IMPUGNAÇÃO AO EDITAL

Pregão Presencial n.º 13/2014 - Câmara Municipal de Pará de Minas/MG.

Impugnante: Telefônica Brasil S/A.

Ao (À) Sr.(a) Pregoeiro (a) da Câmara Municipal de Pará de Minas/MG,

TELEFONICA 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, sucessora por incorporação de VIVO S/A, sociedade anônima inscrita no CNPJ sob o nº 02.449.992/0454-27, com filial na Rua Levindo Lopes, nº 258, Funcionários, Belo Horizonte/MG, CEP 30140-170, vem, respeitosamente, perante V. Sa, apresentar IMPUGNAÇÃO AO EDITAL do PREGÃO PRESENCIAL em epígrafe, com sustentação no §2.º do artigo 41 da Lei Federal n.º 8.666/1993 - aplicável por força do artigo 9.º da Lei Federal n.º 10.520/2002 - e artigo 12 do Decreto Federal n.º 3.555/2000, pelos fundamentos demonstrados nesta peça.

I - TEMPESTIVIDADE.

Inicialmente, comprova-se a tempestividade desta impugnação, dado que a sessão pública está prevista para 21/11/2014, 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, artigo 12 do Decreto Federal n.º 3.555/2000, bem como no item 16.1 do edital do Pregão em comento.

II - OBJETO DA LICITAÇÃO.

O Pregão Presencial em referência tem por objeto a "contratação de Serviço Móvel Pessoal - SMP, e gerenciador on-line/controle de ligações, englobando acesso à Internet, serviços telefônicos Modalidades Locais, Modalidade Longa Distância Nacional, para ligações exclusivamente originadas dos terminais móveis do Plano Corporativo, incluindo o fornecimento de 19 (dezenove) chips e 19 (dezenove) aparelhos celular, em comodato, conforme Termo de Referência, Anexo I.".

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.

<u>Sete</u> são os fundamentos que justificam a presente impugnação, conforme exposição a seguir.

III - FUNDAMENTOS DA IMPUGNAÇÃO AO EDITAL.

1. ESCLARECIMENTO QUANTO AO CNPJ DA NOTA FISCAL E DOS DOCUMENTOS DE HABILITAÇÃO E DA PROPOSTA DE PREÇOS.

O edital em apreço tem como objeto a prestação de serviço de telefonia móvel celular (Serviço Móvel Pessoal - SMP) no Estado de Minas Gerais.

No que tange à apresentação dos documentos de habilitação das eventuais licitantes interessadas, o item 5.7.1 do edital preleciona:

5.7.1 - Sob pena de inabilitação, todos os documentos apresentados para habilitação deverão observar o seguinte:

- a) se o licitante for a matriz, todos os documentos deverão estar em nome da matriz;
- b) se o licitante for a filial, todos os documentos deverão estar em nome da filial;
- c) se o licitante for a matriz e a prestadora dos serviços/fornecedora for a filial, todos os documentos deverão ser apresentados em nome da matriz e da filial.

Inicialmente, insta esclarecer que alguns documentos expedidos para a empresa Telefônica, ainda que utilizados para as filiais, são realizados em nome da Matriz Telefônica Brasil S.A.

Desta maneira, facilitando a agilidade e compreensão da análise dos documentos no certame, a empresa apresentará na fase de habilitação e proposta de preços os documentos em nome exclusivamente de sua matriz.

Entretanto, em função das legislações tributárias que são específicas para cada Estado e, por conseguinte, repercutem nos tributos e alíquotas incidentes, os faturamentos somente podem ser efetivados pela filial de cada Estado onde os serviços serão efetivamente prestados.

De fato, o pretenso problema de faturamento envolve uma questão preliminar relativa aos próprios critérios de incidência tributária.

Ressalta-se que não há qualquer problema neste procedimento, dado que, ainda que haja um problema de incidência tributária no que se refere à autorização para as filiais, a pessoa jurídica da contratação é a mesma daquela que efetivou a habilitação no certame.

Vale ressaltar que tal alteração não significa mudança da pessoa jurídica prestadora do serviço, dado que se trata de apenas uma única pessoa jurídica e, portanto, de um único sujeito de direitos e obrigações, sendo que a diferenciação do CNPJ ocorre apenas para efeito de Administração Tributária, com o foco na diferenciação entre a matriz e as filiais.

