

TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DO RIO GRANDE DO NORTE
COMISSÃO DE PREGÃO

Pregão Eletrônico nº 30/2020
Procedimento Administrativo Eletrônico nº: 3633/2020

JULGAMENTO DE IMPUGNAÇÃO AO EDITAL
DO PREGÃO ELETRÔNICO Nº 30/2020

1. Trata-se do julgamento da peça impugnatória interposta pela empresa **TELEMAR NORTE LESTE S/A**, CNPJ 33.000.118/0001-79, contra o Edital do aludido Pregão Eletrônico, que objetiva a contratação de serviços de implantação, operação, manutenção e gerência da rede de comunicação multimídia (*backbone secundário*) do Tribunal Regional Eleitoral do Rio Grande do Norte.

2. Admissível a impugnação posto que atendido o subitem 10.1 do edital.

3. A impugnante questiona os pontos do edital/Termo de Referência listados adiante, os quais serão respondidos logo em seguida, adotando-se como resposta a informação da Seção de Licitações e Contratos -SELIC, unidade técnica do TRE-RN que elaborou a minuta do instrumento convocatório e da Seção de Redes e Infraestrutura - SRI, que elaborou o Termo de Referência.

4. DOS PRAZOS PREVISTOS NO EDITAL, Cita a impugnante:

“Do Item 1.3.3.2.1.1. D+30 dias – 50% das conexões entregues e disponibilização integral do sistema de monitoramento;”

“1.3.2.1. A(s) CONTRATADA(S) deverá(ão) apresentar, em até 3 (três) dias úteis após a assinatura do contrato com o TRE-RN, um plano de implantação dos serviços, que deverá contemplar os seguintes requisitos”

Considerando a grave situação de pandemia que vivemos o prazo estipulado no item 1.3.3.2.1.1 é demasiadamente exíguo para a instalação dos meios de acesso de última milha, realização da infraestrutura de rede interna, importação dos roteadores e ativação dos serviços, tendendo a limitar a participação somente da empresa atual prestadora do serviço. Assim, solicitamos que a 50% das conexões sejam entregues em até 60 dias após a data de aceitação do plano de implantação e 100% das conexões em até 90 dias após aceitação do plano de implantação.

O prazo de apresentação do plano de implantação exigido, também, é inexecutável. Já que para a elaboração do plano de implantação é necessário a realização de vários procedimentos internos das

empresas para a internalização do contrato e acionamento das equipes de implantação/entrega envolvidas. Dessa forma, solicitamos alteração do prazo de elaboração do plano de implantação para pelo menos 10 (dez) dias após a assinatura do contrato.

Ora, nos termos do § 1º, inc. I, do art. 3º da Lei 8666/1993 é vedado aos agentes públicos “admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo (...)”, o que inclui o prazo de ativação dos serviços. A ampliação do prazo para instalação irá proporcionar uma participação mais ampla de empresas interessadas, com a consequente seleção da proposta mais vantajosa proporcionando assim, maior competitividade, por conseguinte maior economicidade à Administração Pública. Sendo assim, requer-se a alteração do prazo para, no mínimo, 60 (sessenta) dias corridos, permitindo-se a participação ampla no certame e afastando-se o risco de inadimplemento”.

5. Na ocasião, a Seção de Redes e Infraestrutura - SRI, instada a manifestar-se, por se tratar de questão de cunho eminentemente técnico, de conhecimento restrito aos profissionais da área, respondeu que:

“Durante a elaboração do Termo de Referência, a equipe de planejamento levou em consideração todos os aspectos que possam impactar os prazos de instalação e operação dos enlaces, chegando a conclusão que D+30 seria suficiente para entrega de 50% dos enlaces e D+60 para entrega dos demais, não havendo assim razão para alteração dos prazos estipulados, uma vez que a CONTRATADA poderá optar em entregar inicialmente os enlaces de instalação mais simples, deixando os locais mais remotos e/ou mais complexos para a segunda etapa.”

