

São Luis/MA, 09/12/2022.

AO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO MARANHÃO
Coordenadoria de Licitação e Contratos

Sr. Presidente da Comissão de Licitações,

Ref.: Impugnação aos termos do Edital de Pregão Eletrônico nº 59/2022

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, tendo em vista a intenção de participar do certame, vêm sugerir junto a esse respeitoso órgão as seguintes alterações do Termo de Referência:

Razões de Impugnação

O Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão instaurou procedimento licitatório, na modalidade Pregão, na forma eletrônica, registrado sob o n.º 59/2022, visando o *“Registro de preço para contratação de empresas especializadas para a prestação de serviço continuado de link (enlace), redundante de comunicação de dados para acesso à Internet, providos por diferentes fornecedores com infraestruturas distintas, com serviços de proteção contra ataques do tipo DDoS, Suporte Técnico, Fornecimento de Infraestrutura e Gerência Proativa para o Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão.”*

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. EXIGÊNCIA ABUSIVA

O item 2.9, alínea “f” do Edital veda a participação de:

“empresas que tenham em seus quadros funcionais pessoas que sejam cônjuges, companheiros ou parentes em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, de ocupantes de cargos de direção e de assessoramento, de membros ou juízes vinculados ao TJMA, conforme artigos 1º, 2º, inciso VI e artigo 3º, da Resolução n. 07 do Conselho Nacional de Justiça, de 18 de outubro de 2005.”

Ocorre que, tal exigência mostra-se excessiva, na medida em que não possui finalidade correlata à execução do objeto.

Além disso, as empresas de capital aberto que possuem um volume muito expressivo de acionistas, encontrarão grande dificuldade no processo de levantamento de informações tão específicas, como o grau de parentesco e vínculo empregatício de seu quadro acionário, as quais inclusive, não são informadas quando da aquisição das ações pelo público em geral.

Nesse contexto, é relevante destacar que 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.

Cumprido destacar que quanto 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.” (grifo nosso)

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;” (grifo nosso)

Ademais, o inciso I do § 1º do art. 3º da Lei n.º 8.666/93 assim dispõe:

“Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável 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.

§ 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**, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, 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, ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 deste artigo e no art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991;” (grifo nosso)

Inexiste no mercado uma ampla gama de opções, o que impede a inclusão de qualquer tipo de condição que impeça ou dificulte a participação das operadoras em procedimentos licitatórios, sob pena de efetiva redução na competição.

Ante o exposto, requer a exclusão da exigência prevista no item 2.9, alínea "f" do Edital.

2. 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 competição.”¹

Ante o exposto, requer a adequação do item 19.1.1 do Edital, do item 10.1.1 da Minuta do Contrato e do item 9.2.2 do Termo de Referência, de modo que o reajuste dos preços relativos ao SMP 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”.

3. DA RAZOABILIDADE NA APLICAÇÃO DA MULTA

O item 20.5, alínea “b” do Edital, o item 11.5, alínea “b” da Minuta do Contrato e o item 18.5, alínea “b” do Termo de Referência não fazem distinção quanto as penalidades aplicadas nos casos de inexecução total e parcial do Contrato.

É importante ressaltar que a multa aplicada tem como base de cálculo o valor total do contrato.

De plano já se observa uma aplicação desproporcional e irrazoável, pois nos casos de inexecução parcial, a multa deve ter como base de cálculo o valor mensal ou o percentual inadimplido.

Como se sabe, a atividade administrativa exige prestígio aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 14. Ed. São Paulo: Editora Dialética, 2010, p. 558.

Para José dos Santos Carvalho Filho, “razoabilidade é a qualidade do que é razoável, ou seja, aquilo que se situa dentro dos limites aceitáveis, ainda que os juízos de valor que provocaram a conduta possam dispor-se de forma um pouco diversa”².

O princípio da regra da razão expressa-se em procurar a solução que está mais em harmonia com as regras de direito existentes e que, por isso, parece a mais satisfatória, em atenção à preocupação primária da segurança, temperada pela justiça, que é a base do Direito.

A Administração Pública está obrigada a adotar a alternativa que melhor prestigie a racionalidade do procedimento e de seus fins.

