

RESPOSTA. JULGAMENTO DE IMPUGNAÇÃO. PE 17-2023- DPE-BA

OBJETO: Registro de preço, para eventual aquisição de soluções de Segurança da Informação com o propósito de ampliar a segurança da rede da DPE/BA, incluindo repasse de conhecimento, manutenção e suporte técnico por 60 (sessenta) meses de acordo com as condições, características e especificações constantes da Seção II -Termo de Referência objeto da licitação.

IMPUGNAÇÃO: JULGAMENTO

EMPRESA INTERESSADA: OI S/A - em recuperação judicial, CNPJ nº 76.535.764/0001-43

1 DA IMPUGNAÇÃO

Trata o presente expediente acerca da impugnação assinada pela Senhora Diane Serpa, da OI MÓVEL S.A., em Recuperação Judicial- CNPJ nº 76.535.764/0001-43, contra itens do Edital do Pregão Eletrônico nº 17/2023, cujo objeto é Registro de preço, para eventual aquisição de soluções de Segurança da Informação com o propósito de ampliar a segurança da rede da DPE/BA, incluindo repasse de conhecimento, manutenção e suporte técnico por 60 (sessenta) meses de acordo com as condições, características e especificações constantes da Seção II - Termo de Referência objeto da licitação.

Conforme verifica-se no processo formalizado sob nº 01.0491.2023.000008836-2, o instrumento convocatório foi impugnado visando alterar itens do edital e seus anexos conforme pontuado pela Recorrente.

Por fim, a empresa Impugnante requer o seguinte:

- 1.a O recebimento da presente impugnação;
- 1.b A total procedência dos pedidos formulados para corrigir o instrumento convocatório
- 1.c A republicação do edital.

2 DO JULGAMENTO

2.1. DA COMPROVAÇÃO DE CAPACIDADE ECONÔMICO-FINANCEIRA

A licitante questiona o item 1.4, alínea "c" da Parte II do Edital que estabelece o seguinte:

“c) As licitantes que apresentarem resultado igual ou menor que 1 (um), em qualquer dos índices, quando da habilitação, deverão comprovar patrimônio líquido mínimo, correspondente a 10% (dez por cento) do valor estimado da contratação, na forma do §2º do art. 102 da Lei no 9.433/05.”

RESPOSTA. JULGAMENTO DE IMPUGNAÇÃO. PE 17-2023- DPE-BA

Acrescenta em sua impugnação o seguinte:

Note-se que o § 2º, deste dispositivo, determina que a Administração poderá estabelecer, no instrumento convocatório da licitação, a exigência de capital mínimo ou de patrimônio líquido mínimo, ou ainda as garantias previstas no seu § 1º do art. 56, como dado objetivo de comprovação da qualificação econômico-financeira dos licitantes.

Verifica-se que o § 4º deste dispositivo também determina que a Administração poderá estabelecer, nas compras para entrega futura e na execução de obras e serviços, no instrumento convocatório da licitação, a exigência de capital mínimo ou de patrimônio líquido mínimo equivalente a até 10% (dez por cento) do valor estimado da contratação, como dado objetivo de comprovação da qualificação econômico-financeira dos licitantes

Em seu pedido ainda destaca que o patrimônio líquido é variável de acordo com o exercício da atividade da empresa. Já o capital social só poderá ser alterado mediante deliberação dos sócios, isto é, independe do exercício da atividade da empresa.

E por fim requer que diante do quanto exposto, seja considerando a alternatividade concedida por ambas as leis para fins de comprovação da qualificação econômico-financeira, requerendo-se a modificação do item em comento, nos termos da fundamentação supra, para que seja possibilitada a comprovação desse requisito através do capital social.

Em resposta, informamos que o Edital possui a alternatividade para comprovar condições econômicas para executar o objeto por parte do licitante, assim como prevê as medidas para proteger o Órgão Licitante e que contratará o objeto de empresas com condições de atender o quanto exigido no Termo de Referência pela área demandante e a ampla participação de interessados.

Conforme Ordem de Serviço PGE 007/2020, e Súmula 289 do TCU, a qualificação econômico-financeira adotou os requisitos, índices e valores mais apropriados ao objeto da contratação.

