

Análise do pedido de impugnação ao Edital de Licitação nº 017/2019, pela Oi Móvel S.A –em recuperação judicial, cujo objeto é Contratação de empresa especializada para prestação de Serviço Telefônico de Serviço Móvel Pessoal - SMP (Móvel-Móvel, Móvel-Fixo e dados), nas modalidades Local, Longa Distância Nacional (LDN) e Longa Distância Internacional (LDI), com área de registro na Paraíba, a ser executado de forma contínua, com cessão de até 650 (seiscentos e cinquenta) aparelhos celulares, conforme as especificações e condições constantes no termo de referência conforme especificações constantes no Termo de Referência e Anexos.

A empresa Oi Móvel S.A CNPJ: 05.423.963/0001-11, tempestivamente, apresenta impugnação ao Edital do pregão supramencionado, conforme disciplinado no item 2.7 do Edital.

Do Pedido:

Em suma, a impugnante solicita que julgue motivadamente e no prazo de 24 horas a presente Impugnação, acolhendo-a e promovendo as alterações necessárias nos termos do Edital e seus anexos, sua consequente republicação e suspensão da data de realização do certame.

Dá análise do mérito de cada Ponto questionado:

EXIGÊNCIA DE APRESENTAÇÃO DO TERMO DE AUTORIZAÇÃO

A Empresa informa que os itens 6.1.2, alínea “d.1” e 6.1.2.1, alínea “d.1” do Edital e o item 14.1 do Termo de Referência exigem, a título de comprovação da qualificação técnica, a apresentação de Outorga da Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, para serviços de telefonia móvel pessoal –SMP para o Estado da Paraíba. Porém, alega que a apresentação dos Extratos dos Contratos de Concessão e Termos de Autorização celebrados com a Anatel devidamente publicados no Diário Oficial da União são documentos hábeis para comprovar referida exigência editalícia. Alega ainda, que tais documentos estão disponíveis na página oficial da Anatel na rede mundial de computadores.

Ante o exposto, requer a adequação da exigência prevista nos itens 6.1.2, alínea “d.1” e



6.1.2.1, alínea "d.1" do Edital e do item 14.1 do Termo de Referência , para que as licitantes possam apresentar os extratos do Contrato de Concessão ou do Termo de Autorização, ambos outorgados pela ANATEL, os quais são devidamente publicados no Diário Oficial da União

Resposta:

Para a exploração dos serviços objeto do Edital, faz-se necessário a comprovação de outorga da Anatel. Nota-se que o edital não restringiu quais os documentos seriam apreciados na habilitação. Portanto, o extrato do Termo de Autorização ou do Contrato de Concessão outorgado pela ANATEL e devidamente publicado no Diário Oficial da União, atende ao requisito das alíneas supracitadas do edital. Portanto, não há o que falar em alteração do edital.

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

Em relação ao item 6.4.3 do Edital que estabelece que se o licitante for a matriz e o fornecedor do bem ou prestadora dos serviços for a filial, os documentos deverão ser apresentados com o número de CNPJ da matriz e da filial, simultaneamente. Alega a empresa, que tal exigência, no entanto, não encontra previsão legal e, além disso, se mostra ofensiva a prescrições licitatórias e tributárias.

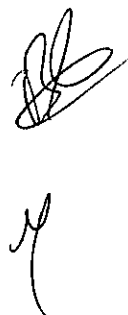
Alega ainda, não obstante a participação da proponente no certame licitatório se dê com apresentação de seus documentos da matriz OU da Filial, na forma do artigo 29 da Lei n.8.666/93, as notas fiscais devem ser emitidas no CNPJ da filial do local onde é prestado o serviço , pois é este estabelecimento, nos termos do artigo 127, II, do Código Tributário Nacional, o contribuinte de ICMS para o Estado.

Diante do exposto, a mesma requer a alteração do item 6.4.3 do Edital para que, 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.

Resposta:

No item 6.4.3 a empresa alega que a exigência ali contida não encontra previsão legal.

Ocorre que, se a matriz participa da licitação, todos os documentos de regularidade fiscal devem ser apresentados em nome e de acordo com o CNPJ dela. Ao contrário, se a filial participa da licitação, todos os documentos de regularidade fiscal devem ser apresentados em nome e de acordo com o CNPJ da Filial, exceto nos casos de certos tributos, especialmente em relação ao INSS e ao FGTS, cuja arrecadação pode ser feita de forma centralizada, abrangendo, portanto, matriz e filiais. Se assim o for, tais certidões, mesmo as apresentadas pelas filiais, são expedidas em nome da matriz, sem que nisto haja qualquer ilegalidade.



