

IMPUGNAÇÃO AO EDITAL

Pregão Presencial n.º 005/2018 - Município de Novo Horizonte/SP.

Impugnante: Telefônica Brasil S/A.

Ao (À) Sr.(a) Pregoeiro (a) da Prefeitura Municipal de Município de Novo Horizonte/SP,

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

I - TEMPESTIVIDADE.

Inicialmente, comprova-se a tempestividade desta impugnação, dado que a sessão pública está prevista para 05.02.2018, tendo sido, portanto, cumprido o prazo pretérito de 02 (dois) dias úteis previsto no art. 41, §2.º da Lei Federal n.º 8.666/1993, bem como no item 11, subitem 11.1 do Edital do Pregão em comento.

II - OBJETO DA LICITAÇÃO.

O Pregão Presencial em referência tem por objeto a “contratação de empresa especializada para o fornecimento de link dedicado de acesso à internet, com interconexão de órgãos públicos do município de Novo Horizonte – SP, por meio de fibra óptica, em conformidade com as especificações constantes no Termo de Referência - Anexo I, nos termos das empresas outorgadas pela Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL”.

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.

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

III - FUNDAMENTOS DA IMPUGNAÇÃO AO EDITAL.

01. ESCLARECIMENTO QUANTO A POSSIBILIDADE DE PARTICIPAÇÃO EXCLUSIVA DE MICROEMPRESAS, EMPRESAS DE PEQUENO PORTE PARA ADJUDICAÇÃO DO OBJETO EM DISPUTA.

O edital, em seu preâmbulo, aduz à participação exclusiva de microempresas (ME) e empresas de pequeno porte (EPP), como condição para adjudicação do objeto licitado. Veja-se, pois:

DATA PARA ENTREGA DO(S) DOCUMENTO(S) PARA CREDENCIAMENTO, DA DECLARAÇÃO DE QUE A PROPONENTE CUMPRE OS REQUISITOS DE HABILITAÇÃO E DOS ENVELOPES PROPOSTA e DOCUMENTOS DE HABILITAÇÃO E **DA DECLARAÇÃO QUE É MICROEMPRESA OU EMPRESA DE**

PEQUENO PORTE: 05 DE FEVEREIRO DE 2018, ÀS 09:00 HORAS
(horário de Brasília). (g.n.).

Isto posto, compete ressaltar que a referida condição de participação - se assim confirmada -, em primeira análise, pode atuar em conformidade com disposições constantes em norma infraconstitucional, uma vez que, licitações cujo objeto demandado apure valor estimado em até R\$ 80.000,00 (oitenta mil) reais¹ toleram a participação exclusiva de microempresas e empresas de pequeno porte, conforme preleção sustentada nos artigos 47 e 48 da Lei Complementar n.º 123/2006 (Estatuto da Nacional Micro e Pequena Empresa), a saber:

Art. 47. Nas contratações públicas da administração direta e indireta, autárquica e fundacional, federal, estadual e municipal, deverá ser concedido tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte objetivando a promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional, a ampliação da eficiência das políticas públicas e o incentivo à inovação tecnológica. (Redação dada pela Lei Complementar n.º 147, de 2014)

Parágrafo único. No que diz respeito às compras públicas, enquanto não sobrevier legislação estadual, municipal ou regulamento específico de cada órgão mais favorável à microempresa e empresa de pequeno porte, aplica-se a legislação federal. (Incluído pela Lei Complementar n.º 147, de 2014)

Art. 48. Para o cumprimento do disposto no art. 47 desta Lei Complementar, a administração pública: (Redação dada pela Lei Complementar n.º 147, de 2014).

I - **deverá realizar processo licitatório destinado exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte nos itens de contratação cujo valor seja de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais)**; (Redação dada pela Lei Complementar n.º 147, de 2014).
(g.n.).

Ocorre que em uma análise mais atenta aos aspectos técnicos e operacionais de implementação da solução proposta, observa-se que tal premissa é, no entanto, inviável, **pois centraliza as atividades, objeto de**

¹ Para tanto, compete ressaltar a despesa estimada para contratação do objeto licitado é de R\$ 45.000,00 (quarenta e cinco mil reais), conforme informação extraída do preâmbulo do Edital.

contratação, impossibilitando a participação ampla no certame de outras empresas que fatalmente promovem a garantia de competição extensiva para o referido ITEM/LOTE em disputa.

