



Ministério Público

Estado do Rio Grande do Sul

Procuradoria-Geral de Justiça

Unidade de Licitações

Informação n.º 137/2019

PEDIDO DE ESCLARECIMENTO, COM EFEITO DE IMPUGNAÇÃO, E IMPUGNAÇÃO PROPRIAMENTE DITA – Pregão Eletrônico n.º 76/2019 – operadora para prestação de serviço de telecomunicações do tipo Serviço Móvel Pessoal (SMP). PARCIAL PROVIMENTO.

1. Trata-se de pedido de esclarecimento, com efeito de impugnação, interposta por VIVO (Telefonica Brasil S.A.), e impugnação propriamente dita apresentada por Claro S.A., em face do Edital de Pregão Eletrônico n.º 76/2019, cujo objeto é a prestação de serviço de telecomunicação, do tipo Serviço Móvel Pessoal (SMP).

O pedido de esclarecimento de VIVO S.A. tem o seguinte conteúdo:

No edital 9.3 informa uma quantidade máxima de:

Descrição	Unidade	Qtd. Máxima
Smartphone tipo A	Un.	25
Smartphone tipo B	Un.	25
Smartphone tipo C	Un.	800
Pen Modens 4G	Un.	700
Simcards	Un.	300

1 – A descrição Simcards serão linhas sem pacote de dados?

2 – Somando as descrições A, B, C e Simcards temos um total de 1.150 linhas e na planilha de preço 1.12 o total é de 1.000 linhas , qual quantidade devemos considerar?

3 - Somando as descrições A, B, C e Pen Modens 4G temos um total de 1.550 pacotes de dados e na planilha de preço 1.13 até 1.16 o total é de 1.350 pacotes de dados , qual quantidade de pacote de dados devemos considerar

4 – Anexo IV e Anexo VI são referentes a proposta, qual arquivo devemos considerar

Já o arrazoadado de impugnação de CLARO S.A. interpela os seguintes pontos: (1) ausência de previsão de reembolso do aparelho em caso de perda, roubo ou furto; (2) redução do percentual de chips



para backups; (3) prazo muito curto para substituição dos aparelhos; (4) prazo muito exíguo para o envio das faturas; (a.5) multas contratuais abusivas; (6) ausência de previsão de compensação por eventual atraso no pagamento pela Contratante; e (7) impossibilidade de escolha de marca dos aparelhos em comodato.

Instada, a área técnica solicitante apresentou manifestação.

É o relatório.

2. Nada a apontar quanto à admissibilidade dos pedidos.

3. No mérito, impõe seja realizada acurada análise.

3.1. PEDIDO DE ESCLARECIMENTO

3.1.1. SIMCARDS

Os trezentos (300) Simcards exigidos na tabela do subitem 9.3 do Anexo I não terão pacotes de dados ou voz – serão chips virgens adicionais que deverão ser habilitados em momento futuro, para substituição aos chips dos aparelhos em comodato que apresentarem problemas – somente no momento da substituição é que serão habilitados.

Cumpre advertir que, sobre os trezentos Simcards, incide a exigência de back up. Para melhor esclarecer, serão alterados os subitens 8.2 e 9.14, conforme segue.

Onde se lê:

8.2. À quantidade de chips Simcards que acompanharão os dispositivos de comunicação, será acrescida de 20% (vinte por cento) de quantidade para “Backup”, a fim de atender necessidade de eventuais substituições.

8.2.1. Os chips de Backup deverão atender as tecnologias dos equipamentos em comodato e serem compatíveis com seu uso e serão entregues sem linha pré-gravada.

(...)



