****

**Prefeitura Municipal de Niterói**

**Secretaria Municipal de Planejamento, Orçamento e Modernização da Gestão**

**À TELEMAR** **NORTE LESTE S.A.** **(Em Recuperação Judicial),**

Referência: Pregão Eletrônico nº 001/2021/SEPLAG

Processo Administrativo: 190000462/2020.

Cuida-se de resposta ao Pedido de Impugnação ao Edital interposto pela empresa Telemar Norte Leste S.A. (Em Recuperação Judicial), sociedade anônima, com sede na Cidade do Rio de Janeiro, Estado do Rio de Janeiro, na Rua do Lavradia, 71, 2º andar, Bairro Centro, inscrita no CNPJ/MF sob o nº 33.000.118/0001-79, ora Impugnante, referente ao Pregão Eletrônico nº 001/2021/SEPLAG.

DA ADMISSIBILIDADE:

Nos termos do disposto da cláusula 24.1.1 do Pregão Eletrônico nº 001/2021/SEPLAG, até 02 (dois) dias antes da data fixada para recebimento das propostas, qualquer pessoa poderá peticionar contra o ato convocatório.

Desse modo, observa-se que a Impugnante encaminhou sua petição, via e-mail no dia 01 de fevereiro de 2021, e considerando que a abertura da sessão pública do pregão está agendada para o dia 04 de fevereiro de 2021, a presente Impugnação apresenta-se tempestiva.

DAS RESPOSTAS À IMPUGNAÇÃO

1. IMPEDIMENTO À PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS SUSPENSAS DE LICITAR COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM GERAL

“(...) requer seja alterado o item 5.1 do Edital, para que seja vedada a participação apenas das empresas suspensas de licitar e impedidas de contratar com este órgão público licitante, e não com a Administração Pública em geral.”

Resposta: Indeferimento da Impugnação.

Embora o impugnante tenha apresentado entendimento doutrinário prestigiando sua tese, não há amparo legal para tal interpretação, tratando-se, em verdade, de decisão inerente ao poder público municipal.

Também não há que se falar em entendimento vinculante proferido pelos Tribunais Superiores sobre o tema, motivo pelo qual, conforme minuta-padrão elaborada pela Procuradoria Geral do Município, fica vedada a participação de licitante que tenha recebido punição de suspensão temporária de participação em licitação ou impedimento de contratar com a Administração, no âmbito da Administração Pública Municipal, Estadual ou Federal, com fulcro no art. 87, III da Lei 8.666/93.

Conforme entendimento da Procuradoria Geral do Município, e considerando que os princípios da moralidade e da eficiência devem pautar todas as Administrações Públicas, não importando o nível federativo, a solução adotada no presente edital é válida.

2 - INEXISTÊNCIA DE APLICAÇÃO DA ALTERNATIVIDADE ESTATUÍDA NOS INCISOS II E III DO ART. 29 DA LEI DE LICITAÇÕES

“O item 12.4.2.1 do Edital exige que:

12.4.2.1. No caso excepcional, da certidão de Não Contribuinte do ISS e Taxas do Município de Niterói não ser fornecida do modo como requerido no item anterior, poderá o licitante declarar, facultativamente, sob as penas do art.86 da Lei nº 8.666/93, que não é contribuinte do ISS e Taxas do Município de Niterói, conforme modelo do Anexo X.

Ocorre que as referidas disposições colidem frontalmente com o disposto no artigo 29 da Lei n.º 8.666/93

(...)

Quando o edital estabelece a obrigatoriedade da apresentação de documentação da matriz e da filial há expressa colisão com o disposto no artigo 29, incisos II e III da Lei n.º 8.666/93.

(...)

Por isso, não há problema em a matriz ter sido habilitada e a filial entregar os produtos/serviços contratados. Neste sentido, tanto a matriz quanto a filial podem participar de licitação e uma ou outra pode realizar o fornecimento, haja vista tratar-se da mesma pessoa jurídica.”

Resposta: Indeferimento da Impugnação.

O item citado prevê a necessidade de apresentação de, caso o licitante não seja contribuinte de Niterói, que apresente certidão de Não Contribuinte do ISS e Taxas do Município de Niterói, ou faça uma declaração conforme Anexo X do edital.

Nem o edital, tampouco o item citado, estabelece obrigatoriedade de apresentação de documentação da matriz e da filial. Estando os argumentos desconexos com o item impugnado.

Contudo, insta salientar que a exigência legal de regularidade fiscal deverá ser apresentada pela unidade da empresa que irá prestar o objeto em apreço, ou seja, que será adjudicatária do objeto. Dessa forma, improcedente a solicitação da licitante no sentido de que uma unidade apresente as certidões e outra preste o serviço.

Portanto, mantenha-se a cláusula edilícia referente ao item 12.4.2.1.

