



Secretaria de Administração

PREGÃO Nº 140/2013 – Contratação de empresa especializada em telecomunicações para prestação de serviço de telefonia móvel pessoal - SMP, no âmbito da Administração Direta e Indireta do Município de Joinville.

Trata-se de impugnação interposta, tempestivamente, pela empresa Telefônica Brasil S/A que interpôs aos 30 dias de setembro de 2013 às 18:15h, impugnação ao Edital de **PREGÃO Nº 104/2013**, em face do ato convocatório, que tem por objeto a **Contratação de empresa especializada em telecomunicações para prestação de serviço de telefonia móvel pessoal - SMP, no âmbito da Administração Direta e Indireta do Município de Joinville.**

A impugnante questiona alguns itens do edital, do qual passamos a expor a seguir.

É o relatório.

I – DA ADMISSIBILIDADE DA IMPUGNAÇÃO

Preliminarmente cabe mencionar que o edital estabeleceu os requisitos para interposição das impugnações, sendo estes pressupostos de admissibilidade, sendo que a impugnante atendeu tais pressupostos.

A respeito da admissibilidade, vejamos o que diz o edital:

12.1.2 - As impugnações poderão ser protocolizadas através do e-mail suprimentos@joinville.sc.gov.br, em documento digitalizado (PDF, JPG) devidamente assinado ou com assinatura digital certificada pelo ICP – Brasil, acompanhado da procuração respectiva.

12.2 - Não serão conhecidas as impugnações e os recursos apresentados fora do prazo legal e/ou subscritos por representante não habilitado legalmente ou não identificado no processo para responder pelo proponente.



Secretaria de Administração

Assim sendo, analisamos o mérito das razões interpostas.

II – DO MÉRITO

Analisando os termos da Impugnação vemos os itens questionados pela impugnante:

1. Esclarecimento quanto ao custo zero do AD e DSL, na planilha de preços.

A impugnante requer que seja suprimida a previsão do “custo zero” da planilha presente no ANEXO I – Quadro de Quantitativos e Especificações Mínimas dos Itens e Valores Máximos Admitidos e do Anexo II – Modelo de Proposta de Preços referente à AD1, AD2, DSL1 e DSL2.

Observando os orçamentos enviados para a composição da média e como consequência o valor máximo admitido, notou-se que a impugnante ao enviar o orçamento cotou o valor R\$ 0,0 para a AD1, AD2, DSL1 e DSL2, assim como as demais empresas.

Conforme Decreto nº 20.762 de 07 de junho de 2013 que aprovou a Instrução Normativa nº 1/2013, a pesquisa de preço para a identificação do valor máximo estimado, deve ser compatível com os valores praticados na região, a partir da média de três orçamentos, ou seja, a Administração utilizou-se dos valores presentes nos orçamentos das empresas.

Vejamos o que diz o artigo 6º da Instrução Normativa:

Art. 6º

1º A requisição deverá ser acompanhada de:

...
b) pesquisa de mercado para a identificação do valor máximo estimado e consolidação dos preços resultantes da pesquisa em planilha. Os preços devem ser compatíveis aos praticados na



Secretaria de Administração

região à época da licitação. A pesquisa de preços deverá ocorrer através de 3 (três) orçamentos válidos.

Vejamos ainda o que cita o artigo 15, §1º da Lei 8.666/93:

§ 1º O registro de preços será precedido de ampla pesquisa de mercado.

Assim, permanece esse item inalterado, tendo em vista que o valor máximo estimado é resultante da pesquisa de preços.

2. Esclarecimento quanto à tarifa de roaming internacional de voz. Necessidade de cotação em planilha e de especificação dos países onde os serviços serão utilizados:

A impugnante requer que seja incluída na planilha, além da cotação do tráfego internacional em reais, a descrição dos países onde os serviços serão utilizados, uma vez que não há detalhamento dos países possivelmente visitados, alega ainda que para que os serviços de SMP possam ser prestados em roaming internacional, o órgão deve informar os valores em reais que terá em reserva para gastar, uma vez que a cobrança da tarifação do roaming muda dependendo do país visitado, de onde serão recebidas as ligações.