6. DA SUBCONTRATAÇÃO, cita a impugnante:

“O item 1.2, descreve que: “Não será permitida a subcontratação, exceto para serviços de reparo emergencial, previstos no Termo de Referência.”

No portal ComprasNet foi publicado resposta de questionamento em 17/06/2020 às 13:35:21, informando que:

“O item 4.1.9 do TR não prevê que hajam subcontratadas, ele apenas menciona que na possibilidade de subcontratação, as mesmas devem ser identificadas, no entanto, o edital proíbe a subcontratação no todo ou em parte, dos serviços objeto deste certame licitatório, conforme item 1.2, não sendo permitida, portanto, subcontratação no caso da última milha. De todo modo, o item 4.1.9 foi revisado, na nova versão do TR. (Grifo nosso)”

O edital e os questionamentos vetam de forma tácita a realização de subcontratação, inclusive de última milha.

A subcontratação de última milha é prática comum de mercado, não eximindo a responsabilidade da licitante. Além disso é regulamentada pela Anatel(...)

Portanto, de acordo com as Resoluções da ANATEL, quando a Prestadora contrata de terceiros a chamada “última milha”, este trecho é considerado como parte integrante de sua própria rede e a responsabilidade pela prestação do serviço será inteiramente da Prestadora. Sendo assim, a execução do serviço não será “repassado” para um terceiro subcontratado. 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.

(...)

A disposição do item 1.2 do edital restringe a participação no certame de outras empresas que, mesmo possuindo rede na maior parte das localidades indicadas no edital, ainda assim necessitariam de utilizar da subcontratação da última milha para atender a toda a demanda, de forma que a restrição gerada limita de forma contundente e desnecessária a possibilidade dessa subcontratação essencial.

Portanto, diversas empresas que poderiam trazer uma economia substancial para a administração pública, com tecnologias e preços competitivos ficam prejudicadas pelo excesso de rigor do edital, dificultando que a Administração Pública selecione a proposta mais vantajosa. Desta forma, com base na Regulamentação da ANATEL e tendo em vista a preservação da competitividade, seleção da proposta mais vantajosa para a Administração e não favorecimento da atual prestadora do serviço, solicitamos a alteração do instrumento convocatório com a permissão da subcontratação do acesso de última milha desde que garantidos todos os requisitos de SLA previstos no Edital e seus anexos”.

7. Na ocasião, a Seção de Licitações e Contratos- SELIC instada a manifestar-se respondeu que:

“ (...)

2.1 QUANTO À PERMISSÃO DE SUBCONTRATAÇÃO:

2.1.1. Alegação da IMPUGNANTE:

A Impugnante menciona a resposta da Área Técnica deste TRE/RN relativa a esclarecimentos prestados acerca do Edital em tela, a saber:

“O item 1.2, descreve que: “Não será permitida a subcontratação, exceto para serviços de reparo emergencial, previstos no Termo de

Referência.” No portal ComprasNet foi publicado resposta de questionamento em 17/06/2020 às 13:35:21, informando que: “O item 4.1.9 do TR não prevê que hajam subcontratadas, ele apenas menciona que na possibilidade de subcontratação, as mesmas devem ser identificadas, no entanto, o edital proíbe a subcontratação no todo ou em parte, dos serviços objeto deste certame licitatório, conforme item 1.2, não sendo permitida, portanto, subcontratação no caso da última milha. De todo modo, o item 4.1.9 foi revisado, na nova versão do TR. (Grifo nosso)”

2.1.2. Entendimento da SELIC:

A Impugnante refere a subitens que, conforme esclarecimento feito pela Área Técnica deste TRE/RN e que foi destacado pela própria Impugnante, já foram revisados no texto mais recente do Edital publicado por este TRE/RN para a contratação em tela. De fato, os *subitens 1.2 e 4.1.10 permitem a subcontratação*, no entanto, o entendimento da Administração é que tal subcontratação só poderá ocorrer *para fins de reparos emergenciais*.

