

Adalberto Caetano Lopes

De: Carmen Lucia Bairros dos Santos em nome de Comissão Permanente de Licitação
Enviado em: quarta-feira, 10 de junho de 2020 08:09
Para: Vivian De Souza Duarte Fiorentini
Cc: Liziane Raquel Moreira; Carlos Luiz Barroso Junior
Assunto: RES: IMPUGNAÇÃO
Anexos: RESPOSTA IMPUGNAÇÃO OI.doc

Senhora licitante,

Segue, em anexo, resposta à Impugnação.

Atenciosamente,

Carmen Santos
Presidente da CPL/Funasa/Presidência

De: Vivian De Souza Duarte Fiorentini [mailto:vivian.duarte@oi.net.br]

Enviada em: segunda-feira, 1 de junho de 2020 20:00

Para: Comissão Permanente de Licitação <cpl@funasa.gov.br>

Assunto: IMPUGNAÇÃO

Prezado,

Segue impugnação referente ao PE 004/2020.

Att,

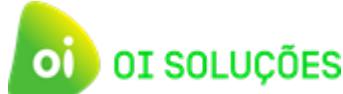
Vivian de Souza Duarte Fiorentini
Executiva de Negócios Nacional
Oi Soluções - Governo Federal
(014 61) 3415-1389
(014 61) 98426-6809

MailScanner has detected a possible fraud attempt from "oi.net.br" claiming to be vivian.duarte@oi.net.br **MailScanner has detected a possible fraud attempt from "oi.net.br" claiming to be**

SCN QD 02 BL F Térreo Ed. Estação Tel. Centro Norte – Asa Norte - Brasília-DF CEP 70.712-906

Central de Atendimento Corporativo: 0800 031 8031 / **MailScanner has detected a possible fraud attempt from "oi.net.br" claiming to be** persofixa@oi.net.br **MailScanner has detected a possible fraud attempt from "oi.net.br" claiming to be**

Oi Faz Sentido



A marca acima está legalmente protegida.

Antes de imprimir, lembre-se do seu compromisso com o meio ambiente.

Esta mensagem, incluindo seus anexos, pode conter informações privilegiadas e/ou de caráter confidencial, não podendo ser retransmitida sem autorização do remetente. Se você não é o destinatário ou pessoa autorizada a receber-la, informamos que o seu uso, divulgação, cópia ou arquivamento são proibidos.

Portanto, se você recebeu esta mensagem por engano, por favor, nos informe respondendo imediatamente a este e-mail e em seguida apague-a.

À Coordenação de Serviços Gerais,

Trata-se do pedido de **IMPUGNAÇÃO AOS TERMOS DO EDITAL DE PREGÃO ELETRÔNICO N.º 04/2020**, apresentado pela empresa **OI S.A., em recuperação judicial**.

Preliminamente, convém esclarecer que os Editais de Licitação são precedidos de análise da Procuradoria Federal Especializada junto à FUNASA, os quais são lançados no site comprasgovernamentais com respaldo daquela Douta Procuradoria Jurídica.

1. DA TEMPESTIVIDADE

1.1. Conforme Art. 18 do Decreto nº 5.450/2005, que regulamenta o pregão na sua forma eletrônica, qualquer pessoa poderá impugnar o Edital até dois dias úteis antes da data fixada para abertura da sessão pública. Visto que a abertura do certame está marcada para o dia 05 de junho de 2020 e que a Impugnação foi encaminhada para o e-mail cpl@funasa.gov.br às 20:00hs do dia 1º de junho de 2020, vê-se que a impugnação é tempestiva.

2. DAS ALEGAÇÕES DO PEDIDO

- 2.1. Impedimento à participação de empresas suspensas de licitar com a Administração Pública em geral.
- 2.2. Vedaçāo à participação de licitantes em regime de consórcio
- 2.3. Sobre a exigência de cadastros não previstos em lei
- 2.4. Regularidade junto ao Cadin como condição para a contratação
- 2.5. Inclusão de cláusula a respeito do pagamento via nota fiscal com código de barras
- 2.6. Retenção do pagamento pela contratante
- 2.7. Garantia em caso de atraso no pagamento
- 2.8. Garantia de execução
- 2.9. Da exigência de índices de qualificação econômico-financeira
- 2.10. Da possibilidade de subcontratação de serviços

3. DA ANÁLISE DO MÉRITO

3.1. **Item 1 da impugnação** – Sobre o impedimento à participação de empresas suspensas de licitar com a Administração Pública em geral, conforme menciona o item 4.2. do Edital Pregão Eletrônico nº 04/2020:

“4.2. Não poderão participar desta licitação os interessados:

4.2.1. proibidos de participar de licitações e celebrar contratos administrativos, na forma da legislação vigente;”

Desta forma, em nenhum momento o Edital em comento trouxe impedimento à participação de empresas “suspensas de licitar com a Administração Pública em geral”.

