**Ilmo. Sr. Pregoeiro da Superintendência de Seguros Privados – SUSEP RJ**

**Ref.: Impugnação aos termos do Edital de Pregão Eletrônico n.º 23/2015**

**TELEMAR NORTE LESTE S.A.,** com sede na Cidade do Rio de Janeiro, Estado do Rio de Janeiro, na Rua do Lavradio, 71, 2º andar, Bairro Centro, inscrita no CNPJ sob o n.º 33.000.118/0001-79, doravante denominada “Oi”, vem, por seu representante legal, com fulcro no item 17.3 do Edital e no art. 11 do Decreto Estadual n.º 44.786/2008, apresentar **Impugnação** aos termos do Edital em referência, pelas razões a seguir expostas:

**Razões de Impugnação**

A Superintendência de Seguros Privados instaurou procedimento licitatório na modalidade Pregão, na forma eletrônica, registrado sob o n.º 23/2015, visando a contratação de serviço telefônico de Discagem Direta Gratuita – DDG, na modalidade 0800, no sistema de tarifação reversa, para chamadas locais, intra e interestaduais, por menor preço unitário, com adjudicação por menor preço global anual**,** conforme condições, quantidades e exigências estabelecidas neste 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. **Sobre a Exigência de consulta a determinados cadastros não previstos em lei**

O **item 8.1.2 do Edital** prevê a existência de sanção que impeça a participação no certame mediante a consulta ao “O pregoeiro, auxiliado pela equipe de apoio, consultará os sistemas de registros de sanções SICAF, LISTA DE INIDÔNEOS DO TCU, CNJ E CEIS, visando aferir eventual sanção aplicada à licitante, cujo efeito torne-a proibida de participar deste certame”.

Primeiramente, vale destacar que os documentos exigíveis para a habilitação estão indicados no art. 27 da Lei 8.666/93[[1]](#footnote-1) e somente podem se referir à **habilitação jurídica, qualificação técnica, qualificação econômico-financeira, regularidade fiscal e cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da CF/88. São, portanto, os requisitos de habilitação previstos no art. 27 da Lei n.º 8.666/93 são *numerus clausus.***

Com efeito, o elenco dos arts. 28 a 31 da Lei de Licitações deve ser pautado como máximo, ou seja, o Edital não poderá exigir mais do que ali previsto.

Ora, a atividade licitatória deve necessariamente sujeitar-se ao disposto na ordem jurídica, em observância ao princípio da legalidade.

É dever da Administração, ao realizar procedimentos licitatórios, exigir documentos de habilitação compatíveis com o ramo do objeto licitado, especialmente aqueles que comprovem a qualificação técnica e a capacidade econômico-financeiro dos licitantes, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal[[2]](#footnote-2).

Logo, as exigências habilitatórias não podem ultrapassar os limites da razoabilidade, além de não ser permitido o estabelecimento de cláusulas desnecessárias e restritivas ao caráter competitivo. Devem restringir-se apenas ao necessário para o cumprimento do objeto licitado.

Certamente não é o caso das exigências habilitatórias previstas no item em comento, as quais não guardam compatibilidade com o objeto licitado, razão pela qual são totalmente dispensáveis.

Nesse sentido é o entendimento do Tribunal de Contas da União:

“No certame licitatório, os documentos que podem ser exigidos quanto à habilitação jurídica, qualificação técnica, qualificação econômico-financeiro, regularidade fiscal e prova de cumprimento do disposto no inciso XXX III do art. 7o da Constituição Federal estão adstritos aqueles previstos nos artigos 27 a 31 da Lei no 8.666/1993.” (Acórdão 2056/2008 Plenário)

Como visto, deve-se agir com cautela na fase de habilitação, a fim de não incidir em exigências exacerbadas, desarrazoadas, e afastar a verdadeira competição. *Ad argumentadum tantum*, a prevalecer tal exigência, estar-se-á impedindo a participação de diversos potenciais licitantes.

Ademais, na eventualidade de existirem sanções registradas nesses cadastros, só poderia se dizer que existiria impedimento de participação, se a sanção ali cadastrada fosse restritiva do direito de participar de licitações, cujos efeitos estão limitados ao órgão penalizante na forma do Art. 87, III, da Lei 8.666/93. Ou seja, para que se possa associar o resultado da consulta como impeditivo de participação, a sanção ali registrada deve ser restritiva de participação somente com o presente órgão licitante.

