

PROCEDIMENTO MODALIDADE SIMILAR AO PREGÃO ELETRÔNICO N. 09/2024-AFEAM

PROCESSO N. 016501.01.70/2024-AFEAM

RESPOSTA À IMPUGNAÇÃO

1. Trata-se de impugnação apresentada por entidade interessada no Procedimento Modalidade Similar ao Pregão Eletrônico nº 09/2024-AFEAM, que tem por objeto a contratação de empresa especializada em aquisição de equipamentos de informática: Dispositivos Móveis Portáteis – Tablet (5G) e serviço de pacote de dados (banda larga) para atender as necessidades da AFEAM.
2. A impugnante, na data de 28 de novembro de 2024, remeteu à AFEAM, via correio eletrônico, instrumento de impugnação ao Edital nº 09/2024, assinado por sua representante, Sra. Sandra Seixas de Almeida. Em obediência aos princípios da transparência e moralidade que norteiam a Administração Pública, bem como ao dever de decidir da Administração, passo a análise da argumentação apresentada pela Impugnante.

DAS ALEGAÇÕES

3. A Impugnante apresentou suas alegações, conforme segue:

I - DA TEMPESTIVIDADE

Conforme o ditame inserto no item 4.1 do edital, o prazo para impugnação ao edital é de até 3 (três) dias úteis da data fixada para o certame, in verbis:

4.1. O instrumento convocatório poderá receber pedidos de esclarecimentos, providências ou ser impugnado, motivadamente por qualquer pessoa física ou jurídica até às 18h (dezoito horas), no horário oficial de Brasília, DF, do 3º (terceiro) dia útil anterior à data fixada para a abertura da licitação;

Dessa forma, utilizando o critério estabelecido no item acima, conclui-se que a data fixada para abertura da sessão pública, conforme preâmbulo do Edital é o dia **03/12/2024**, que deve ser excluído do cômputo, considerando-se como **primeiro dia útil sendo 02/12/2024, segundo dia útil sendo 29/12/2024 e como terceiro dia útil sendo 28/12/2024.**

Portanto, as impugnações apresentadas até o dia **28/12/2024** são tempestivas, como é o caso da presente.

Assim é o entendimento do egrégio **Tribunal de Contas da União – TCU**,

conforme corrobora o **Acórdão n.º 1/2007 - Plenário**, conforme transcrevemos abaixo in verbis:

Na primeira instrução destes autos (fls. 162/163), a Secex/SE, em exame perfunctório, **analisou apenas uma das irregularidades** apontadas pela empresa Nordeste Segurança e Transporte de Valores Sergipe Ltda., **qual seja, a negativa de exame, pela Gilic/SA, de impugnação apresentada pela representante, sob alegação de intempestividade** (fls. 146/147).

No entendimento da Secex/SE, não teria ocorrido inobservância, por parte da representante, do art. 18 do Decreto nº 5.450/2005, que regulamenta o pregão na forma eletrônica, pois a interposição da impugnação foi feita em 22/11/2005 (fls. 135/143), ou seja, dois dias úteis antes da data fixada para abertura da sessão pública, ocorrida em 24/11/2005, nos termos do mencionado dispositivo legal.

Em vista dessa irregularidade cometida pela Gilic/SA, a Secex/SE entendeu estarem presentes os requisitos necessários à concessão de medida cautelar para que a Caixa sustasse qualquer procedimento que visasse à contratação decorrente do Pregão Eletrônico nº 019/7029-2005." (grifo nosso)

Diante do exposto e de acordo com o entendimento do egrégio Tribunal de Contas da União – TCU, não acatar a presente impugnação sob o argumento da intempestividade seria condenar o presente certame ao fracasso, pois com certeza aquele Tribunal concederia medida cautelar suspendendo o prosseguimento deste certame.

