

RESPOSTA A IMPUGNAÇÃO AO EDITAL

MODALIDADE: Pregão Eletrônico nº 048/2020/PPP/ALE/RO
PROCESSO: 008235/2020-35 – TCDF 1087/2020
INTERESSADO: ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE RONDÔNIA

OBJETO: Registro de Preços para eventual e futura contratação de empresa especializada em telecomunicações para o fornecimento de serviços continuados de telefonia móvel pessoal – SMP, para 370 (trezentos e setenta) códigos de acesso, a pedido do Departamento de Comunicação Interna e Externa, com a finalidade de atender as necessidades da Assembleia Legislativa do Estado de Rondônia, conforme especificações técnicas discriminadas no anexo I - Termo de Referência.

Trata-se de pedido de impugnação interposto pela empresa **Oi S.A**, sociedade anônima, com sede na Cidade do Rio de Janeiro, Estado do Rio de Janeiro, na Rua do Lavradio, 71, 2º andar, parte, Bairro Centro, inscrita no CNPJ/MF sob o nº 76.535.764/0001-43, aos termos do Edital de Pregão Eletrônico nº 048/2020/PPP/ALE/RO, pelas razões a seguir expostas.

A impugnação foi endereçada ao Pregoeiro da Assembleia Legislativa do Estado de Rondônia, transmitida via e-mail, no dia **2 de dezembro, as 17h09**.

I. DA TEMPESTIVIDADE

O prazo para impugnação está previsto no item 21.1 do Edital, que assim prevê:

21.1 – Até dois dias úteis antes da data fixada para abertura da sessão pública, qualquer pessoa poderá impugnar o ato convocatório do pregão, na forma eletrônica, conforme art. 18, caput, Dec. 12.205/2006.

O dia **07 de dezembro de 2020 (segunda-feira)** foi fixado para a realização da sessão, e na forma da contagem geral de prazos não se computa o dia do início. Assim, o **primeiro** dia útil na contagem regressiva para a realização do certame é o dia **04 de dezembro de 2020 (sexta-feira)** e o **segundo**, o dia **03 de dezembro de 2020 (quinta-feira)**; ou seja, o dia **02 de dezembro de 2020 (quarta-feira)** seria o último dia para impugnar. A presente impugnação foi protocolada em **2 de dezembro de 2020 (terça-feira), as 17h09**, desta forma, vislumbra-se a **tempestividade da presente impugnação**.

II. RAZÕES DE IMPUGNAÇÃO

As razões da impugnação, na íntegra, estão disponibilizadas no documento e-DOC ADA48F4F (e-TCDF) e no site oficial desta ALE/RO => <http://transparencia.al.ro.leg.br/LicitacoesContratos/Licitacoes/detalhes/254>

III. DO PEDIDO

Para garantir o atendimento aos princípios norteadores dos procedimentos licitatórios, a Oi requer que se julgue motivadamente a presente Impugnação, no prazo de 24 horas, acolhendo-a e promovendo as alterações necessárias nos termos do Edital e seus anexos, sua consequente republicação e suspensão da data de realização do certame.

IV. DA ANÁLISE

Recebida a presente impugnação, a mesma fora encaminhada ao Departamento de Comunicação Interna e Externa, para conhecimento e manifestação, nos quesitos atinentes a competência daquele Departamento, com vistas a subsidiar a decisão deste Pregoeiro, promovendo-se a revisão necessária dos itens impugnados, na forma abaixo:

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

O Instrumento Convocatório estabeleceu no subitem 10.1.4.6 a exigência de apresentação de cálculo de índices contábeis de Liquidez Geral (LG), Solvência Geral (SG) e Liquidez Corrente (LC), com o resultado igual ou superior a ≥ 1 . Exigiu também a comprovação de patrimônio líquido mínimo de 5% (cinco por cento) do montante da contratação (subitem 10.4.7.7), de acordo os parágrafos 2º e 3º, do artigo 31, da Lei 8.666/93. Os índices e valores estabelecidos são usualmente adotados nas licitações públicas para a correta avaliação da situação financeira suficiente ao cumprimento das obrigações decorrentes da licitação não representando nenhuma ilegalidade.

