

**TERMO DE RESPOSTA A PEDIDO DE
ESCLARECIMENTO E IMPUGNAÇÃO**

PROCESSO ADMINISTRATIVO N.º 0028.017020/2020-63

PREGÃO ELETRÔNICO N.º 186/2020/KAPPA/SUPEL/RO

OBJETO: Contratação de Empresa Especializada em Serviço de Transmissão de Dados e Solução de Segurança, com o serviço de Internet, utilizando protocolo IP/MPLS, para formar a Rede Wan e Solução de Segurança, para atender as necessidades desta Secretaria de Estado do Desenvolvimento Ambiental - SEDAM.

A Superintendência Estadual de Compras e Licitações - SUPEL, através de seu(a) Pregoeiro(a), designado(a) por força das disposições contidas na Portaria nº 192/2019/SUPEL-CI, publicada no Diário Oficial do Estado de Rondônia, edição do dia 13 de setembro de 2019, atentando para **O PEDIDO DE IMPUGNAÇÃO**, enviado via e-mail pela empresa **OI MÓVEL S.A.**, pugnando o Edital da licitação em epígrafe, passa a analisar e esclarecer o que adiante segue.

1. DA ADMISSIBILIDADE

O pedido da empresa **OI MÓVEL S.A** fora encaminhado, via e-mail, no dia **18/05/2020**, nesse sentido considerando que a sessão inaugural está pré-agendada para o dia **20/05/2020 às 10 horas 47 minutos** (horário de Brasília), informamos, portanto, que resta recebido e conhecido ambos pedidos por reunirem as hipóteses legais intrínsecas e extrínsecas de admissibilidade, sendo eles **tempestivos**.

1.1. DO QUESTIONAMENTO 1

VEDAÇÃO À PARTICIPAÇÃO DE LICITANTES EM REGIME DE CONSÓRCIO

O item 5.4.2 do Edital veda a participação de empresa que esteja reunida em consórcio e seja controladora, coligada ou subsidiária entre si.

[...]

Ante o exposto, de forma a possibilitar a participação de um maior número de empresas no certame, garantindo a sua competitividade e a busca pela proposta mais vantajosa à Administração Pública, requer a exclusão do item 5.4.2 do Edital, para que seja permitida a participação em consórcio de empresas do mesmo grupo, nos termos do art. 33 da Lei n.º 8.666/93.

1.2. DO QUESTIONAMENTO 2

IMPEDIMENTO À PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS SUSPENSAS DE LICITAR COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM GERAL.

O item 5.4.5 do Edital veda a participação de empresas que estejam punidas com suspensão do direito de contratar ou licitar com a Administração Pública Federal, Estadual e Municipal.

[...]

Portanto, requer seja alterado o item 5.4.5 do Edital, para que seja vedada a participação apenas das empresas suspensas de licitar e impedidas de contratar com este órgão público licitante, e não com a Administração Pública Estadual, ou que seja especificado que a Administração Pública Estadual se refere tão somente ao Estado de Rondônia.

1.3. DO QUESTIONAMENTO 3

REAJUSTE DOS PREÇOS

Tendo em vista que o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal determina a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos firmados com a Administração Pública, a Lei n.º 8.666/93 disponibilizou instrumentos aptos a recompor o eventual desequilíbrio entre as vantagens e os encargos originalmente pactuados. Assim, para a recomposição da equação econômico-financeira, surgiram diversas figuras, dentre elas o reajuste.

[...]

Ante o exposto, requer a adequação do item 21 do Termo de Referência de modo que o reajuste dos preços seja realizado da seguinte forma:

“A Contratada poderá reajustar os preços de cobrança dos serviços a cada 12 meses, a contar da data de assinatura do presente instrumento, considerando seu valor básico o atualizado até esta data, devendo ser utilizado como índice de reajuste o IGP-DI”.

1.4. DO QUESTIONAMENTO 4

PAGAMENTO VIA NOTA FISCAL COM CÓDIGO DE BARRAS

O item 29 do Termo de Referência não prevê a possibilidade de pagamento através de fatura com código de barras. Ocorre que tal sistema de pagamento encontra-se em consonância com o procedimento de pagamento adotado relativamente aos serviços de telecomunicações, uma vez que esses **são pagos mediante apresentação de fatura (nota fiscal com código de barras), ou mediante SIAFI nos casos de órgãos vinculados à Administração Pública Federal, como é o caso da ANATEL.**

[...]

Ante o exposto, para a melhor adequação do instrumento convocatório à realidade do setor de telecomunicações, requer a alteração do item 29 do Termo de Referência a fim de permitir que o pagamento seja realizado mediante autenticação de código de barras, facilitando, assim, o reconhecimento eficiente do pagamento.

