

ASSUNTO: RESPOSTA AO PEDIDO DE IMPUGNAÇÃO AO EDITAL - PREGÃO ELETRÔNICO Nº06/2021

Trata-se de peça impugnatória apresentada por empresa OI S/A, inscrita no CNPJ sob o nº 76.535.764.0001-43, interessada em participar do certame, doravante denominada impugnante, a qual apresentou em 08/06/2021, de FORMA TEMPESTIVA, via e-mail, impugnação ao Edital do Pregão Eletrônico nº 06/2021, cujo objeto é a “contratação de empresa especializada para prestação do serviço de acesso dedicado à Internet, com dupla abordagem, para o Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Norte - TCE/RN, com capacidade para suportar o tráfego de dados das aplicações utilizadas e disponibilizadas atualmente, bem como o de novas aplicações como voz e vídeo sobre IP, considerando os aspectos de segurança e de qualidade de serviço necessários, conforme condições, quantidades e exigências estabelecidas neste Edital e seus anexos.”

II - DA FUNDAMENTAÇÃO E DECISÃO

Questionamento 1 – VEDAÇÃO À PARTICIPAÇÃO DE LICITANTES EM REGIME DE CONSÓRCIO

(Item 5.4, alínea “f”, do Edital)

Pedido:

Seja permitida a participação em consórcio de empresas, nos termos do art. 33 da Lei n.º 8.666/93.

Análise do pedido:

O presente edital não prevê as condições de participação de empresas reunidas em consórcio, vez que a experiência prática demonstra que as licitações que permitem essa participação são aquelas que envolvem serviços de grande vulto e/ou de alta complexidade técnica. Ocorre que a prestação de serviço do objeto licitado não apresenta tamanha complexidade e sendo demonstrado na pesquisa mercadológica um cenário competitivo com prestadores aptos de fornecer sem a necessidade de associação. O legislador, no art. 33, da Lei nº 8.666/1993, estabelece regras a serem observadas pela Administração quando esta decidir pela possibilidade de tal procedimento. Todavia, conforme já assente na doutrina e jurisprudência pátrias, ressaltamos que tal admissibilidade circunscreve-se no âmbito do poder discricionário da Administração Pública, não configurando uma obrigação legalmente estabelecida.

No que concerne à participação em certames licitatórios de empresas em consórcio, como bem destacou a própria impugnante, a Lei 8.666/93, em seu art. 33, estabelece regras a serem observadas pela Administração quando esta decidir pela possibilidade de tal procedimento. Todavia, cumpre ressaltar que tal admissibilidade circunscreve-se no âmbito do poder discricionário da Administração Pública, não configurando uma obrigação legalmente estabelecida. Além disso, a permissão, pela Administração, de participação de empresas em consórcios não representa, por si só, garantia de ampliação de competitividade, ao contrário, pode acarretar, em muitos casos, efeitos danosos à concorrência, na medida em que as empresas associadas deixariam de competir entre si, o que nos parece ser a situação ora tratada já que, como a própria impugnante afirma, “Inexiste no mercado uma ampla gama de opções”.



Decisão:

Em face do exposto, julgo improcedente o pedido.

Questionamento 2 – IMPEDIMENTO À PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS SUSPENSAS DE LICITAR COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM GERAL
(Item 5.4, alínea “a”, do Edital)

Pedido:

Seja alterado os itens em comento para que seja vedada a participação apenas das empresas suspensas de licitar e impedidas de contratar com este órgão público licitante, e não com a Administração Pública em geral.

Análise do pedido:

Contrariamente ao que afirma a impugnante, não há no item impugnado margem para que se confunda Administração e a Administração Pública. Quando o Edital se refere à forma da legislação vigente, claro está que deve ser observada a natureza da proibição. Em se tratando de suspensão de participar em licitação na forma do art. 87, III da Lei nº 8.666/93, a sanção de suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, alcança apenas o órgão ou a entidade que a aplicou. Assim, entendemos não haver necessidade de revisão no item impugnado, haja vista que o Edital não afirma que não podem participar da licitação aqueles interessados que estejam suspensos de licitar e contratar com a Administração na forma do art. 87, mas sim, NA FORMA DA LEGISLAÇÃO VIGENTE, o que inclui o impedimento previsto na Lei 10.520/2002.

Decisão Pregoeira:

Em face do exposto, julgo improcedente o pedido.

