

IMPUGNAÇÃO AO EDITAL

Pregão Eletrônico N.º 20/2020 da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul.

Impugnante: Telefônica Brasil S/A.

Ao (À) Sr.(a) Pregoeiro da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul.

TELEFÔNICA BRASIL S/A., Companhia Aberta, com sede na Avenida Engenheiro Luiz Carlos Berrini, n.º. 1376, Bairro Cidade Monções, São Paulo/SP, CEP 04.571-000, inscrita no CNPJ sob o n.º. 02.558.157/0001-62, NIRE n.º. 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 15/07/2020, tendo sido, portanto, cumprido o prazo pretérito de 03 (três) dias úteis previsto no Item 14.1 do Instrumento Convocatório.

II - OBJETO DA LICITAÇÃO.

O Pregão em referência tem por objeto o seguinte:

Contratação de empresa especializada para prestação de serviços de comunicação de dados para a interligação redundante da Sede da Defensoria Pública às Defensorias Públicas Regionais com tecnologia SD-WAN, incluindo serviço de conexão à Internet. O serviço engloba instalação e configuração de equipamentos e de enlaces de comunicação, gerenciamento pró-ativo contra falhas, suporte e repasse de conhecimento.

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.

Três são os fundamentos que sustentam a apresentação dessa impugnação.

III - FUNDAMENTO DA IMPUGNAÇÃO AO EDITAL.

01. INSTALAÇÃO DOS EQUIPAMENTOS E MATERIAIS PERTINENTES AO OBJETO LICITADO E INFRAESTRUTURA NECESSÁRIA À SUA IMPLEMENTAÇÃO.

O Item 4.6.3 do Anexo II- Termo de Referência, prevê o seguinte acerca da infraestrutura:

4.6.3. Toda infraestrutura necessária além da disponibilizada pelo CONTRATANTE, será de responsabilidade da CONTRATADA. Incluem-se neste item os projetos, a execução, manutenção, desativação e retirada de equipamentos e instalações sob sua responsabilidade.

Entretanto, cumpre inicialmente esclarecer que o objeto desse certame consiste no fornecimento de acesso à internet, bem como, os materiais e equipamentos de infraestrutura externas necessários à instalação e execução/prestação dos serviços contratados.

Por óbvio que toda a infraestrutura externa para a instalação, ativação e aparelhamento (cabos, equipamentos, conectores, dentre outros) pertinentes ao objeto licitado serão fornecidos pela empresa contratada, além disso, a contratada será também responsável pela aquisição, instalação, gerencia, manutenção e eventual contratação de serviços adicionais, necessários a devida prestação de serviço ao cliente.

Todavia, é importante ressaltar que é responsabilidade da Administração Pública disponibilizar toda a infraestrutura de rede interna, como viabilização de espaço nos dutos, calhas e/ou canaletas, disponibilização de ponto de energia à três polos, devidamente aterrado dentro das normas da concessionária local.

Em continuidade, deve também disponibilizar um ambiente adequado, seco e livre de intempéries, agentes tóxicos e corrosivos para o devido armazenamento dos equipamentos, bem como iluminação adequada, apropriada à presença de humanos e, por fim, possibilitar livre acesso aos técnicos nos ambientes por onde a infraestrutura interna existir e que seja pertinente ao serviço a ser entregue.

Isto posto, enfatiza-se que a estrutura física para implementação de todo aparato, por não estar diretamente relacionada à prestação do serviço (objeto contratado) deve ser executado exclusivamente pela Administração Pública.

Razão pela qual, deve-se retificar a disposição constante no Item supramencionado, de modo que fique claro que **a responsabilidade de realizar obras civis, bem como disponibilizar espaço adequado para prestação dos serviços é da Administração Pública.**

02. ALTERAÇÃO DOS ENDEREÇOS DOS LOCAIS EM QUE SERÃO PRESTADOS OS SERVIÇOS.

O Anexo II- Termo de Referência, nos Itens 4.1.5, 4.1.5.1, 4.1.16 4.6.9, contém exigência de alteração de endereços do Links contratado, como pode-se analisar:

4.1.5. A sede da CONTRATANTE está localizada em Porto Alegre, enquanto as DPRs abrangidas por esta contratação estão nas cidades relacionadas no ANEXO II– A.

4.1.5.1. Os endereços mencionados são apenas para fins de referência, podendo ser alterados dentro do mesmo município até a efetiva contratação e instalação do serviço.

(...)

4.1.16. Não há perspectiva de crescimento do número de sítios durante a vigência do contrato. Entretanto a CONTRATADA deverá se comprometer com o atendimento eventual de futuros sítios, a critério do Defensoria, nas mesmas condições técnicas e de preço oferecidos para o objeto deste edital, bem como expansão de bandas de comunicação, respeitados os limites legais e técnicos, bem como os prazos estipulados nos níveis de serviço. Da mesma maneira, a Defensoria poderá solicitar a desativação do serviço prestado a qualquer sítio, bem como mudança de local de prestação dos serviços. Entende-se por mudanças de local de prestação dos serviços a mudança de endereços de instalação dos equipamentos e acessos dentro da mesma cidade.

(...)

4.6.9. Durante a vigência do contrato a CONTRANTE poderá solicitar a CONTRATADA a alteração de endereço dentro do mesmo município, para cada um dos links contratados, onde serão instalados os equipamentos e componentes para prestação do serviço. O prazo para efetuar a alteração de endereço será de, no máximo, 45 (quarenta e cinco) dias após a solicitação por parte da CONTRATANTE. A remuneração do serviço de mudança de serviço deve ser equivalente ao serviço de instalação de link internet mais o serviço de instalação do equipamento SD-WAN;

Apesar do exigido, uma eventual mudança de endereço ou ativação de novo serviço deve ser precedida de um estudo de viabilidade técnica e econômica, para que o serviço seja aceito e executado.

Sendo, portanto, impossível atender o positivado, visto que a mudança de endereço envolve custos e estes devem ser detalhados antes da migração, pois dependendo do local, o serviço não poderá ser prestado, em razão da viabilidade técnica ou econômica.

Dessa forma, para que a contratada possa constatar previamente a possibilidade de prestação de serviço em todas as áreas contratadas, bem como efetuar a conferência e a disponibilização dos endereços deveria ter sido estipulado no edital os endereços das localidades “reservas” caso os locais indicados no Certame sejam mudados.

Isto posto, solicita-se que a exigência contida nos itens indicados acima, seja afastada.

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

O Anexo II- Termo de Referência apresenta diversas características acerca da pretensão de contratação do objeto licitado, 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 contexto, o instrumento convocatório, em diversos aspectos, estabelece condições e especificações que merecem ser esclarecidas ou alteradas, conforme o caso, a fim de garantir a possibilidade de adimplemento das obrigações e a competitividade no certame. Abaixo, transcrevem-se os itens questionados e, em seguida, os comentários e requerimentos pertinentes:

- O Item 4.4.7, do Anexo II- Termo de Referência, positiva o seguinte acerca das características do Link de Internet:

4.4.7. Poderá ser solicitado a alteração do bloco de endereçamento IP cedido pela CONTRATANTE sempre que for comprovado qualquer tipo de problema recorrente quanto ao seu uso na internet (Por exemplo: Inserção constante em listas públicas de bloqueio, Spam Blacklists, etc.);

Para melhor elaboração da proposta, bem como garantir a competitividade do certame, é necessário que a Administração informe quais são as blacklist que eles consultam, vez que existem vários sites na internet que dizem fazer a listagem destes endereços, alguns são idôneos, outros não.

Isto posto, solicita-se esclarecimento, quais as blacklists que o Órgão realiza suas consultas?

- O Anexo II- Termo de Referência, nos Itens 4.1.3 e 4.14, versam sobre a solução de comunicação de dados, como pode-se observar:

4.1.3. A solução de comunicação de dados deve utilizar equipamentos com a tecnologia SD-WAN com o objetivo de balancear o tráfego de forma inteligente para otimizar ao máximo o uso da rede. A solução deve ser capaz de balancear o tráfego da rede de dados MPLS

atualmente em uso pela Defensoria e *link* de internet a ser provido nesta contratação.

4.1.4. Para que o tráfego corporativo seja protegido quando trafegar pela internet, serão configurados túneis VPN IPSEC entre os equipamentos SD-WAN da DPRs com a Sede.

Conforme exposto nos Itens, é evidente que os serviços MPLS e Internet serão complementares entre si, diante disso, entende-se que a responsabilidade por realizar a comutação e balanceamento do tráfego será do appliance SDWAN.

Isto posto, solicita-se que seja indicado a topologia hierárquica de como deverá ser a implementação e interligação física e lógica dos equipamentos da Contratante.

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 as datas fixadas para o processamento do pregão é 15/07/2020, 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, 10 de julho de 2020.

TELEFONICA BRASIL S/A

Nome do procurador: Maria Conceição de Almeida Brietzke
RG: 8009018121

CPF: 36664960087



Maria Conceição de Almeida Brietzke
Gerente de Contas Especialista Governo.

