



Estado do Rio Grande do Sul
PREFEITURA MUNICIPAL DE ERECHIM
Secretaria Municipal de Administração
Diretoria de Compras e Licitações
- Divisão de Licitações -

ERECHIM
100 Anos
Aqui é nossa casa!

Processo:	Pregão Presencial 78/2019
Objeto:	Impugnação Edital
Impugnantes:	OI S.A.

1 - Das razões da impugnante

Trata-se de impugnação ao Edital do Pregão Presencial 78/2019, cujo objeto é a contratação de empresa especializada para instalação e manutenção de Sistema de Comunicação de Voz - Central Privada de Comutação Telefônica (CPCT) - para a Prefeitura Municipal de Erechim/RS, através da Secretaria Municipal de Administração, com recursos próprios. A empresa OI S.A. interpôs impugnação ao edital na data de 26/06/19, sendo que a data de abertura do referido pregão será no dia 01/07/2019.

A empresa, valendo-se da prerrogativa legal estabelecida no art. 41, §§ 1º e 2º da Lei Federal 8.666/93, aplicável, subsidiariamente, à modalidade Pregão Presencial, interpôs impugnação a diversos pontos do edital, que passaremos a análise a seguir.

2 - Do Mérito/Fundamentação

A interessada OI S.A tempestivamente interpôs impugnação ao presente Edital, assim sendo, passe-se a análise meritória.

ITEM 1: IMPEDIMENTO À PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS SUSPENSAS DE LICITAR COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM GERAL.

Resposta: Vejamos a redação do item 4.2 ora impugnado, bem como a redação do artigo 87, inciso III da Lei nº 8.666/1993:

4.2. Não será admitida a participação de empresas que estejam com o direito de licitar e contratar com a Administração Pública suspensa ou que por esta tenham sido declaradas inidôneas.

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

III - suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos;

- Divisão de Licitações -

Av. Farrapos, n.º. 509 - Bairro Centro - CEP 99700-112 - Erechim (RS) Fone: (54)3522-4443



Estado do Rio Grande do Sul
PREFEITURA MUNICIPAL DE ERECHIM
Secretaria Municipal de Administração
Diretoria de Compras e Licitações
- Divisão de Licitações -



IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior.

O significado e a extensão atribuída aos termos Administração e Administração Pública, embora existam defensores da irrelevância da distinção, de fato podem causar controvérsia quando se fala na aplicação do artigo 87 da Lei 8.666/93, porém, não podemos deixar o entendimento do artigo restrito ao que se entende por tais termos.

O TCU já se posicionou no sentido de que a suspensão do direito de licitar, assim como a declaração de inidoneidade, abrange toda a Administração Pública:

"Há, portanto, que se interpretar os dispositivos legais estendendo a força da punição a toda a Administração, e não restringindo as sanções aos órgãos ou entes que as aplicarem. De outra maneira, permitir-se-ia que uma empresa, que já se comportara de maneira inadequada, outrora pudesse contratar novamente com a Administração durante o período em que estivesse suspensa, tornando esta suspensão desprovida de sentido. Por essas razões, entendo que esta Corte deva rever seu posicionamento anterior, para considerar legal a inserção, pela Infraero, de cláusula editalícia impeditiva de participação daqueles incursos na sanção prevista no inciso III da Lei 8.666/93." TCU, Acórdão nº 2.218/2011, 1ª Câmara, Rel. Min. José Múcio, DOU de 19.04.2011.).

O Tribunal tem alternado seu entendimento e ainda não chegou a um ponto final. Por sua vez, o TCE/SP, por exemplo, "já decidiu no sentido de que compete ao Administrador, no exercício de seu poder discricionário e nos termos da lei, eleger a medida mais adequada ou conveniente para a garantia do interesse público, ficando ao exame ordinário do contrato a análise de eventual prejuízo à competitividade do certame, deixo de acolher a pretensão deduzida na inicial e determino o arquivamento do expediente, com prévia ciência à representante e representada." (TCE/SP. TC-34.945/026/11. Rel. Cons. Fulvio Julião Biazzi. Julgado em: 24 out. 2011.)

