

Referência: Processo nº 48500.004926/02-13
Concorrência nº 05/2003

Ementa: Análise da IMPUGNAÇÃO AO EDITAL apresentada pela Telemar Norte Leste S/A.

I – DOS FATOS

1. Telemar Norte Leste S/A, apresentou, em 12 de novembro de 2003, impugnação ao Edital de Concorrência nº 05/2003, com fundamento no § 2º do art. 41 da Lei nº 8.666/93.
2. Após análise das razões apresentadas pelo impugnante e dos termos do edital, cujo objeto é a contratação de empresa especializada para prestação de Serviço Telefônico de Discagem Direta Gratuita – DDG (0800), temos a consignar o seguinte:

II – DO PLEITO

3. O impugnante requer a modificação do edital. Alega, em síntese, que:

“5. Conforme já exposto, o Edital possui incorreções que prejudicam a participação de interessados e a elaboração das propostas, implicando na necessidade de correção destas e a conseqüente republicação do Edital, conforme previsto no parágrafo quarto do artigo 21 da Lei 8.666/93 e item 12.1 do Instrumento Convocatório.

6. O objeto do presente pregão consiste na contratação de empresa especializada para a prestação de serviços telefônicos de Discagem Direta Gratuita – DDG (0800), de abrangência nacional.

7. Contudo, o Edital em referência, em seu item 2.3, impede a participação de empresas em regime de consórcio. (...)

8. Conforme já exposto anteriormente, a vedação imposta pelo Edital é medida extremamente restritiva à participação de interessados, cuja conseqüência direta é reduzir a competitividade entre as empresas interessadas em participar do certame.

9. No que se refere aos serviços de telefonia, objeto ora licitado, estes são regulados pela Lei Geral de Telecomunicações (Lei 9.472, de 16 de julho de 1997). (...)

10. A referida norma geral estipulou ainda, como competência do Poder Executivo, aprovar o Plano Geral de Outorgas, no qual o território fora dividido em 4 (quatro) áreas, sendo somente uma delas de âmbito nacional.

11. Ora, quanto mais reduzido seja o número de participantes em uma licitação, igualmente reduzidas serão as alternativas apresentadas à decisão do Administrador Público.

12. Assim, admitir ou não a participação de empresas consorciadas em certames licitatórios não é ato que atenda ao princípio administrativo da razoabilidade...

13. Desta forma, embora inteiramente ciente da faculdade atribuída aos gestores públicos, apoiamo-nos, em nosso pleito, não somente nesse aspecto mais invocando a situação peculiar que caracteriza o mercado de prestação de serviços de telecomunicações no país, conforme regulado, em leis específicas, pela Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, como o Plano Geral de Outorgas, aprovado pelo Decreto nº 2.534, de 02 de abril de 1998.

14. Convém lembrar que 'Discricionariedade é liberdade de ação administrativa dentro dos limites da lei...' e que a limitação de participação através de consórcio é medida prejudicial à Administração Pública, por implicar na redução da competitividade. (...)

16. Assim, no que se refere aos serviços de telefonia, o impedimento de participação em regime de consórcio, além de não possuir relação com o objeto, importa em favorecimento de particulares, o que não pode ser admitido pela Administração Pública.

17. A adoção desta condição restritiva, além de não possuir fundamento legal, implica em prejuízo à Administração, haja vista a diminuição dos participantes do certame, infringindo, portanto, o interesse público. (...)

23. O Edital é omissivo quanto às condições de reajuste de preços, descumprindo, portanto, a estipulação contida em lei. Destaca-se ainda que, independente do contrato prever o prazo de vigência de 12 meses, haja vista a possibilidade de renovação destes por até 60 (sessenta) meses, aplica-se a condição contida no inciso XI, acima transcrito. (...)

25. Ressaltamos ainda que a Resolução CCE nº 10, de 08 de outubro de 1996, bem como o Decreto 2.271, de 07 de julho de 1997, caso não se entenda pela sua ilegalidade haja vista serem contrários ao disposto na Lei 8.666/93, encontram-se, hoje, tacitamente revogados em razão do disposto na Lei 10.192/01. (sic)

26. Assim, conjugando o disposto na transcrita lei e o estipulado na Lei 8.666/93, a estipulação dos índices de reajuste de preços é requisito fundamental à validade do edital, devendo, desta forma, ser suprido pelo órgão licitante.

