

COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÃO

PREGÃO N° 13/2014

Assunto: Resposta à Impugnação apresentada pela Empresa TELEFÔNICA BRASIL S/A

Trata-se de impugnação ao Edital do Pregão Presencial nº 13/2014, referente à 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, interposta pela empresa TELEFONICA BRASIL S/A.

BREVE RELATO

A empresa impugnante, em síntese, apresenta sete fundamentos para justificar a impugnação ao edital sendo estes:

1 - Esclarecimento quanto ao CNPJ da Nota fiscal e dos documentos de habilitação e da proposta de preços.

Requer a impugnante “que seja retificado o dispositivo editalício 5.7.1 , 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 de cotação conjunta de assinaturas e caixa postal. Necessidade de correção das planilhas formadoras de preços.

Requer a impugnante “que seja retificada a planilha constante dos itens 6.3.1 do Anexo I - Termo de Referencia e “d” do Anexo VII - Proposta Comercial, de maneira a prever o número de assinaturas separadamente do serviço de caixa postal , sendo este adequado á realidade de tarifação por minutos , afastando-se qualquer outra qualificação inadequada á espécie.”

3 – Esclarecimento quanto ao serviço em roaming , cotação por minutos em planilha de formação de preços . Incongruência .

Alega a impugnante que as planilhas dos itens 6.3.1 do Anexo I – Termo de Referencia e “d” do Anexo VII – Proposta Comercial prevêem 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 e que tal previsão não coaduna com a correta formatação para cotação de serviços em roaming, julgando ser necessária a 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 7º, §5º da Lei 8666/93.

Solicita a impugnante que seja afastada a formula do edital no que se refere á 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 á responsabilidade pela assistência técnica dos aparelhos . Ausencia de responsabilidade da Contratada. Prazo Exíguo para substituição dos aparelhos recusados.

Alega a impugnante que não pode ser imputada á contratada a responsabilidade pela manutenção dos aparelhos sendo responsabilidade exclusiva do fabricante e que o prazo previsto de 02 (dois) dias úteis para substituição dos aparelhos recusados é exíguo.

6 – Ausência de Orçamento Estimado dos Preços em planilha aberta de composição de custos unitários. Violação do artigo 7º, §2º, II e artigo 40, §2º, II da Lei 8666/93.

7 – Prazo exíguo para assinatura do contrato.

Alega a impugnante que o prazo de 03 (três) dias úteis é exageradamente exíguo para que o contrato possa ser assinado pela operadora em razão do trâmite interno de uma grande empresa demandar maior tempo para coleta de assinaturas.

PRELIMINARMENTE

Preliminarmente, cabe salientar que, embora tempestivamente apresentada, a referida impugnação está sem nome do representante legal da empresa e sem qualquer assinatura, sendo apócrifa e portanto, sem autenticidade confirmada. Constando ao final do documento apenas o nome da empresa “ TELEFONICA DO BRASIL S/A”, o que configura defeito de representação de natureza insanável .

Todavia, mesmo como o vício acima apontado, em obediência aos princípios que norteiam a Administração Pública, bem como ao dever de decidir da Administração, passo à análise da argumentação apresentada pela impugnante, **apenas a título de pedido de esclarecimentos**, visando dirimir quaisquer dúvidas com referência à legalidade dos itens impugnados .

ANÁLISE DO MÉRITO

1º QUESTIONAMENTO

1 – Esclarecimento quanto ao CNPJ da Nota fiscal e dos documentos de habilitação e da proposta de preços.

