DECISÃO DE IMPUGNAÇÃO- PREGÃO ELETRÔNICO CAU/MG Nº 04/2018

Impugnante: TELEMAR NORTE LESTE S/A - CNPJ sob o nº 33.000.118/0001-79

1 - Do Resumo dos Fatos.

A empresa TELEMAR NORTE LESTE S/A, apresenta impugnação ao Edital de Pregão Eletrônico nº 004/2018.

I - SOBRE A EXIGÊNCIA DE CONSULTA A DETERMINADOS CADASTROS NÃO PREVISTOS EM LEI

Questionam-se os itens 8.1.1, 8.1.2 , 8.1.3 e 8.1.4 do Edital, sob o argumento de que uma vez consultado os sistemas de registro de sanções (SICAF, CEIS, CNJ e Lista de inidôneos do TCU), na hipótese de qualquer penalidade nestes inscrita, tornará a empresa licitante com penalidade existente, impedida de participar do certame.

Em suas razões explica que não se pode admitir este tipo de entendimento extensivo, pois seria o mesmo que admitir que empresas suspensas de licitar com a administração pública, estrariam impedidas de participar.

Ante o exposto, requer a exclusão ou adequação dos itens em comento.

II - REGULARIDADE JUNTO AO CADIN COMO CONDIÇÃO PARA CONTRATAÇÃO

Questiona que o Item 12.2 do Edital determina que, previamente à contratação, a Administração realizará consulta "online" ao SICAF, bem como ao Cadastro Informativo de Créditos não Quitados – CADIN, cujos resultados serão anexados aos autos do processo. Que o presente Edital estipula como condição para a celebração definitiva do contrato a comprovação referente ao CADIN (Cadastro Informativo de créditos não quitados do setor público federal).

Ante o exposto, requer a exclusão do Item do Edital, ou ainda, que se esclareça o referido item para que a inexistência de registro no CADIN não seja considerada condição para a celebração do contrato na presente licitação, posto que tal imposição não encontra consonância com a disposição do art. 6º, inciso III, da Lei n.º 10.522/2002, conforme se percebe de firme posicionamento do STF e do TCU.

III - DAS PENALIDADES EXCESSIVAS

Questiona que os itens 11.2.2.3 e 11.2.2.4 do Termo de Referência determinam a aplicação de multa até 25% (vinte e cinco por cento) sobre o valor total do contrato e 30%(trinta por cento) sobre o valor mensal do contrato, o que extrapola o limite de 10% (dez por cento) sobre o valor do contrato estabelecido pelo Decreto n.º 22.626/33, em vigor conforme Decreto de 29 de novembro de 1991.

Por todo o exposto, requer a adequação do item em, comento, para que as multas aplicadas observem o limite de 10% (dez por cento) sobre o valor do contrato.

IV - GARANTIAS À CONTRATADA EM CASO DE INADIMPLÊNCIA DA CONTRATANTE

Questiona o item 16.14 quanto à taxa de compensação financeira.

Pelo exposto, infere que se faz necessária a adequação do item em comento, 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.

V - REAJUSTE DOS PREÇOS

Questiona o item 7.1, especificamente o prazo de reajuste a ser fixado em 36 meses e o índice a ser aplicado, qual seja, o IPC-A.

Ante o exposto, requer a alteração da previsão contratual.

VI - PAGAMENTO VIA NOTA FISCAL COM CÓDIGO DE BARRAS

Questiona o item 16.1, que estabelece que o pagamento deverá ser realizado por depósito de crédito em conta corrente, mediante ordem bancária.

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

É o relatório, decido.

2 – DA TEMPESTIVIDADE.

A presente impugnação foi apresentada dentro do prazo previsto no item 18.1 do Edital de Licitação, tempestiva, portanto.

Assim, conheço da impugnação apresentada.

3 – ANÁLISE DOS FATOS

I – SOBRE A EXIGÊNCIA DE CONSULTA A DETERMINADOS CADASTROS NÃO PREVISTOS EM LEI

Insurge-se, neste item, sobre a possibilidade de a existência de "qualquer penalidade" constante nos cadastros a que se referem os Subitens 8.1.1, 8.1.2, 8.1.3 e 8.1.4 do Edital ser adequada à proibição da participação de licitante neste certame.

De fato, não é toda e qualquer penalidade inscrita naqueles cadastros Itens 8.1.1, 8.1.2, 8.1.3 e 8.1.4 do Edital) idônea à supressão do direito de participação neste processo licitatório, o que envolve, inclusive, a diferenciação apontada pelo Impugnante acerca dos conceitos de Administração e Administração Pública e a abrangência das penalidades previstas no artigo 87, incisos III e IV.

Com efeito, coaduna com tal entendimento a dicção do Item 8.1 do Edital ao lançar mão da específica "*existência de sanção que impeça a participação no certame ou futura contratação*". Segue o supracitado item 8.1:

> **8.1 Além das condições constantes do Termo de Referência (Anexo I), como condição prévia ao exame da documentação de habilitação do licitante detentor da proposta classificada em primeiro lugar, o pregoeiro verificará o eventual descumprimento das condições de participação, especialmente quanto à existência de sanção que impeça a participação no certame ou a futura contratação, mediante a consulta aos seguintes cadastros:**

A "*existência de sanção que impeça a participação no certame ou futura contratação*" exige, portanto, análise casuística a qual, por óbvio, não poderá negar vigência às previsões do ordenamento jurídico pátrio e tampouco contrariar entendimento jurisprudencial pacífico sobre a temática.

