RESPOSTA À IMPUGNAÇÃO AO EDITAL

Apresentado pela empresa Telemar Norte Leste S.A. (OI), cujo objeto da licitação é a "contratação de empresa destinada a prestar de serviços de link simétrico dedicado de no mínimo 10 Mbps para conexão e acesso a Internet (Link Full Duplex 10 Mbps).

DOS FATOS

Às 10:28 hs (dez horas e vinte e oito minutos) do dia 24 de abril de 2017, foi enviado via e-mail junto a Comissão Permanente de Licitação IMPUGNAÇÃO ao Edital de Pregão Presencial nº 006/2017 pela empresa Telemar Norte Leste S.A. (OI), sobre a qual passamos a nos posicionar no prazo legal, nos seguintes termos:

PRELIMINARMENTE

DA ADMISSIBILIDADE

O presente procedimento licitatório, conforme previsto no Edital, tem como fundamentos legais a Lei Federal nº 10.520/2002, regulamentada pelo Decreto Municipal nº 50/2003, com aplicação subsidiária da Lei Federal nº 8.666/1993 e pela Lei Complementar Federal nº 123/2006, observadas as alterações introduzidas nos referidos diplomas legais.

O documento de impugnação apresentado traz como impugnante a empresa Telemar Norte Leste S.A. (OI), CNPJ nº 33.000.118/0001-79 sem, contudo, conter informação no preâmbulo, de seu representante legal, bem como instrumento procuratório assinado pelo mesmo, dando poderes para agir em nome da impugnante.

Nessa linha, sem a apresentação do devido documento legal, não há como se aferir os poderes do responsável pelo ato de impugnação e, por via de consequência, será a peça apresentada considerada como ato impugnatório oriundo de CIDADÃO, enquadrando-se no que preceitua o § 1º do artigo 41 da Lei Federal nº 8.666/93, que prevê o prazo de 05 (cinco) dias úteis anteriormente à sessão, o que, verifica-se não ter sido atendido, já que o documento fora protocolado às 10:28 hs (dez horas e vinte e oito minutos) do dia 24 de abril de 2017, portanto, no terceiro dia útil anterior à sessão prevista inicialmente para o certame, qual seja, 27 de abril de 2017.

Portanto, a presente impugnação será recebida, mas não conhecida, por deixar de reunir as hipóteses legais intrínsecas e extrínsecas de admissibilidade, sendo finalmente considerado INTEMPESTIVO e sem efeitos recursais.

DO MÉRITO

Ainda assim, em consideração ao direito de petição, constitucionalmente resguardado, passamos a análise dos fatos ventilados na impugnação.

1- EXIGÊNCIA DE CREDENCIAMENTO EXCESSIVO

O item 7.1 menciona que as apresentações das declarações no credenciamento possuem a seguinte condição:

7.1- As declarações de Inexistência de Fato Impeditivo e de Pleno Atendimento aos Requisitos de Habilitação deverão ser apresentadas em separado dos envelopes de documentação e

proposta, de acordo com os modelos constantes dos Anexos III e IV, respectivamente, do presente Edital, datilografadas/impressas em papel timbrado da empresa, contendo carimbo de CNPJ e assinatura do representante legal da empresa, devidamente identificado. (grifo nosso).

No entanto, estais exigências vão além do rol previsto nos artigos 27 a 31 da Lei n.º 8.666/93.

Vale destacar que os documentos exigíveis para a habilitação estão indicados no art. 27 da Lei 8.666/93[1] e somente podem se referir à habilitação jurídica, qualificação técnica, qualificação econômico-financeira, regularidade fiscal e trabalhista e cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da CF/88. São, portanto, os requisitos de habilitação previstos no art. 27 da Lei n.º 8.666/93 são *numerus clausus.*

Assim, entendemos que a obrigação descrita acima, quanto à questão do carimbo de CNPJ é demasiadamente abusiva.

De toda forma, entendemos que tal solicitação pode ser suprida caso o documento contenha todos os dados da empresa (CNPJ, Endereço Completo), assim, caso as declarações tenham todos os dados da empresa não necessitara estar carimbada, por se tratar de excesso de formalismo.