Ato contínuo, a Instrução Normativa SAEB nº 36/2020 foi divulgada para conhecimento dos interessados, quanto aos critérios para definição das cláusulas de qualificação econômico-financeira nos editais de licitação regidos pela Lei no 9.433, de 1 de março de 2005, pertinentes às contratações de bense serviços de caráter geral.

SÚMULA Nº 289 "A exigência de índices contábeis de capacidade financeira, a exemplo dos de liquidez, deve estar justificada no processo da licitação, conter parâmetros atualizados de mercado e atender às características do objeto licitado, sendo vedado o uso de índice cuja fórmula inclua rentabilidade ou lucratividade."

RESPOSTA. JULGAMENTO DE IMPUGNAÇÃO. PE 17-2023- DPE-BA

Conforme item 4 da Instrução Normativa SAEB 036/2020 dispõe que as exigências de qualificação econômico-financeira nos editais deverão se limitar àquelas que sejam indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações, conforme art. 102 da Lei no 9.433/05.

Por esse motivo, diferente do quanto alegado pela Impugnante, informamos que os índices possuem fórmulas, tem como base os balanços patrimoniais devidamente publicados e/ou registrados de acordo com a legislação vigente e normativos de Órgão competentes, assim como estão de acordo com a legislação aplicada e para não ser restritivos a participação dos interessados.

Sendo assim, informamos que será mantido a exigência do edital por proporcionar a ampla participação e manter as condições de contratar empresas com capacidade de executar o objeto.

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

A empresa em sua petição informa que ao analisar a Cláusula Sétima, item IX da Minuta do Contrato, verifica-se a previsão de que a contratada deverá responder por todo e qualquer dano causado ao Contratante e a terceiros.

Acrescenta o seguinte:

Insta esclarecer que a previsão contida no referido item é desproporcional, pois prevê que a Contratada deverá arcar com QUALQUER perda ou prejuízo sofrido pela Contratante, ainda que causado de forma indireta.

Por fim, requer a alteração da referida cláusula:

Portanto, é evidente que somente surgirá o dever de a Contratada indenizar se ficar comprovado que o dano foi causado diretamente à Administração ou a terceiros, decorrentes da culpa ou dolo da Contratada. Diante do exposto, requer seja alterada a Cláusula Sétima, item IX da Minuta 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 - na forma do art. 70 da Lei 8666/93.

Em resposta, informamos que qualquer penalidade, sanção ou aplicação de multa obedece o direito a ampla defesa e contraditório, conforme disciplinado em edital e na minuta do contrato.

RESPOSTA. JULGAMENTO DE IMPUGNAÇÃO. PE 17-2023- DPE-BA

Vamos ao item IX da cláusula sétima:

- IX arcar com todo e qualquer dano ou prejuízo de qualquer natureza causado ao CONTRATANTE e terceiros, por sua culpa, ou em consequência de erros, imperícia própria ou de auxiliares que estejam sob sua responsabilidade, bem como ressarcir o equivalente a todos os danos decorrentes de paralisação ou interrupção dos serviços contratados, exceto quando isto ocorrer por exigência do CONTRATANTE ou ainda por caso fortuito ou força maior, circunstâncias que deverão ser comunicadas no prazo de 48 (quarenta e oito) horas após a sua ocorrência;

Como pode se observar, o inciso acima é claro quando destaca se o dano causado for por sua culpa, ou em consequência de erros, imperícia própria ou de auxiliares que estejam sob sua responsabilidade (da contratada).

Na própria minuta do contrato já destaca as obrigações da contratada, a citação a Lei 9.433/2005 e a dosimetria estabelecidos pelo Decreto estadual nº 13.967/12 para aplicação de qualquer penalidade, além do que consta nas cláusulas 14, 15 e 16 da própria minuta do contrato.

Por esse motivo, conforme destacado na legislação vinculada no edital, nos princípios constitucionais e no direito a ampla defesa e contraditório, assim como da isonomia e igualdade, informamos que o edital buscou atender os interesses das empresas interessas e do Órgão. Será mantido.

2.3. PAGAMENTO VIA NOTA FISCAL COM CÓDIGO DE BARRAS

Por meio de petição, a Oi informa que utiliza o sistema de faturamento, por meio de Nota Fiscal/Fatura, emitida com código de barras para pagamento, em apenas uma via, modelo 22, em razão das várias vantagens que essa forma de pagamento proporciona.

