PROCESSO No: 097.000.336/2017

INTERESSADO: Companhia do Metropolitano do Distrito Federal – METRÔ - DF

OBJETO: Serviço de Telefonia Fixa Comutada na modalidade local Linhas Diretas Não Residenciais - NRES

ASSUNTO: Impugnação aos termos do Edital

RESPOSTA IMPUGNAÇÃO

Em atenção à impugnação apresentada pela empresa Oi S.A, relativas ao Edital do Pregão Eletrônico nº 19/2017, cujo objeto é prestação de serviço de telefonia fixa comutada (STFC) na modalidade local Linhas Diretas Não Residenciais - NRES, com chamadas originadas no Distrito Federal, temos que:

01 – QUANTO AO QUESTIONAMENTO "VEDAÇÃO À PARTICIPAÇÃO DE LICITANTES EM REGIME DE CONSÓRCIO".

A Lei n° 8.666, em seu artigo 33, ampara a decisão de abrir ou não o certame para a disputa por consórcios de empresas, a juízo exclusivo ou discricionário da Administração, a quem cabe estabelecer os critérios da contratação dentro dos parâmetros legais vigentes.

Cumpre destacar que quanto aos serviços de telecomunicações, objeto ora licitado, estes são regulados pela Lei Geral de Telecomunicações (Lei 9.472, de 16 de julho de 1997), a qual dispõe em seu artigo 6º o seguinte:

> *Art. 6º Os serviços de telecomunicações serão organizados com base no princípio da livre ampla e justa competição entre todas as prestadoras, devendo, o Poder Público atuar para propiciá-la, bem como para corrigir os efeitos da competição imperfeita e reprimir as infrações da ordem econômica.*

Tendo em vista que o Edital de Pregão Eletrônico nº. 21/2016 trata apenas da contratação de empresa especializada para prestação de serviço de telefonia fixa comutada (STFC), **na modalidade LOCAL**, na modalidade local Linhas Diretas Não Residencial - NRES, com chamadas originas no Distrito Federal, não há que falar em consórcio.

Portanto, não resta dúvida de que no caso do presente certame, os serviços STFC DDR Local poderão ser prestados por uma **única** operadora contratada, a quem o Poder Concedente (ANATEL) garantiu outorgas para a prestação destes serviços.

02 – QUANTO AO QUESTIONAMENTO "DO IMPEDIMENTO Á PARTICIPAÇÃO DE EMPERSAS SUSPENSAS DE LICITAR COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM GERAL"

A restrição à participação de empresas que se encontram penalizada com a suspensão do direito de licitar em qualquer órgão ou entidade integrante da Administração Pública, encontra respaldo em diversos julgados do Judiciário, assim como no entendimento da Procuradoria Geral do Distrito Federal, que assim se manifestou Parecer nº 202/2011 – PROCAD/PGDF:

"A par da divergência de entendimentos entre os doutrinadores, nosso entendimento é de que a interpretação sistemática das normas insertas no dispositivo supracitado leva à conclusão de que tanto a sanção de suspensão temporária de participar de licitação e impedimento de contratar com a Administração (inciso III) quanto à declaração de inidoneidade (inciso IV) produzem seus efeitos em toda a Administração Pública, indistintamente do órgão ou entidade que a tenha aplicado".

Corroborando tal entendimento, o Tribunal de Contas da União – TCU reformou seu posicionamento sobre a matéria, por meio do Acórdão 2218/2011:

(...)

2. Em consonância com o art.87 da Lei nº 8.666/93, no caso de inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá aplicar ao contratado sanções, que vão desde advertência (inciso I), multa (inciso II), suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração (inciso III) até à declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública (inciso IV).

3. Nesta oportunidade, o Relator da deliberação contestada pela Infraero, eminente Ministro Walton Alencar Rodrigues, apresenta voto revisor, colacionando, inclusive, decisões do Superior Tribunal de Justiça, que amparam seu novo entendimento de que a vedação à participação em licitações e à contratação de particular incurso na sanção prevista no inciso III do art. 87 da Lei 8.666/93 estende-se a toda a Administração direta e indireta.

