

**GOVERNO DO DISTRITO FEDERAL**AGÊNCIA REGULADORA DE ÁGUAS, ENERGIA E
SANEAMENTO BÁSICO DO DISTRITO FEDERALCoordenação de Licitações e Contratos da
Superintendência de Administração e FinançasPregoeiros e Equipe de Apoio da Coordenação de Licitações
e Contratos da Superintendência de Administração e
Finanças

Decisão n.º 1/2021 - ADASA/SAF/COLC/PREGOEIROS

Brasília-DF, 01 de setembro de 2021.

JULGAMENTO DE IMPUGNAÇÃO**PROCESSO:** 00197-00000953/2021-41**OBJETO:** Contratação de empresa especializada que promova solução em serviços de telecomunicações, por meio de redes IP (Internet Protocol) multiserviços, utilizando tecnologia MPLS (Multi Protocol Label Switching), com capacidade para prover tráfego de dados, voz e imagem, com fornecimento de roteador e instalação incluída, por um período de 12 (doze) meses**IMPUGNANTE:** OI S.A. (EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL)**1. RAZÕES DA IMPUGNAÇÃO**

1.1. Preliminarmente, percebe-se que a insurreição formalizada pela OI S.A. no documento 69141341 compreende não apenas matérias afetas à impugnação, mas também "pedidos de esclarecimento" (itens 4 e 6).

1.1.1. Em face de a disciplina legal conferida aos institutos da impugnação e do pedido de esclarecimento ser diversa, os pleitos de esclarecimento serão tratados como tal, remetidos à área técnica, respondidos à OI por e-mail, com publicação no site da Adasa e no Comprasnet, sem que as matérias sejam tratadas neste julgamento.

1.1.2. Feito o esclarecimento, passamos a uma breve sinopse sobre os fundamentos da impugnação.

1.2. A OI S.A. insurge-se, em primeiro lugar, contra a vedação editalícia de que empresas participem em regime de consórcio (item 3.2.7 do edital). Faz considerações acerca do mercado de telecomunicações, aduz haver reduzido número de prestadores de serviço e alega que a vedação editalícia prejudica a ampla competitividade.

1.3. A impugnante também argumenta que mesmo empresas impedidas de licitar com o Poder Público deveriam ter autorização da Adasa para participarem do certame. Para tanto, traz à lume a diferenciação conceitual das expressões "Administração" e "Administração Pública", assim como faz referência à jurisprudência do TCU e conclui que a penalidade de suspensão (art. 87, III da Lei 8.666/93) aplica-se apenas no âmbito do órgão que aplicou a sanção. Ainda sobre esse tema, alega que a simples existência de registros de punição nos cadastros públicos (SICAF, CEIS, CNEP etc) não pode importar em imediata exclusão da empresa do certame.

1.4. Adiante, questiona os critérios de reajustamento de preços e pugna pela aplicação automática do índice IGP-DI.

- 1.5. No item 5, a impugnante argumenta que o pagamento deve ser feito por código de barras, e não por "ordem bancária".
- 1.6. Prossegue, aduzindo que a obrigação de apresentar, mensalmente, certidões negativas seria desarrazoada e que a previsão do edital de retenção de pagamentos não se coaduna com a legislação.
- 1.7. Quanto à exigência contratual de garantia, o impugnante argumenta não haver razoabilidade e pede seja a regra retirada do edital.
- 1.8. No item seguinte, a OI S.A. argumenta que o edital deveria prever a "quebra judicial de sigilo telefônico" como exceção à regra da confidencialidade das informações trafegadas.
- 1.9. Impugna, ademais, a vedação de subcontratação dos serviços sob a alegação de que a regra deveria ser aplicada apenas à atividade fim.
- 1.10. Há também questionamento sobre eventuais ressarcimentos para a empresa contratada em caso de rescisão contratual, quando a OI pede que se faça constar no contrato as causas do art. 79 da Lei 8.666/93.
- 1.11. Sobre os aspectos técnicos do serviço, a OI S.A. alega que o Termo de Referência preconiza prazo de 15 minutos para solução de incidentes, e pugna pela majoração desse prazo para 6 horas. Fala, ainda, do prazo para início do serviço após a assinatura do contrato.
- 1.12. Finalmente, trata do percentual exigido para disponibilidade de rede (99,7%), aduzindo estar dissonante da orientação da ANATEL.

2. **COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO**

- 2.1. A competência para receber, examinar e decidir impugnações é do Pregoeiro, conforme regra do art. 17, II c/c art. 24, § 1º do Decreto 10.024/2019 (recepcionado pelo Distrito Federal pelo Decreto nº 40.205/2019).

