

IMPUGNAÇÃO AO EDITAL

Pregão Eletrônico n.º 08/2018 - Conselho Regional de Medicina do Estado da Paraíba - CRM-PB.

Impugnante: Telefônica Brasil S/A.

Ao (À) Sr.(a) Pregoeiro (a) do Conselho Regional de Medicina do Estado da Paraíba - CRM-PB,

TELEFÔNICA BRASIL S/A., Companhia Aberta, com sede na Avenida Engenheiro Luiz Carlos Berrini, nº. 1376, Bairro Cidade Monções, São Paulo/SP, CEP 04.571-000, inscrita no CNPJ sob o nº. 02.558.157/0001-62, NIRE nº. 35.3.001.5881-4, vem, respeitosamente, perante V. Sa, apresentar **IMPUGNAÇÃO AO EDITAL** do PREGÃO ELETRÔNICO em epígrafe, com sustentação no §2º do art. 41 da Lei Federal n.º 8.666/1993 - aplicável por força do art. 9º da Lei Federal n.º 10.520/2002, pelos fundamentos demonstrados nesta peça.

I - TEMPESTIVIDADE.

Inicialmente, comprova-se a tempestividade desta impugnação, dado que a sessão pública está prevista para 19.11.2018, tendo sido, portanto, cumprido o prazo pretérito de 02 (dois) dias úteis previsto no art. 41, §2.º da Lei Federal n.º 8.666/1993, bem como no item 16, subitem 16.1 do Edital do Pregão em comento.

II - OBJETO DA LICITAÇÃO.

O Pregão Eletrônico em referência tem por objeto a “*Contratação de empresa especializada para prestação de Serviço de Transmissão de Dados, compreendendo INSTALAÇÃO E OPERAÇÃO DE LINKS WAN e LINKS DE INTERNET INCLUINDO TODOS OS EQUIPAMENTOS NECESSÁRIOS AO FUNCIONAMENTO, objetivando atender às demandas do CONTRATANTE, através do sistema de Pregão Eletrônico e conforme especificações constantes deste Termo de Referência e anexos*”.

A presente impugnação apresenta questões pontuais que viciam o ato convocatório, quer por discreparem do rito estabelecido na Lei Federal n.º 8.666/1993 (com alterações posteriores) e na Lei Federal n.º 10.520/2002, quer por restringirem a competitividade, condição esta essencial para a validade de qualquer procedimento licitatório.

Pretende também apontar situações que devem ser esclarecidas, facilitando-se a compreensão de determinadas cláusulas e evitando-se interpretações equivocadas.

III - FUNDAMENTOS.

01. QUESTIONAMENTOS RELATIVOS À DESCRIÇÃO DA SOLUÇÃO DE CONECTIVIDADE EM DEMANDA.

A licitação constitui um procedimento que se destina precipuamente, nos termos do art. 3º da Lei Federal n.º 8.666/1993 a estabelecer a observância do princípio da isonomia entre os potenciais fornecedores e a selecionar a proposta mais vantajosa para o órgão licitador.

Tais objetivos não podem ser considerados isoladamente, devendo ambos se interpenetrarem para configurar uma proposta administrativa adequada a tais pressupostos.

Nesta ordem de ideias, apesar das peculiaridades e diretivas definidas no edital e seus anexos, **do conteúdo publicado, não se vislumbra todos os elementos e encargos componentes do descritivo técnico que se**

revelem plenamente compatíveis com as funcionalidades e particularidades inerentes ao projeto em questão, tal como comumente empregadas em mercado, dificultando a estruturação da operação ora exigida e, por conseguinte, obstaculizando a equivalência e uniformidade do objeto, bem como a coesa apresentação de propostas por parte de operadoras interessadas à disputa.

Compete ressaltar, portanto, que para a adequada compreensão do projeto em pleito (solução SCM – Serviço de Comunicação Multimídia), **resta indispensável o delineamento inequívoco de todos os elementos técnico-operacionais que norteiam a relacionada prestação,** nos termos do art. 3º, inc. II da Lei Federal n.º 10.502/2002, *in verbis*:

Art. 3º. A fase preparatória do pregão observará o seguinte: (...).
II - a definição do objeto deverá ser precisa, suficiente e clara, vedadas especificações que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, limitem a competição;

Isto posto, com o intento de verificar todos os aspectos de ordem legal, comercial e técnico operacional que integram e particularizam a demanda então licitada, a empresa interessada na adjudicação do objeto em disputa, questiona:

A. Subcontratação.

Anexo I.

