

Ilma. Sr<sup>a</sup>.

Pregoeira do Instituto Federal de Sergipe – IFS

Sr<sup>a</sup> Andreia dos Santos Almeida

**REF PREGÃO ELETRÔNICO SRP Nº 19/2018**

Digníssima Sr<sup>a</sup>. Pregoeira,

DATACOM BANDA LARGA (EDUARDO HENRIQUE FIGUEIRA CLEMENTE ME), CNPJ 21.602.295/0001-46, estabelecida à Rua Capela, 17, Bairro Xingó, Piranhas/AL, CEP 57.460-000, endereço de correio eletrônico victor@datacom.inf.br, no interesse de participar do pregão em epígrafe vem oferecer a presente:

### **IMPUGNAÇÃO AO EDITAL**

#### **TEMPESTIVIDADE**

1. Inicialmente, comprova-se a tempestividade desta impugnação, dado que a sessão pública está prevista para 10/12/2018, tendo sido, portanto, cumprido o prazo pretérito de 2 (dois) dias úteis previsto no artigo 41, §2.º da lei 8666/1993 e artigo 18 do Decreto Federal n.º 5450/2005 que permite ser a impugnação apresentada até o dia 06/12/2018.

2. Cumpre destacar que o objeto, segundo o Edital é

*“o registro de preços para eventual contratação de empresa especializada em Links dedicados de Internet, detentora de outorga da ANATEL, para prestação de serviços continuados de comunicação de dados com o objetivo de atender as necessidades do Instituto Federal de Sergipe, conforme condições, quantidades e exigências estabelecidas neste Edital e seus anexos.”*

3. Da leitura do Edital colhem-se exigências comprometendo a apresentação de propostas competitivas de forma a atender às necessidades da Administração, conforme será demonstrado a seguir.

## Razões da Impugnação

### I – Prazo instalação Insuficiente

O Edital estabelece em seu item 3.1 um prazo de 60 dias para a instalação dos serviços:

“3. ENTREGA E CRITÉRIOS DE ACEITAÇÃO DO OBJETO

3.1. O prazo de entrega do serviço é de 60 (sessenta) dias, contados da assinatura da ordem de serviços, seguindo às boas práticas de gestão de contratos da IN Nº 04/2017.” (grifo nosso)

Porém este prazo é absolutamente inexecutável para qualquer fornecedor de serviços, exceto para o atual prestador de serviços que já possui a infraestrutura necessária devidamente instalada. O prazo usual de mercado para a instalação de serviços de telecomunicações é de 120 (cento e vinte) dias, configurando tal exigência uma clara limitação do carácter competitivo do certame, em flagrante ofensa ao artigo 3º, §1º, inciso I, da Lei 8.666/93, *in verbis*:

**“É vedado aos agente públicos:**

**I – Admitir, prever incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu carácter competitivo 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.” (grifos nossos)**

O princípio da competitividade é considerado pela doutrina, como um dos princípios cardeais da licitação, tanto que se existirem conluios ou de qualquer forma faltar a competição, o instituto da licitação é inexistente.

Ao estabelecer exigência desnecessária e irrazoável, a Administração Pública está, automaticamente, sem nenhuma justificativa, prejudicando-se ao diminuir potenciais licitantes e, portanto, insurgindo-se contra um dos principais princípios que regem a lei das licitações: o princípio da competitividade, restringindo o carácter competitivo do certame com o favorecimento acintoso do atual fornecedor dos serviços.

Tal atitude é ilegal, cabendo inclusive aplicação de multa à comissão de licitação por tal prática, com jurisprudência já firmada pelo Tribunal de Contas da União:

*“(…) 9. Postos esses fatos, em especial os que demonstram possibilidade de direcionamento da concorrência em tela, é de reconhecer o fumus boni iuris nas ponderações apresentadas pela Unidade Técnica. De notar que o prosseguimento do certame poderá causar prejuízos ao Erário, haja visto que, em princípio, o edital não observa os princípios da seleção da proposta mais vantajosa para a Administração e da isonomia entre os licitantes, uma vez que há indícios de favorecimento à empresa Polítec Ltda. Ressalta-se, adicionalmente, o elevado valor envolvido – cerca de R\$ 8.670.000,00 ( oito milhões, seiscentos e setenta mil reais).” ( Decisão 819/2000 – Plenário) “Assim, em suma, observamos que não foram suficientemente ilididos os questionamentos em tela, podendo-se concluir pela responsabilidade da presidente (como de todos os membros) da CLP, por agir de forma ao menos omissiva, permitindo que houvesse o direcionamento, os sobrepreços e o favorecimento*

