

---

**JULGAMENTO DE IMPUGNAÇÃO**

---

**FEITO:** Impugnação ao Pregão Eletrônico**REFERÊNCIA:** Edital nº 007/2018**OBJETO:** Registro de Preços para possível contratação de empresa especializada no fornecimento de solução corporativa de conectividade e comunicação sem fio através de serviço comum e continuado de telefonia móvel celular-smc ou serviço móvel pessoal-smp, local, longa distância nacional e internacional com habilitação de linhas de telefonia celular com tecnologia GSM, pacote de dados, acesso à internet, correio eletrônico, com características de serviços pós-pagos, cobertura nacional e facilidades de roaming nacional e internacional automático, com fornecimento de aparelhos de celular smartphones e modem 4G em regime de comodato, para atender à VALEC – Engenharia, Construções e Ferrovias S.A., na Sede em Brasília e nos Estados do Rio de Janeiro, Bahia, Goiás, Tocantins, Mato Grosso, Maranhão, Minas Gerais e São Paulo e demais Órgãos Públicos co-partícipes.**PROCESSO Nº:** 51402. 166540/2016-39**IMPUGNANTE:** OI S.A.**I. DAS PRELIMINARES**

A Impugnação foi apresentada tempestivamente, com fundamento no artigo 18 do Decreto nº 5.450/2005, em face do Edital publicado no Diário Oficial da União, Seção III, de 20 de junho de 2018, página 153, referente ao certame de que trata o Edital nº 007/2018.

**II. DAS ALEGAÇÕES DA IMPUGNANTE:**

Insurge a impugnante acerca das exigências contidas, ou não, nos itens e subitens do Edital, conforme abaixo:

1) O item 6.3.3 do Edital determina que não serão aceitas as propostas de empresas que estejam incluídas, NO CEIS, CNI/TCU, SICAF e Cadastro Nacional de Condenações Cíveis por Ato de Improbidade Administrativa do Conselho Nacional de Justiça.

A impugnante alega que não se pode admitir que empresas que apresentem algum tipo de penalidade sejam impedidas de participar do certame, a menos que a penalidade seja em face do órgão licitante. Caso contrário, não há o que se falar em impedimento.

Alega também que, não se pode admitir que o resultado da consulta aos cadastros em questão, caso aponte para algum tipo de penalidade, estenda seus efeitos de modo a impedir a empresa penalizada de licitar com outros órgãos, que não o penalizante. Na eventualidade de existirem sanções registradas nesses cadastros, só poderia se dizer que existiria impedimento de participação, se a sanção ali cadastrada fosse restritiva do direito de participar de licitações, cujos efeitos estão limitados ao órgão penalizante na forma do Art. 87, III, da Lei 8.666/93. Ou seja, para que se possa associar o resultado da consulta como impeditivo de participação, a sanção ali registrada deve ser restritiva de participação somente com o presente órgão licitante.

Ante o exposto, a impugnante requer a exclusão ou adequação do item em comento.

2) O item 20 do Termo de Referência estipula que a garantia a ser apresentada deverá corresponder ao percentual de 5% (cinco por cento) sob o valor do contrato.

A impugnante alega que o artigo 56, § 2º, da Lei 8.666/1993 estipula que a garantia exigida não excederá a 5% (cinco por cento) do valor total do contrato e, como se sabe, a atividade administrativa exige prestígio aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Assim, requer a modificação do item em comento, para que a garantia exigida não corresponda ao limite máximo de 5% (cinco por cento).

3) A Cláusula Quarta do Contrato estabelece hipóteses de atrasos e retenções do pagamento devido à Contratada.

A impugnante alega que tal previsão não é razoável, haja vista que a parcela incontroversa, ou seja, aquela sobre a qual não paira qualquer dúvida deve ser paga pela Administração prontamente, não sendo necessário aguardar a correção da fatura.

Alega também que, não obstante os eventuais erros no documento fiscal, a Contratante deverá pagar o valor sobre o qual não se tem dúvidas e, em seguida, emitir nova fatura, contendo apenas o valor que se discute como devido ou não.

Diante do exposto, requer a adequação do item supracitado, a fim de que o pagamento da parcela incontroversa seja efetuado imediatamente pela Contratante e o restante após a devida regularização do documento fiscal.

4) A Cláusula Quarta do Contrato trata da forma que se dará o pagamento em eventual atraso no pagamento pela Contratante.

