar o reconhecimento de firma do emitente, se tratando de Pessoa Jurídica de Direito Privado.

Também vale mencionar que as questões levantas em objeto de impugnação da empresa OI Móvel S.A não foram tidas como objeção pelas demais empresas participantes.

E por último vale ressaltar que verificada a impugnação o certame foi suspenso depois de ocorrido a Sessão e, caso fosse constatado alguma irregularidade com o Certame esta Comissão invocaria o princípio da Autotutela que é garantido ao Administrador Público e tal Sessão seria refeita, a fim de não prejudicar o Órgão Público.

É o relatório.

Assim, passa a Comissão de Licitação a esclarecer:

Não é o objetivo da administração, acomodar nas licitações públicas, toda e qualquer solução excêntrica em torno do objeto pretendido, mas garantir uma ampla concorrência em torno do atendimento de suas necessidades, o que foi alcançado no edital ora impugnado.

1. Da exigência de apresentação de documentos de habilitação com o mesmo CNPJ.

O Edital do Pregão Presencial nº 090/2018 exige que a documentação esteja em nome da matriz ou filial quando esta ou aquela se credenciar para concorrer no certame.

A irresignação da impugnante se dá pelo fato do Edital não explicitar quais documentos não podem ser emitidos em nome da filial, devendo ser estes emitidos em nome da matriz. Alega que o edital foi obscuro neste aspecto.

Pois bem, para tanto bastaria o licitante consultar o rol de documentos exigidos no Pregão e proceder com a emissão dos mesmos, caso desejasse participar do certame e então verificaria que alguns documentos não são emitidos em nome das filiais, como por exemplo a Certidão Negativa de Débitos da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional.

Posteriormente em caso de dúvidas pode proceder o Pregoeiro com diligências a fim de sanar tal dúvida, o que não acarretaria em prejuízo para nenhuma das partes, tal previsão está contida no item 11.14. do Edital em questão, vejamos:

> "11.14. É facultada ao (à) Pregoeiro (a) ou à Autoridade Superior, em qualquer fase da licitação, a promoção de diligência destinada a esclarecer ou complementar a instrução do processo, vedada a inclusão posterior de documento ou informação que deveria constar no ato da sessão pública;"

2. Exigência de comprovação de questão subjetiva no atestado de capacidade técnica.

Mostra-se inconformada a impugnante com a exigência da comprovação de prestação de serviços de forma satisfatório, conforme solicita o item 11.7.

> **"a) Atestado de Capacidade Técnica**, expedido por pessoas jurídicas de direito público ou privado, que comprovem ter o licitante fornecido satisfatoriamente os materiais ou ser-viços pertinentes e compatíveis com o objeto desta licitação. Podendo ser exigido da proposta melhor classificada, que apresente cópia autenticada do contrato da prestação do serviço ou da nota fiscal, que deram origem ao Atestado. Se o atestado for emitido por pessoa jurídica de direito privado, este deverá ser emitido preferencialmente em papel timbrado do emitente e deverá constar o reconhecimento de firma passada em cartório do titular da empresa que firmou a declaração;"

Porém, confunde-se a impugnante quando trata do tema, pois qualificação técnico-profissional se difere da qualificação técnico-operacional. E, a licitante ao demonstrar suas razões cita o artigo 30, I, § 5º da lei de Licitações, o qual está relacionado com a qualificação técnico-profissional. Ao tratar da qualificação técnico-operacional no item 11.7. do presente edital, a Prefeitura Municipal de Primavera do Leste tem suas exigências dentro dos limites estabelecido pela jurisprudência dos Tribunais. Tal item não merece ajustes.

3. Alternatividade de comprovação de capital ou patrimônio líquido mínimo de até 10% do valor estimado pela Administração.

A impugnante solicita aqui que seja incluso no edital a exigência de comprovação de patrimônio líquido de 10% do valor estimado da contratação.

