

IMPUGNAÇÃO AO EDITAL

Pregão Eletrônico nº 29/2018 – Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão/DF.

Impugnante: Telefônica Brasil S/A.

Ao (À) Sr.(a) Pregoeiro (a) do(a) Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão/DF.

TELEFÔNICA BRASIL S/A., Companhia Aberta, com sede na Avenida Engenheiro Luiz Carlos Berrini, nº. 1376, Bairro Cidade Monções, São Paulo/SP, CEP 04.571-000, inscrita no CNPJ sob o nº. 02.558.157/0001-62, NIRE nº. 35.3.001.5881-4, vem, respeitosamente, perante V. Sa, apresentar **IMPUGNAÇÃO AO EDITAL** do PREGÃO em epígrafe, com sustentação no §2.º do artigo 41 da Lei Federal n.º 8.666/1993, pelos fundamentos demonstrados nesta peça.

I - TEMPESTIVIDADE.

Inicialmente, comprova-se a tempestividade desta impugnação, dado que a sessão pública está prevista para 18/10/2018, tendo sido, portanto, cumprido o prazo pretérito de 02 (dois) dias úteis previsto no artigo 41, §2.º da Lei Federal n.º 8.666/1993, bem como item 24.1 do edital do pregão em referência.

II - OBJETO DA LICITAÇÃO.

O Pregão em referência tem por objeto “*escolha da proposta mais vantajosa para a contratação de empresa especializada (integrador) para prestação de serviços de computação em nuvem, sob demanda, incluindo desenvolvimento, manutenção e gestão de topologias de aplicações de nuvem e a disponibilização continuada de recursos de Infraestrutura como Serviço (IaaS) e Plataforma como Serviço (PaaS) em nuvem pública, conforme condições, quantidades e exigências estabelecidas neste Edital e seus anexos*”.

A presente impugnação apresenta questões pontuais que viciam o ato convocatório, quer por discreparem do rito estabelecido na Lei Federal n.º 8.666/1993 (com alterações posteriores) e na Lei Federal n.º 10.520/2002, quer por restringirem a competitividade, condição esta essencial para a validade de qualquer procedimento licitatório.

Pretende também apontar situações que devem ser esclarecidas, facilitando-se a compreensão de determinadas cláusulas e evitando-se interpretações equivocadas.

Quatro são os fundamentos que justificam a presente impugnação, conforme exposição a seguir.

III - FUNDAMENTOS DA IMPUGNAÇÃO AO EDITAL.

01. NECESSIDADE DE ADIAMENTO DA DATA DO CERTAME.

Diante das questões apontadas e decorrer desta peça e considerada a complexidade da solução técnica do objeto, fica evidente a necessidade de prorrogação da data de realização do certame.

O prazo compreendido entre a divulgação do edital e o termo final para a apresentação das propostas comerciais pressupõe o conhecimento integral das condições de execução do objeto licitado – inclusive das ora questionadas – mediante a análise da viabilidade técnica, da viabilidade jurídica e da viabilidade econômica de participação no certame e eventual contratação.

Assim, **requer-se o adiamento da data de abertura das propostas**, estabelecendo-se prazo razoável, que atenda ao interesse público tanto na efetiva competição entre um maior número de licitantes e na seleção da melhor proposta, quanto na execução fiel do contrato pela vencedora.

02. VALOR ESTIMADO PARA A CONTRATAÇÃO INCOMPATÍVEL COM OS PREÇOS DE MERCADO.

Um ponto que precisa ser corrigido é o referente ao preço estimado para contratação de serviços pelo período de 30 (trinta) meses, indicado no quadro presente no item 4.1 do Anexo I, inclusive no que tange ao item “serviços de computação em nuvem” cujo valor é previsto é de R\$ 7,96/unidade estimada em “USN”.

Tal valor, preenchido no referido anexo está muito abaixo daqueles praticados no mercado, considerando inclusive, a alta variação do dólar e a elevação dos itens presentes no catálogo de serviços.

Caso este valor seja mantido como limite máximo para a futura contratação, certamente haverá a frustração do certame, dado que as propostas a serem apresentadas serão necessariamente superiores àquele objeto da estimativa.

E, ainda que alguma empresa por eventualidade proponha tal valor estimado, será manifestamente inexecutável a proposta, que, portanto, deverá ser desclassificada, a teor do artigo 48, inciso II da lei 8666/1993, gerando, da mesma forma, a declaração da licitação como fracassada, situação esta incompatível com o princípio constitucional da eficiência exposto no *caput* do artigo 37 da Constituição da República.

