

RESPOSTA À IMPUGNAÇÃO

Processo 014/2019
Pregão Presencial 009/2019

Objeto: Contratação de empresa para prestação de serviços técnicos especializados na área de tecnologia da informação para análise, planejamento, configuração, monitoramento, detecção e correção de problemas, ajustes de desempenho, migrações, elaboração de scripts, e demais atividades correlatas dos ambientes operacionais de TI de todo o Complexo Regulador com fornecimento e gerência de Link de Internet destinados ao uso do CISRU Centro Sul.

Dos Fatos

Trata-se a presente de resposta à impugnação apresentada pela empresa Oi Móvel SA., recebido na data de 14/05/2019, sob a alegação de que os termos do Edital 009/2019 do processo supramencionado contém cláusulas que supostamente restringem a competitividade.

A impugnação foi acatada pela pregoeira e equipe de apoio, visto que foi apresentada tempestivamente.

Sendo este o breve relato dos fatos, passemos a análise dos pontos questionados.

1. Vedação à Participação de Licitantes em Regime de Consórcio

O impugnante alega que há irregularidades no edital, uma vez que foi vedada a participação de empresas que estejam reunidas em Consórcio, uma vez que tal restrição poderia gerar a diminuição da competitividade.

Inicialmente é importante destacar que a admissão ou não a participação de consórcios em licitações públicas é um ato discricionário da Administração Pública, o que, evidentemente, não significa que decisão pode ser arbitrária ou imotivada, muito pelo contrário, a motivação é um dos pilares que norteiam a atuação da administração pública e este Consórcio preza pela observância deste princípio.

Sendo assim, esclarecemos que a vedação à participação de licitantes interessadas, que se apresentem constituídas sob a forma de consórcio, se justifica na medida em que nas contratações de serviços comuns, que não se exigem elevada especialização técnica e que não se trate de licitação de grande vulto não se justifica a autorização de participação de consórcios, conforme entendimento do Tribunal de Contas da União – TCU, sintetizado nas seguintes enunciações:

A formação de consórcios é admitida quando o objeto a ser licitado envolve questões de alta complexidade ou de relevante vulto, em que empresas, isoladamente, não teriam condições de suprir os requisitos de habilitação do edital. Na prestação de serviços comuns, é da discricionariedade do gestor a

possibilidade de participação ou não de consórcios. (Acórdão 22/2003-Plenário. Data da Sessão: 22/01/2003. Relator Benjamin Zymler)

Cabe ao gestor, em sua discricionariedade, a decisão de admitir, ou não, a participação de empresas organizadas em consórcio na licitação, contudo, na hipótese de objeto de grande vulto ou complexidade que tornem restrito o universo de possíveis licitantes, fica o Administrador obrigado a prever a participação de consórcios no certame com vistas à ampliação da competitividade e à obtenção da proposta mais vantajosa. (Acórdão 1094/2004. Data da Sessão: 04/08/2004. Relator: Augusto Sherman)

Tendo em vista que a limitação a participação de consórcio não trará prejuízos a competitividade do certame, visto que, em regra a formação de consórcios é admitida quando o objeto a ser licitado envolve questões de alta complexidade ou de relevante vulto, em que as empresas isoladamente não teriam condições de suprir os requisitos de habilitação do edital. Nesses casos a Administração, com vistas a aumentar o número de participantes admite a formação de consórcio.

Ademais o tipo de serviços que está sendo licitado é corriqueiramente prestado por empresas de pequeno e médio porte, às quais, em sua maioria apresentam o mínimo exigido no tocante à qualificação técnica e econômico-financeira, condições suficientes para a execução de contratos dessa natureza, o que não tornará restrito o universo de possíveis licitantes individuais.

Portanto, considerando que é prerrogativa do Poder Público na condição de contratante, a escolha da participação, ou de empresas constituídas sob a forma de consórcio, com as devidas justificativas, conforme se depreende da literalidade do texto da Lei nº 8.666/93, que em seu artigo 33 que atribui à Administração a prerrogativa de admissão de consórcios em licitações por ela promovidas, pelos motivos já expostos, conclui-se que a vedação de constituição de empresas em consórcio, para o caso concreto, é o que melhor atende o interesse público, por prestigiar os princípios da competitividade, economicidade e moralidade.

