

**AO****ILMO. SENHOR PREGOEIRO RESPONSÁVEL PELO PREGÃO ELETRÔNICO N.º 046/2009**

Companhia de Tecnologia da Informação do Estado de Minas Gerais - PRODEMGE

E-mail: [compras@prodemge.gov.br](mailto:compras@prodemge.gov.br)

Fax: (31) 3339-1252

**Ref:** EDITAL DO PREGÃO N.º 046/2009

**Koury Lopes Advogados** (“KLA”), Sociedade de Advogados regularmente inscrita no CNPJ/MF sob o n.º 04.523.178/0001-78, com sede na Avenida Faria Lima, n.º 1355, 18º andar, cidade de São Paulo, Estado de São Paulo, vem, por meio de seus representantes, tempestivamente, com fundamento no artigo 11 do Decreto Estadual nº 44.786/2008 e na Cláusula 15.2. do Edital de Licitação, oferecer a presente **I M P U G N A Ç Ã O** em face de irregularidades constantes do instrumento convocatório do Pregão n.º 046/2009 e seus Anexos (“Pregão”), apresentando, para tanto as razões que a fundamentam.

### **RAZÕES DA IMPUGNAÇÃO**

KLA vem à presença de V.Sa. apontar certas irregularidades observadas no edital do Pregão (“Edital de Licitação”) e seus Anexos que, caso não sejam sanadas, inviabilizam o regular prosseguimento do presente procedimento licitatório.

## I. DOS FATOS

1. Em 19 de novembro de 2009, a Companhia de Tecnologia da Informação do Estado de Minas Gerais – Prodemge (“PRODEMGE”) divulgou o Edital de Licitação, na modalidade pregão eletrônico, visando o registro de preços para a *“prestação de serviços de telecomunicações necessários à implantação, operação, manutenção e gerenciamento de rede IP multisserviços abrangendo o estado de Minas Gerais e pontos nas cidades de São Paulo, Brasília e Rio de Janeiro, bem como de serviços de valor adicionado de acesso Internet e de Trânsito Internet.”*

2. Inicialmente, ficou estabelecido que a data para a realização do pregão seria o dia 02 de dezembro de 2009, razão pela qual em 24 de novembro de 2009, o KLA apresentou petição ao Ilustríssimo Senhor Pregoeiro, com alguns pedidos de esclarecimento quanto aos termos do Edital.

3. Ato contínuo, em 26 de novembro de 2009, foi publicado aviso, oportunidade e que restou determinada a reabertura de prazo do Pregão, que agora ocorrerá no dia 09 de dezembro de 2009, bem como disponibilizada uma versão retificada do Edital de Licitação.

4. Em que pese a nova versão do instrumento convocatório tenha acolhido algumas questões levantadas pelo KLA em seu pedido de esclarecimentos, bem como introduzido determinadas alterações, o mesmo ainda contém exigências que não se coadunam com os Princípios norteadores de qualquer procedimento licitatório e não só restringirão a competição no certame, como também trazem um risco técnico em caso de contratação devido à falta de clareza de seus termos, conforme veremos de maneira pontual nas linhas seguintes, motivo pelo qual se faz necessária a sua impugnação. Senão vejamos:

## II. AS RESTRIÇÕES TÉCNICAS INJUSTIFICADAS

### 1) Edital – Item 7.4 – Qualificação Técnica

5. Da análise do descritivo técnico do Lote 6 (Anexo A, termo de referência, páginas 68 e 69) fica patente a especificação de um serviço de telecomunicações para atendimento ao perfil III.

6. Além disso, pela leitura da minuta de contrato apresentada para este mesmo Lote 6, percebe-se, em sua cláusula primeira, que o seu objeto é *“a Prestação de Serviços de Telecomunicações necessários à implantação, operação, manutenção e gerenciamento de Rede IP Multisserviços abrangendo o Estado de Minas Gerais...”*.
7. Finalmente, a página 38 do Anexo A, no seu item 7.1.4 menciona *“Para efeito de dimensionamento dos recursos de telecomunicações envolvidos na prestação dos serviços vinculados ao PERFIL III, ...”*. Ou seja, o atendimento ao perfil III implica na prestação de um serviço de telecomunicações.
8. Por outro lado, o item 7.4.2 do Edital exonera os licitantes de apresentarem uma concessão ou autorização emitida pela Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel (*“ANATEL”*) para a prestação dos serviços do Lote 6.
9. No entendimento do KLA, já manifestado em seu pedido de esclarecimentos, não cabe à PRODEMGE deliberar sobre a necessidade ou não de concessão ou autorização da ANATEL para a prestação de um serviço de telecomunicações. Os serviços descritos no Lote 6 NÃO podem ser prestados por uma empresa que não detenha tal concessão ou autorização, na medida em que a ANATEL é o órgão governamental responsável para avaliar a capacidade de uma empresa prestar ou não serviços de telecomunicação e, se uma licitante não detiver essa licença/autorização, está impedida de prestar serviços das telecomunicações.
10. Ora, caso a Administração permita que uma empresa que NÃO detém a autorização da ANATEL participe do certame para prestação de um serviço de telecomunicações que dará base ao serviço de valor adicionado de conectividade à *internet*, estará ela violando princípios basilares que regem os procedimentos licitatórios, a saber, da Legalidade, da Vinculação ao Instrumento de Convocação e da *“segurança na contratação”*, este último previsto no artigo 4º, Parágrafo Único do Decreto nº 3.555/00.
11. KLA levantou esse ponto em seu pedido de esclarecimentos, tendo a PRODEMGE se limitado a dizer que *“tecnicamente a interpretação do mesmo deveria ser a seguinte: ‘A licitante vencedora do lote 6 é quem deverá exigir a comprovação da concessão / autorização da ANATEL emitida em favor dos seus fornecedores, quando for o caso.’”*