Ministério Público

Estado do Rio Grande do Sul

Procuradoria-Geral de Justiça

Unidade de Licitações

9.14. Além das eventuais substituições referidas no item 9.10, a CONTRATADA deverá entregar, em 60 dias a contar do recebimento definitivo dos equipamentos em comodato e 60 dias a contar da renovação, os percentuais abaixo, sobre cada modelo, destinados para cobrir casos de aparelhos que venham a ser danificados, perdidos ou roubados (backup). A quantidade de backup deverá respeitar a seguinte relação para cada modelo:

9.14.1. Smartphone Categoria A = até 20% da quantidade de Aparelhos entregues

9.14.2. Smartphone Categoria B = até 15% da quantidade de Aparelhos entregues

9.14.3. Smartphone Categoria C = até 15% da quantidade de Aparelhos entregues

9.14.4. PEN-MODEM = até 15% da quantidade de Aparelhos entregues

LEIA-SE:

8.2. (Excluído pela Informação nº. 137/2019-ULIC, de 06/NOV/2019).

8.2.1. Os chips de Backup deverão atender as tecnologias dos equipamentos em comodato e serem compatíveis com seu uso e serão entregues sem linha pré-gravada.

(...)

9.14. Além das eventuais substituições referidas no item 9.10, a CONTRATADA deverá entregar, em 60 dias a contar do recebimento definitivo dos equipamentos em comodato e 60 dias a contar da renovação, os percentuais abaixo, sobre cada modelo, destinados para cobrir casos de aparelhos que venham a ser danificados, perdidos ou roubados (backup). A quantidade de backup deverá respeitar a seguinte relação para cada modelo:

9.14.1. Smartphone Categoria A = 20% da quantidade de Aparelhos entregues

9.14.2. Smartphone Categoria B = 15% da quantidade de Aparelhos entregues

9.14.3. Smartphone Categoria C = 15% da quantidade de Aparelhos entregues

9.14.4. PEN-MODEM = 15% da quantidade de Aparelhos entregues (Nova redação dada pela Informação nº. 137/2019-ULIC, de 06/NOV/2019).

9.14.5. Simcard virgens = 20% da quantidade de Chips entregues (Inclusão pela Informação nº. 137/2019-ULIC, de 06/NOV/2019).

O edital será alterado nestes termos.

3.1.2. QUANTIDADE DE LINHAS



De acordo com a demanda institucional, foi feita a previsão de mil **(1.000) linhas** (“**Assinatura básica mensal – voz**”), consoante consta do subitem 10.1.1 do Anexo I do Edital (termo de referência), bem como do item 1.12 da planilha de proposta de preços (Anexo IV do Edital) e da tabela de valores (Anexo VI do Edital).

Essa estimativa leva em consideração a quantidade máxima dos três tipos de Smartphones (750 unidades) e eventuais necessidades de utilização sem aparelho em comodato (250 unidades), tais como assinaturas habilitadas em aparelhos particulares adquiridos pelos usuários ou interfaces fixo-celular, para citar dois exemplos que dispensam a utilização dos aparelhos em comodato.

Não entram na contagem da assinatura básica de voz os pen-modens (por óbvio) e os simcards (como visto supra, não possuem linhas habilitadas).

3.1.3. QUANTIDADE DE PACOTES DE DADOS

De acordo com a demanda institucional, foi feita a previsão de **mil trezentos e cinquenta (1.350) pacotes de dados (5, 10, 15 e 20GB)**, consoante consta do subitem 10.1.2 do Anexo I do Edital (termo de referência), bem como dos itens 1.13 a 1.16 tanto da planilha de proposta de preços (Anexo IV do Edital), quanto da tabela de valores (Anexo VI do Edital).

Essa estimativa leva em consideração a quantidade máxima dos três tipos de Smartphones (750 unidades) e dos pen-modens (600 unidades) – equipamentos em comodato.

Não entram na contagem dos pacotes de dados os simcards (como visto supra, não possuem linhas habilitadas) e as 250 assinaturas básicas mensais que não utilizarão aparelhos em comodato.

Contudo, essa quantidade (1.350) diverge da que consta da tabela do subitem 9.3 (1.550) do Anexo I destacado pela questionante.

Por um lapso, as quantidades de Smartphones do tipo C e de Pen-Modens 4G, apresentadas no citado subitem 9.3, restaram equivocadas. Houve uma revisão nas quantidades de acordo com a necessidade da Administração, tendo sido reduzidas as quantidades no subitem 10.1.2 e não no subitem 9.3 do Anexo I.

