

DECISÃO DA IMPUGNAÇÃO AO EDITAL DE CONCORRÊNCIA Nº 62/2019

IMPUGNANTE: UNIFIQUE TELECOMUNICAÇÕES S/A

I. Dos Fatos:

1. *O município de Timbó* lançou em **29/10/2019**, licitação na modalidade **DE CONCORRÊNCIA**, edital nº **62/2019 PMT**, com a finalidade de “CONTRATAÇÃO DE EMPRESA, EM REGIME DE PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA, POR MEIO DE CONCESSÃO ADMINISTRATIVA, PARA A MODERNIZAÇÃO, OTIMIZAÇÃO, EXPANSÃO, OPERAÇÃO E MANUTENÇÃO DA INFRAESTRUTURA DA REDE DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA DO MUNICÍPIO.” Com data de recebimento dos envelopes e abertura a de 02/12/2019.
2. Em 28/11/2019, aportou impugnação ao edital, pela empresa UNIFIQUE TELECOMUNICAÇÕES S/A., onde, em suma, aduz vícios no edital e no seu trâmite que lhe impõe a retificação e/ou suspensão, notadamente: 1) retificação do valor alusivo à garantia da proposta, sem a devida republicação do edital, nos termos do §4º do art. 21 da Lei 8.666/93, frustrando a competitividade podendo, inclusive caracterizar crime; 2) indevida incursão do objeto em serviço de rede de dados para fazer comunicação com software de gerenciamento da solução, com isenção de impostos em detrimento de outras empresa do ramo, afrontando, inclusive a competência da ANATEL, em verdadeira “concorrência desleal”, motivo pelo qual requer a inclusão de exigências que limitem a exploração de serviços acessórios; 3) direcionamento do edital para empresas do ramo e em exercício há mais de 20 anos, ao exigir experiência compatível com o objeto licitado, além de vinculação indevida do profissional detentor do acervo técnico com a empresa, nos itens 6.3.5 e seguintes do edital; e deixa de exigir qualificação técnica na área de informática e interconexão necessários a execução do serviço, contrariando os preceitos do art. 30 da lei nº 8.666/93; 4) diante do exposto, requer a republicação do edital com a correção dos apontamentos efetivados.
3. Os autos do processo acompanhado da impugnação, foi submetida ao corpo técnico do município e da Fundação Ezute, que após análise, declinaram pela improcedência das impugnações, ressaltando a regularidade e legalidade dos termos do edital e dos atos praticados, em consonância com a legislação e jurisprudência aplicáveis a espécie, sugerindo ainda equívoco do impugnante face a interpretação conferida ao edital, e seus termos que, ao contrário

do que levam a crer, objetiva contratação de serviços de Iluminação Pública e não de a construção de rede de dados.

4. Éste, em síntese, é o relatório, passamos a fundamentar nossa decisão:

II. Da tempestividade:

5. Vistos e examinados os autos do processo, constata-se que a impugnação, protocolada pela empresa UNIFIQUE do ramo de Telecomunicação salvo melhor juízo, é intempestiva, senão vejamos:
6. Nos termos do artigo 41 da lei de licitações são previstas duas possibilidades de impugnação ao edital. a primeira prevista no parágrafo primeiro diz respeito ao cidadão comum não licitante e a segunda se refere especificamente ao licitante proponente.
7. Verifica-se a pessoa é licitante ou não, quando ela pode efetivamente participar da licitação. Doutrina e jurisprudência têm considerado que essa verificação pode ser feita através do objeto social da empresa que impugnar o edital. Se o objeto social é compatível com o objeto com objeto da licitação, então ela será uma potencial licitante. No caso em tela, verifica-se que a empresa Unifique não poderia teoricamente participar da licitação, pois em seu objeto social não existe a faculdade de executar o objeto do Edital, conforme depreende-se do artigo 3º de seu contrato social
8. Portanto, o prazo para a Unifique impugnar o Edital seria aquele do artigo quarenta e um parágrafo primeiro que **é de cinco dias úteis antes da data fixada para abertura dos envelopes**, deste modo, para licitação com data de abertura em **02/12/2019**, o prazo derradeiro para impugnação era o dia **25/11/2019**.
9. Ainda que se considerasse aplicável a hipótese do parágrafo segundo do artigo 41 da lei 8.666/93, o que admitimos apenas para argumentar, intempestiva a Impugnação, eis que o entendimento adotado em consonância com os julgados do TCE/SC, é de que se deve, no computo do prazo de impugnação, excluir os dias de prazo que devem anteceder à sessão de abertura de envelopes, fato que, aplicando-se ao caso concreto, resulta em

intempestividade a impugnação intentada após o término do expediente de Quarta-feira dia 27/11.

