




ILUSTRÍSSIMO SENHOR PREGOEIRO DO BANCO DO NORDESTE.

Ref.: Pregão Eletrônico para Registro de Preços nº2012/xxx

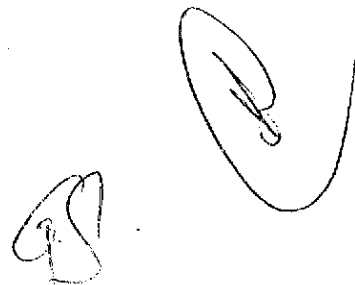
Recebido em
24/01/2012



A EMPRESA BRASILEIRA DE TELECOMUNICAÇÕES S.A. – EMBRATEL, CNPJ n.º 33.530.486/0001-29, com sede na Avenida Presidente Vargas n.º 1.012, Centro, Rio de Janeiro–RJ, por seu representante legal infra-assinado, vem, respeitosamente, à presença desse I. Pregoeiro, apresentar, **CONTRIBUIÇÕES PARA AUDIÊNCIA PÚBLICA**, pelos fatos e fundamentos que passa a expor:

Ao analisar o modelo de edital em epígrafe observa-se que algumas disposições atentam contra os princípios da legalidade e da competitividade, por esta razão, poderão afastar interessados neste procedimento licitatório e conseqüentemente impedir que o Banco do Nordeste selecione e contrate a proposta mais vantajosa.

É com o objetivo de garantir a eficácia e legalidade do certame que a licitante propõe alterações do instrumento convocatório.





I – DO AUMENTO DAS LARGURAS DE BANDA E DA LIMITAÇÃO DOS PREÇOS – ITEM 2 DO

ANEXO II.

pa' 28 / 22

Analisando o item em comento verifica-se que o Banco do Nordeste estabelece as propostas de preço para os pedidos de aumento de larguras de banda das Unidades, durante a vigência contratual, deverão seguir os limites máximos estabelecidos no quadro apresentado.

Ocorre, que inobstante a Embratel tenha ciência de que se deve respeitar a Razoabilidade nos preços ofertados, respeitando a economicidade que foi obtida no ato da contratação, a Administração Pública deve considerar que em muitos casos, há alterações supervenientes no contrato que afetam os preços praticados, não sendo certo se limitar neste momento, os percentuais máximo de aumento de preço, uma vez que deve-se sempre respeitar a comutatividade entre as partes e esta se dá, principalmente, pela prestação de um bom serviço aliado ao pagamento justo e adequado.

Sendo assim, requeremos a alteração deste item, de modo que se estabeleça apenas os upgrades pretendidos, de modo que as licitantes interessadas consigam programar adequadamente a demanda e conseqüentemente, suas propostas.

II - DA PREVISÃO DE QUANTITATIVO REAL DESTES REGISTROS, CONTEMPLANDO AS FUTURAS ADESÕES OU CARONAS À ATA DE REGISTRO DE PREÇOS – AUSÊNCIA DE PREVISÃO NO EDITAL

Considerando se tratar de Pregão Eletrônico por Registro de Preços, é necessário estimar adequada e corretamente a real demanda e pretensão de contratação desta instância, prevendo, inclusive, o possível percentual de acréscimos futuros (entre órgãos inseridos na ata ou não – as denominadas “caronas”) para efeito de especificar no Edital o montante estimado de possíveis contratações, com as quantidades ou percentuais pretendidos de adesões à Ata de Registro de Preços, sem o qual esta Instância de Governo e o Licitante Vencedor estarão fadados a possíveis questionamentos e fiscalizações acerca da legalidade e viabilidade das futuras adesões, principalmente acerca do limite de quantitativo das adesões ao Registro de Preços, face os questionamentos ao art. 8º, § 3º do Decreto n.º 3931/01, que regula o Registro de Preços, a exemplo do Acórdão do TCU 1487/2007 – Plenário e Processos nos TCEs (ex. no. 35.501/2005-TCE-DF), dentre outras doutrinas sobre o tema.

