

**Ilmo. Sr. Pregoeiro da Agência Municipal de Regulação de Serviços Delegados de Maceió
- ARSER**

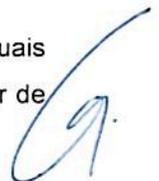
**Ref.: Impugnação aos termos do Edital do Pregão Eletrônico (SRP) nº 143/2018 –
CPL/ARSER**

Telemar Norte Leste S.A (Em Recuperação Judicial), sociedade anônima, 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/MF sob o nº 33.000.118/0001-79, doravante denominada "Oi", vem, por seu representante legal, com fulcro no art. 18 do Decreto n.º 5.450/2005, apresentar **Impugnação** aos termos do Edital em referência, pelas razões a seguir expostas:

Razões de Impugnação

A Agência Municipal de Regulação de Serviços Delegados de Maceió – ARSER instaurou procedimento licitatório na modalidade Pregão Eletrônico, registrado sob o n.º 143/2018, visando o *"registro de preço, para contratação, de empresa especializada em SERVIÇO de telecomunicação para fornecimento do serviço de links dedicados de conectividade com a Internet nas velocidades de 1 Gbps e 300 Mbps, já incluindo a infraestrutura de conectividade física e lógica, com a disponibilização de suporte completo para roteamento dos protocolos de IPV4 e IPV6 e velocidades simétricas para upstream e downstream e contratação de empresa para fornecimento e gerenciamento de SERVIÇO de segurança de rede com a alocação de solução integrada de software e hardware com funcionalidades de firewall, Controle de Aplicações, Proteção IPS, Proteção Antivírus, Antispyware, Antispam, Análise de Malwares Modernos, Filtro de URL, Controle de Transferência de Arquivos, Controle de Tráfego, Decriptografia SSL, Módulo VPN, filtro de conteúdo web, Serviços de Monitoramento de Disponibilidade e Performance, Gestão de Eventos de Segurança e Gerenciamento de Segurança de Rede, cujas especificações, quantitativos e condições gerais encontram-se detalhados no termo de referência (ANEXO I)."*

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 comprometidas 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

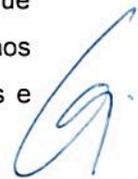
1. DA VEDAÇÃO DE PARTICIPAÇÃO DE LICITANTES EM REGIME DE CONSÓRCIO

O item 6.3, alínea "g" do Edital veda a participação de empresas que estejam constituídas em consórcio.

Primeiramente, cumpre elucidar algumas questões referentes ao mercado de telecomunicações. É cediço que no âmbito da oferta de serviços de telecomunicações, verifica-se a escassez de competitividade, predominando no mercado poucas empresas. Tal fenômeno caracteriza-se pela própria natureza do mercado em questão, ora a entrada de empresas que exploram tal serviço é restrita, haja vista a necessidade de grande aporte de capitais, instalação de infra-estruturais e dentre outros fatores que impedem a existência de um número razoável de empresas disponíveis para prestar o referido serviço.

Há ainda de se ressaltar que o desenvolvimento da economia amplamente globalizada implicou na formação de grupos econômicos em escala mundial, sendo o mercado de telecomunicações um dos grandes exemplos. A economia das grandes corporações reduziu ainda mais a oferta de serviços de telecomunicações, ocorrendo em escala global a aglomeração de companhias e formação de um mercado eminentemente oligopolista.

Traçadas as linhas gerais referentes ao mercado de telecomunicações, pode-se afirmar com convicção que as restrições de participação de empresas nas licitações devem ser, mais que em outros casos, muito bem justificadas e necessárias. Isto porque, em homenagem aos princípios da competitividade e isonomia, apenas se podem admitir as restrições objetivas e legítimas.



Nesse sentido, não pode prosperar a imposição editalícia de impedimento de participação de empresas em regime de consórcio. Tal determinação fulmina diretamente a competitividade do certame por não existir grande número de empresas qualificadas para prestação do serviço licitado e pela própria complexidade do objeto licitado. Ademais, verifica-se que o próprio artigo 33 da Lei n.º 8666/93 permite expressamente a participação de empresas em consórcio.