A Lei nº 8.666/93 concedeu ao gestor público a possibilidade de eleger, caso a caso, os índices mais adequados à contratação. No entanto, conforme, estabelecido na recém-publicada Súmula nº 289 do TCU, a exigência dos índices contábeis escolhidos somente se legitimará se houver justificativa no processo de licitação. Por outro lado, a escolha administrativa não pode comprometer a competitividade do certame. Deve o órgão licitante adotar índice que possa ser considerado confiável e que, ao mesmo tempo, possibilite a participação de um número razoável de empresas integrantes do mercado, no intuito de atingir um grau máximo de certeza junto a um risco mínimo à contratação.

Desta forma, com vistas a ampliar o universo de competidores, considerando que para o objeto licitado há limitação de empresas, que são devidamente outorgadas para a prestação de Serviço Móvel Pessoal pela ANATEL, como ressaltou a impugnante, o subitem 10.4.7.7 será alterado nos seguintes termos:

10.1.4.7. A licitante que apresentar resultado menor que um (< 1), no cálculo de quaisquer dos índices referidos no subitem anterior, deverá comprovar que possui capital mínimo ou patrimônio líquido mínimo de 5% (cinco por cento) do valor total estimado para contratação.

2. RETENÇÃO E GLOSA DO PAGAMENTO PELA CONTRATANTE

O item 20.5 do edital e 16.8 do termo de referência dispõem que nenhum pagamento será efetuado à empresa, enquanto houver pendência de obrigação financeira, em virtude de penalidade ou inadimplência contratual, ou seja, na existência de débito referente a multa por inexecução parcial, total ou atraso no início da execução dos serviços o pagamento devido seria susgado. Não há menção de aplicação da possível sanção ao não cumprimento da comprovação da regularidade fiscal no decorrer da execução contratual. Não obstante, assiste razão a impugnante, uma vez que a retenção de pagamentos não consta do rol taxativo de sanções aplicáveis a contratada, dispostos no art. 87 da Lei nº 8.666/93. Da mesma forma é o entendimento recente dos Tribunais Superiores, com inúmeras decisões e jurisprudência. Assim, em cumprimento ao princípio da legalidade, norteador dos atos da administração pública, referidos itens serão excluídos do Edital e Termo de Referência.

3. DA RESPONSABILIDADE CIVIL DA CONTRATADA DE ACORDO COM O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Assembleia Legislativa do Estado de Rondônia – ALE/RO

A relação de consumo, no Brasil, é regulada pela Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990, que, por sua vez, instituiu o Código de Defesa do Consumidor - CDC, e tem por finalidade estabelecer normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos de seu artigo primeiro.

Art. 1º O presente código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos arts. 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias.

Assim, toda relação de consumo, sendo esta entendida como aquela em que o consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final – artigo 2º, do CDC.

No artigo 3º temos a definição de Fornecedor, Produto e Serviço:

Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

§ 1º Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.

§ 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

Um dos artigos mais importantes do CDC é o artigo 18 que estatui as situações nas quais os fornecedores possuem responsabilidade solidária pelos vícios de qualidade ou quantidade que tornem os produtos impróprios ou inadequados ao consumo de destino ou lhes diminuam o valor, também por aqueles que decorrem da disparidade, com as indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária. A responsabilidade pelo vício nada mais é do que uma falha de adequação de qualidade/quantidade, acarretando uma frustração de consumo ao consumidor.

Da Apelação Cível nº 2008.045876-2, TJSC, colhe-se:

Essa responsabilidade, segundo ADA PELLEGRINI GRINOVER [et.al.], na obra conjunta Código Brasileiro de Defesa do Consumidor - comentado pelos autores do anteprojeto, 7 ed., Editora Forense Universitária, ano 2001, não se identifica, ontologicamente, com a responsabilidade por danos, nem recorre a fatores extrínsecos, envolvendo a apuração da culpa do fornecedor (p. 181). O modelo de responsabilidade aqui analisado é consectário do inadimplemento contratual: o fornecedor tem a obrigação de assegurar a boa execução do contrato, colocando o produto ou serviço no mercado de consumo em perfeitas condições de uso ou fruição (op. cit., p. 181).