Nesse sentido, Marçal Justen Filho ensina que:

“O princípio da proporcionalidade restringe o exercício das competências públicas, proibindo o excesso. A medida limite é a salvaguarda dos interesses públicos e privados em jogo. Incumbe ao Estado adotar a medida menos danosa possível, através da compatibilização entre os interesses sacrificados e aqueles que se pretende proteger.”³

O princípio da razoabilidade deve ser observado pela Administração Pública à medida que sua conduta se apresente dentro dos padrões normais de aceitabilidade. Se atuar fora desses padrões, algum vício estará, sem dúvida, contaminando o comportamento estatal. Não pode, portanto, existir violação ao referido princípio quando a conduta administrativa é inteiramente revestida de licitude.

Com efeito, o princípio da razoabilidade se fundamenta nos princípios da legalidade e da finalidade, como ensina Celso Antônio Bandeira de Mello:

“A Administração Pública, ao atuar no exercício de discricção, terá que estabelecer critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal de pessoas equilibradas e respeitosa das finalidades que presidiram a outorga da competência exercida.

(...)

² CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 24. Ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, p. 36.

³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 14. Ed. São Paulo: Editora Dialética, 2010, p. 78.

Com efeito, o fato de a lei conferir ao administrador certa liberdade (margem de discricção) significa que lhe deu o encargo de adotar, ante a diversidade de situações a serem enfrentadas, a providência mais adequada a cada qual delas. Não significa, como é evidente, que lhe haja outorgado o poder de agir ao sabor exclusivo de seu líbito, de seus humores, paixões pessoais, excentricidades ou critérios personalíssimos, e muito menos significa que liberou a Administração para manipular a regra de Direito de maneira a sacar dela efeitos não pretendidos nem assumidos pela lei aplicanda. Em outras palavras: ninguém poderia aceitar como critério exegético de uma lei que esta sufrague as providências insensatas que o administrador queira tomar; é dizer, que avalize previamente condutas desarrazoadas, pois isto corresponderia a irrogar dislates à própria regra de Direito.”⁴

Logo, quando se pretender imputar à conduta administrativa a condição de ofensiva ao princípio da razoabilidade, terá que estar presente a ideia de que a ação é efetiva e indiscutivelmente ilegal. Inexiste, por conseguinte, conduta legal vulneradora do citado princípio.

Assim, o princípio da razoabilidade acarreta a impossibilidade de impor consequências de severidade incompatível com a irrelevância de defeitos. Sob esse ângulo, as exigências da Lei ou do Edital devem ser interpretadas como instrumentais.

Desta forma, requer a alteração do item 20.5, alínea “b” do Edital, do item 11.5, alínea “b” da Minuta do Contrato e do item 18.5, alínea “b” do Termo de Referência, de modo que a base de cálculo para a aplicação da multa, nas hipóteses de inexecução parcial, seja o valor mensal ou percentual da parcela inadimplida e não o valor total do Contrato.

4. **GARANTIAS À CONTRATADA EM CASO DE INADIMPLÊNCIA DA CONTRATANTE**

O item 17.6 do Edital, o item 5.6 da Minuta do Contrato e o item 9.1.9 do Termo de Referência dispõem que no caso de atraso no pagamento a ser efetuado pela contratante a contratada, os cálculos dos valores devidos deverão observar as regras ali traçadas.

⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 28 ed. São Paulo: Editora Malheiros. 2010, p. 108.

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.

Sobre o tema, o Tribunal de Contas da União assim se manifestou:

“(…) 1.5 Em seu voto que fundamentou o Acórdão 1931/2004-Plenário, o Relator, Excelentíssimo Senhor Ministro Walton Alencar Rodrigues, ao analisar a pretensão do Órgão de não pagar a atualização monetária à empresa contratada, assim discorre: Essa solução, além de não se harmonizar com o princípio jurídico que veda o enriquecimento sem causa à custa alheia, aplicável às relações jurídicas de toda a espécie, não se conforma com a Constituição Federal (art. 37, inciso XXI) e com a Lei 8.666/93 (art. 3º), que determinam a manutenção das condições efetivas da proposta nas contratações realizadas pelo

