



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO AMAZONAS

Avenida Coronel Teixeira, 7995 - Bairro Nova Esperança - CEP 69037-473 - Manaus - AM - www.mpam.mp.br

DECISÃO N.º 18.2023.CPL.1017355.2022.002437

PEDIDO DE IMPUGNAÇÃO INTERPOSTO AOS TERMOS DO EDITAL DE PREGÃO ELETRÔNICO N.º 4.016/2023-CPL/MP/PGJ, EMPRESA CLARO S.A., EM 31 DE MARÇO DE 2023. PRESSUPOSTOS LEGAIS: LEGITIMIDADE E INTERESSE DE AGIR, A EXISTÊNCIA DE UM ATO ADMINISTRATIVO, FUNDAMENTAÇÃO E TEMPESTIVIDADE ATENDIDOS. MANTER A DATA DO CERTAME.

1. DA DECISÃO

Analisados todos os pressupostos de admissibilidade e os aspectos objeto da peça dirigida, esta **COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÃO**, com fundamento no artigo 13, § 1.º do ATO PGJ N.º 389/2007, decide:

a) **Receber e conhecer** da impugnação apresentada pela empresa **CLARO S.A.**, inscrita no CNPJ sob o n.º 40.432.544/0001-47, aos termos do edital do Pregão Eletrônico n.º 4.016/2023-CPL/MP/PGJ, pelo qual se busca a *contratação de empresa especializada para prestação de Serviço de Telefonia Móvel Pessoal (SMP), em regime de empreitada por preço unitário, com ligações ilimitadas para qualquer telefone (fixo ou móvel de qualquer operadora) dentro do Brasil, incluindo sistema informatizado de gerenciamento online das linhas (gestor online), comunicação de voz e dados via rede móvel, disponível nacionalmente com tecnologia digital, roaming automático, tipo plano corporativo Pós-Pago, com fornecimento de aparelhos Smartphones sob a forma de comodato, por um período de 12 (doze) meses;*

b) No mérito, **dar provimento ao pedido** de impugnação e **reputar esclarecidas as objeções**, conforme discorrido na presente peça;

c) **Suspender a licitação, com nova abertura de prazo** a ser divulgado em aviso específico, uma vez que haverá alteração substancial do termo de referência, implicando na elaboração das propostas de preços, conforme preleciona o art. 21, § 4º da Lei n.º 8.666/93.

2. DO RELATÓRIO

2.1. DAS RAZÕES DO ESCLARECIMENTO/IMPUGNAÇÃO

Chegou ao *e-mail* institucional desta Comissão Permanente de Licitação, em 31 de março de 2023, às 12:05h, a impugnação, cujo completo teor encontra-se no endereço eletrônico <http://www.mpam.mp.br/servicos-sp-261893274/licitacoes/licitacoes-em-andamento/47-licitacoes/pregao-eletronico-em-andamento/8132-pe-4011-2015-contratacao-de-servicos-de-telefonia-movel>,

interposta aos termos do Edital do Pregão Eletrônico n.º 4.016/2023-CPL/MP/PGJ, colhida pela empresa **CLARO S.A.**, inscrita no CNPJ sob o n.º 40.432.544/0001-47, apontando supostas imperfeições do instrumento convocatório do certame de referência.

Passo à análise dos pressupostos legais e à exposição das razões de decidir.

2.2. DOS PRESSUPOSTOS LEGAIS

Ab initio, é necessário observar se o interessado atende às exigências emanadas do repositório legal das licitações públicas, particularmente, aquelas decorrentes do texto dos §§ 1º e 2º, do art. 41, da Lei n.º 8.666/93 c/c o art. 13 do ATO PGJ n.º 389/2007.

Rezam esses dispositivos que qualquer cidadão e/ou pretense licitante é parte legítima para impugnar edital de licitação, desde que o façam, respectivamente, **até o quinto e segundo dia útil** anterior à data fixada para a realização da sessão inaugural do certame.

Dessa regra se desdobram alguns requisitos que devem ser adimplidos quando de eventual oposição dirigida ao órgão público licitante, são eles: legitimidade, interesse, a existência de um ato administrativo, fundamentação e tempestividade.

O primeiro desses pressupostos dispensa maiores comentários ante a clarividência da norma mencionada alhures, isto é, *qualquer cidadão é parte legítima*.

Obviamente, o segundo requisito apontado decorre dessa acepção de legitimidade, pois mesmo que não se trate de pretense licitante com interesse concreto e pontualmente direcionado às regras do cotejo, o interesse da parte legitimada pela regra sobredita pode estar revestido do mero e simples anseio de se satisfazer com o cumprimento estrito da lei.

