

ILUSTRÍSSIMO PREGOEIRO RESPONSÁVEL PELO PREGÃO ELETRÔNICO Nº 18/2023 – AGÊNCIA GOIANA DE HABITAÇÃO S/A

IMPUGNAÇÃO AO EDITAL

**PREGÃO ELETRÔNICO 18/2023 – AGEHAB - GO
PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 202300031006995**

DB3 SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES S.A., pessoa jurídica de direito privado, inscrito no CNPJ sob nº 41.644.220/0001-35, localizada na AV DA ABOLICAO, Nº 4166, Bairro MUCURIBE, Fortaleza/CE, CEP: 60.185-082, vem, respeitosamente, à presença de Vossa Senhoria, com fulcro nas disposições do Decreto 10.024/2019, apresentar **IMPUGNAÇÃO AO EDITAL DE PREGÃO ELETRÔNICO N.º 18/2023 – AGEHAN-GO** em face de INCONSISTÊNCIAS contidas nos subitens 10.1 e 28.1 do Termo de Referência, pelas razões de fato e de direito abaixo aduzidas.

I. DA TEMPESTIVIDADE E CABIMENTO

1. Conforme o art. 24, do Decreto nº 10.024/2019, o licitante poderá apresentar impugnação ao Edital até o 3º dia útil anterior à data fixada para sessão de abertura. *In verbis*:

DECRETO Nº 10.024/2019

Art. 24. Qualquer pessoa poderá impugnar os termos do edital do pregão, por meio eletrônico, na forma prevista no edital, até três dias úteis anteriores à data fixada para abertura da sessão pública.

2. Assim, esta impugnação se mostra cabível, por ser protocolada por licitante, e tempestiva, vide a data de seu protocolo.

II. DA SÍNTESE FÁTICA

3. Trata-se de certame publicado pela Agência Goiana de Habitação, tendo como objeto registro de preços para eventual contratação de empresas especializadas em locação de sistema de vídeo monitoramento de imagem em nuvem 24 horas, através de câmeras de vigilância, dotadas com inteligência artificial, recursos de vídeo analíticos em nuvem, incluído o fornecimento de materiais, internet, equipamentos e instalação, manutenção corretiva e preventiva, para atender as necessidades da AGEHAB.

4. Após análise do instrumento convocatório, foram constatadas inconsistências nos subitens 10.1 e 28.1 do Termo de Referência. Veja-se:

10. DO PRAZO DE INSTALAÇÃO

10.1. A instalação dos equipamentos deverá ocorrer no máximo 15 (quinze) dias úteis contados após o recebimento da solicitação.



Fig. I – Trecho do subitem 10.1 do Termo de Referência.

28. DA SUBCONTRATAÇÃO

28.1. É vedada a subcontratação total, cessão ou a transferência do objeto deste Termo de Referência a terceiros;

Fig. II – Trecho do subitem 28.1 do Termo de Referência.

5. A retificação do disposto é necessária, uma vez que a) o prazo para a instalação dos equipamentos é inexecutável; e b) a proibição de subcontratação não é compatível com o regulamento da ANATEL, além de se mostrar desarrazoada e prejudicar a competitividade e lisura do procedimento

III. DOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS

III.I. DA CONFIGURAÇÃO DE PRAZO INEXEQUÍVEL NAS OBRIGAÇÕES DA CONTRATADA. HIPÓTESE DE RESTRIÇÃO À COMPETITIVIDADE NO CERTAME

5. Conforme já exposto brevemente, o Termo de Referência, em seu subitem 10.1, estabelece prazo de 15 (quinze) dias úteis para instalação do equipamento fornecido.
6. O prazo acima elencado é desarrazoadamente curto para a implantação de um serviço da natureza do que se deseja contratar com a qualidade necessária, levando a um obstáculo operacional desnecessário e que pode prejudicar o princípio da seleção da proposta mais vantajosa.
7. Frise-se que o Tribunal de Contas da União possui entendimento uníssono no que concerne à exigência de prazo desarrazoado para a execução do contrato, senão veja-se:

TCU – Plenário

Acórdão 584/2004-Plenário

Data da Sessão: 19/05/2004.

