



ILMO. SR. PREGOEIRO DO MINISTÉRIO DO TURISMO – MTUR

Ref.: Impugnação aos termos do Edital de Pregão Eletrônico n.º 03/2012

Oi S/A, nova razão social da **Brasil Telecom S/A**, sociedade anônima, com sede na Cidade do Rio de Janeiro, Estado do Rio de Janeiro, na Rua General Polidoro, 99, 5º andar, parte, Bairro Botafogo, inscrita no CNPJ/MF sob o nº 76.535.764/0001-43, vem, por seu representante legal, com fulcro no art. 18 do Decreto n.º 5.450/2005, apresentar **Impugnação** aos termos do Edital em referência, pelas razões a seguir expostas:

Razões de Impugnação

A União, por intermédio do Ministério do Turismo instaurou procedimento licitatório na modalidade Pregão, na forma eletrônica, do tipo menor preço global, sob o n.º 03/2012 para contratação de "Provedor de Serviços de Datacenter" para fornecimento de infraestrutura de Tecnologia da Informação e Comunicação – TIC, com provimento de: equipamentos, softwares, recursos de comunicação de dados, gerenciamento, segurança, suporte técnico e hospedagem nas modalidades de Hosting e Colocation Gerenciado, para execução dos aplicativos de missão crítica do Ministério do Turismo (MTur), e da Embratur - Instituto Brasileiro do Turismo. Os ambientes tecnológicos do MTur e da Embratur manterão separação física e/ou lógica, conforme condições, quantidades e exigências estabelecidas no Edital e seus Anexos.



Contudo, a Oi tem este seu intento frustrado perante as imperfeições do Edital, contra as quais se investe, justificando-se tal procedimento ante as dificuldades observadas para participar de forma competitiva do certame.

Saliente-se que o objetivo da Administração Pública ao iniciar um processo licitatório é exatamente obter proposta mais vantajosa para contratação de bem ou serviço que lhe seja necessário, observados os termos da legislação aplicável, inclusive quanto à promoção da máxima competitividade possível entre os interessados.

Entretanto, com a manutenção das referidas exigências, a competitividade pretendida e a melhor contratação almejada, poderão restar comprometidos o que não se espera, motivo pelo qual a Oi impugna os termos do Edital e seus anexos, o que o faz por meio da presente manifestação.

ALTERAÇÕES A SEREM FEITAS NO EDITAL E NOS ANEXOS

1. EXIGÊNCIA DE DECLARAÇÃO DE INEXISTÊNCIA DE FATO SUPERVENIENTE IMPEDITIVO DE HABILITAÇÃO

O **Item 10.5 Alínea “d” do Edital** estabelece como requisito para a participação no pregão manifestar em campo próprio que cumpre plenamente os requisitos de habilitação e preencher declaração de “Inexistência de fato impeditivo”.

Todavia, a exigência de o licitante declarar a inexistência de fato superveniente impeditivo de sua habilitação não tem respaldo na Lei.

Inicialmente, cumpre trazer à colação o § 2º do art. 32 da Lei n.º 8.666/93, *in verbis*:

“Art. 32. Os documentos necessários à habilitação poderão ser apresentados em original, por qualquer processo de cópia autenticada por cartório competente ou por servidor da administração ou publicação em órgão da imprensa oficial.

(...)

§ 2º O certificado de registro cadastral a que se refere o § 1º do art. 36 substitui os documentos enumerados nos arts. 28 a 31, quanto às informações disponibilizadas em sistema informatizado de consulta direta indicado no edital, **obrigando-se a parte a declarar, sob as penalidades legais, a superveniência de fato impeditivo da habilitação.**” (grifo nosso)



Com efeito, nos termos do §2º do art. 32 da Lei n.º 8.666/93, é possível concluir a obrigatoriedade da parte declarar a superveniência de fato impeditivo. Em momento algum a Lei de Licitações exigiu ou autorizou o dever de declarar a ausência de fato impeditivo.

Os arts. 34 e seguintes da Lei de Licitações permitem que os órgãos e entidades da Administração Pública que realizem freqüentemente licitações mantenham registros cadastrais para efeito de habilitação, na forma regulamentar, válidos por, no máximo, um ano.

Por sua vez, cabe aos inscritos nos cadastros atualizarem permanentemente o registro (art. 36, § 1º).

Ora, se o licitante apresenta todos os documentos e tem seu cadastramento em perfeita ordem, não há sentido em reafirmar, por declaração, que tem as condições para a habilitação.