Na verdade, cremos que a intenção do legislador foi justamente a de conferir ao procedimento licitatório o mais amplo, acessível e rigoroso sistema de fiscalização.

O terceiro ponto a ser observado decorre certamente da consequência lógica do instituto ora em estudo. É dizer, só se pode questionar, esclarecer ou impugnar algo que existe. *In casu*, um ato administrativo instrumentalizado sob a forma de um documento público.

Conseqüentemente, eventual objeção a um ato administrativo deve trazer consigo suas razões fundamentais específicas, mesmo que simplesmente baseada em fatos, de forma a evitar que a oposição seja genérica, vaga e imprecisa. A peça em análise preencheu, também, esse requisito ao indagar pontualmente o entendimento de determinadas regras do edital.

Por derradeiro, há o pressuposto que condiciona o exercício dessa faculdade a determinado lapso temporal, de forma que, ultrapassado o limite de tempo em que se poderia interpor os questionamentos reputados necessários, deixa de existir o direito conferido pela Lei àquela particular situação.

No caso corrente, a peça em liça partiu de pretense licitante e, por isso, o juízo de

admissibilidade deve lastrear-se nas disposições do art. 41, § 2º, da Lei Licitação.

Com termos semelhantes dispõem, também, os subitens 24.1 e seguintes do Edital do Pregão Eletrônico nº 4.016/2023-CPL/MP/PGJ (1006996), estipulando que:

24.1. Até o dia **31/03/2023, 03 (três) dias úteis antes da data designada para a abertura da sessão pública**, qualquer pessoa poderá impugnar este Edital, mediante **petição**, que deverá obrigatoriamente (art. 10, caput, da Lei nº 12.527/2011) conter a identificação do Impugnante (CPF/CNPJ).

24.2. A impugnação poderá ser realizada por forma eletrônica, pelo e-mail licitacao@mpam.mp.br, no horário local de expediente da Instituição, **até às 14 horas (horário local) da data limite fixada** ou por petição dirigida ou protocolada no endereço constante do Rodapé, endereçado à Comissão Permanente de Licitação.

(...)

24.5. Os pedidos de esclarecimentos referentes a este processo licitatório deverão ser enviados ao Pregoeiro, **até o dia 31/03/2023, 03 (três) dias úteis anteriores à data designada**

para abertura da sessão pública, às 14 horas (horário local) da data limite fixada, preferencialmente por meio eletrônico via internet ou protocolada no endereço indicado no rodapé do Edital, mediante **petição**, que deverá obrigatoriamente (art. 10, caput, da Lei nº 12.527/2011) conter a identificação do Impugnante (CPF/CNPJ).

24.5.1. O pedido de esclarecimento poderá ser realizada por forma eletrônica, pelo e-mail licitacao@mpam.mp.br, no horário local de expediente da Instituição, até às 14 horas (horário local) da data limite fixada ou por petição dirigida ou protocolada no endereço constante do Rodapé, endereçado à Comissão Permanente de Licitação.

Faz-se mister, contudo, elucidar os critérios utilizados na contagem dos prazos estabelecidos no instrumento convocatório, valendo-se, para tanto, de lição do mestre Jorge Ulisses Jacoby Fernandes^[1], cujo excerto segue abaixo:

A contagem do prazo para impugnação se faz com a observância da regra geral do art. 110 da Lei nº 8.666/93, tendo por termo inicial a data estabelecida para a apresentação da proposta^[2]. Para facilitar o entendimento, exemplifica-se a seguinte situação:

O dia 19 foi fixado para a realização da sessão e, na forma da contagem geral de prazos, não se computa o dia do início. O primeiro dia na contagem regressiva é o dia 18; o segundo, o dia 17. Portanto, até o dia 16, último minuto do encerramento do expediente no órgão, poderá o licitante e qualquer cidadão impugnar o edital ou requerer esclarecimentos. (...)

Caso a impugnação seja oferecida fora do prazo, não deve ser conhecida com essa natureza, mas merece ser respondida, como qualquer documento que é dirigido à Administração.

Na mesma tônica, vejamos trecho do julgado exarado pelo Corte de Justiça do Estado do Acre em Agravo de Instrumento:

(...) Em hipóteses como a da espécie em tela, a forma de contagem obedece à regra geral constante do CPC, segundo a qual exclui-se do

cômputo o dia do início e inclui-se o do vencimento (art. 184, caput). O traço distintivo, porém, reside no fato de que durante o período de transcurso do prazo é proibida a prática do ato. (...) o prazo referido nos dispositivos legais em destaque é chamado de regressivo, ou inverso. Isso porque a respectiva contagem se dá para trás com a finalidade de impor um limite temporal na prática do ato que não seja dentro do período proibido. (...) No caso vertente, a abertura da sessão pública do Pregão Presencial nº 088/2008 foi aprazada para o dia 18 de dezembro de 2008, quinta-feira. Sendo assim, contando o prazo regressivamente a partir do dia 17, o último dia para impugnação do ato convocatório em questão seria o dia 15 de dezembro de 2008, isto porque o dia 16 de dezembro de 2008 foi o último dia proibido para a prática do ato. (TJ/AC, AI nº 2009.0000052, Rel. Des. Adair Longuini, j. em 12.05.2009.).

