



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO AMAZONAS
Procuradoria-Geral de Justiça
Comissão Permanente de Licitação

Decisão n.º 003.2010.CPL.371798.2008.26027

IMPUGNAÇÃO AOS TERMOS DO EDITAL INTERPOSTO PELA EMPRESA **TELEMAR NORTE LESTE S/A** NO DIA **05 DE FEVEREIRO DE 2010**. PRESSUPOSTOS LEGAIS: LEGITIMIDADE E INTERESSE DE AGIR, A EXISTÊNCIA DE UM ATO ADMINISTRATIVO E FUNDAMENTAÇÃO LEGALMENTE ATENDIDOS. TEMPESTIVIDADE ATENDIDA.

Chega a esta Comissão Permanente de Licitação, impugnação ao Edital do Pregão Presencial nº 002/2010-CPL, cujo objeto é a contratação de empresa especializada para prestação de serviços de acesso à internet através de link dedicado de dados, conectividade IP na velocidade de 4 mpbs e link de dados conectividade IP, ponto-a-multiponto, via rádio, com largura de banda de 2 mpbs, dedicado, para atender o Ministério Público do Estado do Amazonas / Procuradoria-Geral de Justiça – PGJ/AM e suas unidades jurisdicionadas, conforme especificações e condições constantes do Edital e anexos.

Argumenta a empresa viu frustrado seu intento em participar do pregão em epígrafe, por ter constatado imperfeições no instrumento convocatório, cuja manutenção, segunda a pretensa licitante, *“a competitividade pretendida e a melhor contratação almejada, poderão estar comprometidos o que não se espera, motivo pelo qual a Oi impugna os termos do Edital e seus anexos”*.

RELATÓRIO

1. Da desproporcional base de cálculo em caso de descumprimento parcial das obrigações.

Alega a empresa que *“o item 13.3 do Edital, ele cláusula 17a da Minuta Contratual estabelecem a aplicação de multa sobre o **valor total do contrato**, nos casos de inexecução parcial das obrigações assumidas, determinando que a base de cálculo para a aplicação de eventual multa à Contratada será sempre o valor total do contrato, independente de a inexecução das obrigações pela Contratada ser parcial ou total”*.

Alega ainda não ser possível admitir que o percentual de multa, em caso de inexecução parcial pela Contratada, incida sobre o valor total do contrato,



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO AMAZONAS
Procuradoria-Geral de Justiça
Comissão Permanente de Licitação

haja vista que a fixação das sanções atinentes à contratação administrativa reside na razoabilidade e na proporcionalidade. Sendo esta, portanto uma cláusula excessiva, desproporcional, e que fere os princípios da legalidade e da razoabilidade

A empresa requer a adequação dos referidos para que as penalidades sejam proporcionais à falta cometida pela Contratada, e a base de cálculo da multa corresponda ao valor do serviço ou parcela em atraso e não o valor total do contrato, em caso de inadimplência parcial das obrigações.

2. Da sub-contratação

Questiona ainda a Telemar Norte Leste S/A o disposto no item 16.4 do Edital, que veda à adjudicatária ceder ou subcontratar, parcial ou totalmente, o objeto licitado sem prévia autorização escrita da Contratante. Alega que a lei 8.666/1993 determina em seu art. 72, a possibilidade de se subcontratar apenas parcial e não totalmente as obrigações contratuais:

*"Art. 72. O contratado, na execução do contrato, sem prejuízo das responsabilidades contratuais e legais, **poderá subcontratar partes da obra, serviço ou fornecimento**, até o limite admitido, em cada caso, pela Administração." (grifo nosso).*

Ressalta ainda que *"a sub-contratação diz respeito às atividades meio (como assistência técnica) e não às atividades fim da empresa Contratada, sendo que, inclusive, tal subcontratação total ainda não está regulamentada pela ANATEL"*.

Assim, requer seja alterado o referido item, excluindo-se a possibilidade de sub-contratação total do objeto licitado independente de prévia e escrita autorização pela Contratante.

