



**INSTITUTO MUNICIPAL DE PREVIDÊNCIA DOS SERVIDORES
PÚBLICOS DE MONTES CLAROS**

RESPOSTA À IMPUGNAÇÃO

Processo Licitatório nº. 09/2.016 – Pregão Presencial nº. 04/2.016

ASSUNTO: Impugnação ao Edital

Cuida-se de Impugnação ao Edital, interposta pela empresa **Telefônica Brasil S/A.**, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob o nº. 02.558.157/0001-62, com sede na Avenida Engenheiro Luiz Carlos Berrini, nº. 1.376, Bairro Cidade Monções, São Paulo (SP), CEP: 04.571-000, representada por Leonardo Queiroz Veloso, cujo objeto é a Contratação de empresa especializada na prestação de serviços de telefonia móvel pessoal para comunicação de voz e dados, incluindo fornecimento de aparelho em regime de comodato, em atendimento à demanda do Instituto Municipal de Previdência dos Servidores Públicos de Montes Claros – PREVMOC e Shopping Popular Mário Ribeiro da Silveira.

1. Da Tempestividade

Nos termos da Legislação vigente, bem como das disposições do Ato Convocatório, poderão ser interpostas impugnações ao edital até dois dias antes da data fixada para recebimento das propostas.

A abertura da sessão de Pregão Presencial está marcada para 12 de abril de 2.016, a mencionada "Impugnação ao Edital" foi encaminhada, via e-mail, ao Setor de Licitações deste Instituto no dia 6 de abril do corrente ano, portanto apresenta-se tempestiva.

2. Das Disposições Impugnadas

2.1 – ITEM 01.

A impugnação funda-se na exigência do Item 6, 6.1 e 6.2 do Edital, *in verbis*:

6 - Sob pena de inabilitação, todos os documentos deverão estar em nome do proponente e, preferencialmente, com número do CNPJ e com o endereço respectivo, observando ainda o que segue, conforme preceitua a legislação vigente:

6.1 - se o proponente for a matriz, todos os documentos deverão estar em nome da matriz;

6.2 - se o proponente for a filial, todos os documentos deverão estar em nome da filial, exceto aqueles documentos que, pela própria natureza, comprovadamente, forem emitidos somente em nome da matriz.

Em linhas gerais, o Impugnante, rechaça a referida exigência editalícia, pugnando por sua extirpação, com fundamento de não haver necessidade da Habilitação da Filial prestadora do serviço, mas tão somente da matriz, haja vista tratar-se de mesma Pessoa Jurídica.

RESPOSTA AO ITEM 01.

A exigência editalícia, ora impugnada, possui amparo legal no art. 29, II e III, da Lei nº. 8.666/93.

Tal exigência não implica na afirmação de tratar-se de Pessoas Jurídicas distintas, mas sim de estabelecimentos empresariais distintos. A matriz é o estabelecimento sede, cujas filiais, estabelecimentos derivados, se encontram subordinadas. No entanto, a Lei nº. 5.172/66, Código Tributário Nacional, em seu art. 127, II, confere tratamento específico aos diversos estabelecimentos empresariais, atribuindo a cada um deles um domicílio tributário.

Desse modo, a regularidade fiscal deverá ser comprovada pelo estabelecimento empresarial que prestará o serviço, não se exigindo, porém, que a Pessoa Jurídica possua filial no local da prestação do serviço.

Apesar disso, caso a execução do serviço se dê por filial, ou por outra unidade empresarial, diversa da habilitada no certame, o sujeito deverá comprovar a regularidade da referida unidade. Nesse sentido, o doutrinador Marçal Justen Filho:

“Não há cabimento de o sujeito prevalecer-se da pluralidade de estabelecimentos para obter a habilitação quando não preencher os requisitos para tanto. Isso significa que o sujeito deverá comprovar a



regularidade fiscal do estabelecimento que participará da futura contratação e que executará a prestação correspondente.”

Esse também é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, colaciona-se:

“Constatado que a filial da empresa ora interessada é que cumprirá o objeto do certame licitatório, é de se exigir a comprovação de sua regularidade fiscal, não bastando somente a da matriz, o que inviabiliza sua contratação pelo Estado. Entendimento do artigo 29, incisos II e III, da Lei de Licitações, uma vez que a questão nele disposta é de natureza fiscal”. (REsp nº. 900.604/RN, 1ª T., rel. Min. Francisco Falcão, j. em 15.03.2007, DJ de 16.04.2007);

