



ILMO SR. PREGOEIRO DO EDITAL DA UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALFENAS - UNIFAL-MG

Ref. Impugnação aos termos do Edital da Universidade Federal de Alfenas - UNIFAL-MG

PREGÃO ELETRÔNICO Nº 36/2013

TELEMAR NORTE LESTE S/A, com sede à Rua General Polidoro, n.º 99, Botafogo, Rio de Janeiro/RJ, inscrita no CNPJ sob o n.º 33.000.118/001-79, doravante denominada “**Oi**”, por seu representante legal, com fulcro no art. 18 do Decreto n.º 5.450/2005, vem, respeitosa e tempestivamente, à presença de V.S.a, apresentar **IMPUGNAÇÃO** aos termos do Edital em referência, pelas razões a seguir expostas:

Razões de Impugnação

A Universidade Federal de Alfenas – UNIFAL-MG, Autarquia de Regime Especial, torna público, a Licitação por PREGÃO ELETRÔNICO nº 36/2013, do tipo MENOR PREÇO GLOBAL, para contratação de empresa especializada para prestação do Serviço Móvel Pessoal – SMP para ligações originadas das estações móveis da UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALFENAS – UNIFAL-MG e de empresa para prestação do serviço de acesso à Internet sem fio para computadores portáteis (notebooks), cujas especificações e quantidades se encontram indicadas no ANEXO I deste Edital.

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.

Alteração a ser feita no Edital

Impedimento à participação de empresas suspensas de licitar com a Administração Pública em geral

O item 6.5.2 do Edital veda a participação de empresas que estejam cumprindo penalidade de suspensão do direito de licitar com a Administração Pública.

Com efeito, o art. 87, inciso III, da Lei n.º 8.666/1993 prevê, dentre as modalidades de penalidades em caso de inexecução total ou parcial do contrato, a suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar **com a Administração**.

Diante do acima exposto, faz-se necessário esclarecer que os conceitos de **Administração** e **Administração Pública** são distintos, nos termos dos incisos XI e XII do art. 6º da Lei de Licitações:

“Art. 6º Para os fins desta Lei, considera-se:

XI - Administração Pública - a administração direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, abrangendo inclusive as entidades com personalidade jurídica de direito privado sob controle do poder público e das fundações por ele instituídas ou mantidas;

XII - Administração - órgão, entidade ou unidade administrativa pela qual a Administração Pública opera e atua concretamente;”

Nesse sentido, importante citar a lição de Marçal Justen Filho a respeito do tema:

“Administração Pública:

A expressão é utilizada em acepção ampla e não deve ser identificada com ‘Poder Executivo’. Indica as pessoas de direito público que participam de uma contratação, ainda quando esta contratação se efetive através de órgãos do Poder Judiciário e do Poder Legislativo. Além da chamada ‘Administração Direta’ (União, Estados e Distrito Federal, Municípios), a expressão também abrange a ‘Administração Indireta’ (autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista). Além disso, as

‘fundações’ instituídas ou mantidas com recursos públicos ou outras pessoas de direito privado sob controle estatal estão abarcadas no conceito.”

“Administração:

A expressão isolada é utilizada para identificar a unidade específica que, no caso concreto, está atuando. A distinção entre Administração Pública e Administração é utilizada em algumas passagens na disciplina da Lei n.º 8.666. A hipótese de maior relevância encontra-se no art. 87, incs. III e IV, a propósito das sanções de suspensão temporária do direito de licitar ou de contratar e de declaração de inidoneidade.”¹

Da mesma forma entende Jessé Torres Pereira:

“A distinção, para os fins de aplicação desta lei, entre Administração e Administração Pública encontra importantes aplicações. Ilustre-se com a intrincada questão de estabelecer-se a extensão das penalidades de **suspensão** e de **declaração de inidoneidade**, ambas acarretando a supressão temporária do direito de participar de licitações e de contratar. Tratando-se de **suspensão**, a supressão se dá em face da Administração; na hipótese de **inidoneidade**, o cumprimento da punição é em face da **Administração Pública**.”²

Este entendimento foi ratificado pelo Tribunal de Contas da União (Acórdão n.º 352/1998), segundo o qual a referida **sanção está adstrita ao órgão que a aplicou.**

Assim, ao apresentar comparativo entre a sanção do direito de licitar e a declaração de inidoneidade, defende que a Administração é entendida, pela definição constante do inciso XI do art. 6º do diploma legal em comento, como sendo o órgão, entidade ou unidade administrativa pela qual a Administração Pública opera e atua concretamente. Já a Administração Pública é definida como sendo o universo de órgãos e entidades da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, nos termos do inciso XII do art. 6º da Lei n.º 8.666.

