

PREGÃO ELETRÔNICO Nº 007/2018 RESPOSTA A IMPUGNAÇÃO AO EDITAL

Nos termos do art. 18 do Decreto 5.450, de 31 de maio de 2005, as empresas **TELEFÔNICA BRASIL S/A** e **OI MÓVEL S.A (em Recuperação Judicial)**, apresentaram, tempestivamente, impugnações contra o ato convocatório do Pregão Eletrônico nº 007/2018, que tem por objeto a "Contratação de empresa especializada na prestação de serviços de telefonia, envolvendo Serviço Móvel Pessoal (SMP), a serem executados de forma contínua, conforme especificações e condições constantes no Edital PE007/2018 e seus anexos."

A – DAS RAZÕES DA IMPUGNAÇÃO

Insurge a impugnante **TELEFÔNICA BRASIL S/A** contra o instrumento convocatório, no que diz respeito a exigências técnicas de cobertura de rede, chamadas em espera, aplicação de descontos na planilha de preços e prazos para o cumprimento de atividades envolvendo o fornecimento de equipamentos e componentes, portabilidade numérica (se exigida), ativação dos acessos e prestação dos serviços, nos termos dos subitens 6.1 (a) e (c), 7.9 a 7.12, 8.1.8, 14.2 e 16.5, todos do Anexo 2 – Termo de Referência, do Edital do Pregão Eletrônico nº 007/2018.

Em suma, requer a **TELEFÔNICA BRASIL S/A** que "*sejam analisados os pontos detalhados na impugnação, com a correção necessária do ato convocatório*"

Também insurge contra o Edital a impugnante **OI MÓVEL S.A (em Recuperação Judicial)**, no tocante à permissão de participação de licitantes em regime de consórcio, à forma de comprovar a capacidade econômico-financeira do licitante, à exigência de apresentação mensal de certidões de regularidade fiscal e trabalhista, aos critérios de atualização monetária, juros e penalidade para a Contratante em caso de inadimplemento contratual, aos critérios de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, à previsão de multa abusiva ao Contratado pela inexecução do contrato, ao repasse de descontos pela Contratada, à exigência de indicação de marca/modelo/referência na proposta de preços, ao suporte para registro de ocorrências e falhas de funcionamento, ao modelo de fatura exigido, ao prazo de reparo das falhas apresentadas e à cobertura móvel, nos termos dos itens 4.2 (p), 7.2 e 11.3.4.4 do Edital PE007/2018, itens 5.2, 5.4, 6.1 e 10.1 do





Anexo Q – Minuta de Contrato, 5.2.1, 9.1 (d), (m), (w), (x), (y), 10.2, 10.3 e 11.4 do Anexo 2 – Termo de Referência do Edital do Pregão Eletrônico nº 007/2018.

Por fim, requer a **OI MÓVEL S.A (em Recuperação Judicial)** que *"julgue a presente Impugnação motivadamente, acolhendo-a e promovendo as alterações necessárias no Edital e demais documentos indigitados, e sua consequente republicação"*.

É o que importa relatar.

B – DOS FUNDAMENTOS

Todo procedimento licitatório para Estatais, seja Sociedade de Economia Mista ou Empresa Pública, deve ser processado e julgado em consonância com o art. 31 da Lei 13.303/16 – a Lei das Estatais, *in verbis*:

"As licitações realizadas e os contratos celebrados por empresas públicas e sociedades de economia mista destinam-se a assegurar a seleção da proposta mais vantajosa, inclusive no que se refere ao ciclo de vida do objeto, e a evitar operações em que se caracterize sobrepreço ou superfaturamento, devendo observar os princípios da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da eficiência, da probidade administrativa, da economicidade, do desenvolvimento nacional sustentável, da vinculação ao instrumento convocatório, da obtenção de competitividade e do julgamento objetivo."

Prezar pelo estrito cumprimento dos princípios legais é obrigação da Estatal, da mesma forma os licitantes devem observar as normas vigentes e as condições estabelecidas no ato convocatório.

Para que seja efetivada uma contratação, a Estatal necessita averiguar, de maneira objetiva, as condições de habilitação jurídica, qualificação técnica e econômico-financeira dos licitantes, além das demais exigências previstas em edital.

Em sua peça de impugnação ao Edital PE007/2018, o licitante **TELEFÔNICA BRASIL S/A** traz os seguintes pontos de questionamento:

a) Nas exigências contidas no item 8.1.8 do Anexo 2 – Termo de Referência, *"o dispositivo editalício aduz que a operadora contratada deverá garantir plena e regular execução da solução de SMP (Serviço Móvel Pessoal) nas dependências da entidade licitadora"*, entendendo que a requisição de potencial garantia de sinal de rede em cobertura indoor elou dedicada por meio do padrão de transmitância disposto ao local de cobertura de rede é uma operação virtualmente inexecuível. Alega a Impugnante que, conforme regulamentação da ANATEL, as operadoras do segmento de telefonia e internet móvel devem comportar garantia de



cobertura mínima em cerca de 80% por meio do padrão de transmissão em 2G, 3G ou 4G nas áreas urbanas dos municípios.

Em análise da área responsável pela elaboração do Termo de Referência, verificou-se que o entendimento do Impugnante está correto, uma vez que pelas regras da Anatel, a cobertura do serviço de telefonia móvel deve ser de pelo menos 80% da área urbana das sedes dos municípios, devendo, assim, **ACATAR** o indicado pelo Licitante.

b) Nas exigências do item 6.1 do Anexo 2 – Termo de Referência, consta que *"a contratada, dentre outras ferramentas/facilidades, deverá disponibilizar o serviço de chamada em espera/desvio de chamada"*. Porém, ainda segundo a Impugnante, *"esse serviço seria incompatível com o serviço gestão para bloqueio de chamadas também solicitado pela PBGÁS (...) sendo incabível a prestação dos dois serviços de forma conjunta por qualquer operadora"*. Por fim, requer que seja retificado o Edital para saneamento da falha encontrada.

