

Juiz de Fora, 25 de abril de 2018.

**Referência: Impugnação aos termos do edital de Pregão Eletrônico nº 042/2018.**

A Pregoeira da Companhia de Saneamento Municipal – CESAMA responde a impugnação ao edital do Pregão Eletrônico nº. 042/2018, formulada pela empresa OI MÓVEL S.A (em recuperação judicial), CNPJ 05.423.963/0001-11, nos seguintes termos:

## **1. DA PRELIMINAR**

### **1.1 Da tempestividade**

O item 2.5 do edital prevê:

Impugnações aos termos deste Edital poderão ser interpostas por qualquer pessoa até 2 (dois) dias úteis antes da data fixada para abertura da sessão pública, mediante petição a ser **protocolada em seu original** na sala do Departamento de Licitações e Assessoria de Contratos e enviada para o e-mail [licita@cesama.com.br](mailto:licita@cesama.com.br), dirigidas ao(a) Pregoeiro(a), que deverá decidir sobre a petição no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, auxiliado(a) pelo setor técnico competente, salvo em situações extraordinárias

Estando o referido pregão eletrônico marcado para o dia 27/04/2018, e tendo sido protocolado o referido pedido de impugnação no dia 24/04/2018, estes é, portanto, tempestivo, razão pela qual fica reconhecida a impugnação.

Superada a análise preliminar, passa-se ao exame do mérito da impugnação.

## **2. DO MÉRITO**

- O edital de Pregão Eletrônico nº. 042/2018 tem por objeto a **Contratação de empresa para a prestação de serviços de Telefonia Móvel, SMP (Serviço Móvel Pessoal), para uso dos servidores da CESAMA, com o fornecimento de chips novos, de acesso móvel pós-pagos, e de aparelhos pelo período de 12 (doze) meses conforme especificações nos anexos do edital (LOTE 1), e contratação de duas empresas fornecedoras de solução para tráfego de dados M2M especial (Máquina a Máquina), utilizando-se da tecnologias General Packet Radio Service – GPRS, EDGE, 3G, LTE ou superior, sendo**

**alguns com redundância de outra operadora e o fornecimento, de SIM cards associados a plano pós-pagos de serviços, respeitando as determinações da regulamentação do Serviço Móvel Pessoal (SMP) com fornecimento de APN (Access Point Name) dedicada e privada, a sua conectividade com os sistemas e dados da CESAMA e sistema de gestão da planta de SIM cards ativos (LOTE 2) e (LOTE3).**

A empresa OI MÓVEL S.A (em recuperação judicial) apresentou, em síntese, a impugnação ao edital em questão, em relação aos seguintes pontos: (1) vedação de participação de licitantes em regime de consórcio; (2) exigência de regularidade trabalhista como requisito de habilitação aplicável às contratações empreendidas pelo poder público; (3) base de cálculo das multas em caso de inexecução parcial do contrato (4) realização de pagamento mediante fatura com código de barra; (5) indevida apresentação de certidões de regularidade mensalmente; (6) exigência de emissão de nota fiscal com CNPJ da empresa contratada; (7) retenção de pagamento por inadimplência; (8) reajuste dos preços e das tarifas.

Todas as indagações da impugnante foram analisadas e respondidas pelo Gerente de Automação e Telecomunicações, Sérgio Queiroz de Almeida, subscritor do Termo de Referência. Em seu parecer consta o seguinte:

### **2.1 Vedação de participação de licitantes em regime de consórcio**

Em sua peça, a impugnante OI MÓVEL S.A (em recuperação judicial) expõe a situação do mercado de telecomunicações e requer que seja excluído o item 3.2 alínea “e” do instrumento convocatório, de forma a permitir a participação de empresas em consórcio.

### **ANÁLISE**

*“A área técnica da CESAMA destaca que, os serviços a serem contratados não envolvem para as Operadoras de Serviços de Telecomunicações questões de alta complexidade técnica, visto essas operarem costumeiramente com referidos serviços em suas atividades comerciais e, tampouco apresentar grande vulto financeiro.*

*Temos também a jurisprudência do TCU, que tem assentado que fica a cargo da discricionariedade do gestor a decisão de admitir ou não a participação de empresas organizadas em consórcio na licitação, a saber:*

*Ademais, a participação de consórcios em torneio licitatório não garante aumento de competitividade (...). O art. 33 da Lei de Licitações expressamente atribui à administração a prerrogativa de admitir a participação de consórcios. Está, portanto, no âmbito da discricionariedade da Administração. Isto porque, a nosso ver, formação de consorcio tanto se presta a fomentar a concorrência (consorcio de empresas menores ou, de outra forma, não participariam do certame), quanto a cerceá-la (associação de empresas que, caso contrário, concorreriam entre si). Acórdão nº. 1.946/2006 – Plenário – TCU.”*

Por se tratar de justificativa devidamente motivada pela área técnica da CESAMA e registrada no Termo de Referência conforme normativo legal e orientações dos Tribunais de Contas, a área técnica entende que a alegação da impugnante não é pertinente, mantendo as condições do edital.

