

ILUSTRÍSSIMO PREGOEIRO DA COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÃO DA ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO MARANHÃO/MA.

PREGÃO ELETRÔNICO N.º 011/2020 (PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 0558/2020)

IMPUGNAÇÃO AO EDITAL

Objeto: Contratação de empresa especializada para prestação de serviços de telecomunicações para a implementação, operação e manutenção de links de acesso, síncrono, dedicado à internet e de link determinístico – ponto a ponto com fornecimento de CPE's para a ALEMA e TV ASSEMBLEIA em conformidade com especificações e quantidades constantes no ANEXO I deste Termo de Referência.

A empresa **DB3 SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES LTDA.**, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ/MF sob nº. 41.644.220/0001-35, com sede na Rodovia BR 116 nº 2555 – Modu-14, escritório, Parque Iracema, Fortaleza/CE, CEP: 60824-115, neste ato representada por EMERSON SANTOS CORDEIRO, brasileiro, solteiro, coordenador regional de vendas governo, inscrito perante o CPF/MF sob nº 792.018.902-06, RG nº 440920-SJSP /AC, com endereço comercial à Rodovia BR 116, , vem, respeitosamente e tempestivamente, IMPUGNAR os termos do edital acima mencionado, com sustentação nos §§ 1º e 2º do artigo 41 da Lei nº 8.666/93, aplicável por força do artigo 9.º da lei federal n.º 10.520/2002, pelas razões de fato e de direito a seguir expostas:

I - DA TEMPESTIVIDADE

O artigo 41, § 1º, da Lei no 8.666/93, que instituiu normas gerais para os procedimentos licitatórios, prescreve que qualquer cidadão é parte legítima para impugnar edital de licitação por irregularidade na aplicação desta Lei, devendo protocolar o pedido até 5 (cinco) dias úteis antes da data fixada para a abertura dos envelopes de habilitação, devendo a Administração julgar e responder à impugnação em até 3 (três) dias úteis, sem prejuízo da faculdade prevista no § 1o do art. 113.

Já o § 2º da mesma Lei nº 8.666/93, diz que “decairá do direito de impugnar os termos do edital de licitação perante a administração o licitante que não o fizer até o segundo dia útil que anteceder a abertura dos envelopes.”

Nesse mesmo sentido o Decreto nº 3.555/2000, no artigo 12 do seu Anexo I, que regulamentou a instituição da Lei nº 10.520/2002, a qual trata da modalidade licitatória do

Pregão, estabeleceu que: “Até dois dias úteis antes da data fixada para recebimento das propostas, qualquer pessoa poderá solicitar esclarecimentos, providências ou impugnar o ato convocatório do pregão.”

Quanto ao edital, na seção XIX, item 66, consta ali a afirmação de que antes do recebimento das propostas, na data aprazada no edital, qualquer pessoa poderá impugnar o Edital e/ou Anexos(s), até 03 (três) dias úteis anteriores a data de abertura das propostas. Uma vez que a data da abertura da proposta está marcada para ocorrer no dia 13/08/2020 às 09:30h, temos que a data limite para impugnação ocorrerá em 10/08/2020 às 18h. Assim, em sendo esta impugnação deve ser considerada plenamente tempestiva.

II - DOS VÍCIOS NO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO

Inicialmente cumpre estabelecer que embora existam formalismos a serem cumpridos, estabelecidos no instrumento convocatório e na Lei nº 8.666/93, os vícios no instrumento convocatório, capazes de prejudicar a adjudicação e a contratação pela administração pública podem ser revistos a pedido e podem ser revistos de ofício em qualquer fase do processo administrativo, sob pena de invalidação de todos os atos praticados pela Administração Pública por infração à Legalidade dos Atos Administrativos.

