



Resposta ao pedido de impugnação da empresa OI MÓVEL S.A.

PREGÃO PRESENCIAL Nº 2019.03.21.1

O MUNICÍPIO DE HORIZONTE lançou certame com vistas à Seleção de melhor proposta para o registro de preços visando futuras e eventuais contratações de licença de uso de software de aplicativo de talonário eletrônico para auto de infração de trânsito com seus acessórios correspondentes e sistema web de gestão, destinados à atender as necessidades do DEMUTRAN de responsabilidade da Secretaria de Segurança, Cidadania, Trânsito e Transporte do Município de Horizonte/CE, conforme especificações no Termo de Referência, Anexo I deste Edital, com data de abertura para o dia 08 de Abril de 2019, às 08h30min.

No tocante as alegações da empresa OI MÓVEL S.A, CNPJ: 05.423.963/0001-11 esta apresenta seu pedido de impugnação em face dos itens ora colacionados:

1. Indevida apresentação de Certidões de Regularidade Mensalmente
2. Realização do Pagamento Mediante Fatura com Código de Barras
3. Pagamento em Caso de Recusa do Documento Fiscal
4. Reajuste dos Preços
5. Das Penalidades Excessivas
6. Base de Cálculo das Multas em Caso de Inexecução Parcial do Contrato
7. Da Glosa do Pagamento pela Contratante
8. Inclusão de Garantias à Contratada em Caso de Inadimplência da Contratante

QUESTIONAMENTOS TÉCNICOS

- 1 - Descrição de produtos e serviços
- 2 - Acerca do treinamento

Assim, diante dos pontos abordados, esta Comissão traz as seguintes considerações:

01 - Indevida apresentação de Certidões de Regularidade Mensalmente:

A verificação de regularidade fiscal do contratado a cada pagamento é uma obrigação inafastável que recai sobre o Contratante, sendo este entendimento já pacificado pelo Tribunal de Contas da União, como se vê nos acórdãos abaixo transcritos:

Acórdão nº 3033/2019 – Plenário determinar ao Ministério da Integração Nacional que: 9.4.2. vincule o pagamento dos serviços contratados à apresentação de documentos comprobatório do recolhimento mensal do INSS



e do FGTS a cargo da empresa contratada, gerado pelo SEFIP – Sistema Empresa de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social (Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social – GFIP; Guia de Recolhimento do FGTS – GRF ou Documento equivalente), de acordo com a legislação e os padrões estabelecidos pela Previdência Social e pela Caixa Econômica Federal;”

(...)

“Acordão n.º 2423/2019 – Plenário: 9.2 determinar ao Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes – DENIT que oriente suas unidades regionais para que exijam, a cada pagamento referente a contratos de execução continuada ou parcelada, bem como contratos de prestação de serviços, em especial nas terceirizações de mão-de-obra: 9.2.1. Comprovação de regularidade fiscal para com a Seguridade Social, para com o FGTS e para com a Fazenda Federal em observância ao art. 195, § 3º, da Proc. 349.948 Constituição Federal e art. 29, incisos III e IV, e inciso XIII, da Lei n.º 8.666/93.”

A comprovação de regularidade fiscal deve ser realizada mensalmente, por meio da apresentação das devidas certidões correspondentes, pois cabe a Prefeitura Municipal de Horizonte/CE fiscalizar a regularidade da habilitação e qualificação da empresa no decorrer do contrato, inclusive para que se proceda o devido pagamento.

Além disso, a definição dos procedimentos relacionados às condições de pagamento estabelecidos no edital, encontram-se respaldada com os procedimentos internos deste município de anexar junto a cada nota fiscal a comprovação de regularidade da contratada.

É importante ressaltar também que tal exigência está em consonância com o Anexo XI, Item 2 da Instrução Normativa n.º 05/2017 do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, conforme transcrito abaixo:

ANEXO XI DO PROCESSO DE PAGAMENTO

(...)

2. A Nota Fiscal ou Fatura deverá ser obrigatoriamente acompanhada da comprovação da regularidade fiscal, constatada por meio de consulta on-line ao Sicaf ou, na impossibilidade de acesso ao referido Sistema, mediante consulta aos sítios eletrônicos oficiais ou à documentação mencionada no art. 29 da Lei n.º 8.666, de 1993.

