



PREGOEIRO E EQUIPE DE APOIO

**RESPOSTA - IMPUGNAÇÃO
PREGÃO ELETRÔNICO Nº 002/2018**

A empresa Oi S.A. - Em Recuperação Judicial,. apresentou impugnação ao Edital de Pregão Eletrônico nº 002/2018, com fundamento no § 2º do art. 41 da Lei nº 8.666/93, em face de exigências contidas no Edital e seus Anexos do Edital - Processo nº 201700047002801, que visa a contratação de concessionária de telefonia fixa para prestação contínua de serviço telefônico fixo comutado (STFC) e link de dados na modalidade MPLS na sede administrativa do Tribunal de Contas do Estado de Goiás, localizada na Av. Ubirajara Berocan Leite, nº 640, Setor Jaó, Goiânia, em Goiás.

A autora da impugnação aponta em suas razões impropriedades constantes nas especificações do Edital e Termo de Referência – Anexo I, razão pela qual propõe a alteração de alguns itens do instrumento convocatório.

Após análise preliminar e verificada a tempestividade da medida, esta Pregoeira remeteu os autos ao Serviço de Acompanhamento de Contratos e Serviço de Manutenção Predial e Paisagismo para apresentar os esclarecimentos técnicos necessários.

Cumprir registrar que esta Corte de Contas, quando da elaboração de seus processos licitatórios, alinha-se ao cumprimento dos princípios norteadores da Administração Pública, elucidados no art. 37, caput, da Constituição Federal de 1988 e art. 3º da Lei nº 8.666/93, especialmente, no que se refere à legalidade do referido ato administrativo e respeito ao Princípio da ampla competitividade e obtenção da proposta mais vantajosa à Administração, primando pela garantia da excelência e eficiência da qualidade dos produtos e dos serviços a serem prestados.



PREGOEIRO E EQUIPE DE APOIO

Naturalmente, levando-se a natureza e a complexidade do objeto, os procedimentos licitatórios ficam sujeitos a possíveis correções e ajustes, razão pela qual o legislador franqueou aos interessados a possibilidade de impugnação e da utilização das vias recursais próprias, dando à Administração a possibilidade de analisar e corrigir falhas.

Especificamente no presente caso, em razão da natureza técnica das alegações, os autos foram submetidos aos setores acima elencados, o qual negaram a existência de impropriedades a serem sanadas.

Assim, seguem abaixo os questionamentos apresentados pela empresa citada acima e os respectivos esclarecimentos feitos pelo Setor responsável, os quais adoto em parte como fundamentos para a decisão.

1) EXIGÊNCIA ABUSIVA DE PARTICIPAÇÃO DE PESSOAL LIGADO AO ORGÃO PROMOTOR DA LICITAÇÃO

Foi contestado o fato de ser excessiva a exigência do item 4.4 do Edital, que estabelece não ser possível concorrer direta ou indiretamente no certame *“servidor de qualquer Órgão ou Entidade vinculada ao Órgão promotor da licitação, bem assim a empresa da qual tal servidor seja sócio, dirigente ou responsável técnico”*.

Todavia, essa Comissão ressalta que tal exigência é amparada no entendimento atualizado do Tribunal de Contas da União, que em diversos julgados já decidiu que *“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”*. (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).

Assim, não cabe falar em frustração à ampla competitividade da licitação,



PREGOEIRO E EQUIPE DE APOIO

e sim em manutenção da lisura e isonomia do procedimento, evitando conflitos de interesse público e privado.

Deve ser frisado ainda que a exigência não deve ser lida a ponto de abarcar o exemplo trazido pela empresa, pois não se exige que se comprove não haver parentesco com todos os sócios da empresa, haja vista que acionistas, cotistas e comanditários não são objeto de tal proibição e sim, na esteira dos mesmos julgados citados acima, apenas dirigentes, responsáveis técnicos e sócios detentores de mais de 5% (cinco por cento) do capital social, bem como servidores ou dirigentes da entidade contratante.

2) EXIGÊNCIA DE REGULARIDADE TRABALHISTA COMO REQUISITO DE HABILITAÇÃO APLICÁVEL ÀS CONTRATAÇÕES EMPREENDIDAS PELO PODER PÚBLICO

Questionou-se a exigência do instrumento convocatório, a título de habilitação, prova de regularidade trabalhista, sem mencionar nada sobre a possibilidade de apresentação de Certidão Positiva com Efeitos de Negativa de Débitos Trabalhistas.

Tal questionamento não exige maiores reflexões, uma vez que é regra geral, trazida pela Lei nº 12.440, de 7 de julho de 2011 que instituiu a chamada Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas e altera a Lei nº 8.666, de 1993 para exigir a regularidade trabalhista como requisito de habilitação no certame licitatório (art. 27).

Em cumprimento à Lei 12.440/2011 e à Resolução TST nº 1470/2011, a Justiça do Trabalho passou a emitir, desde o dia 4 de janeiro de 2012, a Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas – CNDT.