Cumpre inicialmente estabelecer que a própria administração pública pode de ofício rever seus próprios atos nos termos da Súmula 473 do Supremo Tribunal Federal, senão vejamos:

Súmula 473

A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

Como se pode extrair da Súmula transcrita acima, dos atos praticados com vícios que os tornem ilegais, não se originam direitos. Pelo exposto, considerando que a licitação em discussão traz cláusulas que, por apresentarem vícios, comprometem a disputa, trazendo prejuízos não só aos licitantes, como ao próprio Órgão, que fica impedido de analisar ofertas que seriam vantajosas no que se refere a qualidade dos serviços apresentados, faz-se necessário a revisão a pedido e/ou de ofício do presente instrumento convocatório, com o fim de garantir a legalidade, lisura e eficiência de todos os atos praticados pela administração, conforme se demonstrará a seguir:

II – DOS FATOS

A ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO MARANHÃO/MA, publicou edital licitatório, do tipo Pregão Eletrônico, na modalidade *MENOR PREÇO POR ITEM, QUE TEM POR OBJETO A CONTRATAÇÃO DE EMPRESA ESPECIALIZADA PARA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES PARA A IMPLEMENTAÇÃO, OPERAÇÃO E MANUTENÇÃO DE LINKS DE ACESSO, SÍNCRONO, DEDICADO À INTERNET E DE LINK DETERMINÍSTICO – PONTO A PONTO COM FORNECIMENTO DE CPE’S PARA A ALEMA E TV ASSEMBLEIA EM CONFORMIDADE COM ESPECIFICAÇÕES E QUANTIDADES CONSTANTES NO ANEXO I DESTE TERMO DE REFERÊNCIA.*

Ocorre que, a empresa subscrevente ao ler e analisar o edital licitatório, para verificação das condições para participação, deparou-se com considerações e exigências contidas no mesmo, que dificultam e oneram a sua participação, sendo, portanto necessária a reforma do edital, tornando-o mais justo e equilibrado para todas as partes, inclusive atentando ao princípio da ampla competitividade das licitações, pelos fatos e fundamentos a seguir expostos:

III – DAS RAZÕES DE IMPUGNAÇÃO E IMPORTÂNCIA DO PROCESSO LICITATÓRIO

Na concepção de Piscitelli (2009), o processo administrativo que é chamado de licitação é um procedimento administrativo obrigatório no âmbito da administração pública, para contratação de obras e serviços, publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações. Este procedimento administrativo é necessariamente obrigatório quando contratadas com terceiros legalmente habilitados, exceto os casos previstos em Lei.

Para Slomski (2010, p.330):

Licitação é o procedimento administrativo mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse. Como procedimento, desenvolve-se através de uma sucessão ordenada de atos vinculados para a Administração e para os licitantes, o que propicia igual oportunidade a todos os interessados e atua como fator de eficiência e moralidade nos negócios administrativos.

Assim, todo processo licitatório deverá respeitar os princípios que o vincula, não podendo assim, ser um processo eivado de vícios ou impedimentos, limitando a participação em igualdade de empresas interessadas em participar do certame.

IV - DA CONTRADIÇÃO ENTRE O EDITAL E O TERMO DE REFERÊNCIA

Ao analisar o instrumento convocatório, torna-se evidente a existência de contradição entre o termo de referência, instrumento no qual se verificam as principais diretrizes que irão nortear as condições de contratação do contrato, e o instrumento convocatório, conforme observado abaixo:

O item 7.8 do Edital convocatório estabelece uma possibilidade incerta de participação no certame em consórcio, estabelecendo as regras de participação em consórcio **CASO a Parte Específica permita a participação.** Vejamos:

7.8. Caso a Parte Específica deste Edital permita a participação de empresas em consórcio, deverão ser observadas as seguintes normas: 7.8.1. Deverá ser comprovada a existência de compromisso público ou particular de constituição de consórcio, após declaração do vencedor, com indicação da empresa-líder que deverá atender às condições de liderança estipuladas no edital e será representante das consorciadas perante a Administração; 7.8.2. Cada empresa consorciada deverá apresentar a documentação de habilitação exigida no ato convocatório; 7.8.3. A capacidade técnica do consórcio será representada pela soma da capacidade técnica das empresas

consorciadas; 7.8.4. Para fins de qualificação econômico-financeira, cada uma das empresas deverá atender aos índices contábeis definidos no edital e quanto ao capital social exigido, deverá ser comprovado pelo somatório dos capitais das empresas consorciadas, na proporção de sua respectiva participação. 7.8.5. O capital do consórcio será calculado da seguinte forma: a) Cada percentual de participação será multiplicado pelo capital social mínimo; b) Os resultados assim obtidos serão comparados com os respectivos capitais de cada um dos membros do consórcio, que deverão, individualmente, comprovar capital maior ou igual ao valor obtido no subitem 7.8.4. 7.8.6. As empresas consorciadas não poderão participar, na mesma licitação, de mais de um consórcio ou isoladamente; 7.8.7. As empresas consorciadas serão solidariamente responsáveis pelas obrigações do consórcio nas fases de licitação e durante a vigência do contrato; 7.8.8. No consórcio de empresas brasileiras e estrangeiras, a liderança caberá, obrigatoriamente, a empresa brasileira, observado o disposto no item 7.8.1; 7.8.9. Antes da celebração do contrato, deverá ser promovida a constituição e o registro do consórcio.