poder público. 11.6 Na sequência, discorre sobre o índice utilizado para o cálculo da atualização monetária: Apesar de reconhecer o direito da contratada à correção monetária dos valores pagos em atraso pela Administração, saliento que o critério adotado pela Secretaria de Infraestrutura do Governo do Estado do Ceará não foi tecnicamente adequado. Conforme salientei no voto condutor do Acórdão 1503/2003 - Plenário, a utilização da Taxa Referencial - TR é devida apenas para as operações realizadas nos mercados financeiros de valores mobiliários, seguros, previdência privada, capitalização e futuros, a teor do disposto no art. 27, §5º, da Lei 9.069/95. Portanto, deveria o órgão responsável ter aplicado a variação dos índices contratualmente estabelecidos (colunas da Fundação Getúlio Vargas), os quais melhor refletem a evolução de preços dos insumos envolvidos no objeto da contratação. 11.7 Naquele caso, havia sido paga a atualização monetária calculada pela Taxa Referencial - TR, entendendo o Relator que deveria ser utilizado o índice da Fundação Getúlio Vargas, que 'melhor reflete a evolução de preços dos insumos envolvidos no objeto da contratação'. (...) 1.10 Quanto ao pagamento de juros, ainda no voto mencionado, destacamos os trechos que seguem: (...) Com relação ao cabimento dos juros moratórios, entendo oportuno tecer algumas considerações. (...) Como tal, negar à empresa contratada a composição de perdas e danos decorrentes de mora da própria Administração atentaria contra o primado da justiça que arrosta o enriquecimento sem causa, mesmo que essa exigência não esteja prevista em lei ou em disposição contratual. (...)"(AC-1920-09/11-1 Sessão: 29/03/11 Grupo: I Classe: II Relator: Ministro UBIRATAN AGUIAR - Tomada e Prestação de Contas - Iniciativa Própria)

Pelo exposto, faz-se necessária a alteração do item 17.6 do Edital, do item 5.6 da Minuta do Contrato e do item 9.1.9 do Termo de Referência referente ao ressarcimento referente ao 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. Sobre exigência de responsável técnico com CREA-MA

O edital preconiza que:

“10.3. As LICITANTES deverão apresentar Prova de registro do licitante e do seu responsável técnico junto ao Conselho Profissional competente (CREA), da jurisdição da sede do licitante, relativa ao exercício atual, que deverá estar visado pelo CREA-MA no momento da contratação; “

Entendemos que o Conselho Regional de Engenharia e Agronomia compartilha com seus profissionais dos mesmos princípios, regras e ordenamentos independentemente da UF de registro dos mesmos. A exigência de vinculação à uma única UF, sendo que há empresas de atuação nacional aptas a execução do objeto deste edital, tem caráter excessivo que resulta de limitação de participantes no certame. Dessa forma, visando garantir o maior número de concorrentes durante o certame, não promovendo qualquer restrição de participação, e assim, auferindo maior vantagem econômica e maiores descontos para administração pública, requer que o edital permita apresentação de profissionais registrados em CREA'S de outras federações diferentes do Maranhão.

6 . Sobre exigência de backbone próprio

O edital preconiza que:

“1.3.5. A CONTRATADA deverá possuir backbone próprio com canais dedicados, exclusivos e redundantes interligados diretamente a pelo menos 2 (dois) outros AS (Sistema Autônomo) nacionais, e 1 (um) internacional, sendo que cada um deve ter no mínimo 10 Gbps (dez gigabits por segundo) de banda; “

“1.3.7. A CONTRATADA deverá informar quais são os AS's, comprovado por meio de relatórios de peering de sites como <http://asrank.caida.org/>, <http://bgp.he.net/> ou outros que forneçam informações sobre BGP peering, que mostrem que seu Backbone de Internet possui os canais diretos aos AS nacionais e internacionais e as rotas alternativas; “

Este item menciona que a empresa contratada deverá ter canais próprios dedicados de Internet, interligados diretamente a, outros Sistemas autônomos (AS – Autonomous System) nacionais e Internacional, porem vale ressaltar que a Oi S/A é formada por um conjunto de Razões Sociais, CNPJ e Empresas Parceiras.

Frisamos que o Backbone que a Oi utiliza atende a todos estes requisitos não afetando de forma alguma a qualidade do link prestado.

Diante do exposto acima, bem como, visando garantir o maior número de concorrentes durante o certame, não promovendo qualquer restrição de participação e assim auferindo maior vantagem econômica e maiores descontos para administração pública, requer a flexibilização das exigências de que o Backbone e os AS sejam próprio ou de terceiros contratados para seu uso, sem comprometer a alta disponibilidade, atendendo a todas as exigências de conexão nacional e internacional previstas no termo de referência.

