

Impugnação PE-839/2021

Ter, 21/12/2021 10:05

Para: Equipe de Licitação ALFA SUPEL-RO <alfasupel@hotmail.com>

📎 1 anexos (871 KB)

Impugnação PE n. 839_2021 - SUPEL RO_v1.pdf;

Prezado S.r.(a) Pregoeiro(a) da SUPERINTENDÊNCIA ESTADUAL DE LICITAÇÕES - SUPEL/RO equipe CEL/SUPEL.

Na oportunidade em que expressamos nossos sinceros cumprimentos, vimos através deste encaminhar nosso pedido de impugnação aos termos do Edital de PREGÃO ELETRÔNICO N°: 839/2021, através de documentos que estão anexados ao e-mail.

Solicitamos acusar o recebimento deste e-mail.

Cordialmente.

Esta mensagem, incluindo seus anexos, pode conter informacoes privilegiadas e/ou de carater confidencial, nao podendo ser retransmitida sem autorizacao do remetente. Se voce nao e o destinatario ou pessoa autorizada a recebe-la, informamos que o seu uso, divulgacao, copia ou arquivamento sao proibidos. Portanto, se você recebeu esta mensagem por engano, por favor, nos informe respondendo imediatamente a este e-mail e em seguida apague-a.



ILMO. SR. PREGOEIRO DA SUPERINTENDÊNCIA ESTADUAL DE LICITAÇÕES DO ESTADO DE RONDÔNIA

REF.: IMPUGNAÇÃO AOS TERMOS DO EDITAL DE PREGÃO ELETRÔNICO N.º 839/2021



o de
entro,
vem,
por seu representante legal, com fulcro no § 1º do art. 41 da Lei nº. 8.666/1993, apresentar **IMPUGNAÇÃO** aos termos do Edital em referência, pelas razões a seguir expostas:

RAZÕES DE IMPUGNAÇÃO

A **SUPERINTENDÊNCIA ESTADUAL DE LICITAÇÕES DO ESTADO DE RONDÔNIA** instaurou procedimento licitatório na modalidade Pregão, na forma eletrônica, registrado sob o n.º 839/2021, visando à contratação de empresa ou Consorcio de Empresa Especializada na prestação de Serviços de Internet em Alta Velocidade, de acordo com a regulamentação da ANATEL, conforme condições e exigências estabelecidas no Edital e seus anexos.

Contudo, a Oi tem este seu intento frustrado perante as imperfeições do Edital, contra as quais se investe, justificando-se tal procedimento ante as dificuldades observadas para participar de forma competitiva do certame.

Saliente-se que o objetivo da Administração Pública ao iniciar um processo licitatório é exatamente obter proposta mais vantajosa para contratação de bem ou serviço que lhe seja necessário, observados os termos da legislação aplicável, inclusive quanto à promoção da máxima competitividade possível entre os interessados.

Entretanto, com a manutenção das referidas exigências, a competitividade pretendida e a melhor contratação almejada, poderão restar comprometidos o que não se espera, motivo pelo qual a Oi impugna os termos do Edital e seus anexos, o que o faz por meio da presente manifestação.



ALTERAÇÕES A SEREM FEITAS NO EDITAL E NOS ANEXOS

1. VEDAÇÃO À PARTICIPAÇÃO DE LICITANTES EM REGIME DE CONSÓRCIO

O item 5.4.2 do Edital veda a participação de empresas que estejam reunidas em consórcio.

Primeiramente, cumpre elucidar algumas questões referentes ao mercado de telecomunicações. É cediço que no âmbito da oferta de serviços de telecomunicações verifica-se a escassez de competitividade, predominando no mercado poucas empresas. Tal fenômeno caracteriza-se pela própria natureza do mercado em questão, ora a entrada de empresas que exploram tal serviço é restrita, haja vista a necessidade de grande aporte de capitais, instalação de infraestruturais e dentre outros fatores que impedem a existência de um número razoável de empresas disponíveis para prestar o referido serviço.

Há ainda de se ressaltar que o desenvolvimento da economia amplamente globalizada implicou na formação de grupos econômicos em escala mundial, sendo o mercado de telecomunicações um dos grandes exemplos. A economia das grandes corporações reduziu ainda mais a oferta de serviços de telecomunicações, ocorrendo em escala global a aglomeração de companhias e formação de um mercado eminentemente oligopolista.

Traçadas as linhas gerais referentes ao mercado de telecomunicações, pode-se afirmar com convicção que as restrições de participação de empresas nas licitações devem ser, mais que em outros casos, muito bem justificadas e necessárias. Isto porque, em homenagem aos princípios da competitividade e isonomia, apenas se podem admitir as restrições objetivas e legítimas.

Nesse sentido, não pode prosperar a imposição editalícia de impedimento de participação de empresas em regime de consórcio. Tal determinação fulmina diretamente a competitividade do certame por não existir grande número de empresas qualificadas para prestação do serviço licitado e pela própria complexidade do objeto licitado. Ademais, verifica-se que o próprio artigo 33 da Lei n.º 8666/93 permite expressamente a participação de empresas em consórcio.

Corroborando tal entendimento, verifica-se a primorosa lição de Marçal Justen Filho sobre a permissão de consórcio na licitação. Se num primeiro momento a associação de empresas em consórcio pode gerar a diminuição da competitividade, em outras circunstâncias, como a do presente caso, pode ser um elemento que a garanta, senão vejamos:

“Mas o consórcio também pode prestar-se a resultados positivos e compatíveis com a ordem jurídica. **Há hipóteses em que as**



circunstâncias do mercado e (ou) complexidade do objeto tornam problemática a competição. Isso se passa quando grande quantidade de empresas, isoladamente, não dispuserem de condições para participar da licitação. **Nesse caso, o instituto do consórcio é via adequada para propiciar ampliação do universo de licitantes.** É usual que a Administração Pública apenas autorize a participação de empresas em consórcio quando as dimensões e complexidade do objeto ou as circunstâncias concretas exijam a associação entre os particulares. São as hipóteses em que **apenas poucas empresas estariam aptas a preencher as condições especiais exigidas para a licitação.**¹ (grifo nosso)

Com espantosa precisão, o entendimento de Marçal Justen Filho subsume-se perfeitamente ao caso em questão. O mercado é naturalmente restrito e o objeto da licitação complexo a ponto de reduzir a participação de empresas, sendo a competitividade reduzida por essas características. Nesse sentido, a imposição de mais uma restrição apenas põe em risco o princípio da competitividade.

Nesse sentido, cumpre trazer os seguintes entendimentos do TCU acerca da matéria:

“No entender da Unidade Técnica, não obstante constituir faculdade da Administração permitir ou não a participação de empresas em consórcio nas aludidas convocações, no presente caso, **a vedação teria ocorrido sem a adequada motivação, o que teria inviabilizado a participação de mais licitantes, em prejuízo do princípio da ampla competição.**” (Acórdão 59/2006 - Plenário)

“Não prospera também o argumento de que a possibilidade de formação de consórcio no Edital afastaria eventual restrição à competitividade da licitação. **A constituição de consórcio visa, em última instância, a junção de 2 (duas) ou mais empresas para realização de determinado empreendimento, objetivando, sob a ótica da Administração Pública, proporcionar a participação de um maior número de empresas na competição, quando constatado que grande parte delas não teria condições de participar isoladamente do certame. (...)**” (Acórdão n.º 1.591/2005, Plenário, rel. Ministro Guilherme Palmeira) (grifo nosso)

¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 14. Ed. São Paulo: Editora Dialética, 2010, p. 495.



Dessa forma, vê-se que mesmo sendo discricionariedade da Administração a permissão ou não de consórcio de empresas, sua restrição deve ser devidamente fundamentada e deve colimar sempre com as condições do mercado e do objeto licitado, de forma que seja garantida a competitividade.

Nota-se, tanto do entendimento doutrinário quanto jurisprudencial, que a permissão de consórcios nas licitações tem aspecto bifronte, podendo gerar ou restringir a competitividade. Não obstante, conforme se demonstrou acima, a formação de consórcios é medida válida e necessária, que irá beneficiar a Administração com o aumento da participação de empresas na licitação, aumentando a competição entre elas e reduzindo, inevitavelmente, o preço final da contratação.

Da mesma forma, não deve haver restrições quanto ao consórcio de empresas que sejam coligadas, controladoras e controladas. Isso porque, decorrente das particularidades do mercado e da economia globalizada, é comum a existência no âmbito das telecomunicações conglomerados econômicos que necessitam dessa ferramenta jurídica para participarem das licitações. Frise-se que muitas das vezes a prestação do serviço por empresa isolada não é o suficiente, necessitando da atuação em conjunto para a consecução do objeto da licitação.

