



**IMPUGNAÇÃO AO EDITAL**

Pregão Eletrônico – Processo 083/2016 – Ministério Público do Estado de Minas Gerais/MG.

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

**Ao (À) Sr.(a) Pregoeiro (a) do(a) Ministério Público do Estado de Minas Gerais/MG,**

**TELEFÔNICA BRASIL S/A.**, Companhia Aberta, com sede na Avenida Engenheiro Luiz Carlos Berrini, nº. 1376, Bairro Cidade Monções, São Paulo/SP, CEP 04.571-000, inscrita no CNPJ sob o nº. 02.558.157/0001-62, NIRE nº. 35.3.001.5881-4, vem, respeitosamente, perante V. Sa, apresentar **IMPUGNAÇÃO AO EDITAL** do PREGÃO em epígrafe, com sustentação no §2.º do artigo 41 da Lei Federal 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 22/11/2016, tendo sido, portanto, cumprido o prazo pretérito de 02 (dois) dias úteis previsto no artigo 41, §2.º da Lei Federal n.º 8.666/1993, bem como preâmbulo do edital do pregão em referência.

**II - OBJETO DA LICITAÇÃO.**

O Pregão em referência tem por objeto a *“Contratação de links de Internet, incluindo o fornecimento de equipamentos, serviços de instalação, configuração, atualização, manutenção e suporte técnico, a ser executado de forma contínua, no DATACENTER da Procuradoria-Geral de Justiça de Minas Gerais”*.

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. AUSÊNCIA DE ORÇAMENTO ESTIMADO DOS PREÇOS EM PLANILHA ABERTA DE COMPOSIÇÃO DE CUSTOS UNITÁRIOS. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 7.º, §2.º, INCISO II E ARTIGO 40, §2.º, INCISO II DA LEI 8666/1993.**

PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS  
14:11 16/11/2016 110967 PROTOCOLO-GERAL TEL:3330-8145

Verifica-se que o edital apresentou uma planilha indicativa para apresentação de proposta, **sem, contudo, indicar o orçamento estimado para a prestação dos serviços.**

Tal omissão constitui direta violação ao artigo 7º, §2º, inciso II, e ao artigo 40, §2º, inciso II, ambos da lei 8666/1993:

Art. 7º As licitações para a execução de obras e para a prestação de serviços obedecerão ao disposto neste artigo e, em particular, à seguinte sequência:

(...)

§ 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; (grifos de nossa autoria)**

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) (grifos de nossa autoria)**

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.**

Tal planilha detalhada 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 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 artigo 40, §2º, inciso II da lei 8666/1993 citado acima, não bastando a planilha contida no edital.

Sendo assim, ainda que não se apresente uma planilha detalhada dos custos, é essencial, de qualquer forma, que seja apresentado o valor orçado para a íntegra da prestação de serviço que se pretende licitar.

**02. OBJETO COMPLEXO RESTRITIVO DA COMPETITIVIDADE. NECESSIDADE CONSÓRCIO DE EMPRESAS.**

O objeto do presente pregão inclui a contratação de links de Internet, incluindo o fornecimento de equipamentos, serviços de instalação, configuração, atualização, manutenção e suporte técnico.

Ocorre que para o fornecimento dos equipamentos e serviços nos moldes exigidos no edital (o que inclui serviço de LINK IP + Gerenciamento), são necessários empreendimentos, estudos, mapeamentos, dentre outros serviços, que não são estritamente vinculados à prestação dos demais, sendo geralmente oferecidos por empresas distintas, de modo que é perfeitamente possível a concorrência e a sua contratação através do consórcio de empresas.

Todavia, o edital é omissivo quanto a possibilidade de contratação de empresas reunidas em **consórcio**.

A possibilidade de consórcio **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 consórcio, **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 exigências indicadas..

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

Art. 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 em forma de consorcio, 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-se **seja admitido o consórcio de empresas**, conforme as condições técnicas específicas de cada serviço a ser contratado.