Não carece de alteração o dispositivo editalício, item 5.7.1 do edital mencionado pela impugnante, uma vez que os documentos analisados em fase de habilitação devem ser da empresa a ser contratada e, para tanto, através da redação do item 5.7.1, prevê três possibilidades distintas, enquadrando-se a impugnante, segundo o relato apresentado na impugnação, na possibilidade descrita na alínea c do item 5.7.1, senão vejamos:

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/fornecedor for a filial, todos os documentos deverão ser apresentados em nome da matriz e da filial. (grifou-se)**

Sobre este tema já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça conforme se verifica da ementa do julgado abaixo:

“ MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. HABILITAÇÃO SOMENTE DA MATRIZ. REALIZAÇÃO DO CONTRATO POR FILIAL. IMPOSSIBILIDADE. ARTIGO 29, II E III, DA LEI DE LICITAÇÕES MATÉRIA FISCAL . DOMICÍLIO TRIBUTÁRIO. ARTIGO 127, II, CTN. I - Constatado que a filial da empresa ora interessada é que cumprirá o objeto do certame licitatório, é de se exigir a comprovação de sua regularidade fiscal , não bastando somente a da matriz , o que inviabiliza sua contratação pelo Estado. Entendimento do artigo 29 , incisos II e III, da Lei de Licitações , uma vez que a questão nele disposta é de natureza fiscal. II - O domicílio tributário das pessoas jurídicas de direito privado, em relação aos atos ou fatos que dão origem à obrigação , é o de casa estabelecimento - artigo 127, II do Código Tributário Nacional . III - Recurso improvido” (STJ, REsp 900.604/RN, Rel. Ministro FRANCISCO FALCAO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/03/2007, DJ 16/04/2007, p. 178 – grifou-se).

Da análise do precedente acima mencionado depreende-se pois, a importância da comprovação da regularidade fiscal tanto da matriz como da filial que executar o contrato . Por isso, sendo a filial a executora, deverá ser verificada também a sua regularidade fiscal, e não somente a da matriz.

2º QUESTIONAMENTO

2 - Impossibilidade de cotação conjunta de assinaturas e caixa postal. Necessidade de correção das planilhas formadoras de preços.

Foi previsto juntamente com a assinatura do plano apenas a liberação da Caixa Postal , pois a partir do acionamento da caixa postal é cobrado como chamada local , ou seja , o quantitativo já está previsto juntamente com o do VC1 , então quando ocorrer a utilização da caixa postal os minutos gastos serão cobrados como minutos de uma ligação local e não como unidade conforme foi entendido pela impugnante. Portanto, entendemos que não há necessidade de retificação da planilha constante dos itens 6.3.1 do Anexo I - Termo de Referencia e “d” do Anexo VII - Proposta Comercial.

3º QUESTIONAMENTO

3 - Esclarecimento quanto ao serviço em roaming , cotação por minutos em planilha de formação de preços . Incongruência .

Mais uma vez a alegação da impugnante não deve prosperar, pois uma vez que DSL2 “significa valor estabelecido pelo recebimento de chamada fora da área de mobilidade”, temos a correspondência no edital que é a VC-2R – ligação feita quando o aparelho estiver em roaming dentro do Estado, cuja cobrança está prevista em minutos.

Quanto ao AD que significa “adicional por chamada recebida ou originada, quando o Usuário estiver localizado fora de sua Área de Mobilidade”, já também já está previsto no edital com cobrança por evento.

Quanto ao quantitativo previsto de 95 minutos para VC-3R, não prospera a alegação de que deveriam ter a mesma pretensão quantitativa, uma vez que o VC-3R trata das ligações feitas fora do Estado, relaciona-se com uma situação que normalmente não ocorre com os usuários da Câmara Municipal e por isso demanda um quantitativo menor.

4º QUESTIONAMENTO

4 – Impossibilidade da escolha da marca, ainda que posteriormente, por parte da administração pública. Violação ao artigo 7º, §5º da Lei 8666/93.

A alegação da impugnante não pode ser levada em consideração uma vez que a Câmara Municipal em momento nenhum fará a escolha da marca, a empresa contratada que escolherá as marcas dos aparelhos a serem apresentados para o comodato, desde que atendam à especificação mínima exigida prevista no item 8 do Termo de Referencia, Anexo I, do edital em análise.

Não existe ilegalidade nenhuma no dispositivo que permite a escolha posterior dos aparelhos pela Contratante entre duas marcas apresentadas pela Contratada, tanto que o mesmo dispositivo constou do Edital de Pregão nº 07/2014, Processo Licitatório nº 07/2014 do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, item 2.5.1 do Anexo I, Termo de Referencia.

