

**Conselho da Justiça Federal
Comissão Permanente de Licitação**

A Senhora Tassia Miranda Silveira,
Pré-Vendas Corporativo FG
OI

PROCESSO Nº ADM 2016/00019

PREGÃO ELETRÔNICO N.º 9/2016

RESPOSTA À IMPUGNAÇÃO

Em 23 de maio de 2016, às 22h42 horas, por meio de e-mail, recebemos, tempestivamente, da empresa **OI S.A**, pedido de impugnação ao instrumento convocatório solicitando:

1. VEDAÇÃO À PARTICIPAÇÃO DE LICITANTES EM REGIME DE CONSÓRCIO

Requer em síntese: (...) *a exclusão do item 3.3 do Edital que veda a participação de empresas reunidas em consórcio.*

Em atenção a esta solicitação esta CPL informa que esta solicitação não será acatada. Apesar da previsão do art. 33 da Lei n. 8.666/1993 "**Quando permitida na licitação a participação de empresas em consórcio (...)**", verifica-se que fica a juízo discricionário da Administração, conforme conclusão do Acórdão 1165/2012 - Plenário, a possibilidade de se admitir a participação ou não em licitações de empresas em consórcio.

Na vedação expressa no Edital que não poderão participar do certame "**empresas que estejam reunidas em consórcio,**" observa-se que a vedação não impede a participação isolada da empresa interessada, tendo em vista que a dimensão e complexidade do objeto a ser licitado na presente licitação não exige a associação de empresas para a prestação do serviço.

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

Requer em síntese: (...) *a adequação do item 2.2, alínea "c" do Capítulo XI do Edital, para que permita a comprovação da regularidade trabalhista alternativamente por meio da apresentação de Certidão Positiva com Efeitos de Negativa de Débitos Trabalhistas, NOS TERMOS DO § 2º do Art. 642-A da CLT.*

Consoante informativo divulgado no sítio eletrônico do TST (<http://www.tst.jus.br/o-que-e-cndt>), a Certidão Positiva com Efeitos de Negativa de Débitos Trabalhistas possibilita a empresa a participação em certames licitatórios. Ocorre que o presente Edital, ao estipular a exigência de CNDT, fê-lo transcrevendo o que está disposto no art. 29, V, da Lei n. 8.666/93, alterada pela Lei n. 12.440/2011. Dessa forma, não há que se falar em irregularidade na redação editalícia, motivo pelo qual será mantida.

Por outro lado, como é de praxe em certidões de regularidade, este CJF tem admitido a certidão positiva com efeitos de negativa, o que se estenderá para as certidões trabalhistas. Conclui-se, portanto, que a apresentação da Certidão Positiva com efeito de negativa por parte da licitante não a inabilita do certame, diante disto será mantida a redação do edital.

3. EXIGÊNCIA DE DECLARAÇÃO DE INEXISTÊNCIA DE FATO SUPERVENIENTE IMPEDITIVO DE HABILITAÇÃO

A empresa alega que: “O item XI, subitem 2, alínea “j” do Edital determina que é requisito para a participação no pregão, a licitante que declarar a inexistência de fatos supervenientes impeditivos para a habilitação. Todavia, a exigência de a licitante declarar a inexistência de fato superveniente impeditivo de sua habilitação não tem respaldo na Lei”.

Esta CPL informa que a solicitação não será acatada. A exigência da Declaração de Inexistência de Fato Superveniente Impeditivo de Habilitação encontra previsão legal no parágrafo 2º do art. 32 da Lei nº 8.666/93 e no item 7.1, inciso IV, da Instrução Normativa MARE n.º 05/95, cuja observância é obrigatória por todos os órgãos da Administração Pública Federal.

Além disso, para participação na licitação no Comprasnet é obrigatório o preenchimento desta mesma declaração. Dessa forma, quando do cadastramento da proposta no sistema Comprasnet, a licitante deverá, na forma virtual, declarar tais informações, sendo que os termos utilizados no edital são os termos utilizados pelo sistema Comprasnet. O referido sistema traz a redação “Declaração de Inexistência de Fato Superveniente” – a empresa licitante declara, sobe as penas da lei, que até A PRESENTE DATA, inexistem fatos impeditivos para sua habilitação no presente processo licitatório, ciente da obrigatoriedade de declarar ocorrências posteriores.