Na mesma linha de entendimento aponta Marçal Justen Filho, onde a aplicação da sanção de declaração de inidoneidade, bem como a sanção relativa à suspensão do direito de licitar, implicam na perda do direito de participar em certames licitatórios promovidos por qualquer órgão da Administração Pública. Assinala o autor:

- Divisão de Licitações -

Av. Farrapos, n.º 509 - Bairro Centro - CEP 99700-112 - Erechim (RS) Fone: (54)3522-4443



Estado do Rio Grande do Sul
PREFEITURA MUNICIPAL DE ERECHIM
Secretaria Municipal de Administração
Diretoria de Compras e Licitações
- Divisão de Licitações -



O que se pode inferir, da sistemática legal, é que a declaração de inidoneidade é mais grave do que a suspensão temporária do direito de licitar – logo, pressupõe-se que aquela é reservada para infrações dotadas de maior reprovabilidade do que esta. Seria possível estabelecer uma distinção de amplitude entre as duas figuras. Aquela do inc. III produziria efeitos no âmbito da entidade administrativa que a aplicasse; aquela do inc. IV abarcaria todos os órgãos da Administração Pública. Essa interpretação deriva da redação legislativa, pois o inc. III utiliza apenas o vocábulo Administração, enquanto o inc. IV contém Administração Pública. No entanto, essa interpretação não apresenta maior consistência, ao menos enquanto não houver regramento mais detalhado. Aliás, não haveria sentido em circunscrever os efeitos da suspensão de participação de licitação a apenas um órgão específico. *Se um determinado sujeito apresenta desvios de conduta que o inabilitam para contratar com a Administração Pública, os efeitos dessa ilicitude se estendem a qualquer órgão. Nenhum órgão da Administração Pública pode contratar com aquele que teve seu direito de licitar suspenso.* (Justen Filho, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. São Paulo. Dialética. 2008. 12ª edição. p. 821-822)

Para finalizar, recentemente, se percebe uma inclinação na aplicação extensiva da suspensão e declaração de inidoneidade aplicada a empresas por determinado órgão, restringindo e impedindo a participação destas em processos licitatórios realizados por outros. Um exemplo é a Lei Anticorrupção (art. 22. Lei n 12.846/13) que obriga os órgãos e entidades dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário de todas as esferas de governo a informar e manter atualizados tanto o Cadastro Nacional De Empresas Inidôneas e Suspensas – CEIS, quanto o Cadastro Nacional De Empresas Punidas – CNEP. Além de servir como ferramenta de transparência para a sociedade, o sistema objetiva servir de fonte de referência para os órgãos da Administração Pública em seus processos de contratações.

Ora, se a aplicação de penalidades devem se restringir somente ao órgão sancionador, qual a razão de consultas a tais banco de dados estarem cada vez mais abertas, atualizadas e de fácil acesso, senão a possibilidade de verificação da lisura da empresa por demais órgãos?

Assim, esta Municipalidade entende por manter na integralidade o item 4.2. do Edital para que não seja admitida a participação de empresas que estejam com o direito de licitar e contratar com a Administração Pública suspensa ou que tenham sido declaradas inidôneas.

- Divisão de Licitações -

Av. Farrapos, n°. 509 - Bairro Centro - CEP 99700-112 - Erechim (RS) Fone: (54)3522-4443



Estado do Rio Grande do Sul
PREFEITURA MUNICIPAL DE ERECHIM
Secretaria Municipal de Administração
Diretoria de Compras e Licitações
- Divisão de Licitações -



ITEM 02: DA EXIGÊNCIA DE REGULARIDADE TRABALHISTA COMO REQUISITO DE HABILITAÇÃO APLICÁVEL ÀS CONTRATAÇÕES EMPREENDIDAS PELO PODER PÚBLICO.

Resposta: A regularidade trabalhista é exigida no edital, item 7.1 conforme segue:

7.1. A habilitação do licitante vencedor será verificada mediante apresentação dos seguintes documentos:

h) prova de inexistência de débitos inadimplidos perante a Justiça do Trabalho, mediante a apresentação da Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas (CNDT), em vigor (Lei Federal 12.440/2011).

Para fins de habilitação, não é necessário que a empresa apresente um comprovante de plena quitação, basta demonstrar a sua regularidade. Assim, as certidões positivas com efeito de negativa, usualmente apresentadas pelos participantes nas licitações, devem ser aceitas para habilitação da concorrente que apresentar certidão em tão condição.

Mesmo que o edital exija "Certidão Negativa" das fazendas, FGTS e CNDT, poderá ser apresentada a "Certidão Positiva com Efeito de Negativa". É o que determina o artigo 206 da Lei 5.172/1966 (Código Tributário Nacional) que confere à "Certidão Negativa com Efeito de Positiva" os mesmos efeitos da "Certidão Negativa":

Art. 205. A lei poderá exigir que a prova da quitação de determinado tributo, quando exigível, seja feita por certidão negativa, expedida à vista de requerimento do interessado, que contenha todas as informações necessárias à identificação de sua pessoa, domicílio fiscal e ramo de negócio ou atividade e indique o período a que se refere o pedido.

