

COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÃO - CPL**Carta Nº 022/2022**

Belém (PA), 25 de novembro de 2022.

REF: PREGÃO ELETRÔNICO Nº 025/2022 – CONTRATAÇÃO DE SOLUÇÕES TECNOLÓGICAS ESPECIALIZADAS DE SERVIÇOS EM TELECOMUNICAÇÕES, CONTEMPLANDO FORNECIMENTO DE REDES MPLS CONCOMITANTE AO USO DE TECNOLOGIA SD-WAN COM IMPLANTAÇÃO, CONFIGURAÇÃO, GERENCIAMENTO E MANUTENÇÃO DA REDE DE ENLACES DEDICADOS PARA TRANSMISSÃO DE DADOS NOS SITES REMOTOS, POSSIBILITANDO CONEXÃO DE DADOS ATRAVÉS DE DIFERENTES TECNOLOGIAS, INCLUINDO 3G OU SUPERIOR, VISANDO FORNECER CONECTIVIDADE E DISPONIBILIDADE PARA AS UNIDADES DO BANPARÁ ESPALHADAS PELO ESTADO DO PARÁ E OS DATACENTERS LOCALIZADOS EM BELÉM, ASSIM COMO ENLACES DE CONECTIVIDADE À REDE INTERNET COM SOLUÇÃO ANTI-DDOS NOS SITES CENTRAIS, CONFORME ESPECIFICAÇÕES E CONDIÇÕES EXIGIDAS NO EDITAL E DEMAIS ANEXOS.

AO**OI S/A,**

I. Em resposta à impugnação interposta ao Edital do PE nº 025/2022, em que essa empresa questiona itens do Edital e do Termo de Referência, segue a manifestação do Banco após análise da área técnica e do Núcleo Jurídico do Banpará:

1) POSSIBILIDADE DE SUBCONTRATAÇÃO:

A impugnante enfatiza que:

COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÃO - CPL

“O item 22.2.19 do Termo de referência dispõe que é vedada a subcontratação para a execução dos serviços objeto desta contratação.

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 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

Comissão Permanente de Licitações – CPL

Avenida Presidente Vargas, n.º 251, 1º Andar, CEP: 66.010-000 Comércio – Belém – Pará

Fone: (091) 3348-3303 (91) 3348-3391 (91)3348-3392

cpl-1@banparanet.com.br

COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÃO - CPL

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

Comissão Permanente de Licitações – CPL

Avenida Presidente Vargas, n.º 251, 1º Andar, CEP: 66.010-000 Comércio – Belém – Pará
Fone: (091) 3348-3303 (91) 3348-3391 (91)3348-3392
cpl-1@banparanet.com.br

COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÃO - CPL

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 SEGUINTESS 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

Comissão Permanente de Licitações – CPL

Avenida Presidente Vargas, n.º 251, 1º Andar, CEP: 66.010-000 Comércio – Belém – Pará

Fone: (091) 3348-3303 (91) 3348-3391 (91)3348-3392

cpl-1@banparanet.com.br

COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÃO - CPL

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

Comissão Permanente de Licitações – CPL

Avenida Presidente Vargas, n.º 251, 1º Andar, CEP: 66.010-000 Comércio – Belém – Pará

Fone: (091) 3348-3303 (91) 3348-3391 (91)3348-3392

cpl-1@banparanet.com.br

COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÃO - CPL

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 se consigne expressamente, que o Contrato não poderá ser rescindido, de forma unilateral, exclusivamente por alteração na estrutura societária da empresa Contratada, bem como para que seja permitida a subcontratação parcial, em conformidade com o que dispõe o art. 72 da Lei nº 8666/93.”

Comissão Permanente de Licitações – CPL

Avenida Presidente Vargas, n.º 251, 1º Andar, CEP: 66.010-000 Comércio – Belém – Pará

Fone: (091) 3348-3303 (91) 3348-3391 (91)3348-3392

cpl-1@banparanet.com.br

COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÃO - CPL

1.2 MANIFESTAÇÃO DA ÁREA TÉCNICA:

O item 22.2.19 do Termo de referência dispõe que é vedada a subcontratação para a execução dos serviços objeto desta contratação.

Resposta:

A subcontratação é permitida nessa licitação. No item 22.2.19, onde se lê:

"É vedada a subcontratação para a execução dos serviços objeto desta contratação"

Leia-se:

***"Não será** vedada a subcontratação para a execução dos serviços objeto desta contratação"*

Ressalte-se que os itens 8.12, 10.3.3, 13.2.1.5 e 18.1 do Termo de Referência fazem menção expressa à possibilidade de subcontratação parcial do objeto da presente licitação, ficando claro que a redação anterior do item 22.2.19 consistiu apenas de mero erro de digitação.