Vê-se, portanto, que, a partir de uma interpretação finalística do dispositivo legal ao norte especificado, a intenção do legislador foi justamente a de disponibilizar à Administração um tempo mínimo suficiente para a apreciação de eventuais recursos, neles inclusos impugnações e/ou pedidos de esclarecimentos, sendo assinalado para cada uma das hipóteses normativas prazos razoáveis para a tomada de decisões.

À luz dessas considerações, conforme já se disse alhures, o interessado interpôs sua solicitação em 31/03/2023, às 12:05h. Portanto, a peça trazida a esta CPL é TEMPESTIVA.

Sendo assim, passemos à análise do pedido.

3. RAZÕES DE DECIDIR

Vale ressaltar, em caráter preliminar, que as disposições constantes do instrumento convocatório procuram alinhar-se, estritamente, aos auspícios dos princípios e regras legais que disciplinam o procedimento licitatório, estabelecidos quer na **Lei n.º 8.666/1993**, Estatuto Nacional de Licitações e Contratos Administrativos, quer na **Constituição Federal de 1988**, bem como, frisa-se, seguindo-se os mais lúcidos preceitos da doutrina de escol e da jurisprudência majoritária.

Nesse sentido, é mister recordar que o dever administrativo de adotar critérios claros, objetivos e legais durante a análise das documentações dos concorrentes em uma licitação decorre da obrigação da Administração Pública manter plena transparência de seus atos, a fim de definir qual a licitante reúne condições de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento de seus deveres, sem desviar-se da observância necessária do princípio da igualdade entre os licitantes, estimulando o caráter competitivo da licitação, constante no artigo 3.º da Lei n.º 8.666/93, abaixo disposto:

*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 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. (g.n.)*

Em outras palavras, no que tange às contratações realizadas mediante licitação, deve a Administração Pública, em observância ao disposto no art. 3º, *caput*, da Lei nº 8.666/93, garantir a igualdade na participação dos licitantes e a selecionar a proposta mais vantajosa, sem se afastar dos princípios básicos descritos no dispositivo supra.

Pois bem, iniciando a análise da peça dirigida partindo-se dessa concepção, vê-se de pronto que a maioria das razões de impugnação da pretensa licitante já foram respondidas em ocasiões passadas, quando da expedição das **Decisões nº 016.2011.CPL.469192.2010.28191, nº 001.2012.CPL.549582.2012.107, nº 006.2012.CPL.564776.2012.7452, nº 011.2012.CPL.587128.2012.11421, nº 041.2013.CPL.766416.2013.4548, nº 020.2014.CPL.898102.2013.42105, nº 021.2014.CPL.898103. 2013.42105, nº 028.2015.CPL.952942.2014.47448 e nº 042.2015.CPL.1004283.2015.2682.**

Quanto às razões do pedido que giram em torno de aspectos técnicos da especificação do objeto e às obrigações acessórias, esclareça-se que as respostas aqui concedidas decorreram de análise e manifestação da **DIRETORIA DE TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO E COMUNICAÇÃO – DTIC**, órgão emissor do Termo de Referência integrante do Edital ora objeto do questionamento.

Em tempo destaque que, tendo em vista a necessidade de remessa da impugnação para a área técnica, imprescindível a prorrogação do prazo para emissão desta Decisão, nos termos do item 24.3 do instrumento convocatório.

Passemos ao exame das razões.

3.2. Quesito 1 – Da suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração

Quanto ao argumento da irrisignada, impende-nos destacar que **não há** consenso doutrinário nem jurisprudencial a respeito da abrangência das sanções impostas pela Administração Pública com base na legislação pertinente, sobretudo, em se tratando das penalidades previstas no art. 87 da Lei n.º 8.666/93.

De início, esclarecemos que, à luz desse cenário, esta Instituição filia-se à corrente capitaneada pelo **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ**.

Na concepção daquele Egrégio Tribunal, guardião maior da legislação infraconstitucional no sistema jurídico pátrio, há despropósito na distinção entre os termos “Administração Pública” e “Administração” constante dos incisos XI e XII do art. 6º da Lei n.º 8.666/93, podendo ser citados os seguintes acórdãos:

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.”