Destarte, considerando o quanto supra exposto, deve restar afastada a necessidade de exclusão ou adequação dos Subitens objeto desta impugnação específica.

II – REGULARIDADE JUNTO AO CADIN COMO CONDIÇÃO PARA CONTRATAÇÃO

Neste ponto, insurge o Impugnante acerca da suposta previsão Editalícia sobre a necessária regularidade para com o CADIN (Cadastro Informativo de créditos não quitados) como condição para a celebração definitiva do contrato.

A respeito do tema, o Edital dispôs da seguinte forma, no seu Item 12.2:

> **12.2** Previamente à contratação, a Administração realizará consulta ao SICAF, bem como ao Cadastro Informativo de Créditos não Quitados – CADIN, cujos resultados serão anexados aos autos do processo, para verificação de eventuais irregularidades e impedimentos.

Da análise do trecho, resta claro que a consulta ao sistema alhures será anexada aos autos tão somente para a verificação de eventuais irregularidades e impedimentos, propiciando ao Ente Licitante um maior conjunto de informações acerca das declarações, certidões e dados do Licitante.

Aliás, tal consulta é inclusive obrigatória conforme artigo 6º, III da Lei nº 10.522/2002:

> *Art. 6º É obrigatória a consulta prévia ao Cadin, pelos órgãos e entidades da Administração Pública Federal, direta e indireta, para:*
> *III - celebração de convênios, acordos, ajustes ou contratos que envolvam desembolso, a qualquer título, de recursos públicos, e respectivos aditamentos.*

No mesmo sentido, o entendimento do Tribunal de Contas da União:

> *O fato de a empresa estar inscrita no Cadin não significa estar impossibilitada de ser contratada ou ter a prorrogação de seu contrato. Contudo,* ***tal situação pode servir de alerta à administração no sentido de refinar consultas, de forma a comprovar a capacidade e a presença de impeditivos à continuidade do contrato****.*
> *(Acórdão 1134/2017-Plenário).*

Destarte, verificada a ausência de mácula no Item 12.2 do Edital, a rejeição da impugnação, neste ponto, é medida que se impõe.

III – DAS PENALIDADES EXCESSIVAS

Aqui, o Impugnante se insurge contra o *quantum* das multas previstas nos Subitens 11.2.2.3 e 11.2.2.4, quais sejam, respectivamente, 25% sobre o valor total do contrato acaso inexecutada totalmente a obrigação pactuada, e de 10% a 30% sobre o valor mensal do contrato a depender da gravidade detalhada nas Tabelas 1 e 2.

Sobre a temática, vale destacar que a supremacia do interesse público sobre o interesse particular tem o condão de reprimir condutas lesivas à Administração e desestimular a inexecução contratual, possuindo também caráter compensatório em razão de possíveis perdas e danos diretos ao erário.

Por este motivo, ante a necessária preservação do patrimônio da coletividade, a Administração Pública se beneficia das cláusulas exorbitantes exatamente em nome da concretização do interesse público consubstanciado, *in casu*, na ideal prestação dos serviços por ela contratados.

Com efeito, a Lei 8.666/93, no seu artigo 58, inciso IV, garante ao Poder Público a prerrogativa da aplicação de sanções sempre que observadas inexecuções contratuais, sejam elas totais ou parciais.

Contudo, ao dispor sobre a sanção de multa, albergada no artigo 87, II, da Lei 8.666/93, não se previu índices específicos e limitadores da penalidade, ensejando a imposição unilateral do seu percentual em cláusulas contratuais definidas Administração Pública.

Com efeito, o artigo 412 do Código Civil é cristalino ao afirmar que o valor da cominação imposta na cláusula penal (pela mora ou inexecução total e parcial do contrato) só não poderá exceder o *quantum* da obrigação legal.

Neste sentido,

- Considerando a essencialidade do escopo a ser licitado para a prestação do serviço público objeto desta Autarquia;
- Considerando a vigência por 03 anos do contrato, pelo que se impõe a utilização de cláusulas contratuais que visem efetivamente reprimir condutas lesivas à Administração;
- Considerando a ausência de percentual ou limite para a aplicação da penalidade de multa na Lei

de Licitações;

- Considerando a adequação às disposições do artigo 412 do Código Civil e a grande margem e diferença do limite imposto por tal dispositivo;
- Considerando que a multa de 10% a 30% prevista no Subitem 11.2.2.4 tem como base **o valor mensal** do contrato;
- E considerando que a multa de 25% sobre o valor total do contrato, prevista no Subitem 11.2.2.3, somente poderá ser aplicada acaso configurada a grave hipótese da inexecução total do ajuste, o que acarretará em inegáveis prejuízos de toda ordem para o Ente Licitante, bem como para toda a população que precisa de seus serviços a tempo e modo;

Conclui-se como indiscutivelmente razoáveis e proporcionais as multas ora discutidas, não merecendo qualquer reparo.