Chamamos a atenção, ainda, para o enorme prejuízo ao interesse público que decorreria da eventual interpretação diferente da acima exposta – o que se admite apenas pelo princípio da eventualidade – na medida em que representaria desnecessária e injustificada restrição da competitividade e, por conseguinte, do leque de opções e propostas que se poderiam pôr à escolha da Administração Pública.

Abre-se parênteses para falar do mercado de prestação de serviços de telecomunicações, cumprindo-nos asseverar que tal atividade é restrita àquelas empresas que possuem outorga do Poder Público. Desta forma, inexistente no mercado um amplo leque de opções, o que impede a inclusão de qualquer tipo de

¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 13 ed. São Paulo: Editora Dialética, 2009, p. 130.

² PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Comentários à lei das licitações e contratações da administração pública*. 7 ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2007, p. 125.

condição que impeça ou dificulte a participação das operadoras em procedimentos licitatórios, sob pena de efetiva redução na competição.

Portanto, requer a exclusão do item 6.5.2 do Edital, para que seja vedada a participação apenas das empresas suspensas de licitar e impedidas de contratar com a Universidade Federal de Alfenas, e não com a Administração Pública em geral.

Da vedação ao Consórcio

O Edital em seu item 6.5.1, restringe a participação de Consórcios de empresa, qualquer que seja sua forma de constituição.

A vedação imposta pelo Edital é medida extremamente restritiva à participação de interessados, cuja consequência direta será reduzir a participação das empresas que, nos termos da regulamentação dos serviços de telecomunicações, possuem outorga para prestação de todos os serviços licitados.

Cumprir destacar que quanto aos serviços de telecomunicações - objeto ora licitado -, estes 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.”*

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;”*

A possibilidade de a Administração permitir a participação de consórcios em licitação está prevista no art. 33 da Lei n.º. 8.666/1993, art. 17 do Decreto n.º. 3.555/2000 e art. 16 do Decreto n.º. 5.450/2005. Tais normativos apresentam as regras que devem ser obedecidas pela Administração quando admitida participação de empresas em consórcio.

Os normativos conferiram ao administrador a faculdade de, conforme as necessidades do caso concreto, admitir ou não o consórcio de empresas. Marçal Justen Filho argumenta que:

“(...) é usual que a Administração Pública apenas autorize a participação de empresas em consórcio quando as dimensões e a complexidade do objeto ou as circunstâncias concretas exijam a associação entre os particulares. São as hipóteses em que apenas poucas empresas estariam aptas a preencher as condições especiais exigidas para licitação”. .

Mas ainda que se trate de ato discricionário da Administração Pública a aceitação ou não do consórcio em um procedimento licitatório deve atender a critérios, como esclarece o Acórdão n.º. 481/2004-Plenário do Tribunal de Contas da União, tendo por Relator o Ministro Augusto Sherman Cavalcanti:

“À vista do disposto no art. 32 da Lei n.º 8.666/93, o Tribunal, acompanhado pela doutrina, entende que a decisão sobre a viabilidade de participação de consórcios em certames licitatórios insere-se na esfera do poder discricionário do gestor. (...) Outros há em que 'as dimensões e a complexidade do objeto ou as circunstâncias concretas' fazem com que a associação amplie a competitividade do certame.' Mensurar em que medida a vedação a consórcios pode restringir a competitividade de um certame nem sempre é possível, tendo em vista a diversidade de objetos. Ao prolatar o Acórdão n.º 224/2006 - Plenário, esta Corte acolheu posição defendida pela unidade técnica, considerando que uma redução acentuada entre o número de potenciais licitantes que retiraram o edital e o número de propostas apresentadas era indicador de restrição à competitividade do certame.”

Referida vedação não se coaduna com a situação atual do mercado de telecomunicações. Esclareça-se que segundo o art. 35, §3º, da Resolução n.º. 477/2007 (Regulamento SMP), as chamadas de longa distância, nacional ou internacional, originadas ou terminadas na rede da prestadora de SMP, a cobrar ou não, estarão sujeitas às normas e tarifas ou preços do STFC.

Portanto, não resta dúvida de que no caso do presente certame, os serviços de SMP Local e STFC LDN não poderão ser prestados por uma única Operadora Contratada, mas sim, por Operadoras distintas, a quem o Poder Concedente (ANATEL) garantiu outorgas distintas para a prestação destes serviços.

Logo, como o objeto licitado não poderá ser prestado por uma única Operadora, a vedação à participação de licitantes em regime de consórcio impedirá a participação da maioria das Operadoras, frustrando-se a contratação pretendida.

Inexiste no mercado 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.