(STJ, MS n.º 19.657-DF, 1.ª Seção, Rel. Min. Eliana Calmon, julgado em 14.08.2013, DJe 26.08.2013) (destaque nosso)

ADMINISTRATIVO. SUSPENSÃO DE PARTICIPAÇÃO EM LICITAÇÕES. MANDADO DE SEGURANÇA. ENTES OU ÓRGÃOS DIVERSOS. EXTENSÃO DA PUNIÇÃO PARA TODA A ADMINISTRAÇÃO.

1. A punição prevista no inciso III do artigo 87 da Lei nº 8.666/93 não produz efeitos somente em relação ao órgão ou ente federado que determinou a punição, mas a toda a Administração Pública, pois, caso contrário, permitir-se-ia que empresa suspensa contratasse novamente durante o período de suspensão, tirando desta a eficácia necessária.

2. Recurso especial provido.

(REsp 174274/SP, relatado pelo Ministro Castro Meira, julgado pela 2.ª Turma em 19/10/2004, DJ de 22/11/2004)

ADMINISTRATIVO – MANDADO DE SEGURANÇA – LICITAÇÃO – SUSPENSÃO TEMPORÁRIA – DISTINÇÃO ENTRE ADMINISTRAÇÃO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – INEXISTÊNCIA – IMPOSSIBILIDADE DE PARTICIPAÇÃO DE LICITAÇÃO PÚBLICA – LEGALIDADE – LEI 8.666/93, ART. 87, INC. III.

- **É irrelevante a distinção entre os termos Administração Pública e Administração**, por isso que ambas as figuras (suspensão temporária de participar em licitação (inc. III) e declaração de inidoneidade (inc. IV) acarretam ao licitante a não-participação em licitações e contratações futuras.

- **A Administração Pública é una, sendo descentralizadas as suas funções, para melhor atender ao bem comum.**

- **A limitação dos efeitos da ‘suspensão de participação de licitação’ não pode ficar restrita a um órgão do poder público, pois os efeitos do desvio de conduta que inabilita o sujeito para contratar com a Administração se estendem a qualquer órgão da Administração Pública.**

- Recurso especial não conhecido.

(REsp 151567/RJ, relatado pelo Ministro Francisco Peçanha Martins, julgado pela 2.ª Turma em 25/02/2003, DJ de 14/04/2003)

Seguindo a tese adotada no âmbito do **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**, considera-se que a penalidade presente no inciso III do art. 87 da Lei n.º 8.666/93 afasta o sancionado das licitações e contratações promovidas por toda a Administração Pública brasileira.

Desse modo, entende o referido Tribunal pelo *alcance amplo* da suspensão temporária de licitar e contratar, irradiando os seus efeitos a todos os órgãos da Administração Pública – pois a Administração Pública **é una** – entendimento que se encontra expresso no subitem atacado do referido instrumento convocatório e que é compartilhado por este subscrevente.

Não bastasse, a questão já fora tratada nesse mesmo sentido, quando da prolação das Decisões n.º 041.2013.CPL.766416.2013.4548 e n.º 042.2015.CPL.1004283.2015.2682., v.g.

3.3. Quesito 2 – Do prazo de envio e pagamento das faturas

CLÁUSULA DÉCIMA SEGUNDA – DA LIQUIDAÇÃO E DO PAGAMENTO:

O pagamento será efetuado mensalmente, mediante a apresentação do documento fiscal com data subsequente à prestação dos serviços, por meio de ordem bancária, até a data do vencimento da fatura, devidamente atestada pela **FISCALIZAÇÃO**.

Parágrafo primeiro. A **CONTRATADA** deverá apresentar, mensalmente, na sede da **CONTRATANTE**, em papel e meio eletrônico, para fins de liquidação e pagamento, com antecedência mínima de **15 (quinze) dias da data de vencimento**, fatura/nota fiscal dos serviços telefônicos prestados, acompanhada do Requerimento (mencionar o número do Contrato), das comprovações de regularidade junto à Seguridade Social (CND), ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (CRF), CNDT, e às Fazendas Federal, Estadual e Municipal.

Parágrafo segundo. Desde que devidamente atestada e acompanhada dos documentos comprobatórios exigidos, a Fatura/Nota Fiscal será paga, no prazo de 10 (dez) dias contados da data de sua protocolização, mediante ordem bancária creditada em conta-corrente da **CONTRATADA.**”

A cláusula décima segunda da minuta contratual requer que a fatura seja encaminhada com um prazo de, no mínimo, 15 (quinze) dias anteriores à data do vencimento, uma vez que é considerado o espaço de tempo para conferência, por parte da Administração Pública, dos serviços prestados naquele período, visando o atesto da nota fiscal.