“A exigência editalícia relativa à comprovação de regularidade fiscal da filial perante a Fazenda Pública Municipal responsável pela licitação, independentemente da situação fiscal da matriz situada em município diverso, é razoável e encontra respaldo na interpretação teleológica do art. 29, III, da Lei 8.666/93” (REsp nº. 809.262/RJ, 1ª T., rel. Min. Denise Arruda, j. em 23/10/2007, DJ de 19.11.2007)

Por fim, o Tribunal de Contas da União também já se manifestou sobre o tema, abaixo o relatório:

“14. Acrescente-se que, se a matriz participa da licitação, todos os documentos de regularidade fiscal devem ser apresentados em seu nome e de acordo com o seu CNPJ. Ao contrário, se a filial é que participa da licitação, todos os documentos de regularidade fiscal devem ser apresentados em seu nome e de acordo com o seu próprio CNPJ.

15. Destaca-se, ainda, que há certos tributos, especialmente em relação ao INSS e ao FGTS, cuja arrecadação pode ser feita de forma centralizada, abrangendo, portanto, matriz e filiais. Se assim o for, tais certidões, mesmo as apresentadas pelas filiais, são expedidas em nome da matriz, sem que nisto haja qualquer ilegalidade.

(...)

20. Pelo exposto, tanto a matriz, quanto à filial, podem participar de licitação e uma ou outra pode realizar o fornecimento, haja vista tratar-se da mesma pessoa jurídica. Atente-se, todavia, para a regularidade fiscal da empresa que fornecerá o objeto do contrato, a fim de verificar a cumprimento dos requisitos de habilitação.

21. Caso comum, por força da necessidade de comprovação da regularidade fiscal, prevista no inciso IV do art. 27 da Lei n.º 8.666/93, é o de diversas empresas (filiais) apresentarem, para esse fim, documentos emitidos sob o CNPJ de suas matrizes, em razão de suas certidões estarem vencidas. Desse modo, alegam serem válidas tais



certidões, uma vez que o recolhimento dos tributos e das contribuições federais é realizado de forma centralizada pela matriz, abrangendo, portanto, suas filiais.” (TCU. Acórdão nº 3056/2008 – Plenário. Min. Rel. Benjamin Zymler. Julgado em 10/12/2008.)

Diante do exposto, não se verifica qualquer irregularidade na exigência, devendo ser mantida a cláusula editalícia, ora impugnada.

2.2 – ITEM 02.

A impugnação funda-se no Anexo I – Termo de Referência, que atribuiu valor zero ao serviço denominado AD e DSL.

Afirma, o Impugnante, tratar-se de serviço oneroso que implica prestação de serviços de outras redes, não podendo seu valor ser zero.

RESPOSTA AO ITEM 02.

Verifica-se do Processo Licitatório, ora em comento, que foi realizada pesquisa de preços, junto ao mercado, com o objetivo de se conhecer o preço médio do serviço que se pretende contratar.

O Termo de Referência foi realizado com base em proposta comercial apresentada por Empresa especializada na referida prestação de serviço, cujo valor atribuído aos serviços AD e DSL é zero.

Pelo exposto, não deve prosperar a alegação do impugnante.

2.3 – ITEM 03.

O referido Item 03, funda-se na omissão editalícia quanto ao prazo para assinatura do contrato, nos termos do art. 40, II, da Lei 8.666/93.

RESPOSTA AO ITEM 03.

Verifica-se do art. 64, da Lei nº. 8666/93, que ao Administrador é dada a discricionariedade para estabelecer o prazo hábil para assinatura, aceite ou retirada de instrumento equivalente, no entanto, prospera a alegação de que tal prazo não foi previsto pelo Edital.



Diante do exposto, sendo pertinente a afirmação do Impugnante, de modo a garantir maior transparência ao Certame, deve a Licitante estabelecer prazo razoável, a critério da Administração, para instrumentalizar tais procedimentos, atentando-se para não se estipular prazos que restrinjam a competitividade.

2.4 – ITEM 04.

A impugnação funda-se na omissão editalícia “quanto ao ônus em caso de danos, perda, roubo, ou furto de equipamentos”.

Alega, o Impugnante, que a responsabilidade pelos casos de extravio, por qualquer motivo, dos aparelhos cedidos, deverá ser, independente de culpa, exclusivamente da Contratante, sob pena de ferir o equilíbrio econômico-financeiro da contratação.

RESPOSTA AO ITEM 04.

Trata-se do fornecimento de aparelhos em regime de comodato, voltados a viabilização da prestação dos serviços de telefonia, e como tal, a referida cessão, deve ser tratada.

O Comodato é espécie de Contrato de Empréstimo, prevista pelo Código Civil de 2.002, que consiste na cessão gratuita de coisa não fungível para posterior restituição.

