

IMPUGNAÇÃO AO EDITAL

Pregão Eletrônico Nº 024/2017 da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro/RJ.

Impugnante: Telefônica Brasil S/A.

Ao (À) Sr.(a) Pregoeiro (a) do(a) Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro/RJ.

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 em epígrafe, com sustentação no §2º do artigo 41 da Lei Federal n.º 8.666/1993, pelos fundamentos demonstrados nesta peça.

I - TEMPESTIVIDADE.

Inicialmente, comprova-se a tempestividade desta impugnação, dado que a sessão pública está prevista para 22/08/2017, tendo sido, portanto, cumprido o prazo pretérito de 02 (dois) dias úteis previsto no artigo 41, §2.º da Lei Federal n.º 8.666/1993, bem como no item 1.6 do Edital do Pregão em comento.

II - OBJETO DA LICITAÇÃO.

O Pregão em referência tem por objeto "CONTRATAÇÃO DE SERVIÇO CONTINUADO DE TRANSPORTE DE DADOS E ACESSO À INTERNET DE ACORDO COM CONSUMO".

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.

Sete são os fundamentos que justificam a presente impugnação, conforme exposição a seguir.

III - FUNDAMENTOS DA IMPUGNAÇÃO AO EDITAL.

01. AUSÊNCIA DE ORÇAMENTO ESTIMADO DOS PREÇOS EM PLANILHA ABERTA DE COMPOSIÇÃO DE CUSTOS UNITÁRIOS. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 7.º, §2.º, INCISO II E ARTIGO 40, §2.º, INCISO II DA LEI 8666/1993.

Verifica-se que o edital apresentou uma planilha indicativa para apresentação de proposta, **sem, contudo, indicar o orçamento estimado para a prestação dos serviços.**

Tal omissão constitui direta violação ao artigo 7º, §2º, inciso II, e ao artigo 40, §2º, inciso II, ambos da lei 8666/1993:

Art. 7º As licitações para a execução de obras e para a prestação de serviços obedecerão ao disposto neste artigo e, em particular, à seguinte sequência:

(...)

§ 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; (grifos de nossa autoria)

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) (grifos de nossa autoria)*

Pela previsão dos referidos artigos, portanto, **toda licitação, inclusive 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 esta 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 artigo 40, §2.º, inciso II da lei 8666/1993 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 de serviço que se pretende licitar.

02. NECESSIDADE DE SUBCONTRATAÇÃO DOS SERVIÇOS OU CONSÓRCIO DE EMPRESAS.

O objeto do presente pregão inclui a “**CONTRATAÇÃO DE SERVIÇO CONTINUADO DE TRANSPORTE DE DADOS E ACESSO À INTERNET DE ACORDO COM CONSUMO**”.

Ocorre que para o fornecimento previsto no Lote 1, faz-se necessária a prestação de serviços oferecidos por empresas distintas, de modo que é perfeitamente possível a concorrência e a sua contratação através do consórcio de empresas.

Todavia, o edital prevê a expressa proibição à contratação de empresas reunidas em **consórcio**. (Item 6.4 do edital).

A possibilidade de consórcio **decorre diretamente do princípio da isonomia** (art. 37, inc. XXI, da CR/88), 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 através de uma empresa sem a possibilidade de consórcio, **observa-se a imposição de uma restrição injustificada à competitividade**, considerada a manifesta limitação à participação de qualquer empresa que tenha autorização da Agência Reguladora para prestar somente um dos tipos de serviço ou não disponha de acervo técnico para atender à exigência de um dos serviços licitados.

Neste contexto, verifica-se ferimento direto ao artigo 3.º, §1.º, inciso I da lei 8.666/93, que determina o seguinte:

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 participação das empresas em forma de consórcio, não só para alcançar o menor preço para cada serviço como, também, para se garantir a transparência, a objetividade do julgamento das propostas e, principalmente, a competitividade.

Ante o exposto, requer **que seja admitido o consórcio de empresas**, conforme as condições técnicas específicas de cada serviço a ser contratado.

