

PREGÃO ELETRÔNICO N° 280/2020-A

OBJETO: Contratação de *link* para acesso corporativo à Internet, com possibilidade de funcionamento em estrutura redundante por meio de Sistema Autônomo “Autonomous System” e velocidade de, no mínimo, 200 mpbs - megabits por segundo.

RESPOSTA À IMPUGNAÇÃO

Trata o presente expediente de pedido de impugnação ao edital do Pregão Eletrônico identificado sob o nº. 280/2020-A, impetrada pela empresa OI S.A., em recuperação judicial, visando a **RETIFICAÇÃO** do edital para **1.** incluir a possibilidade de participação de licitantes em regime de consórcio; **2.** incluir a possibilidade de que o pagamento seja realizado mediante a autenticação de código de barras; **3.** excluir a possibilidade de retenção de pagamento; **4.** prever o ressarcimento em caso de atraso no pagamento por parte do Contratante; **5.** alterar a forma de reajuste para o IGP-DI; **6.** alterar o dimensionamento da garantia de banda; **7.** alterar o prazo de instalação para 60 (sessenta) dias contados a partir da disponibilização pelo Contratante dos requisitos mínimos de infraestrutura; **8.** alterar o índice de latência do *link* de internet; **9.** prever a possibilidade da apresentação de faturas distintas para a precificação dos serviços.

Em breve síntese argumenta a impugnante que: **1.** o edital é silente quanto à participação de empresa que esteja reunida em consórcio de empresas; **2.** a OI utiliza o sistema de faturamento por meio de nota fiscal/fatura com código de barras, em apenas uma via, modelo 22, por tal modelo reduzir a inadimplência e garantir a satisfação do cliente; **3.** o rol das sanções aplicáveis é taxativo, não podendo ser aplicada a retenção de pagamentos; **4.** a mora do Contratante deve gerar as consequências de multa de 2% sobre o valor da fatura no mês em atraso, correção monetária pelo IGP-DI e juros moratórios na ordem de 1% ao mês; **5.** o índice correto



para reajuste é o IGP-DI, tendo em vista a remuneração de SCM ser feita por preços e não por tarifas; **6.** permitir o desconto de tráfego overhead com relação a garantia de banda; **7.** alteração do prazo de instalação para 60 (sessenta) dias devido à complexidade técnica da solução solicitada pelo Contratante; **8.** o valor de latência é destoante do mercado; **9.** possibilidade de apresentação de faturas distintas para precificação da solução mantendo o somatório final igual ao valor licitado.

Eis o relatório, estando a íntegra da impugnação acostada aos autos do processo, passando-se a apreciação e julgamento nos termos a seguir aduzidos.

Preliminarmente, cabe apreciar os requisitos de admissibilidade da impugnação.

Neste ponto, cabe registrar que a peça foi encaminhada, via e-mail, em 10/04/2020 e recebida pela Pregoeira em 13/04/2020 e, conforme prevê o caput do artigo 24 do Decreto nº 10.024/2019, o prazo é de até 3 (três) dias úteis antes da data fixada para abertura da sessão pública, prevista para o dia 16/04/2020, restando, assim, atendido o pressuposto da tempestividade.

Registra-se ainda que, em sede de legitimidade ativa, o mesmo dispositivo legal enuncia que qualquer pessoa é parte legítima para impugnar o ato convocatório do pregão, na forma eletrônica. Dessa forma, dispensa-se a representação nos autos.

Analisadas as preliminares possíveis, passa-se à análise do mérito.

1. PARTICIPAÇÃO DE LICITANTES EM REGIME DE CONSÓRCIO

Pretende a impugnante que seja incluída no edital a previsão para participação na licitação de empresa que esteja reunida em consórcio de empresas.

Ocorre que, os estudos da contratação não previram a participação de empresas em consórcio ou a subcontratação parcial do objeto. Consequentemente, não foi permitida no edital nenhuma dessas formas de coparticipação e repartição de responsabilidades.

Para o referido estudo, a equipe técnica entendeu que o fornecimento de link Internet no centro de Florianópolis/SC, cidade que hoje está despontando como cenário tecnológico nacional, não é um serviço tão complexo que justifique consórcio de empresas para seu fornecimento.

