

IMPUGNAÇÃO AO EDITAL

Pregão Presencial nº 0001/2019 – Instituto de Previdência dos Funcionários Públicos Municipais de Guarulhos – IPREF/SP.

Impugnante: Telefônica Brasil S/A.

Ao (À) Sr.(a) Pregoeiro (a) do(a) Instituto de Previdência dos Funcionários Públicos Municipais de Guarulhos – IPREF/SP.

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 §2.º do artigo 41 da Lei Federal nº. 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 12/06/2019, tendo sido, portanto, cumprido o prazo pretérito de 02 (dois) dias úteis previsto no artigo 41, §2.º da Lei Federal nº. 8.666/1993, bem como item 17.2 do edital do pregão em referência.

II - OBJETO DA LICITAÇÃO.

O Pregão em referência tem por objeto a “*Contratação de empresa especializada na prestação de serviços de telecomunicações para fornecimento de link dedicado de acesso à Internet com alta disponibilidade via Fibra óptica e redundância, com velocidade de circuito a 200 Mbps de banda efetiva, englobando, ainda, sistemas de wireless Fidelity de 50 Mbps, e o transporte do sinal da CONTRATADA até as instalações do IPREF, por meio de cabos, modems, fibras ópticas, equipamentos de rádio e roteadores que se fizerem necessários à prestação do serviço e a configuração de conexão VPN ao ambiente Cloud do IPREF*”.

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.

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

III - FUNDAMENTOS DA IMPUGNAÇÃO AO EDITAL.

01. ESCLARECIMENTO QUANTO AO OBJETO COMPLEXO RESTRITIVO DA COMPETITIVIDADE. NECESSIDADE DE SUBCONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS.

O objeto da licitação consiste na:

“*Contratação de empresa especializada na prestação de serviços de telecomunicações para fornecimento de link dedicado de acesso à Internet com alta disponibilidade via Fibra óptica e redundância, com velocidade de circuito a 200 Mbps de banda efetiva, englobando, ainda, sistemas de wireless Fidelity de 50 Mbps, e o transporte do sinal da CONTRATADA até as instalações do IPREF, por meio de cabos, modems, fibras ópticas, equipamentos de rádio e roteadores que se fizerem necessários à prestação do serviço e a configuração de conexão VPN ao ambiente Cloud do IPREF*”.

Ocorre que para o fornecimento do objeto de contratação nos moldes exigidos no edital, são necessárias diligências que não são estritamente vinculados a outros, sendo geralmente oferecidos por empresas distintas, de modo que é perfeitamente possível a concorrência e a sua contratação através da subcontratação dos serviços.

Todavia, o edital veda expressamente a possibilidade de subcontratação dos serviços, conforme item 17.6 do edital.

A possibilidade de subcontratação **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 subcontratação, **observa-se a imposição de uma restrição injustificada à competitividade**, considerada a manifesta limitação à participação de qualquer empresa que não disponha de acervo técnico para atender às exigências indicadas.

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

Art. 3 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.

Desta forma, é forçosa a possibilidade de participação das empresas através da subcontratação, não só para alcançar o menor preço para o objeto de contrato como também para se garantir a transparência, a objetividade do julgamento das propostas e, principalmente, a competitividade.

Ante o exposto, requer **que seja admitida expressamente no edital a subcontratação dos serviços (conforme autorizada pelo artigo 72 da Lei 8.666/93)**, de maneira clara e coerente, conforme as condições técnicas específicas do objeto de contratação, tornando possível atendimento do disposto no edital.

02. PRAZO EXÍGUO PARA ASSINATURA DO CONTRATO

Em relação ao contrato, verifica-se uma previsão de assinatura em apenas 05 (cinco) dias úteis, contados da convocação conforme o item 12.2 do edital.

Todavia, **tal prazo é exageradamente exíguo para que o contrato possa ser assinado por qualquer operadora**. A exiguidade do prazo pode ser verificada pelo simples fato de que o trâmite interno de uma grande empresa – como é também em relação ao IPREF - depende de um prazo razoável para cumprimento dos rituais internos de assinatura dos responsáveis legais, até mesmo a presença física dos mesmos na empresa.

Assim, o prejuízo para a Administração na manutenção deste curto prazo de assinatura do contrato 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 de assinatura não acarretará qualquer ônus à Administração, **requerendo-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.

Vale ressaltar que o não cumprimento do prazo de assinatura do ajuste induz a aplicação das penalidades, situação esta que determinaria a

opção da operadora por sequer participar da licitação, com restrição da competitividade em função deste fato.

03. ESCLARECIMENTO ACERCA DA EXIGÊNCIA DOS COMPROVANTES DE QUALIFICAÇÃO TÉCNICA. VIOLAÇÃO AO ARTIGO 30 DA LEI 8.666/1993.