Observando o instrumento convocatório, nota-se nitidamente que foram indicados nas planilhas, os valores estimados para fins de reserva orçamentária para os serviços de roaming internacional, diante da dificuldade em apresentar a cotação de tais ligações, em função de que não há previsão dos destinos das viagens corporativas a serem realizadas pelos membros do governo nos próximos anos, e ainda devido à suas características peculiares de faturamento em moeda estrangeira, e às dificuldades de elaboração de planilhas de formação de preços em moeda nacional.



Secretaria de Administração

3. Prazo Exíguo para Habilitação e Fornecimento dos Equipamentos e Chips.

Alega a impugnante que o prazo máximo de 15 (quinze) dias úteis indicado no item 14.2 do Edital, para entrega dos chips/linhas, dos aparelhos smartphones, dos aparelhos celulares e dos aparelhos mini-modem, é insuficiente.

Vejamos o que cita o item 14.2 do edital:

14.2 – O prazo de entrega das chips/linhas, dos aparelhos smartphones, dos aparelhos celulares e dos aparelhos mini-modem, será de 15 (quinze dias) úteis a partir da assinatura do contrato e formalização do pedido através da ordem de serviço, **podendo ser prorrogado uma única vez por igual período devidamente justificado e aceito pela Administração**, devendo todas as linhas/chips estarem em operação plena, incluindo a portabilidade.

Ora, é importante elucidar que é dever do Administrador Público garantir contratação vantajosa, a fim de que seja preservado o interesse da coletividade, haja vista que tal interesse sempre vai ser sobrepor ao interesse de particulares, sendo que podemos observar no item citado, que o prazo de 15 dias úteis poderá ser prorrogado uma única vez por igual período devidamente justificado e aceito pela Administração Pública.

Assim, permanece esse item inalterado, tendo em vista que entende-se esse ser um prazo razoável para o atendimento.

4. Prazo Exíguo para assinatura do contrato

A impugnante questiona que o prazo para assinatura do contrato é curto devido à logística do mercado de telecomunicações.



Secretaria de Administração

Não há nas razões da impugnante nenhum motivo válido que ampare sua tese referente ao curto prazo (5 dias) para assinatura do contrato. Cabe ainda ressaltar que em havendo a ocorrência de motivo justificado e aceito pela Administração, o prazo poderá ser prorrogado conforme previsto no § 1º do Art. 64 da Lei 8.666/93.

Desse modo, permanece inalterado o dispositivo do edital que disciplina o prazo para assinatura do contrato.

5. Desnecessidade de envio de documentos como condicionante ao pagamento pela prestação de serviços.

Questiona a impugnante que a exigência de envio das faturas conjuntamente com a documentação torna a logística da operadora bastante equívoca, sendo necessário, um grande aparato humano e administrativo para atendimento deste item.

Com relação a alegação da impugnante, quanto a apresentação das negativas fiscais (Federal, Estadual, Municipal, FGTS e INSS e Certidão de Débitos Trabalhistas), verifica-se que tal exigência está amparada no art. 55 da Lei 8.666/93:

"XIII - a obrigação do contratado de manter, durante toda a execução do contrato, em compatibilidade com as obrigações por ele assumidas, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação."

Portanto, apresentação das certidões negativas, continuam exigidas, mas sem o condicionamento do pagamento mediante a apresentação das mesmas.

E ainda, mesmo que possam ser extraídas tais certidões pela internet, a comprovação da regularidade das negativas não é função da Prefeitura fazê-la, e sim, da empresa contratada, conforme item 17.5 do edital, e como a própria impugnante afirma em sua impugnação tais negativas podem ser retiradas da internet ou seja, havendo facilidade na emissão das certidões negativas de forma online, não prospera a



Secretaria de Administração

alegação da impugnante de que dificulta a logística da empresa, sendo necessário um grande aparato humano e administrativo.

6. Multas do Ato Convocatório e do Contrato Fixadas em Percentual Excessivo. Razoabilidade e Proporcionalidade Limitadores do Valor da Cláusula Penal:

A impugnante questiona o item 18.1 “a” “b” e “c” do Edital, (bem como aCláusula Décima Segunda do Anexo V – Minuta de Contrato) alegando o valor de multa desproporcional ao dano eventualmente causado, alegando que o limite razoável para penalidades desta natureza é até 10% do valor da proposta.

