



**PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA PARAÍBA
PREGOEIRO E EQUIPE DE APOIO**

Análise do pedido de impugnação ao Edital de Licitação nº 023/2023, pela Oi. S.A. - em Recuperação Judicial, sociedade anônima, cujo objeto é Aquisição, futura e eventual, de appliances virtuais de solução de balanceamento de cargas e firewall de aplicações web (WAF – Web Firewall Application), incluindo licenciamento da solução, suporte técnico do fabricante e serviço de suporte especializado por 36 meses, através do Sistema de Registro de Preços, atendendo às condições do Edital e seus Anexos.

A empresa Oi. S.A. - em Recuperação Judicial, sociedade anônima CNPJ: 76.535.764/0001-43, 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 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:

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

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 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, 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.

2-DAS PENALIDADES EXCESSIVAS

Requer a adequação do item 14.2 do Edital e do item 9.1 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.

3-POSSIBILIDADE DE SUBCONTRATAÇÃO DOS SERVIÇOS

Requer a alteração do item 2.11 do Termo de Referência, para que seja possibilitada a subcontratação parcial do objeto, nos termos do art. 72 da Lei n.º 8666/93.

Resposta:

A subcontratação não será permitida, conforme consta no parecer técnico em resposta ao pedido de esclarecimento da mesma empresa, e segue conforme edital.

4-PAGAMENTO VIA NOTA FISCAL COM CÓDIGO DE BARRAS

A impugnante requer as alterações no item 7.2.7 do Termo de Referência a fim de permitir que o pagamento seja realizado mediante autenticação de código de barras, facilitando, assim, o reconhecimento eficiente do pagamento.

Resposta

Nosso sistema permite o pagamento por código de barras tipo aberto, inclusive a empresa OI possui um contrato vigente neste órgão e não houve até o momento queixas por parte da

empresa sobre a ineficiência na liquidação e pagamento dos serviços prestados. Portanto, não há o que alterar neste item.

5-GARANTIAS À CONTRATADA EM CASO DE INADIMPLÊNCIA DA CONTRATANTE

Requer a alteração do item 7.2.10 do Termo de Referência dispõe que no caso de atraso no pagamento a ser efetuado pela contratante a referente ao ressarcimento referente ao atraso no pagamento da parcela contratada por parte do Contratante, de modo a incidir multa de 2% sobre o valor da fatura no mês de atraso, juros de mora na ordem de 1% ao mês e a correção monetária pelo IGP-DI

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.

6-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 possua riscos financeiros consideráveis.

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

“§4ºA 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 me posicionei pela manutenção da redação do Edital.

7-INCLUSÃO DE CLÁUSULA ANTICORRUPÇÃO NA MINUTA DE CONTRATO ANEXA AO EDITAL:

Resposta:

A Constituição Federal, ao versar sobre licitações públicas, estabeleceu em seu art. 37, inc. XXI2 que somente poderão ser exigidas qualificações técnica e econômica indispensáveis ao cumprimento das obrigações.

Por essa razão, toda e qualquer exigência que venha a restringir a competição no certame licitatório, além de justificada e pertinente ao objeto, deve ater-se ao que permite a lei.

Nessa linha, o art. 30 da Lei nº 8.666/93 estabelece um ROL TAXATIVO (previsão legal numerus clausus) referente à documentação que pode ser exigida para comprovação da qualificação técnica.

Desse modo, não pode a Administração criar hipóteses nele não previstas, sob pena de incidir na vedação legal do art. 3º da lei em comento, já mencionado aliupres.

O dispositivo legal determina que: “Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a:

I - registro ou inscrição na entidade profissional competente;

II - comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, e indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal 2 “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:(...) XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação

técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. (Grifo nosso)” técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos;

III - comprovação, fornecida pelo órgão licitante, de que recebeu os documentos, e, quando exigido, de que tomou conhecimento de todas as informações e das condições locais para o cumprimento das obrigações objeto da licitação;

IV - prova de atendimento de requisitos previstos em lei especial, quando for o caso.

§ 1º A comprovação de aptidão referida no inciso II do "caput" deste artigo, no caso das licitações pertinentes a obras e serviços, será feita por atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, devidamente registrados nas entidades profissionais competentes, limitadas as exigências a: I - capacitação técnico-profissional: comprovação do licitante de possuir em seu quadro permanente, na data prevista para entrega da proposta, profissional de nível superior ou outro devidamente reconhecido pela entidade competente, detentor de atestado de responsabilidade técnica por execução de obra ou serviço de características semelhantes, limitadas estas exclusivamente às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação, vedadas as exigências de quantidades mínimas ou prazos máximos; II - (Vetado). a) (Vetado). b) (Vetado). § 2º As parcelas de maior relevância técnica e de valor significativo, mencionadas no parágrafo anterior, serão definidas no instrumento convocatório. § 3º Será sempre admitida a comprovação de aptidão através de certidões ou atestados de obras ou serviços similares de complexidade tecnológica e operacional equivalente ou superior. § 4º

Nas licitações para fornecimento de bens, a comprovação de aptidão, quando for o caso, será feita através de atestados fornecidos por pessoa jurídica de direito público ou privado. § 5º É vedada a exigência de comprovação de atividade ou de aptidão com limitações de tempo ou de época ou ainda em locais específicos, ou quaisquer outras não previstas nesta Lei, que inibam a participação na licitação.

Sendo assim, não merece reforma e me posicionei novamente pela manutenção da redação do Edital.

CONCLUSÃO

Diante das razões expostas e auxílio do setor técnico competente relativo ao item 3, 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.

João Pessoa, 09 de agosto de 2023.

Nélson Espíndola
Pregoeiro TJ-PB

