

**Ilmo. Sr. Pregoeiro da Companhia de Tecnologia da Informação do Estado de Minas Gerais
- PRODEMGE,**

Ref.: Impugnação aos termos do Edital de Pregão Eletrônico n.º 001/2019.

TELEMAR NORTE LESTE S.A. – em Recuperação Judicial, com sede na Cidade do Rio de Janeiro, Estado do Rio de Janeiro, na Rua do Lavradio, 71, 2º andar, Bairro Centro, inscrita no CNPJ sob o n.º 33.000.118/0001-79, simplesmente denominada **Oi**, vem, por seu representante legal, com fulcro no item 4.1 do Edital, bem como no art. 18 do Decreto n.º 5.450/2005, apresentar **Impugnação** aos termos do Edital em referência, pelas razões a seguir expostas:

Razões de Impugnação

A Companhia de Tecnologia da Informação do Estado de Minas Gerais - PRODEMGE instaurou procedimento licitatório na modalidade Pregão, na forma eletrônica, registrado sob o n.º 001/2019, visando à *“CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES NECESSÁRIOS À IMPLANTAÇÃO, OPERAÇÃO, MANUTENÇÃO E GERENCIAMENTO DA REDE IP MULTISSERVIÇOS DO ESTADO DE MINAS GERAIS”*.

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 GARANTIA

O instrumento convocatório no item 8.5.8.3 do Edital faz a seguinte previsão:

“8.5.8.3 – Será exigida a prestação de garantia contratual pela contratada, no valor correspondente a 0,5% (zero virgula cinco por cento) do valor do contrato, no prazo máximo de 10 (dez) dias úteis, conforme subitem 21.2 do Anexo I – Termo de Referência.”.

No mesmo sentido, o item 21.2 do Termo de Referência e o item 14.2 das Minutas dos Contratos preveem:

“A CONTRATADA, no prazo máximo de 10 (dez) dias úteis após a assinatura do Contrato, prestará a garantia no valor correspondente a 0,5% (zero virgula cinco por cento) do valor do Contrato, que será liberada de acordo com as condições previstas neste Edital, desde que cumpridas as obrigações contratuais.”

Não obstante, a previsão de garantia da forma constante do Edital se afigura extremamente abusiva, já que não pode a Contratada declarar que prestará garantia de 0,5% (dois por cento) sobre o valor do Contrato, já que esta não terá conhecimento, nesta etapa, de quantos/ quais órgãos/entes da Administração Pública aderirão à Rede IP.

Ou seja, não pode a Contratada se comprometer a prestar a garantia quando da contratação com a PRODEMGE – tão somente órgão gerenciador, pois caberá a cada órgão/ente da Administração Pública que aderirão à Rede IP a dotação orçamentária para os pagamentos dos seus respectivos serviços contratados.

Frise-se que a previsão de garantia de 0,5% (dois por cento) deverá incidir sobre cada contrato/termo de cooperação efetivamente celebrado pelos integrantes da Rede IP e a Contratada, pois do contrário poderá ensejar um alto custo para a Contratada, o que não se justifica nem é razoável.

Dessa forma, a Contratada somente deverá prestar a garantia relativa a cada contrato/termo de cooperação, quando efetivamente celebrar tais instrumentos com os diversos órgãos que aderirem a Rede IP.

Sendo assim, é razoável que o instrumento convocatório seja alterado de forma que a previsão de garantia seja fornecida pela quantidade anual efetivamente contratada e atualizada a cada 12 meses conforme processo atual sobre cada contrato/termo de cooperação celebrado, sendo certo que só será devida quando da celebração dos respectivos instrumentos, sob pena de grave ofensa aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

2. EXIGÊNCIA DE APRESENTAÇÃO DO CONTRATO DE CONCESSÃO

O item 8.5.10.1 do Edital e o item 8.1 do Termo de Referência exigem, a título de comprovação da qualificação técnica, a apresentação do ato de concessão ou autorização para a prestação dos serviços objeto desta Licitação ou ainda estar de acordo com a Resolução 680/2017, ambas expedidas pela Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, conforme subitem 8.1 do Anexo I – Termo de Referência.

Porém, a apresentação dos Extratos dos Contratos de Concessão e Termos de Autorização celebrados com a Anatel devidamente publicados no Diário Oficial da União são documentos hábeis para comprovar referida exigência editalícia.

