



**MINISTÉRIO DA INTEGRAÇÃO NACIONAL
SUPERINTENDÊNCIA DE DESENVOLVIMENTO DA AMAZÔNIA
DIRETORIA DE ADMINISTRAÇÃO
COORDENAÇÃO DE LICITAÇÕES E CONTRATOS
PREGÃO ELETRÔNICO Nº 11/2018**

Analizamos o pedido de impugnação da empresa OI S.A., em Recuperação Judicial, impetrado tempestivamente, para o qual nos manifestamos:

1. DA VEDAÇÃO DE PARTICIPAÇÃO DE LICITANTES EM REGIME DE CONSÓRCIO

Resposta: IMPROCEDENTE. A vedação de participação de empresas em consórcio tem como objetivo evitar a pluralidade de empresas prestando o mesmo serviço, evitando problemas relativos à transferência de responsabilidade em eventuais falhas.

Frisamos que o mercado de telecomunicações conta com empresas aptas a prestar o serviço de forma individualizada.

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.

Acórdão nº 2.813/2004-1ª Câmara, que reproduzo: “O art. 33 da Lei de Licitações expressamente atribui à Administração a prerrogativa de admitir a participação de consórcios. Está, portanto, no âmbito da discricionariedade da Administração. Isto porque a formação de consórcios tanto pode se prestar para fomentar a concorrência (consórcio de empresas menores que, de outra forma, não participariam do certame), quanto cerceá-la (associação de empresas que, em caso contrário, concorreriam entre si) (...) vemos que é praticamente comum a não-aceitação de consórcios (...)” (Comentários à Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública”. 7ª edição. Ed. Renovar. 2007. Páginas 442 a 443.) (Grifos nossos).

2. IMPEDIMENTO À PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS SUSPENSAS DE LICITAR COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM GERAL

RESPOSTA: IMPROCEDENTE. A SUDAM possui o entendimento de que a suspensão temporária de participar de licitações e celebrar contratos administrativos se refere tão somente ao órgão que aplicou a sanção, uma vez que o atingimento de sanção

a outros órgãos e esferas se dá por meio da declaração de inidoneidade, consoante o entendimento do TCU no Acórdão 3858/2009-Segunda Câmara:

“ ...

8.A questão referente à inidoneidade para licitar com ente público federal, em razão de a Caixa Econômica Federal ter aplicado à empresa Fortnorte punição de suspensão para licitar por um ano, foi considerada improcedente, pois a jurisprudência desta Corte de Contas tem se firmado no sentido de que a suspensão temporária, com fundamento no art. 87, inciso III, da Lei 8.666/93, só tem validade no âmbito do órgão que a aplicou (subitem 4.4 a 4.4.2.4, fls. 879/881, v.4)”

“ ...

4.4.2.3.De resto, vale salientar que esse entendimento da Corte de Contas se mostra perfeitamente afinado com as definições de ‘Administração’ e de ‘Administração Pública’ constantes do texto da própria Lei 8.666/93, nos incisos XI e XII de seu art. 6, in verbis:

‘Art. 6º Para os fins desta Lei, considera-se:

XI – Administração Pública – a administração direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, abrangendo inclusive as entidades com personalidade jurídica de direito privado sob controle do poder público e das fundações por ele instituídas ou mantidas;

XII – Administração – órgão, entidade ou unidade administrativa pela qual a Administração Pública opera e atua concretamente’;

Ora, as definições constantes do texto da própria lei são cristalinas e permitem, a nosso ver, dirimir quaisquer dúvidas acerca da aplicabilidade das sanções dos incisos III e IV do art. 87 do referido diploma legal.

4.4.2.4.À luz desses elementos, concluímos que não assiste razão à representante em sua alegação de inidoneidade da empresa Fortnorte. Tampouco entendemos haver qualquer impedimento para que o Banco do Brasil contratasse a empresa Fortnorte, posto que a suspensão temporária aplicada pela Caixa Econômica Federal não atinge os demais órgãos e entidades da Administração Pública.