1.5. DO QUESTIONAMENTO 5

INDEVIDA APRESENTAÇÃO DE CERTIDÕES DE REGULARIDADE MENSALMENTE

O item 29.2.1 do Termo de Referência estabelece que a Contratada deverá apresentar os comprovantes de regularidade fiscal/social/trabalhista mensalmente, ou seja, no momento do pagamento junto com a nota fiscal/fatura.

[...]

Diante disso, requer a alteração do item 29.2.1 do Termo de Referência para que não exija a apresentação mensal das certidões de regularidade fiscal/trabalhista/sociais, sob pena de ferir os Princípios da Razoabilidade, da Proporcionalidade, da Legalidade e ainda, o da fé pública inerente aos documentos públicos (certidões).

1.6. DO QUESTIONAMENTO 6

GARANTIAS À CONTRATADA EM CASO DE INADIMPLÊNCIA DA CONTRATANTE

Não obstante, cumpre trazer à baila o art. 54 da Lei n.º 8.666/1993, que estabelece a aplicação supletiva dos princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado no âmbito dos contratos administrativos. Adiante, verifica-se que o art. 66 da Lei de Licitações determina que “o contrato deverá ser executado fielmente pelas partes, de acordo com as cláusulas avençadas e as normas desta Lei, respondendo cada uma pelas consequências de sua inexecução total ou parcial”.

[...]

Pelo exposto, faz-se necessária a inclusão de item referente ao ressarcimento referente ao atraso no pagamento da parcela contratada por parte do Contratante, de modo a incidir multa de 2% sobre o valor da fatura no mês de atraso, juros juros de mora na ordem de 1% ao mês e a correção monetária pelo IGP-DI.

1.7. DO QUESTIONAMENTO 7

DA SUBCONTRATAÇÃO

24. DA SUBCONTRATAÇÃO

24.1. É vedada a subcontratação, cessão e/ou transferência total ou parcial do objeto deste Termo.

Este item veda a subcontratação total ou parcial, ocorre que se trata de uma licitação para atender a todo o estado de Rondônia através das regionais da SEDAM, onde temos localidades remotas com grande distância até o ponto concentrador, sendo necessário permitir uma subcontratação para um melhor atendimento das exigências do edital, afim de garantir a participação no certame com maior competitividade.

Pedido: Diante do objeto do Processo Licitatório em questão, se faz necessário a perdição ao menos da subcontratação parcial do objeto, necessário à execução da totalidade dos serviços, vez que não permitida

essa possibilidade, que não geraria quaisquer prejuízos à Administração, sendo inclusive o contratante responsável por todos os níveis de atendimento descritos no Termo de Referência do Pregão Eletrônico.

2. DA RESPOSTA.

2.1 RESPOSTA DA SEDAM AO QUESTIONAMENTO 1

O art. 278 da Lei nº 6.404/76, estabelece que consórcio é a associação temporária entre empresas, sem personalidade jurídica própria, para a execução de determinado empreendimento. Já no que concerne à participação em certames licitatórios de empresas em consórcio, como bem destacou a própria impugnante, o legislador, no art. 33, da Lei nº 8.666/93, estabeleceu regras a serem observadas pela Administração quando esta decidir pela possibilidade de tal procedimento.

Vale dispor que os consórcios constituem instrumentos de ampliação da competitividade, na medida em que possibilitam as empresas que os integram somar capacidades técnica, econômico - financeira e *know-how* para participar de procedimento licitatório em que, individualmente, não teriam condições.

Todavia, cumpre ressaltar que tal admissibilidade circunscreve-se ao âmbito do poder discricionário da Administração Pública, não configurando uma obrigação legalmente estabelecida. Como assim entende o TCU, senão vejamos:

Acórdão 1165/2012 – Plenário

Em que pese já haver sido tratado diversas vezes no relatório de auditoria (peça 41), é oportuno reiterar o entendimento desta Corte de Contas no que se refere à participação de empresas de forma consorciada em licitações públicas. **A jurisprudência do TCU é pacífica no sentido de que a decisão acerca da participação de consórcios é discricionária, nos termos do art. 33 da Lei 8.666/1993.** No entanto, os motivos que fundamentam essa opção do gestor devem estar demonstrados nos autos do procedimento licitatório, ou no edital, especialmente quando a vedação representar risco à competitividade do certame, o que deve ser observado mediante a análise do caso concreto (Acórdãos 566/2006, 1.028/2007, 1.636/2007 e 1.453/2009, todos do Plenário).

(...)