Ademais, o pregão 8016/2019 tem objeto análogo, também não previa participação de empresas consorciadas, e transcorreu com ampla disputa, ratificando o entendimento que há prestadores de serviço com capacidade de prover link Internet no Centro de Florianópolis sem necessidade de associação.

Nesse sentido, Marçal Justen Filho (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 16ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 658) é bem claro ao ressaltar que a aceitação de empresas consorciadas é exceção a ser tomada somente diante objetos complexos e de concorrência muito particulares:

Em regra, o consórcio não é favorecido ou incentivado pelo nosso Direito. Assim se passa porque, como instrumento de atuação empresarial, o consórcio pode conduzir a resultados indesejáveis. A formação de consórcios acarreta risco de dominação do mercado, através de pactos de eliminação de competição entre os empresários. **No campo de licitações, a formação de consórcios poderia reduzir o universo da disputa. O consórcio poderia retratar uma composição entre eventuais interessados: em vez de estabelecerem disputa entre si, formalizariam acordo para eliminar a competição.** Aliás, a composição entre os potenciais interessados para participar de licitação pode alcançar a dimensão da criminalidade.

[...]

É usual que a **Administração Pública apenas autorize a participação de empresas em consórcio quando as dimensões e complexidade do objeto ou as circunstâncias concretas exigam a associação entre os particulares.** São as hipóteses em

que apenas poucas empresas estariam aptas a preencher as condições especiais exigidas para a licitação. (grifamos)

Em sede de complementação, veja-se a seguinte decisão proferida no Acórdão nº 1.591/2005, Plenário, rel. Min. Guilherme Palmeira, que trata de licitação com empresas de telefonia:

Não prospera também o argumento de que a possibilidade de formação de consórcio no Edital afastaria eventual restrição à competitividade da licitação. A constituição de consórcio visa, em última instância, a junção de esforços de 2 (duas) ou mais empresas para realização de determinado empreendimento, objetivando, sob a ótica da Administração Pública, proporcionar a participação de um maior número de empresas na competição, quando constatado que grande parte delas não teria condições de participar isoladamente do certame.

No entanto, o caso não me parece requerer a formação de consórcio. Primeiro, porque se a licitação fosse realizada separadamente para fornecimento de serviços de telefonia e de centrais telefônicas, as empresas no mercado teriam, sozinhas, condições de realizar o objeto da licitação. **Segundo, o consórcio, dada a transitoriedade que lhe é peculiar, mostra-se mais apropriado para consecução de objeto certo e determinado no tempo, a exemplo de obras, diversamente do que ocorre na espécie, em que se busca a contratação de serviços que rotineiramente farão parte das atividades do órgão.** (grifamos)

Em face do exposto, entendemos não ser possível atender esse pedido da empresa interessada.

2. PAGAMENTO VIA NOTA FISCAL COM CÓDIGO DE BARRAS

A interessada pugna pela modificação da forma de pagamento prevista na minuta do termo de contrato para que seja possibilitada a forma de pagamento mediante autenticação de código de barras.

A cláusula em comento não veda a apresentação de fatura (nota fiscal com código de barras) sendo esta medida usual e sedimentada neste Tribunal, inclusive em contrato vigente firmado com a impugnante.

Diante do exposto, indefere-se o pedido.

3. RETENÇÃO DO PAGAMENTO PELA CONTRATANTE

A empresa contesta a presença de cláusulas constantes da Cláusula Treze do Contrato, que preveem hipóteses de atraso e retenção do pagamento devido à contratante. Referida cláusula prevê as seguintes hipóteses:

j) o Contratante poderá reter o pagamento dos valores referentes ao fornecimento realizado nas hipóteses da cláusula dezesseis, limitado ao valor do dano, ressalvada a possibilidade de rescisão contratual;

k) o Contratante poderá deduzir do montante a pagar os valores correspondentes a multas ou indenizações devidas pela Contratada, nos termos deste contrato;

Não assiste razão à interessada, o item “j)” refere-se à responsabilidade civil da contratada, prevista no art. 70 da Lei nº 8.666/93, e sua retenção dos créditos da contratada, como também previsto no item “k)”, decorre de interpretação doutrinária dada ao art. 86, da mesma Lei. Segundo Marçal Justen Filho (*op. cit.* p. 1137):

O valor da multa será compensado com os créditos que 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.