2. Pagamento via Nota Fiscal com Código de Barras

A solicitação de alteração dos termos do Edital 009/2019 para constar a possibilidade de se efetivar o pagamento através do código de barras será acatada pelo Consórcio, alterando-se a redação do item 11.1 nos seguintes termos:

11.1 – O pagamento decorrente da concretização do objeto desta licitação será efetuado pelo CISRU Centro Sul, por meio de crédito em conta corrente ou emissão de fatura/boleto com código de barras, em até 30 (trinta) dias após a devida comprovação nas condições exigidas e emissão do respectivo documento fiscal.

Os itens 8.1 do Termo de Referência e 1 da Cláusula Sexta da Minuta de Contrato serão adequados para apresentar redação compatível com o item 11.1 do edital.

3. Retenção de Pagamento pela Contratante

Serão suprimidos os itens: 11.3 do Edital 009/2019, alínea c) do item 13.1 do Edital, item 8.3 do Termo de Referência e item 3 da Cláusula Sexta da Minuta de Contrato, desvinculando, dessa forma, o pagamento dos serviços prestados de quaisquer obrigações que não estejam relacionadas ao objeto contratado.

4. Indevida Apresentação de Certidões de Regularidade Mensalmente

O item 11.8 do Edital 009/2019 condiciona o pagamento dos serviços prestados à apresentação mensal da “Certidão de Negativa de Débito – CND (ou positiva com efeito negativo), prova de regularidade para com a Fazenda Nacional, Dívida Ativa da União e Tributos e Contribuições Federais, conforme dispõe a Portaria MF nº 358, de 05 de setembro de 2014 e o Certificado de Regularidade do FGTS.”

Ocorre que essa determinação tem por objetivo verificar o cumprimento das obrigações tributárias legalmente exigidas da Contratada, mantendo, assim, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação, conforme determinação contida no inciso XIII do art. 55 da Lei 8.666/93.

Mas com o objetivo de verificar o cumprimento dessas condições de habilitação o CISRU Centro Sul não precisa, necessariamente, exigir a apresentação de certidões mensalmente, podendo fazê-lo quando julgar conveniente, sendo assim, o item 11.8 do edital passará ter a seguinte redação:

11.8 – O CISRU Centro Sul poderá consultar e/ou solicitar apresentação de Certidões Negativas de Débitos (ou positivas com efeitos de negativa), prova de Regularidade para com a Fazenda Nacional, Dívida Ativa da União e Tributos e Contribuições Federais, Certificado de Regularidade do FGTS, entre outras para verificação de manutenção das condições habilitatórias exigidas na licitação.

Os outros itens do Edital e dos anexos que também fazem menção à exigência de documentos para liberação de pagamento serão alterados para adequação conforme o texto acima.

5. Reajuste de Preços

Quanto a possibilidade de reajuste de preços, solicitado pelo impugnante, inicialmente há que se fazer a distinção entre reajuste de preços e equilíbrio econômico-financeiro.

O reajuste é utilizado para diminuir o impacto da desvalorização da moeda ou pela análise da variação dos custos na planilha de preços. Quanto tiver o objetivo de diminuir o impacto da desvalorização da moeda utiliza-se índices setoriais vinculados às elevações inflacionárias, como por exemplo o INPC ou IGPM.

O pedido de reajuste pela análise da variação dos custos na planilha de preços, também chamado de repactuação, é cabível para serviços contínuos com dedicação exclusiva de mão de obra. Sobre esta modalidade de reajuste, cumpre observar o Acórdão

1488/2016-Plenário do Tribunal de Contas da União, no qual se reafirmou seu entendimento da Corte de Contas de que a repactuação de preços, como espécie de reajuste contratual, deverá ser utilizada apenas nas contratações de serviços continuados, que se subsume perfeitamente na contratação que se pretende efetivar.

Cumpra salientar que o pedido de reajuste, em ambas as situações, somente pode ser utilizado pelo contratado se houver previsão expressa no edital, e apenas **será concedido após 1 (um) ano a contar da data da proposta ou do orçamento**. Cabe frisar que se não houver previsão no edital e no contrato a ser celebrado é possível impugnar o edital, nos termos executado no presente caso.