Analisando tal alegação, verificamos que houve um equívoco por parte da impugnante, quanto ao item citado, verificamos que as alíneas “a” “b” e “c” referente a esse assunto, se referem item 18.2, assim informamos que, a fixação do valor de multas encontra-se no âmbito de discricionariedade do Administrador. Vale dizer: pode a Administração fixar o valor da multa aplicada, utilizando-se de critérios que considere mais adequados para sancionar o inadimplemento contratual. De acordo com a consultoria Zênite:

“EMENTA: Contrato – Sanções – Critérios para aplicação de multas moratória e compensatória. LEGISLAÇÃO APLICÁVEL: Arts. 86 e 87 da Lei nº 8.666/93.

1. Não há um critério legal a ser utilizado pela Administração para fixação, no instrumento convocatório, das multas moratória e compensatória. O percentual aplicável a cada caso concreto será alvo de apreciação discricionária, dentro dos limites da razoabilidade e da prática de mercado”.

Esse valor das multas, a ser discricionariamente determinado pela Administração, também não tem limite expresso na lei. Os artigos 86 e 87 da Lei nº. 8.666/93 referem-se tão somente à “*forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato*”. Sua fixação, portanto, deve ser orientada pela razoabilidade e pela prática de mercado.



Secretaria de Administração

A suposta limitação a 10% (dez por cento) defendida pela impugnante, não se aplica à contratação que se pretende realizar, por destinar-se apenas a disciplinar os contratos de mútuo. Nas palavras de Arnaldo Wald:

"A tese dominante atualmente é no sentido de restringir a aplicação do texto do Decreto nº. 22.626 aos contratos de mútuo, por se referir a lei mencionada à usura e à limitação dos juros, visando evitar que, sob forma de cláusula penal, pudesse ser cobrada uma taxa usurária"¹

No mesmo sentido é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

*"Embargos à execução. Multa. Limitação. Precedentes.
1. Já decidiu esta Corte que o "Decreto 22.626, como lei especial, só tem aplicação ao mútuo, não limitando a pena convencional prevista no art. 920 do Código Civil", para concluir que "a cláusula penal prevista em contratos não regidos por norma especial só encontra limite no artigo 920 do Código Civil" (EDclREsp nº 85.356/SP, Relator o Senhor Ministro Eduardo Ribeiro, DJ de 29/11/99)."(REsp 151.458-RS. Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, j. 08/11/2002)*

A limitação prevista no Código Civil, a que se refere o acórdão citado, corresponde à previsão do art. 412 do Código Civil atualmente em vigor, que restringe o valor da cominação imposta na cláusula penal ao valor da obrigação principal. Portanto, ainda que se sustentasse que essa limitação seria aplicável também aos contratos administrativos, a previsão do instrumento convocatório mostra-se muito inferior a esse limite.

Não sendo legalmente definido, nem encontrando limitações ou balizamentos estabelecidos para a sua definição, cabe à Administração determinar o valor das multas aplicáveis com base nas práticas usuais no mercado e tendo em vista os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

¹ *Obrigações e Contratos*. v. II. 13ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 130.



Secretaria de Administração

Para verificar os valores das penalidades usualmente adotados nas práticas de mercado, foram consultados editais com objeto semelhante ao da licitação em tela.

Desse modo, foi possível constatar que o valor determinado de 15% (quinze por cento) sobre o valor do contrato não se mostra destoante das práticas usuais. O Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina, no edital de Pregão Presencial nº. 035/2012 para contratação de serviços de telefonia, estipulou, a título de sanção pelo atraso injustificado ou pela inexecução total ou parcial do contrato, multa de até 20% (vinte por cento) sobre o valor do contrato.

De modo análogo, o Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo, no edital de Pregão Presencial nº. 35/2010 também para a contratação de serviços de telefonia móvel pessoal, previu a possibilidade de aplicação de multa de até 30% (trinta por cento) sobre o valor da obrigação.

Ademais, para a fixação da multa, é de se ressaltar, ainda, que o seu valor não pode ser ínfimo, visto seu viés repressivo às condutas lesivas à Administração e de desestímulo à inexecução contratual, demandados pela supremacia do interesse público sobre o interesse particular, assim como seu caráter compensatório em razão de possíveis perdas e danos diretos causados por eventuais atrasos ou inadimplementos contratuais.