*questionados. Por isso, sujeita-se a responsável à multa prevista no art. 43, parágrafo único, da Lei nº 8.443/92, na proporção, opinamos, de 15% ( RI-TCU, art. 220, inc. III).” (ACÓRDÃO Nº 105/2000 – TCU – Plenário AC-0105-20/00-P) “ (grifos nossos).*

Portanto, tendo em vista que o prazo para o início da prestação dos serviços é exíguo, requeremos a sua adequação para prazos um prazo razoável não inferior a 120 dias.

## II – Exigência de Qualificação Técnica Acima do Permitido

O item 9.7.2.1 apresenta como requisito de habilitação técnica a seguinte exigência:  
*“9.7.2.1. Os atestados deverão comprovar o fornecimento dos links de internet de **no mínimo de 150Mbps.**” (grifo nosso)*

Reforçado pela mesma exigência contida no item 6.4.3 do Termo de Referência:  
*6.4.3. Disponibilizar atestado de capacidade técnica sobre o fornecimento dos links de internet em, no mínimo, **150Mbps.**” (grifo nosso).*

Ocorre que tal exigência não guarda qualquer relação de proporcionalidade com o objeto sendo licitado, qual seja:

*“4.2.1. Consiste no fornecimento de acesso à internet com velocidade mínima de **120 Mbps** (com possibilidade de expansão), com roteamento do protocolo BGP configurado como Autonomous System (AS);  
4.3.1. Consiste no fornecimento de acesso à internet com velocidade mínima de **50 Mbps** (com possibilidade de expansão);” (grifos nosso)*

Como observa-se, a Administração Pública pretende contratar links de Internet com velocidade máxima de 120 Mbps (e não Mbs).

A lei governante do processo licitatório é a Lei 8.666/93, que nos ensina, em seu artigo 30:

*“Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a:  
I - registro ou inscrição na entidade profissional competente;  
II - comprovação de aptidão para desempenho de **atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação**, e indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos;” (grifo nosso)*

Exigir a comprovação de prestação de serviços de links de Internet com velocidade bem maior do que a licitada, corresponde a pratica abusiva e nem de longe pode se enquadrar em aptidão compatível com o que está sendo licitado, é como se a Administração estivesse comprando pick-ups leves e exigisse que o fornecedor tenha vendido caminhões.

Tal exigência não pode prosperar, pois vai de encontro aos princípios regedores do procedimento licitatório, em especial o da legalidade e da isonomia, como passaremos a expor.

A exigência de qualificação técnica, à luz do que dispõe o artigo 37, XII da CR/88, deverá ser sopesada pelo Administrador, de forma a evitar exigências descabidas em processos licitatórios em proveito direto da ampliação do número de pretendentes participantes do certame licitatório. Isto, via de consequência, garantirá a maior concorrência, gerará maior número de propostas e possibilitará a obtenção do melhor preço pretendido pela Administração.

Por sua vez, o dispositivo específico quanto à qualificação técnico-operacional da empresa participante (art. 30, inciso II, Lei nº 8.666/1993) limita-se a exigir documentação simples que garanta a comprovação da necessária experiência anterior na execução de serviços similares ao objeto licitado. Qualquer exigência que ultrapasse a disposição legal, aumentará o rigor na habilitação técnica das empresas e, conseqüentemente, restringirá a participação ao pregão. A restrição ao caráter competitivo do certame ocasiona também um desrespeito ao tratamento isonômico entre os participantes, dois princípios que devem ser seguidos em essência no processo licitatório, sob pena de sua nulidade de pleno direito. (artigo 30, Lei nº 8.666/1993 e artigo 50, Decreto nº 5.450/2005)

12.5 No mesmo artigo 30, em seu § 10, inciso I, da Lei n.º 8.666/93:

*"Art. 30 (...)*

*§ 10 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 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;"*

Portanto, a regra é exigir tão somente aquilo que consta na Seção II do Capítulo II da Lei nº 8.666/93.