4.7. Não será permitida a subcontratação, no todo ou em parte, dos objetos deste certame licitatório. Isto significa que a infraestrutura e os circuitos utilizados para conectar o backbone da CONTRATADA até chegar na entrada da infraestrutura da CONTRATANTE devem ser de posse da CONTRATADA, não sendo permitido subcontratá-los.

O objeto do presente instrumento consiste na seleção de proposta para contratação de empresa(s) especializada(s), visando a disponibilização de circuitos de rede interna (links dedicados de acesso à internet) que permitam a comunicação dos integrantes das unidades que compõem o conselho de fiscalização profissional.

Ocorre que, para uso de recursos de MPLS da operadora contratada e efetiva disponibilização das ferramentas de rede / acesso, em diversas situações (tal como exigido para o projeto então licitado) são empregados meios físicos de terceiros, o que se denomina *last mile* (última milha), prática comum de mercado e devidamente regulamentada pela Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL.

Neste contexto, é correto afirmar que a subcontratação da última milha de terceiros promove maior competitividade ao certame e, como consequência, possibilita a oferta de preços mais atrativos à entidade licitadora (economicidade na disputa).

Todavia, o instrumento convocatório, de forma errática, veda a possibilidade de **subcontratação** do objeto então licitado, tal como sustentado no dispositivo editalício acima reproduzido.

A admissão de empresas subcontratadas para execução de parte do objeto licitado **decorre diretamente do princípio da isonomia** (art. 37, inc. XXI, da Constituição da República Federativa do Brasil), consubstanciado na possibilidade de ampla competição entre as empresas existentes no mercado e **na igualdade de condições de acesso** às contratações realizadas com recursos públicos.

No entanto, não tendo sido demonstrada a necessidade técnica e econômica do fornecimento do objeto por meio de uma única empresa sem a possibilidade de subcontratação parcial do objeto, **observa-se a imposição de uma restrição injustificada à competitividade**, considerada a manifesta limitação à participação de qualquer empresa que tenha autorização de Agência Reguladora (conforme o caso) ou órgão competente para fornecer os materiais/componentes solicitados, bem como prestar somente um dos tipos de serviço previstos em ato convocatório ou não disponha de acervo técnico (meio físico de transmissão - *last mile*) para atender às exigências de um dos itens que compõem a solução técnico-operacional para prestação o objeto do Pregão epigrafado.

Isto posto, diante considerações e dados apresentados, verifica-se, pois, ferimento direto ao art. 3º, §1º, inc. I da Lei Federal n.º 8.666/1993, *in verbis*:

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. (Redação dada pela Lei nº 12.349, de 2010).

§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; (Redação dada pela Lei nº 12.349, de 2010).

Ora, é sabido que a competição é o principal fator que determina a redução de preços nas licitações, permitindo a seleção da melhor proposta para a Administração.

Desta forma, é forçosa a possibilidade de subcontratação da última milha de terceiros para regular execução do projeto de conectividade, não só para alcançar o menor preço para cada “parcela” da referida solução interligação e acesso que compõe a demanda do órgão licitador, como também para se garantir a transparência, a objetividade do julgamento das propostas e, principalmente, a competitividade.

Ante o exposto, requer a retificação do ato de convocação, **de modo a expressamente admitir a subcontratação parcial (*last mile*) do objeto licitado, em observância ao que dispõe o art. 72 da Lei Federal n.º 8.666/1993**, conforme as condições técnicas e regulatórias específicas, bem como as práticas comuns de mercado para ações dessa natureza.

B. Fornecimento de IP's fixos e válidos para acesso à internet.

Anexo I.

6.1.10. A CONTRATADA deverá disponibilizar para o CRM/PB, um bloco de 16 (dezesesseis) endereços IP, fixos e válidos para acesso à Internet Mundial. Os endereços IP disponibilizados pela CONTRATADA não deverão ser da mesma faixa utilizada pelos usuários de IP dinâmico (ex.: Oi Velox, GVT Residencial/Condominial, etc.) ou terem sido anteriormente de faixa de endereços IP utilizados para este fim. Os endereços IP fornecidos pela CONTRATADA no momento da instalação não deverão constar em *blacklists*.