Demonstra-se, assim, que não há ilegalidade ou excessividade no valor das multas previstas no edital, que se coadunam com os valores utilizados no mercado para contratações semelhantes.

7. Esclarecimentos quanto ao CNPJ da Nota Fiscal e dos Documentos de Habilitação e da Proposta de Preços:

A impugnante requer que seja retificado o edital permitindo que o CNPJ das notas fiscais bem com o contrato firmado seja com a filial da licitante, onde os serviços



Secretaria de Administração

serão efetivamente prestados, mas que na fase de habilitação e oferecimento de propostas sejam exigidos tão somente os documentos da matriz.

Ora, em nenhum momento o instrumento convocatório inibe a participação de matriz com fornecimento de filial, prova disso é que o item 9.5 "c" que prevê a apresentação de documentos caso a empresa participe da licitação com a matriz e executar o serviço pela filial.

Vejamos:

9.5 – Sob pena de inabilitação, nos documentos a que se refere o subitem 9.2 deste edital deverão constar o nome/razão social do proponente, o número do CNPJ e o respectivo endereço, observado que se o proponente for:

- a) matriz, todos os documentos deverão estar em nome da matriz;..
- b) filial, todos os documentos deverão estar em nome da filial;
- c) a matriz, e o fornecimento for realizado pela filial, os documentos exigidos neste Edital deverão ser apresentados em nome da matriz e da filial, simultaneamente, e nos casos de documentos que consolidam informações de matriz e filias poderão ser apresentados de forma unificada.

Vejamos trecho do Relatório do Acórdão nº 3056/2008 – Plenário do Tribunal de Contas da União:

(...) se a matriz participa da licitação, todos os documentos de regularidade fiscal devem ser apresentados em seu nome e de acordo com o seu CNPJ. Ao contrário, se a filial é que participa da licitação, todos os documentos de regularidade fiscal devem ser apresentados em seu nome e de acordo com o seu próprio CNPJ.

(...)

Destaca-se, ainda, que há certos tributos, especialmente em relação ao INSS e ao FGTS, cuja arrecadação pode ser feita de forma centralizada, abrangendo, portanto, matriz e filiais. Se assim o for, tais certidões, mesmo as apresentadas pelas



Secretaria de Administração

filiais, são expedidas em nome da matriz, sem que nisto haja qualquer ilegalidade.

E ainda item 20 do Relatório anteriormente citado:

... tanto a matriz, quanto à filial, podem participar de licitação e uma ou outra pode realizar o fornecimento, haja vista tratar-se da mesma pessoa jurídica. Atente-se, todavia, para a regularidade fiscal da empresa que fornecerá o objeto do contrato, a fim de verificar a cumprimento dos requisitos de habilitação.

Posicionamento do STJ exarado no REsp. nº 900.604/RN:

“MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. HABILITAÇÃO SOMENTE DA MATRIZ. REALIZAÇÃO DO CONTRATO POR FILIAL. IMPOSSIBILIDADE. ARTIGO 29 , II E III , DA LEI DE LICITAÇÕES MATÉRIA FISCAL. DOMICÍLIO TRIBUTÁRIO. ARTIGO 127 , II , CTN . I Constatado que a filial da empresa ora interessada é que cumprirá o objeto do certame licitatório, é de se exigir a comprovação de sua regularidade fiscal, não bastando somente a da matriz, o que inviabiliza sua contratação pelo Estado”

É claro que, quanto a apresentação da documentação no que tange à habilitação jurídica, qualificação econômico-financeira, além das certidões regularidade relativa à Seguridade Social – INSS e ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço – FGTS, ou seja, todos os documentos que de alguma forma consolidam informações de matriz e filial pode ser apresentados de forma unificada.



Secretaria de Administração

III – DA CONCLUSÃO

Após análise e com base na fundamentação supra, decido conhecer e, no mérito, **INDEFERIR** a impugnação em epígrafe interposta pela empresa TELEFÔNICA BRASIL S/A, mantendo-se todos os itens do Edital.

Joinville, 02 de outubro de 2013.



Miguel Angelo Bertolini

Secretário de Administração



Daniela Civinski Nobre

Diretora Executiva



Jessica de Arruda de Carvalho

Pregoeira