



Informação n.º 76/2017

Ref.: Pregão Eletrônico n.º 62/2017
– Esclarecimento 01.

Prezados (as) Senhores (as):

Com relação ao certame em destaque, esclareço:

1. Trata-se de procedimento objetivando a contratação de empresa especializada para o fornecimento de serviço de conectividade IP (*Internet Protocol*) à Internet via BGP (*Border Gateway Protocol*) entregue via radioenlace ponto-a-ponto licenciado, *full duplex*, síncrono, exclusivo e com velocidade simétrica inicial de 50 Mbits/s, com a disponibilização de roteador (CPE) e 64 endereços IPv4 públicos e roteáveis, conforme especificações constantes do Edital n.º 62/2017 e seus Anexos.

Publicado o Edital, sobreveio impugnação da interessada OI S/A. em face de 14 (quatorze) pontos constantes do texto do ato convocatório, requerendo, ao final, a suspensão do certame e, após, a alteração do Edital para retificação dos pontos atacados.

Manifestou-se a área técnica, assim como a Unidade de Assessoramento Jurídico.

Por fim, retornaram os autos para esta Divisão.

É o breve relatório.

2. Recebe-se a impugnação, dado o respeito aos pressupostos de estilo, em especial à tempestividade.

No mérito, os apontamentos merecem análise acurada e individual.

I – DA VEDAÇÃO À PARTICIPAÇÃO DE LICITANTES EM RÉGIME DE CONSÓRCIO

Segundo a impugnante, o subitem 3.5 do Edital “*fulmina diretamente a competitividade do certame por não existir grande número de empresas qualificadas para a prestação do serviço licitado e pela própria complexidade*”

Rua General Andrade Neves, nº 106, 18º Andar – Centro – Porto Alegre/RS – CEP: 90010-210.

Fones: 3295-8048/8044/8065/8034/8577 Email: licitacoes@mprs.mp.br



do objeto licitado". Sustenta que *"não deve haver restrições quanto ao consórcio de empresas que sejam coligadas, controladoras e controladas"*. Ao final, requer que seja permitida a participação em consórcio de empresas *"do mesmo grupo"*.

Acredita-se que haja um equívoco quanto ao conhecimento das características do instituto do consórcio.

Embora o mercado de telecomunicações não contenha tantas empresas (pela necessidade de aporte de grandes capitais, pela instalação de infraestruturas e por outros motivos), as existentes podem prestar o serviço, ainda que dependam de outras para cumprir os objetivos.

Quando se mencionam outras empresas, tem-se a ciência de que tanto podem ser do mesmo conglomerado econômico, quanto podem ser até de uma empresa ou conglomerado adversário (como no caso da comunicação móvel, por exemplo). A atividade possui essa característica.

O entendimento do órgão licitante sobre consórcio não abrange esses casos, possuindo características diferentes.

No entendimento do órgão, o consórcio vedado pela regra editalícia é aquele em que empresas de diferentes segmentos, ou do mesmo segmento, mas de portes distintos, que ainda não têm vinculação entre si, unem-se sob a capitania de uma delas, devendo, se vencedoras do certame, criar a chamada "sociedade de propósito específico", a qual contratará com o poder público e perdurará, apenas, até o termo final da execução do objeto.

Também é característica desse entendimento sobre o consórcio o cumprimento dos requisitos técnicos e econômico-financeiros de forma proporcional a todos os participantes do consórcio, não só da empresa líder. Todas essas distinções podem ser observadas nos dispositivos do artigo 33 da Lei de Licitações.

Exclui-se do entendimento aquelas empresas que exercem sua atividade mediante "conglomerado" previamente instituído e comprovado (sejam controladoras e/ou controladas), as quais irão contratar com o poder público por meio de uma personalidade jurídica própria, que não se extinguirá em razão do final da execução do contrato. Aqui, os requisitos técnicos e econômico-financeiros podem ser cumpridos por uma só empresa.

Vejamos alguns exemplos.

- a) A contratação de serviços terceirizados de limpeza com fornecimento de materiais: não se considera consórcio entre a empresa de mão-de-obra e o(s) fabricante(s) do(s) produto(s) de limpeza – quem



presta o serviço é a primeira (sendo, também, integralmente responsável), independentemente da qualidade da prestação da fornecedora de materiais de limpeza.