7. Sobre vedação de subcontratação

O edital preconiza que:

“1.3.20. O acesso à Internet (circuito de dados) não poderá ser subcontratado de terceiros, devendo a CONTRATADA fornecer todos os serviços, solução ANTI-DDOS, circuito de dados e gerência proativa “

“1.6.1. A CONTRATADA deverá disponibilizar em seu backbone proteção contra ataques de negação de serviço, evitando assim a saturação da banda da Internet e indisponibilidade dos serviços em momentos de ataques DOS (Denial of Service) e DDOS (Distributed Denial of Service); “

Ao vedar a subcontratação, mesmo que parcial, o Edital irá limitar a participação de diversos proponentes nesse certame. Contudo também é de interesse da Administração que o processo licitatório seja de ampla participação para viabilizar a concorrência e consequentemente menores preços de contratação, de modo que cada proponente do certame consiga disputar com base em suas estruturas de custos (de aquisição, operacionais e financeiros).

Gostaríamos de elucidar que a maioria das empresas, por princípios de agilidade e até economicidade que reflete à própria administração pública, possui em seu corpo de colaboradores a figura do funcionário terceirizado. No nosso modelo de negócio, trabalhamos com o conceito de Market Place, em que os fabricantes e parceiros (autorizados dos fabricantes) prestam o serviço de operação assistida e troca de know how com nossas equipes. Assim, garantindo a eficiência na operação e a tranquilidade dos clientes quanto a prestação de serviços.

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

Dessa forma, a referida limitação da vedação à subcontratação não poderá representar um impedimento às Operadoras à própria excecutoriedade do contrato objeto deste certame, a tal ponto que licitantes não terão condições de fazê-lo, caso mantida a limitação supramencionada, a qual a Oi entende não ser razoável, tendo em vista necessidade de subcontratação.

Por se tratar de serviço acessório ao objeto da licitação, requer que a CONTRATADA possa atender os requisitos da especificação técnica através de subcontratação, para as atividades consideradas acessórias (instalação, manutenção), desde que a equipe de profissionais da subcontratada atenda todos os requisitos exigidos neste edital e sem que haja prejuízo sob as responsabilidades da licitante.

Insiste-se destacar que a responsabilidade final e contratual na prestação dos serviços não será externada ou transferida para as empresas subcontratadas, portanto, visando não haver restrição à ampla participação de licitantes neste certame, e dessa forma garantindo a maior vantagem econômica para administração pública, requer-se a exclusão do item acima referente a vedação à subcontratação.:

8. Sobre o prazo de entrega

O edital preconiza que:

“7.1. O prazo da entrega da solução contratada não poderá ser superior a 45 (quarenta e cinco) dias corridos, contados a partir da assinatura do contrato (serviços, equipamentos, softwares, acessórios, operacionalização do link de acesso à internet, e o serviço de proteção contra ataques DdoS). “

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

Entende-se, assim, que o prazo de execução razoável para instalação do objeto deste edital deve ser de até 60 dias corridos, prorrogáveis por mais 30 dias, caso seja solicitado dilação de prazo devidamente justificada pela contratada.

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.

9. Sobre os locais de entrega dos circuitos

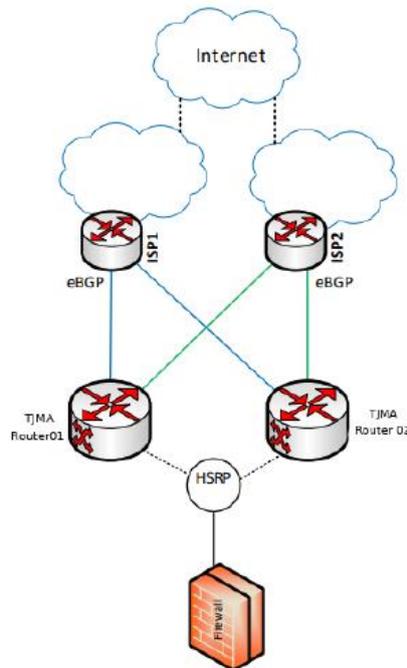
O edital preconiza que:

“6.1. O serviço deverá ser realizado nos seguintes locais

6.1. Sede do Tribunal de Justiça do Maranhão, localizado na Praça D. Pedro II, Centro, São Luís – Maranhão.

6.1.2.Fórum Des. Sarney Costa, localizado na Av Carlos Cunha s/n, Jaracaty, São Luís – Maranhão “

Item 27.1



Considerando item 6.1 transcrito acima, que informa dois endereços de instalação, bem como, considerando topologia do item 27.1 que mostra que cada ISP entregará dois circuitos (um apontando para o Router01 e outro para o Router02), entendemos que cada licitante vendedora deverá fornecer dois circuitos de Internet IP 1,5Gbps distintos.