O artigo 40, inciso XI da Lei Federal 8.666/93 trata da obrigatoriedade de constar do Edital o critério de reajuste. Vejamos o determina a norma:

"Art. 40. **O edital conterá** no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, **e indicará, obrigatoriamente, o seguinte:**

XI - **critério de reajuste**, que deverá retratar a variação efetiva do custo de produção, admitida a adoção de índices específicos ou setoriais, desde a data prevista para apresentação da proposta, ou do orçamento a que essa proposta se referir, até a data do adimplemento de cada parcela;" (Grifo nosso)

Esclarecido o conceito de reajuste, cabe tecermos alguns comentários sobre o reequilíbrio econômico-financeiro. O pedido de reequilíbrio econômico-financeiro é cabível nas situações em que a modificação contratual decorre de alteração extraordinária nos preços, que não esteja relacionada à correção monetária, ou seja, o pedido de reequilíbrio será o meio que o contratado irá se utilizar quando a atividade de execução do contrato sujeitar-se a uma excepcional elevação de preços ou quando os encargos contratualmente previstos são ampliados ou se tonarem extremamente onerosos.

Impende ressaltar que o pedido de reequilíbrio econômico-financeiro pelo contratado não depende de previsão no edital, podendo ser concedido a qualquer tempo ao longo do contrato, desde que o contratado justifique e comprove a alteração contratual nos termos delimitados pela lei.

O reequilíbrio econômico-financeiro encontra-se previsto no artigo 65, inciso II, alínea d, da Lei Federal 8.666/93. Vejamos o que diz o dispositivo:

"Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

II - por acordo das partes:

d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a

manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual." (Grifo nosso)

Assim, de forma objetiva, a diferença entre os institutos é que o reajuste visa a proteção do preço em relação à desvalorização provocada pela variação dos custos de produção do objeto advinda de oscilações ordinárias da economia e o reequilíbrio econômico-financeiro visa preservar os preços das variações anormais da economia, provocadas por fatos extraordinários, supervenientes à apresentação da proposta e, em geral, imprevisíveis ou, se previsíveis, de consequências incalculáveis.

Diante de tais considerações podemos inferir que o edital tratou do equilíbrio econômico-financeiro do contrato no item 11.6, ao passo que foi omissivo quanto ao reajuste de preços. Sendo assim, o item 11.5 do Edital 009/2019 será alterado para constar o seguinte texto:

11.5 - Poderá ser reajustado o valor deste Contrato, mediante iniciativa da CONTRATADA, desde que observado o interregno mínimo de 1 (um) ano contado da data de apresentação da proposta, tendo como base a variação do INPC/IBGE (Índice Nacional de Preços ao Consumidor/Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística).

11.5.1 - Os efeitos financeiros do reajuste serão devidos a partir da solicitação da CONTRATADA, sob pena de preclusão do direito de reajuste.

Os demais itens do Edital 009/2019 e seus anexos que tratam da possibilidade de reajustamento de preços serão alterados com texto no mesmo sentido.

6. Solicitação de Inclusão de Previsão de Penalidade por Atraso de Pagamento

A impugnante solicita inclusão de cláusulas no instrumento convocatório que preceituem a aplicação de penalidades à Administração Pública quando ocorrer descumprimento da obrigação de pagamento por parte da Contratante.

Ocorre que este Consórcio adota a teoria da responsabilidade objetiva do Consórcio quando caracterizada a mora no pagamento, assumindo, de imediato, o próprio Consórcio o ônus do pagamento e posteriormente buscando o agente que deu causa à geração do encargo com possível responsabilização.

Ademais compartilhamos do entendimento do iminente jurista Marçal Justem Filho, que preceitua que o pagamento dos encargos oriundos da inexecução devem ser pagos independente de previsão legal ou contratual:

A Administração responde pelos efeitos de sua inadimplência. O dispositivo constitucional (CF, art. 37, § 6º). Não há respaldo, por isso, para o entendimento de que a Administração, quando inadimplente, apenas poderá indenizar o

particular se autorizada por lei ou no ato convocatório ou condenada por sentença. O art. 66 constitui marco de advertência para o agente administrativo. A recusa da Administração em indenizar as perdas e danos derivados de seu inadimplemento caracteriza dupla infração ao Direito. A primeira ocorreu quando verificado o inadimplemento; a segunda se aperfeiçoa quando recusada a indenização.

Portanto, independente de previsão contratual o CISRU Centro Sul efetua o pagamento de eventuais encargos gerados pelo atraso no pagamento e busca a responsabilidade do agente público que gerou o encargo de forma culposa ou dolosa responsabilizando-o, fato este que não gera qualquer tipo de encargo para o Consórcio, motivo pelo qual dispensa a necessidade desse tipo de previsão no Edital.

7. Necessidade de Divisão de Lotes

O impugnante pugna pela alteração do Anexo I do Edital, alterando a forma de julgamento de lote para item.