4. Considerando que ainda não há jurisprudência consolidada sobre a matéria em discussão, e tendo em vista que a linha defendida pelo Revisor carrega o nobre

propósito de dar proteção à Administração Pública e, enfim, ao interesse público, não vejo óbice a que esta Corte reveja 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, na forma proposta pelo Ministro Walton Alencar Rodrigues, cujo voto passo a acompanhar.*** *(Grifo nosso)*

3 - QUANTO A "PREVISÃO DE EXIGÊNCIAS RESTRITIVAS À PARTICIPAÇÃO DAS LICITANTES"

Conforme informado no próprio ato convocatório a inserção de tal cláusula decorre do disposto no artigo 8º do Decreto Distrital nº 32.751/11, o qual encontra-se em plena vigência, cabendo, portanto, a seus jurisdicionados o seu cumprimento.

Se a impugnante não concorda com os termos do referido decreto, deverá buscar meios jurídicos adequados de contestá-lo judicialmente, propondo sua alteração, ou mesmo sua revogação a quem couber de direito.

4 - QUANTO AO QUESTIONAMENTO "DA EXIGENCIA ABUSIVA"

No que tange a proibição de participação de inadimplentes ou que possuam qualquer nota desabonadora, nada mais é do que a proibição preliminar de empresas que estariam inabilitadas por não possuírem a regularidade fiscal. Pois, considerando que se trata de pregão eletrônico, diante da celeridade, e da obrigação de declarar que cumpre todos os requisitos do Edital, em especial quanto a habilitação, nos termos do artigo 7, inciso VII da lei 10520/2002:

> *VII - aberta a sessão, os interessados ou seus representantes,* ***apresentarão declaração dando ciência de que cumprem plenamente os requisitos de habilitação*** *e entregarão os envelopes contendo a indicação do objeto e do preço oferecidos, procedendo-se à sua imediata abertura e à verificação da conformidade das propostas com os requisitos estabelecidos no instrumento convocatório;*

5 - QUANTO AO QUESTIONAMENTO "VALOR DO PATRIMÔNIO LÍQUIDO MÍNIMO EXIGIDO PARA FINS COMPROVAÇÃO DE CAPACIDADE ECONÔMICO-FINANCEIRA"

A redação do edital, na forma que se encontra, exige ambos os critérios, o índice de boa situação financeira e o patrimônio líquido mínimo, de modo que o não atendimento de qualquer um dos dois deverá implicar na inabilitação do licitante. Essa cumulação é juridicamente possível, inexistindo qualquer irregularidade no edital.

6. QUANTO AO QUESTIONAMENTO "EXIGÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE CAPACIDADE TÉCNICA COM LIMITAÇÕES"

O item 7.6.1.1 alínea "c" do Edital nº. 021/2016 permite que a proponente utilize atestados de capacidade técnica de períodos diferentes e de contratos diversos, inclusive de avenças com vigência menor que doze meses, não obrigando, portanto, a apresentação de documento de comprovação técnica de dois anos ininterruptos, conforme segue:

> ***C****. Para a comprovação da experiência mínima de 02 (dois) anos, será aceito o somatório de atestados de períodos diferentes.*

Salientamos, ainda, que a própria Empresa que propõe a impugnação possui contrato com o METRÔ-DF, com o mesmo objeto a ser licitado, desde o ano de 2012, portanto a própria Companhia poderá, caso solicitado pela OI S/A, emitir o referido documento de comprovação técnica.

7 - QUANTO AO QUESTIONAMENTO "SOBRE A EXIGÊNCIA DE CONSULTA A DETERMINADOS CADASTROS NÃO PREVISTOS EM LEI"

A Controladoria Geral do Distrito Federal – CGDF ressaltou a necessidade de consultar aos sistemas de registros de sanções antes da contratação de qualquer pessoa física ou jurídica, seja consultada a relação de empresas suspensas ou declaradas inidôneas.

8 – QUANTO AO QUESTIONAMENTO "REALIZAÇÃO DO PAGAMENTO MEDIANTE FATURA COM CÓDIGO DE BARRAS"

O pagamento deverá ser processado conforme prevê as Normas de Execução Orçamentária do Distrito Federal e o que disciplina o Capítulo 14 do edital, não tendo a

Administração a obrigatoriedade de proceder ao faturamento mediante a utilização de código de barras.