Exigências técnicas desproporcionais acabam por se constituir em prática discriminatória e limitam a competitividade, o TCU, em decisões Plenárias, já assentou entendimentos que se encaixam como luva no caso em questão:

***Acórdão 2476/2008 Plenário (Sumário)***

*"As exigências quanto às especificações técnicas de determinado produto a ser adquirido devem ser somente aquelas indispensáveis ao atendimento das necessidades específicas da administração em termos de desempenho, durabilidade, funcionalidade e segurança." (grifo nosso).*

***Acórdão 481/2007 Plenário***

*"Zeie para que seus editais obedeçam ao disposto no art. 7º, § 5º, da Lei nº 8.666/1993, no sentido de que não haja restrição à competitividade ou direcionamento de licitação resultante de indevida preferência por marca específica de equipamento de informática, ou pela inserção, no instrumento convocatório, de características atípicas desses equipamentos, em ambos os casos sem justificativa técnica." (grifo nosso)*

O artigo 37, inciso XXI da CR/88 determina que os procedimentos licitatórios deverão permitir somente "as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações."

Nesse sentido, MARÇAL JUSTEN FILHO, em sua obra Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos (12ª ed., São Paulo/SP: Dialética, 2008, p.431) ressalta:

*"Vale insistir acerca da inconstitucionalidade de exigências excessivas, no tocante à qualificação técnica (...) Essa competência discricionária não pode ser utilizada para frustrar a vontade constitucional de garantir o mais amplo acesso de licitantes, tal como já exposto acima. A Administração apenas está autorizada a estabelecer exigências aptas a evidenciar a execução anterior de objeto similar. Vale dizer, sequer se autoriza a exigência de objeto idêntico".*

DORA MARIA DE OLIVEIRA RAMOS (Temas Polêmicos sobre Licitações e Contratos, Malheiros, 4ª ed., 2000, p.139), complementa ao anotar que "não pode a Administração, em nenhuma hipótese, fazer exigências que frustrem o caráter competitivo do certame. Assim, se a fixação de quantitativos em parâmetros de tal forma elevados reduzir drasticamente o universo de licitantes, dirigindo a licitação a um único participante ou a um universo extremamente reduzido deles, ilegal será a exigência, por violação ao art. 3º, §1º, I, da Lei nº 8.666/93."

Foi tendo este raciocínio em mente que o Colendo Tribunal de Contas da União sumulou neste ano a limitação quanto à exigência de quantitativos mínimos em licitações. Eis o teor de sua Súmula 263, publicada no DOU em 21/01/2011:

*"Para a comprovação da capacidade técnico-operacional das licitantes, e desde que limitada, simultaneamente, às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto a ser contratado, é legal a exigência de comprovação da execução de quantitativos mínimos em obras ou serviços com características semelhantes, devendo essa exigência guardar proporção com a dimensão e a complexidade do objeto a ser executado".*

Ocorre que, em alguns casos, a Administração tem extrapolado a interpretação sumular, adotando exigências de quantitativos mínimos sem os cuidados devidos e, com isso, incorrendo em limitação ao caráter competitivo do certame.

De fato, o TCU já anotou, por diversas ocasiões, qual é o limite entre o resguardo da Administração em comprovar a capacidade da licitante em executar os serviços licitados e o respeito ao essencial princípio da legalidade e da manutenção do caráter competitivo do certame.

Assim, ao longo dos anos, o Máximo Órgão Fiscalizador das Contas Públicas consolidou sua jurisprudência no sentido de que não é possível que o Instrumento Convocatório exija percentuais mínimos **acima dos 50% (cinquenta por cento)** do que será executado na obra ou serviço. Transcrevemos:

*9.1.2.1.2. em relação à fixação dos quantitativos mínimos já executados, não estabeleça percentuais mínimos acima de 50% dos quantitativos dos itens de maior relevância da obra ou serviço, salvo em casos excepcionais, cujas justificativa para tal extrapolação deverão estar tecnicamente explicitadas, ou no processo licitatório, previamente ao lançamento do respectivo edital, ou no próprio edital e seus anexos, em observância ao inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal; inciso I do §10 do art. 30 e inciso II do art. 30 da Lei 8.666/93. (Acórdão nº 1.284/2003 - Plenário, Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, publicado no DOU de 15/09/2003)*

