



**MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE ALAGOAS
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA
SEÇÃO DE LICITAÇÕES**

**PREGÃO ELETRÔNICO N° 03/2020
PROCESSO GED N° 20.08.1329.0000012/2020-04**

IMPUGNAÇÃO

Trata-se de resposta a impugnação ao edital do Pregão Eletrônico n° 03/2020, solicitada pela empresa Telemar Norte Leste S.A., inscrita sob o CNPJ n° 33.000.118/0001-79.

Nos termos do item 6 do Edital, é assegurado o direito de solicitar esclarecimentos ou impugnar o ato convocatório no prazo estabelecido, em até 03 (três) dias úteis antes da data designada para abertura da sessão pública. Com efeito, observa-se a tempestividade da impugnação realizada pela peticionante, em 26/05/2020.

Em síntese, a peticionante impugna o edital, seguindo resposta aos mesmos, após consulta junto ao Setor Requisitante:

a) Da vedação de participação de licitantes em regime de consórcio

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 n° 8.666/1993, estabelece regras a serem observadas pela Administração, quando autorizar a participação de consórcios de empresas.

Todavia, conforme já assente na doutrina e jurisprudência pátrias, a admissibilidade circunscreve-se no âmbito do poder discricionário da Administração Pública, não configurando uma obrigação legalmente estabelecida, cuja decisão, orientada pelo princípio da competitividade, deve ser justificada pelo gestor público nos autos do processo administrativo.

Cabe apontar que a permissão de participação de empresas em consórcios não representa, por si só, garantia de ampliação de competitividade, ao contrário, pode acarretar, em muitos casos, efeitos danosos à concorrência, na medida em que as empresas associadas deixariam de competir entre si, o que nos parece ser a situação ora tratada, dada as características do mercado em questão, reconhecido pela própria impugnante.

De fato, os serviços a serem contratados não envolvem questões de alta complexidade técnica para as Operadoras de Serviços de Telecomunicações, já que operarem costumeiramente com os referidos serviços em suas atividades comerciais e, e também não apresentam grande vulto financeiro. Ambos os aspectos demonstram que a autorização de participação de empresas em regime de consórcio não privilegiaria a competitividade do caso concreto, pelo contrário, restringiria, ainda mais, a competitividade em um mercado naturalmente restrito.

Dessa forma, conclui-se pelo indeferimento do pedido da impugnante, restando mantido o item 4.2.6 do Edital.

b) Indevida apresentação de certidões de regularidade mensalmente

As exigências estabelecidas pelo item 10.1 do Termo de Referência estão em consonância não somente com orientações jurisprudências, mas também com o Anexo XI da Instrução Normativa nº 5/2017, do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, conforme transcrito abaixo:

“Anexo XI – Do Processo de Pagamento (...)

A Nota Fiscal ou Fatura deverá ser obrigatoriamente acompanhada da comprovação da regularidade fiscal, constatada por meio de consulta online ao Sicafe ou, na impossibilidade de acesso ao referido Sistema, mediante consulta aos sítios eletrônicos oficiais ou à documentação mencionada no art. 29 da Lei nº 8.666, de 1993.”

Portanto, pelo exposto e de forma a seguir boas práticas utilizadas pela Administração Pública em geral, a documentação exigida para fins de pagamento mensal dos serviços prestados deve obrigatoriamente ser apresentada junto com a Nota Fiscal ou Fatura.

c) Garantias à contratada em caso de inadimplência da Contratante

A empresa requer, ainda, alteração da minuta do edital para incluir a previsão de multa de 2% (dois por cento) sobre o valor da fatura no mês de atraso; juros de mora de 1% (um por cento) a.m.; e correção monetária pelo IGP-DI, na hipótese de atrasos em pagamentos de responsabilidade da Administração. A esse respeito informamos que o Edital está de acordo com o que estabelece os normativos vigentes, que definem as regras, nesse caso, para a Administração. Por esse motivo, afastamos a aplicação de multa como pretendida pela impugnante.

De início, há que se apontar o fato de que o edital e o contrato são elaborados unilateralmente pela Administração – conforme dispõe o art. 40 e seus §§, da Lei nº 8.666/93 – ao qual o licitante adere com a apresentação da proposta. De certo que não é razoável que sejam estabelecidas penalidades contra a Administração, que não decorrentes da aplicação do direito vigente.

A pretensão da impugnante não encontra respaldo no direito vigente, razão pela qual não obriga a Administração Pública, que segue, de acordo com a cláusula impugnada, o estabelecido no item 5. do anexo XI, da Instrução Normativa nº 05, de 26/05/2017-MPOG, que é mantida por este fundamento.

d) Das penalidades excessivas

Empresas fornecedoras de serviços para Administração Pública 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 sobre o interesse particular tem o condão de reprimir condutas lesivas à Administração e desestimular a inexecução contratual, bem assim, tem caráter compensatório em razão de possíveis perdas e danos diretos.