Assim, requer a alteração para que seja apresentado o carimbo de CNPJ ou alternativamente, que todos os dados da empresa estejam no documento.

[1] A Lei n.º 8.666/93 é adota subsidiariamente na presente licitação, nos termos do artigo 9 da Lei n.º 10.520/02 ("Aplicam-se subsidiariamente, para a modalidade de pregão, as normas da Lei n.º 6.666, de 21 de junho de 1993), bem como do Preâmbulo do ato convocatório.

RESPOSTA: No que tange as declarações exigidas no item 7 do Edital, tais declarações não se tratam de documentos de habilitação previstos nos artigos 27 a 31 da Lei Federal nº 8.666/93, estando previstas na Lei Federal nº 10.520/2002 e no instrumento convocatório da licitação. Quanto a obrigatoriedade de carimbo da empresa com CNPJ, entendemos que tal providência em nada onera ou dificulta a participação da impugnante.

2- REAJUSTE DOS PREÇOS

O item 21.1 do Edital, bem como a Cláusula Oitava, item 8.1 da Minuta de Contrato mencionam sobre a regra de reajuste.

Tendo em vista que o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal determina a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos firmados com a Administração Pública, a Lei n.º 8.666/93 disponibilizou instrumentos aptos a recompor o eventual desequilíbrio entre as vantagens e os encargos originalmente pactuados.

Assim, para a recomposição da equação econômico-financeira, surgiram diversas figuras, dentre elas o reajuste.

O reajuste nada mais é do que a indexação do valor da remuneração devida ao particular a um índice de variação de custos. É alteração dos preços para compensar (exclusivamente) os efeitos das variações inflacionárias, mantendo o valor da moeda, sem o que haveria desequilíbrio econômico, com prejuízo de uma das partes.

A Lei n.º 8.666/93, em seu inciso XI do art. 40, determina a obrigatoriedade do Edital conter, dentre outros, "o critério de reajuste, que deverá retratar a variação efetiva do custo de produção, admitida a adoção de índices específicos ou setoriais, desde a data prevista para

apresentação da proposta, ou do orçamento a que essa proposta se referir, até a data do adimplemento de cada parcela".

Da mesma forma, o inciso III do art. 55 da referida Lei elenca como cláusula necessária em todo contrato a que estabeleça "o preço e as condições de pagamento, os critérios, data-base e periodicidade do reajustamento de preços, os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento".

É obrigatória, portanto, a inclusão de cláusula de reajuste, não sendo uma mera faculdade da Administração.

Para Marçal Justen Filho:

"O reajuste de preços se configura, então, como uma solução destinada a assegurar não apenas os interesses das licitantes, mas também da própria Administração. A ausência de reajuste acarretaria ou propostas destituídas de consistência ou a inclusão de custos financeiros nas propostas – o que produziria ou a seleção de proposta inexequível ou a distorção da competição2."

A presente licitação tem como objeto a prestação de serviços de telecomunicações, os quais são regidos pela Lei n.º 9.472/97 (Lei Geral de Telecomunicações).

Assim, as operadoras de serviços telefônicos submetem-se às disposições editadas pela ANATEL, a qual determina, no inciso VII do art. 19 da Lei n.º 9.472/97 (Lei Geral de Telecomunicações), que compete à Agência "*controlar, acompanhar e proceder à revisão de tarifas dos serviços prestados no regime público, podendo fixá-las nas condições previstas nesta Lei, bem como homologar reajustes.*"

Os serviços telefônicos podem ser remunerados por meio da cobrança de tarifas ou de preços. A remuneração acontecerá pela cobrança de tarifas quando o serviço telefônico for prestado em regime público, por meio de Concessão. Por sua vez, a cobrança pelos serviços de telecomunicações prestados em regime privado acontecerá por meio de preços.

Ocorre que considerando o objeto do edital tratar-se de SMP, e sua remuneração é feita 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 do item 21.1 do Edital e da Clausula Oitava, item 8.1 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".