Como acima exposto, não se questiona que na forma do art. 33 da Lei n.º. 8.666/1993, a participação de empresas em regime de consórcio corresponda a uma faculdade por parte da Administração Pública,

contudo, o exercício desta discricionariedade não é ilimitado, inclusive, **a ponto de impedir a participação de maior número de licitantes e contrariar o próprio objetivo da realização de procedimento licitatório.**

Ainda que se imagine que a participação de empresas em consórcio restringiria a competição entre as licitantes, a ora Impugnante esclarece que, ao contrário, neste caso, a permissão de participação de empresas em consórcio, fomentará a competição, como ilustrou o Tribunal de Contas da União em voto do Ministro Relator Benjamim Zymler:³

*“Não prospera também o argumento de que a possibilidade de formação de consórcio no Edital afastaria eventual restrição à competitividade da licitação. **A constituição de consórcio visa, em última instância, a junção de esforços de 2 (duas) ou mais empresas para realização de determinado empreendimento, objetivando, sob a ótica da Administração Pública, proporcionar a participação de um maior número de empresas na competição, quando constatado que grande parte delas não teria condições de participar isoladamente do certame.**”*

O mesmo Tribunal de Contas da União através do Acórdão 1672/2006 determinou a necessidade de permitir-se o consórcio quanto o contrário representar severa restrição à competitividade do certame:

“ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão do Plenário, diante das razões expostas pelo Relator, e com fundamento nos artigos 113, § 1º, da Lei nº 8.666/93; 43 da Lei nº 8.443/92 e 237 e 276 do Regimento Interno/TCU, em:

(...)

9.1.4. permitir o consórcio, quando o contrário representar restrição à competitividade do certame, em observância ao art. 3º, § 1º, I, da Lei n.º 8.666/93;”

O professor Marçal Justen Filho⁴, ao comentar o inciso I, artigo 3º, da Lei n.º. 8.666/93, em sua obra “Comentários a Lei de Licitações e Contratos Administrativos” dispõe da seguinte forma:

“Veda-se cláusula 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 o interesse público, nenhuma irregularidade existirá em sua previsão. Terão de ser analisados conjuntamente a cláusula restritiva e o objeto da licitação. A invalidade não reside na restrição em si, mas na incompatibilidade dessa restrição com o objeto da licitação.”

Não é demais repetir, como já salientado por esta Licitante, que este item não se coaduna com a situação atual do mercado de telecomunicações, contrariando os termos da Lei n.º. 8.666/1993, que estabelece claramente a necessidade de estrita observância ao princípio da competitividade. Vejamos:

³ Tribunal de Contas da União, Acórdão 2295/2005 – Plenário.

⁴ FILHO, Marçal Justen, *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos* 11ª Ed., Editora Dialética.

“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.

§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;”.

Não há dúvida, portanto, que este item contraria a legislação aplicável, devendo ser excluído, como a Oi requer nesta oportunidade.

DO PEDIDO

Deste modo, em conformidade com a norma prescrita no artigo 3º, da Lei n.º. 8.666/93, que assim determina:

“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 lhe são correlatos. (...)”

É justamente fundada nesse espírito da supremacia do interesse público e da busca da melhor e mais vantajosa proposta para a contratação com a Administração que a Lei n.º. 8.666/1993 prevê em seu artigo 3º, inciso I, § 1º que:

§ 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;”

E segundo o art. 6º da Lei n.º. 9.472/1997 (Lei Geral de Telecomunicações), 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.

Jessé Torres Pereira Junior⁵ destaca que a nenhum servidor da Administração Pública é dado, por qualquer modo, violar o caráter competitivo da licitação, pois este é da sua essência, é a sua razão de existir.

Ora, se o objetivo precípuo da Administração Pública ao realizar o procedimento licitatório é realizar a melhor contratação possível, não há dúvida de que tal contratação somente será possível uma vez permitida a participação de maior número de licitantes e o oferecimento de maior número de propostas, em fomento à competição.

Deve-se ter em mente que a busca de maior ganho ou proveito na licitação (para a satisfação do interesse público mediante a execução do contrato) pressupõe, necessariamente, a mais ampla competitividade entre aqueles que pretendem contratar com a Administração.

As exigências verificadas no Edital dificultam a participação competitiva da ora licitante neste procedimento, o que prejudicará principalmente à Administração Pública, que estará impedida de receber maior número de propostas e, possivelmente, de celebrar uma melhor contratação.

Ao se admitir esta despropositada restrição, sem qualquer respaldo legal, técnico, econômico ou de qualquer outra espécie, se estaria privilegiando a pura forma, em detrimento da essência da qualidade e economicidade do serviço a ser contratado.