E mais:

*“é desarrazoada, como forma de comprovação da qualificação técnica dos licitantes, a exigência em edital de **percentuais mínimos superiores a 50% dos quantitativos dos itens de maior relevância da obra ou serviço (...)**” (Acórdão nº 2.383/2007 - Plenário, Rel. Min. Benjamin Zymler, publicado no DOU de 20/11/2007).*

Esta é a posição reiterada e consolidada pelo TCU. Para tanto, transcrevemos decisão atualizada:

*“No que tange à exigência de exagerado quantitativo de unidades habitacionais anteriormente construídas, sabe-se que não é um critério relevante para se aferir a capacidade técnica de execução do objeto licitado, sobretudo porque os itens licitados não exigiam o domínio de técnica de engenharia complexa ou diferenciada.*

*A jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de que as exigências de atestados de capacidade técnico-operacional devem se limitar aos mínimos que garantam a qualificação técnica das empresas para a execução do empreendimento, de acordo com o disposto no art. 37 da Constituição Federal e o art. 3º da Lei nº 8.666/1993.*

*Nesse diapasão, o TCU não tem aceitado que se estabeleçam exigências excessivas, que possam restringir indevidamente a competitividade dos certames, a exemplo da comprovação de experiência em percentual superior a 50% (cinquenta por cento) dos quantitativos a executar” (Acórdãos nº.s 1.284/2003; 2.088/2004; 2.656/2007; 608/2008; 2.215/2008 e 2.147/2009, todos do Plenário).*  
*(Acórdão nº 1.432/2008 - Plenário, Rel. Min. Valmir Campelo, publicado no DOU de 30/06/2010)*

No Acórdão nº 1390/2010 (publicado no DOU em 16/06/2010), o Ministro Relator, Aroldo Cedraz, afirmou não ter dúvidas quanto à ausência de razoabilidade das exigências de comprovação de capacidade técnico-operacional com quantitativos mínimos. Na oportunidade, referiu-se ao Acórdão nº 2.215/2008-Plenário, em que restou consignada determinação limitando *“as exigências de capacidade técnico-operacional aos mínimos necessários que garantam a qualificação técnica das empresas para a execução de cada contrato do empreendimento,*

devendo [a unidade jurisdicionada] abster-se de estabelecer exigências excessivas, que possam restringir indevidamente a competitividade dos certames, a exemplo da comprovação de experiência em percentual superior a 50% (cinquenta por cento) dos quantitativos a executar". Ao final, o relator propôs a aplicação de multa aos responsáveis, no que foi acompanhado pelos demais ministros. Naquela ocasião, citou-se, ainda, os precedentes jurisprudenciais: Acórdãos nº 1.284/2003, 2.088/2004, 2.656/2007 e 2.215/2008, todos do Plenário.

Consolidado, portanto, que é vedado à Administração estabelecer exigência para fim de qualificação técnico-operacional da comprovação de experiência em percentual superior a cinquenta por cento dos quantitativos a executar. Assim, deverá ser excluído do instrumento convocatório os itens 9.7.2.1 e 6.4.3, por afrontarem diretamente o caráter competitivo do certame, traduzido nos princípios essenciais da isonomia e da legalidade.

## II – Adesão à Ata de registro de Preços

O item 3.1 do Edital veda a adesão à Ata de Registro de preços:

*"3.1. Não será admitida a adesão à ata de registro de preços decorrente desta licitação"*

O Edital lista, restritivamente, os órgãos participantes do registro de preços em seu item de número 2 e a seguir transcrito:

**"2. DO ÓRGÃO GERENCIADOR E ÓRGÃOS PARTICIPANTES**

2.1. O órgão gerenciador será o Instituto Federal de Sergipe – Reitoria (UASG 158134).

2.2. São participantes os seguintes órgãos:

2.2.1. Instituto Federal de Sergipe – Campus Aracaju (UASG 158393);

2.2.2. Instituto Federal de Sergipe – Campus São Cristóvão (UASG 158392);

2.2.3. Instituto Federal de Sergipe – Campus Lagarto (UASG 158394);

2.2.4. Instituto Federal de Sergipe – Campus Estância (UASG 152426);

2.2.5. Instituto Federal de Sergipe – Campus Itabaiana (UASG 152430);

2.2.6. Instituto Federal de Sergipe – Campus Propriá (UASG 154681);

2.2.7. Instituto Federal de Sergipe – Campus Tobias Barreto (UASG 154679);

2.2.8. Instituto Federal de Sergipe – Campus Glória (UASG 152420);

2.2.9. Instituto Federal de Sergipe – Campus Socorro (UASG 154680);

2.2.10. Instituto Federal de Sergipe – Campus Poço Redondo (UASG 154626);"

E o item 1.5 do termo de Referência, quais são os serviços contratados:

*"1.5. Os serviços serão executados no Instituto Federal de Sergipe nos seguintes endereços:"*

GRUPO	ITEM	DESCRIÇÃO
01	01	Acesso de Internet com Link Dedicado- DATACENTER DTIA Campus Aracaju
	02	Acesso de Internet com Link Dedicado- Campus São Cristóvão
	03	Acesso de Internet com Link Dedicado- Campus Lagarto
	04	Acesso de Internet com Link Dedicado- Campus Estância
	05	Acesso de Internet com Link Dedicado- Campus Itabaiana

06	Acesso de Internet com Link Dedicado- Campus Propriá
07	Acesso de Internet com Link Dedicado- Campus Tobias Barreto
08	Acesso de Internet com Link Dedicado - Campus Glória
09	Acesso de Internet com Link Dedicado - Reitoria (Sede)
10	Acesso de Internet com Link Dedicado - Centro de Pós-Graduação
11	Acesso de Internet com Link Dedicado- Campus Socorro
12	Acesso de Internet com Link Dedicado- Campus Poço Redondo

adesão: Por outro lado o item 1.6 do Termo de Referência estabelece como necessária a

*"1.6. Nos termos da legislação, poderão ser feitos aditivos ou adesão para atendimento de novos campi ou de Núcleos Avançados do Instituto Federal de Sergipe, sendo considerado para este fim o item referente à localidade mais próxima dos novos campi ou núcleos avançados sempre que houver disponibilidade técnica da operadora CONTRATADA."*

Falta clareza e coerência ao Edital quando a Administração impõe condição restritiva da utilização da Ata de Registro de Preços e em seguida se contrapõe ao estabelecido permitindo uma conduta diferente. Obviamente, novamente, faltou clareza ao edital.

O IFS cita "nos termos da legislação" como justificativa para a adesão de novos campi ou de Núcleos Avançados do Instituto Federal de Sergipe, porém. O procedimento e Registro de Preços, que é regulamentado pelo Decreto Federal 7.892, de 23 de janeiro de 2013 que em seus artigos estabelece:

*"Art. 9º O edital de licitação para registro de preços observará o disposto nas Leis nº 8.666, de 1993, e nº 10.520, de 2002, e contemplará, no mínimo:*

*...  
II - estimativa de quantidades a serem adquiridas pelo órgão gerenciador e órgãos participantes;*

*...  
Art. 12. O prazo de validade da ata de registro de preços não será superior a doze meses, incluídas eventuais prorrogações, conforme o inciso III do § 3º do art. 15 da Lei nº 8.666, de 1993.*

*§ 1º É vedado efetuar acréscimos nos quantitativos fixados pela ata de registro de preços, inclusive o acréscimo de que trata o § 1º do art. 65 da Lei nº 8.666, de 1993.*

*...  
Art. 22. Desde que devidamente justificada a vantagem, a ata de registro de preços, durante sua vigência, poderá ser utilizada por qualquer órgão ou entidade da administração pública federal que não tenha participado do certame licitatório, mediante anuência do órgão gerenciador.*

*§ 1º Os órgãos e entidades que não participaram do registro de preços, quando desejarem fazer uso da ata de registro de preços, deverão consultar o órgão gerenciador da ata para manifestação sobre a possibilidade de adesão." (grifos nossos)*



Se depreende destes dispositivos em contraponto ao estabelecido no Edital:

- a) A Administração deve estimar as quantidades a serem adquiridas, não podendo alterar estes quantitativos, **limitando a contratação dos participantes do registro de preços às quantidades estimadas.**
- b) As adesões permitidas no item 1.6, dizem respeito à **órgãos não participantes do registro de preços**, pois se estes o fossem, as contratações poderiam ser feitas através de aditivos na forma do §1º do artigo 65 da Lei 8666/93.

