

**IMPUGNAÇÃO AO EDITAL**

**Pregão Eletrônico N.º 03/2020/CIGA do Consórcio de Informática na Gestão Pública Municipal–CIGA.**

**Impugnante: Telefônica Brasil S/A.**

**Ao (À) Sr.(a) Pregoeiro do Consórcio de Informática na Gestão Pública Municipal–CIGA.**

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

**I - TEMPESTIVIDADE.**

Inicialmente, comprova-se a tempestividade desta impugnação, dado que a sessão pública está prevista para 28/08/2020, tendo sido, portanto, cumprido o prazo pretérito de 02 (dois) dias úteis previsto no §2º, artigo 41 da Lei Federal n.º 8.666/1993 e no Item 8.1 do Instrumento Convocatório.

## **II - OBJETO DA LICITAÇÃO.**

O Pregão em referência tem por objeto o seguinte:

4. DO OBJETO 4.1 Contratação de serviços de enlaces de acesso IP (dedicado simétrico e assimétrico), entre a Rede de Dados do Consórcio de Informática na gestão Pública Municipal – CIGA e a rede mundial de computadores – Internet; serviços de telefonia fixa comutada destinados ao acesso público em geral (STFC) na modalidade com franquias ilimitadas em ligações Locais, DDD, VC1, VC2 e VC3; e prestação de serviços de telefonia móvel pessoal (SMP) com ligações locais e de longa distância, agregando serviço de internet móvel com tecnologia 4G (LTE) ou superior, retrocompatível com as tecnologias 2G (Edge) e 3G (HSDPA/HSUPA), com portabilidade dos números atualmente utilizados no CIGA, conforme especificações constantes do Anexo I (Termo de Referência) e as condições estabelecidas, que fazem parte integrante deste Edital, para todos os fins e efeitos.

A presente impugnação apresenta questões pontuais que viciam o ato convocatório, quer por discreparem do rito estabelecido na Lei Federal n.º 8.666/1993 (com alterações posteriores) e na Lei Federal n.º 10.520/2002, quer por restringirem a competitividade, condição esta essencial para a validade de qualquer procedimento licitatório.

Pretende também apontar situações que devem ser esclarecidas, facilitando-se a compreensão de determinadas cláusulas e evitando-se interpretações equivocadas.

**Sete** são os fundamentos que sustentam a apresentação dessa impugnação.

## **III - FUNDAMENTO DA IMPUGNAÇÃO AO EDITAL.**

### **01. NECESSIDADE DE SUBCONTRATAÇÃO DOS SERVIÇOS.**

O Anexo IX, Cláusula Décima Quarta, “e” do Instrumento convocatório, prevê que a subcontratação de parte do objeto deve ser previamente autorizada pela contratante. Como pode-se observar:

Cláusula Décima Quarta. A CONTRATADA, além das obrigações estabelecidas no Termo de Referência, deve:

(...)

e) não transferir a outrem, no todo ou em parte, a execução dos serviços e dos fornecimentos sem prévia e expressa anuência do CONTRATANTE;

Todavia, no que compete ao objeto contratado, principalmente no que tange aos objetos do lote 1 ao 3, é notório que as operadoras que possuem atuação nacional frequentemente utilizam empreiteiras parceiras para construção/instalação/manutenção de redes de acesso, uma vez que torna-se inviável a utilização de funcionários próprios para execução de todas as ações de instalação/manutenção das redes de telecomunicações nacionais.

Ademais, é de conhecimento público que as empresas de telecomunicações, em muitas ocasiões, compartilham de suas redes, seja para a conexão de “última milha”, conexões de backbone, ou para conexões de acesso.

Assim, é seguro que as licitantes em algum momento vão utilizar empresas parceiras para execução de objeto de tamanha complexidade, sendo dispensada a solicitação de autorização.