Para melhor esclarecer, será alterada a tabela do subitem 9.3 do Termo de Referência, conforme segue.



Ministério Público

Estado do Rio Grande do Sul

Procuradoria-Geral de Justiça

Unidade de Licitações

Onde se lê:

9.3. *Estimativa de quantidade inicial de equipamentos em comodato por categoria bem como as respectivas quantidades máximas de demanda.*

Descrição	Unidade	Qtd. Máxima
<i>Smartphone tipo A</i>	<i>Un.</i>	<i>25</i>
<i>Smartphone tipo B</i>	<i>Un.</i>	<i>25</i>
<i>Smartphone tipo C</i>	<i>Un.</i>	<i>800</i>
<i>Pen Modens 4G</i>	<i>Un.</i>	<i>700</i>
<i>Simcards</i>	<i>Un.</i>	<i>300</i>

LEIA-SE:

9.3. *Estimativa de quantidade inicial de equipamentos em comodato por categoria bem como as respectivas quantidades máximas de demanda.*

Descrição	Unidade	Qtd. Máxima
<i>Smartphone tipo A</i>	<i>Un.</i>	<i>25</i>
<i>Smartphone tipo B</i>	<i>Un.</i>	<i>25</i>
Smartphone tipo C	Un.	700
Pen Modens 4G	Un.	600
<i>Simcards</i>	<i>Un.</i>	<i>300</i>

(Alteração conforme Informação nº. 137/2019-ULIC, de 06/NOV/2019).

O edital será alterado nestes termos.

3.1.3. PLANILHAS DOS ANEXOS IV E VI

As planilhas em destaque deverão ser preenchidas e apresentadas para a licitação, conforme subitem 5.2.

A planilha do Anexo IV servirá para espelhar o formato da disputa no portal eletrônico Banrisul.

A planilha do Anexo VI tem o objetivo de especificar as quantidades mensais, servindo às necessidades da área técnica.



3.2. IMPUGNAÇÃO

3.2.1. Ausência de previsão de reembolso para as hipóteses de perda, roubo ou furto dos aparelhos entregues em comodato.

O texto da impugnação de Claro S.A. é semelhante à resposta dada pelo subscrevente quando do Pregão 32/2010, com relação ao assunto. Abaixo, trecho da Informação CPLIC n.º 172/2010, da lavra deste subscrevente:

2.8. Responsabilidade por perda, roubo ou furto

Efetivamente, o presente edital não aborda, de forma explícita, a questão da responsabilidade nos casos de perda, furto e roubo dos aparelhos repassados em comodato.

Implicitamente, pode-se afirmar que “a apuração de responsabilidades” mencionada no subitem 8.5 do Anexo II (termo de referência) se encarregaria de resolver o assunto.

Porém, considerando que as regras editalícias devem sempre ser claras, será inserido no termo de referência e reproduzido na minuta de contrato, dispositivo referente à questão, tomado por base o artigo 54 da Lei nº. 8.666/93:

“Os contratos administrativos de que trata esta lei regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos do direito público, aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado.”

Lembra-se que os pen modens deste contrato são cedidos em comodato, regime previsto em nosso ordenamento jurídico no Código Civil Brasileiro, com a seguinte redação:

“Art. 582. O comodatário é obrigado a conservar, como se sua própria fora, a coisa emprestada, não podendo usá-la senão de acordo com o contrato ou a natureza dela, sob pena de responder por perdas e danos. O comodatário constituído em mora, além de por ela responder, pagará, até restituí-la, o aluguel da coisa que for arbitrado pelo comodante.”

“Art. 583. Se, correndo risco o objeto do comodato juntamente com outros do comodatário, antepuser este a salvação dos seus abandonando o do comodante, responderá pelo dano ocorrido, ainda que se possa atribuir a caso fortuito, ou força maior.”



Ministério Público

Estado do Rio Grande do Sul

Procuradoria-Geral de Justiça

Unidade de Licitações

“Art. 584. O comodatário não poderá jamais recobrar do comodante as despesas feitas com o uso e gozo da coisa emprestada.”