## **2.2 Exigência de regularidade trabalhista como requisito de habilitação aplicável às contratações empreendidas pelo poder público.**

A impugnante afirma que o item 6.1.3 do edital fere o caráter competitivo do certame ao não prever a apresentação de Certidão Positiva com Efeitos de Negativa de Débitos Trabalhistas. Por este motivo, requer a adequação do item 6.1.3 alínea “a” do edital.

### **ANÁLISE**

Ao contrário do que afirma a impugnante, o item 6.1.3 alínea “a” do instrumento convocatório prevê como requisito de habilitação a apresentação de:

Prova de inexistência de débitos inadimplidos perante a Justiça do Trabalho, nos termos da Resolução nº 1470/2011 do Tribunal Superior do Trabalho ([www.tst.jus.br](http://www.tst.jus.br)) e dos Artigos 2º e 3º da Lei Federal nº 12.440 de 07 de julho de 2011.

Na análise de tal exigência editalícia, não se observa qualquer restrição que venha a ferir o caráter competitivo do certame. Conforme destacou a impugnante, por conta de previsão legal, as Certidões Positivas com Efeitos de Negativas têm os mesmos efeitos das Certidões Negativas de Débitos Trabalhistas. Por conseguinte, a CESAMA não poderia se negar a receber tal certidão, pois o que importa é cumprimento do mandamento legal mediante a comprovação da inexistência de débitos inadimplidos

perante a Justiça do Trabalho, mesmo que sob juízo. Portanto, é indeferido o pedido da impugnante.”

### **2.3 Base de cálculo das multas em caso de inexecução parcial do contrato.**

A impugnante afirma que o item 13.3, alínea “b” do Edital e o item 9.3, alínea “b” da Minuta do Contrato não fazem distinção quanto às penalidades aplicadas nos casos de inexecução total e parcial do Contrato, destacando que a multa aplicada tem como base de cálculo o valor total do contrato. Ao final, requer a alteração dos referidos itens, 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

### **ANÁLISE**

*“As penalidades encontram amparo no princípio da razoabilidade não merecendo qualquer modificação. Conforme se observa da redação original a sanção será aplicada para os ‘atrasos injustificados’ no cumprimento das obrigações, o que não retira o caráter razoável do preceito.*

*A Lei Federal de Licitações (art. 58, incisos III e IV) permite a ampla fiscalização dos contratos administrativos e consolida a prerrogativa das organizações públicas de aplicar sanções sempre que observadas inexecuções contratuais. Todavia, quando se trata de multas pecuniárias, não há previsão de índices específicos e limitação das penalidades, o que enseja a imposição unilateral de tais cláusulas contratuais pela Administração Pública.*

*Nos itens questionados pela impugnante observa-se exatamente o caráter compensatório das sanções, não cabendo alegar qualquer desproporcionalidade, razão pela qual se entende que a alegação da impugnante não é pertinente, mantendo as condições do edital.”*

### **2.4 realização de pagamento mediante fatura com código de barra.**

A impugnante informa que o meio de pagamento estabelecido no item 5.2.2 da Minuta de Contrato vai de encontro ao procedimento de pagamento adotado nos serviços de telecomunicações, que utilizam a fatura (nota fiscal com código de barras), solicitando a alteração do referido item a fim de permitir que o pagamento seja realizado

mediante autenticação de código de barras, facilitando, assim, o reconhecimento eficiente do pagamento.

## **ANÁLISE**

*“Procede a observação da empresa impugnante, não impedindo que seja emitido documentos ou faturas com código de barras. Porém a Minuta de Contrato (item 5.2.2) e o Termo de Referência (item 8) já estabeleceram que serão aceitas faturas, portanto, subentende-se, conterà código de barras. Portanto, apesar de não estar explícito, os documentos serão aceitos para efeitos de pagamento.*

*Assim sendo, o procedimento de pagamento por intermédio de ordem bancária eletrônica, aplica-se apenas para o caso de nota fiscal. Em se tratando de fatura com código de barras, notadamente nos casos de serviços regulados, serão observadas as instruções legais e constantes do código de barras lançado na fatura, desde que autorizado pela legislação. Posto isso, dispensa qualquer alteração”.*

### **2.5 Indevida apresentação de certidões de regularidade mensalmente.**

A impugnante alega que a exigência de apresentação dos comprovantes de regularidade fiscal/social/trabalhista mensalmente não encontra amparo na Lei n.º 8.666/93, fugindo dos padrões lógicos, requerendo a alteração do item 5.2.4 da Minuta do Contrato para que não exija a apresentação mensal das certidões de regularidade fiscal/trabalhista/sociais, sob pena de ferir os Princípios da Razoabilidade, da Proporcionalidade, da Legalidade e ainda, o da fé pública inerente aos documentos públicos (certidões).