Acontece que tal inclusão nos editais de licitação é ato discricionário da Administração Pública, pois bem cita o artigo 31 em seu parágrafo 2º, que:

> "Art. 31. A documentação relativa à qualificação econômico-financeira limitar-se-à:
>
> (...)
>
> §2° A Administração, nas compras para entrega futura e na execução de obra e serviços, **poderá** estabelecer, no instrumento convocatório da licitação, a exigência de capital mínimo ou de patrimônio líquido mínimo, ou garantias previstas no §1° 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."

Como bem se observa da leitura do parágrafo exposto, tal exigência é vinculada à discrição do Órgão contratante. Portanto, tal solicitação não merece prosperar.

4. Do recurso.

O Decreto 3.555/00 que regulamentou o Pregão na forma Presencial estabele o seguinte:

> "Art. 11. A fase externa do Pregão será iniciada com a convocação dos interessados e observará as seguintes regras:
>
> (...)
>
> XVIII – o recurso contra decisão do pregoeiro não terá efeito suspensivo;"

Portanto, não há que se falar em reforma do item em questão. Solicitação indeferida.

5. Realização do pagamento mediante fatura com código de barras.

Alega a Impugnante que a exigência de pagamento por meio de crédito em conta corrente, mediante ordem bancaria, definida pelo item 5 da Clausula Décima Quarta da Minuta de Contrato, está em dissonância com o procedimento de pagamento adotado 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. Além disso, alega que a Oi utilizado o sistema de faturamento por meio de Nota Fiscal/Fatura emitida com código de barras. Por este motivo solicita a alteração do item, a fim de permitir o pagamento por meio de leitura de código de barras.

Esta Comissão informa que realmente não existe razão para impedir os pagamentos mediante código de barras, portanto tal modalidade de pagamento será permitida. Não havia, porém, a necessidade de republicar o Edital e de modificar a data de realização do certame, já que tal medida seria meramente protelatória. A aceitação dessa forma de pagamento não gera ônus financeiro, tampouco desajustes temporais, de tal forma que não se configura hipótese de alteração das propostas. Nesse caminho, o questionamento da licitante procede somente no que tange a forma de pagamento.

Ocorre que a licitante sequer participou do certame na data de 17 de dezembro de 2018.

6. Indevida apresentação de certidões de regularidade mensalmente.

Alega a impugnante que a exigência contida no item 16.1.49. referente à apresentação mensalmente das certidões que atestem a regularidade das verbas trabalhistas não encontra respaldo na Lei 8.666/93.

Porém, vale ressaltar que tal exigência foi adotado com observância ao §1° do art. 36 da IN 02/2008 do MPOG – Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, vejamos:

> "art. 36. (....)
>
> §1º. A nota Fiscal ou Fatura deverá ser obrigatoriamente acompanhada das seguintes comprovações:

(....)

da regularidade fiscal constatada através de consulta “on-line” ao Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores – SICAF, ou a impossibilidade de acesso ao referido Sistema, mediante consulta aos sítios eletrônicos oficiais ou à documentação mencionada no art. 29 da Lei 8.666/93;”

Portanto, tal documentação deve ser apresentada em anexo à Nota Fiscal ou Fatura.

7. Retenção do pagamento pela contratante.

Pedido indeferido. Uma vez que em contratações feitas pela Prefeitura Municipal de Primavera do Leste, tem como regra efetuar o pagamento tão somente após prestados os serviços, verificando o cumprimento de todas as obrigações contratuais, vale ressaltar que este é um padrão contido em todos os editais de licitações do Órgão, bem como tem previsão no artigo 40, §3º da Lei de Licitações, o qual condiciona a emissão do documento de cobrança ao adimplemento da obrigação contratual. Vejamos:

> “§3° Para efeito do disposto nesta Lei, considera-se como adimplemento da obrigação contratual a prestação do serviço, a realização da obra, a entrega do bem ou de parcela destes, bem como qualquer outro evento contratual a cuja ocorrência esteja vinculada a emissão de documento de cobrança.”

