

Zimbra**cpl@tre-pi.jus.br****Impugnação - PI_LF_TRE_IP 100 MBPS_PE 15/2020****De :** Veronica Soares Da Silva <veronica.silva@oi.net.br>

qua, 15 de abr de 2020 18:24

Assunto : Impugnação - PI_LF_TRE_IP 100 MBPS_PE 15/2020

2 anexos

Para : cpl@tre-pi.jus.br**Cc :** Rejane Tavares Da Silva <rejane.silva@oi.net.br>, Diego Henrique Duque <diego.duque@oi.net.br>

Prezado,

Sr. Pregoeiro,

Boa Noite,

Segue para analise nosso pedido de impugnação.

A Disposição!

At

Verônica Soares

Pre-vendas Licitacao

Pre-vendas Corporativo

(014 61) 3131-3181

(014 61) 98557-1428

veronica.silva@oi.net.br

A marca acima está legalmente protegida.

Antes de imprimir, lembre-se do seu compromisso com o meio ambiente.

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 receber-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.

 Impugnação - Pregão Eletrônico n º 15- 2020 - TRE-PI.doc
496 KB



ILMO. SR. PREGOEIRO DO TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DO PIAUÍ

REF.: IMPUGNAÇÃO AOS TERMOS DO EDITAL DE PREGÃO ELETRÔNICO N.º 15/2020.

TELEMAR NORTE LESTE S/A, em Recuperação Judicial, com sede na Cidade do Rio de Janeiro, Estado do Rio de Janeiro, na Rua do Lavradio, 71, 2º andar, Bairro Centro, inscrita no CNPJ sob o nº 33.000.118/0001-93, simplesmente denominada **Oi**, vem, por intermédio de seu representante legal, com fulcro no art. 18 do Decreto n.º 5.450/2005 e, subsidiariamente, pela Lei nº. 8.666, de 21 de junho de 1993, apresentar **IMPUGNAÇÃO** aos termos do Edital em referência, pelas razões a seguir expostas.

RAZÕES DE IMPUGNAÇÃO

O TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DO PIAUÍ instaurou procedimento licitatório na modalidade Pregão, na forma eletrônica, sob o n.º 15/2020, visando à contratação de empresa para prestação de serviço de acesso à internet para uso na VPN da Sede do TRE-PI, conforme especificações, exigências e prazos constantes no Edital.

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. DA VEDAÇÃO DE PARTICIPAÇÃO DE LICITANTES EM REGIME DE CONSÓRCIO

O item 2.2.4 do Edital veda a participação de entidades empresariais 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 infra-estruturais 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 pode 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.

Assim, que se refere aos serviços de telecomunicações - objeto ora licitado -, estes são regulados pela Lei Geral de Telecomunicações (Lei 9.472, de 16 de julho de 1997), a qual dispõe em seu artigo 6º o seguinte:

“Art. 6º Os serviços de telecomunicações serão organizados com base no princípio da livre ampla e justa competição entre todas as prestadoras, devendo, o Poder Público atuar para propiciá-la, bem como para corrigir os efeitos da competição imperfeita e reprimir as infrações da ordem econômica.”

Ratificando o dever do poder público de ampliar a competição entre as operadoras, com padrões de qualidade compatíveis com as exigências dos usuários, o art. 2º, inciso III, da LGT assim determina:

“Art. 2º O Poder Público tem o dever de:

(...)

III - adotar medidas que promovam a competição e a diversidade dos serviços, incrementem sua oferta e propiciem padrões de qualidade compatíveis com a exigência dos usuários,”

A possibilidade de a Administração permitir a participação de consórcios em licitação está prevista no art. 33 da Lei n.º 8.666/1993, art. 17 do Decreto n.º 3.555/2000 e art. 16 do

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

Decreto n.º 5.450/2005. Tais normativos apresentam as regras que devem ser obedecidas pela Administração atinentes à participação de empresas em consórcio nos certames

Nesse sentido, cumpre observar o que determina a Lei nº 8.666/93:

"Art. 3º - A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da imparcialidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

§ 1º É vedado aos agentes públicos:

I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato;"

Vale lembrar que dentre os Princípios da Administração, o da Legalidade é o mais importante e do qual decorrem os demais, por ser essência ao Estado de Direito e ao Estado Democrático de Direito. Note que na atividade administrativa permite-se a atuação do agente público, apenas se concedida ou deferida por norma legal, ao passo que ao particular é permitido fazer tudo quanto não estiver proibido pela lei. Toda atividade administrativa vincula-se a tal princípio, que se encontra consagrado em nossa Constituição Federal (Art. 5º, II, XXXV e Art. 37).