Destaca-se inicialmente que o objeto do edital refere-se ao fornecimento de equipamentos e componentes de rede e à execução de serviços técnicos setorizados de alta complexidade, regulamentados pela ANATEL (Agência Nacional de Telecomunicações) e prestados em regime de concessão, autorização e/ou permissão, **sendo notório que provavelmente nenhuma empresa de pequeno porte ou microempresa esteja apta ao cumprimento das atividades correlatas.** Tal assertiva restringe notoriamente a competitividade, indo inclusive de encontro ao disposto no art. 49, inc. II da Lei Complementar n.º 123/2006:

Art. 49. Não se aplica o disposto nos arts. 47 e 48 desta Lei Complementar quando:

(...).

II - não houver um mínimo de 3 (três) fornecedores competitivos enquadrados como microempresas ou empresas de pequeno porte sediados local ou regionalmente e capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório;

De mais a mais, interpretada a disposição editalícia supra como envolvendo a participação exclusiva de ME e EPP, registra-se que **não há qualquer objeção quanto a permissão ampla da participação das empresas no certame**, o que garantirá, inclusive, a economicidade do processo visto que permitirá a apresentação de outras propostas e preços na disputa.

Destarte, a lei já assegura o direito de preferência da contratação microempresas e as empresas de pequeno porte, nos termos dos art. 44 e 45 da Lei Complementar n.º 123, de 2006 (com as alterações dadas pela Lei Complementar n.º 147, de 2014), desta feita, **não há motivos para a aparente exclusividade visto o direito de preferência mencionado.**

Assim, sendo, requer-se seja esclarecido e alteração o ato convocatório com a devida supressão de previsões que indiquem ou aduzam à possibilidade de participação, tão somente, de ME e EPP para o ITEM/LOTE que compõe o objeto do certame.

02. AUSÊNCIA DE ORÇAMENTO ESTIMADO DOS PREÇOS EM PLANILHA ABERTA DE COMPOSIÇÃO DE CUSTOS UNITÁRIOS. VIOLAÇÃO DO ART. 7.º, §2.º, INC. II E ART. 40, §2.º, INC. II DA LEI FEDERAL n.º 8.666/1993.

Verifica-se que o ato de convocação reproduz planilhas indicativas para apresentação de proposta (ver item 1, subitem 1.8.8 do Anexo I – Termo de Referência) **sem, contudo, destacar o orçamento estimado para a prestação da solução de internet fixa ora licitada.**

Quanto ao trato da matéria, o edital assinala que “*O valor orçado pela Prefeitura de Novo Horizonte encontra-se com vista franqueada aos interessados em participar do certame nos autos do presente processo*” (item 2, subitem 2.2 do Edital).

Ainda que sustentada a possibilidade de verificação da estimativa de preços nos autos do processo licitatório instaurado, a omissão editalícia acerca dos preços cotados, constitui direta violação ao art. 7º, §2º, inc. II, e ao art. 40, §2º, inc. II, ambos da Lei Federal n.º 8.666/1993:

Art. 7º. (...).

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

I - (...).

II - existir orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os seus custos unitários; (grifo nosso).

Art. 40. (...).

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

I - (...).

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

Pela previsão dos referidos artigos, portanto, **toda licitação, inclusive de serviços, necessariamente possui como pressuposto de validade a existência de um orçamento estimado em planilha aberta de composição de custos unitários, inclusa no próprio instrumento de convocação.**

Tal planilha detalhada em edital é essencial para que, no curso do certame, seja possível verificar eventual adequação dos preços propostos aos

valores de mercado, inclusive em relação a todos os componentes que repercutem na formação do preço final. Este juízo quanto aos preços ofertados (se são exequíveis ou estão dentro dos padrões de mercado) depende diretamente da informação contida na estimativa de custos, sendo essencial para a análise a ser realizada pelo pregoeiro e sua equipe de apoio.

A falta desta estimativa detalhada de custos - em acesso amplo por meio do ato convocatório - inviabiliza a avaliação quanto à compatibilidade dos preços ofertados (avaliação esta a ser realizada na sessão pública do Pregão). Tal circunstância macula o julgamento a ser realizado e, conseqüentemente, todo o procedimento realizado.

Deste modo, uma planilha detalhada de composição dos preços ofertados é primordial para que a contratação possa ser efetivada corretamente, pela mesma lógica contida no art. 40, §2º. Inc. II da Lei Federal n.º 8.666/1993 citado acima, não bastando a disposição planilha contida no edital.