Ilmo. Sr. Pregoeiro da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul

Ref.: Impugnação aos termos do Edital do Pregão Eletrônico nº. 20/2020

Oi S.A. – em Recuperação Judicial, sociedade anônima, com sede na Cidade do Rio de Janeiro, Estado do Rio de Janeiro, na Rua do Lavradio, 71, 2º andar, parte, Bairro Centro, inscrita no CNPJ/MF sob o nº 76.535.764/0001-43, doravante denominada “Oi”, vem, por seu representante legal, com fulcro no art. 18 do Decreto n.º 5.450/2005, apresentar **Impugnação** aos termos do Edital em referência, pelas razões a seguir expostas:

Razões de Impugnação

A Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul instaurou procedimento licitatório na modalidade Pregão Eletrônico, registrado sob o n.º 20/2020, visando a *“Contratação de empresa especializada para prestação de serviços de comunicação de dados para a interligação redundante da Sede da Defensoria Pública às Defensorias Públicas Regionais com tecnologia SD-WAN, incluindo serviço de conexão à Internet. O serviço engloba instalação e configuração de equipamentos e de enlaces de comunicação, gerenciamento pró-ativo contra falhas, suporte e repasse de conhecimento.”*

Contudo, a Oi tem este seu intento frustrado perante as imperfeições do Edital, contra as quais se investe, justificando-se tal procedimento ante as dificuldades observadas para participar de forma competitiva do certame.

Saliente-se que o objetivo da Administração Pública ao iniciar um processo licitatório é exatamente obter proposta mais vantajosa para contratação de bem ou serviço que lhe seja necessário, observados os termos da legislação aplicável, inclusive quanto à promoção da máxima competitividade possível entre os interessados.

Entretanto, com a manutenção das referidas exigências, a competitividade pretendida e a melhor contratação almejada, poderão restar comprometidas o que não se espera, motivo pelo qual a Oi impugna os termos do Edital e seus anexos, o que o faz por meio da presente manifestação.

ALTERAÇÕES A SEREM FEITAS NO EDITAL E NOS ANEXOS

1. INEXISTÊNCIA DE APLICAÇÃO DA ALTERNATIVIDADE ESTABELECIDAS NOS INCISOS II E III DO ART. 29 DA LEI DE LICITAÇÕES

O Edital estatui no item 13.3.4 que deverá ser comprovada a prova de regularidade para com a Fazenda do Estado do Rio Grande do Sul.

Ocorre que a referida disposição colide frontalmente com o disposto no artigo 29 da Lei n.º 8.666/93. *In verbis*:

Art. 29. A documentação relativa à regularidade fiscal, conforme o caso, consistirá em:

I - prova de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) ou no Cadastro Geral de Contribuintes (CGC);

*II - prova de inscrição no cadastro de contribuintes estadual ou municipal, se houver, **relativo ao domicílio ou sede do licitante**, pertinente ao seu ramo de atividade e compatível com o objeto contratual;*

*III - prova de regularidade para com a Fazenda Federal, Estadual e Municipal **do domicílio ou sede do licitante**, ou outra equivalente, na forma da lei;*

IV - prova de regularidade relativa à Seguridade Social e ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), demonstrando situação regular no cumprimento dos encargos sociais instituídos por lei. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 8.6.94)".

O dispositivo legal é claro ao determinar que os documentos de habilitação devem ser apresentados em relação ao domicílio ou sede da licitante, portanto há uma alternativa entre um ou outro, podendo a licitante apresentar documentação da sua filial ou da matriz.

Quando o edital estabelece a obrigatoriedade da apresentação de documentação da matriz e da filial há expressa colisão com o disposto no artigo 29, incisos II e III da Lei n.º 8.666/93.

Dessa forma, quando o edital estabelece a obrigatoriedade da apresentação de documentação da matriz e da filial, para comprovação de regularidade fiscal, há incontestável colisão com o disposto no artigo 29, inciso III, da Lei n.º 8.666/93.

Vale salientar que o **Tribunal de Contas da União**, em decisão de seu Plenário (**Acórdão n. 3.056/2008**), já se posicionou no sentido de que, do ponto de vista tributário, existe diferença entre **matriz** e **filial**, mas **a verificação da regularidade fiscal, para fins licitatórios, fica adstrita ao CNPJ do estabelecimento que participa do certame**. Um trecho da decisão afirma:

“[...]”

9. Conceitua-se matriz aquele estabelecimento chamado sede ou principal que tem a primazia na direção e ao qual estão subordinados todos os demais, chamados de filiais, sucursais ou agências.

10. Como filial conceitua-se aquele estabelecimento que representa a direção principal, contudo, sem alçada de poder deliberativo e/ou executivo. A filial pratica atos que tem validade no campo jurídico e obrigam a organização como um todo, porque este estabelecimento possui poder de representação ou mandato da matriz; por esta razão, a filial deve adotar a mesma firma ou denominação do estabelecimento principal. Sua criação e extinção somente são realizadas e efetivadas através de alteração contratual ou estatutária, registradas no órgão competente.

11. Deste modo, matriz e filial não são pessoas jurídicas distintas. A matriz e filial representam estabelecimentos diferentes pertencentes à mesma pessoa jurídica, fato corroborado, inclusive, pelo art. 10, § 1º, da Instrução Normativa RFB nº 748, de 28 de junho de 2007, in verbis: [...]

12. Conclui-se que o CNPJ específico para a filial decorre somente da obrigatoriedade da citada Instrução Normativa, que impõe à todas as empresas a inscrição do CNPJ de seus estabelecimentos. O número do Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica - CNPJ é composto de oito algarismos, separado por uma barra do número de ordem do estabelecimento e, por fim, após o hífen, dois dígitos de controle. Desta maneira, o número do CNPJ da matriz e da filial são iguais até a barra separadora. Em seguida, faz-se a diferenciação entre os estabelecimentos: /0001 é sempre para a matriz; /0002 para a primeira filial; /0003 para a segunda filial e assim por diante. Os demais dígitos são os chamados de dígitos verificadores, específico para cada estabelecimento.

13. **A diferença entre matriz e filial ganha importância quando se refere ao regime tributário, tendo em vista que uma goza de autonomia em relação à outra. Assim sendo, é que se expede uma certidão negativa ou positiva para a matriz e outra para a filial.** Nesse sentido, a título de exemplo, a matriz pode apresentar débito e a filial não, e vice-versa. Deste modo, para fins licitatórios, os documentos de habilitação de licitante devem ser apresentados em nome da **matriz ou da filial**, não sendo permitido apresentar parte em nome da matriz e parte em nome da filial.

14. **Acrescente-se que, se a matriz participa da licitação, todos os documentos de regularidade fiscal devem ser apresentados em seu nome e de acordo com o seu CNPJ. Ao contrário, se a filial é que participa da licitação, todos os documentos de regularidade fiscal devem ser apresentados em seu nome e de acordo com o seu próprio CNPJ.**”

Conclui-se, assim, que, embora a diferenciação assuma relevância para fins tributários, matriz e filial, comercialmente, não são pessoas jurídicas distintas. A matriz e filial representam estabelecimentos diferentes pertencentes à mesma pessoa jurídica.

Por isso, não há problema em a matriz ter sido habilitada e a filial entregar os produtos/serviços contratados. Neste sentido, tanto a matriz quanto a filial podem participar de licitação e uma ou outra pode realizar o fornecimento, haja vista tratar-se da mesma pessoa jurídica.

Sobre o tema de normas gerais de licitação e contratação, Marçal Justen Filho¹ leciona que os “*requisitos de participação em licitação*” encontram-se dentro do núcleo de certeza positiva do que seja norma geral, cuja disciplina é imposto à União e de observância obrigatória por todos os entes.

Sobre a exigência de apresentação de documentos diversos dos previstos no art. 29, da Lei n. 8.666/93, o TCU também já teve oportunidade de determinar que o órgão público licitante “**abstenha-se de exigir, como condição para habilitação em licitações, documentação de regularidade fiscal além daquela estabelecida pelo art. 29 da Lei n. 8.666/1993, [...]**” (Decisão n. 792/2002, Plenário).

De maneira mais ampla, referindo-se não só aos documentos de regularidade fiscal, o TCU também se manifestou: “A Constituição Federal, no inciso XXI do art. 37, dispõe que o processo de licitação pública somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica

¹ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 13ª Edição. São Paulo: Dialética, 2009, p. 16.

indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. Neste sentido, o art. 27 da Lei n. 8.666/1993, determina que, para fins de habilitação, exigir-se-á dos interessados, exclusivamente, documentação relativa a habilitação jurídica, a qualificação técnica, a qualificação econômico-financeira, a regularidade fiscal e a prova de cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal. Desta forma, **os arts. 28 a 31, na sequência, relacionam todos documentos que poderão ser exigidos para demonstrar a regularidade nas respectivas situações**” (Acórdão n. 1.729/2008, Plenário).

Dessa forma, a Oi requer a adequação do item 13.3.4 do Edital para que seja obedecida a alternatividade prevista no artigo 29 da Lei n.º 8.666/93.

2. EXIGÊNCIA DE REGULARIDADE TRABALHISTA COMO REQUISITO DE HABILITAÇÃO APLICÁVEL ÀS CONTRATAÇÕES EMPREENDIDAS PELO PODER PÚBLICO

O item 13.3.6 do Edital exige, a título de regularidade trabalhista, que as licitantes apresentem Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas (CNDT), de modo a comprovar a inexistência de débitos inadimplidos perante a Justiça do Trabalho.

Sobre esse ponto, necessário mencionar que a apresentação de Certidão Positiva com Efeitos de Negativa de Débitos Trabalhistas também possibilita o titular a participar de licitações, conforme a seguir restará demonstrado.

A recente inovação legislativa veiculada pela Lei n.º 12.440/2011 institui a chamada Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas e altera a Lei n.º 8.666/1993 para exigir a regularidade trabalhista como requisito de habilitação no certame licitatório.

Assim, o inciso IV do art. 27, bem como o inciso V do art. 29 da Lei n.º 8.666/93 passaram a ter a seguinte redação, respectivamente:

“Art. 27. Para a habilitação nas licitações exigir-se-á dos interessados, exclusivamente, documentação relativa a:

(...)