Em análise da área responsável pela elaboração do Termo de Referência, verificou-se que o entendimento do Impugnante está correto, devendo **ACATAR** o pedido do licitante, no sentido de retirar o texto DESVIO DE CHAMADA; haja vista que a sua operacionalização se encontra proibida pela ANATEL.

c) Nas exigências do item 7 do Anexo 2 – Termo de Referência, trata-se do envio da proposta de preços. Especificamente nos subitens 7.9 a 7.12, a Impugnante afirma que Edital inclui *"previsão de indicação específica de desconto, em planilha de formação dos preços"*, alegando também que não resta *"claro se o percentual deve ser único para todos os itens ou se poderá ser indicado percentual diverso conforme cada espécie de ligação e facilidades que integram o objeto de disputa"*. Ressalta que o usual nesse tipo de licitação é *"apenas e tão-somente a oferta de preços unitários que, multiplicados pelo tráfego estimado, resultam em uma somatória final (...) o que atua, inclusive, em conformidade ao regramento da ANATEL acerca da tarifação dos planos básico e alternativo de serviços"*. Por fim, requer que *"seja retificado o conteúdo editalício, de modo que seja flexibilizada a necessidade de inclusão, em planilha de formação de preços, de coluna de percentual de desconto, formatando-se a disputa apenas pelo preço global resultante diretamente da oferta de cada licitante"*.

Do Anexo 2 – Termo de Referência, em seu item 7 e subitens, tem-se que:

7. DA PROPOSTA

7.1. A proponente deverá apresentar proposta de preço baseada em estimativa de tráfego, **conforme a planilha em Anexo a este Termo de Referência**, que objetivam auxiliar às licitantes na formulação das propostas, **com a indicação dos percentuais de desconto, para posterior análise da proposta mais vantajosa**. O perfil de tráfego foi extraído da média de consumo das últimas 12 faturas pagas para os mesmos serviços objeto deste Termo de Referência. Os números apresentados correspondem, portanto, à estimativa de consumo mensal.

(...)



7.3. A Planilha de Formação de Preços deste Termo de Referência deverá ser preenchida com os preços e descontos cotados, sendo os preços propostos e levados em consideração para efeito de julgamento de exclusiva e total responsabilidade do proponente.

(...)

7.9. A proponente, levando em conta o perfil de tráfego informado, poderá oferecer percentual de desconto sobre o valor das tarifas e preços dos serviços telefônicos contido no Plano Básico de Serviços ou no Plano Alternativo de Serviços, conforme disposto na Planilha de Formação de Preços.

7.10. A Planilha de Formação de Preços deverá estar preenchida com a denominação dos Planos de Serviços ofertados, se Básicos ou Alternativos, e com os preços constantes do respectivo Plano, com o Desconto ofertado em percentual (%) pela licitante, bem como deverá destacar separadamente as alíquotas dos impostos e contribuições sociais e parafiscais, quando aplicáveis.

7.11. A licitante vencedora deverá fazer constar da Planilha de Formação de Preços, quando do envio desta, a indicação expressa e clara, dos descontos concedidos para cada subitem/serviço que compõe o ITEM.

7.12. Será admitido percentual de desconto de valor igual a zero. Se a proposta que não indicar o percentual de desconto nos devidos campos, este será admitido como de valor zero.

(...)

7.14. Durante todo o período de vigência contratual, a CONTRATADA deverá faturar a prestação dos serviços utilizando-se dos valores unitários informados em sua proposta, resultantes da aplicação dos percentuais de desconto insertos na Planilha de Formação de Preços.

7.15. O(s) percentual(is) de desconto proposto(s) e levado(s) em consideração para efeito de pagamento será de exclusiva e total responsabilidade da licitante.

(grifos acrescidos)

O item **18.1** do Anexo 2 - Termo de Referência, traz modelo de Proposta de Preços para preenchimento das informações relativas aos valores ofertados pelos licitantes. O modelo enviado tem as seguintes características:



**ANEXO 2 - TERMO DE REFERÊNCIA
TABELA DE FORMAÇÃO DE PREÇOS (ESTIMATIVA)**

ITEM	DESCRIÇÃO	UNID.	QUANT. MENSAL (A)	VALOR UNITÁRIO (B)	VALOR TOTAL (AXBX12)
1	VC1 Móvel-Fixo	minuto	5000		

Em análise mais detida da tabela de formação de preços, e comparando-a com as exigências dispostas no item 7 e subitens, verifica-se claramente uma incompatibilidade entre os dois: não há indicação para o tipo de plano, se é Básico ou Alternativo, bem como não há possibilidade de indicação do percentual de



desconto. O modelo de proposta coaduna com o regramento da ANATEL acerca da tarifação do plano básico ou alternativo. Assim, **ASSISTE RAZÃO** à Impugnante, e modelo de Planilha de Preços, que acompanha o Termo de Referência, deve ser retificado.

d) Quanto ao prazo para o cumprimento de atividades envolvendo o fornecimento de equipamentos e componentes, portabilidade numérica, ativação dos acessos e prestação dos serviços, o Anexo 2 – Termo de Referência do Edital PE007/2018 traz as seguintes exigências:

6.1. Serviço de Telefonia Móvel Pessoal (SMP)

(...)

c. Quando e onde aplicável, considerar-se-á solicitado pela PBGÁS à CONTRATADA a facilidade de portabilidade numérica, devendo esta manter os números e/ou a(s) faixa(s) de numeração utilizadas pela Companhia, sem ônus para a PBGÁS, e independentemente da operadora do serviço a que esteja atualmente vinculado. A CONTRATADA deverá respeitar o **prazo de 3 (três) dias úteis estabelecido pela ANATEL** para a realização deste serviço, diligenciando para que a indisponibilidade do serviço que pode ocorrer durante o chamado período de transição, intervalo de tempo entre a desativação e ativação do código de acesso do usuário, seja de até 2 horas, em 99% dos casos, não podendo ultrapassar 24 horas, conforme estabelecido pelo Regulamento Geral de Portabilidade (RGP) da ANATEL.