A impugnante alega que a necessidade premente de ressarcimento baseia-se no fato de que não pode a Contratada suportar o atraso do pagamento das parcelas sob pena de desequilíbrio

da relação contratual. Ademais, a mora da Administração culminada com a não incidência dos encargos devidos gera incondicionalmente o locupletamento sem causa desta.

Por fim, verifica-se que os percentuais referentes à multa e juros moratórios devem se dar, respectivamente, à razão de 2% (dois por cento) sobre o valor da fatura e 1% (um por cento) ao mês. A correção monetária deve se operar com base no IGP-DI, índice definido pela FGV. A razão pela fixação de tais parâmetros se dá na prática usual do mercado em geral, incluindo o de telecomunicações. Verifica-se que, impostos valores aquém do exposto, pode-se gerar para a Administração situação de flagrante desequilíbrio, influenciando, em última análise, no equilíbrio econômico-financeiro da Contratada.

Ante o exposto, requer a adequação do instrumento convocatório, para que seja ajustada a cláusula 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 de mora na ordem de 1% ao mês e a correção monetária pelo IGP-DI.

5) A Cláusula Quarta do Contrato 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, ficando o pagamento condicionado a essa apresentação.

A impugnante alega que tal obrigação não encontra guarida na Lei n.º 8.666/93, portanto, sem lastro legal.

Alega que a exigência de apresentação das certidões de regularidade juntamente com as notas fiscais não é razoável. Explicando que as certidões de regularidade fiscal/social/trabalhista possuem um período de vigência que ultrapassa o período mensal (30 dias).

Por fim, requer a alteração do item em comento 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).

6) A Cláusula Sétima do Contrato regula os critérios de reajuste do valor Contratado.

A impugnante alega que presente licitação tem como objeto a prestação de serviços de telecomunicações, os quais são regidos pela Lei n.º 9.472/97 (Lei Geral de Telecomunicações). Assim, as operadoras de serviços telefônicos submetem-se às disposições editadas pela ANATEL, a qual determina, no inciso VII do art. 19 da Lei n.º 9.472/97 (Lei Geral de Telecomunicações), que compete à Agência “controlar, acompanhar e proceder à revisão de tarifas dos serviços

prestados no regime público, podendo fixá-las nas condições previstas nesta Lei, bem como homologar reajustes.”

Alega também que os serviços telefônicos podem ser remunerados por meio da cobrança de tarifas ou de preços. A remuneração acontecerá pela cobrança de tarifas quando o serviço telefônico for prestado em regime público, por meio de Concessão. Por sua vez, a cobrança pelos serviços de telecomunicações prestados em regime privado acontecerá por meio de preços. Considerando o objeto do edital tratar-se de SMP, e sua remuneração é feita por preços e não tarifas, torna-se imperioso que o índice de reajuste dos preços relativos a sua prestação de serviço, seja o IGP-DI

Ante o exposto, requer a adequação do item em comento, 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”.*

7) Em relação ao Termo de Referência:

7.1) Dos itens:

“12.6. (indicado, por possível engano, como 10.1.5, pela impugnante) Disponibilizar de imediato, área de cobertura e prestar os serviços de forma meticulosa e constante, mantendo-os sempre em perfeita ordem;” e

“12.9. (indicado, por possível engano, como 10.1.18, pela impugnante) Executar os serviços, em sistema digital GSM, modalidade pós-pago, com cobertura nacional, devendo o serviço oferecer facilidade de roaming nacional e internacional para o total de linhas, incluindo a ativação e prestação de garantia de funcionamento;”.

A impugnante alega que, pelas regras da Anatel, a cobertura do serviço de telefonia móvel deve ser de pelo menos 80% das áreas urbanas. Além da previsão de zonas de sombra que impedem a propagação dos sinais de telefonia móvel inerentes aos ambientes, não sendo controlados pela operadora. Dessa forma, a garantia de cobertura nacional total é inviável tecnicamente sendo sua inviabilidade prevista pelo órgão de controle.

Ante o exposto, solicita a previsão no Termo de Referência de que será exigido, conforme regulamentação, a cobertura de pelo menos 80% das áreas urbanas.

7.2) O subitem 12.26 do Termo de Referência indica que é uma obrigação da contratada prover cobertura, de modo que se possa realizar chamadas e transmissão de dados com

boa qualidade do serviço nos escritórios e em todos os andares do edifício-sede da VALEC em Brasília, inclusive nos subsolos.