IV – regularidade fiscal e trabalhista;”

“Art. 29. A documentação relativa à regularidade fiscal e trabalhista, conforme o caso, consistirá em

V – prova de inexistência de débitos inadimplidos perante a Justiça do Trabalho, mediante a apresentação de certidão negativa, nos termos do [Título VII-A da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943.](#)”

Com efeito, a Lei n.º 12.440/2011 criou a Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas - CNDT. Para sua expedição organizou-se o **Banco Nacional de Devedores Trabalhistas - BNDT**, centralizado no Tribunal Superior do Trabalho, a partir de informações remetidas por todos os Tribunais Regionais do Trabalho do país. Neste Banco constam as pessoas físicas e jurídicas que são devedoras inadimplentes em processo de **execução trabalhista definitiva**.

As dívidas registradas no BNDT incluem as obrigações trabalhistas, de fazer ou de pagar, impostas por sentença, os acordos trabalhistas homologados pelo juiz e não cumpridos, os acordos realizados perante as Comissões de Conciliação Prévia (Lei nº 9958/2000) e não cumpridos, os termos de ajuste de conduta firmados com o Ministério Público do Trabalho (Lei nº 9958/2000) e não cumpridos, as custas processuais, emolumentos, multas, honorários de perito e demais despesas oriundas dos processos trabalhistas e não adimplidas.

Nesse sentido, cumpre trazer à colação o § 2º do art. 642-A da CLT, incluído pela Lei n.º 12.440/2011:

“Art. 642-A. É instituída a Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas (CNDT), expedida gratuita e eletronicamente, para comprovar a inexistência de débitos inadimplidos perante a Justiça do Trabalho. (Incluído pela Lei nº 12.440, de 2011)

(...)

§ 2º Verificada a existência de débitos garantidos por penhora suficiente ou com exigibilidade suspensa, **será expedida Certidão Positiva de Débitos Trabalhistas em nome do interessado com os mesmos efeitos da CNDT**. (Incluído pela Lei nº 12.440, de 2011)” (grifo nosso)

Nesse diapasão, a exemplo do que ocorre no art. 206 do Código Tributário Nacional com as certidões positivas com efeitos de negativas fiscais, também previu o legislador esta possibilidade para o sistema trabalhista. Com isso, garantiu-se que um maior número de empresas pudessem estar regularizadas perante a Justiça Trabalhista.

Ante o exposto, requer a adequação do item 13.3.6 do Edital, para que permitam expressamente a comprovação da regularidade trabalhista por meio da apresentação de Certidão Positiva com Efeitos de Negativa de Débitos Trabalhistas, nos termos do § 2º do Art. 642-A da CLT.

3. DA EXIGÊNCIA DE ÍNDICES

O item 13.5.2 do Edital exige para fins de comprovação da qualificação econômico-financeira da licitante, o seguinte:

“Balanço patrimonial e demonstrações contábeis, complementados pelas respectivas Notas Explicativas, do último exercício social, já exigíveis e apresentados na forma da lei, que comprovem a boa situação financeira da empresa, vedada a sua substituição por balancetes ou balanços provisórios, acompanhado do Anexo II do Decreto nº 36.601/1996 –Análise Contábil da Capacidade Financeira de Licitante (Anexo VIII deste Edital);”

A seu turno, o referido Decreto prevê o seguinte:

“Art. 5º - O licitador determinará o resultado da situação financeira do licitante após a conferência dos dados do Anexo II e, quando for o caso, também do Anexo III.

*§ 1º - **Será considerado habilitado aquele licitante que obtiver, no mínimo, a Nota Final da Capacidade Financeira Relativa igual a 2,0 (dois) e, também, quando se tratar de obras e serviços de engenharia, o Índice da Capacidade Financeira Absoluta igual ou superior a 1,0 (um), que é demonstrado no Anexo III. (Redação dada pelo Decreto nº 39.734, de 23 de setembro de 1999).***

Não obstante, verifica-se que a exigência insculpida no item em comento afronta flagrantemente o **artigo 31, § 2º, da Lei 8.666/93, que dispõe sobre a alternatividade para cumprimento de tal exigência de qualificação econômica, ‘in verbis’:**

“art. 31. A documentação relativa à qualificação econômico-financeira limitar-se-á:

(...)

§ 2º A Administração, nas compras para entrega futura e na execução de obras e serviços, poderá estabelecer, no instrumento convocatório da

licitação, a exigência de capital mínimo ou de patrimônio líquido mínimo, ou garantias previstas no §1º do art. 56 desta Lei, como dado objetivo de comprovação da qualificação econômica-financeira dos licitantes e para efeito de garantia ao adimplemento do contrato a ser posteriormente celebrado.” (grifos nossos)

Com relação à alternatividade da exigência prevista no § 2º, o TCU assim se manifesta:

“De fato, compulsando o § 2º do artigo 31 da Lei 8.666/93, **verifica-se que o dispositivo faz referência a capital mínimo ou patrimônio líquido mínimo**. A exigência de capital social integralizado extrapola o previsto na Lei, conforme já assentado em deliberações desta Corte, a exemplo dos Acórdãos 1871/2005, 170/2007 e 113/2009, todos do Plenário.” (grifo nosso) (Acórdão 1533/2011 - Plenário)

É certo que a exigência do § 2º do artigo 37 da Lei de Licitações tem por finalidade impedir o possível fracasso da contratação da licitante vencedora do certame. No entanto, a previsão de alternatividade de comprovação da capacidade econômico-financeira se dá no sentido de que não tornar tal exigência um fator de impedimento de participação na licitação. Ademais, observa-se ainda que tais índices não são os únicos elementos capazes de averiguar a qualificação econômico-financeira das empresas interessadas em acorrer ao certame.

Nesse sentido, **o item 7.2 da IN/MARE n.º 5/1995, prevê que as empresas, quando de suas habilitações em licitações públicas, que apresentarem resultado igual ou menor do que 1 (um) em qualquer um dos índices seguintes: Liquidez Geral (LG), Solvência Geral (SG) e Liquidez Corrente (LC), deverão comprovar, considerados os riscos para administração e, a critério da autoridade competente, o capital mínimo ou patrimônio líquido mínimo, na forma e limites permitidos pela Lei nº 8.666/1993.**

Dessa forma, a Contratada não pretende furtar-se da obrigação de comprovação da capacidade econômico-financeira para participação da licitação. O que se almeja aqui é que tal exigência seja feita de acordo com os limites estritamente legais. Frise-se que a forma como tal exigência é feita no Edital é desproporcional e incompatível com a realidade do setor de telecomunicações.

Assim, o percentual do índice para aferição da situação financeira das empresas deverá necessariamente ajustar-se a essa realidade, pois não resta a menor dúvida de que a atual exigência não é razoável e não corresponde à realidade de praticamente todas as licitações compatíveis com a ora impugnada, afinal pretende que as licitantes tenham um grau de Solvência Geral (SG) superior à realidade do mercado dos dias de hoje.

Ademais, o índice em questão não teria o condão de ser determinante na consecução do objeto contratado, ora vê-se que não existe relação entre a capacidade, eficiência e qualidade da empresa em realizar os serviços definidos. Com isso, fortifica-se o argumento de que a sua exigência é desnecessária e desproporcional.

Noutro giro, verifica-se que, por se impossibilitar a alternatividade na comprovação da capacidade econômico-financeira torna o procedimento licitatório desnecessariamente mais formalista, fato que não se coaduna com a celeridade do Pregão. Ademais, o próprio inciso XXI do artigo 37 da CF/88 determina que somente devem ser toleradas “exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”.

Dessa forma, pode-se afirmar que a atuação da Administração na fase de habilitação deve ser pautada de forma a não incorrer em rigorismos inúteis e excessivos, que apenas afastam os participantes e restringem a competição do certame, gerando e última análise prejuízos à oferta do melhor preço para a Administração.

Por fim, necessário frisar que um Decreto Estadual não pode se sobrepor a Lei, ainda mais se tratando de uma Lei Federal e especial com relação à matéria.

Portanto, os Estados não podem legislar sobre normas gerais de licitação - as da Lei 8.666/93 - em face da competência privativa da União sobre essa matéria.

Dessa forma o poder regulamentar dos Estados, Distrito Federal e Municípios em normas de licitação deve limitar-se à competência suplementar (ou complementar). Naquilo que a norma federal (norma geral) já preceituou, exauriu e esgotou, não terá lugar a competência suplementar.

Logo, em que pese o previsto no Decreto Estadual nº 36.601/1996 (Análise Contábil da Capacidade Financeira de Licitante), em se tratando de norma que colide com a Lei Federal nº 8666/93, deverá prevalecer o que prevê a Lei.

De todo o exposto, requer a adequação do item 13.5.2 do Edital, de forma que possibilite que a comprovação da qualificação econômico-financeira seja feita pelo Índice de Solvência Geral (SG) ou, **ALTERNATIVAMENTE**, por meio de comprovação de capital mínimo ou patrimônio líquido mínimo não superior a 10% (dez por cento) do valor estimado da contratação, nos termos do artigo 31, § 2º, da Lei 8666/93 e ao item 7.2 da IN/MARE n.º 5/1995.

4. DA INSCRIÇÃO NO CADIN

O item 16.6 do Edital faz a seguinte previsão:

Previamente à contratação, será realizada consulta ao Cadastro de Fornecedores Impedidos de Licitar e Contratar com a Administração Pública Estadual – CFIL/RS e ao Cadastro Informativo – CADIN/RS, pela contratante, para identificar possível impedimento relativo ao licitante vencedor, cujo comprovante será anexado ao processo.

Não obstante, necessário mencionar que eventual inscrição no CADIN não pode ser impeditivo a contratação nem tampouco ensejar a retenção do pagamento devido pela Contratante.

