

## Pedido de Impugnação nº 01 – Pregão Eletrônico nº 09/2011

### 1. Da Vedação à Participação de Empresa em Consórcio

A impugnante alega que o item 3.2., “a” do Edital, transcrito abaixo, configura-se em medida restritiva à participação de interessados, “*cuja consequência direta será reduzir a participação das empresas que, nos termos da regulamentação dos serviços de telecomunicações, possuem outorga para prestação dos serviços licitados.*”

“(…)

**3.2. Não poderão participar desta licitação:**

**a) consórcio** de empresas, qualquer que seja a sua forma de constituição; (...)” (grifamos)

### Resposta:

No que concerne à participação em certames licitatórios de empresas em consórcio, **como bem destacou a própria impugnante**, 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**, cumpre ressaltar que **tal admissibilidade circunscreve-se no âmbito do poder discricionário da Administração Pública**, não configurando uma obrigação legalmente estabelecida.

Além disso, **a permissão**, pela Administração, de **participação de empresas em consórcios não representa, por si só, garantia de ampliação de competitividade**, ao contrário, **pode acarretar, em muitos casos, efeitos danosos à concorrência, na medida em que as empresas associadas deixariam de competir entre si, o que nos parece ser a situação ora tratada já que, como a própria impugnante afirma, “Inexiste no mercado uma ampla gama de opções”.**

Nesse sentido, **merece destaque o posicionamento de Jessé Torres Pereira Junior**, o qual, fazendo **menção ao entendimento do Tribunal de Contas de União** sobre a matéria, assim se manifesta:

“(…)

**Averbe-se a orientação do Tribunal de Contas da União:**

**“Representação. Licitação. Parcelamento do Objeto. Ausência de viabilidade técnica e econômica. Participação de consórcio. No parcelamento do objeto da licitação é imprescindível que se estabeleça a viabilidade técnica e econômica de divisibilidade do objeto. A aceitação de consórcios na licitação situa-se no âmbito do poder discricionário da Administração contratante... A jurisprudência desta Corte de Contas tem assentado que o art. 33 da Lei nº 8.666/93 **deixa à discricionariedade do gestor a decisão de admitir ou não a participação de empresa organizadas em consórcio no certame, devendo o desígnio ser verificado caso a caso. Quando o objeto a ser licitado envolve questões de alta complexidade, via de regra, a Administração, com o intuito de aumentar o número de****

**participantes, admite a formação de consórcio.** No entanto, essa hipótese não ocorre no contexto ora em análise, pois os serviços licitados não envolvem questões de alta complexidade técnica, mas apenas serão mais bem prestados se não parcelados. **Ademais, a participação de consórcios em torneios licitatórios não garante aumento de competitividade,** consoante arestos do relatório e voto que impulsionaram o 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).

Na mesma direção do posicionamento acima, podem-se citar os Acórdãos TCU nº 2295/2005; 280/2010, ambos do Plenário.

A área técnica de TI da CGU-PR também se manifestou a respeito do assunto da seguinte forma:

*“Com relação ao questionamento nº.1 da empresa Brasil Telecom S/A, registro que, em face de o objeto a ser licitado não envolver questão de alta complexidade técnica e tampouco apresentar grande vulto financeiro, não se caracteriza a situação prevista na Lei 8.666/93 (art. 33) e o Decreto 3.555/2000, acerca da possibilidade de a Administração permitir a participação de empresas organizadas em consórcios nas licitações públicas.*

*No caso específico, trata-se de serviço comum que proverá à CGU acesso à rede mundial de computadores Internet, podendo ser perfeitamente atendido por uma única empresa, dentre as 69 (sessenta e nove) do mercado de telecomunicações habilitadas pela Anatel para a prestação de Serviço de Comunicação Multimídia - SCM no Distrito Federal - DF, conforme consulta no sítio da agência em 12/04/11 (<http://sistemas.anatel.gov.br/easp/Novo/Consulta/Tela.asp?OP=E>).*

*Com base nesse entendimento, a solicitação de impugnação deve ser considerada improcedente.”*

### **Conclusão:**

Diante do exposto, entendemos que, no caso concreto, a permissão de participação de empresas em consórcio não se consubstancia na melhor opção a ser adotada, permanecendo, assim, inalteradas as disposições do Edital.