3. Da divergência de prazo quanto ao previsto em lei

Prossegue a empresa, ainda, impugnando o item 17.6 do Edital prevê que, no caso de inabilitação ou desclassificação das propostas de todas as licitantes, o Pregoeiro poderá permitir a elas que apresentem nova documentação, livres das causas que ensejaram a sua inabilitação ou desclassificação, no prazo de 3 dias úteis. E que o referido item não está em conformidade com o § 3º do art. 48 da Lei 8.666/93, segundo o qual:

*"§ 3º Quando todos os licitantes forem inabilitados ou todas as propostas forem desclassificadas, a administração poderá fixar aos licitantes o **prazo de oito dias úteis** para a apresentação de nova documentação ou de outras propostas escoimadas das causas referidas neste artigo, facultada, no caso de convite, a redução deste prazo para três dias úteis.*
"

A Oi requer a adequação do item 17.6 do Edital ao § 3º do art. 48 da Lei n.º 8.666/93, de forma que o prazo para a apresentação de novos documentos de habilitação ou de novas propostas seja de 8 dias úteis.



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO AMAZONAS
Procuradoria-Geral de Justiça
Comissão Permanente de Licitação

4. Da responsabilidade da Contratada

Questiona a empresa o item 6.19 do Anexo I do Termo de Referência, c/c cláusula 5a, item 21, da Minuta do Contrato estabelece obrigação desproporcional, "*pois permite o entendimento de que a Contratada deva arcar com **QUALQUER perda ou prejuízo** sofrido pela Contratante, sendo que a responsabilidade da Contratada **é restrita aos danos diretos** decorrentes de sua culpa ou dolo na execução do contrato, como disposto no art. 70 da lei 8.666/93*".

*"Art. 70. O contratado é responsável pelos **danos causados diretamente** à Administração ou a terceiros, decorrentes de sua culpa ou dolo na execução do contrato, não excluindo ou reduzindo essa responsabilidade ou o acompanhamento pelo órgão interessado."
(grifamos)*

Requer a pretensa licitante a alteração do item 6.19 do Anexo I do Termo de Referência, c/c cláusula 5a, item 21, da Minuta do Contrato de modo que passe a constar a previsão de que a Contratada só deverá arcar com as perdas e danos causados diretamente à Contratante.

5. Do pagamento

Ao tratar do pagamento, questiona a licitante diversos itens, a saber:

5.1. Da comprovação de regularidade fiscal para pagamento. A requerente questiona a obrigação prevista no item 6.27 do Anexo I - Termo de Referência, c/c Cláusula 10a, §2º, da Minuta do Contrato, da licitante vencedora proceder à comprovação de sua regularidade fiscal, sob pena da não efetuação dos pagamentos e aplicação de multas. Esclarece que a comprovação da regularidade fiscal da Contratada, poderá, alternativamente à apresentação de documentos/certidões, de modo igualmente eficaz verificá-la através de consulta ao SICAF ou outros cadastros semelhantes dos quais possa fazer uso, sem a necessidade de apresentação de quaisquer documentos pela Contratada.

Outrossim, a Oi ressalta que a realização dos pagamentos devidos pela Contratante à Contratada não poderá estar condicionada à comprovação de sua regularidade fiscal, pois tal previsão não consta do artigo 87 da Lei 8.666/1993, que versa sobre as penalidades aplicáveis à Contratada por descumprimento, da seguinte forma:

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

1- advertência;

" - multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato;

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



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO AMAZONAS
Procuradoria-Geral de Justiça

Comissão Permanente de Licitação

IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes de punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contrato ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior. "

O referido artigo nada estabelece quanto à retenção de pagamentos por descumprimento contratual, não sendo possível à Contratante aplicar a referida sanção à Contratada, sob pena de violação ao princípio constitucional da legalidade. Assim, a Oi requer seja excluída a referida condição de pagamento, ante a manifesta ilegalidade.

5.2. Da apresentação de Nota Fiscal / Fatura do mês subsequente ao da realização dos serviços. Requer a empresa Telemar a adequação da Cláusula Décima da Minuta do Contrato, que determina que o pagamento seja efetuado **mediante a apresentação de Nota Fiscal/Fatura** do mês subsequente ao da realização dos serviços, por meio de Ordem Bancária. De modo que a forma de faturamento mediante Nota Fiscal Fatura de Serviços com código de barras, atualmente adotada no mercado de telecomunicações seja aceita.

5.3. Do não pagamento da Nota Fiscal/Fatura, havendo erro na mesma. O §5º da Cláusula 10a da Minuta do Contrato estabelece que para fazer jus ao pagamento, a empresa deverá apresentar Nota Fiscal preenchida com todos os dados corretos, ou seja, havendo erro na Nota Fiscal/Fatura, esta será devolvida e o pagamento ficará pendente até que seja sanado o problema.

