

ILMO. SR. REPRESENTANTE LEGAL DA EMPRESA OI MÓVEL S.A. – EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL

REFERÊNCIA: Pregão Eletrônico Nº 032A/2020

RAZÕES: IMPUGNAÇÃO AO EDITAL DE PE Nº 032A/2020

OBJETO: Contratação de empresa especializada na prestação de serviços técnicos de monitoramento e rastreamento veicular via satélite por GPS/GSM/GPRS, compreendendo a instalação de módulos rastreadores em comodato e a disponibilização de software de gerenciamento com acesso via Web para gestão de frota da ASCAR/EMATER-RS

PROCESSO Nº: 0037.1511/20-8

IMPUGNANTE: OI MÓVEL S.A. – EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL

IMPUGNADA: PREGOEIRO

RESPOSTA À IMPUGNAÇÃO DE EDITAL

Das preliminares:

Impugnação interposta tempestivamente pela empresa OI MÓVEL S.A. – EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL, CNPJ sob o nº 05.423.963/0001-11, com fundamento na Lei nº 8.666/93.

Do pedido da Impugnação:

Trata-se de impugnação apresentada pela Oi Móvel S.A. ao Edital do Pregão Eletrônico n. 032A/2020, que requereu alterações no Edital para: a) adequação do item 7.1.4 alínea "c" do Edital, de forma que possibilite que a comprovação da qualificação econômico-financeira seja feita pelo Índice de Solvência Geral (SG) ou, alternativamente, por meio de comprovação de capital mínimo ou patrimônio líquido mínimo não superior a 10% (dez por cento) do valor estimado da contratação, nos termos do artigo 31, § 3º, da Lei 8666/93 e ao artigo 44 da IN/MARE n.º 2/2010; b) que ocorra a exclusão do item 3.2.3 do Edital, a fim de que seja permitida a participação em consórcio de empresas do mesmo grupo, nos termos do art. 33 da Lei n.º 8.666/93; c) que seja alterado o item 3.2.4 do Edital, a fim de que seja vedada a participação apenas das empresas suspensas de licitar e impedidas de contratar com este órgão público

A

licitante, e não com a Administração Pública em geral; d) adequação do item 7.1.3 alínea “a” do Edital, de modo que o Atestado de Capacidade Técnica, para comprovar a qualificação técnica das licitantes, seja relacionado a existência de compatibilidade do objeto a ser licitado e não satisfatoriedade em sua execução, sob pena de violação ao art. 30, § 1º, inciso I e § 5º da Lei n.º 8.666/93; e) alteração dos itens 10.1 do Termo de Referência e 3.3 da Minuta do Contrato, a fim de permitir que o pagamento seja realizado mediante autenticação de código de barras, facilitando, assim, o reconhecimento eficiente do pagamento; f) modificação do item 10.4 do termo de referência, tendo em vista que a suspensão do pagamento pelos serviços prestados não consta no rol do art. 87 da Lei n. 8.666/93, o qual elenca as sanções pela inexecução total ou parcial do contrato; g) inclusão de item no Edital referente ao ressarcimento diante do 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 correção monetária pelo IGP-DI.

Por fim, a Impugnante apresenta os seguintes questionamentos:

4. DO SISTEMA DE RASTREAMENTO

4.1.a.5 - Permitir a extração da quilometragem via GPS

O que seria quilometragem por GPS?

Seria informar a distância percorrida pela coleta dos posicionamentos do GPS?

Nosso entendimento está correto?

5. DO SISTEMA DE MONITORAMENTO E CONTROLE

5.1.a.10) Permite envio de e-mail por excesso de velocidade, uso fora do horário de expediente e/ou fim de semanas/feriados e veículo ligado e parado por mais de 05 (cinco) minutos;

O uso de e-mail não garante que o cliente tenha esta informação em tempo, pois depende de vários outros fatores que fogem da solução ofertada, como servidor de e-mail, serviço de DNS, internet... sendo assim entendemos que esta notificação sendo mostrada no próprio sistema atende as necessidades da ASCAR.

Nosso entendimento está correto?