## **2. Da Vedação à Participação de Empresa com o Direito de Licitar e Contratar com a Administração Pública Suspenso**

A impugnante alega que o item 3.2., “c” do Edital, transcrito abaixo, configura-se em medida restritiva à competitividade, por estarmos “*diante de uma **situação peculiar que caracteriza o mercado de prestação de serviços de telecomunicações no país. (...) inexistente no mercado um amplo leque de opções, o que impede a inclusão de qualquer tipo de condição que impeça ou dificulte a participação das operadoras em procedimentos licitatórios, sob pena de efetiva redução na competição**”*. (grifamos)

“(…)

**3.2. Não poderão participar desta licitação:**

(…)

**c) empresas que estejam com o direito de licitar e contratar com a Administração Pública *suspenso*, ou que por esta tenham sido declaradas inidôneas para tal;(…)”**

Em síntese, a impugnante discorre sobre os conceitos, no âmbito de licitação e de contratos administrativos, de “**Administração**” (adstrito ao órgão licitante) e “**Administração Pública**” (conceito que abrangente toda a Administração Direta e Indireta dos entes da Federação) e defende a ideia de que caberia à Administração, **face às peculiaridades do mercado de telecomunicação, prever unicamente a vedação à participação de interessados que estivessem impedidos de licitar e contratar com a “Administração”,** ou seja, nesse caso, a Controladoria-Geral da União.

Entendemos que tal pretensão encontra-se totalmente desprovida de qualquer respaldo legal, já que, ainda que o interesse público seja o bem maior a ser perseguido – acarretando, em muitas situações, o abrandamento e/ou flexibilização na interpretação e, conseqüentemente, na aplicação das normas –, **apresentar-se-ia totalmente incompatível com o ordenamento jurídico** a decisão de um Órgão no sentido de **permitir a participação**, em um certame, de uma **empresa cuja situação fosse de “impedimento de licitar e contratar com a Administração Pública”**.

**A obrigação do registro e a aplicação das sanções às licitantes**, incluído aqui o impedimento de licitar e contratar com a Administração Pública, **decorrem de normas** (Lei nº 8.666/93; Decreto nº 3.722/2001 e alterações; e Instrução Normativa SLTI nº 02/2010), **as quais não trazem em si qualquer situação excepcional afeta à situação ora apontada pela impugnante.**

Ademais, após os registros das penalidades de **suspensão (restrita ao órgão que aplicou a sanção)**, **inidoneidade (abrangente a Administração Direta e Indireta de todos os entes da Federação)** e **impedimento (restrita à Administração Direta e Indireta Federal)**, os respectivos órgãos licitantes aos quais tais sanções alcançam ficam impossibilitados, **automaticamente pelo sistema**, de emitir Nota de Empenho, **o que, por si só, inviabiliza a concretização da contratação.**

### **Conclusão:**

Diante do exposto, entendemos que não há reparo a ser promovido no Edital, permanecendo inalteradas as disposições constantes do subitem 3.1, alínea “c”.

### **3. Dos limites à responsabilidade da Contratada pelos Danos Causados à Administração**

A impugnante alega, em síntese, **que o subitem 13.1.5**, transcrito abaixo, **contraria a legislação em vigor**, sendo que “*somente surgirá o dever de a Contratada indenizar se ficar comprovado que o dano foi causado diretamente à Administração ou a terceiros, decorrentes da culpa ou dolo da Contratada*”.

**“13.1.5.** Responder integralmente pelos danos causados, **direta ou indiretamente**, ao patrimônio da União em decorrência de ação ou omissão de seus empregados ou prepostos, não se excluindo ou reduzindo essa responsabilidade em razão da fiscalização ou do acompanhamento realizado pela CONTRATANTE,” (grifos da impugnante)

A disposição acima, para fins de interpretação, não deve ser tomada de forma isolada, **cabendo a leitura conjunta com o subitem 13.1.7 do Edital.**

**“13.1.7.** Arcar com os ônus resultantes de quaisquer ações, demandas, custos e despesas **decorrentes de contravenção, seja por culpa sua ou de quaisquer de seus empregados ou prepostos**, obrigando-se, outrossim, a quaisquer responsabilidades decorrentes de ações judiciais ou extrajudiciais de terceiros, **que lhe venham a ser exigidas por força da lei, ligadas ao cumprimento do contrato a ser firmado**,” (grifos não originais)

Assim, resta claro que **somente haverá dever de indenizar**, por parte da contratada, quando for **verificado que eventual dano causado à Administração** estiver **atrelado à culpa ou a dolo da prestadora dos serviços ou de seus empregados**.

Entendemos não ser este o momento para discussões doutrinárias quanto à definição do que seriam danos diretos e indiretos, mas, sem dúvida, estes, **desde que causados em razão de culpa ou dolo atribuível à contratada**, serão indenizados pela mesma, **após a devida apuração, sempre respeitadas as prescrições insertas na Lei nº 8.666/93 e nas demais normas afetas ao assunto, garantidos, em qualquer caso, o contraditório e a ampla defesa**.

#### **Conclusão:**

Posicionamo-nos no sentido de que as disposições do Edital e da Minuta de Contrato que tratam das hipóteses de responsabilização da CONTRATADA estão em consonância com o art. 70, da Lei nº 8.666/93 e com as demais normas correlatas, não carecendo de qualquer retificação.