Isto posto, ressalta-se que a possibilidade de subcontratação **decorre diretamente do princípio da isonomia** (art. 37, inc. XXI, da CR/88), consubstanciado na possibilidade de ampla competição entre as empresas existentes no mercado e **na igualdade de condições de acesso** às contratações realizadas com recursos públicos.

No entanto, não tendo sido demonstrada a necessidade técnica e econômica do fornecimento através de uma empresa sem a possibilidade de subcontratação, **observa-se a imposição de uma restrição injustificada à competitividade**, considerada a manifesta limitação à participação de qualquer empresa que não disponha de acervo técnico para atender à exigência de um dos serviços licitados.

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

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

**§ 1º É vedado aos agentes públicos:**

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

Ora, é sabido que a competição é o principal fator que determina a redução de preços nas licitações, permitindo a seleção da melhor proposta para a Administração.

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

Ante o exposto, requer **que seja admitida a subcontratação dos serviços, de maneira clara e coerente conforme autorizada pelo artigo 72 da Lei 8.666/1993**, conforme as condições técnicas específicas de cada serviço a ser contratado.

**02. PRAZO EXÍGUO PARA ASSINATURA DO CONTRATO.**

Em relação ao contrato, verifica-se uma previsão de assinatura em apenas 03 (três) dias úteis, conforme previsão do item 17.1 do Edital, sob pena de decair do direito à contratação.

Todavia, **tal prazo é exageradamente exíguo para que o contrato possa ser assinado por qualquer operadora.**

A exiguidade do prazo pode ser verificada pelo simples fato de que o trâmite interno de uma grande empresa – como é também em relação ao CIGA - depende de um prazo razoável para cumprimento dos rituais internos de assinatura dos responsáveis legais, até mesmo a presença física dos mesmos na empresa.

Assim, o prejuízo para a Administração 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 Administração Pública, devendo o órgão, portanto, dilatar o prazo constante no Item 17.1 do edital, **sugerindo-se o prazo de 10 (dez) dias úteis**, prazo este 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 acima exposto, situação esta que determinaria a opção da operadora por sequer participar da licitação, com restrição da competitividade em função deste fato.

Diante disso, solicita-se que o Item 17.1 do Edital, seja alterado, de modo que estabeleça o prazo de 10 (dez) dias úteis para assinar o Termo do Contrato, sendo este exequível, proporcional e adequado às necessidades da administração e da contratada.

**03. VIGÊNCIA INICIAL DO CONTRATO ATÉ DIA 31/12/2020. PRAZO INCOMPATÍVEL COM OS INVESTIMENTOS DECORRENTES DA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO.**

A Cláusula Nona do Anexo IX, prevê que o contrato terá vigência até **31 de dezembro de 2020**.

Conforme previsão do artigo 57 da lei 8666/1993, a duração dos contratos administrativos fica adstrita à vigência dos créditos orçamentários, admitindo-se, no caso de prestação de serviços contínuos (inciso II do referido artigo) a sua prorrogação até o limite de 60 (sessenta) meses.

Ora, o crédito orçamentário, em regra, possui vigência pelo menos por um ano, **sendo perfeitamente admissível, portanto, que o contrato inicial a ser firmado possa ter o prazo mínimo de 12 (doze) meses.**

O prazo estabelecido no Edital, compromete completamente a viabilidade financeira do contrato, vez que TODAS as licitantes precisam investir em infraestrutura de rede e disponibilizar recursos para fornecimento dos

serviços, sendo este prazo insuficiente para gerar retorno a qualquer negociação.

Considerando ainda que, inexistente no Instrumento Convocatório qualquer menção quanto ao prazo de entrega dos serviços, e que em média o objeto pode levar pelo menos 30 (trinta) dias para ser entregue, há um comprometimento ainda maior, beneficiando única e exclusivamente o atual prestador de serviços.

Assim, requer seja definido como prazo inicial de vigência do contrato o período de 12 (doze) meses, única forma para que haja garantia da contratada quanto a um prazo mínimo de prestação do serviço suficiente para permitir o retorno do investimento a ser realizado.

