
IMPUGNAÇÃO

Ilustríssimo Senhor Pregoeiro da Empresa Brasileira de Administração de Petróleo e Gás Natural S.A.– PRÉ-SAL PETRÓLEO S.A. – PPSA

Ref.: Impugnação ao Edital do Pregão Eletrônico – PE.PPSA. 104/2018

TIM S.A., nova denominação social da INTELIG TELECOMUNICAÇÕES LTDA., com sede na Rua Fonseca Teles, 18 a 30, bloco B, 3º Pavimento, São Cristóvão, na Cidade do Rio de Janeiro, Estado do Rio de Janeiro, inscrita no CNPJ/MF sob o nº 02.421.421/0001-11, (doravante “TIM”), neste ato representada conforme instrumento de mandato anexo, com fundamento no item 11.1 do Edital do Pregão Eletrônico em epígrafe (“Edital”), vem apresentar **IMPUGNAÇÃO**, pelas razões que passa a expor.

PRELIMINARMENTE

A Impugnante pede *venia* para reafirmar o respeito que dedica ao digno Pregoeiro da Empresa Brasileira de Administração de Petróleo e Gás Natural S.A.- PPSA e aos doutos profissionais que a integram.

Destaca que a presente manifestação tem estrita veiculação à interpretação objetiva dos termos do instrumento convocatório. Destina-se apenas à preservação do direito da Impugnante e da legalidade do presente certame. As eventuais discordâncias deduzidas na presente impugnação fundamentam-se no entendimento que se pretende para o texto da Constituição e da Lei, eventualmente diverso daquele adotado para a edição do ato convocatório.

I. Tempestividade

Foi publicado o instrumento convocatório referente ao Pregão Eletrônico PE.PPSA.104/2018 (“Pregão”), marcando a data de abertura das propostas para o dia 11 de Maio de 2018.

Assim, em atenção ao Art. 18 do Decreto 5.450/2005, o prazo de 2 (dois) dias úteis antes da data fixada para abertura da sessão pública, qualquer pessoa poderá impugnar o ato convocatório do pregão, na forma eletrônica.

II. Da Ilegalidade Do Instrumento Convocatório

A licitação de que se cuida tem por objeto a é a escolha da proposta mais vantajosa para a contratação de serviços de acesso à Internet e link de comunicação de dados ponto a ponto, conforme condições, quantidades, exigências e estimativas, estabelecidas neste instrumento.

Analisando o instrumento convocatório em comento, verifica-se que o mesmo contém previsões incompatíveis com a Constituição e com as Leis que regem as licitações públicas, uma vez que faz exigências que acabam por restringir a participação de empresas interessadas em competir no procedimento licitatório.

III. Do Mérito

O instrumento convocatório em seu Anexo I, Termo de Referência, item V prevê:

Em caso de indisponibilidade do serviço de acesso, deverá ser enviada automaticamente mensagem SMS para pelo menos dois números de telefone celular a serem informados pela Pré-sal Petróleo.

Compreendemos a preocupação da PPSA de garantir a alta disponibilidade dos serviços solicitados, contudo, informamos que o serviço de gerência, no que se refere à abertura de chamados de forma proativa, se delimita a eventos de indisponibilidade do serviço, na forma solicitada pelo Cliente. Ao solicitar abertura de chamados de forma proativa para eventos de indisponibilidades do serviço, a Contratante estará fazendo exigências excessivas e tal exigência onera desnecessariamente o projeto visto que para atender tal critério será necessário elaborar soluções customizadas, tais soluções reduzem drasticamente a competitividade.

Como é a prática do mercado, a gerência pró ativa será responsável pela identificação da disponibilidade ou não do link de comunicação, ou seja, se o link estiver ou não ativo, atuando de

forma independente no acionamento da Contratante e na correção da falha, realizando com isso, o monitoramento dos indicadores de SLA especificados neste edital serão feitos pela Contratante através de um portal via web, o que já garante que a Contratante tenha visão on-line dos índices de desempenho dos serviços. Ao constatar que algum item esteja abaixo do SLA contratado a Contratante poderá entrar em contato com a Central de Atendimento da Contratada e abrir o chamado, isso já garantirá o aumento da disponibilidade do link sem onerar demasiadamente o projeto.

Sem do assim, de forma a garantir a participação e competitividade no certame solicitamos que o item seja reformado e que seja considerada a abertura proativa de chamados por parte da ferramenta do portal via web.