Da análise das Alegações:

O Edital do Pregão Eletrônico n. 032A/2020 visa a contratação de empresa especializada na prestação de serviços técnicos de monitoramento e rastreamento veicular via satélite por GPS/GSM/GPRS, compreendendo a instalação de módulos rastreadores em comodato e a disponibilização de software de gerenciamento com acesso via Web para gestão de frota da ASCAR/EMATER-RS, incluindo o fornecimento de equipamentos, componentes e licença de uso de software, bem como os respectivos serviços de instalação, configuração, capacitação e suporte técnico e garantia de funcionamento.

Para tanto, a ASCAR buscou um procedimento predeterminado, de modo a assegurar a competição entre todos os potenciais interessados e obter as melhores propostas possíveis, de acordo com os seus interesses e necessidades e sob as normas jurídicas pertinentes ao caso. É dessa maneira que a ASCAR vem atuando e conduzindo todo o processo licitatório.

Assim, passa-se a atacar cada apontamento feito pela Impugnante.

2.1) Quanto a alternatividade de comprovação de capital ou patrimônio líquido mínimo de 10% do valor estimado pela Administração

Com relação ao primeiro apontamento, a Impugnante assevera que o item 7.1.4 alínea "c" do Edital deverá ser adequado, de forma que possibilite que a comprovação da qualificação econômico-financeira seja feita pelo Índice de Solvência Geral (SG) ou, alternativamente, por meio de comprovação de capital mínimo ou patrimônio líquido mínimo não superior a 10% (dez por cento) do valor estimado da contratação, uma vez que tal exigência será feita de acordo com os limites legais, nos termos do artigo 31, § 3º, da Lei 8666/93 e do artigo 44 da IN/MARE n. 2/2010 (Instrução Normativa que estabelece normas para o funcionamento do Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores - SICAF no âmbito dos órgãos e entidades integrantes do Sistema de Serviços Gerais – SISG revogada pela IN/MARE n. 3/2018, e que não se aplica à Licitada pelos motivos que serão referidos no item 2.3).

Todavia sem razão.

A Lei nº 8.666/93, para habilitação das licitantes, exige a comprovação da qualificação econômico-financeira, nos seguintes termos:



Art. 31. A documentação relativa à qualificação econômico-financeira limitar-se-á a:

I - Balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social, já exigíveis e apresentados na forma da lei, que comprovem a boa situação financeira da empresa, vedada a sua substituição por balancetes ou balanços provisórios, podendo ser atualizados por índices oficiais quando encerrado há mais de 3 (três) meses da data de apresentação da proposta;

II - Certidão negativa de falência ou concordata expedida pelo distribuidor da sede da pessoa jurídica, ou de execução patrimonial, expedida no domicílio da pessoa física;

III - garantia, nas mesmas modalidades e critérios previstos no "caput" e § 1o do art. 56 desta Lei, limitada a 1% (um por cento) do valor estimado do objeto da contratação.

§ 1o A exigência de índices limitar-se-á à demonstração da capacidade financeira do licitante com vistas aos compromissos que terá que assumir caso lhe seja adjudicado o contrato, vedada a exigência de valores mínimos de faturamento anterior, índices de rentabilidade ou lucratividade.

§ 2o A Administração, nas compras para entrega futura e na execução de obras e serviços, poderá estabelecer, no instrumento convocatório da licitação, a exigência de capital mínimo ou de patrimônio líquido mínimo, ou ainda as garantias previstas no § 1o do art. 56 desta Lei, como dado objetivo de comprovação da qualificação econômico-financeira dos licitantes e para efeito de garantia ao adimplemento do contrato a ser ulteriormente celebrado.

§ 3o O capital mínimo ou o valor do patrimônio líquido a que se refere o parágrafo anterior não poderá exceder a 10% (dez por cento) do valor estimado da contratação, devendo a comprovação ser feita relativamente à data da apresentação da proposta, na forma da lei, admitida a atualização para esta data através de índices oficiais.

§ 4o Poderá ser exigida, ainda, a relação dos compromissos assumidos pelo licitante que importem diminuição da capacidade operativa ou absorção de disponibilidade financeira, calculada esta em função do patrimônio líquido atualizado e sua capacidade de rotação.