Então, pelo confronto do estabelecido no Edital com a legislação em regência, o IFS afronta o princípio constitucional da isonomia e a Lei 8666/93 ao estabelecer em determinado dispositivo a vedação da adesão à Ata de registro de Preços e em outro permiti-la para "novos campi ou de Núcleos Avançados do Instituto Federal de Sergipe".

A Constituição Federal prevê, no seu art. 37, XXI, a contratação de obras, serviços, compras e alienações mediante a observação do princípio da isonomia, assegurando a todos os concorrentes a igualdade de condições. A obrigatoriedade da aplicação do princípio é reiterada no art. 3º da lei 8.666/93:

*"Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do **princípio constitucional da isonomia** e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração 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."*

O princípio da isonomia pode ser considerado como um instrumento regulador das normas, para que todos os destinatários de determinada lei recebam tratamento parificado. A Administração não pode definir tratamentos distintos à possíveis aderentes à Ata de Registro de Preços, privilegiando seus pares. O tratamento deve ser isonômico: ou a Administração veda a adesão a todos, inclusive novas personalidades jurídicas criadas pelo IFS, ou permite à todos.

#### **IV - Garantias À Contratada Em Caso De Inadimplência Da Contratante**

O Item 20.17 do Edital prevê como deverá ser efetuado o cálculo do pagamento quando este for efetuado em atraso pela Contratante:

*"20.17. Nos casos de eventuais atrasos de pagamento, desde que a Contratada não tenha concorrido, de alguma forma, para tanto, fica convencionado que a **taxa de compensação financeira** devida pela Contratante, entre a data do vencimento e o efetivo adimplemento da parcela, é calculada mediante a aplicação da seguinte fórmula:"*

EM =  $I \times N \times VP$ , sendo:

EM = Encargos moratórios;

N = Número de dias entre a data prevista para o pagamento e a do efetivo pagamento;

VP = Valor da parcela a ser paga.

I = Índice de compensação financeira = 0,00016438, assim apurado:

$$I = (TX) \quad I = \frac{(6 / 100)}{365} \quad I = 0,00016438$$

TX = Percentual da taxa anual = 6%

Nesse contexto, cumpre trazer à baila o art. 54 da Lei n.º 8.666/1993, que estabelece a aplicação supletiva dos princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado no âmbito dos contratos administrativos. Adiante, verifica-se que o art. 66 da Lei de Licitações determina que “o contrato deverá ser executado fielmente pelas partes, de acordo com as cláusulas avençadas e as normas desta Lei, respondendo cada uma pelas consequências de sua inexecução total ou parcial”.

Nesse sentido, verifica-se que o eventual descumprimento da obrigação de pagamento da Contratante deverá gerar as devidas consequências. No caso em quadra, caracteriza-se a mora por parte da Contratante. Em assim sendo, deverá ressarcir a Contratada no que tange aos ônus de mora, a saber: **juros moratórios, multa moratória e correção monetária**.

Verifica-se que a necessidade premente de ressarcimento baseia-se no fato de que não pode a Contratada suportar o atraso do pagamento das parcelas sob pena de desequilíbrio da relação contratual. Ademais, a mora da Administração culminada com a não incidência dos encargos devidos gera incondicionalmente o locupletamento sem causa desta.

Por fim, verifica-se que os percentuais referentes à **multa e juros moratórios** devem se dar, respectivamente, à razão de **2% (dois por cento) sobre o valor da fatura e 1% (um por cento) ao mês**. A **correção monetária** deve se operar com base no IGP-DI, índice definido pela FGV. A razão pela fixação de tais parâmetros se dá na prática usual do mercado em geral, incluindo o de telecomunicações. Verifica-se que, impostos valores aquém do exposto, pode-se gerar para a Administração situação de flagrante desequilíbrio, influenciando, em última análise, no equilíbrio econômico-financeiro da Contratada.

