

PREGÃO ELETRÔNICO Nº 718/2021

RESPOSTA À IMPUGNAÇÃO DA EMPRESA Oi S.A., em Recuperação Judicial

Trata-se de impugnação ao Edital de Pregão Eletrônico nº. 718/2021, apresentada pela empresa **Oi S.A., em Recuperação Judicial**, pessoa jurídica de direito privado, com sede na Cidade do Rio de Janeiro, Estado do Rio de Janeiro, inscrita sob o CNPJ nº 76.535.764/0001-43.

DA ADMISSIBILIDADE

Inicialmente, cabe apreciar o requisito de admissibilidade da referida impugnação, ou seja, apreciar se a mesma foi interposta dentro do prazo estabelecido para tal.

Dessa forma, o subitem 10.1 do Edital da licitação em questão dispõe: "Qualquer pessoa, até dois dias úteis anteriores à abertura da sessão pública virtual, poderá solicitar esclarecimentos, providências ou impugnar o ato convocatório acessando os endereços eletrônicos www.portaldecompras.sc.gov.br ou e-lic.sc.gov.br, selecionando painel de controle botão Impugnações."

O impugnante protocolizou a impugnação perante o sistema em 09/07/2021 17:35:05, e, considerando que a abertura da sessão pública do pregão está agendada para o dia 14/07/2021, a presente Impugnação apresenta-se tempestiva, portanto, merece ter seu mérito analisado, visto que respeitou o prazo estabelecido na norma sobre o assunto. A resposta estará disponível publicamente no portal de Compras do Estado de Santa Catarina.

DA ANÁLISE DOS PONTOS QUESTIONADOS

Inicialmente, cumpre referendar a função primordial do processo licitatório: garantia de que todos os interessados possam participar em condições iguais (critério isonômico), selecionando a proposta mais vantajosa (MEIRELLES, Hely Lopes, 2007, p.30).

Após análise preliminar e verificada a tempestividade da medida, identificamos que a impugnação é assinada por CAROLINE VEARICK, CPF 812084990-68, onde não consta no documento a procuração para interpor a impugnação em nome da empresa Oi.

Analisaremos a cada ponto solicitado no documento, onde após uma consulta em ferramentas de busca na internet, podemos verificar que se trata de um documento padrão utilizado pela empresa em vários processos licitatórios, inclusive demonstraremos que em muitos pontos, nem ao menos se referem ao OBJETO desse processo licitatório.

Ponto 1 - SOBRE A EXIGÊNCIA DE CONSULTA A DETERMINADOS CADASTROS NÃO PREVISTOS EM LEI.

A impugnante requer que seja adotado o entendimento de que a simples existência de registro de penalidade de suspensão ou impedimento com outros órgãos que não o licitante, não pode ser condicionante da participação. Para que haja impedimento, a sanção registrada deve necessariamente ser em face do órgão licitante, sob pena de se estar ampliando o previsto na Lei 8.666/93, impedindo a participação de empresas punidas em quaisquer casos, ferindo frontalmente a jurisprudência dominante do TCU sobre o tema.

Entende-se que houve equívoco na interpretação da requerente. Os itens questionados tanto no Edital quanto no Termo de Referência não permitem a desclassificação sumária de licitantes, mas determina verificação das condições de participação de cada proponente. Sendo assim, os resultados das consultas serão analisados caso a caso, e caso houver penalidades cadastradas e vigentes, os efeitos serão aplicados em estrita conformidade com a fundamentação legal da sanção cadastrada. Portanto, a exigência para o certame será mantida.

Ponto 2. REAJUSTE DOS PREÇOS

Conforme podemos identificar no Edital, o referido objeto desta licitação, **AQUISIÇÃO DE EQUIPAMENTOS DE REDE (SWITCHES, TRANSCEIVERS, ACCESS POINT) E AMPLIAÇÃO DE LICENCIAMENTO DOS FIREWALLS NEXT GENERATION DA FORTINET PARA A UDESC**, conforme especificações constantes do **Anexo I e II**, sendo realizado um REGISTRO DE PREÇOS, onde teremos uma ATA, assinada pelas empresas vencedoras do certame, com validade de 12 (doze) meses, consequentemente as aquisições realizadas, a partir desta ATA, através de Autorização de Fornecimento ou Contrato, serão de aquisição e pagamento único.

O reajuste é a revisão de preços em razão da perda inflacionária e só incide após 12 meses de vigência do contrato. Portanto, o reajuste é um instituto jurídico que dificilmente se aplica em Ata de Registro de Preços, especialmente por que a grande maioria das normas regulamentadoras indicam a vigência da ata não superior a 12 meses.

