



ILMO. SR. PREGOEIRO DO SERVIÇO SOCIAL DA INDÚSTRIA – SESI / RO

Ref.: Impugnação aos termos do Edital Pregão Eletrônico Nº. 003/2021

A OI S/A (em Recuperação Judicial), inscrita no CNPJ sob o nº 76.535.764/0001-43, estabelecida na Rua do Lavradio, 71, 2º andar– Centro, Rio de Janeiro-RJ, simplesmente denominada “Oi”, vem, por seu representante legal, apresentar Impugnação aos termos do Edital em referência, pelas razões a seguir expostas:

Razões de Impugnação

O **SERVIÇO SOCIAL DA INDÚSTRIA – SESI / RO**, instaurou procedimento licitatório, na modalidade pregão eletrônico, sob o nº 003/2021, objetivando a “Contratação de empresa especializada na prestação de serviço de telecomunicações para fornecimento de links (IP) dedicado ponto-a-ponto de internet com conexão exclusiva por fibra ótica, conforme quantidades e especificações constantes no Termo de Referência, e em conformidade com o Regulamento de Licitações e Contratos do SESI.”.

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 comprometidas 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 do Edital veda a participação de empresas que estejam constituídas 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 poderm 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 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, cumpres 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 impessoalidade, da moralidade, da

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



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 2.2 do Edital **para que seja permitida a participação em consórcio de empresas do mesmo grupo**, nos termos do Regulamento de Licitações e Contratos do SESI/SENAI e do art. 33 da Lei n.º 8.666/93.



2. REALIZAÇÃO DO PAGAMENTO MEDIANTE FATURA COM CÓDIGO DE BARRAS

O Edital e a Minuta do Contrato não preveem a possibilidade de pagamento através de fatura com código de barras.

Ocorre que tal sistema de pagamento encontra-se em consonância 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.**

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.

Dentre as vantagens para o cliente estão a garantia de baixa automática das faturas no sistema das empresas Oi, em 5 (cinco) dias úteis após o pagamento. Da mesma forma, tal sistema proporciona vantagens à empresa prestadora dos serviços garantindo a satisfação do cliente.

Ante o exposto, para a melhor adequação do Edital à realidade do setor de telecomunicações, requer a inclusão de cláusulas a fim de permitir que o pagamento seja realizado mediante autenticação de código de barras, facilitando, assim, o reconhecimento eficiente do pagamento.

3. DO RECURSO

O Item 9.5 do Edital determina que o recurso contra decisão do pregoeiro NÃO terá efeito suspensivo.

Contudo, o art. 24 do Regulamento de licitações e contratos do SESI DETERMINA QUE:

“Art. 24. Os recursos terão efeito suspensivo.”



O princípio da legalidade é elemento basilar do regime jurídico-administrativo, considerado a “diretriz básica da conduta dos agentes da Administração” (CARVALHO FILHO, 2011, p. 18). Nesse sentido, 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, não pode o administrador furtar-se ao cumprimento da lei. Mais que isso, sua liberdade de ação deverá ser balizada inexoravelmente por texto legal. Celso Antônio Bandeira de Mello (2011, p. 108) define com clareza que “o princípio da legalidade, no Brasil, significa que a Administração nada pode fazer senão o que a lei determina”. Com isso, verifica-se que a liberdade administrativa diferencia-se da civil por ser positiva, ou seja, a lei define claramente os limites da atuação do administrador, enquanto a segunda é negativa, sendo legal todas as ações que não contrariem a lei.

O objetivo direto de tal princípio é impedir que prevaleça a vontade pessoal do administrador. Vinculando-se diretamente ao princípio da impessoalidade, o princípio da legalidade garante uma atuação isenta e objetiva por parte da Administração, garantida sua atuação em direção à supremacia do interesse público.

Vê-se, portanto, que qualquer ação que não esteja estritamente dentro da esfera legal deve ser desconsiderada e expurgada da esfera administrativa. É nesse sentido que se permite o afastamento de atos administrativos que não estejam em conformidade com a lei, pois “(...) só é legítima a atividade do administrador público se estiver condizente com o disposto na lei”. (CARVALHO FILHO, 2011, p. 18).

Importante ressaltar ainda que a necessidade de vinculação da atuação administrativa a texto de lei se aplica à licitação no sentido de “que se disponha a alcançar os objetivos colimados, seguindo os passos dos mandamentos legais” (Idem, p. 224). Importa dizer que todo ato e procedimento adotado deverá ter embasamento legal, sob pena de não poder compor a licitação.

Nesse sentido, cabe aqui colacionar o entendimento do TCU quanto à importância do princípio em questão:

“O princípio constitucional mais importante, imanente a toda a atuação da Administração Pública, é o princípio da legalidade administrativa, segundo o qual a Administração só pode fazer ou deixar de fazer o que a lei autoriza ou define. A Administração deve sempre prestar obsequiosa reverência à lei, sobretudo em atos que gerem despesas administrativas.” (Acórdão 1472/2010 - Plenário)



Verifica-se, portanto, que o princípio da legalidade é a pedra de toque de toda atividade administrativa, não se admitindo outra atuação por parte da Administração, exceto a estritamente legal.