Ante o exposto, de forma a possibilitar a participação de um maior número de empresas no certame, garantindo a sua competitividade e a busca pela proposta mais vantajosa à Administração Pública, requer a exclusão do item em comento, para que seja permitida a participação em consórcio de empresas do mesmo grupo, nos termos do art. 33 da Lei n.º 8.666/93.

2. IMPEDIMENTO À PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS SUSPENSAS DE LICITAR COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM GERAL

O item 5.4.4 do Edital prevê que não poderão participar os proibidos de licitar e celebrar contratos administrativos com o Estado de Rondônia.

Com efeito, o art. 87, inciso III, da Lei n.º 8.666/1993 prevê, dentre as modalidades de penalidades em caso de inexecução total ou parcial do contrato, a **suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração**.



Diante do acima exposto, faz-se necessário esclarecer que os conceitos de Administração e Administração Pública são distintos, nos termos dos incisos XI e XII do art. 6º da Lei de Licitações, *in verbis*:

“Art. 6º - Para os fins desta Lei, considera-se:

XI - Administração Pública - a administração direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, abrangendo inclusive as entidades com personalidade jurídica de direito privado sob controle do poder público e das fundações por ele instituídas ou mantidas;

XII - Administração - órgão, entidade ou unidade administrativa pela qual a Administração Pública opera e atua concretamente;”

Da análise dos dispositivos legais, verifica-se que as expressões “Administração Pública” e “Administração” são distintas.

Nesse sentido, importante citar a lição de Marçal Justen Filho a respeito do tema:

“**Administração Pública:** A expressão é utilizada em acepção ampla e não deve ser identificada com ‘Poder Executivo’. Indica as pessoas de direito público que participam de uma contratação, ainda quando esta contratação se efetive através de órgãos do Poder Judiciário e do Poder Legislativo. Além da chamada ‘Administração Direta’ (União, Estados e Distrito Federal, Municípios), a expressão também abrange a ‘Administração Indireta’ (autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista). Além disso, as ‘fundações’ instituídas ou mantidas com recursos públicos ou outras pessoas de direito privado sob controle estatal estão abarcadas no conceito.”

“**Administração:** A expressão isolada é utilizada para identificar a unidade específica que, no caso concreto, está atuando. A distinção entre Administração Pública e Administração é utilizada em algumas passagens na disciplina da Lei n.º 8.666. A hipótese de maior relevância encontra-se no art. 87, incs. III e IV, a propósito



das sanções de suspensão temporária do direito de licitar ou de contratar e de declaração de inidoneidade.”²

Da mesma forma entende Jessé Torres Pereira:

“A distinção, para os fins de aplicação desta lei, entre Administração e Administração Pública encontra importantes aplicações. Ilustre-se com a intrincada questão de estabelecer-se a extensão das penalidades de suspensão e de declaração de inidoneidade, ambas acarretando a supressão temporária do direito de participar de licitações e de contratar. Tratando-se de suspensão, a supressão se dá em face da Administração; na hipótese de inidoneidade, o cumprimento da punição é em face da Administração Público.”³

Este entendimento foi ratificado em recentes decisões do Plenário do **Tribunal de Contas da União** (Acórdãos nº 3.243/2012-Plenário, 3.439/2012-Plenário e Acórdão 842/2013-Plenário)⁴, segundo o qual **os efeitos jurídicos da referida sanção está adstrita ao órgão que a aplicou.** Nesse sentido, destaca-se:

Informativo TCU nº 147:

1. A sanção de suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, prevista no art. 87, inciso III, da Lei 8.666/1993, alcança apenas o órgão ou a entidade que a aplicou.

“[...] O relator, ao examinar os esclarecimentos trazidos aos autos, lembrou que “a *jurisprudência recente desta Corte de Contas é no sentido de que a sanção prevista no inciso III do art. 87 da Lei nº 8.666/93 produz efeitos apenas no âmbito do órgão ou entidade que a aplicou (Acórdãos 3.439/2012-Plenário e 3.243/2012-Plenário)*”. E mais: “*Interpretação distinta de tal entendimento poderia vir a impedir a participação de empresas que embora tenham sido apenas por órgãos estaduais ou municipais com base na lei do pregão, não estão impedidas de participar de licitações no âmbito*

² JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 15ª ed. São Paulo: Editora Dialética, 2012, p. 142.

³ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Comentários à lei das licitações e contratações da administração pública*. 7 ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2007, p. 125.

⁴ Decisões publicadas recentemente, respectivamente, nos informativos do TCU nº 134, nº 136 e nº 147.



federal". Anotou, ainda, que, a despeito de o edital em tela não explicitar o significado preciso do termo "*Administração*" constante do item 2.2, "c", os esclarecimentos prestados revelaram que tal expressão "*refere-se à própria Seção Judiciária do Rio de Janeiro da Justiça Federal*" e que, portanto, "*o entendimento do órgão está em consonância com as definições da Lei nº 8.666/93, assim como com o entendimento desta Corte*". [...] O Tribunal, ao acolher a proposta do relator, decidiu: a) julgar improcedente a representação e revogar a cautelar anteriormente concedida; b) "*recomendar à Seção Judiciária do Rio de Janeiro da Justiça Federal que, em seus futuros editais de licitação, especifique que estão impedidas de participar da licitação as empresas que tenham sido sancionadas com base no art. 87, III, da Lei nº 8.666/93, somente pela própria Seção Judiciária do Rio de Janeiro da Justiça Federal*". **Acórdão 842/2013-Plenário, TC 006.675/2013-1, relator Ministro Raimundo Carreiro, 10.4.2013.**

Vale mencionar que este já era o **entendimento "histórico" do Tribunal de Contas da União**, conforme se nota dos acórdãos nº 1.727/2006-1ª Câmara, nº 2.617/2010-2ª Câmara, nº 1.539/2010-Plenário e da Decisão nº 352/98-Plenário.

Assim, ao apresentar comparativo entre a sanção de suspensão do direito de licitar/impedimento de contratar e a declaração de inidoneidade, defende que a **Administração** é entendida, pela definição constante do inciso XI do art. 6º do diploma legal em comento, como sendo o órgão, entidade ou unidade administrativa pela qual a Administração Pública opera e atua concretamente – vale dizer, o *órgão público*. Já a **Administração Pública** é definida como sendo o universo de órgãos e entidades da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, nos termos do inciso XII do art. 6º da Lei nº 8.666.

Portanto, requer seja alterado o item em comento do Edital, para que seja vedada a participação apenas das empresas suspensas de licitar e impedidas de contratar com este órgão público licitante, e não com a Administração Pública em geral.



3. SOBRE A EXIGÊNCIA DE CONSULTA A DETERMINADOS CADASTROS NÃO PREVISTOS EM LEI

O item 13.17 do Edital dispõe que o pregoeiro consultará os sistemas de registros de sanções SICAF, CNJ, CEIS, CAGEFIMP e Lista de Inidôneos mantida pelo TCU, visando aferir eventual sanção aplicada à licitante, cujo efeito torne-a proibida de participar deste certame.

Da leitura do dispositivo em comento, tem-se a impressão de que uma vez consultado o referido cadastro, na hipótese de haver qualquer penalidade ali inscrita, isto tornará a empresa com uma penalidade supostamente existente, impedida de participar do certame.

Ocorre que, não se pode admitir este tipo de entendimento extensivo, pois seria o mesmo que admitir que empresas suspensas de licitar com a administração pública, estariam impedidas de participar.

Com efeito, o art. 87, inciso III, da Lei n.º 8.666/1993 prevê, dentre as modalidades de penalidades em caso de inexecução total ou parcial do contrato, a **suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração**.

Diante do acima exposto, faz-se necessário esclarecer que os conceitos de Administração e Administração Pública são distintos, nos termos dos incisos XI e XII do art. 6º da Lei de Licitações, *in verbis*:

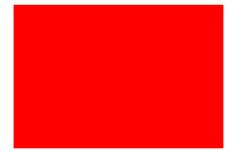
“Art. 6º - Para os fins desta Lei, considera-se:

XI - Administração Pública - a administração direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, abrangendo inclusive as entidades com personalidade jurídica de direito privado sob controle do poder público e das fundações por ele instituídas ou mantidas;

XII - Administração - órgão, entidade ou unidade administrativa pela qual a Administração Pública opera e atua concretamente;”

Da análise dos dispositivos legais, verifica-se que as expressões “Administração Pública” e “Administração” são distintas.