Com relação ao CNPJ a constar do faturamento, este Tribunal filia-se ao entendimento externado pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, conforme transcrito abaixo:

"Entretanto, a nota fiscal a ser apresentada deverá ser do mesmo CNPJ que registrado no termo de contrato, ou instrumento equivalente, conforme manifestação do Tribunal de Contas da União - TCU, por meio dos Acórdãos 3.551/2008 2º Câmara e 1573/2008-Plenário" Chamo a atenção do(a) leitor(a) para determinação do Controle Externo à DRT/PB para que se atentasse, quando do pagamento de despesa, sobre a conformidade entre o CNPJ do documento fiscal e o do consignado em instrumento contratual (ou documento equivalente) de fornecimento de bens e prestação de serviços, mesmo quando o favorecido seja matriz, filial, sucursal ou agência".

"9.5.6. abstenha-se de efetuar pagamentos de notas fiscais emitidas por estabelecimento de CNPJ diferente daquele constante do contrato ou autorização de fornecimento, exceto quando se tratar de subcontratação.....".

Tal entendimento é corroborado por decisão emanada pelo Superior Tribunal de Justiça que já se manifestou da seguinte forma:

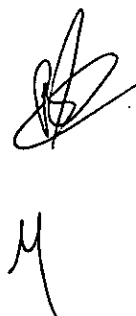
MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. HABILITAÇÃO SOMENTE DA MATRIZ. REALIZAÇÃO DO CONTRATO POR FILIAL. IMPOSSIBILIDADE. ARTIGO 29, II E III, DA LEI DE LICITAÇÕES. MATÉRIA FISCAL. DOMICÍLIO TRIBUTÁRIO. ARTIGO 127, II, CTN. I -

Constatado que a filial da empresa ora interessada é que cumprirá o objeto do certame licitatório, é de se exigir a comprovação de sua regularidade fiscal, não bastando somente a da matriz, o que inviabiliza sua contratação pelo Estado. Entendimento do artigo 29, incisos II e III, da Lei de Licitações, uma vez que a questão nelê disposta é de natureza fiscal. II - O domicílio tributário das pessoas jurídicas de direito privado, em relação aos atos ou fatos que dão origem à obrigação, é o de cada estabelecimento - artigo 127, II, do Código Tributário Nacional, uma vez que a questão nele disposta é de natureza fiscal. II - O domicílio tributário das pessoas jurídicas de direito privado, em relação aos atos ou fatos que dão origem à obrigação, é o de cada estabelecimento - artigo 127, II, do Código Tributário Nacional.

Neste sentido, indefiro este ponto da impugnação, mantendo os termos do edital.

DAS PENALIDADES EXCESSIVAS

Em relação ao item 14.2 do Edital e do item 11.1.4 do Termo de Referência, alega a empresa as multas ultrapassam o limite de 10% (dez por cento) sobre o valor do contrato estabelecido pelo Decreto n.º 22.626/33, em vigor conforme Decreto de 29 de novembro de 1991. Alega ainda nesse ponto, a fixação de multa nesse patamar também ofende a Medida Provisória n.º 2.172/01 (e suas reedições), aplicável a todas as modalidades de contratação, inclusive aquelas firmadas entre particulares e Administração Pública. O art. 87, inciso III, da Lei de Licitações determina que na hipótese de inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá aplicar a sanção de "multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato". Ocorre que não há no dispositivo em questão qualquer limite à aplicação da multa, o que gera, automaticamente, sua interpretação indissociável com o princípio da proporcionalidade.



Por todo o exposto, requer a adequação do item 14.2 do Edital e do item 11.1.4 do Termo de Referência para que as multas aplicadas observem o limite de 10% (dez por cento) sobre o valor do contrato.

Resposta:

Trata-se de uma das características dos contratos públicos é a aplicação de penalidades moratórias e compensatórias de grande monta, que de acordo com a extensão e percentual dispostos no contrato podem gerar certa insegurança e risco financeiro para o prestador de serviço em relação à execução do contrato. No entanto, a supremacia do interesse público sobre o interesse particular tem o condão de reprimir condutas lesivas à Administração e desestimular a inexecução contratual, bem assim, tem caráter compensatório em razão de possíveis perdas e danos diretos.

A fundamentação do impugnante relativamente às penalidades moratórias superiores a 10% não encontram respaldo na Lei de Licitações, nem na Lei de Usura (Decreto n.º 22.626, de 07/04/1933), cuja principal preocupação é não gerar ônus excessivo e consequente desequilíbrio do contrato para o Prestador do Serviço em simples mora (atraso).

Nos itens questionados observa-se exatamente o caráter compensatório das sanções, ou seja, todas as hipóteses previstas, referem-se à possibilidade de rescisão unilateral do contrato pela administração. Esse ponto, vale ressaltar que o limite das multas seria o valor do contrato. Contratos Administrativos como espécies de contratos de adesão, mostram ao aderente todas as condições que devem ser cumpridas não cabendo alegar, principalmente nos itens questionados, qualquer desproporcionalidade já que se trata, genericamente, de pontos de fraude, inadimplemento ou inexecução parcial ou total.

Sendo assim, não merece cabimento a impugnação e nos posicionamos pela manutenção da redação do Edital.

