+~

****

**À OI MÓVEL S.A.**

Prezados,

Tendo em vista a impugnação impetrada por esta conceituada empresa através do processo administrativo nº 020/006267/2018 ao Edital do PP 048/2018, cujo o objeto é a contratação de empresa especializada em Prestação de Serviços de rede de internet e Multi Protocol Label Switching (MPLS), passa-se à análise do pleito.

**DOS PEDIDOS DE ALTERAÇÃO DO EDITAL/ANEXOS:**

1. **IMPEDIMENTO DE PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS SUSPENSAS DE LICITAR COM A ADMINISTRAÇÃO PUBLICA GERAL.**

Em primeira análise, o item 3.3 citado neste pedido não corresponde ao contexto pleiteado pela empresa. Ao considerar que deve ter ocorrido houve um erro material durante a elaboração do pedido, conforme transcrevo o supracitado item:

**3.3** Não será permitida a participação na licitação de mais de uma empresa sob o controle de um mesmo grupo de pessoas, físicas ou jurídicas, sendo também vedada a participação de licitante que tenha recebido punição de suspensão temporária de participação em licitação ou impedimento de contratar com a Administração, no âmbito da Administração Pública Municipal, Estadual ou Federal, com fulcro no art. 87, III da Lei 8.666/93.

Bem como inexiste no Edital em tela o citado item 3.3.1, logo, fica prejudicada a análise.

**Esclarecemos que o edital foi elaborado com base na minuta-padrão do Município**, com algumas alterações que foram objeto de análise da PGM.

**Portanto reitero que deva ser mantido o que estabelece no item 3 em sua totalidade e indefiro o pedido desde item.**

1. **RETENÇÃO DE PAGAMENTO PELA CONTRATANETE.**

A empresa supracitada menciona neste item há ilegalidade da retenção de pagamento na forma estabelecida no edital através dos itens 21.5 e 22.5.

Sendo assim, submeto o **entendimento do TCU através da resposta ao pedido de impugnação ao pregão eletrônico nº 48/2011 - TCU, onde a mesma empresa (TELEMAR NORTE LESTE S/A) apresentou o mesmo pedido de impugnação e o tribunal conclui-se que:**

**Resposta ao pedido de impugnação – Pregão Eletrônico 48/2011 - TCU:**

“A licitante questiona a respeito da possibilidade de retenção de pagamento na forma do item 7 da Cláusula Sexta da Minuta de Contrato e do item 6 da Cláusula Décima Terceira da Minuta de Contrato. Sustenta ainda que a suspensão do pagamento pelos serviços prestados não consta no rol do art. 87 da Lei n.º 8.666/93, o qual elenca as sanções pela inexecução total ou parcial do contrato. Por fim requer a modificação dos itens supramencionados, no intuito de inviabilizar a retenção dos pagamentos em caso de inadimplência da garantia e de não condicionar o pagamento à comprovação da regularidade fiscal da Contratada.

Em relação aos pontos colacionados é mister conhecer de importante deliberação contida no Acórdão nº 1.299/2006 do Tribunal de Contas da União, que negou provimento ao Recurso de Reconsideração interposto pelo TRT/RJ contra o Acórdão nº 740/2004, mantida, pois, a determinação a esse Tribunal do Trabalho de "efetuar pagamentos decorrentes de obrigações assumidas mediante a verificação da situação da regularidade fiscal do credor, em observância à Decisão nº 705/94 – Plenário (Ata nº 54/94)". Por via de consequência, a partir dessa deliberação, deve a Administração desse Tribunal (SERVINDO TAMBÉM COMO REFERÊNCIA PARA TODOS OS DEMAIS ÓRGÃOS PÚBLICOS) dar eficácia à determinação 9.3.15 do citado Acórdão nº 740/2004, verbis:

*"incluir nos contratos celebrados com terceiros cláusula facultando à Administração a possibilidade de retenção de pagamentos devidos, caso as contratadas não estejam regulares com a seguridade social, em observância ao §3º, do art. 195, da Constituição Federal".*

Nesse ponto, embora a citada jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça vá de encontro ao entendimento do TCU, esse tribunal não é vinculado nem deve obediência aos preceitos estabelecidos pelos demais tribunas, exceto em relação às decisões do Supremo Tribunal Federal que vinculam todos os demais órgãos. Nesse caminho, é firme o entendimento do TCU quanto à possibilidade de reter pagamentos para fazer frente à regularidade da Seguridade Social e do FGTS. Cabe, porém, ressaltar que a retenção exige prudência no sentido de não ser retido mais do que o suficiente para resguardar a Administração, nesse ponto vale citar a lição do prestigioso Marçal Justen Filho (Comentário à Lei de licitações e contratos administrativos. 5. ed. rev. e ampliada. São Paulo: Dialética, 1998. p. 531), vejamos:

*"E se a Administração verificar que o sujeito não liquidou suas dívidas previdenciárias produzidas pela atividade necessária à execução do contrato? Cabe à Administração o dever de promover a retenção dos valores necessários a sua liquidação, pagando ao particular os valores remanescentes."*

Quanto à possibilidade de retenção de que trata o item 7 da cláusula sexta, apenas ocorrerá caso a empresa descumpra o prazo máximo para comprovação da prestação da garantia. E apenas ocorrerá, a título de garantia, podendo ser substituída, a qualquer tempo, por qualquer modalidade de garantia, conforme item 7.2 da mesma cláusula da minuta de contrato. Não se trata, portanto, de penalidade à empresa como alega a impugnante, e, por isso, está de acordo com a jurisprudência.”