Ademais, deve-se levar em consideração que a íntegra desses documentos está disponível na página oficial da Anatel na rede mundial de computadores.

Tal solicitação tem o intuito de dar celeridade ao processo licitatório, em função da diminuição significativa de documentos, bem como economicidade para as licitantes, tendo em vista o elevado número de páginas desses documentos e o alto custo das autenticações.

Vale destacar, ainda, que é dever da Administração, ao realizar procedimentos licitatórios, exigir documentos de habilitação compatíveis com o ramo do objeto licitado, especialmente aqueles que comprovem a qualificação técnica e a capacidade econômico-financeiro dos licitantes, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal^[1]. A apresentação dos extratos devidamente publicados comprovam a qualificação técnica da participante.

^[1] “Art. 37 (...)”

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas

Ante o exposto, requer a adequação da exigência prevista no item 8.5.10.1 do Edital e no item 8.1 do Termo de Referência, para que as licitantes possam apresentar os extratos do Contrato de Concessão ou do Termo de Autorização, ambos outorgados pela ANATEL, os quais são devidamente publicados no Diário Oficial da União.

3. POSSIBILIDADE DE SUBCONTRATAÇÃO DOS SERVIÇOS, FUSÃO, CISÃO E INCORPORAÇÃO

O item 9 do Termo de Referência e o item 9.1 das Minutas dos Contratos preveem que a associação do Contratado com outrem, a cessão ou transferência, total ou parcial, bem como a fusão, cisão ou incorporação, poderão ser admitidas, em no máximo em 35% (trinta e cinco por cento) desde que aprovadas pela PRODEMGE.

Todavia, em contraponto a previsão do instrumento convocatório, cumpre observar que a realidade e o dinamismo do mercado empresarial, muitas vezes, demandam uma alteração substancial na forma de atuação das empresas, importando em reorganização na estrutura societária das pessoas jurídicas, inclusive, daquelas que contratam com a Administração Pública.

Ora, **embora o Contrato administrativo seja pessoal**, conforme se extrai do artigo 78, inciso VI, da lei 8.666/93, **não é forçoso dizer que este não é necessariamente personalíssimo, podendo, em tese, absorver eventuais alterações na estrutura societária das empresas contratadas, ainda que esta condição não esteja expressamente prevista no edital e no Contrato**. Nesta direção evoluiu a Jurisprudência do Tribunal de Contas da União.

Inicialmente, na decisão 420/02 - Plenário, o Tribunal afastou a continuidade do Contrato argumentando que os institutos indicados no inciso VI do art. 78 (cessão, transferência, fusão, cisão e incorporação) não podem ser adotados, “eis que isentam a contratada da sua posição de única e plena responsável perante a administração quanto às relações jurídicas emergentes do contrato”.

Decisão n.º 420/2002 – Plenário

“8.5- firmar o entendimento de que, em contratos administrativos, é ilegal e inconstitucional a sub-rogação da figura da contratada ou a divisão das

que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, **o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.** (...)” (grifamos)

responsabilidades por ela assumidas, ainda que de forma solidária, por contrariar os princípios constitucionais da moralidade e da eficiência (art. 37, caput, da Constituição Federal), o princípio da supremacia do interesse público, o dever geral de licitar (art. 37, XXI, da Constituição) e os arts. 2.º, 72 e 78, inciso VI, da Lei 8.666/93.”

JÁ NAS DECISÕES 1.108/03 E 1.517/05, EM SENTIDO CONTRÁRIO, O TCU ENTENDEU PELA NECESSIDADE DE REFORMA DO ENTENDIMENTO CONTIDO NA DECISÃO 420/02, MANIFESTANDO-SE PELA POSSIBILIDADE DA CONTINUIDADE DO CONTRATO, DESDE QUE PREVISTO EXPRESSAMENTE NO EDITAL E QUE SEJAM MANTIDAS TODAS AS CONDIÇÕES INICIALMENTE PACTUADAS.