Cumprе ressaltar que o art. 6º, inciso III, da Lei n.º 10.522/2002, que dispõe sobre o Cadastro Informativo dos créditos não quitados de órgãos e entidades federais, define que:

“Art. 6º **É obrigatória a consulta prévia ao Cadin**, pelos órgãos e entidades da Administração Pública Federal, direta e indireta, para:

(...)

III - celebração de convênios, acordos, ajustes ou contratos que envolvam desembolso, a qualquer título, de recursos públicos, e respectivos aditamentos.” – grifos nossos

Apesar de exigir a consulta prévia no caso de contratação, o dispositivo legal não menciona em nenhum momento a possibilidade de que a consulta ao CADIN seja elemento que impeça a contratação da licitante, bem como o recebimento dos pagamentos devidos em decorrência da prestação dos serviços.

Nessa direção encontra-se a jurisprudência do TCU acerca do tema:

- o art. 6º, III, da Lei n.º 10.522/2002, "não veta, de modo absoluto, a celebração de contratos com empresa inscrita no Cadin, vez que o citado artigo de lei prescreve apenas quanto à consulta prévia ao Cadin". (...) Dessa forma, **não há vedação legal para a contratação de empresas inscritas no Cadin**. (TCU, Acórdão nº 5.502/2008, 2ª Câmara)

- Nesse contexto, embora a consulta ao CADIN possa parecer inócua é obrigatória por Lei. **E mesmo considerando que o simples fato de constar do cadastro não seja, isoladamente, um fator impeditivo para a celebração de contratos ou outros ajustes com a Administração Pública,** a consulta poderá auxiliar na verificação das informações prestadas pelos administrados e pelos demais órgãos da Administração, em especial as constantes em certidões e declarações.” (TCU, Acórdão nº 7.832/2010 - 1ª Câmara)

- [...] na mesma linha de deliberações já tomadas por este Tribunal, a exemplo do Acórdão nº 390/2004-Plenário **entendo que o art. 6º, inciso III, da Lei nº 10.522/2002, não veta, de modo absoluto, a celebração de contratos com empresa inscrito no Cadin, vez que o citado artigo de lei prescreve apenas quanto à consulta prévia ao Cadin.** (Acórdão nº 6.246/2010 - 2ª Câmara)

Há ainda jurisprudência conclusiva do STF, através da qual podemos verificar seu posicionamento quanto à inexistência de impeditivos para contratação de licitantes inscritos no CADIN:

“A União interpõe recurso extraordinário, com fundamento na alínea a do permissivo constitucional, contra acórdão da Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, assim do: “ADMINISTRATIVO E TRIBUTÁRIO. INSCRIÇÃO NO CADIN. DECRETO Nº 1.006/93. **As empresas inscritas no CADIN -Cadastro Informativo dos Créditos de Órgãos e Entidades Federais não quitados, não estão impedidas, pelo só fato da inscrição, de contratarem com a Administração.** (...) (RE 358855 PE; Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI; Julgamento: 12/04/2010 Publicação: DJe-074 DIVULG 27/04/2010 PUBLIC 28/04/2010)

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA PROVISÓRIA 1.442, DE 10.05.1996, E SUAS SUCESSIVAS REEDIÇÕES. CRIAÇÃO DO CADASTRO INFORMATIVO DE CRÉDITOS NÃO QUITADOS DO SETOR PÚBLICO FEDERAL - CADIN. 1. **A criação de cadastro no âmbito da Administração Pública Federal e a simples obrigatoriedade de sua prévia consulta por parte dos órgãos e entidades que a integram não representam, por si só, impedimento à celebração dos atos previstos no**

art. 6º do ato normativo impugnado. 2. A alteração substancial do art. 7º promovida quando da edição da Medida Provisória 1.863-52, de 26.08.1999, depois confirmada na sua conversão na Lei 10.522, de 19.07.2002, tornou a presente ação direta prejudicada, nessa parte, por perda superveniente de objeto. 3. Ação direta parcialmente prejudicada cujo pedido, no que persiste, se julga improcedente. (ADI 1454, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 20/06/2007, DJe-072 DIVULG 02-08-2007 PUBLIC 03-08-2007 DJ 03-08-2007 PP-00029 EMENT VOL-02283-01 PP-00184 LEXSTF v. 29, n. 346, 2007, p. 29-50)

Por fim, mais precisamente com relação a impossibilidade de retenção dos pagamentos em virtude da existência de débitos inscritos no CADIN, vale trazer à colação os seguintes julgados:

“Contrato administrativo fornecimento de material - suspensão de pagamento à impetrante sob o fundamento de estar inscrita no cadin estadual - inadmissibilidade - violação de direito líquido e certo não pode a administração se beneficiar de serviços prestados ou que continuam a ser prestados sem o correspondente pagamento, sob pena de enriquecimento indevido - se o contrato foi cumprido integralmente, é de rigor o pagamento - irrisignação - manutenção. Recurso negado. (TJ/SP, Apelação com revisão nº 1016999-95.2013.8.26.0053, juíza relatora Renata Longo Vilalba Serrano Nunes)

Sendo assim, pode-se constatar claramente que o fato de a empresa encontrar-se inscrita no CADIN não pode ser fundamento para que o Contratante deixe de efetuar os pagamentos pelos serviços prestados à Contratada, sob pena de enriquecimento sem causa, muito embora deverá a Administração ficar atenta, sim, ao teor do art. 67 da Lei n.º 8.666/1993.

Dessa forma, requer a Oi a adequação do item 16.6 do Edital de modo que a inscrição no CADIN não seja motivo de impedimento de contratação, nem tampouco razão a ensejar a retenção dos pagamentos devidos à Contratada.

5. EXIGÊNCIA DE APRESENTAÇÃO DO CONTRATO DE CONCESSÃO

O CGL 13.7.1 do Anexo I exige Comprovante de aptidão para o desempenho de atividade pertinente e compatível com o objeto, outorgada pelo poder concedente (ANATEL), tais como Certificado para exploração de SCM (Serviço de Comunicação Multimídia), SRTT (Serviço de

Rede de Transporte de Telecomunicações) ou SLE (Serviço Limitado Especializado) nas modalidades de serviços de circuito e de rede especializados, emitidos pela ANATEL.

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

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

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

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

Ante o exposto, requer a adequação da referida exigência, para que as licitantes possam apresentar os extratos do Termo de Autorização, ambos outorgados pela ANATEL, os quais são devidamente publicados no Diário Oficial da União.

6. VALOR DA GARANTIA

O CGL 22.1 do Anexo I e o item 5.1 da Minuta do Contrato estipulam que a garantia a ser apresentada deverá corresponder ao percentual de 5% (cinco por cento) sob o valor do contrato.

Todavia, o artigo 56, § 2º, da Lei 8.666/1993 estipula que a garantia exigida não excederá a 5% (cinco por cento) do valor total do contrato.

Como se sabe, a atividade administrativa exige prestígio aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

^[1] “Art. 37 (...)”

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, **o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.** (...)” (grifamos)

Para José dos Santos Carvalho Filho, “razoabilidade é a qualidade do que é razoável, ou seja, aquilo que se situa dentro dos limites aceitáveis, ainda que os juízos de valor que provocaram a conduta possam dispor-se de forma um pouco diversa²”.

O princípio da regra da razão se expressa em procurar a solução que está mais em harmonia com as regras de direito existentes e que, por isso, parece a mais satisfatória, em atenção à preocupação primária da segurança, temperada pela justiça, que é a base do Direito.

A Administração Pública está obrigada a adotar a alternativa que melhor prestigie a racionalidade do procedimento e de seus fins.

Nesse sentido, Marçal Justen Filho ensina que:

“O princípio da proporcionalidade restringe o exercício das competências públicas, proibindo o excesso. A medida limite é a salvaguarda dos interesses públicos e privados em jogo. Incumbe ao Estado adotar a medida menos danosa possível, através da compatibilização entre os interesses sacrificados e aqueles que se pretende proteger³.”

O princípio da razoabilidade deve ser observado pela Administração Pública à medida que sua conduta se apresente dentro dos padrões normais de aceitabilidade. Se atuar fora desses padrões, algum vício estará, sem dúvida, contaminando o comportamento estatal. Não pode, portanto, existir violação ao referido princípio quando a conduta administrativa é inteiramente revestida de licitude.

Com efeito, o princípio da razoabilidade se fundamenta nos princípios da legalidade e da finalidade, como ensina Celso Antônio Bandeira de Mello:

“A Administração Pública, ao atuar no exercício de discricção, terá que estabelecer critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal de pessoas equilibradas e respeitosa das finalidades que presidiram a outorga da competência exercida.

(...)

Com efeito, o fato de a lei conferir ao administrador certa liberdade (margem de discricção) significa que lhe deu o encargo de adotar, ante a diversidade de

² CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 24. Ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, p. 36.

³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 14. Ed. São Paulo: Editora Dialética, 2010, p. 78.

situações a serem enfrentadas, a providência mais adequada a cada qual delas. Não significa como é evidente, que lhe haja outorgado o poder de agir ao sabor exclusivo de seu líbido, de seus humores, paixões pessoais, excentricidades ou critérios personalíssimos, e muito menos significa que liberou a Administração para manipular a regra de Direito de maneira a sacar dela efeitos não pretendidos nem assumidos pela lei aplicanda. Em outras palavras: ninguém poderia aceitar como *critério exegético de uma lei* que esta sufrague as providências *insensatas* que o administrador queira tomar; é dizer, que avalize previamente condutas desarrazoadas, pois isto corresponderia a irrogar dislates à própria regra de Direito⁴.”