DA RAZOABILIDADE NA APLICAÇÃO DA MULTA

Os itens 11.1.1, 11.1.2 e 11.1.3 do Termo de Referência não fazem distinção quanto as penalidades aplicadas nos casos de inexecução total e parcial do Contrato. É importante ressaltar que a multa aplicada tem como base de cálculo o valor total do contrato. De plano já se observa uma aplicação desproporcional e irrazoável, pois nos casos de inexecução parcial, a multa deve ter como base de cálculo o valor mensal ou percentual inadimplido. Como se sabe, a atividade administrativa exige prestígio aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Destá forma, requer a alteração dos itens 11.1.1, 11.1.2 e 11.1.3 do Termo de Referência, de modo que a base de cálculo para a aplicação da multa, nas hipóteses de inexecução parcial, seja o valor mensal ou percentual da parcela inadimplida e não o valor total do Contrato.

Resposta:

Pelas razões expostas no item anterior, indefiro o pedido e permanecem as condições exigidas no Edital.



Alegação valor da garantia

Em relação ao valor da garantia o item 16.1 do Termo de Referência estipula que a garantia a ser apresentada deverá corresponder ao percentual de 5% (cinco por cento) sob o valor do contrato. Desta feita, a apresentação de garantia equivalente ao percentual máximo permitido em Lei não é razoável, razão pela qual requer a impugnante a modificação do item 16.1 do Termo de Referência, para que a garantia exigida não corresponda ao limite máximo de 5% (cinco por cento), mas sim ao limite de 1% (um por cento) do valor do contrato. Como se sabe, a atividade administrativa exige prestígio aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Resposta:

Em relação a alegação da impugnante no que diz respeito a falta de razoabilidade do órgão ao exigir os 5% por cento de garantia contratual, não merece atenção, pois o §3, do art. 56 da Lei 8.666/93, discorre que:

“ Para obras, serviços e fornecimentos de grande vulto envolvendo alta complexidade técnica e riscos financeiros consideráveis, demonstrados através de parecer tecnicamente aprovado pela autoridade competente, o limite de garantia previsto no parágrafo anterior poderá ser elevado para até dez por cento do valor do contrato. ”

Isso implica dizer que, embora a licitação em comento possui riscos financeiros consideráveis, a porcentagem cobrada está 50% inferior ao máximo permitido.

Outrossim, esse valor será liberado ou restituído após a execução do contrato, conforme dispositivo legal, abaixo:

“§4ª A garantia prestada pelo contratado será liberada ou restituída após a execução do contrato e, quando em dinheiro, atualizada monetariamente”.

Sendo assim, não merece reforma e nos posicionamos pela manutenção da redação do Edital.

GARANTIAS À CONTRATADA EM CASO DE INADIMPLÊNCIA DA CONTRATANTE

Alega a empresa que os percentuais referentes à multa e juros moratórios devem se dar, respectivamente, à razão de 2% (dois por cento) sobre o valor da fatura e 1% (um por cento) ao mês. A correção monetária deve se operar com base no IGP -DI, índice definido pela FGV. A razão pela fixação de tais parâmetros se dá na prática usual do mercado em geral, incluindo o de telecomunicações. Alega ainda, que, impostos

valores aquém do exposto, pode-se gerar para a Administração situação de flagrante desequilíbrio, influenciando, em última análise, no equilíbrio econômico -financeiro da Contratada.

Resposta:

Registra-se que o edital e seus anexos são elaborados unilateralmente pela Administração conforme dispõe o art. 40 e seus §§ da Lei nº 8.666/93, os quais a 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.

Tendo em vista posicionamento 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 não carecem de reformas.

7 – NÍVEIS DE SERVIÇO

Visando a qualidade da prestação dos serviços a exigência permanecerá conforme Edital.

8 – MODELO DE ATENDIMENTO

Visando a qualidade da prestação dos serviços a exigência permanecerá conforme Edital.

9 – PRAZO DE ENTREGA DOS APARELHOS

Visando a qualidade da prestação dos serviços a exigência permanecerá conforme Edital.

9 – FORMA DE PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS

Considerando que as especificações dos serviços a serem contratados estão definidos de forma clara e objetiva no Termo de Referência, item 4, subitens 15 e 16, inclusive com as abreviações corretas (LDI), não há no que se falar em preços inexequíveis. E mais, a tabela do item 05 do Termo de Referência visa apenas organizar parâmetros para a formulação das propostas, referentes aos serviços especificados no item 4 do TR.

CONCLUSÃO

Diante das razões expostas e considerando as informações do setor técnico competente, entendemos que os princípios da Legalidade, da Economicidade, da Eficiência e da Razoabilidade encontram-se presentes e respeitados pelo presente Edital. Considerando ainda, que o indeferimento da impugnação não causarão nenhum dano ao licitante, decidimos pelo prosseguimento normal do feito.

Nelson Espíndola

Brunno Cavalcante

André Camilo