Desta feita, diante dos esclarecimentos, requer que seja retificado o dispositivo editalício supramencionado, permitindo que o CNPJ das notas fiscais bem como o contrato firmado seja com a filial da licitante do Estado onde os serviços serão efetivamente prestados, mas que na fase de habilitação e oferecimento de propostas sejam exigidos tão somente os

documentos da matriz, suficientes para comprovar quaisquer situações da empresa, como grupo societário, e resguardar direitos e deveres da Contratante.

2. IMPOSSIBILIDADE DA COTAÇÃO CONJUNTA DE ASSINATURAS E CAIXA POSTAL. NECESSIDADE DE CORREÇÃO DAS PLANILHAS FORMADORAS DE PREÇOS.

As planilhas constantes dos itens 6.3.1 do Anexo I – Termo de Referência e "d" do Anexo VII – Proposta Comercial preveem a cotação em conjunto de 19 (dezenove) assinaturas e serviços de caixa postal.

Tal situação deve ser corrigida, para que o valor referente ao serviço de caixa postal integre a proposta de preços separadamente da cotação estabelecida para assinaturas.

Ademais, conforme regulamentação da ANATEL, o serviço de caixa postal qualifica-se como ligação LOCAL. Nesta senda, a estimativa de tráfego da espécie se mostra incompatível com o método de tarifação, dado que a utilização do serviço de caixa postal é cobrada por minuto e não por unidade conforme previsto.

Dessa forma, requer seja retificada a planilha anteriormente citada, de maneira a prever o número de assinaturas separadamente do serviço de caixa postal, sendo este adequado à realidade de tarifação por minutos, afastando-se qualquer outra qualificação inadequada à espécie.

3. ESCLARECIMENTO QUANTO AO SERVIÇO EM ROAMING, COTAÇÃO POR MINUTOS EM PLANILHA DE FORMAÇÃO DE PREÇOS. INCONGRUÊNCIA.

As planilhas descritas nos itens 6.3.1 do Anexo I – Termo de Referência e "d" do Anexo VII – Proposta Comercial preveem uma estimativa mensal de 190 (cento e noventa) minutos de AD, AD1 e VC-2R, bem como 95 (noventa e cinco) minutos de VC-3R.

Tal previsão não coaduna com a correta formatação para cotação dos serviços em roaming (dentro o fora da área de cobertura da contratante). Afinal as cobranças das ligações em roaming são executadas a <u>partir dos valores de AD2 e DSL2, de forma conjunta, sendo que o AD – Adicional por chamada é efetuado por evento enquanto o DSL – Deslocamento de chamada é cobrado por minuto, devendo ambos ter a mesma pretensão quantitativa, sendo um por minuto e o outro por evento.</u>

Nesse sentindo, imperiosa é a necessidade de retificação das disposições editalícias apontadas, permitindo a cobrança de valores de AD (por evento) e DSL2 (por minuto) em *roaming* dentro ou fora da área de cobertura da operadora, de forma conjunta, devendo ambos ter a mesma pretensão quantitativa.

4. IMPOSSIBILIDADE DA ESCOLHA DA MARCA, AINDA QUE POSTERIORMENTE, POR PARTE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. VIOLAÇÃO AO ARTIGO 7.º, §5.º DA LEI 8666/1993.

O item 8.2.6 do Anexo I – Termo de Referência especifica que a contratada deverá oferecer à contratante, para escolha, 2 (dois) modelos de aparelhos de marca diferente para aparelhos padrão de "dados e voz", induzindo que tal escolha seria feita pelo usuário.

Todavia, não pode ser admitida a escolha, pela Administração, do aparelho a ser cotado. A oferta, sem definição de marca, deve ser feita pelo licitante dentre os aparelhos com especificações mínimas descritas no edital, sendo totalmente ilícito que a escolha do aparelho seja realizada pela Administração a seu exclusivo critério.

Exatamente por integrar a proposta, basta à Administração oferecer as especificações mínimas exigíveis para, a partir desta descrição, analisar as ofertas realizadas pela licitante, não sendo legítimo outorgar a escolha de marca pela Administração, de forma unilateral, sob pena de violação direta ao artigo 7.°, §5.° da lei 8666/1993:

Artigo 7.º (...) § 5º É <u>vedada a realização de licitação cujo objeto inclua bens</u> e serviços sem similaridade ou <u>de marcas, características e especificações exclusivas</u>,

salvo nos casos em que for tecnicamente justificável, ou ainda quando o fornecimento de tais materiais e serviços for feito sob o regime de administração contratada, previsto e discriminado no ato convocatório. (grifos de nossa autoria)

Neste contexto, não importa se a escolha da marca é anterior ou posterior à licitação. Em quaisquer destas situações, há flagrante violação ao dispositivo que, em regra, veda a escolha de marca pela Administração Pública para cumprimento da necessidade administrativa.