3. **ANÁLISE**

a - Vedação à participação de empresas em regime de consórcio (item 3.2.7 do edital)

- 3.1. O art. 33 da Lei de Licitações e art. 42 do Decreto 10.024/2019 expressamente atribuem à Administração a prerrogativa de admitir ou não a participação de consórcios. Está, portanto, no âmbito da discricionariedade da Administração. É essa, inclusive, a posição do TCU, ao assentar que *"o art. 33 da Lei 8.666/1993 deixa à discricionariedade do gestor a decisão de admitir ou não a participação de empresas organizadas em consórcio no certame, devendo o desígnio ser verificado caso a caso"* (Acórdão nº 1.946/2006 – Plenário).
- 3.2. Diferentemente do que alega a impugnante, a permissão de participação de empresas em consórcios não representa, por si só, garantia de ampliação de competitividade, ao contrário, pode acarretar, em muitos casos, efeitos danosos à concorrência, na medida em que as empresas associadas deixariam de competir entre si. A regra, portanto, é que a Administração privilegie a participação de licitantes com propostas individuais.
- 3.3. A rigor, a participação de empresas consorciadas deve ser analisada sob a ótica do objeto da contratação. Nos casos em que a execução do objeto exige a conjugação da expertise de empresas de diferentes áreas, deve-se cogitar permitir a formação de consórcios. De outro lado, em se tratando de objeto que não exige essa conjugação multidisciplinar de esforços, a vedação ao consórcio acaba por operar maiores vantagens à contratação, em especial no que se refere ao aumento da competitividade.
- 3.4. Conforme os Acórdãos 1.094/04 e 1.165/2012 do TCU - dentre vários outros - o Plenário da Corte de Contas definiu a orientação de que a formação de consórcios, como medida excepcional à regra de participação singular, apenas deve ser admitida quando o objeto licitado envolver questões de

alta complexidade ou de relevante vulto financeiro, quando empresas, de forma isolada, não teriam condições para suprir os requisitos de habilitação ou para executarem, por sua própria conta, os serviços em tela.

3.5. O serviço de fornecimento de conexão à internet, na forma como exigido no Termo de Referência, não apresenta características que recomendem a permissão de licitantes consorciados, de forma que a regra editalícia deve ser mantida incólume.

b - Impedimento de participação de empresas suspensas do direito de licitar (item 3.2.4 do edital)

3.6. O item 3.2.4 do edital veda a participação de "pessoa jurídica impedida de licitar e contratar com o Distrito Federal (art. 7º da Lei nº. 10.520/2002)."

3.7. Por outro lado, a OI pretende alteração do edital para que o impedimento baseado no art. 87 da Lei 8.666/93 seja restrito à contratação junto ao órgão que aplicou a sanção.

3.8. O âmbito de aplicação de sanções depende da penalidade aplicada, porquanto em havendo punições que alcancem todo o ente federativo, naturalmente não haverá possibilidade de contratação pela Adasa, cuja natureza jurídica é de autarquia em regime especial, entidade que integra a administração indireta do Distrito Federal.

3.9. Ainda assim, é relevante ressaltar que a suspensão temporária do direito de licitar, em regra, fica adstrita ao órgão sancionador, conforme Decisão nº 527/2017 do TCDF (Boletim Informativo TCDF nº 6/17). Não obstante, a matéria não é susceptível de análise "em tese", sendo certo que, em um momento oportuno, diante de caso concreto, o pregoeiro deverá avaliar a possibilidade de participação do licitante, inclusive observando o âmbito de incidência da sanção administrativa aplicada, conforme seja o caso.

3.10. Também aqui não há o que se alterar no edital.

c - Consulta a cadastros de registros de empresas punidas (item 3.2.4.1 do edital)

3.11. A consulta aos cadastros públicos que registram punições administrativas às empresas licitantes é orientação expressa do Tribunal de Contas da União, desde a prolação do Acórdão 1.793/2011:

"oriente os órgãos e entidades sob sua atuação a verificarem, durante a fase de habilitação das empresas, a existência de registros impeditivos de contratação por improbidade administrativa no Cadastro Nacional de Condenações Cíveis por Ato de Improbidade Administrativa disponível no Portal do CNJ, além da habitual pesquisa já realizada no módulo Sicafe do sistema Siasg, em atenção ao art. 97, parágrafo único, da Lei nº 8.666/1993"