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

O item 3 do Anexo I- Termo de Referência, prevê nos Lotes 01 e 02, que a contratada tem responsabilidade de arcar com a regularização inclusive de infraestrutura, como pode-se observar:

A contratada se responsabilizará por eventuais adaptações nas instalações físicas nas dependências do contratante, assim como a infraestrutura externa, para a implantação dos serviços contratados (passagem de cabos, lançamento de fibras ópticas, adaptação de tomadas etc).

É notório que as operadoras de telecomunicações são obrigadas a construir e instalar, toda a infraestrutura de transporte e acesso, até o ponto de entrada no cliente, disponibilizando todo e qualquer material, insumo e equipamento necessário a prestação de serviço, ou seja, a **operadora é responsável pela aquisição, instalação, gerencia, manutenção e eventual contratação de serviços adicionais, necessários a devida prestação de serviço ao cliente.**

No entanto, os materiais e equipamentos necessários à instalação e execução/prestação dos serviços contratados, como obras civis, elétricas, ar condicionado e tubulação devem necessariamente ocorrer por parte da contratante.



Em continuidade, compete a contratante a responsabilidade por toda a infraestrutura de rede interna, como a disponibilização de espaço nos dutos, calhas e/ou canaletas, pontos de energia à três polos, devidamente aterrado dentro das normas da concessionária local.

Além disso, deve o Órgão providenciar um ambiente adequado, seco e livre de intempéries e agentes tóxicos e corrosivos, para o devido armazenamento dos equipamentos, da mesma forma, este ambiente também deve oferecer iluminação, acomodação e ser adequado a 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.

Diante disso, solicita-se que seja retificada a exigência supramencionada em razão do ônus diante os custos e despesas referentes ao cumprimento do objeto contratado, **destacando de modo claro e coeso a responsabilidade exclusivamente da contratante para com as obras civis, elétricas, ar condicionado e tubulação pertinentes a implementação dos materiais e equipamentos necessários à prestação do serviço**, que serão, reitera-se, instalados pela empresa contratada.

#### **05. DA DESNECESSIDADE DE APRESENTAR AMOSTRAS.**

O Lote 04 do Edital, que versa sobre o Serviço Móvel Pessoal (SMP), e positiva a seguinte exigência no Item 4.3 do Anexo I:

4.3 A CONTRATADA trará amostras de equipamentos na sede do CIGA para comprovar que nesse local há sinal nas linhas móveis, que o serviço de internet 3G ou 4G possua o padrão LTE e HSPA+(Evolved HSPA) -, e que atende a velocidade mínima de funcionamento exigida no Termo de Referência – Anexo I do presente Edital;

Todavia, tal exigência é completamente desnecessária, tendo-se em vista que o comprovante de cobertura é suficiente para demonstrar a capacidade de as empresas licitantes prestarem os serviços, ou até mesmo a solicitação de vistoria previa.

Além disso, o instrumento não detalha o que à Administração pretende com a “amostra”, vez que não prevê prazo de entrega efetiva do serviço, bem como não estabelece quantitativo.

Ademais, o objeto refere-se única e exclusivamente ao CHIP, sendo possível, portanto, que o teste sofra influência do equipamento utilizado na ocasião.

Em face ao exposto, solicita-se que o Item 4.3 do Anexo I, seja retirado do Instrumento Convocatório.

#### **06. ESCLARECIMENTOS. ACERCA DAS PREVISÕES DE PRIVACIDADE.**

O Anexo IX- Minuta do Contrato, em suas Cláusulas Décima Nona, Vigésima e Vigésima Primeira, contém disposições acerca da privacidade e faz menção direta a Lei 13.709/2018.