De fato, pouco importa que tal escolha se dê após a licitação, dado que tal situação apenas protrairia a intenção (já existente quando da fase interna da licitação) de definir e escolher uma marca.

Desta forma, deve ser afastada a fórmula do edital no que se refere à unilateralidade da escolha posterior de quais aparelhos seriam exigíveis pela Administração, adotando apenas a previsão de especificações mínimas dos aparelhos a serem cotados.

5. FALTA DE DEFINIÇÃO NO EDITAL QUANTO À RESPONSABILIDADE PELA ASSISTÊNCIA TÉCNICA DOS APARELHOS. AUSÊNCIA DE RESPONSABILIDADE DA CONTRATADA.PRAZO EXIGUO PARA SUBSTITUIÇÃO DE APARELHOS RECUSADOS.

O edital, apesar de prever a necessidade da garantia de 01 (um) ano dos aparelhos (item 8.2.8 do Anexo I – Termo de Referência), bem como prever o prazo de 02 (dois) dias úteis para substituição/refazimento caso estes sejam recusados em seu recebimento (Cláusula Oitava, Subcláusula Quarta do Anexo VII – Proposta Comercial), foi omisso quanto à definição das demais responsabilidades relativa à assistência técnica dos aparelhos.

Tal definição, contudo, passa necessariamente pela ausência de qualquer responsabilidade da contratada considerando que o aparelho é apenas e tão-somente meio para que possa se efetivar o serviço de telefonia, aparelho este cujo funcionamento regular é de responsabilidade direta do fabricante.

Assim, nos termos do artigo 12 do Código de Defesa do Consumidor (Lei Federal n.º 8078/1990), quem responde pelos problemas inerentes ao

aparelho celular é o fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador. Neste sentido, é incorreta a previsão editalícia que, de imediato, tenta compelir a operadora a resolver problema não diretamente relacionado ao serviço de telefonia propriamente dito.

De fato, o aparelho é apenas meio para o exercício do serviço de telefonia celular, sendo a fabricação realizada por outras empresas diferentes da prestadora do serviço em referência.

Assim, em caso de defeito, a ritualística correta é o envio do aparelho para a assistência técnica do fabricante detectar eventual problema, bem como realizar um laudo técnico.

A partir desta informação, verificar-se-á qual a origem do problema, sendo, somente após tal análise prévia, determinado se seria ou não responsabilidade da operadora a troca do aparelho.

Destarte, é fundamental mencionar que a garantia do aparelho, concedida pela Assistência Técnica do fabricante não abrange os defeitos ocasionados pela utilização incorreta dos aparelhos tampouco pelas quebras no equipamento.

Sob outro aspecto, ainda que fosse possível determinar a responsabilidade da operadora pela substituição dos equipamentos, em caso de recusa de recebimento dos mesmos, evidente que o prazo de 02 (dois) dias úteis para substituição é absolutamente exíguo para que possa ser cumprida tal diligência.

De fato, o prazo indicado é INSUFICIENTE para que os aparelhos celulares possam ser entregues por qualquer operadora. A exiguidade do prazo pode ser verificada pelo simples fato de que a entrega dos aparelhos celulares - ainda que em disponibilidade imediata - depende de um prazo razoável para cumprimento dos rituais internos da operadora, tais como: solicitação junto ao fornecedor, expedição da ordem de entrega, verificação do estoque, emissão da nota fiscal do produto e frete dentre outros. Neste contexto, o prazo é bastante curto para a efetivação da entrega dos aparelhos.

Neste contexto, não é possível imputar à operadora a obrigação de iniciativa da manutenção dos aparelhos, dado que a responsabilidade relativamente a tal conserto é exclusivamente do fabricante do aparelho, conforme exposto nestas razões, devendo ser aditado o edital neste aspecto.

