



ESTADO DE MATO GROSSO CÂMARA MUNICIPAL DE CUIABÁ

MANIFESTAÇÃO A IMPUGNAÇÃO

Concorrência: 001/2019

Objeto: CONTRATAÇÃO DE EMPRESA ESPECIALIZADA EM PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE TELEFONIA MÓVEL PESSOAL – SMP - VC1, VC2, VC3, DDI E PACOTE DE DADOS À INTERNET, COM FORNECIMENTO DE APARELHOS CELULARES, EM REGIME DE COMODATO, ABRANGENDO SERVIÇOS ORIGINADOS E RECEBIDOS A COBRAR PELA CONTRATANTE, BEM COMO, ROAMING NACIONAL E SERVIÇOS COMPLEMENTARES, CONFORME TERMO DE REFERÊNCIA.

Recorrente: CLARO S/A; OI S/A; TIM S/A

I. DA TEMPESTIVIDADE

A Impugnação foi apresentada tempestivamente, observando os termos da Lei nº 10.520/2002, do Decreto nº 5.450/2005 e da Seção XXIV do Edital.

II. DOS FATOS

A Claro S/A em sua argumentação questiona o prazo de pagamento, sobre a possibilidade de pagamento via boleto e da ausência da previsão de reembolso para as hipóteses de roubo e furto.

A OI S/A em sua argumentação solicita a retirada da vedação de participação de licitantes em regime de consórcio, sobre o pagamento via nota fiscal com códigos de barras, sobre a base de cálculo das multas em caso de inexecução parcial do contrato, da garantia em caso de atraso no pagamento e do reajuste de preços.

A TIM S/A em seus argumentos, também questiona o prazo de pagamento, e sobre o item relativo ao serviço de Longa Distância Internacional.

A Telefônica Brasil S/A apresentou sua impugnação de forma intempestiva, mas por se tratar de assuntos semelhantes as demais impugnantes terá suas questões analisadas.

III. DA FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO

Inicialmente, esclareço que o presente Edital foi analisado e aprovado pela Procuradoria Jurídica da Câmara Municipal de Cuiabá e também pela Secretaria de Transparência e Controle Interno, nos termos do artigo 38 da Lei nº 8.666/93.



ESTADO DE MATO GROSSO CÂMARA MUNICIPAL DE CUIABÁ

Ressalto que os atos praticados por esta Administração em seus procedimentos licitatórios, obrigatoriamente, são pautados pelos princípios da isonomia e da legalidade, em consonância com o disposto no artigo 3º da Lei nº 8.666/93:

“Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos”.

As empresas impugnantes alegam que as manutenções das exigências mencionadas poderão comprometer o caráter competitivo da licitação, conforme exposto em sua peça impugnatória.

Assim, para demonstrar que esta Casa de Leis adotou um modelo de edital que melhor atende às suas necessidades, primando pela busca da proposta mais vantajosa e, conseqüentemente, alcançar o interesse público, não deixando de preservar os princípios norteadores do processo licitatório na Administração Pública, apresentarei à seguir, de forma clara e objetiva a resposta para cada ponto impugnado do edital.

Da vedação de participação de licitantes em regime de consórcio:

A vedação de participação de empresas em consórcio tem como objetivo evitar a pluralidade de empresas prestando o mesmo serviço ao STF, o que além de problemas relativos à transferência de responsabilidade em eventuais falhas, evita, também, problemas relativos ao faturamento de um mesmo contrato em empresas distintas.

Ademais, o mercado de telecomunicações conta com empresas aptas a prestar o serviço de forma individualizada.

Além disso, a permissão, pela Administração, de participação de empresas em consórcios não representa, por si só, a garantia de ampliação da competitividade, mas ao contrário, pode acarretar, em muitos casos, efeitos danosos à



ESTADO DE MATO GROSSO CÂMARA MUNICIPAL DE CUIABÁ

concorrência, na medida em que as empresas associadas deixariam de competir entre si, o que nos parece ser a situação ora tratada já que, como a própria impugnante afirma, “É cediço que no âmbito da oferta de serviços de telecomunicações verifica-se a escassez de competitividade, predominando no mercado poucas empresas”.