Conforme Instrução Normativa SLTI nº 02 de 11 de outubro de 2010, que estabelece as normas para funcionamento do Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores – SICAF, no âmbito dos órgãos e entidades integrantes do Sistema de Serviços Gerais – SISG, estabelece que:

“Art. 40. São sanções passíveis de registro no SICAF, além de outras que a lei possa prever: I – advertência por

escrito, conforme o inciso I do art. 87 da Lei nº 8.666, de 1993;

II – multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato, conforme o inciso II do art. 87 da Lei nº 8.666, de 1993;

III – suspensão temporária, conforme o inciso III do art. 87 da Lei nº 8.666, de 1993;

IV – declaração de inidoneidade, conforme o inciso IV do artigo 87 da Lei nº 8.666, de 1993; e

V – impedimento de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios, conforme o art. 7º da Lei nº 10.520, de 2002.

§ 1º A aplicação da sanção prevista no inciso III deste artigo impossibilitará o fornecedor ou interessado de participar de licitações e formalizar contratos, no âmbito do órgão ou entidade responsável pela aplicação da sanção. (grifamos)

§ 2º A aplicação da sanção prevista no inciso IV deste artigo impossibilitará o fornecedor ou interessado de participar de licitações e formalizar contratos com todos os órgãos e entidades da Administração Pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

§ 3º A aplicação da sanção prevista no inciso V deste artigo impossibilitará o fornecedor ou interessado de participar de licitações e formalizar contratos no âmbito interno do ente federativo que aplicar a sanção:

I – da União, caso a sanção seja aplicada por órgão ou entidade da União;

II – do Estado ou do Distrito Federal, caso a sanção seja aplicada por órgão ou entidade do Estado ou do Distrito Federal; ou

III – do Município, caso a sanção seja aplicada por órgão ou entidade do Município.

§ 4º O disposto nos parágrafos anteriores não impedirá a atualização cadastral do sancionado.”

Salientamos ainda que o dispositivo de inabilitação questionado não consta das minutas padronizadas pela Advocacia Geral da União, as quais são utilizadas pela Fundação Nacional de Saúde. Conclui-se que a alegação não merece prosperar.

3.2. Item 2 da impugnação – Sobre a vedação à participação de licitantes em regime de consórcio: a solicitação da empresa não merece prosperar, visto que a possibilidade de participação ou não em licitações de empresas em consórcio fica ao juízo discricionário da Administração, conforme estabelecido no Acórdão n.º 1165/2012-Plenário. Sendo assim, e considerando que os requisitos de participação foram internamente discutidos e decididos no formato em que se encontra no Edital, a alegação não prospera.

3.3. Item 3 da impugnação – Sobre a exigência de cadastros não previstos em lei há uma interpretação equivocada da recorrente ao afirmar que qualquer penalidade inscrita nos referidos cadastros impedirá a participação no certame. Ora, a própria cláusula editalícia prevê que **o Pregoeiro verificará o eventual descumprimento das condições de participação, especialmente quanto à existência de sanção que impeça a participação no certame ou a futura contratação.** (grifo nosso).

As certidões são consultadas e analisadas pela Pregoeira, de acordo com a legislação em vigor, não sendo, portanto, toda e qualquer sanção que impedirá à empresa interessada de participar do certame.

A previsão de consulta aos cadastros – CEIS e CNJ, e SICAF, na fase de habilitação, se dá em cumprimento à recomendação do TCU, Acórdão Plenário nº 1.793/2011, e trata-se de verificação da própria condição de participação no certame, não assistindo, portanto, razão à recorrente.

