



SEÇÃO JUDICIÁRIA DE RONDÔNIA

DECISÃO

Trata-se de Impugnação ao Edital do Pregão Eletrônico n. 05/2017, entregue por meio digital (e-mail) no dia 10/05/2017, interposta pela empresa CLARO S.A., sociedade por ações, com sede na Rua Flórida, 1970, Cidade Monções, cidade de São Paulo, Estado de São Paulo, inscrita no CNPJ sob o n. 40.432.544/0001-47, conforme documento juntados nestes autos (4038964).

A competência de receber, analisar e decidir as impugnações apresentadas ao edital de licitação é do pregoeiro, apoiada pelo setor técnico, conforme art. 11, II, e art. 18, §1º, do Decreto n. 5.450/2005 e item 93 (Seção XIX) do referido edital.

Primeiramente, cumpre-nos informar que o presente certame rege-se pelas normas pertinentes às licitações em geral, notadamente o Pregão Eletrônico (Lei n. 10.520/2012 e Decreto n. 5.450/2005), e em sua fase interna foi objeto de criterioso trabalho desenvolvido pela área demandante, quando da elaboração do Termo de Referência, bem como da Seção de Licitações e Contratos na elaboração do Edital.

Assim, na busca de que o procedimento licitatório transcorra da forma mais escorreita possível, bem como visando possibilitar a participação do maior número possível de licitantes, deve-se buscar conciliar as peculiaridades do objeto a ser contratado com as exigências legais e demais normas específicas.

Pois bem. Passo analisar e decidir as questões impugnadas pela empresa por meio dos tópicos abaixo:

I - DOS ATRASOS NOS PAGAMENTOS

Pugna a empresa, em síntese, que a aplicação da multa por falta de pagamento para dos serviços de telefonia móvel pessoal, em que a contratada não tenha incorrido para tanto, não pode ser de outra forma que o determinado na Portaria n. 1.960/1996, do Ministério das Comunicações, aplicada de forma isonômica por todas as operadoras, ou seja, estipulação contratual de aplicação de multa de 2% sobre o valor do débito e os juros moratórios determinados pela Lei Brasileira.

A Portaria n. 1.960/1996, do Ministério das Comunicações, estipula tão somente, limite percentual máximo de 2% (dois por cento) de multa por atraso de pagamento de conta a ser estipulados aos Serviços Públicos de Telecomunicações. Entretanto, a própria portaria disciplina que percentuais inferiores poderão ser aplicados.

Desta forma, a descrição contida no item 19.5 do Anexo I - Termo de Referência - do referido edital atende perfeitamente as orientações e determinações reiteradas do Tribunal de Contas da União quanto aos limites máximos de compensações financeiras e penalizações (encargos moratórios) a que a Administração Pública Federal, na condição de Contratante, deverá repassar à Contratada nos casos de atrasos nos pagamentos.

Nessas circunstâncias, como o Edital e o contrato são elaborados unilateralmente pela Administração - conforme dispõe o art. 40 e seus §§, da Lei n. 8.666/93 - ao qual o licitante adere com a apresentação da proposta, não é razoável que sejam estabelecidas penalidades contra a Administração, mas sim a previsão de cláusulas obrigatórias que assegurem a regular execução do objeto do contrato pelas partes, com a justa remuneração a prestação dos serviços.

Nesse sentido o TCU já fixou entendimento por intermédio das Decisões nº 585/94 – Plenário, nº 197/97 – Plenário e nº 454/98, dos quais transcrevo os excertos abaixo:

Decisão nº 585/94 - Plenário

“(…) h - **evitar a inclusão nos instrumentos contratuais de cláusulas prevendo aplicação de multa moratória** ao (...) por atraso no pagamento de importâncias eventualmente devidas, por tal procedimento contrariar jurisprudência consolidada firmada por esta Corte sobre o assunto, que não admite a imputação de tal penalidade e sua previsão em contratos por falta de amparo legal, ante o seu caráter punitivo (Ata nº 45/90, Anexo XXII; Ata nº 60/90, Anexo VI; Ata nº 48/90, Anexo VI; e Ata nº 23/92, Decisão nº 246/92 - Plenário). (...)” **(grifos nossos)**

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.” **(grifos nossos)**

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.**" (...)” **(grifamos)**

Portanto, em face a perfeita previsão editalícia quanto aos procedimentos de atrasos nos pagamentos, com base na legislação vigente e decisões do TCU, rejeito a presente impugnação a este item, mantendo inalterado o edital.