Para fins de qualificação técnica os licitantes deverão apresentar atestados de capacidade técnica, nos seguintes termos do item 7.2.4.1 do edital:

7.2.4.1 Comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível com o objeto desta licitação, mediante a apresentação de no mínimo 01 (um) atestado ou certidão expedida por pessoa jurídica de direito público ou privado, atestando a capacitação técnica. O(s) atestado(s) ou certidão(ões) deverá(ão) ser impresso(s) em folha timbrada, contendo a data em que foi firmado o contrato e o objeto do mesmo. (Inciso II e § 1º, art. 30 da Lei Federal nº 8.666/93 e Súmula nº 24 – TCE/SP)

A lei 8.666/1993 apresenta, em *números clausus*, no seu artigo 30, quais são as espécies de documentos de qualificação técnica que podem ser exigidos na fase de habilitação de determinada licitação, sendo tal legislação plenamente aplicável à sistemática do pregão, quer presencial, quer eletrônico.

Vejamos a redação do referido artigo:

Art.30.A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a:
I - registro ou inscrição na entidade profissional competente;
II - **comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, e indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos;**
III - comprovação, fornecida pelo órgão licitante, de que recebeu os documentos, e, quando exigido, de que tomou conhecimento de todas as informações e das condições locais para o cumprimento das obrigações objeto da licitação;
IV - prova de atendimento de requisitos previstos em lei especial, quando for o caso. (grifos nossos)

Assim, a exigência dos atestados é legítima como integrante da potencial habilitação da empresa, calcada na APTIDÃO para desempenho de

atividade pertinente e compatível. Este é o termo utilizado pela lei, com um conteúdo voltado à objetividade da exigência.

Nesta senda, considerando que os documentos da habilitação somente podem ser exigidos nos estritos termos da lei, dado que constituem verificações da possibilidade de a empresa participar do certame, sendo interpretadas sempre em favor da maior competitividade, a empresa licitante requer seja esclarecido se para atendimento ao disposto no item 7.2.4.1, será necessário a apresentação de atestados técnicos, correspondente a 50% (cinquenta por cento) a 60% (sessenta por cento) da execução pretendida. Ainda, requer seja apontado se há necessidade de entrega de atestados acervados, pelas licitantes.

04. ESCLARECIMENTO QUANTO AO OBJETO LICITADO.

O objeto do presente Pregão é a contratação de empresa especializada na prestação de serviços de telecomunicações para fornecimento de link dedicado de acesso à Internet.

Contudo, o edital apesar de indicar diversas especificações mínimas aos serviços objetos de contrato, não indica características importantes acerca dos serviços relativos ao sistema Wireless.

O art. 40, inciso I, da Lei 8666/1993 determina que o edital indicará **obrigatoriamente**, o **“objeto da licitação, em descrição sucinta e clara”** (grifamos). Além disso, vale destacar que é essencial à modalidade Pregão a compatibilidade do edital às especificações praticadas no mercado, conforme se depreende do art. 1º da Lei 10520/2002:

Art. 1º Para aquisição de bens e serviços comuns, poderá ser adotada a licitação na modalidade de pregão, que será regida por esta Lei.

Parágrafo único. Consideram-se bens e serviços comuns, para os fins e efeitos deste artigo, aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado.
(grifamos)

E o § 5º do art. 7º da Lei 8666/1993 dispõe o seguinte:

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:

(...)

§ 5o É vedada a realização de licitação cujo objeto inclua bens e serviços sem similaridade ou de marcas, características e especificações exclusivas, salvo nos casos em que for tecnicamente justificável, ou ainda quando o fornecimento de tais materiais e serviços for feito sob o regime de administração contratada, previsto e discriminado no ato convocatório.
(grifamos)

Assim, como se pode verificar, há no edital uma incompatibilidade que inviabiliza o prosseguimento do processo licitatório, pela ausência de clareza quanto a real pretensão da administração, o que impede seja atingida **de forma satisfatória às necessidades do IPREF.**

Sendo assim, é forçoso que o edital seja esclarecido, **determinando-se, de forma precisa especificações mínimas dos serviços relativos ao sistema Wireless.**

05. AUSÊNCIA DE RESPONSABILIDADE DA CONTRATADA PELA INFRAESTRUTURA INTERNA DO CONTRATANTE

O item 4.23 do Anexo I aponta como obrigação à contratada *“Providenciar o aterramento e estabilização elétrica de seus equipamentos, se necessário”*.

Ademais, o item 4.28 dispõe o seguinte:

4.28 É de responsabilidade da CONTRATADA, todo o fornecimento e instalação de tubulações, obras civis para o atendimento do serviço. É possível utilizar a infraestrutura local existente desde que autorizado pelo Gestor e que este uso não comprometa a utilização posterior pelo IPREF. O lançamento de cabo interno será por conta da CONTRATADA.