(...)

14.2 O prazo máximo para início da execução dos serviços relativos ao presente Termo de Referência será de até 02 (dois) dias, contados da data da emissão da Autorização de Fornecimento (AF) emitida pela PBGÁS.

(...)

16. CONDIÇÕES GERAIS

16.5. As habilitações de estações móveis deverão ser realizadas conforme demanda da CONTRATANTE, mediante Autorização de Fornecimento (AF) ou documento eletrônico. A habilitação inicial após a data de assinatura do contrato deverá ser realizada no prazo máximo de 2 (dois) dias úteis, contados do recebimento da notificação. As habilitações subsequentes deverão ocorrer no prazo máximo de 1 (um) dia útil, contado do recebimento da notificação.

Alega a Impugnante que *"os prazos ali sustentados se revelam absolutamente INSUFICIENTES para que a solução afeta à entrega de materiais (chips, SIMCARDS), portabilidade numérica (se assim exigido), ativação de acessos e prestação dos serviços seja atendida por qualquer operadora, especialmente pelo fato de que a complexidade da operação poderá exigir um interregno maior para efetiva solução/conclusão"*, ressaltando que o cumprimento de trâmites e formalidades internas, além da possibilidade de



envolvimento de outra operadora, caso se pratique portabilidade dos números, pode comprometer o cumprimento dos prazos previstos no Edital. Solicita, então, a flexibilização no prazo do Edital, sugerindo *"a adoção do intervalo mínimo de 15 (quinze) dias ÚTEIS (contados da expedição e entrega da respectiva Ordem de Serviços – OS, superada a etapa de celebração do contrato)"*.

Em análise da área responsável pela elaboração do Termo de Referência, verificou-se que, conforme Resolução Nº 460/2007 da Anatel, o consumidor tem direito à portabilidade de seu número para outro plano de serviço ou outra prestadora, devendo a migração ocorrer em até 03 (três) dias úteis. Diante do exposto e do quantitativo de linhas, deve ser estabelecido o prazo máximo de **10 (dez) dias úteis** para que a migração seja finalizada. Assim sendo, **ACATA-SE PARCIALMENTE** o solicitado pela Impugnante, devendo haver retificação no Termo de Referência para adequação ao novo prazo sugerido.

Com relação à peça de impugnação ao Edital enviada pelo licitante **OI MÓVEL S.A (em Recuperação Judicial)**, tem-se os seguintes pontos a observar:

a) Quanto à participação de licitantes em regime de consórcio, alega a Impugnante que *"não há permissão no Edital com relação a participação de consórcio de empresas"*, afirmando que o item 4.2, alínea p) do Edital PE007/2018 vedaria a participação dessas empresas.

Ressalta a Impugnante que a vedação à participação de empresas em regime de consórcio *"fulmina diretamente a competitividade do certame"*, e, além disso, *"o próprio artigo 33 da Lei n.º 8666/93 permite expressamente a participação de empresas em consórcio"*.

O item 4.2, p) do Edital PE007/2018, questionado pela Impugnante, traz o seguinte:

4.2 - É vedada a participação na Licitação, individualmente de empresas coligadas, controladas, controladoras ou, direta ou indiretamente, sob controle comum. Igualmente é vedada a participação de empresas que, na data de sua abertura, apresentem quaisquer das seguintes situações:

(...)

p) De pessoa jurídica que participar de consórcio responsável pela elaboração do anteprojeto ou do projeto básico da Licitação;

Primeiramente, cabe lembrar à Impugnante que o Edital PE007/2018 é regido pela Lei 10.520/02 e pela Lei das Estatais, de número 13.303/16.

Isto posto, passando a analisar o texto editalício, verifica-se que o mesmo **não veda** a participação de empresas em regime de consórcio: é vedada, sim, a



participação de empresa que possa ter participado da elaboração do anteprojeto ou do projeto básico da Licitação, diretamente ou em regime de consórcio, conforme previsto no Art. 44, I e II, da Lei 13.303/16, transcrito a seguir:

Art. 44. É vedada a participação direta ou indireta nas licitações para obras e serviços de engenharia de que trata esta Lei:

I - de pessoa física ou jurídica que tenha elaborado o anteprojeto ou o projeto básico da licitação;

II - de pessoa jurídica que participar de consórcio responsável pela elaboração do anteprojeto ou do projeto básico da licitação;

O Edital nada traz a mais que a transcrição da Lei. Nesse ponto, entende-se que **NÃO ASSISTE** razão à Impugnante, pois é clara a possibilidade de participação de empresas em regime de consórcio, ressalvadas as vedações previstas em Lei.

b) Quanto à comprovação de Qualificação econômico-financeira, a Impugnante questiona a exigência apenas do patrimônio líquido como comprovação da qualificação econômico-financeira do licitante, alegando que o §2º do Art. 31 da Lei 8.666/93 traz outras formas de ser comprovada essa capacidade.

