

RESPOSTA DE IMPUGNAÇÃO AO EDITAL
PROAD Nº 1.520/2018
PREGÃO ELETRÔNICO Nº 16/2018

Em atendimento ao despacho do Sr. Pregoeiro (doc. 33) foi realizada a análise dos termos de impugnação do Edital de Pregão Eletrônico nº. 16/2018, **interposta pela OI.**

1. IMPOSSIBILIDADE DE PROMOVER A INVESTIGAÇÃO SOBRE A ÁRVORE GENEALÓGICA DOS FUNCIONÁRIOS

A impugnante requer a exclusão da exigência prevista nos itens Os Itens 3.4, alínea “f”, 3.4.2 e o ANEXO III do Edital, em atendimento ao princípio da legalidade.

Esta exigência segue a orientação do Acórdão proferido pelo Plenário do Conselho Nacional de Justiça nos autos da Consulta nº. 0001199-62.2015.2.0000, da Resolução CNJ nº. 07/2005 e dos princípios da moralidade e da impessoalidade consagrados no caput do artigo 37 da Constituição Federal, afastando, desde já eventual ilegalidade da exigência, posto estar expressamente previstos tais princípios no artigo 3º da Lei nº. 8.666/93. Portanto, a exigência para participação do certame será mantida.

2. EXIGÊNCIA DE REGULARIDADE TRABALHISTA COMO REQUISITO DE HABILITAÇÃO APLICÁVEL ÀS CONTRATAÇÕES EMPREENDIDAS PELO PODER PÚBLICO

A **impugnante requer** a adequação do item 8.4, alínea “c” do Edital e do item 11.2.5 do Termo de Referência para que permita a comprovação da regularidade trabalhista alternativamente por meio da apresentação de Certidão Positiva com Efeitos de Negativa de Débitos Trabalhistas, nos termos do § 2º do Art. 642-A da CLT.

Trata-se de interpretação equivocada da impugnante. A exigência constante no Termo de Referência determina a comprovação de regularidade trabalhista como condição de habilitação dos futuros licitantes e, em nenhum momento, resta impedida a comprovação da situação regular na forma requerida pela impugnante.

Entende-se que a parte final do § 2º do art. 642-A da CLT confere os mesmos efeitos da CNDT (Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas) à Certidão Positiva com Efeito de Negativa. Portanto, a exigência para o certame será mantida.

3. SOBRE A EXIGÊNCIA DE CONSULTA A DETERMINADOS CADASTROS NÃO PREVISTOS EM LEI

A impugnante requer que seja adotado o entendimento de que a simples existência de registro de penalidade de suspensão ou impedimento com outros órgãos que não o licitante, não pode ser condicionante da participação. Para que haja impedimento, a sanção registrada deve necessariamente ser em face do órgão licitante, sob pena de se

estar ampliando o previsto na Lei 8.666/93, impedindo a participação de empresas punidas em quaisquer casos, ferindo frontalmente a jurisprudência dominante do TCU sobre o tema.

Entende-se que houve novo equívoco na interpretação da requerente. Os itens questionados tanto no Edital quanto no Termo de Referência não permitem a desclassificação sumária de licitantes, mas determina verificação das condições de participação de cada proponente. Sendo assim, os resultados das consultas serão analisados caso a caso, e caso houver penalidades cadastradas e vigentes, os efeitos serão aplicados em estrita conformidade com a fundamentação legal da sanção cadastrada. Portanto, a exigência para o certame será mantida.

4. DO RECURSO

A impugnante requer que seja adequada a redação do item 9.4 do edital com a previsão constante do art. 109 da Lei nº. 8.666/2018, isto é, atribuir efeito suspensivo ao recurso contra decisão do Pregoeiro, em atenção ao princípio da legalidade.

A tramitação do pregão eletrônico descrita no Decreto nº. 5.450/2005 conduz à interpretação de que o recurso tem, sim, efeito suspensivo. Veja-se este dispositivo:

“Art. 26. Declarado o vencedor, qualquer licitante poderá, durante a sessão pública, de forma imediata e motivada, em campo próprio do sistema, manifestar sua intenção de recorrer, quando lhe será concedido o prazo de três dias para apresentar as razões de recurso, ficando os demais licitantes, desde logo, intimados para, querendo, apresentarem contra-razões em igual prazo, que começará a contar do término do prazo do recorrente, sendo-lhes assegurada vista imediata dos elementos indispensáveis à defesa dos seus interesses.