Contudo, a responsabilidade pela infraestrutura interna não pode recair à contratada, sendo responsabilidade do contratante.

De fato, é de responsabilidade da contratada apenas as adequações necessárias na infraestrutura da rede externa, até o ponto de entrada no endereço da contratante, recaindo a contratante a responsabilidade pela infraestrutura interna, como padrão de mercado, tal como o provimento ao serviço de comunicação via rede entre o endereço do concentrador e os demais endereços, conforme especificado no edital. Deste

modo, cabe ao contratante ainda a responsabilidade de interoperação com a rede, cujo suporte técnico será prestado pela empresa contratada.

Deste modo, requer-se a retificação do edital, adequando à realidade do serviço usualmente prestado, de modo que não recaia à contratada a responsabilidade por obras civis bem como aterramento e estabilização elétrica da contratante.

06. PRAZO EXÍGUO PARA ATENDIMENTO DAS SOLICITAÇÕES DE SERVIÇOS.

O item 6.9.16 do Anexo I estabelece um prazo para recuperação dos serviços e/ou circuitos contratados em até 02 (duas), prazo este excessivamente exíguo para que tal serviço possa ser prestado.

Contudo, **um prazo de apenas 02 (duas) horas é INSUFICIENTE para finalização dos reparos ou correção de falhas porventura existentes**, especialmente pelo fato de que a complexidade da questão pode exigir um prazo maior para que a questão seja solucionada.

Ressalta-se que somente é possível se estabelecer o compromisso de que seja tomada ciência do problema com rapidez, mas não de que a solução possa ser dada nestas 02 (duas) horas, sem verificação da complexidade do problema eventualmente detectado.

O prejuízo para a Administração Pública em se manter este curto prazo para reparos ou correção de falhas é imenso, dado que inviabilizaria a participação das concorrentes, em função de não ser possível cumprir o lapso de tempo indicado no edital.

Nesta senda, de modo a evitar dúvidas na contratação, a empresa licitante requer seja esclarecido se adequado o entendimento de que a recuperação do serviço no prazo de duas horas deverá ocorrer somente quando os dois links principal e backup estiverem fora de serviço.

07. PRAZO DE PAGAMENTO EM DESACORDO COM A RESOLUÇÃO n.º 632/2014 DA ANATEL.

Uma incompatibilidade do edital em relação às normas estabelecidas pela ANATEL refere-se às regras de pagamento incluídas no

item 14.1 do edital que estabelece pagamento no prazo de 15 (quinze) dias contados apresentação da Nota Fiscal/fatura da parcela.

O prazo de 15 (quinze) dias para pagamento difere dos critérios estabelecidos pela ANATEL para a cobrança dos débitos dos serviços telefônicos, nas faturas previamente aprovadas, conforme exposto na Resolução n.º 632/2014 da ANATEL.

Verifica-se, neste contexto, a **inviabilidade de que o pagamento seja realizado após 15 (quinze) dias**, dado que em descompasso com a previsão do órgão regulador.

A definição de critérios para recebimento dos valores devidos pelo serviço de telefonia visa justamente a estabelecer uma relação isonômica entre as operadoras, justificando que as cobranças sejam efetivadas nos termos da norma estabelecida pelo órgão regulador. É ilegítima, portanto, qualquer alteração do prazo de pagamento inserida pelo órgão licitante, em matéria cuja competência legislativa é privativa da União e cuja regulamentação foi outorgada à Agência Nacional de Telecomunicações.

Ressalta-se que este prazo é excessivamente grande para que a operadora seja remunerada de modo adequado pelo serviço prestado.

Ademais, **a data de pagamento da nota fiscal é sempre fixa, não podendo ser condicionada e variar de acordo com a data de entrega da fatura, devendo mensalmente ter vencimento pré-determinado.**

Requer, portanto, seja adaptada a redação do edital, compatibilizando-se à normatividade da Resolução n.º 632/2014 da ANATEL.

08. PRAZO EXÍGUO PARA EXECUÇÃO/IMPLANTAÇÃO DA SOLUÇÃO E DISPONIBILIZAÇÃO DOS SERVIÇOS.

O edital indica no item 5.3 que a contratada terá o prazo máximo de 30 (trinta) dias para execução/implantação e disponibilização dos serviços objeto da presente licitação.

Contudo, verifica-se que o **prazo indicado é nitidamente INSUFICIENTE para a efetivo cumprimento das obrigações**, dada a

complexidade do objeto, o que inviabiliza a participação das concorrentes, em função de não ser possível cumprir o lapso de tempo indicado no edital.