No que concerne à específica exigência de ordem técnica, extraída do dispositivo editalício acima reproduzido, compete ressaltar que a absoluta maioria das empresas do segmento, dentre as quais a ora impugnante, não possui aparato técnico operacional apto a disponibilizar um conjunto de endereços de IP's fixos e válidos, roteados para internet nos moldes prefixados em ato convocatório.

É de conhecimento do mercado que os endereços IPv4 (Internet Protocol version 4 - *transferência de endereços de protocolos de 32 bits*) estão se esgotando, devido ao alcance de seu limite sustentável de endereços disponíveis para conexão à internet¹, circunstância que acarretou na decisão dos organismos gestores da internet em território nacional, de limitar a comercialização de tais protocolos de internet (IP's), restando apenas faixas usuais de emergência disponibilizadas necessariamente com máscaras (identificador de sub-rede e de host) equivalentes ou menores que /29: 06 (seis) IP's válidos.

As empresas autorizadas a prestar serviços de internet fixa, usualmente estão disponibilizando quantitativos de endereços por link alinhado às práticas exigidas para atender a demanda por conexões à internet, apenas por meio da *manutenção de faixas já distribuídas*, à exceção de protocolos em sua versão 6 (IPv6), dotados de uma ampla gama de faixas disponíveis, estes contudo, comumente fornecidos **com máscara /29 de 08 (oito) IP's válidos.**

¹ Protocolos de endereço de IPv4 disponíveis para aplicação em operações de mercado - menos de 5% (cinco por cento) de todas as faixas disponíveis.

A sustentação da atual condição técnico-operacional exigida, portanto, restringirá o caráter competitivo do certame, com ferimento direto ao art. 3º, §1º, inc. I da retromencionada Lei Federal n.º 8.666/1993, já reproduzido nesta peça.

O TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, em sintonia com o mencionado dispositivo, afasta a legitimidade de cláusulas que venham, de qualquer forma, restringir a competitividade ou a eventual disputa entre as empresas potencialmente aptas a preencher a necessidade administrativa:

(...) 15. Oportuno frisar que a referenciada Decisão n.º 663/2002 - Plenário não adentrou no mérito de possíveis inconstitucionalidades materiais inculpidas no Decreto 2.745/98. Assim, como já deliberado por meio do Acórdão 1329/2003 - Plenário, esta Corte já alertou à Petrobras acerca das implicações do descumprimento de preceitos legais e constitucionais, ex vi do item 9.6 daquele decisum, a saber:

“9.6. alertar à Petrobrás que os **procedimentos licitatórios** discricionários que não atenderem aos princípios constitucionais da publicidade, isonomia, igualdade, imparcialidade e **implicarem restrição ao caráter competitivo**, ao serem apreciados pelo Tribunal, poderão resultar em multas, responsabilidade solidária dos administradores por danos causados ao erário, anulação dos certames licitatórios e respectivos contratos, bem como o julgamento pela irregularidade das contas;(...)”.

(TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Voto de Ministro Relator Ubiratan Aguiar- Acórdão 29/2004 - Plenário - Processo 011.173/2003-5 - Natureza: Embargos de Declaração). (g.n.).

Requer-se, assim, seja **esclarecida a exigência** pertinente à disponibilização de, no mínimo, 16 (dezesseis) IP's Fixos e válidos em sua versão 4 (IPv4) - requisito que pode ser facilmente mitigado com o uso de PAT pelo órgão - ou mesmo versão 6 (IPv6), ora não é tangível por operadoras do segmento, de forma a afastar a restrição à competitividade que tal diretriz técnica apresenta ao certame.

Isto posto, sugere-se para tanto, a oferta de blocos de endereços por link de internet demandado exclusivamente em sua versão 6 (IPv6) ou mesmo acrescidos de endereços versão 4 (IPv4), fornecidos com máscara /29 de 08 (oito) IP's válidos, sendo que destes, 03 (três) endereços de IP's serão consumidos com serviços de rede como:

“roteador da prestadora, multicast e roteador cliente” e os remanescentes restarão livres para usufruto da contratante.

C. Pontos lacunosos - dúvidas quanto à descrição técnica do objeto.

O memorial descritivo não comporta informações balizares para a formatação de propostas sustentadas em critérios técnico-operacionais equivalentes (equidade da disputa).

Neste contexto, verifica-se a ausência de dados relacionados **à velocidade e ao tipo de serviço que serão exigidos em cada endereço de instalação dos circuitos**, tal como **a largura de banda do link concentrador da rede MPLS (Multi-Protocol Label Switching)**.