3. EXIGÊNCIA DE REGULARIDADE TRABALHISTA COMO REQUISITO DE HABILITAÇÃO APLICÁVEL ÀS CONTRATAÇÕES EMPREENDIDAS PELO PODER PÚBLICO.

“(...) requer a adequação do item 12.4.1, alínea “g” do Edital, para que permita a comprovação da regularidade trabalhista alternativamente por meio da apresentação de Certidão Positiva com Efeitos de Negativa de Débitos Trabalhistas, nos termos do § 2º do Art. 642-A da CLT.”

Resposta: Indeferimento da Impugnação.

A previsão editalícia não exclui a possibilidade de apresentação de Certidão Positiva com Efeitos de Negativa de Débitos Trabalhistas, de forma que o item 12.4.1, alínea “g” do Edital, conforme disposição legal contida no artigo 642-A da Consolidação das Leis do Trabalho.

4. LIMITAÇÃO DA RESPONSABILIDADE DA CONTRATADA AOS DANOS DIRETOS COMPROVADAMENTE CAUSADOS À CONTRATANTE

“(...) requer sejam alterados o item 20.5 do Edital e as Cláusulas Quarta, alínea “n” do Contrato, de modo que a Contratada somente seja responsável caso tenha diretamente agido com dolo ou culpa, desde que garantida a sua ampla defesa.”

Resposta: Indeferimento da Impugnação.

A previsão da cláusula que imputa responsabilidade ao contratante em nada viola o art.70 da lei 8666/93, uma vez que a interpretação de ambos deve ser feita de forma conjunta.

Ademais, a implemento de tal cláusula encontra-se no âmbito da discricionariedade do município, uma vez que não existe violação ao dispositivo legal.

5. PAGAMENTO VIA NOTA FISCAL COM CÓDIGO DE BARRAS

“requer a alteração do item 22.2.1 do Edital e da Cláusula Nona, parágrafo primeiro da Minuta do Contrato, a fim de permitir que o pagamento seja realizado mediante autenticação de código de barras, facilitando, assim, o reconhecimento eficiente do pagamento”

Resposta: Indeferimento da Impugnação.

Trata-se de autonomia administrativa do ente Municipal para adotar o seu próprio meio de pagamento dos seus contratados. Dessa forma, não cabe o licitante escolher a forma como melhor lhe atende. Além disso, é de conhecimento de todos os licitantes que o ente público tem um procedimento legal para o pagamento de suas despesas, não podendo sair da sua rotina administrativa para se adequar a um licitante.

No entanto, insta salientar que o edital prevê que o pagamento será mediante crédito em conta corrente, o que não exclui o pagamento por boleto em código de barras, visto que este nada mais é do que um crédito em conta corrente codificado.

Nisso posto, não cabe alteração do item 22.2.1 e da clausula nona do edital.

6. DA EXIGÊNCIA DE EMISSÃO DE NOTA FISCAL COM CNPJ DA EMPRESA CONTRATADA

“(...) requer a alteração do item 22.2.1 do Edital e da Cláusula Nona, parágrafo primeiro da Minuta do Contrato, a fim de permitir que o pagamento seja realizado mediante autenticação de código de barras, facilitando, assim, o reconhecimento eficiente do pagamento.”

Resposta: Indeferimento da Impugnação.

O procedimento de execução orçamentária do Município de Niterói, na fase de liquidação a verificação do beneficiário depende da identidade entre o CNPJ do licitante vencedor e do CNPJ emitente da fatura fiscal. Este é um procedimento absolutamente necessário à verificação da regularidade fiscal depende da regularidade do CNPJ da contratada.

7. RETENÇÃO DO PAGAMENTO PELA CONTRATANTE

“tendo em vista que a suspensão do pagamento pelos serviços prestados não consta no rol do art. 87 da Lei n.º 8.666/93, o qual elenca as sanções pela inexecução total ou parcial do contrato, requer a modificação do item 22.5 do Edital.”

Resposta: Indeferimento da Impugnação.

Não procede o argumento de que a retenção de pagamentos devidos à contratada é ilegal, por não constar do rol do art. 87 da Lei 8.666/1993. A retenção de pagamentos não integra as hipóteses contidas no referido preceito legal exatamente por não se caracterizar uma sanção administrativa. A natureza da retenção é preventiva e acautelatória. Destina-se a evitar que a inadimplência da contratada com suas obrigações financeiras cause prejuízo ao erário. Tanto não é sanção que, comprovados os pagamentos das obrigações fiscais/trabalhistas, os valores retidos são imediatamente liberados.