Isso porque, o procedimento de pagamento adotado relativamente aos serviços de telecomunicações, se dá mediante apresentação de fatura (nota fiscal com código de barras), ou mediante SIAFI nos casos de órgãos vinculados à Administração Pública Federal, como é o caso da ANATEL.

Informamos que não utilizamos o sistema SIAFI por ser uma ferramenta de tecnologia usada pela Administração Pública Federal e não se aplica na instituição licitante.

Por possuir procedência, a Cláusula Décima Primeira da Minuta do Contrato atende o ramo de atividade do objeto da licitação.

RESPOSTA. JULGAMENTO DE IMPUGNAÇÃO. PE 17-2023- DPE-BA

Conforme consta no § 4º da cláusula décima primeira, já está previsto que a a(s) nota(s) fisca(l)is/fatura(s) deverá(ao) atender as exigências legais:

§4o A(s) nota(s) fisca(l)is/fatura(s) deverá(ao) atender as exigências legais pertinentes aos tributos e encargos relacionados com a obrigação, sujeitando-se às retenções tributárias previstas em lei, e, as situações específicas, à adoção da forma eletrônica.

A Lei Estadual nº 9.433/2005, o Termo de Referência e Edital se vinculam a legislação, podendo participar empresas que atuam no ramo e que possuem a habilitação e qualificação técnica para atuar, podendo participar empresas que emitem nota fiscal, fatura ou Nota Fiscal/Fatura, emitida com código de barras para pagamento.

Por esse motivo, será mantido por possibilitar a ampla participação e informamos que a participação da Oi ou de qualquer empresa que emitam notas fiscais com código de barras é permitida e será bem vindo.

2.4. GARANTIAS À CONTRATADA EM CASO DE INADIMPLÊNCIA DA CONTRATANTE

Em sua petição, é destacado o quanto previsto na Cláusula Décima Primeira, parágrafo sétimo, item I da Minuta do Contrato dispõe que no caso de atraso no pagamento a ser efetuado pela contratante a contratada, os cálculos dos valores devidos deverão observar as regras ali traçadas.

E por fim, requer que seja alterada a Cláusula Décima Primeira, parágrafo sétimo, item I 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. JULGAMENTO DE IMPUGNAÇÃO. PE 17-2023- DPE-BA

Após os devidos estudos realizados pelo Grupo de Trabalho da Procuradoria Geral do Estado e que tal previsão foi objeto de análise pela Assembleia Legislativa do Projeto de Lei e que transformou em consonância com a legislação federal a publicação da Lei Estadual 9.433/2005, em que é garantido direitos e obrigações para contratante e contratada, assim como para os demais entes e pessoas envolvidas em cada objeto.

O legislador já fez a previsão do prazo de pagamento e das condições estabelecidas para em caso de atraso para os interessados em participar e executar o objeto em caso de vencedor, ou seja, foi inserido na cláusula décima primeira citada abaixo:

Os pagamentos devidos à CONTRATADA serão efetuados através de ordem bancária ou crédito em conta corrente aberta em instituição financeira contratada pelo Estado da Bahia, no prazo não superior a 08 (oito) dias úteis, contados da data da apresentação da fatura, após concluído o recebimento definitivo, em consonância com o disposto no art. 6º, §5º; art. 8º, XXXIV; art. 79, XI, "a"; art. 154, V e art. 155, V da Lei estadual nº 9.433/05.

§1º A(s) nota(s) fisca(l)is/fatura(s) somente deverá(ao) ser apresentada(s) para pagamento após a conclusão da etapa do recebimento definitivo, indicativo da satisfação pela CONTRATADA de todas as obrigações pertinentes ao objeto contratado.

§6º Em havendo alguma pendência impeditiva do pagamento, a exemplo de erro na apresentação da nota fiscal/fatura ou dos documentos pertinentes à contratação, ou, ainda, de circunstância que impeça a liquidação da despesa, como obrigações financeiras pendentes, decorrentes de penalidade imposta ou inadimplência, o pagamento ficará sobrestado até que a CONTRATADA providencie as medidas saneadoras. Nesta hipótese, o prazo para pagamento iniciar-se-á após a comprovação da regularização da situação, não acarretando qualquer ônus para o CONTRATANTE.

