
Impugnação aos termos do Edital de Pregão Eletrônico n.º 10/2021 - Oi SA

De : Leandro Marques Da Silva
<leandro.marques@oi.net.br>

ter, 29 de jun de 2021 18:23

 3 anexos

Assunto : Impugnação aos termos do Edital de Pregão
Eletrônico n.º 10/2021 - Oi SA

Para : semad gerpre <semad.gerpre@goiania.go.gov.br>

Cc : Tiago Troncoso Costa Chaves
<tiago.troncoso@oi.net.br>, Murillo Da Costa Cunha
<murillo.cunha@oi.net.br>, Rafael Gomes Dos
Santos <rafaelgomes@oi.net.br>

Prezado,

Segue documento de impugnação Impugnação aos termos do Edital de Pregão Eletrônico n.º 10/2021.

Atenciosamente,

Leandro Marques da Silva
Executivo de Negócios

Vendas Corporativo Governo
(014 63) 99933-0300
leandro.marques@oi.net.br



Esta mensagem, incluindo seus anexos, pode conter informações privilegiadas e/ou de caráter confidencial, não podendo ser retransmitida sem autorização do remetente. Se você não é o destinatário ou pessoa autorizada a recebê-la, informamos que o seu uso, divulgação, cópia ou arquivamento são proibidos. Portanto, se você recebeu esta mensagem por engano, por favor, nos informe respondendo imediatamente a este e-mail e em seguida apague-a.

3 MB

 **IMPUGNÇÃO - PREFEITURA DE GOIÂNIA.pdf**
843 KB



Ilmo. Sr. Pregoeiro da Prefeitura de Goiânia/ Secretaria Municipal de Inovação, Ciência e Tecnologia - SICTEC.

Ref.: Impugnação aos termos do Edital de Pregão Eletrônico n.º 10/2021.

Oi S.A. (Em Recuperação Judicial), sociedade anônima, com sede na Cidade do Rio de Janeiro, Estado do Rio de Janeiro, na Rua do Lavradio, 71, 2º andar, parte, Bairro Centro, inscrita no CNPJ/MF sob o nº 76.535.764/0001-43, representada em conformidade com seu Estatuto Social, simplesmente denominada **Oi**, vem, por intermédio de seu representante legal, com fulcro no Decreto 10.24/2019, apresentar **Impugnação** aos termos do Edital em referência, pelas razões a seguir expostas:

Razões de Impugnação

A Secretaria Municipal de Inovação, Ciência e Tecnologia – SICTEC instaurou procedimento licitatório, na modalidade Pregão, na forma eletrônica, registrado sob o n.º 10/2021, visando a “Contratação de empresa(s) para prestação de serviços de telecomunicações para fornecimento de Link dedicado ao acesso à internet com proteção de ataques DDOS, enlaces de comunicação e tráfego dos dados interligando unidades prediais em todo o município de Goiânia com vistas a atender às necessidades e interesses da Administração Pública Municipal, incluindo instalação, configuração, manutenção e suporte técnico, conforme condições e especificações estabelecidas no Edital e seus Anexos, para inclusão no Sistema de Registro de Preços.”.

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. DAS PENALIDADES EXCESSIVAS

O item 14.3.2 alínea “b” do Edital determina a aplicação de multas que extrapolam o limite de 10% (dez por cento) sobre o valor do contrato estabelecido pelo Decreto n.º 22.626/33, em vigor conforme Decreto de 29 de novembro de 1991. A fixação de multa nesse patamar também ofende a Medida Provisória n.º 2.172/01 (e suas reedições), aplicável a todas as modalidades de contratação, inclusive aquelas firmadas entre particulares e Administração Pública.