Está correto 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.

Desde já agradecemos à atenção dispensada e colocamo-nos à disposição para quaisquer esclarecimentos.

Atenciosamente,

São Luis/MA, 09/12/2022

Local e data

DocuSigned by:

PATRICIA MUNIZ AIRES SILVA

1C1C830E84824DD...

EXECUTIVA DE NEGÓCIOS

RG nº 22399622002-9

CPF nº 51562766368

PROCURADORA

PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DO MARANHÃO
Tribunal de Justiça
Coordenadoria de Licitação e Contratos

DESPACHO-CLCONT - 182023
Código de validação: D6F5FCD4C2
(relativo ao Processo 100562022)

Assunto: **Resposta à impugnação da empresa Oi S/A (em Recuperação Judicial)**

Trata-se de impugnação apresentada tempestivamente pela empresa **Oi S/A (em Recuperação Judicial)** e suas devidas respostas emitidas pelo Setor Requisitante para conhecimento e considerações que se fizerem necessárias.

Processo nº 10056/2022 - Pregão Eletrônico nº 59-2022 – Registro de preço para contratação de empresas especializadas para a prestação de serviço continuado de link (enlace), redundante de comunicação de dados para acesso à Internet, providos por diferentes fornecedores com infraestruturas distintas, com serviços de proteção contra ataques do tipo DDoS, Suporte Técnico, Fornecimento de Infraestrutura e Gerência Proativa para o Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão

Resposta à impugnação da empresa Oi S/A (em Recuperação Judicial)

ITEM 1. Exigência abusiva (item 2.9, alínea 'f' do Edital)

Sobre este item, **opinamos pela exclusão** do item 2.9, 'f' do Edital, considerando que tal exigência deverá ser observada, quando da assinatura do instrumento contratual, para o atendimento da Resolução nº 07/2005 do Conselho Nacional de Justiça, conforme segue:

Art. 2º Constituem práticas de nepotismo, dentre outras:

(...)

VI - **a contratação**, independentemente da modalidade de licitação, de pessoa jurídica que tenha em seu quadro societário cônjuge, companheiro ou parente 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. ([Incluído pela Resolução nº 229, de 22.06.16](#))

(...)

§ 3º A vedação constante do inciso VI deste artigo se estende **às contratações** cujo procedimento licitatório tenha sido deflagrado quando os magistrados e servidores geradores de incompatibilidade estavam no exercício dos respectivos cargos e funções, assim como às licitações iniciadas até 6 (seis) meses após a desincompatibilização. ([Incluído pela Resolução nº 229, de 22.06.16](#))

(...)

Art. 3º É vedada a manutenção, aditamento ou prorrogação de contrato de prestação de serviços com empresa que venha a contratar empregados que sejam cônjuges, companheiros ou parentes em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, de ocupantes de cargos de direção e de assessoramento, de membros ou juízes vinculados ao respectivo Tribunal



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DO MARANHÃO
Tribunal de Justiça
Coordenadoria de Licitação e Contratos

contratante, devendo tal condição constar expressamente dos editais de licitação. ([Redação dada pela Resolução nº 9, de 06.12.05](#))

ITEM 2. Reajuste de preços (item 19.1.1 do Edital, item 10.1.1 da Minuta do Contrato e item 9.2.2 do Termo de Referência)

Salvo melhor juízo, entendemos pela **manutenção** dos itens relacionados ao reajuste de preços, devendo ser considerado o Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo (IPC-A), em vista do disposto na Lei Estadual nº 11.796/2022, que dispõe sobre as diretrizes para a elaboração e execução da Lei Orçamentária de 2023:

Art. 17. As propostas orçamentárias do Poder Legislativo, do Poder Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública do Estado terão, como limite para outras despesas correntes em 2023, o conjunto das dotações fixadas na Lei Orçamentária do ano de 2022, corrigida pela variação acumulada do **Índice de Preços ao Consumidor Amplo - IPCA**, calculado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE, para o período de julho de 2021 a junho de 2022.

