

Decisão de Pregoeiro nº 003/2021-SLC/ANEEL

Em 02 de fevereiro de 2021.

Processo: 48500.001272/2020-74
Licitação: Pregão Eletrônico nº 028/2020
Assunto: Análise da IMPUGNAÇÃO AO EDITAL apresentada pela OI MÓVEL S/A (Sucessora por incorporação da TNL PCS S.A.), em Recuperação Judicial.

I – DOS FATOS

1. A empresa OI MÓVEL S/A (Sucessora por incorporação da TNL PCS S.A.), em Recuperação Judicial (CNPJ: 05.423.963/0001-11) enviou, por e-mail, sua impugnação ao Edital do Pregão Eletrônico nº 028/2020 no dia 28 de janeiro de 2021, às 18h10.
2. A peça impugnatória trata basicamente da alegação de que ocorre uma série de restrições a competitividade do certame, com as exigências editalícias, capituladas em quinze pontos questionados.
3. O pedido de impugnação é temporâneo, e cumpre os requisitos trazidos no Decreto Nº 10.024/2019. Vale ressaltar que o pregão estava suspenso, quando do encaminhamento da peça impugnatória, e por tal razão, entendo que o prazo de resposta começou a contar com a reabertura de prazo de publicidade.

II – DA ANÁLISE

4. Trata-se o Pregão Eletrônico nº 28/2020 - SLC/ANEEL de certame cujo objeto é a prestação de serviços técnicos especializados em estruturação de dados, arquitetura, desenvolvimento e sustentação de soluções de Tecnologia da Informação (TI).
5. As cláusulas editalícias impugnadas são as seguintes:

I - VEDAÇÃO À PARTICIPAÇÃO DE LICITANTES EM REGIME DE CONSÓRCIO

6. A impugnante questiona o fato do edital não trazer a previsão de participação consórcio, fazendo algumas considerações a respeito do mercado de telecomunicações.
7. Temos a informar, preliminarmente, que não se trata de licitação para a execução de serviços de telecomunicação, e sim, serviços de informática; desta feita, todas as considerações existentes em grande parte do documento de impugnação que trazem informações sobre serviços

Fl. 2 da Decisão de Pregoeiro nº 003/2021-SLC/ANEEL, de 02/02/2021.

diversos do licitados serão desconsideradas, por absoluta falta de correlação com o objeto licitado.

8. Em relação aos consórcios na presente licitação, cabe informar que a escolha que previsão ou não de participação de consórcios nas licitações deve ser justificada no processo para que reste demonstrado ser a opção adotada a que melhor atende o interesse público.

9. A jurisprudência deste Tribunal de Contas da União (Acórdãos-TCU 1.316/2012-Primeira Câmara, 406/2006-Plenário, 397/2008-Plenário (voto do Revisor), 1.946/2006-Plenário e 566/2006-Plenário), é clara em afirmar que se recomenda a participação de consórcios sempre que o objeto apresente alto vulto ou complexidade. A Lei 8.666/1993, em seu artigo 6º, V, define que obras de grande vulto são aquelas cujo valor estimado seja superior a 25 vezes o limite estabelecido para a modalidade concorrência, de R\$ 1.500.000,00. Tem-se, portanto, que são consideradas de grande vulto as obras cujo orçamento seja superior a R\$ 37.500.000,00.

10. Sobre a complexidade do serviço a ser executado, necessitando de parcerias entre empresas do ramo para a plena execução do objeto licitado, vale salientar o que foi justificado pela Equipe de Planejamento da licitação em tela, no item 2.6 do Termo de Referência¹ que embasou o Edital:

É vedada a participação de consórcios, tendo em vista que o atendimento do objeto por várias empresas com processos de desenvolvimento de soluções de TI distinto poderia trazer prejuízos aos benefícios pretendidos, dentre eles a maior integração entre os serviços e as soluções de TI. Ademais, a vedação não traria prejuízos à competição, tendo em vista a ampla participação dos prestadores de serviço no processo de pesquisa de mercado, o que demonstra a capacidade de atendimento de todo o objeto pelos fornecedores do mercado.

11. Ante ao exposto, entendemos que as justificativas apresentadas pela área demandante da contratação, justificam a restrição à participação de consórcios, haja vista não haver, na espécie, os dois pontos (serviço de grande vulto ou serviço de grande complexidade operacional) que indique a necessidade de ampliar a competitividade para o mercado licitado.

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

12. A impugnação traz o seguinte questionamento:

¹ Sicnet: 48540.00004340/2020-00

Fl. 3 da Decisão de Pregoeiro nº 003/2021-SLC/ANEEL, de 02/02/2021.

Os itens 2.2.2, 8.1 e 14.2 do Edital dispõem que o pregoeiro, consultará os sistemas de registros de sanções SICAF, LISTA DE INIDÔNEOS DO TCU, CNJ e CEIS, visando aferir eventual sanção aplicada à licitante, cujo efeito torne-a proibida de participar deste certame.

Da leitura do dispositivo em comento, tem-se a impressão de que uma vez consultado o referido cadastro, na hipótese de haver qualquer penalidade ali inscrita, isto tornará a empresa com uma penalidade supostamente existente, impedida de participar do certame.

....