O art. 87, inciso III, da Lei de Licitações determina que na hipótese de inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá aplicar a sanção de “multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato”. Ocorre que não há no dispositivo em questão qualquer limite à aplicação da multa, o que gera, automaticamente, sua interpretação indissociável com o princípio da proporcionalidade, conforme se observa do entendimento de Marçal Justen Filho sobre o tema:

“Então, o instrumento jurídico fundamental para elaboração de uma teoria quanto às sanções atinentes à contratação administrativa reside na proporcionalidade. Isso significa que, tendo a Lei previsto um elenco de quatro sanções, dotadas de diverso grau de severidade, impõe-se adequar as sanções mais graves às condutas mais reprováveis. **A reprovabilidade da conduta traduzir-se-á na aplicação de sanção proporcionada correspondente**”¹ (grifo nosso)

Nesse sentido, deve-se guardar a proporcionalidade entre o fato gerador da sanção e o *quantum* a ser exigido, como bem alinhava o art. 2º, parágrafo único, inciso VI, da Lei n.º 9.784/1999, por exigir “adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias para o atendimento do interesse público”.

Não é o que se observa no caso em questão. A multa definida no percentual acima exposto gera para a Contratada gravame completamente desproporcional, ferindo os princípios da proporcionalidade e da própria legalidade.

¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 14. Ed. São Paulo: Editora Dialética, 2010, p. 884.

A doutrina alemã do princípio da proporcionalidade, amplamente aceita e praticada no sistema jurídico brasileiro, traz como método de sua aplicação a análise de seus três sub-princípios: adequação (*Geeignetheit*), necessidade (*Notwendigkeit*) e proporcionalidade em sentido estrito (*Verhältnismäßig im engeren Sinn*). O pressuposto da adequação determina que a medida aplicada deve guardar relação entre meio e fim, de modo que seja a mais adequada para a resolução da questão. A necessidade diz respeito à escolha da medida menos gravosa para atingir sua efetividade. E, por fim, a proporcionalidade em sentido estrito é a ponderação entre o meio-termo e a justa-medida da ação que se deseja perpetrar, verificando-se se a medida alcançará mais vantagens que desvantagens.

Tal princípio é reconhecido e definido por José dos Santos Carvalho Filho da seguinte forma:

“Segundo a doutrina alemã, para que a conduta estatal observe o princípio da proporcionalidade, há de revestir-se de tríplice fundamento: 1) adequação, significando que o meio empregado na atuação deve ser compatível com o fim colimado; 2) **exigibilidade**, porque a conduta deve ser necessária, não havendo outro meio menos gravoso ou oneroso para alcançar o fim público, ou seja, **o meio escolhido é o que causa o menor prejuízo possível para os indivíduos**; 3) **proporcionalidade em sentido estrito, quando as vantagens a serem conquistadas superarem as desvantagens.**”² (grifo nosso)

No presente caso, verifica-se que a sanção de multa fixada no referido percentual até se encaixam no primeiro pressuposto, sendo adequadas ao cumprimento de seu fim. No entanto, o mesmo não se pode dizer quanto à necessidade. A quantidade fixada à título de multa é medida completamente desnecessária para punir o descumprimento da regra do Edital, uma vez que poderia causar menor prejuízo para o particular e mesmo assim atingir o fim desejado. Entende-se que a aplicação de multa com fito pedagógico pode ser entendida como razoável, mas a sua definição em patamares elevados torna a sanção desnecessária. Isso porque existem meios menos gravosos, mas mesmo assim a Administração optou pela escolha do pior método.

Por fim, verifica-se que a sanção aplicada à Contratada não preenche também o pré-requisito da proporcionalidade em sentido estrito. É flagrante que o presente percentual de multa pune a Contratada sobremaneira, excedendo-se desarrazoadamente quando se observa o fato que a ensejou. É perfeita a aplicação da metáfora de Jellinek que “não se abatem pardais disparando canhões”.

² CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 24ª Ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Júris Editora, 2011, p. 38.