Sendo assim, ainda que não se apresente uma planilha detalhada dos custos, é essencial, de qualquer forma, **que seja apresentado em edital**, o valor orçado para a íntegra da prestação dos serviços que compõem a solução SCM (Serviço de Comunicação Multimídia) ora licitada.

03. ESCLARECIMENTO NO QUE CONCERNE AOS REQUISITOS PARA COMPROVAÇÃO DE QUALIFICAÇÃO TÉCNICA POR PARTE DE PROPONENTES INTERESSADAS NA DISPUTA PARA POSTERIOR EXECUÇÃO DO OBJETO. EXIGÊNCIA DE ATESTADOS OU CERTIDÕES DEVIDAMENTE REGISTRADOS EM ENTIDADE PROFISSIONAL COMPETENTE - DESPROPORCIONALIDADE.

O item 1, subitem 1.8.6.2 do Anexo I – Termo de Referência determina que a empresa interessada em concorrer a certame, deverá, para fins de qualificação técnica, gozar:

1.8.6.2. Comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível com o objeto deste edital, através de atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, devidamente registrados nas entidades profissionais competentes, que o licitante possui profissional de nível superior ou outro devidamente

reconhecido pela entidade competente, detentor de atestado de responsabilidade técnica por execução de obra ou serviço de características semelhantes;

Isto posto, é **importante ressaltar que o objeto da licitação consiste na seleção de proposta visando a contratação de empresa para prestação de serviços de internet fixa - circuito dedicado de acesso à rede mundial de computadores (solução SCM – Serviço de Comunicação Multimídia)**, restando para tanto, como indispensável o esclarecimento de específicos elementos que norteiam as supracitadas exigências.

Como é sabido o art. 27 da Lei Federal n.º 8.666/1993 determina, **em caráter exclusivo**, a documentação exigível à comprovação dos requisitos de habilitação de proponentes interessadas em concorrer a processos licitatórios instaurados em território pátrio. Veja-se, pois:

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

I - habilitação jurídica;

II - qualificação técnica;

III - qualificação econômico-financeira;

IV - regularidade fiscal e trabalhista; (Redação dada pela Lei nº 12.440, de 2011). (Vigência).

V - cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal. (g.n.).

Ademais o art. 30 da já citada Lei Federal estabelece um rol taxativo de documentos a serem exigidos para comprovação da qualificação técnica. É expresso, todavia, que se trata de um limite **máximo de exigências, não sendo obrigatória a previsão de todos os documentos em qualquer edital**. Veja-se:

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; (...).

Para que se atenda aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, a Administração deve adequar precisamente o instrumento convocatório de modo a exigir apenas o necessário ao atendimento do interesse público. É o preceito constitucional inscrito no inc. XXI do art. 37 da Constituição da República:

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.** (g.n.).

Diante os esclarecimentos ora prestados e sopesada a particularidade técnica inerente à solução de telefonia internet em apreço (projeto ora pleiteado), esta empresa vislumbra como desarrazoada eventual necessidade de registro de acervo - contendo os nomes/qualificação de colaboradores especializados da própria operadora - em entidade profissional competente, **em razão de o objeto não compreender, *stricto sensu*, projetos de engenharia ou correlatos.**

Lado outro, a qualificação técnica de empresas do segmento de Telecomunicações **pode ser suficiente e seguramente comprovada tão somente por meio de termo de concessão, permissão ou autorização da ANATEL (Agência Reguladora do setor), conforme natureza da solução delegada pelo Poder Público, suprimindo quaisquer outras documentações ou comprovações cuja finalidade é justamente atestar a aptidão da operadora para com a execução regular e satisfatória do objeto licitado.**

Neste sentido, **mantida a exigência de apresentação de atestado de capacidade técnico-operacional ou registro de entidade competente,** requer-se - atendendo aos princípios da *razoabilidade* e da *proporcionalidade* - o destacamento inequívoco em edital acerca da disponibilização de atestados técnicos devidamente comprovados **mediante certificados afetos estritamente ao objeto em demanda. Afinal, potenciais licitantes, especificamente para o projeto em demanda, não possuem**

atestados e demais declarações (RT's) acervados no CREA (em nome de seus profissionais) ou mesmo em outros conselhos de fiscalização profissional, o que obviamente limita o caráter competitivo do certame.

