

ILMO. SR. PREGOEIRO DO TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DA BAHIA – TRE/BA

REF.: IMPUGNAÇÃO AOS TERMOS DO EDITAL DE PREGÃO ELETRÔNICO N.º 37/2021

x, sociedade anônima, com sede na xxxxxxxxxx doravante denominadas Oi, vem, por seu representante legal, com fulcro no art. 24, do Decreto 10.024/2019, apresentar **IMPUGNAÇÃO** aos termos do Edital em referência, pelas razões a seguir expostas:

RAZÕES DE IMPUGNAÇÃO

O TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DA BAHIA – TRE-BA instaurou procedimento licitatório na modalidade Pregão, na forma eletrônica, sob o n.º 37/2021, visando a contratação de serviço de telecomunicação de alta disponibilidade, incluindo enlaces, insumos, serviços de implantação, serviços de operação e serviços de gerenciamento proativo contra falhas e de segurança, denominados como soluções de telecomunicação, conforme as especificações e condições estabelecidas no Anexo I do Edital – Termo de Referência.

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 DE REGULARIDADE TRABALHISTA COMO REQUISITO DE HABILITAÇÃO APLICÁVEL ÀS CONTRATAÇÕES EMPREENDIDAS PELO PODER PÚBLICO

O item 11.1.5, alínea “a” do Edital exige, a título de habilitação, prova de inexistência de débitos inadimplidos perante a Justiça do Trabalho.

Sobre esse ponto, necessário mencionar que a apresentação de Certidão Positiva com Efeitos de Negativa de Débitos Trabalhistas também possibilita o titular a participar de licitações, conforme a seguir restará demonstrado.

A recente inovação legislativa veiculada pela Lei n.º 12.440/2011 institui a chamada Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas e altera a Lei n.º 8.666/1993 para exigir a regularidade trabalhista como requisito de habilitação no certame licitatório.

Assim, o inciso IV do art. 27, bem como o inciso V do art. 29 da Lei n.º 8.666/93 passaram a ter a seguinte redação, respectivamente:

“Art. 27. Para a habilitação nas licitações exigir-se-á dos interessados, exclusivamente, documentação relativa a:

(...)

IV – regularidade fiscal e trabalhista;”

“Art. 29. A documentação relativa à regularidade fiscal e trabalhista, conforme o caso, consistirá em

V – prova de inexistência de débitos inadimplidos perante a Justiça do Trabalho, mediante a apresentação de certidão negativa, nos termos do [Título VII-A da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943.](#)”

Com efeito, a Lei n.º 12.440/2011 criou a Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas - CNDT. Para sua expedição organizou-se o **Banco Nacional de Devedores Trabalhistas - BNDT**, centralizado no Tribunal Superior do Trabalho, a partir de informações remetidas por todos os Tribunais Regionais do Trabalho do país. Neste Banco constam as pessoas físicas e jurídicas que são devedoras inadimplentes em processo de **execução trabalhista definitiva**.

As dívidas registradas no BNDT incluem as obrigações trabalhistas, de fazer ou de pagar, impostas por sentença, os acordos trabalhistas homologados pelo juiz e não cumpridos, os acordos realizados perante as Comissões de Conciliação Prévia (Lei nº 9958/2000) e não cumpridos, os termos de ajuste de conduta firmados com o Ministério Público do Trabalho (Lei nº 9958/2000) e não cumpridos, as custas processuais, emolumentos, multas, honorários de perito e demais despesas oriundas dos processos trabalhistas e não adimplidas.

Nesse sentido, cumpre trazer à colação o § 2º do art. 642-A da CLT, incluído pela Lei n.º 12.440/2011:

“Art. 642-A. É instituída a Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas (CNDT), expedida gratuita e eletronicamente, para comprovar a inexistência de débitos inadimplidos perante a Justiça do Trabalho. (Incluído pela Lei nº 12.440, de 2011)

(...)

