


Zimbra

004479830515@tre-ba.gov.br

Licitação nº 18/2019 - Impugnação

De : mariana vicente
<mariana.vicente@pontaltelecom.com.br>

Sex, 17 de mai de 2019 14:53

 4 anexos

Remetente : mariana vicente
<mariana.vicente@pontaltelecom.com.br>

Assunto : Licitação nº 18/2019 - Impugnação

Para : arrocha@tre-ba.jus.br

Boa tarde Sr. Arthur,

Encaminho, respeitosamente, para sua apreciação, impugnação ao edital PE 18/2019.
Conforme descrito no PDF em anexo.

Pego acusar recebimento.

Att,

Mariana Vicente

Skype: live:mariana.vicente_7

 **(11) 4020-2018**



 Praça Ramos de Azevedo, 206 - 22º Andar
Centro - São Paulo / SP - CEP: 01037-010

 Tel: (11) 2830-5400

 www.pontalservicos.com.br



 **Impugnação.pdf**
1 MB

ILUSTRÍSSIMO SENHOR PREGOEIRO DO PREGÃO ELETRÔNICO Nº 18/2019 DO TRIBUNAL REGIONAL DA BAHIA – TRE-BA.

Ref.: Pregão Eletrônico nº 18/2019

PONTAL SERVIÇOS EM COMUNICAÇÃO DIGITAL LTDA., pessoa jurídica de direito privado inscrita no CNPJ sob n. 23.106.216/0001-31, situada na Praça Ramos de Azevedo, nº 206, 8º andar, conjuntos 850/840/830, Bairro República, São Paulo/SP, CEP 01037-010, por seu sócio administrador, vem respeitosamente à presença de Vossa Senhoria apresentar sua **IMPUGNAÇÃO** ao presente edital, conforme item 18 do instrumento convocatório, nos termos a seguir aduzidos:

O certame em questão visa a contratação de empresa para prestação de serviços de envio de mensagens curtas de texto (Short Message Service – SMS).

Ocorre que o citado Edital contém critérios para diferenciação na qualificação técnica que contrariam as leis de licitações e também a Constituição Federal, no tocante ao princípio da isonomia, adoção de cláusula discriminatória e impossíveis, todos no tocante à exigência de comprovação da conexão direta e homologada com as operadoras atuantes no território nacional, conforme constante no item 10.1.7 letra (b) do edital, que trata da Qualificação Técnica, conforme demonstraremos a seguir.



I- Do Princípio da isonomia

A exigência constante no edital de conexão direta e homologada com as operadoras de telefonia móvel caracteriza favorecimento às empresas de grande porte, pois somente estas, possuem condições econômicas que viabilizam a contratação direta com algumas destas operadoras.

É que no momento da contratação, as operadoras exigem a aquisição de uma quantidade mínima de envio de mensagens SMS, correspondendo a volumes enormes de contratação e muito superior à quantidade de SMS que serão contratadas no presente certame.

Apenas empresas grandes costumam operar diretamente com muitas operadoras, pois os volumes iniciais exigidos para se contratar com algumas delas é muito alto. Assim, a cláusula restringe a participação de pequenas e médias empresas, ferindo diretamente o princípio da isonomia, além da ocorrência sobre-preço, consequência da reserva de mercado de alguns gigantes do setor.

Sobre as condições de contratação a Constituição Federal, em seu Artigo 37, inciso XXI determina:

“Art. 37. A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e, também, ao seguinte:

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.”



Ora Ilustre Pregoeiro, importante destacar que não pode haver diferenciação sobre o porte das empresas para o respectivo pregão, pois o fato de uma proponente ser de grande porte, não significa que os serviços serão prestados com maior eficiência do que as proponentes de menor porte.

Assim, inadmissível tal diferenciação no edital, vez que a qualidade e a eficiência dos serviços poderão ser proporcionadas por qualquer licitante que comprove a possibilidade de atendimento do objeto do pregão, seja de forma direta ou indireta com as operadoras.

Desta forma, o(s) item(s) servirá(ão) apenas para favorecer o processo para os grandes competidores, sem serventia prática para o objetivo teórico, já que seria impossível para uma empresa de médio ou pequeno porte manter contratos com muitas operadoras de telefonia móvel no território nacional.

Como se não bastasse, o edital ora impugnado, também ofende a Lei 8.666/93, pois adota cláusulas discriminatórias, conforme passaremos a discorrer.

III – Da Adoção de Cláusulas Discriminatórias

O mundo moderno caminha para modelos de negócio baseados em intermediação. Este tem sido o caminho para muitas *startups* aparecerem e conquistarem espaço. Do contrário, a concentração de poder das empresas mais poderosas estaria freando o ímpeto dos empreendedores da atualidade.

O único meio possível para se enviar uma mensagem de SMS é através de conexões com as operadoras, isto pode ser feito direta ou indiretamente, portanto o próprio objeto do contrato já cria a obrigação necessária para a prestação do serviço, já que é impossível que a mensagem de SMS seja enviada sem uma conexão oficial e homologada com as operadoras.

Nesse sentido, desnecessário exigir um vínculo contratual direto e com todas as operadoras por parte de cada empresa, o que é absolutamente obsoleto e incompatível com a legislação e com o padrão moderno de empresas de tecnologia.



Importante destacar que, o Artigo 3º, parágrafo 1º, inciso I da Lei 8.666/93, veda a imposição de condições impertinentes ou irrelevantes que restrinjam o caráter competitivo para o cumprimento do objeto da licitação, *in verbis*:

“Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

§ 1º É vedado aos agentes públicos:

I - Admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato;”

Ora, a praxe no mercado é a contratação de empresas conhecidas como *brokers*, que comercializam o serviço de forma direta ou através de intermediários, ou seja, efetuando negociações em escala de pacotes de mensagens para revenda, similar aos atacadistas do comércio, sem qualquer degradação de qualidade ou velocidade nos envios das mensagens.

