

PREGÃO ELETRÔNICO Nº 009/2018
RESPOSTA A IMPUGNAÇÃO AO EDITAL

Nos termos do art. 18 do Decreto 5.450, de 31 de maio de 2005, a empresa **BR27 SERVIÇOS DE TECNOLOGIA LTDA** apresentou, tempestivamente, impugnações contra o ato convocatório do Pregão Eletrônico nº 009/2018, que tem por objeto "REGISTRO DE PREÇOS para Contratação de links de transporte de dados e links de acesso à Internet, em conformidade com as descrições técnicas e exigências estabelecidas no **Anexo 2 – Termo de Referência.**"

A – DAS RAZÕES DA IMPUGNAÇÃO

Insurge a impugnante **BR27 SERVIÇOS DE TECNOLOGIA LTDA** contra o instrumento convocatório, no que diz respeito à vinculação subsidiária à Lei 8.666/93, da exigência de comprovações financeiras e do prazo de instalação, nos termos do preâmbulo, dos itens 10.3.4.4 e 11.1 do EDITAL, e do item 5.9.3 do ANEXO 2 – Termo de Referência, do Edital do Pregão Eletrônico nº 009/2018.

Em suma, requer a **BR27 SERVIÇOS DE TECNOLOGIA LTDA** que seja analisada a Impugnação encaminhada, sendo promovidas as "*alterações necessárias em razão dos vícios apresentados*" e, caso não sejam acatadas as solicitações, que o processo seja remetido à "*Autoridade Superior para os devidos fins*".

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 PBGÁS necessita averiguar, de maneira objetiva, as condições de habilitação jurídica, qualificação técnica e econômico-financeira dos licitantes, além das demais exigências previstas em edital, de forma a se buscar a oferta mais vantajosa que atenda a todas as premissas do Termo de Referência.

Em sua peça de impugnação ao Edital, o licitante **BR27 SERVIÇOS DE TECNOLOGIA LTDA** inicia seus argumentos afirmando que o Edital "*apresenta erros que comprometem o carácter competitivo da licitação ou impões exigências ilegais*", e traz à baila a necessidade de vinculação do instrumento convocatório à Lei 8.666/93.

Na sua ótica, é errônea a fundamentação legal do Edital, que se rege pela Lei 10.520/02 (Lei do Pregão), e tem aplicação subsidiária da Lei 13.303/16 (Lei das Estatais). Nas palavras da Impugnante, a "*Lei 13.303/2016 não regulou toda a matéria relativa a licitações para sociedades de economia mista*", e também que, "*tendo em vista o digníssimo pregoeiro em julgamento de impugnações anteriores ter alegado que para licitações da PBGÁS 'não há aplicação das disposições da Lei 8.666/93', o mesmo não assiste de razão, ainda que a PBGÁS, no preâmbulo do Edital, tenha convenientemente omitido a vinculação à Lei 8.666/1993*".

Ora, não é por conveniência que a Lei 8.666/93 não é citada no preâmbulo do Edital, nem tem aplicação subsidiária a esse instrumento: A PBGÁS é uma empresa de economia mista, e desde 30 de junho de 2016 é obrigada a seguir o **ESTATUTO JURÍDICO DA EMPRESA PÚBLICA, DA SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA E DE SUAS SUBSIDIÁRIAS**, também conhecido Lei das Estatais, qual seja, a Lei nº 13.303/16.

Em seu Artigo 1º, a seguir colacionado, temos que:

Lei 13.303/16

Art. 1º. Esta Lei dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, **da sociedade de economia mista** e de suas subsidiárias, abrangendo toda e qualquer empresa pública e sociedade de economia mista da União, **dos Estados**, do Distrito Federal e dos Municípios que explore atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, ainda que a atividade econômica esteja sujeita ao regime de monopólio da União ou seja de prestação de serviços públicos.

Já em seu Art. 28, a Lei das Estatais trata da exigência de licitação, conforme o seguinte:

Art. 28. Os contratos com terceiros destinados à prestação de serviços às empresas públicas e às **sociedades de economia mista**, inclusive de engenharia e de publicidade, à aquisição e à locação de bens, à alienação de bens e ativos integrantes do respectivo patrimônio ou à execução de obras a serem integradas a esse patrimônio, bem como à implementação de ônus real sobre tais bens, **serão precedidos de licitação nos termos desta Lei.**

Com um mínimo de esforço, seria muito simples para a Impugnante perceber que a PBGÁS não está mais submetida à Lei Geral de Licitações, a Lei 8.666/93, e sim, ao novo regime jurídico das estatais. Dessa forma, seus editais devem, necessariamente, ter aplicação da Lei 13.303/16, seja de forma direta ou de forma subsidiária, no caso de processo na modalidade Pregão, que tem regência própria, através da Lei 10.520/02.