Esse procedimento envolve etapas que demandam tempo para a devida análise por parte do agente público fiscal do contrato. Na ocasião, além de verificar a documentação de regularidade fiscal, deverá atestar a eficiência do serviço de acordo com Acordo de Nível de Serviço – ANS e perante os usuários (deste serviço). Após essa etapa, é necessário, ainda, efetuar a liquidação e pagamento pelo setor competente.

Daí que não se vislumbra qualquer transgressão ao mencionado art. 76 da Resolução nº 632/2014, que traz um prazo mínimo para disponibilização do documento de cobrança, não havendo conflito com os termos do edital, que, pelos motivos já exposto, justifica a necessidade de alargamento desse prazo. Primeiro porque tal regra visa apenas resguardar o consumidor estabelecendo um período mínimo para apresentação das faturas. Segundo porque o prazo definido no edital estipula prazo razoável para o cumprimento das exigências impostas por lei.

Por fim não prospera a Impugnação quanto a esta questão.

3.4. - Quesito 3 – Da possibilidade de pagamento via boleto bancário com código de barras

A mencionada cláusula décima segunda da minuta do contrato prevê que o pagamento será efetuado mensalmente, mediante a apresentação do documento fiscal com data subsequente à prestação dos serviços, por meio de ordem bancária, até a data do vencimento da fatura, devidamente atestada pela fiscalização.

Sabe-se que são modalidades de **ordem bancária: crédito em conta corrente ou pagamento de fatura com código de barras**. Desta forma, não há que se falar em exclusão da possibilidade de realização de pagamento mediante ordem bancária do instrumento convocatório, tendo em vista o pagamento por meio de faturas se refere a uma das modalidades de ordem bancária.

Dito isto, não se vislumbra divergência ao estabelecido pela Anatel, permanecendo a redação original da cláusula décima segunda da minuta do contrato.

Também nesse particular não prospera a Impugnação da irresignada.

3.5. - Quesito 4 – Das multas abusivas

A requerente argumenta que o percentual das referidas sanções encontra-se desprovido de razoabilidade/proporcionalidade, razão pela qual requer sua redução para, no máximo, 10% (dez por cento) sobre o valor total do contrato.

A questão já foi amplamente debatida nas Decisões n.º 020.2014.CPL.898102.2013.42105, 021.2014.CPL.898103.2013.42105 e 028.2015.CPL.952942.2014.47448, v.g.

Tendo em vista que o dispositivo vergastado apresenta consonância à legislação de regência, a saber, os artigos 86 e 87 da Lei nº 8.666/93, não procedem os argumentos da Impugnante, haja vista que se insere no âmbito discricionário da Administração o estabelecimento da base de cálculo das multas sendo que, no instrumento convocatório, está previsto que a inexecução total ou parcial e a execução precária do contrato ensejará aplicação de penalidade, após o regular processo administrativo, observando, pois, as formalidades legais, especialmente do contraditório e da ampla defesa, visando, assim, prover a execução do contrato de maior garantia.

Observe-se que a lei remete ao ato convocatório ou ao contrato o tratamento devido, pelo que interessa ao deslinde da questão, à sanção de irregularidade e ao atraso injustificado no cumprimento do objeto. Assim, este Órgão tão somente se utilizou de sua prerrogativa para definir o percentual da multa que recairia sobre a empresa em caso de não execução do objeto, atraso na execução ou execução incorreta, conforme determina o artigo 86 da citada Lei.

Cumpra ainda realçar que, no exercício do seu mister sancionatório, a Administração deve pautar sua atuação perante o panorama constitucional, respeitando-se a legalidade estrita, a tipicidade, o devido processo legal, a proporcionalidade e a razoabilidade.

Desse modo, as multas, por respeito ao princípio da razoabilidade, não devem ser aplicadas de modo aleatório e desproporcional, tendo como fim específico resguardar o patrimônio público. A Administração Pública tem ao seu dispor as cláusulas exorbitantes, a fim de implementar a realização do interesse público fundamentado na eficiente prestação dos serviços por ela contratados.

Muito embora se compreenda o inconformismo da impugnante, entendo inexistir excesso na exigência contratual combatida. Observe-se que a Administração teve o cuidado de impor penalidades por descumprimento contratual com grau equivalente ao não cumprimento da obrigação, em homenagem, assim, ao princípio da proporcionalidade e razoabilidade. Assim, não há que se falar em penalidades excessivas, desproporcionais como alegado pela impugnante.