Salienta-se que o comodato é o empréstimo gratuito de coisa móvel, que implica a obrigação do devedor de restituí-la. O comodatário é mero detentor da coisa e terá que restituí-la, tal como recebida em comodato.

Assim, entregue a coisa ao comodatário (Contratante), fica o comodante (Contratada) desobrigado para com aquele bem, ou seja, a partir da entrega, a Lei cria obrigações apenas para comodatário, a principal das quais é a de restituir a coisa emprestada, no término do contrato, ou quando lhe for reclamada, nas mesmas condições em que recebeu. Qualquer prejuízo que ocasionar ao comodante, por culpa própria ou de terceiro, ou ainda, na hipótese de força maior ou caso fortuito, em que antepõe salvar os seus bens abandonando os do comodante, responde o comodatário pelo dano.

Dessa forma, nos casos de roubo ou furto dos aparelhos, a responsabilidade deverá ser do contratante, excluindo-se a da contratada, haja vista que se a contratada tiver que arcar com o ônus nos casos citados, haverá um desequilíbrio econômico-financeiro na relação contratual, fato não albergado pela lei.

Portanto, para tornar explícita a questão da responsabilidade nos casos de perda, roubo e furto dos aparelhos, serão acrescentados os subitens 8.7 e 8.8 no Anexo II (Termo de Referência):

(...)

Quanto a este ponto, prosperou a impugnação.

Em que pese a felicidade por ter inspirado os interessados em participar das licitações da PGJ/MPRS, observa-se que o edital novamente não abordou, de forma explícita, a questão da responsabilidade nos casos de perda, furto e roubo dos aparelhos repassados em comodato.

Questionada, a área técnica manifestou-se no sentido de incluir dispositivo no Termo de Referência, com a seguinte redação:

“No caso de perda roubo ou furto do aparelho em comodato, a contratada se responsabilizará pelo reembolso no valor de mercado do equipamento em comodato, excluindo-se a contratada do ônus, conforme determina o código civil brasileiro art. 582, 583 e 584”.

Assim, a impugnação procede e o edital será modificado, incluindo-se o subitem 9.19 no Anexo I – Termo de Referência,

9.19. No caso de perda roubo ou furto do aparelho em comodato, a contratada se responsabilizará pelo reembolso no valor de mercado do equipamento em



comodato, excluindo-se a contratada do ônus, conforme determina o código civil brasileiro art. 582, 583 e 584.

(Inclusão pela Informação nº. 137/2019-ULIC, de 06/NOV/2019).

3.2.2. Do percentual de chips para backups.

O título menciona apenas os chips, contudo, relaciona-se também e principalmente aos aparelhos em comodato.

A impugnante entende que “o quantitativo solicitado para equipamentos e chips de Back-up é excessivo, fugindo do usual no Mercado de Telecomunicação e da razoabilidade, pois tal quantitativo onerará a proposta de preços e consequentemente o erário público”. Ao final, pleiteou a redução dos equipamentos de back-up para o percentual de 5%, o qual entende razoável e condizente com outros órgãos públicos nacionais.

O Termo de Referência prevê, em seu subitem 9.14., as quantidades de back-up para cada tipo de aparelho solicitado, em percentuais de 20% e 15%.

A composição deste percentual levou em consideração critérios de conveniência e oportunidade, bem como a execução do contrato que está em vigor, cujo início deu-se em 2015.

Conforme exposto pela área técnica solicitante, “as quantidade de equipamentos e chips de backup foram definidas, única e exclusivamente, baseados na peculiaridade e imperiosidade das atividades externas desempenhadas pelos membros e servidores da Instituição e objetivam proporcionar a reposição do aparelho/chip de simcards com o menor hiato de tempo possível, a fim de não prejudicar as suas atividades de trabalho em atendimento a^(sic) sociedade (...)”, por meio de sua atividade-fim, que envolve tarefas que não podem ser descontinuadas.

Continua a área técnica, afirmando que “não podemos aguardar a reposição por 24h ou 48h, pela contratada, de um equipamento que apresente um problema, ou enquanto este equipamento está sendo consertado utilizando a garantia de fábrica”.