Em que pese o esforço da Impugnante, de buscar incansavelmente fundamentos legais (sic) de que a PBGÁS está ainda sujeita à aplicação da Lei 8.666/93, ao afirmar que *"para que a PBGÁS não se sujeitasse ao estabelecido na Lei 8.666/1993 e apenas aos dispositivos que elencou no Edital, seria necessário que a Lei 13.303/2016 houvesse expressamente revogado a Lei 8.666/93, o que não ocorreu"*. Na realidade, a Lei das Estatais não revogou a Lei de Licitações: ela apenas passou a regular as licitações realizadas por empresas públicas e sociedades de economia mista, como é o caso da PBGÁS.

Um pouco mais de atenção ao texto legal e ao preâmbulo do Edital teria poupado tanto esforço da Impugnante, ao tentar atribuir e vincular, erroneamente, uma legislação geral a um ente que tem uma legislação específica. Assim, **NÃO PROSPERA** a alegação inicial da BR27 LTDA.

A Impugnante também traz a alegação de que o Edital traz *"exigência de comprovações financeiras além do permitido legalmente"*, citando que os itens 10.3.4.4 e 11.1 do instrumento convocatório iriam de encontro ao exigido no Art. 31 da Lei 8.666/93.

Não é mais necessário discorrer sobre a não aplicabilidade da Lei 8.666/93 à presente licitação, pois já ficou bem claro que essa legislação não é mais aplicável à PBGÁS. Mas vejamos os itens do Edital questionados pela Impugnante:

10 - DOCUMENTOS DE HABILITAÇÃO

10.3.4 - QUALIFICAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA

10.3.4.4 - As empresas que apresentarem resultado igual ou menor do que 1 (um) em qualquer dos índices referidos no item 10.3.4.1 e Anexo G deverão apresentar comprovação que possui patrimônio líquido não inferior a 10% (dez por cento) do valor máximo estabelecido para a contratação.

TERMO DE REFERÊNCIA – ANEXO 2

11. DA GARANTIA DE EXECUÇÃO

11.1 Será exigida a prestação de garantia pelo CONTRATADO, como condição para a celebração do contrato, no percentual de 5% (cinco por cento) do valor total do contrato.

Talvez a Impugnante esteja confusa ou não compreenda que se trata, nos dois itens citados, de momentos e situações distintas: habilitação e contratação.

No primeiro, o item 10.3.4.4 do Edital, se encontra na parte de habilitação e qualificação econômico-financeira, onde se exige comprovação – através de índices contábeis e financeiros – que demonstrem a saúde econômica da empresa licitante. Caso algum índice se apresente em valores inferiores ao estabelecido no Edital, admite-se a apresentação de Patrimônio Líquido como comprovação de qualificação econômico-financeira.

No segundo, o item 11.1 do Anexo 2 – Termo de Referência, trata da garantia de execução do contrato. Também previsto em Lei, para ser exigido apenas quando da celebração do contrato. Tanto que na Circular 003, houve esclarecimento referente a esse item, onde ficou bem claro que a Minuta de Contrato, em sua cláusula oitava, também teria retificação, colacionada abaixo, para melhor visualização:

PREGÃO ELETRÔNICO Nº 009/2018

CIRCULAR Nº 003

ANEXO Q – Minuta de Contrato

(...)

CLÁUSULA OITAVA – GARANTIA DE CUMPRIMENTO DAS OBRIGAÇÕES CONTRATUAIS

8.1 – O CONTRATADO deverá apresentar, no prazo máximo de 10 (dez) dias úteis, contados a partir da data da Assinatura do Contrato, a Garantia do Cumprimento das Obrigações Contratuais, por qualquer uma das formas previstas no Artigo 70, §1º, da Lei 13.303/16, no valor correspondente ao percentual de 5% (cinco por cento) do valor do Contrato.

8.1.1 – Esta Garantia deverá ser válida durante a vigência do Contrato, e será devolvida após a sua execução e, quando em dinheiro, atualizada monetariamente pelo IPCA - Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo, emitido pelo IBGE.