2) DAS PENALIDADES EXCESSIVAS

A impugnante enfatiza que:

"O item 14.2.1 da Minuta do contrato (Anexo III) determina a aplicação de multas que extrapolam o limite de 10% (dez por cento) sobre o valor do contrato estabelecido pelo Decreto n.º 22.626/33, em vigor conforme Decreto de 29 de novembro de 1991. A fixação de multa nesse patamar também ofende a Medida Provisória n.º 2.172/01 (e suas reedições), aplicável a todas as modalidades de contratação, inclusive aquelas firmadas entre particulares e Administração Pública.

Veja-se:

14.2.1 Na hipótese da aplicação da multa prevista na alínea "a" deste subitem, caso não seja possível utilizar o critério do valor do faturamento bruto da pessoa jurídica, a multa será de R\$ 6.000,00 (seis mil reais) a R\$ 60.000.000,00 (sessenta milhões de reais).

O art. 87, inciso III, da Lei de Licitações determina que na hipótese de inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá aplicar a sanção de "multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no

Comissão Permanente de Licitações – CPL

Avenida Presidente Vargas, n.º 251, 1º Andar, CEP: 66.010-000 Comércio – Belém – Pará

Fone: (091) 3348-3303 (91) 3348-3391 (91)3348-3392

cpl-1@banparanet.com.br

COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÃO - CPL

contrato”. Ocorre que não há no dispositivo em questão qualquer limite à aplicação da multa, o que gera, automaticamente, sua interpretação indissociável com o princípio da proporcionalidade, conforme se observa do entendimento de Marçal Justen Filho sobre o tema:

“Então, o instrumento jurídico fundamental para elaboração de uma teoria quanto às sanções atinentes à contratação administrativa reside na proporcionalidade. Isso significa que, tendo a Lei previsto um elenco de quatro sanções, dotadas de diverso grau de severidade, impõe-se adequar as sanções mais graves às condutas mais reprováveis. A reprovabilidade da conduta traduzir-se-á na aplicação de sanção proporcionada correspondente”¹ (grifo nosso)

Nesse sentido, deve-se guardar a proporcionalidade entre o fato gerador da sanção e o quantum a ser exigido, como bem alinhava o art. 2º, parágrafo único, inciso VI, da Lei n.º 9.784/1999, por exigir “adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias para o atendimento do interesse público”.

Não é o que se observa no caso em questão. A multa definida no percentual acima exposto gera para a Contratada gravame completamente desproporcional, ferindo os princípios da proporcionalidade e da própria legalidade.

A doutrina alemã do princípio da proporcionalidade, amplamente aceita e praticada no sistema jurídico brasileiro, traz como método de sua aplicação a análise de seus três sub-princípios: adequação (Geeignetheit), necessidade (Notwendigkeit) e proporcionalidade em sentido estrito (Verhältnismäßig im engeren Sinn). O pressuposto da adequação determina que a medida aplicada deve guardar relação entre meio e fim, de modo que seja a mais adequada para a resolução da questão. A necessidade diz respeito à escolha da medida menos gravosa para atingir sua efetividade. E, por fim, a proporcionalidade em sentido estrito é a ponderação entre o meio-termo e a justa-medida da ação que se deseja perpetrar, verificando-se se a medida alcançará mais vantagens que desvantagens.

Tal princípio é reconhecido e definido por José dos Santos Carvalho Filho da seguinte forma:

Comissão Permanente de Licitações – CPL

Avenida Presidente Vargas, n.º 251, 1º Andar, CEP: 66.010-000 Comércio – Belém – Pará

Fone: (091) 3348-3303 (91) 3348-3391 (91)3348-3392

cpl-1@banparanet.com.br

COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÃO - CPL

“Segundo a doutrina alemã, para que a conduta estatal observe o princípio da proporcionalidade, há de revestir-se de tríplice fundamento: 1) adequação, significando que o meio empregado na atuação deve ser compatível com o fim colimado; 2) exigibilidade, porque a conduta deve ser necessária, não havendo outro meio menos gravoso ou oneroso para alcançar o fim público, ou seja, o meio escolhido é o que causa o menor prejuízo possível para os indivíduos; 3) proporcionalidade em sentido estrito, quando as vantagens a serem conquistadas superarem as desvantagens.”² (grifo nosso)

No presente caso, verifica-se que a sanção de multa fixada no referido percentual até se encaixam no primeiro pressuposto, sendo adequadas ao cumprimento de seu fim. No entanto, o mesmo não se pode dizer quanto à necessidade. A quantidade fixada à título de multa é medida completamente desnecessária para punir o descumprimento da regra do Edital, uma vez que poderia causar menor prejuízo para o particular e mesmo assim atingir o fim desejado. Entende-se que a aplicação de multa com fito pedagógico pode ser entendida como razoável, mas a sua definição em patamares elevados torna a sanção desnecessária. Isso porque existem meios menos gravosos, mas mesmo assim a Administração optou pela escolha do pior método.

