Ministério da Educação
Secretaria de Educação Profissional e Tecnológica
Instituto Federal de Educação Ciência e Tecnologia de Mato Grosso
Reitoria
Pró-Reitoria de Administração

DESPACHO Nº 39/2021 - RTR-PROAD/RTR/IFMT

XXXCidadeXXX , 7 de agosto de 2021.

PREGÃO ELETRÔNICO SRP N. º 12/2021.
PROCESSO Nº 23188.001500.2020-75
OBJETO: Registro de Preço para contratação de **serviços de link de internet** para a Reitoria e os Campi, Campi Avançados e Centros de Referência do Instituto Federal de Mato Grosso, conforme condições, quantidades e exigências estabelecidas neste Edital e seus anexos.

RESPOSTAS À IMPUGNAÇÃO.

Impugnação impetrada pela OI S/A aos seguintes itens do Instrumento Convocatório (resumo):

a. PREVISÃO DE EXIGÊNCIA RESTRITIVA À PARTICIPAÇÃO DAS LICITANTES.
b. IMPEDIMENTO À PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS SUSPENSAS DE LICITAR COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM GERAL.
c. SOBRE A EXIGÊNCIA DE CONSULTA A DETERMINADOS CADASTROS NÃO PREVISTO EM LEI.
d. REGULARIDADE JUNTO AO CADIN COMO CONDIÇÃO PARA CONTRATAÇÃO.
e. DA COMPROVAÇÃO DE CAPACIDADE ECONÔMICA-FINANCEIRA.
f. LIMITAÇÃO DA RESPONSABILIDADE DA CONTRATADA AOS DANOS DIRETOS COMPROVADAMENTE CAUSADOS À CONTRATANTE.
g. INCLUSÃO DE CLÁUSULA A RESPEITO DO PAGAMENTO VIA NOTA FISCAL COM CÓDIGO DE BARRAS.
h. INDEVIDA CONSULTA DE CERTIDÕES DE REGULARIDADE MENSALMENTE.
a. GARANTIAS À CONTRATADA EM CASO DE INADIMPLÊNCIA DA CONTRATANTE.
j. REAJUSTE DOS PREÇOS.
k. DA PERMISSÃO DE SUBCONTRATAÇÃO DOS SERVIÇOS.
ax. DA PREVISÃO DE APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR DO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO.

RESPOSTA AOS QUESTIONAMENTOS:

Item 1. DEFERIDA. Após análise da pesquisa do mercado realizada pelo IFMT, a manutenção dos itens exclusivos para ME/EPP para atender a Lei 123/2006 atenta o Decreto Federal n. 8.538/2015 no seu art. 10 incisos I e II pois a pesquisa de mercado não encontrou o mínimo de 03 fornecedores no local do serviço além da falta de vantajosidade para a administração restringir as operadoras deste tipo de serviço do processo licitatório.

Abaixo o Caput e os incisos do art. 10 do Decreto Federal n. 8.538/2015:

Art. 10. Não se aplica o disposto nos art. 6º ao art. 8º quando:

I - não houver o mínimo de três fornecedores competitivos enquadrados como microempresas ou empresas de pequeno porte sediadas local ou regionalmente e capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório;

II - o tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e
as empresas de pequeno porte não for vantajoso para a administração pública ou representar prejuízo ao conjunto ou ao complexo do objeto a ser contratado, justificadamente;

Item 2. **INDEFERIDA**.A vedação é para ADMINISTRADOR ou SÓCIOS **COM PODER DE DIREÇÃO**, pois assim a lei exige, no caso de pessoas jurídicas com capital aberto, um servidor da instituição ter ativos não impede a empresa de participação, pois o mesmo NÃO POSSUIRÁ PODER DE DIREÇÃO DA EMPRESA.

Item 3. **INDEFERIDA**. A consulta em sistemas sobre sanções impedirá a licitante vencedora de ser declarada vencedora se a pena ser para o âmbito da UNIÃO, nas três esferas ou no âmbito apenas do IFMT, não incorrendo em ilegalidade alguma ou novação nas leis, Instruções Normativas, Decretos ou qualquer outro ordenamento jurídico balizador do processo licitatório.

Item 4. **INDEFERIDA**. A consulta ao CADIN é obrigatório, caso a licitante conste alguma inscrição no mesmo, a administração verificará e obedecerá o que rege as leis e a jurisprudência no caso concreto.

Item 5. **DEFERIDA**. Alterado para ampliação da concorrência.