Tal exigência visa resguardar o Órgão Público de efetuar pagamento decorrente de erro em fatura ou serviço não executado.

8. Das penalidades excessivas.

A impugnante alega que o item 25.1.2.2. prevê a aplicação de multas que ultrapassam o limite de 10% estabelecido pelo Decreto 22.626/33. E, segundo a impugnante tal previsão fere os princípios da proporcionalidade e da legalidade.

Pois bem, vale constar que a supremacia do interesse público sobre o interesse particular tem o objetivo reprimir condutas lesivas para o Órgão Público e precaver a

inexecução contratual, desta forma tem caráter compensatório em razão de possíveis perdas e danos. Acontece que as multas não devem ser aplicadas de forma aleatória e desproporcional, tendo como fim específico resguardar o patrimônio público. A Administração Pública se benéfica das cláusulas exorbitantes em nome da concretização do interesse público consubstanciado na ideal prestação dos serviços por ela contratados. Porém, mesmo que o administrador esteja em condição de superioridade frente ao particular, o interesse econômico-financeiro deste na formalização do contrato, qual seja a obtenção de justa remuneração, não pode ser afetada.

No dizer de Celso Antônio Bandeira de Melo:

> "...a tipologia do chamado contrato administrativo reclama de ambas as partes um comportamento ajustado a certas pautas. Delas procede que, pela via designada contratual, o Poder Público pode se orientar unicamente para satisfação do interesse público que ditou a formação do ajuste. É por isso que lhe assistem os poderes adequados para alcançá-lo, o particular contratante procura a satisfação de uma pretensão econômica, cabendo-lhe, para fazer jus a ela, cumprir com rigor e inteira lealdade as obrigações assumidas. Dês que atenda como deve, incube ao Poder Público respeitar às completas a equação econômico-financeira avençada, a ser atendida com significado real e não apenas nominal. Descabe à Administração menosprezar este direito. Não lhe assiste, por intuitos meramente patrimoniais, subtrair densidade ou o verdadeiro alcance do equilíbrio econômico-financeiro". (Curso de Direito Administrativo, 21ª edição, pág620)"

A Lei 8.666/93 (art. 58, incisos III e IV) possibilita a ampla fiscalização dos contratos administrativos e confirma a prerrogativa dos órgãos públicos de aplicar sanções sempre que observadas inexecuções contratuais. Contudo, quando se trata de multas pecuniárias, não há previsão de índices específicos e limitação das penalidades, o que enseja a imposição unilateral de tais cláusulas contratuais pela Administração Pública, muitas vezes em dissonância com os direitos patrimoniais do particular na celebração da avença.

O art. 412 do Código Civil reza que o valor da cominação imposta na cláusula penal não pode exceder o da obrigação legal. As penalidades admitidas em contratos podem ser do tipo moratória ou compensatória, onde a primeira é devida em caso de inadimplemento contratual por mora (atraso) no cumprimento das obrigações e a segunda relativa ao inadimplemento capaz de gerar rescisão parcial ou total do contrato

celebrado. É importante aludir que o arcabouço jurídico entende cláusula penal como sendo a penalidade compensatória que decorre inadimplemento insuportável passível de rescisão contratual (parcial ou total), quando o seu limitador será a obrigação contratual.

A fundamentação do impugnante relativamente às penalidades moratórias superiores a 10% não encontram respaldo na Lei de Licitações, nem na Lei de Usura (Decreto n.º 22.626, de 07/04/1933), cuja principal preocupação é não gerar ônus excessivo e consequente desequilíbrio do contrato para o Prestador do Serviço em simples mora (atraso).

Nos itens questionados observa-se exatamente o caráter compensatório das sanções, ou seja, todas as hipóteses previstas, referem-se à possibilidade de rescisão unilateral do contrato pela administração. Nesse ponto, vale ressaltar que a o limite das multas seria o valor do contrato. Contratos Administrativos como espécies de contratos de adesão, mostram ao aderente todas as condições que devem ser cumpridas não cabendo alegar, principalmente nos itens questionados, qualquer desproporcionalidade já que se trata, genericamente, de pontos de fraude, inadimplemento ou inexecução parcial ou total.