Assim, a simples existência de registro de penalidade de suspensão ou impedimento com outros órgãos que não o licitante, não pode ser condicionante da participação. Para que haja impedimento, a sanção registrada deve necessariamente ser em face do órgão licitante, sob pena de se estar ampliando o previsto na Lei 8.666/93, impedindo a participação de empresas punidas em quaisquer casos, ferindo frontalmente a jurisprudência dominante do TCU sobre o tema.

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

13. Da leitura das cláusulas mencionadas, vê-se que a impugnante fez uma equivocada interpretação destas, haja vista que estas estão em plena consonância com as orientações do TCU, tanto no tocante ao alcance da sanção de suspensão de licitar e da sanção de impedimento de licitar e contratar com a Administração Pública, como também da necessidade de proceder a prévia consulta aos cadastros de transparência, em obediência ao determinado no Acórdão nº 1.793/2011-TCU-Plenário.

14. Vale salientar também que os editais da ANEEL seguem as minutas-padrão elaboradas pela Advocacia Geral da União, que visam justamente condensam todas as orientações técnicas advindas dos órgãos de controle, para a melhor eficiência e eficácia do certame na busca da proposta verdadeiramente mais vantajosa para a Administração, expurgando os licitantes que não se demonstrem, por algum motivo, aptos a participar dos certames.

15. Pelo exposto, não há reparos a fazer nas cláusulas.

Fl. 4 da Decisão de Pregoeiro nº 003/2021-SLC/ANEEL, de 02/02/2021.

III - DA NECESSIDADE DE INCLUSÃO DA ALTERNATIVIDADE DE COMPROVAÇÃO DE CAPITAL MÍNIMO OU PATRIMÔNIO LÍQUIDO MÍNIMO DE 10% DO VALOR ESTIMADO PELA ADMINISTRAÇÃO

16. A licitante questiona a cláusula 9.4.4 do edital, informando uma pretensa irregularidade, e afirmando que os termos postos no edital não se coadunam com a realidade do setor de telecomunicações, conforme a transcrição abaixo:

Da leitura do Item 9.4.4 do Edital, do Instrumento Convocatório, consta exigência de qualificação econômico-financeira que não se coaduna aos ditames legais e, tampouco com a **realidade do setor de telecomunicações, na medida em que prevê como requisito para a Habilitação, a apresentação de índices iguais ou maiores que 1,0 (um) como forma de comprovação da boa situação financeira da empresa interessada em participar do certame licitatório.**

Patente é a ilegitimidade desta exigência editalícia de um **único e singular** modo de comprovação da boa situação financeira da empresa interessada em participar do certame, uma vez que o **artigo 31, § 2º, da Lei 8.666/93 dispõe sobre a alternatividade para cumprimento de tal exigência de qualificação econômica, 'in verbis':**

“art. 31. A documentação relativa à qualificação econômica-financeira limitar-se-á:

(...)

§ 2º A Administração, nas compras para entrega futura e na execução de obras e serviços, **poderá estabelecer, no instrumento convocatório da licitação, a exigência de capital mínimo ou de patrimônio líquido mínimo, ou garantias previstas no §1º do art.56 desta Lei, como dado objetivo de comprovação da qualificação econômica-financeira dos licitantes e para efeito de garantia ao adimplemento do contrato a ser posteriormente celebrado.**” (grifos nossos)

Fl. 5 da Decisão de Pregoeiro nº 003/2021-SLC/ANEEL, de 02/02/2021.

Em interpretação lógica e teleológica do artigo em questão, MARÇAL JUSTEN FILHO, na página 355, da obra Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 9ª edição, Editora Dialética, preleciona que:

“A redação do §2º comporta interpretação bastante razoável, em que as três alternativas ali indicadas seriam como alternativas equivalentes. Isso significaria que o particular poderia comprovar sua capacitação econômica-financeira por uma das três vias. Essa

alternativa afigura-se muito interessante para o interesse público, especialmente porque permite a ampliação da utilização do seguro-garantia. Nesse caso, seria plenamente utilizável a experiência estrangeira dos seguros de performance.

Essa interpretação redundaria na **atribuição ao particular da possibilidade de comprovar o preenchimento desses requisitos por uma das três vias, à sua escolha.**

A alternativa não tem sido explorada na realidade prática, mas nada impede que seja. **Poderia, inclusive, o interessado impugnar a cláusula editalícia que não previsse a possibilidade da aplicação da alternatividade.**” (grifos nossos)

Com efeito, é notório que a exigência dos índices financeiros tem por finalidade avaliar o possível insucesso da contratação da licitante vencedora do certame. Mas, do mesmo modo, é cediço também que tais índices não são os únicos elementos capazes de averiguar a qualificação econômica-financeira das empresas interessadas em acorrer ao certame, conforme se verifica da instrução normativa MARE - GM n.º 05/95, em seu item 7, assim como nos parágrafos 2º e 3º, do artigo 31, da Lei nº 8.666/93.

Mesmo que assim não fosse, os índices propostos **sequer correspondem aos quocientes exigidos nas licitações compatíveis com o objeto do certame em apreço.**

É importante ressaltar que não pretende de forma alguma demonstrar, como eventualmente poder-se-ia imaginar, que a exigência de índices financeiros não é necessária para a qualificação das empresas. **O que de fato se pretende é que tais índices sejam exigidos de forma razoável e compatível com a realidade do setor de telecomunicações.**

Fl. 6 da Decisão de Pregoeiro nº 003/2021-SLC/ANEEL, de 02/02/2021.