### **03. PRAZO EXÍGUO PARA ASSINATURA DO CONTRATO**

Em relação ao contrato, verifica-se uma previsão de assinatura em apenas 05 (cinco) dias úteis, conforme o item 14.1 do edital.

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

Assim, o prejuízo para a Administração na manutenção deste curto prazo de assinatura do contrato é imenso, dado que inviabilizaria a participação das concorrentes, em função de não ser possível cumprir o lapso de tempo indicado no edital.

Sob outro prisma, o aumento deste prazo de assinatura não acarretará qualquer ônus à Administração, **requerendo-se o prazo de 15 (quinze) dias**, suficiente para que a contratação possa ser efetivada em prazo adequado à necessidade administrativa e permitindo que haja um tempo razoável para a assinatura do termo de contrato respectivo.

Vale ressaltar que o não cumprimento do prazo de assinatura do ajuste induz a aplicação das penalidades, situação esta que determinaria a opção da operadora por sequer participar da licitação, com restrição da competitividade em função deste fato.

### **04. DESPROPORCIONALIDADE DA EXIGÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE BOA SITUAÇÃO FINANCEIRA POR MEIO DE CÁLCULO DE ÍNDICES CONTÁBEIS.**

Para fins de qualificação econômico-financeira, o item 3.2.4 do edital dispõe que a boa situação financeira da licitante será analisada no que tange ao atendimento de índices financeiros:

**3.2.4** – A boa situação financeira do licitante será avaliada pelos índices de Liquidez Corrente (LC), Liquidez Geral (LG) e Solvência Geral (SG), que deverão ser iguais ou superiores a 1,0 para que o licitante seja considerado apto financeiramente

Os índices apontados, contudo, restringem a competitividade, na medida em que são desproporcionais ao limite desejável e inadequados para avaliar a boa situação financeira no caso concreto.

Neste sentido, deve-se ressaltar que a fase de habilitação consiste na **averiguação da capacidade de uma interessada participar da licitação, com o foco no potencial cumprimento do contrato dela subsequente.**

O professor Marçal Justen Filho, com muita clareza, expõe o que denomina de condições do direito de licitar, direito este que é outorgado àquele que preenche os requisitos para participar da licitação.

O direito de licitar, ainda que abstrato, não é absoluto. É um direito condicionado, também na acepção definida pela doutrina processualista. O direito de licitar se subordina ao preenchimento de certas exigências, previstas na lei e no ato convocatório. Essas exigências se referem quer à pessoa do licitante quer à proposta por ele formulada. A Lei e o ato convocatório estabelecem certos requisitos como indispensáveis para a disputa. A esses requisitos podemos denominar de condições do direito de licitar.<sup>1</sup>

E mais à frente: “Na acepção de fase procedimental, a habilitação consiste no conjunto de atos orientados a apurar a **idoneidade e a capacitação de um sujeito para contratar com a Administração Pública.**”<sup>2</sup> (grifos de nossa autoria)

A própria Constituição, no artigo 37, inciso XXI, já estabelece expressamente que o processo de licitação pública “(...) somente permitirá as **exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.**”<sup>3</sup> (grifos de nossa autoria)

Neste contexto, já por determinação constitucional, os requisitos de habilitação devem se reduzir ao mínimo possível, assim entendido como **apenas o necessário para se presumir a idoneidade e a capacidade do licitante para assumir e executar o futuro contrato.**

De fato, **o essencial para as exigências de habilitação é verificar se a empresa possui condição suficiente para cumprir o contrato,** com a análise da sua capacidade analisada concretamente em face dos documentos apresentados.

1 JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos.** 8.<sup>a</sup> ed. 1.<sup>a</sup> reimpressão. São Paulo: Dialética, 2001. p. 302.

2 JUSTEN FILHO, Marçal. Op. Cit. p. 303.

3 Artigo 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.

E, neste contexto, não restam dúvidas de que o excesso rigor na qualificação econômico-financeira opera contra este objetivo de ampliação da competitividade.

Como é do conhecimento público, nos últimos anos as empresas operadoras de telecomunicações empenharam esforços para atingir as metas estabelecidas pela ANATEL, exigindo elevados investimentos em suas plantas.