RESPOSTA: A princípio vale esclarecer que *reajuste* só pode ocorrer após 12 (doze) meses de contrato. Já a *revisão* pode ocorrer a qualquer tempo, desde que atendidas as exigências previstas na alínea "d" do inciso II do artigo 65 da Lei Federal nº 8.666/93. Pretende a impugnante que o critério de reajuste utilize como índice o IGP-DI. Ocorre que a impugnante não anexou nenhum documento que comprove ser tal índice imperioso para o caso em tela. O índice que consta do Edital é o mesmo utilizado nos demais contratos administrativos celebrados pelo Município.

3- PAGAMENTO VIA NOTA FISCAL COM CÓDIGO DE BARRAS

O item 19.7 do Edital e a Cláusula Sétima, item 7.7 da Minuta de Contrato estabelecem que o pagamento deverão ser realizado mediante ordem bancária.

Ocorre que tal sistema de pagamento encontra-se em dissonância com o procedimento de pagamento adotado relativamente aos serviços de telecomunicações, uma vez que esses são pagos mediante apresentação de fatura (nota fiscal com código de barras), ou mediante SIAFI nos casos de órgãos vinculados à Administração Pública Federal, como é o caso da ANATEL.

Como é cediço, o SIAFI é um sistema informatizado que controla a execução orçamentária, financeira, patrimonial e contábil dos órgãos da Administração Pública direta federal, das autarquias, fundações e empresas públicas federais e das sociedades de economia mista que estiverem contempladas no orçamento fiscal e (ou) no orçamento da seguridade social da União.

Assim, as unidades gestoras registram seus documentos (empenho, ordem bancária etc.) e o SIAFI efetua automaticamente todos os lançamentos contábeis necessários para se ter conhecimento atualizado das receitas, despesas e disponibilidades financeiras do Tesouro Nacional.

Com efeito, esse sistema de faturamento e cobrança, o qual permite o reconhecimento rápido e eficiente do pagamento, é baseado em código de barras.

Qualquer outra forma de pagamento, como o depósito em conta corrente previsto no Edital, causará transtornos ao sistema de contas a receber da empresa de telecomunicações contratada.

Ademais, a Oi utiliza o sistema de faturamento, por meio de Nota Fiscal/Fatura, emitida com código de barras para pagamento, em apenas uma via, modelo 22, em razão das várias vantagens que essa forma de pagamento proporciona.

Tal sistema proporciona vantagens à empresa prestadora dos serviços, haja vista que reduz a inadimplência e garante a satisfação do cliente.

Ante o exposto, para a melhor adequação do instrumento convocatório à realidade do setor de telecomunicações, 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.

RESPOSTA: O instrumento convocatório contemplou o sistema de pagamento previsto no subitem 19.7, por se tratar do normalmente utilizado nas licitações do Município. No entanto, nada impede que o pagamento possa ser realizado da forma solicitada, mediante solicitação a Secretaria Municipal de Fazenda.

4- DOS DESCONTOS NO PAGAMENTO PELA CONTRATANTE

O item 19.11 do Edital, bem como a Cláusula Sétima, no item 7.11 da Minuta do Contrato dispõem que:

"..será descontado da importância devida o valor correspondente a 0,033% (trinta e três milésimos por cento), por dia de antecipação."

Entretanto a Lei de Licitações não menciona sobre antecipações de pagamento, de forma que caso estes tragam vantagens para a Administração, deve ser regulamentado.
Assim, vale mencionar que a participação em processo licitatório é baseada em consumo e para elaboração do preço se tem toda composição de custos, de forma que caso gere descontos no pagamento da prestação de serviço frequentemente, pode-se acarretar prejuízo

ao particular, e consequentemente enriquecimento ilícito da Administração tendo em vista que a Lei não possui norma para tal acontecimento.

Não obstante, TCU, de longa data, não reconhece a possibilidade de a Administração, somente em casos de forma excepcionalíssima, realizar pagamentos antes do efetivo vencimento da fatura, e consequentemente da prestação de serviço do objeto contratado.