Observa-se, portanto, que a Administração, ao fixar a penalidade em comento, descumpriu completamente o princípio da proporcionalidade, sendo necessária a revisão de tal medida. Cumpre ainda ressaltar que não quer a Contratada se eximir do cumprimento das sanções estabelecidas se de fato viesse a descumprir o contrato e dar ensejo a rescisão deste. Pede-se apenas que estas sejam aplicadas de forma proporcional ao fato que as ensejou.

Noutro giro, verifica-se que o próprio STJ reconheceu que diante do caráter vago do art. 87 da Lei de Licitações, a Administração deve-se balizar pelo princípio da proporcionalidade:

“Mandado de Segurança. Declaração de Inidoneidade. Descumprimento do Contrato Administrativo. Culpa da Empresa Contratada. Impossibilidade de Aplicação de Penalidade mais Grave a Comportamento que não é o mais Grave. Ressalvada a aplicação de Outra Sanção pelo Poder Público.

Não é lícito ao Poder Público, diante da imprecisão da lei, **aplicar os incisos do artigo 87 sem qualquer critério**. Como se pode observar pela leitura do dispositivo, há uma gradação entre as sanções. Embora não esteja o administrador submetido ao princípio da pena específica, vigora no Direito Administrativo o princípio da proporcionalidade.

Não se questiona, pois, a responsabilidade civil da empresa pelos danos, mas apenas **a necessidade de imposição da mais grave sanção a conduta que, embora tenha causado grande prejuízo, não é o mais grave comportamento.**” (MS n.º 7.311/DF)

Vê-se que tal entendimento corrobora o que fora acima alinhavado, demonstrando que a fixação da sanção, bem como o *quantum* referente à multa deve ocorrer tendo como base o princípio da proporcionalidade.

Por todo o exposto, requer a adequação do item 14.3.2 alínea “b” do Edital, para que as multas aplicadas observem o limite de 10% (dez por cento) sobre o valor do contrato.

2. PAGAMENTO VIA NOTA FISCAL COM CÓDIGO DE BARRAS

O item 15.1.1 do Edital estabelece que o pagamento deverá ser realizado por meio de crédito em conta corrente.



Ocorre que tal sistema de pagamento encontra-se em dissonância com o procedimento de pagamento adotado relativamente aos serviços de telecomunicações, uma vez que esses **são pagos 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 15.1.1 do Edital e da minuta do contrato, a fim de permitir que o pagamento seja realizado mediante autenticação de código de barras, facilitando, assim, o reconhecimento eficiente do pagamento.

3. REAJUSTE DOS PREÇOS

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 competição³.”

³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 14. Ed. São Paulo: Editora Dialética, 2010, p. 558.



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 a sua prestação de serviço, seja o IGP-DI

Ante o exposto, requer a adequação do item 9.6 do Termo de Referência e do item 4.4 da minuta do contrato 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”.

4. DAS CONSIDERAÇÕES TÉCNICAS

Da análise das especificações técnicas, sobrevieram imperfeições que incidirão diretamente na execução do contrato. Há também a necessidade de flexibilização de algumas exigências para que se possa atingir o melhor preço da proposta, beneficiando a Administração Pública com a prestação de serviços de qualidade com preços mais módicos.

1. ITEM 4. DO ACORDO DE NÍVEIS DE SERVIÇO

Os itens abaixo se aplicam ao serviço MPLS e Acessos a Internet, ambos necessitem de flexibilização afim de garantir uma ampla disputa entre os concorrentes.



4.10. Níveis de serviço para os Acessos MPLS

4.12. Níveis de serviço para os Acessos dedicados à Internet

4.10.7. Prazo máximo de instalação, 30 (trinta) dias corridos, a partir da data de solicitação, conforme demanda da CONTRATANTE;

Estes itens tratam do prazo máximo para instalação do serviço ora licitado, em no máximo 30 (trinta) dias, ocorre que temos que destacar que o texto não menciona os casos de necessidade de elaboração de projeto específico para viabilizar a infraestrutura necessária à prestação do serviço.