9. Reajuste dos preços.

Tal solicitação não merece prosperar, uma vez que no edital do Pregão Presencial nº 090/2018 já existe a previsão de reajuste conforme Parágrafo Terceiro do item 27.1. que consta com o seguinte texto:

> "27.1. A Contratada fica obrigada a aceitar, nas mesmas condições contratuais os acrésci-mos ou supressões que se fizerem necessárias, conforme previsto no artigo 65, da Lei nº 8.666/93;
>
> (...)
>
> Parágrafo Terceiro: Os reajustes permitidos pelo artigo 65, da Lei n. 8.666/93, serão concedidos após decorrido 12 (doze) meses da vigência do contrato, por provocação do contratado, que deverá comprovar através de percentuais do INPC/FGV, o reajuste pleiteado, que passarão por análise contábil de servidores designados pelo Município de Primavera do Leste;"

10. Da parte Técnica.

Primeiramente vale ressaltar que, para responder as questões técnicas a seguir foi solicitado pelo Pregoeiro um apoio do corpo de servidores da Central de Processamento de Dados desta Prefeitura.

10.1. Do Objeto.

A escolha da tecnologia de acesso ótico GPON justifica-se pelo fato de fornecer maior qualidade à infraestrutura, otimizando o acesso aos dados disponibilizados nos mais variados sistemas de informação da Administração Pública. De uma breve comparação entre a tecnologia GPON e EPON por exemplo, tem-se constatado a diferença, pelo fato da GPON possibilitar uma maior taxa de transmissão com uma menor perda de overhead e maior quantidade de clientes por porta.

Como a tendência dos fornecedores é de expandir suas redes aos demais clientes, acreditamos que a tecnologia decorre também em função de outros projetos futuros de curto prazo que também exigirão maior demanda de banda e interoperabilidade com a infraestrutura que atenderá este projeto. Como tem-se por exemplo, o projeto para migração da atual estrutura das câmeras de monitoramento urbano que hoje é feita por transmissão a rádio.

10.2. Das obrigações da Vencedora do Certame Licitatório.

Primeiramente ressalta-se que tal prazo não foi objeto de impugnação de nenhum outro licitante, e que, nos pregões passados de mesmo objeto os licitantes que sagraram-se vencedores conseguiram cumprir com suas obrigações sem maiores impedimentos.

Acreditamos que o prazo estabelecido no item 10.1 do Termo de Referência é suficiente para a instalação, inclusive este prazo foi ampliado em relação a certames anterior de mesmo objeto. Também vale ressaltar que há previsão de prorrogação do referido prazo, conforme item 10.2. do Anexo I – Termo de Referência, conforme transcrito abaixo:

“10.1. A Contratada compromete-se a instalar os equipamentos necessários para fornecimento de serviços de conexão à internet, em até 15 (dias) dias úteis a partir do recebimento da ordem de fornecimento.

10.2. O prazo poderá ser prorrogado após solicitação por escrito da Contratada em até 05 (cinco) dias antes de findar o prazo inicial, esclarecendo os motivos e estes sendo aceitos pela Contratante, será estabelecido uma nova e única data para o cumprimento da obrigação.”

11. Do Termo de Referência.

11.1. Item 3. Da especificação.

Os quantitativos lançados e relacionados no quadro de itens são de atribuição do Setor de Compras deste Órgão após enviadas para tal setor a solicitação de cada Secretaria de acordo com suas necessidades rotineiras. Tal item não merece reparo.

11.2. Item 4.1.

Esta contestação foi respondida no item 10.1. do presente instrumento. A exigência de homologação dos equipamentos que utilizam fibra óptica pela ANATEL é exigência necessária e corriqueira nos procedimentos licitatórios das diversas esferas governamentais.