Ocorre que essa desvinculação pode gerar grandes prejuízos para os serviços prestados pelo Consórcio, conforme justificativa que se segue:

Cabe inicialmente esclarecer que o CISRU Centro Sul é um consórcio público, com natureza jurídica de associação pública e tem por objetivo gerenciar o Serviço de Atendimento Móvel de Urgência – SAMU 192, na macrorregião Centro Sul do Estado de Minas Gerais que é composta por 51 (cinquenta e um) municípios.

O SAMU 192 é um serviço que tem como princípio salvar vidas e/ou minimizar/neutralizar os efeitos/sequelas ocasionadas pela demora no atendimento de pacientes oriundos de eventos traumáticos, cardiovasculares ou neurológicos.

Para garantir o pleno funcionamento desse sistema é necessário a implementação de sistemas informatizados que necessitem de acesso direto à internet para garantir o pleno funcionamento. Esses sistemas informatizados garantem a comunicação da Central de Regulação (que é uma central telefônica que recebe a ligação de todos os atendimentos do número 192 e efetua a regulação médica – telemedicina) com as ambulâncias espalhadas pelos municípios consorciados.

Essa interação entre a Central de Regulação é primordial para garantir o atendimento rápido e eficaz aos pacientes espalhados pela macrorregião.

Ocorre que a empresa que prestará os serviços de técnicos especializados na área de tecnologia da informação deve ser responsável pelo fornecimento e a gerência do link de internet afim de evitar uma possível falha técnica no fornecimento do serviço de internet e caso esse fato ocorra alguma falha o serviço seja restabelecido no menor prazo possível, uma vez que a demora pode ceifar vidas.

Sendo assim, podemos concluir que os serviços dispostos no item 01 estão diretamente interligados com os serviços descritos no item 02, devido dependência entre um e outro, uma vez que os sistemas do CISRU/SAMU 192 funcionam através da internet.

Assim, tanto que fornece o link de internet quanto quem monitora e dá suporte deverá ser fornecida pela mesma contratada com o objetivo de ser responsabilizada diretamente em caso de queda ou instabilidade do sistema. Ademais essa interação reduz o tempo que o mesmo fica inoperante, pois evita que haja necessidade de contato com uma terceira empresa para solução do problema, pois na maior parte do dia haverá técnicos treinados e competentes, na sede do Consórcio para restabelecer a comunicação com agilidade.

Outro ponto favorável a manutenção dos lotes no julgamento da licitação está relacionada a necessidade de manutenção de múltiplos provedores de acesso e rotas de fibra ótica, pois em caso de problemas técnicos nos provedores ou rotas, os outros provedores trabalham como redundâncias, fazendo com que o serviço do CISRU/SAMU 192 seja fornecido de forma ininterrupta aos usuários e a comunicação entre a Sala de Regulação e as ambulâncias não seja perdida.

Portanto, sendo devidamente justificada a necessidade de manutenção do julgamento através de lote, conforme preceitua o Tribunal de Contas da União – TCU:

9.3.1. a opção de se licitar por itens agrupados deve estar acompanhada de justificativa, devidamente fundamentada, da vantagem da escolha, em atenção aos artigos 3º, § 1º, I, 15, IV e 23, §§ 1º e 2º, todos da Lei 8.666/1993; (Trecho do Acórdão 1592/2013-Plenário do TCU. Relator Valmir Campelo. Data da sessão 26/06/2013.)

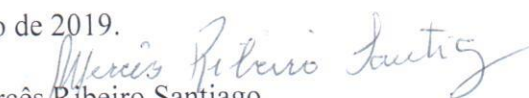
Etende-se assim, que a manutenção do julgamento por lote não constitui irregularidade.

Da Conclusão:

Deste modo, diante das considerações acima tecidas relacionados aos questionamentos apresentados na impugnação pela empresa Oi Móvel S.A. entendemos pela **PROCEDÊNCIA PARCIAL** da presente impugnação, de maneira a alterar o instrumento convocatório nos itens citados, conforme explanado.

É importante ressaltar que as alterações que serão feitas não afetam a apresentação das propostas, conforme disposto no § 4º do art. 21 da Lei 8.666/1993, estando relacionadas apenas a cláusulas contratuais, motivo pelo qual dispensa recontagem do prazo para apresentação de propostas.

Barbacena, 15 de maio de 2019.


Mercês Ribeiro Santiago
Pregoeira