A impugnante alega que tal previsão não é razoável, haja vista que a parcela incontroversa, ou seja, aquela sobre a qual não paira qualquer dúvida deve ser paga pela Administração prontamente, não sendo necessário aguardar a correção da fatura. Portanto, não obstantes os eventuais erros no documento fiscal, a Contratante deverá pagar o valor sobre o qual não se tem dúvidas e, em seguida, emitir nova fatura, contendo apenas o valor que se discute como devido ou não.

A Oi requer a adequação do §5º acima mencionado para que o pagamento da parcela incontroversa seja efetuado imediatamente pela Contratante e o restante após a devida regularização do documento fiscal.

6. Do repasse generalizado de preços e vantagens

Questiona, ainda, a impugnante, o item 19 da Cláusula 5ª da Minuta Contratual, que estabelece ser obrigação da Contratada repassar à Contratante, durante o período de vigência do contrato, todos os descontos e vantagens ofertadas ao mercado, sempre que estes forem mais vantajosos à Contratante do que os serviços contratados.

Argumenta que a generalidade da previsão relativa às vantagens pretendidas, bem como à universalidade dos usuários, impede, de início, o seu



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO AMAZONAS
Procuradoria-Geral de Justiça
Comissão Permanente de Licitação

cumprimento pela Contratada. Ademais, importante frisar que não existem meios de apurar-se, a cada novo dia, se foi concedido desconto para tal ou qual cliente e, ainda, cotejá-lo com o contrato em curso.

Pare reforçar seu argumento, destaca que tanto a Lei Geral de Telecomunicações (art. 103), quanto o Regulamento dos Serviços de Telecomunicações (art. 50) vedam o repasse indiscriminado de descontos, afirmando que os descontos de tarifa somente serão admitidos quando extensíveis a todos os usuários que se enquadrem nas condições, precisas e isonômicas, para sua fruição.

A Oi requer passe a constar no referido item a obrigação da Contratada tão somente de repassar os descontos porventura disponibilizados ao mercado, para clientes de perfil e porte similar ao da Contratante (e não ao mercado em geral!), desde que devidamente homologados pela ANATEL.

7. Do reajuste

Afirma empresa que a análise da cláusula 12ª da Minuta Contratual prevê a repactuação, porém não há menção de que os valores contratados poderão ser reajustados, bem como, não há menção ao índice a ser utilizado como base de cálculo para esses reajustes. A pretensa licitante diferencia reajuste e repactuação: *“Aquele consiste na previsão contratual da indexação do valor da remuneração devida ao particular a um índice de variação de custos. Já a repactuação nada mais é do que uma revisão de preços, com a peculiaridade de que se prevê a sua ocorrência sempre que se promover a renovação do contrato de execução continuada.”*

Argumenta ainda: *“Com efeito, em contratos com prazo de duração igual ou superior a um ano é admitida cláusula com previsão de reajuste de preços ou correção monetária. O reajuste dos preços contratuais só pode ocorrer quando a vigência do contrato ultrapassar doze meses, contados a partir da data limite para apresentação da proposta ou do orçamento a que essa se referir.”* E sugere a alteração do Edital e da minuta de contrato, de maneira a incluir-se a previsão abaixo, como a Oi ora requer:

“Os preços serão reajustados em prazos não inferiores a 12 (doze) meses, conforme variação do 1ST (índice de Serviços de Telecomunicações) ou outro que venha a substituí-lo no setor de telecomunicações, sendo tal reajuste de aplicação imediata e automática, levando em consideração a data base estipulada na proposta/contrato”.

8. Da garantia

Questiona também a empresa o disposto no §3º da Cláusula Décima Terceira da Minuta de Contrato, que determina que o valor da garantia contratual deverá permanecer integral até o término da execução do contrato e que se for



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO AMAZONAS
Procuradoria-Geral de Justiça
Comissão Permanente de Licitação

utilizada para pagamento de qualquer obrigação ou em razão de termos aditivos, a Contratada fica obrigada a efetuar a reposição no prazo máximo de 5 dias úteis, constados da notificação pela Contratante.

Esclarecer que a complementação/reposição de garantia não depende de providências internas da Operadora, mas da Seguradora contratada, que é quem possui competência para formalizar contratos de seguro, conforme determinação da SUSEP. E por este motivo sugere um prazo de até 60 dias, vez que depende estritamente de medidas da própria Seguradora, por ser mais razoável *“para ser cumprido pelas Operadoras, sem comprometer a participação da Oi neste certame e melhor permitir o fomento à competitividade, como a mesma ora requer”*.