Relator: Ubiratan Aguiar

Os **prazos de entrega de materiais e serviços**, inclusive em licitações internacionais, **devem manter escrita correlação com a natureza do objeto licitado, sob pena de caracterizar restrição ao caráter competitivo do certame.**

TCU – Primeira Câmara

Acórdão 8117/2011

Data da sessão: 13/09/2011

É irregular o estabelecimento de cláusulas que restrinjam o caráter competitivo da licitação, como a fixação de prazos exíguos para execução de serviços.

8. Ora, embora a discricionariedade exista para que o administrador adote a providência adequada para o caso, não significa, entretanto, que não se possa reconhecer quando uma dada providência, seguramente, é arbitrária.
9. Nesse interim, com vistas ao Princípio da Razoabilidade, exige-se a ponderação das exigências. Cita-se o entendimento do doutrinador CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO sobre essa matéria:



“Vale dizer: pretende-se colocar em claro que não serão apenas inconvenientes, mas também ilegítimas - e, portanto, jurisdicionalmente invalidáveis as condutas desarrazoadas, bizarras, incoerentes ou praticadas com desconsideração as situações e circunstâncias que seriam atendidas por quem tivesse atributos normais de prudência, sensatez e disposição de acatamento as finalidades da lei atributiva da discricão manejada.”

10. É nesse sentido o entendimento firmado pelo Tribunal de Contas da União em suas decisões que abordam a restrição à competitividade nos procedimentos licitatórios:

Enunciado: REPRESENTAÇÃO. LICITAÇÃO. IMPROPRIEDADES NA CONDUÇÃO DO CERTAME. DETERMINAÇÕES. (...) 2. É inconstitucional e ilegal o estabelecimento de exigências que restrinjam o caráter competitivo dos certames. (...) (Acórdão n. 539/2007/Plenário. Data da sessão: 04/04/2007. Relator: Marcos Bemquerer).

Enunciado: A hipótese de restrição à competitividade não deve ser examinada somente sob a ótica jurídica e teórica, deve levar em conta também se as cláusulas supostamente restritivas culminaram em efetivo prejuízo à competitividade. (Acórdão 2066/2016-Plenário. Data da Sessão: 10/08/2016. Relator: Augusto Sherman).

11. Por fim, em recente julgado, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais decidiu sobre a possibilidade de retificar o Edital da seguinte forma:

EMENTA: REEXAME NECESSÁRIO - MANDADO DE SEGURANÇA - LICITAÇÃO - RETIFICAÇÃO DO EDITAL - NOVAS EXIGÊNCIAS - SEM ALTERAÇÃO NO PRAZO PARA APRESENTAÇÃO DAS PROPOSTAS - O processo licitatório, como exigência obrigatória na Administração Pública, tem objetivos de proporcionar a realização do negócio mais vantajoso para a Administração Pública e de assegurar, em condições de igualdade, a participação dos administrados nos negócios que pretende realizar com particulares - O edital vincula os licitantes e a Administração Pública - O edital torna público o processo licitatório, fixa o seu objeto, bem como as condições para a participação dos interessados e o cumprimento do objeto, a modalidade e o tipo da licitação - **Embora se admita a possibilidade de retificação do instrumento convocatório, o Poder Concedente deve reabrir o prazo para possibilitar os interessados se adequarem ao novo edital.**

(TJ-MG - Remessa Necessária-Cv: 10000205172901001 MG, Relator: Renato Dresch, Data de Julgamento: 17/12/2020, Câmaras Cíveis / 4ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 17/12/2020)

12. Amparado no que fora acima ponderado, solicita-se a **ALTERAÇÃO** do subitem impugnado para que seja aumentado o prazo lá estabelecido, com vista a garantir a efetivação das previsões legais e jurisdicionais acima discriminadas.