§1º A falta de manifestação imediata e motivada do licitante quanto à intenção de recorrer, nos termos do caput, importará na decadência desse direito, ficando o pregoeiro autorizado a adjudicar o objeto ao licitante declarado vencedor.” (Grifei)

Ainda comungando dos ensinamentos do Professor Joel de Menezes Niebuhr, que magistralmente escreve:

*“O inciso XXI do artigo 4º da Lei nº. 10.520/02 assinala que ‘decididos os recursos, a autoridade competente fará a adjudicação do objeto da licitação ao licitante vencedor’. Veja-se, portanto, que, antes de decidir o recurso, a autoridade competente não pode dar continuidade à licitação, não pode proceder à adjudicação. **Por isso conclui-se que os recursos administrativos interpostos nas licitações regidas pela modalidade pregão têm efeito suspensivo, isto é, impedem que se dê continuidade ao processo de licitação enquanto não se decidir sobre eles. Ora, a próxima fase do procedimento, que é a adjudicação, repita-se, não pode ser levada a cabo se os eventuais recursos não forem decididos.***

Se não fosse por isso, a Lei nº. 8.666/93 deveria ser aplicada subsidiariamente ao pregão, mais precisamente o §2º do seu artigo 109, que prescreve, justamente, que os recursos contra os atos pertinentes à habilitação e ao julgamento apresentam efeito suspensivo. Soma-se a isso que não haveria o menor sentido em autorizar a continuidade do procedimento licitatório antes da apreciação dos recursos, o que, praticamente, esvaziaria os propósitos deles.” (NIEBUHR, Joel de Menezes, Pregão Presencial e Eletrônico, Curitiba: Zênite, 2006, p. 235 - Grifei).

Diante do exposto, acolho a impugnação referente à este quesito de forma que o edital de Pregão Eletrônico passe a conter cláusula prevendo exatamente o oposto da prática atual, no sentido de atribuir-se, por aplicação subsidiária do art. 109, §2º da Lei Federal nº. 8.666/93, efeito suspensivo aos recursos contra decisão do Pregoeiro que versem sobre habilitação/inabilitação de licitante e julgamento das propostas.

5. EXIGÊNCIA DE APRESENTAÇÃO DO DOCUMENTO DE AUTORIZAÇÃO NA ANATEL – AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES

A impugnante requer a adequação da exigência prevista nos itens em comento, para que as licitantes possam apresentar o extrato do Termo de Autorização ou do Contrato de Concessão, outorgado pela ANATEL e devidamente publicado no Diário Oficial da União.

O extrato do Termo de Autorização ou do Contrato de Concessão outorgado pela ANATEL e devidamente publicado no Diário Oficial da União, atende à exigência do Termo de Referência.

6. DA NECESSIDADE DE INCLUSÃO DA ALTERNATIVIDADE DE COMPROVAÇÃO DE CAPITAL MÍNIMO OU PATRIMÔNIO LÍQUIDO MÍNIMO DE 10% DO VALOR ESTIMADO PELA ADMINISTRAÇÃO

A impugnante requer a inclusão da alternatividade de apresentação de capital mínimo ou de patrimônio líquido mínimo de 10% do valor estimado pela Administração para as empresas que não possuem os índices econômico-financeiros exigidos no Edital, nos termos do art. 31, § 2º, da Lei 8.666/93.

Entende-se que não há ilegitimidade da exigência editalícia de um único e singular modo de comprovação da boa situação financeira da empresa interessada em participar do certame.

No entanto, deverá ser alterado o Termo de Referência e o respectivo Edital possibilitando a comprovação de capital mínimo ou patrimônio mínimo de 10% do valor estimado pela Administração.

7. DA PRESTAÇÃO ININTERRUPTA DOS SERVIÇOS DE STFC

A impugnante requer a adequação dos itens 12.14 e 15.1 do Termo de Referência e da cláusula oitava da minuta do contrato, tendo em vista que a prestação dos serviços poderá ser interrompida de forma programada, em razão de situações de emergência, motivada por razões de ordem técnica ou por razões de segurança das instalações, bem como suspensa por falta de pagamento da Contratante, nos termos da Resolução da Anatel n.º 426/2005.

Serão incluídos os casos de interrupção dos serviços previstos na Resolução ANATEL 426/2005.

8. LIMITAÇÃO DA RESPONSABILIDADE DA CONTRATADA AOS DANOS DIRETOS COMPROVADAMENTE CAUSADOS À CONTRATANTE

A impugnante requer que sejam alterados o item 16.6 do Termo de Referência e o parágrafo segundo, III, da cláusula nona, da minuta do contrato de modo que a Contratada somente seja responsável caso tenha diretamente agido com dolo ou culpa, desde que garantida a sua ampla defesa - na forma do art. 70 da Lei 8666/93.

Será ajustado o item 16.6 do Termo de Referência e o parágrafo segundo, da cláusula nona, da minuta do contrato de acordo com os termos do art. 70 da Lei nº 8.666/93.

9. PAGAMENTO VIA NOTA FISCAL COM CÓDIGO DE BARRAS

A impugnante requer as alterações no item 19.8 do Termo de Referência e no parágrafo quinto, da Cláusula Décima Terceira, da Minuta do Contrato a fim de permitir que o pagamento seja realizado mediante autenticação de código de barras, facilitando, assim, o reconhecimento eficiente do pagamento.