Isto posto, a Cláusula Vigésima prevê que contrata declare que o tratamento de dados pessoais é realizado para o atendimento da finalidade pública. Como pode-se observar:

Cláusula Vigésima. A CONTRATADA declara que o tratamento de dados pessoais é realizado para o atendimento da finalidade pública do CIGA, na persecução do interesse público, com o objetivo de executar as competências legais ou cumprir as atribuições legais do serviço público, bem como adota mecanismos de segurança das informações e mitigação de risco.

Todavia, é necessário esclarecer que os OPERADORES, pessoa jurídica que trata os dados em nome do controlador (conforme definição da lei e do contrato), não possui competência para declarar que o tratamento é realizado para atendimento da finalidade pública.

Veja que, a responsabilidade para realizar a declaração de tratamento dos dados, é da parte que dita como os dados deverão ser tratados (controlador), que no caso em comento é a Contratante.

**Em face ao exposto, solicita-se que Cláusula Vigésima seja retirada do Instrumento convocatório.**

Ademais, tendo-se em vista as Cláusulas constantes no Anexo IX, que dispõe sobre os dados pessoais e a LGPD, solicita-se esclarecimentos dos seguintes apontamentos:

- Quais são os tratamentos de dados pessoais realizados para execução do contrato?

-Quais dados pessoais são esses e de quem são?

-Quais as justificativas do parceiro/fornecedor para inclusão/alteração de clausulado de proteção de dados?

## **07. QUESTIONAMENTOS ACERCA DAS CARACTERÍSTICAS TÉCNICAS E OPERACIONAIS DE EXECUÇÃO DO OBJETO LICITADO.**

O Anexo I- 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:

- Quanto as exigências referentes ao Lote 01 e 02, constante no Anexo I- Termo de Referência.

Na justificativa e na descrição dos serviços do Lote 01 e 02, o Órgão exige a empresa contratada utilize o contingenciamento e balanceamento entre o serviço dos lotes.

Todavia, trata-se de serviços distintos e que, dada a natureza do processo licitatório, poderão ser prestados por operadoras diferentes, como é o desejo manifestado na motivação dos lotes 1 e 2.

O balanceamento, assim como as ações de contingenciamento serão implementadas pelo Contratante diretamente em seus ativos de rede, devendo as Contratadas limitarem-se a prestação de suporte e orientação.



Por fim, como há o desejo de balanceamento e contingenciamento, a fim de garantir a compatibilidade completa da solução licitada, o cliente deve descrever como espera implementar e, se possível, divulgar uma topologia para análise da equipe técnica das licitantes.

- Das medições e garantias de desempenho exigidas no Anexo I- Termo de Referência.

Todas as medições e garantias de desempenho, como Latência e perda de pacote são realizadas nos enlaces de backbone e a partir destes.

Diante disso, as exigências impostas pelo Órgão contratante são inviáveis, principalmente no que diz respeito ao lote 02 (banda larga).

Isto posto, solicita-se que o Instrumento Convocatório seja modificado, de modo que as medições e garantias de desempenho sejam realizados a partir dos enlaces de backbone.

- Dos relatórios de chamados, backup de configurações de CPE e solicitações de alterações exigidas no Anexo I- Termo de Referência.

A partir da leitura atenta as exigências contidas no Termo de Referência, é notório que o Órgão faz exigências técnicas muito distintas as entregas nativas da solução (o que pode trazer custos extras não previstas no orçamento realizado ao processo) e muitas vezes inexecutáveis e/ou descabidas.

Um exemplo desta situação, são as solicitações de alterações de configuração em 24 horas, o que pode levar a ações intempestivas e sem os devidos cuidados.

Diante disso, considerando as boas práticas na área de redes, sugere-se que sejam separadas essas ações em configurações lógicas e físicas, onde todas envolvem validações e homologações, o que exige um tempo adequado para tal.

**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 28/08/2020, 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**,

Florianópolis/SC, 26 de agosto de 2020.

**TELEFONICA BRASIL S/A**



Nome do Procurador: Tatiane Silveira de Almeida Capusso

CPF: 027.479.039-40

RG: 3.562.064 SSP/SC