4. DA EXIGÊNCIA DE EMISSÃO DE NOTA FISCAL COM CNPJ DA EMPRESA CONTRATADA

Requer em síntese: (...) a alteração item em comento, de forma a cumprir os pressupostos legais que regem a matéria tributária, sem prejuízo da Lei 8.666/93, seja emitida nota fiscal com o CNPJ da filial, não obstante o contrato possa ser firmado pela matriz na forma do art. 29 da Lei n. 8666/93.

Em atenção a esta solicitação esta CPL incluiu no Edital, item XVIII – DO CONTRATO, item 6, com a seguinte redação:

Toda a documentação apresentada pela licitante, para fins de habilitação, deverá pertencer a empresa que efetivamente prestará o serviço, ou seja, o número de inscrição no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ) deverá ser o mesmo em todos os documentos. Mas para efeito de pagamentos dos serviços prestados, a nota fiscal poderá ser emitida com o CNPJ da empresa filial onde os serviços foram prestados, juntamente com o CNPJ da empresa matriz.

5. SOBRE A EXIGÊNCIA DE CONSULTA A DETERMINADOS CADASTROS NÃO PREVISTOS EM LEI

Requer em síntese: (...) *a exclusão ou adequação do item XI, subitem 1, subitem 2, alínea “d”, e subitem 2.3 e o item V, subitem 3.8 do Edital, 3.7, ou seja, que o registro de penalidade de suspensão ou impedimento com outros órgãos que não o licitante, não possa ser condicionante da participação.*

Já seria um impedimento de participação no procedimento licitatório se a sanção registrada fosse realizada por este Órgão, dessa forma, os demais impedimentos serão analisados à luz do ordenamento jurídico vigente para as contratações e ainda orientações do Tribunal de Contas da União.

Ressaltando que no Acórdão n. 1793/2011 – TCU – Plenário, foi recomendado aos órgãos sob atuação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) que, na fase de habilitação na licitação, além da pesquisa junto ao SICAF, que levem a efeito consulta quanto à situação da empresa no Cadastro Nacional de Empresa Inidôneas e suspeitas/CGU, disponível no Portal da Transparência (www.portaltransparencia.gov.br) e no cadastro Nacional de Condenações Civis por Ato de Improbidade Administrativas, disponível no Portal do CNJ.

6. DO VALOR DA GARANTIA

A empresa alega que a apresentação de garantia equivalente ao percentual máximo permitido em Lei não é razoável, razão pela qual se requer a modificação dos itens em comento para que a garantia exigida não corresponda o limite máximo de 5% (cinco por cento).

Quanto ao percentual de 5% (cinco por cento) de garantia contratual, esclareça-se que a sua fixação, dentro das limitações legais, encontra-se na esfera de discricionariedade da Administração, à qual incumbe avaliar, mais uma vez, a natureza e a finalidade do objeto contratado. Dessa forma, reitere-se que, em face da severidade dos serviços em questão para o regular funcionamento do CJF, é imprescindível que a garantia que irá assegurar o CJF contra eventuais descumprimentos contratuais seja apta a ressarcir-lo, ao menos em parte, dos prejuízos daí decorrentes. E levando em consideração o valor previsto da contratação, não é um valor elevado, o percentual de 5% (cinco por cento) e não fere de forma alguma os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

É o que corrobora Marçal Justen Filho, ao afirmar que a “lei remete à discricionariedade da Administração a exigência de garantia. Poderá (deverá) ser exigida apenas nas hipóteses em que se faça necessária (...)”, devendo “constar do próprio ato convocatório.”

Deve-se destacar, que o montante da garantia leva em consideração, o prazo de vigência do Contrato, na medida em que a sua continuidade sujeita a Administração a maiores riscos. Ou seja, contratos, com fornecimento imediato de determinado bem têm o risco de inadimplemento mitigado, pois o pagamento será realizado somente após a efetiva entrega. Porém serviços com prestação prolongada, a Administração sujeita-se continuamente ao risco de inadimplemento, o qual poderá, até mesmo, ser verificado apenas algum tempo após o encerramento da relação contratual.

Portanto será mantido o percentual de 5% (cinco por cento) descrito no Edital.

7. PAGAMENTO VIA NOTA FISCAL COM CÓDIGO DE BARRAS

Requer em síntese: (...) *para a melhor adequação do instrumento convocatório à realidade do setor de telecomunicações, requer a alteração do item 7.15 da Cláusula Sétima*

do Contrato, a fim de permitir que o pagamento seja realizado mediante autenticação do código de barras, facilitando, assim, o reconhecimento eficiente do pagamento.