12. Ora, ao responder esse item, a PRODEMGE reconhece que os serviços que lhe serão prestados com relação a esse lote incluem SIM os serviços de telecomunicações e, por consequência, reconhece a ilegalidade de sua prática de não exigência de uma comprovação técnica indispensável para a segurança da contratação, confrontando o princípio da Legalidade, visto que a própria legislação de telecomunicações assim exige e, especialmente o de Vinculação Instrumento de Convocação, que prévia e expressamente já determinou o objeto a ser contratado, conforme Minuta do Contrato - Anexo C ao Edital, a saber:

*“O presente contrato tem por objeto a Prestação de Serviços de Telecomunicações necessários à implantação, operação, manutenção e gerenciamento de Rede IP Multisserviços abrangendo o Estado de Minas Gerais e pontos nas cidades de São Paulo, Brasília e Rio de Janeiro (somente Lote 4), bem como de serviços de valor adicionado de Acesso Internet e de Trânsito Internet (somente Lote 1), além de fornecimento de informações para a administração integrada do Contrato (“Serviços”), de acordo com o Termo de Referência e as especificações e detalhamentos consignados no Anexo A do Edital do Pregão Presencial n°. 046/2009”.*

13. Nos termos da Legislação de Telecomunicações, Lei 9.472/97, serviço de telecomunicações e serviço de valor adicionado (“SVA”) são atividades distintas e complementares, devidamente tipificadas nos artigos 60 e 61 da lei, *in verbis*:

*“Art. 60. Serviço de telecomunicações é o conjunto de atividades que possibilita a oferta de telecomunicação.*

*§ 1º Telecomunicação é a transmissão, emissão ou recepção, por fio, radioeletricidade, meios ópticos ou qualquer outro processo eletromagnético, de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza. ...”*

*“Art. 61. Serviço de valor adicionado é a atividade que acrescenta, a um serviço de telecomunicações que lhe dá suporte e com o qual não se confunde, novas utilidades relacionadas ao acesso, armazenamento, apresentação, movimentação ou recuperação de informações.*

*§ 1º Serviço de valor adicionado não constitui serviço de telecomunicações, classificando-se seu provedor como usuário do serviço de telecomunicações que lhe dá suporte, com os direitos e deveres inerentes a essa condição. ...”* (nossos grifos)

14. Como se pode perceber, tratou o legislador de separar as atividades, sendo certo que uma (SVA) só existe apoiada à outra (Serviço de Telecom), com a qual não se confunde, caracterizando-se a primeira como simples usuária da segunda, de modo a viabilizar a sua oferta, a qual pode estar relacionado com o acesso, o armazenamento, a apresentação, a movimentação ou a recuperação de informações.

15. Já, a conectividade à Internet, através da constituição de Rede Privativa Virtual (VPN), conforme especificações contidas no Lote 06 do instrumento convocatório consiste não apenas na oferta de conexão à rede mundial de computadores (Internet), mas logicamente na oferta do serviço de telecomunicações “que lhe dá suporte”, e sem o qual não existirá oferta da dita “conectividade”.

16. Ademais, a construção de VPNs (Redes Privativas Virtuais), mesmo que constituídas por meio de solução IP (i.e. opção tecnológica), caracteriza-se como atividade de telecomunicações e, portanto, depende de autorização de serviço outorgada pela Anatel.

17. Nesse sentido, requer o KLA que seja expedido um novo Edital e que no seu item 7.4.2., conste a obrigatoriedade de apresentação, por parte dos licitantes, de uma comprovação de que ele detém a autorização da ANATEL para a prestação dos serviços de telecomunicações objeto do Lote 6, como sendo a única forma de atender aos mencionados princípios de Direito Administrativo, bem como de sanar a patente ilegalidade constante de seu texto.

## 2) Sobre o Termo de Referência, Lote 8, Segmento Espacial

18. Pela leitura da especificação deste lote, fica claro que o objetivo da PRODEMGE é a contratação de segmento espacial. Entretanto, a especificação deste lote contém os seguintes itens:

- a) “Suficiente para a alocação de um canal de comunicação no sentido da Estação Central para as Estações Remotas “*Outbound*” de 130 Mbps e de até vinte canais de comunicação, perfazendo um canal de 80 Mbps.”
- b) “A cobertura do nível de sinal no Estado de Minas Gerais deverá ser suficiente para a operação da rede, a ser obtida com a utilização da banda anteriormente mencionada, com antenas de diâmetro máximo de 1,2 metros nas Estações Remotas”