Logo, quando se pretender imputar à conduta administrativa a condição de ofensiva ao princípio da razoabilidade, terá que estar presente a ideia de que a ação é efetiva e indiscutivelmente ilegal. Inexiste, por conseguinte, conduta legal vulneradora do citado princípio.

Assim, o princípio da razoabilidade acarreta a impossibilidade de impor consequências de severidade incompatível com a irrelevância de defeitos. Sob esse ângulo, as exigências da Lei ou do Edital devem ser interpretadas como instrumentais.

Desta feita, a apresentação de garantia equivalente ao percentual máximo permitido em Lei não é razoável, razão pela qual se requer a modificação do CGL 22.1 do Anexo I e do item 5.1 da Minuta do Contrato, para que a garantia exigida não corresponda ao limite máximo de 5% (cinco por cento).

7. GARANTIAS À CONTRATADA EM CASO DE INADIMPLÊNCIA DA CONTRATANTE

O item 7.1 da Minuta do Contrato dispõem que no caso de atraso no pagamento a ser efetuado pela contratante a contratada, os cálculos dos valores devidos deverão observar as regras ali traçadas.

Não obstante, cumpre trazer à baila o art. 54 da Lei n.º 8.666/1993, que estabelece a aplicação supletiva dos princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado no âmbito dos contratos administrativos. Adiante, verifica-se que o art. 66 da Lei de Licitações determina que “o contrato deverá ser executado fielmente pelas partes, de acordo com as cláusulas avençadas e as normas desta Lei, respondendo cada uma pelas consequências de sua inexecução total ou parcial”.

⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 28 ed. São Paulo: Editora Malheiros. 2010, p. 108.

Nesse sentido, verifica-se que o eventual descumprimento da obrigação de pagamento da Contratante deverá gerar as devidas consequências. No caso em quadra, caracteriza-se a mora por parte da Contratante. Em assim sendo, deverá ressarcir a Contratada no que tange aos ônus de mora, a saber: juros moratórios, multa moratória e correção monetária.

Verifica-se que a necessidade premente de ressarcimento baseia-se no fato de que não pode a Contratada suportar o atraso do pagamento das parcelas sob pena de desequilíbrio da relação contratual. Ademais, a mora da Administração culminada com a não incidência dos encargos devidos gera incondicionalmente o locupletamento sem causa desta.

Por fim, verifica-se que os percentuais referentes à multa e juros moratórios devem se dar, respectivamente, à razão de 2% (dois por cento) sobre o valor da fatura e 1% (um por cento) ao mês. A correção monetária deve se operar com base no IGP-DI, índice definido pela FGV. A razão pela fixação de tais parâmetros se dá na prática usual do mercado em geral, incluindo o de telecomunicações. Verifica-se que, impostos valores aquém do exposto, pode-se gerar para a Administração situação de flagrante desequilíbrio, influenciando, em última análise, no equilíbrio econômico-financeiro da Contratada.

Sobre o tema, o Tribunal de Contas da União assim se manifestou:

“(...) 1.5 Em seu voto que fundamentou o Acórdão 1931/2004-Plenário, o Relator, Excelentíssimo Senhor Ministro Walton Alencar Rodrigues, ao analisar a pretensão do Órgão de não pagar a atualização monetária à empresa contratada, assim discorre: Essa solução, além de não se harmonizar com o princípio jurídico que veda o enriquecimento sem causa à custa alheia, aplicável às relações jurídicas de toda a espécie, não se conforma com a Constituição Federal (art. 37, inciso XXI) e com a Lei 8.666/93 (art. 3º), que determinam a manutenção das condições efetivas da proposta nas contratações realizadas pelo poder público. 11.6 Na sequência, discorre sobre o índice utilizado para o cálculo da atualização monetária: Apesar de reconhecer o direito da contratada à correção monetária dos valores pagos em atraso pela Administração, saliento que o critério adotado pela Secretaria de Infraestrutura do Governo do Estado do Ceará não foi tecnicamente adequado. Conforme salientei no voto condutor do Acórdão 1503/2003 - Plenário, a utilização da Taxa Referencial - TR é devida apenas para as operações realizadas nos mercados financeiros de valores mobiliários, seguros, previdência privada, capitalização e futuros, a teor do disposto no art. 27, §5º, da Lei 9.069/95. Portanto, deveria o órgão responsável ter aplicado a variação dos índices contratualmente

estabelecidos (colunas da Fundação Getúlio Vargas), os quais melhor refletem a evolução de preços dos insumos envolvidos no objeto da contratação. 11.7 Naquele caso, havia sido paga a atualização monetária calculada pela Taxa Referencial - TR, entendendo o Relator que deveria ser utilizado o índice da Fundação Getúlio Vargas, que 'melhor reflete a evolução de preços dos insumos envolvidos no objeto da contratação'. (...) 1.10 Quanto ao pagamento de juros, ainda no voto mencionado, destacamos os trechos que seguem: (...) Com relação ao cabimento dos juros moratórios, entendo oportuno tecer algumas considerações. (...) Como tal, negar à empresa contratada a composição de perdas e danos decorrentes de mora da própria Administração atentaria contra o primado da justiça que arrosta o enriquecimento sem causa, mesmo que essa exigência não esteja prevista em lei ou em disposição contratual. (...)”.(AC-1920-09/11-1 Sessão: 29/03/11 Grupo: I Classe: II Relator: Ministro UBIRATAN AGUIAR - Tomada e Prestação de Contas - Iniciativa Própria)

Pelo exposto, faz-se necessária a alteração do item 7.1 da Minuta do Contrato referente ao ressarcimento referente ao atraso no pagamento da parcela contratada por parte do Contratante, de modo a incidir multa de 2% sobre o valor da fatura no mês de atraso, juros de mora na ordem de 1% ao mês e a correção monetária pelo IGP-DI.

8. REAJUSTE DOS PREÇOS

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.”⁵

A presente licitação tem como objeto a prestação de serviços de telecomunicações, os quais são regidos pela Lei n.º 9.472/97 (Lei Geral de Telecomunicações).

Assim, as operadoras de serviços telefônicos submetem-se às disposições editadas pela ANATEL, a qual determina, no inciso VII do art. 19 da Lei n.º 9.472/97 (Lei Geral de Telecomunicações), que compete à Agência “*controlar, acompanhar e proceder à revisão de tarifas dos serviços prestados no regime público, podendo fixá-las nas condições previstas nesta Lei, bem como homologar reajustes.*”

Os serviços telefônicos podem ser remunerados por meio da cobrança de tarifas ou de preços. A remuneração acontecerá pela cobrança de tarifas quando o serviço telefônico for prestado em regime público, por meio de Concessão. Por sua vez, a cobrança pelos serviços de telecomunicações prestados em regime privado acontecerá por meio de preços.

⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 14. Ed. São Paulo: Editora Dialética, 2010, p. 558.

Ressalte-se que apenas o Serviço Telefônico Fixo Comutado – STFC poderá ser prestado em regime público, por meio de Concessão do Poder Concedente. Assim, as concessionárias são remuneradas pela cobrança de tarifas, conforme acima explicado.

Acerca das tarifas do STFC, o art. 42 da Resolução n.º 426/2005, que aprova o Regulamento do Serviço Telefônico Fixo Comutado, assim determina:

“Art. 42. Visando a preservação da justa equivalência entre a prestação do serviço e sua remuneração, as tarifas ou preços de planos de serviço ou PUC podem ser reajustados ou revisados.

Parágrafo único. Os reajustes dos valores das tarifas ou preços podem ser realizados em prazos não inferiores a 12 (doze) meses, limitados estes à variação do Índice de Serviços de Telecomunicações (IST) ou qualquer outro índice que venha a substituí-lo, correspondente ao período de reajuste, observadas as disposições dos contratos de concessão ou termos de permissão ou autorização.” (grifo nosso).

Com base no acima exposto, o reajuste tarifário deverá ser aplicado a partir do Contrato de Concessão, sob pena de comprometimento irreparável do equilíbrio econômico-financeiro do referido contrato.

De outro lado, o reajuste dos preços, ao contrário das tarifas, é automático, ou seja, decorridos 12 (doze) meses do contrato, deverá ser aplicado o índice previsto contratualmente, a fim de se recompor a equação econômico-financeira inicialmente estabelecida.

Diante disso, enquanto o reajuste das tarifas deverá acontecer de acordo com as determinações do Poder Concedente, o reajuste dos preços será aplicado automaticamente, decorridos 12 (doze) meses da Contratação.

No âmbito dos serviços telefônicos, objeto da presente licitação, o índice a ser utilizado como base de cálculo no reajuste dos valores contratados é aquele expresso na Resolução n.º 420, de 25/11/05, expedida pela Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, qual seja, Índice de Serviço de Telecomunicações - IST.

Ante o exposto, requer a adequação da Cláusula Oitava da 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”.

9. DA RAZOABILIDADE NA APLICAÇÃO DA MULTA

O item 12.6.1.1 da Minuta do Contrato prevê multa compensatória de 10% sobre o valor anual do contrato, nos casos de inexecução, execução imperfeita ou em desacordo com as especificações e negligência na execução do objeto contratado, e nos casos de descumprimento de cláusula contratual ou norma de legislação pertinente.

É importante ressaltar que a multa aplicada tem como base de cálculo o valor total do contrato.

De plano já se observa uma aplicação desproporcional e irrazoável, pois nos casos de inexecução parcial, a multa deve ter como base de cálculo o valor mensal ou o percentual inadimplido.

Como se sabe, a atividade administrativa exige prestígio aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Para José dos Santos Carvalho Filho, *“razoabilidade é a qualidade do que é razoável, ou seja, aquilo que se situa dentro dos limites aceitáveis, ainda que os juízos de valor que provocaram a conduta possam dispor-se de forma um pouco diversa”*⁶.