Para analisar o mérito da questão, traz-se aqui as exigências de Qualificação Econômico-financeira do Edital PE007/2018, que estão descritas em seu item 11.3.4 e subitens, dos quais vale a pena destacar:

11.3.4 - QUALIFICAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA

11.3.4.1 - Balanço Patrimonial e Demonstrações Contábeis do último exercício social, já exigíveis e apresentados na forma da lei, que comprovem a boa situação financeira do licitante, conforme disposto no **Anexo G - "Qualificação Econômico-Financeira"**, vedada a sua substituição por balancetes ou balanços provisórios, podendo ser atualizados pelo IGPM, "pro rata tempore", quando encerrados há mais de 03 (três) meses da data da apresentação da proposta apresentados na forma a seguir, conforme o caso:

(...)

11.3.4.4 - As empresas que apresentarem resultado igual ou menor do que 1 (um) em qualquer dos índices referidos no item 11.3.4.1 e Anexo G deverão apresentar comprovação que possui **patrimônio líquido** não inferior a 10% (dez por cento) do valor máximo estabelecido para a presente Contratação.

Mais uma vez, cabe aqui ressaltar à Impugnante que o presente processo não é regido pela Lei 8.666/93, e sim pela Lei 10.520/02 e Lei 13.303/16.

Tanto na Lei do Pregão (no inciso XIII do Art. 4º) quanto na Lei das Estatais (no inciso III do Art. 58), a definição utilizada pelo legislador, como

estabelecimento de critério de habilitação, foi a simples expressão de "capacidade econômico e financeira". Senão, vejamos:

Art. 4º A fase externa do pregão será iniciada com a convocação dos interessados e observará as seguintes regras:

(...)

XIII - a habilitação far-se-á com a verificação de que o licitante está em situação regular perante a Fazenda Nacional, a Seguridade Social e o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS, e as Fazendas Estaduais e Municipais, quando for o caso, com a comprovação de que atende às exigências do edital quanto à habilitação jurídica e qualificações técnica e **econômico-financeira**;

Lei 10.520/02

Art. 58. A habilitação será apreciada exclusivamente a partir dos seguintes parâmetros:

(...)

III - capacidade **econômica e financeira**;

Lei 13.303/16

Note-se que o legislador optou por permitir certa liberdade para que sejam definidos os critérios de avaliação econômica e financeira do licitante por parte da Estatal. Liberdade essa que será relativizada pelo objetivo maior da aferição da capacidade econômico-financeira do licitante, que é a de garantir o cumprimento das obrigações contratuais¹.

Para o presente certame, a exigência editalícia prevê que, caso o licitante não tenha condição de demonstrar a sua saúde financeira através de índices de Liquidez Geral, Liquidez Corrente e Solvência Geral, conforme solicitado e justificado no **Anexo G**, ele deve apresentar comprovação de que tem **patrimônio líquido** não inferior a 10% da contratação, conforme item 11.3.4.4.

A opção de se escolher o Patrimônio Líquido como indicador se dá por ele ser uma medida real e atual da saúde financeira da empresa, revelando-se dinâmico e fiel ao sucesso ou insucesso empresarial, pois varia de acordo com o resultado. Em sentido contrário, do Capital Social se trata apenas de uma cláusula obrigatória do

¹ BARCELÓS, Dawison e TORRES, Ronny Charles L. de. LICITAÇÕES E CONTRATOS NAS EMPRESAS ESTATAIS: RÉGIME LICITATÓRIO E CONTRATUAL DA LEI 13.303/2016. Salvador: Editora Juspodivm, 2018.

contrato social, sendo formal e estático, onde se dispõe as quotas de investimento de cada participante da sociedade, não servindo de parâmetro para avaliar saúde financeira de uma empresa.

Diante disso, **NÃO SERÁ ACATADA** a solicitação da Impugnante, sendo mantido o texto editalício sem modificações nesse item.

c) Quanto à necessidade do envio mensal de certidões de regularidade fiscal junto com os documentos de cobrança, conforme exigido no item 5.2 do Anexo Q – Minuta de Contrato, alega a Impugnante *"que tal obrigação não encontra guarida na Lei n.º 8.666/93"*, sendo, portanto, ilegal. Ressalta que *"certidões de regularidade fiscal/social/trabalhista possuem um período de vigência que ultrapassa o período mensal (30 dias)"*, e que seria atentar contra os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade a manutenção dessa cláusula contratual.

Conforme reza o Art. 69, IX, da Lei 13.303/16, a manutenção das condições de habilitação é obrigação do contratado e deve ser, necessariamente, cláusula contratual:

Art. 69. São cláusulas necessárias nos contratos disciplinados por esta Lei:

(...)

IX - a obrigação do contratado de manter, durante a execução do contrato, em compatibilidade com as obrigações por ele assumidas, **as condições de habilitação** e qualificação exigidas no curso do procedimento licitatório;

Ao exigir a comprovação da manutenção das condições de habilitação do contratado durante a execução contratual, a Estatal está apenas cumprindo o que a Lei exige e determina. Assim, não há que se questionar a conduta prevista no Edital.