De outra sorte, é sabido que os serviços de telefonia são de suma importância para que o Ministério Público do Estado do Amazonas atinja seus objetivos institucionais, prestando devidamente um serviço de grande relevância para toda a sociedade, por isso seu caráter essencial, devendo, portanto, haver a continuidade do serviço, razão pela qual justifica-se o percentual da multa aplicada em razão de eventuais irregularidades praticadas pela Contratada.

Deve-se ressaltar que “as sanções previstas nos itens I, III e IV da Cláusula Décima Oitava poderão ser aplicadas juntamente com a do item II, facultada a defesa prévia do interessado, por escrito, no respectivo processo, no prazo de 5 (cinco) dias úteis, conforme minuta do Instrumento Contratual, parte integrante do Edital.

Além disso, o art. 58, incisos III e IV, da Lei 8.666/93, possibilita a fiscalização contratual e assegura a prerrogativa da Administração de aplicar sanções sempre que descumpridas as execuções contratuais, devidamente apurado.

Nesse pensamento, veja-se que os percentuais e a base de cálculo estabelecidos no instrumento convocatório em liça em nada extrapolam os critérios de razoabilidade e/ou proporcionalidade, já que usualmente usados pela Instituição.

Desta feita, não prospera a Impugnação da Interessada com relação a esse aspecto.

3.6 - Quesito 5 – Da responsabilidade pelo envio dos aparelhos às assistências técnicas.

A exigência editalícia em discussão está amparada em norma de defesa do consumidor, prevendo uma obrigação para a prestadora de serviços de telefonia móvel, qual seja, dar (em comodato) um outro aparelho com o mesmo número de acesso, de forma a não gerar interrupção do serviço, sem que isso acarrete qualquer ônus extra para a contratante.

Nesse mesmo sentido é a manifestação da área técnica, abaixo colacionado:

R. Entendemos que os aparelhos serão fornecidos em regime de comodata, cabendo a contratada, que é a proprietária do bem, a responsabilidade pelos trâmites e custos referentes ao acionamento e utilização dos serviços da assistência técnica.

Portanto, não prospera a Impugnação da Interessada com relação a esse aspecto.

3.7 - Quesito 6 – Do fornecimento de acessórios que deixaram de fazer parte dos kits dos fabricantes.

Em face de tal ponto, assim se manifestou a Área Técnica no PARECER N° 11.2023.SIET

R. O acessório carregador é essencial para o funcionamento seguro e contínuo dos *smartphones* devendo acompanhar o kit, porém o acessório fones de ouvido, **não é um item obrigatório**, sendo assim, se faz necessário a retificação do item 4.6 do Termo de Referência.

Nesse ponto, prospera a Impugnação da Interessada.

3.8 – Quesito 7 – Do envio de documentos fiscais em conjunto com as faturas

A atuação da Administração Pública é norteadada pelo princípio da legalidade, onde ao administrador só cabe agir em conformidade à Lei. No caso específico, o art. 54, XIII, da Lei n.º 8.666/93, obriga o contratado a 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. Logo, para a verificação destas condições, deve a empresa apresentar as respectivas certidões.

Logo, diante da exigência da Lei Licitatória, cabe ao contratado demonstrar à Administração Pública que permanece nas mesmas condições de sua habilitação exibidas durante o certame, de acordo com o posicionamento do TCU. Vejamos:

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 (REGULARIDADE FISCAL. DOU de 14.05.2008, S. 1, p. 80 - Item 9.3, TC-001.512/2006-2, Acórdão nº 837/2008 - TCU-Plenário). (g.n.)

Imputar à Administração Pública a sua obrigação de emissão de certidões de regularidade fiscal significa transferir a outrem, no caso o Poder Público, a obrigação que a Lei lhe determinou. Na verdade, quer o Interessado ser poupado desta tarefa como se fosse um ônus excessivo.

Deve entender o Impugnante que se trata de obrigação personalíssima, ou seja, não pode ser transferida para outrem. Assim, é dever do particular encaminhar junto à fatura a documentação comprobatória da regularidade fiscal. Em contrapartida, é dever da Administração Pública conferir e convalidar a respectiva documentação. Aí sim, o agente público terá sua fatia de participação nesse processo, qual seja, acessando então o SICAF para realizar a devida conferência das condições habilitatórias do contratado.

Na verdade, quer o Interessado transferir obrigação sua para o Poder Público, poupando-lhe tempo e imputando à Administração obrigação que é lhe devida, isto é, apresentar junto com a fatura sua regularidade fiscal. Sabe o particular que a supremacia do interesse público não pode amoldar-se ao interesse privado, como solicita a Impugnante.

Quanto a alegação de eventuais prejuízos ao meio ambiente, destaca-se que os documentos podem ser apresentados digitalmente, em meio eletrônico. Neste ponto, a cláusula décima segunda da minuta de contrato, integrante do Edital do certame, será retificada.