O princípio da regra da razão expressa-se em procurar a solução que está mais em harmonia com as regras de direito existentes e que, por isso, parece a mais satisfatória, em atenção à preocupação primária da segurança, temperada pela justiça, que é a base do Direito.

A Administração Pública está obrigada a adotar a alternativa que melhor prestigie a racionalidade do procedimento e de seus fins.

Nesse sentido, Marçal Justen Filho ensina que:

“O princípio da proporcionalidade restringe o exercício das competências públicas, proibindo o excesso. A medida limite é a salvaguarda dos interesses públicos e privados em jogo. Incumbe ao Estado adotar a medida menos

⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 24. Ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, p. 36.

danosa possível, através da compatibilização entre os interesses sacrificados e aqueles que se pretende proteger.”⁷

O princípio da razoabilidade deve ser observado pela Administração Pública à medida que sua conduta se apresente dentro dos padrões normais de aceitabilidade. Se atuar fora desses padrões, algum vício estará, sem dúvida, contaminando o comportamento estatal. Não pode, portanto, existir violação ao referido princípio quando a conduta administrativa é inteiramente revestida de licitude.

Com efeito, o princípio da razoabilidade se fundamenta nos princípios da legalidade e da finalidade, como ensina Celso Antônio Bandeira de Mello:

“A Administração Pública, ao atuar no exercício de discricão, terá que estabelecer critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal de pessoas equilibradas e respeitosa das finalidades que presidiram a outorga da competência exercida.

(...)

Com efeito, o fato de a lei conferir ao administrador certa liberdade (margem de discricão) significa que lhe deu o encargo de adotar, ante a diversidade de situações a serem enfrentadas, a providência mais adequada a cada qual delas. Não significa, como é evidente, que lhe haja outorgado o poder de agir ao sabor exclusivo de seu líbito, de seus humores, paixões pessoais, excentricidades ou critérios personalíssimos, e muito menos significa que liberou a Administração para manipular a regra de Direito de maneira a sacar dela efeitos não pretendidos nem assumidos pela lei aplicanda. Em outras palavras: ninguém poderia aceitar como critério exegético de uma lei que esta sufrague as providências insensatas que o administrador queira tomar; é dizer, que avalize previamente condutas desarrazoadas, pois isto corresponderia a irrogar dislates à própria regra de Direito.”⁸

Logo, quando se pretender imputar à conduta administrativa a condição de ofensiva ao princípio da razoabilidade, terá que estar presente a ideia de que a ação é efetiva e indiscutivelmente ilegal. Inexiste, por conseguinte, conduta legal vulneradora do citado princípio.

⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 14. Ed. São Paulo: Editora Dialética, 2010, p. 78.

⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 28 ed. São Paulo: Editora Malheiros. 2010, p. 108.

Assim, o princípio da razoabilidade acarreta a impossibilidade de impor consequências de severidade incompatível com a irrelevância de defeitos. Sob esse ângulo, as exigências da Lei ou do Edital devem ser interpretadas como instrumentais.

Desta forma, requer a alteração do item 12.6.1.1 da Minuta do Contrato, de modo que a base de cálculo para a aplicação da multa, nas hipóteses de inexecução parcial, seja o valor mensal ou percentual da parcela inadimplida e não o valor total do Contrato.

Pedido

Para garantir o atendimento aos princípios norteadores dos procedimentos licitatórios, a **Oi**, requer que V. S^a julgue motivadamente a presente Impugnação, no prazo de 24 horas, acolhendo-a e promovendo as alterações necessárias nos termos do Edital e seus anexos, sua consequente republicação e suspensão da data de realização do certame.

Porto Alegre – RS, 10 de julho de 2020.



João Carlos Tavares Pereira

Executivo de Negócios – Corporativo

(51) 98401-8112 - jcpereira@oi.net.br

CLARO S.A. - NOVA SEDE SOCIAL:
Rua Henri Dunant, nº 780 – Torres A e B
Santo Amaro – Cep. 04.709-110
São Paulo, SP – Brasil
CNPJ: 40.432.544/0001-47
Inscrição Estadual: 114.814.878.119
Inscrição Municipal: 2.498.616-0
www.claro.com.br



AO

**AO ILUSTRÍSSIMO SENHOR PRESIDENTE DA COMISSÃO DE LICITAÇÃO DA DEFENSORIA
PÚBLICA DO RIO GRANDE DO SUL**

Ref.: **EDITAL Nº 20/2020**

PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 20/3000-0000904-9

CLARO S.A., sociedade por ações, localizada na Rua Henri Dunant, nº 780, Torres A e B, Bairro Santo Amaro, CEP 04.709-110, na Cidade e Estado de São Paulo, inscrita no **CNPJ sob o nº 40.432.544/0001-47**, de NIRE/JUCESP de nº 35.300.145.801, doravante denominada simplesmente **CLARO**, por seu representante infra-assinado, vem, respeitosamente, com fundamento no Decreto nº 10.024/2019, que regulamentou o pregão eletrônico, e na Lei nº 10.520/02, apresentar **IMPUGNAÇÃO** ao **PREGÃO** em referência, em razão de inconformidades constantes daquele instrumento convocatório, conforme exposto nas anexas razões de impugnação.

I. DA TEMPESTIVIDADE

Conforme o ditame inserto no artigo 24, do Decreto nº 10.024/19, o prazo para impugnação ao Edital é de até 03 (três) dias úteis da data fixada para o certame, *in verbis*:

Art. 24. Qualquer pessoa poderá impugnar os termos do edital do pregão, por meio eletrônico, na forma prevista no edital, **até três dias úteis anteriores à data fixada para abertura da sessão pública.** (grifo nosso).

Dessa forma, utilizando o critério estabelecido no artigo 24, conclui-se que a data fixada para abertura da sessão pública, conforme preâmbulo do Edital é o dia **15/07/2020**, que deve ser excluído do cômputo (art. 110, da Lei nº 8666/93), considerando-se como **primeiro dia útil sendo 14/07/2020, segundo dia útil sendo 13/07/2020** e como **terceiro dia útil sendo 10/07/2020**.



Portanto, as impugnações apresentadas até o dia **10/07/2020** são tempestivas, como é o caso da presente.

Assim é o entendimento do egrégio **Tribunal de Contas da União – TCU**, conforme corrobora o **Acórdão n.º 1/2007 - Plenário**, conforme transcrevemos abaixo *in verbis*:

“ ...

4. Na primeira instrução destes autos (fls. 162/163), a Secex/SE, em exame perfunctório, **analisou apenas uma das irregularidades** apontadas pela empresa Nordeste Segurança e Transporte de Valores Sergipe Ltda., **qual seja, a negativa de exame, pela Gilic/SA, de impugnação apresentada pela representante, sob alegação de intempestividade** (fls. 146/147).

5. **No entendimento da Secex/SE, não teria ocorrido inobservância, por parte da representante, do art. 18 do Decreto nº 5.450/2005, que regulamenta o pregão na forma eletrônica, pois a interposição da impugnação foi feita em 22/11/2005 (fls. 135/143), ou seja, dois dias úteis antes da data fixada para abertura da sessão pública, ocorrida em 24/11/2005, nos termos do mencionado dispositivo legal.**

6. **Em vista dessa irregularidade cometida** pela Gilic/SA, a Secex/SE entendeu **estarem presentes os requisitos necessários à concessão de medida cautelar para que a Caixa sustasse qualquer procedimento que visasse à contratação** decorrente do Pregão Eletrônico nº 019/7029-2005.” (grifo nosso)

Diante do exposto e de acordo com o entendimento do egrégio Tribunal de Contas da União – TCU, não acatar a presente impugnação sob o argumento da intempestividade seria condenar o presente certame ao fracasso, pois com certeza aquele Tribunal concederia medida cautelar suspendendo o prosseguimento deste certame.



II. RAZÕES DA IMPUGNAÇÃO

DO OBJETO

Contratação de empresa especializada para prestação de serviços de comunicação de dados para a interligação redundante da Sede da Defensoria Pública às Defensorias Públicas Regionais com tecnologia SD-WAN, incluindo serviço de conexão à Internet. O serviço engloba instalação e configuração de equipamentos e de enlaces de comunicação, gerenciamento pró-ativo contra falhas, suporte e repasse de conhecimento.

DA HABILITAÇÃO

O edital na habilitação dos licitantes faz inúmeras exigências, dentre elas as dispostas abaixo:

Será exigida a apresentação de atestado de capacidade técnica, conforme descrito abaixo:

Pág. 25:

1. Declaração de Capacidade Técnica, podendo ser por meio de Atestado, onde comprove que forneceu serviços de comunicação de dados via internet, com atendimento em pelo menos 50% dos municípios relacionados no ANEXO II - A, para 1 (uma) organização de direito público ou privado com pelo menos 1000 colaboradores. Entende-se por colaboradores os membros, servidores, sócios, empregados, administradores, estagiários, sócios, prestadores de serviço e quaisquer outras pessoas agindo em nome da organização de direito público ou privado. Somente serão considerados os atestados que atendam às seguintes condições:



- a) ser apresentado em via original ou cópia autenticada.
- b) apresentar razão social, CNPJ e endereço completo do emissor do atestado.
- c) apresentar razão social, CNPJ e endereço completo do LICITANTE.
- d) apresentar a especificação do equipamento/serviço realizado, citando as características e o equipamento/serviço entregue.
- f) indicar local e data da emissão do atestado.
- g) apresentar assinatura e identificação do emitente: nome, cargo ou função, telefone e e-mail para contato.

Aduz que a exigência em epígrafe cria um obstáculo com o intuito de inibir a participação do maior número de licitantes em clara infringência aos princípios da legalidade e o da competitividade.