- b) A aquisição de veículos direto das montadoras: não se considera consórcio entre a montadora e os fabricantes de peças – quem vende é a primeira (sendo, também, integralmente responsável), independentemente da qualidade da prestação da fornecedora de peças que está previamente associada àquela.

Assim, não se vê óbice à participação de empresas de um mesmo grupo econômico ou que previamente estabeleceram relações comerciais e desenvolvem suas atividades sob a responsabilidade de uma delas.

De toda a sorte, a discricionariedade administrativa optou pela vedação à formação do consórcio na acepção conhecida por este órgão licitante (que é semelhante a do artigo 33 da Lei n.º 8.666/1993), por entender que não se presta ao caso concreto.

Por fim, a própria impugnante não disse concretamente qual seria o seu potencial interesse em se permitir o instituto do consórcio.

Por isso, não procede, no ponto em análise, a impugnação.

II – DA EXIGÊNCIA DE DECLARAÇÃO DE INEXISTÊNCIA DE PARENTESCO

A impugnante insurge-se contra a declaração exigida, tendo em vista a quantidade de pessoas nos cargos listados na declaração, o que inviabilizaria a informação precisa e certa, ofendendo o princípio da razoabilidade, razão pela qual pede esclarecimentos ou sua não aplicação ao certame.

Tal declaração foi estabelecida para dar cumprimento à Resolução n.º 37/2009, advinda do órgão constitucional de controle administrativo externo do MPRS, o Conselho Nacional do Ministério Público. A normativa é mais uma tentativa de coibir a prática chamada “nepotismo”, que macula a moralidade administrativa.

O artigo 3º da Resolução dispõe que os “órgãos do Ministério Público não podem contratar empresas prestadoras de serviços



que tenham como sócios, gerentes ou diretores as pessoas referidas nos artigos 1º e 2º desta Resolução¹".

Ainda que questionáveis os termos do regulamento, estando o mesmo vigente, produz efeitos junto à Administração do MPRS, devendo ser obedecido.

Neste diapasão, enquadrando-se nos termos da resolução, a pessoa jurídica que tiver como sócio, gerente ou diretor as pessoas elencadas nos primeiros dispositivos da Resolução CNMP n.º 37/2009 estará impedida de contratar com a PGJ/MPRS e, em consequência, de participar de suas licitações.

Com relação à questão do número de diretores, gerentes e sócios a serem consultados, a declaração deve ser prestada, tendo em vista aqueles que possuem os poderes específicos para as contratações ou, então, ao prestar a informação, declarar, se verdadeiro, que não se tem conhecimento de vínculo de parentesco entre as pessoas listadas e os sócios, gerentes ou diretores da pessoa jurídica.

Assim, feito o esclarecimento, desacolhe-se a insurgência.

III – DA EXIGÊNCIA DE REGULARIDADE TRABALHISTA

A impugnante combate o dispositivo que exige a CNDT, com o fundamento de que não é somente a “negativa” que vale para licitações, mas também a certidão “positiva com efeitos de negativa”.

Trata-se de alegação meramente procrastinatória.

Primeiramente, a lei preconiza a aceitação da referida certidão positiva com o efeito mencionado.

Em segundo lugar, o edital exige: “*Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas – **prova de inexistência de débitos inadimplidos perante a Justiça do Trabalho**, mediante a apresentação de certidão negativa, nos termos do Título VII-A da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei n.º 5.452, de 1.º de maio de 1943 (conforme Lei Federal n.º 12.440, de 7 de julho de 2011)”.*

¹ Art. 1º. É vedada a nomeação ou designação para cargos em comissão e funções comissionadas, no âmbito do Ministério Público da União e dos Estados, de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, dos respectivos membros, compreendido o ajuste mediante designações ou cessões recíprocas em qualquer órgão da Administração Pública direta e indireta dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Art. 2º. É vedada a nomeação ou designação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, de servidor ocupante, no âmbito do mesmo Ministério Público, de cargo de direção, chefia ou assessoramento, para exercício de cargo em comissão ou função comissionada, compreendido o ajuste mediante designações ou cessões recíprocas em qualquer órgão da administração pública direta e indireta dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.