19. Ora, o provedor de capacidade satelital apenas poderá garantir os parâmetros de potência e inclinação. Não cabe ao provedor de satélite garantir a capacidade de transmissão de *outbound* e *inbound* em Mbps e tampouco garantir que o atendimento se dê com antena de no máximo 1,2 metros de diâmetro nas estações remotas.
20. Estes resultados são decorrência dos parâmetros técnicos do satélite associados às características técnicas dos equipamentos a serem utilizados (*hub* e remotas) e somente podem ser verificados através da realização de cálculos de enlace.
21. Ressalte-se que a especificação técnica dos equipamentos satelitais (Lote 7) não apresenta os *requisitos* mínimos de relação sinal/ruído a serem exigidos dos equipamentos satelitais, desta forma é impossível garantir o atendimento aos requisitos “a” e “b” listados acima.
22. Esse questionamento foi feito pelo KLA em seu pedido de esclarecimentos, tendo V. Sa. se limitado a informar que as especificações constantes do Edital, somadas aos dados fornecidos pelos Lotes 7 e 8 e as respostas apresentadas na audiência pública de 22/10/2009 permitiria a realização dos cálculos necessários.
23. Dessa forma, com todo o respeito e acatamento, as respostas não tiveram o condão de solucionar a incongruência técnica existente do Edital e, bem assim, continuam vedando, injustificadamente, o atendimento do escopo da contratação por um provedor de capacidade satelital.
24. Diante do exposto, o KLA impugna os termos desta disposição, requerendo que V. Sa. altere a redação da especificação técnica deste lote 8, de forma a eliminar esta incongruência (garantia de capacidade de transmissão de *outbound* e *inbound* em Mbps e atendimento com antena de no máximo 1,2 metro de diâmetro) e permitir o atendimento por parte de um provedor de capacidade satelital, com a garantia de potência e inclinação.

### 3) A Ausência de Autorização da PRODEMGE para a contratação direta de capacidade satelital

25. O KLA verificou o website da Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL e, como não poderia deixar de ser, verificou que a PRODEMGE não detém autorização para a contratação direta de capacidade satelital.

26. Todavia, para que a PRODEMGE tenha acesso a uma capacidade satelital, nos moldes por ela almejados e conforme a especificação técnica descrita para o Anexo A – Termo de Referência da Minuta de Contrato do Lote 8 (Anexo C), é necessário que ela detenha a autorização prevista na Resolução nº 220/00 da Anatel.

27. Nesse sentido, não detendo ela a citada autorização e diante do escopo do Lote 8, faz-se imprescindível que a PRODEMGE contrate uma empresa com uma autorização da ANATEL para acessar capacidade satelital. No entanto, esta não é a especificação contida no item relativo ao Lote 8, ou seja, há clara dicotomia entre o que está sendo efetivamente licitado como lote único (considerada a especificação do referido lote pela PRODEMGE) e o que se pretende contratar e operar.

28. Tal situação dicotômica não deve prosperar, haja vista que os princípios licitatórios, em seu conjunto, estabelecem que, necessariamente, a contratação da Administração deve ser segura e a melhor possível. Os Princípios da Vinculação do Edital e do Formalismo, por sua vez, exigem que os requisitos sejam claros e específicos, viabilizando assim a apresentação de propostas factíveis pelos particulares. Tais princípios obrigam tanto o particular quanto a Administração, ou seja, o que está no edital deve ser observado por ambos.

29. Dessa forma, o KLA requer a re-elaboração do Anexo A – Termo de Referência da Minuta de Contrato do Lote 8 (Anexo C) e do próprio Edital, de forma a permitir a contratação nos moldes intentados pela PRODEMGE.

### 4) Sobre o documento “Contrato Rede IP\_Lote\_8\_18112009”

30. Este documento apresenta a minuta do futuro contrato a ser firmado entre a PRODEMGE e o Provedor de Capacidade Satelital (vencedor do Lote 8).

31. Esta minuta, nas suas cláusulas 11.5.1 e 11.5.1.1, estabelece multas por indisponibilidade do serviço.

32. Entretanto, inexistente na citada minuta qualquer previsão a respeito de como será apurada a indisponibilidade do serviço para o provimento de capacidade satelital, o que é de extrema relevância para o certame, na medida em que o seu uso está completamente vinculado aos equipamentos que serão fornecidos pelo ganhador do lote 7.

33. Em resposta ao questionamento do KLA, V. Sa. se limitou a informar que a forma de apuração da indisponibilidade do serviço relacionado ao lote 8 é prerrogativa da UGO. Ocorre que, em virtude do princípio da publicidade que rege as relações entre Administração e particulares, essa informação, essencial para a relação a ser estabelecida com o vencedor deste lote, deveria constar do Edital.

34. Nesse sentido, impugna os termos do Edital, para que nele passem a constar os critérios a serem utilizados pela Administração para apurar a indisponibilidade do serviço para o provimento da capacidade satelital, de maneira que a empresa escolhida para a prestação dos serviços almejados pela PRODEMGE não se sujeite a multas arbitrárias a lhe serem cominadas em virtude de uma “indisponibilidade” jamais definida.

#### **5) Sobre o documento “Contrato Rede IP\_Lote\_7\_18112009”**

35. Este documento apresenta a minuta do futuro contrato a ser firmado entre a PRODEMGE e o Provedor de Equipamentos Satelitais (vencedor do Lote 7).

36. Esta minuta, nas suas cláusulas 11.5.1 e 11.5.1.1, estabelece multas por indisponibilidade do serviço.

37. Ocorre que inexistente na citada minuta qualquer previsão a respeito de como será apurada a indisponibilidade do serviço para o provimento de capacidade satelital, o que é de extrema relevância para o certame, na medida em que o seu uso está completamente vinculado aos equipamentos que serão fornecidos pelo ganhador do lote 7.