A Lei 8.666/93 realmente prevê, em seu Art. 29, a exigência de documentação de habilitação referente a regularidade fiscal e trabalhista. Porém, esse regramento não se aplica mais às Estatais. Para essas, a Lei 13.303/16 traz uma outra série de documentos, cujas exigências de habilitação referem-se apenas e exclusivamente a:

Art. 58. A habilitação será apreciada exclusivamente a partir dos seguintes parâmetros:

I - exigência da apresentação de documentos aptos a comprovar a possibilidade da aquisição de direitos e da contração de obrigações por parte do licitante;

II - qualificação técnica, restrita a parcelas do objeto técnica ou economicamente relevantes, de acordo com parâmetros estabelecidos de forma expressa no instrumento convocatório;

III - capacidade econômica e financeira;



IV - recolhimento de quantia a título de adiantamento, tratando-se de licitações em que se utilizê como critério de julgamento a maior oferta de preço.

Como é possível observar, não há exigência de documentos referentes a regularidade fiscal e trabalhista como critério de habilitação na Lei das Estatais.

Entretanto, a exigência de apresentação do Certificado de Regularidade do FGTS, fornecido pela Caixa Econômica Federal é obrigatória para habilitação em licitação promovida por órgão da Administração Federal, Estadual e Municipal, direta, indireta ou fundacional ou por entidade controlada direta ou indiretamente pela União, Estado e Município, conforme Art. 27, a), da Lei 8.036/90. Também não poderão celebrar contratos de prestação de serviços ou realizar transação comercial de compra e venda com qualquer órgão da administração direta, indireta, autárquica e fundacional, bem como participar de concorrência pública as pessoas jurídicas em débito com o FGTS, conforme Art. 2º da Lei 9.012/95.

Já o §3º do Art. 195 da Constituição Federal brasileira prevê que a pessoa jurídica em débito com o sistema da seguridade social, como estabelecido em lei, não poderá contratar com o Poder Público nem dele receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios.

Assim, deve-se manter obrigatória a exigência de apresentação apenas de documentação de habilitação relativa à regularidade perante a Seguridade Social e FGTS em todas as contratações realizadas pelas Estatais, além das demais previstas na Lei 13.303/16, permanecendo também a exigência de manutenção das condições de habilitação durante toda a execução contratual.

d) No tocante à previsão de atualização monetária, juros e penalidades, em caso de inadimplemento por parte da PBGÁS, prevista no item 5.4 do Anexo Q – Minuta de Contrato – requer a impugnante que seja alterado o Edital, no sentido de incluir as seguintes penalidades, em caso de inadimplemento contratual:

- a) Multa de 2% sobre o valor devido;
- b) Juros de mora de 1% a.m.; e
- c) correção monetária pelo IGP-DI."

A esse respeito, informamos que o Edital PE007/2018 está de acordo com o que é praticado e equalizado em todos os contratos da PBGÁS. Por esse motivo, fica **INDEFERIDA** a solicitação da Impugnante.



e) Quanto ao reajuste contratual, alega a impugnante que o "item 6.1 da Cláusula Sexta da Minuta do Contrato trata da impossibilidade de reajuste do valor contratado", contradizendo o Anexo 2 – Termo de Referência, em seu item 12.1. Ressalta a Impugnante que a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos é premissa legal, determinada pelo Art. 37, XXI, da Constituição Federal, sendo assim necessária reforma do Edital para previsão do reajuste contratual.

No Anexo Q – Minuta de Contrato, a cláusula sexta reata de reajuste, estando descrito da seguinte forma:

CLÁUSULA SEXTA – REAJUSTE

6.1 – Os preços contratados serão fixos e irremovíveis.

Nesse ponto, **ASSISTE RAZÃO** à Impugnante, sendo então ACATADA a solicitação de inclusão de cláusula de reajuste. Nesse sentido, a **CLÁUSULA SEXTA – REAJUSTE** do Anexo Q – MINUTA DE CONTRATO deverá ficar com a seguinte redação:

CLÁUSULA SEXTA – REAJUSTE

6.1 – Os preços contratados serão fixos e irremovíveis pelo período de 12 (doze) meses, contados a partir da data limite para apresentação da proposta, após o que serão reajustados conforme o caso, de acordo com a seguinte fórmula:

$$R = \left(\frac{P_i - P_o}{P_o} \right) V$$

Em cuja fórmula:

R = Valor do reajuste;

i = Décimo segundo mês após a data limite para apresentação da proposta (data base informada no item 3.1), ou, conforme o caso, vigésimo quarto mês, ou trigésimo sexto mês e assim por diante, após a mencionada data, nos contratos de maior prazo;

o = Mês da data limite para apresentação da proposta;

V = Valor de pagamento dos itens de serviço ou da etapa, a preços iniciais;

e cujo índice publicado pelo site <http://portalibre.fgv.br/> ou a revista Conjuntura Econômica da Fundação Getúlio Vargas, válidos para cada mês indicado acima, é:

P = Índice Geral de Preços – Disponibilidade Interna (IGP-DI)

6.2 - Caso o índice de reajuste publicado pelo site <http://portalibre.fgv.br/> ou a revista Conjuntura Econômica da Fundação Getúlio Vargas não esteja disponível, por não ter sido publicado até a data do faturamento, será utilizado para o cálculo do reajuste o índice anterior disponível, ficando a diferença de reajuste a ser paga ou restituída junto com o primeiro pagamento após a mencionada publicação.



6.3 - Os preços contratuais não serão reajustados em caso de atrasos verificados e não justificados por parte do CONTRATADO que influenciem no prazo contratual dos serviços, ou cujas justificativas não forem aceitas pela PBGÁS.