Acórdão 1108/2003 – Plenário

“...imperioso que a empresa resultante da fusão, cisão ou incorporação preencha os mesmos requisitos de habilitação exigidos inicialmente. O preenchimento desses requisitos resguarda a administração de possíveis problemas que poderiam ocorrer em cada um desses processos, como o comprometimento da saúde financeira da empresa, a perda da capacidade técnica para executar determinados serviços (no caso de uma cisão, por exemplo), ou a ausência de regularidade fiscal da empresa sucessora. Tal necessidade é, ate mesmo, uma consequência do art. 55, inciso XIII da Lei nº 8.666/93, que estabelece que o contratado deve manter, durante todo o contrato, as condições de habilitação exigidas na licitação”.

Acórdão 1517/2005 – Plenário

“É preciso ter a exata noção de que nem todas as hipóteses elencadas no art. 78 da Lei 8666/1993 impõem, se ocorrerem, necessariamente, a rescisão do contrato firmado com a Administração Pública. Esse entendimento encontra respaldo na jurisprudência desta Casa, reafirmada no Acórdão 1108/2003 – Plenário, de minha Relatoria, prolatado nos autos do TC 013.546/2002-0”.

Posteriormente, manifestando-se de forma mais flexível nos julgados 113/06; 2.071/06 e 634/07 **O TCU PASSOU A ADMITIR A POSSIBILIDADE DE CONTINUIDADE CONTRATUAL, AINDA QUE NÃO PREVISTA EXPRESSAMENTE NO EDITAL E NO CONTRATO.**

Acórdão 634/2007 – Plenário

“Nos termos do art. 78, inciso VI, da Lei 8.666/1993, se não há expressa regulamentação no edital e no termo de contrato dispondo de modo diferente, 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”.

EM OUTRO TURNO, O TCU, EM JURISPRUDÊNCIA MAIS RECENTE, TEM DECIDIDO QUE A OCORRÊNCIA DE FUSÃO, CISÃO OU INCORPORAÇÃO PELA EMPRESA CONTRATADA, PODE SER ACATADA PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, DESDE QUE ATENDIDOS OS SEGUINTE PRESSUPOSTOS:

- **NÃO HAJA PROIBIÇÃO NO EDITAL NEM NO CONTRATO;**
- **SEJAM MANTIDAS AS CONDIÇÕES DE HABILITAÇÃO EXIGIDAS NA LICITAÇÃO;**
- **NÃO HAJA QUALQUER PREJUÍZO PARA A FIEL EXECUÇÃO DO CONTRATO.**

REPRESENTAÇÃO. LICITAÇÃO. PROCEDÊNCIA. CISÃO EMPRESARIAL. CONTINUIDADE DA EXECUÇÃO CONTRATUAL. REVOGAÇÃO DA MEDIDA CAUTELAR. COMUNICAÇÃO. ARQUIVAMENTO.

1. A cisão empresarial não determina, por si só, a revogação contratual prevista no art. 78, inc. VI, da Lei 8.666/93.
2. Observado o interesse público, acordo firmado entre particulares sob o império do direito privado pode nortear decisão do administrador público.
3. Revoga-se medida cautelar anteriormente concedida quando insubsistentes os motivos para sua adoção.
Voto do Ministro Relator
5. Acerca da legalidade de fusão, incorporação ou cisão em contratos administrativos, frente ao disposto no art. 78, inc. VI, da Lei nº 8.666/93, o TCU entendeu, em consulta formulada pela Câmara dos Deputados, por meio do Acórdão 1.108/2003 do Plenário,

que é possível a continuidade dos contratos, desde que sejam observados os seguintes requisitos: - tal possibilidade esteja prevista no edital e no contrato; - a nova empresa cumpra os requisitos de habilitação originalmente previstos na licitação; e - sejam mantidas as condições originais do contrato.

6. Vale dizer, acerca do primeiro requisito, que o Tribunal vem evoluindo para considerar que, restando caracterizado o interesse público, admite-se a continuidade do contrato, ainda que não prevista a hipótese de reorganização empresarial no edital e no contrato. Essa é a posição, aliás, da Unidade Técnica, do autor da representação e do órgão contratante do Distrito Federal. Ademais, está contida no recente Acórdão nº 113/2006 - Plenário.

7. Penso ser louvável a evolução jurisprudencial ocorrida no TCU sobre essa matéria. A dinâmica empresarial inerente a um mercado competitivo e globalizado, que impõe a necessidade de alterações na organização da sociedade para a sua própria sobrevivência, não pode ficar engessada por falta de previsão, nos contratos administrativos, sobre a possibilidade de alteração organizacional, por meio de cisão, fusão ou incorporação.