ITEM 3. Da razoabilidade na aplicação da multa (item 20.5, alínea “b” do Edital, o item 11.5, alínea “b” da Minuta do Contrato e o item 18.5, alínea “b” do Termo de Referência)

Sobre este ponto, para melhor esclarecer sobre a penalidade de multa e demais sanções, sugerimos a **reformulação** deste item, no Termo de Referência, conforme segue:

18. DAS SANÇÕES

18.1 Pelo descumprimento das obrigações decorrentes da contratação, incluindo os contratos e obrigações principais e acessórias, garantidos o contraditório e a ampla defesa, a CONTRATADA estará sujeita às seguintes sanções, fundamentadas nas Leis nº 8.666/93 e nº 10.520/2002, no Decreto 10.024/2019 e na legislação aplicável à espécie:

18.1.1 Advertência por escrito, nos seguintes casos:

I - descumprimento das determinações necessárias à regularização das faltas ou defeitos observados na execução do objeto;

II - outras ocorrências que possam acarretar transtornos ao CONTRATANTE, desde que não caiba a aplicação de sanção mais grave.

18.1.2 Multa moratória de 0,5% (zero vírgula cinco por cento), por dia de atraso injustificado, sobre o valor total dos respectivos itens, até o limite de 30 (trinta) dias. O atraso superior a 30 (trinta) dias poderá caracterizar a inexecução total do objeto.

18.1.3 Multa compensatória de 15% (dez por cento), calculada sobre o valor total do contrato, no caso de inexecução total do objeto;

18.1.3.1 Em caso de inexecução parcial, a multa compensatória, no mesmo percentual do subitem acima, será aplicada de forma proporcional à obrigação inadimplente.

18.1.4. suspensão de licitar e impedimento de contratar com o órgão, entidade ou unidade administrativa pela qual a Administração Pública opera e atua concretamente, pelo prazo de até 2 (dois) anos;

18.1.5. impedimento de licitar e contratar com a União com o consequente



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DO MARANHÃO
Tribunal de Justiça
Coordenadoria de Licitação e Contratos

descredenciamento no SICAF pelo prazo de até 5 (cinco) anos.

18.1.6. declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública, enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que a CONTRATADA ressarcir a CONTRATANTE pelos prejuízos causados;

18.2. Também ficam sujeitas às penalidades do art. 87, III e IV da Lei nº 8.666, de 1993, a CONTRATADA que:

I- tenha sofrido condenação definitiva por praticar, por meio dolosos, fraude fiscal no recolhimento de quaisquer tributos;

II- tenha praticado atos ilícitos visando a frustrar os objetivos da licitação;

III- demonstre não possuir idoneidade para contratar com a Administração em virtude de atos ilícitos praticados.

18.3. A aplicação de qualquer das penalidades previstas realizar-se-á em processo administrativo que assegurará o contraditório e a ampla defesa à CONTRATADA, observando-se o procedimento previsto na Lei nº 8.666, de 1993.

18.4. A autoridade competente, na aplicação das sanções, levará em consideração a gravidade da conduta do infrator, o caráter educativo da pena, bem como o dano causado ao CONTRATANTE, observado o princípio da proporcionalidade.

18.5. As penalidades serão obrigatoriamente registradas no SICAF.

18.6. A aplicação das penalidades não impede que a Administração rescinda unilateralmente o contrato e aplique outras sanções previstas na Lei nº 8.666/93;

18.7. A penalidade de suspensão será cabível quando o licitante participar do certame e for verificada a existência de fatos que o impeçam de contratar com a administração pública. Caberá, ainda, a suspensão quando a licitante, por descumprimento de cláusula editalícia, tenha causado transtornos no fornecimento à CONTRATANTE;

18.8. As penalidades pecuniárias aqui descritas poderão ser descontadas dos pagamentos devidos pelo CONTRATANTE, conforme permissibilidade contida na Lei nº 8.666/93.

ITEM 4. Garantias à Contratada em caso de inadimplência do Contratante (item 17.6 do Edital, o item 5.6 da Minuta do Contrato e o item 9.1.9 do Termo de Referência)

Manter as condições estabelecidas, considerando que se trata de cláusula padrão de pagamento, utilizadas em todos os contratos originários do TJMA, salvo melhor juízo.

