

*Telefônica*

**RECEBIDO EM**

10/01/2018  
B. Leite

**IMPUGNAÇÃO AO EDITAL**

Pregão Eletrônico n.º 12/2018 - Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul.

Impugnante: Telefônica DATA S/A.

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

**TELEFÔNICA DATA S/A.** matriz inscrita no CNPJ sob o nº 04.027.547/0036-61, sediada na Avenida Tamboré, 341 - Parte, CEP 06460-000, Alphaville, Barueri/SP, vem, respeitosamente, perante V. Sa, apresentar **IMPUGNAÇÃO AO EDITAL** do PREGÃO ELETRÔNICO em epígrafe, com sustentação no §2º do art. 41 da Lei Federal n.º 8.666/1993 - aplicável por força do at. 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 14.05.2018, tendo sido, portanto, cumprido o prazo pretérito de 02 (dois) dias úteis previsto no art. 41, §2º da Lei Federal n.º 8.666/1993, bem como sustentado no item 6, subitem 6.1 do Edital do Pregão em comento.

*f*

## **II - OBJETO DA LICITAÇÃO.**

O Pregão Eletrônico em referência tem por objeto a “*contratação de empresa especializada para fornecimento de equipamentos do tipo servidor de rede, novos, com garantia, visando à atualização e recomposição do parque de equipamentos de informática da Defensoria Pública do Rio Grande do Sul*”.

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

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

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

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

### **01. OBJETO QUE ENVOLVE SOLUÇÃO DE ALTA COMPLEXIDADE TÉCNICA. INDISPENSÁVEL PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS REUNIDAS EM CONSÓRCIO E A SUBCONTRATAÇÃO DE PARCELA DO O OBJETO EM DISPUTA POR LOTE ADJUDICADO.**

O objeto do presente instrumento - distribuído em 02 (dois) lotes - consiste na seleção de proposta para contratação de empresa(s) especializada(s), visando o fornecimento de servidores de rede dos TIPOS 01, 02 e 03, conforme descrito técnico sustentado em edital, bem como a prestação de serviços de manutenção e suporte técnico *onsite* aos equipamentos em demanda.

Ocorre que a atividade de fornecimento dos servidores de rede e a prestação dos serviços de manutenção e suporte técnico *onsite*, ainda que concatenados ao projeto - por LOTE em pleito - não se revelam estritamente

vinculados entre si, sendo corriqueiramente oferecidos por pessoas jurídicas distintas, ainda que de um mesmo grupo econômico, de modo que é perfeitamente possível a concorrência e a sua contratação por meio do consórcio de empresas ou mesmo a subcontratação de parcela da solução pleiteada, consonante lote adjudicado.

Todavia, o instrumento convocatório, de forma errática, veda a participação de empresas reunidas em consórcio e obsta a subcontratação de parcela do objeto licitado.

Quanto ao trato da matéria, veja-se o disposto no item 4, subitens 4.3 e 4.4 do Edital, *in verbis*:

4.3. É vedada a participação sob a forma de consórcio.

4.4. É vedada a subcontratação.

A possibilidade de reunião de empresas em consórcio e/ou subcontratação do objeto licitado, por lote proposto, **decorre diretamente do princípio da isonomia** (art. 37, inc. XXI, da Constituição da República Federativa do Brasil), 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 do objeto por meio de uma única empresa (adjudicatária de um ou mais lotes em disputa) sem a possibilidade de subcontratação e consórcio, **observa-se a imposição de uma restrição injustificada à competitividade**, considerada a manifesta limitação à participação de qualquer empresa que tenha autorização de Agência Reguladora (conforme o caso) ou órgão competente para fornecer os materiais/componentes solicitados, bem como prestar somente um dos tipos de serviço previstos em ato convocatório ou não disponha de acervo técnico para atender às exigências de um dos itens que compõem a solução técnico-operacional para prestação o objeto do Pregão epigrafado.