Por todo o exposto, faz-se necessária a adequação do instrumento convocatório, para que seja alterado Item 20.17, referente ao atraso no pagamento da parcela contratada por parte do Contratante, de modo a incidir multa de 2% sobre o valor da fatura no mês de atraso, juros de mora na ordem de 1% ao mês e a correção monetária pelo IGP-DI.

## V – Latência impossível de ser determinada

O Termo de Referência, em seu Acordo de Nível de Serviço (ANS ou SLA), define exigências dos tempos para a latência da seguinte forma:

*“4.2.4. A latência é medida entre o Datacenter do Instituto Federal de Sergipe e o backbone da contratada”*

Em física, a latência é uma grandeza medida em unidades de tempo. Em telecomunicações, da ordem de milésimos de segundo (ms). Ela mede o tempo que um pacote dispense para percorrer determinada distância (sair de um ponto A até um ponto B – como por exemplo, do computador do usuário até o sítio do Google) à uma determinada velocidade medida em “x”bps (bytes por segundo, quilobytes por segundo, megabytes por segundo, gigabytes por segundo, etc. Ela expressa portanto uma relação entre distância e velocidade (distância / velocidade).

Como ela expressa a relação entre distância e velocidade, obviamente precisamos destes dois valores para calculá-la.

Observe-se que a equipe técnica do IFS deixou de especificar a distância quando definiu-a como “A latência é medida entre o Datacenter do Instituto Federal de Sergipe e o **backbone da contratada**”. Traduzindo para uma forma mais cotidiana para facilitar o entendimento, um *backbone* (espinha dorsal) é como se fosse a estrada que liga várias cidades, sendo que cada uma destas cidades seriam o que em, telecomunicações chamamos de *hosts* ou mesmo de roteadores. O backbone não é tangível fisicamente, pois a comunicação entre os *hosts* (cidades) se dá ou por cabos de fibra óptica ou por sinais eletromagnéticos. O correto é que a Contratante especifique para quais hosts do backbone será medida a latência, como por exemplo: o roteador de borda da Contratada, o roteador de entrada no backbone, etc.

É impossível especificar a latência se não forem dados os dois pontos entre os quais ela será medida. É como dizer que “a viagem até a BR101 (backbone) dura 20 horas”, mas para qual cidade (roteador) por onde a rodovia passa?

O Termo de Referência precisa ser reformulado para se definir melhor este parâmetro do Nível de Serviço esperado, importantíssimo para garantir a qualidade dos serviços.

## VI – Exigência Onerosa

O Termo de Referência em seu item 4.1.7.3 estabelece:

**“4.1.7.3. Todas as estações utilizadas deverão ser licenciadas na Anatel em nome da Contratada;” (grifo nosso)**

No Brasil a prestação de serviços de telecomunicações é regulada pela ANATEL – Agência Nacional de Telecomunicações, que no artigo 75-A da Resolução nº 73/1998, estabelece que:

**“Art. 75-A. As estações de telecomunicações das redes de suporte à prestação de serviços de interesse restrito que utilizarem exclusivamente equipamentos de radiocomunicação de radiação restrita e/ou meios confinados são dispensadas de licenciamento.” (grifo nosso)**

Ou seja, não são **todas** as estações que devem ser licenciadas. Aquelas que utilizem apenas equipamentos de radiação restrita e/ou meios confinados, como cabos de fibra

óptica ou metálicos, são dispensadas de licenciamento. Ao impor tal descabida exigência, o IFS cria um ônus completamente desproporcional, ilegal e abusivo aos licitantes, indicando senão um desconhecimento técnico do serviço a ser contratado, uma possível intencional limitação da competitividade.

A Administração não pode simplesmente inventar exigências técnicas esdrúxulas injustificadamente. Ela deve consignar expressa e publicamente os motivos dessa exigência e demonstrar, tecnicamente, que os parâmetros fixados são adequados, necessários, suficientes e pertinentes ao objeto licitado:

*Acórdão 1417/2008 Plenário*

***“Consigne expressa e publicamente, ao inserir nos editais de licitação exigência de comprovação de capacidade técnica, seja a técnico-profissional ou técnico operacional, como critério de pontuação de proposta técnica ou como requisito indispensável à habilitação de licitantes, os motivos dessa exigência e demonstre, tecnicamente, que os parâmetros fixados são adequados, necessários, suficientes e pertinentes ao objeto licitado.” (grifos nossos)***

A exigência de qualificação técnica, a luz do que dispõe o artigo 37, XII da CR/88, devesse ser sopesada pelo Administrador, de forma a evitar exigências descabidas, em proveito direto da ampliação do número de pretendentes participantes do certame licitatório. Isto, via de consequência, garantirá a maior concorrência, gerará maior número de propostas e possibilitará a obtenção do melhor preço pretendido pela Administração.