Em atenção a esta solicitação esta CPL alterou o item 1 do XV – DO PAGAMENTO no Edital, e a Cláusula Sétima– DO PAGAMENTO, no contrato para, respectivamente:

1 – O pagamento será efetuado por ordem bancária, mediante apresentação de fatura/nota fiscal com código de barras, emitidos eletronicamente e encaminhados à Seção de Protocolo e Expedição do Conselho da Justiça Federal, pelo e-mail: protocolo@cjf.jus.br, encaminhados até o 10º dia útil, após o atesto firmado pela fiscalização e recebimento correspondente nota fiscal, cujo documento deverá estar em conformidade com as condições estabelecidas no Item XII, subitem 3.1.1 deste Edital.

7.6.1 – *O pagamento dos serviços de comunicação de dados entre a sede do CJF e o prédio da Gráfica será efetuado mensalmente, por ordem bancária, mediante apresentação de Notas Fiscais/Faturas com código de barras até o 10º dia útil, correspondente aos serviços efetivamente executados e aceitos definitivamente, e já aplicados os devidos descontos e glosas em função do não atendimento dos níveis de serviços.*

8. INDEVIDAS HIPÓTESES DE RETENÇÃO E SUSTAÇÃO DO PAGAMENTO DEVIDO À CONTRATADA

A impetrante alega que a suspensão do pagamento dos serviços prestados não consta no rol do art. 87 da Lei n.º 8.666/93, o qual elenca as sanções pela inexecução total ou parcial do contrato. Contudo, não pode a Contratante condicionar o pagamento à comprovação da regularidade fiscal pela Contratada, posto que não conste do rol do art. 87 da Lei 8.666/93 a retenção do pagamento pelos serviços prestados.

Diante disso, requer a exclusão dos itens em comento, haja vista que para a possibilidade de retenção ou descontos no pagamento devido pela Contratante à Contratada não possuem amparo legal.

Observa-se que há um equívoco da impugnante ao citar o item 13 do Termo de Referência, senão vejamos:

O texto do item 13 do Termo de Referência, refere-se à obrigação financeira em virtude de penalidade ou inadimplência contratual. Não tem nenhuma relação com retenção de pagamento em virtude de falta da regularidade fiscal.

Em relação a Cláusula Sétima da minuta de contrato em seu item 7.18 “Por ocasião do pagamento a CONTRATADA deverá comprovar a regularidade de sua situação para com o recolhimento das contribuições devidas ao INSS e ao FGTS, mediante apresentação das certidões respectivas além daquelas exigidas quando da contratação. ” Vejamos o Acórdão nº: 216/13 - Tribunal Pleno:

“A Lei nº 8.666/93 (Lei de Licitações), em seu artigo 27, estabelece, dentre outras condições para habilitação em licitações, a comprovação de regularidade fiscal. Tal exigência, que decorre do § 3º do artigo 195 da Constituição da República, deverá ser mantida durante toda a execução do contrato, consoante dispõe o artigo 55, inciso XIII da Lei nº 8.666/93, que estabelece como cláusula necessária, a obrigação do contratado de manter, durante toda a

execução do contrato, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação. Mais a frente, o artigo 78, da referida lei, estabelece que o não cumprimento de cláusulas contratuais constitui motivo para rescisão do contrato. Deste modo, conclui-se que, durante toda a execução do contrato, o contratado estará obrigado a manter as condições inicialmente exigidas para a habilitação, que possibilitaram à Administração apurar sua capacidade e idoneidade em contratar, sua higidez jurídica, sob pena de rescisão contratual, observados os procedimentos previstos em lei.”

[ACÓRDÃO] “(...) 3.1. determinar à Universidade Federal de Roraima, que: [...] 3.2. **não realize pagamentos aos fornecedores antes de consultar o SICAF, a fim de averiguar se as condições de habilitação assumidas estão sendo mantidas pelo contratado**, devendo essa consulta ser impressa e juntada aos autos de processo próprio, conforme dispõe a IN MARE 05/95, itens 8.7 e 8.8.” (TCU, AC-2695/08, Primeira Câmara, Sessão: 26/08/08, Relator Ministro GUILHERME PALMEIRA) (sem grifos no original).

Dessa forma, não será aceita a impugnação e será mantido o disposto no Edital, tendo em vista a Lei 8.666/93 e o Acórdão acima.