§7º Em caso de mora nos pagamentos devidos pelo CONTRATANTE, será observado o que se segue:

- I. a atualização monetária será calculada considerando a data do vencimento da obrigação e do seu efetivo pagamento, de acordo com a variação do INPC do IBGE *pro rata tempore*;
- II. nas compras para entrega imediata, assim entendidas aquelas com prazo de entrega até 15 (quinze) dias contados da data da celebração do ajuste, será dispensada a atualização financeira correspondente ao período compreendido entre as datas do adimplemento e a prevista para o pagamento, desde que não superior a quinze dias, em conformidade com o inc. II do art. 82 da Lei nº 9.433/05.

§8º Optando a CONTRATADA por receber os créditos em instituição financeira diversa da indicada no **caput**, deverá arcar com os custos de transferências bancárias, os quais serão deduzidos dos pagamentos devidos.

Sendo assim, com base no princípio da igualdade e da proporcionalidade, assim como baseado que os critérios aqui estabelecidos tiveram como fundamento legislação aprovada na Assembleia e transformada em Lei, assim como a jurisprudência da Procuradoria Geral, será mantido por manter de forma singular os critérios para todos os licitantes e interessados e atender a ampla participação.

RESPOSTA. JULGAMENTO DE IMPUGNAÇÃO. PE 17-2023- DPE-BA

2.5. VALOR DA GARANTIA

Primeiramente destaca o seguinte em sua petição:

A Cláusula Quinta da Minuta do Contrato estipula que a garantia a ser apresentada deverá corresponder ao percentual de 5% (cinco por cento) sob o valor do contrato, no prazo de 30 (trinta) dias após a assinatura do contrato, para os casos de seguro garantia e fiança bancária.

Todavia, o artigo 56, § 2º, da Lei 8.666/1993 estipula que a garantia exigida não excederá a 5% (cinco por cento) do valor total do contrato.

Como se sabe, a atividade administrativa exige prestígio aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Em sua petição requer que a apresentação de garantia equivalente ao percentual máximo permitido em Lei não é razoável, razão pela qual se requer a modificação da Cláusula Quinta da Minuta do Contrato, para que a garantia exigida não corresponda ao limite máximo de 5% (cinco por cento), bem como que seja concedido um prazo de 60 (sessenta) dias para apresentação da garantia, em virtude dos trâmites necessários para obtenção do seguro garantia.

Em resposta informamos que o objeto a ser executado é de grande importância para instituição e possui grande sensibilidade e necessita que haja segurança em que será contratado, estando o limite dentro da razoabilidade e dos princípios que regem a licitação, proporcionando aos licitantes e interessados a previsão de forma antecipada das despesas necessárias para contratação de garantia em uma das modalidades permitidas pela legislação.

Conforme definidos pelo ar. 55 da lei 8.666/93, e art. 136 da Lei Estadual 9.433/2005 e o quanto previsto na cláusula quinta do contrato visam proporcionar a garantia da realização dos serviços, podendo optar por qualquer modalidade citada na lei.

Art. 136 - A critério da autoridade competente, e desde que previsto no instrumento convocatório, poderá ser exigida prestação de garantia nas contratações de obras, serviços e compras.

§ 1º - São modalidades de garantia:

- I - caução em dinheiro ou títulos da dívida pública;
- II - seguro-garantia;
- III - fiança bancária.

RESPOSTA. JULGAMENTO DE IMPUGNAÇÃO. PE 17-2023- DPE-BA

Salientamos a importância e vantagem da garantia contratual para o poder público porque é uma forma de garantir que o governo seja econômico nos seus gastos e que os danos causados pelo não cumprimento do contrato por parte do vencedor sejam cobertos em caso de inadimplemento.

Informamos que será mantido a exigência do edital por proporcionar a ampla participação.

Sendo assim, informamos que a empresa deverá fazer previsão no seu preço dos custos e despesas envolvidos para a provisão da garantia e das demais obrigações de garantias técnicas para o referido objeto, porque visa atender o interesse público e garantir o pleno funcionamento e execução do objeto, que irá garantir o funcionamento pleno e seguro dos seus sistemas.

Considerando as informações trazidas a baila e tendo em vista o disposto no Edital e na legislação aplicada, informamos que a presente peça interposta, porquanto TEMPESTIVA, e no mérito julgar IMPROCEDENTE o pedido formulado pela OI SERVIÇOS.

Nos colocamos a disposição para os esclarecimentos e/ou informações que se fizerem necessárias.

Atenciosamente,

Comissão Permanente de Licitação
Defensoria Pública do Estado da Bahia