IV – GARANTIAS À CONTRATADA EM CASO DE INADIMPLÊNCIA DA CONTRATANTE

Neste item, a empresa requer seja alterada o Item 16.14 do Edital para fazer constar a previsão de multa de 2% sobre o valor da fatura do mês de atraso, juros de mora de 1% ao mês, bem como correção monetária pelo IGP-DI, na hipótese de atrasos em pagamentos de responsabilidade da Administração.

Não merece, entretanto, qualquer reparo o referido Item impugnado. Isto porque o Edital está em completa conformidade com o que estabelece o artigo 36, §4º, da Instrução Normativa nº 2 do MPOG.

Segue o dispositivo supracitado:

> *Art. 36. O pagamento deverá ser efetuado mediante a apresentação de Nota Fiscal ou da Fatura pela contratada, que deverá conter o detalhamento dos serviços executados, conforme disposto no art. 73 da Lei nº 8.666, de 1993, observado o disposto no art. 35 desta Instrução Normativa e os seguintes procedimentos*
>
> *§ 4º Na inexistência de outra regra contratual, quando da ocorrência de eventuais atrasos de pagamento provocados exclusivamente pela Administração, o valor devido deverá ser acrescido de atualização financeira, e sua apuração se fará desde a data de seu vencimento até a data do efetivo pagamento, em que os juros de mora serão calculados à taxa de 0,5% (meio por cento) ao mês, ou 6% (seis por cento) ao ano, mediante aplicação das seguintes formulas:*
>
> *I=(TX/100)*
> *365*
> *EM = I x N x VP, onde:*
> *I = Índice de atualização financeira;*
> *TX = Percentual da taxa de juros de mora anual;*
> *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.*

Por esse motivo, deve ser rejeitada a Impugnação quanto a este item.

V – REAJUSTE DOS PREÇOS

No item V, a Impugnante insurge contra dois pontos do Edital: primeiro quanto ao índice de reajuste contratual, qual seja, o IPC-A (IBGE), e segundo em face do suposto necessário reajuste contratual a cada 12 meses. Vejamos:

Ante o exposto, requer a alteração da previsão contratual, 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".

De forma primeva, convém destacar que a contratação objeto da licitação, qual seja, de link de internet dedicada, vigerá, conforme previsão expressa do Edital e Anexos, pelo período de 36 meses ou 03 anos.

Destarte, indiscutivelmente correto que na composição de preços dos proponentes seja considerado o período supracitado, não merecendo, portanto, qualquer reajuste ordinário de valores ao longo da vigência contratual.

Eventuais distorções extraordinárias de preços poderão ser reparadas pelo instituto jurídico do equilíbrio econômico-financeiro, nos termos do artigo 65, inciso II, alínea "d", da Lei 8.666/93.

Noutro giro, destaca-se ser reconhecidamente idôneo o índice IPC-A (IBGE) para a atualização inflacionária de preços, não havendo óbice de qualquer espécie na sua utilização neste Edital de Licitação.

Ademais, repisa-se: eventuais distorções financeiras merecerão o devido reparo através do instrumento constitucional da garantia do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos, não havendo que se falar em prejuízo ao Contratado em caso de prorrogação contratual após os 03 anos da vigência inicial do pacto.

Logo, não merece qualquer reparo o Edital e Anexos quanto ao ponto ora analisado.

VI - PAGAMENTO VIA NOTA FISCAL COM CÓDIGO DE BARRAS

A proposta orçamentária do CAU/MG é independente e não comungamos da sistemática de pagamento do SIAFI como é comentado pelo impugnante. Entretanto, os participantes do certame não necessitam se preocupar como o efetivo pagamento e devem seguir a metodologia que já adotam, qual seja, emissão da fatura para pagamento. Esta prática está sedimentada e é, em sua totalidade, aceita por todos os contratantes deste tipo de serviço, inclusive independentemente da esfera que pertençam.

Ademais, destaque-se que a definição dos procedimentos relacionados à forma de pagamento encontra-se no âmbito do poder discricionário da Administração Pública, atendidas as normas afetas à matéria. As disposições do Edital e da Minuta de Contrato que tratam dos procedimentos de pagamento estão em consonância com normas que regulam o assunto, não cabendo qualquer modificação.

Logo, não merece qualquer reparo o Edital e Anexos quanto ao ponto ora analisado.

4 – CONCLUSÃO.

Pelas razões expostas, não se vislumbra qualquer indício que possa implicar na irregularidade nos termos do Edital do Pregão Eletrônico nº 004/2018, decidindo o pregoeiro por NEGAR PROVIMENTO à Impugnação aviada.

Com efeito, fica inalterada a redação do instrumento convocatório nos pontos mencionados, bem como a data e hora da abertura da sessão pública da licitação em questão.

Belo Horizonte, 18 de setembro de 2018.

FREDERICO CARLOS HUEBRA BARBOSA
PREGOEIRO