

**Processo nº 090/2017****PREGÃO PRESENCIAL Nº 01/2018****RESPOSTA AO PEDIDO DE IMPUGNAÇÃO Nº 02****Área Técnica Responsável:** Núcleo de Serviços Gerais**Objeto:** Contratação de serviços de telefonia móvel

Trata-se de Impugnação ao Edital do Pregão Presencial nº 01/2018, que tem por objeto a contratação de serviços de telecomunicação, que possua outorga da Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), para prestação de Serviço Móvel Pessoal (SMP) continuado, com tecnologia 3G, 4G ou tecnologia superior, pelo sistema pós-pago, com fornecimento por comodato de dispositivos móveis.

Inicialmente, tem-se que é tempestiva, tendo em vista que foi encaminhada via e-mail no dia 14/03/2018, dentro do prazo estabelecido no Edital, sendo, portanto, conhecida por esta Comissão Permanente de Licitação.

Nesta oportunidade, examinam-se as razões da impugnação apresentada pela empresa OI MÓVEL S.A., em Recuperação Judicial, CNPJ nº 05.423.963/0001-11, doravante denominada impugnante, contra diversos pontos do Termo de Referência constante no Anexo I do Edital de licitação, argumentando das imperfeições do instrumento convocatório, conforme será observado a seguir.

No item 1, denominado **“EDITAL É SILENTE QUANTO À PARTICIPAÇÃO DE LICITANTES EM REGIME DE CONSÓRCIO”**, a impugnante argumenta que “O Edital é silente quanto à participação de empresa que esteja reunida em consórcio de empresas.” e em seguida fala que “Nesse sentido, não pode prosperar a imposição editalícia de impedimento de participação de empresas em regime de consórcio.” (ambas as citações na pág. 02)

Em seguida, passa a impugnante a ao item 2, denominado **“DO VALOR DA GARANTIA”**, onde demonstra-se que não há, no Edital, a estipulação do percentual da garantia a ser apresentada pelo licitante vencedor. Eis os termos da impugnação: “O item 15 do Edital determina a apresentação de garantia sem estabelecer o seu percentual.



Todavia, o artigo 56, § 2º, da Lei 8.666/1993 estipula que a garantia exigida não excederá a 5% (cinco por cento) do valor total do contrato.” (pág. 04) e “Desta feita, requer a modificação do item em comento para que a garantia exigida corresponda ao limite máximo de 1% (um por cento).”

O item 3, intitulado “**RETENÇÃO DO PAGAMENTO PELA CONTRATANTE**”, trata do Capítulo 20 do Edital, relativo ao pagamento. A impugnante questiona que:

*“(...) a parcela incontroversa, ou seja, aquela sobre a qual não paira qualquer dúvida, deve ser paga pela Administração prontamente, não sendo necessário aguardar a correção da fatura.*

*Com efeito, as despesas não contestadas, ou seja, aquelas cujos valores são incontroversos, devem ser quitados pela Contratante, sob pena de caracterizar retenção indevida, pois os valores pendentes de pagamento deverão corresponder aos erros e circunstâncias que impossibilitaram a verificação do valor da despesa.*

*Portanto, não obstante os eventuais erros no documento fiscal, a Contratante deverá pagar o valor sobre o qual não se tem dúvidas e, em seguida, emitir nova fatura, contendo apenas o valor que se discute como devido ou não.” (pág. 06).*

O quarto ponto levantado pela OI MÓVEL S.A. versa sobre as “**GARANTIAS À CONTRATADA EM CASO DE INADIMPLÊNCIA DA CONTRATANTE**”, sob os seguintes termos: “O Edital é silente sobre o atraso do pagamento devido à Contratada.”, (...) Em assim sendo, deverá ressarcir a Contratada no que tange aos ônus de mora, a saber: juros moratórios, multa moratória e correção monetária.”, “A correção monetária deve se operar com base no IGP-DI, índice definido pela FGV. (...) Verifica-se que, impostos valores aquém do exposto, pode-se gerar para a Administração situação de flagrante desequilíbrio, influenciando, em última análise, no equilíbrio econômico-financeiro da Contratada.” e “Por todo o exposto, faz-se necessária a adequação do instrumento convocatório, 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.” (todas as citações retiradas da pág. 07).