Parágrafo único. A certidão negativa será sempre expedida nos termos em que tenha sido requerida e será fornecida dentro de 10 (dez) dias da data da entrada do requerimento na repartição.

Art. 206. Tem os mesmos efeitos previstos no artigo anterior a certidão de que conste a existência de créditos não vencidos, em curso de cobrança executiva em que tenha sido efetivada a penhora, ou cuja exigibilidade esteja suspensa.

Dessa forma, não entendemos caber alterações na redação do edital, quanto a exigência da negativa, estando de pleno acordo com a Lei nº 8.666/93:

Art. 29. A documentação relativa à regularidade fiscal e trabalhista, conforme o caso, consistirá em:

V – prova de inexistência de débitos inadimplidos perante a Justiça do Trabalho, mediante a apresentação de certidão negativa, nos termos



Estado do Rio Grande do Sul
PREFEITURA MUNICIPAL DE ERECHIM
Secretaria Municipal de Administração
Diretoria de Compras e Licitações
- Divisão de Licitações -



do Título VII-A da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943.

ITEM 03: EXIGÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE QUESTÃO SUBJETIVA NO ATESTADO DE CAPACIDADE TÉCNICA:

Vejamos a exigência editalícia:

7.1. A habilitação do licitante vencedor será verificada mediante apresentação dos seguintes documentos:

i) Atestado de "Capacitação Técnica", EM NOME DA EMPRESA, fornecido por pessoa jurídica de direito público ou privado, de que executou, satisfatoriamente, contrato com objeto compatível ao fornecimento e instalação de Central Telefônica dotada de características e facilidades similares ao ofertado na proposta.

Nesse ponto, a impugnante alega que o termo "de forma satisfatória" previsto no Edital é critério subjetivo para comprovação de capacidade técnica violando o art. 30 da Lei nº 8.666/93. Pois bem, a exigência de atestados de capacidade técnica tem por fundamento a comprovação da qualificação técnica dos participantes da licitação a fim de se verificar se a empresa possui ou não condições de realizar o serviço objeto da licitação de forma a evitar que empresas sem experiência na prestação de serviço inviabilizem a execução do contrato.

Nessa seara, a Administração se resguarda, solicitando o atendimento/cumprimento do contrato de forma satisfatória. Não significa que tal termo deva estar expresso em todos os atestados apresentados, podendo ser entendido que executou o contrato de forma satisfatória o uso comum e usual de termos que levem a tal entendimento, ou seja, que houve a prestação de serviço idêntica ou compatível e que não houve sanção, penalidades ou desídia da licitante durante a execução.

Dessa forma, compreendemos que a exigência do item 7.1 alínea "i" está de acordo com a Lei e não restringe ou impede a participação de empresas que já executaram contratos com o objeto ora licitado, bem como a expressão "satisfatoriamente" não leva ao julgamento subjetivo dos atestados, não havendo, portanto, alterações a serem feitas nesse item.

ITEM 4: DO RECURSO

Alega a impugnante que o item 9.8 do Edital "O recurso contra a decisão do Pregoeiro não terá efeito suspensivo." afronta o artigo 109 da Lei 8.666/93.

No Pregão Presencial, modalidade do certame em questão, os atos do Pregoeiro se estendem



Estado do Rio Grande do Sul
PREFEITURA MUNICIPAL DE ERECHIM
Secretaria Municipal de Administração
Diretoria de Compras e Licitações
- Divisão de Licitações -



até a adjudicação, sendo o próximo ato, a homologação, de competência da autoridade superior. Quando há interposição de recurso, até mesmo a adjudicação passa a ser competência da autoridade superior. Confrontando o artigo 109 da Lei 8.666/93 com o artigo 4º, XXI da Lei nº 10.520/02 (Lei do Pregão) nota-se que não é possível que o certame tenha andamento para além dos atos de competência do Pregoeiro nos casos em que há interposição de recurso, vejamos:

Art. 4º A fase externa do pregão será iniciada com a convocação dos interessados e observará as seguintes regras:

XX - a falta de manifestação imediata e motivada do licitante importará a decadência do direito de recurso e a **adjudicação do objeto da licitação pelo pregoeiro ao vencedor;**

XXI - **decididos os recursos, a autoridade competente fará a adjudicação** do objeto da licitação ao licitante vencedor;

Ainda, é de praxe os Pregoeiros do Município aguardarem as razões, contrarrazões e julgamento dos recursos para andamento dos demais atos do Pregão. Dessa forma, a redação do item 9.8 não causa prejuízo algum às participantes que interpuserem recurso.