Sobre o prazo de instalação e disponibilidade plena dos serviços nos ditames do item 14.1 do Anexo I, Termo de Referência, do Edital, o qual estabelece o prazo de instalação e disponibilidade plena dos serviços em 20 dias contados a partir da assinatura do contrato, faz-se necessário o aumento do prazo de ativação especificado no edital de forma a garantir a perfeita execução dos serviços em prazo exequível e de acordo com os níveis de qualidade exigidos.

Sabe-se que o serviço objeto dessa licitação depende de instalação de equipamentos, bem como a obtenção de licença junto aos órgãos competentes para a construção de galerias para a passagem da fibra óptica para instalação do circuito dedicado.

Sem isto, os licitantes veem-se impedidos de calcular os custos com os quais deverá arcar o que, conseqüentemente prejudica o cálculo dos valores a serem praticados em sua Proposta. De fato, são significativos os investimentos envolvidos na instalação dos serviços.

Em face do exposto, cabe rever o Edital e seus Anexos para que deles conste a possibilidade de realizar a ativação dentro do prazo de 90 (noventa) dia.

Visto a existência da implicação apresentada, conclui-se que o PPSA compreende que os referidos itens correspondentes ao assunto deverão ser reformados, de modo que estejam estabelecidos de forma clara, bem com viabilize a participação de maior quantidade de licitantes no certame.

Com referência às obrigações imputadas à contratada na Minuta Contratual, cabe trazer à baila alguns itens do edital e seus anexos:

Neste passo, destacamos as condições a respeito da responsabilidade pelos danos causados, elencadas no item 4.1 “F” vejamos:

“f) Responsabilizar-se por eventuais indenizações decorrentes de quaisquer danos ou prejuízos causados à Pré-sal Petróleo ou a terceiros, por ação ou omissão própria ou de qualquer de seus empregados ou prepostos.”

As obrigações estabelecidas no Edital e na Minuta Contratual imputam à empresa Contratada a responsabilidade por todos os danos, em desconformidade com o que dita a lei de licitações e contratos administrativos.

Ora, o Estatuto das Licitações Públicas em seu artigo 70, deixa claro por quais danos a Contratada será responsável perante à Contratante, vejamos:

“Art. 70. O contratado é responsável pelos danos causados diretamente à Administração ou a terceiros, decorrentes de sua culpa ou dolo na execução do contrato, não excluindo ou reduzindo essa responsabilidade a fiscalização ou o acompanhamento pelo órgão interessado.”

Analisando atentamente o dispositivo acima, infere-se que cabe à Contratada somente responder pelos danos causados diretamente à Contratante e a terceiros, decorrentes de culpa ou dolo na execução do Contrato. A redação do artigo 70 exclui quaisquer outros danos que não forem diretos. Por esta razão, não acerta o edital e respectivos anexos quando estabelecem que o Administrado deve responder por todos os possíveis danos, tanto físicos quanto materiais, causados ao Contratante ou a terceiros, advindos da prestação dos serviços contratados.

Na elaboração do Edital e de seus anexos, o Administrador deve observar as normas legais, principalmente àquelas aplicáveis às licitações públicas. Por isso, ao estabelecer que o Contratado será responsável *“Do Acompanhamento e da Fiscalização” deste instrumento, em caso de acidentes durante a execução dos serviços, que ocasionem ou não danos pessoais ou materiais em bens da CONTRATANTE ou de terceiros*” está fazendo uma interpretação extensiva, quando a lei quis restringir a aplicação da norma somente aos casos de danos diretos.

Assim, observa-se que o próprio contrato estabelece em sua Cláusula XIV – Responsabilidade por Danos e Obrigações não cumpridas, item 1, responsabilidade da Contratada por todos e quaisquer danos provocados diretamente à Contratante ou a terceiros, portanto ao estabelecer que a Contratada assumirá o ônus por quaisquer danos, o órgão promotor da licitação faz uma ampliação, não permitida pela norma legal, da aplicação do dispositivo a todos os casos de danos, independentemente, se forem diretamente ou indiretamente causados pelo Administrado. Isso faz com que o Contratado assumira por danos que a lei não o obrigue, sendo certo que para o objeto da licitação não se faz necessário alocação de funcionário da Contratada na Contratante.

Com isso, não pode o Edital conter exigências desnecessárias e desproporcionais, impedindo as empresas interessadas de elaborarem suas propostas, caracterizando restrição ao caráter competitivo da licitação, violação ao princípio da isonomia e prejuízo para erário, vez que a Administração Pública deixa de atender ao interesse público e de contratar pelo menor preço.