Se a lei permite a aceitação e o edital prevê a comprovação nos termos da lei, a conclusão é clara.

E mesmo que não houvesse a expressa referência legal, se a certidão diz possuir efeitos de negativa, é porque são estes, simplesmente, os efeitos que possui. A Administração Pública está obrigada a acolhê-la, sob pena de ilegalidade.

Não há que prosperar, sob hipótese alguma, a impugnação neste ponto.

IV – DA EXIGÊNCIA DE APRESENTAÇÃO DOS TERMOS DE AUTORIZAÇÃO DA ANATEL

A impugnante insurgir-se contra os subitens 9.1, “d”, e 9.2.4, “b”, do Edital, sob o argumento de que as comprovações exigidas são muito extensas para serem anexadas à proposta, gerando alto custo com autenticações dos documentos, cuja íntegra encontram-se à disposição na página da Anatel na rede mundial de computadores.

Requer, então, seja possível apresentar os extratos dos contratos de concessão e termo de autorização celebrados com a Anatel e devidamente publicados no Diário Oficial da União para a comprovação.

Essa postulação poderia muito bem ser realizada sob forma de pedido de esclarecimento. O edital exige comprovação da outorga do poder concedente e, de forma exemplificativa (“tais como”), expõe alguns documentos que podem ser apresentados.

Por ser exemplificativo o rol de comprovações, já seria considerada comprovada a outorga do poder concedente. Porém, diante da dúvida da impugnante, foi consultada a área técnica, que confirmou a possibilidade.

Considerando como esclarecimento a postulação, considero-o prestado.

V – EXIGÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE QUESTÃO SUBJETIVA NO ATESTADO DE CAPACIDADE TÉCNICA

A impugnante questiona a utilização da expressão “com bom desempenho”, exigida nos subitens 9.1, “f”, e 9.2.4, “c”, do Edital, que tratam do atestado de a ser apresentado pelas licitantes na fase de habilitação da licitação. Alega que se trata de critério subjetivo, sendo o grau de satisfatoriedade um dado cuja veracidade fática é de averiguação impossível, o que causaria “insegurança jurídica”. Pleiteia, por fim, adequação do texto, para que se atenha aos critérios objetivos de análise.



O texto completo do dispositivo do ato convocatório possui a seguinte redação:

“9.1 (...) Para fins de habilitação, o licitante classificado em primeiro lugar (...) deverá inserir:

(...)

*(f) Atestado, emitido por pessoa jurídica de direito público ou privado, comprovando, **com bom desempenho**, o fornecimento de serviço de conectividade à Internet via radioenlace digital com velocidade igual ou superior a 50 Mbits/s. O referido atestado de capacidade técnica deverá conter a Razão Social de ambas as empresas (Contratante e Contratada). Deverá ficar comprovado, pelo texto do atestado ou pelos atos jurídicos relativos à relação contratual apresentada, que o Licitante executou ou está executando serviços.”*

A fim de subsidiar a pretensão, a impugnante menciona o artigo 30 da Lei de Licitações, que delimita a abrangência de eventuais documentações relativas à qualificação técnica das licitantes, bem como traz à baila dispositivos constitucionais e princípios norteadores do procedimento.

Neste ponto, subsiste certa razão à impugnante.

Ainda que o Edital, apesar de transcrever de forma singela a intenção da Administração, objetive a mera comprovação da execução de atividade nos termos especificados, a expressão “*com bom desempenho*” (que, ao fim e ao cabo, contempla toda e qualquer licitante que comprovar a realização de atividade na forma e proporção arroladas), de fato, dá margem à interpretação subjetiva, pois, “bom desempenho suficiente”, ou “mau desempenho suficiente” dependerá do entendimento do julgador. A simples troca de julgador poderia influenciar na análise e, principalmente, no julgamento da habilitação.

O critério de julgamento das propostas será o menor preço, e o da habilitação, o cumprimento ou descumprimento exato dos critérios objetivos exigidos no item 9 do Edital.