ITEM 5: DA RETENÇÃO DO PAGAMENTO PELA CONTRATANTE

O item 14.2 do Edital e item 3.4 da Minuta do Contrato preveem que não será efetuado qualquer pagamento à Contratada enquanto houver pendência de liquidação da obrigação financeira em virtude de penalidade ou inadimplência contratual.

Acredita-se que houve equívoco de interpretação da impugnante neste item. É sabido que não deve haver retenção de pagamento de serviços prestados, a sanção prevista neste item não diz respeito a regularidade fiscal como alegado, mas sim, em casos em que a Contratada tenha **pendência de liquidação financeira imposta por penalidade ou inadimplência contratual (multa ou qualquer outra que não tenha sido paga)**, ocorrendo somente nesse caso a retenção do pagamento. Tal possibilidade está melhor compreendida no item 15.2. do Edital:

15.2. As multas devidas e/ou prejuízos causados às instalações do Contratante, pela Contratada, serão deduzidos dos valores a serem pagos, recolhidos em conta específica em favor do Contratante, ou cobrados judicialmente.

15.2.1. Se a Contratada não tiver valores a receber do Contratante, terá o prazo de 05 (cinco) dias úteis, após a notificação oficial, para recolhimento da multa na forma estabelecida no subitem anterior.

- Divisão de Licitações -

Av. Farrapos, nº. 509 - Bairro Centro - CEP 99700-112 - Erechim (RS) Fone: (54)3522-4443



Estado do Rio Grande do Sul
PREFEITURA MUNICIPAL DE ERECHIM
Secretaria Municipal de Administração
Diretoria de Compras e Licitações
- Divisão de Licitações -



Marçal Justen Filho, ao tratar da cobrança da multa moratória, defende ideia similar, ao sustentar: “o valor da multa será compensado com os créditos que o particular tiver a receber. Se insuficientes esses créditos, a Administração poderá recorrer à garantia e promover a cobrança judicial, nos termos aludidos no comentário ao art. 80, III.” (JUSTEN FILHO, 2010, p. 880.)

É dizer: se houver valores de inexecução contratual, a Administração pode decidir entre executar a garantia, **descontar créditos** ou cobrá-la administrativa/judicialmente, sem que uma alternativa obrigatoriamente prefira a outra.

ITEM 6: BASE DE CÁLCULO DAS MULTAS EM CASO DE INEXECUÇÃO PARCIAL DO CONTRATO.

Resposta: O Item 15.1.6 do Edital e item 6.1.6 da minuta do contrato preveem a aplicação de multas sobre o valor total adjudicado, alegando a empresa que não se pode admitir que, em caso de inexecução parcial, a multa incida sobre o valor total do contrato, haja vista que a fixação das sanções atinentes à contratação administrativa reside na razoabilidade e na proporcionalidade.

A aplicação de multa em casos de inexecução são analisadas caso a caso, seguindo as diretrizes da Lei 8.666/93:

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;

Nota-se que o legislador deixou a cargo da Administração a fixação das multas, sendo desta Municipalidade a seguinte: “Em caso de inexecução parcial da obrigação, poderá ser aplicado o percentual de 5% (cinco por cento) sobre o valor global do contrato.” Em contrapartida, por razões de razoabilidade, estabelece-se que em caso de inexecução total a multa será **10%** sobre o valor global do contrato, (item 15.1.5), dessa forma, ainda que a base de cálculo seja o valor global do contrato, o percentual para inexecução parcial é menor do que o previsto para a inexecução total, fazendo jus ao prejuízo/inadimplemento da Contratada.

Da discricionariedade conferida à Administração para a fixação das multas, poderiam ser estabelecidos, percentuais maiores com base de cálculo diferente, por exemplo, somente das parcelas não cumpridas do contrato como sugere a impugnante, o que poderia acarretar, inclusive, multas mais vultuosas do que a ora estipulada.