Portanto, a documentação exigida para fins de pagamento mensal dos serviços prestados deve obrigatoriamente ser apresentada junto com a Nota Fiscal ou Fatura. Sendo assim, não cabe, qualquer modificação nos itens em questão.

2. Realização do Pagamento Mediante Fatura com Código de Barras:

40



Em relação à possibilidade de realização de pagamento mediante autenticação de código de barras, ao invés do pagamento por meio de crédito em conta corrente, cumpre destacar que os mesmos devem ser realizados através de transferências online, conforme previsão editalícia ressaltando que não existe nenhuma ilegalidade na referida exigência.

Portanto, em atenção ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório, e ainda ao princípio da isonomia, bem como o princípio da legalidade, previstos no artigo 3º da lei nº 8.666/93, não há como privilegiar uma licitante em detrimento das outras, vez que o objeto e suas especificações exigidos no edital foram amplamente divulgados, bem como contém disposições claras e objetivas. Desta feita, esta Comissão também mantém inalteradas as referidas cláusulas do presente edital.

3. Pagamento em Caso de Recusa do Documento Fiscal:

Nas contratações realizadas por este município, tem-se como regra padrão somente efetuar o pagamento dos serviços prestados quando verificado o cumprimento de todas as obrigações contratuais da contratada, regramento previsto em todos os editais de licitação, contratos e, nos termos do art. 40, §3º da Lei n. 8.666/93 que condiciona a emissão do documento de cobrança ao adimplemento da obrigação contratual. Assim, adotam-se exigências que visam resguardar a Administração Pública de efetuar pagamentos decorrentes de erros em faturas ou de serviços não executados. As exigências constantes do item 8.4 da minuta da Ata de Registro de Preços e o item 15.1.1 do Termo de Referência, têm o objetivo de resguardar a Administração de efetuar pagamentos de notas fiscais que comprovem exatamente a realização dos serviços de acordo com o estabelecido em contrato sendo assim infundadas as alterações requeridas pela impugnante. Desta feita, esta Comissão também mantém inalteradas as referidas cláusulas do presente edital.

4. Reajuste dos Preços:

Em relação à inclusão da cláusula de reajuste de preço, devendo ser utilizado o índice IGP-DI, ao invés da utilização do índice IGPM da Fundação Getúlio Vargas, esta Comissão traz as seguintes observações. As previsões contidas tanto no Termo de Referência, quanto na Minuta do Contrato e no Edital não exigem a aplicação do IGPM para reajuste dos valores contratados, apenas que seja observado como percentual máximo.

De acordo com o art. 40, inciso XI da Lei 8.666/93, "o critério de reajuste, que deverá retratar a variação efetiva do custo de produção, admitida a adoção de índices específicos ou setoriais, desde a data prevista para apresentação da proposta, ou do orçamento a que essa proposta se referir, até a data do adimplemento de cada parcela". O referido artigo prevê que o critério de reajuste, que deverá retratar a variação efetiva do custo de produção, ao



contrário do que foi argumentado pela impugnante a Administração pode exigir a comprovação por parte da Contratada de documentação comprobatória do aumento nos custos. Desta feita, esta Comissão também mantém inalterada esta cláusula do presente edital.

5. Das Penalidades Excessivas:

Em relação à vedação a aplicação de multa superiores à 10% (dez por cento) do total da dívida, e, ainda, da aplicação de multas que incidirão sobre o valor total do contrato no caso de inexecução total ou parcial, alude a impugnante ser o disposto no Edital "excessivo". Note-se que o dispositivo apresenta consonância à legislação vigente, a saber, o art. 87 da Lei nº 8.666/93, verbis:

"Art.87. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções:

(...)

II - multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato;"

Tendo em vista ser matéria legal e já disciplinada pelo Ato nº 2211/2005 da Presidência desta Corte, não há que se falar em excesso, uma vez que o Edital está em estrita consonância com os princípios basilares da Administração Pública.