§ 2º Verificada a existência de débitos garantidos por penhora suficiente ou com exigibilidade suspensa, **será expedida Certidão Positiva de Débitos Trabalhistas em nome do interessado com os mesmos efeitos da CNDT**. (Incluído pela Lei nº 12.440, de 2011)” (grifo nosso)

Nesse diapasão, a exemplo do que ocorre no art. 206 do Código Tributário Nacional com as certidões positivas com efeitos de negativas fiscais, também previu o legislador esta possibilidade para o sistema trabalhista. Com isso, garantiu-se que um maior número de empresas pudesse estar regularizadas perante a Justiça Trabalhista.

Ante o exposto, requer a adequação do item 11.1.5, alínea “a” do Edital, para que permita expressamente a comprovação da regularidade trabalhista por meio da

apresentação de Certidão Positiva com Efeitos de Negativa de Débitos Trabalhistas, nos termos do § 2º do Art. 642-A da CLT.

3. DA GARANTIA DE EXECUÇÃO

O item 14.8 do Edital, o item 15.1 do Termo de Referência e a Cláusula Quarta, item 2 da Minuta do Contrato exigem a apresentação de garantia de 5% do valor do contrato, em 10 dias úteis após sua assinatura.

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

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 diversa¹”.

O princípio da regra da razão se expressa 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 proteger².”

¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 24. Ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, p. 36.

² JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 14. Ed. São Paulo: Editora Dialética, 2010, p. 78.

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.

(...)

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 líbido, 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 Direito³.”

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.

³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 28 ed. São Paulo: Editora Malheiros. 2010, p. 108.

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 feita, a apresentação de garantia equivalente ao percentual máximo permitido em Lei não é razoável, razão pela qual se requer a modificação dos itens supracitados, para que a garantia exigida não ultrapasse 1% (um por cento) do valor contratado, bem como, não seja exigida em prazo tão exíguo, mas sim em 30 (trinta) dias após a celebração do Contrato.

4. PAGAMENTO VIA NOTA FISCAL COM CÓDIGO DE BARRAS

O item 17.2 do Edital, o item 11.1 do Termo de Referência e a Cláusula Sétima, item 3 da Minuta do Contrato estabelecem que o pagamento deverá ser realizado por depósito 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 dos itens em comento, a fim de permitir que o pagamento seja realizado mediante autenticação de código de barras, facilitando, assim, o reconhecimento eficiente do pagamento.

5. GARANTIA EM CASO DE ATRASO NO PAGAMENTO

O item 17.5 do Termo de Referência, o item 11.5 do Termo de Referência e a Cláusula Sétima, itens 5 e 6 da Minuta do Contrato estabelecem a forma de atualização da quantia devida a Contratada, quando há atraso no pagamento pela Contratante.

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.

Por todo o exposto, faz-se necessária a alteração dos itens em comento para que estabeleça 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.

DOS ITENS TECNICOS

ANEXO I DO EDITAL – TERMO DE REFERÊNCIA Nº134/2021

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 10. DA VIGÊNCIA DO CONTRATO E DO INÍCIO DE EXECUÇÃO

10.9. Cronograma de eventos (em dias úteis)

10.9.1. Dia D: assinatura do contrato entre o TRE-BA e a licitante vencedora (adjudicatária).

10.9.5. D + 25: Conclusão das instalações, respectivos testes e envio do último Relatório de Testes de Aceitação à fiscalização. Envio do recebimento provisório pela fiscalização à contratada.

Este item trata do prazo máximo para instalação do serviço ora licitado, em no máximo 25 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 na velocidade exigida no Edital se faz necessário a execução de um projeto exclusivo de Fibra para cada endereço.

Para elaboração e execução do projeto de implantação de fibra, deverá ser mobilizado várias empresas: Prefeitura, Empresa de Energia Elétrica, entre outras.

Portanto estes prazos tornam-se praticamente inexecutável para as empresas que pretendem participar do processo licitatório.