§ 5o A comprovação de boa situação financeira da empresa será feita de forma objetiva, através do cálculo de índices contábeis previstos no edital e devidamente justificados no processo administrativo da licitação que tenha dado início ao certame licitatório, vedada a exigência de índices e valores não usualmente adotados para correta avaliação de situação financeira suficiente ao cumprimento das obrigações decorrentes da licitação.

Em harmonia com a norma supra, o Edital ora impugnado estabeleceu aos seguintes parâmetros para a comprovação da qualificação econômico-financeira das licitantes:

7.1.4. QUALIFICAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA

(...)

b) Balanço Patrimonial e Demonstrações Contábeis do último exercício social, já exigíveis e apresentados na forma da lei, que comprovem a boa situação financeira da empresa, vedada a sua substituição por balancetes ou balanços provisórios, podendo ser atualizados por índices oficiais quando encerrados há mais de 3 (três) meses da data da apresentação da proposta:

A

1. No caso de empresa constituída no exercício social vigente, admite-se a apresentação de balanço patrimonial e demonstrações contábeis referentes ao período de existência da sociedade, devidamente registrado na Junta Comercial;
2. É admissível o balanço intermediário, se decorrer de lei ou contrato/estatuto social.
- c) A boa situação financeira da empresa será avaliada pelos índices de Liquidez Geral (LG), Solvência Geral (SG) e Liquidez Corrente (LC), os quais deverão ser, individualmente, igual ou maior que 1,00 (um), resultante da aplicação das seguintes fórmulas:

ATIVO CIRCULANTE + REALIZÁVEL A LONGO PRAZO

LG = -----

PASSIVO CIRCULANTE + EXIGÍVEL A LONGO PRAZO

ATIVO TOTAL

SG = -----

PASSIVO CIRCULANTE + EXIGÍVEL A LONGO PRAZO

ATIVO CIRCULANTE

LC = -----

PASSIVO CIRCULANTE

Nota-se que o Edital observou as determinações da Lei n. 8666/93, pois estabeleceu critérios objetivos para a comprovação da qualificação econômico-financeira das licitantes, mediante a utilização de índices contábeis apropriados (Liquidez Geral – LG, Liquidez Corrente – LC e Solvência Geral – SG superiores a um), que não contém em suas respectivas fórmulas elementos relacionados a rentabilidade ou a lucratividade, em consonância com a Súmula nº 289 do TCU, in verbis:

Súmula nº 289 do TCU A exigência de índices contábeis de capacidade financeira, a exemplo dos de liquidez, deve estar justificada no processo da licitação, conter parâmetros atualizados de mercado e atender às características do objeto licitado, sendo vedado o uso de índice cuja fórmula inclua rentabilidade ou lucratividade.

Insta salientar que o art. 31, § 2º, da Lei de Licitações confere ao Administrador uma faculdade, a ser adotada desde que pautada nos princípios que regem o Direito Administrativo, especialmente com base na razoabilidade e proporcionalidade, sempre objetivando preservar o caráter competitivo do certame, na forma preconizada pelo art. 3º, § 1º, I, da referida Lei, a seguir transcrito:

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.

§ 1º É vedado aos agentes públicos:

I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 deste artigo e no art. 3º da Lei no 8.248, de 23 de outubro de 1991;

Nesses termos, a ausência no Edital de previsão de aceitação de comprovação de capital ou patrimônio líquido mínimo de 10% do valor estimado como forma de comprovação da qualificação econômico-financeira não configura ilicitude ou restrição ao caráter competitivo do certame, porquanto existem no instrumento convocatório outros critérios, distintos e alternativos, para a demonstração da capacidade financeira.

Logo, não assiste razão à Impugnante, e por este motivo resta indeferido o seu requerimento de adequação do item 7.1.4, alínea 'c' do Edital.

2.2) Quanto a vedação à participação de licitantes em regime de consórcio

Em seu segundo apontamento, a Impugnante requer a exclusão do item 3.2.3 do Edital, para que seja permitida a participação em consórcio de empresas do mesmo grupo, nos termos do art. 33 da Lei n. 8.666/93.

