

**ILUSTRÍSSIMO SENHOR PREGOEIRO DA COMPANHIA DE DESENVOLVIMENTO DOS
VALES DO SÃO FRANCISCO E DO PARNAÍBA - CODEVASF**

Ref.: Pregão Eletrônico n.º 54/2013

A **EMPRESA BRASILEIRA DE TELECOMUNICAÇÕES S.A. – EMBRATEL**, CNPJ n.º 33.530.486/0001-29, com sede na Avenida Presidente Vargas n.º 1.012, Centro, Rio de Janeiro – RJ, por seu representante legal infra-assinado, vem, respeitosamente, à presença desse I. Pregoeiro, apresentar **PEDIDO DE ALTERAÇÃO DO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO**, com efeito de Impugnação, na hipótese de seu indeferimento, pelos fatos e fundamentos que passa a expor:

Da análise do edital em epígrafe observa-se que algumas disposições atentam contra os princípios da legalidade e da competitividade, possibilitando, desta feita, o afastamento de possíveis interessados no procedimento licitatório acima referido e, conseqüentemente, impedindo que a **CODEVASF** selecione e contrate a proposta mais vantajosa.

É com o objetivo de garantir a eficácia do certame, ao se observar os princípios mencionados anteriormente, que a licitante propõe as seguintes alterações do instrumento convocatório.

1 – DO PEDIDO DE EXCLUSÃO DO SUBITEM “A”, DO ITEM 1.10.1 DO ANEXO I –
ESPECIFICAÇÕES TÉCNICAS, RELATIVO AOS RELATÓRIOS DE DISPONIBILIDADE

Em relação ao Anexo I – Especificações Técnicas, item 1.10.1 subitem “a”, onde se lê: “ **Relatórios de Disponibilidade: devem ser emitidos mensalmente e apresentar informações diárias, semanais e mensais. Devem conter a análise de tendência quanto ao desempenho e à utilização dos recursos da rede...**”, entendemos que tal Relatório de Disponibilidade, por se referir a um índice com medição mensal, que dentro da normalidade deve ser sempre de 100%, precisa apresentar somente os eventos de indisponibilidade, e estes eventos podem ser demonstrados um a um através dos relatórios de todos os chamados abertos (pró-ativos ou não), sendo desnecessárias informações diárias e semanais (em razão de serem muito pouco alteradas). Complementando nosso entendimento, a linha de tendência de um Relatório de Disponibilidade deve sempre ser de 100% (alvo da disponibilidade do circuito), o que torna desnecessária a apresentação de tal linha dentro do índice de disponibilidade, por este motivo, solicitamos a flexibilização deste subitem, excluindo-se a

Embratel

análise de tendência e a apresentação de informações diárias e semanais e resumindo-se somente à informação mensal de disponibilidade, por entendermos ser desnecessário tal detalhamento e, também, por tornar o projeto mais oneroso.

2 – DAS SANÇÕES

Na Minuta do Contrato, anexa ao Edital referenciado, encontram-se descritos percentuais excessivos de multa. Frise-se que tais penalidades, no entanto, devem ser aplicadas sempre em conformidade com os princípios de razoabilidade e proporcionalidade, buscando seu único fim, que é o de ressarcir um dano causado, e não gerar o desequilíbrio do contrato.

Ademais, é incontroverso que a aplicação de multas de elevada monta é um fator preponderante no desequilíbrio econômico do contrato. Tal imposição deixa de ser interessante para a própria CODEVASF, uma vez que a assunção de riscos quẽ extrapolam os usualmente aplicados e razoáveis teria uma direta repercussão econômica nas propostas apresentadas pelos licitantes, já que uma parcela que compõe o valor da proposta é composta pela precificação do risco envolvido, sendo um tanto maior quanto maiores os riscos assumidos.

O aumento abusivo dos riscos para o particular quando da contratação dos serviços, ademais, pode acarretar maior repasse desse valor para a CODEVASF, sob a forma de preço, pois haveria um ônus muito grande a ser suportado somente pela futura contratada.

Portanto, conforme se verifica pela análise da Minuta do Contrato, subsiste a necessidade de alteração em sua redação, especificamente no que concerne à subcláusula 9.2, alíneas “b”, “d”, “e” e “f”, da forma descrita a seguir, para que essa CODEVASF não aplique critério demasiadamente oneroso para possível aplicação da multa naquelas hipóteses, o que não se mostra razoável, tendo em vista os percentuais fixados e os parâmetros adotados.