Assim, quanto às particularidades do mercado de telecomunicações, pode-se afirmar que as restrições de participação de empresas nas licitações devem ser, mais que em outros casos, motivadas. Isto porque, em homenagem aos princípios da competitividade e isonomia, apenas se podem admitir as restrições objetivas e legítimas.

E, sempre em atenção à legislação que rege o setor de telecomunicações, é crime a prestação de serviço sem a competente e específica outorga.

Daí se tem:

- (i) as empresas de grupos diferentes podem deter outorgas que se complementam para a prestação do serviço ora licitado, sem qualquer risco de prejuízo para o usuário e/ou interesse público, em localidades diversas do País, por exemplo;
- (ii) a Oi associa-se à outras empresas (sob controle comum ou não) sempre que há a demanda por serviços ou projetos de grande complexidade em regiões diversificadas, e esta associação verifica-se também em outros grupos de empresas, e é perfeitamente legal.

Ora, mantida a restrição quanto ao formato da participação das empresas em consórcio, a Impugnante estará, juntamente com outras prestadoras de serviços de telecomunicações, prejudicada de participar desta competição! O licitante, nesta licitação, pode (e deve), com segurança, eficiência e vantajosidade, admitir a participação de empresas consorciadas, sem quaisquer limitações, como sempre o fez, **porque a associação de empresas pode representar a apresentação da melhor proposta para a Administração.**

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)

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 seja excluído o 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. EXIGÊNCIA DE DECLARAÇÃO DE INEXISTÊNCIA DE FATO SUPERVENIENTE IMPEDITIVO DE HABILITAÇÃO

O item 9.7.5 do Edital determina que é requisito para a participação no pregão, o licitante que declarar a inexistência de fatos supervenientes impeditivos para a habilitação.

Todavia, a exigência de o licitante declarar a inexistência de fato superveniente impeditivo de sua habilitação não tem respaldo na Lei.

Inicialmente, cumpre trazer à colação o § 2º do art. 32 da Lei n.^º 8.666/93, *in verbis*:

“Art. 32. Os documentos necessários à habilitação poderão ser apresentados em original, por qualquer processo de cópia autenticada por cartório competente ou por servidor da administração ou publicação em órgão da imprensa oficial.

(...)

§ 2º O certificado de registro cadastral a que se refere o § 1º do art. 36 substitui os documentos enumerados nos arts. 28 a 31, quanto às informações disponibilizadas em sistema informatizado de consulta direta indicado no edital, **obrigando-se a parte a declarar, sob as penalidades legais, a superveniência de fato impeditivo da habilitação.**” (grifo nosso)

Com efeito, nos termos do §2º do art. 32 da Lei n.^º 8.666/93, é possível concluir a obrigatoriedade da parte declarar a superveniência de fato impeditivo. Em momento algum a Lei de Licitações exigiu ou autorizou o dever de declarar a ausência de fato impeditivo.

Os arts. 34 e seguintes da Lei de Licitações permitem que os órgãos e entidades da Administração Pública que realizem freqüentemente licitações mantenham registros cadastrais para efeito de habilitação, na forma regulamentar, válidos por, no máximo, um ano.

Por sua vez, cabe aos inscritos nos cadastros atualizarem permanentemente o registro (art. 36, § 1º).

Ora, se o licitante apresenta todos os documentos e tem seu cadastramento em perfeita ordem, não há sentido em reafirmar, por declaração, que tem as condições para a habilitação.

Portanto, não se pode inabilitar determinado licitante pela ausência de declaração de inexistência de fato superveniente impeditivo de sua habilitação, posto que tal exigência, além de não ter amparo legal, não faz qualquer sentido lógico.

Como se sabe, a Contratada está obrigada a manter durante toda a execução do contrato, em compatibilidade com as obrigações por ele assumidas, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação, consoante o inciso XIII do art. 55 da Lei 8.666/93.

Assim, caso ocorra fato superveniente à contratação que impeça a sua habilitação, tal fato deverá imediatamente ser declarado à Administração.

Sendo assim, a Oi quer a V. S. a exclusão do item em comento ou, a adequação dos mesmos, aos termos do parágrafo 2º, artigo 32 da Lei n.º 8666/93.