“1. ESPECIFICAÇÕES TÉCNICAS DO LOTE 1

1.1.3. O equipamento WI-FI adicional deverá ser entregue no local de instalação indicado na respectiva ordem de serviço no prazo máximo de 10 (dez) dias úteis.”

Vale destacar que este processo será para contratação de links para todo o estado da Bahia, teremos uma grande quantidade de links espalhado em muitos municípios, outro ponto a ser destacado são os outros entregáveis como SD-Wan e WiFi que necessitam de equipamentos específicos para o funcionamento pleno da solução e estes equipamentos necessitam de um transporte até a capital Salvador e posteriormente enviado para cada ponto.

Devemos observar que o item não considera a necessidade de importação de produtos onde os insumos estão notadamente e publicamente em escassez global o que afeta a entrega dos itens da solução almejada neste certame.

O edital deve levar em consideração uma entrega exequível dos serviços objetos da licitação. Da forma descrita e imposta no Edital somente consegue entregar os equipamentos e serviços, o fornecedor que os tenha em estoque. Esse fato reduz a competitividade do certame, com a redução de participantes aptos à entrega do serviço, mas que não têm os equipamentos em estoque.

Pedido: Diante do exposto solicitamos que o prazo de instalação seja flexibilizado para 60 dias para a instalação do serviço 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.

ANEXO A

2. ITEM 1. ESPECIFICAÇÕES TÉCNICAS DO LOTE 1

1.2. Deverão, eventualmente, ser realizados, previamente à instalação do item e sempre que indicado no documento “Ordem de Serviço”, conforme Anexo F, serviços de infraestrutura elétrica básica composta de:

1.2.1. Tubulação em PVC da entrada de serviços das fibras ópticas até o local de instalação, conforme normas específicas vigentes.

1.2.2. Tomadas no local de instalação, em quantidade necessária à alimentação dos equipamentos do item, conforme normas vigentes.

1.2.3. Circuito elétrico exclusivo no quadro elétrico local, com instalação de disjuntor específico, e nova fiação conduzida por canaletas aparentes até as tomadas do local de instalação, conforme normas vigentes.

1.2.4. Aterramento, incluindo haste e fiação, do ponto de inserção da haste até as tomadas do local de instalação, conforme normas vigentes.

Este item menciona que a contratada deverá eventualmente executar as adequações elétricas nos locais onde ficarão os equipamentos.

A Oi possui em seu contrato social a autorização para prestação de serviços de comunicação e multimídia, atendendo as exigências cujo seu objetivo social está pertinente ao objeto desta licitação.

No entanto, cabe destacar que serviços de adequações elétricas mencionadas no item em questão são de responsabilidade da CONTRATANTE, ou seja o local onde for designado para acomodar os equipamentos deverão estar aptos, com tomadas, aterramento, entre outros.

Da leitura do edital e seus anexos, verifica-se a necessidade de atividades relacionadas a infraestrutura exclusivas à instalação dos equipamentos que farão parte do escopo deste edital:

Todavia, faz-se necessário, conforme motivos explicitados nos dois primeiros parágrafos deste texto, que a necessidade de obra civil e elétrica sejam distintas dos serviços de telecomunicações a serem prestados.

Observa-se que as empresas interessadas neste tipo de contratação são de seguimentos distintos, de forma que poderão apresentar propostas mais vantajosas e econômicas caso haja esta separação, culminando ainda em uma maior competitividade entre os licitantes, fatos benéficos para a economia do erário público.

Nesse sentido, cumpre trazer à colação da decisão do Tribunal de Justiça do Rio grande do SUL-TJRS - Recurso Cível: 71000744722 RS de 1º de Dezembro de 2005, o qual decide sobre a responsabilidade civil da rede interna e externa:

RESPONSABILIDADE CIVIL. TERMINAL TELEFÔNICO. INSTALAÇÃO. REDE INTERNA E REDE EXTERNA. DÍVIDA INEXISTENTE. COBRANÇA INDEVIDA. CADASTRAMENTO INDEVIDO. SPC. TERMINAL TELEFÔNICO. INSTALAÇÃO.