A impugnante alega que a cobertura em ambientes confinados (indoor) é fortemente influenciada pelas características construtivas das edificações, e, por tal razão, não existe uma obrigação específica de oferta de cobertura indoor, caracterizando-se como uma limitação física do próprio serviço. Dessa forma, é tecnicamente inviável a garantia de cobertura dentro dos edifícios, ademais, reformas e alterações na estrutura das edificações podem ocasionar em obstrução do sinal onde anteriormente havia propagação.

Diante disso, devido à inviabilidade técnica, requer a retirada da obrigação de cobertura indoor.

7.3) O subitem 15.1 do Termo de Referência estabelece o prazo de até 30 (trinta) dias corridos, contados a partir da comunicação oficial da VALEC à contratada, com os quantitativos por localidade, emitida após a assinatura do contrato pelo gestor nomeado pela VALEC, para entrega dos aparelhos e ativação dos serviços de voz e dados.

Já o subitem 15.2 do Termo de Referência informa que, para os casos de portabilidade numérica, a contratada deverá realizá-la em até 10 (dez) dias corridos, a contar da data da abertura da solicitação.

A impugnante alega que os itens 15.1 e 15.2 estão conflitantes, entendendo que, ora o prazo determinado é de 30(trinta) dias corridos, ora o prazo é de 10(dez) dias corridos.

Segundo a impugnante, da forma como os itens são apresentados, entende-se que o prazo para a realização de portabilidade será de até 10(dez) dias úteis corridos após a solicitação, ou seja, decorridos os 30(trinta) dias de entrega dos aparelhos será concedido um prazo adicional de 10(dez) dias para a realização da portabilidade.

Por fim a impugnante requer que os referidos itens sejam revisados de forma que não haja dúvida quanto aos prazos estabelecidos.

Ao final de suas alegações a impugnante requer que se julgue motivadamente a presente Impugnação, no prazo de 24 horas, acolhendo-a e promovendo as alterações necessárias nos termos do Edital e seus anexos, sua conseqüente republicação e suspensão da data de realização do certame.

## 8. DA ANÁLISE DA IMPUGNAÇÃO:

Em primeiro lugar, convém ressaltar que o Edital 007/2018, acima referenciado, trata-se de pregão, o qual foi instituído pela Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002.

Assim, dos questionamentos referentes aos itens 6.3.3. e 20. Do Edital, objetos da impugnação em seus itens 1 e 2, tem-se conforme abaixo.

### **Com relação ao item 6.3.3. do Edital.**

Impugnação não acatada.

Trata da impossibilidade de participação no certame por empresas que tenham sido declaradas inidôneas para licitar ou contratar com a Administração Pública ou com qualquer de seus órgãos descentralizados, será mantido.

O artigo 7º da Lei 10.520/2002 prescreve que ficará impedido de licitar e contratar com a União aquele que, dentre outros, comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude fiscal.

O item 6.3.4. do Edital observa o âmbito da abrangência da penalidade, conforme for registrado nos cadastros indicados no item 6.3.3. do Edital e em conformidade com o artigo 7º da Lei 10.520/2002, caso conste.

Dessa forma, o licitante poderá ser desclassificado, caso conste em qualquer dos cadastros a eventual inidoneidade ou impedimento no âmbito da administração pública federal, conforme Acórdão 2081/2014 – Plenário/TCU, que produz efeitos no âmbito do inteiro ente federativo, pelo princípio da especialidade das leis, sendo a lei do pregão de aplicação primária na presente licitação e a Lei nº 8.666/1993 de aplicação subsidiária.

### **Com relação ao item 20. Do Termo de Referência.**

Impugnação não acatada.

O referido item estipula a garantia a ser apresentada correspondente ao percentual de 5% (cinco por cento) sob o valor do contrato, será mantido, não sendo acatada a impugnação.

O artigo 5º do Decreto nº 5.450, de 31 de maio de 2005, que regulamenta o pregão na forma eletrônica e cuja modalidade foi adotada neste Edital nº 007/2018, determina que licitação na modalidade de pregão é condicionada, dentre outros listados, aos princípios correlatos da razoabilidade, competitividade e proporcionalidade.