3.12. O objetivo das ferramentas ora impugnadas é afastar do âmbito dos contratos administrativos empresas inidôneas, impedidas ou suspensas de contratarem com o Poder Público. Trata-se de corolário da prevalência do interesse público sobre o privado, não havendo na impugnação elementos suficientes para infirmar a ordem da Corte de Contas, pelo que a manutenção do item 3.2.4.1 do edital é a única medida de direito.

d - Reajuste do preço (item 18.6 do edital)

3.13. A manutenção do índice IPCA é coerente com o objetivo precípuo de correção de índices inflacionários no período, o que é ínsito ao instituto do reajuste de preços. Inclusive, é bom frisar que

dentre os diversos serviços que compõem o índice IPCA consta o serviço de fornecimento de internet, que é justamente o objeto do Pregão 10/2021.

3.14. No mais, a utilização do IPCA como índice de reajuste é orientação da Procuradoria Geral do Distrito Federal.

3.15. Sem razão a impugnante.

e - Pagamento por ordem bancária (item 18.5 do edital)

3.16. A impugnante alega necessidade de alteração do edital para que se possibilite à contratada receber seus pagamentos mediante faturas com código de barras.

3.17. Todavia, necessário frisar que a Adasa, em seus pagamentos, faz uso da ferramenta SIGGO, que é semelhante ao SIAFI (citado pela OI como modelo). Tal sistema permite o reconhecimento do pagamento feito em código de barras, do mesmo modo em que a impugnante alega ser o padrão em serviços de telecomunicações. A empresa que é a atual contratada, inclusive, é remunerada desta forma. O termo Ordem Bancária é justamente a forma de pagamento utilizada para liquidação de faturas (nota fiscal com código de barras, por exemplo). Portanto não há o que alterar neste item.

3.18. Portanto, a forma de pagamento prevista no Edital não vai de encontro ao método apresentado pela empresa Impugnante, haja vista também se encontrar sob à emissão de Nota Fiscal/Fatura.

f - Apresentação mensal de certidões negativas (item 18.3 do edital)

3.19. A pretensão da OI S.A. neste tocante contraria expressa previsão legal da Lei 8.666/93:

Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam: [...]

XIII- a obrigação do contratado de manter, durante toda a execução do contrato, em compatibilidade com as obrigações por ele assumidas, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação. (Grifamos)

3.20. Com efeito, é obrigação do contratado manter as condições de habilitação durante todo o período contratual. A exigência de comprovação dos requisitos de habilitação como condição ao pagamento é apenas a ferramenta de operacionalização da regra do art. 55, XIII da Lei de Licitações, não havendo qualquer ilegalidade na regra do edital.

3.21. O Acórdão do TCU 524/2005 – 1ª Câmara dispõe que seja observado com rigor o art. 195, § 3º, da Constituição Federal c/c o art. 47, inciso I, alínea a da Lei nº 8.212/1991 e com o art. 27, alínea a da Lei 8.036/1990, no que tange à obrigatoriedade de se exigir das pessoas jurídicas a serem contratadas, bem assim durante a manutenção do contrato, a comprovação de sua regularidade com a seguridade social (INSS e FGTS). No mesmo sentido, o Acórdão 593/2005 – 1ª Câmara informa para que o gestor atente para a necessidade de exigir, a cada pagamento referente a contrato de execução continuada ou parcelada, a manutenção da comprovação de regularidade informada à época da habilitação

g - Retenção de pagamentos (item 14.1.3.4 do Termo de Referência)

3.22. As hipóteses de glosa/retenção de pagamentos previstas no Termo de Referência referem-se aos níveis de serviço minimamente esperados pela Adasa. É possível concluir que o Acordo de Nível de Serviço, por definir objetivamente os níveis esperados de qualidade da prestação do serviço continuado e as respectivas adequações de pagamento, constitui instrumento de gestão e eficiência em favor da

Administração Pública, a fim de se evitar contratações administrativas infrutíferas e que não alcancem os resultados esperados, bem como, em última análise, o dispêndio irregular ou aleatório de recursos públicos.