9 - QUANTO AO QUESTIONAMENTO "RETENÇÃO DO PAGAMENTO"

Segundo a doutrina, a retenção *ad cautelam* harmoniza-se com os princípios da Lei nº 8.666/93. De acordo com Marçal Justem Filho, o inciso IV do artigo 80 da Lei de Licitações, "prevê uma modalidade acautelatória de retenção de valores, visando à compensação entre os créditos da Administração (por perdas e danos) e os créditos do particular pela execução das correspondentes prestações". Ainda acrescenta o doutrinador[1]:

> **A lei autoriza a retenção dos créditos do particular na pendência da apuração do inadimplemento.** Concretizada a rescisão administrativa, a apuração do montante das perdas e danos pode ser demorada. A própria necessidade de obediência ao princípio do contraditório acarreta uma maior delonga. Se o particular dispusesse de créditos ainda por receber, os prazos para pagamentos deles se esgotariam muito antes de exaurido o procedimento administrativo de apuração das perdas e danos. A Administração teria o dever de liquidar os créditos pendentes do particular. Ficaria impossibilitada, salvo raras exceções, a compensação acima aludida. **Seria um contrassenso, ademais, que a Administração liquidasse espontaneamente seus débitos e, posteriormente, ficasse assujeitada ao risco de não encontrar bens suficientes em poder dele para satisfazer a indenização por perdas e danos**. (destacado)

Logo, não há dúvida sobre a legalidade do ato de retenção, o qual constitui uma condição suspensiva do eventual direito de cobrança.

Registre-se que o Tribunal de Contas da União também assinala o dever de retenção dos pagamentos, em caráter cautelar, quando o contrato apresentar indícios de sobrepreço, *com vistas à preservação do erário* (AC-2366-41/09, Plenário, Rel. Augusto Sherman Cavalcanti).

[1] JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos.** 16ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 1129-1130.

10 - QUANTO AO QUESTIONAMENTO "DA ILEGAL PREVISÃO QUE VISA DESCONTO POR ANTECIPAÇÃO DE PAGAMENTO"

O subitem 14.5 do Edital e 5.5 da Minuta de Contrato serão extintos. Considerando não tratar de questão que influencia na elaboração da proposta de preços, fica mantida a data de abertura da licitação.

11 - QUESTIONAMENTO QUANTO A "INDEVIDA APRESENTAÇÃO DE CERTIDÕES DE REGULARIDADE MENSALMENTE"

A comprovação exigida nos itens 14.6 do Edital, item 14.5 do Termo de Referência e o item 5.6 da Minuta do Contrato, é obrigatória e encontra-se em consonância com o entendimento do Tribunal de Contas do DF, esposado por meio de diversas decisões, dentre as quais, podemos citar a Decisão 544/2010. Cabe informar ainda, que o Cadastro do SICAF pertence ao Governo Federal e a maioria dos Órgãos do GDF não acessa o citado sistema, vez que este depende de cadastro prévio e disponibilização de senha pessoal. Dessa forma, a comprovação de regularidade fiscal deve ser realizada mensalmente, através da apresentação das devidas certidões correspondentes, cabendo a contratante fiscalizar a regularidade da habilitação e qualificação da empresa no decorrer do contrato, inclusive para que se proceda o devido pagamento.

Contudo a definição dos procedimentos relacionados às condições de pagamento estabelecidas nos subitens a acima relacionados, encontram-se respaldada **na Lei Orgânica do DF e no Art. 63 do Decreto nº 32.598/2010**, atendidas as normas relacionadas à matéria que tratam de tais procedimentos, **não cabendo, assim, qualquer modificação** nos itens em questão.

"Art. 63. O pagamento de despesa somente será efetivado após sua regular liquidação e emissão de Previsão de Pagamento – PP, observado o prazo de 3 (três) dias úteis antes da data do vencimento da obrigação, contado o dia da emissão, e será centralizado no órgão central de administração financeira para a Administração Direta.

§1º Fica vedada a emissão de Previsão de Pagamento – PP e de Ordem Bancária – OB, quando verificado que o fornecedor ou contratante do serviço ou obra é devedor da Fazenda Pública do Distrito Federal, do Instituto Nacional de Seguridade Social – INSS, do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço – FGTS e da Fazenda Pública Federal."