8.2 - No caso de aditamento de prazo e/ou valor do CONTRATO, a Garantia deverá ser renovada pelo mesmo período e/ou percentual do valor aditado.

8.3 - Caso a garantia, ou parte dela, seja utilizada em pagamento de qualquer obrigação, inclusive multas contratuais ou indenizações a terceiros, o CONTRATADO

obriga-se a repô-la ou complementá-la, no valor correspondente ao efetivamente utilizado, no prazo máximo de 10 (dez) dias úteis, contado da data em que for notificado pela PBGÁS.

8.4 - A garantia do contrato, ou seu saldo, quando realizada em dinheiro, o valor será atualizado monetariamente pelo IPCA - Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo, emitido pelo IBGE, em conformidade com o § 4º do art. . 70 da Lei nº 13.303/16

Claramente, fica demonstrado no Edital que, em cada momento, são exigidos os documentos pertinente: na habilitação, se admite apresentação de patrimônio líquido caso algum índice de liquidez se apresente abaixo do limite mínimo estabelecido no Anexo G. E na contratação, se exige Garantia de Contrato. Garantia essa que não deve ser confundida com "Garantia de Manutenção da Proposta", que se fundamenta no inciso III do art. 31 da Lei 8.666/93, não mais aplicável ao caso em questão, e que também é vedada pela Lei 10.520/02, no inciso I de seu Art. 5º, onde não se permite a exigência da garantia de proposta, e que, evidentemente, não é cobrada no presente Edital. Mais uma vez, **NÃO PROSPERA** a alegação da Impugnante.

Afirma também a Impugnante que o *"item 5.9.3 do Termo de Referência estabelece um prazo exíguo para a disponibilização plena dos serviços"*, alegando – de forma leviana – que *"o prazo curtíssimo para instalação dos serviços, beneficia exclusivamente a empresa que atualmente presta os serviços à PBGÁS pois já possuem estas conexões instaladas, configurando crime previsto no artigo 90º da lei 8.666/93"*.

Assevera ainda que, ao permitir o estabelecimento de cláusula "desnecessária e irrazoável", a PBGÁS estaria *"insurgindo-se contra um dos principais princípios que regem a lei das licitações: o princípio da competitividade, restringindo o carácter competitivo do certame"*.

Solicita, por fim, a retificação do item 5.9.3 do Termo de Referência, para que *"o prazo de instalação deverá ser ampliado para o usual de mercado que é de pelo menos 90 (noventa) dias"*.

O item 5.9.3 do Anexo 2 – Termo de Referência, questionado pela Impugnante, traz o seguinte texto:

5.9 SERVIÇO DE INSTALAÇÃO

(...)

5.9.3 O CONTRATADO terá um prazo máximo de 20 (vinte) dias corridos para disponibilização plena dos serviços nas instalações de João Pessoa e Campina Grande e de 45 (quarenta e cinco) dias corridos para as demais localidades, contados a partir da emissão da ordem de serviço por parte da PBGÁS. Caso seja necessário o CONTRATADO poderá solicitar a prorrogação deste prazo, cabendo à PBGÁS conceder ou não a prorrogação;

Os prazos de instalação estipulados no referido item consideram que há cobertura do contratado no município e que há rede nas proximidades do endereço de instalação, e estão de acordo com o disposto no Art. 23 da Resolução nº 574 da Anatel, que estipula o prazo máximo de 10 (dez) dias úteis nestes casos. Além disso, é posta possibilidade de solicitação de prorrogação do prazo de instalação por parte do contratado, quando julgar necessário, sem dispensa da devida justificativa, que será avaliada pela PBGÁS para concessão da prorrogação. Sendo assim, o Edital atende às exigências da Agência Reguladora pertinente, e **NÃO SERÁ ACATADA** a solicitação da Impugnante.

C – DA DECISÃO

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

NÃO ASSISTE RAZÃO ao Impugnante **BR27 SERVIÇOS DE TECNOLOGIA LTDA** nos pontos elencados em sua peça de impugnação. Em atendimento ao Art. 18 do Decreto 5.450/05, cabe apenas ao Pregoeiro a decisão sobre a impugnação, não sendo necessário submissão do julgamento à autoridade superior.

O Edital e seus anexos permanecem inalterados, e a data da abertura da licitação está mantida para o dia 08 de março de 2019.

Esse é o entendimento, salvo melhor juízo.

João Pessoa, 07 de março de 2019.

Severino Augusto Barros Sousa

Pregoeiro