

ATA N.º 01/2020

A Comissão Permanente de Licitação, designadas pelo instrumento legal Portaria n.º 02 de 22 de janeiro de 2019, apresenta devidamente instruídas, a decisão tomada em referência a IMPUGNAÇÃO interposta pela Empresa OI MÓVEL S.A, ao instrumento convocatório de Pregão Eletrônico n.º 15/2020, procedimento o qual objetiva a contratação de pessoa jurídica, legalmente autorizada pela Agência Nacional de Telecomunicação – ANATEL, para a prestação de SERVIÇOS DE TELEFONIA MÓVEL, sem o fornecimento de estações móveis, que possua outorga da ANATEL – Agência Nacional de Telecomunicações, através da tecnologia 4G pelo sistema digital pós-pago, mediante o fornecimento de 33 (trinta e três) acessos habilitados (chips), sendo 05 linhas de voz e dados com Plano internet 4G com pacote de dados 4GB, com possibilidade de redução da velocidade após o uso da franquia e 28 (vinte e oito) linhas de plano básico, mediante as condições estabelecidas neste Termo de Referência, edital e contrato, para atendimento às necessidades do Departamento de Água, Arroios e Esgoto de Bagé – DAEB.

DOS FATOS

1. Inicialmente, recomenda-se a leitura da Impugnação apresentada, uma vez que nesta instrução para julgamento não serão reproduzidas Condições editalícias, nem citações legais, jurisprudenciais ou doutrinárias.
2. Verificada a tempestividade do ato impugnativo passa-se ao breve relato.

DAS RAZÕES DA IMPUGNAÇÃO.

“

*ALTERAÇÕES A SEREM FEITAS NO EDITAL E NOS ANEXOS
DA NECESSIDADE DE FORMAÇÃO DE CONSÓRCIO ENTRE AS EMPRESAS DE TELEFONIA MÓVEL E FIXA*

O presente edital no item 4.1.4, veada a participação de empresas reunidas em consórcio, ainda que controladoras, coligadas ou subsidiárias entre si.

(...)”

2. REAJUSTE DOS PREÇOS E DAS TARIFAS

Tendo em vista que o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal determina a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos firmados com a Administração Pública, a Lei n.º 8.666/93 disponibilizou instrumentos aptos a recompor o eventual desequilíbrio entre as vantagens e os encargos originalmente pactuados.

Assim, para a recomposição da equação econômico-financeira, surgiram diversas figuras, dentre elas o reajuste.

O reajuste nada mais é do que a indexação do valor da remuneração devida ao particular a um índice de variação de custos. É alteração dos preços para compensar (exclusivamente) os efeitos das variações inflacionárias, mantendo o valor da moeda, sem o que haveria desequilíbrio econômico, com prejuízo de uma das partes.

(...)"

PEDIDO

Para garantir o atendimento aos princípios norteadores dos procedimentos licitatórios, a Oi requer que V. Sa julgue motivadamente a presente Impugnação, no prazo de 24 horas, acolhendo-a e promovendo as alterações necessárias nos termos do Edital e seus anexos, sua consequente republicação e suspensão da data de realização do certame.

Bagé/RS, 25 de agosto de 2020.

DA ANÁLISE DA COMISSÃO DE LICITAÇÃO:

A autorização ou a vedação da participação de empresas reunidas em consórcios relaciona-se diretamente ao dever de planejamento. Isso porque a decisão sobre o assunto está intimamente vinculada à necessidade ou não de adoção dessa medida como instrumento apto a ampliar a competitividade em face das peculiaridades do objeto licitado e do mercado em que ele se insere.

É preciso avaliar as condições de oferecimento da solução almejada e, assim, verificar se os contornos que lhe foram dados implicam restrição artificial à participação no certame.

A Empresa pugna pela possibilidade de formação de consórcio para execução dos serviços licitados ao argumento da ampliação de competitividade do processo licitatório. A constituição de consórcio, disciplinada pelo art. 33 da Lei nº 8.666/93, é recomendável naquelas situações em que parcela significativa das empresas do ramo da atividade licitada não possui condições de participar isoladamente do certame, em face das condições do mercado ou da complexidade técnica do objeto.

No entanto, a regra é que a Administração privilegie a participação de licitantes com propostas individuais, a fim de se obter aquela mais vantajosa para a execução do objeto.

E, ao contrário do alegado pela Impugnante, a vedação de participação de empresas em consórcios não representa, por si só, restrição da competitividade. É a permissão que limita, muitas vezes, o número de participantes, uma vez que as empresas associadas deixariam de competir entre si.

Nesse sentido entende o TCU, veja-se:

No entanto, o caso não me parece requerer a formação de consórcio.

Primeiro, porque se a licitação fosse realizada separadamente para fornecimento de serviços de

telefonia e de centrais telefônicas, as empresas no mercado teriam, sozinhas, condições de realizar o objeto da licitação. Segundo, o consórcio, dada a transitoriedade que lhe é peculiar, mostra-se mais apropriado para consecução de objeto certo e determinado no tempo, a exemplo de obras, diversamente do que ocorre na espécie, em que se busca a contratação de serviços que rotineiramente farão parte das atividades do órgão.