Por sua vez, o dispositivo específico quanto à qualificação técnico-operacional da empresa participante (art. 3º, inciso II, Lei nº 8.666/1993) limita-se a exigir documentação simples que garanta a comprovação da necessária experiência anterior na execução de serviços similares ao objeto licitado. Qualquer exigência que ultrapasse a disposição legal, aumentará o rigor na habilitação técnica das empresas e, conseqüentemente, restringirá a participação ao pregão. A restrição ao caráter competitivo do certame ocasiona também um desrespeito ao tratamento isonômico entre os participantes, dois princípios que devem ser seguidos em essência no processo licitatório, sob pena de sua nulidade de pleno direito. (artigo 3º, Lei nº 8.666/1993 e artigo 5º, Decreto nº 5.450/2005)

No mesmo artigo 3º, em seu § 1º, inciso I, da Lei n.º 8.666/93: 'Art. 3º (...)

*§ 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 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;*

Portanto, a regra é exigir tão somente aquilo que consta na Seção II do Capítulo II da Lei nº 8.666/93. Tanto é assim, que a própria Administração, no item 14º do Termo de Referência, confirma este entendimento ao afirmar: “Deverá ser apresentado os documentos exigidos nos art. 28 a 31 da lei 8.666”.

A Administração não tem liberdade para impor exigências desarrazoadas. Especialmente em virtude da regra constitucional (art. 37, XXI), somente poderão ser impostas exigências compatíveis com o mínimo de segurança da Administração Pública. "A regra é sempre a mesma: não poderão ser impostas exigências excessivas ou inadequadas." (JUSTEN FILHO, Marçal).

O Egrégio Superior Tribunal de Justiça, por sua vez:

*"ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. HABILITAÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA. EDITAL.*

*1. As regras do edital de licitação devem ser interpretadas de modo que, sem causar qualquer prejuízo a administração e aos interessados no certame, possibilitem a participação do maior número possível de concorrentes a fim de que seja possibilitado se encontrar entre as propostas a mais vantajosa (...).*

*4. Segurança concedida.3"*

*"A busca da melhor proposta recomenda a admissão do maior número de licitantes. Quanto mais propostas houverem, maior será a chance de um bom negócio. Por isto, os preceitos do edital não devem funcionar como negações, para abater concorrentes".*

Consolidado, portanto, que é vedado à Administração estabelecer exigência de que todas as estações utilizadas devam ser licenciadas na Anatel, requer a exclusão do item 4.1.7.3 do Termo de Referência.

## DO PEDIDO

Pelo exposto, solicitamos que a presente impugnação seja julgada procedente e respondida no prazo legal de 24 horas, podendo ser para o email victor@datacom.inf.br, determinando efeito para:

- Proceder-se as alterações necessárias para evitar a Anulação do procedimento licitatório, em razão dos vícios apresentados;
- Alterando-se o Edital em suas Cláusulas e Anexos, ajustando adequadamente o Edital e que seja reaberto o prazo de abertura do certame, em obediência ao que determina o artigo 21, § 4º da Lei nº8.666/93;

Na hipótese desta pregoeira não reconhecer as ilegalidades praticadas, pugna-se a emissão de parecer devidamente embasado nos fundamentos legais que justificam o seu não conhecimento, reservando-se esta licitante o direito de recorrer ao Tribunal de Contas da União, para ter seus direitos resguardados.

Termos nos quais,  
Pede deferimento.

21.602.295/0001-46

EDUARDO HENRIQUE  
FIGUEIRA CLEMENTE ME

RUA CAPELA, 17  
XINGÓ - CEP 57.460-000

Piranhas

Aracaju, 05 de dezembro de 2018