Questionamento 3 – ALTERNATIVIDADE DE COMPROVAÇÃO DE CAPITAL OU PATRIMÔNIO LÍQUIDO MÍNIMO DE ATÉ 10% DO VALOR ESTIMADO PELA ADMINISTRAÇÃO (Item 10.10.4 do Edital)

Pedido:

Requer a adequação do item em comento 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 não superior a 10% (dez por cento) do valor estimado da contratação**, nos termos do artigo 31, § 3º, da Lei 8666/93 e ao artigo 44 da IN/MARE n.º 2/2010.

Análise do pedido:

A fixação do percentual referente ao patrimônio líquido se insere na esfera de atuação discricionária da Administração até o limite legal de 10% (dez por cento) do valor estimado da contratação (art. 31, § 3º da Lei nº 8.666, de 1993). Equivoca-se a recorrente quanto à interpretação do dispositivo legal mencionado, conforme se extrai do entendimento do ilustre mestre Jessé Torres, in verbis:

“Se o objeto da licitação for compra para entrega futura, obra ou serviço, o ato convocatório poderá exigir (quer dizer, faculta-se à Administração incluir ou não exigência) ou capital mínimo, ou patrimônio líquido



mínimo, ou a garantia referida no inciso III. A alternatividade que a conjunção “ou” sugere há de ser entendida em termos. Ordinariamente, as três exigências excluem-se reciprocamente, devendo o edital optar por uma delas.”

Assim, entendemos não haver necessidade de revisão no item impugnado.

Decisão Pregoeira:

Em face do exposto, julgo improcedente o pedido.

Questionamento 4 – DAS PENALIDADES EXCESSIVAS (Item 13.1 do termo e referência e o item 11.1.2 alínea “c” da minuta do contrato)

Pedido:

Requer a adequação dos itens em comento para que as multas aplicadas observem o limite de 10% (dez por cento) sobre o valor do contrato.

Análise do pedido:

No que diz respeito à suposta excessividade das penalidades estabelecidas no Edital e na minuta do Contrato, tampouco procede o que sustenta o Impugnante, que fundamenta suas alegações em duas normas que não se aplicam à hipótese. Afinal, tanto o citado Decreto nº 22.626/33, como a MP 2.172/2001 regulam tão somente a nulidade de disposições contratuais decorrentes de estipulações usurárias, isto é, da previsão abusiva de taxas de juros superiores às legalmente permitidas. Por sua vez, os itens do Edital referidos pelo Impugnante tratam da aplicação de penalidade por descumprimento de obrigações contratuais, tendo, portanto, natureza diversa da incidência de juros contratuais. Entende-se que o percentual máximo de penalidade previsto deve, observado aquele limite, ser fixado em observância ao princípio da proporcionalidade, do qual decorre sua necessidade e adequação à natureza e finalidade do objeto contratado. Contudo, os percentuais de multa previstos constituem apenas patamares máximos, que serão mensurados, mediante a instauração do devido processo administrativo e assegurada a ampla defesa, de acordo com as circunstâncias do caso concreto.

Decisão Pregoeira:

Em face do exposto, julgo improcedente o pedido.

Questionamento 5 – PAGAMENTO VIA NOTA FISCAL COM CÓDIGO DE BARRAS (cláusula quinta da Minuta do Contrato)

Pedido:

Requer a 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.

Análise do pedido:

Primeiramente, queremos alertar a impugnante que a forma depósito em conta corrente não está prevista no edital como mencionada nas razões do seu questionamento e, de forma clara, no item 5.1 da minuta do contrato, conforme a Resolução nº 021/2016-

TCE, de 06 de setembro de 2016, o recebimento de Nota Fiscal/ Fatura. Contudo, reforçamos que é uma prática do dia a dia o pagamento através de código de barra constante em Nota Fiscal/Fatura, não necessitando de revisão do item impugnado.

Decisão Pregoeira:

Em face do exposto, julgo improcedente o pedido.

Questionamento 6 – INDEVIDA APRESENTAÇÃO DE CERTIDÕES DE REGULARIDADE MENSALMENTE (item 5.1.2 Minuta do Contrato)

Pedido:

Requer a alteração do item 5.1.2 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).