12 - QUANTO AO QUESTIONAMENTO "DAS PENALIDADES EXCESSIVAS"

A aplicação de penalidades, no âmbito do Distrito Federal, foi disciplinada quando da edição do Decreto Distrital 26.851/2006 e suas alterações posteriores. O referido Decreto encontra-se vigente e, portanto, é o instrumento legal a ser utilizado para balizar a aplicação de penalidades no Distrito Federal, cabendo a seus jurisdicionados o seu cumprimento. Se a impugnante não concorda com os seus termos e o considera abusivo, deverá buscar meios jurídicos adequados de contestá-lo judicialmente, propondo sua alteração, ou mesmo sua revogação a quem couber de direito.

13 - QUANTO AO QUESTIONAMENTO "A LIMITAÇÃO DA RESPONSABILIDADE DA CONTRATADA AOS DANOS DIRETOS COMPROVADAMENTE CAUSADOS À CONTRATANTE"

Entendemos que a Administração deve se resguardar contra danos provocados por terceiros. Isso não quer dizer que os danos e os prejuízos serão imputados indiscriminadamente à contratada. Haverá, sempre, a apuração do fato, o direito constitucional à ampla defesa e ao contraditório e, somente ao final, caso ficar comprovado que a contratada deu causa ao dano ou prejuízo é que lhe será imputada a reparação ou penalidade, sempre no limite de sua responsabilidade.

14 - QUANTO AO QUESTIONAMENTO "A APLICAÇÃO DE PENALIDADE COM PRAZO DIVERSO DO ARTIGO 87, INCISO III DA LEI Nº 8.666/93"

O item 17.17 é reprodução fiel do §3 do artigo 8 do Decreto Distrital DECRETO Nº 26.851, DE 30 DE MAIO DE 2006, que Regula a aplicação de sanções administrativas previstas nas Leis Federais nos 8.666, de 21 de junho de 1993 (Lei de Licitações e Contratos Administrativos), e 10.520, de 17 de julho de 2002 (Lei do Pregão:

> § 3° O prazo previsto no inciso IV poderá ser aumentado para até 05 (cinco) anos, quando as condutas ali previstas forem praticadas no âmbito dos procedimentos derivados dos pregões.

15 - QUANTO AO QUESTIONAMENTO "EXIGÊNCIA DE HABILITAÇÃO EXCESSIVA"

Conforme informado no próprio ato convocatório a inserção de tal cláusula decorre do disposto no artigo 2º da Lei Distrital nº 4.770/2012, o qual encontra-se em plena vigência, cabendo, portanto, a seus jurisdicionados o seu cumprimento.

Se a impugnante não concorda com os termos da referida Lei, deverá buscar meios jurídicos adequados de contestá-lo judicialmente, propondo sua alteração, ou mesmo sua revogação a quem couber de direito.

16 – QUANTO AO QUESTIONAMENTO "ALTERNATIVIDADE DE COMPROVAÇÃO DE CAPITAL OU PATRIMÔNIO LÍQUIDO MÍNIMO DE ATÉ 10% DO VALOR ESTIMADO PELA ADMINISTRAÇÃO"

Ver resposta do Item 05.

17 – QUANTO AO QUESTIONAMENTO "DA EXIGÊNCIA DE APRESENTAÇÃO DE FATURA EM MEIO FÍSICO E MEIO ELETRÔNICO"

O METRÔ-DF não possui sistema de controle de consumo para os serviços de telefonia fixa ora licitado, portanto as faturas devem ser encaminhadas, em meio físico, às respectivas áreas responsáveis para que as mesmas sejam atestadas, contudo existe a necessidade de verificar a correção da tarifação contratada, o que se executa com mais praticidade em meio eletrônico, portanto existe a necessidade operacional da apresentação de fatura em meio físico e eletrônico

CONCLUSÃO

Diante do exposto, entendemos que os licitantes deverão atender ao instrumento convocatório, lei interna da licitação, que contém todos os dados e informações necessárias para os licitantes apresentarem propostas que **atendam ao Interesse da Administração**. Considerando que a adequação acima mencionada não influencia na elaboração das propostas fica mantida a data da abertura da licitação.

Ressalte-se que o edital visou assegurar iguais oportunidades a todos os interessados visando a seleção da proposta mais vantajosa para a celebração de contrato, **desde que atendidas as disposições do ato convocatório**. Com isso, restam atendidos os princípios encartados no art.

3º da Lei 8.666/93, sendo que o princípio da isonomia é avaliado e aplicado à luz das situações concretas e **das necessidades da Administração**.

É o entendimento.

Klaus Vilar Wurmbauer

Pregoeiro