9. Dos itens restritivos à competitividade

A pretensa licitante impugna também itens que considera restritivos à competitividade, a saber:

9.1. Do item 2 do Termo de Referência nº 032/200—SCS. Afirma que o item 2 do Termo de Referência, que trata da identificação do objeto, e no subitem 2.1 prevê o detalhamento do item 1: *"Link de dados conectividade IP, ponto-a-multiponto, via rádio, com largura de banda de 2mbps, dedicado, interligando a sede da Procuradoria-Geral de Justiça à sua unidade descentralizada, conforme características descritas neste termo."*

Destaca a impugnante: *“Observa-se que o item exige que o atendimento seja via rádio, porém, por tratar-se de um link de dados na área urbana de Manaus, com possibilidades de atendimento por outros meios como par metálico ou fibra óptica, com menor custo, a Oi requer a alteração do referido item, sugerindo-se a seguinte redação:*

"Item 2 - Link de dados conectividade IP, ponto-a-multiponto, via rádio, par metálico ou fibra óptica com largura de banda de 2mbps, dedicado, interligando a sede da procuradoria-geral de justiça à sua unidade descentralizada, conforme características de cada tipo de acesso e descritas neste termo para o atendimento via rádio."

9.2. Dos índices de latência do serviço. A empresa questiona o item 5 do Anexo I - Termo de Referência, que versa sobre o detalhamento do objeto, que em seu subitem 5.1.11, alínea "b", prevê a latência máxima de 110 ms.

A Oi esclarece que o tempo requerido de 110 ms impossibilita a participação de um maior número de operadoras, pois, esta condição permite apenas a participação de operadora que tenha o backbone de acesso a rede mundial de internet **por meio via terrestre**.

Destaca que a norma prescrita no artigo 3º, da Lei n.º. 8.666/93, assim determina:

A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e será processada e julgada em estrita conformidade



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO AMAZONAS
Procuradoria-Geral de Justiça

Comissão Permanente de Licitação

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 lhe são correlatos. (. . .)

Ainda: “É justamente fundada nesse espírito da supremacia do interesse público e da busca da melhor e mais vantajosa proposta para a contratação com a Administração que a Lei n.º, 8.666/1993 prevê em seu artigo 3º, inciso I, § 1º que:

§ 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 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;

Utiliza-se também do o art. 6º da Lei n.º. 9.472/1997 (Lei Geral de Telecomunicações), que dispõe que 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.

Argumenta que a exigência de latência máxima de 110 ms é um item que restringe a participação de maior número de participantes, o que não deverá ser admitido, sob pena de prejudicar a própria Contratante, motivo pelo qual a Oi requer a ampliação deste tempo para 600 ms .

9.3. Da disponibilização dos serviços à Contratante. Questiona a pretensa licitante o item 6 do Termo de Referência, que versa sobre as obrigações da Contratada, e prevê no subitem 6.3 que a mesma deverá disponibilizar os serviços à Contratante, ativados e prontos para uso, em até 30 dias corridos após a assinatura do contrato.

Afirma que em virtude dos investimentos e aquisições de equipamentos a serem contratados, o prazo de 30 dias é exíguo e de difícil cumprimento pelas Operadoras, comprometendo a execução regular do objeto licitado, e assim requer seja alterado este prazo para 60 dias.

RAZÕES DE DECIDIR

1. Da desproporcional base de cálculo em caso de descumprimento parcial das obrigações.

R - Analisando o questionamento apresentado pela empresa nota-se que a impugnante, ao solicitar que a sanção a ser aplicada em função do



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO AMAZONAS
Procuradoria-Geral de Justiça
Comissão Permanente de Licitação

inadimplemento parcial seja aplicada de maneira proporcional, claramente confunde o inadimplemento da prestação com o atraso na entrega ou interrupção na prestação dos serviços.

A configuração do inadimplemento representa a quebra do compromisso assumido contratualmente, ou seja, o descumprimento de tal compromisso. Segundo Antunes Varela¹, o inadimplemento é “a situação objetiva de não realização da prestação devida”. Dessa forma, pode-se dizer que o inadimplemento é forma mais profunda, mais gravosa, de descumprimento do contrato, quando comparado ao atraso e à interrupção temporária.