Destarte, há que ser retirada do texto a expressão atacada, posto que contém subjetividade, e, conseqüentemente, ilegalidade nos termos da lei de licitações, sendo mantidos os demais requisitos do atestado solicitado.

Procede neste ponto, por essas razões, a impugnação.



**VI E VII – DA NECESSIDADE DE APRESENTAÇÃO
DOS TERMOS DE ABERTURA E ENCERRAMENTO DAS S/A's E DA
EXIGÊNCIA DE ÍNDICES**

A impugnante insurge-se contra dispositivos do Edital que exigem comprovação de qualificação econômico-financeira dos participantes da licitação, entendendo que os requisitos excedem a realidade do mercado atual do setor de telecomunicações, redundando, assim, em ofensa a vários princípios licitatórios.

Quanto à alegação de que a Lei de Licitações prega a alternatividade de espécies de comprovação de qualificação econômico-financeira, deve ser registrado que essa alternatividade é dirigida à Administração, não ao administrado.

É a Administração Pública que irá definir se exige uma única, uma ou outra, ou uma e outra forma de comprovação de qualquer qualificação. Essa decisão advém diretamente do poder discricionário atribuído à Administração, que, dentro do que lhe possibilita esse atributo, entendeu que não deveria requerer outras formas de comprovação diferentes daquelas estipuladas no ato convocatório, homenageando, com isto, o princípio da competitividade.

Impende salientar, igualmente, que os requisitos atacados pela impugnante fazem parte de regras obrigatórias que devem ser observadas nas licitações do Estado do Rio Grande do Sul, por força do Decreto Estadual n.º 36.601, de 10 de abril de 1996, o qual padronizou os procedimentos para avaliação da capacidade financeira das empresas que participam de certames licitatórios, promovidos pela Administração Pública Estadual, baseando-se, para tanto, em estudos realizados pela Contadoria e Auditoria-Geral do Estado - CAGE, com base nas demonstrações contábeis de diversas empresas dos diferentes segmentos econômicos, bem como nas restrições impostas pela Lei n.º 8.666/93, para este tipo de avaliação.

É a esta regulamentação que a PGJ/MPRS deve se reportar quando da realização de suas licitações. Descabe a observância ao que determinam os órgãos da esfera federal.

Justamente em razão de estar plenamente vinculada aos mandamentos legais (corolário do princípio da legalidade e do Poder Vinculado) é que a Administração não pode dispensar os requisitos obrigatórios a cada alegação de não atendimento à realidade dos mercados.

Não obstante estas explicações necessárias, admite-se que o Edital é omissivo em relação às sociedades cujas demonstrações contábeis devem ser publicadas. Porém, é tranquilo o entendimento de que, nesses casos, a cópia autenticada ou o original da página onde foram publicadas as demonstrações contábeis são suficientes para o



atendimento do edital no que tange ao seu subitem 9.2.5.2.1, “a”. Este posicionamento é possível pelo subitem 13.2² do instrumento convocatório.

Por estes motivos, não procede a impugnação nos pontos, constituindo a sua fundamentação como esclarecimento vinculado ao Edital.

VIII – DO PRAZO PARA REPARO

A impugnante contesta o subitem 8.4 do Anexo I, que estipula que a Contratada deverá obedecer o tempo médio de reparo de eventuais falhas ou defeitos na prestação dos serviços, de 4 (quatro) horas.

Como motivação para questionar o referido dispositivo, apresenta a Resolução n.º 574/2011 da Anatel, que permite que as solicitações de reparos fossem atendidas em até 24 (vinte e quatro) horas. Requer, assim, a dilação do prazo, com consequente alteração do Edital. O cerne do dispositivo, como se evidencia, é o de proteger o Contratante de uma eventual dilação excessiva do prazo de reparo – e não delimitar como mínimo (até porque refere expressamente que se trata de prazo máximo) de 24 (vinte e quatro) horas o tempo para o conserto citado.

Segundo a área técnica solicitante do objeto, não apenas a alta disponibilidade do serviço (influenciada diretamente pelo tempo de reparo exigido) configura condição necessária para a execução das atividades, sendo parâmetro padrão de desempenho para este tipo de serviço no âmbito institucional, como o próprio SLA (Service Level Agreement – Acordo de Nível de Serviço) se sobrepõe à resolução aludida. Ademais, a própria impugnante contratou, e possui mais de 150 (cento e cinquenta) circuitos MPLS instalados no Estado para esta Instituição, sendo vigente, nestes, o SLA de 4 (quatro) horas como prazo de reparo.