**Portanto indefiro o pedido da empresa com base nos dispositivos legais acima mencionados.**

1. **REALIZAÇÃO DE PAGAMENTO MEDIANTE FATURA COM CÓDIGO DE BARRAS.**

Tendo em vista que a aceitação desta forma de pagamento não gera ônus financeiro nem desajustes temporais de tal forma que não se configura hipótese de alterações das propostas. Desta forma, não haverá qualquer dificuldade na execução do pagamento na forma proposta, caso a requerente seja a vencedora do certame, mantendo o previsto no item 22.2.

1. **INDEVIDA APRESENTAÇÃO DE CERTIDOES DE REGULARIDADE MENSALMENTE.**

Reitero o citado no item 2, pautado no §3º, do artigo 195, da Constituição Federal.

1. **DA EXIGÊNCIA DE EMISSÃO DE NOTA FISCAL COM CNPJ DA EMPRESA CONTRATADA**

De acordo com o direito empresarial matriz e filial constituem pessoa jurídica única. No entanto, por força de normativos da Receita Federal do Brasil são cadastradas com CNPJ diferentes, uma vez que poderão estar sujeitas à obrigação tributação diferenciada (ainda que apenas da alíquota), a depender do regime tributário aplicado.

Portanto, a expedição de nota fiscal/fatura com CNPJ da filial, quando o contrato é firmado com o CNPJ da matriz, apresenta dois impactos diretos e imediatos, dentre outros: necessidade de comprovação da regularidade fiscal da filial e revisão da planilha de custos e formação de preço. Tais hipóteses podem, no caso concreto, subverter todo o ordenamento jurídico que regulamenta o procedimento licitatório e de contratações.

Assim sendo, o CNPJ que deve constar na nota fiscal/fatura deve ser o CNPJ da empresa que participou do certame licitatório e firmou o contrato com a Administração, não constituindo faculdade da contratada a emissão de fatura com CNPJ da matriz ou filial. Caso a futura contratada pretenda emitir nota fiscal/fatura com o CNPJ da filial, posto que o serviço será efetivamente prestado por ela, deverá participar da licitação apresentando proposta, documentos de habilitação e regularidade fiscal, com o CNPJ da filial. Esse, inclusive, é o entendimento consolidado do Tribunal de Contas da União.

Portanto, caso a licitante vencedora do certame use documentos e planilha de custos e formação de preços com o CNPJ da matriz, necessariamente firmará contrato e emitirá nota fiscal/fatura com o respectivo CNPJ.

Destaca-se ainda a **possibilidade de substituição do CNPJ da matriz pelo da filial da empresa contratada no curso do contrato, entretanto, dependerá de alteração fundada no inciso I, do artigo 58, da Lei n. 8.666/93, mediante imprescindível procedimento administrativo próprio**, incumbindo à Administração analisar se a alteração repercutirá na esfera tributária e na eventual necessidade de revisão dos valores ajustados, sem embargo da verificação da regularidade fiscal da filial, com vistas a impedir o descumprimento da legislação que rege a matéria.

**Portanto indefiro o pedido desde item.**

1. **DO EFEITO SUSPENSIVO AOS RECURSOS**

Por se tratar de pregão presencial, aplica-se a Lei 10.520/02, sendo assim os recursos inerente ao processo licitatório denominado pregão não terão efeitos suspensivos.

Caso qualquer licitante manifeste o interesse em interpor recurso, este deverá ser formalizado ao final da sessão e registrado em ata. Após esta formalização será aberto prazo para acolhimento das razões e contrarrazões conforme artigo 4º, inciso XVIII, da Lei 10.520/02.

Portanto indefiro o pedido desde item.

1. **DA RAZOABILIDADE NA APLICAÇÃO DA MULTA**

O item 25, do referido edital traz as sanções administrativas aplicáveis em caso do não cumprimento contratual seja ela por inexecução total ou parcial do objeto.

Vale observar o que tais sansões são aplicáveis somente em casos injustificáveis de não cumprimento das cláusulas contratuais e estas são regidas pelos princípios constitucionais, destacando que somente em caso de inexecução.