A Câmara em momento algum descumpriu o disposto no §5º, do art. 7º da Lei 8666/93, senão vejamos sua redação :

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 seqüência:

...

§ 5º É vedada a realização de licitação cujo objeto inclua bens e serviços sem similaridade ou de marcas, características e especificações exclusivas, 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.

Não houve indicação de marca pela Câmara Municipal e não haverá , a Contratada é que deverá indicar , além do que os aparelhos não estão sendo adquiridos pela Câmara , o objeto do certame é a prestação de serviços de telefonia móvel , os aparelhos serão disponibilizados apenas em regime de comodato.

5º QUESTIONAMENTO

5 – Falta de definição no edital quanto á responsabilidade pela assistência técnica dos aparelhos . Ausência de responsabilidade da Contratada. Prazo exíguo para substituição dos aparelhos recusados.

Com relação a assistência técnica, como bem explicado no edital, os aparelhos serão fornecidos pela contratada em regime de comodato, que significa, empréstimo gratuito de coisa não fungível, conforme definição do artigo 579 do Código Civil, de modo que o usuário apenas possui a fruição temporária do aparelho, devendo a propriedade retornar ao comodante no final do contrato.

Quanto à citação do art. 12 do Código de Defesa do Consumidor, nossos Tribunais têm entendido que não se aplica aos contratos administrativos, senão vejamos:

“Administrativo. Recurso ordinário em mandado de segurança. Contrato administrativo. Prestação de serviço de publicidade. Inexistência de relação de consumo. Incompetência do Procon. Nulidade da multa aplicada.

1.Em se tratando de contrato administrativo, em que a Administração é quem detém posição de supremacia justificada pelo interesse público, não incidem as normas contidas no CDC, especialmente quando se trata da aplicação de penalidade.

2.Somente se admite a incidência do CDC nos contratos administrativos em situações excepcionais, em que a Administração assume posição de vulnerabilidade técnica, científica, fática ou econômica perante o fornecedor o que não ocorre na espécie, por se tratar de simples contrato de prestação de serviço de publicidade.

3.Incompetência do Procon para atuar em relação que não seja de consumo.

4.Recurso ordinário em mandado de segurança provido” (RMS 31.073/TO, 2T., rel. Min. Eliana Calmon, j em 26.08.2010, DJe 08.09.2010) (Comentários à Lei de Licitações e Contratos

Administrativos – Autor Marçal Justen Filho – 16 Edição. Revista, Atualizada e Ampliada.)

Portanto, não há dúvidas de que a responsabilidade pela assistência técnica é da Contratada, conforme inteligente decisão do Superior Tribunal de Justiça.

Quanto à exiguidade dos prazos, o certame licitatório, é sobre a forma de pregão, onde todos os prazos são curtos. De mais a mais, o prazo tem que ser realmente mais curto, pois o celular é essencial para a prestação de serviços do vereador a todos os municípios, sendo inimaginável que o agente político fique desfalcado desta ferramenta por 7(sete), 10(dez) ou mais dias.

6º QUESTIONAMENTO

6 – Ausência de Orçamento Estimado dos Preços em planilha aberta de composição de custos unitários . Violação do artigo 7º,§2º , II e artigo 40,§2º , II da Lei 8666/93 .

Seguimos o entendimento do Tribunal de Contas da União (Acórdão n.º 2080/2012-Plenário, TC-020.473/2012-5, rel. Min. José Jorge, 8.8.2012) , de que a não publicação do orçamento estimativo não afronta qualquer direito ou garantia dos licitantes, vez que os custos são calculados pela entidade administrativa com base nos preços de mercado, aos quais os participantes do certame possuem amplo acesso.