A delimitação do objeto, à luz do princípio da discricionariedade administrativa, é de competência do órgão promotor do certame. Não há ilegalidade na exigência editalícia, tampouco, sob outro prisma, obrigatoriedade de participação por parte da empresa, que, interessada, poderá ou não ofertar proposta de fornecimento.

Desta forma, não procede a impugnação neste sentido.

IX – DO REAJUSTE DE PREÇOS E TARIFAS

² 13.2. O Pregoeiro, no interesse público, poderá sanar, relevar omissões ou erros puramente formais observados na documentação e na proposta, desde que não contrariem a legislação vigente e não comprometam a lisura da licitação, sendo possível a promoção de diligência destinada a esclarecer ou a complementar a instrução do processo.



A impugnante contesta a forma de indexação do valor da remuneração prevista nos anexos editalícios e, por consequência, o índice escolhido para o reajuste contratual, que é o IPG-M/FGV, sustentando que o índice a ser aplicado deveria ser o IGP-DI.

Todavia, não discorre sobre o fundamento que motivaria a mudança pretendida, o que caracteriza a generalidade da impugnação, dificultando a análise do pedido de reforma do Edital.

Ainda assim, a bem da segurança jurídica, passa-se aos esclarecimentos que seguem.

Pois bem, conforme apontado pela Unidade de Assessoramento Jurídico desta PGJ/RS: “... o IGP-M/FGV e o IGP-DI/FGV (índice sugerido pela impugnante) analisam as mesmas variações de preços, isto é: IPA, IPC e INCC”.

Logo, não há prejuízo aparente na adoção de um ou de outro.

Ainda segundo a mesma Unidade: “... a própria Fundação Getúlio Vargas, “o que difere o IGP-M/FGV do IGP-DI/FGV é que as variações de preços consideradas pelo IGP-M/FGV referem ao período do dia vinte e um do mês anterior ao dia vinte do mês de referência e o IGP-DI/FGV refere-se a período do dia um ao dia trinta do mês de referência”³.

Não obstante, ainda que verificado algum “prejuízo” à impugnante, certo é que a aplicação do regramento de direito privado sugere atenção no que se refere a contratos públicos. Conforme leciona Odete Medauar, cediço é que “sendo o órgão estatal uma das partes do vínculo contratual, não poderiam prevalecer os mesmos preceitos aplicáveis aos contratos firmados entre particulares. Isso porque os contratos celebrados por órgãos ou entidades estatais direcionam-se ao atendimento do interesse público e este prepondera sobre os interesses privados”⁴.

Esclarece Marçal Justen Filho⁵:

*“O reajustamento de preços, no plano da licitação, consiste na previsão antecipada da ocorrência da inflação e na adoção de uma solução para neutralizar seus efeitos. É a determinação de que os preços ofertados pelos interessados serão reajustados de modo automático, independentemente inclusive de pleito do interessado. **Será utilizado um critério, escolhido de antemão pela Administração e inserto do edital.** O critério de reajuste tomará por base índices simples ou compostos, escolhidos dentre os diversos índices disponíveis ao público (calculados por instituições governamentais ou não)”. Sem grifo no original.*

³ <https://www.portalbrasil.net/igp.htm>

⁴ Medauar, Odete. Direito Administrativo Moderno. São Paulo, RT, 2004. 8.ª ed. Revista e atualizada. P. 252.

⁵ Justen Filho, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos, 6ª ed., p. 384-385



Vê-se, portanto, que a escolha do índice é corolário da discricionariedade administrativa. Nesse sentido, é também oportuno o ensinamento de Hely Lopes Meirelles⁶:

*“... o legislador pátrio institucionalizou o reajuste de preços nos contratos administrativos, facultando às partes adotá-lo ou não, **segundo as conveniências da Administração**, em cada contrato que se firmar”. Sem grifo no original.*

Mais adiante, o saudoso administrativista informa que o índice de correção estará previsto no contrato e em norma legal ou regulamentar da respectiva Administração contratante⁷.