Por outro lado e não menos importante, deverá haver o interesse na preservação do erário público, onde a licitação deve ser conduzida de modo a ampliar a participação do particular, oportunizando de forma igualitária que aqueles detentores de capacitação elementar à execução do objeto licitado, possam concorrer para a satisfação daquele interesse público.

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 do instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos. (Redação dada pela Lei nº 12.349,2010)

§ 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 nº8.248, de 23 de outubro de 1991; (Redação dada pela Lei nº 12.349, de 2010)

Desta forma, **condições que restrinjam a participação de empresas interessadas deverão ser aliadas do edital**, em cumprimento ao princípio da legalidade, da impessoalidade e da igualdade entre todos.

Da mesma forma, como impugnado no item anterior, trata-se aqui de exigência exacerbada, que podemos considerar dispensável.

A exigência de comprovação de que os atestados devem conter **ao menos 50% dos municípios relacionados no ANEXO II - A, para 1 (uma) organização de direito público ou privado com pelo menos 1000 colaboradores** não pode ser mantida, pois é crível que referida exigência alijará empresas que, **embora detenham de capacidade técnica suficiente, não terão abrangência de 50% dos municípios relacionados no Anexo II, tão pouco 1000 colaboradores em cada uma delas!**

A condição disposta no item **CERTAMENTE** é tendenciosa, discricionária e fora dos padrões normalmente requeridos nos certames com objetos semelhantes. A condição é exacerbada e com rigor que é dispensável.

A legislação menciona que os atestados devem ser compatíveis com o objeto licitado e os quantitativos exigidos estão muito além do permitido para admitirmos um edital sem vícios ou discrepâncias.

Para se fazer uma análise adequada da legalidade ou não de tais exigências, deve-se verificar o que diz a Lei nº 8.666/93 sobre os requisitos de qualificação técnica para a fase de habilitação, dentre os quais encontra-se inserido o atestado de capacidade técnica:

“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.”

Pelo exposto, nota-se que a norma federal claramente limitou as exigências quanto à qualificação técnica dos licitantes, **proibindo a fixação de requisitos não dispostos nela expressamente e desnecessários aos fins da licitação e da execução do objeto licitado.**

Por isso, ao incluir no rol de documentação de habilitação comprovação que não aquela expressamente disposta na lei, o agente público afronta o Princípio da Legalidade (art. 3º da Lei nº 8.666/93 e art. 37 da Constituição da República).

É inadmissível que se demande aos licitantes exigência de qualificação técnica não prevista em Lei.

Hely Lopes Meirelles, pai do Direito Administrativo Brasileiro leciona que *“Na Administração Pública, não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto, na Administração pessoal é lícito fazer tudo o que a lei não proíbe. Na Administração Pública só é permitido fazer aquilo que a lei autoriza.”* (grifo nosso)



Deverá ser excluída a exigência supra pelas razões expostas, devendo ser reconhecida a dispensa da a apresentação de números de colaboradores ou de número de municípios.

QUESTIONAMENTOS TÉCNICOS

Alguns pontos descritos no edital trazem dúvidas e para evitar interpretações distorcidas, questionamos os seguintes itens:

4.2.4. Todos os equipamentos devem suportar tanto IPv4 quanto IPv6.

Questionamento: Entendemos que o suporte a IPv6 será necessário quando os links Internet também precisarem oferecer este suporte (no item 4.4 é requerido somente IPv4).

Entendemos que é aceita solução que suportará IPv6 através de upgrade de software sem custo.

Está correto nosso entendimento?

4.3.22.4. Deve oferecer suporte pelo menos aos seguintes algoritmos de criptografia: 3DES, AES-128, AES-192 e AES-256;

Questionamento: Entendemos que o objetivo é garantir compatibilidade com os algoritmos mais modernos de criptografia, desta forma entendemos que suportando AES-256 o item estará atendido.

Está correto nosso entendimento?



4.3.22.5. Deve oferecer suporte pelo menos aos seguintes algoritmos de autenticação: MD5, SHA-1, SHA-256, SHA-384, SHA-512;

Questionamento: Entendemos que o objetivo é garantir compatibilidade com os algoritmos mais modernos de autenticação, desta forma entendemos que suportando SHA-512 o item estará atendido.

Está correto nosso entendimento?

4.1.11. A licitante vencedora da presente contratação NÃO poderá compartilhar a infraestrutura utilizada para atendimento do contrato nº 14/2016, em função da premissa de garantia de alta disponibilidade do serviço, considerando que, a ocorrência de indisponibilidade do serviço afeta diretamente a disponibilidade dos dois serviços (principal e redundante).

Necessário esclarecer o que se a refere a infraestrutura do item 4.1.11 *entende-se não ser permitido utilizar os mesmos cabos (no caso de última-milha atendida com par metálico ou fibra ótica) ou equipamentos (no caso da terminação dos links em modems, multiplexadores roteadores, ou unidades de rádio, no cliente ou na Contratada) da solução prevista no referido contrato; sendo permitido, porém, compartilhar as mesmas estações (pontos de presença da Contratada) ou vias públicas por onde ocorrerá o encaminhamento da última-milha.*

A contratante irá providenciar entradas separadas fisicamente ao DG de cada localidade pois normalmente a mesma entrada física (dutos) é disponibilizada para que as operadoras/prestadoras possam entrar com seus respectivos acessos, evidenciando um ponto único de falha independentemente dos acessos e serviços serem providos por operadoras distintas.

Solicita-se confirmar esse entendimento.

A referida condição do edital neste item, fere os princípios de igualdade, isonomia e economicidade entre os concorrentes. Desta forma, **o item deverá ser revisto pela Comissão para as permissões, em nome da economia e por consequência, a diminuição no preço final a ser ofertado pelos participantes.**



4.1.16. Não há perspectiva de crescimento do número de sítios durante a vigência do contrato. Entretanto a CONTRATADA deverá se comprometer com o atendimento eventual de futuros sítios, a critério do Defensoria, nas mesmas condições técnicas e de preço oferecidos para o objeto deste edital, bem como expansão de bandas de comunicação, respeitados os limites legais e técnicos, bem como os prazos estipulados nos níveis de serviço. Da mesma maneira, a Defensoria poderá solicitar a desativação do serviço prestado a qualquer sítio, bem como mudança de local de prestação dos serviços. Entende-se por mudanças de local de prestação dos serviços a mudança de endereços de instalação dos equipamentos e acessos dentro da mesma cidade.

A referida condição do edital neste item, fere os princípios de igualdade, isonomia e economicidade entre os concorrentes. Desta forma, **o item deverá ser revisto pela Comissão e previsto na planilha de custo deste edital, a solicitação de troca de endereço deverá estar prevista, pois a realocação de equipamento gera custo para contratada.**

4.6.2. É de responsabilidade da CONTRATADA a passagem de cabos até a sala onde ficarão instalados os equipamentos de terminação da CONTRATADA.

Entendemos que a CONTRATADA informará a CONTRATANTE as eventuais necessidades de obras civis para a referida passagem de cabos e ficando apenas a cargo da CONTRATANTE



responsável a custear a adequação do seu ambiente, pois a Administração deve adequar o (s) espaço (s) para recebimento dos cabos. **Nosso entendimento está correto?**

4.2.8.1. Caso a CONTRATANTE não disponha de espaço em rack em determinada localidade, a CONTRATADA deverá fornecer e instalar rack, em regime de comodato, com capacidade de acomodar seus equipamentos.

Nas situações em que a CONTRATANTE não dispor de espaço em rack e que a CONTRATADA deverá fornecer e instalar rack entendemos que a CONTRATANTE deverá informar as localidades a CONTRATADA, com as informações de quantidade de racks e suas características desejadas, tais como dimensões mínimas, etc. Para que isso possa ser previsto na proposta de preços, tais equipamentos possuem custos e necessitamos incluí-los no valor do contrato.

4.10.1. A CONTRATADA deverá efetuar um repasse de conhecimento “hands-on” a respeito da solução instalada na CONTRATANTE para pelo menos 4 técnicos da CONTRATANTE.

4.10.2. O repasse de conhecimento deverá ser realizado prestado presencialmente pela CONTRATADA em unidade da CONTRANTE na cidade de Porto Alegre – RS.

CLARO S.A. - NOVA SEDE SOCIAL:
Rua Henri Dunant, nº 780 – Torres A e B
Santo Amaro – Cep. 04.709-110
São Paulo, SP – Brasil
CNPJ: 40.432.544/0001-47
Inscrição Estadual: 114.814.878.119
Inscrição Municipal: 2.498.616-0
www.claro.com.br



Entendemos que devido a pandemia de **COVID-19** alternativamente este treinamento poderá ser realizado através de vídeo chamada para preservar as regras de isolamento e a saúde dos participantes. **Nosso entendimento está correto?**

4.6.9. Durante a vigência do contrato a CONTRANTE poderá solicitar a CONTRATADA a alteração de endereço dentro do mesmo município, para cada um dos *links* contratados, onde serão instalados os equipamentos e componentes para prestação do serviço. O prazo para efetuar a alteração de endereço será de, no máximo, 45 (quarenta e cinco) dias após a solicitação por parte da CONTRATANTE. A remuneração do serviço de mudança de serviço deve ser equivalente ao serviço de instalação de link internet mais o serviço de instalação do equipamento SD-WAN;

Diante das regras de isolamento e normas trabalhistas em que muitos trabalhadores devem ficar afastados ou com seus contratos suspensos, com diminuição de pessoal para trabalhos externos, vários procedimentos contratuais estão sendo revistos, face a situação de pandemia no país.

Neste sentido, o prazo contido no item 4.6.9, deverá ser estendido para que em caso de alteração de endereço, a vencedora o faça em até **60 (sessenta) dias**.