Para se chegar nas velocidades exigidas se faz necessário implantação de projeto exclusivo de Fibra Ótica e para elaboração e execução dos projetos de implantação da fibra, deverá ser mobilizado várias empresas: Prefeitura, Empresa de Energia Elétrica, entre outras.

Outro ponto a ser considerado é o fornecimento dos equipamentos para Solução de Segurança – Firewall, para segurança de informação perimetral, e tais equipamentos necessitam de transporte até a capital Goiânia/GO.

Pedido: Diante do exposto solicitamos que o prazo de instalação possa ser flexibilizado para até 60 (sessenta) dias e que em casos específicos, mediante justificativa da contratada entregue a contratante antes de findar o prazo inicial, este prazo possa ser prorrogado por igual período para a instalação final do serviço.

4.10.9. Tempo máximo para mudança de endereço, 15 (quinze) dias corridos, a partir da data de solicitação, mantendo o acesso antigo em funcionamento até 02 (duas) horas antes da ativação do novo acesso no novo endereço;

Este item trata do prazo máximo para mudança de endereço, ocorre que a mudança de endereço deverá ser tratada como uma ativação uma vez que se faz necessário a implantação de projeto no novo endereço, ou seja, o novo endereço deverá receber a mesma infraestrutura que o atual endereço.

Pedido: Diante do exposto solicitamos que o prazo de mudança de endereço seja igual ao de ativação, ou seja, flexibilizado para até 60 (sessenta) dias e que em casos específicos, mediante justificativa da contratada entregue a contratante antes de findar o prazo inicial, este prazo possa ser prorrogado por igual período para a instalação final do serviço.



4.10.10. Tempo máximo para mudança de velocidade, sem alteração do meio de acesso, 05 (cinco) dias corridos, a partir da data de solicitação, interrompendo o serviço por no máximo 01(uma) hora;

Entendemos sobre a importância em se agilizar o período das instalações e alterações 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 os prazos acima citados poderão necessitar de um prazo maior para a conclusão da implantação do serviço.

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.

Pedido: Diante do exposto solicitamos que o prazo de mudança de velocidade flexibilizado para até 30 dias.

2. ITEM 4.11 LATENCIA PARA OS ACESSOS BANDA LARGA

4.11. Níveis de serviço para os Acessos de Banda Larga de Internet

4.11.3. Latência de 100 ms;

A latência mede o tempo necessário para uma mensagem ir a um destino e voltar deste. Também é conhecido por Ping e por RTT (Round Trip Time). A latência aumenta de acordo com a distância e a qualidade do caminho que precisa ser percorrido. Ela também pode ser influenciada de acordo com a infraestrutura da operadora. Em outras palavras, latência pode ser definida como o atraso na transmissão de ida e volta de um pacote entre o usuário e o servidor de internet.

Entendemos que esta latência de 80ms deverá ser garantida dentro do backbone da operadora uma vez que para se medir a latência fim a fim deverá ser considerado o trânsito do pacote fora do backbone da CONTRATADA, outro fator que influencia no resultado da medição da



latência é o destino de onde será feito o Ping, como por exemplo uma página nos Estados Unidos, certamente esta latência de 80ms não será alcançada.

Pedido: Diante do exposto solicitamos que fique claro a informação que a latência de 80ms deverá ser garantida dentro do Backbone da Contratada, uma vez que deverá ser considerado a visão fim a fim da rede.

3. ITEM 3.2 GERÊNCIA E MONITORAMENTO

As especificações contidas no item "3.2. GERÊNCIA E MONITORAMENTO" refere-se aos serviços que serão prestados somente para o item "2.5. Lote 3 – Acessos IP Dedicados à Internet".

Está correto o nosso entendimento?

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.

Goiânia/GO, 29 de junho de 2021.


Leandro Marques da Silva
CPF 699.332.431-87
Executivo de Negócios Corporativo e Governo