É oportuno ratificar acerca dos tópicos anteriores, a base da doutrina administrativista que discorre acerca da necessidade da isonomia e objetividade no julgamento do Edital, em estrita obediência aos ditames e princípios essenciais de toda licitação:



"Sendo o edital a lei da licitação, onde se expressa o desejo da Administração em relação aos proponentes, não se pode fugir aos termos e condições ali propostos; nada se pode exigir ou decidir além ou aquém do edital; no edital estão fixadas as condições em que devem ser elaboradas as propostas, cabendo, portanto julgá-las e estrita conformidade com tais condições. É no edital que vai se buscar o julgamento objetivo, isto é, impessoal e criterioso, isento de qualquer subjetivismo; um dos princípios da licitação é propiciar a igualdade nas oportunidades de contratar com o Poder Público, o que significa não só o conhecimento prévio e completo do desejo da Administração e das condições de participação no Certame, como também os limites em que os participantes devem situar essas ofertas e o respeito a esses limites por parte da Administração, a qual não pode, na lição sempre atualizada de Hely Lopes Meirelles, levar em conta vantagens ou desvantagens não previstas" (Marcos Juruena Villela Souto).

Desta forma, sugerimos que dos itens em comento passe a constar o possível percentual de acréscimos futuros (entre órgãos inseridos na ata ou não – as denominadas “caronas”), para efeito de especificar no Edital o montante estimado de possíveis contratações, com as quantidades ou percentuais pretendidos de adesões à Ata de Registro de Preços.

III – DA INTERRUÇÃO DO SERVIÇO – ITEM 1.1.9 (DA ASSISTÊNCIA – PÁGINA 110)

Os itens em comento estabelecem os prazos para reparo e substituição de equipamentos, no entanto, verifica-se que o parâmetro utilizado enseja risco de imposição de penalidades injustas à Contratada, vez que estes prazos não se mostram, razoáveis e nem adequados à execução do reparo pela Contratada. Portanto, faz-se necessário, rever o prazo para que nestes itens passem a constar que nessas hipóteses, as solicitações de reparo deverão ser atendidas no prazo máximo de :

Prazo máximo para reparo/restabelecimento integral do funcionamento dos circuitos de comunicação após a abertura do *ticket* de indisponibilidade (restabelecimento da solução com horas contadas dentro do horário comercial):

- Circuitos de Concentração – 4 (quatro) horas;
- Unidades Distribuídas - 8 (oito) horas.

Tempo máximo para substituição de quaisquer componentes fornecidos que venham a apresentar falhas, incluindo o seu recolhimento e a instalação física de equipamento novo:



- Equipamentos de Concentração - 4 (quatro) horas;
- Unidades Distribuídas - 8 (oito) horas

Tal solicitação encontra respaldo na Razoabilidade e Proporcionalidade que deve ser respeitada na prestação do serviço, aliado ao fato de que não se deve penalizar injustamente a Contratada, estipulando prazos exíguos para a complexidade técnica do serviço a ser prestado. Sendo assim, requeremos o acolhimento de nosso pedido.

IV - DA APRESENTAÇÃO DE DOCUMENTOS COMO CONDIÇÃO PARA O PAGAMENTO –
CLÁUSULA SEXTA, V.2 DA MINUTA DE CONTRATO.

Os itens em destaque estabelecem a exigência de apresentação de documentos relativos às contribuições sociais, bem como a comprovação de regularidade da Contratada perante seus funcionários, sendo certa que o pagamento fica condicionado a apresentação mensal destes documentos.

Contudo, observa-se que a conservação desses documentos, relativos à contratação de empregados, é de obrigação exclusiva da empresa contratada, já que o órgão contratante sequer responde por débitos trabalhistas de tais empregados, sendo que a apresentação mensal das Certidões do INSS e FGTS e também a apresentação dos documentos fiscais mostra-se excessiva e demasiadamente burocrática.

Ademais, a regularidade das empresas licitantes perante o INSS, FGTS e fisco é certificada e comprovada através da apresentação das CNDs na fase de habilitação e contratação pela atualização do SICAF, cuja consulta é on-line e automática pela Administração Pública sendo desnecessárias tais documentos, principalmente condicionando-as à realização dos pagamentos mensais, o que certamente poderá atrapalhar o processo mensal de cobrança.