Nesse sentido, importante citar a lição de Marçal Justen Filho a respeito do tema:



“**Administração Pública:** A expressão é utilizada em acepção ampla e não deve ser identificada com ‘Poder Executivo’. Indica as pessoas de direito público que participam de uma contratação, ainda quando esta contratação se efetive através de órgãos do Poder Judiciário e do Poder Legislativo. Além da chamada ‘Administração Direta’ (União, Estados e Distrito Federal, Municípios), a expressão também abrange a ‘Administração Indireta’ (autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista). Além disso, as ‘fundações’ instituídas ou mantidas com recursos públicos ou outras pessoas de direito privado sob controle estatal estão abarcadas no conceito.”

“**Administração:** A expressão isolada é utilizada para identificar a unidade específica que, no caso concreto, está atuando. A distinção entre Administração Pública e Administração é utilizada em algumas passagens na disciplina da Lei n.º 8.666. A hipótese de maior relevância encontra-se no art. 87, incs. III e IV, a propósito das sanções de suspensão temporária do direito de licitar ou de contratar e de declaração de inidoneidade.”⁵

Da mesma forma entende Jessé Torres Pereira:

“A distinção, para os fins de aplicação desta lei, entre Administração e Administração Pública encontra importantes aplicações. Ilustre-se com a intrincada questão de estabelecer-se a extensão das penalidades de suspensão e de declaração de inidoneidade, ambas acarretando a supressão temporária do direito de participar de licitações e de contratar. Tratando-se de suspensão, a supressão se dá em face da Administração; na hipótese de inidoneidade, o cumprimento da punição é em face da Administração Público.”⁶

⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 15ª ed. São Paulo: Editora Dialética, 2012, p. 142.

⁶ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Comentários à lei das licitações e contratações da administração pública*. 7 ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2007, p. 125.



Este entendimento foi ratificado em recentes decisões do Plenário do **Tribunal de Contas da União** (Acórdãos nº 3.243/2012-Plenário, 3.439/2012-Plenário e Acórdão 842/2013-Plenário)⁷, segundo o qual **os efeitos jurídicos da referida sanção está adstrita ao órgão que a aplicou.** Nesse sentido, destaca-se:

Informativo TCU nº 147:

1. A sanção de suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, prevista no art. 87, inciso III, da Lei 8.666/1993, alcança apenas o órgão ou a entidade que a aplicou.

*[...] O relator, ao examinar os esclarecimentos trazidos aos autos, lembrou que “a jurisprudência recente desta Corte de Contas é no sentido de que a sanção prevista no inciso III do art. 87 da Lei nº 8.666/93 produz efeitos apenas no âmbito do órgão ou entidade que a aplicou (Acórdãos 3.439/2012-Plenário e 3.243/2012-Plenário)”. E mais: “Interpretação distinta de tal entendimento poderia vir a impedir a participação de empresas que embora tenham sido apenas por órgãos estaduais ou municipais com base na lei do pregão, não estão impedidas de participar de licitações no âmbito federal”. Anotou, ainda, que, a despeito de o edital em tela não explicitar o significado preciso do termo “Administração” constante do item 2.2, “c”, os esclarecimentos prestados revelaram que tal expressão “refere-se à própria Seção Judiciária do Rio de Janeiro da Justiça Federal” e que, portanto, “o entendimento do órgão está em consonância com as definições da Lei nº 8.666/93, assim como com o entendimento desta Corte”. [...] O Tribunal, ao acolher a proposta do relator, decidiu: a) julgar improcedente a representação e revogar a cautelar anteriormente concedida; b) “recomendar à Seção Judiciária do Rio de Janeiro da Justiça Federal que, em seus futuros editais de licitação, especifique que estão impedidas de participar da licitação as empresas que tenham sido sancionadas com base no art. 87, III, da Lei nº 8.666/93, somente pela própria Seção Judiciária do Rio de Janeiro da Justiça Federal”. **Acórdão 842/2013-Plenário, TC 006.675/2013-1, relator Ministro Raimundo Carreiro, 10.4.2013.***

⁷ Decisões publicadas recentemente, respectivamente, nos informativos do TCU nº 134, nº 136 e nº 147.



Vale mencionar que este já era o **entendimento “histórico” do Tribunal de Contas da União**, conforme se nota dos acórdãos nº 1.727/2006-1ª Câmara, nº 2.617/2010-2ª Câmara, nº 1.539/2010-Plenário e da Decisão nº 352/98-Plenário.

Cabe salientar que o Poder Executivo Federal, por meio do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, editou a **Instrução Normativa nº 02/2010** definindo que a aplicação da sanção prevista no inciso III do art. 87 da Lei nº 8.666/1993 impossibilitará o fornecedor ou interessado de participar de licitações e formalizar contratos, no âmbito do órgão ou entidade responsável pela aplicação da sanção (art. 40, §1º, da IN nº 2/2010 SLTI-MPOG).

Assim, ao apresentar comparativo entre a sanção de suspensão do direito de licitar/impedimento de contratar e a declaração de inidoneidade, defende que a **Administração** é entendida, pela definição constante do inciso XI do art. 6º do diploma legal em comento, como sendo o órgão, entidade ou unidade administrativa pela qual a Administração Pública opera e atua concretamente – vale dizer, o *órgão público*. Já a **Administração Pública** é definida como sendo o universo de órgãos e entidades da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, nos termos do inciso XII do art. 6º da Lei nº 8.666.

Portanto, feita as distinções necessárias e reforçado o posicionamento do plenário do TCU sobre o tema, não se pode admitir que empresas que apresentem algum tipo de penalidade sejam impedidas de participar do certame, a menos que a penalidade seja em face do órgão licitante. Caso contrário, não há o que se falar em impedimento.

Nesse contexto, o mesmo racional se aplica ao disposto no item que se impugna. Não se pode admitir que o resultado da consulta aos cadastros em questão, caso aponte para algum tipo de penalidade, estenda seus efeitos de modo a impedir a empresa penalizada de licitar com outros órgãos, que não o penalizante.

É necessário que seja expressamente previsto que haverá proibição de participar a empresa que, após consulta aos referidos cadastros, verifique-se que exista penalidade com o órgão licitante e não com qualquer órgão.

Como já dito anteriormente, na eventualidade de existirem sanções registradas nesses cadastros, só poderia se dizer que existiria impedimento de participação, se a sanção ali cadastrada fosse restritiva do direito de participar de licitações, cujos efeitos estão limitados ao órgão penalizante na forma do Art. 87, III, da Lei 8.666/93. Ou seja, para que se possa associar o resultado da consulta como impeditivo de participação, a sanção ali registrada deve ser restritiva de participação somente com o presente órgão licitante.



Assim, a simples existência de registro de penalidade de suspensão ou impedimento com outros órgãos que não o licitante, não pode ser condicionante da participação. Para que haja impedimento, a sanção registrada deve necessariamente ser em face do órgão licitante, sob pena de se estar ampliando o previsto na Lei 8.666/93, impedindo a participação de empresas punidas em quaisquer casos, ferindo frontalmente a jurisprudência dominante do TCU sobre o tema.

4. EXIGÊNCIA DE APRESENTAÇÃO DO DOCUMENTO DE AUTORIZAÇÃO NA ANATEL – AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES

O Item 2.10 do Anexo do Edital exige a apresentação da cópia do Termo de Autorização devidamente assinado com a Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL.

Neste sentido, cumpre esclarecer que a apresentação do Extrato do Termo de Autorização ou do Contrato de Concessão celebrados com a Anatel, devidamente publicado no Diário Oficial da União, é documento hábil para comprovar referida exigência editalícia.

Ademais, deve-se levar em consideração que a íntegra desses documentos está disponível na página oficial da Anatel na rede mundial de computadores.

Tal solicitação tem o intuito de dar celeridade ao processo licitatório, em função da diminuição significativa de documentos, bem como economicidade para as licitantes, tendo em vista o elevado número de páginas desses documentos e o alto custo das autenticações.

Vale destacar, ainda, que é dever da Administração, ao realizar procedimentos licitatórios, exigir documentos de habilitação compatíveis com o ramo do objeto licitado, especialmente aqueles que comprovem a qualificação técnica e a capacidade econômico-financeiro dos licitantes, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal^{8[1]}. A apresentação dos extratos devidamente publicados comprovam a qualificação técnica da participante.

⁸ “Art. 37 (...)

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, **o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.** (...)” (grifamos)



Ante o exposto, requer a adequação da exigência prevista nos itens em comento, para que as licitantes possam apresentar o extrato do Termo de Autorização ou do Contrato de Concessão, outorgado pela ANATEL e devidamente publicado no Diário Oficial da União.

5. REAJUSTE DOS PREÇOS

O item 17.6.1 do Termo de Referência dispõe sobre o reajuste aplicável e, em linhas gerais, menciona que *“na hipótese de prorrogação do contrato, o índice aplicável para o cálculo do reajuste será a variação do Índice de Preços ao Consumidor Amplo IPCA-IBGE, ou outro que venha a substituí-lo”*.