Portanto, não se pode inabilitar determinado licitante pela ausência de declaração de inexistência de fato superveniente impeditivo de sua habilitação, posto que tal exigência, além de não ter amparo legal, não faz qualquer sentido lógico.

Como se sabe, a Contratada está obrigada a manter durante toda a execução do contrato, em compatibilidade com as obrigações por ele assumidas, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação, consoante o inciso XIII do art. 55 da Lei 8.666/93.

Assim, caso ocorra fato superveniente à contratação que impeça a sua habilitação, tal fato deverá imediatamente ser declarado à Administração.

Sendo assim, a Oi requer a V. S. a exclusão do **Item 10.5 Alínea “d” do Edital** ou suas adequações aos termos do parágrafo 2.º, artigo 32 da Lei n.º 8666/93.

2. DAS ESPECIFICAÇÕES TÉCNICAS

Da análise das especificações técnicas, sobrevieram imperfeições que incidirão diretamente na execução do contrato. Há também a necessidade de flexibilização de algumas exigências para que se possa atingir o melhor preço da proposta, beneficiando a Administração Pública com a prestação de serviços de qualidade com preços mais módicos.

I. PREVISÃO DE EXIGÊNCIAS RESTRITIVAS À PARTICIPAÇÃO DAS LICITANTESA Lei de Licitações reprovava a adoção de cláusulas discriminatórias fundadas em critérios não pertinentes ou não relevantes para o objeto da contratação, como se vê do inciso I do § 1º do art. 3º:

“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.

§ 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;" (grifo nosso)

Da leitura do referido dispositivo legal, verifica-se que ao invés de declarar a invalidade de determinada espécie de cláusulas, a Lei de Licitações emite proibição dirigida aos responsáveis pela elaboração do ato convocatório, na tentativa de evitar a concretização do vício, antes que de reprimir, em momento posterior, a sua ocorrência.

Assim, a regra aplica-se à elaboração dos atos de convocação de licitação. Seus destinatários são os titulares da atribuição de elaborar, aprovar, ratificar ou homologar os atos convocatórios.

A Administração Pública, em qualquer licitação, tem o direito de se assegurar da idoneidade, da capacidade operacional e da regularidade relativa à constituição das pessoas jurídicas candidatas. O estabelecimento de exigências que visam à comprovação dessas condições situa-se na margem de discricionariedade deferida ao agente do Poder Público. No entanto, tais exigências não podem ultrapassar os limites legais concernentes a essa comprovação.

Nesse sentido é o entendimento de Marçal Justen Filho a respeito do tema:

“O dispositivo não significa, porém, a vedação a cláusulas restritivas da participação. Não impede a previsão de exigências rigorosas, nem impossibilita exigências que apenas possam ser cumpridas por pessoas específicas. O que se veda é a adoção da exigência desnecessária ou inadequada, cuja previsão seja orientada não a selecionar a proposta mais vantajosa, mas a beneficiar alguns particulares. Se a restrição for necessária para atender ao interesse coletivo, nenhuma irregularidade



existirá em sua previsão. A invalidade não reside na restrição em si mesma, mas na incompatibilidade dessa restrição com o objeto da licitação.”¹

Com efeito, a incompatibilidade poderá derivar de a restrição ser excessiva ou desproporcionada às necessidades da Administração. Poderá, também, decorrer da inadequação entre a exigência e as necessidades da Administração.

O Edital tem que estabelecer as regras necessárias para a seleção da proposta mais vantajosa. Respeitadas as exigências necessárias para a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração, deverão ser invalidadas todas as cláusulas que, ainda indiretamente, prejudiquem o caráter competitivo da licitação.

Portanto, a previsão de exigência no Edital que não tenha pertinência e relevância para a seleção da proposta mais vantajosa é discriminatória e deve ser excluída.

Esse também é o entendimento do Tribunal de Contas da União, manifestado no Acórdão n.º 1312/2008 (Plenário):

“Abstenha-se de incluir em instrumentos convocatórios exigências não justificadas que restrinjam o caráter competitivo das licitações, em observância ao art. 37, inciso XX I, da Constituição Federal e em atendimento aos dispositivos legais que vedam cláusulas editalícias restritivas da competitividade, em especial o art. 3o, § 1o, inciso I, o art. 30, § 1o, inciso I, e § 5o, da Lei no 8.666/1993.”