A doutrina e a jurisprudência têm ratificado o entendimento que o Edital não pode restringir a competitividade do certame, característica inerente às licitações Públicas, vejamos:

“o interesse público reclama o maior número de concorrentes, configurando ilegalidade a exigência desfilhada da lei básica de regência e com interpretação de cláusulas editalícias impondo condição excessiva para habilitação.”

Nesse sentido, esta Licitante destaca quanto à essencial observação e prestígio aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, evidentemente regentes aos atos da CEMIG.

O princípio da razoabilidade deve ser observado pela Administração Pública à medida que sua conduta se apresente dentro dos padrões normais de aceitabilidade. Se atuar fora desses padrões, algum vício estará, sem duvida, contaminando o comportamento estatal. Não pode, portanto, existir violação ao referido princípio quando a conduta administrativa é inteiramente revestida de licitude.

No que pese a exigência excessiva, ora impugnada, é evidente que o Administrador Público deve se pautar pela proporcionalidade atendendo o trinômio da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

O princípio da proporcionalidade, decorrência lógico-jurídica do princípio da razoabilidade, exige que os atos da Administração sejam praticados sopesando-se todos os interesses envolvidos, sem o desnecessário sacrifício de qualquer um deles.

Sendo assim, a razoabilidade, ou proporcionalidade ampla, limita a atuação e a discricionariedade dos poderes públicos e, em especial, veda que, no âmbito sancionatório, a Administração Pública aja com excesso ou valendo-se de atos inúteis, desarrazoados e desproporcionais.

Nesse passo, Marçal Justen Filho versa:

“O princípio da proporcionalidade restringe o exercício das competências públicas, proibindo o excesso. A medida limite é a salvaguarda dos interesses públicos e privados em jogo. Incumbe ao Estado adotar a medida menos danosa possível, através da compatibilização entre os interesses sacrificados e aqueles que se pretende proteger.”

Seguindo neste Contexto, é clara a lição de Marçal Justen Filho:

*“O tratamento isonômico visa a assegurar a escolha da proposta mais adequada, dotada de maior vantajosidade. O que **não se admite é a fixação de regras discriminatórias que impeçam a seleção da proposta dotada de maior vantajosidade.***

Portanto, isonomia e vantajosidade se integram de modo harmônico como fins a que se norteia a licitação.”(Grifamos)

Assim também têm se manifestado a jurisprudência pátria, como revela o pronunciamento da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça assim ementado:

“RECURSO ESPECIAL - ADMINISTRATIVO - LICITAÇÃO PÚBLICA - SERVIÇOS DE LIMPEZA E CONSERVAÇÃO - EDITAL - ART. 30, II, DA LEI N. 8.666/93 - EXIGÊNCIA DE CAPACITAÇÃO TÉCNICA E FINANCEIRA LÍCITA - ART. 57, II, DA LEI N. 8.666/93 - AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO - PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE FORMA CONTÍNUA - PATRIMÔNIO LÍQUIDO MÍNIMO - DURAÇÃO DO CONTRATO FIXADA AB INITIO EM 60 MESES - ILEGALIDADE - RECURSO ESPECIAL PROVIDO EM PARTE.

É certo que não pode a Administração, em nenhuma hipótese, fazer exigências que frustrem o caráter competitivo do certame, mas sim garantir ampla participação na disputa licitatória, possibilitando o maior número possível de concorrentes, desde que tenham qualificação técnica e econômica para garantir o cumprimento das obrigações.(...)

(REsp 474.781/DF, Rel. Ministro FRANCIULLI NETTO, SEGUNDA TURMA, julgado em 08/04/2003, DJ 12/05/2003, p. 297)” – Destacamos

De outro lado, caso mantenha o edital nos termos em que se encontra, impede a participação de empresas interessadas, caracterizando restrição ao caráter competitivo da licitação, violação ao princípio da isonomia e prejuízo para erário, vez que a Administração Pública deixa de atender ao interesse público e de contratar pelo menor preço.

Com efeito, é exigência da Lei n.º 8.666/1993 que o ato convocatório especifique todos os elementos que possam influir na elaboração das propostas. É o que se lê do art. 7º, §2º, inciso II da referida norma:

“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 seqüência:

(...)

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

(...)