REDE INTERNA E REDE EXTERNA. COBRANÇA INDEVIDA. A companhia telefônica é responsável pela instalação da rede externa de terminal telefônico, enquanto o consumidor é responsável pela instalação da rede interna. Assim, a ausência da rede interna, mas já disponibilizado o serviço, permite a cobrança efetuada pela ré e, diante do não pagamento, o cadastramento do devedor.

RECURSO PROVIDO (Recurso Cível Nº 71000744722, Primeira Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Heleno Tregnago Saraiva, Julgado em 01/12/2005)

(TJ-RS - Recurso Cível: 71000744722 RS, Relator: Heleno Tregnago Saraiva, Data de Julgamento: 01/12/2005, Primeira Turma Recursal Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 23/12/2005). (Grifo nosso)

Está claro que a responsabilidade por prover a rede interna deverá ser a contratada e não a contratante.

Pedido: Diante dos fatos, solicitamos que a responsabilidade por disponibilizar a rede interna seja da CONTRATANTE, disponibilizando assim um local com toda a infraestrutura elétrica necessária para ativação/instalação dos equipamentos da CONTRATADA.

Latência:

1.8. Todos os Enlaces Principais:

1.8.1. Deverão possuir capacidade de tráfego multicast em IPv4, permitindo que qualquer aplicação de voz e vídeo possa utilizar essa tecnologia sem qualquer necessidade de reconfiguração na solução do lote.

1.8.2. Deverá possuir latência média máxima de 60 ms, fim a fim.

ANEXO C

ITEM 1. ESPECIFICAÇÕES TÉCNICAS PARA OS ITENS 8 e 9

1.6.1. Largura de Banda de 500 Mbps.

1.6.2. Latência média máxima definida em 50 ms (considerado apenas se a vazão do enlace estiver até 80% da largura de banda nominal).

Estes itens tratam do índice máximo para latência afixado em 60ms e 50ms, para se chegar na velocidade solicitada no objeto deste edital requer acessos de fibra ótica que, por natureza própria, é uma das infraestruturas mais adequada para a transmissão de dados, conectando inclusive continentes.

Todavia, métricas comparativas apontam que uma latência ideal para redes corporativas podem estar na ordem de até 150 ms, medidas como RTT. A partir desta medida (> 150ms) os usuários já percebem lentidão nas aplicações que afetam os processos de negócio.

Percebe-se claramente, que diversas são as variáveis que afetam a latência de rede, sendo a performance do ativo que está sendo medido (utilização de recursos de hardware como CPU, Memória), a quantidade de dados sendo trafegados na rede num determinado instante, além do overhead causado pelos protocolos no momento da marcação de pacotes para atender a requisitos específicos da transmissão de dados.

Outro fator que influencia a latência é a distância física entre os pontos que estão sendo conectados, por se tratar de uma Rede que atenderá todo o estado teremos grandes distância entre os pontos.

Apesar da fibra ótica transmitir sinais de luz, o índice de refração dos sinais faz com que haja um limite, ainda que pequeno, para alcançar a "velocidade da luz" na transmissão de informações. Cabe ressaltar que estudos científicos mostram que a velocidade da luz só é obtida em ambientes com ausência de vácuo.

Esta latência só é possível garantir dentro do núcleo no backbone da rede e para o link concentrador e remoto, devemos considerar a visão fim a fim da rede.

Pedido: Diante do exposto e também pela falta de priorização de pacotes ICMP na rede (premissas de protocolo definidas em RFCs) julgamos a garantia de uma latência de 60ms e 50ms extrapolar o uso corrente do mercado para as tecnologias atuais de comunicação em redes de dados de longa distância. Desta forma, solicitamos que será aceito uma latência máxima de 100ms, valor de referência abaixo dos padrões de mercado e que atendem as mais variadas aplicações de negócio.

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.

Salvador/BA, 29 de novembro de 2021.