Empresas fornecedoras de serviços para Administração Pública surpreendem-se com a aplicação de penalidades moratórias e compensatórias de grande monta, que de acordo com a extensão e percentual dispostos no contrato podem gerar certa insegurança e risco financeiro para o prestador de serviço em relação à execução do contrato. A supremacia do interesse público sobre o interesse particular tem o condão de reprimir condutas lesivas à Administração e desestimular a inexecução contratual, bem assim, tem caráter compensatório em razão de possíveis perdas e danos diretos.

As multas, porém, não devem ser aplicadas de modo aleatório e desproporcional tendo como fim específico resguardar o patrimônio público. A Administração Pública se beneficia das cláusulas exorbitantes em nome da concretização do interesse público consubstanciado na ideal prestação dos serviços por ela contratados. Porém, mesmo que o administrador esteja em condição de superioridade frente ao particular, o interesse econômico-financeiro deste na formalização do contrato, qual seja, a obtenção da justa remuneração (lucro), não pode ser afetada. No dizer de Celso Antônio Bandeira de Melo:

"...a tipologia do chamado contrato administrativo reclama de ambas as partes um comportamento ajustado a certas pautas. Delas procede que, pela via designada contratual, o Poder Público pode se orientar unicamente para satisfação do interesse público que ditou a formação do ajuste. É por isso que lhe assistem os poderes adequados para alcançá-lo, o particular contratante procura a satisfação de uma pretensão econômica, cabendo-lhe, para fazer jus a ela, cumprir com rigor e inteira lealdade as obrigações assumidas. Dês que



atenda como deve, incube ao Poder Público respeitar às completas a equação econômico-financeira avençada, a ser atendida com significado real e não apenas nominal. Descabe à Administração menosprezar este direito. Não lhe assiste, por intuits meramente patrimoniais, subtrair densidade ou o verdadeiro alcance do equilíbrio econômico-financeiro". (Curso de Direito Administrativo, 21ª edição, pág 620)"

A Lei 8.666/93 (art. 58, incisos III e IV) possibilita a ampla fiscalização dos contratos administrativos e confirma a prerrogativa dos órgãos públicos de aplicar sanções sempre que observadas inexecuções contratuais. Contudo, quando se trata de multas pecuniárias, não há previsão de índices específicos e limitação das penalidades, o que enseja a imposição unilateral de tais cláusulas contratuais pela Administração Pública, muitas vezes em dissonância com os direitos patrimoniais do particular na celebração da avença.

O art. 412 do Código Civil reza que o valor da cominação imposta na cláusula penal não pode exceder o da obrigação legal. As penalidades admitidas em contratos podem ser do tipo moratória ou compensatória, onde a primeira é devida em caso de inadimplemento contratual por mora (atraso) no cumprimento das obrigações e a segunda relativa ao inadimplemento capaz de gerar rescisão parcial ou total do contrato celebrado. É importante aludir que o arcabouço jurídico entende cláusula penal como sendo a penalidade compensatória que decorre inadimplemento insuportável passível de rescisão contratual (parcial ou total), quando o seu limitador será a obrigação contratual.

A fundamentação do impugnante relativamente às penalidades moratórias superiores a 10% não encontram respaldo na Lei de Licitações, nem na Lei de Usura (Decreto n.º 22.626, de 07/04/1933), cuja principal preocupação é não gerar ônus excessivo e consequente desequilíbrio do contrato para o Prestador do Serviço em simples mora (atraso).

Nos itens questionados observa-se exatamente o caráter compensatório das sanções, ou seja, todas as hipóteses previstas, referem-se à possibilidade de rescisão unilateral do contrato pela administração. Nesse ponto, vale ressaltar que o limite das multas seria o valor do contrato. Contratos Administrativos como espécies de contratos de adesão, mostram ao aderente todas as condições que devem ser cumpridas não cabendo alegar, principalmente nos itens questionados, qualquer desproporcionalidade já que se trata, genericamente, de pontos de fraude, inadimplemento ou inexecução parcial ou total.

6. Base de Cálculo das Multas em Caso de Inexecução Parcial do Contrato:

As penalidades encontram amparo no princípio da razoabilidade não merecendo qualquer modificação. Conforme se observa da redação original a sanção será aplicada para os 'atrasos injustificados' no cumprimento das obrigações, o que não retira o caráter razoável do preceito.