Ora, como o Edital deve prever as condições de participação de forma clara e concisa, não fica claro se as partes podem ou não participar do pregão em consórcio, ainda quando existem parâmetros definidos, no entanto há vedação expressa de prestação de serviços em consórcio no item 10.6 do termo de referência, conforme abaixo:

10.6 Não será permitida a formação de consórcio para fornecimento dos serviços

Segundo as normas que regem o pregão ora impugnado, deve contar de forma CLARA no instrumento convocatório se pode ou não haver a participação em edital. E, caso conste no edital qualquer informação dúbia, que ocasione vícios de legalidade ou insegurança ao negócio jurídico pactuado por meio de contratação de órgão, deve-se corrigir o edital, e republicá-lo nos termos da legislação. Assim, necessário se torna a correção do instrumento convocatório para que fique estabelecido de forma clara se é possível ou não a participação em consórcio, porque não pode haver conflitos de informação entre edital e termo de referência e tampouco a presença das contradições ora identificadas.

Nesse mesmo sentido cumpre estabelecer que não há qualquer justificativa no edital para impedimento da prestação de serviços em consórcio. No caso em questão, o impedimento de participação em consórcio representa limitador de participação de empresas interessadas no presente processo licitatório ainda mais quando há exigência de apresentação de no mínimo **2 fornecedores**, informando que a licitante possui capacidade Backbone IP mundial instalada de no mínimo **24 Gbps por fornecedor**.

Como os itens acima sinalizados, podem representar limitadores de participação de empresas interessadas no presente processo licitatório, que é ilegal, faz-se necessário a correção do edital para **SANAR A CONTRADIÇÃO DE FORMA QUE** que reste consignado de forma clara se há ou não a possibilidade de participação no edital.

Ainda nesse diapasão, pugna-se para que o edital possibilite a prestação dos serviços em modalidade de consórcio, considerando que a proibição injustificada representa limitador de participação, que como já debatido é ilegal, ainda mais por ocasião das exigências técnicas.

V – DA INEXEQUIBILIDADE DO TEMPO DE REPARO DA SOLUÇÃO

Ainda sobre as condições editalícias, é de suma relevância estabelecer que o instrumento convocatório estabelece exigências de suporte técnico inexecutáveis, pelos fatos e fundamentos a seguir expostos:

Mesmo que exista a classificação do SLA de acordo com a qualificação da severidade nos termos estabelecidos no termo de referência, observa-se que devido a previsão de cumprimento de SLA de 99%, deve-se prever de forma objetiva os parâmetros de contabilização da indisponibilidade.

Como a contagem do prazo para efeitos de nível de serviço e solução definitiva inicia-se a partir da abertura do chamado, nos termos estabelecidos abaixo, a depender do tipo de reparo a ser realizado e da disponibilidade de acesso por parte da administração, pode-se estar prevendo cláusula inexecutável, que acarretará necessariamente na aplicação de sanção por descumprimento das obrigações contratuais. Note-se o que estabelece o contrato:

7.8. Será considerado para efeitos do nível de serviço exigido, prazo de solução definitiva, como o tempo decorrido entre a abertura do chamado técnico efetuada pela equipe técnica da Contratante à Contratada comprovada por meio de Protocolo fornecido pela contratada e a efetiva recolocação dos serviços em seu pleno estado de funcionamento, confirmada por meio de documento, contendo data e hora, assinado pela equipe técnica da contratante, ficando a mesma com uma via do documento;

7.9. A contagem do prazo de solução definitiva de cada chamado será a partir da abertura do chamado na Central de Atendimento disponibilizada pela Contratada, até o momento da comunicação da solução definitiva do problema e aceite pela equipe técnica da Contratante;