3) ALTERAÇÃO DOS ÍNDICES DE QUALIFICAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA DE LIQUIDEZ GERAL (LG), LIQUIDEZ CORRENTE (LC) e SOLVÊNCIA GERAL (SG).



PREGOEIRO E EQUIPE DE APOIO

Não obstante os valores tenham sido estabelecidos para garantir que a empresa contratada possua capacidade financeira de honrar o investimento financeiro para aquisição dos insumos e prestação de serviços, não vislumbramos óbice em suprimir a exigência disposta na seção 4.2.4 do Termo de Referência, considerando as peculiaridades das grandes empresas desse Setor, outras medidas previstas no instrumento convocatório para resguardar o Erário e, sobretudo, visando uma competitividade ainda maior no certame.

4) IMPOSSIBILIDADE DE PROMOVER A INVESTIGAÇÃO SOBRE A ÁRVORE GENEALÓGICA DOS FUNCIONÁRIOS

Nesse ponto, solicitou-se a exclusão da exigência de declaração de parentesco, constante do Anexo VII do Edital, pois isso obrigaria a empresa a investigar todos os seus funcionários.

Ora, tal exigência, por óbvio, não se refere, por exemplo, a um servidor que trabalhe no *call center* ou em serviços gerais, e sim àqueles com poder decisório e que possam, de alguma maneira, intervir na isonomia do certame. Tais servidores, sem dúvidas, não chegam aos milhares, ou sequer a várias dezenas, de modo que não é oneroso à empresa se assegurar de que os servidores que participarão do processo licitatório agirão com transparência.

Por fim, frise-se que tal exigência é plenamente compatível com a jurisprudência do Tribunal de Contas da União, conforme se nota nos excertos abaixo:

A contratação pela Administração de empresas pertencentes a parentes de gestor público envolvido no processo caracteriza, diante do manifesto conflito de interesses, violação aos princípios constitucionais da moralidade e da impessoalidade.

(Acórdão 1941/2013-Plenário, TC 025.582/2011-9, relator Ministro José Múcio Monteiro, 24.7.2013.



PREGOEIRO E EQUIPE DE APOIO

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. (Acórdão 1019/2013- Plenário, TC 018.621/2009-7, relator Ministro Benjamin Zymler, 24.4.2013).

Tal alegação não merece acatamento, pois a exigência do Edital não pode condicionar-se ao número de empregados das licitantes, e é feita com vistas a resguardar a moralidade administrativa, princípio constitucional que disciplina toda a Administração Pública.

5) DA RAZOABILIDADE NA APLICAÇÃO DA MULTA

Nesse ponto, argumentou-se que o Edital não faz distinção quanto as penalidades aplicadas nos casos de inexecução total e parcial do Contrato e requer a adoção da base de cálculo como sendo o valor mensal ou percentual da parcela inadimplida e não o valor total do Contrato.

Ademais, o edital e seus anexos estão vinculados à Lei Estadual nº 17.928, de 27 de dezembro de 2012, que em seu art. 80 estabelece os limites máximos de multas que podem ser aplicadas e que são tidas como razoáveis.

Frisamos ainda que, conforme previsto no item 18.6 do Edital, a aplicação de quaisquer sanções serão precedidas de processo administrativo, que assegurará o contraditório e a ampla defesa, observando o procedimento previsto legalmente. Portanto, eventual desproporcionalidade de multa aplicada deverá ser arguida no âmbito administrativo, onde será assegurada ampla defesa e contraditório, sem prejuízo de posterior uso de processo judicial.

6) REPASSE INDISCRIMINADO DE DESCONTOS E VANTAGENS

Levantou-se a questão de ser ilícita a exigência de que a Contratada



PREGOEIRO E EQUIPE DE APOIO

repasse os preços e/ou vantagens ofertados ao mercado em geral, sempre que esses forem mais vantajosos do que os ofertados para a Administração Pública.

Informamos que o Contrato que se pretende firmar é do tipo “por adesão”, ou seja, a Administração apresenta as condições para participação com antecedência e aqueles que tiverem interesse podem participar. A manutenção do equilíbrio econômico-financeiro também é um direito da Administração, portanto, se no decorrer da avença o contratado gozar de algum incentivo fiscal que viabilize a revisão dos seus preços certamente deverá repassá-los à Administração, da mesma forma que a contratante é obrigada a reajustar o valor do Contrato em decorrência de variação de índices oficiais previstos no Contrato, respeitados, logicamente, os prazos legais.

7) PAGAMENTO VIA NOTA FISCAL COM CÓDIGO DE BARRAS

Nesse ponto, foi questionado que o pagamento por meio de crédito em conta corrente não está adequado ao que é adotado relativamente aos serviços de comunicações e cita o exemplo do SIAFI.

Todavia, necessário frisar esta Corte faz uso do Sistema de Programação e Execução Orçamentária e Financeira-SIOFI Net, que é semelhante ao SIAFI (por ela citado como modelo). Tal sistema permite o reconhecimento do pagamento feito em código de barras, do mesmo modo em que a impugnante alega ser o padrão em serviços de telecomunicações. A empresa que é a atual contratada na área de telecomunicações atualmente, inclusive, é remunerada desta forma.