Por fim, verifica-se que a sanção aplicada à Contratada não preenche também o pré-requisito da proporcionalidade em sentido estrito. É flagrante que o presente percentual de multa pune a Contratada sobremaneira, excedendo-se desarrazoadamente quando se observa o fato que a ensejou. É perfeita a aplicação da metáfora de Jellinek que “não se abatem pardais disparando canhões”.

Observa-se, portanto, que a Administração, ao fixar a penalidade em comento, descumpriu completamente o princípio da proporcionalidade, sendo necessária a revisão de tal medida. Cumpre ainda ressaltar que não quer a Contratada se eximir do cumprimento das sanções estabelecidas se de fato viesse a descumprir o contrato e dar ensejo a rescisão deste. Pede-se apenas que estas sejam aplicadas de forma proporcional ao fato que as ensejou.

Noutro giro, verifica-se que o próprio STJ reconheceu que diante do caráter vago do art. 87 da Lei de Licitações, a Administração deve-se balizar pelo princípio da proporcionalidade:

Comissão Permanente de Licitações – CPL

Avenida Presidente Vargas, n.º 251, 1º Andar, CEP: 66.010-000 Comércio – Belém – Pará

Fone: (091) 3348-3303 (91) 3348-3391 (91)3348-3392

cpl-1@banparanet.com.br

COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÃO - CPL

“Mandado de Segurança. Declaração de Inidoneidade. Descumprimento do Contrato Administrativo. Culpa da Empresa Contratada. Impossibilidade de Aplicação de Penalidade mais Grave a Comportamento que não é o mais Grave. Ressalvada a aplicação de Outra Sanção pelo Poder Público.

Não é lícito ao Poder Público, diante da imprecisão da lei, aplicar os incisos do artigo 87 sem qualquer critério. Como se pode observar pela leitura do dispositivo, há uma gradação entre as sanções. Embora não esteja o administrador submetido ao princípio da pena específica, vigora no Direito Administrativo o princípio da proporcionalidade.

Não se questiona, pois, a responsabilidade civil da empresa pelos danos, mas apenas a necessidade de imposição da mais grave sanção a conduta que, embora tenha causado grande prejuízo, não é o mais grave comportamento.” (MS n.º 7.311/DF)

Vê-se que tal entendimento corrobora o que fora acima alinhavado, demonstrando que a fixação da sanção, bem como o quantum referente à multa deve ocorrer tendo como base o princípio da proporcionalidade.

Por todo o exposto, requer a adequação do item 14.2 da Minuta do contrato (Anexo III), para que as multas aplicadas observem o limite de 10% (dez por cento) sobre o valor do contrato.”

2.2 MANIFESTAÇÃO DO NÚCLEO JURÍDICO:

As legislações invocadas pela impugnante não são aplicáveis ao Banco do Estado do Pará, integrante da Administração Pública Estadual e submetido, em matéria administrativa, à legislação estadual. A nível estadual, não se verifica a limitação mencionada, restando claro que a impugnação carece de base normativa para apoiar-se. Nestes termos, conclui-se pela improcedência da mesma.

Comissão Permanente de Licitações – CPL

Avenida Presidente Vargas, n.º 251, 1º Andar, CEP: 66.010-000 Comércio – Belém – Pará

Fone: (091) 3348-3303 (91) 3348-3391 (91)3348-3392

cpl-1@banparanet.com.br

3) REAJUSTE DOS PREÇOS

A impugnante enfatiza que:

“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 inexequível ou a distorção da competição.”

Comissão Permanente de Licitações – CPL

Avenida Presidente Vargas, n.º 251, 1º Andar, CEP: 66.010-000 Comércio – Belém – Pará

Fone: (091) 3348-3303 (91) 3348-3391 (91)3348-3392

cpl-1@banparanet.com.br

COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÃO - CPL

Ante o exposto, requer a inclusão de cláusula no Edital e na Minuta do Contrato, de modo que o reajuste dos preços seja realizado da seguinte forma:

“A Contratada poderá reajustar os preços de cobrança dos serviços a cada 12 meses, a contar da data de assinatura do presente instrumento, considerando seu valor básico o atualizado até esta data, devendo ser utilizado como índice de reajuste o IGP-DI”.