Também não assiste razão à Impugnante.

O art. 33 da Lei nº 8.666/1993 traz as normas a serem observadas nas licitações quando estas permitirem a participação de empresas reunidas em consórcio. Ou seja, o Licitador não está obrigado a incluir nos Editais de Licitações a participação de empresas reunidas em consórcios, pois, a expressão "quando" sugere uma faculdade, uma possibilidade de participação e não uma obrigação de adotar tal procedimento.

A

Assim, a decisão sobre a viabilidade de participação de consórcios em certames licitatórios insere-se na esfera da discricionariedade da ASCAR, não configurando uma obrigação legalmente estabelecida.

Nesse sentido são os ensinamentos de Marçal Justen Filho:

“O ato convocatório admitirá ou não a participação de empresas em consórcio. Trata-se de escolha discricionária da Administração Pública, o que evidentemente não significa autorização para decisões arbitrária ou imotivadas. Admitir ou negar a participação de consórcios é o resultado de um processo de avaliação da realidade do mercado em face do objeto a ser licitado e da ponderação dos riscos inerentes à atuação de uma pluralidade de sujeitos associados para a execução do objeto. Como toda decisão exercitada em virtude de competência discricionária, admite-se controle relativamente à compatibilidade entre os motivos e a realidade e no tocante à adequação proporcional entre os meios e os resultados pretendidos”.¹

Ademais, contrariando o que a Impugnante afirma, a permissão para participação de consórcio em todas as licitações, indistintamente, afastaria a obtenção da proposta mais vantajosa. Os consórcios teriam muito mais condições de ofertar os produtos e serviços a preços mais atraentes. Culminaria em burla ao princípio da competitividade.

A partir disso, a interpretação lógica se formou no sentido de que, em regra, não se admite a participação de consórcios para licitações de objetos e serviços comuns.

Porém, quando o objeto a ser licitado envolver questões de alta complexidade ou de relevante vulto, em que empresas, isoladamente, não teriam condições de suprir os requisitos de habilitação do edital, a formação de consórcios é aceita, e nestes casos, a Administração, com vistas a aumentar o número de participantes, deve admitir a formação de consórcio.

Ou seja, há possibilidade jurídica, porém, a permissão não é a regra. Tem que ser avaliado o objeto a ser licitado e a motivação, em cada caso.

No presente caso, o objeto licitado as empresas do ramo da atividade de provedores de acesso às redes de comunicações têm sozinhas condições de realizar o objeto da licitação, razão pela qual a vedação de participação de licitantes em regime de consórcio não configura afronta a obrigação legalmente estabelecida.

¹ JUSTEN FILHO Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 14.ed. – São Paulo: Dialética, 2010. p. 495/497

A

2.3) Quanto o impedimento à participação de empresas suspensas de licitar com a Administração Pública em geral

O terceiro apontamento da Impugnante requer que seja alterado o item 3.2.4 do Edital, para que seja vedada a participação apenas das empresas suspensas de licitar e impedidas de contratar com “este órgão público” licitante, e não com a Administração Pública em geral.

Mais uma vez, sem razão à Impugnante.

Primeiramente, esclarecemos que a Associação Sulina de Crédito e Assistência Rural – ASCAR é pessoa jurídica de direito privado, da subespécie associação, sem fins lucrativos ou econômicos, que não integra a Administração Pública Direta ou Indireta, e que se rege com base em seu Estatuto, no art. 5º, XVIII da CF/88 e nos arts. 44, inciso I, 53 e 61 do CC. Portanto, não é órgão público, contrariando o entendimento da Impugnante.

Porém, em que pese não integre a chamada Administração Indireta, acha-se submetida a controle indireto – e em alguns aspectos, até mesmo direto, e por esta razão, acaba subordinando-se a Lei de Licitações, consoante se verifica no art. 1º da Lei n. 8.666/93.²

Assim, quanto a análise do terceiro apontamento, vejamos o que diz o item 3.2.4 do Edital:

3.2. Estão impedidas de participar da presente licitação:

(...)