27. Outrossim, destacamos que os valores cobrados pelos serviços referentes a STFC consistem em tarifa, haja vista tratarem-se de serviços públicos prestados sob o regime de concessão. Neste caso, a concessionária firmou com o Poder Público Contrato de Concessão do Serviço Telefônico Fixo Comutado Local. (...)

28. Assim, remunerando-se tais serviços através do pagamento de tarifa, entendemos que o critério de reajuste adequado é aquele referenciado no contrato acima transcrito, devendo ser aplicado sempre que homologado pela Anatel, o que implicará em alteração no Edital.

29. De forma semelhante, o edital não estipula as condições de pagamento, descumprindo, portanto, a regra constante do artigo 40 da Lei 8.666/93. (...)

31. Caso o Órgão Público atrase o pagamento, este estará rompendo esta comutatividade, o que deve implicar em pena ao mesmo, consubstanciada no pagamento da multa, bem como deverá incidir correção monetária, a qual destina-se a recompor o poder de compra da moeda pelo período em que permaneceu o estado em mora. (...)

33. No que se refere às questões de suporte técnico, a Minuta de Contrato estipula, em seu item 'c' da cláusula quarta, que a licitante vencedora deverá garantir o tempo máximo de reparo dos serviços em até duas horas.

34. Porém, de forma contraditória ao instrumento convocatório, a regulamentação vigente estipula, através da Resolução Anatel nº 30/03, as condições de atendimento.

35. Desta forma, o Edital definiu regras diferentes daquelas contidas na legislação aplicável, extrapolando, portanto, os limites legais, o que é vedado pelo princípio da legalidade.

36. Diante de todo o exposto, cumpre esclarecer que a definição destes aspectos importa diretamente na definição da remuneração a ser esperada, bem como nos custos a serem orçados para a elaboração da proposta, consistindo, portanto, em

condição fundamental do certame, a qual deve ser esclarecida previamente à realização do certame.” (sublinhamos)

4. Requeru o acolhimento da impugnação, com a republicação do edital.

III – DA APRECIÇÃO

5. Em razão dos aspectos técnicos envolvidos, em 12 de novembro de 2003, foi encaminhada à área solicitante desta contratação cópia da presente impugnação com solicitação para análise e resposta das razões apresentadas com a maior brevidade possível. Em resposta, a área solicitante enviou o Memorando nº 267/2003-SMA/ANEEL, datado de 14 de novembro de 2003.

6. Quanto à possibilidade de formação de consórcio, a área técnica informou, mediante o memorando supra, que decidiu por improcedente o questionamento relativo à participação em regime de consórcio uma vez que ocorreria diminuição do número de participantes, com restrição ao caráter competitivo da licitação. Ademais, a opção pela participação de empresas consorciadas configura ato discricionário desta área solicitante, que entende, pelas razões acima expostas, incabível a permissão para admissão de consórcios. As justificativas anteriores encontram amparo na doutrina a seguir transcrita:

- *“A formação de consórcios acarreta risco da dominação do mercado, através de pactos de eliminação de competição entre empresários. No campo das licitações, a formação de consórcios poderia reduzir o universo da disputa. O consórcio poderia retratar uma composição entre eventuais interessados: em vez de estabelecerem disputa entre si, formalizariam acordo para eliminar a competição”.*

Marçal Justen Filho – Comentários à lei de licitações e contratos administrativos, art. 33.

- *“a lei abre amplo espaço à discricionariedade administrativa na matéria, seja quanto à decisão de permitir a participação, ou quanto às exigências da habilitação preliminar...”.*

Jessé Torres Pereira Junior – Comentários à lei das licitações e contratações da administração pública, art.33.