#### **4. Da necessidade de alteração do índice de reajuste dos preços**

A impugnante declara que o índice de reajuste previsto no subitem 17.1 do Edital, qual seja, o IPCA, não seria o mais adequado para o objeto a ser licitado.

Afirma ainda que a Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL estipulou que o indexador aplicável para o reajuste dos preços dos contratos de telecomunicações é o **Índice de Serviços de Telecomunicações – IST**.

A impugnante também requer a inclusão de cláusula que preveja a aplicação do reajuste de forma automática ao final de 12 (doze) meses.

Após a devida análise, a área técnica de TI da CGU-PR manifestou-se da seguinte forma:

*“Segundo informações encontradas no sítio da Anatel, o **IST será utilizado nos contratos** de concessão da **telefonia fixa** e nos **reajustes da Exploração Industrial de Linha Dedicada (EILD)**, na **remuneração de redes do SMP** e na **remuneração de redes do STFC**.*

***Não encontramos nenhuma informação que obrigue a utilização do IST para o serviço de comunicação multimídia (SCM) que é o objeto de nossa contratação.***

*Ainda conforme a Anatel, os índices de Preços utilizados para cálculo do IST são mostrados abaixo. O IPCA é um deles.”*

#### **Conclusão:**

Considerando o posicionamento acima esposado pela área técnica, entendemos que não há obrigatoriedade de utilização do índice IST para o objeto desta licitação, de forma que será mantido o índice originalmente inserido no Edital, qual seja, o IPCA.

#### **5. Da forma de pagamento via Nota Fiscal/Fatura com código de barras**

A impugnante, em resumo, **requer alteração do subitem 18.1 do Edital**, de forma que se passe a prever o **pagamento mediante o uso de sistema de faturamento e cobrança baseado em código de barras**.

Destaque-se que a definição dos procedimentos relacionados à forma de pagamento encontra-se **no âmbito do poder discricionário da Administração Pública**, atendidas as normas afetas à matéria, razão pela qual **a solicitação da impugnante não será acatada**.

#### **Conclusão:**

Entendemos que as disposições do Edital e da Minuta de Contrato que tratam dos procedimentos de pagamento estão em consonância com normas que regulam o assunto, **não cabendo de qualquer modificação.**

## **6. Do pagamento da parcela incontroversa**

A impugnante alega, em síntese, que **são desprovidas de razoabilidade as disposições do subitem 18.1.5 do Edital** –, que preveem a devolução da Nota Fiscal/Fatura à Contratada para retificação, em caso de erro ou circunstância que impeça a liquidação da despesa, com a conseqüente suspensão do prazo para pagamento, até a devolução do documento fiscal corrigido –, *“haja vista que a parcela incontroversa, ou seja, aquela sobre a qual não paira qualquer dúvida deve ser paga pela Administração prontamente, não sendo necessário aguardar a correção da fatura”*. (grifamos)

Pelas razões abaixo mencionadas, resta claro que **não há cabimento em tal argumentação.**

Os erros contidos em Nota Fiscal/Fatura podem ser de diversas naturezas, afetos, por exemplo, à identificação do cliente, à quantidade e à descrição/código dos serviços prestados, ao preço cobrado, a alíquotas de tributos etc, o que acaba por acarretar efeitos em diversas esferas, em especial a administrativa (acompanhamento/mensuração da execução do contrato) e fiscal (recolhimento de tributos).

É preciso que todos esses requisitos exigidos por normas e, por isso, obrigatórios à emissão da Nota Fiscal/Fatura estejam presentes, de forma correta, para que o pagamento possa ser feito pela Administração.

O documento base para os registros de comprovação da despesa e de pagamento é a Nota Fiscal/Fatura, a qual é anexada ao processo, por exigência legal. Caso o documento fiscal apresente erro, o mesmo não terá validade jurídica para respaldar o procedimento, podendo ser, inclusive, objeto de questionamento pelos sistemas de controle da Administração Pública, razão pela qual se faz necessário a sua retificação, antes da efetivação do pagamento.

Nesse sentido, **a pretensão da Impugnante** de que o pagamento da parcela incontroversa seja efetuado imediatamente pela Contratante, sem necessidade de se aguardar a correção da Nota Fiscal/Fatura pela Contratada, **não se sustenta.**

## **Conclusão:**

Entendemos que as disposições do Edital e da Minuta de Contrato que tratam dos procedimentos de pagamento estão em harmonia com normas que regulam o assunto, **não cabendo de qualquer modificação.**

## **7. Das garantias à Contratada em caso de inadimplemento da Contratante**

A impugnante requer a inserção de previsão de **multa moratória, juros e correção monetária contra a Administração Pública**, na hipótese de ocorrência de atraso no pagamento.