Os serviços de telecomunicações, objeto ora licitado, são regulados pela Lei Geral de Telecomunicações (Lei 9.472, de 16 de julho de 1997), a qual dispõe em seu artigo 6º o seguinte:

“Art. 6º Os serviços de telecomunicações serão organizados com base no **princípio da livre ampla e justa competição entre todas as prestadoras, devendo, o Poder Público atuar para propiciá-la**, bem como para corrigir os efeitos da competição imperfeita e reprimir as infrações da ordem econômica.” (grifo nosso)

Especialmente quanto ao setor de telecomunicações, não há uma ampla gama de opções, o que impede a inclusão de qualquer tipo de condição que impeça ou dificulte a participação das operadoras em procedimentos licitatórios, sob pena de efetiva redução na competição.

¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 14. Ed. São Paulo: Editora Dialética, 2010, p. 83.



Ratificando o dever do poder público de ampliar a competição entre as Operadoras, com padrões de qualidade compatíveis com as exigências dos usuários, o art. 2º, inciso III, da LGT assim determina:

“Art. 2º O Poder Público tem o dever de:

(...)

III - adotar medidas que **promovam a competição e a diversidade dos serviços**, incrementem sua oferta e propiciem padrões de qualidade compatíveis com a exigência dos usuários;” (grifo nosso)

No presente caso, as exigências impostas no encarte nº 10 – Do Modelo de Atestado de Capacidade Técnica, qual seja, **exigência e indicação de configurações dos equipamentos**, não é RAZOALVEL, tendo em vista que este não é o produto fim de certificação da qualidade do serviço prestado, e sim o meio. A configuração exigida pode e deverá ser adquirida em qualquer outro equipamento existente no mercado podendo ser até mesmo superior ao exigido no edital.

Assim, demonstra-se que as exigências no encarte nº 10 do Edital são medidas extremamente restritivas à participação de interessados, cuja consequência direta será reduzir a participação das empresas que possuem interesse em participar do presente certame.

A prevalecer tais exigências, restará frustrada a contratação pretendida e, conseqüentemente, não será garantida a contratação mais vantajosa para a Administração, razão pela qual requer sejam excluídas a exigências impostas no referido item.

II. FIXAÇÃO DE PRAZO INSUFICIENTE PARA A IMPLANTAÇÃO DOS SERVIÇOS

No Anexo I, item 06 – Etapas de prestação de serviço - nota-se que a disponibilização/instalação de toda a infraestrutura de Datacenter pela Contratada será em até 30 dias após a assinatura do contrato.

No entanto, tendo em vista a complexidade do objeto licitado, por razões de ordem técnica e operacional, entende-se que o prazo acima citado não é suficiente para que a Contratada providencie a implantação do serviço.

Devido a grande infraestrutura, a magnitude e complexidade do projeto que terá que ser feito para atendimento do serviço ora licitado, solicitamos um prazo de 120 (cento e vinte) dias para



uma melhor implantação do referido projeto de forma atender todos os requisitos exigidos no Edital.

Caso a exigência supra não seja alterada, corre-se o risco de a Contratada não conseguir cumprir o determinado no Edital, estando sujeita à aplicação de penalidades, bem como até mesmo à rescisão do contrato.

É imperioso ressaltar a necessidade de os gestores públicos atuarem com eficiência, o que não se verificará caso mantida a exigência acima, pois não será alcançado o objetivo principal deste certame, que é a implantação do referido projeto de forma atender todos os requisitos exigidos no Edital.

Portanto, tendo em vista que o prazo para a instalação e ativação do serviço é demasiadamente exíguo, requer a adequação do item passando o prazo de instalação dos serviços para 120 (cento e vinte) dias, no intuito de atender todos os requisitos exigidos no Edital.

PEDIDO

Para garantir o atendimento aos princípios norteadores dos procedimentos licitatórios, a "Oi" solicita, com o devido respeito, que Vossa Senhoria julgue motivadamente e no prazo de 24 horas a presente Impugnação, acolhendo-a e promovendo as alterações necessárias nos termos do Edital e seus anexos, sua conseqüente republicação e suspensão da data de realização do certame.

Brasília/DF 25 de julho de 2012.

Kelly Gomes Pereira
Executiva de Negócios Nacional - Governo Federal
Diretoria de Mercado - Corporativo
Oi Móvel: 61 8532-6166
Oi Fixo: 61 3131-3120
e-mail: kelly.pereira@oi.net.br