II. RAZÕES DA IMPUGNAÇÃO

Por meio da **LICITAÇÃO SIMILAR AO PREGÃO** em referência, a **AGÊNCIA DE FOMENTO DO ESTADO DO AMAZONAS – AFEAM** divulgou o seu interesse na contratação de empresa especializada para prestação de Serviços de Telecomunicações conforme descrição do objeto da licitação:

2.1. O objeto do presente certame é a contratação de empresa especializada em aquisição de equipamentos de informática: Dispositivos Móveis Portáteis - Tablet (5G) e serviço de pacote de dados (banda larga) para auxiliar nas atividades externa da AFEAM, de acordo com as características e especificações técnicas descritas no Termo de Referência (Anexo I), parte integrante deste Edital;

Uma vez conhecido dito Edital, nele foram verificadas inconformidades.

Assim, e considerando a natureza das ilegalidades e inconformidades a seguir descritas, é certo que a **AGÊNCIA DE FOMENTO DO ESTADO DO AMAZONAS – AFEAM**, por meio do Pregoeiro, tem o incontestável poder-dever de revisão ou alteração o procedimento licitatório em questão, em razão das inconformidades neste constatadas, e, por via de consequência, determinar sua correção, sob pena de sua ulterior anulação, nos termos do artigo 62 da Lei n. 13.303/16.

As irregularidades ora verificadas serão, pontualmente, examinadas a seguir, sendo certo que sua natureza insanável impõe a revisão ou alteração imediata do referido Edital, para sua adequação às diretrizes legais, já que todo licitante tem direito de participar de licitação elaborada em conformidade com as diretrizes legais, que pugne pela observância dos princípios consignados no artigo 29, XIV, da Lei n. 13.303/16, princípios estes lhe serve de sustentáculo, além de representar seu fundamento jurídico.

1 - DA DESTINAÇÃO EXCLUSIVA À MICROEMPRESA OU EMPRESA DE

PEQUENO PORTE

5.4. Em atendimento ao disposto no artigo 48, inciso I, da Lei Complementar nº 123, de 2006 e no artigo 97, inciso I do Regulamento Interno de Licitações e Contratos RILC/AFEAM, nesta licitação terá item com participação exclusiva por microempresa ou empresa de pequeno porte.

O dispositivo acima estipula que a licitação terá item que é **exclusivo** à microempresa ou empresa de pequeno porte.

Contudo, tal estipulação não merece prosperar já que os serviços licitados são prestados por prestadoras de serviços de telecomunicações, que são grandes grupos e não se equiparam às microempresas ou empresas de pequeno porte.

Veja que a Lei Complementar nº 123/2006 traz no artigo 49 situações em que o artigo 48 citado nos itens ora impugnados não será aplicado, e duas delas se enquadram no presente caso, vide transcrição abaixo:

“Art. 49. Não se aplica o disposto nos arts. 47 e 48 desta Lei Complementar quando:

II - não houver um mínimo de 3 (três) fornecedores competitivos enquadrados como microempresas ou empresas de pequeno porte sediados local ou regionalmente e capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório;

III - o tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte não for vantajoso para a administração pública ou representar prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto a ser contratado;” (grifo nosso).

E, como destacado, os serviços licitados são prestados por grandes empresas e a ausência de microempresas e empresas de pequeno porte acabará por frustrar a licitação, e, por outro lado, a exigência pode ser afastada na forma do inciso II, do art. 49, transcrito acima.

Ademais, o inciso III do art. 49 supra transcrito trata do afastamento da exclusividade em questão quando o tratamento diferenciado não for vantajoso para a administração ou representar prejuízo e é certo que a **EMPRESA** e as demais grandes empresas são grupos que prestam serviços em todo o território nacional e detém maior experiência e qualificação para a prestação de serviços, além de que, com a participação das grandes operadoras, será possível a oferta de propostas mais agressivas e vantajosas para a Administração – com uma maior competitividade.

Outrossim, o que se pleiteia não é a exclusão das microempresas e empresas de pequeno porte, mas sim a participação de um maior número de licitantes, o que é possível com a adoção de tratamento diferenciado para elas, na forma prevista na Lei (art. 44 da Lei Complementar nº 123/2006).