3.4. Item 4 da impugnação – Sobre a regularidade junto ao Cadin como condição para a contratação. O Item 17.5 do Edital determina que, previamente à contratação, a Administração realizará consulta “online” ao SICAF, bem como ao Cadastro Informativo de Créditos não Quitados – CADIN, cujos resultados serão anexados aos autos do processo. O que já significa que o referido Edital menciona tão somente a necessidade de consulta, não prosperando a solicitação de retirada do item.

3.5. Item 5 da impugnação – Sobre Inclusão de cláusula a respeito do pagamento via nota fiscal com código de barras. No Edital não há menção a recusa de pagamento via nota fiscal com código de barras e a Fundação Nacional de Saúde utiliza essa forma de pagamento. Mas não há necessidade de incluir tal cláusula. Desta forma é aceito o formato solicitado pelo licitante mas negada a alteração do Edital.

3.6. Item 6 da impugnação – Sobre a Retenção do pagamento pela contratante. Quanto à alegação do item 6 - retenção de pagamento pela Contratante, insurge-se a recorrente contra o disposto no item 22 do Termo de Referência, o qual determina que as faturas que apresentarem incorreções serão devolvidas à Contratada e não será iniciada a contagem de prazo para pagamento pela Contratante até a sua correção. Alega que a tal previsão não é razoável, haja vista que a parcela incontroversa, ou seja, aquela sobre a qual não põe qualquer dúvida, deve ser paga pela Administração prontamente, não sendo necessário aguardar a correção da fatura.

Refutamos esse entendimento, uma vez que tal previsão não é desarrazoada e tampouco se caracteriza como retenção de pagamento. Cabe ressaltar que o pagamento por serviços utilizados é, via de regra, feito sobre o valor total da respectiva fatura, não podendo esta ser paga de forma parcial. O pagamento parcial do valor total da fatura, conforme propõe a impugnante, traria complexidade aos controles financeiros e administrativos, relacionados à quitação efetiva de serviços utilizados em determinado período pela contratante.

Salienta-se ainda, que cabe à contratada e não à contratante, a emissão das faturas dos serviços efetivamente prestados de forma correta.

3.7. Item 7 da impugnação – Sobre a Garantia em caso de atraso no pagamento. O item 22.14 do Termo de Referência dispõe que no caso de atraso no pagamento a ser efetuado pela contratante a contratada, os cálculos dos valores devidos deverão observar as regras ali traçadas. A empresa sustenta que a forma de cálculo dos juros moratórios em caso de atraso por parte da Administração está equivocada e deve seguir os valores fixados usualmente no mercado: 2% sobre a fatura e 1% ao mês, além de pretender a correção monetária com base no IGP-DI.

A esse respeito informamos que o Edital está de acordo com o que estabelece a Instrução Normativa nº 5 de 25 de maio de 2017, parágrafo 5º do anexo XI. Por esse motivo, afastamos a aplicação de multa como pretendida pela impugnante.

3.8. Item 8 da impugnação – Sobre a Garantia de execução. Insurge-se à recorrente quanto à exigência de apresentação de garantia de 5% do valor do contrato, em 10 dias úteis após sua assinatura, alegando tempo exíguo e invocando os princípios da razoabilidade e proporcionalidade para requerer a apresentação da garantia no prazo de 60 dias e no valor de 1% do contrato.

O valor da garantia contratual de 5% está dentro da esfera de discricionariedade da Administração, concedida pelo § 2º do art. 56 da lei 8.666/93 e não é eivado de qualquer

irregularidade:

"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 3.º deste artigo"

Cabe ao Gestor definir, dentro da margem que a lei lhe concede, o quantum suficiente para fazer frente a possíveis prejuízos oriundos de descumprimento contratual. Dadas as características e o vulto da contratação, entendemos que o valor fixado não fere o princípio da razoabilidade. Assim sendo, nos posicionamos pela manutenção da redação do Edital.