O quinto tema abordado pela impugnante é relativo ao “**PAGAMENTO VIA NOTA FISCAL COM CÓDIGO DE BARRAS**”, sob as seguintes alegações: “O Edital é silente quanto à forma em que o pagamento deverá ser realizado a Contratada.”, “(...) **é 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.**” (grifos originais), “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.” e “(...) requer a inclusão de Item



expresso, a fim de permitir que o pagamento seja realizado mediante autenticação de código de barras (...)” (todas as citações retiradas da pág. 08 do pedido de impugnação).

O sexto questionamento, designado “**DO REAJUSTE DOS PREÇOS**”, retoma a discussão do índice adotado pela CONTRATANTE, com a seguinte redação: “(...) percebe-se que o Poder Público previu reajuste para o Serviço contratado, sem observar o índice adotado pelo mercado.” (pág. 09), “É obrigatória, portanto, a inclusão de cláusula de reajuste, não sendo uma mera faculdade da Administração.” (pág. 09) e acompanha uma sugestão de texto “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” (pág. 10).

Por último, traz a impugnante a exame a “**EXIGÊNCIA DE CONSULTA A DETERMINADOS CADASTROS NÃO PREVISTOS EM LEI**”, no item 7. Eis os argumentos sopesados pela OI MÓVEL S.A.: “(...) uma vez consultado o referido cadastro, na hipótese de haver qualquer penalidade ali inscrita, isto tornará a empresa com uma penalidade supostamente existente, impedida de participar do certame.” (pág. 11), “(...) não se pode admitir que empresas que apresentem algum tipo de penalidade sejam impedidas de participar do certame, a menos que a penalidade seja em face do órgão licitante. Caso contrário, não há o que se falar em impedimento.” (págs. 13-14) e “Como já dito anteriormente, na eventualidade de existirem sanções registradas nesses cadastros, só poderia se dizer que existiria impedimento de participação, se a sanção ali cadastrada fosse restritiva do direito de participar de licitações, cujos efeitos estão limitados ao órgão penalizante na forma do Art. 87, III, da Lei 8.666/93.” (pág. 14).

É o relatório. Decido.

Satisfeitos os pressupostos de admissibilidade, conheço da Impugnação e passo ao exame do mérito.

Isto posto, após detida análise dos autos, trataremos de cada item impugnado especificamente, conforme segue:

**1) EDITAL É SILENTE QUANTO À PARTICIPAÇÃO DE LICITANTES EM REGIME DE CONSÓRCIO:**



É perceptível, pelos próprios argumentos da impugnante, inclusive percebendo-os como contraditórios, que não há, em momento algum, proibição de empresas em regime de consórcio no edital. Assim, entende-se permitida tal participação.

## **2) DO VALOR DA GARANTIA:**

Ora, conforme apontado pela própria licitante, a Lei 8.666/93 em seu art. 56, §2º, permite claramente que o valor da garantia contratual seja de 5% (cinco por cento) do valor total do contrato, conforme letra da lei abaixo:

*“Art. 56. A critério da autoridade competente, em cada caso, e desde que prevista no instrumento convocatório, poderá ser exigida prestação de garantia nas contratações de obras, serviços e compras.*

*§ 2º A garantia a que se refere o caput deste artigo não excederá a cinco por cento do valor do contrato e terá seu valor atualizado nas mesmas condições daquele, ressalvado o previsto no parágrafo 3o deste artigo.”*

Desse modo, será inserido no edital um item estipulando a garantia no valor de 5% (cinco por cento), em consonância com a legislação vigente, não sendo atendido o pedido da OI S.A. de garantia de apenas 1% (um por cento) do valor do contrato. Ademais, entende-se que a inclusão deste item não altera o valor das propostas, de modo que haverá retificação do edital, mas não será necessária nova publicação de aviso de licitação, conforme §4º, do art. 21, da Lei 8.666/93.