Vale ressaltar que o tratamento diferenciado aqui proposto atende também aos princípios da igualdade e da isonomia, o que garantirá o respeito aos princípios licitatórios (consagrados, dentre outros dispositivos, no art. 11, I e II, da Lei nº 14.133/2021 abaixo transcrito) e maior vantagem para a Administração:

Art. 11. O processo licitatório tem por objetivos:

I - assegurar a **seleção da proposta** apta a gerar o resultado de contratação **mais vantajoso para a Administração Pública**, inclusive no que se refere ao ciclo de vida do objeto;

II - assegurar **tratamento isonômico** entre os licitantes, bem como a justa competição; (grifamos)

Desta forma, requeremos a reforma do item ora combatido do Edital, com a permissão da participação de todas as empresas no certame e tratamento diferenciado para as microempresas e empresas de pequeno porte, uma vez que a forma adotada nos itens ora combatidos é incompatível com a realidade do mercado de telecomunicações.

2 - DA RESPONSABILIDADE PELA MANUTENÇÃO E SUBSTITUIÇÃO DOS APARELHOS EM GARANTIA

13.6. Responsabilizar-se pela troca de produtos, ocasionalmente com defeito, efetuando a permuta, no prazo máximo de 5 (cinco) dias úteis, a partir do conhecimento do defeito, através de comunicação escrita emitida pela Coordenadoria de Patrimônio da AFEAM;

Inicialmente, compete esclarecer que as operadoras são empresas de transmissão de serviço móvel celular e não fabricantes de aparelhos celulares. Assim, o objeto social das operadoras não é a fabricação e manutenção dos aparelhos e sim a transmissão dos serviços conforme a outorga da Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL.

Desta forma, as operadoras apenas fornecem os aparelhos em comodato, para melhor comodidade e praticidade da Administração. Assim, adquirem os mesmos dos fabricantes diretos e repassa ao órgão a garantia destes.

Nesta égide, os aparelhos possuem garantia de 12 (doze) meses de fábrica, sendo assim, todos os aparelhos que apresentarem defeito devem ser enviados as assistências técnicas ligadas aos fabricantes dos equipamentos e seguirem os prazos determinados pelo Código de Defesa do Consumidor.

Assim, é obrigatória a troca dos aparelhos que apresentarem defeitos no decorrer de 07 (sete) dias úteis ou até uma hora de usos. Após este período os equipamentos com defeito deverão ser encaminhados às assistências técnicas autorizadas dos fabricantes.

Diante do exposto, os aparelhos com defeito deverão ser encaminhados a assistência técnica do fabricante e caso seja comprovado que os aparelhos celulares não têm mais conserto, os mesmos devem ser substituídos pelos fabricantes, através da assistência técnica, conforme determina o art. 18, §1º, do Código de Defesa do Consumidor.

Assim, compete a presente impugnação, pois o ideal é que o edital seja alterado, com o escopo de melhor atender as necessidades da Administração e a viabilidade do serviço pelas operadoras.

3 - DA VELOCIDADE MÍNIMA EXIGIDA

4.1.4.2 O serviço de e pacote de dados moveis deverão oferecer assinaturas mensais de serviço de dados para acesso à internet, com franquia mínima de 30 GB, transmitidos a uma velocidade nominal mínima de 10 Mbps para 4G e 100 Mbps para a rede 5G, alcance nacional e sem limite de tráfego de dados, com

eventual redução de velocidade de tráfego se esgotada a franquia contratada;

Os serviços de acesso à Internet objeto do presente instrumento são fornecidos através da utilização da tecnologia 5G, 4G (LTE), 3G (HSDPA) ou GPRS/EDGE, 2G, sujeitos, por sua própria natureza, a oscilações e/ou variações de sinal e velocidade de tráfego de dados, em razão de condições topográficas, geográficas, climáticas, construções urbanas, velocidade de movimento, distância do ASSINANTE à Estação Rádio Base - ERB, número de clientes associados à mesma ERB, disponibilidade de rede, configuração de hardware e software do equipamento (computador) utilizado pelo ASSINANTE, tráfego de dados na Internet, dentre outros fatores que podem interferir na intensidade do sinal.