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.

A Lei n.º 8.666/93, em seu inciso XI do art. 40, determina a obrigatoriedade do Edital conter, dentre outros, “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”.

Da mesma forma, o inciso III do art. 55 da referida Lei elenca como cláusula necessária em todo contrato a que estabeleça “o preço e as condições de pagamento, os critérios, **data-base e periodicidade do reajustamento de preços**, os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento”.

É obrigatória, portanto, a inclusão de cláusula de reajuste, não sendo uma mera faculdade da Administração.



Para Marçal Justen Filho:

“O reajuste de preços se configura, então, como uma solução destinada a assegurar não apenas os interesses das licitantes, mas também da própria Administração. A ausência de reajuste acarretaria ou propostas destituídas de consistência ou a inclusão de custos financeiros nas propostas – o que produziria ou a seleção de proposta inexecutável ou a distorção da competição⁹.”

A presente licitação tem como objeto a prestação de serviços de telecomunicações, os quais são regidos pela Lei n.º 9.472/97 (Lei Geral de Telecomunicações).

Assim, as operadoras de serviços telefônicos submetem-se às disposições editadas pela ANATEL, a qual determina, no inciso VII do art. 19 da Lei n.º 9.472/97 (Lei Geral de Telecomunicações), que compete à Agência “*controlar, acompanhar e proceder à revisão de tarifas dos serviços prestados no regime público, podendo fixá-las nas condições previstas nesta Lei, bem como **homologar reajustes.***”

Os serviços telefônicos podem ser remunerados por meio da cobrança de tarifas ou de preços. A remuneração acontecerá pela cobrança de tarifas quando o serviço telefônico for prestado em regime público, por meio de Concessão. Por sua vez, a cobrança pelos serviços de telecomunicações prestados em regime privado acontecerá por meio de preços.

Ocorre que, considerando o objeto do edital tratar-se de SCM, e sua remuneração é feita por preços e não tarifas, torna-se imperioso que o índice de reajuste dos preços relativos à sua prestação de serviço seja o IGP-DI.

Além disso, o reajuste dos preços, ao contrário das tarifas, é automático, ou seja, decorridos 12 (doze) meses do contrato, deverá ser aplicado o índice previsto contratualmente, a fim de se recompor a equação econômico-financeira inicialmente estabelecida.

Ante o exposto, reque-se a adequação do item 17.6.1 do Termo de Referência, de modo que, em linhas gerais, o reajuste dos preços seja realizado da seguinte forma:

“Os preços dos serviços serão imediatamente e automaticamente reajustados a cada 12 meses, a contar da data de assinatura do presente instrumento, considerando seu valor básico o atualizado

⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 14. Ed. São Paulo: Editora Dialética, 2010, p. 558.



até esta data, devendo ser utilizado como índice de reajuste o IGP-DI”.

6. PAGAMENTO VIA NOTA FISCAL COM CÓDIGO DE BARRAS

O item 9.1 do Termo de Referência estabelece que o pagamento deverá ser realizado mediante ordem bancária.

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.**

Como é cediço, o SIAFI é um sistema informatizado que controla a execução orçamentária, financeira, patrimonial e contábil dos órgãos da Administração Pública direta federal, das autarquias, fundações e empresas públicas federais e das sociedades de economia mista que estiverem contempladas no orçamento fiscal e (ou) no orçamento da seguridade social da União.

Assim, as unidades gestoras registram seus documentos (empenho, ordem bancária etc.) e o SIAFI efetua automaticamente todos os lançamentos contábeis necessários para se ter conhecimento atualizado das receitas, despesas e disponibilidades financeiras do Tesouro Nacional.

Com efeito, esse sistema de faturamento e cobrança, o qual permite o reconhecimento rápido e eficiente do pagamento, é baseado em código de barras.

Qualquer outra forma de pagamento, como o depósito em conta corrente previsto no Edital, causará transtornos ao sistema de contas a receber da empresa de telecomunicações contratada.

Ademais, a Oi 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.

Tal sistema proporciona vantagens à empresa prestadora dos serviços, haja vista que reduz a inadimplência e garante a satisfação do cliente.



Ante o exposto, para a melhor adequação do instrumento convocatório à realidade do setor de telecomunicações, requer a alteração do item em comento, a fim de permitir que o pagamento seja realizado mediante autenticação de código de barras, facilitando, assim, o reconhecimento eficiente do pagamento.

7. BASE DE CÁLCULO DAS MULTAS EM CASO DE INEXECUÇÃO PARCIAL DO CONTRATO

O item 16.14 do Termo de Referência prevê a aplicação de multas sobre o valor total adjudicado, mesmo em caso de inexecução parcial.

No entanto, não se pode admitir que o percentual de multa, em caso de inexecução parcial pela Contratada, incida sobre o valor total do contrato, haja vista que a fixação das sanções atinentes à contratação administrativa reside na razoabilidade e na proporcionalidade.

Ora, não é justa nem razoável tal determinação, posto que uma vez ocorrido o descumprimento tão somente de parte do contrato celebrado, é razoável que o cálculo da penalidade incida apenas sobre aquela parcela e não sobre o valor integral da contratação, como se a Contratada tivesse descumprido obrigações contratuais em sua totalidade.

Desta forma, **em caso de descumprimento parcial das obrigações a base de cálculo da multa deverá ser o valor da parcela ou do serviço em atraso, e não o valor total das obrigações.**

O disposto no Edital é excessivo, desproporcional e fere os princípios da legalidade e da razoabilidade.

Os administrativistas classificam os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, dentre outros, como referenciais que devem necessariamente ser utilizados quando da prática de atos pelo Poder Público, sob pena de desvio da finalidade legal a que se propõem.

O ilustre Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello não deixa margem a dúvidas ao lecionar que:

“Enuncia-se com esse princípio (razoabilidade) que a administração, ao atuar no exercício da discricção, terá de obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o sendo normal de pessoas equilibradas e respeitosa das finalidades



que presidiram outorga da competência exercida. Vale dizer: pretende-se colocar em claro que não serão apenas inconvenientes, mas também ilegítimas – e, portanto, jurisdicionalmente invalidáveis -, as condutas desarrazoadas, bizarras, incoerentes ou praticadas com desconsideração às situações e circunstâncias que seriam atendidas por quem tivesse atributos normais de prudência, sensatez e disposição de acatamento às finalidades da lei atributiva da descrição manejada.

(...)

É óbvio que uma providência administrativa desarrazoada, incapaz de passar com sucesso pelo crivo da razoabilidade, não pode estar conforme com a finalidade da lei. (...)

Este princípio (proporcionalidade) enuncia a ideia de que as competências administrativas só podem ser validamente exercidas na extensão e intensidade proporcionais ao que seja realmente demandado para cumprimento da finalidade de interesse público a que estão atreladas. Segue-se que os atos cujos conteúdos ultrapassem o necessário para alcançar o objetivo que justifica o uso da competência ficam maculados de ilegitimidade, porquanto desbordam do âmbito da competência; ou seja, superam os limites que naquele caso lhes corresponderiam.

Sobretudo quando a Administração restringe a situação jurídica dos administrados além do que caberia, por imprimir às medidas tomadas uma intensidade ou extensão supérfluas, prescindidas, ressalta a ilegalidade de sua conduta. É que ninguém deve estar obrigado a suportar restrições em sua liberdade ou propriedade que não sejam indispensáveis à satisfação do interesse público.” (em “Curso de Direito Administrativo”, 12ª edição, páginas 79 a 81)

A ilustríssima Prof. Lúcia Valle Figueiredo classifica ambos os princípios (proporcionalidade e razoabilidade) da seguinte forma:

“Consoante penso, não se pode conceber a função administrativa, o regime jurídico administrativo, sem se inserir o princípio da razoabilidade. É por meio da razoabilidade das decisões tomadas



que se poderá contratar atos administrativos e verificar se estão dentro da moldura comportada pelo Direito... não é lícito ao administrador, quando tiver de valorar situações concretas, depois da interpretação, valorá-las a lume dos seus standards pessoais, a lume de sua ideologia, a lume do que entende ser bom, certo, adequado no momento, mas a lume de princípios gerais, a lume da razoabilidade, do que em Direito Civil se denomina valores do homem médio.

Em síntese: a razoabilidade vai se atrelar à congruência lógica entre as situações postas e as decisões administrativas. Vai se atrelar às necessidades da coletividade, à legitimidade, à economicidade, à eficiência.

Ao lado da razoabilidade traz-se à colação, também como princípio importantíssimo, o da proporcionalidade. Com efeito, resume-se o princípio da proporcionalidade na direta adequação das medidas tomadas pela Administração às necessidades administrativas.