Acrescenta-se ainda a Lei das Licitações, aplicada subsidiariamente na modalidade de Pregão, de acordo com o art. 9º da Lei 10.520/02, traz em seu bojo normas procedimentais que regem o desenrolar do certame com uma clareza ímpar. Expõe nos art. 27 a 32 os documentos mínimos exigidos em termos de habilitação do certame, não sendo admitida a apresentação de documentos de forma diversa e excessiva da estipulada em lei, por tratar-se o Edital de Lei interna de toda Licitação.

Considerando que tais exigências são excessivas, pois não é praxe em licitações dessa natureza promovidas pelos órgãos públicos no país e sequer encontra amparo na legislação sobre o tema, requer-se a modificação do instrumento convocatório, dos itens em destaque, exigindo, ao invés da apresentação mensal de tais documentos, que a comprovação de regularidade



com as obrigações trabalhistas seja feita apenas na fase de habilitação, ou através da consulta online ao SICAF.

V – DO REAJUSTE E DA REACTUAÇÃO DOS PREÇOS – ITEM 8 DO ANEXO I E CLÁUSULA

SÉTIMA DA MINUTA DE CONTRATO

Item 8
pag 5
Ac...

Em se tratando de contratos administrativos, um fator de extrema importância é a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Assim, deve-se assegurar através da previsão de uma cláusula de reajuste ou reactuação e revisão, a qualquer tempo, de modo que a relação estabelecida entre as partes inicialmente, se mantenha equilibrada também ao longo da vigência contratual.

Ocorre que, verificando o presente Edital constatou-se que o mesmo prevê apenas a possibilidade de reactuação dos preços, sem prever a possibilidade de reajuste. Sendo assim, cabem algumas considerações sobre a possibilidade de reactuação e reajuste dos preços. Deste modo, mostra-se necessário estabelecer cláusula que verse sobre este tema, bem como que se estabeleçam algumas definições sobre o tema.

Deste modo, a fim de auxiliar o estudo do tema, destaca-se os artigos 2º, caput e 3º, caput, ambos da Lei 10.192/01, que estabelecem o seguinte:

Art. 2º É admitida estipulação de correção monetária ou de reajuste por índices de preços gerais, setoriais ou que reflitam a variação dos custos de produção ou dos insumos utilizados nos contratos de prazo de duração igual ou superior a um ano.

Art. 3º Os contratos em que seja parte órgão ou entidade da Administração Pública direta ou indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, serão reajustados ou corrigidos monetariamente de acordo com as disposições desta Lei, e, no que com ela não conflitarem da Lei nº 8.666, 21 de junho de 1993.

Já me relação à reactuação dos preços, este tema encontra-se manifestamente expresso no artigo 65, inciso II, alínea "d" Lei 8666/93, que estabelece que: "Art. 65 – Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos: ...II – por acordo das partes... d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da Administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobreviverem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou ainda,

em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual."

Ademais, José dos Santos Carvalho Filho, em sua obra Manual de Direito Administrativo – 23ª Edição, ensina que *"enquanto o reajuste já é prefixado entre as partes para neutralizar um fato certo, a inflação, a revisão deriva da ocorrência de um fato superveniente, apenas suposto (mas não conhecido) pelos contratantes quando firmam o ajuste"*.

Destaca-se ainda o entendimento do Tribunal de Contas da União, em no acórdão 1827-34/08, do Ministro Benjamín Zylmer:

"25.A Lei nº 8.666/93 prevê que o valor pactuado inicialmente entre as partes pode sofrer três espécies de alterações: reajuste (artigo 40, inciso XI), atualização financeira em decorrência de atraso no pagamento (artigo 40, inciso XIV, alínea 'c') e reequilíbrio econômico-financeiro (artigo 65, inciso II, alínea 'd').
26.O reajuste de preços, conforme previsto pelo artigo 40, inciso XI, da Lei nº 8.666/93, tem como idéia central a reposição da perda do poder aquisitivo da moeda por meio do emprego de índices de preços prefixados no contrato administrativo.
27.O reequilíbrio econômico-financeiro stricto sensu, por sua vez, trata do reestabelecimento da relação contratual inicialmente ajustada pelas partes, desde que a altere por álea extraordinária superveniente ao originalmente contratado. Instituto previsto no artigo 65, inciso II, alínea 'd', da Lei nº 8.666/93, é concedido ao contratado pela Administração, desde que se verifique a ocorrência das hipóteses específicas de sua admissibilidade apontadas pela lei. (...)