II - DO REPASSE DA REDUÇÃO DO VALOR DE TARIFAS

A empresa impugnante sugere que seja suprimida do instrumento convocatório o dispositivo constante item 20.4 do Anexo I - Termo de Referência - do referido edital, por meio do qual a Justiça Federal de Rondônia determina que “Na eventualidade de a ANATEL determinar a redução no valor de tarifas dos serviços objeto do contrato, a CONTRATADA deverá, obrigatoriamente, comunicar o fato imediatamente ao CONTRATANTE e repassar a redução correspondente nas próximas faturas.”. Alega a impugnante que tal disposição afetaria o equilíbrio econômico-financeiro entre as partes, haja vista que as negociações de preços seriam específicas para cada licitação.

Trata-se de medida protetiva do interesse público, pois o não repasse de reduções de valores, eventualmente determinados pela ANATEL, ao longo do período da contratação, os quais impactam na redução de preços contratados pelos demais usuários (novos ou existentes) para clientes de perfil e porte similares ao da Administração, afetaria o equilíbrio da contratação contra a Administração, visto que os preços oferecidos nos certames licitatórios e os contratualmente vigentes devem corresponder aos praticados no mercado.

A Lei n. 8.666/96, em seu art. 58, estabelece prerrogativas à Administração nos

contratos públicos, a fim de garantir, entre outros, a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, de forma que poderá modificá-lo, unilateralmente, para atingir os fins do interesse público. Vejamos:

Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de:

I- **modificá-los, unilateralmente**, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado;

(...)

§ 2º Na hipótese do inciso I deste artigo, as **cláusulas econômico-financeiras do contrato deverão ser revistas para que se mantenha o equilíbrio contratual**. (grifamos)

Ademais, o direito ao equilíbrio econômico-financeiro não assiste apenas ao Contratado, na sua forma de reajuste, que no presente caso é estabelecido pela variação anual do Índice de Serviços de Telecomunicações (IST), nos termos estabelecidos na Cláusula Oitava da Minuta do Contrato - Anexo III do edital. A Administração Contratante deve ser vigilante quanto aos preços contratados em relação ao praticado no mercado, a fim de restabelecer as condições inicialmente pactuadas, para a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro original, quando decorrentes de fatos imprevisíveis, de casos fortuitos ou de força maior ou, ainda, de fato do príncipe (que é o caso em discussão – redução de tarifa pela ANATEL), conforme preconiza a alínea “d”, inciso II, art. 65 da Lei n. 8.666/93.

Desta forma, tanto as reduções quanto os aumentos obrigatórios de tarifas, determinados pela Agência Reguladora, deverão ser devidamente compensados nos preços contratados, na mesma proporção da variação tarifária oficial, mediante prévio ajuste por meio de Termo Aditivo, com efeitos financeiro a data do fator gerador.

Portanto, rejeito a presente impugnação a este item, mantendo inalterado o edital. Por fim, ressalte-se que este caso em questão se trata de revisão contratual, não tendo relação nenhuma com a alteração dos quantitativos contratados, conforme expresso no §1º do art. 65 da Lei 8.666/93, o qual a impugnante erroneamente fundamentou as suas razões.

III - DO GESTOR *ON LINE*

A empresa impugnante afirma que o Edital estabelece planilha de preço máximo pelo qual as operadoras deverão basear-se para oferecer seus lances. Afirma ainda que estimativa de preço do serviço "*Gestor online*" está abaixo dos valores atuais praticados no mercado. Por fim, requer a revisão dos valores estimados pela Administração para este item, para que as empresas possam atender os requisitos do Edital de maneira exequível.

Primeiramente, esclarecemos que os preços unitários e totais estimados para os serviços a serem contratados, nos termos da planilha orçamentária - Anexo I do Termo de Referência (Anexo I do Edital) são considerados preços médios ESTIMADOS e NÃO MÁXIMOS, como pensa ser a impugnante. Com isso, não impede que os licitantes participantes ofertem propostas com valores unitários e totais acima dos estimados pela Administração.

Ademais, na Seção IX do Edital, prevê que o pregoeiro durante a sessão pública poderá realizar as negociações que julgar necessárias com vistas a obtenção da proposta mais vantajosa para a Administração, reguardando, inclusive a possibilidade de aceitar eventuais valores unitários e totais acima do estimado, tendo como prerrogativa a realização de diligências, a fim de analisar as condições atuais de mercado, verificando as causas de eventuais oscilações de mercado que por ventura provoquem a elevação dos preços, podendo, ainda, conceder ao licitante o direito de comprovar as

razões pelas quais sua proposta apresenta preço superior valor estimado.