Nesta senda, necessário se faz a adequação do valor estimado para contratação, de modo a compatibilizar o mesmo com a realidade dos serviços a serem prestados.

3. ESCLARECIMENTOS QUANTO À VIGÊNCIA DO CONTRATO E DAS OBRIGAÇÕES.

O edital prevê prazos de execução e de vigência incompatíveis entre si. Senão, veja-se o item 5.1.16 do Anexo I:

5.1.16. - Os serviços descritos na Tabela 1 na modalidade upfront só poderão ser demandados pela CONTRATANTE e colocados em operação pela CONTRATADA até 9 (nove) meses antes do final da vigência do contrato, ainda que a duração do serviço venha a extrapolar a vigência do contrato. Por exemplo, caso a CONTRATANTE solicite a CONTRATADA, até 9 (nove) meses antes do final da vigência do contrato, a operação de máquina virtual comercializada por reserva de 1 ano no provedor de nuvem, na modalidade upfront, tal solicitação deverá ser cumprida pela CONTRATADA. Neste exemplo, o máximo de tempo que o serviço poderá ficar em operação após o encerramento do contrato será de 3 (três) meses, estando adequado ao prazo de retenção da garantia contratual.

A lei proíbe expressamente contratos com vigência indeterminada e a execução de obrigações sem contrato vigente, o que é, inclusive, entendimento firme do Tribunal de Contas da União.

Tratando-se de um serviço de caráter continuado e não de uma aquisição, se encerrado o contrato, a operação passa a ser ilegal. E é responsabilidade da Administração garantir que a vigência do contrato cubra o tempo de execução das obrigações.

De qualquer modo, se mantida essa previsão, questiona-se **se e como serão remunerados os custos que a contratada terá** com a manutenção de serviços nos meses após o encerramento do contrato.

De modo semelhante, o item 11.2 do Anexo I estabelece o seguinte:

11.2. - A vigência de 30 (trinta) meses justifica-se com vistas a permitir que o período contratual acomode o processo de migração, configuração, estabilização e disponibilização dos serviços em nuvem, além da prestação do serviço propriamente dito. Outro fator que foi considerado na definição do período de 30 meses foi a modalidade de reserva de recurso computacional adotado pelos provedores de nuvem. Essa modalidade permite a alocação de recursos por períodos de 12 meses. Neste caso, uma vigência anual impossibilitaria o uso dos recursos nessa modalidade.

A modalidade pressupõe alocação de recursos por períodos de 12 meses, mas a vigência de 30 (trinta) meses não é compatível com isso, pois 30 não é um múltiplo de 12. Desta forma, o período definido de contratação não permite a alocação de recursos na modalidade upfront, com reserva mínima de 12 (doze) meses, o que geraria prejuízos à contratada, caso deva

arcar com o ônus da alocação de recursos no provedor sem um contrato vigente.

Neste ponto, requer-se a definição precisa dos prazos, para que não haja obrigações ou responsabilidades que ultrapassem a vigência do contrato.

04. QUESTIONAMENTOS ACERCA DAS CARACTERÍSTICAS TÉCNICAS E OPERACIONAIS DE EXECUÇÃO DO OBJETO LICITADO.

O Anexo I do edital apresenta diversas características referentes ao serviço de computação em nuvem, objeto de contrato, sem, no entanto detalhar integralmente todas as condições de execução do objeto, nos termos em que exigem o art. 40, inc. I, o art. 41 e o art. 54, parágrafo único, dentre outros, da lei 8.666/1993, que determinam o dever de descrição clara e precisa do objeto da licitação, como pressuposto do princípio da vinculação ao instrumento convocatório.

Neste sentido, “o Poder Discricionário da Administração esgota-se com a elaboração do Edital de Licitação. A partir daí, nos termos do vocábulo constante da própria Lei, a Administração Pública vincula-se “estritamente” a ele”, como já decidiu o Superior Tribunal de Justiça¹.

Sendo assim, a presente impugnação apresenta questões pontuais do ato convocatório que merecem ser esclarecidas e/ou detalhadas, conforme se vê:

1 - Verifica-se que o edital indica a funcionalidade do broker com um único *cloud provider*. Contudo, considerando que a prestação do serviço nos moldes indicados acarretará maiores custos para a contratação, necessário seja esclarecido se é possível que o provedor de serviços faça a conversão dos serviços para as unidades de USN no edital, de modo a atender diretamente as pretensões administrativas.