9. DAS GARANTIAS À CONTRATADA EM CASO DE INADIMPLÊNCIA DA CONTRATANTE

A minuta de contrato do Edital de Pregão Eletrônico nº 9/2016 estabelece, em sua cláusula 7.21, que na hipótese de ocorrer atraso nos pagamentos devidos à CONTRATADA, o valor faturado será atualizado monetariamente pelo percentual **pro rata temporis** do Índice Geral de Preços Disponibilidade Interna – IGP/DI conhecido quando do faturamento, compreendido entre a data limite estipulado para pagamento e aquela em que se der o efetivo pagamento.

Vale ressaltar que o Edital e seus anexos foram concebidos com estrita observância às disposições legais concernentes à matéria de licitações e aprovados pela Assessoria Jurídica deste CJF e não foi observado que a referida cláusula poderia gerar desequilíbrio e influencia no equilíbrio econômico-financeiro da contratada, razão pela qual, o edital não será alterado neste ponto.

10. REAJUSTE DOS PREÇOS

Requer a adequação do Item 13.15 do Termo de Referência e a Cláusula Décima 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”.

A Resolução ANATEL nº 614, de 28 de maio de 2013, que aprovou o regulamento do Serviço de Comunicação Multimídia - SCM, determina no artigo 39. Inciso IX, que deve constar do contrato de prestação do serviço com o assinante os critérios para reajuste de preços, cuja periodicidade não pode ser inferior a doze meses, a menos que a lei venha regular a matéria de modo diverso. Ainda no Art. 69 estipula que *“Visando a preservação da justa equivalência entre*

a prestação do serviço e sua remuneração, os preços dos serviços podem ser reajustados, observados os índices e periodicidade previstos no contrato de Prestação do SCM."

É importante esclarecer que o Edital e a Minuta de Contrato, já preveem a possibilidade de reajuste, transcorrido o interstício mínimo de 12 (doze) meses, porém não se verificou em nenhum normativo da Anatel, a proibição de aplicação do Índice de Serviços de Telecomunicações - IST como parâmetro para reajuste do serviço de comunicação de dados ponto-a-ponto.

Em que pese o argumento apresentado para alteração do índice para IGP-DI, será mantido o item de reajuste conforme proposto.

11. DAS PENALIDADES EXCESSIVAS

Requer em síntese: (...) ***a adequação do item XVI do Edital que determina a aplicação de multas que se fixam ou extrapolam o limite legal de 10% (dez por cento) sobre o valor do contrato.***

O art. 7º da Lei n.º 10.520/02 deixa a cargo da discricionariedade da Administração a estipulação dos percentuais sancionatórios e sua incidência, bem como a estipulação do percentual está balizada pelo princípio da indisponibilidade do interesse público.

A alegação de multa abusiva não merece prosperar, tendo em vista que os percentuais e as bases de cálculo estão fundadas na relevância dos serviços a serem prestados pela CONTRATADA e os prejuízos possivelmente ocasionados pela interrupção dos mesmos. Além do que, tendo em vista os valores globais estimados para o contrato, não se chegará a valores exorbitantes com a aplicação de multas, quando necessário. As penalidades contratualmente estabelecidas observam o critério da proporcionalidade, uma vez que são razoavelmente estabelecidos percentuais diferenciados por gravidade e períodos de descumprimento, sendo o valor global do contrato apenas a referência, o que não abala a proporcionalidade da sanção;

Note-se que o dispositivo apresenta consonância à legislação vigente, a saber, o art. 87 da Lei nº 8.666/93, *verbis*:

"Art.87. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções:

(...)

II – multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato; "

Dessa forma, o pedido não será atendido

12. DOS ITENS TÉCNICOS

A parte técnica foi submetido ao setor requisitante do CJF que se manifestou conforme abaixo transcrito:

12.1. DA EXIGÊNCIA DE DOCUMENTAÇÃO DO ATENDIMENTO DOS REQUISITOS TÉCNICO

A exigência que a Licitante indique, em sua proposta, em qual página e item da documentação apresentada está a comprovação do atendimento dos requisitos técnicos descritos no ANEXO I do Termo de Referência, visa permitir a rápida identificação da

comprovação dos requisitos exigidos, porém somente se aplica caso tal comprovação seja juntada a proposta. Na hipótese de a empresa optar por comprovar o atendimento aos requisitos por outra via, não será necessário realizar esta indicação.