Item 6. **INDEFERIDA**. A alegação de Limitação da Responsabilidade da Contratada aos Danos Diretos Comprovadamente Causados à Contratante não merece acolhida, particularmente por que a regra do Edital consagra a teoria da responsabilidade objetiva prevista no art. 37, 6º, da CF/88, a qual afasta a exigência de comprovação de dolo ou culpa, mas tão somente do dano e do nexo de causalidade. Ademais, a apuração do dano é regra processual prevista na Lei 9.784/99 e art. 5º LIV e LV da CF/88, sob pena de nulidade do ato punitivo. A comprovação de dolo ou culpa somente se aplica para o direito de regresso em face do causador direto do dano. Assim, define pela manutenção dos termos do item 5.2.3 do Termo de Referência, anexo I do edital.

Item 7. **INDEFERIDA**. No item 7.5. Do Pagamento do Termo de Referência há previsão de pagamento de Nota Fiscal ou Fatura, ou seja, o Termo de Referência, já permite o pagamento por autenticação de código de barras.

Item 8. **INDEFERIDA**. A Nota Fiscal ou Fatura deverá ser obrigatoriamente acompanhada da comprovação da regularidade fiscal, constatada por meio de consulta online 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 nº 8.666, de 1993. A consulta ao SICAF será realizada por servidor desta Instituição e caso constatado alguma situação de irregularidade, a contratada será notificada para regularização, conforme previsto no item 7.5. do Termo de Referência, anexo I ao Edital.

Item 9. **INDEFERIDA**. Veja que nas contratações de serviços o IFMT está estritamente vinculado aos ditames da Instrução Normativa nº 5, de 26 de maio de 2017, que dispõe sobre as regras e diretrizes do procedimento de contratação de serviços sob o regime de execução indireta no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional.

E que em seu art. 29 define:

Art. A29. Devem ser utilizados os **modelos de minutas padronizados** de Termos de Referência e Projetos Básicos da **Advocacia-Geral União**, observadas as diretrizes dispostas no Anexo V, bem como os Cadernos de Logística expedidos pela Secretaria de Gestão do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, no que couber.

§ 1º Quando o órgão ou entidade não utilizar os modelos de que trata o caput, ou utilizá-los com alterações, deverá apresentar as devidas justificativas, anexando-as aos autos (grifo é nosso).

Item 10. **INDEFERIDA**. Primeiramente deve-se clarear o que diz a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993 em seu inciso XI do Art.40:

Art. 40. O edital conterá no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte:

.....

XI - 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;(grifo é nosso).

Pois bem, no Termo de Referência utilizou-se com baliza ao futuros reajustes o Índice de Serviços de Telecomunicações (IST), que é o índice de preços responsável por medir a inflação do setor de telecomunicações no Brasil e tem por objetivo atualizar valores associados à prestação dos serviços de telecomunicações.

Item 11. **DEFERIDA**. Considerando solicitação de inclusão no Termo de Referência a possibilidade de subcontratação, a Administração presume, após pedido, que em tese a subcontratação de parte do serviço é uma necessidade das empresas prestadoras dos serviços objeto dessa contratação, e com base nos ditames da Lei, decide-se pela possibilidade de subcontratação até o limite de 25% do valor do contrato e que os mesmos devem ser referentes as atividades meio.

Item 12. **INDEFERIDA**. Em recente decisão (REsp nº 1.772.730), o STJ sustentou a possibilidade de aplicação do

CDC, já que a Administração Pública pode ser considerada consumidora de serviços por ela contratados. A análise do referido julgamento levou em consideração o contido no art. 2º do CDC:

"Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final".

Como visto, o dispositivo não faz qualquer distinção entre pessoas de direito público ou privado e não restringe o conceito de consumidor à pessoa jurídica de direito privado.

Diante da aplicação supletiva das normas de direito privado aos contratos administrativos, conforme art. 54 da Lei nº 8.666/1993, é possível a aplicação do CDC quando existir vulnerabilidade técnica, científica ou econômica em desfavor da Administração Pública. Este foi o entendimento do julgado abaixo:

Não se desconhece a existência de precedentes do Superior Tribunal de Justiça afastando a incidência do CDC em contratos em que é parte a Administração Pública (REsp 527.137/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJ 31/5/2004, p. 191; e REsp 1.745.415/SP, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, DJe 21/5/2019). E, embora exista doutrina que defenda que o conceito de consumidor não abrange o Estado, por entender que não existe desequilíbrio entre o fornecedor e a Administração Pública, em virtude do regime jurídico administrativo, em que há supremacia do interesse público sobre o privado, e pela prestação, objeto e condições contratuais serem definidos pelo Estado, esse não é o entendimento que deve preponderar.