A propósito, os Princípios da Finalidade, Proporcionalidade e da Razoabilidade preconizam justamente que as conseqüências de um ato devem guardar a exata proporção e finalidade com a sua extensão para se **evitar eventuais abusos quando da aplicação da lei ao caso concreto, ou seja, evitar que se distorça a finalidade do procedimento licitatório, que é justamente ampliar a competitividade de maneira a buscar a melhor proposta para a Administração Pública.**

Assim, o percentual do índice para aferição da situação financeira das empresas deverá necessariamente ajustar-se a essa realidade, pois não resta a menor dúvida de que a atual exigência não é razoável e não corresponde à realidade de praticamente todas as licitações compatíveis com a ora impugnada, afinal pretende que as licitantes tenham um grau de liquidez superior à realidade do mercado dos dias de hoje.

Além disso, tal índice absolutamente em nada interferiria na conclusão do objeto contratado, vez que não tem relação com a capacidade, eficiência e qualidade da empresa em realizar obras e prestar serviços, o que de igual forma descaracteriza a exigência.

Em síntese, pretender que as empresas tenham um índice de liquidez geral igual ou maior que 1 (um) é superior à realidade do mercado nos dias de hoje e é, sem sombra de dúvidas, uma verdadeira incoerência, tendo em vista que:

- a) não mede o grau de capacidade econômico-financeira das empresas licitantes;
- b) o índice exigido está muito além da realidade das empresas do setor de telecomunicações; e
- c) o Item 9.4.4 do edital está em desconformidade com os Princípios da Razoabilidade, Proporcionalidade e principalmente da Finalidade, previstos na Constituição Federal.

Assim, patente que a exigência de índice de Liquidez Geral igual ou superior a 1 (um) é incompatível com a realidade do setor e o objeto da presente licitação, **restringindo, sem nenhuma justificativa, o caráter competitivo que deve obrigatoriamente existir em todas as licitações, em afronta ao artigo 3º, § 1º, I da Lei n. 8.666/93, “in verbis”:**

“§1º É vedado aos agentes públicos:

Fl. 7 da Decisão de Pregoeiro nº 003/2021-SLC/ANEEL, de 02/02/2021.

I – admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou do domicílio das licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato;” [grifamos]

Por todo o exposto, é incontestável que a opção tomada pelo administrador público na presente hipótese, não resguarda o interesse público, na medida em que restringe a competição, e por consequência onera, sem nenhuma justificativa, a contratação pela Administração, em inaceitável violação ao Princípio da Economicidade.

Portanto, requer-se a inclusão da alternatividade de apresentação de capital mínimo ou de patrimônio líquido mínimo de 10% do valor estimado pela Administração para as empresas que não possuem os índices econômico-financeiros exigidos no Edital, nos termos do art. 31, § 2º, da Lei 8.666/93.

17. Inicialmente, cumpre repisar que tais exigências são comuns para a contratação de serviços terceirizados com mão de obra dedicada e estão contidas nos modelos de edital padrão da AGU, os quais servem de parâmetro para os modelos de edital padrão desta autarquia e foram devidamente aprovadas pela PGF/AGU/ANEEL.

18. Segundo, não se trata de serviços de telecomunicação, e sim de serviços de informática, desta feita, as argumentações ao primeiro serviço citado são descabidas para a presente contratação.

19. Em relação à alternatividade, vale lembrar que o Capital Social é apenas uma Conta do Patrimônio Líquido. O valor do Patrimônio Líquido é a soma de todas as Contas desse grupo. Dessa forma, é muito mais fácil para uma empresa comprovar possuir um percentual de 10% de patrimônio líquido do que capital social, que inclusive, gera a necessidade de esclarecimento sobre se o capital está integralizado ou não.

Fl. 8 da Decisão de Pregoeiro nº 003/2021-SLC/ANEEL, de 02/02/2021.

20. Além do que a cláusula 9.4.4, que traz a menção a patrimônio líquido, está seguindo as orientações da Instrução Normativa nº 05/2017 - SEGES/MPDG no Anexo VII - A em sua cláusula 11.1, "c", como também a exigência de índices superiores a um.

21. Dessa forma, entendo que não há reparos a fazer nessa cláusula.

IV - EXIGÊNCIA ABUSIVA

22. A impugnação questiona, indicando como excessivas, as cláusulas 2.3, o item 6.2.2 da minuta do contrato e o Anexo IX preveem que não podem participar do certame empresas que tenham Familiar.

23. Tais cláusulas são inseridas no edital por determinação normativa trazida no Decreto nº 7.203/2010, dessa forma, independente do entendimento da pregoeira ou dos licitantes, tais vedações devem constar e serem observadas nos processos de licitação da Administração Pública Federal.