Assim, como é de amplo conhecimento daqueles que lidam com licitações, a jurisprudência desta Corte aponta para o caráter discricionário no que concerne à decisão acerca da participação de consórcios nos diversos eventos licitatórios, a teor do art. 33 da Lei de Licitações. **Para tanto, há que se demonstrar com fundamentos sólidos a escolha a ser feita pelo gestor durante o processo de licitação no que toca à vedação da participação de consórcios, ou mesmo à sua autorização.** (grifo nosso)

Acórdão 1946/2006 - PLENÁRIO

REPRESENTAÇÃO. LICITAÇÃO. POSSÍVEIS IRREGULARIDADES EM CONCORRÊNCIA. INEXISTÊNCIA DE RESTRIÇÃO AO CARÁTER COMPETITIVO DO CERTAME. IMPROCEDÊNCIA. 1. **Considera-se improcedente a Representação, em razão de não se configurar a viabilidade técnica e econômica do parcelamento do objeto a ser licitado.** 2. A aceitação de consórcios nos torneios licitatórios situa-se no âmbito do poder discricionário da Administração contratante. (grifo nosso)

Percebe-se então que para a Administração é discricionária a decisão de admitir ou não a participação de empresas organizadas em consórcio no certame, e para que o Gestor decida por aderir a licitação por meio de consórcio, deve ser verificado caso a caso.

Assim, a opção pela contratação em lote único visa garantir a competitividade e o menor preço através da economia de escala, baseando-se no comportamento e áreas de atuação das empresas no mercado, sem comprometer a boa execução contratual, que necessita de perfeita sincronia devido à complexidade e natureza do objeto (viabilidade técnica), sob pena de os serviços contratados serem ineficientes para os fins a que se destina.

Quanto a rede privada de comunicação de dados (MPLS), entende-se que há entre estes uma interdependência que inviabiliza a realização de seu parcelamento e prestação por mais de uma empresa. Isso porque além dos custos de administração, o projeto de backup entre as Localidades implica na necessária conexão no mesmo backbone.

Vale destacar que o Termo de Referência prevê a contratação de todas as localidades em MPLS com um ponto Concentrador em Porto Velho, mais Link de Internet com serviço Anti-DDoS e também Solução de Segurança (Firewall), sendo assim serviços de uma mesma Classe integrados. Com a Divisão em Lotes a SEDAM não teria nenhuma integração e esta secretaria estaria custeando um Serviço ao qual poderia gozar sem custo.

Por fim, ressalta-se que as três últimas modalidades de contratação de serviços de dados da SEDAM, foi através de LOTE ÚNICO, e que os atuais serviços são oferecidos com qualidade, sem interrupção de serviços, e todas as unidades são atendidas por uma única empresa CONTRATADA para Prestação de Serviços.

Percebe-se que o parcelamento do objeto em grupos, tal qual se afigura no Edital, foi feito por meio da similaridade dos itens que os compõem. Assim, trata-se de grupo homogêneos, que DEVEM ser prestados inteiramente por uma única pessoa jurídica. Ademais, a permissão, pela Administração, de participação de empresas em consórcios não representa, por si só, a garantia de ampliação da competitividade, mas ao contrário, pode acarretar, em muitos casos, efeitos danosos à concorrência, na medida em que as empresas associadas deixariam de competir entre si.

Diante disso, tal alteração não será recepcionada por este órgão.

2.2 RESPOSTA DA SUPEL/KAPPA AO QUESTIONAMENTO 2

Sobre o item 2 do seu pedido de impugnação, informamos que se trata de cláusula contida em todos os editais desta

Superintendência, porém em todas as licitações são verificadas as condições das primeiras colocadas no Cadastro de Fornecedores Impedidos de Licitar e Contratar com a Administração Pública Estadual (CAGEFIMP), o qual traz informações sobre a condição suspensiva ou impeditiva da empresa ora consultada conforme a lei.

Esclarecemos ainda que o Edital traz a informação de Administração Pública Federal, Estadual e Municipal em seu

item 5.4.5, todavia se trata apenas de uma especificação dos entes, não sendo, portanto, aplicada a suspensão que possa ter ocorrido em outra esfera que não seja a desta licitação (Estadual). Desta feita, considera-se respondido sobre o tema arguido.

Não obstante, solicitamos que se atente ao novo regramento do Decreto Federal 10.024/2019 o qual definiu prazo

iguais para esclarecimentos e impugnações, sendo eles de três dias úteis antes da abertura, logo a sua impugnação poderia ser considerada intempestiva, entretanto devido a outras manifestações por parte do Órgão solicitante, informamos que ela será considerada e respondida, uma vez que haverá modificação nas características dos serviços ora requeridos.