A Administração Pública pode ser considerada consumidor de serviços, porque o art. 2º do CDC não restringiu seu conceito a pessoa jurídica de direito privado, bem como por se aplicarem aos contratos administrativos, supletivamente, as normas de direito privado, a teor do art. 54 da Lei 8.666/1993, e, principalmente, porque, mesmo em relações contratuais regidas por normas de direito público preponderantemente, é possível que haja vulnerabilidade da Administração.

Apesar de a Administração Pública poder definir o objeto da licitação (bens, serviços e obras), o fato é que serão contratados os disponíveis no mercado, segundo as regras nele praticadas, de modo que o Estado não necessariamente estará em posição privilegiada ou diferente dos demais consumidores, podendo, eventualmente, existir vulnerabilidade técnica, científica ou econômica, por exemplo". [1] (Grifamos.)

Vale destacar que a vulnerabilidade apontada decorre da inexistência de "proteção direta à Administração Pública na posição de consumidora final ou usuária de serviços". [2]

O Tribunal Regional Federal da 1ª Região também entendeu pela possibilidade de aplicação do CDC, mediante a demonstração de vulnerabilidade da Administração:

"II – Não se desconhece a possibilidade de aplicação do Código de Defesa do Consumidor – CDC à relação contratual administrativa, no entanto, essa incidência deve ser analisada de acordo com o caso concreto, porquanto, nos termos da jurisprudência do STJ, ela se limita aos casos em que a Administração Pública assume posição de vulnerabilidade técnica, científica, fática ou econômica perante o fornecedor, o que não é a hipótese dos autos. Assim, aplicam-se ao caso concreto as regras de distribuição do ônus da prova previstas no CPC/1973, vigente à época da prolação da sentença".[3] (Grifamos.)

Decidiram da mesma forma os Tribunais de Justiça do Rio Grande do Sul, do Distrito Federal e Territórios e do Pará. Vejamos:

TJ/RS

O Superior Tribunal de Justiça já decidiu que se admite a aplicação do Código Consumerista aos contratos administrativos, em favor da administração pública, nos casos em que esta, na posição de destinatária final do produto ou serviço, figure em posição de vulnerabilidade técnica, científica, fática ou econômica perante a empresa fornecedora, como no caso. (TJ/RS, Apelação Cível nº 70082631383, Rel. Des. Sergio Luiz Grassi Beck, j. em 04.12.2019.)

TJDFT

Não se admite a incidência do Código de Defesa nos contratos administrativos em que a Administração Pública não assume posição de vulnerabilidade técnica, científica, fática ou econômica perante o fornecedor, como ocorre na relação em que o Estado adquire armamento de empresa fornecedora de material bélico para uso de seus agentes de segurança. Precedentes. (Grifamos) (TJ/DF, Apelação Cível nº 20160110456660, Rel. Flavio Rostirola, j. em 21.02.2018.)

TJ/PA

Tenho que, a partir da combinação do artigo 2º com o inciso I do artigo 4º, ambos da Lei nº 8.078/1990, mitigou-se a aplicação da teoria finalista, chega-se, em situações excepcionais, a um novo conceito de consumidor, pautado na apreciação da vulnerabilidade, de modo que até mesmo uma pessoa jurídica possa ser classificada como consumidora, com a aplicação do art. 29 do CDC.

Pode-se concluir que é razoável a interpretação de que são aplicáveis as disposições do CDC aos contratos administrativos, em caráter subsidiário, desde que atendida a seguinte condição: o órgão ou entidade pública estiver em posição de vulnerabilidade técnica, científica, fática ou econômica perante o fornecedor, visto que a superioridade jurídica do ente público é presumida nos contratos administrativos. (Grifamos.) TJPA, Apelação Cível e Reexame de Sentença nº 20073009633-3, Rel. Des. Maria

Rita Lima Xavier, j. 03.09.2010.

DECISÃO FINAL.

Após recebida a impugnação tempestiva, julgamos no mérito parcialmente procedentes os requerimentos feitos pela empresa impugnante. Portando o Edital será republicado, assim como a nova data para envio de propostas e da abertura sessão pública.

Cuiabá/MT 09/08/2021.
Ali Veggi Atala Junior
Pregoeiro / PROAD / IFMT.

Documento assinado eletronicamente por:

- **Ali Veggi Atala Junior**, **ASSISTENTE EM ADMINISTRACAO**, em 07/08/2021 15:59:58.

Este documento foi emitido pelo SUAP em 07/08/2021. Para comprovar sua autenticidade, faça a leitura do QRCode ao lado ou acesse https://suap.ifmt.edu.br/autenticar-documento/ e forneça os dados abaixo:

Código Verificador: 221801
Código de Autenticação: 418cb2ad43