Deste modo, requer a adequação do Item 9.5 do Edital a previsão constante no art. 24 do Regulamento de Licitações e contratos do SESI e no art. 109 da L. 8666/93, em atenção ao Princípio da Legalidade que deve nortear os atos deste certame.

4. DA PENALIDADE POR ATRASO DE PAGAMENTO

Nesse sentido, verifica-se que o eventual descumprimento da obrigação de pagamento da Contratante deverá gerar as devidas conseqüências. 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 inclusão/ADQUAÇÃO de item referente ao ressarcimento referente por 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.

5. REAJUSTE DOS PREÇOS



Tendo em vista que o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal que determina a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos e disponibiliza 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.

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

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 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.

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



Ocorre que considerando o objeto do edital tratar-se de SCM/SMP, 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 adequação do Edital item 15.1 e 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”.

6. SOBRE A PREVISÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL QUANDO HOUVER FUSÃO, CISÃO OU INCORPORAÇÃO DA EMPRESA CONTRATADA. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO PARA A ADMINISTRAÇÃO.

O item 16.1 ALINEA “G” do Edital determina que:

*“g) A subcontratação total ou parcial do seu objeto, a associação do contratado com outrem, a cessão ou transferência, total ou parcial, bem como a fusão, cisão ou incorporação, não admitidas no edital, no contrato ou pela Fiscalização do **CONTRATANTE**.”*

Inicialmente, vale mencionar, por oportuno, os conceitos legais (Lei nº 6.404/1976) de cada um destes tipos de movimentação societária:

Art. 227. A **incorporação** é a operação pela qual uma ou mais sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações.

Art. 228. A **fusão** é a operação pela qual se unem duas ou mais sociedades para formar sociedade nova, que lhes sucederá em todos os direitos e obrigações.

Art. 229. A **cisão** é a operação pela qual a companhia transfere parcelas do seu patrimônio para uma ou mais sociedades, constituídas para esse fim ou já existentes, extinguindo-se a companhia cindida, se houver versão de todo o seu patrimônio, ou dividindo-se o seu capital, se parcial a versão.



§ 1º Sem prejuízo do disposto no artigo 233, a sociedade que absorver parcela do patrimônio da companhia cindida sucede a esta nos direitos e obrigações relacionados no ato da cisão; [...].

Nota-se que em todas estas movimentações societárias a Lei determina que a sociedade remanescente se responsabilize pelos deveres/obrigações assumidas pela Companhia originária. Dessa forma, não resta nenhum prejuízo para os contratantes e credores desta Companhia.

Sobre o tema, o plenário do TCU já se manifestou em seu Acórdão n.º 634/2007, no sentido de que, 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.

Diante do exposto acima, faz-se necessário que a contratante pondere a exigência contida no item que se impugna com o princípio do interesse público. Ou seja, é necessário que a Administração avalie previamente o cumprimento das condições supra e o próprio caso concreto, para decidir pela rescisão ou não do contrato.

Vale destacar, por fim, que estas movimentações societárias são comuns na realidade do mercado mundial e brasileiro e, repita-se, a legislação salvaguarda todos os eventuais credores da Companhia.

Diante do exposto, a Oi requer a alteração no **item 16.1 do Edital**, para que seja adequada a previsão no Edital sobre a possibilidade de rescisão *em processo de fusão, cisão ou incorporação*, quando estas operações atenderem os requisitos estabelecidos pelo Tribunal de Contas da União, em seu acórdão n.º 643/2007-Plenário.

6. DOS ITENS TÉCNICOS.

a) DA VEDAÇÃO À SUBCONTRATAÇÃO

O item 3 do Termo de Referência preconiza que:

“3. DO DETALHAMENTO DOS SERVIÇOS



Fornecimento de links (IP) dedicado de fibra ótica com acesso à Internet, sendo vedada a subcontratação do serviço.”

A Oi entende que deve ser permitida apenas a subcontratação das atividades meio/acessórias (a exemplo da instalação e assistência técnica como manutenção), sendo vedada a subcontratação da atividade fim do objeto contratual, que é a prestação de serviços de telecomunicações.

Na execução do contrato administrativo, a responsabilidade é da própria pessoa/empresa que se habilitou, se classificou e com quem se contratou. Contudo, de fato, mas nada impede que o Contratado confira parte do objeto contratado a empresas especializadas.

A Lei nº 8.666/93 permite, em seu artigo 72, a subcontratação de partes da obra, serviço e fornecimento, até o limite admitido em cada caso pela Administração. Dessa forma, é requisito para a subcontratação: autorização expressa da contratante no Edital.

No entanto, o “espírito” da subcontratação não é que sejam subcontratados parte do objeto/serviço fim a ser prestado a Contratante, e sim atividades acessórias a prestações do serviço a ser contratado, tal como o serviço de assistência técnica, manutenção de aparelhos e equipamentos.