2.3 RESPOSTA DA SEDAM AO QUESTIONAMENTO 3

Em apertada síntese, o impugnante busca convencer a Administração – sem amparo em dados ou demonstrações que lhe sirvam de sustentáculo – de que a adoção do índice de reajuste contratual pelo IGP-DI é que seria a medida correta para manutenção do equilíbrio econômico-financeiro da proposta, na presente contratação.

Diante disso, tal alteração não será recepcionada por este órgão.

2.4 RESPOSTA DA SEDAM AO QUESTIONAMENTO 4

No tocante ao esse ponto, após assinado o contrato com a licitante vencedora, esta poderá solicitar que o pagamento seja efetuado por meio de código de barras, uma vez que: Recebida a nota fiscal/fatura, após todos os trâmites administrativos pertinentes (recebimento provisório, recebimento definitivo, liquidação da despesa, Parecer do Controle Interno), no processamento da despesa para pagamento, e somente neste momento, é que será possível o cadastramento do código de barras e geração de bloqueto para fins de encaminhamento ao banco para quitação da despesa.

No entanto, a futura contratada deverá permitir que o pagamento da fatura possa ser realizado posterior ao seu vencimento, uma vez que os procedimentos administrativos adequados ao processamento da despesa possa não ser realizado até o seu vencimento ou e até mesmo em virtude do atraso no recebimento das faturas.

Desta forma, ante ao acima exposto, uma vez que consideramos que assiste pertinência ao requerido pela impugnante, tal alteração será inclusa no Edital nos seguintes termos:

29.1.1. O pagamento das faturas vincendas poderá ser efetuado mediante código de barras, quando solicitado pela contratada, e, desde que, sua quitação possa ser efetuada na rede bancária, após a sua data de vencimento.

2.5 RESPOSTA DA SEDAM AO QUESTIONAMENTO 5

Em adendo a Análise nº 11/2020/SEDAM-GAD ([0011704550](#)), vale dispor quanto ao Subitem 29.2.1, na qual concluímos pela sua alteração parcial e que diante disso recomendamos que o edital disponha quanto à obrigação de apresentação dos documentos relativo a regularidade fiscal, mas sem condicionar o pagamento da fatura a esta apresentação.

Diante do exposto, tal alteração deverá ser inclusa no Edital nos seguintes termos:

ONDE SE LÊ:

29.2.1. Deverá o Contratado ficar ciente de que é condição para pagamento do valor constante de cada Nota Fiscal/Fatura, a apresentação de Prova de Regularidade com o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), com o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas, Certidão Negativa da Receita Estadual – SEFIN, Certidão Negativa da Receita Municipal, Certidão Negativa da Receita Federal e da Dívida Ativa da União e outros documentos exigidos pela legislação, **SERÃO ACEITAS CERTIDÕES POSITIVAS COM EFEITO DE NEGATIVA;**

LEIA-SE:

29.2.1. Deverá o Contratado ficar ciente que está obrigado a apresentar sempre antes do pagamento do valor constante de cada Nota Fiscal/Fatura, a Prova de Regularidade com o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), com o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas, Certidão Negativa da Receita Estadual – SEFIN, Certidão Negativa da Receita Municipal, Certidão Negativa da Receita Federal e da Dívida Ativa da União e outros documentos exigidos pela legislação, conforme dispõe o art. 55, da Lei nº 8.666/93. **VALE DESTACAR QUE SERÃO ACEITAS CERTIDÕES POSITIVAS COM EFEITO DE NEGATIVA;**

2.6 RESPOSTA DA SEDAM AO QUESTIONAMENTO 6

Importante dispor primeiramente que conforme dispõe o art. 40 da Lei nº 8.666/93, o Edital e o contrato são elaborados unilateralmente pela Administração, sendo que deve o licitante decidir se vai aderir o certame, portanto, não é razoável e nem lógico que sejam estabelecidas penalidades contra a Administração.