Nesse sentido, merece destaque o posicionamento de Jessé Torres Pereira Junior, o qual, fazendo menção ao entendimento do Tribunal de Contas de União – TCU sobre a matéria, assim se manifesta:

“(…) Averbe-se a orientação do Tribunal de Contas da União: “Representação.Licitação. Parcelamento do Objeto. Ausência de viabilidade técnica e econômica.Participação de consórcio. No parcelamento do objeto da licitação é imprescindível que se estabeleça a viabilidade técnica e econômica de divisibilidade do objeto. A aceitação de consórcios na licitação situa-se no âmbito do poder discricionário da Administração contratante... A jurisprudência desta Corte de Contas tem assentado que o art. 33 da Lei nº 8.666/93 deixa à discricionariedade do gestor a decisão de admitir ou não a participação de empresas organizadas em consórcio no certame, devendo o desígnio ser verificado caso a caso. Quando o objeto a ser licitado envolve questões de alta complexidade, via de regra, a Administração, com o intuito de aumentar o número de participantes, admite a formação de consórcio. No entanto, essa hipótese não ocorre no contexto ora em análise, pois os serviços licitados não envolvem questões de alta complexidade técnica, mas apenas serão mais bem prestados se não parcelados. Ademais, a participação de consórcios em torneios licitatórios não garante aumento de competitividade, consoante arestos do relatório e voto que impulsionaram o Acórdão nº 2.813/2004-1ª Câmara, que reproduzo: “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 formação de consórcios tanto pode se prestar para fomentar a concorrência (consórcio de empresas menores que, de outra forma, não participariam do certame), quanto cerceá-la (associação de empresas que, em caso contrário, concorreriam entre si) (...) vemos que é praticamente comum a não-aceitação de consórcios (...)” (Comentários à Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública”. 7ª edição. Ed. Renovar. 2007. Páginas 442 a 443.)



ESTADO DE MATO GROSSO CÂMARA MUNICIPAL DE CUIABÁ

No caso concreto, sabe-se que se trata de objeto que em tese pode ser atendido por pelo menos quatro grandes empresas: Oi, Vivo, Claro e Tim. Por óbvio que o consórcio dessas empresas entre si não será admitido, ainda porque reduziria ainda mais um mercado já tão escasso.

A forma de constituição dessas grandes empresas, por sua vez, não é objeto de controle no momento da licitação, tampouco motivo para se excluir a referida previsão. Ademais, percebe-se que o parcelamento do objeto em grupos, tal qual se afigura no Edital, foi feito por meio da similaridade dos itens que os compõem. Assim, trata-se de grupo homogêneos, que podem ser prestados inteiramente por uma única pessoa jurídica, a priori.

A exemplo das relações privadas dos serviços de telefonia móvel, o usuário final somente mantém relação contratual com uma única operadora, onde paga todos os serviços utilizados em uma única fatura.

Não há, no serviço licitado, nenhuma exigência capaz de alterar tal procedimento contratual, motivo pelo qual não entendemos pertinente alteração do Edital.

Do prazo de pagamento:

13.1. O pagamento será feito pela Câmara Municipal de Cuiabá em até 30 dias após entrega da Nota Fiscal devidamente atestada pelo Fiscal do Contrato.

13.2. A Contratada deverá encaminhar junto a Nota Fiscal ou Fatura, documento em papel timbrado da empresa informando a Agência Bancária e o número da conta a ser depositado o pagamento. Não será aceita a emissão de boletos bancários para efetuar o pagamento das Notas Fiscais e/ou Faturas.