Assim, quanto à permissibilidade de subcontratação, a impugnação é IMPROCEDENTE, uma vez que essa possibilidade está prevista no Edital.

2.2. QUANTO AOS SERVIÇOS PASSÍVEIS DE SUBCONTRATAÇÃO:

2.2.1. Alegação da IMPUGNANTE:

A Impugnante alega que *"O edital e os questionamentos vetam de forma tácita a realização de subcontratação, inclusive de última milha"* e argumenta que a subcontratação da última milha é prática comum de mercado. Menciona, quanto a isso, trechos de regulamentações da ANATEL referentes à utilização de recursos de rede de outra operadora e de linhas dedicadas e argumenta que:

2.2.1 Entendimento da SELIC:

De pronto se verifica a incoerência da alegação, uma vez que a vedação de subcontratar está contida no Edital de forma explícita, sendo limitada pela Administração à realização de serviços emergenciais.

Convém lembrar que os contratos administrativos são realizados *"intuitu personae"* sendo inadmissível a subcontratação, exceto quando prevista em edital, consoante dispõe a Lei 8.666/1993:

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.

A realização de reparos emergenciais é, no caso presente, o limite que a Administração do TRE/RN admite para a realização de

subcontratação. Assim, o licitante vencedor que vier a contratar com o TRE/RN não poderá subcontratar salvo para reparos emergenciais para solucionar eventuais problemas durante a execução do contrato. Esta expressão deve ser lida e compreendida pelos licitantes em sua literalidade léxica mais básica: reparar é consertar e emergência é necessidade imediata.

Se, em algum momento durante a execução do contrato, a futura CONTRATADA necessitar de executar qualquer serviço por meio de subcontratação, deverá submeter a questão ao CONTRATANTE, nos termos do Edital: submetendo a necessidade ao CONTRATANTE, que poderá concordar, ou não, com o pedido frente ao caso concreto.

Em outras palavras, caso o CONTRATANTE não aquiesça com a alegada emergencialidade do fato, a CONTRATADA não poderá subcontratar e deverá ela mesma executar o serviço. Nesse sentido, dispõe o Termo de Referência (Anexo I do Edital), quanto às OBRIGAÇÕES DA CONTRATADA:

3.2.3. Abster-se de transferir direitos ou obrigações decorrentes da contratação sem a expressa concordância do CONTRATANTE.

[...]

3.2.8. Cumprir todas as obrigações constantes no Edital e seus anexos, assumindo como exclusivamente seus os riscos e as despesas decorrentes da boa e perfeita execução do objeto, cumprindo integralmente os requisitos estabelecidos ao longo deste Termo de Referência e do contrato celebrado entre as partes.

Alerta-se que as Cláusulas Editalícias não podem ser interpretadas isoladamente e que, diante da obrigatoriedade supra mencionada, é desnecessário que o Edital contenha um rol exaustivo de consertos emergenciais os quais serão assim considerados, a critério do CONTRATANTE, conforme já mencionado e nos termos do disposto no subitem 4.1.4 do Termo de Referência (Anexo I), *verbis*:

4.1.4. A equipe técnica do CONTRATANTE decidirá sobre as questões técnicas concernentes às especificações, inspeções, revisões e aceitações do trabalho. O CONTRATANTE nomeará, conforme julgar necessário, especialistas para o acompanhamento técnico dos trabalhos.

Assim, quanto à vedação tácita de subcontratação, a impugnação é IMPROCEDENTE, uma vez que a possibilidade de subcontratar está prevista no Edital, contudo, limitada à realização de serviços emergenciais, cuja necessidade de sua operacionalização será avaliada pelo CONTRATANTE, por sua equipe técnica, em cada caso concreto ocorrido durante a execução do contrato e decidirá quanto à emergencialidade do fato, permitindo, ou não a

subcontratação, cuja responsabilidade será sempre e integral da CONTRATADA.