No que se refere à argumentação apresentada, nos casos de atraso e interrupção temporária o edital prevê claramente a cobrança de multas proporcionais, basta ver que tais sanções serão aplicadas por dia ou por hora de descumprimento, de acordo com o caso. Nesses casos a sanção prevista reveste-se de caráter reparatório, ou seja, reflete a imposição de uma sanção pecuniária diretamente proporcional ao dano causado.

Em relação ao inadimplemento, por ser forma de descumprimento mais profunda que as apresentadas no parágrafo anterior, a sanção a ser aplicada não contém um caráter apenas reparatório, mas também um caráter punitivo, ou seja, não visa apenas a reparação do dano, mas também a punição da parte responsável pelo descumprimento obrigacional.

Como dito anteriormente, inadimplemento é a quebra do compromisso assumido, independentemente de ocorrer de maneira parcial ou total, residindo a sua diferenciação apenas na possibilidade de realização da prestação *a posteriori*. Em outras palavras, o inadimplemento parcial não é figura hierarquicamente inferior ao inadimplemento total, consistindo ambos no descumprimento da obrigação assumida, residindo sua diferenciação apenas no caráter permanente representado pelo inadimplemento total.

Dessa forma, temos que as condutas que podem ser alvo de sanções aplicáveis de maneira proporcional já estão previstas nos demais subitens, sendo ao inadimplemento aplicável sanção de caráter fixo devido ao fato de não representar sanção de caráter unicamente reparatório, mas também punitivo.

Sendo assim, não existe necessidade de conceder tratamento diferenciado ao inadimplemento parcial, posto que não é figura jurídica distinta do inadimplemento total, uma vez que nele se converterá, inclusive, caso o contratado não retome o adimplemento de suas obrigações no prazo de 30 (trinta) dias, conforme disposto no edital.

2. Da sub-contratação

R - A subcontratação ocorre quando o contratado entrega parte da obra, serviço ou fornecimento a terceiro estranho ao contrato, para que execute em seu

1 VARELA, João de Matos Antunes. **Das obrigações em geral**, vol. II, 3ª edição, Coimbra, Almedina, 1980.



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO AMAZONAS
Procuradoria-Geral de Justiça
Comissão Permanente de Licitação

nome parcela do objeto contratado. Note-se que em momento algum a subcontratação libera o contratado de suas responsabilidades contratuais e legais.

O subitem 16.4 busca apenas reforçar o disposto no Art. 72 da Lei nº 8.666/93, deixando claro não ser possível subcontratar parte da obra, serviço ou fornecimento em desacordo com **os limites permitidos pela Administração no ato convocatório e no contrato**. Sendo, portanto, vedada a subcontratação total do objeto, uma vez que a partir da Decisão nº 420/2002 – Plenário, o TCU passou a considerar ilegal e inconstitucional tal procedimento.

Tampouco é permitida a subcontratação parcial, já vez que o art. 72 da Lei 8.666/93 é claro ao determinar que a subcontratação se dará “até o limite até o limite admitido, em cada caso, pela Administração”. No caso em tela, como não foi apresentada essa possibilidade nenhum limite poderá ser considerado, não sendo permitida a subcontratação.

Assim, não há adequações a serem feitas ao subitem 13.3 do Edital, c/c cláusula 17ª da Minuta Contratual.

3. Da divergência de prazo quanto ao previsto em lei

R - A norma prescrita no art. 48, § 3.º da Lei n.º 8.666/93 é mera faculdade da Administração em concedê-lo, não a vinculando de forma alguma, como depreende-se da literalidade do dispositivo em comento, senão vejamos:

3º Quando todos os licitantes forem inabilitados ou todas as propostas forem desclassificadas, A Administração poderá fixar aos licitantes o prazo de 8 (oito) dias úteis para apresentar nova documentação ou de outras propostas escoimadas das causas referidas neste artigo, facultada, no caso de convite, a redução deste prazo para três dias úteis.

É oportuno lembrar a disciplina de Marçal Justen Filho a respeito do tema:

A admissão de renovação das propostas não é obrigatória. Trata-se faculdade outorgada à Administração, que deve avaliar, no caso concreto, a conveniência de sua utilização.²

No caso em comento, trata-se de licitação na modalidade Pregão, modalidade esta que privilegia alguns princípios específicos, dentre os quais, os princípios da celeridade e da razoabilidade, conforme disposto no Decreto Federal nº 3555/2000, em seu art. 4º, senão vejamos:

Art. 4º. A licitação na modalidade pregão é juridicamente condicionada aos princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo, bem assim aos princípios correlatos da celeridade, finalidade, razoabilidade, proporcionalidade, competitividade, justo preço, seletividade e comparação objetiva das propostas.