Estado do Rio Grande do Sul
PREFEITURA MUNICIPAL DE ERECHIM
Secretaria Municipal de Administração
Diretoria de Compras e Licitações
- Divisão de Licitações -



Ainda, a aplicação de multa precisa de motivação, além de obedecer aos princípios inerentes à administração pública, devendo o poder público, sempre que apurar as circunstâncias relativas ao descumprimento contratual através de regular processo administrativo, garantir a ampla defesa e o contraditório ao particular antes da aplicação da sanção.

ITEM 7: LIMITAÇÃO DA RESPONSABILIDADE DA CONTRATADA AOS DANOS DIRETOS COMPROVADAMENTE CAUSADOS À CONTRATANTE.

Resposta: Previsão do item 11."d" do Edital e 5.4 da Minuta do Contrato: "A CONTRATADA fica obrigada a arcar com eventuais prejuízos causados ao CONTRATANTE e/ou a terceiros, provocados por ineficiência ou irregularidade cometida na execução do contrato."

O texto do item prevê a **ineficiência ou irregularidade** cometida na execução do contrato como causa do prejuízo, o que, por si só, já induz a fatos causados e de responsabilidade da Contratada. O item não pretende levar a responsabilização por "qualquer perda ou prejuízo" como alega a impugnante.

Esclarece-se que nenhum ressarcimento de prejuízos causados pela Contratada poderá se dar sem o devido processo para apuração dos fatos e garantida a ampla defesa, com a devida observância da Lei. É o que dispõe o item 15.4: "A aplicação de quaisquer das sanções relacionadas neste instrumento contratual será precedida de processo administrativo, mediante o qual se garantirão a ampla defesa e o contraditório."

Dessa forma, toda a circunstância referente aos acontecimentos deverá ser levantada e apurada pelas partes antes de qualquer responsabilização pela Administração, lembrando que, dentro do processo administrativo, são observados todos os princípios referentes ao contraditório, ampla defesa, razoabilidade e proporcionalidade, conforme previstos em Lei.

ITEM 08: INCLUSÃO DE CLÁUSULA A RESPEITO DO PAGAMENTO VIA NOTA FISCAL COM CODIGO DE BARRAS:

O pagamento pela execução do contrato respeitará as normas do edital, porém a empresa contratada é responsável por emitir a nota que lhe compete. a fatura apresentada pela Contratada com código de barras não apresenta nenhum problema, tendo em vista que alguns pagamentos já são efetuados dessa forma no Município.

Julga-se não haver necessidade de previsão editalícia quanto ao sistema de faturamento das empresas, inclusive por não haver no Município qualquer tipo de restrição ao pagamento quanto a forma de apresentação da Nota Fiscal.



Estado do Rio Grande do Sul
PREFEITURA MUNICIPAL DE ERECHIM
Secretaria Municipal de Administração
Diretoria de Compras e Licitações
- Divisão de Licitações -



ITEM 9: INCLUSÃO DE GARANTIAS À CONTRATADA EM CASO DE INADIMPLÊNCIA DA CONTRATANTE:

A impugnante afirma não haver disposições no edital quanto a atraso no pagamento a ser efetuado pela contratante a Contratada.

Diante da Lei de Responsabilidade fiscal, o Município só emite empenhos com disponibilidade orçamentária. Para fins de controle interno, no momento da geração da solicitação de contratação pela Secretaria Requisitante, o sistema já reserva dotação orçamentária para despesa, sendo ajustado o valor final após o encerramento do procedimento licitatório, quando é emitido o empenho.

Cumprindo a legalidade, comprova-se que existem recursos para a efetivação do pagamento.

ITEM 10: REAJUSTE DE PREÇOS

Resposta: a impugnante alega não haver cláusula de reajuste de preços, porém está prevista no item 12.2., com o índice praticado no Município, conforme transcrevemos:

12.2. Havendo renovação do contrato, após um ano, este será reajustado pelo índice IPC-FIPE, ou outro que vier a substituí-lo.

3 - Do Dispositivo

Ante ao acima exposto, nega-se procedência à impugnação apresentada pela empresa OI S.A., uma vez que não demonstrou irregularidade/ilegalidade nas cláusulas constantes no instrumento convocatório, não havendo motivos bastantes para que haja qualquer supressão/inclusão editalícia.

Erechim, 28 de junho de 2019.

VALDIR FARINA
Secretário Municipal de Administração

LETÍCIA DOS SANTOS PRATAVIERA
Pregoeira Oficiala

- Divisão de Licitações -

Av. Farrapos, n.º 509 - Bairro Centro - CEP 99700-112 - Erechim (RS) Fone: (54)3522-4443