ITEM 5. Sobre a exigência de responsável técnico com CREA-MA (Item 14.6.1. do Termo de Referência)

Foi retirada a vinculação a um único UF (necessidade do CREA-MA).

Nova redação: A CONTRATADA devesse apresentar no mínimo, um (01) profissional de nível superior em cujo acervo registrado no Conselho Regional de Engenharia e Agronomia – CREA conste Certidão de Acervo Técnico - CAT, emitido por pessoa jurídica de direito público ou privado, conste execução de serviço de característica semelhante, de maior relevância, ao objeto



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DO MARANHÃO
Tribunal de Justiça
Coordenadoria de Licitação e Contratos

desta Contratação. Considerando-se como serviço mais significativo a instalação de fibra óptica.

ITEM 6. Sobre exigência de backbone próprio (Item 1.3.5. do Termo de Referência)

Informamos que será **flexibilizado** no TR, permitindo que o Backbone e os AS sejam próprios ou de terceiros/parceiros contratados para seu uso, sem comprometer a alta disponibilidade, atendendo a todas as exigências de conexão nacional e internacional previstas no termo de referência.

ITEM 7. Sobre a vedação de subcontratação (Item 20 do Termo de Referência)

Deve-se reconhecer que, em uma abordagem conceitual rigorosa, dificilmente existiria uma situação em que a totalidade absoluta da prestação de serviços/fornecimento de produtos possa ser executada por uma única empresa sem recorrer a terceiros em nenhuma de suas etapas: transporte, fabricação de componentes etc.

Para efeito deste projeto, não será adotada esta abordagem conceitual rigorosa, bastando que a prestação de serviços direta ao TJMA (fornecimento do serviço, atualização, suporte, manutenção), ainda que necessite recorrer a terceiros para obter os insumos necessários. Além disso, não há como permitir a transferência da obrigação contratual a terceiros, pois se assim fosse, estar-se-ia, in casu, admitindo a execução do núcleo do objeto contratado, culminando na subcontratação total, vedada pelo TCU.

ITEM 8. Sobre o prazo de entrega (Item 7.1. do Termo de Referência)

O prazo para a entrega do objeto do edital **poderá ser modificado** para 60 (sessenta) dias corridos, a partir da assinatura do contrato, podendo ser prorrogado por mais 30 (trinta) dias corridos, por razões de ordem técnica e operacional.

ITEM 9. Sobre os locais de entrega dos circuitos (Item 12.6. do Termo de Referência e 6.1. do Edital)

Não está correto, o diagrama é uma topologia lógica não física, dentro da infraestrutura do TJMA, um link instalado na SEDE pode se comunicar com um roteador no FÓRUM sem nenhum problema por camada 2. Assim, as empresas concorrentes devem ter a capacidade de fornecer o serviço nos dois endereços, cabendo ao TJMA escolher o local da instalação e a ordem. Como é um registro de preços podemos optar por instalar o link em apenas uma localidade ou nas duas.

Atendendo aos princípios da legalidade, razoabilidade e proporcionalidade, além de obediência à Lei n.º 8.666/93, ratifica-se o posicionamento do setor demandante quanto às



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DO MARANHÃO
Tribunal de Justiça
Coordenadoria de Licitação e Contratos

alegações apresentadas objetivando à alteração e manutenção dos itens supracitados impugnados do Termo de Referência do Edital – PE nº 59/2023.

Nesse sentido, decido **ACOLHER PARCIALMENTE A IMPUGNAÇÃO APRESENTADA**, a partir dos ajustes e alterações necessárias do Termo de Referência e Edital em análise, visando, desse modo, a não restrição da disputa e competição entre os interessados e o pleno atendimento à legislação vigente.

Por fim, importante consignar que os autos estão sendo encaminhados para uma melhor análise por essa D. Assessoria dos temas aqui detalhados com as assertivas tratadas, ciente de que o objetivo primordial da licitação é de selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração.

São Luís/MA, 02 de março de 2023

ALLYSON FRANK GOUVEIA COSTA
Pregoeiro Oficial
Coordenadoria de Licitação e Contratos
Matrícula 108829

Documento assinado. SÃO LUÍS - TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 02/03/2023 18:16 (ALLYSON FRANK GOUVEIA COSTA)