O termo utilizado no item 19.8 do Termo de Referência OBF (Ordem Bancária de Fatura) é justamente a forma de pagamento utilizada para liquidação de faturas (nota fiscal com código de barras). Portanto não há o que alterar neste item.

10. INDEVIDA CONSULTA DE CERTIDÕES DE REGULARIDADE MENSALMENTE

A impugnante requer a alteração do item 19.7 do Termo de Referência e do parágrafo quarto da Cláusula Décima Terceira da Minuta do Contrato para que não exija a apresentação mensal das certidões de regularidade fiscal/trabalhista/sociais, sob pena de ferir os Princípios da Razoabilidade, da Proporcionalidade, da Legalidade e ainda, o da fé pública inerente aos documentos públicos (certidões).

Entende-se devida a consulta não só durante os pagamentos mensais. A contratada deve manter as obrigações por ela assumidas durante toda a execução do contrato, inclusive quanto as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação, de acordo com o inciso XIII, do art. 55, da Lei 8.666/93. Portanto, a exigência para o certame será mantida.

11. GARANTIAS À CONTRATADA EM CASO DE INADIMPLÊNCIA DA CONTRATANTE

A impugnante requer a adequação dos item referentes 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.

Cumpre-nos esclarecer que as regras de compensação financeira, no caso de eventual atraso do pagamento pela Contratante, estão alinhadas às recomendações do TCU, registradas na Obra: Licitações e contratos: Orientações e jurisprudências do TCU/

Tribunal de Contas da União. 4.ed.rev., atual. e ampl. – Brasília, 2010, páginas 725 e 726”. Portanto, nada a reparar.

12. REAJUSTE DOS PREÇOS E DAS TARIFAS

A impugnante requer a adequação do item 21 do Termo de Referência e da Cláusula Décima Sétima da Minuta do Contrato, de modo que o reajuste das tarifas referentes ao STFC e dos preços referentes ao SMP 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 SMP:

"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".

No item 21 do Termo de Referência está previsto a concessão de reajuste com sua respectiva periodicidade, inclusive utilizando-se a aplicação do índice divulgado pela ANATEL (IST).

Vale salientar que não é objeto de contratação o SMP.

13. DO REPASSE INDISCRIMINADO DE DESCONTOS

A impugnante requer a supressão, ou ao menos a modificação do item 12.6 do Termo de Referência, para que se inclua no texto que **"A CONTRATADA assegurará à CONTRATANTE o repasse dos descontos porventura disponibilizados ao mercado, para clientes de perfil e porte similar ao da CONTRATANTE, mediante solicitação expressa desta, sempre que esses forem mais vantajosos do que o Plano de Serviços constante deste contrato, desde que devidamente homologados pela ANATEL.**

Será realizada nova redação, adequando o item acima citado, para que o repasse de descontos seja solicitado quando a contratada oferecer no mercado preços mais vantajosos, em condições semelhantes ao oferecido na contratação.

14. DA RETENÇÃO DO PAGAMENTO PELA CONTRATANTE

Com relação às alegações acerca da suposta ilegalidade na **retenção do pagamento pelo Contratante**, equivoca-se a impugnante, pois os descontos previstos na Cláusula Décima Oitava da Minuta do Contrato e do item 22.1.2 do Termo de Referência decorrem de eventual parcela não executada do objeto e de acordo com o grau de

infração estabelecida na tabela do item 22.2 do Termo de Referência que é parte integrante do Edital.

Importante ressaltar que, os descontos questionados pela empresa tratam de uma forma de compensação por serviços não prestados durante a execução do contrato. Portanto, não há que falar em ilegalidade em virtude das disposições do Art. 87 da Lei 8.666/93, posto que não se trata da hipótese de retenção de pagamento pela Contratante. Portanto, a exigência para o certame será mantida.

15. SUSPENSÃO E IMPEDIMENTO DE LICITAR COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM GERAL

A impugnante requer que sejam alterados o item 12.1.4 do Termo de Referência e o item IV da Cláusula Décima Oitava, da Minuta do Contrato para que seja aplicada a suspensão apenas com este órgão público licitante, e não com a Administração Pública em geral.

Será adotado o disposto no inciso III, do art. 87, da Lei 8.666/93.

Por todo o exposto, acolhe-se parcialmente a impugnação apresentada empresa **TELEMAR NORTE LESTE S.A** para retificar o edital, bem assim informar aos interessados que será divulgado oportunamente novo edital e concedido novo prazo para apresentação de propostas e abertura da sessão do edital do Pregão Eletrônico nº. 16/2018.

Maceió, 18/09/2018

ORIGINAL ASSINADO

FLÁVIO DE SOUZA DA CUNHA JÚNIOR

Pregoeiro

ORIGINAL ASSINADO

MARCOS ANTONIO A. DA SILVA

Integrante da Unidade Demandante