3.1. MANIFESTAÇÃO DA ÁREA TÉCNICA:

Não procede pois a previsão de reajuste de preços contratados está prevista no ANEXO III do edital – Minuta de instrumento de contrato, cláusula onze, bem como no item 21.2 do termo de Referência.

3.2. MANIFESTAÇÃO DO NÚCLEO JURÍDICO:

A minuta de contrato conta com cláusula de reajuste:

11.2 Os valores contratados serão reajustados anualmente, a contar da data de assinatura deste contrato, no prazo da lei, segundo o IPCA (Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo), ou outro, na falta deste, que estiver estabelecido na legislação à época de cada reajuste

Improcedente, portanto, a impugnação.

4) CLÁUSULA DEZESSETE – DO TRATAMENTO DE DADOS

A impugnante enfatiza que:

“A dezessete do contrato a ser celebrado dispõe sobre o dever das Partes no que tange ao cumprimento do disposto na Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. Todavia, a referida cláusula apresenta disposições que não condizem com a realidade fática da prestação de serviços, conforme se esclarecerá adiante.

Primeiramente, apesar do disposto na cláusula 17.3, cumpre observar que o edital visa a contratação de rede MPLS o qual não envolve, em si, o tratamento de dados pessoais pelas Partes, tampouco de dados pessoais sensíveis. Em palavras simples, significa dizer que a CONTRATADA não terá, no exercício de seus serviços, acesso aos dados pessoais, fornecendo apenas a infraestrutura necessária para a conexão entre as unidades da CONTRATANTE. Assim, os dados trafegados nessa estrutura NÃO SERÃO acessados pela CONTRATADA.

Comissão Permanente de Licitações – CPL

Avenida Presidente Vargas, n.º 251, 1º Andar, CEP: 66.010-000 Comércio – Belém – Pará

Fone: (091) 3348-3303 (91) 3348-3391 (91)3348-3392

cpl-1@banparanet.com.br

COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÃO - CPL

Apenas a título de discussão teórica, ainda que o Contrato envolvesse o tratamento de dados, não seria a CONTRATADA classificada como operador de dados e, desse modo, não caberia a ela as obrigações previstas nas cláusulas 17.10 e seguintes. Isso porque, conforme estabelece o art.5, inciso VII, caberá ao Operador realizar o tratamento de dados em nome do Controlador, o que não ocorreria no presente certame, visto que a Contratada não trata dados pessoais em nome da CONTRATANTE no exercício dos serviços a serem contratados.

Reforça-se, assim, que a CONTRATADA não terá acesso, em decorrência da prestação do serviço, a dados pessoais de clientes/colaboradores/usuários da CONTRATANTE ou qualquer informação trafegada na rede, por se tratar de mera solução de proteção. Assim, não deve ser classificada, tampouco assumir obrigações típicas de um Operador de dados pessoais.

É bem verdade que, como acontece em qualquer instrumento, as partes podem ter acesso a alguns dados pessoais, como, por exemplo, de representantes das empresas, todavia, referido tratamento, SE OCORRER, será meramente incidental, ou seja, sem estar ligado à execução dos serviços em si.

Mesmo nesses casos, certo é que as partes seriam classificadas como Controladoras Autônomas, considerando que não haveria qualquer tratamento pela Contratada em nome da Contratante. Assim sendo, não há que se falar em obrigações exclusivas à Contratada, mas sim destinadas a ambas as Partes.

À vista do exposto, constata-se que as disposições previstas na cláusula dezessete não são aplicáveis ao contrato ora em vertente, razão pela qual posicionamo-nos pela sua alteração, a fim de que sejam estabelecidas disposições gerais relacionadas à LGPD, as quais melhor se adequam ao objeto do contrato e a responsabilidade de ambas as Partes, conforme abaixo:

CLÁUSULA DEZESSETE – DO TRATAMENTO DE DADOS PESSOAIS 1. Em havendo qualquer atividade de tratamento de dados pessoais decorrente das obrigações assumidas nesse contrato, as Partes obrigam-se a atuar no em conformidade com a legislação vigente sobre Proteção de Dados Pessoais e as determinações de órgãos reguladores/fiscalizadores sobre a matéria, em especial, a Lei nº 13.709/2018 - Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), tratando dados pessoais exclusivamente para as finalidades relacionadas ao contrato. 2. A qualificação das partes enquanto agentes de tratamento respeitará os ditames da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais - LGPD, prevalecendo o contexto fático inerente à atividade de tratamento eventualmente realizada por

