

O Pregoeiro recebeu tempestivamente impugnação interposta pela empresa OI S/A, contra os itens expostos abaixo, em relação ao PE 90232/2024 – prestação de serviços de telecomunicações na modalidade SRTT (Serviço de Rede de Transporte de Telecomunicações) e/ou SCM (Serviço de Comunicação Multimídia), com fornecimento de meios físicos (acesso e porta) e equipamento de comunicação de dados do tipo Roteador / CPE e Proteção Contra Ataques de Negação de Serviço (DOS e DDOS), agendado para o dia 19/04/2024 às 10:00hs.

Resumo da Impugnação interposta pela OI, presente às fls. 318 a 324 do p.p..

1. 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 nº 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 nº 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.

Resposta do Pregoeiro:

Antes de analisarmos este item da impugnação, esclarecemos que a Lei 8.666/93 foi revogada pela Lei 14.133/21, no dia 30 de dezembro de 2023.

Quanto ao apontado pela empresa OI, indicamos que o Edital e a Minuta de Contrato possuem Cláusula de reajuste, conforme podemos verificar a seguir:

Edital:
19 - REAJUSTE

19.1 – Somente ocorrerá reajustamento do Contrato decorrido o prazo de 24 (vinte e quatro) meses, contados da data da sua assinatura.

19.2 – Os preços serão reajustados de acordo com a variação do Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial – IPCA-E do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, calculado por meio da seguinte fórmula:

$$R = Po [(I-Io)/Io]$$

Onde:

R = valor do reajuste;

I = índice IPCA-E mensal relativo ao mês anterior ao de aniversário do Contrato; Io = índice do IPCA-E mensal relativo ao mês anterior ao da assinatura do Contrato ou ao da retirada do instrumento equivalente;

Po = preço unitário contratual, objeto do reajustamento.

19.3 – Caso o índice previsto neste Edital seja extinto ou de alguma forma não possa mais ser aplicado, será adotado outro índice que reflita a perda do poder aquisitivo da moeda. Neste caso, a variação do índice deverá ser calculada por meio da fórmula consignada no item anterior.

Minuta de Contrato:

CLÁUSULA QUINTA – REAJUSTE

Somente ocorrerá reajustamento do Contrato decorrido o prazo de 24 (vinte e quatro) meses contados da data da sua assinatura.

Parágrafo Primeiro: Os preços serão reajustados de acordo com a variação do Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial – IPCA-E do Instituto Brasileiro de

Geografia e Estatística – IBGE, calculado por meio da seguinte fórmula:

$$R = Po [(I-Io)/Io]$$

Onde:

R = valor do reajuste;

I = índice IPCA-E mensal relativo ao mês anterior ao de aniversário do Contrato; Io = índice do IPCA-E mensal relativo ao mês anterior ao da assinatura do Contrato; Po = preço unitário contratual, objeto do reajustamento.

Parágrafo Segundo – Caso o índice previsto neste Contrato seja extinto ou de alguma forma não possa mais ser aplicado, será adotado outro índice que reflita a perda do poder aquisitivo da moeda. Neste caso, a variação do índice deverá ser calculada por meio da fórmula consignada no parágrafo anterior.

Portanto, este item da impugnação não deve prosperar.

2. TERMO DE REFERÊNCIA ITEM 3) DA DESCRIÇÃO DOS SERVIÇOS

“3.18) As conexões entre o backbone INTERNET das operadoras contratadas e o Backbone da PCRJ (IPLANRIO), localizada dentro do Município do Rio de Janeiro, devem estar disponíveis 24 (vinte e quatro) horas por dia, durante os 7 (sete) dias da semana, todos os dias do ano. Estas conexões deverão constituir-se em acesso permanente e dedicado, ponto a ponto, com transparência de protocolo, de acordo com as especificações técnicas constantes neste documento;

3.19) O Backbone de cada uma das CONTRATADAS deve se interligar diretamente à pelo menos 2 (dois) outros sistemas autônomos

nacionais e pelo menos 1 (um) sistema autônomo internacional;”

Este item menciona que a empresa contratada deverá ter backbone com canais próprios e dedicados, interligado diretamente ao sistema autônomo (AS Autonomous System) Nacional e Internacionais, porém vale ressaltar que a Oi S/A é formada por um conjunto de Razões Sociais, CNPJ e Empresas Parceiras.

Vale ressaltar que para atender integralmente o objeto, ou seja todas as localidades, será necessário acionamento de outros parceiros, não temos no estado do MT hoje uma empresa que consiga atender 100% dos endereços com rede própria, o próprio edital já da prerrogativa de subcontratação para parte dos serviços.

Pedido: Diante do exposto solicitamos que o Backbone e os AS poderão ser próprios ou de terceiros contratados para seu uso, via contrato de exploração industrial, sem comprometer a alta disponibilidade, atendendo a todas as exigências de conexão nacional e internacional previstas no termo de referência.

Resposta da área técnica responsável, presente às fls. 330 a 331 do p.p..

A operadora está equivocada quanto a sua interpretação da solicitação do item 3.19, quando entende que ela deve possuir em seu nome dois sistemas autônomos nacionais e um sistema autônomo internacional. Todo é qualquer AS se interliga a mais de um outro AS nacional para poder divulgar suas rotas e permitir o acesso de seus clientes a sites hospedados no território nacional e sim como necessita de uma conexão com ao mesmo um AS internacional para o acesso a sites hospedados em outros países.

A alegação desse AS serem de parceiros em nada impede a sua participação (noun sence).