O TCU também manifestou-se sobre o assunto nos acórdãos relacionados abaixo :

“REPRESENTAÇÃO. LICITAÇÃO. MODALIDADE PREGÃO. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DA LEI DE LICITAÇÕES. POSSIBILIDADE DE COMBINAÇÃO DE AQUISIÇÃO DE SERVIÇOS COM ALIENAÇÃO. INCOMPATIBILIDADE ENTRE DISPOSITIVOS DO EDITAL. CONTRATO. EXECUÇÃO. PROCEDÊNCIA PARCIAL. DETERMINAÇÕES.

1. Na licitação na modalidade pregão, o orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários não constitui um dos elementos obrigatórios do edital, devendo estar inserido obrigatoriamente no bojo do processo relativo ao certame. Ficará a critério do gestor, no caso concreto, a avaliação da oportunidade e conveniência de incluir esse orçamento no edital ou de informar, no ato convocatório, a sua disponibilidade aos interessados e os meios para obtê-lo.” (Acórdão nº 114/2007, Plenário, rel. Min. Benjamin Zymler)

“9. Assim, ressalvada a necessidade de que as estimativas estejam presentes no processo, acredito que deve ficar a critério do gestor a decisão de publicá-las também no edital, possibilitando desse modo que adote a estratégia que considere mais eficiente na busca pela

economicidade da contratação." (Acórdão nº 1405/2006, Plenário, rel. Min. Marcos Vinícius Vilaça)

O TCU segue orientação da obrigação de constar a estimativa tão somente no processo. Este entendimento é de grande relevância uma vez que compete exclusivamente à união legislar sobre as normas gerais de licitação - inciso XXVII, artigo 22 da CF - e o alcance das Decisões do TCU está expresso na Súmula nº 222:

Súmula nº 222

As Decisões do Tribunal de Contas da União, relativas à aplicação de normas gerais de licitação, sobre as quais cabe privativamente à União legislar, devem ser acatadas pelos administradores dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Além de ser o entendimento do TCU tem-se também a questão da possibilidade de negociação do preço com o licitante vencedor preconizado no inciso XVII do artigo 4º da Lei 10520/2002:

XVII – nas situações previstas nos incisos XI e XVI, o pregoeiro poderá negociar diretamente com o proponente para que seja obtido preço melhor

Com a divulgação do valor estimado o dispositivo supra perde sua finalidade. Ora, o licitante vencedor sabendo que sua proposta está dentro do estimado, em tese, não se preocupará em negociar seu preço com o pregoeiro, pois sabe que a Administração deve contratá-lo com o preço apresentado, uma vez que está dentro da estimativa.

Assim, a divulgação do valor estimado da contratação não é obrigatoriedade da Administração licitante, conforme Acórdão-TCU nº 1925/06-Plenário. Todavia, destaca também o TCU, nesse acórdão, que a divulgação do referido valor decorre do princípio da publicidade, inerente às licitações públicas, de forma que, uma vez solicitado, cabe a Administração Pública disponibilizá-los aos interessados.

Em razão disso, em anexo a esta Decisão, encaminhamos os valores da planilha estimativa de preços da presente licitação, conforme anexo.

7º QUESTIONAMENTO

7 – Prazo exíguo para assinatura do contrato.

O referido prazo para assinatura do contrato se justifica porque tal sistemática possibilita aquisições mais ágeis, com menos custos e desburocratizadas.

Desta forma, não há que se dizer que o prazo para tal procedimento esteja restringindo a competitividade dos licitantes, pois se trata de uma licitação na modalidade PREGÃO que tem como objetivo principal a realização de processos mais céleres.

CONCLUSÃO

Assim, em razão do exposto, deixo de conhecer a impugnação apresentada, por ser apócrifa, e a acolho como pedido de esclarecimento para que não pairem dúvidas acerca das disposições editalícias impugnadas, mantendo inalterado o Edital de Pregão Presencial nº13/2014, entendendo que o referido instrumento se encontra em conformidade com os ditames legais.

Publique-se a fim de cientificar o representante da empresa impugnante.

Pará de Minas, 19 de novembro de 2014.

**MICHELE APARECIDA VILLAÇA
PREGOEIRA/ PRESIDENTE DA CPL**