Traduz o princípio da razoabilidade a relação de congruência lógica entre o fato (o motivo) e a atuação concreta da Administração.” (grifamos) (em Curso de Direito Administrativo, 4ª edição, página 47 e 48)

Extrai-se que os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade caminham no mesmo sentido, qual seja, o de evitar eventuais abusos quando da aplicação da lei ao caso concreto ou nos atos administrativos emanados. Vale dizer, as consequências de um ato devem guardar a exata proporção com a sua extensão.

Assim, a eventual manutenção dos percentuais de multa atacados constitui afronta aos princípios basilares que devem conduzir os atos deste órgão, quais sejam, os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Por todo o exposto, requer a adequação dos itens em comento para que o percentual da penalidade de multa em caso de inadimplemento parcial incida sobre o valor da parcela ou valor do serviço em atraso, e não sobre o valor total do contrato.



8. POSSIBILIDADE DE SUBCONTRATAÇÃO E CESSÃO DOS SERVIÇOS

O item 22.2.1 do Edital e o item 10 do Termo de Referência estabelecem a vedação de subcontratação, por parte da contratada.

Nesse sentido, cumpre trazer à colação a redação do artigo 72 da Lei n.º 8.666/93:

“Art. 72. O contratado, na execução do contrato, sem prejuízo das responsabilidades contratuais e legais, poderá subcontratar **partes** da obra, **serviço** ou fornecimento, até o limite admitido, em cada caso, pela Administração.” (grifo nosso)

Ora, **além da Lei prever que a Administração permita ao ente privado, que queira contratar consigo, subcontratar apenas partes dos serviços, tem-se que essas fases ou etapas devem se remeter à atividade meio do serviço licitado**, sendo vedada a subcontratação do serviço todo ou a atividade fim que a Administração está a licitar, tendo em vista a análise dos critérios de habilitação para que a Administração contrate um ente privado realmente idôneo.

Nesse sentido é a lição de MARÇAL JUSTEN FILHO acerca da subcontratação:

“A hipótese torna-se cabível, por exemplo, quando o objeto licitado comporta uma execução complexa, em que algumas fases, etapas ou aspectos **apresentam grande simplicidade e possam ser desempenhados por terceiros sem que isso acarrete prejuízo**. A evolução dos princípios organizacionais produziu o fenômeno denominado de ‘terceirização’, que deriva dos princípios da especialização e da concentração das atividades. **Em vez de desempenhar integralmente todos os ângulos de uma atividade, as empresas tornam-se especialistas em certos setores.**”. [Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Dialética, 12ª edição, p.757] (grifamos)

Assim, está ratificada a impossibilidade da subcontratação, pela Contratada e **apenas** do serviço ou atividade fim.

Neste diapasão, cumpre colacionar jurisprudência do TCU com o mesmo entendimento:



“É ilegal e inconstitucional a sub-rogação da figura da contratada ou a divisão das responsabilidades por elas assumidas, ainda que de forma solidária, por contrariar os princípios constitucionais da moralidade e da eficiência.” (Acórdão nº 3.475/2006, 1ª C., rel. Min. Marcos Bemquerer)

“(…) firmar o entendimento de que, em contratos administrativos, é ilegal e inconstitucional a sub-rogação da figura da contratada ou a divisão das responsabilidades por elas assumidas, ainda que de forma solidária, por contrariar os princípios constitucionais da moralidade e da eficiência (art. 37, caput, da Constituição Federal), o princípio da supremacia do interesse público, o dever geral de licitar (art. 37, XXI, da Constituição) e os arts. 2º, 72 e 78, inciso VI, da Lei 8.666/96.” (Acórdão nº 909/2003, Plenário, rel. Min. Augusto Sherman Cavalcanti)

Ademais cumpre observar que a realidade e o dinamismo do mercado empresarial, muitas vezes, demandam uma alteração substancial na forma de atuação das empresas, importando em reorganização na estrutura societária das pessoas jurídicas, inclusive, daquelas que contratam com a Administração Pública.

Ora, **embora o Contrato administrativo seja pessoal**, conforme se extrai do artigo 78, inciso VI, da lei 8.666/93, **não é forçoso dizer que este não é necessariamente personalíssimo, podendo, em tese, absorver eventuais alterações na estrutura societária das empresas contratadas, ainda que esta condição não esteja expressamente prevista no edital e no Contrato**. Nesta direção evoluiu a Jurisprudência do Tribunal de Contas da União.

Inicialmente, na decisão 420/02 - Plenário, o Tribunal afastou a continuidade do Contrato argumentando que os institutos indicados no inciso VI do art. 78 (cessão, transferência, fusão, cisão e incorporação) não podem ser adotados, “eis que isentam a contratada da sua posição de única e plena responsável perante a administração quanto às relações jurídicas emergentes do contrato”.

Decisão n.º 420/2002 – Plenário

“8.5- firmar o entendimento de que, em contratos administrativos, é ilegal e inconstitucional a sub-rogação da figura da contratada ou a divisão das responsabilidades por ela assumidas, ainda que de forma solidária,



por contrariar os princípios constitucionais da moralidade e da eficiência (art. 37, caput, da Constituição Federal), o princípio da supremacia do interesse público, o dever geral de licitar (art. 37, XXI, da Constituição) e os arts. 2.º, 72 e 78, inciso VI, da Lei 8.666/93.”

JÁ NAS DECISÕES 1.108/03 E 1.517/05, EM SENTIDO CONTRÁRIO, O TCU ENTENDEU PELA NECESSIDADE DE REFORMA DO ENTENDIMENTO CONTIDO NA DECISÃO 420/02, MANIFESTANDO-SE PELA POSSIBILIDADE DA CONTINUIDADE DO CONTRATO, DESDE QUE PREVISTO EXPRESSAMENTE NO EDITAL E QUE SEJAM MANTIDAS TODAS AS CONDIÇÕES INICIALMENTE PACTUADAS.

Acórdão 1108/2003 – Plenário

“...imperioso que a empresa resultante da fusão, cisão ou incorporação preencha os mesmos requisitos de habilitação exigidos inicialmente. O preenchimento desses requisitos resguarda a administração de possíveis problemas que poderiam ocorrer em cada um desses processos, como o comprometimento da saúde financeira da empresa, a perda da capacidade técnica para executar determinados serviços (no caso de uma cisão, por exemplo), ou a ausência de regularidade fiscal da empresa sucessora. Tal necessidade é, ate mesmo, uma conseqüência do art. 55, inciso XIII da Lei nº 8.666/93, que estabelece que o contratado deve manter, durante todo o contrato, as condições de habilitação exigidas na licitação”.

Acórdão 1517/2005 – Plenário

“É preciso ter a exata noção de que nem todas as hipóteses elencadas no art. 78 da Lei 8666/1993 impõem, se ocorrerem, necessariamente, a rescisão do contrato firmado com a Administração Pública. Esse entendimento encontra respaldo na jurisprudência desta Casa, reafirmada no Acórdão 1108/2003 – Plenário, de minha Relatoria, prolatado nos autos do TC 013.546/2002-0”.

Posteriormente, manifestando-se de forma mais flexível nos julgados 113/06; 2.071/06 e 634/07 **O TCU PASSOU A ADMITIR A POSSIBILIDADE DE CONTINUIDADE CONTRATUAL, AINDA QUE NÃO PREVISTA EXPRESSAMENTE NO EDITAL E NO CONTRATO.**



Acórdão 634/2007 – Plenário

“Nos termos do art. 78, inciso VI, da Lei 8.666/1993, se não há expressa regulamentação no edital e no termo de contrato dispendo de modo diferente, é possível, para atendimento ao interesse público, manter vigentes contratos cujas contratadas tenham passado por processo de cisão, incorporação ou fusão, ou celebrar contrato com licitante que tenha passado pelo mesmo processo, desde que: (1) sejam observados pela nova pessoa jurídica todos os requisitos de habilitação exigidos na licitação original; (2) sejam mantidas as demais cláusulas e condições do contrato; (3) não haja prejuízo à execução do objeto pactuado; e (4) haja a anuência expressa da Administração à continuidade do contrato”.