Assim sendo e considerando a peculiaridade do serviço de Internet Móvel no aspecto da abrangência de locais de acesso (a critério do usuário), não é possível garantir uma determinada velocidade, dado que a velocidade de conexão está condicionada a diversos fatores externos que interferem na tecnologia da rede, dependendo do local de acesso.

As tecnologias e velocidades de navegação disponíveis possuem variação devido a diversos fatores externos e exemplificados e cuja velocidade é automaticamente reduzida para se adequar a região de utilização e cuja Contratante não tem atuação, desta forma, a tecnologia estará disponível na região, mas não é possível garantir as taxas de conexão.

Diante do exposto, existem diversas variáveis que não garantem o uso da velocidade nominal mínima de 10 Mbps para 4G e 100 Mbps para a rede 5G, diante do exposto, vimos impugnar o referido edital.

III. DOS PEDIDOS

Em face do exposto, vem a **EMPRESA** solicitar a análise dos elementos da presente impugnação, e a necessária **revisão ou alteração do Edital**, para que sejam os itens ora impugnados adequados à normativa vigente acerca do serviço de telecomunicações de forma a assegurar o direito público subjetivo desta Impugnante e demais operadoras de participar de certame elaborado em conformidade com as diretrizes dos diplomas legais acima indicados.

Manaus/AM, 28 de novembro de 2024.

PRELIMINARMENTE

5. A Impugnação foi apresentada tempestivamente, observando os termos das Leis nº 14.133/21 e do Edital. No entanto, apenas para fins de registro, alerto que a AFEAM é uma empresa pública, não estando vinculada a disciplina da Lei nº 14.133/21, mas a Lei 13.303/2016 e do Regulamento Interno de Licitações e Contratos da AFEAM – RILC/AFEAM.

6. A AFEAM apesar de compor a Administração Pública Indireta do Estado do Amazonas, atua em regime de direito privado, é dotada de personalidade jurídica de direito privado, é exploradora de atividade econômica, estando em relação de horizontalidade com o particular, competindo em igualdade com as demais empresas privadas do seu ramo de atuação, portanto, deve licitar o que for mais adequado para satisfazer seus interesses com o fito de se manter competitiva no mercado.

7. Desse modo, os interessados em participar das licitações promovidas pelas empresas estatais devem se atentar a norma correta, isto é, a Lei nº 13.303/2016 é a que rege o certame e, ainda, analisar as normas contidas no RILC da AFEAM.

DA ANÁLISE

8. A Impugnante, conforme alegações acima transcritas, resumidamente, alega 3 (três) irregularidades no Edital nº 09/2024-AFEAM: a) da destinação exclusiva à microempresa ou empresa de pequeno porte; b) da responsabilidade pela manutenção e substituição dos aparelhos em garantia; e c) da velocidade mínima exigida, para então solicitar a análise dos elementos de sua impugnação e necessária revisão ou alteração do Edital. Os referidos pontos serão abordados na ordem que foram apresentados em análise a seguir.

9. Quanto ao primeiro ponto, qual seja, a alegação da Impugnante de que o item exclusivo para participação de Microempresa -ME ou Empresa de Pequeno Porte - EPP deve ser aberto a todos os participantes para compatibilidade com a realidade do mercado, este não merece prosperar, pois o único item exclusivo para ME ou EPP tem como objeto a aquisição de equipamentos de informática: Dispositivos Móveis Portáteis - Tablet (5G), não sendo um item exclusivo do mercado de telecomunicação, uma vez que pode ser facilmente encontrado em qualquer loja de comércio de eletrônicos e afins, e está de acordo com o disposto no artigo 48, inciso I da Lei nº 123, de 2006. O item 2 do edital, que tem como objeto o serviço de pacote de dados (banda larga), já está definido para ampla participação de mercado, não possuindo qualquer restrição por justamente ser um serviço de telecomunicação. Deste forma, não há o que se falar em descumprimento de qualquer dispositivo legal alegado pela Impugnante.