...”

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

Resposta: IMPROCEDENTE. A verificação dos registros de sanções no SICAF, LISTA DE INIDÔNEOS DO TCU, CNJ e CEIS será mantida consoante o Acórdão 2296/2012 – Plenário, considerando a decisão contida no ACÓRDÃO 1.793/2011-TCU-Plenário:

“9.5.1.5. a verificarem, durante a fase de habilitação das empresas, em atenção ao art. 97, caput e parágrafo único, da Lei nº 8.666/1993, além da habitual pesquisa já realizada no módulo Sicafe do sistema Siasg, a existência de registros impeditivos da contratação:

9.5.1.5.1. no Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas/CGU, disponível no Portal da Transparência (<http://www.portaltransparencia.gov.br>);

9.5.1.5.2. por improbidade administrativa no Cadastro Nacional de Condenações Cíveis por Ato de Improbidade Administrativa disponível no Portal do CNJ;”

4. DA COMPROVAÇÃO DE CAPACIDADE ECONÔMICO-FINANCEIRA

Resposta: IMPROCEDENTE. 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. (grifo nosso)”

(Comentários à lei de licitações e contratações da administração pública/Jesse Torres Pereira Junior – 6. ed.rev. atual e ampl. - Rio de Janeiro: Renovar, 2003, pag.378).

Nessa mesma linha de entendimento, a Súmula 275 do Tribunal de Contas da União, assim dispõe:

“Para fins de qualificação econômico-financeira, a Administração pode exigir das licitantes, de forma não cumulativa, capital social mínimo, patrimônio líquido mínimo ou garantias que assegurem o adimplemento do contrato a ser celebrado, no caso de compras para entrega futura e de execução de obras e serviços.”

5. PAGAMENTO VIA NOTA FISCAL COM CÓDIGO DE BARRAS

Resposta: PROCEDENTE. Após ponderação desta unidade técnica, aceitamos as alegações apresentadas pela empresa, passando o item 6.10.14. do Termo de Referência a possuir a seguinte redação:

“O pagamento será realizado pela SUDAM mensalmente, em moeda nacional, por meio de Ordem Bancária ou por meio de código de barras contido na fatura, até o 5º (quinto) dia útil após a entrega da Nota Fiscal/Fatura pela CONTRATADA, a verificação da sua

conformidade aos termos do contrato e o seu aceite formal pela SUDAM, confirmando que os serviços foram executados conforme contratados;”

6. INDEVIDA CONSULTA DE CERTIDÕES DE REGULARIDADE MENSALMENTE

Resposta: IMPROCEDENTE. 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, tal condição é exigida da CONTRATADA no Art. 18, inciso II, alínea “e”, da IN SLTI/MP Nº 04/2014. Ainda na IN SLTI/MP Nº 04/2014, na “Subseção III – Do monitoramento da execução”, no seu Art. 43, inciso X, a condição também é exigida.

Todos os normativos legais citados regem o presente certame e podem ser verificados no item 10.2.3.

Assim, de acordo com as referências legais acima e de acordo com os procedimentos internos da SUDAM, negamos provimento à empresa e ratificamos a redação do item 6.10.8.

7. DA RETENÇÃO DO PAGAMENTO PELA CONTRATANTE

Resposta: IMPROCEDENTE. Os itens 6.10.10 e 6.10.13, indicados pela proponente, contém restrições com efeito em pagamentos especificamente em referência à execução dos serviços, não como sanções aos não cumprimento da regularidade fiscal – como alega a proponente.

O item 6.10.10 se refere a multas que poderão ser aplicadas à CONTRATADA, de acordo com o item 9.2.1.2 do Termo de Referência, com guarida no inciso II, do Art. 87 da Lei nº 8.666/93. Tais multas estão explicitadas por todo o item 9.5.