EM OUTRO TURNO, O TCU, EM JURISPRUDÊNCIA MAIS RECENTE, TEM DECIDIDO QUE A OCORRÊNCIA DE FUSÃO, CISÃO OU INCORPORAÇÃO PELA EMPRESA CONTRATADA, PODE SER ACATADA PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, DESDE QUE ATENDIDOS OS SEGUINTE PRESSUPOSTOS:

- **NÃO HAJA PROIBIÇÃO NO EDITAL NEM NO CONTRATO;**
- **SEJAM MANTIDAS AS CONDIÇÕES DE HABILITAÇÃO EXIGIDAS NA LICITAÇÃO;**
- **NÃO HAJA QUALQUER PREJUÍZO PARA A FIEL EXECUÇÃO DO CONTRATO.**

REPRESENTAÇÃO. LICITAÇÃO. PROCEDÊNCIA. CISÃO EMPRESARIAL. CONTINUIDADE DA EXECUÇÃO CONTRATUAL. REVOGAÇÃO DA MEDIDA CAUTELAR. COMUNICAÇÃO. ARQUIVAMENTO.

1. A cisão empresarial não determina, por si só, a revogação contratual prevista no art. 78, inc. VI, da Lei 8.666/93.
 2. Observado o interesse público, acordo firmado entre particulares sob o império do direito privado pode nortear decisão do administrador público.
 3. Revoga-se medida cautelar anteriormente concedida quando insubsistentes os motivos para sua adoção.
- Voto do Ministro Relator
5. Acerca da legalidade de fusão, incorporação ou cisão em contratos administrativos, frente ao disposto no art. 78, inc. VI, da Lei nº 8.666/93, o TCU



entendeu, em consulta formulada pela Câmara dos Deputados, por meio do Acórdão 1.108/2003 do Plenário, que é possível a continuidade dos contratos, desde que sejam observados os seguintes requisitos: - tal possibilidade esteja prevista no edital e no contrato; - a nova empresa cumpra os requisitos de habilitação originalmente previstos na licitação; e - sejam mantidas as condições originais do contrato.

6. Vale dizer, acerca do primeiro requisito, que o Tribunal vem evoluindo para considerar que, restando caracterizado o interesse público, admite-se a continuidade do contrato, ainda que não prevista a hipótese de reorganização empresarial no edital e no contrato. Essa é a posição, aliás, da Unidade Técnica, do autor da representação e do órgão contratante do Distrito Federal. Ademais, está contida no recente Acórdão nº 113/2006 - Plenário.

7. Penso ser louvável a evolução jurisprudencial ocorrida no TCU sobre essa matéria. A dinâmica empresarial inerente a um mercado competitivo e globalizado, que impõe a necessidade de alterações na organização da sociedade para a sua própria sobrevivência, não pode ficar engessada por falta de previsão, nos contratos administrativos, sobre a possibilidade de alteração organizacional, por meio de cisão, fusão ou incorporação.

8. A proibição de alteração da organização da sociedade contratante com a Administração Pública poderia, ao contrário do desejado pela norma, levar ao seu enfraquecimento e, assim, oferecer riscos à plena execução contratual.

9. É sabido que, nos contratos administrativos, a Administração Pública participa com supremacia de poderes na relação jurídica, com suporte no objetivo de fazer prevalecer o interesse público sobre os interesses particulares. E para isso, a Administração dispõe de prerrogativas, entre elas a possibilidade de alterar ou rescindir unilateralmente os ajustes e de aplicar sanções legais.

10. Assim, a previsão contida no art. 78, inc. VI, no que tange à ocorrência de fusão, incorporação ou cisão, deve ser vista como uma prerrogativa, uma faculdade da Administração, e não como uma consequência direta e inexorável da reorganização empresarial, que não admite avaliação acerca do interesse público na adoção da medida extrema.

11. A rescisão há de ser aplicada quando a hipótese prevista no dispositivo mostrar-se inconveniente para o serviço público ou quando ferir os princípios básicos da Administração Pública.

Logo, a posição majoritária do TCU entende pela continuidade do Contrato, uma vez mantidas todas as condições inicialmente pactuadas, inclusive quanto os requisitos



de habilitação e qualificação técnica, cabendo à Administração verificar a inexistência de prejuízo em cada caso.

O TCU passou a flexibilizar o tema e admitir a possibilidade da continuidade do Contrato decorrente de fusão, cisão ou incorporação da empresa contratada, em prol da continuidade do serviço público e do interesse público **desde que sejam mantidas as condições de habilitação exigidas na licitação e não haja qualquer prejuízo para a fiel execução do Contrato.**

9. DOS ITENS TÉCNICOS

a) Sobre subcontratação de serviços acessórios

O edital preconiza que:

“22.2.1. Ficam vedadas a subcontratação total ou parcial do objeto, pela contratada à outra empresa, a cessão ou transferência total ou parcial do objeto licitado. “

A propósito da sub-contratação, o artigo 72 da Lei n.º. 8.666/1993 estabelece que o contratado, na execução do contrato, sem prejuízo das responsabilidades contratuais e legais, poderá subcontratar partes da obra, serviço ou fornecimento, até o limite admitido, em cada caso, pela Administração.

Entretanto, referida limitação não poderá representar um impedimento às Operadoras à própria excecutoriedade do contrato objeto deste certame, a tal ponto que quaisquer das licitantes não terão condições de fazê-lo, caso mantida a limitação supramencionada, a qual a Oi entende não ser razoável, visto que atualmente, a maioria das grandes empresas, principalmente operadoras utilizam equipes terceirizados para serviços acessórios como: passagem de cabeamento, instalação física dos roteadores, fusão e passagem de cabos ópticos, e manutenção de equipamentos de rede de acesso; os quais não são característico de atividade fim do serviço previsto no objeto deste edital, mas sim, atividades complementares/acessórias.

Saliente-se que a manutenção desta limitação prejudicará principalmente a Administração Pública, contrariando-se o interesse público, posto que vossa instituição irá restringir o recebimento de propostas, podendo frustrar o presente procedimento licitatório.

Daí porque, requer-se que V. S^a. permita a subcontratação parcial referente aos serviços acessórios os quais não se caracterizam atividade fim do objeto, mas sim, atividades meio ao objeto.



b) Sobre o objeto previsto no edital

O edital preconiza que:

“3.1. Do Objeto

O objeto deste Termo de Referência é o Pregão Eletrônico para Contratação de Empresa ou Consorcio de Empresa Especializada na prestação de Serviços de **Internet em Alta Velocidade**, de acordo com a regulamentação da ANATEL e conforme especificações e quantidades contidas neste Termo de Referência e seus anexos. “

“

3.1.1. Das Especificações Técnicas/Quantidades do Objeto

ITEM	ESPECIFICAÇÃO	UNID.	QUANT.
01	Internet Dedicado 500 Mbps – Serviço de Internet comunicação dedicada para acesso à rede mundial de computadores nas modalidades terrestres. Conforme Planilha 0017648296	Und.	01

”

1. OBJETIVO

1.1. Detalhar a especificação técnica dos itens:

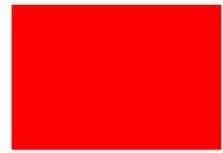
ITEM	ESPECIFICAÇÃO	UNID.	QUANT.
01	Internet Dedicado 500 Mbps – Serviço de Internet comunicação dedicada para acesso à rede mundial de computadores nas modalidades terrestres.	Und.	01
02	Comunicação de Dados - TIPO CONCENTRADOR com velocidade de 400 Mbps Protocolo IP MPLS	Und.	01
03	Comunicação de Dados - TIPO ACESSO com velocidade de 50 Mbps – Protocolo IP MPLS conectando Cacoal a Porto Velho.	Und.	01
04	Comunicação de Dados - TIPO ACESSO com velocidade de 50 Mbps – Protocolo IP MPLS conectando Guajará-Mirim a Porto Velho.	Und.	01
05	Comunicação de Dados - TIPO ACESSO com velocidade de 50 Mbps – Protocolo IP MPLS conectando Jaru a Porto Velho.	Und.	01
06	Comunicação de Dados - TIPO ACESSO com velocidade de 50 Mbps – Protocolo IP MPLS conectando Ji-Paraná a Porto Velho.	Und.	01
07	Comunicação de Dados - TIPO ACESSO com velocidade de 50 Mbps – Protocolo IP MPLS conectando Ouro Preto do Oeste a Porto Velho.	Und.	01
08	Comunicação de Dados - TIPO ACESSO com velocidade de 50 Mbps – Protocolo IP MPLS conectando Rolim de Moura a Porto Velho.	Und.	01
09	Comunicação de Dados - TIPO ACESSO com velocidade de 50 Mbps – Protocolo IP MPLS conectando São Francisco a Porto Velho.	Und.	01
10	Comunicação de Dados - TIPO ACESSO com velocidade de 50 Mbps – Protocolo IP MPLS conectando Vilhena a Porto Velho.	Und.	01

“

”

“3. DESCRIÇÃO DO SERVIÇO: ITEM 02 E 10 -SERVIÇO DE TRANSMISSÃO DE DADOS IP **MPLS**

3.1. Todo o tráfego da intranet da SEPOG deve passar pela porta concentradora, ela deve utilizar uma tecnologia de acesso que possibilite a



passagem de todo o tráfego com a nuvem, esta tecnologia pode ser o Metro-Ethernet, ATM ambos flexíveis ao transporte de IP/MPLS, disponibilizar controle de tráfego por protocolo para possibilitar o gerenciamento do controle de tráfego.ao transporte de IP/MPLS, disponibilizar controle de tráfego por protocolo para possibilitar o gerenciamento do controle de tráfego. “

“4.7

...