13. Quando ao novo prazo, sugere-se que seja estabelecido em prazo superior a 30 (trinta) dias úteis, de modo a garantir a adequada instalação e ativação do serviço.

III.I DA SUBCONTRATAÇÃO. CONCEITO DE ULTIMA MILHA (LAST MILE). RESOLUÇÕES DA ANATEL.

14. Inicialmente, o Termo de Referência proíbe a realização de subcontratação de forma ampla e genérica, sem atentar para as particularidades do setor econômico das telecomunicações, o qual é regulado pela ANATEL quanto às contratações de *lastmile*.

15. Logo, a empresa impugnante vem por este meio pugnar pela revisão do citado dispositivo editalício, visto que a contratação com o procedimento chamado “última milha” **não é considerada subcontratação, segundo os normativos vigentes da ANATEL.**

16. Para subsidiar a declaração contida acima, é preciso rememorar as normas que regem a atividade de prestação de serviços de telecomunicação no Brasil e como estas permitem a estrutura de prestação instituída sem que isso configura qualquer violação aos termos contratuais. Explica-se:

17. **Na prestação dos serviços objeto desta contratação, a “última milha” (last mile) não é considerada subcontratação considerando as normativas vigentes da ANATEL, vejamos:**

Resolução 614/2013 ANATEL

Art. 36. A Prestadora é responsável, perante o Assinante e a Anatel, pela exploração e execução do serviço.

§ 1º A Prestadora é integralmente responsável pela exploração e execução do serviço perante o Assinante, **inclusive quanto ao correto funcionamento da rede de suporte ao serviço, mesmo que esta seja de propriedade de terceiros**, sendo lhe garantido, neste caso, direito de regresso. (grifo nosso)
(...)

Art. 42. Quando uma Prestadora contratar a utilização de recursos integrantes da rede de outra Prestadora de SCM ou de Prestadoras de qualquer outro serviço de telecomunicação de interesse coletivo para a constituição de sua própria rede, **caracterizar-se-á a situação de exploração industrial.**

Parágrafo único. Os recursos contratados em regime de exploração industrial são considerados parte da rede da Prestadora contratante.

(...)

§ 2º A responsabilidade da Prestadora perante a Agência compreende igualmente o correto funcionamento da rede de suporte à prestação do serviço, **inclusive nos casos em que esta seja de propriedade de terceiros.**

Resolução 590/2012 ANATEL

Art. 41. As Linhas Dedicadas contratadas de terceiros por determinada Prestadora de Serviços de Telecomunicações **são consideradas parte integrante de sua rede para fins de prestação de serviços de telecomunicações:**

18. Ou seja, nos termos das citadas resoluções, quando a Prestadora contrata de terceiros a chamada “última milha”, **este trecho é considerado como parte integrante de sua rede e a responsabilidade pela prestação do serviço será inteiramente da Prestadora.** Sendo assim, a execução do serviço não será “repassada” para um terceiro subcontratado.

19. Nesse sentido, há somente a utilização da rede do prestador de serviço “last mile”, mas a responsabilidade sobre a prestação dos serviços, inclusive no que tange ao nível de serviço requerido e eventuais reparos necessários, continuará sendo da DB3.

20. Essa operação não é permitida somente no plano regulatório, mas também na esfera legislativa, como se depreende da Lei Geral de Telecomunicações (LGT) em seu art. 74. Confira-se:

Art. 94. No cumprimento de seus deveres, a concessionária **poderá**, observadas as condições e limites estabelecidos pela Agência:

I. Empregar, na execução dos serviços, **equipamentos e infraestrutura que não lhe pertençam**;

II. **Contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço**, bem como a implementação de projetos associados (grifo nosso)

21. Além disso, por obrigação regulatória, qualquer que seja a composição operacional da prestadora, a mesma se obriga a atender às metas de qualidade do serviço contratado, no caso de comunicação multimídia, previstas no Regulamento Geral de Qualidade do SCM, aprovado pela **Resolução ANATEL nº 574/2011**.