Os *brokers* exploram a melhor condição contratual em momentos diferentes com cada operadora e suas integradoras diretas, visando ganhos de qualidade e preço, pois a modernidade das tecnologias altamente conectadas viabiliza o serviço sem restrição.

Neste modelo as empresas trabalham como um *hub*, gerenciando conexões diretas e indiretas com as operadoras, sem nenhum prejuízo ao cliente, possibilitando que as empresas intermediadoras trabalhem com os melhores preços para cada situação.



Por exemplo: a **empresa A** tem um contrato com ótima condição comercial com a Oi, conseguindo o melhor preço do mercado com esta operadora, porém sua condição comercial com a TIM não é interessante, pois o volume trafegado com esta operadora é baixo. Já a **empresa B** tem uma ótima condição comercial com a TIM, portanto consegue o melhor preço do mercado com esta operadora, assim, a **empresa A** compra da **empresa B** as mensagens para os assinantes da TIM, praticando preços mais competitivos.

Neste exemplo, a empresa **A** tem o melhor preço geral para fornecer à administração pública. Contudo, estaria impossibilitada de participar da licitação.

Restringir o certame apenas a empresas com vínculo contratual direto com todas as operadoras vai exatamente contra a legislação e também contra o objetivo buscado pela licitação, na modalidade pregão do tipo menor preço, qual seja, buscar a proposta mais vantajosa para a Administração.

Assim, o fato da conexão não ser direta, não inviabilizará o cumprimento do objeto do certame, pelo contrário, proporcionará o menor preço, pois a vencedora do certame poderá direcionar o envio de mensagens para várias terceirizadas conforme o preço ofertado, restando impertinente e irrelevante tal exigência para a contratação.

Ademais, o (s) Atestado(s) de Capacidade Técnica (ACT) fornecido por pessoa(s) jurídica(s) de direito público ou privado, comprovando a experiência de no mínimo 12 (doze) meses na prestação e execução de serviços de envio de SMS (Short Message Service) para o território nacional, por meio das operadoras de telefonia móvel licenciadas, já comprova(m) a capacidade do licitante para prestar os serviços descritos no objeto do presente certame.

Restando claramente demonstrada as infrações à Constituição Federal e à Lei 8.666/93, passaremos a demonstrar o erro material constante no edital.

III- Da Impossibilidade da Habilitação

O termo de referência deixa clara a exigência de a contratada comprovar vínculo, seja contratual, por atestado, certificado ou ainda declaração, de conexão direta com as operadoras atuantes em todo o território nacional.



As operadoras SMP autorizadas pela Anatel são as constantes na tabela abaixo, extraídas do link da Anatel que segue:

Nome/Razão Social
ALGAR CELULAR S/A
AMERICA NET LTDA
BBS OPTIONS CELULAR LTDA - ME
CLARO S.A.
DATORA MOBILE TELECOMUNICACOES LTDA
DIGAA TELECOM LTDA
J. SAFRA TELECOMUNICACOES LTDA
LIGUE TELECOMUNICAÇÕES LTDA
NEXTEL TELECOMUNICACOES LTDA
NOVA LINK TELECOM LTDA
OI MÓVEL S.A. - EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL
PORTO SEGURO TELECOMUNICACOES LTDA
SERCOMTEL S.A. TELECOMUNICAÇÕES
SURF TELECOM SA
TELEFONICA BRASIL S.A.
TELEXPERS TELECOMUNICAÇÕES LTDA
TIM S/A
UNIFIQUE TELECOMUNICACOES LTDA
VIRGIN MOBILE TELECOMUNICACOES LTDA.
VMNO COMUNICAÇÕES DO BRASIL S.A.

<https://sistemas.anatel.gov.br/stel/consultas/ListaPrestadorasServico/tela.asp?pNumServico=010>

São estas empresas que possuem assinantes de telefonia móvel e que podem deter seu próprio SMS Center e, portanto, necessitam de conexão direta para viabilizar o encaminhamento de Short Codes para seus assinantes.

Assim, através do conhecimento de mercado da ora impugnante e também analisando diversos procedimentos licitatórios anteriores e com mesmo objeto, é notório que **nenhuma empresa** terá como comprovar a **conexão direta** com **todas** as operadoras atuantes no país. No limite, todas têm intermediários em algum nível, tornando também impossibilitada a habilitação de qualquer empresa, já que se trata de uma exigência impossível de ser atendida.



Por fim, mister destacar que a manutenção de tal exigência editalícia resultará na impetração de recurso administrativo por esta impugnante, no caso do não atendimento pela vencedora de apresentar comprovação de **conexão direta** com **todas** as 20 operadoras elencadas, sem prejuízo da adoção das medidas judiciais cabíveis.


IV- Dos Pedidos

Conclui-se, portanto, que a exigência de conexão direta com as operadoras de telefonia móvel inserida 10.1.7 letra (b) do edital, além de inconstitucional, é impertinente, irrelevante e impossível de ser atendido para o específico objeto do contrato.

Destarte, diante do exposto, requer a Impugnante que **seja anulada a exigência de conexão direta com as operadoras de telefonia móvel constante no item 10.1.7 letra (b) do edital**, que trata da Qualificação Técnica, em atendimento ao o Artigo 3ª, parágrafo 1º, inciso I da Lei 8.666/93 e ao Artigo 37, inciso XXI da Constituição Federal, publicando-se novamente o edital em apreço.

Termos em que,
pede e espera deferimento.

São Paulo, 17 de maio de 2019.



Carlos Trindade Secron
R.G.: 27.681.590-7