## **ANÁLISE**

“Incorreta a interpretação da impetrante, pois, conforme disposto na carta magna em seu o art. 195, § 3º:

Art. 195. [...]

[...] § 3º — A pessoa jurídica em débito com o sistema da seguridade social, como estabelecido em lei, não poderá contratar com o Poder Público nem dele receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios.

De acordo com a lição de Jessé Torres Pereira Júnior em Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública, p. 329,

a regularidade fiscal igualmente soa como indispensável à garantia do cumprimento das obrigações porque, dependendo do montante do débito fiscal acaso pendente, e sujeito a cobrança forçada, estará o devedor economicamente comprometido para satisfazer aos encargos do contrato que celebrará, se vencedor na licitação. Ademais, a Constituição Federal, em seu art. 195, § 3º, proíbe a contratação, pelo Poder Público, de empresas em débito com a seguridade social, o que implica vedação indireta a participar de licitação.

Observa-se, ainda, que, embora se trate de formalidade prévia, a referida exigência deve ser mantida durante toda a execução do contrato, tratando-se de cláusula essencial, consoante o art. 55, XIII, da Lei n. 8.666/93, in verbis:

Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam: [...] XIII — a obrigação do contratado de 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.

Além disso, em interpretação ao art. 78, I, IX, X e XI, da Lei n. 8.666/93, a seguir transcrito, é possível concluir que o contrato poderá, até mesmo, ser rescindido pela Administração, de acordo com o interesse estatal, se o particular deixar de preencher o requisito da regularidade fiscal no curso da sua execução:

Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato:

I — o não cumprimento de cláusulas contratuais, especificações, projetos ou prazos;

IX — a decretação de falência ou a instauração de insolvência civil;

X — a dissolução da sociedade ou o falecimento do contratado;

XI — a alteração social ou a modificação da finalidade ou da estrutura da empresa, que prejudique a execução do contrato;

Além disso, o Tribunal de Contas da União – TCU determinou, por meio do Acórdão nº 11936/2016 – 2ª Câmara, que os agentes públicos exijam dos licitantes e, nos casos de contratos de duração continuada, dos contratados, a cada pagamento efetivado, a comprovação da regularidade fiscal perante as Fazendas Públicas, o Instituto Nacional de Seguridade Social – INSS e o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço – FGTS, seja por intermédio de consulta ao Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores – SICAF ou por intermédio de consulta aos sites correspondentes a cada tributo e contribuição.

Portanto, não procede a solicitação da impugnante, sendo mantida a redação do contrato”.

Diante de todo o exposto, a alegação da impugnante não é pertinente, devendo a documentação exigida para fins de pagamento mensal dos serviços prestados ser apresentada, obrigatoriamente, junto com a Nota Fiscal/Fatura.”

## 2.6 Exigência de emissão de nota fiscal com CNPJ da empresa contratada.

A impugnante afirma que as exigências constantes no item 5.2.6, do Anexo III, do edital não têm amparo legal e se mostram ofensoras a prescrições licitatórias e tributárias, requerendo a alteração do item indicado de modo que 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.

### ANÁLISE

*“A CESAMA pretende é que a empresa apresente um CNPJ da empresa, seja ela matriz ou filial, mas que sejam compatíveis com a comprovação de regularidade fiscal, pois, como já exposto pela empresa impugnante matriz e filial não são pessoas jurídicas distintas, representando estabelecimentos diferentes pertencentes à mesma pessoa jurídica.*