24. Novamente, vale salientar que não se trata de serviços de telecomunicações.

IV - REGULARIDADE JUNTO AO CADIN COMO CONDIÇÃO PARA CONTRATAÇÃO

25. O licitante questiona a cláusula 14.2.1, que determina a consulta prévia ao CADIN, antes de efetuada a contratação. Além disso, conclui que o Edital estipula como condição para a celebração definitiva do contrato a comprovação referente ao CADIN, e questiona tal pretensão impedimento.

26. Lendo a redação das cláusulas 14.2.1 e 14.2.2, vê-se que a consulta ao Cadin não enseja o impedimento à contratação, com quis supor a impugnante:

14.2.1 A ANEEL fará consulta aos cadastros acima referidos, bem como ao Cadastro Informativo de Créditos não Quitados – CADIN, cujos resultados serão anexados aos autos do processo;

27. Diante do exposto, e ressaltando que a consulta ao CADIN está prevista na Lei nº 10.522/02, artigo 6º, III, não há reparos a fazer na cláusula impugnada.

V - DAS PENALIDADES EXCESSIVAS

28. O licitante alega que:

Fl. 9 da Decisão de Pregoeiro nº 003/2021-SLC/ANEEL, de 02/02/2021.

Os itens 16.2.2, 16.2.2.2.1 e 16.2.2.2.2 da minuta do contrato determinam a aplicação de multas que extrapolam 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. A fixação de multa nesse patamar também ofende a Medida Provisória n.º 2.172/01 (e suas reedições), aplicável a todas as modalidades de contratação, inclusive aquelas firmadas entre particulares e Administração Pública.

...

Nesse sentido, deve-se guardar a proporcionalidade entre o fato gerador da sanção e o *quantum* a ser exigido, como bem alinhava o art. 2º, parágrafo único, inciso VI, da Lei n.º 9.784/1999, por exigir “adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias para o atendimento do interesse público”.

Não é o que se observa no caso em questão. A multa definida no percentual acima exposto gera para a Contratada gravame completamente desproporcional, ferindo os princípios da proporcionalidade e da própria legalidade.

...

Observa-se, portanto, que a Administração, ao fixar a penalidade em comento, descumpriu completamente o princípio da proporcionalidade, sendo necessária a revisão de tal medida. Cumpre ainda ressaltar que não quer a Contratada se eximir do cumprimento das sanções estabelecidas se de fato viesse a descumprir o contrato e dar ensejo a rescisão deste. Pede-se apenas que estas sejam aplicadas de forma proporcional ao fato que as ensejou.

Noutro giro, verifica-se que o próprio STJ reconheceu que diante do caráter vago do art. 87 da Lei de Licitações, a Administração deve-se balizar pelo princípio da proporcionalidade:

“Mandado de Segurança. Declaração de Inidoneidade. Descumprimento do Contrato Administrativo. Culpa da Empresa Contratada. Impossibilidade de Aplicação de Penalidade mais Grave a Comportamento que não é o mais Grave. Ressalvada a aplicação de Outra Sanção pelo Poder Público.

Não é lícito ao Poder Público, diante da imprecisão da lei, aplicar os incisos do artigo 87 sem qualquer critério. Como se pode observar pela leitura do dispositivo, há uma gradação entre as sanções. Embora não esteja o

Fl. 10 da Decisão de Pregoeiro nº 003/2021-SLC/ANEEL, de 02/02/2021.

administrador submetido ao princípio da pena específica, vigora no Direito Administrativo o princípio da proporcionalidade.

Não se questiona, pois, a responsabilidade civil da empresa pelos danos, mas apenas **a necessidade de imposição da mais grave sanção a conduta que, embora tenha causado grande prejuízo, não é o mais grave comportamento.**"
(MS n.º 7.311/DF)

Vê-se que tal entendimento corrobora o que fora acima alinhavado, demonstrando que a fixação da sanção, bem como o *quantum* referente à multa deve ocorrer tendo como base o princípio da proporcionalidade.

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

29. Empresas fornecedoras de serviços para Administração Pública surpreendem-se com a aplicação de penalidades moratórias e compensatórias de grande monta, que de acordo com a extensão e percentual dispostos no contrato podem gerar certa insegurança e risco financeiro para o prestador de serviço em relação à execução do contrato. A supremacia do interesse público sobre o interesse particular tem o condão de reprimir condutas lesivas à Administração e desestimular a inexecução contratual, bem assim, tem caráter compensatório em razão de possíveis perdas e danos diretos.

30. As multas, porém, não devem ser aplicadas de modo aleatório e desproporcional tendo como fim específico resguardar o patrimônio público. A Administração Pública se beneficia das cláusulas exorbitantes em nome da concretização do interesse público consubstanciado na ideal prestação dos serviços por ela contratados. Porém, mesmo que o administrador esteja em condição de superioridade frente ao particular, o interesse econômico-financeiro deste na formalização do contrato, qual seja, a obtenção da justa remuneração (lucro), não pode ser afetada.