3. DA IMPOSSIBILIDADE DE PROMOVER A INVESTIGAÇÃO SOBRE A ÁRVORE GENEALÓGICA DOS SÓCIOS E FUNCIONÁRIOS

O Item 2.2.7 do Edital veda a contratação de Empresas prestadoras de serviços que tenha entre seus sócios, ainda que sem função gerencial, ou entre seus empregados, cônjuges, companheiros ou parentes em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, dos magistrados ocupantes de cargos de direção ou no exercício de funções administrativas, assim como de servidores ocupantes de cargos de direção, chefia e assessoramento vinculados direta ou indiretamente às unidades situadas na linha hierárquica da área encarregada da licitação.

Ocorre que não é possível obrigar as operadoras de serviços de telecomunicações do porte da Oi a prestar declarações deste tipo, pois não é viável a promoção de investigação de “árvore genealógica” de todos os seus 13 mil funcionários para constatar eventual descumprimento à condição acima transcrita.

Imagine-se o dispêndio de dinheiro e tempo que esta pesquisa demandará e, principalmente, sem qualquer justificativa e relação com o objeto contratado, não sendo razoável a manutenção desta exigência.

Ademais é importante notar, que, para Empresas de capital aberto e do porte da Oi, há uma gama enorme de acionistas atrelados ao seu quadro societário, tornando-se extremamente trabalhoso e dificultoso o processo de levantamento das relações de parentesco de todo esse quadro.

Assim, as exigências em questão mostram-se extremamente genéricas e podem acarretar em interpretações extensivas. Portanto, caso haja interesse na manutenção, deve-se ao menos especificar propriamente a que tipo de sócios – majoritários, minoritários, a determinação se dirige.

Contudo, caso se decida para a interpretação extensiva, ou seja, todos os sócios, sem exceção, isso significa inviabilizar o caráter competitivo do certame, haja vista a impossibilidade de levantamento de informações desse tipo por empresas do porte da Oi.

Oportuno lembrar que, conforme art. 9º da lei 8.666/1993, o impedimento de participar, direta ou indiretamente, da licitação ou de execução do serviço restringe-se às seguintes pessoas:

*"Art. 9º Não poderá participar, direta ou indiretamente, da licitação ou da execução de obra ou serviço e do fornecimento de bens a eles necessários:
I - o autor do projeto, básico ou executivo, pessoa física ou jurídica;
II - empresa, isoladamente ou em consórcio, responsável pela elaboração do projeto básico ou executivo ou da qual o autor do projeto seja dirigente, gerente, acionista ou detentor de mais de 5% (cinco por cento) do capital com direito a voto ou controlador, responsável técnico ou subcontratado;
III - servidor ou dirigente de órgão ou entidade contratante ou responsável pela licitação."*

Não se duvida que a prestação de declarações falsas possa acarretar a penalização das licitantes, por isso, diante do risco de sofrer penalizações, ante tal condição tão genérica, é insegura a participação das Operadoras neste certame.

A lei ressalva a autonomia para a Administração definir as condições da contratação administrativa, mas ao mesmo tempo estrutura o procedimento licitatório para restringir a discricionariedade a determinadas fases ou momentos específicos.

Toda atividade administrativa vincula-se ao Princípio da Legalidade, que se encontra consagrado na Constituição Federal, mais precisamente em seus artigos 5º, incisos II e XXXV, e 37.

A própria Lei n.º 8.666/1993, ao elencar os princípios básicos a serem observados pela Administração quando de sua atuação, indicou inicialmente o referido princípio, vejamos:

"Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a

*Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os **princípios básicos da legalidade**, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.”*

Os documentos exigíveis para a habilitação estão indicados no art. 27 da Lei 8.666/93^[1] e somente podem se referir à **habilitação jurídica, qualificação técnica, qualificação econômico-financeira, regularidade fiscal e cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da CF/88.**

Logo, as exigências habilitatórias não podem ultrapassar os limites da razoabilidade, além de não ser permitido o estabelecimento de cláusulas desnecessárias e restritivas ao caráter competitivo. Devem restringir-se apenas ao necessário para o cumprimento do objeto licitado.

Nesse sentido é o entendimento do Tribunal de Contas da União:

“No certame licitatório, os documentos que podem ser exigidos quanto a habilitação jurídica, qualificação técnica, qualificação econômico-financeiro, regularidade fiscal e prova de cumprimento do disposto no inciso XXX III do art. 7º da Constituição Federal estão adstritos aqueles previstos nos artigos 27 a 31 da Lei no 8.666/1993.” (Acórdão 2056/2008 Plenário)

Deve-se agir com cautela na fase de habilitação, a fim de não incidir em exigências exacerbadas, desarrazoadas, e afastar a verdadeira competição. A prevalecer tais exigências, estar-se-á impedindo a participação de diversos potenciais licitantes.