Logo, o texto adequado ao **Parágrafo primeiro** da **CLÁUSULA DÉCIMA SEGUNDA – DA LIQUIDAÇÃO E DO PAGAMENTO** seria:

Onde se lê:

Parágrafo primeiro. A CONTRATADA deverá apresentar, mensalmente, na sede da CONTRATANTE, em papel e meio eletrônico, para fins de liquidação e pagamento, com antecedência mínima de **15 (quinze) dias da data de vencimento**, fatura/nota fiscal dos serviços telefônicos prestados, acompanhada do Requerimento (mencionar o número do Contrato), das comprovações de regularidade junto à Seguridade Social (CND), ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (CRF), CNDT, e às Fazendas Federal, Estadual e Municipal.

Leia-se:

Parágrafo primeiro. A CONTRATADA deverá apresentar, mensalmente, na sede da CONTRATANTE, em papel e/ou meio eletrônico, para fins de liquidação e pagamento, com antecedência mínima de **15 (quinze) dias da data de vencimento**, fatura/nota fiscal dos serviços telefônicos prestados, acompanhada do Requerimento (mencionar o número do Contrato), das comprovações de regularidade junto à Seguridade Social (CND), ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (CRF), CNDT, e às Fazendas Federal, Estadual e Municipal.

Em suma, prospera a Impugnação quanto a esta última questão. Entretanto, por tratar de minuta contratual e não de especificações técnicas, não alteria, em tese, as propostas dos pretendentes licitantes. Não obstante, considerando a necessidade de retificação do objeto referente ao item 3.6, este ponto será alterado na minuta de contrato.

3.9 - Quesito 8 – Dos vícios para a planilha de formação de preços – falta de cotação de serviço

Sobre a observação de que a planilha de cotação de preços não traz valores relativos a serviço de caixa postal, o setor demandante esclarece que "o Termo de Referência não contempla o serviço de caixa postal, por isso não deve ser cobrado, caso haja interesse no fornecimento do mesmo, não poderá gerar ônus para a contratante."

Desse modo, não prospera o pedido aviado.

3.10 - Quesito 9 – Da ausência de definição acerca do roaming internacional.

Por meio do Parecer nº 10.2023.SIET.1017448.2022.002437, área técnica foi suficientemente clara ao afirmar:

R. Entendemos que conforme ao item 4.1.13 do Edital todas a linha devem vir bloqueadas para o serviço DDI, serviço será solicitado expressamente sob demanda, em caso de ativação, os custos praticados deverão ter preço de mercado. Devido uso extremamente esporádico não existe base de minutagem para o serviço.

Por essa razão, não merece provimento o pedido da Impugnante.

3.11. – Quesito 10 – Da responsabilidade pelos custos da manutenção dos aparelhos

Como já sabido pela Impugnante, visto que reforço o texto do item 5 das suas razões, os equipamentos possuem garantia de fábrica, sendo certo, portanto, que a manutenção dos aparelhos celulares é feita através das assistências técnicas ligadas aos fabricantes.

Desta maneira, diante do fornecimento dos equipamento em regime de comodato, é uma obrigação da Contratada o acionamento e utilização dos serviços de garantia, com os custos a eles inerentes.

O objetivo é evitar que o consumidor assumira todo o prejuízo decorrente de um evento inesperado e imprevisível: a quebra do telefone, sem que tenha contribuído com o dano ocorrido, visto que o ônus suportado integralmente pela contratante seria excessivo, o que, no caso, representaria desequilíbrio na relação contratual.

Sobre isso, assim se manifestou a área técnica:

R. Entendemos que os aparelhos serão fornecidos em regime de comodato, cabendo a contratada, que é a proprietária do bem, a responsabilidade pelos trâmites e custos referentes ao acionamento e utilização dos serviços da assistência técnica. Nos casos em que o dano no aparelho celular não for coberto pela garantia, a contratante realizará o ressarcimento mediante apresentação de laudo técnico emitido pela assistência técnica autorizada, conforme descrito no 4.2.4.

Por essa razão, não merece provimento o pedido da Impugnante.

3.12 – Quesito 11 – Do acesso aos sistemas da contratada após o encerramento do contrato.

O Edital do certame é categórico ao prever as alternativas postas à disposição da contratada para cumprimento de suas obrigações contratuais.

Dessa maneira, o item 4.5 do Termo de Referência Nº 2.2022.DTIC.0764166.2022.002437 assegura que *"não havendo possibilidade da manutenção do acesso às faturas após o encerramento do contrato, a CONTRATADA deverá comprometer-se a prestar quaisquer informações relativas às mesmas por Canal de Relacionamento com o cliente"*. Portanto, não há que se falar em alteração do edital.