03. ESCLARECIMENTO QUANTO AO PREÇOS UNITARIOS.

Tangenciando a descrição da forma de elaboração da Proposta de Preços, destaca-se o disposto no item 9.1.10.1 do edital:

9.1.10.1 Serão desclassificadas as propostas de preços, cujas planilhas de preços unitários ultrapasse os preços estimados em pesquisa de mercado constante dos autos do processo administrativo referente a este edital, bem como aquelas que não contemplarem todos os itens do lote único.

Contudo, observa-se que os preços estimados em pesquisa de mercado não constam nos autos do presente certame, portanto, diante da condição prevista no referido item, entende esta Operadora que os preços unitários devem ser indicados no corpo do edital.

Nesta senda, vem requerer a inclusão dos preços estimados em pesquisa de mercado nos autos do presente processo administrativo.

04. DISPARIDADE DE TRATAMENTO. INOBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA. NECESSIDADE DE EQUALIZAÇÃO ENTRE OS LICITANTES.

No que concerne ao disposto no item 9.18 do edital, verifica-se uma outorga de benefícios competitivos para os licitantes estabelecidos no território do Estado do Rio de Janeiro.

Traz-se a colação o referido item:

9.1.8. O licitante, cujo estabelecimento esteja localizado no Estado do Rio de Janeiro, deverá apresentar proposta isenta de ICMS, quando cabível, de acordo com o Convênio CONFAZ 26/03 e a Resolução SER nº 047/2003, com alteração introduzida pela Resolução SER nº 121/2004 sendo este valor considerado para efeito de competição na licitação.

Neste prisma, urge ressaltar que a Constituição Federal, em seu art. 37, XXI, em atenção ao princípio da Isonomia, preconiza a necessidade de se observar o direito de participação em processos licitatórios em igualdade de condições. Na mesma esteira, se encontra o *caput* e o § 1º, inciso I, do art. 3º da Lei 8.666/93, que dispõe:

Art. 3o A licitação destina-se a garantir a observância do **princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa** para a administração (...).

§ 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 **estabelecam 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 (...). (Grifos nossos).

Diante da simples leitura do dispositivo em comento, pode-se concluir que toda e qualquer atividade que envolva a compra de mercadoria, obras e serviços, cujo beneficiário seja a Administração Pública, deve ser precedida de Licitação, *sendo vedado incluir nos atos de convocação cláusulas ou condições que restrinjam, comprometam ou frustrem o caráter competitivo do certame.*

Como é cediço, esse processo visa escolher aquele fornecedor que em igualdade de condições com todos os participantes sagrou-se vencedor e a sua proposta foi a mais vantajosa para a administração.

Em decorrência dos pormenores esposados, necessita ser ressaltado que o previsto no item 9.1.8 do edital gera um tratamento privilegiado para alguns licitantes **em razão da localidade de sua sede**, haja vista que nos preços apresentados pelos licitantes locais para a venda de seus produtos já se encontra incluso o valor do ICMS incidente sobre a operação, causando uma

diferença percentual nestes preços, o que, por conseguinte, macula o processo licitatório em questão.

Por tais razões, requer-se seja suprimida a distinção em questão, com a devida instituição no edital de mecanismo hábil a promover a equalização das propostas, colocando, assim, todos os licitantes em condições de igualdade para participar do certame.

05. PRAZO EXÍGUO PARA INSTALAÇÃO DO CIRCUITO.

Em relação aos equipamentos e serviços objetos do contrato, verifica-se, que o prazo de instalação dos mesmos é de apenas 30 (trinta) dias, conforme disposto no item 18.1 do edital, bem como, na Cláusula Segunda da Minuta do Contrato.