A Lei determina que, primeiramente, a multa seja descontada do valor da garantia. Usualmente, a regra será inaplicável, tal como exposto a propósito do art. 80, III e IV.

Havendo garantia real, a Administração não pode apropriar-se do bem ou excutir a garantia extrajudicialmente. **Apenas no caso de garantia em moeda corrente é que a solução seria diversa.** A solução prevista somente se coaduna com essa hipótese. Quando se tratar de outra modalidade de garantia, será inviável dar cumprimento textual ao dispositivo enfocado. Seria impossível aludir a “perda da garantia” quando tivesse sido prestada caução real ou fiança bancária. Mesmo quando a caução envolvesse títulos da dívida pública da União, a garantia teria de ser excutida através de processo judicial.

Por tais motivos, os dispositivos serão mantidos e a aplicação da multa prevista no art. 87, II, pela inexecução total ou parcial do contrato, será sempre precedida da instauração do devido procedimento apuratório, garantindo-se à contratada o contraditório e a ampla defesa.

4. GARANTIA EM CASO DE ATRASO NO PAGAMENTO

A interessada protesta, também, em face da ausência de garantias à Contratada em caso de atraso no pagamento da parcela avençada.

Não será alterado o edital pelo motivo solicitado, garantias em caso de atraso no pagamento, pois o mesmo está amparado no art. 78, inciso XV da lei 8.66/93, conforme segue:

XV - o atraso superior a 90 (noventa) dias dos pagamentos devidos pela Administração decorrentes de obras, serviços ou fornecimento, ou parcelas destes, já recebidos ou executados, salvo em caso de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra, assegurado ao contratado o direito de optar pela suspensão do cumprimento de suas obrigações até que seja normalizada a situação;

Marçal Juten Filho (*op. cit.* p. 1110) assim comenta o dispositivo citado:

Tendo em vista o princípio da legalidade, não seria cogitável a Administração deixar de saldar os encargos derivados de contrato administrativo. Sob um certo ângulo, essa conduta é mais agressiva ao Estado de Direito do que a prática de ilícito absoluto. A Administração apenas pode realizar um contrato após cumprir minuciosas formalidades prévias. A Administração tem o dever de avaliar, previamente, a necessidade da contratação, apurar a existência de recursos orçamentários e programar os desembolsos. **Logo, a ausência de recursos efetivos para o pagamento é um contrassenso injustificável. Pressupõe, necessariamente, a ofensa à Lei Orçamentária.** O “inadimplemento” somente pode chegar a ocorrer se, em algum momento, um agente administrativo tiver descumprido à lei. Mais ainda, o descumprimento à lei ocorreu de modo consciente e planejado, pois os agentes administrativos encontram-se em situação de prever, com antecedência, o desenlace dos fatos.

É destituído de razoabilidade afirmar que o inadimplemento da Administração não acarretaria qualquer consequência. Isso representa negar a eficácia do princípio da legalidade e liberar a Administração para adotar condutas arbitrárias. É incompatível com o Estado de Direito. Além de severas punições aos agentes administrativos responsáveis pela infringência à lei, a Administração está obrigada a reparar estritamente todas as consequências de sua inadimplência. (grifamos)

5. REAJUSTE DOS PREÇOS E DAS TARIFAS

A impugnante afirma que a cláusula catorze do contrato não observa corretamente o índice de referência.

Isto porque o objeto da presente licitação é regido pela Lei nº. 9.472/97, a Lei Geral das Telecomunicações, e, desta forma, as operadoras de telefonia subordinam-se às disposições da ANATEL.

Cabe frisar, que a Lei n.º 8.666/93 faculta à Administração a adoção de índices específicos ou setoriais para o reajuste dos contratos, porém sem caráter obrigatório.