Com base na referida codificação, ao Comodatário, incumbe conservar a coisa emprestada e utilizá-la para os fins aos quais foi concedida. Nos casos de descumprimento de suas obrigações, o Comodatário, responde nos termos da Codificação Civil, não havendo que se falar em responsabilidade objetiva.

Desse modo, nos casos de caso fortuito e força maior, não poderá a Contratante ser responsabilizada, cabendo ao proprietário suportar o ônus do perecimento. Ainda, à Contratada, é imposta a depreciação pela regular utilização dos aparelhos telefônicos.

Pelo exposto, resta clara a previsão editalícia e aplicação, no que couber, do Código Civil de 2.002, não devendo prosperar as alegações do Impugnante.

2.5 – ITEM 05.

A impugnação funda-se na omissão editalícia quanto à responsabilidade pela assistência técnica e garantia dos aparelhos dados em comodato.


Insala

Alega, o Impugnante, que a cessão dos aparelhos é meio para a prestação do serviço fim, não cabendo a Contratada qualquer responsabilidade diante do fornecimento de tais aparelhos.

RESPOSTA AO ITEM 05.

Inicialmente, no tocante às hipóteses de dano gerado aos aparelhos por culpa da Contratante, faz-se remissão à resposta do item anterior.

Quanto a relação entre a cessão de aparelhos e o fornecimento do serviço, verifica-se um nexo de dependência, sendo que os celulares serão o meio pelo qual a Contratada fornecerá seu produto fim. De tal maneira, se imprestáveis forem os aparelhos, não há que se falar em prestação dos serviços.

Ainda, o Impugnante, faz remissão à legislação Consumerista, nesse aspecto, deverá ser aplicada, no que couber, a Lei nº. 8.078/90 – Código de Defesa do Consumidor, notadamente com relação ao conceito de “fornecedor”, trazido pelo art. 3º, e responsabilidade por vício, trazido pelo art. 18, ambos do CDC.

Desse modo, para maior transparência, é prudente mencionar a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, no que couber e não for contrário à Legislação Administrativa, nas relações oriundas da Licitação em comento.

2.6 – ITEM 06.

A impugnação recai sobre o prazo, reputado exíguo, para a entrega dos aparelhos de celulares que viabilizarão a prestação dos serviços contratados.

Alega-se que é necessário computar-se o prazo para solicitação dos mesmos junto às fabricantes, julgando-se ser razoável o prazo de 30 (trinta) dias para a entrega dos aparelhos à Contratante.

RESPOSTA AO ITEM 06.

Considerando que foi reputado insuficiente o prazo apresentado pelo instrumento convocatório para a entrega dos aparelhos celulares que viabilizarão a prestação dos serviços e no objetivo de fomentar a ampla concorrência no certame, decide-se por acatar os termos da impugnação, reconsiderando-se o prazo outrora estabelecido.



O prazo para entrega dos aparelhos à Contratante passa a ser de até 30 (trinta) dias, contados do recebimento da Ordem de Execução de Serviços.

2.7 – ITEM 07.

O impugnante sustenta que o prazo estipulado no instrumento convocatório enquadra-se na vedação contida no §3º do art. 57 da Lei 8.666/93, que diz ser vedada a celebração de contratos com prazo de vigência indeterminado, salientando não ser conhecido pelos licitantes o prazo necessário à finalização do processo licitatório.

Alega, ainda, que o prazo de vigência contratual limitado à 31 de dezembro de 2016 é incompatível com o vulto dos investimentos a serem realizados por parte da Contratada para prestação dos serviços, o que exige que seja estipulado o prazo mínimo de 12 (doze) meses de vigência para contrato.

RESPOSTA AO ITEM 07.

No tocante ao prazo de vigência contratual que resultará da licitação em comento, salienta-se não prosperar o argumento de tratar-se de vedação disposta no §3º do art. 57 da Lei 8.666/93, uma vez que o Edital é claro quanto ao prazo de vigência do contrato.

A alegação de desconhecimento das empresas licitantes quanto ao prazo necessário à homologação do processo licitatório é de pouca coerência, posto que sequer a Divisão de Compras e Licitações deste Instituto detém tal conhecimento, uma vez que a conclusão do processo depende de circunstâncias variáveis, tais como a manifestação de intenção de recurso por parte de quaisquer licitantes, conforme previsão do inciso XVIII do art. 4º da Lei 10.520/2.002, abertura de prazo para a habilitação tardia de que trata o §1º do art. 43 da Lei 123/2.006, realização de providências solicitadas pela Controle Interno do PREVMOC, dentre outras.