Nas contratações realizadas por esta Casa de Leis, tem-se como regra padrão somente efetuar o pagamento dos serviços prestados quando verificado o cumprimento de todas as obrigações contratuais da contratada, regramento previsto em todos os editais de licitação, contratos e, nos termos do art. 40, §3º da Lei n. 8.666/93 que condiciona a emissão do documento de cobrança ao adimplemento da obrigação contratual.



ESTADO DE MATO GROSSO CÂMARA MUNICIPAL DE CUIABÁ

O prazo constante no edital não fere qualquer preceito legal, sendo um prazo razoável, diga-se de passagem, é o mesmo utilizado por diversos órgãos públicos do estado de Mato Grosso e também na esfera Federal.

O artigo da resolução nº 477/2007 da ANATEL citado pela impugnante coloca como “pelo menos” 5 dias, não como regra. Portanto, indeferimos o pedido quanto ao prazo, mantendo-se os 30 dias para pagamento.

Assim, as disposições do Edital e anexos que tratam dos procedimentos de pagamento estão em consonância com normas que regulam o assunto, não cabendo de qualquer modificação.

Do Pagamento via Boleto

No mérito, a impugnante alega, em relação aos ITENS 13.1. e 13.2 do EDITAL que “mediante acordo firmado entre algumas operadoras e órgãos integrantes do SIAF , os pagamentos feitos por tais órgãos serão feitos por boletos e não por depósito em conta corrente”. Acrescentando ainda, que o Tesouro Nacional tem dado instruções nesse sentido. Diante disso, pretende ver o Edital sendo retificado para que seja prevista a possibilidade de pagamento via boleto com código de barra.

Inicialmente, cabe ressaltar que a Câmara Municipal de Cuiabá não é entidade integrante do SIAFI. Esta Casa de Leis compreende as razões expostas pela empresa impugnante atinentes ao meio de quitação que lhe parece mais apropriado. Contudo, esclarece-se que o crédito em conta bancária apresenta-se como o meio adequado de pagamento, atendendo às necessidades desta administração e as da Contratada de modo inequívoco.

De toda sorte, caso a Administração desta Casa de Leis opte por outra forma de pagamento, em comum acordo com a contratada, os termos ajustados poderão ser alterados bilateralmente, tendo em vista que não repercutem na formulação de propostas e na competitividade do certame.

Ainda, não há a necessidade de modificar-se o Edital para tanto, já que tal medida seria desproporcional e meramente protelatória, uma vez que a forma “mais moderna” não invalida a opção trazida no edital. Ainda, a aceitação dessa forma de pagamento não gera ônus financeiro, tampouco desajustes temporais, de tal forma que não se configura hipótese de alteração das propostas.



ESTADO DE MATO GROSSO CÂMARA MUNICIPAL DE CUIABÁ

Desta forma, consoante item 13.1. e 13.2 do Edital, o pagamento deverá ser efetivado por depósito em conta corrente em nome da Contratada, de acordo com os dados por ela fornecidos.

Da devolução da Nota Fiscal para correção

Pelas razões abaixo mencionadas, resta claro que não há cabimento em tal argumentação.

Os erros contidos em Nota Fiscal/Fatura podem ser de diversas naturezas, afetos, por exemplo, à identificação do cliente, à quantidade e à descrição/código dos serviços prestados, ao preço cobrado, a alíquotas de tributos etc, o que acaba por acarretar efeitos em diversas esferas, em especial a administrativa (acompanhamento/mensuração da execução do contrato) e fiscal (recolhimento de tributos).

É preciso que todos esses requisitos exigidos por normas e, por isso, obrigatórios à emissão da Nota Fiscal/Fatura estejam presentes, de forma correta, para que o pagamento possa ser feito pela Administração. O documento base para os registros de comprovação da despesa e de pagamento é a Nota Fiscal/Fatura, a qual é anexada ao processo, por exigência legal.

Caso o documento fiscal apresente erro, o mesmo não terá validade jurídica para respaldar o procedimento, podendo ser, inclusive, objeto de questionamento pelos sistemas de controle da Administração Pública, razão pela qual se faz necessário a sua retificação, antes da efetivação do pagamento.