10



A Lei Federal de Licitações (art. 58, incisos III e IV) permite a ampla fiscalização dos contratos administrativos e consolida a prerrogativa das organizações públicas de aplicar sanções sempre que observadas inexecuções contratuais. Todavia, quando se trata de multas pecuniárias, não há previsão de índices específicos e limitação das penalidades, o que enseja a imposição unilateral de tais cláusulas contratuais pela Administração Pública.

Nos itens questionados pela impugnante observa-se exatamente o caráter compensatório das sanções, não cabendo alegar qualquer desproporcionalidade, razão pela qual se entende que a alegação da impugnante não é pertinente, mantendo as condições do edital."

7. Da Glosa do Pagamento pela Contratante:

No que concerne a glosa do Pagamento pela Contratante ou retenção consta expressamente no paragrafo único do art. 64 da Instrução Normativa Nº 05/2017, que quando a multa for de valor superior ao valor da garantia prestada, além da perda desta, responderá a contratada pela sua diferença, **a qual será descontada dos pagamentos eventualmente devidos pela Administração.**

Neste caso ha retenção ou glosa é permitida inclusive pelo Governo Federal através da Instrução Normativa que obriga o Órgão da Administração Direta. O fato de que tal sanção não esta prevista expressamente no art. 87 da lei 8.666/93 e por isso no pode ser exigido pela Administração *ex vi* do principio da legalidade, demonstra uma interpretação assaz estrita de tal principio.

Essa tese não é oponível ao caso em tela, pois o principio da legalidade invocado pela impugnante, deve ser interpretado *lato sensu*, de forma a se compreender que ha uma vasta gama de normas infra legais as quais a Administração está obrigada a observar nas suas diversas esferas de atuação.

De resto, a argumentação da recorrente não se adequa aos itens impugnados já que a situação sobre qual ela alicerça sua pretensão com argumentos de doutrina e jurisprudência consiste na impossibilidade de retenção de pagamento por motivo de ausência de regularidade fiscal.

8. Inclusão de Garantias à Contratada em Caso de Inadimplência da Contratante:

A empresa requer, ainda, alteração da minuta do edital para incluir a previsão de multa de 2% (dois por cento) sobre o valor da fatura no mês de atraso; juros de mora de 1% (um por cento) a.m.; e correção monetária pelo IGP-DI, na hipótese de atrasos em pagamentos de responsabilidade da Administração. A esse respeito informamos que a Administração possui regras bem definidas para eventuais casos de atrasos em seus pagamentos. Por esse motivo, afastamos a aplicação de multa como pretendida pela impugnante. Ocasionalmente por culpa da Administração.



Nos casos de eventuais atrasos de pagamento, desde que a Contratada não tenha concorrido de alguma forma para tanto, o valor devido deverá ser acrescido de encargos moratórios proporcionais aos dias de atraso, apurados desde a data limite prevista para o pagamento até a data do efetivo pagamento, aplicando-se a seguinte fórmula:

$$EM = I \times N \times VP$$

EM = Encargos Moratórios a serem acrescidos ao valor originariamente devido

I = Índice de atualização financeira, calculado segundo a fórmula:

$$I = \left(\frac{T_x}{100} \right)^{\frac{365}{N}}$$

T_x = IPCA (IBGE)

N = Número de dias entre a data limite prevista para o pagamento e a data do efetivo pagamento

VP = Valor da Parcela em atraso

No tocante à impugnação dos aspectos técnicos do edital, esta Comissão remeteu os questionamentos a apreciação de profissional técnico, diante da necessidade de um julgamento objetivo dos pontos apresentados.

A Equipe Técnica apresentou as seguintes considerações:

QUESTIONAMENTOS TÉCNICOS

1 - Descrição de produtos e serviços:

Acerca do parágrafo abaixo, gostaria de entender qual o entendimento do CONTRATANTE no uso da frase transferência de tecnologia.

Com relação à transferência de tecnologia cabe informa que a Administração requer do contratante apenas a qualificação dos Profissionais que utilizarão o software de aplicativo de talonário eletrônico.