Ante o exposto, a Oi requer a exclusão da exigência prevista no item em comento em atendimento ao princípio da legalidade.

4. RETENÇÃO DO PAGAMENTO PELA CONTRATANTE

A Cláusula Quarta do Contrato prevê hipóteses de atraso e retenção de pagamentos.

Entretanto, o art. 87 da Lei de Licitações define rol taxativo de sanções aplicáveis à Contratada, prevendo a hipótese de advertência, multa, suspensão temporária de participação em licitação, impedimento de contratar com a Administração e declaração de inidoneidade para licitar ou

^[1] A Lei n.º 8.666/93 é adotada subsidiariamente na presente licitação, nos termos do artigo 9º da Lei n.º 10.520/02 (“Aplicam-se subsidiariamente, para a modalidade de pregão, as normas da Lei n.º 6.666, de 21 de junho de 1993, bem como do Preâmbulo do ato convocatório.

contratar com a Administração Pública. Não obstante, não consta em nenhum momento a previsão de retenção dos pagamentos.

Nesse sentido, deve-se impedir que o Edital imponha à Contratada medidas que não estejam relacionadas ao art. 87 da Lei 8.666/1993, em obediência ao princípio da legalidade. Dessa forma, pode-se afirmar que a exigência editalícia em comento não tem razão de ser, sendo impossível promover a retenção dos pagamentos como sanção ao não cumprimento da regularidade fiscal.

Esse é entendimento recentemente esposado pelo Tribunal de Contas da União – TCU, no sentido de que a perda da regularidade fiscal no curso de contratos de execução continuada ou parcelada justifica a imposição de sanções à Contratada, mas não autoriza a retenção de pagamentos por serviços prestados:

“Consulta formulada pelo Ministério da Saúde suscitou possível divergência entre o Parecer da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional (PGFN) 401/2000 e a Decisão nº 705/1994 – Plenário do TCU, **relativamente à legalidade de pagamento a fornecedores em débito com o sistema da seguridade social que constem do Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores (Sicaf).** A consultante registra a expedição, pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão de orientação baseada no Parecer 401/2000 da PGFN, no sentido de que “os bens e serviços efetivamente entregues ou realizados devem ser pagos, ainda que constem irregularidades no Sicaf”. Tal orientação, em seu entendimento, colidiria com a referida decisão, por meio do qual o Tribunal firmou o entendimento de que os órgãos e as entidades da Administração Pública Federal devem exigir, nos contratos de execução continuada ou parcelada, a comprovação, por parte da contratada, da regularidade fiscal, incluindo a da seguridade social. O relator, ao endossar o raciocínio e conclusões do diretor de unidade técnica, **ressaltou a necessidade de os órgãos e entidade da Administração Pública Federal incluírem, “nos editais e contratos de execução continuada ou parcelada, cláusula que estabeleça a obrigação do contratado de manter, durante a execução do contrato, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação”,** além das sanções resultantes de seu descumprimento. Acrescentou que a falta de comprovação da regularidade fiscal e o descumprimento de cláusulas contratuais “podem motivar a rescisão contratual, a execução da garantia para resarcimento dos valores e indenizações devidos à Administração e a aplicação das penalidades”.

previstas no art. 87 da Lei nº 8.666/93, mas não a retenção do pagamento". Caso contrário estaria a Administração incorrendo em enriquecimento sem causa. Observou, também, que a retenção de pagamento ofende o princípio da legalidade por não constar do rol do art. 87 da Lei nº 8.666/93. O Tribunal, então, decidiu responder à conselente que os órgãos e entidades da Administração Pública Federal devem: a) "... exigir, nos contratos de execução continuada ou parcelada, a comprovação, por parte da contratada, da regularidade fiscal, incluindo a seguridade social, sob pena de violação do disposto no § 3º do art. 195 da Constituição Federal"; b) "... incluir, nos editais e contratos de execução continuada ou parcelada, cláusula que estabeleça a obrigação do contratado de manter, durante a integral execução do contrato, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação, prevendo, como sanções para o inadimplemento a essa cláusula, a rescisão do contrato e a execução da garantia para resarcimento dos valores e indenizações devidos à Administração, além das penalidades já previstas em lei (arts. 55, inciso XIII, 78, inciso I, 80, inciso III, e 87, da Lei nº 8.666/93)". (Acórdão n.º 964/2012-Plenário, TC 017.371/2011-2, rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, 25.4.2012) (grifo nosso)

Na mesma esteira encontra-se a jurisprudência do STJ:

"ADMINISTRATIVO. CONTRATO. ECT. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE TRANSPORTE. DESCUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO DE MANTER A REGULARIDADE FISCAL. RETENÇÃO DO PAGAMENTO DAS FATURAS. IMPOSSIBILIDADE.