Todavia, opta-se por dar procedência ao prazo inicial de 12 (doze) meses de vigência para o instrumento contratual, restando modificado o prazo que se estabelecera até 31 de dezembro de 2016, por julgar-se que os investimentos a serem realizados pela Contratada são consideráveis e requer lapso temporal mínimo de garantia da prestação dos serviços.

2.8 – ITEM 08.



Impugna-se, nesse Item, previsão da Minuta de Contrato – ANEXO IV, do Edital, que consiste na exigência da comprovação, mensal, da manutenção das condições de habilitação.

Os motivos da irresignação se fundam em alegações de que tal procedimento traria morosidade ao processo, que à Contratada seria imposto ônus desnecessário e que representaria aumento injustificado do custo para a prestação do serviço.

Alega ainda, o impugnante, que a comprovação das condições de habilitação da Contratada pode, facilmente, ser retirada, pela Administração, em sítios eletrônicos na internet.

RESPOSTA AO ITEM 08.

A Lei nº. 8.666/93, em seu art. 55, traz um rol de cláusulas necessárias a todos os contratos, pela sua importância, colacionamos:

“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.”

Tal dispositivo possui como finalidade evitar dúvidas, sendo que, ainda que não expresse, as Contratadas não estariam dispensadas da manutenção das condições de habilitação.

O descumprimento da obrigação, ao contrário do que se afirma pelo Impugnante, não é condição para o pagamento, tal previsão constante da Minuta de Contrato está de acordo com a legislação e objetiva facilitar, por parte da Contratante, a fiscalização das condições da Contratada.

Não há que se falar que “tal obrigação é inviável uma vez que causaria morosidade”, ou que “o envio mensal de certidões e demais documentos constitui apenas ônus desnecessário à contratada, bem como representa um aumento injustificado do custo para a prestação dos serviços”, conforme afirmado pelo Impugnante. Salienta-se que, conforme bem colocado, também pelo Impugnante, tais certidões são “facilmente obtidas por meio da internet”, acrescenta-se, de forma gratuita. Desse modo, tais alegações não podem prosperar.

Nesse sentido, coadunando com esse entendimento, colacionamos entendimento do STJ:



“2. A exigência de regularidade fiscal deve permanecer durante toda a execução do contrato, a teor do art. 55, XIII, da Lei nº. 8.666/93, que dispõe ser “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 nas licitações”.

(...)

5. Pode a Administração rescindir o contrato em razão de descumprimento de uma de suas cláusulas e ainda imputar penalidade ao contratado descumpridor. Todavia a retenção do pagamento devido, por não constar do rol do art. 87 da Lei nº. 8.666/93, ofende o princípio da legalidade, insculpido na Carta Magna.” (RMS nº 24.953/CE, 2ª T., rel. Min. Castro Meira, j. em 4.03.2008, DJe de 17.03.2008).

Diante do exposto, por descabidas as alegações, não deve ser dado provimento à impugnação em comento, devendo manter a previsão contratual.

2.9 – ITEM 09.

Por fim, o Impugnante aponta a incongruente contratação de 10 (dez) serviços de gestão, conforme consta do Anexo I – Termo de Referência, do instrumento convocatório, ao passo que serão contratadas a quantidade de 15 (quinze) serviços de assinatura, sendo pertinente que os serviços de gestão recaiam sobre todas as linhas a serem contratadas.

RESPOSTA AO ITEM 09.

Conclui-se que no caso em epígrafe ocorreu erro formal na formatação do Termo de Referência do Edital que ora se impugna, sendo reconsiderado o quantitativo dos serviços de gestão que consta nas disposições editalícias.

3. Requerimentos

Diante do exposto, nos termos das respostas acima, proceder-se-á com as devidas alterações no instrumento convocatório, de sorte a afastar questões que porventura tornassem o procedimento impróprio para a finalidade a que se destina: a realização da contratação.

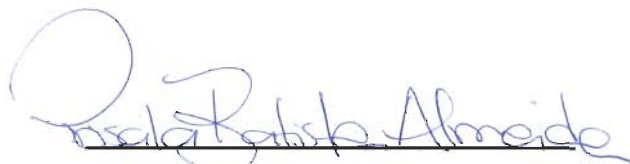


Destarte, será atribuído efeito suspensivo ao Edital que se encontra publicado, e, após retificado, será realizada nova publicação com a consequente abertura de novo prazo para a data da sessão pública.

Montes Claros/MG, 7 de abril de 2016.



PEDRO HENRIQUE RUAS A. AREAL MARQUES
ADVOGADO DO PREVMOC
OAB/MG:145.959



PRISCILA BATISTA ALMEIDA
PREGOEIRA - PREVMOC