(Minuta do Contrato)

“9.1 Além do previsto no subitem anterior, pela inexecução total ou parcial do objeto do Contrato e pela verificação de quaisquer das situações previstas no art. 78, incisos I a XI da Lei nº 8.666/93, a administração poderá aplicar as seguintes penalidades, sem o prejuízo de outras:

b) Multa diária de 5% (cinco por cento) calculado sobre a parcela inadimplida, para circuito(s) de comunicação entregue(s) com atraso, até o limite de 30 (trinta) dias corridos, caracterizando inexecução parcial, a iniciar da data prevista para o aceite provisório;

d) Multa diária de 0,1% (um décimo por cento) do valor total mensal contratado, com base no art. 86 da Lei 8.666/93, em caso de atraso injustificado na apresentação do projeto executivo ou dos relatórios gerenciais previstos neste Termo. Em caso de atraso na entrega do projeto executivo e dos relatórios gerenciais, acima de 30 (trinta) dias corridos, será considerada inexecução parcial.

e) Multa de 5% (cinco por cento) do valor da parcela inadimplida, pelo não atingimento do Índice de Disponibilidade Mensal de qualquer dos circuitos de comunicação entregues e em funcionamento. Não alcançar o índice de Disponibilidade Mensal por 03 (três) meses consecutivos será considerado inexecução parcial;

f) A inexecução total dos serviços de comunicação de dados (Rede WAN), por parte da Contratada, deste instrumento, poderá ensejar a rescisão contratual, ou o acréscimo de aplicação da multa no percentual de 5% (cinco por cento) sobre o valor mensal contratado;”

Sendo certo, ademais, que estas alterações apenas adequarão a Minuta do Contrato aos usuais percentuais de penalidades praticadas em licitações semelhantes a seus prestadores de serviços, sem onerar indevidamente a oferta a ser apresentada, face o risco envolvido com este tipo de penalidade, na hipótese de impossibilidade de honrar a assinatura do contrato.

Destaca-se que a necessidade de se adequar as penalidades a serem aplicadas em caso de inexecução parcial ou total, aos princípios da Razoabilidade e Proporcionalidade é entendimento assentado dos Tribunais, conforme se observa na jurisprudência abaixo mencionada, do Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial nº 330.677-RS (2001/0091240-0):

“CONTRATO ADMINISTRATIVO. MULTA. MORA NA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS. REDUÇÃO. INOCORRÊNCIA DE INVASÃO DE COMPETÊNCIA ADMINISTRATIVA PELO JUDICIÁRIO. INTERPRETAÇÃO FINALÍSTICA DA LEI. APLICAÇÃO SUPLETIVA DA LEGISLAÇÃO CIVIL. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE.

Embratel

Na hermenêutica jurídica, o aplicador do direito deve se ater ao aspecto finalístico para saber o verdadeiro sentido e alcance da norma.

Os atos administrativos devem atender à sua finalidade, o que importa no dever de o Poder Judiciário estar sempre atento aos excessos da Administração, o que não implica em invasão de sua esfera de competência.

O art. 86 da Lei 8666/93, impõe multa administrativa pela mora no adimplemento do serviço contratado por meio de certame licitatório, o que não autoriza sua fixação em percentual exorbitante que importe em locupletamento ilícito dos órgãos públicos.

Possibilidade de aplicação supletiva das normas de direito privado aos contratos administrativos (art. 54, da Lei de Licitações).

Princípio da Razoabilidade.

Recurso Improvido."

Diante de todo o alegado, não restam dúvidas de que a penalidade elencadas no subitem acima mencionado devem ser calculado no percentual sugerido, atendendo, assim, aos critérios de razoabilidade e proporcionalidade, afastando a possibilidade de enriquecimento sem causa por parte da Contratante e de desequilíbrio econômico-financeiro do contrato. Além disso, a revisão do percentual da multa conforme o sugerido se torna imprescindível no presente caso, tendo em vista que os valores anteriormente constantes da Minuta do Contrato constituem um excesso por parte da CODEVASF, e ao mantê-los, estaria submetendo a Contratada não somente a uma penalização exorbitante, mas também a danos econômico-financeiros.

Além disso, a CODEVASF, ao basear as multas dispostas nos subitens 20.1 e 20.1.7 do Edital, apenas em critérios subjetivos e até mesmo frágeis, colocando em risco a segurança jurídica da relação contratual, deixa a futura contratada à mercê de um item genérico e também injusto, que não prestigia as peculiaridades de cada ocorrência, conforme foi feito na Minuta do Contrato, na qual foram devidamente especificadas, penalizando-a duplamente pela mesma ocorrência e, infringindo, não somente os princípios da legalidade e da proporcionalidade, mas também o princípio do "*non bis in idem*", uma vez que a atribuição de penalidade de mesma espécie (multa) à mesma conduta (infração a cláusula contratual) é vedada no Direito Administrativo.