Melhor sorte não lhe assiste, no que diz respeito à data-base do reajuste, uma vez que a disposição contratual no sentido de que o termo inicial se dará a contar do mês da apresentação da proposta nada mais é do que reprodução do art. 40, inc. XI, da Lei n.º 8.666/93, *in verbis*:

“Art. 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 início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte:

(...)

XI - 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; [\(Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994\)](#)”.

Ademais, conforme registrado pela Unidade de Assessoramento Jurídico: *“... a adoção de tal marco é mais benéfica do que o indicado pela OI S.A (data da assinatura do contrato)”.*

Devido a tais considerações, desconsidera-se a impugnação.

X – DO PAGAMENTO VIA NOTA FISCAL COM CÓDIGO DE BARRAS

A impugnante afirma que a forma de pagamento prevista na minuta de contrato causará transtornos ao sistema de contas a receber da empresa de telecomunicações, pois o respectivo mercado utiliza-se de meio de pagamento do tipo Nota Fiscal/Fatura, emitida com código de barras para pagamento.

⁶ Licitação e Contrato Administrativo. São Paulo, Malheiros, 2006. 14.ª ed. p. 210.

⁷ Ob. cit., p. 211.



Pediu a adequação do Anexo V a essa forma de pagamento.

Consultada a área de orçamento e pagadoria desta PGJ/RS, a informação foi de que a cláusula de pagamento deve abranger a hipótese de fatura com código de barras, em face da realidade mercadológica do objeto.

Com isso, deve ser alterado o subitem 11.3 do termo de referência (Anexo I), passando a conter a seguinte redação:

“11.3 O pagamento será efetuado por meio de depósito em conta corrente ou por meio de Ordem Bancária para pagamento de faturas com código de barras, e todas as despesas decorrentes de impostos, taxas, contribuições ou outras serão suportadas pela Contratada”.

Esta alteração ensejará, igualmente, alteração na subcláusula 3.8 do Anexo V – pela área responsável.

Neste ponto, pois, acolhida a impugnação.

XI – PAGAMENTO EM CASO DE RECUSA DO DOCUMENTO FISCAL

A impugnante requer a reforma dos subitens 11.5 do Anexo I e 3.5 do Anexo V, que preveem a recusa de pagamento quando o documento fiscal contiver erro ou omissões, ficando interrompido o prazo de pagamento enquanto não sanadas as irregularidades, *in verbis*:

“Havendo erros ou omissões na documentação de pagamento, a empresa contratada será notificada, com a exposição de todas as falhas verificadas, para que proceda as correções necessárias. Nesse caso, o prazo para efetivação do pagamento será interrompido, reiniciando a contagem no momento em que forem sanadas as irregularidades”.

Sustenta que, frente a parcelas incontroversas, o pagamento deve ser efetuado imediatamente, sem interrupções.

Não merece prosperar o argumento. O contrato (Anexo V) estabelece que o pagamento pelos serviços prestados se dará mensalmente, mediante apresentação da Nota Fiscal, que deverá conter determinadas informações.

“3.4.2 Prestação de serviços (itens 1.2 a 1.6): a partir da homologação do serviço, mensalmente, no 15º dia (décimo quinto) dia após a protocolização da Nota Fiscal pela CONTRATADA no CONTRATANTE, que deverá se dar no mês subsequente ao da prestação de serviços. No campo descrição da Nota Fiscal, deverá ser informado: D% = disponibilidade percentual do serviço e mês de referência da prestação do serviço”.



Ora, é obrigação da Contratada apresentar documento fiscal na sua forma final, isento de irregularidades, a fim de que a Contratante possa atestá-lo e efetuar o pagamento. Logo, a protocolização de Nota Fiscal com vícios ou falhas enseja a sua devolução. Como é este ato que inicia o cômputo do prazo para pagamento, sua apresentação em desacordo com o estabelecido, por óbvio, interrompe este prazo.

A apresentação da Nota com erros ou omissões gera retrabalho para a Administração, que deverá proceder à devolução e fazer o reexame depois.