Para garantir a efetiva implantação e execução da solução e serviços, necessário a utilização de mão-de-obra especializada e avaliação das condições do local, além do fornecimento de objetos que dependem da disponibilidade pelos fabricantes, o que, necessita de maior lapso temporal para efetivo cumprimento da obrigação. Cabe destacar que para efetiva instalação do link de 200M com redundância, com todas as funcionalidades exigidas no edital, será necessário um prazo máximo de 90 dias

Deste modo, requer-se o aumento do prazo indicado, suficiente para suprir a necessidade administrativa e de estudo de viabilidade, adequada à possibilidade de cumprimento por parte da futura contratada, sugerindo-se seja previsto o prazo de 90 (noventa) dias, suficiente para instalação de link de 200M com redundância, de modo a atender as funcionalidades exigidas no edital.

09. QUESTIONAMENTOS ACERCA DAS CARACTERÍSTICAS TÉCNICAS E OPERACIONAIS DE EXECUÇÃO DO OBJETO LICITADO.

O Anexo I do edital apresenta diversas características da prestação de serviço de telecomunicações para fornecimento de link dedicado de acesso à Internet, sem, no entanto detalhar integralmente todas as condições de execução do objeto, nos termos em que exigem o art. 40, inc. I, o art. 41 e o art. 54, parágrafo único, dentre outros, da lei 8.666/1993, que determinam o dever de descrição clara e precisa do objeto da licitação, como pressuposto do princípio da vinculação ao instrumento convocatório.

Neste sentido, *“o Poder Discricionário da Administração esgota-se com a elaboração do Edital de Licitação. A partir daí, nos termos do vocábulo constante da própria Lei, a Administração Pública vincula-se “estritamente” a ele”*, como já decidiu o Superior Tribunal de Justiça¹.

¹ STJ - REsp: 421946 DF 2002/0033572-1, Relator: Ministro FRANCISCO FALCÃO, Data de Julgamento: 07/02/2006, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 06/03/2006 p. 163RSTJ vol. 203 p. 135

Sendo assim, o presente pedido de esclarecimentos apresenta questões pontuais do ato convocatório que merecem ser esclarecidas e/ou detalhadas:

6.1.1 O link deverá suportar 200 Mbps, garantidos, o serviço deve viabilizar transações digitais pela Internet com qualidade e segurança, baseada em redes IPs, suportando tanto IPv4 (Internet Protocol version 4) – RFC 791 quanto IPv6 (Internet Protocol version 6) – RFC 2460, com suporte a VPNs (Virtual Private Networks), roteamento dinâmico, DDNS (DNS dinâmico) e QoS (Quality of Services);

Ante a tal previsão, e, de modo a possibilitar atendimento às reais necessidades do IPREF, a empresa licitante requer seja esclarecido se adequado o entendimento de que as configurações de QoS deverão ser implementadas apenas no próprio roteador que será fornecido para o link de 200 Mbps objeto de contrato.

6.3 O circuito dedicado de acesso à Internet por Fibra óptica deverá ser oferecido por meio de circuito de dados privativo e independente, com velocidade ou largura de banda simétrica de download e upload, onde a banda especificada é a banda livre, respeitando o percentual máximo de 5% (cinco por cento) de overhead gerado por protocolos de comunicação, não sendo permitidos qualquer tipo de restrição e de modelagem de banda ou traffic shaping;

Neste ponto, insta ser esclarecido quais os padrões de velocidades para links físicos, se os mesmos são de 10Mbps, 100Mbps, 1Gbps, 10Gbps e 100Gbps. Ademais, a empresa licitante esclarece que em caso do contratação, fornecerá o serviço com link físico redundante de 1Gbps, com configuração de traffic shaping de 200 Mbps no roteador, o que entende-se atender aos interesses do IPREF..

6.7 A CONTRATADA deverá prover meio alternativo a partir de seu POP até a localidade do IPREF para atender questões de redundância, este podendo ser via Rádio ou outro meio cabeado, comprovando utilizar uma rota física diferente. O link deverá atender no mínimo 50% da velocidade principal contratada, possuindo as mesmas características e deverá entrar em atividade se constatado indisponibilidade no link principal.

Quanto ao modelo de redundância apontado, a empresa licitante expressa o entendimento de que o link de 200Mbps com redundância será constituído por um roteador, com enlaces em dupla abordagem em fibra óptica chegando ao roteador do POP da Contratada, o que necessita ser esclarecido

se adequado, de modo a possível elaboração de propostas pelas empresas interessadas em participar do certame.

Sendo assim, requer-se o esclarecimento e/ou detalhamento dos itens ora questionados, alterando-se o edital, caso se faça necessário.

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 29/05/2019, 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,**

São Paulo/SP, 6 de junho de 2019.

TELEFONICA BRASIL S/A



Nome do Procurador: Danielle Pantoja Silva

CPF: 395.240.378-40

RG: 32.522.854-1