10. Porém, considerando o disposto na alínea “a” do inc. XXXIV do art. 5º da Constituição Federal, que assegura a todo o cidadão direito de peticionar ao Poderes públicos em defesa dos direitos que entende prejudicados, e considerando a inexistência de mácula no processo licitatório em questão que, ao contrário do que tenta fazer crer o impugnante, está hígido em sua formulação, passamos a fundamentar os motivos pelos quais, no mérito, também improcede a impugnação apresentada:

III. Do Mérito:

11. Analisando os termos da impugnação interposta constata-se que, salvo melhor juízo, não há razão que mereça a revisão dos itens impugnados, nos moldes pretendidos pelo impugnante, senão vejamos:

12. DA RETIFICAÇÃO DO EDITAL SEM ABERTURA DE NOVO PRAZO:

Com o devido respeito a idiossincrasia da empresa querelante, a retificação formal do edital, promovida em 21/11/2019 para licitação com abertura para dia 02/12/2019, não caracteriza hipótese a conferir novo prazo, eis que, como mencionado, trata-se de mera retificação formal, onde, doutrina e jurisprudência concluem pela ausência de necessidade republicação do prazo.

Neste sentido, destacamos o entendimento de Joel de Menezes Niebuhr¹, para quem:

“Dispensa-se a publicação e a recontagem do prazo somente em casos de alteração de questões meramente formais ou de aspectos secundários, que importem esclarecimentos ou pequenos ajustes que não produzem repercussão substancial na participação no certame de qualquer interessado, o que deve ser avaliado, casa a casa, em consonância ao princípio da razoabilidade.

A nova publicação e a recontagem do prazo importam prejuízo pra a administração pública, sobretudo porque postergam a realização e a conclusão do certame. Portanto, o cumprimento de tais formalidade não deve ser exigido diante de qualquer tipo de alteração promovida no edital. Daí a

¹ NIEBUHR, Joel de Menezes. Licitações Pública e Contrato administrativo – 3^a ed. BH: Fórum, 2013 p. 312.

importância de analisar as especificidades e as repercussões de cada situação, não sendo necessária nova publicação, por exemplo, quando a alteração promovida no edital não demanda dos interessados refazerem ou promoverem alterações substanciais nas suas propostas e não é determinante para que interessados participem ou não do certame.” Grifamos.

Da jurisprudência, destacamos a seguinte ementa:

“EMENTA: IMPUGNAÇÃO DE EDITAL. LEGALIDADE DAS CLÁUSULAS. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO À AMPLA COMPETIÇÃO. CRITÉRIOS PROPORCIONAIS E ADEQUADOS. CAPACIDADE TÉCNICO-OPERACIONAL. ALTERAÇÃO DO EDITAL QUE NÃO AFETA A FORMULAÇÃO DAS PROPOSTAS. NOVA PUBLICAÇÃO DESNECESSIDADE. DENEGAÇÃO DA SEGURANÇA. I. Há de ser denegada a segurança quando, examinado detidamente o edital, chega-se à conclusão de que não houve qualquer ilegalidade na elaboração de suas cláusulas. II. Não há que se falar em violação do princípio da ampla competição quando as cláusulas editalícias preservam critérios proporcionais e adequados para a aferição da capacitação técnico-operacional dos licitantes, preservando, desta feita, a finalidade precípua da licitação. III. Qualquer modificação no edital exige divulgação pela mesma forma que se deu o texto original, reabrindo-se o prazo inicialmente estabelecido, exceto quando, inquestionavelmente, a alteração não afetar a formulação das propostas - circunstância dos autos. IV. Segurança denegada.” Tribunal de Justiça do Maranhão TJ-MA - MANDADO DE SEGURANÇA : MS 32322005 MA

Como observa-se dos autos, a retificação do edital nada mais fez do que corrigir erro formal do edital que na conversão do percentual exigido pela lei de licitações para parcerias público privadas, transcreveu erroneamente o valor da GARANTIA DA PROPOSTA, que conforme disposição expressa de lei, é de 1% do valor do contrato, conforme inciso I do art. 11 da Lei 11.079/2004², c/c art. 31, inciso III da Lei 8.666/93³.