Neste sentido, a área técnica elaborou planilha, comparando as quantidades solicitadas em back-up:

BACKUP ATUAL	BACKUP SUGESTÃO 5%	DIFERENÇA
5	1	4
3	1	2
105	35	70
90	30	60
45	15	30



Diante do entendimento e das ponderações da área técnica diante da necessidade da Administração, as quantidades de back-up estão mantidas, nos termos do subitem 9.14. do Anexo I – Termo de Referência – do Edital.

Neste ponto, impugnação improcedente.

3.2.3. Prazo para substituição dos aparelhos.

A impugnante entende que o prazo de 20 dias para a substituição dos equipamentos por outros modelos mais atualizados em relação ao mercado é desproporcional e incomum, causando transtornos de ordens logística e administrativa. Na sua ótica, o prazo deveria ser de 30 dias.

Cabe salientar que a vigência contratual é de 24 meses, com possibilidade de prorrogação até limite legal.

Em caso de renovação, há previsão de substituição dos aparelhos entregues, em conformidade com o disposto no subitem 9.13 do Termo de Referência, *in verbis*:

9.13. Haverá substituição dos aparelhos em comodato por modelos mais atualizados em relação ao mercado, em caso de renovação do Contrato por mais 24 meses, incluindo o fornecimento de aparelhos de backup, sendo possível, após, outra renovação por mais 12 meses, sem substituição de aparelhos.

Operacionalmente, após a formalização da prorrogação contratual, a Contratada será notificada a respeito da substituição dos aparelhos, no prazo de 20 dias. Assim dispõe o subitem 9.13.3:

9.13.3. A substituição será mediante notificação, após ter sido formalizada a prorrogação, sem incidência de quaisquer formas de ônus para a CONTRATANTE e deverá ser efetuada no prazo de 20 (vinte) dias.

Na visão da área técnica, o prazo de 20 dias não aparenta ser desproporcional ou desarrazoado, em comparação ao prazo de 30 dias do início do contrato (subitem 11.2 do TR), momento que possui mais tarefas para serem cumpridas do que no momento da renovação.

Além disso, se houver alguma questão que possa provocar o descumprimento de prazo, a contratada poderá pedir uma prorrogação de prazo, mediante justificativa a ser analisada e aceita pela fiscalização contratual.



Assim, não procede a impugnação neste ponto.

3.2.4. Do prazo para envio das faturas

A impugnante ataca o subitem 12.5 do Anexo I do Edital, afirmando que o prazo de quinze dias nele previsto contraria o artigo 76 da Resolução da Anatel n.º 632/2014, que estipula antecedência mínima de cinco dias.

No que diz respeito à protocolização da nota fiscal, assim dispõe nosso Edital:

12.5. A nota fiscal deverá ser protocolizada com, no mínimo, 15 dias de antecedência em relação à data de vencimento.

Tratando-se de despesa pública não se pode olvidar que antes do efetivo pagamento ocorre o empenho e a liquidação, que são inerentes a todo órgão público.

Com efeito, o prazo justifica-se ante as necessidades organizacionais desta Instituição, dentre as quais a análise das faturas pela equipe da gestão contratual e o trâmite administrativo necessário ao pagamento da despesa.

Nesse passo, o prazo de 15 dias de antecedência para a protocolização da nota fiscal não se mostra desarrazoado. A relação aqui “operadora de telecomunicação/órgão público” é diferente das relações oriundas do Código de Defesa do Consumidor.

De outra banda, cabe asseverar que a normativa de telefonia estabelece um prazo de antecedência MÍNIMA, o que não impede que essa antecedência seja superior, não havendo conflito entre edital e regulamento.

Diante disso, a impugnação não procede.

3.2.5. Multas Abusivas

A impugnante aduz que o percentual de trinta por cento (30%) do subitem 14.3 do Anexo I do Edital, que estabelece o limite para as multas por reincidência é abusivo, acarretando locupletamento ilícito por parte da Administração. Disse que o dispositivo deve-se limitar a 10% (dez por cento), fundamentando seu pensamento na lei de usura (artigo 9º do Decreto Federal n.º 22.626.1933). Pregou que o percentual atual é desproporcional e fora da realidade do setor.