Já o Parágrafo único do citado artigo 5º determina que as normas disciplinadoras da licitação serão sempre interpretadas em favor da ampliação da disputa entre os interessados, desde que não comprometam o interesse da administração, o princípio da isonomia, a finalidade e a **segurança da contratação** (grifo nosso).

Assim, entendemos que, diante do vulto da pretendida contratação e do fato do objeto tratar-se de serviço continuado, assim entendido como de relevante importância para a atividades da empresa, faz-se mister fixar a garantia contratual no percentual máximo e permitido em lei, não obstante, o art. 56, § 2º da Lei 8.666/1993 assim o determinar.

**Os questionamentos referentes às cláusulas quarta e sétima do contrato**, objetos da impugnação em seus itens 4 e 5 foram respondidos pela Gerência de Contratos e Convênios – GECOC/SULIC/VALEC, conforme segue a seguir:

“Resposta ao item 4.

Item 4.8 da Cláusula Quarta – DO PAGAMENTO do Contrato.

Impugnação não acatada (grifo nosso).

Prevê a possibilidade de a contratante pagar encargos moratórios em favor da contratada no caso de eventuais atrasos de pagamento, desde que a contratada não tenha concorrido de alguma forma para tanto, calculados entre a data da apresentação da fatura ou nota fiscal e a correspondente ao efetivo adimplemento da parcela, a ser incluído na fatura do mês seguinte ao da ocorrência, deve ser calculado por meio da aplicação da seguinte fórmula:

$$EM = I \times N \times VP$$

Onde: EM = Encargos moratórios;

N = Número de dias entre a data prevista para o pagamento e a do efetivo pagamento;

VP = Valor da parcela em atraso;

I = Índice de compensação financeira = 0,00016438 =>( I = (6/100)/365) => 6 = taxa anual de 6%.

Ademais, é pacífico na doutrina que uma das características dos contratos administrativos, que os distinguem daqueles do direito comum, é a natureza de contrato de adesão, conforme ensina Maria Sylvia Zanella (Di Pietro, Direito administrativo, 5. ed., Atlas: São Paulo, 1995, p. 216). Ou seja, o contratado simplesmente adere ao contrato administrativo, sem poder intervir em seu conteúdo (que é determinado pela lei e pela Administração).

Dessa forma, não cabe discutir quais encargos deverão incidir em caso de pagamento em atraso por parte da Administração ao contratado, motivo pelo qual não deve ser acatado o pedido de adequação da Cláusula Quarta – DO PAGAMENTO do Contrato, Anexo 2 do Edital do Pregão Eletrônico nº. 7/2018.

Resposta ao item 5.

Item 4.1 da Cláusula Quarta – DO PAGAMENTO do Contrato.

Impugnação não acatada (grifo nosso).

Prevê que a contratante, e não a contratada, deverá anexar aos autos as certidões que comprovem a regularidade fiscal e trabalhista da contratada.

Assim, a contratada não deverá apresentar os comprovantes de regularidade fiscal e trabalhista mensalmente, tal como alegado na Impugnação.

Ademais, a Cláusula Quarta – DO PAGAMENTO do Contrato não sujeita o pagamento devido à contratada à apresentação das referidas certidões.

Nos termos do artigo 87 da Lei nº. 8.666/1993, a inexecução total ou parcial do contrato pode implicar as seguintes penalidades: advertência; multa; suspensão temporária da participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração por prazo não superior a 2 (dois) anos; e declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade. Assim, em observância ao princípio da legalidade (artigo 37 da Constituição Federal), nenhuma outra punição pode ser aplicada senão as previstas de forma expressa pela legislação pertinente. Isto é, a retenção de pagamento ao contratado inadimplente não possui previsão legal e não pode ser aplicada, conforme posição do Superior Tribunal de

Justiça no Recurso Ordinário em mandado de segurança nº. 24953, de Relatoria do Ministro Castro Almeida, Segunda Turma, julgado em 4 de março de 2008, publicado no Diário de Justiça Eletrônico em 17 de março de 2008.

Ademais, a prestação de serviços à Administração Pública sem o correspondente pagamento configura clara situação de enriquecimento ilícito pelo Poder Público (artigo 884 do Código Civil).

Outro fato a ser considerado é que os débitos de natureza fiscal, seja de titularidade da União, dos estados ou municípios, possuem formas próprias e privilegiadas de execução (execução fiscal), de modo que a retenção de créditos oriundos de contratos administrativos configura meio de coerção não previsto no ordenamento jurídico.