A presente situação se agrava ainda mais, considerando consistir o objeto da presente contratação em serviços regulados condicionados à autorização do poder Concedente – ANATEL.

Igualmente, a prestação de serviços de telecomunicações em regime privado se sujeita à obtenção de autorização pela prestadora e, por conseguinte, ao atendimento de exigências legais e apresentação de proposta que esteja de acordo com os critérios e fatores definidos no respectivo edital de licitação e no Regulamento de Serviços de Telecomunicações, aprovado pela Resolução 73/98 – ANATEL.

Além do mais, o próprio edital, causando divergência à vedação acima, prevê a presença de terceiros, conforme item 13.2 alínea ‘b’ transcrito abaixo:

“b) A fiscalização de que trata este item não exclui nem reduz a responsabilidade da fornecedora/contratada, inclusive perante terceiros, por qualquer irregularidade apontada.”

Diante destas considerações, a Oi requer seja modificado o item 3 do Termo de Referência, transcrito acima, de forma a prever a possibilidade de subcontratação apenas das atividades meio (acessórias) do objeto, sendo vedada a subcontratação da atividade fim do mesmo.



b) DA PREVISÃO DE SERVIÇOS ADICIONAIS SEM FATURAMENTO

No item 3.3 (Característica dos Serviços) do Termo de Referência preconiza que:

*“- Possuir anti-DDoS, dirimindo tentativas de ataque de negação de serviço, mapeado a partir dos seus backbones.
- Possuir GIS avançado, gerenciamento proativo de utilização via portal com dashboard de utilização dos links”*

Os serviços de segurança Anti-DDoS e o serviço de gerenciamento proativo, constituem serviços adicionais, que diferem propriamente do objeto de fornecimento de link de Internet, e constituem uma solução tecnológica com custos atrelados aos mesmos, com impostos incidentes diferentes dos links, e portanto, devem possuir faturamento em separado. Alerta-se ainda, ao Sesi, que caso a cotação/orçamento do edital tenha sido realizada somente para o fornecimento de links, sem a informação que os referidos serviços adicionais deveriam ter sido incluídos nas cotações, entende-se que houve uma previsão de custos pré-editais equivocados, e que, portanto, requer correção desse processo licitatório.

Não obstante, considerando previsão dos serviços adicionais diferentes do objeto, requer-se que haja revisão da planilha de precificação de forma a incluir possibilidade de faturamento para os serviços de Antiddos e Gerenciamento proativo.

c) DO PRAZO DE INSTALAÇÃO DOS LINKS

No item 3.3 (Característica dos Serviços) do Termo de Referência preconiza que:

*“3.5 ENTREGA E INSTALAÇÃO
- A Contratada deverá implementar o serviço no prazo de até 30 (trinta) dias consecutivos, contados da data de assinatura do Contrato. Caso não seja cumprido a instalação deverá pagar mensalmente o valor do link não instalado.”*

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 os prazos acima citados não são suficientes para que a Contratada providencie a implantação do serviço.

Entende-se, assim, que o prazo de execução razoável para instalação dos links de Internet deve ser de aproximadamente 60 (sessenta) 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 “Oi” requer a adequação dos itens mencionados na forma acima solicitada.

d) DO CONTROLE DE CONFIGURAÇÕES E GERENCIAMENTO DOS SERVIÇOS

No item 3.7 (Considerações Gerais) do Termo de Referência preconiza que:

“Para atender integralmente o item PADRÃO DE DESEMPENHO e SUPORTE do Termo de Referência, a CONTRATANTE também terá total controle de configuração e gerenciamento dos equipamentos fornecidos.”

O objeto prevê contratação de empresa especializada no fornecimento de serviços, o portanto, entende-se que os mesmos deverão ser executados, monitorados, mantidos pela contratada. Neste entendimento, não cabe-se que seja exigido que a CONTRATANTE tenha o “total controle de configuração de gerenciamento dos equipamentos”. Esta exigência, observa-se que está, inclusive, divergente da exigência de fornecimento de acesso de “leitura” dos equipamento, conforme item 3.3 transcrito abaixo:

“A PROPONENTE deverá fornecer senha de acesso com direito a acesso (leitura) dos equipamentos, de sorte a proporcionar a FEIRO ferramentas de avaliação técnica dos mesmos, proporcionando adoção de ações preventivas ou corretivas.”

Ora, como que no item inicial 3.3 está sendo solicitado fornecimento de “leitura”, o qual entendemos que seja plausível, e posteriormente, no item 3.7 é exigido “controle total”, ou seja, leitura + escrita?

Tendo em vista que a responsabilidade da prestação do serviço será total e exclusiva da contratada, requer-se que a exigência acima, de total controle de configuração de gerenciamento dos equipamentos, seja suprimida.

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.

Porto Velho – RO, 23 de março de 2021.



Kamila Marinho de Oliveira
Executiva de Negócios OI SA