Requisitos mínimos obrigatórios (por link)	Referência
Velocidade do Link - Especifica a velocidade tanto de download quanto de upload (Link Full).	Item 1 500 Mbps e 1 Gbps para o Item 2

O edital informa que tem como objeto fornecimento de link IP de Internet de 500Mbps. Posteriormente, na página 74, o edita apresenta um segundo termo de referência trazendo itens adicionais de 02 a 10 para link MPLS de 400Mbps e 50Mbps. Posteriormente ainda, no item 4.7 cita de um link de 1Gbps. Ou seja, o edital aparentemente agregou dois e mais termos de referência, sendo inicialmente requerido objeto de apenas um IP e posteriormente demanda outros links sem fazer qualquer nexu ou relação com a demanda inicial. Dessa feita, requer que o edital seja republicado retirando as divergências apontadas.

c) Sobre o prazo de instalação

O edital preconiza que:

“5.4 ... a) Provisoriamente – para efeito de posterior verificação da conformidade do serviço com a especificação, no verso da fatura/nota fiscal ou Termo de Recebimento Provisório, **em até 05 (cinco) dias úteis**;

b) Definitivamente – após a verificação da qualidade do serviço e consequente aceitação pela SEPOG, quando for o caso, mediante Termo de Recebimento, **em até 05 (cinco) dias úteis**, contados do recebimento provisório. “

“17.9.2. O prazo para instalação entrega e ativação dos serviços será de **até 60 (sessenta) dias**, contados a partir da emissão da ordem de inicio de serviços, encaminhado pelo gestor do contrato. “



“4.4...

	Item 1	Item 2	Item 3 -10
Atendimento/Suporte Técnico SLA	4h	4h	48h
Desativação	2 dias	2 dias	3 dias
Ativação	15 dias	15 dias	30 dias

“4.7 ...

Ativação - período entre a solicitação e ativação do serviço.	45 (quarenta e cinco) dias
---	----------------------------

”

O edital apresenta 4 prazo máximos distintos para entrega do objeto, conforme evidenciado acima. Há prazos de 5 dias, 60 dias, 15 dias, 30 dias e 45 dias.

Não obstante às divergências apresentadas acima, entendemos sobre a importância em se agilizar o período das instalações para se utilizar dos serviços licitados neste certame, mas, no entanto, tendo em vista a complexidade do objeto licitado, por razões de ordem técnica e operacional, entende-se que o prazo acima citado não é suficiente para que a Contratada providencie a implantação do serviço.

Entende-se, assim, que o prazo de execução razoável para instalação do objeto deste edital deve ser de até 60 dias corridos.

Ao estabelecer exigência desnecessária e irrazoável, a Administração Pública está, automaticamente, sem nenhuma justificativa, prejudicando-se ao diminuir potenciais licitantes e, portanto, insurgindo-se contra um dos principais princípios que rege a lei das licitações: o princípio da competitividade.

Caso a exigência supra não seja alterada, corre-se o risco de a Contratada não conseguir cumprir o determinado no Edital, estando sujeita, ainda, à aplicação de penalidades, bem como até mesmo à rescisão do contrato.

Portanto, tendo em vista que o prazo para o início da prestação dos serviços é exíguo, a “O” requer a adequação dos itens mencionados na forma acima solicitada.:



d) Sobre a apresentação de checklist

O edital preconiza que:

“7.3. A licitante deverá apresentar juntamente com a proposta, o check list constante do anexo VI deste termo de referência, com todas as comprovações enumeradas por número da folha. “

“

Diretor Executivo - SEPOG

Delegação de Competência, Portaria nº 433, DIOF nº 177 de 02/09/2021

Anexo VI DO TERMO DE REFERÊNCIA

DESCRIÇÃO	FLS
“(página 65)	

“

ANEXO VIII DO EDITAL – Check List

Anexo VI do Termo de Referência.

“(página 92)

Aqui observamos na edital nova divergência, haja vista apresentação de dois checklists distintos com o mesmo nome de anexo (anexo VI), e em locais distintos no edital. Requer, portanto, que seja eliminado também esta divergência através do ajuste do edital.

e) Sobre os serviços de valor agregado previstos no edital



Além do serviço de fornecimento de links de internet, o edital também prevê serviços de fornecimento de CPE (roteador), Serviço de mitigação Antiddos e serviço de gerenciamento proativo do link, conforme evidenciado abaixo:

“13.2.5. Além disso, as informações para acompanhamento dos incidentes deverão ser **disponibilizadas via WEB**, contendo informação sobre os incidentes, o responsável pelo atendimento e gerenciar o cumprimento do Acordo de Nível de Serviço (SLA) mediante os níveis de prioridade de cada incidente. Sendo assim a interface WEB permitirá que a GIN/SEPOG acompanhe o desempenho das atividades de atuação em campo da CONTRATADA no período de operação; “

“5.4. Abertura de chamados para **intervenção técnica de forma proativa** e reativa; “

“1.19.1. A CONTRATADA deverá **disponibilizar proteção contra ataques de negação de serviço**, evitando assim a saturação da banda da Internet e indisponibilidade dos serviços em momentos de ataques DOS (denial of service) e DDOS (distributed denial of service); “

Contudo, da análise do Edital constatou-se que o modelo de Planilhas de Formação de Preços apresentada no edital não fornece campos disponíveis para cobrança de locação de CPE, serviço de gerenciamento pro-ativo e serviço de segurança contra ataques ddos.

As Planilhas de Formação de Preços têm como objetivo especificar campos próprios para os custos dos serviços que serão disponibilizados na contratação. Com isso, as empresas licitantes terão pleno conhecimento de todos os serviços que compõem o objeto licitado, formulando propostas precisas e claras.

Ademais, a Planilha de Formação de Preços com todos os itens, possibilitará a padronização das propostas apresentadas pelas licitantes, permitindo, assim, a análise da adequação com as exigências editalícias, bem como, a verificação da proposta mais vantajosa, salvaguardando o julgamento objetivo.

Outra vantagem com a adoção da correta precificação, é que tal procedimento vai de encontro a possibilidade de adições e supressões de serviços, previstos na lei de licitações 8.666, haja vista que tais necessidades (adição e supressão de serviços) poderão ocorrer ao longo do contrato.

Colocamos abaixo, como sugestão de planilha de precificação, um modelo que compõe todos serviços ora solicitados no edital, com a devida distinção e separação para cada um deles. Essa forma possibilita ainda viabilizar mais descontos sobre os produtos oferecidos, tendo em vista que as licitantes possuirão margem com a correta precificação, além de não infringir normas regulatórias de impositação sobre os produtos, visto que, os produtos previstos neste edital possuem impostos incidentes distintos. Para os circuitos de acesso incide o ICMS, enquanto, para o fornecimento de roteador e serviço de gerenciamento, o imposto incidente é o ISS.



Item	Descrição	Qtde	Unid.	Valor unitário R\$	Valor mensal R\$	Valor total anual R\$
1	Fornecimento de Link	xx				
2	Fornecimento de CPE (roteador)	xx				
3	Serviço de gerenciamento pro-ativo	xx				
4	Serviço de mitigação antiddos	xx				
TOTAL GLOBAL (XX MESES)					-	-

Dessa forma, com a finalidade de serem apresentados propostas padronizadas, salvaguardando o julgamento objetivo pelo Pregoeiro, assegurando a correta tributação e a transparência na precificação, **requer-se que este órgão apresente planilha de formação de preços com campos destinados a cobrança de cada serviço que está sendo solicitado no edital.**

Contudo, na eventualidade de não haver a possibilidade de mudança da planilha de precificação que permitiria a inclusão de preços para todos os serviços ora previstos no edital, requer-se que esta instituição permita, ao menos, que possa ocorrer o devido FATURAMENTO de todos respectivos serviços individuais mencionados acima, mas desde que, a soma dos mesmos seja equivalente ao valor unitário auferido na proposta final homologada, respeitando assim, o valor global final apurado no certame. (Exemplo para faturamento: valor gerência + valor cpe + valor circuito = valor item XX da proposta)

f) Sobre o prazo de reparo

O edital preconiza que:

“13.2.6. Durante o período de operação, a CONTRATADA deverá prestar atendimento em campo, respeitando os prazos máximos, contados a partir da solicitação da GIN/SEPOG;

a) **04 (quatro) horas: nos casos em que houver paralisação plena** da solução, na cidade de Porto Velho, nos pontos de alta velocidade; “

“4.4 ...