2.3. QUANTO À VEDAÇÃO DE SUBCONTRATAÇÃO DA ÚLTIMA MILHA:

2.3.1. Alegação da IMPUGNANTE:

A Impugnante menciona normas da ANATEL referentes à subcontratação operada entre prestadoras na exploração de serviços de telecomunicações e afirma que, de acordo com a Agência Reguladora, os serviços referentes à última milha são considerados como prestados por ela mesma e sobre tais serviços a Prestadora assume total responsabilidade, nos seguintes termos:

"[...] de acordo com as Resoluções da ANATEL, quando a Prestadora contrata de terceiros a chamada "última milha", este trecho é considerado como parte integrante de sua própria rede e a responsabilidade pela prestação do serviço será inteiramente da Prestadora. Sendo assim, a execução do serviço não será "repassado" para um terceiro subcontratado. 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.

Além disso, com a permissão da subcontratação do acesso de última milha, haverá a possibilidade de participação de um maior número de operadoras ao certame, trazendo ganho real para o órgão, com o aumento da competitividade e consequente seleção de proposta mais vantajosa para a Administração, conforme prescrito no art. 3º da Lei 8.666/1993:

[...]"

2.3.1 Entendimento da SELIC:

"Last mile (tradução literal para última milha ou também último quilômetro) acontece na rede, quando por exemplo, uma operadora de telecomunicações é contratada mas não possui rede para entregar o serviço, então ela contrata a última milha de uma empresa que possua o meio físico ou faça isso através de conexões wireless". (disponível em <https://www.bbc.com/news/business-24763609>)

Após consultar a Área Técnica deste TRE acerca dessa contratação da "última milha" entendemos que o TRE/RN está contratando empresa que possa constituir a rede privada da Justiça Eleitoral, inclusive a última milha. A futura contratada disporá, segundo o edital de 30 (trinta) dias para entregar metade dos enlaces e mais 30 (trinta), no total de 60 (sessenta) dias para concluir os demais. A última milha, como refere aos enlaces mais remotos, poderá ser

concluída dentro dos 60 (sessenta) dias mencionados, pela própria contratada.

Assim, entendemos que a alegação da IMPUGNANTE é improcedente no que concerne à possibilidade de subcontratação da última milha. De fato, entendemos que se trata de subcontratação operacional vedada pela Administração do TRE/RN e deverá ser executada pela própria CONTRATADA.

Att.,

Eliane Nascimento de Melo Oliveira

Assistente III - SELIC/COLIC/SAOF

(84)3654-5253 ”

8. Ao final, a impugnante requer, em síntese, o julgamento da impugnação acolhendo-a e promovendo as alterações necessárias nos termos do Edital e seus anexos, bem como sua consequente republicação e suspensão da data de realização do certame.

9. Em vista do exposto, acolhendo as fundamentadas informações da SELIC e SRI, smj, acredita-se que as hipóteses ora questionadas não se mostraram suficientes para afrontarem disposições da lei de licitações, em especial o § 1º, inc. I, do art. 3º da Lei 8666/1993, posto que a administração “tem o poder-dever de exigir, em suas contratações, os requisitos considerados indispensáveis à boa e regular execução do objeto que constituirá encargo da futura contratada”, conforme entendimento no voto do relator do ACÓRDÃO Nº 445/2014 – TCU – Plenário.

DECISÃO

Considerando o disposto na Portaria nº 106/2020-DG, que designou os servidores para comporem a equipe única de pregão do TRE-RN, e com base no inciso II, do Art. 17, do Decreto 10.024/2019, bem como na informação da Seção de Licitações e Contratos-SELIC e Seção de Redes e Infraestrutura – SRI, decido conhecer da impugnação apresentada pela TELEMAR NORTE LESTE S/A, para no mérito negar-lhe provimento e manter o edital do Pregão Eletrônico nº 30-2020, nos termos que se encontra publicado.

Natal 29 de junho de 2020.

PEDRO SANCHO DE MEDEIROS

Pregoeiro