3.2.4. Empresas que estejam cumprindo a penalidade de suspensão temporária imposta por qualquer órgão da Administração Pública, ainda, motivada pelas hipóteses previstas no artigo 88 da Lei nº: 8.666/93;

A Lei 8.666/93 ao estabelecer as sanções passíveis de serem aplicadas aos contratados diante de inexecução contratual especificou, dentre outras, a hipótese de suspensão temporária:

² Art. 1º Esta Lei estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Parágrafo único. Subordinam-se ao regime desta Lei, além dos órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios

“Art. 87. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções:

(...)

III - suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos;

O art. 6º da referida Lei, define o conceito de Administração Pública e Administração nos incisos XI e XII, respectivamente:

XI - Administração Pública - a administração direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, abrangendo inclusive as entidades com personalidade jurídica de direito privado sob controle do poder público e das fundações por ele instituídas ou mantidas;

XII - Administração - órgão, entidade ou unidade administrativa pela qual a Administração Pública opera e atua concretamente;

Em que pese o Tribunal de Contas da União tenha entendimento uniforme no sentido de que a restrição somente atinge ao órgão que aplicou a penalidade, conforme, inclusive, referido pela Impugnante, a tese predominante no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, constitucionalmente responsável por uniformizar a interpretação de dispositivos infraconstitucionais, é no sentido de que a sanção prevista no art. 87, III, da Lei nº 8.666/1993 não possui abrangência restrita ao órgão/entidade que aplicou a sanção, mas sim a toda Administração Pública.

Nesse sentido:

MANDADO DE SEGURANÇA. PENALIDADE APLICADA COM BASE NA LEI 8.666/93. DIVULGAÇÃO NO PORTAL DA TRANSPARÊNCIA GERENCIADO PELA CGU. DECADÊNCIA. LEGITIMIDADE PASSIVA. LEI EM TESE E/OU ATO CONCRETO. DANO INEXISTENTE.

1. O prazo decadencial conta-se a partir da data da ciência do ato impugnado, cabendo ao impetrado a responsabilidade processual de demonstrar a intempestividade.
2. A Controladoria Geral da União é parte legítima para figurar em mandado de segurança objetivando atacar a inclusão do nome da empresa no PORTAL DA TRANSPARÊNCIA, por ela administrado.
3. O writ impugna ato concreto, oriundo do Ministro dirigente da CGU, inexistindo violação de lei em tese.
4. **Nos termos da jurisprudência desta Corte, a penalidade prevista no art. 87, III, da Lei 8.666/93, suspendendo temporariamente os direitos da empresa em participar de licitações e contratar com a administração é de âmbito nacional.**
5. Segurança denegada.

(MS 19.657/DF, Rel. Ministra ELIANA CALMON, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 14/08/2013, DJe 23/08/2013) (grifos nossos).

Essa interpretação, mostra-se bastante razoável, não apenas por privilegiar o interesse público, mas também em razão do fato de que se uma empresa foi penalizada com a sanção de suspensão pela Administração é porque ela não cumpriu adequadamente suas obrigações editalícias ou contratuais para com determinado órgão/entidade, não merecendo crédito para contratar com outra unidade administrativa, até que se cessem os efeitos da penalização.

Logo, o item 3.2.4 não merece qualquer retificação.

2.4) Quanto a exigência de comprovação de questão subjetiva no atestado de capacidade técnica

A Impugnante sustenta que o item 7.1.3, alínea 'a' do Edital deve ser readequado, pois a Lei n. 8.666/93 não admite a adoção de critérios subjetivos para a comprovação da capacidade técnica.

Todavia, sem razão.