04. ESCLARECIMENTO QUANTO AO PRAZO LIMITE FIXADO PARA ENTREGA DOS MATERIAIS E COMPONENTES, IMPLEMENTAÇÃO DO PROJETO DE ACESSO DEDICADO À INTERNET E INÍCIO DA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS ENTÃO DEMANDADOS. EXIGUIDADE NO CUMPRIMENTO DE TAIS DILIGÊNCIAS ESPECÍFICAS.

No que tange aos procedimentos afetos à implementação e operação da solução envolvendo acesso dedicado à internet (rede fixa), compete destacar o item 25, subitem 25.1 do Edital, que aponta prazo limite para com o cumprimento das atividades pertinentes à ativação do circuito e fruição dos serviços ora demandados. Veja-se, pois:

25. PRAZO E LOCAL DE ENTREGA:

25.1. O objeto desta licitação será executado na sede da contratada no prazo máximo de 30 dias, conforme Termo de Referência, Anexo I deste edital.

Todavia, a indicação do prazo acima relacionado **é absolutamente INSUFICIENTE para que a solução afeta ao fornecimento de equipamentos e/ou componentes, implementação, configuração e entrega do circuito de rede corporativa operante seja atendida por qualquer organização empresária**, especialmente pelo fato de que a complexidade das atividades por lote discriminado pode exigir um interregno maior para que a questões em lume sejam solucionadas.

Ressalta-se que somente é possível se estabelecer o compromisso de que seja tomada ciência da problemática com rapidez, **mas não que quaisquer das atividades destacadas sejam satisfeitas nos moldes e prazo exigidos.**

A exiguidade do intervalo retromencionado pode inclusive ser verificada pelo simples fato de que o fornecimento dos componentes indispensáveis a consecução do projeto, ainda que em disponibilidade imediata - depende de um prazo razoável para cumprimento dos rituais internos da

empresa adjudicatária, tais como: abertura do processo de produção (Ordem de Produção - OPs) - fornecedor direto (fabricante) - ou ainda solicitação junto ao fornecedor - entidade mercante (revendedor/distribuidor) -, expedição da ordem de entrega, verificação do estoque, emissão da nota fiscal do produto, dentre outros.

Em relação à instalação, cumpre informar que esta é complexa e requer mão-de-obra especializada e lapso temporal para avaliar as condições do local e implantar o sistema para pleno funcionamento dos serviços, mesmo porque a disponibilização da infraestrutura devida à adequada ativação dos circuito de rede corporativa (link dedicado) poderá implicar na obtenção de autorizações indispensáveis à solução técnica junto aos órgãos do poder público e concessionárias, que demandam em média 30 (trinta) dias para expedição - a exemplo da obtenção de licenças para utilização de recursos de posteamento da concessionária de energia elétrica local e/ou dutos subterrâneos e do levantamento de alvarás de construção que devem ser emitidos por entidades competentes, como IPHAN, CREA, Administrações Regionais e correlatos -, como também em eventual importação de alguns equipamentos indispensáveis a consecução do projeto.

Compete ainda registrar que o cumprimento das operações de implementação, configuração e ativação da solução de rede fixa então demandado poderá, no decurso do prazo de execução, sofrer restrições em horários prefixados, impactando na produtividade e, por conseguinte, estendendo o lapso de tempo para conclusão das operações inerentes a tal demanda. É certo também esclarecer que empresas do segmento se comprometem à tomada e resolução ágil das atividades e diligências que norteiam a regular disponibilização e prestação dos serviços - objeto licitado.

A manutenção da atual disposição editalícia, portanto, inviabiliza a participação das concorrentes (restrição à competitividade - ilegalidade), em função de não ser possível, pela maioria das empresas do segmento, o cumprimento do desarrazoado lapso de tempo relacionado às atividades descritas. Lado outro, **a intangibilidade de prestação corrente fatalmente ocasionará o incremento dos preços que serão apresentados por empresas que ainda insistam na disputa**, afinal estas certamente computarão no valor final proposto, as despesas eventuais decorrentes de penalidades - que

a ela serão aplicadas no decurso de execução do ajuste -, com vistas a minimizar quaisquer impactos de ordem econômica ou financeira em função de inadimplemento com expectativa certa de ocorrência.