² Filho, Marçal Justen, Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 11 ed., São Paulo: Dialética, 2005, p.460.



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO AMAZONAS
Procuradoria-Geral de Justiça
Comissão Permanente de Licitação

A lei que regulamenta a modalidade “pregão” não disciplina a matéria disposta no art. 48, § 3.º da Lei n.º 8.666/93, razão pela qual aplica-se subsidiariamente a Lei Geral das Licitações e Contratos Administrativos. Desta feita, jurisprudência majoritária entende que o prazo constante a ser empregado com relação a este dispositivo será o mesmo aplicado ao convite. Ou seja, prazo de 3 (três) dias úteis. Tudo porque não coaduna com o procedimento dinâmico do pregão um prazo mais alongado, vez que infringiria o princípio da celeridade consagrado no pregão.

Assim, a Administração não cometeu nenhuma irregularidade ao conceder o prazo de 03 (três) dias úteis para apresentação de nova documentação ou de outras propostas.

Outrossim, essa redução de prazo não fora nenhuma invencionice da Administração, pois, fazendo uma interpretação sistemática com a modalidade de licitação convite, na qual o objeto ou serviço a ser licitado é simples complexidade, assim como no pregão, tem-se que não há nenhuma ilegalidade quando da absorção de seu prazo pelo instrumento convocatório em questão, notadamente porque o objeto da modalidade pregão também limita-se a compras e serviços comuns.

Portanto, nada justificaria a concessão de 08 (oito) dias úteis para apresentação de nova documentação ou reformulação de novas propostas, até porque, se assim o fosse, a Administração estaria afrontando os princípios norteadores do Pregão, notadamente o da celeridade de seus atos. Assim, decido pelo não acolhimento da alegação da pretensa licitante.

4. Da responsabilidade da Contratada

R - Versa o subitem 6.19 do Termo de Referência nº 032/2009-SCS:

*6.19. A CONTRATADA se obriga a responder por perdas e danos em que vier a sofrer a CONTRATANTE ou terceiros, **motivada pela sua ação ou omissão, na forma dolosa ou culposa**, independente de outras cominações pactuadas neste Termo de Referência, ou pela legislação a que estiver sujeita, garantidos o contraditório e a ampla defesa, nos termos e aplicações da lei.*

Resta claro que a obrigação **DA CONTRATANTE** de responder por perdas e danos que possa vir a sofrer, **trata-se apenas daqueles motivados pela sua ação ou omissão, na execução do contrato**, estando plenamente atendido plenamente atendido o disposto no art. 70 da lei 8.666/93.

Desta forma, entende-se que não merece prosperar o requerimento de constar a previsão de que a Contratada só deverá arcar com as perdas e danos **causados diretamente** à Contratante.

5. Do pagamento



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO AMAZONAS
Procuradoria-Geral de Justiça
Comissão Permanente de Licitação

R - O art. 55 da lei 8.666/93 ao dispor sobre as cláusulas contratuais necessárias exige em seu inciso 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”.

Conseqüentemente o subitem 6.27 do Termo de Referência, parte integrante do instrumento convocatório, c/c a cláusula 10ª, § 2.º da Minuta do Contrato onde dispõe sobre a obrigatoriedade da Contratada de apresentar a sua regularidade fiscal quando do pagamento, é de uma legalidade cristalina.

Para tanto trago à colação, jurisprudências do TCU acerca do tema:

“CONTRATOS e REGULARIDADE FISCAL. DOU de 14.05.2008, S. 1, p. 79. Ementa: o TCU determinou à INFRAERO que: a) exigisse, a cada pagamento referente a contrato de execução continuada ou parcelada, a comprovação da regularidade fiscal para com a Seguridade Social, em observância ao art. 195, § 3º, da Constituição Federal, e arts. 29, incisos III e IV, e 55, inc. XIII, da Lei nº 8.666/1993; b) comunicasse à Receita Federal do Brasil qualquer irregularidade fiscal observada na execução dos contratos sob sua responsabilidade (itens 9.2.4 e 9.2.5, TC-001.512/2006-2, Acórdão nº 837/2008-TCU-Plenário)”.