O item 7.1.3, alínea 'a', é descrito da seguinte forma:

7.1.3. CAPACIDADE TÉCNICA

a) Comprovação de aptidão por meio de Certidão (ões) ou Atestado (s) de Capacidade Técnica, fornecido (s) por pessoa (s) jurídica (s) de direito público ou privado, que comprove (m) aptidão do licitante para o fornecimento satisfatório em características e quantidades (de no mínimo 50% da quantidade estimada para os 12 primeiros meses) ao objeto desta licitação, indicando os serviços, materiais e o período de fornecimento, além dos dados do emitente, tais como: nome, cargo, telefone, e-mail e a assinatura do responsável para possível diligência confirmando a veracidade das informações;

A finalidade primordial na exigência da qualificação técnica no instrumento convocatório é selecionar no mercado uma empresa que possua experiência compatível com o objeto (características, quantidades e prazos), demonstrando-se a capacidade administrativa-operacional suficiente para garantir a execução dos serviços advindos da futura contratação, de forma que a Administração possa ter segurança na contratação em curso.

A

O próprio inciso XXI, do art. 37 da CF determina que somente se permitam exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Na mesma esteira, o inciso I do § 1º do art. 3º da Lei n. 8.666/93 veda aos agentes públicos, tolerar a consignação, no ato convocatório, de cláusulas que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inadmitindo, portanto, exigências que estabeleçam preferências ou distinções em relação a circunstâncias irrelevantes ou impertinentes ao específico objeto do contrato.

O art.30 da Lei n. 8.666/93, ao definir a documentação que poderia ser exigida para fins de habilitação, estabeleceu um rol exaustivo, mantendo, contudo, a discricionariedade para se exigir ou não tal comprovação, limitando, porém, a sua exigência ao cumprimento dos requisitos estabelecidos no artigo:

Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á:

(...)

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 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;

(...)

§ 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 4 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.

Desta forma, torna claro e cristalino que o que se pretende com tal exigência é a comprovação de que o licitante dispunha de conhecimento e habilidade para executar satisfatoriamente a futura contratação.

B

Neste sentido são os ensinamentos de Marçal Justen Filho:

“A essência da questão reside em que a comprovação de experiência anterior como requisito de habilitação não se justifica por si só. Trata-se de condicionamento de natureza instrumental, destinado à restringir a participação no certame aos sujeitos que detenham condições de executar o objeto licitado. Assim, a comprovação da experiência anterior fundamenta a presunção de que o sujeito dispõe de conhecimento e habilidade técnico empresariais para executar satisfatoriamente a futura contratação. (...) Logo, se o objeto for uma ponte com quinhentos metros de extensão, não é possível que a Administração se satisfaça com a comprovação de que o sujeito já construiu uma "ponte" - eventualmente, com cinco metros de extensão. Sempre que a dimensão quantitativa, o local, o prazo ou qualquer outro dado for essencial à execução satisfatória da pretensão objeto da futura contratação ou retratar algum tipo de dificuldade peculiar, a Administração estará no dever de impor requisito de qualificação técnica fundado nesses dados.”³

Repetimos, a exigência do item 7.1.3, alínea ‘a’, do Edital tem a mera função de comprovar a boa e regular atuação da empresa, objetivando resguardar a Licitada em eventual contratação, na medida em que utiliza mecanismos assecuratórios da conclusão a contento do contrato, garantido pela eficiência e capacidade da futura contratada.

Sabe-se que um dos princípios da licitação é a garantia da ampla concorrência, entretanto, tal princípio não pode ser tomado isoladamente. Antes, deve ser interpretado e ponderado conjuntamente com os demais e importantes princípios, tais como a razoabilidade, proporcionalidade e eficiência nas contratações.

Logo, não há qualquer razão para que o item 7.1.3, alínea ‘a’, do Edital seja readequado.

2.5) Quanto ao pagamento via nota fiscal com código de barras

A Impugnante requer a alteração do item 10.1 do Termo de Referência e 3.3 da Minuta do Contrato, diante da necessidade de adequação do instrumento convocatório para que seja permitido o pagamento através de autenticação de código de barras a fim de se adequar à realidade do setor de comunicações.

De se notar que realmente não existe razão para impedir os pagamentos mediante código de barras, portanto tal modalidade de pagamento será permitida.

³ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 14.ed. São Paulo: Dialética, 2010, p. 441 e 444.

A

Não há, porém, a necessidade de republicar o Edital e de modificar a data de realização do certame, já que tal medida seria meramente protelatória. 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.