Ademais, ante o descumprimento contratual, não há falar em valor incontroverso.

Destarte, não há o que reformar, devendo ser mantidos os subitens 11.3 do Anexo I e 3.8 do Anexo V.

XII – DA RETENÇÃO DO PAGAMENTO PELA CONTRATANTE

A impugnante se insurge contra o subitem 3.9 do Anexo V do Edital, que assim estabelece:

“3.9 Nenhum pagamento será efetuado à CONTRATADA enquanto pendente de liquidação qualquer obrigação financeira que lhe for imposta, em virtude de penalidade ou inadimplência, a qual poderá ser compensada com o pagamento pendente, sem que isso gere direito a acréscimos de qualquer natureza”.

Argumenta que, entre as penalidades do artigo 87 da lei de licitações, não está a retenção de pagamentos. Colaciona excertos do TCU e do STJ, que dizem da impossibilidade de retenção de pagamentos em caso de perda da regularidade fiscal. Requer ao final a modificação do dispositivo.

A área jurídica da PGJ/MPRS manifestou-se a cerca do assunto, asseverando que:

“A disposição contratual acima retrata cláusula exorbitante que deve ser mantida. Isso porque a Administração, diante de penalidade ou inadimplência da contratada, pode, e deve, reter todo ou parte do pagamento para quitar os valores pendentes. O dispositivo contratual é utilizado, por exemplo, em caso de abertura de procedimento punitivo que, em tese, tem indicativo de aplicação de penalidade de multa. Nesse caso, se houver fatura pendente, poderá a Administração, antes de finalizado o procedimento punitivo, reter parte desta fatura, no limite da multa, a título de cautela, e liberar o saldo restante (arts. 86, § 3º, e 87, § 1º, da Lei Federal nº 8.666/93).

A disposição, portanto, se coaduna com a legislação e com os princípios do interesse público, razoabilidade, proporcionalidade e eficiência.



Por fim, cumpre consignar que o caso suscitado - de eventual irregularidade fiscal durante a execução do contrato - não possui relação com o dispositivo contratual citado. No caso de irregularidade fiscal, ou de não manutenção de alguma das condições de habilitação, cabe, como bem asseverou a empresa em suas razões, rescisão contratual e aplicação de penalidades, na forma dos artigos 78 e 87 da Lei Federal nº 8.666/93, mas não a retenção dos pagamentos”.

Portanto, como observado, a interpretação atribuída pela impugnante está equivocada. A Administração pode e deve reter o pagamento diante de inadimplência da Contratada, ou, quando iniciado processo punitivo, para fins de assegurar o pagamento da multa.

Neste aspecto, totalmente improcedente a impugnação.

XIII – GARANTIAS À CONTRATADA EM CASO DE INADIMPLÊNCIA DA CONTRATANTE

Aqui, a questão controversa diz com a falta de previsão de encargos de mora à Administração. A impugnante sustenta que “*eventual descumprimento da obrigação de pagamento da Contratante deverá gerar as devidas consequências*”, e que a falta de previsão afronta o disposto nos artigos 54 e 66 da Lei de Licitações.

Requer a incidência de multa de 2% sobre o valor da fatura no mês de atraso, juros de mora de 1% ao mês e correção monetária pelo IGP-DI.

A pretensão não encontra guarida na lei.

O dispositivo controvertido na hipótese está previsto na cláusula quarta do Anexo V, segundo o qual: “*o valor do presente contrato não pago na data aqui prevista deverá ser corrigido desde então até a data do efetivo pagamento, pelo IGP-M da FGV, ou por outro que venha a substituí-lo, pro rata die*”.

Veja-se que tal cláusula está de acordo com os artigos 40, inc. XIV, “c”, e 55, inc. III, da Lei Federal n.º 8.666, que elencam, respectivamente, as disposições obrigatórias do Edital de Licitação e as cláusulas necessárias dos contratos administrativos, entre elas, critério de atualização monetária.

Os dispositivos supracitados da Lei n.º 8.666/93 não preveem estipulação de cláusula de juros ou penalidades em caso de inadimplemento da Administração. Seria, inclusive, um contrassenso a Administração Pública admitir a possibilidade de atrasos ou inadimplência, em razão de que isto implica não só a responsabilidade civil, mas também político-administrativa (improbidade) e fiscal (LRF).