Assim, a não comprovação dos índices exigidos, por empresas do segmento de telecomunicações, é plenamente compreensível, não se caracterizando de forma alguma incapacidade financeira.

Há de se considerar também que os patrimônios líquidos destas empresas representam, por si só, uma demonstração cabal de capacidade financeira, suficiente para honrar os compromissos relativos a eventuais contratos a serem firmados.

Nesse entendimento, a existência eventual de índice financeiro menor que os previstos no edital é insuficiente para avaliar a real saúde financeira das empresas. Há necessidade de avaliar outros fatores para que não haja prejuízo na escolha de fornecedores e na redução da participação de empresas em processos licitatórios, processos estes que efetivamente contribuem para a obtenção de melhores propostas pelos órgãos públicos.

Tal premissa de competitividade é extremamente salutar para os referidos processos licitatórios e tem amplo amparo nos princípios extraídos da Lei Federal 8666/1993.

Para que não haja esse equívoco, o Governo Federal se utiliza de análises alternativas para avaliar as empresas que se cadastram no Sistema de Cadastramento Unificado de Serviços Gerais - SICAF, conforme procedimento estabelecido através da Instrução Normativa MARE GM N.º 5, de 21/07/95, notadamente no subitem 7.2 (a respeito de exigência de índices financeiros):

7.2 – As empresas que apresentarem resultado igual ou menor que 01 (um) em qualquer dos índices referidos no inciso V, quando de sua habilitação deverão comprovar, considerados os riscos para administração e, a critério da autoridade competente, o capital mínimo ou patrimônio líquido mínimo, na forma dos parágrafos 2º e 3º do art. 31 da Lei 8.666, como exigência imprescindível para sua classificação, podendo ainda ser solicitada prestação de garantia na forma do parágrafo 1 do art. 56, do mesmo diploma legal para fins de contratação.

Desta forma, **requer ao pregoeiro que reavalie a exigência contida no referido item do edital**, determinando, **alternativamente**, a demonstração de capital ou de patrimônio líquido equivalente a 10% (dez por cento) do valor estimado da contratação, promovendo assim, a participação de maior número de licitantes nos processos licitatórios.

**05. AUSÊNCIA DE RESPONSABILIDADE DA CONTRATADA PELA REALIZAÇÃO DE OBRAS NA ÁREA INTERNA DO CONTRANTE.**

A alínea "e" do item 1 do Anexo I – Especificações Técnicas especifica que "A contratada se responsabilizará por eventuais adaptações nas instalações físicas nas dependências do contratante".

Todavia, impossível é que haja obrigatoriedade à contratada de atuação em obras internas do contratante.

Numa licitação é primordial o atendimento dos seus preceitos, sendo que a licitante ganhadora para firmar o contrato com a Administração obrigatoriamente tem que atender a plenitude das exigências estabelecidas no edital.

Contudo, a exigência exposta no edital não pode ser suportada pela contratada. Tal previsão acarretaria um alto custo na contratação. Assim, deve o contratante se responsabilizar por eventuais obras na parte interna de suas dependências.

#### **06. PRAZO EXÍGUO PARA AVALIAÇÃO E PROVIDÊNCIAS ACERCA DO CHAMADO TÉCNICO REALIZADO**

A alínea "g" do item 4 do Anexo I – Especificações Técnicas estabelece um prazo de 2 (duas) horas, para que o responsável pelo acompanhamento/resolução do chamado da contratada entre em contato com o técnico da contratante, responsável pela abertura do chamado, informando quais as providências já tomadas e a tomar, e ainda, a estimativa de prazo para a solução final, prazo este exíguo para atendimento...

De fato, **um prazo de apenas 02 (duas) horas é INSUFICIENTE para avaliação e providências acerca do chamado técnico realizado**, especialmente pelo fato de que a complexidade da questão pode exigir um prazo maior para que a questão seja solucionada.

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

O prejuízo para a Administração na manutenção desse curto prazo para providências é imenso, dado que inviabilizaria a participação das concorrentes, em função de não ser possível cumprir o lapso de tempo indicado no edital.

