



CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO

DESPACHO

Processo: **00190.026811/2007-25**
Assunto: Contratação de serviços de Rede Wan.

Sra. Coordenadora-Geral de Recursos Logísticos,

Tendo em vista a apresentação de impugnações por parte das empresas TELEMAR NORTE LESTE S/A e BRASIL TELECOM S/A, referentes ao Pregão Eletrônico nº 06/2008 (Rede Wan), apresento abaixo as ponderações elaboradas por esta COLIC/CGRL.

TELEMAR NORTE LESTE S/A

- Subitem 15.4.2 do Edital

Quanto à previsão editalícia no sentido de que *“quando se tratar de consórcio, face à responsabilidade solidária das consorciadas, a utilização da garantia, nos termos deste subitem, será efetivada diretamente junto à empresa líder, independentemente desta ser a responsável pela imperfeição na execução ou pelos danos causados”*, esta decorre do poder discricionário concedido à Administração, pelo *caput* e §§ do art. 33, da Lei nº 8.666/93, para admitir ou não a participação de empresas em consórcio, bem como para definir as condições de liderança, já que a empresa líder **será a representante das consorciadas perante a Administração** (inciso I, do art. 16, do Decreto nº 5.450/2005).

Nesse sentido, Marçal Justen Filho ensina que *“Sendo o consórcio uma associação eventual, constituída para um empreendimento específico, o ato convocatório deve não apenas autorizar sua participação mas também estabelecer as regras correspondentes.”* (grifamos) (FILHO, Marçal Justen, Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos – 11ª. Ed. São Paulo: Dialética, 2005 – pg. 360)

Ademais, não se pode esquecer que as empresas consorciadas para fins de licitação e contratação respondem, ao inverso do que corre nos consórcios de âmbito privado, **solidariamente por todos os atos praticados pelo consórcio**, o que significa dizer que a **Administração poderá exigir de qualquer uma o cumprimento das obrigações assumidas pelo consórcio**.

O entendimento acima é também corroborado por Marçal Justen Filho, o qual preconiza que *“não se confunde o consórcio previsto na Lei das S.A., com o disciplinado pelas Leis de Licitação e Concessão (...). a administração não toma em vista cada consorciado individualmente. Os consorciados comparecem perante a Administração como unidade. Logo, os consorciados devem manter essa unidade, relativamente aos atos que possam gerar sua responsabilidade. (...). Justamente porque comparecem como unidade perante a Administração, os consorciados devem responder*

juridicamente como unidade. Significa a necessária responsabilidade solidária dos envolvidos.” (grifos nossos) (FILHO, Marçal Justen, Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos – 11ª. Ed. São Paulo: Dialética, 2005 – pg. 361 e 362)

Assim, diante do exposto, considero que as disposições insertas no Edital encontram-se em consonância com os ditames legais e entendimentos doutrinários que regem o assunto, razão pela qual **INDEFIRO** o pedido de reformulação do instrumento convocatório.

- Subitem 20.4.1 do Edital

No que se refere à previsão de que “as **multas** porventura aplicadas serão cobradas, nos termos dos subitens acima, diretamente da empresa líder, independentemente desta ser a responsável pelo inadimplemento.”, entendo que as ponderações esposadas na análise do subitem 15.4.2 são também aplicáveis ao caso, não havendo qualquer contradição, conforme alegado pela impugnante.

Assim, se a Lei nº 8.666/93 conferiu poder discricionário à Administração para fixar as regras de liderança, esta CGU-PR nada mais fez do que, visando prover a execução do contrato de maior garantia, centralizar na representante do consórcio as ações quanto à possível aplicação de sanções, ou seja, considerando a prescrição legal no sentido de que há solidariedade entre as consorciadas, este Órgão tão somente se utilizou de sua prerrogativa para definir sobre qual empresa recairiam as medidas efetivas de exigência quanto à correta execução do objeto do ajuste e, se for o caso, da aplicação de penalidades.

Diante disso, **INDEFIRO** o pedido de modificação do citado subitem do Edital.