31. No dizer de Celso Antônio Bandeira de Melo:

"...a tipologia do chamado contrato administrativo reclama de ambas as partes um comportamento ajustado a certas pautas. Delas procede que, pela via designada contratual, o Poder Público pode se orientar unicamente para satisfação do interesse público que ditou a formação do ajuste. É por isso que lhe assistem os poderes adequados para alcançá-lo, o particular contratante procura a satisfação de uma pretensão econômica, cabendo-lhe, para fazer jus a ela, cumprir com rigor e inteira lealdade as obrigações assumidas. Dês que atenda como deve, incube ao Poder Público respeitar às completas a equação econômico-financeira avençada,

Fl. 11 da Decisão de Pregoeiro nº 003/2021-SLC/ANEEL, de 02/02/2021.

a ser atendida com significado real e não apenas nominal. Descabe à Administração menosprezar este direito. Não lhe assiste, por intuítos meramente patrimoniais, subtrair densidade ou o verdadeiro alcance do equilíbrio econômico-financeiro". (Curso de Direito Administrativo, 21ª edição, pág 620)"

32. A Lei 8.666/93 (art. 58, incisos III e IV) possibilita a ampla fiscalização dos contratos administrativos e confirma a prerrogativa dos órgãos públicos de aplicar sanções sempre que observadas inexecuções contratuais. Contudo, quando se trata de multas pecuniárias, não há previsão de índices específicos e limitação das penalidades, o que enseja a imposição unilateral de tais cláusulas contratuais pela Administração Pública, muitas vezes em dissonância com os direitos patrimoniais do particular na celebração da avença.

33. O art. 412 do Código Civil reza que o valor da cominação imposta na cláusula penal não pode exceder o da obrigação legal. As penalidades admitidas em contratos podem ser do tipo moratória ou compensatória, onde a primeira é devida em caso de inadimplemento contratual por mora (atraso) no cumprimento das obrigações e a segunda relativa ao inadimplemento capaz de gerar rescisão parcial ou total do contrato celebrado. É importante aludir que o arcabouço jurídico entende cláusula penal como sendo a penalidade compensatória que decorre inadimplemento insuportável passível de rescisão contratual (parcial ou total), quando o seu limitador será a obrigação contratual.

34. A fundamentação do impugnante relativamente às penalidades moratórias superiores a 10% não encontram respaldo na Lei de Licitações, nem na Lei de Usura (Decreto n.º 22.626, de 07/04/1933), cuja principal preocupação é não gerar ônus excessivo e consequente desequilíbrio do contrato para o Prestador do Serviço em simples mora (atraso).

35. Nos itens questionados observa-se exatamente o **caráter compensatório** das sanções, ou seja, todas as hipóteses previstas, referem-se à possibilidade de rescisão unilateral do contrato pela administração. Nesse ponto, vale ressaltar que o limite das multas seria o valor do contrato.

36. Contratos Administrativos como espécies de contratos de adesão, mostram ao aderente todas as condições que devem ser cumpridas não cabendo alegar, principalmente nos itens questionados, qualquer desproporcionalidade já que se trata, genericamente, de pontos de fraude, inadimplemento ou inexecução parcial ou total.

VI - DA RESPONSABILIDADE CIVIL DA CONTRATADA DE ACORDO COM O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

37. A impugnação traz questionamento ao item 6.31 da Minuta do Contrato, nos termos a seguir:

Fl. 12 da Decisão de Pregoeiro nº 003/2021-SLC/ANEEL, de 02/02/2021.

Da análise do item 6.3.1 da Minuta do Contrato verifica-se a previsão de que a contratada deverá Responsabilizar-se pelos vícios e danos decorrentes da execução do objeto, de acordo com os artigos 14 e 17 a 27, do Código de Defesa do Consumidor, sem, no entanto, mencionar acerca da apuração de culpa ou dolo.

38. A cláusula 6.31 assim dispõe:

6.31. Responsabilizar-se pelos vícios e danos decorrentes da execução do objeto, de acordo com os artigos 14 e 17 a 27, do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 1990), ficando a Contratante autorizada a descontar da garantia, caso exigida no edital, ou dos pagamentos devidos à Contratada, o valor correspondente aos danos sofridos.

6.31.1. Ocorrendo o desaparecimento de bens ou danos ao patrimônio da Contratante, evitáveis pelo cumprimento das rotinas contratuais, responderá a Contratada pelo prejuízo, apurado em procedimento próprio, respeitado o contraditório e a ampla defesa, instruído, dentre outros elementos pertinentes, com o boletim de ocorrência, quando poderá escusar-se da responsabilidade caso demonstre o perfeito cumprimento de suas obrigações contratuais.

39. A cláusula impugnada não está em desconformidade com a legislação aplicável, uma vez que sua redação não indica a ausência de contraditório em sua ampla defesa em sua aplicação, pelo contrário, a sua subcláusula deixa explícita tal situação.

VII - INDEVIDA APRESENTAÇÃO DE CERTIDÕES DE REGULARIDADE MENSALMENTE

40. Alega a Impugnante, que a obrigação contida na cláusula 11.8 da minuta do contrato não encontra guarida na Lei 8.666/93, além de não ser razoável, já que as certidões de regularidade fiscal/social/trabalhista possuem um período de vigência que ultrapassa o período mensal (30 dias), fato que foge dos padrões lógicos. Alega também que a Administração possui fé pública para certificar as informações apresentadas nas certidões. Por este motivo requer a alteração do item em comento.

Fl. 13 da Decisão de Pregoeiro nº 003/2021-SLC/ANEEL, de 02/02/2021.