Lado outro, é importante deixar claro que a adjudicação e execução do objeto por meio de consórcio e subcontratação de empresas

somente trará benesses à Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul, competindo listar as seguintes vantagens dos modelos de associação empresária solicitados:

- Canal de relacionamento próprio e único para o cliente;
- Suporte dedicado para a solução (serviços / atividades inerentes ao projeto);
- Gerente de Projetos próprio, à disposição do cliente durante todo o período de implantação.

Diante considerações e dados apresentados, verifica-se, pois, ferimento direto ao art. 3º, §1º, inc. I da Lei Federal n.º 8.666/1993, 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). (g.n.).

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.

A

Desta forma, é **forçosa a possibilidade de participação das empresas reunidas em forma de consórcio e subcontratação** de entidades empresárias para execução de **parte da solução proposta por lote em disputa** (fornecimento de servidores de rede, manutenção e suporte técnico), não só para alcançar o menor preço para cada “parcela” do projeto que compõe a demanda do órgão licitador, como também para se garantir a transparência, a objetividade do julgamento das propostas e, principalmente, a competitividade.

Ante o exposto, requer o aditamento do ato de convocação, **de modo a expressamente admitir a participação de empresas reunidas em consórcio (ainda que pertencentes ao mesmo grupo econômico), como também de subcontratação de parcela do objeto licitado, POR LOTE PROPOSTO, consonante disposição elencada nos art. 33 e 72 da Lei Federal n.º 8.666/1993, conforme as condições técnicas específicas que a solução de TI (Tecnologia da Informação) para regular disponibilização integral do referido projeto.**

De mais a mais, objetivando racionalizar a relação entre contratante e contratadas, a empresa ora impugnante, solicita - caso recepcionados os argumentos sobrepostos - a inclusão em edital, de disposição específica, atribuindo à entidade líder do consórcio, a responsabilidade pela interlocução para atendimento de todos os assuntos que envolvam a prestação contratual (ponto focal).

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

Verifica-se que o ato de convocação reproduz planilha indicativa para apresentação de proposta (Anexo VII – Modelo de Proposta Comercial) **sem, contudo, destacar o orçamento estimado para a prestação da solução de TI (Tecnologia da Informação) envolvendo o fornecimento de switches e a execução de serviços de suporte e assistência técnica.**

Tal omissão constitui direta violação ao art. 7º, §2º, inc. II, e ao art. 40, §2º, inciso 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;**

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, seja de fornecimento de bens e/ou prestação 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 essa 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, §2.º, inc. II da Lei Federal n.º 8.666/1993 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 das atividades/serviços que se pretende licitar.

**03. AUSÊNCIA DE PREVISÃO DOS CRITÉRIOS, DATA-BASE E INDEXADOR PARA REAJUSTAMENTO DOS PREÇOS CONTRATADOS.**

O inc. XI do art. 40 da Lei Federal n.º 8.666/1993 determina a indicação obrigatória do critério de reajuste dos preços no ato de convocação:

Art. 40. O edital conterà no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte:

(...).

XI - **critério de reajuste**, que deverá retratar a variação efetiva do custo de produção, admitida a adoção de índices específicos ou setoriais, desde a data prevista para apresentação da proposta, ou do orçamento a que essa proposta se referir, até a data do adimplemento de cada parcela; (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994). (g.n.).

Neste diapasão determina o inciso III do art. 55 da mencionada Lei Federal como cláusula indispensável a todo e qualquer contrato administrativo que estabeleça:

Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:

(...).

III - o preço e as condições de pagamento, **os critérios, data-base e periodicidade do reajustamento de preços**, os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento; (g.n.).

No entanto, verifica-se que o ato de convocação não atende ao comando legal, uma vez que, não há qualquer passagem do referido edital disposições acerca dos critérios, data-base e indexador para reajustamento dos preços contratados.