O não cumprimento do prazo apontado induz a aplicação das penalidades contratuais, situação esta que determinaria a opção da operadora por sequer participar da licitação, com restrição da competitividade em função deste fato. Deste modo, sugere-se alteração do item, com previsão de prazo de 04 (quatro) horas para realização da diligência.

#### **07. PRAZO EXÍGUO PARA ENTREGA DOS EQUIPAMENTOS, INSTALAÇÃO E INÍCIO DA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO.**

Verifica-se que o edital estabelece o prazo de 15(quinze) dias úteis para entrega dos equipamentos, instalação e início da execução dos serviços, conforme item 2.2 do Anexo II- Modelo de Proposta (Planilha).

Todavia, **tal prazo é INSUFICIENTE para que os equipamentos possam ser entregues e instalados bem como os serviços iniciadas por qualquer operadora.** A exiguidade do prazo pode ser verificada pelo simples fato de que a entrega dos objetos - ainda que em disponibilidade imediata - depende de um prazo razoável para cumprimento dos rituais internos da operadora, tais como: solicitação junto ao fornecedor, expedição da ordem de entrega, verificação do estoque, emissão da nota fiscal do produto, frete, dentre outros. Neste contexto, o prazo de apenas 15(quinze) dias úteis é bastante curto para cumprimento das diligências.

Ressalta-se que os equipamentos não são produzidos pela operadora, sendo obtidos junto aos respectivos fabricantes e, ainda que haja uma compra constante, sempre há sujeição a questões mercadológicas que não permitem seja assumido o compromisso de entrega no exíguo prazo indicado no edital.

Assim, o prejuízo para a Administração Pública em se manter este curto prazo de entrega e instalação dos equipamentos bem como execução dos serviços 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 entrega não acarretará qualquer ônus à Administração Pública, **sugerindo-se o prazo de 45 (quarenta e cinco) dias**, suficiente para suprir a necessidade administrativa e adequada à possibilidade de cumprimento por parte da futura contratada.

Vale ressaltar que o não cumprimento do prazo de entrega dos objetos e execução dos serviços induz a aplicação das penalidades contratuais, situação esta que determinaria a opção da operadora por sequer participar da licitação, com restrição da competitividade em função deste fato.

Tal restrição à competitividade é absolutamente ilegal, com ferimento direto ao artigo 3.º, §1.º, inciso I da lei 8666/93, citado anteriormente.

#### **08. ESCLARECIMENTO ACERCA DA VELOCIDADE DE TRANSMISSÃO DE DADOS**

A alínea "e" do item 2 do Apenso I – Especificações Técnicas aduz que "*Nos casos de alteração de velocidade, observada a viabilidade técnica, a CONTRATADA deverá efetuar a solicitação da CONTRATANTE em no máximo, 15 (quinze) dias corridos*".

Inicialmente registra-se que o desempenho da rede varia constantemente conforme o local em que esteja o usuário da internet. Assim, a operadora somente pode garantir a prestação dos serviços com velocidade nominal, cuja oferta depende, esta sim, exclusivamente da atuação da operadora, sem influência de fatores externos que repercutam no desempenho da rede.



Considerando isso, essencial esclarecer que em caso de eventual alteração na velocidade de transmissão dos serviços, tem-se como exíguo o prazo de 15 (quinze) dias corridos, sugerindo-se seja previsto o prazo de 45 (quarenta e cinco) dias.

**IV - REQUERIMENTOS.**

Em síntese, requer seja analisado o ponto detalhado 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 22/11/2016, 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 irrisignação da ora impugnante, para posterior juízo de anulação por parte da autoridade competente para tanto.

Pelo que **PEDE DEFERIMENTO,**

Belo Horizonte/MG, 11 de novembro de 2016.

  
**TELEFONICA BRASIL S/A**

Nome do procurador: MARIA CRISTINA CASTELLÕES E CASTRO RINCON  
RG: MG5416788  
CPF: 971894806-68