Análise do pedido:

De acordo com o Art. 55, inciso XIII, da Lei 8.666/93, é cláusula necessária e obrigação do CONTRATADO a manutenção das condições de habilitação exigidas na licitação durante toda a execução do contrato. Da mesma forma, assim manifestou-se o TCU sobre a questão: 4.2.7 - Proposta de encaminhamento: Recomendar à Secretaria Municipal de Saúde que, a cada pagamento referente a contrato de execução continuada ou parcelada, exija do contratado a comprovação da regularidade fiscal para com a Seguridade Social, o FGTS, as Fazendas Federal, Estadual e Municipal, em observância ao § 3º do art. 195 da Constituição Federal e aos arts. 29, incisos III e IV, e 55, inciso XIII, da Lei 8.666/1993, e em conformidade com a jurisprudência consolidada do TCU. (TCUAcórdão n.º 119/2011-Plenário, TC- 019.591/2010-1, rel. Min. José Jorge, 26.01.2011.). Não se admite, entretanto, que a contratada pretenda desvencilhar-se de tal obrigação.

Decisão Pregoeira:

Em face do exposto, julgo improcedente o pedido.

Questionamento 7 – INCLUSÃO DE GARANTIAS À CONTRATADA EM CASO DE INADIMPLÊNCIA DA CONTRATANTE

Pedido:

Inclusão de cláusula referente ao ressarcimento sobre o 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.

Análise do pedido:

Não será alterado o edital pelo motivo solicitado, garantias em caso de atraso no pagamento, pois o mesmo está amparado no art. 78, inciso XV da lei 8666/93, conforme segue:

XV - o atraso superior a 90 (noventa) dias dos pagamentos devidos pela Administração decorrentes de obras, serviços



ou fornecimento, ou parcelas destes, já recebidos ou executados, salvo em caso de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra, assegurado ao contratado o direito de optar pela suspensão do cumprimento de suas obrigações até que seja normalizada a situação;

Dito isto, na forma prevista no item 12.1 da Minuta de Contrato têm-se demonstrado suficiente, por anos, para despertar o interesse do mercado e assegurar o êxito de seus torneios licitatórios. Destaque-se ainda o extremo rigor com que o TCE-RN persegue o regular adimplemento dos pagamentos devidos nos prazos contratados, sobretudo após a vigência da RESOLUÇÃO nº 021/2016-TCE, de 06 de setembro de 2016 (Ordem Cronológica de Pagamentos).

Decisão Pregoeira:

Em face do exposto, julgo improcedente o pedido.

Questionamento 8 – REAJUSTE DOS PREÇOS

Pedido:

Considerando os objetos SMP e SCM, suas remunerações são feitas por preços e não tarifas, torna-se imperioso que o índice de reajuste dos preços relativos a sua prestação de serviço, seja o IGP-DI Ante o exposto, requer a adequação da cláusula sexta da minuta do contrato, de modo que o reajuste dos preços seja realizado da seguinte forma: *“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”*.

Análise do pedido:

No que tange ao questionamento feito sobre o reajuste, dentro do ponto 7, verifica-se a impropriedade a sua total impertinência no caso concreto, uma vez que diz respeito a uma cláusula contratual e a um índice de reajuste que não encontram correspondência na minuta contrato, anexo do edital, além de fazer confusão grosseira quanto ao real natureza do objeto licitado.

Decisão Pregoeira:

Em face do exposto, julgo improcedente o pedido.

Questionamento 9 – DE CÁLCULO DAS MULTAS EM CASO DE INEXECUÇÃO PARCIAL DO CONTRATO (item 11.1.2 alíneas “a” e “b” da minuta do contrato)

Pedido:

Requer a adequação dos itens em comento para que o percentual da penalidade de multa em caso de inadimplemento parcial incida sobre o valor da parcela ou valor do serviço em atraso, e não sobre o valor total do contrato.

Análise do pedido:

Destaca-se que a Lei Federal nº 8.666/93 não elencou especificamente quais multas deveriam ser aplicadas, mas sim as que foram previstas no contrato ou instrumento convocatório. Esta situação implica que a Administração Pública tem a prerrogativa de delimitar tais multas nos contratos e, em caso de necessidade de aplicar sanções ao contratado, sopesar a penalidade que será aplicada, considerando o prejuízo causado ao interesse público que, destaca-se, prevalece sobre o interesse privado.