Da omissão editalícia afeta à matéria é possível concluir pela impossibilidade de reajuste ou recomposição dos preços ofertados em proposta, **o que impede o restabelecimento da relação que será potencialmente pactuada entre as partes, consonante encargos do contratado e a retribuição da Administração para a justa remuneração do objeto prestado durante o decurso do prazo de dilação do contrato, atuando, portanto em descompasso ao pressuposto normativo vigente relativo às circunstâncias abalizadoras com vistas à alteração contratual (art. 65, inciso II, alínea 'd' da Lei Federal n.º 8.666/1993).**

Ora, por expressa determinação legal o reajuste deve ser previsto no edital, bem como na minuta de contrato, **não sendo justificável que os preços permaneçam sem reajuste por período maior que um ano.**

Isto posto, observado o disposto no art. 28, §1º da Lei Federal n.º 9.069/1995 (Plano Real) - em razão de o objeto envolver parcela de prestação de trato continuado (assistência / suporte técnico), com propagação dos efeitos do acordo de vontades por período superior a 12 (doze) meses (interregno de apuração oficial de índices inflacionários) de execução, nos termos do art. 57 da Lei Federal n.º 8.666/1993 - **ressalva-se, pois, como indispensável a necessidade de previsão (cláusula específica) de um índice oficial de reajuste de preço divulgado, conforme atividade prestada que decorra de obrigações futuras (solução de TI), cuja expressão destaque sua aplicação anual e contínua,** derivada da execução contratual ao longo de exercícios financeiros subsequentes (aditamentos contratuais).

Isto posto, requer-se a **inequívoca inclusão de critério de reajuste,** por meio de índice que reflita a variação efetiva do custo de operação do objeto (desde que respeitado - para cada evento de composição de preços - o interregno mínimo de 12 (doze) meses), nos termos da legislação vigente.

#### **04. ESCLARECIMENTO QUANTO AO PRAZO PARA ASSINATURA DO CONTRATO. EXIGUIDADE NO CUMPRIMENTO DE TAL OBRIGAÇÃO ESPECÍFICA.**

No que tange aos procedimentos afetos à celebração do termo de contrato decorrente do procedimento licitatório instaurado, compete destacar o

disposto no item 17 do Edital e cláusula décima segunda do Anexo II – Minuta do Contrato que apontam dentre outras diretivas, o intervalo de tempo limítrofe admitido para assinatura do respectivo instrumento (subitem 17.3). Veja-se, pois:

17.3. A licitante vencedora terá o prazo máximo de 05 (cinco) dias úteis, contados a partir convocação, para a assinatura do termo de contrato, do qual farão parte o presente Edital, seus Anexos e a respectiva proposta.

17.3.1. O prazo da assinatura poderá ser prorrogado uma vez, por igual período, desde que por motivo justificado e aceito pela Defensoria Pública.

**Todavia, a adoção dos 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 Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul -, 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 Defensoria Pública em se manter o ínfimo prazo fixado para celebração do contrato é imenso, dado que inviabilizaria a participação das concorrentes, em função de não ser possível cumprir o interregno de tempo indicado no edital, conforme respectiva diligência.

Sob outro prisma, o aumento do prazo de assinatura do termo contratual não acarretará qualquer ônus ao futuro órgão contratante, **sugerindo-se a adoção do prazo estandardizado de 15 (quinze) dias úteis**, 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 instrumento correspondente.

Vale ressaltar que o não cumprimento do prazo de assinatura do ajuste induz a aplicação das penalidades contratuais, inclusive bastante drásticas, conforme elucidado no subitem 17.3.2 do Edital, bem como em demais disposições contidas em edital e 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 eventualmente 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 Defensoria Pública para assinatura do instrumento de ajuste contratual, bastando tão somente o envio da documentação (contrato) via e-mail para a futura contratada, que efetuará o cumprimento de tal diligência (análise, impressão e assinatura) e reenvio à sede do órgão do Poder Judiciário - modo esse eficaz, coeso e dinâmico ao cumprimento dessa prerrogativa inerente à formalização do acordo de vontade.

#### **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 eletrônica está designada para 14.05.2018, 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 Porto Alegre/RS, 09 de maio de 2018.

**TELEFÔNICA DATA S/A.**

~~Caro~~

Nome do Procurador:

CARLOS DANI ZENON / GER. NEGÓCIOS

RG: 8055917762

CPF: 538.409.170-34