Assim, a simples existência de registro de penalidade de suspensão ou impedimento com outros órgãos que não o licitante, não pode ser condicionante da participação. Para que haja impedimento, a sanção registrada deve necessariamente ser em face do órgão licitante, sob pena de se estar ampliando o previsto na Lei 8.666/93, impedindo a participação de empresas punidas em quaisquer casos, ferindo frontalmente a jurisprudência dominante do TCU sobre o tema.

Ante o exposto, requer a exclusão da exigência prevista no item em comento, posto que não estão relacionadas diretamente com a execução do objeto, bem como vão além do rol previsto nos itens 27 a 31 da Lei n.º 8.666/93.

Ou então, que seja adequado ou esclarecido o item em comento aos argumentos e ressalvas pontuados acima, ou seja, que não seja considerado impeditivo à participação no certame à inscrição de sanção registrada em quaisquer dos cadastros em questão, salvo se esta se operar no âmbito do órgão licitante, nos termos do art. 87, III, da L. 8666/93.

**2. Exigência de comprovação de capacidade técnica com limitações**

O item 8.6.1 do Edital determina que a comprovação de aptidão para a prestação dos serviços em características, quantidades e prazos compatíveis com o objeto desta licitação, por período não inferior a três anos, mediante a apresentação de atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado.

Já o item 8.6.1.1 do Edital prevê que os atestados referir-se-ão a contratos já concluídos ou já decorrido no mínimo um ano do início de sua execução, exceto se houver sido firmado para ser executado em prazo inferior, apenas aceito mediante a apresentação do contrato.

Por fim, o item 8.6.1.3 do Edital prescreve que o licitante disponibilizará todas as informações necessárias à comprovação da legitimidade dos atestados apresentados, apresentando, dentre outros documentos, cópia do contrato que deu suporte à contratação, endereço atual da contratante em que foram prestados os serviços.

Porém, o art. 30 da Lei n.º 8.666/93 assim determina:

“Art. 30.  A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a:

§ 1o  A comprovação de aptidão referida no inciso II do "caput" deste artigo, no caso das licitações pertinentes a obras e serviços, será feita por atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, devidamente registrados nas entidades profissionais competentes, limitadas as exigências a:

I - capacitação técnico-profissional: comprovação do licitante de possuir em seu quadro permanente, na data prevista para entrega da proposta, profissional de nível superior ou outro devidamente reconhecido pela entidade competente, detentor de atestado de responsabilidade técnica por execução de obra ou serviço de características semelhantes, limitadas estas exclusivamente às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação, **vedadas as exigências de quantidades mínimas ou prazos máximos**;

(...) § 5o  **É vedada a exigência de comprovação de atividade ou de aptidão com limitações de tempo ou de época ou ainda em locais específicos, ou quaisquer outras não previstas nesta Lei, que inibam a participação na licitação**.” (grifo nosso)

**Dessa forma, a Lei de Licitação admite a exigência de comprovação de experiência anterior, mas proíbe que o Edital condicione a experiência anterior relativamente a limitações de tempo ou de época ou ainda em locais específicos, ou quaisquer outras não previstas nesta Lei, que inibam a participação na licitação**

Nesse sentido, o inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal, ao dispor sobre as exigências de qualificação, estabelece que:

“Art. 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**. (...)” (grifamos)

Os atos da Administração Pública, para serem válidos, devem respeitar o princípio da razoabilidade, também chamado pela doutrina de Princípio da vedação de excessos. Ou seja, as exigências perpetradas pela Administração não poderão conter excessos e deverão ser razoáveis em relação ao seu objeto.

A própria Constituição da República determina que somente devem ser toleradas “*exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações*.”

Com efeito, a doutrina nacional defende que a atuação da Administração na fase de habilitação dos licitantes **sem** **rigorismos inúteis e excessivos**, que só fazem afastar licitantes, sem qualquer vantagem para a Administração e comprometendo a verdadeira competição.

Para o ilustre Adílson Abreu Dallari[[3]](#footnote-3):

“A doutrina e a jurisprudência indicam que, no tocante à fase de habilitação, como o objetivo dessa fase é verificar se aquelas pessoas que pretendem contratar têm ou não condições para contratar (essa é a essência, isto é, o fundamental), interessa para a Administração receber o maior número de proponentes, porque, quanto maior a concorrência, maior será a possibilidade de encontrar condições vantajosas.