- Subitem 15.5 do Edital

Quanto às argumentações apresentadas pela impugnante no sentido de que “deverá ser concedido à Contratada a **ampla e prévia defesa**”, antes de qualquer dedução do valor da garantia, face à aplicação de penalidade, bem como de que o prazo de 48 (quarenta e oito) horas estabelecido para a reposição do saldo da garantia que porventura venha a ser utilizada, entendo que as mesmas não procedem pelas razões que se seguem:

- a) tanto o uso da garantia para a correção de imperfeições na execução do objeto ou para reparar danos, quanto para o pagamento de multa porventura imposta (subitem 15.4 e 15.4.1) consubstanciam-se em aplicação de penalidades, sendo que para este último caso (pagamento de multa) menciona-se já no próprio subitem 15.4.1 que a garantia somente será utilizada “**depois de esgotado o prazo recursal**”, restando registrado que **haverá oportunidade para o contraditório e a ampla defesa**;
- b) no item 17 – Da Fiscalização, em seu subitem 17.1, deixa-se assente que caso ocorra imperfeição na execução do contrato ou haja a necessidade de adequação por parte da contratada, “**de tudo será dada ciência à Contratada**”, o que implica dizer que **será oferecida a oportunidade de manifestação da Contratada**;

- c) no item 20 – Das Sanções Administrativas, em seu subitem 20.7, dispõem-se claramente que “*Não será aplicada multa se, **justificada e comprovadamente**, o atraso na execução dos serviços advier de caso fortuito ou de força maior*”, demonstrando novamente que a CGU-PR sempre oferecerá oportunidade de ampla defesa à Contratada. Ainda no mesmo item, no subitem 20.9, fez-se constar expressamente que “**Em qualquer hipótese de aplicação de sanções, serão assegurados à licitante vencedora o contraditório e a ampla defesa**”.

Dessa forma, ainda que não se apresente menção específica no item 15 – Da Garantia, resta claro que esta CGU-PR, mediante a inserção no Edital das disposições ora mencionadas, garante o contraditório e a ampla defesa, direitos esses decorrentes de Lei, o que, por si só, dispensa qualquer disposição expressa, a qual se consubstanciaria em mera formalidade.

Quanto à fixação de 48 (quarenta e oito) horas para a reposição da garantia (subitem 15.5), por não existir disposição normativa específica acerca do assunto, tratando-se, por isso, de poder discricionário da Administração a definição desse prazo, entendo que o mesmo apresenta-se como razoável e exequível. Esclarece, por fim, que, durante a execução do objeto do contrato, detectada a necessidade do uso de parte ou de sua totalidade, se houver comprovação cabal por parte da contratada de que o prazo fixado não poderá ser atendido por razões alheias a sua vontade, tal fato deverá ser justificado, por escrito, e submetido à análise desta CGU-PR, a qual, se julgar conveniente, poderá dilatar o prazo inicialmente fixado.

- Item 18 do Edital

Quanto à solicitação da impugnante para que o Edital e seus anexos sejam alterados, incluindo-se cláusula referente à “**Reajuste de Preço**”, ressalto que o entendimento atualmente vigente no âmbito do Tribunal de Contas da União – TCU é no sentido de que nos contratos de prestação de **serviços contínuos**, como é o caso da presente licitação, deve-se adotar a sistemática da **repactuação de preços** com base em variação analítica de valores de mercado, sendo este o mecanismo adequado, nesses casos, para manter o equilíbrio econômico-financeiro.

Esse entendimento foi externado por meio do Acórdão nº 1.374/2006 - Plenário, do qual se extraiu o seguinte excerto:

*“A regulamentação do art. 3º da Lei n.º 10.192/2001 (lei resultante da conversão da MP 2.074-72 e medidas provisórias anteriores), foi feita por meio do Decreto n.º 2.271/1997, que trata da terceirização, pela Administração Pública, de atividades acessórias. No que tange especificamente ao reajustamento dos contrários, o legislador infra-legal **optou pela introdução da sistemática de repactuações periódicas dos contratos de serviço de duração continuada (art. 5º), em detrimento da adoção prévia de índices de preços gerais, numa tentativa evidente de desindexar parte dos contratos celebrados pela Administração da inflação passada.** Todavia, o Decreto n.º 2.271/1997 não afeta os contratos celebrados pelas empresas estatais, já que **o decreto em comento aplica-se exclusivamente à Administração pública direta, autárquica e fundacional.** (...)*

Por conseguinte, (...) é vedada a estipulação de cláusula de reajuste nos contratos de prestação de serviço de duração continuada. Desse modo, devem as empresas repactuar os valores contratados se houver variação nos custos dos serviços.” (grifos nossos)

Na mesma esteira de entendimento, a área de consultoria da Zênite, considerando o posicionamento do TCU, fez constar da Revista Zênite de Licitações e Contratos – ILC nº 156, de fevereiro de 2007, pg. 175, as seguintes ponderações acerca do Decreto nº 2.271/97, que regulamenta a Lei nº 10.192/2001:

*“De acordo com o art. 4º do Decreto federal, “é vedada a inclusão de disposições nos instrumentos contratuais que permitam a **indexação de preços por índices** gerais, setoriais ou que reflitam a variação de custos”. Assim, a **preservação da manutenção das condições efetivas da proposta do particular contratado**, em vista dos efeitos inflacionários, **ocorrerá de acordo com a fórmula prevista no art. 5º**, que prevê:*

*Art. 5º Os contratos de que trata este Decreto, que tenham por objeto a **prestação de serviços executados de forma contínua** poderão, desde que previsto no edital, admitir **repactuação** visando a adequação aos novos preços de mercado, observados o **interregno mínimo de um ano** e a **demonstração analítica da variação** dos componentes dos custos do contrato, devidamente justificada.*

*Esse dispositivo inaugura, no regime jurídico dos contratos administrativos, o instituto da **repactuação**, que, em última análise, **cumpr**e a mesma finalidade do reajuste de preços, mas por meio diverso. Ao invés de assegurar a manutenção dos preços pela aplicação de índices econômicos, a **repactuação opera o efeito idêntico com a negociação entre Administração contratante e particular contratado**, visando à adequação dos preços dos insumos envolvidos na execução do objeto, baseada em demonstração analítica de variação desses preços no mercado.*

(...)

Desse modo, atenta para esses efeitos e com a estabilização da economia, a Administração Pública federal instituiu a repactuação visando a impedir a elevação de preços desses contratos além daqueles valores efetivamente praticados no mercado.

*Assim, é possível concluir que, nos **contratos de prestação de serviços contínuos**, mesmo as empresas estatais federais devem **adotar a sistemática da repactuação** de preços com base em variação analítica de valores de mercado, **sendo vedada, a qualquer título, cláusulas de indexação a índices econômicos.**” (grifos nossos)*

Diante de tudo que foi exposto, em consonância com o entendimento vigente do TCU, **INDEFIRO** o pedido formulado pela impugnante.

- Subtem 19.7 do Edital

No que tange ao requerimento da impugnante visando à inserção de previsão de **multa moratória, juros e correção monetária**, na hipótese de ocorrência de atraso no pagamento, entendo não ser possível a adoção de tal medida.

Nessas circunstâncias, como o Edital e o contrato são elaborados unilateralmente pela Administração - conforme dispõe o art. 40 e seus §§, da Lei nº 8.666/93 - ao qual o licitante adere com a apresentação da proposta, não é razoável que sejam estabelecidas penalidades contra a Administração.

Nesse sentido o TCU já fixou entendimento por intermédio da Decisão nº 197/97 – Plenário, do qual transcrevo o excerto abaixo:

*“**precaver-se**, quando da elaboração de instrumentos convocatórios ou contratuais, **quanto à inclusão ou omissão de cláusulas** que levem a situações economicamente **lesivas à Administração**, tais como a **previsão de multas contra a própria Administração** que extrapolem a atualização financeira do período, ou a aceitação de condições presentes nas propostas dos licitantes, mesmo que não previstas nos correspondentes instrumentos convocatórios ou contratuais.*
(...)

*Conforme salientou o Ministério Público, o pagamento de **multas contratuais, por atraso em pagamentos**, não pode ser considerado como impropriedade meramente formal, uma vez que o **ato, despido de amparo legal**, trouxe prejuízo ao erário equivalente a R\$ (...), resultante do somatório de diversas multas aplicadas na execução do contrato (...). Como destacou o “parquet” especializado, **a jurisprudência desta Corte**, em situações análogas, **acena para a devolução dos recursos indevidamente gastos**.*
(...)

*Cumprе ressaltar questão referente ao **pagamento de multas** (subitem 4.6.3, f. 11/12), ocorrido em dois exercícios distintos, 1994 e 1995, **sem o devido amparo legal e contrariando jurisprudência firmada por este Tribunal** (Ata nº 45/90, Anexo XXII, Ata nº 60/90, Anexo VI, Ata nº 23/92, Decisão nº 246/92-Plenário e Ata nº 44/94, Decisão nº 585/94-Plenário), **impondo-se, portanto, a reposição dos valores impropriamente gastos**.” (grifos nossos)*

Por fim, esclareço que a fórmula adotada para a atualização financeira, constante do subitem 19.7, já traz em seu conteúdo a previsão dos encargos moratórios, tendo a mesma sido extraída das disposições do subitem 8.1.1, da IN MARE nº 18/97, transcrita abaixo, a qual regula a contratação de serviços de natureza continuada:

*“8.1.1. Nos casos de eventuais atrasos de pagamento, o valor devido deverá ser acrescido de **encargos moratórios**, apurados desde a data acima referida até a data do efetivo pagamento, tendo como base a Taxa Referencial – TR, ou outro índice que venha a substituí-la, calculada pro rata tempore, mediante a aplicação da seguinte fórmula: $EM = [(1 + TR/100)^{n/30} - 1] \times VP$ ”*

Assim, considerando o posicionamento/determinação do TCU, **INDEFIRO** o pedido formulado pela impugnante.