Requeremos a **alteração deste item**, conforme proposto

III. DOS PEDIDOS

Em face do exposto, vem a **CLARO** solicitar a análise dos elementos da presente impugnação, e a necessária **revisão ou alteração do Edital**, para que sejam os itens ora

CLARO S.A. - NOVA SEDE SOCIAL:
Rua Henri Dunant, nº 780 – Torres A e B
Santo Amaro – Cep. 04.709-110
São Paulo, SP – Brasil
CNPJ: 40.432.544/0001-47
Inscrição Estadual: 114.814.878.119
Inscrição Municipal: 2.498.616-0
www.claro.com.br



impugnados adequados à normativa vigente acerca do serviço de telecomunicações de forma a assegurar o direito público subjetivo desta Impugnante e demais operadoras de participar de certame elaborado em conformidade com as diretrizes dos diplomas legais acima indicados.

Porto Alegre/RS, 10 de julho de 2020.

CAISSIE FAGUNDES
RIBAS:94660344053

Assinado de forma digital por CAISSIE
FAGUNDES RIBAS:94660344053
Dados: 2020.07.10 18:23:43 -03'00'

CLARO S.A.

CI:

CPF:

ILUSTRÍSSIMO SR(a). PREGOEIRO(a) OFICIAL DA DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

A **EDITAL ASSESSORIA E CONSULTORIA**, CNPJ nº 13.194.738/0001-89, através de seu representante, **Augusto César Cardoso Freitas**, solteiro, residente na cidade de Uberlândia- MG, portador da carteira de identidade nº 18.016.945 SSP/MG, e CPF nº 108.689.646-70, apresenta com fundamento no artigo 41 e seus parágrafos da Lei Federal nº 8.666/93 e Art. 18 do Decreto Federal nº 5.450/05, interpor a presente **IMPUGNAÇÃO AO PREGÃO ELETRÔNICO Nº 20/2020** pelos seguintes fundamentos de fato e de direito:

A) DA TEMPESTIVIDADE

Conforme determinado no Item 14.2.1 do Edital: “14.2.1. Decairá do direito de impugnação ao Edital o licitante ou qualquer cidadão que não se manifestar em até 2 (dois) dias úteis antes da data fixada para a abertura da licitação, apontando as falhas ou irregularidades que o viciaram, hipótese em que tal comunicação não terá efeito de recurso.” Como a data de abertura do certame está marcada para dia 15/07/2020, verifica-se tempestiva impugnação proposta dia 10/07/2020.

"Assim, observa-se que tanto a lei quanto os decretos definem que a impugnação pode ser intentada até dois dias úteis antes da realização da licitação. Da interpretação das referidas normas, que utilizam a expressão "até", pode-se concluir que o segundo dia útil anterior ao certame também deverá estar incluído no prazo (ou seja, a impugnação poderá ser apresentada inclusive no segundo dia útil que antecede a disputa)."

ACÓRDÃO Nº 2167/2011 – TCU – Plenário

I) DO ATESTADO DE CAPACIDADE TÉCNICA

O item CLG 13.4.1 do anexo I ao edital prevê como condição de habilitação a apresentação de atestado de capacidade técnica em quantidade de equipamentos compatível com as do instrumento convocatório:

“1. Declaração de Capacidade Técnica, podendo ser por meio de Atestado, onde comprove que forneceu serviços de comunicação dedados via internet, com atendimento em pelo menos 50% dos municípios relacionados no ANEXO II - A, para 1 (uma) organização de direito público ou privado com pelo menos 1000 colaboradores.

Entende-se por colaboradores os membros, servidores, sócios, empregados, administradores, estagiários, sócios, prestadores de serviço e quaisquer outras pessoas agindo em nome da organização de direito público ou privado.

Somente serão considerados os atestados que atendam às seguintes condições:

- a) ser apresentado em via original ou cópia autenticada.*
- b) apresentar razão social, CNPJ e endereço completo do emissor do atestado.*
- c) apresentar razão social, CNPJ e endereço completo do LICITANTE.*
- d) apresentar a especificação do equipamento/serviço realizado, citando as características e o equipamento/serviço entregue.*
- f) indicar local e data da emissão do atestado.*
- g) apresentar assinatura e identificação do emitente: nome, cargo ou função, telefone e e-mail para contato.”*

Ocorre que Sabemos que o conteúdo dos atestados técnicos a serem exigidos dos licitantes deve ser suficiente para garantir à Administração que o mesmo tem condições de executar o objeto licitado, bastando portanto a apresentação de atestado de capacidade técnica comprovando a prestação de no máximo 50 % do quantitativo referente a parcela de maior relevância do objeto licitado conforme entendimento no acórdão 263/2011 do TCU:

“SÚMULA Nº 263/2011 – TCU: Para a comprovação da capacidade técnico-operacional das licitantes, e desde que limitada, simultaneamente, às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto a ser contratado, é legal a exigência de comprovação da execução de quantitativos mínimos em obras ou serviços com características semelhantes, devendo essa exigência guardar proporção com a dimensão e a complexidade do objeto a ser executado.”

No mesmo sentido dispõe o Acórdão nº 170/2007 – Plenário – TCU:

*“Exigir-se comprovação de capacidade técnica para parcelas da obra que não se **afigram como sendo de relevância técnica e financeira, além de restringir a competitividade do certame, constitui-se em clara afronta ao estabelecido pelo art. 30 da Lei nº 8.666/93 e vai de encontro ao disposto no art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal”** (Grifo nosso)*

Se faz necessário ainda que esteja expresso no instrumento convocatório a parte de maior relevância do certame, como o objeto da presente licitação é “prestação de serviços de comunicação de dados” não há o que se falar de quantidade de municípios específicos como parcela mais relevante do objeto e sim do quantitativo que a licitante é capaz de prestar. O Acórdão nº 3.257/2013 – Plenário – TCU menciona:

*“trata-se de representação contra edital de licitação com vistas à aquisição de licenças de uso de software e respectivos serviços de instalação e treinamento. Licitante alegou, **entre outras irregularidades, a falta de identificação das parcelas de maior relevância do objeto licitado**, para fins de julgamento dos atestados de capacidade técnica. Em síntese, a irregularidade cingia-se à ausência de justificativa técnica para a indicação de todos os seis softwares objeto da licitação como relevantes para fins de julgamento dos atestados de capacidade técnica. Realizadas as oitivas regimentais, lembrou a Relatora que as **exigências devem recair sobre as parcelas de maior relevância e valor significativo** e “devem ser demonstrados no instrumento convocatório ou no processo administrativo da licitação, sendo desarrazoada, como forma de comprovação da qualificação técnica dos licitantes, a exigência em edital de percentuais mínimos superiores a 50% dos quantitativos dos itens de maior relevância da obra ou serviço” (Grifo nosso)*

Quando exigido como critério de habilitação a demonstração de serviços prestados em municípios específicos, além de contrariar entendimento pacificado é uma afronta direta ao Princípio da Competitividade uma vez que restringe a participação de muitos interessados com total capacidade de prestar o serviço.

O parágrafo 1º do artigo 3º da Lei 8.666/93 **VEDA** ao agente Público prever nos Editais cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo do processo licitatório, por ofensa aos princípios da Isonomia e Competitividade.

Art. 3º

§ 1º *É vedado aos agentes públicos:*

- 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

O TCU também veda a possibilidade de exigências que comprovadamente possam restringir a competitividade nos certames:

As exigências editalícias devem limitar-se ao mínimo necessário para o cumprimento do objeto licitado, de modo a evitar a restrição ao caráter competitivo do certame. Acórdão 110/2007 Plenário (Sumário)

II) DAS CARACTERÍSTICAS DO ATESTADO DE CAPACIDADE TÉCNICA

Ainda no item CLG 13.4.1 do anexo I em sua alínea “d” é exigido:

“d) apresentar a especificação do equipamento/serviço realizado, citando as características e o equipamento/serviço entregue.”

O § 6º do Art. 30 da Lei 8666 determina que as exigências relativas a informações sobre os EQUIPAMENTOS deve ser mediante apresentação de DECLARAÇÃO FORMAL do próprio licitante sobre sua disponibilidade, não sendo correto exigir que esta informação conste no Atestado pois quem define as informações que constarão nos atestados é a empresa pública ou privada (contratante) emissora do Atestado, e não a empresa contratada para prestar o serviço (licitante).

“Art. 30 – Lei 8666/93

§ 6º As exigências mínimas relativas a instalações de canteiros, máquinas, equipamentos e pessoal técnico especializado, considerados essenciais para o cumprimento do objeto da licitação, serão atendidas mediante a apresentação de relação explícita e da declaração formal da sua disponibilidade, sob as penas cabíveis, vedada as exigências de propriedade e de localização prévia.”

Ademais, a exigência de apresentação de características mínimas como essas fere o caráter competitivo da licitação e conseqüentemente o Princípio da Economicidade uma vez que interessados que poderiam apresentar proposta mais vantajosa a administração e cumprir com as obrigações contratuais, ficam impedidos de participar.

D) DO PEDIDO

- I)** Requer que seja dado provimento a presente impugnação como tempestiva;
- II)** Requer que o atestado de capacidade técnica exigido seja referente a parcela de maior relevância, qual seja, conforme entendimento pacificado e lei 8.666/93.
- III)** Requer a as comprovações solicitados na alínea “d” da 13.4.1 sejam feitas por meio de declaração formal do próprio licitante conforme artigo 30 da lei 8.666/93 ;

Neste Termos,

P. Deferimento.

Uberlândia, 10 de Julho de 2020.

Augusto César Cardoso Freitas

CPF 108.689.646-70