Ministério Público

Estado do Rio Grande do Sul

Procuradoria-Geral de Justiça

Unidade de Licitações

No tocante à eventual ocorrência de multa por descumprimento, assim dispõe a minuta de contrato (Anexo V), em sua décima quarta cláusula:

14.1 Na forma do artigo 86 da Lei Federal n.º 8.666/93, a CONTRATADA, garantida a prévia defesa, ficará sujeita à multa de 0,5% (meio por cento) sobre o valor da requisição, por dia de atraso em que, sem justa causa, não cumprir as obrigações assumidas, até o máximo de 20 (vinte) dias, sem prejuízo das demais penalidades previstas na mencionada Lei.

14.2 Na forma do artigo 87 da Lei Federal n.º 8.666/93, o descumprimento total ou parcial das obrigações estabelecidas no Edital Licitatório e neste contrato, sujeitará a CONTRATADA às seguintes penalidades, garantida a prévia defesa, mediante publicação no Diário Eletrônico do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul:

- a) Advertência, por escrito, sempre que ocorrerem pequenas irregularidades, para as quais haja concorrido;
- b) Multa de até 10% (dez por cento) sobre o valor do contrato, sem prejuízo das demais penalidades legais;
- c) Suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por até 2 (dois) anos; e
- d) Declaração de inidoneidade para contratar ou licitar com a Administração Pública Estadual.

14.3 A multa prevista acima dobrará em caso de reincidência, não podendo ultrapassar a 30% (trinta por cento) do valor do contrato, sem prejuízo da cobrança de perdas e danos que venham a ser causados ao interesse público e da possibilidade da rescisão contratual.

14.4 Na forma do artigo 7º da Lei Federal nº 10.520/02, caso a CONTRATADA, convocada dentro do prazo de validade de sua proposta, não celebrar o contrato, deixar de entregar ou apresentar documentação falsa para o certame, ensejar o retardamento da execução de seu objeto, não mantiver a proposta, falhar ou fraudar na execução do contrato, comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude fiscal, ficará impedido de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios e será descredenciado no SICAF ou nos sistemas de cadastramento de fornecedores a que se refere o inciso XIV do artigo 4º da lei mencionada, pelo prazo de até 5 (cinco) anos, sem prejuízo das multas previstas em edital e neste contrato e das demais cominações legais.



Segundo a Consultoria Zênite¹:

“A aplicação tanto da multa moratória quanto da multa compensatória exige previsão expressa no edital e/ou termo de contrato, a qual estabeleça a natureza da sanção (moratória ou compensatória), os percentuais e a base de cálculo.

Não há a fixação legal de percentuais para multa moratória ou compensatória, devendo a Administração, na fase do planejamento da contratação, estabelecer esses critérios com base na praxe dos contratos e orientada com base nos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Usualmente, verifica-se a adoção de percentuais entre 0,02% e 0,5% sobre o valor da parcela inadimplida, por dia de atraso, no caso de multa moratória e, para multa compensatória, a fixação de percentuais entre 10% e 30% sobre o valor do contrato.

Uma prática recomendada é prever no edital e/ou termo de contrato a multa moratória por um prazo certo de dias, a partir do qual, se não cumprido o ajuste, a Administração promoverá a sua rescisão e aplicará multa compensatória na forma também previamente estabelecida. Nesse caso, afasta-se qualquer indefinição acerca do tempo pelo qual a Administração tolera o atraso na execução do contrato sem rescindi-lo.

A multa compensatória caracteriza a prefixação de indenização por perdas e danos, sendo seu objetivo "compensar" a Administração pelos prejuízos experimentados em razão de descumprimento de obrigação contratual. Por conta disso, uma vez estabelecida no contrato a multa compensatória, mostra-se também necessário fazer constar cláusula que autorize a cobrança de valor excedente se os prejuízos superarem o valor da multa. Nessa hipótese, com base no parágrafo único do art. 416 do Código Civil, a multa estipulada servirá como valor mínimo de indenização, devendo a Administração comprovar o prejuízo excedente”.