38. Em resposta ao pedido de esclarecimentos do KLA, V. Sa. se limitou a indicar que a Cláusula 11.5.1.1 descreveria onde as citadas informações poderiam ser obtidas. Todavia,

mesmo diante de uma atenta leitura do quanto previsto na citada Cláusula, não foi resolvida a sua dúvida sobre a maneira pela qual a PRODEMGE apurará a indisponibilidade do serviço para o provimento de capacidade satelital.

39. Nesse sentido, impugna os termos do Edital, para que nele passem a constar os critérios a serem utilizados pela Administração para apurar a indisponibilidade do serviço para o provimento da capacidade satelital, de maneira que a empresa escolhida para a prestação dos serviços almejados pela PRODEMGE não se sujeite a multas arbitrárias a lhe serem cominadas em virtude de uma “indisponibilidade” jamais definida.

#### 6) Sobre o Termo de Referência, Lote 7

40. Pela leitura do Lote 7, fica claro que se trata de:

- a) Fornecimento de equipamentos de comunicação satelital (Hub e remotas com tecnologia VSAT); e
- b) Instalação dos equipamentos.
- c) Operação e manutenção dos equipamentos

41. Desta forma, não se trata de prestação de serviço de telecomunicações, **já que o segmento espacial será contratado diretamente pela PRODEMGE.** Esse fato foi explorado pelo KLA em seu pedido de esclarecimentos, tendo V. Sa. se limitado a informar que entende que os serviços almejados pela PRODEMGE são de telecomunicações, sem qualquer justificativa técnica ou embasamento legal para tanto!

42. Portanto, nessa oportunidade, não se objetiva demonstrar a desnecessidade da contratação de serviço de telecomunicações pela licitante, pelo contrário. O que busca o KLA demonstrar é que o que está compreendido no Lote 07 são apenas as atividades de fornecimento, instalação, operação e manutenção de equipamentos, sendo certo que a complementação do serviço se dará mediante a contratação do que previsto no Lote 08.

43. Nesse sentido, o KLA impugna esse Termo de Referência, porquanto inexistente qualquer embasamento legal para que o serviço descrito no Lote 7 seja classificado como de telecomunicação.

44. Ora, inexistindo embasamento legal para classificar o serviço previsto no Lote 7 como de telecomunicações, falta motivação ao ato administrativo que assim o enquadrou, de maneira que se tornou ilegal e, bem assim, deve ser revisto pela Administração.

#### 7) Sobre o Termo de Referência, Lote 7 e Anexo B, Proposta para o Lote 7

45. Considerando que, de fato, o lote 7 não é em absoluto um serviço de telecomunicações, nos moldes expostos no item, acima, o KLA serve-se da presente para demonstrar a V. Sa. como deve ocorrer a composição de preços com impostos e posterior faturamento, a saber:

- O item A4 será faturado a título de “locação de equipamentos” e sujeitos à incidência de PIS e COFINS; e
- Os demais itens (IF, TX INST e TX MUD) serão faturados a título de “serviços” e sujeitos à incidência de ISS, PIS e COFINS.

46. Em resposta ao questionamento do KLA, V. Sa. sustentou que não haveria que se falar em “locação de equipamentos”, porquanto a PRODEMGE estaria contratando serviços, sobre os quais deveriam incidir todos os impostos pertinentes.

47. Ocorre que a disposição prevista no item A4 não poderia ser mais clara. A disposição nele constante é no sentido da cessão de equipamentos para a utilização durante um determinado intervalo de tempo, de maneira remunerada. Uma locação.

48. Nesse sentido, em virtude do quanto explicitado acima, em não havendo serviços de telecomunicações relacionados ao lote 7, KLA requer a V. Sa. que se digne de fazer constar no edital ora impugnado, menção no sentido de que: (i) o item A4 será faturado a título de “locação de equipamentos” e; (ii) os demais equipamentos serão faturados a título de serviços, fato este imprescindível para que os licitantes calculem os impostos a serem pagos por ocasião dos serviços a serem prestados em favor da PRODEMGE e, bem assim, definam o preço de suas propostas.

#### 8) Sobre o Termo de Referência, Lote 7 e Anexo B, Proposta para o Lote 7

49. Outro ponto que chamou atenção do KLA, e foi igualmente objeto de questionamento dirigido ao pregoeiro, consiste na inexistência de parâmetros para balizar o ~~valor~~ máximo a ser cobrado pelos itens “IF”, “TX MUD” e “TX INST”.

50. Nos moldes em que se encontram os termos do Edital, os participantes ficam absolutamente livres para alocar, quando da apresentação de suas propostas, os custos efetivos entre qualquer dos 4 parâmetros de cobrança., aumentando artificialmente os valores a serem cobrados pelos itens “IF”, “TX MUD” e “TX INST”, o que claramente não é a melhor forma de contratação para a Administração..

51. Em resposta aos questionamentos do KLA, V. Sa. assim se manifestou: *“A disputa do certame será pelo menor valor global das propostas e que na formatação da sua proposta a licitante deverá prever e incluir os custos incidentes sobre os itens IF e TX INST.”*

52. Ocorre que essa resposta não é suficiente para atender aos anseios de V. Sa., haja vista que não há limitação de percentuais entre os 4 parâmetros de cobrança, dando margem para que os licitantes apresentem propostas em que os valores globais sejam exequíveis e competitivos, entretanto, as condições de pagamento trazem a maior parcela do desembolso para o início do contrato, apesar de longo termo. Senão vejamos.