*Nesse sentido, a expedição de nota fiscal/fatura com CNPJ da filial, quando o contrato é firmado com o CNPJ da matriz, apresenta dois impactos diretos e imediatos, dentre outros: necessidade de comprovação da regularidade fiscal da filial e revisão da planilha de custos e formação de preço. Tais hipóteses podem, no caso concreto, subverter todo o ordenamento jurídico que regulamenta o procedimento licitatório e de contratações. Assim sendo, infere-se que o CNPJ constante da nota fiscal/fatura deve ser o CNPJ da empresa que participou do certame licitatório e firmou o contrato com a Administração, não constituindo faculdade da contratada a emissão de fatura com CNPJ da matriz ou filial. Caso a futura contratada pretenda emitir nota fiscal/fatura com o CNPJ da filial, posto que o serviço será efetivamente prestado por ela, deverá participar da licitação apresentando proposta, documentos de habilitação e regularidade fiscal, com o CNPJ da filial. Esse, inclusive, é o entendimento consolidado do Tribunal de Contas da União. Portanto, sagrando-se vencedora na licitação com documentos e planilha de custos e formação de preços com o CNPJ da matriz, necessariamente firmará contrato e emitirá nota fiscal/fatura com o respectivo CNPJ. Noutro giro, destaca-se a possibilidade de substituição do CNPJ da matriz pelo da filial da empresa contratada no curso do contrato, entretanto, dependerá de alteração fundada no inciso I do artigo 58 da Lei n. 8.666/93, mediante imprescindível procedimento administrativo próprio, incumbindo à Administração analisar se a alteração repercutirá na esfera tributária e na eventual necessidade de revisão dos valores ajustados, sem embargo da*

*verificação da regularidade fiscal da filial, com vistas a impedir o descumprimento da legislação que rege a matéria.*

*Portanto, não cabe qualquer tipo de modificação no edital”.*

## **2.7 Retenção do pagamento pela contratante.**

A impugnante questiona os itens 5.2.10 da Minuta do Contrato afirmando que a Lei de Licitações não prevê a retenção de pagamentos, requerendo a modificação de tal item.

### **ANÁLISE**

*“O edital do certame não tem por objetivo promover a retenção dos pagamentos como sanção ao não cumprimento da regularidade fiscal, sendo formulado em consonância com o entendimento do Tribunal de Contas da União – TCU. Entende-se pela possibilidade de haver a retenção de pagamentos nas hipóteses de aplicação de penalidades contratuais, conforme previsão legal do artigo 87 da Lei n.º. 8.666/1993 ainda prevê que, na hipótese de multa aplicada ao particular em valores que superem a garantia de execução de contrato inicialmente prestada, será glosada dos pagamentos devidos ao contratado a respectiva diferença:*

*§ 1º Se a multa aplicada for superior ao valor da garantia prestada, além da perda desta, responderá o contratado pela sua diferença, que será descontada dos pagamentos eventualmente devidos pela Administração ou cobrada judicialmente.*

*Portanto, não prospera a pretensão da impugnante, mantendo-se a previsão do edital”.*

## **2.8 Reajuste dos preços e das tarifas.**

A impugnante requer a inclusão de cláusula de reajuste contratual tendo como base de cálculo aquele expresso na Resolução n.º 532, de 03 de agosto de 2009, expedida pela Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, qual seja, Índice de Serviço de Telecomunicações – IST.

### **ANÁLISE**

*“Não prospera a impugnação da empresa, visto que o item 14.9 do termo de referência é suficientemente claro ao estabelecer o Índice de Serviços de Telecomunicações (IST), em respeito às normas da ANATEL.*

*Mais especificamente sobre o IGP-DI, destaco que o IST, que foi normatizado inicialmente pela Resolução nº 420, de 25 de novembro de 2005, revisada pela Resolução nº 532 de 03/08/2009, é composto por 9 índices de preços existentes, cada um alocado com a natureza da despesa da prestadora. Em resumo, ele é composto por 55,60% de índices de varejo e 44,40% de índices de atacado, dentre eles o IGP-DI, conforme verifica-se no seu respectivo anexo (Norma para cálculo do Índice de Serviços de Telecomunicações – IST – aplicado no reajuste e atualização de valores associados à prestação dos serviços de telecomunicações).*

*Portanto, por tratar-se de serviço regulado, os índices serão aplicados em consonância com a Agência Reguladora dos Serviços de Telecomunicações, não havendo necessidade de alteração da redação do instrumento convocatório, pois não se tratar de uma liberalidade entre as partes contratantes, mas sim imposição legal e regulamentar.”*

Portanto, com base no parecer do Gerente de Automação e Telecomunicações, Sérgio Queiroz de Almeida: “verificamos que não há nada que implique na modificação dos valores orçados devendo manter as condições comerciais/técnicas originais.”

### **3. DA CONCLUSÃO**

Em face do exposto, esta Pregoeira decide manter os termos do edital impugnado nos itens 2.1 a 2.8 deste documento.

Renata Neves de Mello  
Pregoeira - CESAMA