Vale ressaltar, ainda, que as "tipificações" no Direito Administrativo não são tão rígidas quanto aquelas do Direito Penal, já que é permitida a atuação discricionária do gestor público na gradação das penas (menos graves até as mais graves), sopesando-se aspectos como: risco de dano iminente, a conduta omissiva/comissiva da contratada e a extensão do dano.

Embratel

Além disso, não se deve privilegiar determinadas premissas, de caráter muitas vezes exorbitantes e decorrentes da supremacia da Administração Pública em relação aos administrados, repita-se, afrontando-se os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade que devem sempre nortear os atos administrativos.

Pelos motivos apresentados acima, portanto, solicitamos, também, a exclusão dos subitens 20.1 e 20.1.7 do Edital, por comprometerem a segurança jurídica do futuro contrato, diante da incerteza e da fragilidade dos critérios que embasam a decisão administrativa, além da afronta aos já citados princípios da razoabilidade, proporcionalidade, do "*non bis in idem*" e, também, da legalidade.

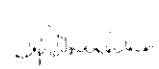
Por todo o exposto, requeremos o atendimento de todos os pleitos anteriormente destacados, sendo certo que tal medida encontra respaldo nos princípios da Legalidade, Isonomia, Ampla Competitividade e Razoabilidade, na forma do disposto na Lei 8.666/93.

2 – DA CONCLUSÃO E DO PEDIDO

Como resta demonstrado, a alteração do Edital é medida garantidora da legalidade da licitação, possibilitando à **CODEVASF** selecionar a proposta mais vantajosa para cada um dos serviços contratados, bem como do futuro contrato administrativo, por meio da correção das incoerências aqui apontadas. Ante o exposto, a fim de garantir o caráter equânime e competitivo da licitação, bem como a aplicação dos princípios da legalidade e da justa competição, requer a alteração do edital nos termos propostos acima. Ainda, na hipótese do I. Pregoeiro não acolher as presentes razões, digno-se a recebê-las como impugnação aos termos do edital, com efeito suspensivo, de acordo com o disposto na legislação vigente.

Atenciosamente,

Brasília, 26 de agosto de 2013.


ADRIANA MARIA DORIA ROCHA
Advogada
OAB/DF – 12246

Brasília, 28 de agosto de 2013

Processo: 59500.001856/2013-37
Da: Unidade de Infraestrutura e Tecnologia – AE/GTI/UIT
Para: Pregoeiro
Assunto: Impugnação ao Edital 54/2013 Pregão Eletrônico

Senhor Pregoeiro,

Trata o presente processo de pedido de alteração do instrumento convocatório com efeito de impugnação apresentado pela Empresa Brasileira de Telecomunicações S/A - EMBRATEL ao Edital 54/2013, pregão eletrônico do tipo menor preço por item, disputado em grupo único, visando a contratação de empresa especializada para a implantação de circuitos de comunicação, formando uma rede de serviços de telecomunicações, utilizando tecnologia MPLS (*Multi Protocol Label Switching*), com capacidade para prover tráfego de dados, voz e imagem, sendo denominada como **Rede WAN** (*Wide Area Network*), entre a Administração Central em Brasília/DF, envolvendo as 8 (oito) Superintendências Regionais e 3 Escritórios de Representação da CODEVASF, e serviço de gerência pró-ativa.

A impugnante requer exclusão do subitem “A”, do item 1.10.1 do Anexo I – especificações técnicas, relativo aos relatórios de disponibilidade, sob o argumento de que onerará o projeto, e ser desnecessário o detalhamento do relatório, pede excluir a análise de tendência e a apresentação de informações diárias e semanais.

Não entendemos que num projeto desse porte a elaboração e disponibilização de relatório(s) onerará(ão) o projeto. O recurso utilizado beneficiará todos os pontos da rede. A análise de tendência refere-se ao desempenho e utilização de recursos de rede. É importante conhecer e prever necessidades futuras em relação a utilização dos recursos de rede, a fim de antecipar providências a serem tomadas, evitando-se gargalos e prejuízos à qualidade do serviço. Ademais alterações na rede podem impactar em valor contratual e prazo para realização.

No tocante as sanções a impugnante afirma serem percentuais excessivos de multa e seja aplicado os princípios de razoabilidade e proporcionalidade, e que objetivo da sanção é ressarcir um dano causado, sem gerar desequilíbrio contratual. E requer alterações das alíneas “b”, “d”, “e” e “f” da subcláusula 9.2 da minuta de contrato.