Nesse sentido, a pretensão da Impugnante de que o pagamento da parcela incontroversa seja efetuado imediatamente pela Contratante, sem necessidade de se aguardar a correção da Nota Fiscal/Fatura pela Contratada, não se sustenta.

Entendemos que as disposições do Edital e da Minuta de Contrato que tratam dos procedimentos de pagamento estão em harmonia com normas que regulam o assunto, não cabendo de qualquer modificação.

Da ausência da previsão de reembolso para as hipóteses de roubo e furto.



ESTADO DE MATO GROSSO CÂMARA MUNICIPAL DE CUIABÁ

No que diz respeito ao questionamento quanto às disposições editalícias concernentes à responsabilidade da contratada por danos causados, observe-se que a redação utilizada emprega o verbo *causar*, já vislumbrando, portanto, a existência do nexo causal necessário para configuração da responsabilidade objetiva da empresa.

Com efeito, a menção no Edital às hipóteses de caso fortuito ou força maior deixaria mais claro o alcance da responsabilidade da contratada. Em verdade, não se trataria de menção indispensável, até porque, a disposição editalícia não exclui o direito, que se extrai da hermenêutica do art. 37, § 6º da CF, da empresa de não ser responsabilizada na ausência de nexo de causalidade.

Ainda diz a Minuta do Edital:

7.1. Para garantir o fiel cumprimento do objeto, a empresa vencedora se compromete a: Suspender o serviço temporariamente, sem ônus adicional, após prévia comunicação da Contratada, nos casos de roubo, perda ou furto. Nessas situações, a Contratada deverá disponibilizar um novo aparelho com o mesmo código de acesso, no prazo máximo de 30 (trinta) dias corridos. A liberação de novo aparelho está condicionada ao registro de boletim de ocorrência pelo usuário do equipamento. Nos casos de perda, faculta-se à Contratante efetuar a cobrança ao Contratante do respectivo aparelho, que deverá ser faturada na Nota Fiscal/Fatura correspondente;

A previsão de reembolso existe, desde que apresentado o Boletim de Ocorrência, devendo a cobrança ser efetuada na Nota Fiscal/Fatura.

Com efeito, o valor a ser pago é o da Nota Fiscal, desde que esta seja o “valor de mercado do aparelho será o menor preço encontrado em pesquisa de preços realizada pela CONTRATANTE em pelo menos três lojas autorizadas e/ou credenciadas pelo fabricante do aparelho, inclusive considerando quaisquer descontos promocionais acessíveis aos demais consumidores”, sob pena de enriquecimento ilícito da operadora e prejuízos para os cofres públicos. Ademais, o valor do aparelho – que é meio e não fim, segundo já defendido pela impugnante – representa apenas valor de custeio, logo, deverá ser pago o menor valor do mercado.



ESTADO DE MATO GROSSO CÂMARA MUNICIPAL DE CUIABÁ

Da base de cálculo das multas em caso de inexecução parcial do contrato.

Alega a Impugnante, que não se pode admitir que o percentual de multa, em caso de inexecução parcial pela Contratada, incida sobre o valor total do contrato, haja vista que a fixação das sanções atinentes à contratação administrativa reside na razoabilidade e na proporcionalidade.

A supremacia do interesse público sobre o interesse particular confere à Administração Pública a legitimidade para criação das chamadas cláusulas exorbitantes dos contratos administrativos, dentre as quais podemos destacar a aplicação de sanções administrativas pelo descumprimento de obrigações contratuais, onde se insere a possibilidade de fixação de multas e seus respectivos percentuais, com o intuito de reprimir condutas lesivas à Administração e desestimular a inexecução contratual, bem como mitigar possíveis perdas e danos decorrentes.