8. A proibição de alteração da organização da sociedade contratante com a Administração Pública poderia, ao contrário do desejado pela norma, levar ao seu enfraquecimento e, assim, oferecer riscos à plena execução contratual.

9. É sabido que, nos contratos administrativos, a Administração Pública participa com supremacia de poderes na relação jurídica, com suporte no objetivo de fazer prevalecer o interesse público sobre os interesses particulares. E para isso, a Administração dispõe de prerrogativas, entre elas a possibilidade de alterar ou rescindir unilateralmente os ajustes e de aplicar sanções legais.

10. Assim, a previsão contida no art. 78, inc. VI, no que tange à ocorrência de fusão, incorporação ou cisão, deve ser vista como uma prerrogativa, uma faculdade da Administração, e não como uma consequência direta e inexorável da reorganização empresarial, que não admite avaliação acerca do interesse público na adoção da medida extrema.

11. A rescisão há de ser aplicada quando a hipótese prevista no dispositivo mostrar-se inconveniente para o serviço público ou quando ferir os princípios básicos da Administração Pública.

Logo, a posição majoritária do TCU entende pela continuidade do Contrato, uma vez mantidas todas as condições inicialmente pactuadas, inclusive quanto os requisitos de habilitação e qualificação técnica, cabendo à Administração verificar a inexistência de prejuízo em cada caso.

O TCU passou a flexibilizar o tema e admitir a possibilidade da continuidade do Contrato decorrente de fusão, cisão ou incorporação da empresa contratada, em prol da continuidade do serviço público e do interesse público desde que sejam mantidas as condições de habilitação exigidas na licitação e não haja qualquer prejuízo para a fiel execução do Contrato.

Diante do exposto, em prestígio a segurança jurídica e em obediência estrita a jurisprudência mais atual do Tribunal de Contas da União, a Oi requer a alteração do item em comento, para que não haja limitação percentual decorrente de fusão, cisão ou incorporação.

4. DOS ASPECTOS TÉCNICOS DO EDITAL

A empresa Oi na análise criteriosa do objeto a ser contratado pela Companhia de Tecnologia da Informação do Estado de Minas Gerais - PRODEMGE, com relação as suas especificações técnicas, entende que alguns aspectos devem ser revistos e readequados.

Diante de tal situação, passamos a expor as nossas razões.

Possibilidade de dupla interpretação quanto ao item 1.11.2 Anexo 1.3 do Lote X – SD-WAN e 5.8.4 Do Termo de Referência

“1.11.2. Para as velocidades até 1 Mbps, a prestadora deverá garantir 100% da banda útil, para upload e download para qualquer tecnologia utilizada.”

“5.8.4

Meio de Transmissão	Perfil	Taxa de "Download"	Taxa de "Upload"
Satélite	I	100%	30%
Terrestre	I	100%	100%
Satélite	III	50%	15%
Terrestre (SD-WAN)	III	40%	10%
Terrestre (MPLS)	III	50%	50%

Quadro 1 – Garantia de taxas de transmissão

Estamos entendendo que o item 1.11.2 se refere somente solução terrestre, visto que a solução satélite é permitida no perfil III – Lote X e as garantias são 50% Download e 15% upload.

Importante esclarecer que o item 1.11.2 versus o item 5.8.4 permite dupla interpretação e considerando que o edital da SEPLAG possui as mesmas características técnicas não contendo esta exigência, portanto solicitamos a exclusão 1.11.2 evitando assim a dupla interpretação ou retificá-lo incluindo a palavra terrestre e alterada a redação para a velocidade 512Kbps considerando necessidades de melhor atendimento, com menor custo para o estado

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.

Belo Horizonte/MG, 20 de março de 2020.



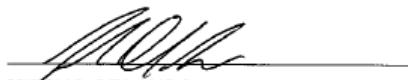
EDUARDO CAMARGOS LOPES

BATISTA

RG nº M3085788 SSP/MG

CPF nº 561.967.176-34

Executivo de Negócios



MITSUO ORLÁNDO NONAKA

RG nº M-9-063.318 SSP - MG

CPF nº 034.455.116-40

Gerente de Vendas Corporativo