## **3) RETENÇÃO DO PAGAMENTO PELA CONTRATANTE:**

Tem-se que a argumentação da impugnante não é cabível no caso em tela. A retenção de pagamento por parte da CONTRATANTE não resulta indevida, visto que, nas hipóteses de erros grosseiros, haveria justificativa plausível por parte da Administração para o não pagamento da Nota Fiscal/Fatura.

Quando constatado o erro, este deverá ser sanado, e não protelado para cobranças futuras, o que poderia resultar em prejuízo para a Administração e mau uso dos recursos públicos.

Destarte, a sugestão de alteração não será acatada. Serão devolvidas ao fornecedor as Notas cujos erros retirem do documento a sua idoneidade enquanto documento fiscal, sendo estes erros considerados os grosseiros, tais como erros de identificação do CONTRATANTE, erros quanto aos serviços prestados, quanto ao período de prestação dos serviços e quanto a cobranças indevidas.

Ressaltamos, ainda, que a inexistência de dispositivo nesse sentido não prejudica a contratação, a concorrência ou a vantajosidade deste certame licitatório.



#### **4) GARANTIAS À CONTRATADA EM CASO DE INADIMPLÊNCIA DA CONTRATANTE:**

Em relação ao atraso de pagamento por parte da CONTRATANTE, aplicar-se-ão as multas, juros e correção monetária estabelecidas usualmente no mercado e previstos em Lei, especificamente o que rezam os seguintes dispositivos:

Lei Nº 10.406/2002 – Código Civil: “Art. 406. Quando os juros moratórios não forem convencionados, ou o forem sem taxa estipulada, ou quando provierem de determinação da lei, serão fixados segundo a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional.”

Lei nº 5.172/1966 – Código Tributário Nacional: “Art. 161. O crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta, sem prejuízo da imposição das penalidades cabíveis e da aplicação de quaisquer medidas de garantia previstas nesta Lei ou em lei tributária.

§ 1º Se a lei não dispuser de modo diverso, os juros de mora são calculados à taxa de um por cento ao mês.”

Lei nº 8.078/1990 – Código de Defesa do Consumidor: “Art. 52. No fornecimento de produtos ou serviços que envolva outorga de crédito ou concessão de financiamento ao consumidor, o fornecedor deverá, entre outros requisitos, informá-lo prévia e adequadamente sobre:

§ 1º As multas de mora decorrentes do inadimplemento de obrigações no seu termo não poderão ser superiores a dois por cento do valor da prestação.”

Desta forma, atendem-se os percentuais solicitados pela impugnante de multa no valor de 2% (dois por cento) sobre o valor da fatura no mês de atraso e juros de 1% (um por cento) ao mês, visto que estão de acordo com a legislação vigente.

No que tange à correção monetária pelo IGP-DI, não será acatada a sugestão da OI MÓVEL S.A., visto que o Anexo IX do Edital traz explicitamente no item 6.1.3 que o reajuste se dará “6.1.3. Até o limite do percentual acumulado nos últimos 12 (doze) meses tomando por base o índice IST (Índice de Serviços de Telecomunicações) ou outro índice que venha a substituí-lo, no caso de extinção, observados os preços praticados no mercado”, sempre de acordo com o que for estabelecido pela ANATEL.

Quanto à preocupação do equilíbrio do contrato, destaque-se que isto também está previsto no Anexo IX do Edital, em seu item 6.3 que traz explicitamente a determinação de que “O reajuste não poderá alterar o equilíbrio econômico-financeiro original do contrato”.