Corroborando tal entendimento, verifica-se a primorosa lição de Marçal Justen Filho sobre a permissão de consórcio na licitação. Se num primeiro momento a associação de empresas em consórcio pode gerar a diminuição da competitividade, em outras circunstâncias, como a do presente caso, pode ser um elemento que a garanta, senão vejamos:

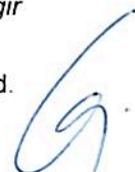
"Mas o consórcio também pode prestar-se a resultados positivos e compatíveis com a ordem jurídica. **Há hipóteses em que as circunstâncias do mercado e (ou) complexidade do objeto tornam problemática a competição.** Isso se passa quando grande quantidade de empresas, isoladamente, não dispuserem de condições para participar da licitação. **Nesse caso, o instituto do consórcio é via adequada para propiciar ampliação do universo de licitantes.** É usual que a Administração Pública apenas autorize a participação de empresas em consórcio quando as dimensões e 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 a licitação.**"¹ (grifo nosso)

Com espantosa precisão, o entendimento de Marçal Justen Filho subsume-se perfeitamente ao caso em questão. O mercado é naturalmente restrito e o objeto da licitação complexo a ponto de reduzir a participação de empresas, sendo a competitividade reduzida por essas características. Nesse sentido, a imposição de mais uma restrição apenas põe em risco o princípio da competitividade.

Assim, que se refere 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*

¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 14. Ed. São Paulo: Editora Dialética, 2010, p. 495.



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 atinentes à participação de empresas em consórcio nos certames

Nesse sentido, cumpres observar o que determina a Lei nº 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.

§ 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;”

Vale lembrar que dentre os Princípios da Administração, o da Legalidade é o mais importante e do qual decorrem os demais, por ser essência ao Estado de Direito e ao Estado Democrático de Direito. **Note que na atividade administrativa permite-se a atuação do agente público, apenas se concedida ou deferida por norma legal**, ao passo que ao particular é permitido fazer tudo quanto não estiver proibido pela lei. Toda atividade administrativa vincula-se a tal



princípio, que se encontra consagrado em nossa Constituição Federal (Art. 5º, II, XXXV e Art. 37).

Assim, quanto às particularidades do mercado de telecomunicações, pode-se afirmar que as restrições de participação de empresas nas licitações devem ser, mais que em outros casos, motivadas. Isto porque, em homenagem aos princípios da competitividade e isonomia, apenas se podem admitir as restrições objetivas e legítimas.

E, sempre em atenção à legislação que rege o setor de telecomunicações, é crime a prestação de serviço sem a competente e específica outorga.

Daí se tem:

(i) as empresas de grupos diferentes podem deter outorgas que se complementam para a prestação do serviço ora licitado, sem qualquer risco de prejuízo para o usuário e/ou interesse público, em localidades diversas do País, por exemplo;

(ii) a Oi associa-se à outras empresas (sob controle comum ou não) sempre que há a demanda por serviços ou projetos de grande complexidade em regiões diversificadas, e esta associação verifica-se também em outros grupos de empresas, e é perfeitamente legal.

Ora, mantida a restrição quanto ao formato da participação das empresas em consórcio, a Impugnante estará, juntamente com outras prestadoras de serviços de telecomunicações, prejudicada de participar desta competição! O licitante, nesta licitação, pode (e deve), com segurança, eficiência e vantajosidade, admitir a participação de empresas consorciadas, sem quaisquer limitações, como sempre o fez, **porque a associação de empresas pode representar a apresentação da melhor proposta para a Administração.**

Nesse sentido, cumpre trazer os seguintes entendimentos do TCU acerca da matéria:

“No entender da Unidade Técnica, não obstante constituir faculdade da Administração permitir ou não a participação de empresas em consórcio nas aludidas convocações, no presente caso, **a vedação teria ocorrido sem a adequada motivação, o que teria inviabilizado a participação de mais licitantes, em prejuízo do princípio da ampla competição.**” (Acórdão 59/2006 - Plenário)

“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 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. (...)** (Acórdão n.º 1.591/2005, Plenário, rel. Ministro Guilherme Palmeira) (grifo nosso)

Nota-se, tanto do entendimento doutrinário quanto jurisprudencial, que a permissão de consórcios nas licitações tem aspecto bifronte, podendo gerar ou restringir a competitividade. Não obstante, conforme se demonstrou acima, a formação de consórcios é medida válida e necessária, que irá beneficiar a Administração com o aumento da participação de empresas na licitação, aumentando a competição entre elas e reduzindo, inevitavelmente, o preço final da contratação.

Da mesma forma, não deve haver restrições quanto ao consórcio de empresas que sejam coligadas, controladoras e controladas. Isso porque, decorrente das particularidades do mercado e da economia globalizada, é comum a existência no âmbito das telecomunicações conglomerados econômicos que necessitam dessa ferramenta jurídica para participarem das licitações. Frise-se que muitas das vezes a prestação do serviço por empresa isolada não é o suficiente, necessitando da atuação em conjunto para a consecução do objeto da licitação.