53. Via de regra, a administração pública, em editais cujo formato de apresentação de preço análogos ao presente **estabelece um teto para qualquer item de cobrança não mensal**. Assim, exemplificativamente, nos moldes em que se encontra o Edital, permite-se que sejam alocados para o item “TX INST” (não mensal) e a ser desembolsado no início do contrato, os valores que originalmente seriam diluídos em um período de 60 meses, sendo cobrado a título de A4 (item mensal) um valor simbólico.

54. Da mesma forma, como tal limitação não se encontra prevista no edital, determinado licitante, que adote referida prática, não poderá ser desclassificado, haja vista que o critério de julgamento para o Lote 7 é o “MENOR PREÇO TOTAL ESTIMADO DO LOTE”, conforme definido pelo item 8.6.1.2. do Edital.

55. Diante disso, requer o KLA que o Edital em questão, especificadamente para o lote 7, de modo a restar garantida a aplicação do princípio do “justo preço” estabelecido no artigo 5º da Lei Estadual nº 14.167/2002, bem como dos Princípios da Vantajosidade e da Economicidade, seja republicado, alterando-se as disposições relativas à formatação das propostas comerciais, de forma a coibir a apresentação de propostas que conflitem com o princípio da contratação da melhor proposta, sugerindo, ainda, que para tanto, sejam estabelecidos percentuais limites para os preços básicos de cada um dos parâmetros comerciais para o lote 7.

## 9) Sobre o Termo de Referência, Lote 7

56. A especificação do Lote 7 exige o suporte a diversos tipos de MODCOD por parte dos equipamentos a serem fornecidos.

57. Entretanto, não existe nenhum requisito sobre a máxima relação sinal/ruído (Eb/No) a ser exigida do equipamento para um dado MODCOD.

58. Isso cria a situação esdrúxula em que um determinado MODCOD é exigido no Edital, mas que, na prática, sua implementação pelo fabricante é tão ineficiente que torna seu uso inviável.

59. Isso se torna ainda mais crítico quando se verifica que o nível de potência exigido do satélite (Lote 8) é de, no mínimo 44 dBW, ponto este que também foi observado em petição de esclarecimentos apresentada por uma das empresas potenciais licitantes, a Telesat.

60. Ou seja, da forma como o Edital foi redigido, a exigência de determinados MODCODs no Lote 7 parece ter como único objetivo restringir a competição no pregão, sendo que, na prática, a PRODEMGE não tem NENHUMA garantia de que conseguirá utilizá-los.

61. Em resposta ao pedido de esclarecimentos do KLA, V. Sa. rechaçou as informações por ele trazidas, nos seguintes termos: *“Solicitação não aceita. A informação de relação sinal/ruído vem especificado por cada fabricante para um determinado MODCOD. No Termo de Referência o nível de potência é especificado como superior a 44 dBW e não apenas 44 dBW, justamente para suportar os MODCODS requeridos”*

62. De fato, os esclarecimentos apresentados são condizentes. No entanto, na prática, ambas as afirmações não atendem tecnicamente as necessidades de garantia de funcionamento dos sistemas, conforme adiante será demonstrado.

63. Em primeiro lugar, relativamente à afirmação de que a *“informação de relação sinal/ruído vem especificado por cada fabricante para um determinado MODCOD”*; ainda que, verdadeira, não é este o fato que motiva a presente impugnação. O que ocorre – e se impugna – é

o seguinte: **sem a informação prévia das características técnicas do vencedor do lote 8 (v.g. qual o satélite que será utilizado), não há como se garantir que a comunicação entre os equipamentos adquiridos no lote 7 e o satélite contratado no lote 8 ocorrerá de forma minimamente aceitável.**

64. Nesse sentido, as informações prévias a respeito do fornecedor de capacidade satelital (as especificações técnicas do satélite) é condição *sinae quae non* para que as propostas relativas ao lote 7 sejam construídas de uma forma tecnicamente viável, sendo a única maneira possível de garantir a efetividade da contratação do sistema pela PRODEMGE, bem como do efetivo funcionamento da Rede de Multisserviços, objeto da contratação.

65. *No tocante à afirmação de que “No Termo de Referência o nível de potência é especificado como superior a 44 dBW e não apenas 44 dBW, justamente para suportar os MODCODS requeridos”, a despeito da veracidade da informação trazida por V. Sa., outras considerações devem ser feitas. Isso porque, um nível de potência de 44 dBW ou um pouco superior a 44 dBW, não é suficiente para garantir o perfeito funcionamento de determinados MODCOD’s.*

66. Nesse sentido, mais uma vez há de se ressaltar a necessidade de conhecimento prévio da potência do satélite (Lote 8) para se calcular quais seriam os MODCOD’s viáveis para o funcionamento do sistema.

67. É por essa razão que a resposta de V. Sa. não teve o condão de solucionar os problemas levantados pelo KLA, na medida em que a inexistência de qualquer requisito sobre a máxima relação sinal/ruído (Eb/No) pode inviabilizar o uso de alguns equipamentos pela PRODEMGE, dado que não se conhece o satélite.