Neste sentido, vejamos o posicionamento do nobre Jessé Torres Pereira Júnior:

“Não se encontrarão na Lei definições de tipos aos quais deva corresponder tal ou qual sanção. Abre-se para a Administração espaço discricionário para dosar a penalidade apropriada, desde que, em qualquer caso, se cumpra o devido processo legal, nele incluído o direito de defesa.” (Comentários à Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública, 5ª edição, Rio de Janeiro, Renovar, 2002 – pág.789)

Quanto à multa prevista no item 1.2 alíneas “a” e “b” da minuta do contrato, justifica-se o cálculo sobre o valor total do contrato, conforme expressamente ressalvado na cláusula, quando a inexecução, ainda que parcial, acarrete a inviabilidade da entrada em produção da solução de forma global e integrada. Portanto, as multas previstas no edital não ferem os princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Inexistindo razão à impugnante.

Decisão Pregoeira:

Em face do exposto, julgo improcedente o pedido.

Questionamento 10 – DAS CONDIÇÕES PARA PARTICIPAÇÃO (PARTICIPAÇÃO EXCLUSIVA DE ME/EPP/COOPERATIVAS) (item 11.1.2 alíneas “a” e “b” da minuta do contrato)

Pedido:

Requer que seja adequado o item do Edital conforme sugestão abaixo:

Poderão participar deste Pregão os interessados que tenham ramo de atividade compatível com o objeto licitado e que atenderem a todas as exigências, inclusive quanto à documentação e requisitos de classificação das propostas, constante deste Edital e seus Anexos.

Análise do pedido:

Quanto ao pedido para que seja alterado o Edital o ponto que dão exclusividade às micro e pequenas empresas, muito embora a impugnação apresentada traga razão que a tal restrinja ou frusta o seu caráter competitivo. Verificamos que na pesquisa presente nos autos não apresenta a presença de 3 (três) fornecedores enquadrados como microempresas ou empresas de pequeno porte sediados local ou regionalmente e capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório, conforme o art. 49, II, da Lei 123/2006.

Decisão Pregoeira:

Em face do exposto, julgo procedente o pedido.

Questionamento 11 – PRAZOS E CONDIÇÕES (SLA DE ATENDIMENTO) (item 4.4.1.7 do termo de referência)

Pedido: Solicitamos o ajuste e equivalência destes prazos para até 6h nos casos de soluções de problemas, e que o Edital e seus anexos sejam republicados.

Análise do pedido pelo setor técnico: O prazo solicitado está de acordo com a necessidade atual do TCERN que hospeda serviços essenciais à população e aos jurisdicionados, além da necessidade atual de teletrabalho através da rede VPN. Ademais, o prazo exigido é o praticado atualmente no contrato atual de Link de Internet e o mesmo exigido nas últimas licitações realizadas no TCERN para link de Internet.

Decisão Pregoeira:

Em face do exposto, julgo improcedente o pedido.

Questionamento 12 – DO PRODUTO (INFRAESTRUTURA INTERNA) (item 3.1 do termo de referência)

Pedido: Solicitamos que a exigência para que a CONTRATADA, seja responsável pela infraestrutura interna da CONTRATANTE seja retirada, e que o Edital e seus anexos, sejam republicados.

Análise do pedido pelo setor técnico:

O TCERN não possui conhecimento para levar a infraestrutura de fibra ótica para dentro da sala de infraestrutura existente no TCERN, que fica localizada no 9o. andar do prédio do TCERN, além disso, no item 9 do termo de referência, há uma previsão da vistoria, que é opcional, para justamente ser levantado os custos pela LICITANTE/CONTRATADA dessa instalação.

Decisão Pregoeira:

Em face do exposto, julgo improcedente o pedido.

Questionamento 13 – ESPECIFICAÇÕES TÉCNICAS DOS SERVIÇOS (DNS) (item 4.1.15 do termo de referência)

Pedido: Solicitamos a exclusão deste item, exigindo apenas o serviço de DNS Reverso, objetivando maior competitividade a este certame, e que o Edital e seus anexos sejam republicados.

Análise do pedido pelo setor técnico: Podemos modificar esse item para exigir apenas o serviço de DNS reverso.

Decisão Pregoeira:

Em face do exposto, julgo procedente o pedido.

Natal/RN, 11 de junho de 2021.

Vanessa de Sousa Menezes Ubarana
Pregoeira do TCE/RN