7. Com referência ao pedido de reajuste, o edital prevê na CLÁUSULA NONA – DA REPACTUAÇÃO DE PREÇOS da Minuta Contratual a possibilidade de repactuação, “Os preços contratados poderão ser repactuados desde que seja observada a periodicidade anual, contada a partir da data limite para a apresentação da proposta ou da última repactuação, com base na variação dos componentes dos custos ocorrida no período, devidamente justificada e demonstrada em planilha analítica”, desde que comprovada a variação dos componentes dos custos pela contratada.

Por outro lado, esclarece-se que o reajuste previsto no inciso XI do art. 40 da Lei nº 8.666/93 é o devido a partir do mês em que se verificar o cumprimento de 12 (doze) meses de contratação decorridos da data prevista para apresentação da proposta (art. 28 da Lei nº 9.069/95).

De acordo com o disposto na CLÁUSULA TERCEIRA – DA VIGÊNCIA da Minuta de Contrato, “O prazo de vigência do contrato será de 12 (doze) meses, contados da data de sua assinatura, podendo ser prorrogado por iguais e sucessivos períodos até o limite de 60 (sessenta) meses.” (sublinhamos). Ou seja, só será devido o reajuste comentado pela empresa solicitante se o

contrato for prorrogado. Nesta hipótese, serão promovidas tantas alterações quanto se façam necessárias para preservar o equilíbrio econômico-financeiro da contratação.

Portanto, caso ocorra o "reajuste" determinado pela ANATEL, este órgão terá como restabelecer a relação pactuada inicialmente, desde que comprovada a quebra do equilíbrio da equação econômico-financeira do contrato, conforme previsto na alínea "d", inc. II do art. 65 da Lei nº 8.666/93.

8. Quanto às condições de pagamento, as mesmas estão previstas na Minuta Contratual, Cláusula Oitava. Ademais, inexistente temor por parte de futuras contratadas, considerando que a ANEEL sempre efetua o pagamento no prazo de 08 (oito) dias contados da apresentação da Nota fiscal/Fatura à Superintendência de Administração e Finanças. Referido prazo de pagamento é inferior aos trinta dias determinados pela norma. Caso haja atraso no pagamento, a ANEEL irá apurar as responsabilidades e indenizará o contratado nos termos da lei. Verifica-se, portanto, que o edital atendeu aos preceitos legais.

9. No que se refere à questão do tempo máximo de Reparo dos Serviços em até duas horas, a área técnica, nos termos do Memorando supramencionado, não considera pertinente o levantamento efetuado pela empresa, uma vez que a Resolução Anatel nº 30, de 29 de junho de 1998, não foi em momento algum extrapolada, já que o art. 11, preceitua: "*O atendimento das solicitações de reparo, de usuários não residenciais, deverá se dar em até 8 horas (...)*" estabelece o prazo máximo. Fica a critério da ANEEL estabelecer o prazo para o reparo em sua rede de telefonia, tendo em vista a importância do serviço ora licitado que se destina a um *Call Center* disponibilizado para todos os consumidores e agentes do setor elétrico do país e não poderá sofrer interrupções maiores que o estipulado no edital supramencionado e que, a nosso ver, já é de certa forma excessivo.

IV – DA CONCLUSÃO

Diante do exposto, e com base nos termos do memorando encaminhado pela área que demandou a contratação dos serviços, a Comissão Permanente de Licitação decidiu por não dar provimento à impugnação apresentada, mantendo-se todos os termos do edital, por considerar que estão em plena concordância com a legislação pertinente.

Brasília, 14 de novembro de 2003.

MARIA CRISTINA CONDE ALVES FRASSON
Presidente

SOLANGE AIRES TAVARES MONTEIRO
Membro

SYLVIA BULCÃO VIANNA HADELICH
Membro

Processo: 48500.004926/02-13
Licitação: Concorrência nº 05/2003
Assunto: Impugnação ao edital apresentada por Telemar Norte Leste S/A

Adoto, na íntegra, o relatório e os fundamentos enfocados pela Comissão de Licitação, para, no mérito, negar provimento à impugnação apresentada pela Telemar Norte Leste S/A, mantendo-se em todos os termos o Edital de Concorrência nº 05/2003.

Brasília, 14 de novembro de 2003.

ÁLVARO HENRIQUE MATIAS PEREIRA
Superintendente de Administração e Finanças