Ante o exposto, de forma a possibilitar a participação de um maior número de empresas no certame, garantindo a sua competitividade e a busca pela proposta mais vantajosa à Administração Pública requer seja excluído o item 6.3, alínea "g" do Edital **para que seja permitida a participação em consórcio de empresas do mesmo grupo**, nos termos do art. 33 da Lei n.º 8.666/93.

2. POSSIBILIDADE DE SUBCONTRATAÇÃO DOS SERVIÇOS

Os itens 4.2 e 4.4 do Termo de Referência determinam que:

*"4.2. Não será permitida a subcontratação do serviço total ou em partes.
(lote 01)"*

*"4.4. Não será permitida a subcontratação do serviço total ou em partes.
(lote 02)"*

Já a Clausula III, parágrafo único da Minuta do Contrato estabelece que:



"Não será permitida a subcontratação do objeto deste Termo de Contrato, conforme definido no Termo de Referência (Anexo I do Edital do Pregão nº _____/2018- CPL/ARSER);"

Nesse sentido, cumpre trazer à colação a redação do artigo 72 da Lei n.º 8.666/93:

*"Art. 72. O contratado, na execução do contrato, sem prejuízo das responsabilidades contratuais e legais, poderá subcontratar **partes** da obra, **serviço** ou fornecimento, até o limite admitido, em cada caso, pela Administração." (grifo nosso)*

Ora, além da Lei prever que a Administração permita ao ente privado, que queira contratar consigo, subcontratar apenas partes dos serviços, tem-se que essas fases ou etapas devem se remeter à atividade meio do serviço licitado, **sendo vedada a subcontratação do serviço todo ou a atividade fim que a Administração está a licitar**, tendo em vista a análise dos critérios de habilitação para que a Administração contrate um ente privado realmente idôneo.

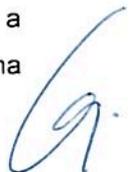
Nesse sentido é a lição de MARÇAL JUSTEN FILHO acerca da subcontratação:

*"A hipótese torna-se cabível, por exemplo, quando o objeto licitado comporta uma execução complexa, em que algumas fases, etapas ou aspectos apresentam grande simplicidade e possam ser desempenhados por terceiros sem que isso acarrete prejuízo. A evolução dos princípios organizacionais produziu o fenômeno denominado de 'terceirização', que deriva dos princípios da especialização e da concentração das atividades. **Em vez de desempenhar integralmente todos os ângulos de uma atividade, as empresas tornam-se especialistas em certos setores.**". [Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Dialética, 12ª edição, p.757] (grifamos)*

Assim, está ratificada a impossibilidade da subcontratação, pela Contratada, de serviço ou atividade fim.

Neste diapasão, cumpre colacionar jurisprudência do TCU com o mesmo entendimento:

"É ilegal e inconstitucional a sub-rogação da figura da contratada ou a divisão das responsabilidades por elas assumidas, ainda que de forma



solidária, por contrariar os princípios constitucionais da moralidade e da eficiência.” (Acórdão nº 3.475/2006, 1ª C., rel. Min. Marcos Bemquerer)

“(…) firmar o entendimento de que, em contratos administrativos, é ilegal e inconstitucional a sub-rogação da figura da contratada ou a divisão das responsabilidades por elas assumidas, ainda que de forma solidária, por contrariar os princípios constitucionais da moralidade e da eficiência (art. 37, caput, da Constituição Federal), o princípio da supremacia do interesse público, o dever geral de licitar (art. 37, XXI, da Constituição) e os arts. 2º, 72 e 78, inciso VI, da Lei 8.666/96.” (Acórdão nº 909/2003, Plenário, rel. Min. Augusto Sherman Cavalcanti)

Todavia, deve-se solicitar a alteração dos itens 4.2 e 4.4 do Termo de Referência e da Clausula III, parágrafo único da Minuta do Contrato, para que fique expressa a vedação à subcontratação total ou parcial de serviços de telecomunicações, podendo haver a subcontratação da atividade meio, nos termos do art. 72 da Lei n.º 8.666/93.