II - existir orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os seus custos unitários;

Bem por isso, conforme o comentário de Marçal Justen Filho:

“A obrigatoriedade da formulação de estimativas quanto aos custos necessários à execução do objeto destina-se a satisfazer várias finalidades.

Em primeiro lugar, trata-se de assegurar a seriedade do planejamento administrativo. Se a Administração desconhecer os custos, é inviável determinar a existência de recursos orçamentários, a modalidade cabível de licitação, o prazo necessário para executar o objeto, e assim por diante.

*Depois, **a Administração não disporá de condições para avaliar a seriedade das propostas apresentadas. Será inviável identificar as ofertas despropositadas e***

destituídas de consciência. A Administração correrá o risco de contratar com um licitante destituído das condições mínimas de executar o objeto.

Ainda sob o prisma da avaliação das propostas, a existência de uma planilha de custos – a qual deverá balizar a proposta apresentada pelo licitante – permite à Administração identificar os próprios equívocos. [...]

Enfim, a planilha permite à Administração controlar a execução do contrato, ainda que, como é evidente, tal função envolverá também a planilha que acompanhou a proposta do licitante.” (Grifamos).

Tal medida, além de prejudicar a vantajosidade das propostas, acabaria por afetar também o caráter competitivo do certame. Isto porque, como se sabe, o caráter competitivo da licitação depende da participação do maior número possível de licitantes e, para tanto, não deve o ato convocatório prever condições de participação excessivamente restritivas, conforme expressamente determina o art. 3º da Lei Federal n.º 8.666/93.

Assim, em que pese o estabelecimento das especificações dos serviços que se pretende contratar seja decisão discricionária da Administração Pública, por força do princípio da legalidade, esta deve pautar suas decisões pelos princípios que orientam o procedimento, expressamente previstos na legislação em vigor, e principalmente, pelo interesse público que se pretende atingir com aquele ato.

IV. Do Pedido

Ante todo o exposto, a TIM requer o integral provimento da presente impugnação para que seja revista a modelagem do objeto do Pregão Eletrônico PE.PPSA. 104/2018, determinando-se a realização dos pertinentes ajustes no Edital com a sua subsequente retificação e republicação, de acordo com a regulamentação vigente.

Termos em que,
pede deferimento.

RESPOSTA DA PPSA

PARA: TIM S.A.

CNPJ sob o Nº 02.421.421/0001-11

Rio de Janeiro, 10 de maio de 2018

Prezados Senhores,

1. Acusamos o recebimento da Impugnação interposta por V. Sas. ao certame identificado em epígrafe às 16:22 (HH:MM) do dia 09/05/2018, portanto tempestivamente, e, pela presente, apresentamos a nossa resposta, segundo o que adiante se expõe.

2. Em síntese, V. Sas. argumentam a necessidade de revogação do presente certame, considerando a existência de vícios e ilegalidades, conforme se segue:

2.1 O instrumento convocatório em seu Anexo I, Termo de Referência, item V prevê: Em caso de indisponibilidade do serviço de acesso, deverá ser enviada automaticamente mensagem SMS para pelo menos dois números de telefone celular a serem informados pela Pré-sal Petróleo.

Compreendemos a preocupação da PPSA de garantir a alta disponibilidade dos serviços solicitados, contudo, informamos que o serviço de gerência, no que se refere à abertura de chamados de forma proativa, se delimita a eventos de indisponibilidade do serviço, na forma solicitada pelo Cliente. Ao solicitar abertura de chamados de forma proativa para eventos de indisponibilidades do serviço, a Contratante estará fazendo exigências excessivas e tal exigência onera desnecessariamente o projeto visto que para atender tal critério será necessário elaborar soluções customizadas, tais soluções reduzem drasticamente a competitividade.

Ao contrário da afirmação da Impugnante, não entendemos que um serviço de envio de SMS de alerta onere o valor final da proposta, portanto, o monitoramento pró-ativo deve constar no valor final da proposta. A impugnante alega que trata-se de solução customizada que aumentaria o valor e contribuiria para a falta de competitividade, porém, foi verificado pela PPSA que a sua solicitação é prática comum no mercado. Esse serviço é essencial para a equipe de TI que precisará ser acionada para uma tomada de ação.

2.2 Sobre o prazo de instalação e disponibilidade plena dos serviços nos ditames do item 14.1 do Anexo I, Termo de Referência, do Edital, o qual estabelece o prazo de instalação e disponibilidade plena dos serviços em 20 dias contados a partir da assinatura do contrato, faz-se necessário o aumento do prazo de ativação especificado no edital de forma a garantir a perfeita execução dos serviços em prazo exequível e de acordo com os níveis de qualidade exigidos.