10. Quanto ao segundo ponto, os itens da licitação são Dispositivos Móveis Portáteis - Tablet (5G) e serviço de pacote de dados (banda larga) para auxiliar nas atividades externa da AFEAM, ou seja, a contratação a administração necessita dos aparelhos e do serviço de pacote de dados, entretanto, devido a licitação ser do tipo MENOR PREÇO POR ITEM. Desse modo, não necessariamente a empresa prestadora do serviço de pacote de dados será a responsável por vender os aparelhos.

11. Para fins de esclarecimento, ressaltamos que o item "Dispositivo Móvel Portátil" não será fornecido em regime de comodato, considerando que o objeto do edital se refere à aquisição desses aparelhos.

12. Destaca-se que a exigência da administração "13.6. Responsabilizar-se pela troca de produtos, ocasionalmente com defeito, efetuando a permuta, no prazo máximo de 5 (cinco) dias úteis, a partir do conhecimento do defeito, através de comunicação escrita emitida pela coordenadoria de Patrimônio da AFEAM" guarda relação com o subitem 6.5 do Termo de Referência que se refere ao recebimento definitivo do produto na AFEAM, momento no qual se exige a troca do equipamento defeituoso dentro do prazo estabelecido de 5 (cinco) dias úteis. Tal exigência inclusive já citada pelo próprio impugnante "é obrigatória a troca dos aparelhos que apresentarem defeitos no decorrer de 07 (sete) dias úteis".

13. Portanto não merece prosperar as alegações do Licitante uma vez que o Termo de Referência estabelece menor prazo de reclamação de produto defeituoso do que o prazo citado pelo

impugnante.

14. Quanto ao terceiro e último ponto, considerando a excepcionalidade do Estado do Amazonas de interiores com grandes áreas rurais e de difícil acesso, o item 4.1.4.3 Termo de Referência já prevê que em excepcionais, onde o sinal 4G não estiver disponível, será atendido por sinal 3G, e onde não houver sinal 3G será atendido por sinal 2G ou GPRS/EDGE, atendendo às áreas dos municípios de acordo com as regras da Anatel.

15. É de conhecimento geral que os serviços de acesso à Internet objeto do presente instrumento sofrem oscilações e/ou variações de sinal e velocidade de tráfego de dados, em razão de condições topográficas, geográficas, climáticas etc. tanto que a Anatel, em sua legislação vigente, possui regras que estabelecem média mensal da velocidade mínima contratada para defesa do consumidor. Diante disto esclarecemos que o Edital não exige velocidade constante mínima, desconsiderando as possíveis variáveis citadas pelo impugnante, apenas referência os parâmetros de velocidade nominal das tecnologias 4G de 10 Mbps e 5G de 100 Mbps.

16. Portanto não merece prosperar as alegações do Licitante uma vez que o Termo de Referência admite reduções nas velocidades contratadas desde que atendidos os parâmetros estabelecidos na Anatel.

DA DECISÃO

17 Ante o exposto, conheço da impugnação apresentada, atentando-me aos elementos fáticos e de direito supramencionados e na linha da resposta elencada pelo Setor Técnico desta AFEAM, não vislumbro motivos para a reforma do instrumento convocatório, portanto, INDEFIRO a Impugnação ora apresentada, dando continuidade à fase externa da licitação com a abertura da sessão pública no dia e hora previstos.

18. Informo que a resposta desta CPL estará disponível no endereço eletrônico da AFEAM e do Comprasnet, e se tornará parte integrante do Edital e seus anexos.

Atenciosamente,

Luiz Fernando Silva Júnior
Agente de Licitação da AFEAM