Para não restar dúvidas, o setor técnico esclareceu:

R. Entendemos que no caso de não haver a possibilidade da manutenção do acesso *online* das faturas após o encerramento do contrato, a CONTRATADA deverá comprometer-se a prestar quaisquer informações relativas às mesmas por Canal de Relacionamento com o cliente, conforme o item 4.5.6 do edital.

Por essa razão, não merece provimento o pedido da Impugnante.

3.13 – Quesito 12 – Do prazo para atendimento do item 4.5.2 do termo de referência

As razões fundamentais da exigência fustigada já foram esclarecidas pela Comissão Permanente de Licitação deste Ministério Público em, no mínimo, 3 (três) ocasiões, bastando à interessada a análise dos motivos expostos nas **Decisões n.ºs 043.2015.CPL.1004484.2015.2682 e 042.2015.CPL.1004283.2015.2682, 008.2016.CPL.1088725.2016.5570 e 025.2016.CPL.1144195.2016.27110.**

Além disso, quanto ao prazo para atendimento, é uma discricionariedade da Administração estabelecer prazos toleráveis para atendimento das solicitações, já que a natureza das atividades exercidas por esta Instituição demanda este tipo de atuação.

Ademais, a área técnica ratificou o entendimento:

R. Entendemos que tal prazo estabelecido, é perfeitamente exequível a qualquer operadora;

Em resumo, não dou provimento ao pedido da Impugnante.

3.14 – Quesito 13 – Da tecnologia exigida incompatível com os serviços contratados

Enfrentando as razões trazidas pela Impugnante, o setor técnico desta Casa Ministerial destacou, *in litteris*:

R. Entendemos que para assegurar o funcionamento contínuo e ininterrupto do serviço de dados móvel, a contratada deverá fornecer a conexão com as tecnologias vigentes e de forma preferencial na mais moderna, como descrito nos itens 4.1.11 e 4.1.12 do Termo de Referência.

Por essa razão, não merece provimento o pedido da Impugnante.

Destarte, considerando o pronunciamento do Setor Técnico se fez pontual, em especial sobre o **item 6 do pedido da impugnante**, revela-se necessário a retificação do Termo de Referência e por consequência do instrumento convocatório. De igual maneira, será realizada a retificação do **Parágrafo primeiro da CLÁUSULA DÉCIMA SEGUNDA – DA LIQUIDAÇÃO E DO PAGAMENTO** da minuta, para afastar a exigência do envio das faturas em papel, facultando-se as Contratadas a apresentação dos documentos necessários para liquidação e pagamento no formato digital.

4. CONCLUSÃO

Em face do exposto, esta Comissão decide receber e conhecer do pedido de impugnação apresentado pelo **CLARO S.A.**, inscrita no CNPJ sob o n.º 40.432.544/0001-47, para, no mérito, **acolher o pedido de impugnação e reputar esclarecidas as demais objeções**, conforme discorrido na presente peça, ressaltando o atendimento aos princípios basilares do Direito Administrativo, quer sejam, *Princípios da Supremacia do Interesse Público e Indisponibilidade do Interesse Público.*

Entendendo que o teor da presente decisão e as modificações a serem implementadas afetam as condições dos instrumento convocatório e, conseqüentemente, a formulação de propostas por parte das empresas interessadas, conforme preleciona o artigo 21, § 4º, da Lei nº 8.666/93, haverá necessidade de prorrogação dos prazos do certame.

Pelo exposto, tendo em vista o **ACOLHIMENTO DA IMPUGNAÇÃO**, considerando, ainda, os termos da resposta do setor demandante, fica patente a necessidade de se operar a modificação do termo de referência e minuta do contrato, que resvala possivelmente na formulação e apresentação das propostas, assim, imprescindível se faz a **suspensão do certame e a consequente reabertura do prazo de divulgação do edital e fixação de nova data para a realização do Pregão Eletrônico**, nos termos do art. 21, § 4º, da Lei nº 8.666/93, a qual restará publicada nos meios usuais de publicidade utilizados por esta Comissão Permanente de Licitação.

Manaus, 05 de abril de 2023.

Cleiton da Silva Alves

*Presidente da Comissão Permanente de Licitação
Ato PGJ n.º 381/2022- DOMPE, Ed. 2495, de 23.11.2022*



Documento assinado eletronicamente por **Cleiton da Silva Alves, Presidente da Comissão Permanente de Licitação - CPL**, em 05/04/2023, às 16:55, conforme art. 1º, III, "b", da Lei 11.419/2006.



A autenticidade do documento pode ser conferida no link http://sei.mpam.mp.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0 informando o código verificador **1017355** e o código CRC **4340C8EB**.