A jurista Simone Miqueloto² ressalta que, “quanto ao percentual da multa compensatória, o Código Civil Brasileiro, em seu art. 920, estabelece que o valor da cláusula penal não poderá ser superior ao da obrigação principal”.

Na manifestação da área técnica, constou pensamento na mesma linha, afirmando, em síntese, que os percentuais aplicáveis podem ser definidos pelo próprio contrato, corroborado pela legislação pertinente:

¹ MELHORES PRÁTICAS SOBRE MULTA MORATÓRIA E MULTA COMPENSATÓRIA NAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS – ZÊNITE, SÍNTESE TEMÁTICA - 752/233/JUL/2013.

² DAS SANÇÕES ADMINISTRATIVAS – ZÊNITE, DOUTRINA/PARECER - 1054/58/DEZ/1998.



“(...) no entendimento desta assessoria, não configura confisco. Outras contratações estipulam tal parâmetro como limitador já na 1ª ocorrência, como se observa no Pregão Eletrônico n.º 21/2018 do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul, bem como no Pregão Eletrônico n.º 19/2019 do Tribunal de Contas da União e entendimento doutrinário, que, em que pese tratar de multa moratória, se presta também para o caso sob exame:

Portanto, não procede a impugnação neste assunto.

3.2.6. Da ausência de compensação pelo atraso de pagamento

A impugnante referiu que não há cláusula que mencione a atualização monetária, juros e penalidades, em caso de inadimplemento da Administração Pública.

Ledo engano.

Sobre eventual compensação pelo atraso no pagamento, a minuta de contrato (Anexo V), em sua décima segunda cláusula, dispõe que, em caso de inadimplemento por esta Procuradoria-Geral de Justiça, os valores serão devidamente corrigidos, *pro rata die*.

CLÁUSULA DÉCIMA SEGUNDA – DA ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA

Os valores do presente contrato não pagos nas datas aqui previstas deverão ser corrigidos desde então até a data do efetivo pagamento, pelo IGPM da FGV, *pro rata die*.

Sobre multa contra a administração pública, impende atentar para a lição de Jorge Ulisses Jacoby Fernandes³:

*“Corolário das considerações expendidas na alínea anterior é que a **Administração Pública, quando ocupa a condição de contratante**, e o particular, a condição de contratado, **pode impor multas contratuais moratórias e compensatórias**.*

*Nessas circunstâncias, como o contrato é elaborado unilateralmente pela Administração e publicado anexo ao edital - conforme art. 40, § 2º, inc. III, da Lei nº 8.666/93 -, ao qual o licitante adere com a apresentação da proposta, **não é razoável que sejam estabelecidas penalidades contra a Administração**.*

*O Tribunal de Contas da União já recomendou que **os órgãos devem precaver-se quanto à elaboração de instrumentos convocatórios ou contratuais, em que inclua***

³ MULTAS CONTRA A ADMINISTRAÇÃO – ZÊNITE, PARECER - 679/43/SET/1997.



cláusulas que levem a situações economicamente lesivas à Administração, tais como a previsão de multas contra a própria Administração que extrapolem a atualização financeira do período, ou a aceitação de condições presentes nas propostas dos licitantes, mesmo que não previstas nos correspondentes instrumentos convocatórios ou contratuais”.

Neste ponto, improcedente a impugnação.

3.2.7. Impossibilidade de escolha de marca

A impugnante ataca as exigências estabelecidas com relação aos aparelhos alcançados à PGJ/MPRS em comodato, em específico, argui que não pode ser estipulada a marca e o modelo dos aparelhos smartphone, pois tal situação ofende a Lei n.º 8.666/1993, em seus artigos 7º, § 5º, e 15, § 7º, inciso I, que fazem referência à não indicação de marca:

Art. 7. As licitações para a execução de obras e para a prestação de serviços obedecerão ao disposto neste artigo e, em particular, à seguinte seqüência:

(...)