Portanto, **existem claras manifestações doutrinárias e já existe jurisprudência no sentido de que, na fase de habilitação, não deve haver rigidez excessiva; deve-se procurar a finalidade da fase de habilitação, deve-se verificar se o proponente tem concretamente idoneidade**. ...Deve haver uma certa elasticidade em função do objetivo, da razão de ser da fase de habilitação; **interessa, consulta ao interesse público, que haja o maior número possível de participantes.”**

Como visto, a doutrina é expressa ao exigir cautela na fase de habilitação, a fim de não incidir em exigências exacerbadas, desarrazoadas, e afastar a verdadeira competição. *Ad argumentadum* *tantum,* a prevalecer tal exigência, estar-se-á impedindo a participação de diversos potenciais licitantes.

Por todo o exposto, requer a adequação dos itens 8.6.1, 8.6.1.1 e 8.6.1.3 do Edital, de modo que o Atestado de Capacidade Técnica, para comprovar a qualificação técnica das licitantes, não possua limitações de tempo, quantidade ou qualquer outra não prevista na Lei. 8666/93, sob pena de violação ao art. 30, § 1º, inciso I e § 5º da Lei de Licitações e aos preceitos do Princípio da Legalidade.

**3. Da Ampliação do Disposto no artigo 7.º da Lei n.º 10520/2002**

O Item 4.2.1 do Edital prevê:

“Estão proibidos de participar de licitações e celebrar contratos administrativos, na forma da legislação vigente.

Ocorre que o artigo 7.º **NÃO** determina a aplicação da penalidade em relação à Administração Pública, na verdade o dispositivo legal é expresso no sentido da alternatividade da aplicação da penalidade em face da União, Estados, Distrito Federal ou Municípios, senão vejamos:

*“Art. 7º  Quem, convocado dentro do prazo de validade da sua proposta, não celebrar o contrato, deixar de entregar ou apresentar documentação falsa exigida para o certame, ensejar o retardamento da execução de seu objeto, não mantiver a proposta, falhar ou fraudar na execução do contrato, comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude fiscal, ficará impedido de licitar e contratar com* ***a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios*** *(...)*”

No mesmo sentido, o TCU já tem se manifestado determinando que a penalidade prevista na lei 10.520/2002, especificamente no artigo 7.º, refere-se apenas ao ente federativo que faz parte o ente licitante. Transcreve-se:

***A sanção prevista no art. 87, inciso III, da Lei 8.666/93 produz efeitos apenas em relação ao órgão ou entidade sancionador, enquanto a prevista no art. 7º da Lei 10.520/02 produz efeitos no âmbito do ente federativo que a aplicar.***