Portanto, a retificação promovida, que corrigiu o texto equivocado de garantia da proposta de R\$ 500.000,00 para R\$ 405.702,69, salvo melhor juízo, não influencia na elaboração das propostas pelos licitantes nem na sua participação.

² Art. 11. O instrumento convocatório conterá minuta do contrato, indicará expressamente a submissão da licitação às normas desta Lei e observará, no que couber, os §§ 3º e 4º do art. 15, os arts. 18, 19 e 21 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, podendo ainda prever: I – exigência de garantia de proposta do licitante, observado o limite do inciso III do art. 31 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993;

³ III - garantia, nas mesmas modalidades e critérios previstos no "caput" e § 1º do art. 56 desta Lei, limitada a 1% (um por cento) do valor estimado do objeto da contratação.

Vale ressaltar que essa garantia, difere da garantia de execução do contrato, e portanto, não importa em nada na aferição de custos envolvidos na prestação do serviço.

Ademais, o impugnante não trouxe em sua impugnação qualquer elemento que possa sugerir que a retificação formal efetuada tenha de fato potencial risco em formular proposta ou participar do certame, fundando sua impugnação em mera argumentação, o que, como ressalvados alhures, tanto a doutrina quanto a jurisprudência entendem desnecessária a concessão de novo prazo.

13. *SOBRE A SUPOSTA CONCORRÊNCIA DESLEAL E DESVIRTUAMENTO DO OBJETO DA PPP INCURSIONANDO NA ÁREA DA INFORMÁTICA.*

Da leitura da impugnação formulada, infere-se, salvo melhor juízo, que o impugnante dá interpretação equivocada aos termos do edital, supondo que a licitação estaria conferido “facilidades” no ramo de telecomunicação que não é seu objeto.

Em termos técnicos, o Edital 062/19 visa a contratação de serviços de Iluminação Pública, envolvendo modernização e operação da rede de iluminação. Em nenhum momento o edital cita como objeto a criação de uma rede de dados, nem mesmo especifica a utilização de fibras ópticas. A palavra “fibra óptica” não consta em nenhum dos documentos editalícios. O Edital descreve a possibilidade de projetos acessórios, no uso dos ativos de Iluminação, desde que não possuam relação com o modelo operacional e econômico do objeto principal do edital, que é a Iluminação Pública. Ainda, o edital não versa sobre condição tributária especial, nem mesmo isenção de impostos ou quaisquer outros tratamentos sobre serviços de Telecomunicações, porque o objeto do edital não é Telecomunicação. O objeto é Iluminação Pública e por essa razão os critérios de avaliação técnica visam os serviços inerentes à Iluminação Pública e seus componentes, tão somente.

Ademais, a questão mercadológica levantada, ataca-se a filosofia mesma da operação prevista no edital para a renovação e manutenção do parque de iluminação pública, filosofia esta adotada em várias unidades da Federação, não constituindo Timbó o primeiro município a buscar a melhoria de seus serviços de iluminação pública por meio da implementação de uma PPP.

O que se pede é para alterar a lógica econômica adotada pela municipalidade em relação à operação, lógica em relação à qual o Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina, não se opôs.

De qualquer maneira, não se verifica na impugnação elaborada efetivamente qual o prejuízo sofrido pela empresa: a empresa menciona um potencial de dano relativo a uma potencial concorrência desleal decorrente de um eventual favorecimento à empresa concessionária. Assim, os fatos são suficientemente vagos para não serem acolhidos como motivo para alteração do Edital.

É certo que a ocorrência de um ambiente de mercado desleal, que a empresa pretende evitar, pode até merecer guarda para discussão por parte do Estado, mas não é na impugnação a este edital o caminho ideal para tanto, à evidência.

14. SOBRE AS EXIGIENCIAS TÉCNICAS DO EDITAL:

De igual sorte ao que foi até então apresentado, razão não socorre o impugnante no que diz respeito aos critérios técnicos exigidos, pois, não há exigência que não se fundamente em critérios técnicos e legais. Nesse sentido, cabe a transcrição da manifestação técnica, onde:

“SOBRE A QUALIFICAÇÃO TÉCNICA

Novamente percebe-se no impugnante, a não compreensão dos ditames do edital.

Considerando que o mercado de PPP’s em iluminação Pública tiveram início em 2013, não seria possível solicitar tal experiência, mesmo que a legislação permitisse.