§ 5o É vedada a realização de licitação cujo objeto inclua bens e serviços sem similaridade ou de marcas, características e especificações exclusivas, salvo nos casos em que for tecnicamente justificável, ou ainda quando o fornecimento de tais materiais e serviços for feito sob o regime de administração contratada, previsto e discriminado no ato convocatório.

(...)

Art. 15. As compras, sempre que possível, deverão:

(...)

§ 7o Nas compras deverão ser observadas, ainda:

I - a especificação completa do bem a ser adquirido sem indicação de marca;

Tais disposições tem por objetivo evitar o direcionamento da licitação para alguém que preste o serviço ou forneça o bem, com o fito de beneficiá-lo.

Nesta licitação, o objeto é a prestação de serviço móvel pessoal. Nesse passo, não há nenhum fator que condicione o certame a alguém de forma injustificada.



A referência à marca no Anexo VIII diz respeito aos aparelhos concedidos em comodato aos usuários do serviço na Administração contratante. Todas as empresas de telecomunicações (telefonia móvel) tem as condições de conceder os aparelhos que estão sendo solicitados, não havendo direcionamento. A escolha dos equipamentos mencionados no Anexo VIII tem fulcro na necessidade administrativa para que as tarefas da atividade-fim não tenham solução de continuidade. A troca de tecnologia conduziria a um descompasso em relação às atividades hoje desenvolvidas.

Ademais, como ensina Marçal Justen Filho⁴, doutrinador referência em matéria de licitações:

“... a Lei não pretende proibir até mesmo a referência à marca. O inc. I do § 7.º tem de ser interpretado no sentido de que, ao promover a especificação das qualidades do objeto a ser adquirido, nenhuma relevância pode dar-se à marca. Isso não impede que se utilize a marca para um dos fins a que se destina, que é a identificação mais simples e imediata dos produtos.

(...)

Seria despropositado, porém, que a escolha fundada em razões lógicas e objetivas não pudesse retratar-se na utilização da marca. Isso produziria uma complicação desnecessária e inútil no nível da linguagem”.

A justificativa para a referência *in casu* consta do expediente administrativo e encontra-se, outrossim, disponível no termo de referência (item 02), concentrando-se nas características de compatibilidade, capacidade de armazenamento, processamento e maior autonomia de bateria.

Neste ponto, a impugnação não procede.

4. Ante o exposto, este Pregoeiro **DECIDE**:

(a) receber o pedido de esclarecimento de VIVO S.A. como impugnação, no que tange (a.1) ao percentual de back-up dos Simcards, e (a.2) às quantidades de Smartphones tipo C e de Pen-Modens;

⁴<https://proview.thomsonreuters.com/title.html?redirect=true&titleKey=rt%2Fcodigos%2F98527100%2Fv17.3&titleStage=F&titleAcct=ia744d7790000015da87794282d915157#sl=e&eid=182abe8be2ee537617b39e0a45d9271a&eat=&pg=&psl=&nvgS=false&tmp=690>



Ministério Público

Estado do Rio Grande do Sul

Procuradoria-Geral de Justiça

Unidade de Licitações

(b) alterar o edital com relação aos subitens 8.2 (exclusão), 9.3 (nova redação), 9.14.1 a 9.14.4 (nova redação), e 9.14.5 (inclusão), todos do termo de referência – e, por simetria, devem ser alteradas as cláusulas contratuais;

(c) esclarecer os demais pontos, conforme esta informação;

(d) conhecer da impugnação apresentada por CLARO S.A. em face do Edital de Pregão Eletrônico n.º 76/2019 da PGJ/MPRS;

(e) dar provimento parcial, somente no que toca à responsabilidade nos casos de perda, furto e roubo dos aparelhos repassados em comodato;

(f) alterar o edital com relação ao subitem 9.19 (inclusão) do termo de referência – por simetria, deve ser alterada a cláusula contratual;

(g) reagendar a data do certame, mediante republicação, para a data de **21 de novembro de 2019**, terça-feira, com a abertura das propostas às 10 horas e a disputa de lances às 14 horas.

Era o que havia a informar.

Porto Alegre, 06 de novembro de 2019.

Luís Antônio Benites Michel,
Pregoeiro.