¹ STJ - REsp: 421946 DF 2002/0033572-1, Relator: Ministro FRANCISCO FALCÃO, Data de Julgamento: 07/02/2006, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 06/03/2006 p. 163RSTJ vol. 203 p. 135

2 - O item 5.1.9.4.1 apresenta previsão acerca da disponibilização de relatórios, pela contratada, nos seguintes termos:

Os relatórios deverão ser disponibilizados pelo portal, com periodicidade diária, semanal ou mensal, a depender das características do serviço ou recurso avaliado, abrangendo aqueles listados na tabela 1 do Termo de Referência. O serviço estará dentro das responsabilidades da CONTRATADA, não sendo cobrado como serviço adicional.

Tendo em vista que o edital não é claro quanto a periodicidade de disponibilização dos relatórios, deixando margem para a disponibilização diária, semanal ou mensal, necessário seja esclarecido se correto o entendimento de que caberá à contratada definir qual a periodicidade de disponibilização dos documentos.

3 – Insta destacar a seguinte previsão do item 5.1.11.3, abaixo citado e respectivas observações:

5.1.11.3. Todo o ambiente tecnológico provido pela CONTRATADA durante a execução do contrato deve ser independente da ferramenta de Gestão de Nuvem, sendo possível a inclusão, exclusão, alteração da infraestrutura ou serviços através do portal do próprio provedor a qualquer tempo;

O item 5.1.11.3 almeja que o ambiente tecnológico provido pela contratada seja independente da ferramenta de Gestão de Nuvem. No entanto, não ficou claro como se dará a gestão do consumo de recursos para tal procedimento. Deste modo, deve ser esclarecido tal ponto, haja vista que o Ministério do Planejamento poderá atuar na inclusão, exclusão, alteração da infraestrutura ou serviços, sem necessariamente passar pelo portal de gestão do Broker.

Tendo em vista que o edital objeto de esclarecimento se trata de uma publicação, cabe destacar que a versão do TR anteriormente publicado aos licitantes interessados, visando obtenção de cotação de preços, permitia a entrega de serviços da tabela 1 (presente no item 5.1.23), através da ferramenta de orquestração de nuvem do integrador, sem a obrigatoriedade de que tais serviços estivessem dentro do portal do provedor de serviços em nuvem. Ante a tais apontamentos, entende-se que o disposto no item 5.1.11.3 rompe com o princípio da contratação de um *cloud broker*, haja vista que a previsão de obrigatoriedade de execução de todos os serviços diretamente, e,

a partir do portal do provedor de serviços de nuvem, torna como necessária a ferramenta de gestão de nuvem, ferramenta esta, que, contudo, é desnecessária para esses itens, o que merece ser avaliado.

Noutro giro, as pretensões indicadas no item 5.1.11.3 ferem diretamente ao princípio da livre concorrência, já que apenas competidores internacionais podem atender ao almejado no edital, impedindo a participação de concorrentes locais que podem prover o serviço em moldes técnicos diferentes do demandado, porém sem afetar tecnicamente o uso dos serviços pelo órgão contratante.

Considerando todas as razões expostas acerca do previsto no item 5.1.11.3 do Anexo I, sugere-se a retirada de tal previsão do edital, compatibilizando com princípios e normas que regem a licitação.

4 - Tendo em vista que atualmente a maioria das soluções de BI de mercado são tarifadas por usuário, a empresa licitante solicita seja informada a quantidade estimada de usuários que utilizarão o serviço, para possível formulação de proposta de preços e atendimento ao modelo de USN solicitado no edital.

5 - Destacamos a seguinte previsão do item 5.1.20:

Todos os dados decorrentes de serviços solicitados pela CONTRATANTE à CONTRATADA e operacionalizados no provedor serão de propriedade apenas da CONTRATANTE, a quem deverá ser assegurado acesso irrestrito a qualquer momento do contrato. Durante todo o contrato, e particularmente ao final desse, independente da razão que tenha motivado o seu término, a CONTRATADA repassará à CONTRATANTE todas as informações necessárias à continuidade da operação dos serviços em nuvem.