É por esta razão que a Lei de Licitações não elencou nos artigos de disposições obrigatórias de editais e contratos (artigos 40 e 55) a cláusula de juros e penalidades em caso de inadimplemento da Administração Pública.

No ponto, também improcedente a impugnação.

XIV – DAS PENALIDADES EXCESSIVAS

O alvo de combate deste tópico é a redação da cláusula sétima, subitem 7.4, do Anexo V, pela qual: *“as multas previstas acima dobrarão em caso de reincidência, limitada a 30%, sem prejuízo da cobrança de perdas e danos que venham a ser causados ao interesse público e da possibilidade da rescisão contratual”*.

A cláusula em questão refere-se à multa moratória e à compensatória.

Pois bem, a multa compensatória está prevista no percentual de até 10% sobre o valor mensal do serviço (subitem 7.2, “b”), com possibilidade de acréscimo, limitado a 20%, conforme a disponibilidade do serviço no mês.

Em caso de reincidência, as multas podem dobrar, limitadas a 30%.

Note-se que os patamares de multa estão escalonados conforme a gravidade e a reiteração da conduta da contratada e nunca ultrapassarão 30% - percentual que não caracteriza confisco.

No que diz respeito à multa moratória, constante no subitem 7.1, assiste razão, em parte, à impugnante, pois, do modo como está posta, pode alcançar 72% sobre o valor mensal do circuito envolvido, o que não se mostra razoável.

Para não haver mais dúvida quanto ao patamar máximo aplicável na hipótese, a minuta de Contrato (Anexo V) será alterada, a bem de esclarecer que o limite da multa será de 10% será do valor mensal do contrato, enquadrando a redação dentro dos limites legais.

3. POSTO ISSO, assiste razão a impugnante quanto aos tópicos V, X e, em parte, o tópico XIV; devendo ser afastado, contudo, os demais pontos do arrazoado.

Assim, em face do acolhimento parcial das teses, alteram-se os dispositivos abaixo, conforme a respectiva redação:



- a) a alteração dos subitens 9.1, “f”, e 9.2.4, “c”, do Edital, e 13.1, do Termo de Referência (Anexo I), para retirar a expressão “com bom desempenho”, conforme segue:

“Atestado, emitido por pessoa jurídica de direito público ou privado, comprovando o fornecimento de serviço de conectividade à Internet via radioenlace digital com velocidade igual ou superior a 50 Mbits/s. O referido atestado de capacidade técnica deverá conter a Razão Social de ambas as empresas (Contratante e Contratada). Deverá ficar comprovado, pelo texto do atestado ou pelos atos jurídicos relativos à relação contratual apresentada, que o Licitante executou ou está executando serviços”.

- b) a alteração do subitem 11.3 do Termo de Referência (Anexo I), e 3.8 da minuta de Contrato, passando a constar o texto que segue:

“O pagamento será efetuado por meio de depósito em conta corrente ou por meio de Ordem Bancária para pagamento de faturas com código de barras, e todas as despesas decorrentes de impostos, taxas, contribuições ou outras serão suportadas pela Contratada”.

- c) A alteração dos subitens 16.2, do Termo de Referência, e 7.1, da minuta de Contrato (Anexo V), para fazer constar que o limite da multa moratória será de 10% do valor mensal do contrato, passando a constar o texto que segue:

“Na forma do artigo 86 da Lei Federal n.º 8.666/93, a CONTRATADA, garantida a prévia defesa, ficará sujeita à multa de 0,5% (meio por cento) sobre o valor mensal do contrato, por hora de atraso em que, sem justa causa, não cumprir as obrigações assumidas, até o máximo de 10% (dez por cento), sem prejuízo das demais penalidades previstas na mencionada Lei”.

Relativamente aos demais pontos, improcede a impugnação.

Assim, levanto a suspensão do procedimento e reagendo a sessão para a data de 21 de setembro de 2017, 10h para a abertura das propostas e 14h para a disputa de lances.

Porto Alegre, 06 de setembro de 2017.

Luís Antonio Benites Michel,

Pregoeiro.