**Portanto indefiro o pedido desde item.**

1. **REAJUSTE DOS PREÇOS**

Primeiramente o reajuste do contrato tem previsão legal, conforme o artigo 40, inciso XI, da Lei nº 8.666/93 e os artigos 2º e 3º, da Lei 10.192/01, além disso o ordenador de despesas tem o poder discricionário para estabelecer o indicie de reajuste que será utilizado, no caso desde Pregão será utilizado o IGP, conforme a cláusula nona da minuta contratual constante no edital.

Noutro giro, também está estabelecido na Lei de licitações a possibilidade de reajustamento de preços ocorrido por fatos supervenientes (casos extraordinários não previsíveis que alterem os valores de custo do material/serviço).

Portanto indefiro o pedido desde item, por entender que a Lei supracitada apresenta dispositivos para critério de reajuste dos preços.

1. **DA PRESENÇA DE EXIGÊNCIA ABUSIVA NO EDITAL RELACIONADAS A GARANTIA**

A empresa questiona a cláusula décima, parágrafo sétimo da minuta do contrato, que diz:

“PARÁGRAFO SÉTIMO – Caso verificado o descumprimento das obrigações sociais e trabalhistas, o valor da garantia poderá ser utilizado para o pagamento direto aos empregados da CONTRATADA que participaram da execução do contrato.”

Neste sentido faço saber que a Administração Pública possui responsabilidade subsidiária em face das obrigações trabalhistas conforme súmula 331, do TST, de 31/05/2011, nos incisos IV e V.

Portanto indefiro o pedido de impugnação deste item.

1. **DA EXCEÇÃO DE CONTRATO NÃO CUMPRIDO POR PARTE DA CONTRATADA**

Remeto ao pronunciamento do item 1, desta resposta e informo que a Lei 8.666/93 é aplicada subsidiariamente aos pontos omissos a Lei 10.520/02. Portanto aplica-se o artigo 78, da Lei 8.666/93 em sua integralidade com a observação constando no edital, especificamente referente ao inciso XIV, do diploma legal.

**Portanto indefiro o pedido de impugnação deste item.**

**DOS PEDIDOS TÉCNICOS:**

1. **E 2 - OS PRAZOS CONSTANTES NO ANEXO I, ITENS 9.4 E 9.5:**

O cronograma de execução apresentado no edital e seus anexos, foram estabelecidos devido a urgência da contratação do serviço. Portanto, o licitante deverá se atentar as especificações técnicas para saber se atende todas os requisitos de habilitação (conforme anexo III, do referido edital).

Outro aspecto importante a ser observado é que a execução do projeto por meio de fibra óptica não é a única opção da licitante vencedora, existem outros meios meios de transmissão de dados, como é o caso da transmissão via rádio homologado.

Portanto indefiro o pedido de impugnação deste item.

**3- EXIGENCIA DO ITEM 14.1.1 DO ANEXO I.**

O DNS Reverso é o endereço IP, buscando o nome de domínio associado ao host. Ou seja, quando temos disponível o endereço IP de um host e não sabemos o endereço do domínio (nome dado à máquina ou outro equipamento que acesse uma rede), tentamos resolver o endereço IP através do DNS reverso que procura qual nome de domínio está associado aquele endereço.

Deixo claro que esta configuração é de extrema importância para o serviço supracitado pois trata-se da configuração do link de internet/ MPLS na base dos servidores desta SASDH.

Levando em conta que esta configuração somente ocorrerá uma única vez e ocorrerá durante a instalação do link de internet, a alegação da empresa de ser um custo extra não procede.

Portanto indefiro o pedido de impugnação deste item.

1. **- EXIGÊNCIA DO ITEM 14.2.7 DO ANEXO I.**

*“14.2.7 O Link de Internet deverá apresentar Latência máxima de 20 ms entre os pontos de instalação até a central da LICITANTE vencedora, e de no máximo 160 ms do salto seguinte;”*

A exigência de tais padrões são para garantir a qualidade do serviço prestado e além de se referir ao tráfego dentro de seus backbones, o que se pode aferir através de uma leitura atenta do edital supracitado.

Portanto indefiro o pedido de impugnação deste item.

1. **DOS LOCAIS QUE RECEBERÃO OS SERVIÇOS:**

Ressalto a importância de uma leitura atenta do edital e no descrito do item 9.2 do anexo I.

“9.2 – Os Locais inerentes aos itens 8,10,22,24,25 e 26 já possuem conexão via fibra óptica com a SASDH, portanto estes locais não estão contemplados para receber o MPLS.”

Restando assim somente os 24 locais solicitados. Portanto indefiro o pedido de impugnação deste item.

Face todo acima exposto, **indefero o pedido de impugnação, ressaltando que o mesmo foi protocolado sem a devida formalidade legal – identificação/qualificação de quem o subscreveu.**

**Att,**

Em, 12/12/18.

**Alexandre Costa**

**Secretário Municipal de Assistência Social e Direitos Humanos**