3.9. Item 9 da impugnação – Sobre a Exigência de Índices de Qualificação Econômico-Financeira. Tal item foi objeto de consulta jurídica à Douta Procuradoria, a qual manifestou-se, por meio da Nota Jurídica 00011/2020/GAB/PFFUNASATO/PGF (SEI 2167318), conforme segue: *"Verificamos que a Instrução Normativa nº 02/2010 - e seu art. 44 - foi revogada pela Instrução Normativa nº 3, de 26/04/2018. Portanto, desde de 2018 não há a possibilidade de utilizarmos os parâmetros estabelecidos pela IN 02/2010. Assim sendo, o fundamento normativo apresentado pela empresa OI carece de vigência jurídica. Por outro lado, a nova IN 3/2018 regra que a qualificação econômico-financeira será comprovada com a apresentação do Balanço Patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social, elaborados e registrados na forma da lei, que comprovem a boa situação financeira da empresa, vedada a sua substituição por balancetes ou balanços provisórios, bem como será exigida a apresentação da certidão negativa de falência ou concordata expedida pelo distribuidor da sede da pessoa jurídica, ou de execução patrimonial, expedida no domicílio da pessoa física, nos termos dos incisos I e II do art. 31 da Lei nº 8.666/93... Diante do exposto, opino que a Administração conheça da Impugnação - por ser tempestiva - e aprecie todos os itens da Impugnação (SEI 2155142). Quanto ao item "9." da Impugnação, oriento que seja indeferido pelos argumentos e fundamentos dispostos no corpo da presente Nota. De ofício, oriento que seja justificada a sua não inclusão ou incluída no Edital do Pregão Eletrônico nº 4/2020 o subitem "9.10.4. As empresas que apresentarem resultado ou incluída no Edital do Pregão Eletrônico nº 4/2020 o subitem "9.10.4. As empresas que apresentarem resultado (LC), deverão comprovar patrimônio líquido de(.....) do valor total estimado da contratação ou do item pertinente.", devendo a Administração especificar o percentual de até o máximo de 10% (dez por cento) do valor estimado da contratação ou item pertinente no espaço ".....(.....)". Ainda complementada pelo Despacho de Aprovação nº 00030/2020/COLCA/PFFUNASA/PGF/AGU, conforme segue: "Por outro lado, a garantia da execução contratual (art. 56 da lei 8.666/93) não se confunde com a demonstração da boa saúde econômico-financeira da licitante que participa do certame (art. 31 da Lei 8.666/93). No entanto, uma vez que realizada a exigência de capital ou patrimônio líquido mínimo, fica vedada a exigência simultânea de garantia da proposta (art. 31, III, da Lei n. 8.666/93), conforme interpretação do § 2º do mesmo dispositivo" Desta forma indeferimos o item 9 da referida impugnação e será adicionada a exigência de patrimônio líquido de 10% (dez por cento) no caso dos índices previstos no item 9.10.3 inferiores a 1 (um).*

3.10. Item 10 da impugnação – Sobre a possibilidade de subcontratação. A recorrente alega que o Edital e seus anexos não mencionam se será permitida a Subcontratação. A jurisprudência do TCU orienta-se no sentido de exigir prévia e expressa autorização da Administração, veiculada por previsão em edital e em contrato, para que o contratado possa subcontratar parte do objeto contratual.

"nos ensinamentos de Jessé Torres Pereira Junior (in Comentários à Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública, Editora Renova, 2002, p. 694.) (...) poderá subcontratar

se for em parte e desde que tal possibilidade houvesse sido prevista no ato convocatório e no contrato, vedada a inclusão, em regulamento, de autorização genérica para subcontratar, uma vez que a subcontratação terá de ser expressamente admitida em cada contrato, inclusive com a fixação de limite condizente com o objeto deste.” (grifei). Assim, deve-se observar a previsão de subcontratação no instrumento convocatório do certame licitatório e no contrato celebrado com a empresa, nos termos dos arts. 78, IV, combinado com o art. 72, todos da Lei nº 8.666/1993.” (TCU, Acórdão nº 1014/2005, Plenário, Rel. Min. Benjamin Zymler, j. em 20.07.2005.)

Cabe à Administração avaliar a possibilidade mencionada, ato discricionário, não cabendo ao licitante decidir pelo cabimento de tal forma de execução. Restando que o Edital será mantido, sem que seja possível a subcontratação.

DA DECISÃO

Isto posto, conheço das impugnações interpostas, para no mérito, negar-lhe provimento, mantendo inalterados os termos do edital impugnado, exceto pelo acréscimo do item 9.11.1. referente à apresentação do Patrimônio Líquido Mínimo.

Brasília – DF, 09/06/2020

Carmen Lúcia Bairros dos Santos
Pregoeira/Funasa Presidência