22. **Portanto, qualquer prestadora de serviço de telecomunicações de interesse coletivo pode contratar a exploração industrial da rede de outra prestadora de serviço de telecomunicações, seja de interesse coletivo ou de interesse restrito para prestar o serviço outorgado ao seu cliente final.**

23. Ou seja, o fato de uma prestadora não possuir capilaridade suficiente em um determinado território não impede que esta preste o serviço contratando a exploração industrial da rede de outra prestadora.

24. Por fim, **importante esclarecer também o conceito de exploração industrial**, que consiste na cessão do direito de uso de recursos integrantes da rede da prestadora titular dos meios fixos a outra prestadora de serviços de telecomunicações, para que esta última constitua sua própria rede de prestação de serviço, conforme prevê o Art. 61, caput e seu Parágrafo Único, do Regulamento dos Serviços de Telecomunicações, aprovado pela **Resolução Anatel n.º 73**, transcrito a seguir:

Art. 61. Quando uma prestadora de serviço de telecomunicações contratar a utilização de recursos integrantes da rede de outra prestadora, para constituição de sua rede de serviço, **fica caracterizada situação de exploração industrial**.

Parágrafo único - **Os recursos contratados em regime de exploração industrial serão considerados como parte da rede da prestadora contratante, para fins de interconexão.** (grifo nosso)

25. Frise-se que a oferta de exploração industrial - EILD é atividade regida pelo regime privado da Lei Geral de Telecomunicações – LGT e em decorrência, deve-se observar o princípio da mínima intervenção estabelecida nos artigos 128 e 129 da LGT, a saber:

Art. 128 Ao impor condicionamentos administrativos ao direito de exploração das diversas modalidades de serviço no regime privado, sejam eles limites,

encargos ou sujeições, a Agência observará a exigência de mínima intervenção na vida privada, assegurando que:

- I. a liberdade será a regra, constituindo exceção às proibições, restrições e interferências do Poder Público;
- II. nenhuma autorização será negada, salvo por motivo relevante;
- III. os condicionamentos deverão ter vínculos, tanto de necessidade como de adequação, com finalidades públicas específicas e relevantes;
- IV. o proveito coletivo gerado pelo condicionamento deverá ser proporcional à privação que ele impuser;
- V. haverá relação de equilíbrio entre os deveres impostos às prestadoras e os direitos a elas reconhecidos.

Art. 129 O preço dos serviços será livre, ressalvado o disposto no §2º do Art. 136 desta Lei, reprimindo-se toda prática prejudicial à competição, bem como o abuso do poder econômico, nos termos da legislação própria.

26. Cabe ressaltar, no entanto que a exploração industrial é uma faculdade a ser exercida quando da existência de capacidade ociosa na sua rede, por meio da qual seja tecnicamente possível o atendimento das demandas recebidas, devendo para tal se observar o disposto no artigo 155 da Lei Geral de Telecomunicações - LGT, nas Cláusulas 1.4, 14.2, 14.2, 16.13 e 16.14, do Contrato de Concessão e também no artigo. 2º do Plano Geral de Outorgas – PGO, aprovado pelo Decreto nº 6654/2008, respectivamente, transcritos abaixo:

Art. 155 Para desenvolver a competição, as empresas prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo deverão, nos casos e condições fixados pela Agência, disponibilizar suas redes a outras prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo.

Cláusula 1.4. A Concessionária tem o direito à implantação, expansão e operação de redes de telecomunicações necessárias à execução do serviço, bem assim sua exploração industrial, nos termos da regulamentação.

Cláusula 14.2. A Anatel poderá determinar que a Concessionária ofereça aos usuários, prestações, comodidades ou utilidades correlacionadas ao objeto da concessão, devendo neste caso as partes ajustarem os preços unitários destes serviços, observados os parâmetros de mercado e o direito à justa remuneração.