Conforme o Decreto Federal 7.892/2013:

CAPÍTULO VIII

DA REVISÃO E DO CANCELAMENTO DOS PREÇOS REGISTRADOS

Art. 17. Os preços registrados poderão ser revistos em decorrência de eventual redução dos preços praticados no mercado ou de fato que eleve o custo dos serviços ou bens registrados, cabendo ao órgão gerenciador promover as negociações junto aos fornecedores, observadas as disposições contidas na alínea "d" do inciso II do caput do art. 65 da Lei nº 8.666, de 1993.

Art. 18. Quando o preço registrado tornar-se superior ao preço praticado no mercado por motivo superveniente, o órgão gerenciador convocará os fornecedores para negociarem a redução dos preços aos valores praticados pelo mercado.

§ 1º Os fornecedores que não aceitarem reduzir seus preços aos valores praticados pelo mercado serão liberados do compromisso assumido, sem aplicação de penalidade.

§ 2º A ordem de classificação dos fornecedores que aceitarem reduzir seus preços aos valores de mercado observará a classificação original.

Art. 19. Quando o preço de mercado tornar-se superior aos preços registrados e o fornecedor não puder cumprir o compromisso, o órgão gerenciador poderá:

- I - liberar o fornecedor do compromisso assumido, caso a comunicação ocorra antes do pedido de fornecimento, e sem aplicação da penalidade se confirmada a veracidade dos motivos e comprovantes apresentados; e
- II - convocar os demais fornecedores para assegurar igual oportunidade de negociação.

Parágrafo único. Não havendo êxito nas negociações, o órgão gerenciador deverá proceder à revogação da ata de registro de preços, adotando as medidas cabíveis para obtenção da contratação mais vantajosa.

Desse modo, não há irregularidade no edital. Deverá a licitante avaliar o fato de que não haverá reajuste de preços nos 12 (doze) primeiros meses da ATA no momento em que compor a sua proposta.

Ponto 3. PAGAMENTO VIA NOTA FISCAL COM CÓDIGO DE BARRAS

Nessa solicitação, podemos ver um que é replicado em todas as impugnações realizadas pela Empresa OI, vale destacar o que a empresa relata:

O item 12 do Edital, que dispõe sobre o pagamento, é silente quanto aos detalhes de como tal pagamento será efetuado.

Imperioso mencionar, que o procedimento de pagamento adotado relativamente **aos serviços de telecomunicações**, se dá **mediante apresentação de fatura (nota fiscal com código de barras), ou mediante SIAFI nos casos de órgãos vinculados à Administração Pública Federal, como é o caso da ANATEL.**

Lembramos mais uma vez, que o objeto dessa licitação não é a contratação de serviços de telecomunicações, onde as notas e faturamento acontecem no mesmo documento, para efetivação do objeto em questão, será necessário a emissão de nota de fiscal eletrônica DANFE.

No edital, item “12.1 A Udesc efetuará o pagamento em até 30 (trinta) dias após o recebimento e aceite do material com a respectiva Nota Fiscal/Fatura ou documento legalmente equivalente, observado o cumprimento integral das disposições contidas neste edital;”

Está descrito a forma correta para receber o material (não é serviço de telecomunicações), dar o aceite, verificações conforme o edital e encaminhar ao pagamento. Portanto não há o que alterar nesse item.

Ponto 4. INDEVIDA APRESENTAÇÃO DE CERTIDÕES DE REGULARIDADE MENSALMENTE

Foi questionada a exigência de apresentação mensal de comprovantes de regularidade é indevida e apresenta princípios jurídicos para justificar seu pleito.

Tal argumentação não merece prosperar, uma vez que a empresa é obrigada, segundo o art. 55, inciso XIII da Lei 8.666/93, a “manter, durante toda a execução do contrato, em compatibilidade com as obrigações por ele assumidas, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação”. E a manutenção dessas condições é comprovada mediante apresentação de certidões, de modo que não cabe à contratada escusar-se à apresentação de tais certidões sempre que solicitada pela contratante.

O Acórdão do TCU 524/2005 – 1ª Câmara dispõe que seja observado com rigor o art. 195, § 3º, da Constituição Federal c/c o art. 47, inciso I, alínea a da Lei nº 8.212/1991 e com o art. 27, alínea a da Lei 8.036/1990, no que tange à obrigatoriedade de se exigir das pessoas jurídicas a serem contratadas, bem assim durante a manutenção do contrato, a comprovação de sua regularidade com a seguridade social (INSS e FGTS). No mesmo sentido, o Acórdão 593/2005 – 1ª Câmara informa para que o gestor atente para a necessidade de exigir, a cada pagamento referente a contrato de execução continuada ou parcelada, a manutenção da comprovação de regularidade informada à época da habilitação.

Lembramos mais uma vez que, nosso processo licitatório é para aquisição de equipamentos, através de uma ATA de registro de preços, quando da necessidade de aquisição será emitida uma Autorização de Fornecimento ou Contrato, e no momento da entrega, juntamente com a nota fiscal, a empresa vencedora deverá apresentar as Certidões de regularidade. Portanto não há o que alterar nesse item.