68. Lembre-se que constitui objetivo primordial de todo e qualquer procedimento licitatório a seleção de proposta mais vantajosa em face da adequação e satisfação ao interesse público, respeitados os princípios basilares que regem a Administração Pública.

69. No caso em tela, a exigência de determinados MODCODs coloca em risco o atendimento à finalidade do procedimento licitatório uma vez que, por um lado, restringe indevidamente o rol de licitantes aptos a preencher os requisitos técnicos exigidos no Edital de Licitação.

70. Note-se que os tribunais brasileiros têm entendido, de modo pacífico, que a adoção de uma interpretação restritiva das cláusulas dos editais de licitação por parte da Administração Pública opera contra a finalidade do procedimento licitatório. Nesse sentido citam-se, à guisa de exemplo, os seguintes julgados:

*1. Superior Tribunal de Justiça*

*Mandado de Segurança n.º 5869/DF*

*MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. PROPOSTA TÉCNICA. (...)*

*1. A interpretação dos termos do Edital não pode conduzir a atos que acabem por malferir a própria finalidade do procedimento licitatório, restringindo o número de concorrentes e prejudicando a escolha da melhor proposta. (grifo nosso).*

*2. Superior Tribunal de Justiça*

*Mandado de Segurança n.º 5418/DF*

71. Consoante ensinam os juristas, o princípio da vinculação ao edital não é "absoluto", de tal forma que impeça o judiciário de interpretar-lhe, buscando-lhe o sentido e a compreensão e escoimando-o de cláusulas desnecessárias ou que extrapolem os ditames da lei de regência e cujo excessivo rigor possa afastar, da concorrência, possíveis proponentes, ou que o transmude de um instrumento de defesa do interesse público em conjunto de regras prejudiciais ao que, com ele, objetiva a Administração. Vejamos:

*“3. Tribunal de Justiça do Distrito Federal*

*Remessa Ex Officio n.º 20010110632145/DF*

*(...)*

*1 - A interpretação das regras do edital de procedimento licitatório não deve ser restritiva, desde que não possibilitem qualquer prejuízo à administração e aos interessados no certame, é de todo conveniente que compareça à disputa o maior número possível de interessados, para que a proposta mais vantajosa seja encontrada em um universo mais amplo.*

*2 - O ordenamento jurídico regulador da licitação não prestigia decisão assumida pela comissão de licitação que inabilita concorrente com base em circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato.*

*fazendo exigência sem conteúdo de repercussão para a configuração de habilitação jurídica, da qualificação técnica, da capacidade econômico-financeira e da regularidade fiscal.”*

72. Assim, de modo a prestigiar a finalidade última do procedimento licitatório, que é o de assegurar a busca da melhor contratação, respeitados os princípios da Administração Pública, V. Sa. deve: (i) pré-estabelecer requisitos que viabilizem a realização simultânea dos pregões relativos aos Lotes 7 e 8 de forma que as propostas formuladas para ambos os lotes sejam tecnicamente compatíveis; ou (ii) que os Lotes 7 e 8 sejam unificados, de maneira que os potenciais licitantes conheçam os pré-requisitos de sua proposta e, também dessa maneira, garantam a compatibilidade das soluções, por serem estas as únicas hipóteses nas quais haverá competitividade no certame e será viável a melhor contratação pela PRODEMGE.

#### **10) Sobre o Termo de Referência, Lote 7 e Lote 8**

73. O KLA deixou claro em seu pedido de esclarecimentos que somente com a realização dos cálculos de enlace será possível garantir o perfeito funcionamento da combinação do que será contratado no Lote 7 com aquilo que será contratado no Lote 8.

74. Em coerência com esse entendimento, o KLA formulou em seu pedido de esclarecimentos uma manifestação expressa a V. Sa., a respeito de quem seria o responsável pela realização dos cálculos de enlaces. Mais uma vez, trata-se de uma informação essencial para que as empresas licitantes definam o valor da sua proposta e compitam em igualdade de condições.

75. Em sua resposta, V. Sa. afirmou que a responsabilidade pelo cálculo de enlaces: *“Será da licitante vencedora do Lote 8 com os dados adicionais provenientes do Lote 7”*.

76. Mais uma vez, ainda que a resposta de V. Sa. seja condizente, a mesma, na prática, inviabiliza a apresentação de proposta por parte das potenciais licitantes. Isso porque, da maneira como o Edital especificou as características técnicas do Lote 8, somente seria viável a construção da proposta pelo licitante de tal lote, com o conhecimento prévio dos equipamentos relativos ao Lote 7, ou seja, é condição indispensável para o cálculo do enlace, com o objetivo de viabilizar a compatibilidade das soluções almejadas pela PRODEMGE.

77. Veja V.Sa. que, posta tal situação, a única forma de se garantir o funcionamento da solução conjunta ora licitada em lotes diferenciados, seria conhecer-se, previamente e com absoluta certeza, quais propostas seriam vencedoras, e as respectivas características técnicas, o que não se coaduna com os procedimentos licitatórios vigentes.

78. Diante deste fato, assim como para o item anterior, e com únicas formas de viabilizar a implementação do objeto licitado, o KLA requer, alternativamente, que: (i) se refaça a especificação de forma a permitir que seja possível a construção das propostas de forma independente (vg.: excluindo, dentre outros, os requisitos relativos à velocidade de transmissão de dados - Mbps), de forma a viabilizar a realização simultânea dos pregões relativos aos Lotes 7 e 8; ou (ii) os Lotes 7 e 8 sejam unificados, de maneira que os potenciais licitantes conheçam os pré-requisitos de sua proposta e, também dessa maneira, garantam a compatibilidade das soluções, por serem estas as únicas hipóteses nas quais haverá competitividade no certame e será viável a melhor contratação pela PRODEMGE.