1. A exigência de regularidade fiscal para a participação no procedimento licitatório funda-se na Constituição Federal, que dispõe no § 3º do art. 195 que "a pessoa jurídica em débito com o sistema da seguridade social, como estabelecido em lei, não poderá contratar com o Poder Público nem dele receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios", e deve ser mantida durante toda a execução do contrato, consoante o art. 55 da Lei 8.666/93.
2. O ato administrativo, no Estado Democrático de Direito, está subordinado ao princípio da legalidade (CF/88, arts. 5º, II, 37, caput, 84, IV), o que equivale assentar que a Administração poderá atuar tão somente de acordo com o que a lei determina.

3. Deveras, não constando do rol do art. 87 da Lei 8.666/93 a retenção do pagamento pelos serviços prestados, não poderia a ECT aplicar a referida sanção à empresa contratada, sob pena de violação ao princípio constitucional da legalidade. Destarte, o descumprimento de cláusula contratual pode até ensejar, eventualmente, a rescisão do contrato (art. 78 da Lei de Licitações), mas não autoriza a recorrente a suspender o pagamento das faturas e, ao mesmo tempo, exigir da empresa contratada a prestação dos serviços.

4. Consoante a melhor doutrina, a supremacia constitucional ‘não significa que a Administração esteja autorizada a reter pagamentos ou opor-se ao cumprimento de seus deveres contratuais sob alegação de que o particular encontra-se em dúvida com a Fazenda Nacional ou outras instituições. A administração poderá comunicar ao órgão competente a existência de crédito em favor do particular para serem adotadas as providências adequadas. A retenção de pagamentos, pura e simplesmente, caracterizará ato abusivo, passível de ataque inclusive através de mandado de segurança.’ (Marçal Justen Filho. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, São Paulo, Editora Dialética, 2002, p. 549).

5. Recurso especial a que se nega provimento.” (REsp 633.432/MG, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 22/02/2005, DJ 20/06/2005, p. 141)

Assim, existindo na data de pagamento pendências fiscais, poderá a Administração, atendendo ao princípio da legalidade, aplicar uma das sanções definidas no art. 87 da Lei de Licitações, não sendo admissível a imposição de sanção que fuja ao rol taxativo do dispositivo legal citado. Frise-se que o princípio da legalidade, sendo o elemento basilar do regime jurídico-administrativo, é considerado como aspecto indissociável de toda a atividade administrativa, vinculando as ações do administrador à lei, sendo decorrência direta do Estado Democrático de Direito. Dessa forma, impor sanção que extrapola a lei importa em desrespeito inexorável ao princípio da legalidade.

Dante disso, tendo em vista que a suspensão do pagamento pelos serviços prestados não consta no rol do art. 87 da Lei n.º 8.666/93, o qual elenca as sanções pela inexecução total ou parcial do contrato, requer a modificação do item em comento.

5. GARANTIA EM CASO DE ATRASO NO PAGAMENTO

A Cláusula Quarta do Contrato trata acerca da hipótese de garantia em caso de atraso no pagamento.

Não obstante, cumpre trazer à baila o art. 54 da Lei n.º 8.666/1993, que estabelece a aplicação supletiva dos princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado no âmbito dos contratos administrativos. Adiante, verifica-se que o art. 66 da Lei de Licitações determina que “o contrato deverá ser executado fielmente pelas partes, de acordo com as cláusulas avençadas e as normas desta Lei, respondendo cada uma pelas consequências de sua inexecução total ou parcial”.

Nesse sentido, verifica-se que o eventual descumprimento da obrigação de pagamento da Contratante deverá gerar as devidas consequências. No caso em quadra, caracteriza-se a mora por parte da Contratante. Em assim sendo, deverá ressarcir a Contratada no que tange aos ônus de mora, a saber: juros moratórios, multa moratória e correção monetária.

Verifica-se que a necessidade premente de ressarcimento baseia-se no fato de que não pode a Contratada suportar o atraso do pagamento das parcelas sob pena de desequilíbrio da relação contratual. Ademais, a mora da Administração culminada com a não incidência dos encargos devidos gera incondicionalmente o locupletamento sem causa desta.