As sanções foram objeto de matéria tratada em recursos anteriores, pela própria Embratel e Telemar, onde foi discutido a aplicação de multa citada no item 20.1 do Edital e mantida nos termos do referido Edital. Equivocadamente a minuta de contrato não foi alterada para a mesma redação do item 20.1 do Edital. Devem ser desconsiderados os itens 20.1.7 do Edital e o item 9.10 da minuta de contrato.

Cabe ressaltar a importância já destacada por esta Gerência de Tecnologia da Informação que depende do serviço ora licitado, “... a disponibilidade dos circuitos a ser cumprida pela contratada é de 99,7 % para a sede e 99,5 % para as demais localidades a ser

apurada por mês de faturamento, correspondendo ao limite de indisponibilidade de no máximo 2h10m e 3h36m respectivamente, considerando o mês de 30 dias.”

- “Serviço de telefonia Voip, permitindo ligações entre as unidades participantes da Rede WAN, localizadas em diferentes estados da Federação, sem custo junto às concessionárias de telefonia de longa distância (ligações interrurbanas);
- Serviço de videoconferência, permitindo a realização de reuniões virtuais voltadas à direção da empresa e áreas técnicas, possibilitando celeridade na tomada de decisão bem como economia significativa nos custos de viagens a serviço;
- Acesso à Internet por parte das unidades descentralizadas, cuja interrupção impossibilitará a realização de procedimentos junto a tribunais, serviços disponibilizados por entidades públicas e privadas, sistemas da Administração Pública Federal (SIAFI, SIAPE, etc), publicação e realização de certames licitatórios, dentre outros, com prejuízos para a administração cujo montante não pode ser antecipadamente determinado;
- Acesso aos sistemas corporativos da empresa, impossibilitando a realização de atividades rotineiras por parte das unidades descentralizadas, com a interrupção de processos de pagamento, concessão de viagens, elaboração de atos normativos e demais atividades operacionalizadas por meio dos sistemas de informação corporativos; e
- Acesso por parte das unidades descentralizadas aos serviços de correio eletrônico e informações contidas na Intranet da Codevasf.

A multa ora estabelecida é considerada abusiva pela impugnante, importa em um valor máximo diário de R\$ 6.024,00 (seis mil e vinte e quatro reais) em um valor mensal de R\$ 200.800,00 (duzentos mil e oitocentos reais), considerando-se o valor máximo estabelecido pela Codevasf a ser pago pelos serviços ora licitados.

Com referência ao afirmado pela impugnante que “... esta alteração apenas adequará o Edital aos usuais percentuais de penalidades praticadas em licitações semelhantes ...” informo que o contrato atualmente firmado para a prestação destes serviços decorrente do Edital 28/2010 prevê a aplicação de multa nos mesmos percentuais e parâmetros adotados no edital em questão. Na oportunidade participaram deste certame as empresas: Brasil Telecom S/A; Empresa Brasileira de Telecomunicações S/A – EMBRATEL; Networld Provedor e Serviços de Internet Ltda ME; e Via Telecom S/A”

Conclui-se, pelo provimento parcial da impugnação mantendo-se a redação do item 1.10.1 das especificações técnicas, manter a redação de multa constante do item 20.1 do Edital, substituir a redação do item 9.2 da minuta de contrato pela redação do item 20.1 do Edital. E sejam desconsiderados os itens 20.1.7 do Edital e o item 9.10 da minuta de contrato.

Desta forma, submeto à V. Sa. os esclarecimentos referentes ao pedido de alteração do instrumento convocatório com efeito de impugnação apresentado pela Empresa Brasileira de Telecomunicações S/A - EMBRATEL ao Edital 54/2013, com provimento parcial e solicitar parecer da PR/AJ.

Atenciosamente,


André Luiz G. Moreira
Chefe da AE/GTI/UIT

Brasília, 28 de agosto de 2013

Processo: 59500.001856/2013-37
Do: Pregoeiro do Edital 54/2013
Para: PR/AJ
Assunto: Impugnação ao Edital

À PR/AJ,

Encaminho o presente processo para parecer.

Atenciosamente,

[Assinatura]
Túlio Ferreira Pinheiro
Chefe PR/AJ/UAA
OAB-DF nº 33.775

28 08 2013
11 20
Santana

1. Objeto - Trata-se de
impugnação ao Edital de
licitação nº 54/2013 e a
de certificação por meio de
exame parcial de Impugnação
nos termos da manifestação
de folhas 11/12.

Em 28/08/2013

[Assinatura]

Túlio Ferreira Pinheiro
Chefe PR/AJ/UAA
OAB-DF nº 33.775

28 08 13
[Assinatura]

11:55