#### 11) Sobre o Termo de Referência, Lote 7

79. O último ponto abordado pelo KLA e que não contou com resposta da Administração, reside no fato de que a especificação exige o uso do padrão DVB-RCS no canal de *inbound*.

80. O padrão DVB-RCS tem como suposto objetivo possibilitar a interoperabilidade entre *hub* e terminais remotos de diversos fabricantes. O KLA acredita que este é o motivo pelo qual a PRODEMGE está exigindo que o equipamento seja aderente a este padrão.

81. Em resposta ao questionamento do KLA, V. Sa. defendeu a escolha prévia do padrão DVB-RCS, porquanto este seria utilizado para buscar “(...) a interoperabilidade entre fabricantes no qual após pesquisas técnicas, definiu-se como o padrão o DVB-RCS que atualmente é o único padrão aberto em que praticamente todos os fabricantes já possuem e que efetivamente traz a competição ao mercado.”

82. **Entretanto, existe outro padrão aberto para tecnologias VSAT, o IPoS (IP over Satellite)**, que não compromete a qualidade dos serviços a serem prestados à Administração e atende às mesmas especificações técnica requeridas pela PRODEMGE.

83. Ademais, a alegação de V. Sa. de que praticamente todos os fabricantes utilizam o padrão DVB-RCS não é a mais correta. Isso porque, como V. Sa. mesmo afirmou, “praticamente

todos” não representa a totalidade dos fabricantes. Ao contrário, há outros fabricantes que optaram por um padrão alternativo, tão eficiente quanto o DVB-RCS, de modo que este outro padrão não pode ser desconsiderado.

84. Pois bem, o padrão IPoS é reconhecido pelas duas principais entidades normativas mundiais: a americana TIA (*Telecommunication Industry Association*) e a europeia ETSI (*European Telecommunications Standard Institute*).

85. Estas duas entidades analisaram e ratificaram o padrão IPoS, o que resultou na publicação dos seguintes documentos:

- Pela TIA, documento TIA-1008; e
- Pela ETSI, documento TS 102 354.

86. Desta forma, o IPoS é hoje o único padrão de comunicação IP via satélite ratificado pelas duas maiores entidades normativas mundiais e tem o mesmo objetivo do DVB-RCS, ou seja, possibilitar a interoperabilidade entre *hub* e terminais remotos de diversos fabricantes.

87. Mais do que isso, o padrão IPoS, assim como o DVB-RCS é um padrão aberto, ou seja, todo e qualquer fabricante tem a prerrogativa de, a qualquer momento, baseado única e exclusivamente em uma decisão comercial de sua parte, fabricar equipamentos observado o padrão que entender conveniente. Nesse sentido, quando V. Sa. define previamente um padrão, sem qualquer justificativa técnica, restringe-se indevidamente a participação de empresas tais quais a líder mundial na prestação de serviços via satélite, o que não se pode admitir sobremaneira. Repita-se: Nos moldes em que se encontra o Edital, empresas com o mesmo potencial técnico para participar do certame, incluindo a empresa líder mundial na prestação de serviços via satélite, se verão **IMPEDIDAS DE PARTICIPAR** do presente Pregão, reduzindo as possibilidades de contratação pela PRODEMGE.

88. Assim, considerando a viabilidade técnica de que o *Inbound* se baseie não só no padrão DVB-RCS, mas também com base no padrão IPoS, sem que disso resulte qualquer prejuízo de ordem técnica à Administração, o item 2.2.2.3. do Lote 7 desrespeita o princípio da competitividade da licitação, uma vez que restringe indevidamente o rol de empresas que, mesmo sendo absolutamente capazes de prestar satisfatoriamente os serviços licitados, correm o risco de serem afastadas do certame.

89. Ressalte-se ainda que ao estabelecer critérios que permitam também a participação de empresas que utilizam o IPoS, a PRODEMGE aumentará a competição no certame e, por consequência, contratará os serviços por ela almejados por um preço menor.

90. Ora, o entendimento de V. Sa., com todo o respeito e acatamento, não merece prosperar. Isso porque se o DVB-RCS é utilizado por praticamente todos os fabricantes, isso quer dizer que alguns deles utilizam o padrão IPoS. Nesse sentido, em sendo o IPoS no mínimo tão eficiente quanto o padrão DVB-RCS, a manutenção dessa exigência violará o princípio da igualdade entre os licitantes e, bem assim, maculará todo o certame.

91. O princípio da competitividade, desrespeitado por V. Sa. ao adotar tal postura, tem fundamento no art. 37, XXI, da Constituição Federal nos seguintes termos:

*“XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”*

92. Nesse sentido, o § 1º do art. 3º da Lei Federal n.º 8.666/93, que regulamenta o referido preceito constitucional, estabelece que:

*“Art. 3º (...) § 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” (Grifo nosso).*

93. Os dispositivos acima estabelecem o chamado princípio da competitividade segundo o qual “nada deve comprometer, restringir ou frustrar a disputa entre os interessados em contratar com a entidade, em tese, obrigada a licitar, sob pena de inexistir licitação.”<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Diógenes Gasparini, *Direito Administrativo*, 4ª e, Saraiva, São Paulo, 1995, p. 293.