- Subtem 17.3.1 do Edital

No que se refere à alegação da impugnante no sentido de que as disposições contidas no citado subitem do Edital denotariam a ausência, em qualquer caso, de previsão quanto à possível responsabilização da Contratada ou de seus agentes, entendo tratar-se de um erro de interpretação acerca do dispositivo.

Inicialmente, cumpre-me alertar para o fato de que o mencionado subitem é parte integrante do item 17.3, razão pela qual a interpretação deverá ser realizada conjuntamente, ou seja, de forma lógica.

Assim, para melhor entendimento, apresentou abaixo a transcrição das referidas disposições:

*“17.3. Cabe à CONTRATADA atender prontamente e dentro do prazo estipulado quaisquer exigências do Fiscal ou do substituto inerentes ao objeto do contrato, **sem que disso decorra qualquer ônus extra para a CONTRATANTE**, não implicando essa atividade de acompanhamento e fiscalização qualquer exclusão ou redução da responsabilidade da CONTRATADA, que é total e irrestrita em relação aos serviços contratados, inclusive perante terceiros, respondendo a mesma por qualquer falta, falha, problema, irregularidade ou desconformidade observada na execução do contrato.*

*17.3.1. Não se configurará, tampouco, e **em nenhuma hipótese**, a co-responsabilidade da CONTRATANTE ou de seus agentes, prepostos e/ou assistentes.”*

Da análise conjunta dos dispositivos, resta claro que a intenção desta CGU-PR foi, por intermédio do subitem 17.3.1, reforçar a normatização constante do item 17.3, no sentido de que **o desempenho das atividades afetas à Fiscalização**, além de não ocasionar qualquer ônus extra ou exclusão ou redução da responsabilidade da Contratada, também **não possibilitará que a esta (Contratada) alegue, em razão da fiscalização, a existência de co-responsabilidade** da Contratante e/ou dos servidores/agentes responsáveis pelo acompanhamento da execução contratual.

Por fim, a ponderação exposta pela impugnante, quanto ao fato de que às empresas interessadas estaria sendo imposta toda e qualquer responsabilidade, em qualquer hipótese, também não pode prosperar, já que, conforme analisado anteriormente (subitem 15.5) **“Em qualquer hipótese de aplicação de sanções, serão assegurados à licitante vencedora o contraditório e a ampla defesa”**, mediante procedimento administrativo específico, a fim de apurar as eventuais responsabilidades existentes.

Por todo o exposto, INDEFIRO o pedido elaborado pela impugnante.

Em 14 de maio de 2008.

ALAMBIAN DE SOUZA MELLO
Pregoeiro

[https://correio.fazenda.gov.br/exchange/melissa.silva/Caixa de entrada/RES: Respostas às Impugnações - Pregão Eletrônico 06_xF8FF_2008.EML/Despacho COLIC Respostas às impugnações da TELEMAR NORTE LESTE SA.doc/C58EA28C-18C0-4a97-9AF2-036E93DDAFB3/Despacho COLIC Respostas às impugnações da TELEMAR NORTE LESTE SA.doc?attach=1](https://correio.fazenda.gov.br/exchange/melissa.silva/Caixa%20de%20entrada/RES:Respostas%20%C3%A0s%20Impugna%C3%A7%C3%B5es%20-%20Preg%C3%A3o%20Eletr%C3%B4nico%2006_xF8FF_2008.EML/Despacho%20COLIC%20Respostas%20%C3%A0s%20impugna%C3%A7%C3%B5es%20da%20TELEMAR%20NORTE%20LESTE%20SA.doc/C58EA28C-18C0-4a97-9AF2-036E93DDAFB3/Despacho%20COLIC%20Respostas%20%C3%A0s%20impugna%C3%A7%C3%B5es%20da%20TELEMAR%20NORTE%20LESTE%20SA.doc?attach=1)