Em que pese o argumento apresentado para alteração destes itens, o setor requisitante recomendou a manutenção da exigência conforme proposto, desta forma, o edital não será alterado neste ponto.

12.2. DA CONFIGURAÇÃO DE AQUISIÇÃO

Considerando que o objeto da licitação trata especificamente de serviço de comunicação de dados ponto-a-ponto, e que os equipamentos a serem fornecidos são entregues em regime de comodato e não adquiridos em caráter permanente, esclarecemos que o requisito definido no item 4.4 do Edital pode ser desconsiderado, quando da elaboração da proposta comercial.

Em que pese o argumento apresentado para alteração deste item, considerando não compor o objeto e não representar custo adicional, setor requisitante recomendou a manutenção da exigência conforme proposto, desta forma, o edital não será alterado neste ponto.

12.3 GERENCIA

Informamos que será aceito o faturamento mensal do serviço em mais de uma nota fiscal, desde que o valor total das notas apresentadas represente exatamente o valor mensal do serviço de comunicação de dados, item 1.2 da planilha de preços.

12.4 DO PERÍODO DE REINCIDÊNCIA

A definição do intervalo de tempo que será considerado como período de observação para o encerramento do incidente é discricionária do Contratante.

Em que pese o argumento apresentado para alteração deste item, setor requisitante recomendou a manutenção da exigência conforme proposto, desta forma, o edital não será alterado neste ponto.

12.5 NO BREAK

a) A Resolução nº 622, de 23 de agosto de 2013, publicada pela ANATEL, ainda no seu Artigo 38, parágrafo 1º informa que a prestadora deverá oferecer os serviços de instalação e manutenção da rede interna, caso seja solicitado pelo usuário, sendo facultativa a cobrança, a critério da prestadora. No parágrafo 2º informa que a prestadora poderá ceder equipamentos ao assinante em regime de comodato.

b) A exigência do equipamento previsto no item 3.4.5, é complementar ao serviço de comunicação de dados e faz referência apenas na ponta B (um equipamento), e ocorre pelo fato da unidade do CJF no SAAN não dispor de sistema de alimentação elétrica suplementar, ocasionando o desligamento dos equipamentos da operadora nas situações de interrupção do fornecimento de energia elétrica. Baseado no fato que a interrupção no serviço poderá ensejar a aplicação de descontos e penalidades ao longo da sua vigência, é importante que sejam minimizadas as possíveis causas de violação do nível de serviço. A outra ponta do serviço ficará hospedada no interior da sala-cofre do CJF, que dispõe de no break para a alimentação dos equipamentos armazenados no seu interior.

c) Na planilha de preços, item 1.1, já é previsto o pagamento de valor inicial do serviço de comunicação de dados, onde é esperado que a empresa contratada realize a cobrança do valor necessário à aquisição de todos os equipamentos e componentes necessários a prestação do serviço, incluindo o custo relativo a aquisição do item 3.3.5 do Anexo I;

d) Na mesma planilha de preços, item 1.2, é esperado que a empresa inclua neste valor mensal todas as despesas relacionadas a prestação mensal do serviço de comunicação de dados, englobando gerenciamento, aluguel/comodato dos equipamentos, etc. Não será criado óbice quanto à apresentação de mais de uma nota fiscal mensal, desde que a soma dos valores reflita o valor mensal do serviço.

Considerando-se todos os argumentos apresentados, setor requisitante recomendou a manutenção da exigência conforme proposto, desta forma, o edital não será alterado neste ponto.

12.6 DA DISPONIBILIDADE

A definição do requisito de disponibilidade mensal do serviço é discricionária do Contratante.

Em que pese o argumento apresentado para alteração deste item setor requisitante recomendou a manutenção da exigência conforme proposto, desta forma, o edital não será alterado neste ponto.

12.7 DO DESCONTO

Levando-se em conta o fato que a maioria das operadoras possuem soluções de faturamento automatizadas, será aceito que o desconto seja concedido na Nota Fiscal/Fatura referente ao mês subsequente ao que foi constatada a indisponibilidade.

Ante o exposto, conheço a impugnação para, no mérito, julgá-la parcialmente procedente, nos itens indicados acima e mantendo-se inalterados os termos do edital do Pregão Eletrônico n. 9/2016. Desta forma, o edital será republicado.

Brasília-DF, 25 de maio de 2016.

Rosane Rocha dos Santos
Pregoeira do CJF