Outrossim, o item 6.3.5.1. versa em sua alínea b, abaixo transcrita

b) comprovação de aptidão do desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, por meio da apresentação de atestado(s) de capacidade técnico-operacional, registrado(s) no CREA ou CONFEA, acompanhados(s) da(s) respectiva(s) Certidão(ões) de Acervo Técnico – CAT, expedida(s) pelo(s) Conselho(s) Profissional(is) correspondente(s), o(s) qual(is) comprove(m) que o licitante tenha executado, para pessoas jurídicas de direito público ou privado, obras ou serviços de características técnicas similares às do objeto da presente licitação, cujos itens de maior relevância técnica e de valores significativos são os seguintes:

i) operação e manutenção preventiva e corretiva de no mínimo 3.000 (três mil) pontos de iluminação pública, com pelo menos 1000 (mil) pontos de iluminação pública concomitantes, em um período mínimo ininterrupto de 12 (doze) meses;

ii) execução de obras e serviços de ampliação, ou reforma ou eficientização energética de sistema(s) de iluminação pública, com instalação de luminárias, contemplando no mínimo 3000(três mil) pontos de iluminação pública, com pelo menos 1000(mil) pontos de iluminação pública concomitantes, em um período mínimo ininterrupto de 12 (doze) meses; e

iii) instalação, implantação e manutenção de centro de controle operacional ou equivalente, constituído por equipamentos e softwares de tecnologia da informação que permitam a gestão centralizada da rede municipal de iluminação pública, a partir do controle do patrimônio, da detecção de falhas, da medição remota do consumo de energia nos pontos de iluminação pública e da priorização de atendimentos e intervenções, despacho e acompanhamento de ocorrências,, envolvendo no mínimo a gestão de 3.000 (três mil) pontos de iluminação pública, com pelo menos 1000 (mil) pontos de iluminação pública concomitantes, em um período mínimo ininterrupto de 12 (doze) meses.

Nos grifos, destacamos os períodos sugeridos para a atestação de qualificação técnica, demonstrando a improcedência da alegação do impugnante, o qual alega a exigência de 20 anos de experiência como um critério de restrição de competitividade.

SOBRE OS REQUISITOS TÉCNICOS MÍNIMOS e SERVIÇOS DE INTERNET

O Anexo VIII – Caderno de Encargos, dispõe sobre diversos requisitos e especificações sobre os serviços e seus componentes. Estão contempladas todas as normas e exigências legais, inclusive a obrigação de adequação a normas supervenientes e que versem sobre o objeto do contrato.

Dessa forma, não prospera a legação de que “contratar serviço de internet sem solicitar comprovação de capacidade e experiência é colocar em risco a eficiência da contratação ampliando a disputa para empresas iniciantes e aventureiras”

Cabe esclarecer de antemão que o objeto do contrato não versa sobre serviços de internet. Desta feita, qualquer construção acerca desse tema foge do escopo do projeto e não serve de fundamento para a impugnação.

A argumentação sobre ampliar a disputa é bem vinda aos certames públicos, pois ampliam a competitividade. Quanto a empresas iniciantes, nada há que se obstar as mesmas desde que tenham experiência de forma individual ou conjunta. Quanto a aventureiros, os ditames do edital seguem à risca o dispositivo legal e permitem a participação de empresas apenas com a aptidão mínima necessária.

DO PEDIDO DE INSERÇÃO DE ATESTADO DE SERVIÇOS DE TRANSMISSÃO DE DADOS EM FIBRA ÓPTICA.

Considerando que o objeto do edital não versa sobre instalação de rede de dados de fibra óptica e considerando que o impugnante não se ateve à leitura

apurada dos documentos editalícios e à compreensão de seu objeto, entendemos que a inserção do referido atestado nas regras de edital não encontra fundamento técnico que a sustente.”

IV. Da Conclusão:

15. Ante todo o exposto e atendendo ao princípio da eficiência, legalidade, impessoalidade, interesse público, economicidade, adotando como fundamento além do que consta desta decisão as razões expostas pelo corpo técnico e empresa responsável pelo auxílio na elaboração do projeto de PPP, decide-se por conhecer, mesmo que intempestiva a impugnação, para ao final, **INDEFERIR OS PEDIDOS FORMULADOS**, mantendo-se o edital em seus exatos termos.

16. Dê ciência à Impugnante e publicidade a presente decisão, bem como se procedam às demais formalidades de publicidade determinadas em lei.

Timbó, 29 de novembro de 2019.

COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÃO

LOURDES MOSER
PRESIDENTE

DAVI AUGUSTO BERRI
MEMBRO

ANGELA PREUSS
MEMBRO