De qualquer maneira, a responsabilidade civil do fornecedor é objetiva, bastando a comprovação do defeito e do nexo de causalidade para que reste configurada sua responsabilidade à reparação dos danos porventura causados e devolução proporcional do valor pago, já que, no caso, impossível falar em substituição

Neste contexto, como pode ser observado, a previsão contida no subitem 20.3 não é desproporcional, sendo estabelecido de modo a garantir a esta Administração as faculdades previstas no art. 18 da Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor).

4. INDEVIDA CONSULTA DE CERTIDÕES DE REGULARIDADE MENSALMENTE

Considerando que atualmente a Contratante, através do Departamento de Comunicação Interna e Externa, realiza a consulta on line das certidões de regularidade das empresas que prestam serviços de telefonia na ALE/RO, anexando-as ao processo de pagamento, a futura contratante fica dispensada de apresentar as referidas certidões como exigido no subitem 14.10 e 16.4 do Termo de Referência, conforme alterações abaixo:

14.10 - Apresentar, mensalmente, detalhamento dos serviços prestados, considerando o período de faturamento do primeiro ao último dia de cada mês, com previsão de pagamento para dez dias após o recebimento da fatura, que deverá ser

fornecida em papel e em arquivo eletrônico, no formato texto (txt).

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

Dentre as sanções administrativas estabelecidas na Lei nº 8.666/93 a Administração estipulou as penalidades relativas à aplicação de multa, sendo um dos pontos atacados na presente impugnação a aplicação de multa sobre o valor total do contrato, no caso de atraso de entrega do objeto. Transcrevemos abaixo o aludido item:

17.DAS SANÇÕES

17.1 A CONTRATADA estará sujeita às penalidades previstas nas Leis Federais nº 8.666/93, 10.520/02, suas atualizações e demais legislações pertinentes, sem prejuízo das aplicações em especial, que seguem:

....

17.1.2 Multa de 2% (dois por cento) sobre o valor total do contrato, por dia de atraso, na entrega do objeto, até o limite de 10% (dez por cento). Após o prazo de 05 (cinco) dias de atraso, a CONTRATANTE poderá rescindir o contrato;

De fato, assiste razão a impugnante, uma vez que o objeto poderá ser entregue parceladamente, por se tratar de registro de preços, não cabendo desta forma a previsão de aplicação de penalidade sobre o valor total do contrato. Desta forma, o subitem 17.1.2 padece de correção, passando a ter a seguinte redação:

17.1.2 Multa moratória de 2% (dois por cento) por dia de atraso na entrega do objeto, a ser calculado sobre a parcela inadimplida, até o limite de 10% (dez por cento). Após o prazo de 05 (cinco) dias de atraso, a CONTRATANTE poderá rescindir o contrato;

6. EXIGÊNCIA EXCESSIVA

Pugna a empresa impugnante pela alteração no edital para excluir as exigências relacionadas ao item 5.1, alínea “c” e o anexo VI (declaração de que não possui, em seu quadro de pessoal, empregado (s) que sejam cônjuges, companheiros ou parentes em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, de ocupantes de cargos de direção e assessoramento, vinculados a Assembleia Legislativa do Estado de Rondônia) como critério de participação no certame por entender que as exigências não guardam correspondência com o objeto, bem como restringe a competitividade e não existe previsão em lei.

Não merece prosperar as alegações da empresa interessada. Isto porque a essência da exigência visa afastar qualquer incidente relacionado ao conflito de interesses na contratação pública e, com isso, macular o procedimento licitatório.

Não é demais reforçar que há impedimentos materiais na lei de licitações. Eis os exemplos contidos no artigo 9º da Lei de licitações – conforme transcrição:

“Art. 9 – Não poderá participar, direta ou indiretamente, da licitação ou da execução de obra ou serviço e do fornecimento de bens a eles necessários:

- I – o autor do projeto, básico ou executivo, pessoa física ou jurídica;
- II – empresa, isoladamente ou em consórcio, responsável pela elaboração do projeto básico ou executivo ou da qual o autor do projeto seja dirigente, gerente, acionista ou detentor de mais de 5% (cinco por cento) do capital com direito a voto ou controlador, responsável técnico ou subcontratado;
- III – servidor ou dirigente de órgão ou entidade contratante ou responsável pela licitação.