	Item 1	Item 2	Item 3 -10
Atendimento/ Suporte Técnico SLA	4h	4h	48h
Desativação	2 dias	2 dias	3 dias
Ativação	15 dias	15 dias	30 dias

Em relação a este item, a “Oi” informa que o prazo de atendimento em capitais é de **até 6 horas e em localidades do interior do estado em até 12 horas**, estando assim, dentro dos prazos máximos estipulados pelo órgão regulador (Anatel). A exigência de prazos inferiores demandaria soluções adicionais como técnicos residentes, o que oneraria sobremaneira nos preços à serem apresentados na Proposta. Dessa forma, garantindo a ampla e livre competitividade e participação durante o certame, bem como, visando melhor vantagem financeira e economicidade para administração pública, requer-se a readequação deste item de forma prever prazos factíveis e dentro dos valores homologados pelo órgão regulador.

g) Sobre a possibilidade de upgrades

O edital preconiza que:

“19.4.4.1. É obrigatório a revisão de velocidade com 24 (vinte e quatro) meses de contrato.

19.4.4.2. A qualquer momento, desde que não reduza velocidade ou onere o contrato, a contratada pode aumentar a velocidade contratada em razão da melhoria tecnológica na região. “

Informamos que a Oi poderá atender exigências de mudança de endereço, novas instalações, ou alterações de características tão somente em locais dentro da Área de Tarifação Básica regulamentado pela ANATEL, em locais com viabilidade técnica positiva, bem como, em localidades/endereços que dispõe a tecnologia e recursos similares aos que estão sendo contratados. Dessa forma, **para atendimento de mudanças de endereço, novas instalações e/ou alterações de características, requer que a contratante consulte previamente a contratada, a qual responderá em até 10 dias corridos se dispõe de viabilidade técnica e econômica para realizar o atendimento requerido. Em não havendo viabilidade técnica, devidamente justificada pela contratada, será apresentado proposta de preço correspondente aos custos de projeto necessários para este atendimento.**



h) Sobre a previsão de fibras/portas redundantes

O edital preconiza que:

“1.20.2. A FIBRA na porta 1 deverá ser ligado diretamente na interface de fibra do Firewall Primário.

1.20.3. A FIBRA na porta 2 deverá ser ligado diretamente na interface de fibra do Firewall Secundário. 1.20.4. As portas de FIBRA 1 e 2 tem que compartilhar a mesma configuração sendo configurada em modo bridge e entregando os IPs válidos direto no Firewall da SEPOG, caso o equipamento da empresa não possua essa configuração a CONTRATADA deverá disponibilizar 1 switch de fibra.

1.20.5. A porta de Fibra 3 deverá esta configurada, com limitador de banta de 100 MB, para entregar bloco de IP/s válido a interconexão já existente com o Firewall da SETIC. “

“2.14.6.1.1. O equipamento deverá ser configurando com a porta de fibra 1 e 2 em redundância sendo ligado diretamente no firewall da SEPOG.

2.14.6.1.1.1. A FIBRA na porta 1 deverá ser ligado diretamente na interface de fibra do Firewall Primário.

2.14.6.1.1.2. A FIBRA na porta 2 deverá ser ligado diretamente na interface de fibra do Firewall Secundário.

2.14.6.1.1.3. As portas de FIBRA 1 e 2 tem que compartilhar a mesma configuração sendo configurada em modo bridge e entregando os IPs válidos direto no Firewall da SEPOG, caso o equipamento da empresa não possua essa configuração a CONTRATADA deverá disponibilizar 1 switch de fibra.

2.14.6.1.1.4. A porta de Fibra 3 deverá esta configurada, com limitador de banta de 100 MB, para entregar bloco de IP/s válido a interconexão já existente com o Firewall da SETIC. “

Conforme itens acima, entende-se que está sendo solicitado dois acessos redundantes (fibra 1 e 2), contudo, há exigência de uma terceira porta.

Não está claro o uso/finalidade desta terceira porta. Há necessidade de um link para a mesma? **Requer que o edital traga detalhamento sua necessidade e especificações de forma não causar dúvidas por parte das licitantes.**



Para os acesso fibras redundantes: Entendemos que a redundância prevista no edital trata-se tão somente da via de acesso óptica, o qual será provido por caminhos distintos entre o POP da contratada e o endereço do SEPOG, ou seja, no ambiente do SEPOG terá apenas um circuito ativo na banda contratada, com um roteador/CPE, provido por uma das vias de acesso óptica ativa, contudo, também no mesmo endereço chegará outra via de acesso óptica redundante, a qual utilizou caminho distinto da primeira. Havendo rompimento da via de acesso óptica principal, o link deverá ser comutado para a via de acesso óptica redundante. Está correto nosso entendimento?

i) Sobre o acesso leitura/escrita do CPE

O edital preconiza que:

“1.20.6. A CONTRATADA deverá fornecer senha de acesso com direito a acesso (leitura **e escrita**) dos equipamentos, de sorte a proporcionar ao SEPOG/RO ferramentas de avaliação técnica dos mesmos, proporcionando adoção de ações preventivas ou corretivas. “

“2.14.5. A CONTRATADA deverá fornecer as senhas de acesso, via porta de console e via SSHv2, para cada um dos roteadores instalados, com privilégios leitura **e escrita**. Também deverá ser fornecido acesso somente de leitura às estatísticas de SNMP (comunidade de leitura ou usuário/senha), além de configurar os roteadores para gerar logs (Syslog – RFC 3164) e/ou traps SNMP para um ou mais endereços IPs a serem definidos pela CONTRATANTE; “

“2.14.6.2. A CONTRATADA deverá fornecer senha de acesso com direito a acesso (leitura e escrita) dos equipamentos, de sorte a proporcionar ao SEPOG/RO ferramentas de avaliação técnica dos mesmos, proporcionando adoção de ações preventivas ou corretivas. “

O objeto prevê contratação de empresa especializada no fornecimento de serviços incluindo fornecimento de roteador/CPE, portanto, entende-se que os mesmos deverão ser executados, monitorados e mantidos pela contratada. Neste entendimento, não cabe que seja exigido que a CONTRATANTE tenha o controle e responsabilidade pela configuração e gerenciamento de “escrita” dos equipamentos o quais sob de responsabilidade da contratada.

Tendo em vista que a responsabilidade da prestação do serviço previsto no objeto será total e exclusiva da contratada, **requer-se que a exigência acima, de modo “escrita” de configuração de gerenciamento dos equipamentos, seja suprimida**, sendo, contudo, liberado acesso somente leitura para a contratante.

j) Sobre fornecimento de DNS Primário

O edital preconiza que:



“2.13.2. A Contratada deverá manter a estrutura de **DNS primário**, DNS secundário e DNS reverso da SEPOG e SETIC. A Contratada deverá, a critério exclusivo do Órgão, delegar a autoridade sobre o DNS reverso ao próprio Órgão, a qualquer tempo ao longo da vigência contratual. “

Entendemos que, o serviço de DNS requerido acima, que está além do fornecimento de link de Internet, trata-se de servidores da contratada que atuarão apenas com função “recursivo”, ou seja, ao receberem uma solicitação de qualquer usuário na qual o mesmo não tenha a informação em cache ou não sendo o seu próprio domínio, ele se encarrega em buscar essa informação em outro servidor de DNS.

Dessa forma, tal servidor deverá estar à disposição para ser utilizado como servidor “secundário”.

Atuando como servidores secundários, a contratada gerenciará a transferência dos registros de zona, fornecendo informações relativas à compatibilidade entre os servidores de DNS primários (da contratante) e servidores secundários (contratada). Para tanto, o endereço IP do servidor de DNS primário (cliente) será fornecido e mantido numa versão compatível com a utilizada pela contratada.

Portanto, considerando entendimento acima, e visando não restringir a ampla participação e conseqüentemente garantir maior competitividade no certame e maior vantagem econômica para a SEPOG RO, requer-se confirmação que o serviço de DNS a ser fornecido pela contratada, trata-se tão somente de DNS Secundário.

Diante do exposto, a licitante requer a alteração dos itens em comento, para que fique expressa a permissão à subcontratação parcial dos serviços, desde que o serviço fim seja integralmente prestado pela Contratada, nos termos do art. 72 da Lei n.º 8.666/93 e que se retire a vedação à cessão do contrato, com base no que fora acima exposto.

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 conseqüente republicação e suspensão da data de realização do certame.

Porto Velho/RO, 21 de dezembro de 2021.