6.4 - Caso ocorra a prorrogação ou a antecipação do prazo de conclusão de algum serviço, de um período para outro, a contar da data limite para apresentação da proposta, devidamente autorizadas pela PBGÁS, prevalecerão os índices vigentes no período de sua efetiva conclusão.

f) Quanto à previsão de penalidades no Edital, delineadas na CLÁUSULA DÉCIMA do **Anexo Q – MINUTA DO CONTRATO**, alega a Impugnante que as exigências contidas no item 10.1, especificamente a multa de 10% (dez por cento) por descumprimento contratual, é de notória ilegalidade, *estando "em desacordo com a realidade fática e com a legislação vigente"*, ferindo assim os princípios da razoabilidade e da legalidade. Por esse motivo, requer a Impugnante a reforma da cláusula contratual de modo a enquadrar-se à realidade do setor, sugerindo o percentual de 2% (dois por cento) sobre o valor mensal da fatura em qualquer situação.

Empresas fornecedoras de serviços para Administração Pública e entes a ela coligados surpreendem-se com a aplicação de penalidades moratórias e compensatórias de grande monta, que de acordo com a extensão e percentual dispostos no contrato podem gerar certa insegurança e risco financeiro para o prestador de serviço em relação à execução do contrato. A supremacia do interesse público tem o condão de reprimir condutas lesivas à Administração e desestimular a inexecução contratual, bem como, tem caráter compensatório em razão de possíveis perdas e danos diretos.

A Lei 13.303/16, nos artigos 82, 83 e 84 possibilita a prerrogativa das Estatais de aplicar sanções, sempre que observadas inexecuções contratuais. Contudo, quando se trata de multas pecuniárias, não há previsão de índices específicos e limitação das penalidades, o que enseja a imposição unilateral de tais cláusulas contratuais pela Estatal, muitas vezes em dissonância com os direitos patrimoniais do particular na celebração do contrato.

As penalidades admitidas em contratos podem ser do tipo moratória ou compensatória, onde a primeira é devida em caso de inadimplemento contratual por atraso no cumprimento das obrigações contratuais, e a segunda relativa ao inadimplemento capaz de gerar rescisão parcial ou total do contrato. O art. 412 do Código Civil reza que o valor da cominação imposta na cláusula penal não pode exceder o da obrigação legal. É importante ressaltar aqui que o entendimento jurídico é de que a cláusula penal deve ser compreendida como penalidade compensatória, que decorre de inadimplemento insuportável passível de rescisão contratual (parcial ou total), sendo o seu limitador a obrigação contratual.



A fundamentação do impugnante relativa à penalidade estipulada na minuta de contrato não encontra respaldo na Lei das Estatais, nem na Lei de Usura (Decreto n.º 22.626, de 07/04/1933), cuja principal preocupação é não gerar ônus excessivo e consequente desequilíbrio do contrato para o Prestador do Serviço em simples mora (atraso). No item questionado pela Impugnante, observa-se exatamente o caráter compensatório das sanções.

Nesse ponto, vale ressaltar que o limite das multas seria de 10% (dez por cento) do valor do contrato. Contratos Administrativos ou Estatais, como espécies de contratos de adesão, mostram ao contratante todas as condições que devem ser cumpridas, não cabendo alegar, principalmente nos itens questionados, qualquer desproporcionalidade, uma vez que tais itens tratam, justamente, de pontos de fraude, inadimplemento ou inexecução parcial ou total do contrato. Assim, fica **INDEFERIDA** a solicitação da Impugnante.

g) Quanto à previsão de repasse de descontos, prevista no item 9.1, y), do Anexo 2 – Termo de Referência, entende a Impugnante que *"as exigências editalícias assim dispostas estabelecem obrigação demasiadamente onerosa ao Contratado, desalinhando, assim, o equilíbrio econômico-financeiro do contrato"*, sugerindo adequação do texto do Edital, com a inclusão da expressão *"A CONTRATADA assegurará à CONTRATANTE o repasse dos descontos porventura disponibilizados ao mercado, para clientes de perfil e porte similar ao da CONTRATANTE, mediante solicitação expressa desta, sempre que esses forem mais vantajosos do que o Plano de Serviços constante deste contrato, desde que devidamente homologados pela ANATEL."*

O Anexo 2 – Termo de Referência, em seu item 9, traz as obrigações do contratado. Dentre elas, destaca-se aqui a alínea y) do item 9.1, questionada pela Impugnante:

9. OBRIGAÇÕES DO CONTRATADO

9.1. Para todos os itens:

(...)

y. Repassar à CONTRATANTE, durante a vigência do contrato, todas as vantagens e descontos nas tarifas por ela oferecidos no mercado para o plano de serviços utilizado como referência em sua proposta, sempre que esses forem mais vantajosos do que os constantes no instrumento contratual.

Em análise da área responsável pela elaboração do Termo de Referência, verificou-se que o entendimento do Impugnante está correto, sendo sugerido retificar o Edital, e assim, **ACATAR** o indicado pelo Licitante.

h) Sobre a indicação de uma única marca, modelo e referência para o item no Edital, a Impugnante questiona o disposto no item 7.2, a), do Edital, alegando que *"a dificuldade da operadora em demonstrar toda a sua solução fim a fim, (marca) bem como modelos e/ou referência do mesmo, antes mesmo da abertura das O.S"* impossibilita o atendimento à exigência editalícia. Solicita, por fim, *"que seja permitido por parte da contratada após a abertura da O.S todas as especificações como marca e modelo dos equipamentos"*.

O Edital PE007/2018, em seu **Item 7 – PROPOSTA DE PREÇOS**, traz as exigências e formalidades para apresentação das propostas por parte dos licitantes. A Impugnante questionou, especificamente, o item 7.2, transcrito a seguir:

7. ENVIO DAS PROPOSTAS DE PREÇOS

(...)