Por fim, verifica-se que os percentuais referentes à multa e juros moratórios devem se dar, respectivamente, à razão de 2% (dois por cento) sobre o valor da fatura e 1% (um por cento) ao mês. A correção monetária deve se operar com base no IGP-DI, índice definido pela FGV. A razão pela fixação de tais parâmetros se dá na prática usual do mercado em geral, incluindo o de telecomunicações. Verifica-se que, impostos valores aquém do exposto, pode-se gerar para a Administração situação de flagrante desequilíbrio, influenciando, em última análise, no equilíbrio econômico-financeiro da Contratada.

Pelo exposto, faz-se necessária a adequação do Item em comento referente ao ressarcimento em caso de atraso no pagamento da parcela contratada por parte do Contratante, de modo a incidir multa de 2% sobre o valor da fatura no mês de atraso, juros de mora na ordem de 1% ao mês e a correção monetária pelo IGP-DI.

6. DO EFEITO SUSPENSIVO AOS RECURSOS.

O item 13.3 do Edital prevê que recurso contra decisão do Pregoeiro não terá efeito suspensivo.

Todavia, tal previsão não possui respaldo legal ao contrário, a Lei 8666/93 admite, em seu art. 109 §2º, a possibilidade de se atribuir efeito suspensivo as alíneas “a” e “b” do inciso I da referida norma legal, a saber:

Art. 109. Dos atos da Administração decorrentes da aplicação desta Lei cabem:

I - recurso, no prazo de 5 (cinco) dias úteis a contar da intimação do ato ou da lavratura da ata, nos casos de:

a) habilitação ou inabilitação do licitante;

b) julgamento das propostas;

(...)

§ 2º O recurso previsto nas alíneas "a" e "b" do inciso I deste artigo terá efeito suspensivo, podendo a autoridade competente, motivadamente e presentes razões de interesse público, atribuir ao recurso interposto eficácia suspensiva aos demais recursos.

Assim, ante ao exposto, requer que seja alterado o item 6.3 do Edital garantindo-se a previsão de possibilidade de atribuição de efeitos suspensivos aos recursos, nas hipóteses elencadas pelo dispositivo legal supracitado.

7. REAJUSTE DOS PREÇOS E DAS TARIFAS

O item 6 do Termo de Referência regula os critérios de reajuste do valor Contratado.

Entretanto, 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 competição². ”

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

² JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 14. Ed. São Paulo: Editora Dialética, 2010, p. 558.

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 a sua prestação de serviço, seja o IGP-DI

Ante o exposto, requer a adequação do item em comento, de modo que o reajuste dos preços seja realizado da seguinte forma:

"A Contratada poderá reajustar os preços de cobrança dos serviços a cada 12 meses, a contar da data de assinatura do presente instrumento, considerando seu valor básico o atualizado até esta data, devendo ser utilizado como índice de reajuste o IGP-DI".

8. DO ENVIO DA PROPOSTA

4.3. A proposta, contendo a descrição do serviço ofertado, bem como PREÇO TOTAL, deverá ser elaborada de forma clara e objetiva, em conformidade com o instrumento convocatório, e enviada em formulário específico exclusivamente por meio do sistema eletrônico, contendo todos os elementos que influenciem no valor final da contratação, detalhando, quando for o caso:

- b) Especificação dos serviços ofertados, com a indicação, se for o caso, da **marca /modelo** cotada pela empresa, forma de acondicionamento do bem, quantidade, prazo de validade, que deverão possuir as características e especificações constantes deste Edital;

Visto a dificuldade da operadora em demonstrar toda a sua solução fim a fim, (marca) bem como modelos e/ou referência do mesmo, antes mesmo da abertura das O.S, e por não ser uma exigência no envio da proposta comercial entendemos que poderá ser informado no momento da instalação do link e por existir várias marcas e modelos de equipamentos que a contratada utiliza, essas informações podem ser fornecidos no momento da abertura da O.S. Essa solicitação, em momento algum, vem eximir que a operadora demonstre a posteriori a sua solução.

Assim solicitamos que seja permitido por parte da contratada após a abertura da O.S todas as especificações como marca e modelo dos equipamentos.

9. DA LATENCIA

O Item 3.1.1.5 Do edital e anexo prevê - Possuir latência de no máximo 50 ms, aferido por meio de testes de pacotes ICMP (ping) entre a interface WAN do roteador instalado no TRE pela contratada e o roteador do backbone da contratada;

Solicitamos que seja permitida latência de até 130ms ida e volta. Tal latência nos referenciando naquilo que o mercado e fornecedores de soluções demandantes de serviços de telecomunicação entendem como exigência mínima para que seus produtos tenham desempenho pleno. Tomando como exemplo, citamos a sensibilidade de dados multimídia e virtualização de Desktop (VDI Clients), que são os mais sensíveis às latências e, para esses casos, é considerado como valor nominal de latência (fornecidos pelos próprios fabricantes das soluções) índices de 150ms, sem que haja qualquer dano ou prejuízo para as informações trafegadas, e também totalmente transparente para ambas as pontas do circuito que utilizarão esse serviço.