7.10. Depois de concluído o chamado, a Contratada comunicará o fato à equipe técnica da Contratante e solicitará autorização para o fechamento do mesmo. Caso a Contratante não confirme a solução definitiva do problema, o chamado permanecerá aberto até que seja efetivamente solucionado pela Contratada. Neste caso, a Contratante fornecerá as pendências relativas ao chamado aberto;

Neste caso se houver a abertura de chamado as 18:00h da sexta feira, por exemplo, sendo identificado em 2 (duas) horas – dentro do SLA contratado, a necessidade de reparo “in loco”, e o órgão não funcionar ou disponibilizar acesso após o horário de abertura do chamado, a empresa estará impedida de cumprir o SLA contratado por fatores alheios a sua vontade. Outra situação que pode ocorrer é inexistir no ato da comunicação de solicitação de fechamento do chamado, responsável técnico para validar o encerramento do mesmo.

Nos casos narrados acima, observa-se que mesmo que a empresa cumpra o SLA pactuado, está passível da aplicação das sanções contratuais, face a inexistência de previsão editalícia que mitigue a contabilização dos prazos.

Nos termos acima expostos, observa-se que a cláusula torna-se abusiva, por prever obrigação que a depender da situação, é inexecutável pela empresa, sendo necessário a retificação do edital para que não contenha situação abusiva, e conseqüentemente infrinja a

legalidade dos atos da administração pública, que não pode criar obrigação exclusivamente com cunho sancionatório .

VI – DO EXCESSO DE EXIGÊNCIA TÉCNICA

Conforme mencionado supra, há no instrumento convocatório ilegalidade no tocante ao excesso de exigências técnicas a medida que obriga-se a cada licitante a apresentação de no mínimo **2 fornecedores**, informando que a licitante possui capacidade Backbone IP mundial instalada de no mínimo **24 Gbps por fornecedor**.

De forma geral, encontra-se pacífico que excesso de exigências técnicas representa direcionamento da licitação a determinada empresa ou fornecedor.

Enquanto a regularidade jurídica, fiscal e trabalhista não representa elemento diferenciador ou de seleção dos prestadores de serviços, por tratar-se da apresentação de documentos legais, os requisitos de qualificação econômico-financeira e técnica podem direcionar as exigências de modo a direcionar o pregão.

Para ilustrar, seguem alguns exemplos mais comumente encontrados em editais, que acabam restringindo a competição e que podem ser usados/manipulados para eliminar concorrentes “indesejados”:

- Limitar o número de atestados aceitos ou não admitir somatório de atestados.

A exigência de capacidade Backbone IP mundial instalada de no mínimo **24 Gbps por fornecedor, não possibilitando o somatório de atestados, representa um direcionamento a poucas empresas que possuem fornecimento de serviços nos padrões excessivos requeridos.**

Por ocasião da ilegalidade do excesso de cobrança técnica que representa cristalino direcionamento do pregão, pugna-se pela retificação do edital para que possibilite o somatório de atestados, sem limitação a quantidade mínima de fornecedores ou determine que cada atestado possua capacidade excessiva.

VII – DOS REQUERIMENTOS

Por todo o exposto, chega-se à conclusão de que as cláusulas ora discutidas, previstas no edital, contrariam normas legais que disciplinam a matéria.

Por isso, REQUER-SE de Vossa Senhoria:

- a) Seja recebida e considerada tempestiva a presente impugnação para, ao final, ser julgada procedente com a consequente retificação do edital licitatório nos termos aqui discutidos, para que seja adequado às normas supramencionadas, já que no regulamento das contratações é evidenciado que a licitação deve se ater ao princípio da legalidade.

Requer, caso não seja corrigido o edital no ponto ora invocado, seja mantida a irresignação desta impugnante, para posterior juízo de anulação por parte da autoridade competente para tanto.

E por fim, que seja sanado os pontos acima elencados, pois da forma em que se encontra, restringe a participação das empresas interessadas no certame, ferindo a ampla concorrência, não atendendo, portanto, as exigências legais.

Nestes termos,
pede deferimento.

Fortaleza/CE, 10 de agosto de 2020.



Emerson Santos Cordeiro
Coordenador Regional de Vendas - Governo
CPF: 792.018.902-08

DB3 SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES LTDA
CNPJ Nº 41.644.220/0001-35