*Representação versando sobre pregão eletrônico promovido pelo Serviço Federal de Processamento de Dados - Regional de São Paulo (Serpro/SP) apontara possível restrição à competitividade decorrente de disposição editalícia vedando a participação de empresas “que estejam com o direito de licitar e contratar suspenso com o SERPRO e/ou outros órgãos da Administração Pública, bem como tenham sido declaradas inidôneas pela mesma”. Em juízo de mérito, realizadas as oitivas regimentais após concessão da cautelar pleiteada pelo representante, o relator esclareceu que o Plenário do TCU vem “reafirmando a ausência de base legal para uma interpretação da norma que amplie os efeitos punitivos do art. 87, inciso III [suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a dois anos], da Lei 8.666/1993 a todos os entes e órgãos da Administração Pública (Acórdãos 3.243/2012, 3.439/2012, 3.465/2012, 842/2013, 739/2013, 1.006/2013 e 1.017/2013, todos do Plenário)”. A propósito, relembrou que o voto condutor do Acórdão 3.439/2012-Plenário sintetizou os elementos nos quais se funda a posição do TCU sobre a matéria: “a) as sanções do art. 87 da Lei 8.666/93 estão organizadas em ordem crescente de gravidade e, ao diferenciar aspectos como duração, abrangência e autoridade competente para aplicá-las, o legislador pretendia distinguir as penalidades dos incisos III e IV [declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública]; b) em se tratando de norma que reduz o direito de eventuais licitantes, cabe interpretação restritiva; c) o art. 97 da Lei de Licitações, ao definir que é crime admitir licitação ou contratar empresa declarada inidônea, reforça a diferenciação entre as penalidades de inidoneidade e suspensão temporária/impedimento de contratar, atribuindo àquela maior gravidade”.* ***Noutro giro, versando agora sobre os limites de sanção correlata prevista na Lei do Pregão (Lei 10.520/02, art. 7º – impedimento de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios), e diante da possibilidade de que o Serpro/SP venha a conferir demasiado alcance a esse dispositivo, consignou o relator que “a jurisprudência deste Tribunal (Acórdãos do Plenário 739/2013, 1.006/2013 e 1.017/2013) é firme no sentido de que tal penalidade impede o concorrente punido de licitar e contratar apenas no âmbito do ente federativo que aplicou a sanção, em consonância com o que dispõe o art. 40, inciso V e § 3º, da IN SLTI 2/2010”.*** *Nesse sentido, e tendo em vista que as falhas verificadas não comprometeram efetivamente a competitividade do certame e tampouco frustraram o objetivo da contratação, o Plenário do TCU, acolhendo a proposta do relator, considerou parcialmente procedente a representação, revogando a cautelar expedida e cientificando o Serpro/SP de que “a sanção prevista no inciso III do art. 87 da Lei 8.666/1993 produz efeitos apenas em relação ao órgão ou entidade sancionador, enquanto a prevista no art. 7º da Lei 10.520/2002 produz efeitos apenas no âmbito interno do ente federativo que a aplicar”.* [***Acórdão 2242/2013-Plenário***](https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight?key=ACORDAO-LEGADO-116050&texto=2b434f4c45474941444f253341253232504c454e4152494f2532322b414e442b2b2532384e554d41434f5244414f253341323234322b4f522b4e554d52454c4143414f253341323234322532392b414e442b2b2532384e554d414e4f41434f5244414f253341323031332b4f522b4e554d414e4f52454c4143414f25334132303133253239&sort=DTRELEVANCIA&ordem=DESC&bases=ACORDAO-LEGADO;DECISAO-LEGADO;RELACAO-LEGADO;ACORDAO-RELACAO-LEGADO;&highlight=&posicaoDocumento=0)***, TC 019.276/2013-3, relator Ministro José Múcio Monteiro, 21.8.2013.***

Desta forma, requer que seja alterada a redação do item 4.2.1 do Edital a fim de que o mesmo determine que o impedimento de licitar e contratar é com um dos entes da Federação a fim de cumprir o estatuído no artigo 7.º da Lei n.º 10520/02.

**4. DOS ITENS TÉCNICOS**

**4.1 DOS SERVIÇOS DE MENSAGENS PERSONALIZADAS**

O Item 5.1.3 do Termo de Referência prevê:

**“***5.1.3. Mensagens personalizadas, gravadas pela CONTRATADA, disponibilizadas no prazo de 30 (trinta) dias a partir do início da prestação dos serviços, sem custo adicional, sendo:*

*5.1.3.1. Mensagem personalizada, a ser informada pela SUSEP à CONTRATADA, se todos os atendentes estiverem ocupados durante o horário de atendimento, sem custo adicional;*

*5.1.3.2. Mensagem personalizada, a ser informada pela SUSEP à CONTRATADA, se não estiver no horário de funcionamento da SUSEP, sem custo adicional;*

*5.1.3.3. Mensagem personalizada, a ser informada pela SUSEP à CONTRATADA e veiculada previamente ao atendimento da ligação pelos (as) atendentes do call center da CONTRATANTE, com orientações sobre os serviços prestados pela Autarquia.”*

Ocorre que entendemos que é de responsabilidade da CONTRATANTE a gravação da mensagem personalizada devido a características de direitos autorais das mensagens. E responsabilidade da CONTRATADA o envio de mensagem personalizada gravada.

Desta forma, requer que seja alterada a redação do item 5.1.3 do Termo de Referência a fim de que o mesmo determine que as mensagens personalizadas gravadas pela CONTRATANTE, sejam disponibilizadas pela CONTRATADA no prazo de 30 (trinta) dias a partir do início da prestação dos serviços, sem custo adicional.

**4.2 DO DEMONSTRATIVO MENSAL**

O Item 5.1.4 do Termo de Referência prevê:

*“5.1.4. Demonstrativo mensal impresso e em mídia digital detalhado, que liste, necessariamente, todas as ligações recebidas uma a uma, seus horários, datas, localidade, tipo, preços, e duração em minutos, sem custo adicional;”*

Por questões de o demonstrativo impresso no geral fazer uso de grande quantidade de papel, em tempos de economia e por questões ecológicas, entendemos ser suficiente a apresentação do demonstrativo mensal detalhado em mídia digital e o mensal impresso de forma resumida juntamente com o código de barras e número de nota fiscal. Por isso requer que seja alterado o item 5.1.4 do Termo de Referência a fim de que o mesmo determine o demonstrativo mensal resumido impresso e em mídia digital detalhado.