Na forma como a presente licitação foi configurada, está cristalino que o consórcio limitou a participação de um maior número empresas no certame, contrapondo-se ao seu objetivo primordial. A propósito, bem ponderou o Analista instruinte que 'essa associação de empresas, no âmbito administrativo, é recomendável, ou até mesmo exigível, em situações em que o objeto a ser contratado apresenta vulto ou complexidade que necessite a união de esforços, quando as empresas, isoladamente, não dispuserem condições para realizar a devida execução. Entretanto, em situações específicas, a formação de consórcio pode ser prejudicial, em virtude de pactos de eliminação de concorrentes que visem ampliar a participação no mercado. (Acórdão nº 2295/2005 - Plenário, Relator: Benjamin Zymler, Data de julgamento: 13/12/2005) (grifamos)

Além disso, reforça-se que a admissibilidade de empresas em consórcio nos editais convocatórios insere-se no âmbito do poder discricionário da Administração Pública, não configurando uma obrigação legalmente estabelecida. Destarte, ao administrador cabe decidir sobre a matéria, em face da complexidade técnica do objeto a ser contratado e do interesse público tutelado.

Assim entendeu a Corte de Contas, 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" (grifamos - Acórdão nº 1.946/2006 - Plenário).

Corroborando a explicitação exposta, temos o posicionamento de Jessé Torres Pereira Junior, veja-se:

Representação. Licitação. Parcelamento do Objeto.
Ausência de viabilidade técnica e econômica.

Participação de consórcio. No parcelamento do objeto da licitação é imprescindível que se estabeleça a viabilidade técnica e econômica de divisibilidade do objeto. A aceitação de consórcios na licitação situa-se no âmbito do poder discricionário da Administração contratante... A jurisprudência desta Corte de Contas tem assentado que o art. 33 da Lei no 8.666/93 deixa à discricionariedade do gestor a decisão de admitir ou não a participação de empresa organizadas em consórcio no certame, devendo o desígnio ser verificado caso a caso.

Quando o objeto a ser licitado envolve questões de alta complexidade, via de regra, a Administração, com o intuito de aumentar o número de participantes, admite a formação de consórcio. No entanto, essa hipótese não ocorre no contexto ora em análise, pois os serviços licitados não envolvem questões de alta complexidade técnica, mas apenas serão mais bem prestados se não parcelados.

Ademais, a participação de consórcios em torneios licitatórios não garante aumento de competitividade, consoante arestos do relatório e voto que impulsionaram o Acórdão no 2.813/2004-1a Câmara, que reproduzo: "O art. 33 da Lei de Licitações expressa mente atribui à Administração a prerrogativa de admitir a participação de consórcios. Está, portanto, no âmbito da discricionariedade da Administração. Isto porque a formação de consórcios tanto pode se prestar para fomentar a concorrência (consórcio de empresas menores que, de outra forma não participariam do certame), quanto cerceá-la (associação de empresas que, em caso contrário, concorreriam entre si) (...) vemos que é praticamente comum a não-aceitação de consórcios (...)" (Comentários à Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública". 7a edição. Ed. Renovar. 2007. Páginas 442 a 443.) (grifamos)

No caso concreto, sabe-se que se trata de objeto que em tese pode ser atendido por pelo menos quatro grandes empresas: Oi, Vivo, Claro e Tim. Por óbvio que o consórcio dessas empresas entre si não será admitido, ainda porque reduziria ainda mais um mercado já tão escasso.

A forma de constituição dessas grandes empresas, por sua vez, não é objeto de controle no momento da licitação, tampouco motivo para se excluir a referida previsão.

Ademais, percebe-se que o parcelamento do objeto em grupos, tal qual se afigura no Edital, foi feito por meio da similaridade dos itens que os compõem.

Assim, trata-se de grupo homogêneos, que podem ser prestados inteiramente por uma única pessoa jurídica, a priori.

A exemplo das relações privadas dos serviços de telefonia móvel, o usuário final somente mantém relação contratual com uma única operadora, onde paga todos os serviços utilizados em uma única fatura. Não há, no serviço licitado, nenhuma exigência capaz de alterar tal procedimento contratual, motivo pelo qual não entendemos pertinente alteração do Edital.

A Empresa pugna, também, acerca da informação da Cláusula de Reajuste a ser concedido à CONTRATADA, onde esta busca convencer a Administração – sem amparo em dados ou demonstrações que lhe sirvam de base – de que a adoção do índice de reajuste contratual pelo IGP-DI é que seria a medida correta para manutenção do equilíbrio econômico-financeiro da proposta, na presente contratação

O Edital em sua Cláusula Décima Primeira, que trata sobre o REAJUSTE, informa que o valor líquido unitário dos serviços objeto deste ajuste será reajustado anualmente, na proporção da variação do IPCA (Índice de Preços ao Consumidor Amplo), calculado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, sendo o índice estabelecido pela Resolução ANATEL nº 532, de 03 de agosto de 2009, índice setorial que aplicado no reajuste e atualização de valores associados à prestação dos serviços de telecomunicações, informado no ANEXO II À NORMA PARA CÁLCULO DO ÍNDICE DE SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES – IST – APLICADO NO REAJUSTE E ATUALIZAÇÃO DE VALORES ASSOCIADOS À PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES - QUADRO 2: ESTRUTURA DAS DESPESAS DE REFERÊNCIA E ÍNDICES ASSOCIADOS, da já citada Resolução.

DA CONCLUSÃO

Assim sendo em atendimento a legislação pertinente, aos princípios da legalidade, moralidade, isonomia e obediência ao instrumento convocatório, essa CPL – Comissão Permanente de Licitação, entende por RECONHECER A IMPUGNAÇÃO POR TEMPESTIVA, porém, NEGANDO PROVIMENTO, pelos motivos acima explanados, dando continuidade ao certame sem alteração em seu Edital.

Bagé, 26 de agosto de 2020.

Comissão de Licitação

Alexandro Vidotto
Christina J. da Silva