Deve-se, neste contexto, levar em consideração os prazos comumente adotados no mercado **- sugerindo-se a adoção do intervalo mínimo de 90 (noventa) dias (contados da emissão da ordem de serviços, superada a 'etapa' de celebração do instrumento contratual) - para cumprimento das diligências acima relacionadas, conforme conjectura da solução licitada à área de prestação dos serviços, de modo a garantir ampla competitividade e, por conseguinte, preços mais atrativos ao órgão licitador, atentando-se, pois aos pressupostos inerentes a todo e qualquer processo licitatório, nos termos do art. 3º, §1º, inc. I² da Lei Federal n.º 8.666/1993.**

Ademais, verifica-se que a minuta de contrato não consta, de modo expresso, tal dado específico, o que deve ser saneado (inequívoco destacamento dispositivo) a teor do que determina o art. 55, inc. IV da Lei Federal n.º 8.666/1993.

05. ESCLARECIMENTO ACERCA DO FORNECIMENTO DE IP'S FIXOS E VÁLIDOS.

Ademais, verifica-se que a minuta de contrato não consta, de modo expresso, tal dado específico, o que deve ser saneado (inequívoco destacamento dispositivo

1. Da Interconexão Lan-to-Lan e Link Dedicado de Acesso à Internet (...).

1.1.3. Fornecimento mínimo de 50 (cinquenta) endereços IP reais fixos públicos (válidos roteáveis na internet);

² Art. 3º. A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos. (Redação dada pela Lei nº 12.349, de 2010).

§1º. É vedado aos agentes públicos:

I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 deste artigo e no art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991; (Redação dada pela Lei nº 12.349, de 2010).

É de conhecimento do mercado que os endereços IPv4 (*Internet Protocol Version 4* - transferência de endereços de protocolos de 32 bits) estão se esgotando, devido ao alcance de seu limite sustentável de endereços disponíveis para conexão à internet, circunstância que acarretou na decisão dos organismos gestores da internet em território nacional, de limitar a comercialização de tais protocolos de internet (IP's), restando apenas faixas usuais de emergência comumente disponibilizadas com máscaras (identificador de sub-rede e de host) equivalentes ou menores que /29: 08 (oito) IP's válidos.

As empresas autorizadas a prestar serviços de internet fixa, usualmente estão disponibilizando quantitativos de endereços por link alinhado às práticas exigidas para atender a demanda por conexões à internet, apenas por meio da manutenção de faixas já distribuídas.

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

Neste diapasão, requer-se a revisão do conteúdo editalício acima transcrito, **de modo a admitir a disponibilização de 08 (oito) endereços de IP's fixos e válidos por link contratado em sua versão 4 (IPv4), sendo que destes, alguns endereços de IP's serão consumidos com serviços de rede como: "roteador da prestadora, multicast e roteador cliente" e os demais IP's remanescentes restarão livres para usufruto da contratante**, este que se configura como único modo atualmente tangível de fornecimento de produtos de tal natureza técnica.

06. ESCLARECIMENTO QUANTO AO ÔNUS DE INSTALAÇÃO DOS EQUIPAMENTOS E MATERIAIS PERTINENTES AO OBJETO LICITADO E INFRAESTRUTURA NECESSÁRIA À SUA IMPLEMENTAÇÃO.

Tangenciando a descrição da solução delineada pelo órgão licitador, o item 1, subitens 1.2.3, 1.4.1, 1.4.2, 1.7.1 (e ss) e 1.8.5 do Anexo I – Termo de Referência **imputam à operadora contratada a responsabilidade pela execução de obras civis para implementação do projeto - circuito dedicado - de acesso à rede mundial de computadores (internet), incluindo o fornecimento de Conversores de Interface Gigabit (GBIC's) compatíveis**

com equipamentos (switches) de propriedade do órgão contratante. Veja-se, pois:

1.2. Instalação (Link Dedicado de Acesso à Internet e Lan-to-Lan).
(...).

1.2.3. A CONTRATADA será responsável pela interligação da infraestrutura externa até a sala interna do servidor dos 03 (três) prédios: Prédio do Paço Municipal ((Praça Dr. Euclides Cardoso Castilho, 185 – Centro), Prédio do Centro de Saúde (Rua 7 de Setembro, 1175 – Vila Patti) e Prédio do Centro Cultural (Rua Carvalho Leme, nº 534 – Centro), instalando tubulação e cabeamento, materiais e serviços necessários, sem ônus para a CONTRATANTE.

1.4. Fornecimento de Materias/Equipamentos (Acesso Lan-to-Lan).

1.4.1. A CONTRATADA deverá fornecer os GBICs compatíveis com os equipamentos Switchs pertencentes à CONTRATANTE, sem custo adicional. Na impossibilidade de atender dessa forma, a CONTRATADA deverá fornecer os equipamentos Switchs e seus respectivos GBICs, sem custo adicional.