Assim, conclui-se que será inserido no Edital um item específico sobre os valores de atraso de pagamento, nos percentuais determinados acima; porém não julgamos necessário uma nova publicação de aviso de licitação com alteração da sua data, visto que a inclusão deste item não altera o valor das propostas, conforme disposto no §4º, do art. 21, da Lei 8.666/93.



Nos casos em tela, a aplicação de juros e multa, serão aplicados os percentuais previstos em Lei,

#### **5) DO PAGAMENTO VIA NOTA FISCAL COM CÓDIGO DE BARRAS:**

A impugnante afirma ser o Edital silente em relação à forma de pagamento do contrato. Ora, vejamos o que diz o Capítulo 20 do instrumento convocatório, em especial seus itens 20.1 e 20.2:

*“20.1. O pagamento será efetuado pela Contratante no prazo de 10 (dez) dias úteis, contados do recebimento da Nota Fiscal/Fatura.*

*20.2. O pagamento somente será autorizado depois de efetuado o “atesto” pelo servidor competente, condicionado este ato à verificação da conformidade da Nota Fiscal/Fatura apresentada em relação aos serviços efetivamente prestados.”*

Na nossa concepção, resta claro e inequívoco que os pagamentos serão realizados através da emissão de NotaFiscal/Fatura por parte da CONTRATADA, não sendo necessários demais esclarecimentos.

Ademais, a impugnante menciona que o depósito em conta é a forma de pagamento prevista no Edital. Preliminarmente, destaco que em momento algum o Edital traz tal informação de forma explícita. O que o Edital original trazia era uma menção, no item 9.4.1., relativa ao “(...) banco que possui conta, números da agência e conta corrente para efeito de posterior pagamento (...)”. Ressalto que este item já foi alterado, sendo tal menção excluída do Edital, e sugiro que a impugnante tenha acesso ao Edital retificado, devidamente publicado em nosso site oficial e no Comprasnet.

#### **6) DO REAJUSTE DOS PREÇOS:**

Preliminarmente, comente-se que a impugnante se contradiz em seus próprios argumentos. Se o Poder Público previu reajuste para o Serviço contratado na Cláusula Sexta do Anexo IX do Edital, como perfeitamente apontado pela própria OI MÓVEL S.A., não há que mencionar a obrigatoriedade de inclusão da cláusula de reajuste, visto que, como exposto no respectivo pedido de impugnação, o reajuste está, efetivamente, previsto.

Conforme esclarecido no item 4 acima, não será acatada a sugestão de modificação para o índice IGP-DI, já tendo sido estipulado o índice IST (Índice de Serviços de Telecomunicações) ou outro índice que venha a substituí-lo no item 6.1.3 do Anexo IX do Edital.

#### **7) SOBRE A EXIGÊNCIA DE CONSULTA A DETERMINADOS CADASTROS NÃO PREVISTOS EM LEI**



Assiste razão à impugnante. Caso haja impedimento de participação de qualquer das licitantes com registro em quaisquer dos órgãos mencionados no item 10.1 e seus subitens do Edital, o impedimento será devidamente analisado para que seja averiguado se ele é limitado ao órgão emissor da sanção ou se aplica-se a todos os órgãos da Administração e em qual nível, sendo ponderado caso a caso.

No entanto, entendemos não ser necessária menção expressa do Edital nesse sentido.

Pelo exposto, com lastro nos posicionamentos levantados, entendemos que serão inseridos dois itens no Edital, relativos aos valores da garantia e dos juros e multa, não sendo necessário, no entanto, publicação de novo aviso de licitação, pois tais itens não alterarão os valores das propostas.

Mantem-se, assim, a data de 19 de março de 2018 para realização do Pregão Presencial nº 01/2018, nos mesmos termos. Deste modo, conhecemos da impugnação apresentada e, no mérito, **PROVEMOS PARCIALMENTE**.

Brasília/DF, 15 de março de 2018.

**LEILA OLIVEIRA CARREIRO**

Pregoeira