Em relação a este item cumpre observar que os contratos administrativos possuem cláusulas que visam atender ao interesse público, ou seja, exorbitam ao direito comum, tendo em vista principalmente a Supremacia do interesse Público em relação ao interesse privado. Dentro dessa lógica se insere a previsão de retenção dos pagamentos pela Contratante em relação ao pagamento a contratada, justamente como forma de proteger a Administração em face de qualquer inadimplemento da contratada.

Nesse contexto, ressalta-se que a contratada não pode exigir o pagamento se não cumpriu sua obrigação com a Administração. Logo, o fato da Administração realizar retenção do pagamento, é consequência da interpretação dos princípios norteadores que regulam toda a atividade administrativa.

Ressalta-se ainda que há previsão legal da possibilidade de retenção de pagamento até os limites sofridos pela Administração, como se depreenda da leitura do art. 80, inc. IV, da lei 8666/93, logo, não há margem para dúvida de que o inadimplemento por parte do contratado irá causar prejuízos à administração, permitindo, portanto, a retenção de valores.

Neste sentido entendeu o TCU: “É lícita a previsão contratual de retenção pela Administração de pagamentos devidos à contratada em valores correspondentes às obrigações trabalhistas e previdenciárias inadimplidas, incluindo salários, demais verbas trabalhistas e FGTS, relativas aos empregados dedicados à execução do contrato. Acórdão 3301/2015-Plenário, TC 033.728/2013-5, relator Ministro Walton Alencar Rodrigues, 09.12.2015.”

Diante o exposto, se mantém o item 22.5 do Edital, indeferindo o pedido da impugnante.

8. GARANTIAS À CONTRATADA EM CASO DE INADIMPLÊNCIA DA CONTRATANTE

“(...) faz-se necessária a alteração do item 22.11 do Edital e da Cláusula Nona, parágrafo sétimo da Minuta do Contrato referente ao ressarcimento 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.”

Resposta: Indeferimento da Impugnação.

O poder público municipal, conforme orientação fixada em sede de minuta padrão pela Procuradoria Geral do Município, possui competência para instituição dos parâmetros de atualização financeira e juros moratórios fixados na cláusula 22.11 do edital, não havendo qualquer mácula ou ilegalidade em tal previsão.

9. DA EXCEÇÃO DE CONTRATO NÃO CUMPRIDO POR PARTE DA CONTRATADA

“(...) impõe-se a exclusão da Cláusula Décima Sexta da Minuta do Contrato, em obediência ao princípio da legalidade.”

Resposta: Indeferimento da Impugnação.

O Princípio da Supremacia do Interesse Público existe com base no pressuposto de que “toda atuação do Estado seja pautada pelo interesse público, cuja determinação deve ser extraída da Constituição e das Leis, manifestações da ‘vontade geral’” (Direito Administrativo Descomplicado / Marcelo Alexandrino, Vicente Paulo. – 19 ed. ver. e atual. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011, pág. 184).

Em razão do Princípio da Indisponibilidade do Interesse Público “são vedados ao administrador quaisquer atos que impliquem renúncia a direitos do Poder Público ou que injustificadamente onerem a sociedade” (Direito Administrativo Descomplicado / Marcelo Alexandrino, Vicente Paulo. – 19 ed. ver. e atual. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011, pág. 186).

Nesse sentido, decorrem dos princípios elencados acima, assim como do princípio da continuidade do serviço público, a impossibilidade de o contratado opor administrativamente a exceção de inadimplemento, com a observância do artigo 5º, XXXV da CRFB/88.

DAS RESPOSTAS DOS ITENS TÉCNICOS

Item 1.

Resposta: O entendimento exposto no subitem a) está correto.

Sobre o item b) O detalhamento previsto no Termo de referência é suficiente para que os licitantes apresentes suas propostas.

Item 2.

Resposta: O entendimento exposto no subitem a) está correto.

Item 3.

Resposta: As exigências previstas no Edital contêm as informações necessárias para que a licitante apresente sua proposta.

Item 4.

Resposta: A disponibilidade dos links deverá ser a prevista no Termo de Referência para que possam ser alcançadas as necessidades da contratante.

Item 5.

Resposta: O prazo previsto no termo de referência é suficiente para que a contratada possa fazer as devidas instalações e configurações, não sendo viável a modificação.

DA CONCLUSÃO

Por todo o exposto, verifica-se a plena validade do procedimento realizado pelo Município, bem como devem ser mantidas as regras editalícias impugnadas, não havendo razões para a sua alteração, motivo pelo qual deve ser julgada improcedente a presente Impugnação. Confira-se ciência à Impugnante, após divulgue-se esta decisão junto ao sítio na internet, bem como se procedam às demais formalidades legais e de publicidade determinadas em lei.

DANILO BERTAZZI

SUBSECRETÁRIO DE PLANEJAMENTO, ORÇAMENTO E MODERNIZAÇÃO DA GESTÃO