6. AUSÊNCIA DE ORÇAMENTO ESTIMADO DOS PREÇOS EM PLANILHA ABERTA DE COMPOSIÇÃO DE CUSTOS UNITÁRIOS. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 7.°, §2.°, INCISO II E ARTIGO 40, §2.°, INCISO II DA LEI 8666/1993.

Verifica-se que o edital, em seus itens 6.3.1 do Anexo I - Termo de Referência e "d" do Anexo VII - Proposta Comercial apresentou planilhas indicativa para apresentação de proposta, sem, contudo, indicar o orçamento estimado para a prestação dos serviços.

Tal omissão constitui direta violação aos artigos 7.º §2.º, inciso II e artigo 40, §2.º, inciso II, todos da lei 8666/1993, aplicáveis por força do artigo 9.º da lei federal n.º 10520/2002:

> Art. 7º As licitações para a execução de obras e para a prestação de serviços obedecerão ao disposto neste artigo e, em particular, à seguinte sequência:

§ 2º As obras e os serviços somente poderão ser licitados quando:

II - existir orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os seus custos unitários;

Art. 40. (...)

§ 2º Constituem anexos do edital, dele fazendo parte integrante:

II - orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários; (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

Pela previsão dos referidos artigos, portanto, toda licitação, inclusive de serviços, necessariamente possui como pressuposto de validade a existência de um orçamento estimado em planilha aberta de composição de custos unitários.

Tal planilha detalhada é essencial para que, no curso do certame, seja possível verificar eventual adequação dos preços propostos aos valores de mercado, inclusive em relação a todos os componentes que repercutem na formação do preço final.

Este juízo quanto aos preços ofertados (se são exequíveis ou estão dentro dos padrões de mercado) depende diretamente da informação contida na estimativa de custos, sendo essencial para a análise a ser realizada pelo Pregoeiro e sua equipe de apoio.

A falta desta estimativa detalhada de custos inviabiliza a avaliação quanto à compatibilidade dos preços ofertados (avaliação esta a ser realizada na sessão pública do pregão). Tal circunstância macula o julgamento a ser realizado e, consequentemente, todo o procedimento realizado.

Deste modo, uma planilha detalhada de composição dos preços ofertados é primordial para que a contratação possa ser efetivada corretamente, pela mesma lógica contida no artigo 40, §2.º, inciso II da lei 8666/1993 citado acima, não bastando a planilha contida no edital.

Ainda que não se apresente uma planilha detalhada dos custos, é essencial, de qualquer forma, que seja apresentado o valor orçado para a íntegra da presente prestação de serviço que se pretende licitar.

7. PRAZO EXÍGUO PARA ASSINATURA DO CONTRATO.

Em relação ao contrato, verifica-se uma previsão de assinatura em apenas 03 (três) dias úteis, conforme previsão do item 10.3 do edital, sob pena de decair do direito à contratação.

Todavia, tal prazo é exageradamente exíguo para que o contrato possa ser assinado por qualquer operadora. A exiguidade do prazo pode ser verificada pelo simples fato de que o trâmite interno de uma grande empresa — com o é também em relação à Câmara Municipal de Pará de Minas - depende de um prazo razoável para cumprimento dos rituais internos de assinatura dos responsáveis legais, até mesmo a presença física dos mesmos na empresa.

Assim, o prejuízo para a Administração Pública em se manter este curto prazo de assinatura do contrato é imenso, dado que inviabilizaria a participação das concorrentes, em função de não ser possível cumprir o lapso de tempo indicado no edital.

Sob outro prisma, o aumento deste prazo de assinatura não acarretará qualquer ônus à Administração Pública, sugerindo-se o prazo de 10 (dez) dias úteis, suficiente para que a contratação possa ser efetivada em prazo adequado à necessidade administrativa e permitindo que haja um tempo razoável para a assinatura do termo de contrato respectivo.

Vale ressaltar que o não cumprimento do prazo de assinatura do ajuste induz a aplicação das penalidades contratuais, inclusive bastante drásticas, conforme acima exposto, situação esta que determinaria a opção da operadora por sequer participar da licitação, com restrição da competitividade em função deste fato.

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 eletrônica está designada para 21/11/2014, 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 o ritual do artigo 4.º da Lei Federal n.º 10.520/2002 ser considerado inválido, considerados 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 edital 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 Belo Horizonte/MG para Pará de Minas/MG, 13 de novembro de 2014.

TELEFÔNICA BRASIL S/A