Portanto, não merece ser acolhido o ponto impugnado, razão pela qual o subitem será mantido.

2.6) Quanto a retenção do pagamento pela contratante

A Impugnante requer a modificação do item 10.4 do termo de referência, tendo em vista que a suspensão do pagamento pelos serviços prestados não consta no rol do art. 87 da Lei n. 8.666/93, o qual elenca as sanções pela inexecução total ou parcial do contrato.

Para tanto, a Impugnante refere que “deve-se impedir que o Edital imponha à Contratada medidas que não estejam relacionadas ao art. 87 da Lei 8.666/93, em obediência ao princípio da legalidade. Dessa forma, pode-se afirmar que a exigência editalícia em comento não tem razão de ser, sendo impossível promover a retenção dos pagamentos com sanção ao não cumprimento da regularidade fiscal.”

Pois bem. O item 10.4 do Anexo I - Termo de Referência, refere que:

10.4. Nenhum pagamento será efetuado à Licitante CONTRATADA enquanto pendente de liquidação qualquer obrigação financeira que lhe seja imposta em virtude de penalidade ou inadimplência contratual.

Observa-se que há um equívoco da Impugnante ao citar o item 10.4 do Termo de Referência. O texto do item refere-se à obrigação financeira em virtude de penalidade ou inadimplência contratual. Não tem nenhuma relação com retenção de pagamento em virtude de falta da regularidade fiscal.

Inclusive tal dispositivo segue os ditames dos arts. art. 40, §3º, que dispõe que:

Art. 40. O edital conterá no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte:

(...)

A

§ 3º Para efeito do disposto nesta Lei, considera-se como adimplemento da obrigação contratual a prestação do serviço, a realização da obra, a entrega do bem ou de parcela destes, bem como qualquer outro evento contratual a cuja ocorrência esteja vinculada a emissão de documento de cobrança.

Tal regramento estabelece as condições para pagamento, destacando-se que a o contratado deve manter, durante toda a vigência do contrato, as condições de habilitação e qualificação técnica exigida.

Portanto, demonstra-se claro, que houve uma interpretação equivocada por parte da Impugnante, confundindo pendência por penalidade/inadimplência com perda de regularidade fiscal no decorrer da vigência contratual, sendo que uma permite retenção e a outra, não, razão pela qual não prospera a pretensão da Impugnante.

2.7) Quanto a solicitação de inclusão de penalidade por atraso no pagamento

A Impugnante requer a inclusão de item no Edital referente ao ressarcimento diante de atraso no pagamento da parcela contratada por parte do Contratante, de modo a incidir multa de 2% sobre a fatura no mês de atraso, juros de mora na ordem de 1% ao mês e correção monetária pelo IGP-DI, uma vez que tais parâmetros são adotados usualmente no mercado em geral.

Totalmente sem razão.

O Tribunal de Contas da União, por meio das Decisões n. 585/94 – Plenário, nº 197/97 – Plenário e n 454/98, refere que:

Decisão n. 585/94 – Plenário:

“h - evitar a inclusão nos instrumentos contratuais de cláusulas prevendo aplicação de multa moratória ao GEIOT por atraso no pagamento de importâncias eventualmente devidas, por tal procedimento contrariar jurisprudência consolidada firmada por esta Corte sobre o assunto, que não admite a imputação de tal penalidade e sua previsão em contratos por falta de amparo legal, ante o seu caráter punitivo (Ata nº 45/90, Anexo XXII; Ata nº 60/90, Anexo VI; Ata nº 48/90, Anexo VI; e Ata nº 23/92, Decisão nº 246/92 - Plenário).”

Decisão nº 197/97 – Plenário:

“b) precaver-se, quando da elaboração de instrumentos convocatórios ou contratuais, quanto à inclusão ou omissão de cláusulas que levem a situações economicamente lesivas à Administração, tais como a previsão de multas contra a própria Administração que extrapolem a atualização financeira do período, ou a aceitação de condições presentes

nas propostas dos licitantes, mesmo que não previstas nos correspondentes instrumentos convocatórios ou contratuais;"

(...)