3.23. Nesse sentido, os descontos ou glosas nos pagamentos devidos à contratada em decorrência do não cumprimento dos níveis de qualidade exigidos não se confundem com a aplicação de penalidades por descumprimento contratual, tratando-se, ao revés, como bem salientado pelo TCU, de adequações pelo não atendimento das metas estabelecidas, em complemento à mensuração dos serviços efetivamente prestados:

"... observe que as reduções de pagamento decorrentes do descumprimento de Acordos de Nível de Serviço não devem ser interpretadas como penalidades, e sim como adequações pelo não atendimento das metas estabelecidas, em complemento à mensuração dos serviços efetivamente prestados" (TCU - Acórdão nº 717/2010 – Plenário)

3.24. Não assiste razão ao impugnante.

h - Garantia de execução (item 14.2 do edital)

3.25. A empresa alega que a apresentação de garantia equivalente ao percentual máximo permitido em Lei não é razoável, razão pela qual se requer a modificação do item em comento para que a garantia exigida seja reduzida.

3.26. Quanto ao percentual de 5% (cinco por cento) de garantia contratual, esclareça-se 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, reitere-se que, em face da severidade dos serviços em questão para o regular funcionamento da Adasa, é imprescindível que a garantia contra eventuais descumprimentos contratuais seja apta a ressarcir-la, ao menos em parte, dos prejuízos decorrentes de eventual suspensão do serviço ou de sua prestação irregular.

3.27. 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. 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.

3.28. Portanto será mantido o percentual de 5% (cinco por cento) descrito no Edital

i - Confidencialidade das informações trafegadas (item 19 do Termo de Referência)

3.29. Sobre esse ponto, é suficiente asseverar que eventuais ordens judiciais de quebra do sigilo das comunicações é situação que excepciona o dever de sigilo.

3.30. Essa exceção não precisa constar no edital, dada a obviedade da matéria.

j - Vedação à subcontratação dos serviços (item 14.5 do edital)

3.31. 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.

3.32. A permissão para subcontratação ou não do objeto insere-se no âmbito da discricionariedade administrativa, pelo que não compete aos licitantes definirem a conveniência e a oportunidade de permiti-la. Não obstante, a subcontratação - que é excepcional - apenas deve ser permitida quando for estritamente necessária, conforme entendimento consolidado pelo TCU:

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

3.33. O objeto é composto por um único item, comumente prestado no mercado, o que indica a desnecessidade de subcontratação. 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.

k - Rescisão contratual e eventuais ressarcimentos para a contratada (Cláusula 17 do contrato)

3.34. Os efeitos legais da rescisão contratual serão aplicados ao contrato, sendo desnecessário que o edital transcreva os artigos da lei relativos ao tema.

l - Prazo de 15 minutos para atendimento (item 14.1.3.6 do Termo de Referência)

3.35. A impugnante alega que o Termo de Referência prevê prazo de 15 minutos para resolução de eventuais problemas. A alegação não corresponde à realidade, já que, conforme o item 14.1.3.6, o aludido prazo é para o começo do atendimento, e não para a resolução do problema.

m - Prazo de 15 dias desde a assinatura do contrato para o início do serviço (sem correspondência no edital)

3.36. Não há no edital prazo de 15 dias para instalação da infraestrutura de prestação dos serviços, vide item 13.1 do edital. Quesito prejudicado.

n - Disponibilidade de rede (item 14.1 do Termo de Referência)

3.37. Neste quesito, a OI S.A. pede que a disponibilidade de rede (exigida no padrão de 99,7%) seja reduzida para 99,35%.

3.38. Trata-se de patamar de serviço estabelecido pela área técnica, em índice que corresponde à expectativa de serviço para a Adasa. Trata-se de definição inserida no âmbito da discricionariedade administrativa, sendo certo que não compete ao licitante defini-la. No mais, a OI não indicou na impugnação argumentos suficientes para demonstrar tratar-se de índice desarrazoado. Na realidade, a pretensão é de uma redução ínfima no padrão indicado pela STI/Adasa.

3.39. Mantido os termos do edital.

4. CONCLUSÃO

4.1. Ante o exposto, o Pregoeiro da Adasa recebe a impugnação, por ser tempestiva, e no mérito julga totalmente improcedente.

Eduardo Botelho

Pregoeiro



Documento assinado eletronicamente por **EDUARDO LOBATO BOTELHO - Matr.0185049-0, Pregoeiro(a)**, em 08/09/2021, às 11:16, conforme art. 6º do Decreto nº 36.756, de 16 de setembro de 2015, publicado no Diário Oficial do Distrito Federal nº 180, quinta-feira, 17 de setembro de 2015.



A autenticidade do documento pode ser conferida no site:
http://sei.df.gov.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0
verificador= **69142376** código CRC= **C1B9DCDC**.

"Brasília - Patrimônio Cultural da Humanidade"

SAIN Estação Rodoferroviária de Brasília, S/N - Bairro Asa Norte - CEP 70631-900 - DF