1.4.2. A CONTRATADA deverá fornecer os DIOs (Distribuidores Internos Ópticos), sem ônus para a CONTRATANTE.

1.7. Responsabilidades da CONTRATADA (Link Dedicado de Acesso à Internet e Lan-to-Lan (Interconexão)).

1.7.1. Em caso de utilização de postes da rede elétrica:

1.7.1.1. Elaboração do projeto técnico da rede de telecomunicações contendo a Anotação de Responsabilidade Técnica - ART do profissional responsável junto ao Conselho Regional de Engenharia e Arquitetura - CREA e obedecendo as normas da concessionária de energia elétrica do município.

1.7.1.2. Submeter o projeto de suas instalações para análise e aprovação da concessionária de energia elétrica do município.

1.7.1.3. O cumprimento das normas técnicas, os critérios de projeto das redes de telecomunicação entre os cabos das redes de energia elétrica.

1.7.1.4. A CONTRATADA somente poderá iniciar a execução da obra de instalação dos fios, cabo de telecomunicação ou cordoalha nos postes da concessionária de energia elétrica, após aprovação do projeto. (...).

1.8. Disposições gerais (Link Dedicado de Acesso à Internet e Lan-to-Lan).

(...).

1.8.5. No momento da ativação do circuito, as localidades deverão ser vistoriadas, a fim de se mensurar a necessidade de obras civis para execução da rede interna nos Prédios do Paço Municipal, Centro de Saúde e Centro Cultural. Constatando-se a necessidade, os custos serão de responsabilidade da CONTRATADA, conforme consta no subitem 1.2.3.

Contudo, é importante esclarecer que o fornecimento de GBIC's, tal como a execução de *obras civis, elétricas, ar condicionado, tubulação, adaptação física da infraestrutura interna, cabo coaxial e outras diligências correlatas* **devem necessariamente ocorrer por parte da contratante.**

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. Entretanto a estrutura física INTERNA para implementação de todo aparato (o que inclui a adaptação e arranjo físico do circuito interno para conexão à rede, a exemplo da aquisição e instalação de transceptores ópticos internos - GBIC's - em switches), por não estar diretamente relacionada à prestação do serviço (objeto contratado) deve ser, como já destacado, executado exclusivamente pela Administração, **inclusive devido ao fato de as operadoras do segmento estarem impedidas pela agência reguladora (ANATEL) de efetuar construções ou implementações de aparatos de rede interna nas dependências de qualquer cliente³.**

Deve, portanto, consonante argumentos sobrepostos, ser retificado o conteúdo editalício afeto à matéria, **destacando de modo claro e coeso a responsabilidade exclusivamente da contratante para com as obras civis, elétricas, ar condicionado e tubulação, aquisição e implementação de GBIC's, cabeamento interno - adaptação física - e demais soluções prévias pertinentes à implementação dos materiais e equipamentos estritamente relacionados à prestação da solução - objeto contratado (meio físico do link de acesso dedicado)**, estes que efetivamente serão instalados pela empresa contratada. Garantindo, portanto, a economicidade da disputa em decorrência da assunção - por parte da operadora contratada - do ônus diante os custos e despesas referentes ao cumprimento exclusivo do escopo do objeto

³ Reforça-se que por questões de limitações regulatórias, as concessionárias, permissionárias autorizadas para exploração de serviços de telecomunicações estão impedidas de exercer atividades do campo de engenharia.

contratado e, por conseguinte, preservando-se o equilíbrio econômico-financeiro do ajuste, à Inteligência do art. 65 da Lei Federal n.º 8.666/1993.

07. PENALIDADES POR DESCUMPRIMENTO DE CONDIÇÕES AFETAS AOS PROCEDIMENTOS CORRELATOS À PRESTAÇÃO DO OBJETO. BASE % PARA CÁLCULO EXCESSIVA. RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE LIMITADORES DO VALOR DA CLÁUSULA PENAL.

O item 28 do Edital relaciona multas de natureza compensatória e moratória, caso constatado atraso ou descumprimento de obrigações ajustadas em contrato.