A seguir demonstração dos principais serviços e aplicações que mais demandam latência em seu nível mais baixo com seus respectivos índices mínimos exigidos, baseados em dados fornecidos por seus próprios fabricantes:

Tipo de Aplicação	Exemplos	Sensibilidade a Latência	Tipo de Aplicação	Aplicação	Latência Round Trip
Multimídia	VoIP	Alta	Multimídia	VoIP	300 ms
	Vídeo Conferência			Vídeo Conferência	
	Telepresença (HD)			Telepresença (HD)	
	Streaming Video	Baixa		Streaming Video	8 s
Desktop Virtual (VDI)	VMWare	Alta	Desktop Virtual (VDI)	VMWare	250 ms
	VDI Client <i>(Teradici PCoIP Protocol)</i>			VDI Clients <i>(Teradici PCoIP Protocol)</i>	150 ms
Transacional	SAP	Média			
	Siebel				
	PeopleSoft				
	Oracle				
	Microsoft SQL				
	BEA Systems				
Transferência de Arquivo	Sincronização Banco de Dados	Baixa			
	Backup através de rede				
	E-Mail (Outlook, Lotus Notes etc)				
	FTP				
Best-Effort	Aplicações WEB	Muito Baixa			

- Com exceção de aplicações muito específicas, apenas multimídia (Vídeo e Voz) e Desktop Virtual possuem alta sensibilidade a Latência.
- Para Multimídia é recomendada latência máxima de 300ms (*Recomendação ITU-T*)
- Para Desktop Virtual latência recomendada varia de 150ms a 250ms, de acordo com tecnologia adotada. (*Recomendação Fabricantes*)

Complementando o entendimento anterior, e nos baseando nas especificações técnicas ora mencionadas e no conhecimento de mercado, salientamos ainda que, se mantido o baixo índice de latência exigida pela Contratante, várias empresas de telecomunicações tendem a não participar do certame visto que dificilmente o índice de latência exigido será alcançado por qualquer empresa, frustrando assim a administração pública no que tange busca por vantagens financeiras na contratação destes serviços. Utilizamo-nos também como referência nossos clientes com suas bases instaladas no mesmo espaço geográfico deste órgão Contratante, e estes utilizam nossos serviços, de forma extremamente satisfatória, com latência de 130ms.

Desta forma, solicitamos que a latência seja 130ms.

10. DA SOLICITAÇÃO DE DDOS

O Item 3.1.1.6 do edital e anexo prevê – A contratada deverá possuir central de monitoramento no seu próprio backbone, em regime de 24 horas por dia 7 dias da semana, objetivando impedir ataques de DOS (Denial of Service) e DDOS (Distributed DOS) aos equipamentos servidores da rede do TRE-PI;

A Planilha_de Formação de preços apresentada a retratando os serviços prestados devem constar os preços para o DOS (Denial of Service) e DDOS (Distributed DOS).

Este item faz parte do escopo do projeto conforme item 3.1.1.6 e ao serem entregues à contratante acarretam em cobranças, por muitas vezes inclusive com impostos distintos.

Dessa forma, as empresas concorrentes poderão fornecer de forma correta e adequada os melhores preços para a Administração, fomentando a competitividade e oferecendo à Administração Pública as melhores propostas.

O intuito da licitação através da modalidade pregão eletrônico é a busca de melhores preços através da concorrência. A opção do Administrador em restringir essa informação tende a reduzir à competitividade, trazendo ônus a administração e impedindo que as licitantes forneçam melhores preços.

Informamos ainda que o preço estimado para contratação do link de 100 Mbps com seus equipamentos de instalação, além do serviço de DOS (Denial of Service) e DDOS (Distributed DOS) é inexequível para prestação de todos os serviços e poderá diminuir a competitividade na disputa do menor preço.

Assim, pedimos que sejam acrescentados os campos na planilha de formação de preços do DOS (Denial of Service) e DDOS (Distributed DOS) do contratante e revisto o valor estimado para todos os serviços solicitados no processo licitatório.