“REGULARIDADE FISCAL. DOU de 14.05.2008, S. 1, p. 80. Ementa: o TCU firmou o entendimento, aplicável a todos os órgãos/ entidades da Administração Pública Federal, no sentido da inclusão, em editais e contratos de execução continuada ou parcelada, de cláusula que estabelecesse a possibilidade de subordinação do pagamento à comprovação, por parte da contratada, da manutenção de todas as condições de habilitação, aí incluídas a regularidade fiscal para com o FGTS e a Fazenda Federal, com o objetivo de assegurar o cumprimento do art. 2º da Lei nº 9.012/1995 e arts. 29, incisos III e IV, e 55, inc. XIII, da Lei nº 8.666/1993 (item 9.3, TC-001.512/2006-2, Acórdão nº 837/2008-TCU-Plenário)”.

Quanto à Cláusula Décima da Minuta do Contrato, saliente-se que a mesma já contempla a apresentação da Nota Fiscal Fatura de Serviços, solicitada.

No que se refere ao §5º da Cláusula Décima, cumpre ressaltar que o ordenamento jurídico impede a liquidação de qualquer despesa pública, seja ela de que importância for, sem que seja cobrada a prestação de serviços ou a entrega dos bens, assegurando-se a Administração Pública de que o credor cumpriu todas as obrigações constantes no contrato, verificando o direito adquirido pelo credor.

Disto posto, mantida as exigências editalícias acima mencionadas por assim dispor a legislação vigente.



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO AMAZONAS
Procuradoria-Geral de Justiça
Comissão Permanente de Licitação

6. Do repasse generalizado de preços e vantagens

R - Trata-se de regra imposta pela Lei Licitatória onde consagra o princípio do equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo. Desta feita, em respeito ao princípio acima mencionado, deverá o Contratado repassar, durante o período de vigência deste contrato, todos os descontos e vantagens ofertadas ao mercado, devendo entender a expressão “mercado” como sendo “usuários de perfil semelhante ao do Contratante”.

7. Do reajuste

R - A repactuação de preços é espécie de reajuste contratual, sendo que o que vai determinar o reajuste é a demonstração analítica da variação dos componentes de custos do Contrato, devidamente justificada, em conformidade com o Decreto nº 2.271, de 07-07-1997 e IN/SLTI-MP nº 02, de 30 de abril de 2008, além de outros dispositivos legais que venham a ser editados pelo Poder Público, em complementação ou substituição às mencionadas normas.

Mantida, portanto, a cláusula doze da Minuta de Contrato – do reajustamento.

8. Da garantia

R – Analisando o questionamento apresentado pela impugnante temos que a cláusula treze da Minuta de Contrato contida no edital trata da necessidade de prestação de garantia contratual, podendo ser prestada por uma das modalidades do art. 56 da Lei 8.666/93, a seguir transcrito:

Art. 56. A critério da autoridade competente, em cada caso, e desde que prevista no instrumento convocatório, poderá ser exigida prestação de garantia nas contratações de obras, serviços e compras.

§ 1º Caberá ao contratado optar por uma das seguintes modalidades de garantia:

I - caução em dinheiro ou em títulos da dívida pública, devendo estes ter sido emitidos sob a forma escritural, mediante registro em sistema centralizado de liquidação e de custódia autorizado pelo Banco Central do Brasil e avaliados pelos seus valores econômicos, conforme definido pelo Ministério da Fazenda;

II - seguro-garantia;

III - fiança bancária.

Desse modo, a prestação de garantia representa obrigação assumida pela empresa, podendo cumpri-la pela forma que melhor lhe convier, dentre as formas previstas no art. 56 da Lei 8.666/93. Sendo assim, a responsabilidade perante o CONTRATANTE para reposição da garantia caso a mesma necessite ser complementada é da CONTRATADA e não de nenhuma outra empresa que porventura possa ser apontada pela mesma.



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO AMAZONAS
Procuradoria-Geral de Justiça
Comissão Permanente de Licitação

Caso opte pela prestação de seguro-garantia a CONTRATADA permanecerá diretamente responsável pela prestação da mesma, não se transferindo a responsabilidade à empresa seguradora que porventura venha a ser contratada pela empresa.

Sendo assim, tendo a CONTRATADA o conhecimento que a empresa seguradora que será utilizada para prestar a garantia somente o fará em prazo superior ao estipulado no Contrato, deverá tomar todas as providências de modo a cumprir com a obrigação assumida, prestando ela própria a garantia e posteriormente buscando junto à seguradora a restituição do valor, ou fazendo com que a empresa seguradora que ela representa o faça dentro do prazo. De qualquer sorte, não é demais destacar que a responsabilidade permanece sendo da CONTRATADA.