41. A cláusula 11.8 retromencionada, assim dispõe:

11.8 Antes de cada pagamento ao CONTRATADO, será realizada consulta ao Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores – SICAF para verificar a manutenção das condições de habilitação exigidas no edital.

42. A exigência questionada é mera transcrição no edital e na minuta do contrato de exigências trazida no artigo 31 da Instrução Normativa nº 03/2018 na SEGES/MPDG, que normatiza o funcionamento do SICAF.

43. Portanto, a documentação exigida para fins de pagamento mensal dos serviços prestados deve obrigatoriamente ser apresentada junto com a Nota Fiscal ou Fatura, em face de previsão normativa para tal providência.

VIII - RETENÇÃO DO PAGAMENTO PELA CONTRATANTE

44. A impugnação questiona a razoabilidade das cláusulas 11º e 16º da minuta de contrato:

As Cláusulas Décima Primeira e Décima Sexta da Minuta do Contrato preveem hipóteses de glosa e retenção do pagamento devido à CONTRATANTE.

Contudo, tal previsão não é razoável, haja vista que a parcela incontroversa, ou seja, aquela sobre a qual não paira qualquer dúvida, deve ser paga pela Administração prontamente, não sendo necessário aguardar a correção da fatura.

Com efeito, as despesas não contestadas, ou seja, aquelas cujos valores são incontroversos, devem ser quitados pela Contratante, sob pena de caracterizar retenção indevida, pois os valores pendentes de pagamento deverão corresponder aos erros e circunstâncias que impossibilitaram a verificação do valor da despesa.

Portanto, não obstante os eventuais erros no documento fiscal, a Contratante deverá pagar o valor sobre o qual não se tem dúvidas e, em seguida, emitir nova fatura, contendo apenas o valor que se discute como devido ou não.

Fl. 14 da Decisão de Pregoeiro nº 003/2021-SLC/ANEEL, de 02/02/2021.

Diante disso, requer a adequação dos itens pertinentes a fim de que o pagamento da parcela incontroversa seja efetuado imediatamente pela Contratante e o restante após a devida regularização do documento fiscal.

45. A impugnante requer, em suma, o pagamento das parcelas incontroversas, contudo, tal providência já se encontra devidamente regulada na subcláusula 11.18.1 a seguir transcrita:

11.18.1 Não havendo, porém, comprometimento, nos termos do item supracitado, de toda a Nota Fiscal encaminhada, a CONTRATANTE poderá efetuar o pagamento do valor correspondente à parcela incontroversa, permanecendo interrompido o prazo para a parte da cobrança que apresenta problemas, até que o CONTRATADO, em resposta, restabeleça as condições para o atesto.

46. Desta feita, não há reparos a serem feitos na cláusula impugnada.

IX - GARANTIAS À CONTRATADA EM CASO DE INADIMPLÊNCIA DA CONTRATANTE

47. A impugnação questiona os valores percentuais trazidos na cláusula 11.12 da minuta de contrato, e pugna pela *“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”*.

48. A esse respeito informamos que o Edital está de acordo com o que estabelece a Instrução Normativa nº 05/2017 – SEGES/MPDG, que define as regras, nesse caso, para a Administração.

49. Por esse motivo, afastamos a aplicação de multa como pretendida pela impugnante.

X- DA GARANTIA DE EXECUÇÃO

Fl. 15 da Decisão de Pregoeiro nº 003/2021-SLC/ANEEL, de 02/02/2021.

50. Sobre a garantia de execução, a impugnante, em suma, questiona *“a apresentação de garantia equivalente ao percentual máximo permitido em Lei não é razoável, razão pela qual se requer a modificação do item supracitado, para que a garantia exigida corresponda ao limite máximo de 1% (um por cento), bem como, não seja exigida em prazo tão exíguo, mas sim em 60 (sessenta) dias após a celebração do Contrato”*.

51. Quanto ao percentual de 5% (cinco por cento) de garantia contratual, esclarecesse que a sua fixação, dentro das limitações legais, encontra-se na esfera de discricionariedade da Administração, à qual incumbe avaliar, mais uma vez, a natureza e a finalidade do objeto contratado. Dessa forma, reitera-se que, em face da severidade dos serviços em questão para o regular funcionamento do órgão, é imprescindível que a garantia que irá assegurar a ANEEL contra eventuais descumprimentos contratuais seja apta a ressarcir-lo, ao menos em parte, dos prejuízos daí decorrentes. E levando em consideração o valor previsto da contratação, não é um valor elevado, o percentual de 5% (cinco por cento) e não fere de forma alguma os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

52. É o que corrobora Marçal Justen Filho, ao afirmar que a *“lei remete à discricionariedade da Administração a exigência de garantia. Poderá (deverá) ser exigida apenas nas hipóteses em que se faça necessária (...)”, devendo “constar do próprio ato convocatório.”* Deve-se destacar, que o montante da garantia leva em consideração, o prazo de vigência do Contrato, na medida em que a sua continuidade sujeita a Administração a maiores riscos. Ou seja, contratos, com fornecimento imediato de determinado bem têm o risco de inadimplemento mitigado, pois o pagamento será realizado somente após a efetiva entrega. Porém serviços com prestação prolongada, a Administração sujeita-se continuamente ao risco de inadimplemento, o qual poderá, até mesmo, ser verificado apenas algum tempo após o encerramento da relação contratual. Portanto será mantido o percentual de 5% (cinco por cento) descrito no Edital.