Decisão nº 197/97 – Plenário

“(…) precaver-se, quando da elaboração de instrumentos convocatórios ou contratuais, **quanto à inclusão ou omissão de cláusulas que levem a situações economicamente lesivas à Administração, tais como a previsão de multas contra a própria Administração que extrapolem a atualização financeira do período, ou a aceitação de condições presentes nas propostas dos licitantes, mesmo que não previstas nos correspondentes instrumentos convocatórios ou contratuais. (...)**”

Conforme salientou o Ministério Público, **o pagamento de multas contratuais, por atraso em pagamentos, não pode ser considerado como impropriedade meramente formal, uma vez que o ato, despido de amparo legal, trouxe prejuízo ao erário equivalente a R\$ (...), resultante do somatório de diversas multas aplicadas na execução do contrato (...).** Como destacou o "parquet" especializado, a jurisprudência desta Corte, em situações análogas, acena para a devolução dos recursos indevidamente gastos. (...) Cumpre ressaltar questão referente ao pagamento de multas (subitem 4.6.3, f. 11/12), ocorrido em dois exercícios distintos, 1994 e 1995, sem o devido amparo legal e contrariando jurisprudência firmada por este Tribunal (Ata nº 45/90, Anexo XXII, Ata nº 60/90, Anexo VI, Ata nº 23/92, Decisão nº 246/92-Plenário e Ata nº 44/94, Decisão nº 585/94-Plenário), impondo-se, portanto, a reposição dos valores impropriamente gastos.” (grifo nosso)

Decisão nº 454/98 - Plenário

“(…) b) quanto à ausência de compensações financeiras e penalizações por eventuais atrasos e descontos por eventuais antecipações de pagamentos: - o edital está em consonância com a determinação contida no Ofício nº 412/94, procedente da 8ª SECEX, que, de acordo com Decisão proferida no TC nº 011.273/94-1, relativo ao acompanhamento dos procedimentos licitatórios adotados pela (...), determinou à entidade o seguinte: "... b. **não inclua em seus instrumentos convocatórios e respectivos contratos, cláusulas que estabeleçam juros e multas de atraso nos pagamentos, uma vez que o art. 40, inciso XIV, da mencionada Lei, ao tratar das condições de pagamento, além de prever a atualização de valores devidos, garante somente à Administração a aplicação de penalidades por eventuais atrasos.**" (...)” (grifo nosso)

Diante do exposto, tal alteração não merece prosperar.

27 RESPOSTA DA SEDAM AO QUESTIONAMENTO 7

É vedada a subcontratação, pois a natureza do serviço não exige a participação de diferentes Empresas, muito pelo contrario, trata-se de um serviço que NÃO PODE SER DIVIDIDO, sendo mais interessante para Administração que a execução seja realizada por somente uma empresa.

Destaca-se no Acórdão do TCU nº 2002/2005 – Plenário, o Ministro Relator consignou em seu voto que a subcontratação deve ser adotada unicamente quando necessária para garantir a execução do contrato e

desde que não atente contra os princípios constitucionais inerentes ao **processo** licitatório, vantajosa para a Administração (art. 3º, Lei nº 8.666/93).

Ou seja, só pode acontecer subcontratação quando é essencial para o efetivo cumprimento do objeto do Contrato. O que não é caso, conforme já foi explicado anteriormente.

Destaca-se novamente que as três últimas modalidades de contratação de serviços de dados da SEDAM, foi através de LOTE ÚNICO, e que os atuais serviços são oferecidos com qualidade, sem interrupção de serviços, e todas as unidades são atendidas por uma única empresa CONTRATADA para Prestação de Serviços.

Diante disso, tal alteração não será recepcionada por este órgão.

3. CONCLUSÃO

Diante do exposto, pelas razões de fato e de direito acima aduzidas, a Secretaria de Estado do Desenvolvimento Ambiental - SEDAM, consubstanciado nos procedimentos adotados em homenagem aos princípios da legalidade, razoabilidade, proporcionalidade, celeridade, igualdade, vínculo ao instrumento convocatório e julgamento objetivo, pelas regras do edital e com base na legislação pertinente, SMJ, opina pelo aceite parcial dos pedidos de impugnação da empresa **OI MÓVEL S.A.**, devendo a Superintendência Estadual de Compras e Licitações – SUPEL, promover por meio próprios a alteração do edital em conformidade com o definido nos pontos controversos.

Por fim, remetemos os autos a Comissão de Licitação para ciência da análise do pedido de impugnação com alteração do Edital, por meio de adendo, e posterior continuidade dos procedimentos licitatórios, sem alteração da data definida do certame uma vez que tais alterações não interferem nas propostas das licitantes.

4. DA DECISÃO

Desta forma, considerando que tais alterações não interferem nas propostas das licitantes, informamos que o Adendo Esclarecedor II já está disponível no site da SUPEL: <http://www.rondonia.ro.gov.br/supel>, desta forma, resta mantida a data de abertura para o dia **01 de junho de 2020, às 10 horas (horário de Brasília)**.

Colocamo-nos a disposição para quaisquer outros esclarecimentos que se façam necessário.

Porto Velho, 29 de maio de 2020.

IZAURA TAUFMANN FERREIRA

Pregoeira da KAPPA/SUPEL/RO

Matrícula nº 300094012