(...)32.Consoante destacado no Voto condutor do Acórdão nº 1.309-TCU-1ª Câmara, 'a diferença fundamental entre os dois institutos é que, enquanto no reajuste há correção automática do desequilíbrio, com base em índices de preços previamente estipulados no edital, na repactuação a variação dos componentes dos custos do contrato deve ser demonstrada analiticamente, de acordo com a Planilha de Custos e Formação de Preços, e o contrato é corrigido na exata proporção do desequilíbrio que a parte interessada lograr comprovar. Outra distinção importante é que, diferentemente do que ocorre com o reajuste, a repactuação é aplicável exclusivamente naqueles contratos cujo objeto é a prestação de serviços executados de forma contínua'.

33.Diante do exposto, o instituto da repactuação contratual, entendido como espécie de reajuste, encontra seu fundamento legal nos artigos 40, inciso XI, e 55, inciso III, da Lei nº 8.666/93 [...].

Assim, diante do serviço a ser prestado, requeremos que o reajuste seja feito anualmente e de forma automática, com base no índice IGP-DI da FGV, tendo em vista que este reflete adequadamente a variação dos insumos que compõe o serviço licitado.

Como se vê, na disposição legal aplicada aos contratos administrativos, bem como doutrina correlata, há diretriz e admissibilidade de atualização financeira anual, no que se refere ao reajuste e/ou repactuação de preços, sem contudo afastar a hipótese da necessária recomposição financeira dos preços ou tarifas do contrato, em qualquer tempo e período, ou seja, sem observar o interregno mínimo de 12 (doze) meses, sempre que a majoração dos custos - insumos e/ou encargos justificar e o próprio mercado exigir/comprovar.

VI – DA PUBLICAÇÃO DO EDITAL.

Na análise do esboço de Edital enviado as licitantes para a realização da audiência pública, a Embratel verificou, em análise prévia, que se trata de um projeto de grande magnitude e que necessita ser analisado detalhadamente, de modo que as interessadas em participar possam verificar as condições de técnicas participação, bem como elaborar um projeto adequado e sanar eventuais dúvidas.

Diante deste fato relevante, a Embratel entende que, inobstante a regra contida no artigo 39 da Lei nº8666/93, que estabelece que deverá ter um prazo mínimo de 15 (quinze) dias entre a data da audiência pública e da publicação do Edital, no presente caso, mostra-se necessário estipular um prazo maior, de modo que a análise do projeto seja mais aprofundada.

Deste modo, considerando que o maior beneficiado será o Banco do Nordeste, que poderá contar com o maior número de licitantes hábeis interessadas em participar deste projeto, requeremos que a publicação do Edital se dê em prazo de no mínimo 60 (sessenta) dias após a realização da audiência pública, com base nos Princípios da Eficiência e Razoabilidade.





VII – DA CONCLUSÃO E DO PEDIDO.

Como resta demonstrado, a alteração do edital é medida que garantirá a legalidade da licitação, possibilitando o Banco do Nordeste selecionar a proposta mais vantajosa para cada um dos serviços contratados, assim como manter a legalidade do certame e do futuro contrato administrativo, através da correção das incoerências aqui apontadas.

Fortaleza, 22 de agosto de 2012.

EMPRESA BRASILEIRA DE TELECOMUNICAÇÕES S/A – EMBRATEL
CHARLES ALLAN DUARTE LIMA
GERENTE DE CONTAS

EMPRESA BRASILEIRA DE TELECOMUNICAÇÕES S/A – EMBRATEL
GIEDEL SOARES DE SOUZA
GERENTE EXECUTIVO DE VENDAS