Cláusula 15.2. Aos demais prestadores de serviços de telecomunicações serão assegurados, além dos direitos referidos na cláusula anterior, os seguintes direitos:

(...) II – a receber o serviço solicitado junto à Concessionária sem qualquer tipo de discriminação, pelos preços de mercado ou por preços negociados pelas partes e com as reduções que forem aplicáveis em função dos custos evitados em virtude do consumo em larga escala, respeitada a regulamentação;

“Cláusula 16.13. A Concessionária se obriga a fornecer os recursos necessários à interconexão de prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo na forma de exploração industrial, nos termos da regulamentação.

Parágrafo único. Caso a Concessionária não forneça os recursos nos prazos regulamentares e não comprove objetivamente a inexistência de capacidade para atendimento, a Anatel estabelecerá, cautelarmente, as condições para atendimento da solicitação, incluindo, se necessário, os valores a serem praticados.

Cláusula 16.14. A Concessionária se obriga a fornecer os recursos necessários à implementação de redes de telecomunicações, incluindo a rede de acesso, de prestadoras de serviço de interesse coletivo na forma de exploração industrial, nos termos da regulamentação.

§1º. Caso a Concessionária não forneça os recursos, em até 60 (sessenta) dias, contados da solicitação, e não comprove objetivamente a inexistência de capacidade de atendimento, a Anatel estabelecerá, cautelarmente, as condições para atendimento da solicitação, incluindo, se necessário, os valores a serem praticados.

Art. 2º São direitos das prestadoras do serviço a que se refere o Art. 1º a implantação, expansão e operação dos troncos, redes e centrais de comutação necessários à sua execução, bem assim sua exploração industrial.

27. **Desta forma, entende-se que a exploração industrial da rede de terceiros em nada se assemelha a qualquer tipo de subcontratação, haja vista que a rede explorada passa a integrar a rede da prestadora, que contratou a respectiva exploração industrial e, desse modo, as obrigações regulatórias, sejam elas quais forem, passam a ser da mesma.**

28. Nesse sentido, apenas haverá a utilização da sua rede, mas a responsabilidade sobre a prestação dos serviços, inclusive no que tange ao nível de serviço requerido e eventuais reparos necessários, continuará sendo do licitante vencedor do certame. Vejamos decisão do Tribunal de Contas da União sobre o tema:

É vedada a subcontratação integral em contratos administrativos, sendo possível a subcontratação parcial quando não se mostrar viável, sob a ótica técnico-econômica, a execução integral do objeto por parte da contratada e desde que tenha havido autorização formal do contratante.

Acórdão 6189/2019-Segunda Câmara | Relator: MARCOS BEMQUERER- Informativo de Licitações e Contratos nº 374 de 20/08/2019 - **Boletim de Jurisprudência nº 276 de 19/08/2019**

15. Em suma, de acordo com as fundamentações apresentadas, o caso específico da subcontratação da última milha não será considerado subcontratação total do objeto, sendo a sua vedação uma violação aos princípios da isonomia e competitividade que regem o certame. Formada essa compreensão, solicita-se a **ALTERAÇÃO do subitem 28.1 do Termo de Referência** para que se adeque à realidade regulatória do setor de telecomunicações, cujos serviços deseja contratar.

IV. DOS PEDIDOS

16. Ante o exposto, requer-se:

- a) o **CONHECIMENTO** da presente impugnação, nos moldes do edital e legislação aplicável; e
- b) a **RETIFICAÇÃO** subitens 10.1 e 28.1 do Termo de Referência, assim como os demais que tratem sobre as matérias impugnadas, com vistas a sua adequação aos preceitos legais e jurisprudenciais suficientemente demonstrados.

Nesses termos,
Pede e Espera Deferimento.

Fortaleza/CE, 05 de dezembro de 2023.



DB3 SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES S.A
CNPJ sob nº 41.644.220/0001-35