Fl. 16 da Decisão de Pregoeiro nº 003/2021-SLC/ANEEL, de 02/02/2021.

XI - INCLUSÃO DE CLÁUSULA A RESPEITO DO PAGAMENTO VIA NOTA FISCAL COM CÓDIGO DE BARRAS

53. A impugnação requer a inclusão de cláusula a fim de permitir que o pagamento seja realizado mediante autenticação de código de barras, facilitando, assim, o reconhecimento eficiente do pagamento.

54. Quanto à forma de pagamento, a impugnante esclarece que atualmente as operadoras adotam um sistema de faturamento e cobrança moderno, conhecido e aprovado pela ANATEL, baseado em código de barras. Nesse sentido, a empresa solicita que seja estabelecida a possibilidade de realização do pagamento mediante código de barras.

55. É de se notar que realmente não existe razão para impedir os pagamentos mediante código de barras, portanto tal modalidade de pagamento será permitida. Não há, porém, a necessidade de republicar o Edital e de modificar a data de realização do certame, já que tal medida seria meramente protelatória. A aceitação dessa forma de pagamento não gera ônus financeiro, tampouco desajustes temporais, de tal forma que não se configura hipótese de alteração das propostas.

XII - REAJUSTE DOS PREÇOS

56. A impugnante requer a inclusão de item na cláusula décima quarta da Minuta do Contrato, de modo que o reajuste dos preços seja realizado 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”.

57. A solicitação não procede, uma vez que para a prestação de serviços terceirizados com alocação de mão-de-obra exclusiva, o reajuste em sentido amplo deve ser processado por meio de repactuação, devidamente disciplinado no Edital.

XIII - DA PREVISÃO DE APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR NO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO

Fl. 17 da Decisão de Pregoeiro nº 003/2021-SLC/ANEEL, de 02/02/2021.

58. A impugnação questiona a cláusula do edital, que indica a aplicação subsidiária do Código de Defesa do Consumidor:

Da leitura do item 19.1 da Minuta Contratual, percebe-se que o Poder Público adota as disposições contidas na Lei nº. 8.078/90 – Código de Defesa do Consumidor – como aplicáveis ao presente certame.

Ocorre que o Código de Defesa do Consumidor não disciplina a relação entre a Administração Pública e o Particular, sendo aplicáveis, na hipótese, as regras atinentes aos Contratos Administrativos, em especial a Lei nº 10.520/2002, Decreto nº 3.555/2000 e Lei nº 8.666/93.

59. Em relação ao ponto impugnado, em recente decisão (REsp nº 1.772.730), o STJ sustentou a possibilidade de aplicação do CDC, já que a Administração Pública pode ser considerada consumidora de serviços por ela contratados. A análise do referido julgamento levou em consideração o contido no art. 2º do CDC:

“Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”.

60. O dispositivo supra não faz qualquer distinção entre pessoas de direito público ou privado e não restringe o conceito de consumidor à pessoa jurídica de direito privado.

61. Diante da aplicação supletiva das normas de direito privado aos contratos administrativos, conforme art. 54 da Lei nº 8.666/1993, **é possível cogitar a aplicação do CDC quando existir vulnerabilidade técnica, científica ou econômica em desfavor da Administração Pública.** Este foi o entendimento do julgado abaixo:

Não se desconhece a existência de precedentes do Superior Tribunal de Justiça afastando a incidência do CDC em contratos em que é parte a Administração Pública (REsp 527.137/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJ 31/5/2004, p. 191; e REsp 1.745.415/SP, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, DJe 21/5/2019). E, embora exista doutrina que defenda que o conceito de consumidor não abrange o Estado, por entender que não existe desequilíbrio entre o fornecedor e a Administração Pública, em virtude do regime jurídico administrativo, em que há supremacia do

Fl. 18 da Decisão de Pregoeiro nº 003/2021-SLC/ANEEL, de 02/02/2021.

interesse público sobre o privado, e pela prestação, objeto e condições contratuais serem definidos pelo Estado, esse não é o entendimento que deve preponderar.

A Administração Pública pode ser considerada consumidor de serviços, porque o art. 2º do CDC não restringiu seu conceito a pessoa jurídica de direito privado, bem como por se aplicarem aos contratos administrativos, supletivamente, as normas de direito privado, a teor do art. 54 da Lei 8.666/1993, e, principalmente, porque, mesmo em relações contratuais regidas por normas de direito público preponderantemente, é possível que haja vulnerabilidade da Administração.

Apesar de a Administração Pública poder definir o objeto da licitação (bens, serviços e obras), o fato é que serão contratados os disponíveis no mercado, segundo as regras nele praticadas, de modo que o Estado não necessariamente estará em posição privilegiada ou diferente dos demais consumidores, podendo, eventualmente, existir vulnerabilidade técnica, científica ou econômica, por exemplo”. ²(Grifamos.)

Vale destacar que a vulnerabilidade apontada decorre da inexistência de “**proteção direta à Administração Pública na posição de consumidora final ou usuária de serviços**”.