Quanto à composição de eventual dano ocasionado pelo inadimplemento de obrigação contratual assumida, **notadamente no que concerne ao atraso na execução do projeto de acesso internet dedicado,** compete relatar a relação entre o valor contratual (adotado como base para cálculo do montante pecuniário devido por descumprimento de diretriz contratual fixada) e os percentuais de multas sobrepostos revelam-se desproporcionais à lesão eventualmente apurada com o atraso ou inexecução dos serviços, **visto não se verificar um juízo de razoabilidade acerca do destacamento das condutas listadas que resultem em efetivas perdas à contratante.**

Com efeito, pelo não cumprimento de obrigação ajustada e reduzida a termo, mais que suficiente para sancionar o eventual infrator é a indicação de multa compensatória ou moratória (conforme natureza da conduta) **que atente à relação percentual reflexa ao impacto por inobservância de diretrizes de nível de serviços (SLA - Service Level Agreement) definidas no instrumento contratual para coesa dosimetria da penalidade a ser aplicada.**

As penalidades incorridas nas fases do processo de seleção de proposta (adjudicação), celebração do instrumento de contrato **e execução do objeto,** em qualquer situação, não devem significar um ônus exagerado à parte infratora, sob pena de descaracterizar a própria proporção que deve existir entre a infração cometida e a multa aplicada.

E, no caso concreto, a aplicação de multa compensatória e/ou moratória observando-se os percentuais levantados no então relacionado dispositivo editalício não contém a proporção juridicamente aceita, dado que a penalidade não pode significar excesso de ônus para o infrator, nem enriquecimento do beneficiário da cláusula penal.

A Lei de Licitações indica a possibilidade de a multa ser fixada no ato convocatório ou no contrato (art. 86 da Lei Federal n.º 8.666/1993); tal constatação, contudo, não significa que a Administração tenha oportunidade de fixar a penalidade **sem um limite balizado pelos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, que constituem princípios implícitos aplicáveis à atividade administrativa e extraídos da própria Constituição da República.**

Sobre o tema, oportuno destacar a lição de Marçal Justen Filho, que assevera:

Ainda que se insista acerca da legalidade e da ausência de discricionariedade, é pacífico que o sancionamento ao infrator deve ser compatível com a gravidade e a reprovabilidade da infração. São inconstitucionais os preceitos normativos que imponham sanções excessivamente graves, tal como é dever do aplicador dimensionar a extensão e a intensidade da sanção aos pressupostos de antijuricidade apurados. O tema traz a lume o princípio da proporcionalidade.

Aliás, a incidência do princípio da proporcionalidade no âmbito do processo administrativo federal foi objeto de explícita consagração por parte do art. 2º, parágrafo único, inc. VI, da Lei nº 9.784, que exigiu “adequação entre os meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público”⁴.

Neste ponto, traz-se a colação, relevante precedente jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, cuja ementa é a seguinte:

CONTRATO ADMINISTRATIVO. MULTA. MORA NA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS. REDUÇÃO. INOCORRÊNCIA DE INVASÃO DE COMPETÊNCIA ADMINISTRATIVA PELO JUDICIÁRIO. INTERPRETAÇÃO FINALÍSTICA DA LEI. APLICAÇÃO SUPLETIVA DA LEGISLAÇÃO CIVIL. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE.

⁴JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários sobre a Lei de Licitações e Contratos Administrativos**, 12ª. ed., São Paulo: Dialética, 2008. P.815.

1. Na hermenêutica jurídica, o aplicador do direito deve se ater ao seu aspecto finalístico para saber o verdadeiro sentido e alcance da norma.
2. Os Atos Administrativos devem atender à sua finalidade, o que importa no dever de o Poder Judiciário estar sempre atento aos excessos da Administração, o que não implica em invasão de sua esfera de competência.
3. **O art. 86, da Lei nº 8.666/93, impõe multa administrativa pela mora no adimplemento do serviço contratado por meio de certame licitatório, o que não autoriza sua fixação em percentual exorbitante que importe em locupletamento ilícito dos órgãos públicos.**
4. Possibilidade de aplicação supletiva das normas de direito privado aos contratos administrativos (art. 54, da Lei de Licitações).
5. **Princípio da Razoabilidade.**
6. Recurso improvido.⁵ (g.n.).

É certo que a liberdade da Administração existe na determinação da penalidade desejável para caso concreto, conforme o objeto da licitação e o tipo de violação eventualmente definido, como forma de inibir determinada conduta violadora do certame ou de cláusula contratual. Entretanto, esta “liberdade” está limitada pelos critérios acima indicados, intuitivos de que o percentual das multas previstas no instrumento em referência está virtualmente superior àqueles admitidos pelo ordenamento jurídico.