Entretanto, especificamente quanto ao item de serviço questionado pela empresa impugnante (Assinatura Gestor Online), o valor unitário estimado pela Administração foi de R\$ 0,01/por linha/por mês. A estimativa foi baseado em propostas obtidas diretamente com operadoras de telefonia, contratações recentes de outros órgãos federais e o atual contrato da Seção Judiciária de Rondônia, de forma que valores muito acima e muito abaixo da média foram desprezados, resultando, portanto, na média ponderada, obedecendo as orientações contidas em decisões reiteradas do Tribunal de Contas da União, com o objetivo de obter preços referenciais próximos aos praticados e efetivamente contratados no mercado. Senão vejamos:

Acórdão 2014/2007 Plenário (Sumário)

É imprescindível a fixação, no edital, dos critérios de aceitabilidade de preços unitários e globais, em face do disposto no art. 40, inciso X, c/c o art. 43, inciso IV, da Lei nº 8.666/1993. Não é possível licitar obras e serviços sem que o respectivo orçamento detalhado, elaborado pela Administração, esteja expressando, com razoável precisão quanto aos valores de mercado, a composição de todos os seus custos unitários, nos termos do art. 7º, § 2º, inciso II, da Lei nº 8.666/1993, tendo-se presente que essa peça é fundamental para a contratação pelo preço justo e vantajoso, na forma exigida pelo art. 3º da citada lei.

Acórdão 1375/2007 Plenário (Sumário)

Ateste a compatibilidade dos preços apresentados pelo licitante vencedor com os de mercado, e que também proceda ao confronto dos valores cotados com aqueles praticados por outros órgãos da Administração para os iguais serviços, a fim de, se for o caso, validar os valores a serem aceitos na contratação, conforme previsto no art. 43, inc. IV, da Lei nº 8.666/1993. Especificações imprecisas, inadequada pesquisa de preços, desclassificação de empresa sem apontar todos os itens do edital não atendidos, incoerência nas respostas apresentadas pelo pregoeiro, adjudicação à empresa vencedora com valores significativamente superiores aos ofertados pela recorrente levam à determinação de anulação do edital.

Acórdão 265/2010 Plenário

Realize detalhada estimativa de preços com base em pesquisa fundamentada em informações de diversas fontes propriamente avaliadas, como, por exemplo, cotações específicas com fornecedores, contratos anteriores do próprio órgão, contratos de outros órgãos e, em especial, os valores registrados no Sistema de Preços Praticados do SIASG e nas atas de registro de preços da Administração Pública Federal, de forma a possibilitar a estimativa mais real possível, em conformidade com os arts. 6º, inciso IX, alínea “f”, e 43, inciso IV, da Lei nº 8.666/1993.

Portanto, considerando que a formação dos preços unitários e totais estimados pela Administração obedeceu a legislação vigente e as decisões do TCU, bem com a discricionariedade do pregoeiro quanto a aceitabilidade dos valores ofertados no certame, rejeito a presente impugnação a este item, mantendo inalterado o edital.

IV - CONCLUSÃO

Ante a fundamentação exposta, recebo a presente impugnação, por ser tempestiva, nos termos do item 93 do referido edital e art. 18, caput, do Decreto n. 5.450/2005, e no mérito, **julgo improcedente todas as questões de impugnações apresentada.**

Considerando que a presente decisão não acarretou qualquer alteração no presente Edital de Licitação, será mantida a data prevista para a Sessão Pública (16/05/2017, às 09h30, horário oficial de Brasília/DF), nos termos do § 4º, do artigo 21 da Lei n. 8.666/93. A decisão será disponibilizada nos sítios eletrônicos do COMPRASNET e da Justiça Federal de Rondônia.

Porto Velho, 11 de maio de 2017.

ALEX CORREA DE LELES
Pregoeiro Oficial



Documento assinado eletronicamente por **Alex Correa de Leles, Analista Judiciário**, em 11/05/2017, às 15:23 (horário de Brasília), conforme art. 1º, III, "b", da Lei 11.419/2006.



A autenticidade do documento pode ser conferida no site <http://portal.trf1.jus.br/portaltrf1/servicos/verifica-processo.htm> informando o código verificador **4039364** e o código CRC **B1656AF0**.

Av. Presidente Dutra, 2203 - Bairro Centro - CEP 76805-902 - Porto Velho - RO - <http://portal.trf1.jus.br/sjro/>
0000700-35.2017.4.01.8012

4039364v33