62. O Tribunal Regional Federal da 1ª Região também entendeu pela possibilidade de aplicação do CDC, mediante a demonstração de vulnerabilidade da Administração:

*“II – Não se desconhece a possibilidade de aplicação do Código de Defesa do Consumidor – CDC à relação contratual administrativa, no entanto, essa incidência deve ser analisada de acordo com o caso concreto, porquanto, nos termos da jurisprudência do STJ, **ela se limita aos casos em que a Administração Pública assume posição de vulnerabilidade técnica, científica, fática ou econômica perante o fornecedor**, o que não é a hipótese dos autos. Assim, aplicam-se ao caso concreto as regras de distribuição do ônus da prova previstas no CPC/1973, vigente à época da prolação da sentença”.*³
(Grifamos.)

Decidiram da mesma forma os Tribunais de Justiça do Rio Grande do Sul, do Distrito Federal e Territórios e do Pará. Vejamos:

TJ/RS

² STJ, Recurso Especial nº 1.772.730, Rel. Min. Herman Benjamin, j. em 26.05.2020.

³ TRF1, Apelação Cível nº 0036085-53.2010.4.01.3400, Rel. Des. Souza Prudente, j. em 15.07.2020.

Fl. 19 da Decisão de Pregoeiro nº 003/2021-SLC/ANEEL, de 02/02/2021.

O Superior Tribunal de Justiça já decidiu que se admite a aplicação do Código Consumerista aos contratos administrativos, em favor da administração pública, nos casos em que esta, na posição de destinatária final do produto ou serviço, figure em posição de vulnerabilidade técnica, científica, fática ou econômica perante a empresa fornecedora, como no caso. (TJ/RS, Apelação Cível nº 70082631383, Rel. Des. Sergio Luiz Grassi Beck, j. em 04.12.2019.)

63. Nesse sentido, concluímos pela possibilidade de **aplicação do CDC no presente Edital do Pregão Eletrônico nº 28/2020**, em relação a futura relação contratual, pois, na espécie, verificada no caso em tela, a **posição de vulnerabilidade técnica e científica** que a Administração Pública assume em relação ao contratado.

XIV - POSSIBILIDADE DE SUBCONTRATAÇÃO DOS SERVIÇOS

64. A impugnante requer a alteração do item em comento, para que fique expressa a permissão à subcontratação parcial dos serviços, desde que o serviço fim seja integralmente prestado pela Contratada, nos termos do art. 72 da Lei n.º 8.666/93.

65. Considerando que a subcontratação de serviços é um dos meios de propiciar o parcelamento do serviço licitado, foi feita consulta á área demandante da contratação sobre a questão, tenho esta assim se posicionado:

Se trata da possibilidade de subcontratação, entendemos que não caberia para o tipo de serviço sendo contratado – alocação de mão-de-obra em regime de dedicação exclusiva. O que se pretende com a contratação é a disponibilização dos profissionais por uma única contratada, para a prestação dos serviços previstos no objeto, o que possibilitará o aperfeiçoamento da gestão do contrato, reduzindo o custo administrativo.

66. De fato, o TCU admite a subcontratação parcial do objeto licitado, mas já se manifestou no sentido de que lhe deve ser fixado um limite máximo no edital, conforme os seguintes julgados:

“9.2.2.4. **estabeleça nos instrumentos convocatórios, em cada caso, os limites para subcontratação de obra, serviço ou fornecimento**, de modo a evitar riscos para a Administração Pública, conforme disciplina o art. 72 da Lei n. 8.666/93” (**Acórdão nº 1.045/2006, Plenário**)

“Nos termos do art. 72 da Lei nº 8.666/93, **deve ser fixado, no edital, o percentual máximo para subcontratação**, quando houver cláusula editalícia de permissividade, devendo essa cláusula existir, apenas, em hipóteses excepcionais, quando a subcontratação for estritamente necessária, devendo

Fl. 20 da Decisão de Pregoeiro nº 003/2021-SLC/ANEEL, de 02/02/2021.

ser técnica e circunstancialmente justificados tanto a necessidade da subcontratação quanto o percentual máximo admitido.” (Acórdão nº 1.748/2009, Plenário)

67. Pelo exposto, tendo a Equipe de Planejamento da presente contratação indicado a desnecessidade de subcontratação, e havendo a orientação do TCU para que tal permissão seja utilizada em caráter excepcional, dada as características da contratação, não há que se falar em alterar o edital nesse tocante.

III – DO DIREITO

68. Em consonância com as determinações contidas nas Leis nº 8.666/1993 e nº 10.520/02, Decreto nº 10.024/2019, as orientações trazidas pela Instrução Normativa nº 05/2017 - SEGES/MPDG, pela Instrução Normativa nº 01/2019 SGD/ME e pela jurisprudência dominante do TCU.

IV – DA DECISÃO

69. Pelo exposto, considero improcedente a impugnação trazida pela OI MÓVEL S/A, uma vez que impugnou cláusulas alinhadas com as normas regentes de licitação, bem como solicitou alterações que destoam dos interesses da Administração perante a presente contratação. Pelo exposto, pugno pela manutenção dos termos trazidos no Edital do Pregão Eletrônico nº 28/2020.

ANGELICA LUISA PINTO NOGUEIRA PINHEIRO
Pregoeira