Sabe-se que as penalidades admitidas em contratos podem ser do tipo moratória ou compensatória (contratual), onde a primeira é devida em caso de inadimplemento contratual por mora (atraso) no cumprimento das obrigações e a segunda relativa ao inadimplemento capaz de gerar rescisão parcial ou total do contrato celebrado.

Nos itens cuja natureza seja de multa moratória, será observado o limite já disposto no Edital, não havendo, portanto, nada a ser retificado.

Já na interrupção dos serviços opera-se o inadimplemento total ou parcial, onde se torna aplicável a multa compensatória e até mesmo glosas nos pagamentos. Nesse ponto, vale ressaltar que a o limite das multas seria o valor do contrato, observando as orientações jurisprudenciais que apenas orientam a não aplicar multas confiscatórias (desproporcionais ao valor do objeto contratado).

Importante salientar que todas as penalidades porventura aplicadas terão seu trâmite com total respeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Desta forma não há nada a ser reformado no edital.



ESTADO DE MATO GROSSO

CÂMARA MUNICIPAL DE CUIABÁ

Da garantia em caso de atraso no pagamento.

A empresa requer a alteração do instrumento convocatório para que seja incluída a previsão de incidência de multa de 2% sobre o valor da fatura do mês de atraso, juros de mora na ordem de 1% ao mês e a correção monetária pelo IGP-DI.

Para não alongar a discussão, apresento o teor da Súmula 226 do TCU:

“É indevida a despesa decorrente de multas moratórias aplicadas entre órgãos integrantes da Administração Pública e entidades a ela vinculadas, pertencentes à União, aos Estados, ao Distrito Federal ou aos Municípios, inclusive empresas concessionárias de serviços públicos, quando inexistir norma legal autorizativa.”

Fica, portanto, demonstrado que o disposto no edital guarda consonância com a jurisprudência do Tribunal de Contas da União, objeto, inclusive, da edição da súmula transcrita.

Do reajuste de preços.

No tocante ao reajuste de preços, conforme previsto no item 17 do Termo de Referência do edital, esclarecemos que a variação utilizada é a expressa na Resolução n.º 420, de 25/11/05, da ANATEL, ou seja, variação do IST – Índice de Serviços de Telecomunicações, não havendo necessidade de alteração do instrumento convocatório.

A alteração tarifária decorrente de homologação pelo Poder Concedente é caso de “revisão” do valor contratado para manter o equilíbrio econômico-financeiro, instituto diferente do “reajuste”, por ser imprevisível ou, previsível, mas de consequências incalculáveis, de caráter excepcional e extracontratual e que deve ser justificada e comprovada pela Contratada, tendo amparo legal no art. 65, alínea “d” do inciso II e §§ 5º e 6º, da Lei nº 8.666/93.

O instrumento contratual não prevê de forma expressa a “revisão” ou “reequilíbrio econômico-financeiro”, dada a imprevisibilidade, não sendo, também pertinente a previsão de aplicação imediata e automática, como requer a impugnante, haja vista que para a aplicação deste instituto é necessária a comprovação da ocorrência do fato superveniente que alterou a relação contratual e o impacto financeiro causado.



ESTADO DE MATO GROSSO CÂMARA MUNICIPAL DE CUIABÁ

Sendo assim não há motivos para reforma do edital.

Da Planilha de Formação de Preços

A planilha constante no anexo II é que deve ser levada em conta para a formatação da proposta pela licitante.

IV. CONCLUSÃO

Pelo exposto, conhecemos do Recurso Interposto pelas empresas OI S/A, TIM S/A, CLARO S/A E TELEFÔNICA BRASIL S/A, visto ser os mesmos tempestivos e preencher os requisitos legais, para no mérito DENEGAR provimento, mantendo-se a decisão de NÃO ALTERAR CLÁUSULAS DO EDITAL.

MARCELO HELENO DE PINHO NEVES
PREGOEIRO



ESTADO DE MATO GROSSO
CÂMARA MUNICIPAL DE CUIABÁ