DA QUALIFICAÇÃO TÉCNICA

“15.3) A LICITANTE deverá comprovar aptidão que garanta a execução, operacionalização e o desempenho em atividade pertinente e compatível em características, quantidade e prazos com o objeto da licitação, mediante apresentação de Atestado(s)/Garantia(s) de atendimento, fornecido(s) por pessoa jurídica de direito público ou privado conforme requisitado a seguir:

15.3.1) Garantias de atendimento (Infraestrutura, Capacidade e Comprometimento) pela licitante (futura CONTRATADA) às taxas de

*transmissão solicitadas, conforme requisitado no item 3;
15.3.2) Garantias de atendimento/comprometimento com os índices/valores de desempenho e qualidade, praticados por operadoras de serviços de telecomunicações, conforme apresentado e solicitado no item 4;”*

Este item trata dos atestados de capacidade técnica que deverão ser apresentados para a fase de habilitação, porém os subitens 15.3.1 e 15.3.2 são muito específicos e não constam em atestados.

Entendemos a necessidade de uma boa qualificação das empresas para que não tenhamos aventureiros nos processos licitatórios, entretanto o item em análise traz várias especificidades que dificulta ou inviabilizam tê-los num único atestado, ou até mesmo na composição de atestados uma vez que tal prática é permitida em Edital.

Pedido: Neste sentido, solicitamos que seja fornecido um atestado de capacidade técnica para atendimento ao objeto licitado e para os subitens 15.3.1 e 15.3.2 seja permitido apresentação de uma declaração.

Resposta da área técnica responsável, presente às fls. 330 a 331 do p.p..

Os atestados com as garantias solicitadas são parte integrante da descrição dos serviços prestados por qualquer operadora, além de hoje com a farta capacidade de provimento de acesso a Internet pelas operadoras o provimento de 3 Gigas é considerando de capacidade baixa considerando que a própria Operadora já disponibiliza para o consumidor doméstico link de 1 Giga.

3. DAS DISPOSIÇÕES ANTICORRUPÇÃO

De acordo com a **Cláusula Vigésima Segunda** da Minuta de Contrato (PE/Prestação de Serviços) constante no Anexo III do Edital, as partes se comprometem a observar a Lei Federal nº 12.846/2013. Contudo, dependendo da licitante vencedora do certame, eventualmente também será aplicável legislação anticorrupção estrangeira, sendo importante fazer esta sinalização no Contrato. Assim, necessária a inclusão da menção à legislação estrangeira a ser eventualmente observada no combate à corrupção.

Requeremos, ainda, a exclusão da necessidade de adesão ao Código de Conduta Ética de Colaboradores Externos e ao Código de Ética, Conduta e Integridade da Contratante, mencionados na **Cláusula Vigésima Segunda, parágrafo Terceiro** da Minuta de Contrato (PE/Prestação de Serviços) constante no Anexo III do Edital, uma vez declarado cumpridas as leis e ainda havendo um programa de Compliance da Contratada, pois é notório que, neste caso, a adesão a políticas e códigos de outras organizações não agrega na robustez do Compliance na relação contratual, tirando o foco e direcionamento de recursos das organizações da efetiva fiscalização e controles, para mera análise de redação de documentos para certificação de que não há distinções entre suas próprias regras internas, quando na realidade todos os programas

devem seguir e obedecer igualmente à Lei. Assim, para contratadas que possuam um programa de Compliance robusto próprio não entendemos ser necessária a previsão da referida cláusula.

Seguem abaixo as sugestões de redação para Cláusula Vigésima Segunda, além da exclusão do parágrafo Terceiro da Cláusula Vigésima Segunda, na Minuta de Contrato (PE/Prestação de Serviços) constante no Anexo III do Edital:

“CLÁUSULA VIGÉSIMA SEGUNDA – DA RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL E ADMINISTRATIVA Para a execução deste instrumento jurídico, as partes declaram conhecer a Lei Federal nº 12.846/2013, e ainda, caso a Contratada possua títulos emitidos nos Estados Unidos da América, esta estará sujeita, juntamente com suas afiliadas, ao Foreign Corrupt Practices Act, - Act, 15 U.S.C. §§ 78dd-1 et seq. - ("FCPA"), lei anticorrupção daquele país, se comprometem a atuar de forma ética, íntegra, legal e transparente, e estão cientes de que não poderão oferecer, dar ou se comprometer a dar a quem quer que seja, ou aceitar ou se comprometer a aceitar de quem quer que seja, tanto por conta própria quanto por intermédio de outrem, qualquer pagamento, doação, compensação, vantagens financeiras ou benefícios de qualquer espécie que constituam prática ilegal ou de corrupção, seja de forma direta, indireta ou por meio de subcontratados ou terceiros, quanto ao objeto deste contrato, ou de outra forma a ele não relacionada.”

Resposta da Consultoria Jurídica, presente às fls. 326 a 328 do p.p..

Não obstante, em que pese as louváveis contribuições da impugnante, não é possível a alteração da minuta padrão para adequação/alteração/exclusão ao que se pede, uma vez que esta Empresa Pública é direcionada, juridicamente, pelo órgão central do Sistema Jurídico Municipal – Procuradoria Geral do Município (PGM) – que, dentre outras, fixa a orientação técnica e as minutas padrão a serem observadas pelas entidades da Administração Indireta.

Nesse sentido, a minuta de contrato em questão não poderá ser alterada para a inclusão da legislação estrangeira que se pretende, tampouco para a exclusão dos parágrafos seguintes, não sendo possível de igual modo a não exigência das licitantes, incluída a ora impugnante, quanto ao dever de observância do Código de Conduta Ética de Colaboradores Externos, de modo que orientamos que a resposta para a licitante seja negativa no que tange a esse tópico.

Resposta final do Pregoeiro:

Tendo em vista os apontamentos acima com as suas respectivas respostas, a impugnação interposta pela empresa OI S/A não foi acatada.