11. DA GARANTIA DE BANDA

O Item 3.1.3.1 do edital e anexo prevê-Os serviços devem ter garantia de pelo menos 99% da banda contratada para upload e download;

Informamos que o overhead a atribuído a circuitos de IP/ MPLS, para uma aplicação HTTP por exemplo, seria menor que 5% devido ao uso de 64 bytes para o cabeçalho. Logo é a exigência de suportar velocidades de 100 Mbps de tráfego de saída, simultaneamente uma velocidade efetiva onde overhead será descontado, impactaria em uma solução com o custo elevado e um superdimensionamento da banda exige o uso de CPE mais robustos outro fator de dispêndio sobre a solução. Entendemos que esta exigência é desnecessária visto que à administração não terá uma relação custo benefício vantajoso, pois as operadoras participantes do certame terão que ofertar um valor muito acima do praticado em mercado por circuito.

O instrumento convocatório deve se abster de incluir cláusulas e exigências desnecessárias à finalidade da contratação, bem como aquelas que frustrem o caráter competitivo do certame. A exigência imposta pelo Edital é medida extremamente restritiva à participação de interessados, cuja consequência direta será reduzir a participação das empresas que, nos termos da regulamentação dos serviços de telecomunicações, possuem outorga para prestação de todos os serviços licitados.

Todo e qualquer integrante da comunidade, mesmo que não potencialmente em condições de participar de uma licitação, tem interesse na ampliação da disputa, na eliminação de exigências abusivas ou desnecessárias. Assim se passa porque a ampliação do universo de licitantes propicia a redução dos gastos públicos

Requeremos que o texto seja alterado para:

Onde a banda especificada é a banda livre, respeitando o percentual de overhead gerados por protocolos de comunicação.

12. DA DISPONIBILIDADE

O Item 3.1.6.3 do edital e anexo prevê - O Índice de Disponibilidade Mensal mínimo aceitável será de 99,5% (noventa e nove por cento e cinco décimos percentuais);

A importância de garantir a alta disponibilidade dos serviços solicitados, entretanto fazer tal exigência onera desnecessariamente o projeto para atender tal critério de altíssima disponibilidade. Nesses casos é necessário prover soluções com redundância e tal solução reduz drasticamente a competitividade, além de onerar o orçamento previsto no projeto, pois existem grandes investimentos com obras civis para atender uma dupla abordagem com os critérios citados.

Uma comum prática de mercado é exigir uma disponibilidade de 99,4%. Salienta-se que o objetivo da Administração Pública ao elaborar uma licitação é obter uma proposta mais vantajosa observando a máxima competitividade possível entre os interessados, principalmente, à luz do direito em preservar o Princípio da Competitividade conforme expressamente previsto no artigo 3º, §1º, I da Lei 8.666/93.

Diante do exposto, para garantir a participação e competitividade no certame solicitamos alteração de disponibilidade solicitada seja de 99,4%

13. DO PRAZO DE INSTALAÇÃO

O Item 4.2 – do edital e anexo prevê - O prazo de instalação, desativação e alteração de endereço deverá ser limitado a 30 dias corridos, contabilizados a partir da solicitação do TRE-PI.

Devido à complexidade técnica da solução solicitada pelo CONTRATANTE, e por se tratar de ponto novo haverá a necessidade implantação de projeto, uma vez que tal serviço implementará o projeto de infraestrutura com possível instalação de rede de acesso para serem atendidos, solicitamos uma flexibilização do prazo de instalação da seguinte forma:

Prazo de ativação de até 50 dias. Contados após a disponibilização por parte da contratante, dos requisitos mínimos de infraestrutura exigidos, quando for o caso, a serem indicados pela CONTRATADA.

Assim por se tratar de um serviço customizado projetado exclusivamente para atender as necessidades deste órgão, o mais Prudente seria estipular um maior prazo para entrega e ativação do circuito a fim de possibilitar, um projeto bem elaborado e garantir a ampla concorrência entre as operadoras além de garantir a boa relação entre contratante e contratada.

14. DOS IMPOSTOS (FATURA)

A tabela de preços x faturas não há campo específico para a especificação dos serviços de gerencia, roteador e DOS (Denial of Service) e DDOS (Distributed DOS), tais como suas instalações. Informamos que estes itens fazem parte do escopo do projeto e ao serem entregues à contratante acarretam em cobranças, por muitas vezes inclusive com impostos distintos.

Desta forma, entendemos que serão aceitas faturas discriminadas pelos serviços que compõem a venda do circuito, mantendo-se neste caso, mesmo que de forma detalhada, o somatório final igual ao valor licitado.

PEDIDO

Para garantir o atendimento aos princípios norteadores dos procedimentos licitatórios, a OI requer que V. S^a 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 consequente republicação e suspensão da data de realização do certame.

Teresina/PI, 15 de abril 2020