Voto do Ministro Relator

Conforme salientou o Ministério Público, o pagamento de multas contratuais, por atraso em pagamentos, não pode ser considerado como impropriedade meramente formal, uma vez que o ato, despido de amparo legal, trouxe prejuízo ao erário equivalente a R\$ (...)

Observe-se que tais multas não se confundem com a correção monetária amparada pelo art. 55, III, da Lei nº 8.666/93, uma vez que também foram efetuados, à conta do mesmo contrato, pagamentos a esse título. Decisão nº 454/98 – Plenário: b) quanto à ausência de compensações financeiras e penalizações por eventuais atrasos e descontos por eventuais antecipações de pagamentos: - o edital está em consonância com a determinação contida no Ofício nº 412/94, procedente da 8ª SECEX, que, de acordo com Decisão proferida no TC nº 011.273/94-1, relativo ao acompanhamento dos procedimentos licitatórios adotados pela (...), **determinou à entidade o seguinte:** "..... **b. não inclua em seus instrumentos convocatórios e respectivos contratos, cláusulas que estabeleçam juros e multas de atraso nos pagamentos, uma vez que o art. 40, inciso XIV, da mencionada Lei, ao tratar das condições de pagamento, além de prever a atualização de valores devidos, garante somente à Administração a aplicação de penalidades por eventuais atrasos."**

Por esse motivo, afastamos a inclusão de previsão de penalidade por atraso de pagamento pretendida pela Impugnante.

2.8) QUANTO AOS ITENS TÉCNICOS/OPERACIONAIS

A seguir transcrevo a resposta do Coordenador do Núcleo de Transportes da ASCAR, setor requisitante da contratação, quanto aos questionamentos apontados ao final do documento da impugnação:

4. DO SISTEMA DE RASTREAMENTO

4.1.a.5 - Permitir a extração da quilometragem via GPS

O que seria quilometragem por GPS?

Seria informar a distância percorrida pela coleta dos posicionamentos do GPS?

Nosso entendimento está correto?



Resposta: Sim, está correto. Tal item é necessário para que a critério da ASCAR/EMATER quando da necessidade de confrontação de trajeto e km percorrido, seja possível utilizar-se desta ferramenta para um relatório preciso.

5. DO SISTEMA DE MONITORAMENTO E CONTROLE

5.1.a.10) Permite envio de e-mail por excesso de velocidade, uso fora do horário de expediente e/ou fim de semanas/feriados e veículo ligado e parado por mais de 05 (cinco) minutos;

O uso de e-mail não garante que o cliente tenha esta informação em tempo, pois depende de vários outros fatores que fogem da solução ofertada, como servidor de e-mail, serviço de DNS, internet... sendo assim entendemos que esta notificação sendo mostrada no próprio sistema atende as necessidades da ASCAR.

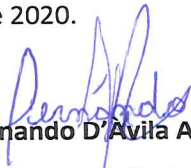
Nosso entendimento está correto?

Resposta: Não, entendimento incorreto. O acesso ou não dos e-mails ficam a critério dos gestores da ASCAR, cabendo ao fornecedor apenas enviá-lo. O envio de alertas via e-mail será de extrema importância para o tipo de gestão que utilizaremos em nossa frota. Sabemos que existem outras formas como por exemplo o SMS (que não é interessante para nossa realidade, pois iria sobrecarregar o telefone do gestor e geraria custos adicionais). Entretanto, após a parametrização dos itens de controle que necessitamos, acreditamos que o envio de e-mail atenderá tranquilamente nossa demanda e caso seja necessário um relatório mais amplo, aí sim faremos a consulta no sistema.

CONCLUSÃO

Pelo exposto, em respeito ao instrumento convocatório e em estrita observância aos demais princípios da Licitação, **RECEBO** a impugnação apresentada pela empresa OI S.A., tendo em vista a sua tempestividade, para no **MÉRITO, JULGÁ-LA IMPROCEDENTE**, sem a necessidade de alterações e republicação do Edital do PE nº 032/2020.

Porto Alegre, 13 de novembro de 2020.


Fernando D'Ávila Alves - Pregoeiro

Presidente da Comissão Permanente de Licitações