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 das Decisões nº 585/94 – Plenário, nº 197/97 – Plenário e nº 454/98, dos quais transcrevo os excertos abaixo:

#### Decisão nº 585/94 - Plenário

“(…)

*h - evitar a inclusão nos instrumentos contratuais de cláusulas prevendo aplicação de multa moratória ao (...) por atraso no pagamento de importâncias eventualmente devidas, por tal procedimento contrariar jurisprudência consolidada firmada por esta Corte sobre o assunto, que não admite a imputação de tal penalidade e sua previsão em contratos por falta de amparo legal, ante o seu caráter punitivo (Ata nº 45/90, Anexo XXII; Ata nº 60/90, Anexo VI; Ata nº 48/90, Anexo VI; e Ata nº 23/92, Decisão nº 246/92 - Plenário).*

(...)” (grifos nossos)

#### Decisão nº 197/97 – Plenário

“(…)

*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.*



(...)

Cumpra 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)

### Decisão nº 454/98 - Plenário

"(...)

**b) quanto à ausência de compensações financeiras e penalizações por eventuais atrasos e descontos por eventuais antecipações de pagamentos: - o edital está em consonância com a determinação contida no Ofício nº 412/94, procedente da 8ª SECEX, que, de acordo com Decisão proferida no TC nº 011.273/94-1, relativo ao acompanhamento dos procedimentos licitatórios adotados pela (...), determinou à entidade o seguinte:**  
"..... **b. não inclua em seus instrumentos convocatórios e respectivos contratos, cláusulas que estabeleçam juros e multas de atraso nos pagamentos, uma vez que o art. 40, inciso XIV, da mencionada Lei, ao tratar das condições de pagamento, além de prever a atualização de valores devidos, garante somente à Administração a aplicação de penalidades por eventuais atrasos.**"

(...)" (grifamos)

Esclareça-se ainda que a fórmula adotada para a atualização financeira, constante do subitem 18.2 do Edital, já traz em seu conteúdo a previsão dos encargos moratórios, conforme demonstra a transcrição abaixo:

"19.3 No caso de eventual atraso de pagamento, e mediante pedido da CONTRATADA, o valor devido será atualizado financeiramente, desde a data a que o mesmo se referia até a data do efetivo pagamento, pelo Índice de Preços ao Consumidor Amplo – IPCA, mediante aplicação da seguinte fórmula:  **$AF = [(1 + IPCA/100)^{N/30} - 1] \times VP$** "

Ressalte-se, por fim, que a **Instrução Normativa SLTI/MP nº 02**, de 30/04/2008, a qual dispõe sobre as regras e diretrizes para a contratação de serviços, continuados ou não, em seu art. 36, § 4º, **prevê, no caso de atraso de pagamento,**



**unicamente a atualização monetária**, fixando a fórmula de cálculo dessa atualização, que deverá ser aplicada **tão somente na hipótese de inexistência de outra regra contratual** já estabelecida pela Administração, segundo se pode concluir pela leitura do excerto abaixo:

“(…)

*§ 4º Na inexistência de outra regra contratual, quando da ocorrência de eventuais atrasos de pagamento provocados exclusivamente pela Administração, o valor devido deverá ser acrescido de atualização financeira, e sua apuração se fará desde a data de seu vencimento até a data do efetivo pagamento,(…)*

(…)”

### **Conclusão:**

Considerando-se o posicionamento/determinação do TCU, e levando-se em conta a adequação da regra editalícia em relação às normas que regem o assunto, entendemos que **as disposições do instrumento convocatório não carecem de alteração.**

### **8. Do período de reparo**

A impugnante requer a modificação das disposições insertas nos subitens 5.7, 5.8 e 5.9 do TR, alterando o período de reparo e reativação dos links para 08 (oito) horas, contadas da solicitação da contratante, fundamentando seu pedido no art. 10, da Resolução Anatel nº 341/2003, transcrito abaixo.

*“Art. 10. O atendimento das solicitações de reparo, de usuários não residenciais, deve se dar em até 8 horas a partir de sua solicitação em no mínimo, 98% dos casos.”*

De pronto percebe-se que **houve equívoco na interpretação impugnante ao afirmar que o solicitado no edital está em desconformidade com a citada norma**, posto que a Resolução **disciplina o prazo máximo para a empresa efetuar os reparos, não impedido que a Administração estipule prazo inferior.**

Diante disso, a área técnica da CGU-PR se posicionou da seguinte forma: **“Com relação à solicitação de alteração do valor máximo do Prazo de Solução, informo que o mesmo não será alterado, dado que reflete a necessidade técnica desta Controladoria e refere-se a disponibilidade de recurso crítico para execução das atividades do Órgão.”.**

### **Conclusão:**

Entendemos que as disposições do Termo de Referência estão em consonância com normas que regulam o assunto, **não cabendo de qualquer modificação.**

Atenciosamente,

PREGOEIRO CGU-PR