Comissão Permanente de Licitações – CPL

Avenida Presidente Vargas, n.º 251, 1º Andar, CEP: 66.010-000 Comércio – Belém – Pará

Fone: (091) 3348-3303 (91) 3348-3391 (91)3348-3392

cpl-1@banparanet.com.br

COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÃO - CPL

qualquer um dos contratantes, de modo que o tratamento de dados pessoais para finalidades que superem o escopo deste contrato será de responsabilidade da parte que lhe der causa. 3. As Partes se comprometem, ainda, em garantir a integridade dos dados pessoais, eventualmente tratados, em todo o seu ciclo de vida, implementando as medidas necessárias para manter a confidencialidade, segurança e proteção dos dados pessoais sob sua posse e protegendo-os de eventuais incidentes de segurança como acessos não autorizados, vazamento e/ou divulgação indevida, com nível de segurança em conformidade com o exigido pela Autoridade Nacional de Proteção de Dados (“ANPD”) ou na falta de orientação deste, seguindo as melhores prática do mercado em termos de segurança de dados.

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.”

4.1 MANIFESTAÇÃO DA ÁREA TÉCNICA:

No que diz respeito à inexistência de tratamento de dados no objeto dessa licitação, esta GETEL entende que não está correto o entendimento da LICITANTE. De acordo com a Lei 13.709/2018, art. 5º, inciso X, uma das possibilidades de tratamento de dados pessoais é a transmissão. É verdade que os dados trafegarão pela rede das CONTRATADAS de forma criptografada, não tendo as CONTRATADAS acesso ao seu conteúdo; no entanto, a mera transmissão dos dados pessoais já configura hipótese de tratamento, de acordo com a referida Lei. Logo, não está correto afirmar que a prestação do serviço não envolve o tratamento de dados pessoais pelas partes.

No que diz respeito à sugestão de redação da CLÁUSULA DEZESSETE fornecida pela LICITANTE, solicitamos que o pedido seja encaminhado ao NUJUR, que é responsável pela elaboração da minuta de instrumento contratual.

4.2. MANIFESTAÇÃO DO NÚCLEO JURÍDICO:

- I. O Núcleo Jurídico aduz que entende-se pela sua improcedência, tendo em vista a resposta da área técnica de que há tratamento de dados pessoais na execução do objeto do Contrato.

Comissão Permanente de Licitações – CPL

Avenida Presidente Vargas, n.º 251, 1º Andar, CEP: 66.010-000 Comércio – Belém – Pará

Fone: (091) 3348-3303 (91) 3348-3391 (91)3348-3392

cpl-1@banparanet.com.br

COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÃO - CPL

Assim, devem ser aplicadas as regras da Lei Geral de Proteção de Dados, bem como o Banco, como controlador dos dados pessoais, possui responsabilidade quanto aos seus terceirizados, vejamos:

Art. 42. O controlador ou o operador que, em razão do exercício de atividade de tratamento de dados pessoais, causar a outrem dano patrimonial, moral, individual ou coletivo, em violação à legislação de proteção de dados pessoais, é obrigado a repará-lo.

§ 1º A fim de assegurar a efetiva indenização ao titular dos dados:

I - o operador responde solidariamente pelos danos causados pelo tratamento quando descumprir as obrigações da legislação de proteção de dados ou quando não tiver seguido as instruções lícitas do controlador, hipótese em que o operador equipara-se ao controlador, salvo nos casos de exclusão previstos no art. 43 desta Lei;

II - os controladores que estiverem diretamente envolvidos no tratamento do qual decorreram danos ao titular dos dados respondem solidariamente, salvo nos casos de exclusão previstos no art. 43 desta Lei.

Ademais, as cláusulas apresentadas pela Licitante não abarcam as regras contratuais necessárias quanto ao tratamento de dados pessoais na execução do objeto que está sendo licitado.

II. Ante o exposto, com base na análise e manifestação exarada pelo NUJUR, esta Pregoeira recebe e conhece a impugnação, eis que tempestiva, para no mérito, julgar o requerimento de impugnação **IMPROCEDENTE.**

Atenciosamente,

**Marina Furtado
Pregoeira**

Comissão Permanente de Licitações – CPL

Avenida Presidente Vargas, n.º 251, 1º Andar, CEP: 66.010-000 Comércio – Belém – Pará

Fone: (091) 3348-3303 (91) 3348-3391 (91)3348-3392

cpl-1@banparanet.com.br