94. Acerca do tema, ensina ADILSON DE ABREU DALLARI<sup>3</sup> que:

*“A solução deve ser buscada a partir do próprio texto da Constituição Federal, cujo art. 37, XXI, determina que somente serão permitidas “exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”. Fica perfeitamente claro que a participação de licitantes deve ser a mais ampla possível. (...) Nessa mesma linha de conduta, a Lei n.º 8.666/93, ao dispor sobre os princípios da licitação em seu art. 3º, § 1º, veda a inclusão, no edital, de condições que possam restringir ou frustrar o caráter competitivo do procedimento licitatório. Esse dispositivo não pode ser interpretado literalmente, dado que qualquer condição restringe o universo de proponentes. Ele deve ser interpretado em seu espírito, em consonância com o Texto Constitucional, ou seja, no sentido de que a regra geral é a participação do maior número possível de licitantes, devendo o edital ser parcimonioso e criterioso ao fixar requisitos, pois são proibidas as condições impertinentes, inúteis ou desnecessárias”. (Grifo nosso).*

95. Nesse sentido, em função do princípio da competitividade, a Administração Pública deve prever nos editais de licitação, na medida do possível, dispositivos que favoreçam a ampliação do número de licitantes aptos a participar da licitação. A existência de um número maior de licitantes aptos a participar e efetivamente competir na licitação coaduna-se com o interesse público tendo em vista que possibilita que o Poder Público tenha uma maior quantidade de opções de contratação e favorece a redução dos preços a serem pagos.

96. Acerca do princípio a competitividade, citamos as seguintes decisões proferidas pelos nossos Tribunais:

*“TCU – Plenário*

*Acórdão 1.677/2006 – 13/09/06 (...)*

*Voto (...)*

*3. A inclusão de exigências abusivas ou desnecessárias em editais de licitação fere o disposto no art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, pois somente são permitidas aquelas relativas à qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. Fere, ainda, o princípio da isonomia,*

---

<sup>3</sup> Adilson de Abreu Dallari, *Aspectos jurídicos da licitação*, 4ª e., Saraiva, São Paulo, 1997, p.113.

*sendo, ademais, vedado aos agentes públicos inserir nos atos de convocação cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o caráter competitivo dos certames licitatórios, nos termos do art. 3º. §1º, inciso I, da Lei n.º 8.666/93.*

*4. Logo, a inobservância desses dispositivos representa grave afronta à lei, devendo ser reprimida nos moldes preconizados no ordenamento jurídico (...)*

*“Superior Tribunal de Justiça*

*RESP 474781/DF (...)*

*É certo que não pode a Administração, em nenhuma hipótese, fazer exigências que frustrem o caráter competitivo do certame, mas sim garantir ampla participação na disputa licitatória, possibilitando o maior número possível de concorrentes, desde que tenham qualificação técnica e econômica para garantir o cumprimento das obrigações.*” (grifo nosso)

97. Assim, a PRODEMGE, ao restringir, sem qualquer motivo técnico, econômico-financeiro ou jurídico, a utilização do padrão IPoS, algo absolutamente permitido pela regulamentação setorial e normalmente utilizado pela Administração, impossibilita a participação em igualdade de condições na presente licitação de inúmeras empresas do setor, desrespeitando assim o princípio da competitividade.

98. Por este motivo, o KLA serve-se da presente para impugnar também os termos do item 2.2.2.3. do Lote 7, de maneira que, quando da re-publicação do Edital, conste: “*O Inbound deverá ser baseado no padrão DVB-RCS ou IPoS*”.

99. Esta alteração aumentará a competição do pregão, o que será extremamente benéfico para a administração pública.

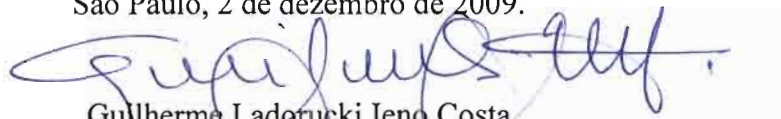
### III. DO PEDIDO

100. Diante de todo o exposto, conclui-se que existe no Edital uma grande quantidade de omissões, informações imprecisas e também uma gama de restrições sem qualquer justificativa técnica e/ou econômico-financeira restrições à ampla participação de licitantes interessados e devidamente habilitados a executar os serviços objeto do certame, não levando em consideração a importância da competitividade e vantajosidade do processo de contratação ora sob comento.

101. Portanto, a KLA requer que a presente **IMPUGNAÇÃO** seja recebida e conhecida, com a publicação de novo Edital de Licitação, com a alteração de cada um dos pontos suscitados, nos moldes sugeridos, com a conseqüente republicação do instrumento convocatório do Pregão Eletrônico n.º 046/2009 e a suspensão da data de realização do certame, ou, alternativamente, o cancelamento do Pregão Eletrônico n.º 046/2009.

Nestes termos,  
pede deferimento.

São Paulo, 2 de dezembro de 2009.



Guilherme Ladorucki Ieno Costa  
OAB/SP n.º 154.011



Paulo Augusto do Prado  
OAB/SP n.º 191.371



Eloy Rizzo Neto  
OAB/SP n.º 248.471