Assim, ao fazer constar obrigação editalícia que não poderá ser cumprida por nenhuma empresa, a Contratada está afrontando a Lei 8.666/93, de 21 de junho de 1993, norma máxima reguladora de todo de qualquer procedimento licitatório, mais especificadamente o seu artigo 3º, *caput* e § 1º inciso I.

Ou seja, a Lei de Licitações veda a existência de cláusulas ou condições no edital que prejudiquem a competição, frustrando a finalidade do procedimento licitatório que é a contratação da proposta mais vantajosa para o Poder Público, com plena observância do princípio da isonomia.

Nesse sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello, (*in* CURSO DE DIREITO ADMINISTRATIVO. 11ª edição. São Paulo: Malheiros. p. 417), ressalta:

“Podem ser mencionados os seguintes vícios ensejadores de nulidade do edital:

*a) indicação defeituosa do objeto ou delimitação incorreta do universo de propostas – por ser imprecisa e obscura a identificação do objeto, impedindo seu exato reconhecimento, ou por inadequada especificação dele. Isto ocorrerá quando a especificação for insuficiente, tornando incotejáveis as propostas, **ou quando for excessiva, de molde a alijar discriminatoriamente concorrentes em benefício de alguns ou de algum interessado.** Nestes últimos casos haverá defeito na delimitação do universo de propostas admissíveis;”*

Neste sentido veja-se a lição da mais abalizada doutrina brasileira sobre o assunto⁶:

⁵ JUNIOR, Jessé Torres Pereira, *Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública*, 6ª. ed., Rio de Janeiro - São Paulo: Renovar, 2003, página 56.

“O edital também pode ser viciado por defeitos na disciplina adotada. Isso se verificará quando inexistir vínculo entre as exigências ou as opções contidas no edital e o interesse público concretamente identificável na hipótese. Isso se passa, fundamentalmente, nos casos de:

a) exigência incompatível com o sistema jurídico:

b) desnecessidade da exigência:

c) inadequação da opção exercitada no ato convocatório relativamente ao objeto da licitação.

O edital deverá subordinar-se aos preceitos constitucionais e legais. Não poderá conter proibições ou exigências que eliminem o exercício do direito de licitar, importem distinções indevidas ou acarretem preferências arbitrárias. Toda exigência formal ou material prevista no edital tem função instrumental. Nenhuma exigência se justifica por si própria. O requisito previsto no edital se identifica como instrumento de assegurar (ou reduzir o risco de não se obter) o interesse público. Assim, o interesse público concreto a que se orienta a licitação se identifica como o “fim” a ser atingido. Todas as exigências se caracterizam como “meios” de conseguir aquele fim. Logo, a inexistência de vínculo lógico entre a exigência e o fim acarreta a invalidade daquela. Somente se admite a previsão de exigência se ela for qualificável, em um juízo lógico, como necessária à consecução do ‘fim’.”

O antigo Tribunal Federal de Recursos igualmente entendia que ‘não cabem prevalecer cláusulas contidas em edital de processo licitatório que visem a limitar o número de concorrentes, por força de exigências não autorizadas no ordenamento específico, cuja a inspiração é de permitir ampla oportunidade a todos os que estejam capacitados à execução do trabalho.’”

É incontestável que a opção tomada pelo administrador público na presente hipótese não resguarda o interesse público, na medida em que restringe a competição sem nenhuma justificativa.

Salientando o objetivo da Administração Pública de realizar a melhor contratação possível e de, para tanto, ser necessária a participação de maior número possível de licitantes, o Superior Tribunal de Justiça assim decidiu:

“RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. MODALIDADE. PREGÃO ELETRÔNICO. REVOGAÇÃO. AUSÊNCIA DE COMPETITIVIDADE. POSSIBILIDADE. DEVIDO PROCESSO LEGAL. OBSERVÂNCIA. RECURSO DESPROVIDO.

(...)

8. A participação de um único licitante no procedimento licitatório configura falta de competitividade, o que autoriza a revogação do certame. Isso, porque uma das finalidades da licitação é a obtenção da melhor proposta, com mais vantagens e prestações menos

⁶ Marçal Justen Filho, *In Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 7ª ed. São Paulo: Dialética, 2000, p. 416.

onerosas para a Administração, em uma relação de custo-benefício, de modo que deve ser garantida, para tanto, a participação do maior número de competidores possíveis.”.⁷

Assim, diante todo o exposto e visando unicamente garantir o atendimento aos princípios norteadores dos procedimentos licitatórios, requer que o Ilustre Departamento de Compras e Licitações acolha a presente Impugnação, promovendo a alteração e a conseqüente republicação do Edital.

Termos em que,
Pede deferimento.

Alfenas, 13 de junho de 2013

⁷ Superior Tribunal de Justiça, RMS 23360 / PR RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA 2006/0269845-7, Ministra Denise Arruda.