Assim, não cabe acatar o pedido da impugnante quanto à adequação da Cláusula Quarta – DO PAGAMENTO do Contrato, Anexo 2 do Edital do Pregão Eletrônico nº. 7/2018.”

**Os questionamentos referentes às cláusulas quarta e sétima do contrato**, objetos da impugnação em seus itens 3 e 6, assim como os **questionamentos referentes aos itens 12.6; 12.9; 12.26; 15.1 e 15.2 do Termo de Referência**, objetos da impugnação em seus itens 7.1, 7.2 e 7.3. possuem caráter eminentemente técnico, tendo sido a solicitação encaminhada à Superintendência de Tecnologia da Informação - SUPTI para análise e manifestação sobre o teor do documento. A referida SUPTI manifestou-se, por intermédio do Memorando nº 25/2018-GEINF/SUPTI/DIPLAN, da seguinte forma:

“Em resposta ao Memorando 271/2018-SULIC/SUPTI, que solicita à SUPTI, subsídios referentes às questões apresentadas no Pedido de Impugnação encaminhado à esta VALEC pela empresa OI MÓVEL S.A., em Recuperação Judicial, vimos prestar nossos esclarecimentos.

**Com relação ao Item 3 – Pagamento em Caso de recusa do Documento Fiscal:**

Impugnação não acatada.

A VALEC entende que, ao efetuar o pagamento das faturas com valores em desacordo com os constantes no contrato administrativo vigente, haverá discordância também nos valores da retenção dos impostos previstos na Lei 9.430, entre outros. Assim, para viabilizar o pagamento correto, basta que a contratada envie um novo espelho da fatura com os valores corrigidos, incluindo os impostos, para pagamento imediato.

**Com relação ao Item 6 – Reajuste dos Preços e das Tarifas:**

Impugnação não acatada e nova redação para o Item 17.1 do Termo de Referência.

No âmbito dos serviços telefônicos, objeto da presente licitação, o índice a ser utilizado como base de cálculo no reajuste dos valores contratados é aquele expresso na Resolução n.º 532/2009, expedida pela Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, qual seja, Índice de Serviço de Telecomunicações - IST. Deverá ser considerado o interregno mínimo de 12(doze) meses para o reajuste, contados a partir da data de assinatura do contrato.

**Com relação ao Item 7 – Do Termo de Referência:**

**7.1 da cobertura**

Impugnação não acatada.

Não há previsão nem exigência para que a cobertura da rede móvel seja de 100% das áreas urbanas. Cabe ressaltar que, a VALEC entende que o Item 10.1.5 apontado pela Oi no seu pedido de impugnação, corresponde ao Item 12.6 do Termo de Referência constante do edital, bem como o Item 10.1.18 corresponde ao Item 12.19 do mesmo instrumento.

## 7.2 da cobertura indoor

Impugnação acatada e nova redação para o Item 12.26 do Termo de Referência.

A VALEC entende que a cobertura indoor poderá ser dispensada para os andares de garagem nos subsolos do edifício sede da VALEC. Para os demais andares desse edifício, incluindo o andar térreo, deverá permanecer a exigência da cobertura indoor, sendo facultada vistoria técnica por parte da contratada.

## 7.3 dos prazos

Impugnação não acatada (grifo nosso).

Cabe esclarecer que no item 15.1 do termo de referência, o prazo de 30 (trinta) dias contempla a entrega dos aparelhos, ativação dos serviços de voz e dados **incluindo** a portabilidade numérica para os casos que se fizerem necessários.

Quanto ao item 15.2, este diz respeito ao prazo para a realização de portabilidades numéricas eventuais que venham a ocorrer durante a vigência do contrato.

Assim sendo, entendemos que os itens são complementares e não conflitantes conforme apontado pela Oi Móvel S.A., em recuperação judicial.

A redação dos Itens 15.1 e 15.2 do Termo de Referência foram alteradas visando esclarecer este questionamento.”

## 9. DA DECISÃO

Diante de todo o exposto, este Pregoeiro conhece da presente impugnação, para no mérito, julgá-la PARCIALMENTE PROCEDENTE, conforme acima demonstrado e consoante com Edital republicado.

Brasília, 24 de julho de 2018.

**HÉLIO RAMOS VENTURA**

Pregoeiro Oficial  
Portaria nº 057/2018