8) APRESENTAÇÃO DE CERTIDÕES DE REGULARIDADE MENSALMENTE

Foi questionada a exigência de apresentação mensal de comprovantes de regularidade é indevida e apresenta princípios jurídicos para justificar seu pleito.



PREGOEIRO E EQUIPE DE APOIO

Tal argumentação não merece prosperar, uma vez que a empresa é obrigada, segundo o art. 55, inciso XIII da Lei 8.666/93, a “manter, durante toda a execução do contrato, em compatibilidade com as obrigações por ele assumidas, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação”. E a manutenção dessas condições é comprovada mediante apresentação de certidões, de modo que não cabe à contratada escusar-se à apresentação de tais certidões sempre que solicitada pela contratante.

O Acórdão do TCU 524/2005 – 1ª Câmara dispõe que seja observado com rigor o art. 195, § 3º, da Constituição Federal c/c o art. 47, inciso I, alínea a da Lei nº 8.212/1991 e com o art. 27, alínea a da Lei 8.036/1990, no que tange à obrigatoriedade de se exigir das pessoas jurídicas a serem contratadas, bem assim durante a manutenção do contrato, a comprovação de sua regularidade com a seguridade social (INSS e FGTS). No mesmo sentido, o Acórdão 593/2005 – 1ª Câmara informa para que o gestor atente para a necessidade de exigir, a cada pagamento referente a contrato de execução continuada ou parcelada, a manutenção da comprovação de regularidade informada à época da habilitação.

9) RETENÇÃO DO PAGAMENTO PELA CONTRATANTE

Alega a empresa que a retenção de pagamentos em caso de irregularidade não encontra previsão legal. Assiste razão a empresa quanto as alegação, no entanto, a supressão dos itens não alteram a formulação de propostas ou alterações no objeto licitado.

10) REAJUSTE DOS PREÇOS E DAS TARIFAS

Foi solicitado que fosse feita a inclusão de cláusula de reajuste. E, de fato, essa previsão foi feita no item 18.4 do Termo de Referência:

18.4. O reajuste de preços será aplicável apenas depois de completada periodicidade de 01 (um) ano e será utilizado o



PREGOEIRO E EQUIPE DE APOIO

Índice de Serviços de Telecomunicações (IST), ou outro que o órgão regulador definir para substituí-lo, como índice de reajustamento.

Desse modo, não há irregularidade no edital. Deverá a licitante avaliar o fato de que não haverá reajuste de preços nos 12 (doze) primeiros meses de contrato no momento em que compor a sua proposta.

11) SOLICITAÇÃO DE INCLUSÃO DE PREVISÃO DE PENALIDADE POR ATRASO DE PAGAMENTO

Foi citado que há ausência, no instrumento convocatório, de garantias à contratada em caso de atraso no pagamentos por parte da contratante.

Ora, isso ocorre porque o contrato administrativo não é igual ao contrato privado, em que as partes estão em condição de desigualdade, em virtude das cláusulas exorbitantes, comum em contratos públicos, que servem para resguardar o interesse público.

Assim, nos termos da Lei nº 8.666/93, nesse tipo de contrato a contratada tem o direito de pleitear a rescisão do contrato em caso de atraso superior a 90 (noventa) dias dos pagamentos devidos pela Administração, salvo em caso de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra. A lei assegura ainda ao contratado o direito de optar pela suspensão do cumprimento de suas obrigações até que seja normalizada a situação, bem como pleitear os pagamentos que considerar devidos em virtude atrasos, seja através de processo administrativo, seja por meio de processos judiciais.

Frisamos que a ausência de previsão de multa à contratante deverá ser levada em consideração pela licitante no momento de apresentação de sua proposta, não havendo, nesse ponto, nenhuma irregularidade no instrumento convocatório.



PREGOEIRO E EQUIPE DE APOIO

Diante de tais informações e da parcial pertinência dos argumentos lançados na presente peça, esta Pregoeira juntamente com a Equipe de Apoio, e conforme elementos apresentadas pelo Serviço de Acompanhamento de Contratos e Serviço de Manutenção Predial e Paisagismo, decide dar provimento à impugnação apresentada pela empresa Oi S/A, devendo ser alterado os itens acima referente ao Pregão Eletrônico 002/2018.

Considerando o disposto no item 2.1.2 do Edital, tendo em vista o ACOLHIMENTO DA IMPUGNAÇÃO, será designada nova data para a realização do pregão, a qual será publicada em Jornal de Grande Circulação, no Diário Oficial do Estado e através dos sites: www.licitacoes-e.com.br e www.tce.go.gov.br.

Cópia desta decisão será enviada, via e-mail à solicitante, sendo ainda disponibilizada no sítio www.tce.go.gov.br. Cópia instruirá, ainda, o Processo Eletrônico 201700047002801, e maiores informações poderão ser obtidas pelo telefone (0xx62) 3228-2253 das 08:00h às 13:00h de segunda a sexta-feira.

É a resposta.

Goiânia, 31 de janeiro de 2018.

Polyane Vieira Meireles
Pregoeira