Portanto não trata-se de transferência de tecnologia restrita mas na realidade de orientações técnicas de uso e manuseio da tecnologia proposta pelo contratante afim de promover resultados satisfatórios no uso da Tecnologia apresentada pela contratante.

Esclarecemos ao recorrente que o treinamento esta limitado ao repasse do conhecimento empregado na implantação e operação do software na modalidade on-the-job-training, o referido treinamento é apenas um repasse de tecnologia, voltado a formação dos agentes envolvidos na contratação, ou seja, gestores, fiscais e operadores do software.



Além da formação outra transferência obrigatória é do banco de dados afinal de contas às informações constantes no banco de dados são de propriedade da prefeitura, não se tratando de transferência de códigos de desenvolvimento de software, dessa forma ao final da vigência do contrato e/ou aditivo ou em virtude de possíveis rescisões a contratada deverá entregar o banco de dados com todas as informações arquivadas.

Portanto recomenda-se à impugnante que realize uma leitura atenta dos dispositivos constantes no Termo de Referência, em especial o item 12 que delimita a **DESCRIÇÃO DOS PRODUTOS E SERVIÇOS**.

12. DESCRIÇÃO DOS PRODUTOS E SERVIÇOS: O Aplicativo de Talonário Eletrônico para Auto de Infração de Transito é um software do tipo aplicativo, devidamente homologado pelo DENATRAN, instalável em dispositivo eletrônico do tipo smartphone com finalidade de auxiliar o agente de trânsito em suas funções destacando a lavratura de Auto de Infração de Transito. Este, a fim de possibilitar a plena funcionalidade e ainda em acordo com o Código de Trânsito Brasileiro, se utiliza de acessórios correspondentes como o próprio smartphone e impressora portátil. Para possibilitar o gerenciamento da sustentabilidade, configurações básicas, cadastros funcionais, gestão dos objetos envolvidos na solução e obtenção de controle gerencial se faz necessário a existência de Sistema Web de Gestão para atuação na retaguarda da solução móvel. E a fim de realizar a transferência de tecnologia, capacitação da equipe de agentes e gestores se dará em forma de Treinamento.

12.1. Licença de uso de software de aplicativo de talonário eletrônico para auto de infração de trânsito com seus acessórios correspondentes e sistema web de gestão, para o período de 12 (doze) meses.

12.1.1. A autorização do DENATRAN publicada no DOU deverá estar vigente no período da contratação, ou seja, a contratada deverá estar apta para comercializar as licenças e garantias dos softwares.

12.2. Instalação/configuração das novas licenças dos produtos adquiridos e migração das aplicações já desenvolvidas.

Observa-se que o serviço descrito trata-se de Licença de uso de software de aplicativo de talonário eletrônico para auto de infração de trânsito com seus acessórios correspondentes e sistema web de gestão, ficando a transferência de tecnologia restrita a capacitação da equipe de agentes e gestores, para operarem o respectivo software.

2 - Acerca do treinamento:

Neste cenário torna-se factível o uso de recursos tecnológicos como vídeo conferencia por exemplo. Com esta possibilidade aberta conceito de economicidade amplamente explorada por Tribunais de Contas em todo o país poderá não ser atendido. Diante dos fatos e buscando apresentar um cenário justo e igualitário a todos os



participantes, sugerimos que o banco de horas seja dividido em dois momentos 1 - Presencial com técnicos autorizados pelo fabricante totalizando 40 horas, 2 - 80 horas restantes podendo ser ministradas remotamente por recurso de vídeo conferência, e In loco ser utilizado um interlocutor autorizado pelo CONTRATADO.

Com relação ao Treinamento essa Administração informa que o mesmo deverá ser realizado presencialmente, com o propósito exclusivo de atender de forma personalizada as dúvidas e falhas que surgiram ao longo da operação do software, promovendo resultados mais satisfatórios no uso do aplicativo.

Ante o exposto, **julgo improcedentes** os argumentos apresentado pela empresa impugnante, mantendo inalterados os termos do edital do Pregão Presencial N° 2019.03.21.1.

Horizonte/CE, 25 de abril de 2019.

Rosilândia Ribeiro da Silva
Pregoeira do Município de Horizonte/CE