Em relação ao pedido de alteração do prazo de prestação da garantia para 60 (sessenta) dias, não se pode permitir que o contrato passe tanto tempo sem a respectiva garantia de seu cumprimento. Ademais, não pode o interesse público, nesse caso representado pela prestação da garantia, dobrar-se ante meros entraves interpostos pelos interesses particulares.

Dessa forma, fica mantido o prazo contido no §3º da Cláusula Treze da Minuta de Contrato.

9. Dos itens restritivos à competitividade

O art. 3º, caput, da Lei nº 8.666/93, além de garantir a observância do princípio da isonomia, visa selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração, o que significa dizer, **a que ofereça o melhor produto pelo menor preço, visando atingir o interesse público, a vantagem pública através da melhor atividade administrativa prestada para a coletividade, pelo meio mais legítimo e eficiente.**

O artigo supracitado disciplina apenas um dos objetivos do procedimento licitatório, que é garantir a isonomia entre os licitantes, evitando exigências desnecessárias ou inadequadas.

A Administração Pública tem o dever de indicar o objeto pretendido na licitação, definindo as características necessárias à qualidade satisfatória do objeto, tudo visando garantir que o objeto garanta a prestação dos serviços públicos com eficiência. O que não se admite é a restrição injustificada, porque afeta um dos princípios basilares da licitação que é o da isonomia.

Compete única e exclusivamente ao MP/AM determinar o que é e o que não é essencial para o pleno funcionamento de seus serviços. O objeto licitado foi especificado pela Diretoria de Tecnologia da Informação e Comunicação – DTIC, equipe técnica do *Parquet*, visando garantir a qualidade necessária à adequada prestação de serviços utilizando objeto licitado. Analisando a pesquisa de mercado anexa aos autos, observa-se que diversas empresas oferecem os objetos



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO AMAZONAS
Procuradoria-Geral de Justiça
Comissão Permanente de Licitação

licitados, não prosperando a afirmação da empresa de que esta condição restringe a competitividade. O que só vem a corroborar a informação prestada pela DTIC, que em Manaus há empresas que prestam tal serviço com qualidade e capacidade para atender plenamente as disposições técnicas deste Termo de Referência, não havendo assim nenhum óbice quanto à competitividade.

Quanto ao questionamento da empresa Telemar Norte Leste S/A sobre o subitem 5.1.11, alínea B do Termo de Referência, a DTIC informa: *“é nosso entendimento que a solicitação de Latência de 110 ms, assim como Largura de Banda e Taxa de Erros, são parâmetros reconhecidos de qualidade de serviço (QoS) para links de dados, sendo parte integrante da especificação do objeto em questão. Desta forma, a definição de tais parâmetros estabelece a própria natureza do objeto licitado, e não pode ser considerada, de forma alguma, como cláusula ou condição restritiva à competitividade.*

Prossegue: *“Não obstante ao meio pelo qual tal solução será provida, não há restrição alguma quanto ao provimento deste ser feito por meio de link terrestre, via satélite ou qualquer outro meio. O que é apresentado é tão somente os requisitos de qualidade exigidos. Dessa feita, as limitações técnicas de alguns fornecedores em prover os parâmetros de qualidade de serviços requisitados não podem ser motivo para que estes parâmetros sejam dilatados ou mesmo ignorados”.*

“Assim sendo nosso entendimento é que não estamos impossibilitando a participação de nenhum licitante, muito menos diminuindo a competitividade quanto solicitamos itens de qualidade de serviço, e sim buscando junto ao mercado o melhor para a administração pública e para coletividade.”.

Em vista do exposto, fica mantida a data de realização do certame, uma vez que o pedido de esclarecimentos não teve o condão de alterar as propostas de preços a serem formuladas, não havendo, portanto, motivos para adiar a data da licitação.

É o que temos a esclarecer.

Manaus, 08 de fevereiro de 2010

Gláucia Maria de Araújo Ribeiro

Presidente da Comissão Permanente de Licitação



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO AMAZONAS
Procuradoria-Geral de Justiça
Comissão Permanente de Licitação

Bruno César Costa e Silva

Membro da Comissão Permanente de Licitação

Waleska Gracieme Andrade Marques de Oliveira

Membro da Comissão Permanente de Licitação