7.2 - A proposta de preços deverá ser encaminhada ao sistema, sem identificação, com as seguintes exigências:

a) Indicação de uma única **MARCA, MODELO E REFERÊNCIA** para o item, que, bem identifique o produto, ficando esta vinculada ao processo, e em caso de omissão, ficará o proponente sujeito à desclassificação;

O questionamento encaminhado pela Impugnante já havia sido respondido em sede de pedido de Esclarecimentos, através da Circular 002. O teor da resposta foi o seguinte:

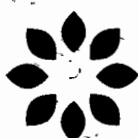
Por se tratar de prestação de serviços, o item **7.2 a)** do Edital deve ser **DESCONSIDERADO**. Inclusive, sequer há campo para preenchimento com marca/modelo/referência no sistema Comprasnet.

No mesmo sentido, também devem ser **DESCONSIDERADOS** os itens **10.4** e **10.10**, que tratam de equalização de tarifas de ICMS e Diferencial de Alíquota, não aplicáveis ao objeto da licitação por se tratar de prestação de serviços.

10.4 - Para as empresas com sede fora do Estado da Paraíba, em obediência ao que preceitua o Decreto Estadual nº 20.210/98, o qual observa o princípio constitucional da isonomia, **será acrescido em sua proposta de preço a diferença da alíquota do ICMS**. Neste caso, o LICITANTE deverá informar, em sua proposta, a alíquota do ICMS em vigor no seu Estado.

(...)

10.10 - O PRÉGOEIRO excluirá, no preço proposto pelo licitante, **a diferença do ICMS, caso este seja estabelecido em outro Estado (Decreto 20.210 de 22/12/98)**; neste caso, o licitante deverá informar, em sua proposta, a alíquota do ICMS em vigor no seu Estado. Em caso de empate, será decidido exclusivamente por sorteio, na mesma sessão de julgamento.



i) Sobre o atendimento diferenciado, constante na alínea d) do item 9.1 do Anexo 2 – Termo de Referência, a Impugnante questiona as exigências do Edital, especificamente em relação a "disponibilização à CONTRATANTE um atendimento diferenciado por meio de consultoria especializada, excluindo a disponibilização de central de atendimento estilo "SAC ou call center geral", solicitando que "que a abertura de chamado em caso de falhas e registro de ocorrências com disponibilização de número do protocolo de atendimento será feito via 0800 e qualquer dúvida contratada será acionada pelo gerente ou executivo de atenção responsável por atender o cliente".

O Anexo 2 – Termo de Referência, em seu item 9, traz as obrigações do contratado. Dentre elas, destaca-se aqui a alínea d) do item 9.1, questionada pela Impugnante:

9.1. Para todos os itens:

(...)

d. Disponibilizar suporte técnico via ligação telefônica local ou gratuita, sem ônus para a CONTRATANTE, para contato e registro de ocorrências sobre o funcionamento do serviço contratado, com funcionamento 24 (vinte e quatro) horas por dia e 7 (sete) dias por semana, disponibilizando à CONTRATANTE um atendimento diferenciado por meio de consultoria especializada, excluindo a disponibilização de central de atendimento estilo "SAC ou call center geral".

O questionamento encaminhado pela Impugnante também já havia sido respondido em sede de pedido de Esclarecimentos, através da mesma Circular 002. O teor da resposta foi o seguinte:

Será **ACATADA** a solicitação do licitante. Portanto, a redação do item 9.1 "d" do Anexo 2 – Termo de Referência, ficará a seguinte:

d: Disponibilizar suporte técnico via ligação telefônica local ou gratuita, sem ônus para a CONTRATANTE, para contato e registro de ocorrências sobre o funcionamento do serviço contratado, com funcionamento 24 (vinte e quatro) horas por dia e 7 (sete) dias por semana, sendo abertura do chamado ser feita via SAC ou Call Center, e para as dúvidas remanescentes deverá ser acionado o gerente ou executivo responsável por atender a PBGÁS.

j) Sobre o modelo de fatura a ser encaminhado pela Contratada, a Impugnante alega haver divergência entre os itens 9.1 "m" e 11.4 do Anexo 2 – Termo de Referência, ao tratar da forma de apresentação da fatura mensal com detalhamento dos serviços prestados. Além disso, alega que a forma de entrega – física e eletrônica – pode trazer complicações e impactos operacionais à empresa vencedora. Solicita, por fim, a alteração do texto editalício, no sentido de acatar a entrega de fatura "em papel OU em arquivo eletrônico".



O **Anexo 2 – Termo de Referência**, em seu item 9, traz as obrigações do contratado. Dentre elas, destaca-se aqui a alínea m) do item 9.1, questionada pela Impugnante:

9.1. Para todos os itens:

(...)

m: Apresentar, mensal e sem ônus à CONTRATADA, juntamente com a Nota Fiscal, detalhamento dos serviços prestados, tanto em papel quanto em arquivo eletrônico compatível com Microsoft Office Excel ou OpenOffice Calc ou, sob demanda, em arquivo de texto no formato TXT, no padrão FEBRABAN (versão 2 ou superior, conforme www.febraban.org.br), incluindo detalhes das chamadas (número chamado e chamador, duração, data e hora da chamada, outros) e valor do serviço, que deverá conter todos os tributos, encargos e descontos, conforme preços contratados no processo licitatório.

Já o item 11 do **Anexo 2 – Termo de Referência** trata de um Acordo de Nível de Serviços e Sanções Administrativas, sendo dispostas no subitem 11.4 as ocorrências e pontuações a serem registradas, conforme desempenho do contratado.

11. NÍVEIS DE SERVIÇO E SANÇÕES ADMINISTRATIVAS

(...)