DOS ASPECTOS TÉCNICOS

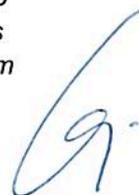
Da análise das especificações técnicas e comerciais, sobrevieram imperfeições que incidirão diretamente na execução do contrato. Há também a necessidade de flexibilização de algumas exigências para que se possa atingir o melhor preço da proposta, beneficiando a Administração Pública com a prestação de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

3. DA GESTÃO DOS EQUIPAMENTOS

Item 10.5 – Gestão dos Equipamentos e Serviço de Segurança da Informação

Do Backup de Configuração e Logs de equipamentos de Rede:

“10.5.18. A equipe de Gestão de Segurança deverá realizar a manutenção do backup de configurações e logs de todos os equipamentos e elementos da rede (APs, Switches, Roteadores, Firewalls, Metro ethernet, IP, etc) com frequência mínima de acordo com a política de gestão de segurança;”



A especificação de elementos de rede como APs (Access Points) e Switches não estão contemplados no objeto deste edital, e itens como Roteadores, Metro Ethernet e IP não fazem parte do escopo do Lote 2 (Solução de Segurança), que trata especificamente de solução integrada de software e hardware com funcionalidades de firewall

Assim, não resta dúvida quanto a exigência excessiva desse item, dessa forma solicitamos o ajuste com a remoção dos itens que não estejam em conformidade com o objeto do edital e com o respectivo lote associado

4. Dos LOGS

Item 10.7 – Relatórios e Visibilidade

Do Backup e Armazenamento dos Logs:

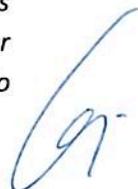
“10.7.13. É de responsabilidade da contratada o backup e armazenamento dos logs pelo período de 05 (cinco) anos, obedecendo o Marco Civil da Internet;”

A ausência da informação do tamanho dos Logs de eventos da solução integrada de software e hardware com funcionalidades de firewall, não garante o princípio da isonomia entre as propostas a serem apresentadas, pois para a formação de preços faz-se necessário definir o tamanho da área necessária para os armazenamento dos respectivos Logs.

Desta forma solicitamos o ajuste do Termo de Referência com a informação do tamanho dos Logs de eventos da solução integrada de software e hardware, visando facilitar a comparação das propostas e deixar equalizada para todas as licitantes a forma de precificação, o que também irá trazer uma maior economicidade ao certame.

5. DOS EVENTOS

“10.5.5. Atuar, de forma proativa, no monitoramento e gestão de eventos de segurança 24x7, para detectar precocemente incidentes e mitigar possíveis vulnerabilidades e/ou ataques que a contratante esteja sofrendo naquele momento;”



Em análise ao item acima identificamos exigência excessiva quanto ao monitoramento e gestão de eventos.

O item descreve de forma abrangente, atribuindo toda a responsabilidade da detecção e mitigação das vulnerabilidades e/ou ataques. Porém, não define de forma clara quais eventos deverão ser mitigados.

Acontece que nem sempre tais eventos estão relacionados ao escopo dos serviços ora licitados, o que torna-se indevida tal atribuição de imputação.

Diante disso, requer-se que sejam especificados os eventos sobre os quais a CONTRATADA terá responsabilidade e/ou especifique que tais eventos estejam restritos apenas ao que limita-se os serviços prestados nesta contratação.

6. DOS INCIDENTES DE SEGURANÇA

“10.5.20.3. Solucionar incidentes de segurança ocorridos na rede, provendo suporte técnico;”

Da mesma forma, como exposto no quesito anterior, identificamos exigência excessiva quanto ao suporte técnico dos incidentes de segurança.

O item descreve de forma abrangente, atribuindo toda a responsabilidade da solução de incidentes de segurança ocorridos na rede. Porém, não define de forma clara quais incidentes deverão ser solucionados.

Acontece que nem sempre tais incidentes estão relacionados ao escopo dos serviços ora licitados, o que torna-se indevida tal atribuição de imputação.

Diante disso, requer-se que sejam especificados os incidentes sobre os quais a CONTRATADA terá responsabilidade na solução e/ou especifique que tais incidentes estejam restritos apenas ao que limita-se os serviços prestados nesta contratação.

7. DA IMPLANTAÇÃO

“9.4.1.2. O período de implantação total dos links de acesso à Internet elencados no Plano de Implantação será de 30 dias a partir da sua entrega formal pela CONTRATADA:”



O item 9.4.1.2 do Termo de Referência do Edital trata do prazo de implantação.

Em análise ao disposto identificamos exigência excessiva.

Para a ativação dos links de Internet se faz necessária aquisição de equipamentos roteadores, os quais são importados e com isso, muitas vezes ocorrem atrasos de entrega devido à alfandega. Além disso, deverão ser instalados em fibra óptica, o que requer a implantação de projetos de lançamento de cabo.

Diante de todos esses fatos o prazo previsto neste item é exíguo. Portanto, solicitamos que o mesmo seja revisto, sendo de até 70 dias.

Pedido

Para garantir o atendimento aos princípios norteadores dos procedimentos licitatórios, a Oi, requer que V. S^a 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.

Maceió – AL, 15 de fevereiro de 2019.



Genilson Vinhas Batista
Executivo de Negócios
CPF: 346.443.341-20
RG: 467.188 –SSP MT