As multas, porém, não devem ser aplicadas de modo aleatório e desproporcional tendo como fim específico resguardar o patrimônio público. A Administração Pública se beneficia das cláusulas exorbitantes em nome da concretização do interesse público consubstanciado na ideal prestação dos serviços por ela contratados. Porém, mesmo que o administrador esteja em condição de superioridade frente ao particular, o interesse econômico-financeiro deste na formalização do contrato, qual seja, a obtenção da justa remuneração (lucro), não pode ser afetada. No dizer de

Celso Antônio Bandeira de Melo:

"...a tipologia do chamado contrato administrativo reclama de ambas as partes um comportamento ajustado a certas pautas. Delas procede que, pela via designada contratual, o Poder Público pode se orientar unicamente para satisfação do interesse público que ditou a formação do ajuste. É por isso que lhe assistem os poderes adequados para alcançá-lo, o particular contratante procura a satisfação de uma pretensão econômica, cabendo-lhe, para fazer jus a ela, cumprir com rigor e inteira lealdade as obrigações assumidas. Dês que atenda como deve, incube ao Poder Público respeitar às completas a equação econômico-financeira avençada, a ser atendida com significado real e não apenas nominal. Descabe à Administração menosprezar este direito. Não lhe assiste, por intuítos meramente patrimoniais, subtrair densidade ou o verdadeiro alcance do equilíbrio econômico-financeiro". (Curso de Direito Administrativo, 21ª edição, pág 620)"

A Lei 8.666/93 (art. 58, incisos III e IV) possibilita a ampla fiscalização dos contratos administrativos e confirma a prerrogativa dos órgãos públicos 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 Administração Pública, muitas vezes em dissonância com os direitos patrimoniais do particular na celebração da avença.

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

A fundamentação do impugnante relativamente às penalidades moratórias superiores a 10% não encontram respaldo na Lei de Licitações, nem na Lei de Usura (Decreto n.º 22.626, de 07/04/1933), cuja principal preocupação é não gerar ônus excessivo e conseqüente desequilíbrio do contrato para o Prestador do Serviço em simples mora (atraso).

Nos itens questionados observa-se exatamente o caráter compensatório das sanções, ou seja, todas as hipóteses previstas, referem-se à possibilidade de rescisão unilateral do contrato pela administração. Nesse ponto, vale ressaltar que o limite das multas seria o valor do contrato. Contratos Administrativos como espécies de contratos de adesão, mostram ao aderente todas as condições que devem ser cumpridas não cabendo alegar, principalmente nos itens questionados, qualquer desproporcionalidade já que se trata, genericamente, de pontos de fraude, inadimplemento ou inexecução parcial ou total.

e) Reajuste dos preços

O edital em seu item 15 prevê o reajuste em intervalo não inferior a 12 (doze) meses das datas-base dos reajustes concedidos pela Anatel. Contudo, caso haja determinação de reajuste, durante o curso do contrato, por parte do órgão regulador, Anatel, a todos imposta, em se tratando de fato superveniente, este deverá ser acatado por esta administração.

f) Das condições e prazo para instalação

Em recente alteração, o Edital passou a prever, em seu item 7.4 do Anexo I, diferentes prazos, de até 90 dias para instalação de 100% do total de circuitos previstos, de forma a amenizar os efeitos do prazo anteriormente estabelecido.

g) Software de segurança necessário

Em consulta ao Setor Requisitante, o mesmo afirma que “não se busca um equipamento tipo firewall neste item, mas sim roteador que tenha função de segurança básica”.

h) Projeto técnico detalhado

Em consulta ao Setor Requisitante, o mesmo afirma que sobre projeto técnico detalhado entenda-se o de tipologia de rede, não outro.

i) Tempo de reparo

Em consulta ao Setor Requisitante, o mesmo afirma que “devido à criticidade do serviço e a necessidade de resolução rápida de possíveis problemas, tanto na capital, quanto no interior, esse SLA é fundamental”.

j) Serviço ponto a ponto – infraestrutura redundante tipo anel óptico

Em consulta ao Setor Requisitante, o mesmo afirma que “a exigência nesse item é que chegue apenas um ponto de fibra no nosso equipamento, firewall, não necessariamente uma única fibra no data center.”.

k) Serviço ponto a ponto – latência máxima

Em consulta ao Setor Requisitante, o mesmo afirma que “os links devem possuir velocidades como especificado na tabela e a latência dos mesmos entre cada ponto e a sede devem ser 20ms no máximo, devido ao volume grande de dados replicados e para não degradar a performance dos nossos sistemas, inclusive o SAJ-MP”.

l) Gerenciamento pró-ativo – localização física

Em consulta ao Setor Requisitante, o mesmo afirma que “nesse item é exigida apenas a localização dos equipamentos”.

m) Latência máxima

Em consulta ao Setor Requisitante, o mesmo afirma que “devido à criticidade e necessidade do nosso Sistema de Automação Judicial – SAJ-MP trabalhar em baixa latência, essa latência é de fundamental importância para uso do mesmo, tanto no interior, como na capital”.

n) Gerenciamento pró-ativo – treinamento

Em consulta ao Setor Requisitante, o mesmo afirma que “por se tratar de uma solução extremamente complexa, esse termo foi elaborado antes da pandemia. Caso ainda perdure as limitações e as recomendações de isolamento social quando do treinamento, será realizado de forma que atenda as recomendações dos órgãos de saúde, inclusive quanto a treinamento remoto, se for necessário”.

Isto posto, conhecemos da impugnação apresentada pela empresa supramencionada, para, no mérito, negar-lhe provimento, nos termos da legislação pertinente. Dê-se ciência ao peticionante do conteúdo deste expediente, com a publicação no sistema, vinculando os participantes e a administração.

Maceió, 27 de maio de 2020.

FERNANDO ANTÔNIO VASCO DE SOUZA
Pregoeiro