**4.3 DA ALTERAÇÃO NO SISTEMA**

O Item 5.2.2 do Termo de Referência prevê:

*“5.2.2. A alteração no sistema que forma o 0800 deverá ser realizada no prazo de 5 (cinco) dias úteis, a contar do recebimento da comunicação de que trata o item 5.2.1 deste Termo de Referência.”*

A alteração no sistema referida não é simples e exige mudança de características técnicas da solução. Logo, para garantir que a alteração seja feita no prazo requer que seja alterada a redação do item 5.2.2 do Termo de Referência a fim de que o mesmo determine que a alteração no sitema que forma o 0800 deverá ser realizada no prazo de 15 (quinze) dias úteis.

**4.4 DA INTERRUPÇÃO TEMPORÁRIA E REATIVAÇÃO DOS SERVIÇOS**

Os Itens 5.3.2 e 5.3.3 do Termo de Referência prevê:

*“5.3.2. A SUSEP poderá, a qualquer tempo, requerer a interrupção temporária do serviço, o que deverá ser atendido no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, a contar do recebimento da comunicação;*

*5.3.3. A reativação do serviço interrompido deverá se dar no mesmo prazo previsto no item 5.3.2 deste Termo de Referência.*

Para a interrupção e retorno do sistema o prazo de 48 horas é exíguo. Logo, para que seja realizado no prazo requer que seja alterada a redação do item 5.3.2 e 5.3.3 do Termo de Referência a fim de que o mesmo determine que deverá ser atendido no prazo de 5 (cinco) dias úteis.

**4.5 SLA DE REPARO**

Os Itens 10.17 do Termo de Referência prevê:

*“10.17. Zelar pela perfeita execução dos serviços contratados, sanando as falhas em até 12 (doze) horas;*

*10.18. Atender às solicitações, de imediato, corrigindo no prazo máximo de até 08 (oito) horas, após notificação, qualquer ocorrência de interrupção na prestação dos serviços contratados;”.*

Devido à inconsistência dos itens mencionados acima. Requer que seja retirado o item 10.17.

**4.6 DEMONSTRATIVO DE UTILIZAÇÃO**

Os Itens 10.23 do Termo de Referência prevê:

*“10.23. Fornecer, mensalmente, ou quando solicitado, o demonstrativo de utilização dos serviços, por linha ou tronco telefônico, conforme determinado pela SUSEP;”*

Para que fique clara a exigência requer que seja alterada a redação do item 10.23 do Termo de Referência a fim de que o mesmo determine que o demonstrativo de utilização dos serviços, por linha ou por tronco chave telefônico.

**4.6 DAS LINHAS OU TRONCOS**

do Termo de Referência prevê:

*“5.2. A SUSEP informará quais e quantas linhas serão disponibilizadas para o tráfego do 0800.”*

Não foi encontrada no documento a descrição das linhas base para o 0800, nem em planilha de preço para sua cobrança. Requer que seja alterado o edital para que conste as informações das linhas já que não faz sentido a licitação apartada das linhas base e dos serviços de tráfego de 0800.

**Do Pedido**

Para garantir o atendimento aos princípios norteadores dos procedimentos licitatórios, **a Telemar** requer que V. Sª julgue motivadamente a presente Impugnação, no prazo de 24 horas, acolhendo-a e promovendo as alterações necessárias nos termos do Edital e seus anexos, sua consequente republicação e suspensão da data de realização do certame.

Brasília/DF, 29 de setembro de 2015.

1. A Lei n.º 8.666/93 é adota subsidiariamente na presente licitação, nos termos do artigo 9 da Lei n.º 10.520/02 (“Aplicam-se subsidiariamente, para a modalidade de pregão, as normas da Lei n.º 6.666, de 21 de junho de 1993), bem como do Preâmbulo do ato convocatório. [↑](#footnote-ref-1)
2. “Art. 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**. (...)” (grifamos) [↑](#footnote-ref-2)
3. *in* “Aspectos Jurídicos da Licitação”, 3ª edição, p. 88 [↑](#footnote-ref-3)