11.4. Todas as ocorrências serão registradas pela CONTRATANTE, que notificará a CONTRATADA, atribuindo pontos para as ocorrências segundo a tabela abaixo:

Ocorrências	Pontos
(...)	(...)
Não apresentar corretamente a Nota Fiscal dos serviços prestados no mês, tanto em papel quanto em arquivo eletrônico, incluindo detalhamento das chamadas e valor total do serviço, que deverão conter todos os tributos, encargos e descontos, conforme preços contratados no processo licitatório	0,3

O questionamento encaminhado pela Impugnante também já havia sido respondido em sede de pedido de Esclarecimentos, através da mesma Circular 002. O teor da resposta foi o seguinte:

Será **ACATADA** a solicitação do licitante. O texto editalício deverá ser modificado, no sentido de aceitar que a entrega da fatura **seja feita em papel OU em arquivo eletrônico**.

k) Sobre o prazo para atendimento e reparo, a Impugnante alega que os prazos exigidos nos itens 9.1 "w" e "x" do Anexo 2 – Termo de Referência podem não ser suficientes para atendimento de todos os tipos de ocorrência. Saliencia que *"existem diversas causas para estes reparos e que dependendo da gravidade não há como garantir a devida solução neste prazo especificado, uma vez que há o eventual*



envolvimento de equipes de operação e manutenção, técnicos de campo, entre outros". Solicita, então, que "em caso de necessidade de reparo, os prazos máximos estabelecidos para solução sejam os especificados seja de até 48 h para solução total da falha."

O **Anexo 2 – Termo de Referência**, em seu item 9, traz as obrigações do contratado. Dentre elas, destaca-se aqui a alínea w) e x) do item 9.1, questionada pela Impugnante:

9.1. Para todos os itens:

(...)

w. Atender prontamente às solicitações da CONTRATANTE, corrigindo, no prazo máximo de 02 (duas) horas, após ser notificada, qualquer tipo de ocorrência que cause a interrupção total na prestação dos serviços ou degradação na qualidade da comunicação que impeça sua utilização.

x. Atender às solicitações da CONTRATANTE, corrigindo, no prazo máximo de 06 (seis) horas, após notificada, todas as falhas não compreendidas pelo item anterior, ou seja, que não impliquem a interrupção total na prestação dos serviços ou degradação na qualidade da comunicação que impeça sua utilização.

O questionamento encaminhado pela Impugnante também já havia sido respondido em sede de pedido de Esclarecimentos, através da mesma Circular 002. A área técnica responsável pela elaboração do Termo de Referência foi taxativa, no sentido de manter o texto original, haja vista que a modificação sugerida pela Impugnante implicaria em possíveis prejuízos ao atendimento do 0800, principalmente em horário de emergência. (finais de semana e feriados). Assim, **NÃO SERÁ ACATADA** a solicitação da Impugnante.

I) Sobre a COBERTURA MÓVEL, a Impugnante questiona entendimento do item 5.2.1 do Anexo 2 – Termo de Referência, alegando que localidades já possuem a tecnologia de cobertura móvel, porém não é disponível a cobertura 4G em sua totalidade. Questiona, ao final, se é correto o entendimento de que "a cobertura de atendimento poderá ser de acordo com a disponibilidade 4G, 3G ou 2G".

O questionamento encaminhado pela Impugnante também já havia sido respondido em sede de pedido de Esclarecimentos, através da mesma Circular 002.

O entendimento **ESTÁ CORRETO**, uma vez que pelas regras da Anatel, a cobertura do serviço de telefonia móvel deve ser de pelo menos 80% da área urbana das sedes dos municípios.



D – DA DECISÃO

Considerando o exposto acima, este Pregoeiro, ao analisar as impugnações encaminhadas, entendeu que:

ASSISTE RAZÃO ao Impugnante **TELEFÔNICA BRASIL S/A** nos pontos a), b) c) e d) de sua peça de Impugnação, devendo o Termo de Referência e o Edital ser modificados, conforme julgamentos de apreciação individual de cada item, já exarados nessa resposta à Impugnação.

ASSISTE RAZÃO ao Impugnante **OI MÓVEL S.A (em Recuperação Judicial)** nos pontos e), g), h), i), j) e l) de sua peça de Impugnação, devendo o Termo de Referência e o Edital ser modificados, conforme julgamentos de apreciação individual de cada item, já exarados nessa resposta à Impugnação.

NÃO ASSISTE RAZÃO ao Impugnante **OI MÓVEL S.A (em Recuperação Judicial)** nos pontos a), b), c), d), f) e k) de sua peça de Impugnação.

Considerando que as alterações implicam, necessariamente, em mudança no Termo de Referência, o que irá alterar a formulação da proposta de preços, esse Pregoeiro sugere a anulação do presente processo, nos termos do Art. 62 da Lei 13/303/16 C/C Art. 29 do Dec. 5.450/05.

Esse é o entendimento, salvo melhor juízo.

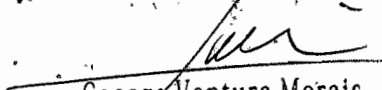
João Pessoa, 11 de setembro de 2018:

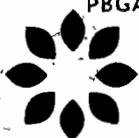
*Ao senhor pregoeiro,
declaro anulado o presente processo
licitatório, em harmonia com o posiciona-
mento manifestado na resposta às impugna-
ções ao edital, desde já incorporando todos
os seus fundamentos a esta decisão. Comu-
nique-se os interessados.*

Em 11/09/18,


Severino Augusto Barros Sousa

Pregoeiro


George Ventura Morais
Diretor Presidente
PBGÁS



PBGÁS
COMPANHIA PARAIBANA DE GÁS.