Ante a tal previsão, a empresa licitante requer seja aclarado se após o término do contrato, o contratante permanecerá utilizando a infraestrutura do provedor de serviços de nuvem.

6 - O item 5.1.24.4.4. aduz que “*As máquinas virtuais serão contratadas e remuneradas na modalidade upfront*”. Tendo em vista a possibilidade de aplicação de diferentes descontos para a modalidade upfront,

deve ser indicado qual é o período considerado no modelo de reserva upfront para tais máquinas.

7 - Segundo os itens 5.1.24.1.5, 5.1.24.7.4, 5.1.24.6.4 e 5.1.24.2.5, “*As máquinas virtuais deverão contar com o serviço de crescimento automático em função da demanda (autoscaling)*”. Contudo, o edital não deixa claro como serão definidos os limites da escalabilidade, se para adição ou remoção de instâncias, o que merece ser esclarecido. Noutra giro, deve ser apontada qual métrica será utilizada para o monitoramento de recurso, com vistas à habilitação da escalabilidade almejada.

8 - O Anexo I em diversas passagens indica que “*As máquinas virtuais devem ser fornecidas com disco destinado ao boot e hospedagem do sistema operacional. A capacidade do disco deve ser suficiente para atender aos requisitos de sistema operacional e seus processos de manipulação de memória;* (ver itens 5.1.24.1.3, 5.1.24.2.3, 5.1.24.3.3, 5.1.24.5.4, 5.1.24.6.3, 5.1.24.7.3, 5.1.24.8.3 e 5.1.24.9.3.). Ante a tais previsões, necessário seja esclarecido se recairá ao contratante a responsabilidade pelos custos destinado ao boot bem como ao sistema operacional.

9 - Verifica-se ainda que todos os componentes solicitados no edital se remetem a infraestrutura. Nesta senda, à primeira vista, a inclusão do disposto no item 5.1.24.23, referente ao Serviço de BI, destoa do contexto geral solicitado no edital, o que reduz a possibilidade de participação de múltiplos *cloud providers* e, conseqüentemente restringe a participação a somente grandes provedoras internacionais. Assim, visando evitar dúvidas na contratação, a empresa licitante solicita seja considerada a real necessidade do disposto no item 5.1.24.23 citado.

10 - No que tange ao serviço de auditoria e análise de Logs, o Item 5.1.24.31.4. do Anexo I estabelece que “*Deverá fornecer dados para elaborar ações de correção ou melhorias nas aplicações*”. Neste caso, necessário seja informado quais as métricas que serão utilizadas para avaliação dos dados fornecidos.

11 – O edital apresenta previsão de itens adicionais no catálogo de serviço (BI, AD, WAF e CDN), exigência que restringe a participação ampla das empresas no certame, favorecendo somente às empresas internacionais. Tais itens devem estar disponíveis para consumo diretamente na plataforma do provedor de serviços de nuvem. Deste modo, necessária a retificação do edital neste ponto, consubstanciada na possibilidade de ampla competição entre as empresas existentes no mercado e na igualdade de condições de acesso às contratações realizadas com recursos públicos.

Sendo assim, requer-se o esclarecimento e/ou detalhamento dos itens ora questionados, alterando-se o edital, caso se faça necessário.

IV - REQUERIMENTOS.

Em síntese, requer sejam analisados os pontos detalhados nesta impugnação, com a **correção necessária** do ato convocatório para que se afaste qualquer antijuridicidade que macule todo o procedimento que se iniciará.

Tendo em vista que a sessão pública está designada para 18/10/2018, requer, ainda, seja conferido **efeito suspensivo** a esta impugnação, adiando-se a referida sessão para data posterior à solução dos problemas ora apontados. Caso contrário, há o iminente risco de todo processo licitatório ser considerado inválido, sustentados os equívocos no edital ora apontados, com desperdício da atividade ocorrida na sessão pública, incluindo avaliação das propostas e dos documentos de habilitação.

Requer, caso não corrigido o instrumento convocatório nos pontos ora invocados, seja mantida a irresignação da ora impugnante, para posterior juízo de anulação por parte da autoridade competente para tanto.

Pelo que **PEDE DEFERIMENTO**,

De São Paulo/SP para Brasília-DF, 10 de outubro de 2018.

TELEFONICA BRASIL S/A



Nome do Procurador: Virginia de Brito Lins

CPF: 064.502.452-04

RG: 1636920 – SSP/PA