Isto posto, afirma-se como essencial para o dimensionamento de todo projeto, o levantamento das características da solução de rede, particularmente acerca dos pontos acima listados, sem o qual, restará obstada qualquer forma de precificar os serviços que serão ofertados.

Requer-se, portanto, para formação inequívoca de propostas por qualquer empresa interessada na disputa, esclarecimentos acerca de informações de tal natureza.

D. Orçamento Estimado.

Verifica-se que o ato de convocação reproduz planilha indicativa para apresentação de proposta (ver Anexo II – Modelo de Planilha de Preços) **sem**, contudo, **destacar o orçamento estimado para a prestação da solução de conectividade em demanda.**

Tal omissão constitui direta violação ao art. 7º, §2º, inc. II, e ao art. 40, §2º, inc. II, ambos da Lei Federal n.º 8.666/1993:

Art. 7º. (...).

§2º. As obras e os serviços somente poderão ser licitados quando:

I - (...).

II - existir orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os seus custos unitários;

Art. 40. (...).

§2º. Constituem anexos do edital, dele fazendo parte integrante:

I - (...).

II - orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários; (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994). (g.n.).

Pela previsão dos referidos artigos, portanto, **toda licitação, seja de fornecimento de bens e/ou prestação de serviços, necessariamente possui como pressuposto de validade a existência de um orçamento estimado em planilha aberta de composição de custos unitários.**

Tal planilha detalhada é essencial para que, no curso do certame, seja possível verificar eventual adequação dos preços propostos aos valores de mercado, inclusive em relação a todos os componentes que repercutem na formação do preço final. Este juízo quanto aos preços ofertados (se são exequíveis ou estão dentro dos padrões de mercado) depende diretamente da informação contida na estimativa de custos, sendo essencial para a análise a ser realizada pelo pregoeiro e sua equipe de apoio.

A falta desta estimativa detalhada de custos inviabiliza a avaliação quanto à compatibilidade dos preços ofertados (avaliação essa a ser realizada na sessão pública do Pregão). Tal circunstância macula o julgamento a ser realizado e, conseqüentemente, todo o procedimento realizado.

Deste modo, uma planilha detalhada de composição dos preços ofertados é primordial para que a contratação possa ser efetivada corretamente, pela mesma lógica contida no art. 40, §2.º, inc. II da Lei Federal n.º 8.666/1993 citado acima, não bastando a planilha contida no edital. Sendo assim, ainda que não se apresente uma planilha detalhada dos custos, é essencial, de qualquer forma, que seja apresentado o valor orçado para a íntegra da prestação das atividades/serviços que se pretende licitar.

E. Ausência de dados em minuta de contrato - descumprimento de dever legal.

Verifica-se que apesar de o ato convocatório reproduz minuta de contrato (Anexo III – Minuta do Contrato), não dispõe em seu conteúdo, de todos

os dados/cláusulas exigidas pela Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos (Lei Federal n.º 8.666/1993).

Como é sabido, o objeto licitado envolve a **execução de atividades de trato continuado (prestação por 12 (doze) meses de serviços de telefonia e internet móvel)**, a serem executadas pela empresa adjudicatária / fornecedor registrado. Verificando-se, portanto, o decorrente cumprimento de prestações sucessivas que resultam em obrigações futuras, **necessariamente ajustadas por meio de contrato**, como instrumento de formalização do acordo entre as partes tomadora e prestadora do objeto transacionada, nos termos do *caput* do art. 62 da já citada Lei Federal n.º 8.666/1993, aplicado subsidiariamente a processos licitatórios na modalidade Pregão (como na situação em tela), conforme previsto no art. 9º da Lei Federal n.º 10.520/2002.

Neste diapasão, **observada a base de normatização aferida no próprio caput do art. 62² da Lei Federal n.º 8.666/1993, acima citado**. Requer-se, portanto, o aditamento do conteúdo constante em edital, de modo a incluir **modelo COMPLETO de minuta contratual no referido instrumento em atenção à relação de cláusulas necessárias a todo e qualquer contrato administrativo, nos termos do art. 55, incs. I a XIII³ da supra apontada Lei Federal n.º 8.666/1993 (a exemplo da indicação do prazo de entrega dos equipamentos e ativação dos links, da forma de pagamento e preço, do**

² Art. 62. O instrumento de contrato é obrigatório nos casos de concorrência e de tomada de preços, bem como nas dispensas e inexigibilidades cujos preços estejam compreendidos nos limites destas duas modalidades de licitação, e facultativo nos demais em que a Administração puder substituí-lo por outros instrumentos hábeis, tais como carta-contrato, nota de empenho de despesa, autorização de compra ou ordem de execução de serviço.

³ Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:

I - o objeto e seus elementos característicos;

II - o regime de execução ou a forma de fornecimento;

III - 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;

IV - os prazos de início de etapas de execução, de conclusão, de entrega, de observação e de recebimento definitivo, conforme o caso;

V - o crédito pelo qual correrá a despesa, com a indicação da classificação funcional programática e da categoria econômica;

VI - as garantias oferecidas para assegurar sua plena execução, quando exigidas;

VII - os direitos e as responsabilidades das partes, as penalidades cabíveis e os valores das multas;

VIII - os casos de rescisão;

IX - o reconhecimento dos direitos da Administração, em caso de rescisão administrativa prevista no art. 77 desta Lei;

X - as condições de importação, a data e a taxa de câmbio para conversão, quando for o caso;

XI - a vinculação ao edital de licitação ou ao termo que a dispensou ou a inexigiu, ao convite e à proposta do licitante vencedor;

XII - a legislação aplicável à execução do contrato e especialmente aos casos omissos;

XIII - a obrigação do contratado de manter, durante toda a execução do contrato, em compatibilidade com as obrigações por ele assumidas, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação.

recebimento definitivo do objeto e outras diretrizes próprias da demanda ora licitada).

F. Prazo de assinatura do contrato. Ausência de previsão no edital.

Uma questão que precisa ser esclarecida é pertinente a data de assinatura do contrato, já que não houve a correspondente informação acerca da data de assinatura do mesmo no próprio instrumento de convocação.

Vale ressaltar que o **prazo estipulado seja o adequado para que o contrato possa ser assinado por qualquer operadora**, vez que o trâmite interno de uma grande empresa depende de um prazo razoável para cumprimento dos rituais internos de assinatura dos responsáveis legais, até mesmo a presença física dos mesmos na empresa.

A fixação de tal prazo é essencial para as operadoras participantes do certame, inclusive devido ao fato de questões atinentes ao lapso de tempo para entrega dos equipamentos demandados e início da prestação dos serviços adjudicados estarem atreladas à data de assinatura e publicação (em veículo de imprensa oficial) do termo de ajuste pactuado.

Dessa forma, requer seja definida a data correta para assinatura do contrato para possível estipulação de início da data de entrega dos aparelhos cedidos e consequente prestação dos serviços, **sugerindo-se o prazo de 10 (dez) dias úteis**, suficiente para que a contratação possa ser efetivada em prazo adequado à necessidade administrativa e permitindo que haja um tempo razoável para a assinatura do termo de contrato respectivo.

CONCLUSÃO.

Neste diapasão, sopesados os princípios constitucionais da publicidade e da eficiência elencados no art. 37 da CF/88 em matéria de licitações e contratos administrativos, bem como amparado pelos pressupostos legais de transparência e objetividade. **Requer-se o aditamento/revisão do conteúdo constante em edital acerca das funcionalidades e demais particularidades próprias e comuns à demanda ora exigida, esclarecendo os questionamentos e pontos acima abordados.**

IV - REQUERIMENTOS.

Em síntese, requer sejam analisados os pontos detalhados nesta impugnação, com a **correção necessária** do ato convocatório para que se afaste qualquer antijuridicidade que macule todo o procedimento que se iniciará.

Tendo em vista que a sessão pública eletrônica está designada para 19.11.2018, requer, ainda, seja conferido **efeito suspensivo** a esta impugnação, adiando-se a referida sessão para data posterior à solução dos problemas ora apontados. Caso contrário, há o iminente risco de todo processo licitatório ser considerado inválido, sustentados os equívocos no edital ora apontados, com desperdício da atividade ocorrida na sessão pública, incluindo avaliação das propostas e dos documentos de habilitação.

Requer, caso não corrigido o instrumento convocatório nos pontos ora invocados, seja mantida a irrisignação da ora impugnante, para posterior juízo de anulação por parte da autoridade competente para tanto.

Pelo que **PEDE DEFERIMENTO**,

De São Paulo/SP para João Pessoa/PB, 13 de novembro de 2018.

TELEFÔNICA BRASIL S/A.



Alexandre Freitas da Silva

Procurador:

RG: 1770578SSPPE

CPF: 36329894434