§ 1º É permitida a participação do autor do projeto ou da empresa a que se refere o inciso II deste artigo, na licitação de obra ou serviço, ou na execução, como consultor ou técnico, nas funções de fiscalização, supervisão ou gerenciamento, exclusivamente a serviço da Administração interessada.

Assembleia Legislativa do Estado de Rondônia – ALE/RO

§ 2º O disposto neste artigo não impede a licitação ou contratação de obra ou serviço que inclua a elaboração de projeto executivo como encargo do contratado ou pelo preço previamente fixado pela Administração.

§ 3º Considera-se participação indireta, para fins do disposto neste artigo, a existência de qualquer vínculo de natureza técnica, comercial, econômica, financeira ou trabalhista entre o autor do projeto, pessoa física ou jurídica, e o licitante ou responsável pelos serviços, fornecimentos e obras, incluindo-se os fornecimentos de bens e serviços a estes necessários.

§ 4º O disposto no parágrafo anterior aplica-se aos membros da comissão de licitação”. (BRASIL, 1993) 4

Feito os esclarecimentos acima delineados, improcede os argumentos da empresa por estarem em consonância com os parâmetros legais e regimentais adotados pela ALE/RO. Além disso, vale destacar que a jurisprudência adotada pelos órgãos de fiscalização e controle é no sentido de instituir mecanismos hábeis a evitar qualquer intervenção ou favorecimento no plano licitatório. Com isso, as ações devem ser sempre verificadas caso a caso – senão vejamos:

A participação de empresa cujo sócio tenha vínculo de parentesco com servidor da entidade licitante afronta, por interpretação analógica, o disposto no art. 9º, inciso III, da Lei 8.666/1993. A alteração do contrato social no curso do certame não descaracteriza a irregularidade e constitui indício de simulação e fraude à licitação.

Representação apontou possível irregularidade na Concorrência 001/2007, promovida pela Fundação Universidade Federal do Piauí– FUFPI/MEC, objetivando a contratação de empresa para a prestação de serviços de publicidade e propaganda. Segundo a representante, a participação no certame e posterior contratação de empresa cujo sócio – detentor de 30% do capital social – pertencia ao quadro de pessoal da promotora da licitação (FUFPI) configurou afronta ao disposto no artigo 9º, inciso III, da Lei 8.666/1993, bem como ao item 5.1 do edital, que assim dispôs: “5.1. Não poderão participar da licitação as empresas que tenham entre seus dirigentes, gerentes, sócios detentores de mais de 5% (cinco por cento) do capital social, dirigentes, responsáveis e técnicos, servidor ou dirigentes de órgão ou entidade contratante ou responsável pela licitação e empresas em consórcio.” A unidade técnica destacou que, no curso da licitação, o servidor da FUFPI retirou-se da sociedade, sendo substituído por sua filha. Destacou ainda que a referida empresa teria sido beneficiária de 21 processos de dispensa de licitação depois do ingresso do referido servidor no quadro societário. O relator, em consonância com a unidade técnica, rejeitou as justificativas apresentadas pela empresa e pelo servidor, ao concluir que a alteração efetivada no contrato social da empresa teve por objetivo afastar o impedimento tipificado no art. 9º, inciso III, da Lei 8.666/1993. Apontou ainda a ocorrência de simulação com o intuito de fraudar o procedimento licitatório. Argumentou que “mesmo ao se considerar lícita a alteração do contrato social, não se afastou do impedimento constante do art. 9º, inciso III, da Lei 8.666/1993”. Isso porque, “consoante a jurisprudência desta Corte, as vedações explicitadas nesse dispositivo legal estão sujeitas a analogia e interpretação extensiva ...”. Ou seja, “qualquer situação que não esteja prevista na lei, mas que viole o dever de probidade imposto a todos os agentes públicos ou pessoa investida desta qualidade, deve ser proibida, por ser incompatível com os princípios constitucionais da impessoalidade e da moralidade”. (Acórdão 1170/2010-Plenário). Especificamente em relação à participação de parentes em licitação, citou o Acórdão 607/2011-Plenário, no sentido de que “mesmo que a Lei nº

4 <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-administrativo/vedacao-a-participacao-de-parentes-no-processo-licitatorio>.