Entendemos ser incoerente uma possível elasticidade com relação ao prazo de instalação, tendo em vista que o escritório central da PPSA encontra-se localizado numa área com inúmeras empresas que também fazem uso do link de acesso objeto da licitação, e que recentemente passou por revitalização relativa as Olimpíadas de 2016. Identificamos através da pesquisa de mercado, que o prazo pode ser atendido por diversas empresas dando total amplitude ao processo.

2.3 Neste passo, destacamos as condições a respeito da responsabilidade pelos danos causados, elencadas no item 4.1 “F” vejamos: “f) Responsabilizar-se por eventuais indenizações decorrentes de quaisquer danos ou prejuízos causados à Pré-sal Petróleo ou a terceiros, por ação ou omissão própria ou de qualquer de seus empregados ou prepostos.”

Ora, o Estatuto das Licitações Públicas em seu artigo 70, deixa claro por quais danos a Contratada será responsável perante à Contratante, vejamos: “Art. 70. O contratado é responsável pelos danos causados diretamente à Administração ou a terceiros, decorrentes de sua culpa ou dolo na execução do contrato, não excluindo ou reduzindo essa responsabilidade a fiscalização ou o acompanhamento pelo órgão interessado.”

Assim, observa-se que o próprio contrato estabelece em sua Cláusula XIV – Responsabilidade por Danos e Obrigações não cumpridas, item 1, responsabilidade da Contratada por todos e quaisquer danos provocados diretamente à Contratante ou a terceiros, portanto ao estabelecer que a Contratada assumirá o ônus por quaisquer danos, o órgão promotor da licitação faz uma ampliação, não permitida pela norma legal, da aplicação do dispositivo a todos os casos de danos, independentemente, se forem diretamente ou indiretamente causados pelo Administrado. Isso faz com que o Contratado assuma por danos que a lei não o obrigue, sendo certo que para o objeto da licitação não se faz necessário alocação de funcionário da Contratada na Contratante.

Dede a aprovação e publicação do seu Regulamento Interno de Licitações e Contratos a PPSA não se sujeita mais aos ditames da Lei 8.666/1993. Logo, não há que se falar na aplicação do mencionado artigo 70.

Toda a divisão de responsabilidades encontra amparo na matriz de risco do Instrumento convocatório constante do anexo A – Matriz de Riscos - do Anexo I – Termo de Referência - do Edital.

2.4 “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 seqüência:

(...)

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

(...)

II - existir orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os seus custos unitários;

A impugnante, em seu argumento, não observou que a nova lei em vigor sobre licitações, 13.303/2016, em seu Artigo 34 descreve : “**Art. 34.** O valor estimado do contrato a ser celebrado pela empresa pública ou pela sociedade de economia mista será sigiloso, facultando-se à contratante, mediante justificção na fase de preparação prevista no inciso I do art. 51 desta Lei, conferir publicidade ao valor estimado do objeto da licitação, sem prejuízo da divulgação do detalhamento dos quantitativos e das demais informações necessárias para a elaboração das propostas”.

Além disso, a PPSA já tem o seu Regulamento Interno de Licitações em Contrato em vigor desde a sua publicação no DOU em 03.04.18 que em seu Artigo 12 corrobora tal decisão :
“**Art. 12** - O valor estimado do Contrato a ser celebrado pela PPSA será sigiloso até o encerramento da Licitação, facultando-se em situações excepcionais, mediante justificação na Nota Técnica, conferir publicidade previamente, sem prejuízo da divulgação do detalhamento dos quantitativos e das demais informações necessárias para a elaboração das propostas pelos Licitantes”.

3. Assim, entendemos s.m.j., que ante o juízo de conveniência e oportunidade apresentado no Edital, as exigências ao futuro contratado estão devidamente pautadas na razoabilidade, não se configurando em ofensa ao Princípio da Competitividade da participação.

4. Por tudo o que até aqui alegado, é conhecida a Impugnação ao Edital apresentada, posto que presente o interesse, a tempestividade e a legitimidade, **NEGANDO-LHE PROVIMENTO** e mantendo inalteradas as disposições do instrumento convocatório.

Atenciosamente,

Original Assinado por :

Leandro Leme Júnior

Diretor de Administração, Controle e Finanças