Diante disso, tendo em vista que a Lei n.º 8.666/93 não dispõe regras para a antecipação de pagamento, requer a exclusão dos itens em comento.

RESPOSTA: O desconto por eventual antecipação de pagamento encontra-se previsto na alínea "d" do inciso XIV do artigo 40 da Lei Federal nº 8.666/93, verbis:

> "Artigo 40 – O edital conterá no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para inicio da abertura dos envelopes, e indicará, **obrigatoriamente**, o seguinte:
> Inciso XIV - alínea "d": compensações financeiras e penalizações, por eventuais atrasos, **e descontos, por eventuais antecipações de pagamentos**;" (grifo nosso)

Não obstante, o texto do instrumento convocatório em questão encontra-se em consonância com o texto dos instrumentos convocatórios das licitações do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro – TCE/RJ, de quem somos jurisdicionados.

5- GARANTIAS À CONTRATADA EM CASO DE INADIMPLÊNCIA DA CONTRATANTE

O Item 19.13 do Edital e a Cláusula Sétima, no item 7.9 da Minuta de Contrato preveem como deverá ser efetuado o cálculo do pagamento quando este for efetuado em atraso pela Contratante.

Nesse contexto, cumpre trazer à baila o art. 54 da Lei n.º 8.666/1993, que estabelece a aplicação supletiva dos princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado no âmbito dos contratos administrativos. Adiante, verifica-se que o art. 66 da Lei de Licitações determina que "o contrato deverá ser executado fielmente pelas partes, de acordo com as cláusulas avençadas e as normas desta Lei, respondendo cada uma pelas consequências de sua inexecução total ou parcial".

Nesse sentido, verifica-se que o eventual descumprimento da obrigação de pagamento da Contratante deverá gerar as devidas consequências. No caso em quadra, caracteriza-se a mora por parte da Contratante. Em assim sendo, deverá ressarcir a Contratada no que tange aos ônus de mora, a saber: juros moratórios, multa moratória e correção monetária.

Verifica-se que a necessidade premente de ressarcimento baseia-se no fato de que não pode a Contratada suportar o atraso do pagamento das parcelas sob pena de desequilíbrio da relação contratual. Ademais, a mora da Administração culminada com a não incidência dos encargos devidos gera incondicionalmente o locupletamento sem causa desta.

Por fim, verifica-se que os percentuais referentes à multa e juros moratórios devem se dar, respectivamente, à razão de 2% (dois por cento) sobre o valor da fatura e 1% (um por cento) ao mês. A correção monetária deve se operar com base no IGP-DI, índice definido pela FGV. A razão pela fixação de tais parâmetros se dá na prática usual do mercado em geral, incluindo o de telecomunicações. Verifica-se que, impostos valores aquém do exposto, pode-se gerar para

a Administração situação de flagrante desequilíbrio, influenciando, em última análise, no equilíbrio econômico-financeiro da Contratada.

Por todo o exposto, faz-se necessária a adequação do Edital e instrumento convocatório, para que seja alterado o Item em comento, referente 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.

RESPOSTA: O instrumento convocatório em questão faz previsão de penalidades para a Contratante, que normalmente constam nas licitações do Município, em caso de atraso no pagamento. Ocorre que a impugnante não anexou nenhum documento que comprove que os índices pretendidos devam necessariamente ser utilizados para o caso em tela. Não obstante, o texto do instrumento convocatório em questão encontra-se em consonância com o texto dos instrumentos convocatórios das licitações do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro – TCE/RJ, de quem somos jurisdicionados.

DECISÃO:

Entendemos a posição do impugnante, porém nosso compromisso é com a Prefeitura Municipal de Valença, tendo em vista os objetivos elencados no Edital, visando garantir a qualidade técnica, economicidade, praticidade e melhor atendimento ao objeto do Edital.

Pelo exposto, pelas razões de fato e de direito acima aduzidas, e com observância a equipe responsável pela elaboração do referido Edital, DECIDE tomar conhecimento da impugnação para negar-lhe provimento, mantendo inalteradas as condições editalícias.

Valença-RJ, 25 de abril de 2017.

Comissão Permanente de Licitação