11.3. Item 4.7.

A CONTRATANTE é responsável pelo fornecimento de energia estabilizada para alimentação dos equipamentos nas dependências de seus órgãos, os demais materiais necessários ao fornecimento e prestação dos serviços são de responsabilidade da CONTRATADA.

11.4. Item 4.12.

A medida tem por finalidade garantir o fornecimento dos serviços, sem que ocor-

ra a intervenção da concessionária de energia elétrica, atingindo o fornecimento dos serviços da administração pública, tendo em vista a necessidade da continuidade de serviços de internet em áreas críticas.

11.5. Item 4.13.

As VPN's serão instaladas utilizando-se do link fornecido e a banda necessária desta será definida e configurada pela demanda, por exemplo, um sistema da Secretaria de Saúde que se utilizará da VPN para interligar o Laboratório de Análise com a Unidade do Pronto Atendimento requer no mínimo 10Mpbs para download e 2Mpbs para upload.

Ao analisar as razões da impugnante quanto às especificações técnicas do objeto licitado, esta Comissão reforça o entendimento no sentido de que não merece reforma o edital, devendo ser mantido da forma que se encontra pois somente o Órgão Público sabe o que lhe atende em suas necessidades e demandas diárias, e, em observância ao princípio da Supremacia do Interesse Público entendemos que essas exigências permanecerão inalteradas. Sobre tal princípio, vejamos o que diz a doutrina pátria:

> "O Princípio da Supremacia do Interesse Público não está diretamente presente em toda e qualquer atuação da Administração Pública, limitando-se, sobretudo, aos atos em que ela manifesta poder de império (poder extroverso), denominados atos de império. Estes são "todos os que a Administração impõe coercitivamente ao administrado, criando unilateralmente para ele obrigações, ou restringindo ou condicionando o exercício de direitos ou de atividades privadas; são os atos que originam relações jurídicas entre o particular e o Estado caracterizadas pela verticalidade, pela desigualdade jurídica"
>
> Direito Administrativo Descomplicado / Marcelo Alexandrino, Vicente Paulo. – 19 ed. rev. e atual. - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011, pág. 185.

Para reforçar meus entendimentos expostos acima, faço uso do Acórdão 13748/2018 – TCU Primeira Câmara, no qual o Ministro Walton Alencar Rodrigues em seu voto profere o seguinte entendimento: "Conforme jurisprudência desta Corte, o perigo de dano ao Erário ainda maior pode justificar a convalidação de atos irregulares, a exemplo de ilícita desclassificação de propostas de licitantes, de forma a preservar o interesse público.

Portanto, em vista de se evitar um dano maior ao Erário decido desta forma e, por prosseguir com o presente certame.

12. Da Decisão.

Desse modo, recebemos a impugnação apresentada, em face de sua tempestividade e no mérito, **julgar IMPROCEDENTE** e informar que o certame licitatório em referência atende aos ditames das Leis Federais 10.520/2002 e 8.666/93 e suas alterações posteriores. Não obstante, informamos que o edital em comento permanecerá da forma em que se encontra por não negar vigência aos preceitos legais, bem como pelo procedimento de aquisição dos materiais, objeto deste pregão, atender a todos os requisitos das leis mencionadas, sem qualquer prejuízo ao erário entendendo pela legalidade do instrumento convocatório, mantendo inalteradas as exigências do edital do Pregão Presencial de nº 090/2018.

Vale ressaltar que esta Comissão está retomando o normal andamento do Presente certame, uma vez que o mesmo encontrava Suspenso em face da presente impugnação, conforme supramencionado.

É como decido.

Dê ciência à Impugnante, após providencie a divulgação desta decisão para conhecimento geral dos interessados junto ao site www.primaveradoleste.mt.gov.br – EMPRESA - Editais e Licitações, bem como se procedam às demais formalidades de publicidade determinadas em lei.

Primavera do Leste, 13 de janeiro de 2019.

***Cristian dos Santos Perius**
Pregoeiro

*Original assinado nos autos do processo