Estabelece a cláusula catorze do contrato:

Os preços constantes do contrato serão reajustados, respeitada a periodicidade mínima de um ano a contar da data limite para apresentação da proposta ou da data do último reajuste, limitado o reajuste à variação do IST - Índice de Serviços de Telecomunicações, conforme Resoluções ANATEL nº 420/05 e nº 532/09 ou de outro índice que passe a substituí-lo, e na falta deste, em caráter excepcional, será admitida a adoção de índices gerais de preços de acordo com a seguinte fórmula:

[...]

Afirma, ainda, que os serviços telefônicos podem ser remunerados por tarifa, quando for prestado por meio de regime público (concessão), ou preço quando prestado em regime privado.

Por fim, afirma que em sendo o objeto do edital SCM, o reajuste deve ser por preço e não por tarifas, o que impõe que o índice de reajuste dos preços seja o IGP-DI, sem contudo embasar a assertiva (o porquê da eleição do IGP-DI), razão pela qual indefere-se o pedido.

6. GARANTIA DE BANDA

Relativamente à garantia de banda, a área técnica assim se manifestou:

O edital não prevê protocolo MPLS, portanto, deve ser indeferido o pedido de desconto de tráfego overhead, mantendo-se o texto do edital.

Ademais, a velocidade exigida é de 200 mbps líquidos, se, por motivos de limitação na infraestrutura da contratada haverá

perdas, deve ser fornecida banda bruta adicional para compensar eventuais deficiências.

Diante do exposto, indefere-se o pedido.

7. PRAZO DE INSTALAÇÃO

Relativamente à alteração do prazo de instalação para 60 (sessenta) dias contados a partir da disponibilização pelo Contratante dos requisitos mínimos de infraestrutura indicados pela Contratada, se for o caso, a área técnica assim se manifestou:

O prazo de instalação do edital deve ser mantido porque é compatível com fornecimento de Link Internet no centro de Florianópolis / SC.

No local previsto para a instalação, a maior parte dos provedores de Internet já possui infraestrutura de fibra disponível.

Pese ainda que o mesmo prazo constava no PRE-8016/2019, e não foi motivo para impedir ampla concorrência no certame, contrariando, na prática, a afirmação da impugnante.

Dessa forma, a equipe técnica entende que o pedido de elastecimento do prazo não deve ser aceito.

Diante do exposto, indefere-se o pedido.

8. LATÊNCIA

Relativamente ao índice de latência, a área técnica assim se manifestou:

A equipe técnica entende que a latência exigida no edital é compatível com fornecimento de *link* Internet por meio de fibra óptica, e que a exigência é compatível com os serviços que o

TRT12 oferece aos seus usuários externos e não prejudicará a concorrência.

Ressalte-se que o PRE-8016/2019 previu objeto com as mesmas características técnicas, sendo que a latência não impediu ampla concorrência no processo.

Assim sendo, indefere-se o pedido.

9. DOS IMPOSTOS (FATURA)

Relativamente a precificação da solução objeto desta contratação, a área técnica assim se manifestou:

A equipe da contratação afirma que o escopo da contratação não inclui fornecimento de roteador pela contratada. Reforça-se ainda que não se trata de contratação de vários links MPLS, e sim, da contratação de um único enlace para acesso dedicado à Internet.

Dessa forma, a solicitação da impugnante demonstra desatenção com relação ao objeto descrito no edital, pois, dentro das delimitações do serviço especificado, não faz sentido precificar o equipamento roteador, nem sua gerência.

Ademais, em todos os contratos de links dados do TRT12 vigentes não há roteadores instalados nas dependências deste Tribunal, as operadoras entregaram o link em formato Ethernet.

Ante o exposto, indefere-se o pedido.

Pelas razões de fato e de direito acima aduzidas, decide-se por **CONHECER DA IMPUGNAÇÃO e NEGAR-LHE PROVIMENTO.**

Comunique-se à impugnante com cópia desta decisão.

Florianópolis, 15 de abril de 2020.

LILIANA REMOR BARRETO

Diretora do Serviço de Licitações e Compras

ANDRÉIA HAWERROTH EXTERKÖTTER

Pregoeira