A glosa citada no item 6.10.13, está associada especificamente ao cumprimento dos níveis de serviço, conforme previsto no “Caderno de Métricas do Acordo de Níveis de Serviço”, item 6.7.1.

Finalmente, de acordo com a alínea “a”, inciso II, do Art. 20 da IN SLTI/MP Nº 04/2014, há a previsão de fixação dos valores e procedimentos para retenção ou glosa no pagamento quando a CONTRATADA “não atingir os valores mínimos aceitáveis fixados nos Critérios de Aceitação, não produzir os resultados ou deixar de executar as atividades contratadas”.

Conforme se pode observar, tais multas e glosas estão associadas a requisitos estritamente técnicos (implantação da solução, início da operação dos serviços, cumprimento dos níveis de serviço), não a requisitos de regularidade fiscal – conforme

alega a proponente – e são previstos em normativo legal que rege o presente certame (IN SLTI/MP N° 04/2014). Assim, também negamos provimento às alegações da proponente.

8. GARANTIA EM CASO DE ATRASO NO PAGAMENTO

Resposta: IMPROCEDENTE. Mais uma vez salientamos a importância da verificação, no item 10.2.3 do Termo de Referência, dos Normativos Legais que regem a presente licitação.

Assim, ratificamos a redação do item 6.10.11 do Termo de Referência, que versa sobre a compensação financeira no caso de eventual atraso de pagamento por parte da Administração e que está rigorosamente em consonância com o disposto no Item 5, do “ANEXO XI - DO PROCESSO DE PAGAMENTO”, da IN SLTI/MP N° 05/2017.

9. REAJUSTE DOS PREÇOS

Resposta: IMPROCEDENTE. A cláusula de reajuste contratual não está facultada, ela consta do item 6.12 do Termo de Referência.

Considerando a redação do item 6.11 do TR e seus subitens e, considerando que a Resolução ANATEL n° 420, de 25/11 2005, revisada pela Resolução n° 532 de 03 /08/2009, que define que os preços permanecerão válidos por um período mínimo de um ano após assinatura do instrumento contratual, entendemos que está subentendido que as solicitações de reajustes poderão ser feitas a cada 12 (doze) meses, no caso de desejo de prorrogação contratual entre as partes.

Sobre a solicitação de alteração do índice de reajuste, conforme previsto no item 6.12.1 do Termo de Referência, **entendemos ser improcedente**, uma vez que o índice oficial definido pela ANATEL para reajuste dos serviços de telecomunicações é o IST, previsto na Resolução n° 420, de 25/11 2005, revisada pela Resolução n° 532 de 03 /08/2009 daquela agência.

10. BASE DE CÁLCULO DAS MULTAS EM CASO DE INEXECUÇÃO PARCIAL DO CONTRATO

Resposta: PROCEDENTE. Após ponderação desta unidade técnica, verificamos o lapso cometido e aceitamos as alegações apresentadas pela proponente. Assim, o item 9.5.1. do Termo de Referência passa a ter a seguinte redação:

“Multa: 0,5% (meio por cento) por dia de atraso injustificado sobre o valor da parcela inadimplida (instalação + faturamento do primeiro mês de serviço), no caso de

inexecução parcial das obrigações assumidas. Entende-se por inexecução parcial o limite de 20 (vinte) dias corridos de atraso para o início da operação dos serviços de IP Direto.”

DECISÃO: Acolhemos, PARCIALMENTE, o pedido de impugnação da empresa OI S.A., em Recuperação Judicial, conforme os itens acima. Ante o exposto, indefiro a impugnação, para manter o Edital em seus exatos termos, ressalvado as alterações na redação do texto dos itens 6.10.14 e 9.5.1 do Termo de Referência, Anexo I do Edital.

OBSERVAÇÃO: A íntegra da resposta ao pedido de impugnação está disponível no sítio www.sudam.gov.br/licitacoescontratos/andamento pois a quantidade de caracteres não é suportada por este sistema.

Djair Bandeira Alves
Pregoeiro/CLC/SUDAM