Desta forma, **para não haja um desequilíbrio econômico financeiro do contrato, deve ser reduzido substancialmente o percentual das multas indicadas no retromencionado item 28, limitando-a a um indexador que factualmente abarque relação para com as hipóteses de aplicação e base para cálculo percentual (particularmente em atenção aos eventos que culminem em atraso injustificado na execução dos serviços)**, dimensionando corretamente o objeto licitado e a **capacidade de adimplemento** das obrigações ajustadas.

08. ESCLARECIMENTO QUANTO AO EXÍGUO PRAZO PARA ASSINATURA DO CONTRATO.

No que tange aos procedimentos afetos à celebração do instrumento contratual decorrente do procedimento licitatório instaurado,

⁵ STJ, REsp 330677/RS, Ministro JOSÉ DELGADO, T1 - PRIMEIRA TURMA, Publicado em DJ 04.02.2002.

compete destacar o disposto no item 23 do Edital que aponta dentre outras diretivas, o intervalo de tempo limítrofe admitido para assinatura do relacionado termo de contrato (subitens 23.2 e 23.4). Veja-se, pois:

23.2. A(s) proponente(s) adjudicatária(s) deverá(ão) comparecer para assinatura do contrato no prazo de 05 (cinco) dias úteis, contados a partir da data da(s) convocação(ões) (...).

23.4. O prazo de convocação poderá ser prorrogado uma vez, por igual período, (...). Não havendo decisão, a assinatura do contrato deverá ser formalizada até o 5º (quinto) dia útil, contado da data da convocação.

Todavia, **a adoção do lapso de tempo proposto se revela exageradamente exíguo para que o contrato possa ser assinado por qualquer operadora.** A exiguidade do prazo pode ser verificada pelo simples fato de que o trâmite interno de uma grande empresa - com o é também em relação à Prefeitura Municipal de Novo Horizonte/SP - depende de um prazo razoável para cumprimento dos rituais internos de assinatura dos responsáveis legais, até mesmo a presença física dos mesmos na empresa.

Assim, o prejuízo para a entidade pública em se manter este curto prazo de assinatura do contrato é imenso, dado que inviabilizaria a participação das concorrentes, em função de não ser possível cumprir o lapso de tempo indicado no edital.

Sob outro prisma, o aumento deste prazo de assinatura não acarretará qualquer ônus à autarquia, **sugerindo-se o prazo de 10 (dez) dias úteis, prorrogáveis por igual período**, suficiente para que a contratação possa ser efetivada em prazo adequado à necessidade administrativa e permitindo que haja um tempo razoável para a assinatura do termo de contrato respectivo.

Vale ressaltar que o não cumprimento do prazo de assinatura do ajuste induz a aplicação das penalidades contratuais, inclusive bastante drásticas, conforme elucidado nos subitens 23.7 e 28.1 do Edital, bem como em demais disposições editalícias relativas às penalidades aplicáveis à “espécie”, situação esta que determinaria a opção da operadora por sequer participar da licitação, com restrição da competitividade em função deste fato.

Por fim, deve ser esclarecida e mitigada do ato convocatório qualquer disposição relativa à matéria acima colacionada que indique ou induza ao comparecimento dos administradores e/ou responsáveis pela empresa adjudicatária a local indicado pela municipalidade para assinatura do instrumento correspondente, bastando tão somente o envio da documentação (contrato) via e-mail para o fornecedor/futura operadora contratada, que efetuará o cumprimento de tal diligência (análise, impressão e assinatura) e reenvio à sede da entidade. Modo esse eficaz, coeso e dinâmico ao cumprimento dessa prerrogativa inerente à formalização do acordo de vontades.

IV - REQUERIMENTOS.

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

Tendo em vista que a sessão pública está designada para 05.02.2018, requer, ainda, seja conferido **efeito suspensivo** a esta impugnação, adiando-se a referida sessão para data posterior à solução dos problemas ora apontados. Caso contrário, há o iminente risco de todo processo licitatório ser considerado inválido, sustentados os equívocos no edital ora apontados, com desperdício da atividade ocorrida na sessão pública, incluindo avaliação das propostas e dos documentos de habilitação.

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

Pelo que **PEDE DEFERIMENTO**,

De São Paulo/SP para Novo Horizonte/SP, 31 de janeiro de 2018.



TELEFÔNICA BRASIL S/A.

Nome do Procurador: Daniel Vieira Lorevice

RG: 24340983-7

CPF: 167200688-06