Todavia, **tal prazo é INSUFICIENTE para que os produtos e serviços sejam instalados por qualquer operadora.** A exiguidade do prazo pode ser verificada pelo simples fato de que a entrega dos produtos - ainda que em disponibilidade imediata - depende de um prazo razoável para cumprimento dos rituais internos da operadora, tais como: solicitação junto ao fornecedor, expedição da ordem de entrega, verificação do estoque, emissão da nota fiscal do produto, bem como, deve ser levado em consideração o escopo do processo e a necessidade de elaboração de um cronograma de instalação em conjunto com o cliente.

Ressalta-se que os produtos não são produzidos pela operadora, sendo obtidos junto aos respectivos fabricantes e, ainda que haja uma compra constante, sempre há sujeição a questões mercadológicas que não permitem seja assumido o compromisso de entrega no exíguo prazo indicado no edital.

Assim, o prejuízo para a Administração Pública em se manter este curto prazo de fornecimento de produtos e serviços é imenso, dado que inviabilizaria a participação das concorrentes, em função de não ser possível cumprir o lapso de tempo indicado no edital.

Sob outro prisma, o aumento deste prazo não acarretará qualquer ônus à Administração Pública, **sugerindo-se o prazo de 60 (sessenta) dias**, suficiente para suprir a necessidade administrativa e adequada à possibilidade de cumprimento por parte da futura contratada.

Vale ressaltar que o não cumprimento do prazo de entrega dos aparelhos induz a aplicação das penalidades contratuais, situação esta que determinaria a opção da operadora por sequer participar da licitação, com restrição da competitividade em função deste fato.

Tal restrição à competitividade é absolutamente ilegal, com ferimento direto ao artigo 3.º, §1.º, inciso I da lei 8666/93.

06. ESCLARECIMENTO QUANTO A COMPOSIÇÃO DOS ITENS E LOTES DO OBJETO LICITADO

O item 3.4.2 do Anexo I – Termo de Referência apresenta a Tabela 1, indicando a composição de lotes, os itens e a estimativa de volume do objeto licitado.

Contudo, a tabela apresentada encontra-se divergente das Planilhas dos Anexos A e B, não restando claro, portanto, qual a referência de formação de preços.

Giro outro, importante é ressaltar, também, que a quantidade de circuitos do Anexo “C” encontra-se divergente dos Anexos “A” e “B”, bem como as velocidades.

Neste contexto, deve ser elucidado no edital qual a referência para formação de preços, considerando quantidade de circuitos e suas respectivas velocidades.

07. ESCLARECIMENTO QUANTO AO QUANTITATIVO DE ATESTADOS PARA A HABILITAÇÃO.

O item 12.5.1 do edital indica que *“Será requerida das empresas licitantes, para fins de habilitação, a comprovação de aptidão para a prestação dos serviços em características e quantidades compatíveis com o objeto desta licitação, mediante a apresentação de atestado(s) de capacidade técnica, emitido(s) por pessoa(s) jurídica(s) de direito público ou privado, que comprove(m) a prestação bem-sucedida do serviço de transporte de dados e acesso à Internet para pelo menos 30% do volume de enlaces que se pretende contratar, com suas respectivas velocidades. Ou seja, a licitante deverá comprovar a prestação dos serviços para, pelo menos, 39 enlaces de 4MB, 3*

enlaces de 10 MB, 2 enlaces de 20MB, 1 enlace de 40MB, 1 enlace de 100MB e 1 enlace de 300MB”.

Neste ensejo, considerando a modalidade de Pregão Eletrônico do tipo Menor Preço Global por Lote, entende esta Operadora que o quantitativo de atestados deve ser solicitado por Lotes, não conforme solicitado para todos os lotes do edital.

Desta feita, requer seja alterada a previsão editalícia supracitada.

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 está designada para 22/08/2017, 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 irresignação da ora impugnante, para posterior juízo de anulação por parte da autoridade competente para tanto.

Pelo que **PEDE DEFERIMENTO**,

Rio de Janeiro/RJ, 16 de agosto de 2017.

TELEFONICA BRASIL S/A

Nome do procurador:

RG: 831 05959-2 CR6A-RJ

CPF: 752 053 907-30