Ponto 5. DAS PENALIDADES EXCESSIVAS

Alegação para que as multas aplicadas não ultrapassem o limite de 10%(dez por cento) sobre o valor do contrato, não merece prosperar, tendo em vista que os percentuais estão regulamentados pelo Decreto Estadual 2617/2009, artigo 110:

Art. 110. A multa é a sanção pecuniária que será imposta à contratada pelo atraso injustificado na entrega ou execução do contrato, de acordo com as alíquotas a seguir:

I - 0,33 % (zero, trinta e três por cento) por dia de atraso, na entrega do objeto ou execução de serviços, calculado sobre o valor correspondente à parte inadimplente, até o limite de 9,9% (nove, nove por cento);

II - 10 % (dez por cento) em caso de não entrega do objeto ou não conclusão do serviço ou rescisão do contrato por culpa da contratada, calculado sobre a parte inadimplente;

III - até 20% (vinte por cento) sobre o valor do contrato, pelo descumprimento de qualquer cláusula do contrato, exceto prazo de entrega.

§ 1º O valor da multa e/ou custas de depósito será deduzido dos créditos ou garantias da empresa, ou cobrado administrativa ou judicialmente.

§ 2º Sempre que a multa ultrapassar os créditos da contratada e/ou garantias, o valor excedente será encaminhado à cobrança extrajudicial ou judicial.

§ 3º O atraso, para efeito de cálculo de multa, será contado em dias corridos, a partir do dia seguinte ao do vencimento do prazo de entrega ou execução do serviço.

§ 4º A multa será aplicada quando o atraso for superior a cinco dias.

§ 5º A aplicação da multa não impede que sejam aplicadas outras penalidades previstas neste Regulamento.

Ponto 6. INCLUSÃO DE GARANTIAS À CONTRATADA EM CASO DE INADIMPLÊNCIA DA CONTRATANTE

A empresa questiona o instrumento convocatório, que não dispõem termo referente ao caso de atraso no pagamento a ser efetuado pela contratada, questionando os atrasos de parcelas sob pena de desequilíbrio da relação contratual.

Podemos verificar mais um questionamento fora do objeto do pregão, como já foi lembrado trata-se de uma ATA de registro de preços para aquisição de equipamentos, através de autorizações de fornecimento ou contrato, onde na entrega dos mesmos, são apresentadas as notas e certidões solicitados e realizados os devidos pagamentos. Não tendo como aceitar tais alegações.

Ponto 7. DA PREVISÃO DE APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR NO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO

A aplicação subsidiária do Código de Defesa do Consumidor – CDC se mostra correta, tendo em vista:

- a) a subsidiariedade da aplicação em casos omissos;
 - b) a inexistência de vedação legal à aplicação subsidiária do CDC nos normativos federais que disciplinam o regime jurídico das licitações e contratos administrativos e a existência de cláusulas similares em editais de outros entes da Administração Pública que estabelecem a aplicação do referido diploma legal em omissões da legislação que rege a matéria (Lei nº 8.666/93, Lei nº 10.520/02 e Decreto nº 3.555/00, precipuamente).
- Não procede a solicitação.

Ponto 8. DA NECESSÁRIA PERMISSÃO DE SUBCONTRATAÇÃO DOS SERVIÇOS

Ponto 9. DA INDENIZAÇÃO PELA RESCISÃO CONTRATUAL SEM PREVISÃO DE RESSARCIMENTO À CONTRATADA

Nos dois últimos, podemos responder em conjunto, onde lembramos mais uma vez que, nosso processo licitatório é para aquisição de equipamentos, através de uma ATA de registro de preços, quando da necessidade de aquisição será emitida uma Autorização de Fornecimento ou Contrato, desta forma a aquisição dos equipamentos será com a empresa vencedora de cada Lote, a qual deverá emitir a nota equivalente e se responsabilizar, conforme edital. Portanto não há o que alterar nesse item.

Nas alegações da empresa, a mesma se reporta a serviços, não sendo o objeto dessa licitação.

DA DECISÃO

Diante do exposto, recebo a impugnação interposta pela empresa Oi S.A., em Recuperação Judicial. Ato contínuo, no mérito, com base nas razões de fato e de direito acima desenvolvidas, e à luz dos argumentos apresentados e do opinativo jurídico existente nos autos, decido pela IMPROCEDÊNCIA TOTAL dos pedidos, DENEGANDO-LHE PROVIMENTO.

Portando, fica mantido o Edital e os demais itens nos seus devidos termos, conforme aprovação da Procuradoria Jurídica e da Autoridade Superior desta Instituição.

Marcelo Darci de Souza
(Assinatura digital)