8.666, de 1993, não possui dispositivo vedando expressamente a participação de parentes em licitações ..., vê-se que foi essa a intenção axiológica do legislador ao estabelecer o art. 9º dessa Lei, em especial nos §§ 3º e 4º, vedando a prática de conflito de interesse nas licitações públicas ...”. Ao se reportar ao caso concreto, destacou que a influência do servidor sobre os gestores da FUFPI foi

Assembleia Legislativa do Estado de Rondônia – ALE/RO

determinante para a ocorrência das sucessivas contratações diretas da empresa. Ponderou, contudo, que a imposição de penalidades deveria ocorrer somente sobre a empresa, uma vez que não houve débito e que a conduta do servidor escapou à jurisdição do TCU por ter sido “praticada na condição de sócio da empresa e não como gestor de recursos públicos ...”. Em relação aos membros da comissão de licitação, ressaltou que “esses responsáveis tiveram conhecimento de que a empresa possuía, de forma relevante, em seu quadro societário parente de servidor da entidade”. O Tribunal, ao acolher a proposta do relator, decidiu em relação a essa irregularidade: a) declarar, com fundamento no art.46 da Lei 8.443/1992, a empresa inidônea para participar de licitações promovidas pela Administração Pública Federal pelo prazo de três anos; b) aplicar aos membros da comissão de licitação a multa prevista no art. 58, inciso II, da Lei 8.443/1992; c) encaminhar cópia da decisão à FUFPI para que averigue a pertinência de instauração de processo administrativo disciplinar para apurar eventuais desvios de conduta praticados pelo servidor. Precedentes mencionados: Acórdãos 1.170/2010 e 607/2011, todos do Plenário. Acórdão 1019/2013- Plenário, TC 018.621/2009-7, relator Ministro Benjamin Zymler, 24.4.2013.

Por fim, não se pode olvidar que se cuida de simples declaração, ou seja, documento cuja confecção não demanda maiores esforços e/ou impedimentos, a menos que, concretamente, exista óbice que se pretenda ocultar.

Dessa forma, não prospera, neste ponto, a irresignação em exame.

7. INCLUSÃO DE GARANTIAS À CONTRATADA EM CASO DE INADIMPLÊNCIA DA CONTRATANTE

A Lei nº 8.666/3/93, aplicada subsidiariamente para a modalidade de Pregão, dispõe em seu artigo 40, XIV, “c”, que o Edital deverá estabelecer as condições de pagamento prevendo critério de atualização financeira dos valores a serem pagos, desde a data final do período de adimplemento de cada parcela até a data do efetivo pagamento. De fato, não há essa previsão no instrumento convocatório e anexos cabendo a inclusão de um subitem do item 16 do Termo de Referência, na forma abaixo:

16.14 – Na hipótese de atraso no pagamento das notas fiscais/faturas, os seus valores serão corrigidos monetariamente, a partir da data de início do inadimplemento até a data do efetivo pagamento, de acordo com o IGP-DI, ainda, acréscimo de multa de 2% sobre o valor da fatura no mês de atraso e juros de mora na ordem de 1% ao mês sobre o valor atualizado.

Ademais, cabe ainda destacar, que na relação contratual entre a Contratante e a Contratada aplica-se supletivamente os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições do direito privado, como bem ponderou a impugnante em sua peça.

V. DA DECISÃO

Primando pelos princípios e dispositivos legais aplicáveis ao pleito, bem como ao próprio instrumento convocatório e, ainda, ampliar o universo de participantes no certame, decide o Pregoeiro **ACOLHER** e **DAR PROVIMENTO PARCIAL** à impugnação apresentada pela empresa **OI S.A.**, nos termos do **ADENDO MODIFICADOR Nº 001, de 12/01/2021**.

Porto Velho/RO, 12 de janeiro de 2021.

Everton José dos Santos Filho
Pregoeiro – CPP/ALE/RO