

Telefonica

vivo

IMPUGNAÇÃO AO EDITAL

Carta Convite nº. 012/2013 – Câmara Municipal de Jataí/GO.

Impugnante: Telefônica Brasil S/A

A (o) Sr.(a) Presidente da Comissão Permanente de Licitação da Câmara Municipal de Jataí/GO,

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. 02.558.157/001-62, NIRE nº. 35.3.001.5881-4, sucessora por incorporação da **VIVO S/A**, sociedade anônima inscrita no CNPJ sob o nº 02.449.992/0089-04, com filial na Rua 136-C, 150 Quadra F-44 Setor Sul Goiânia/GO - CEP 074.093-280, vem, respeitosamente, perante V. Sa, apresentar **IMPUGNAÇÃO AO EDITAL** da Carta Convite em epigrafe, com sustentação no § 2º do artigo 41 da lei 8666/1993, pelos fundamentos demonstrados nesta peça.

I - TEMPESTIVIDADE.

Inicialmente, comprova-se a tempestividade desta impugnação, dado que a abertura dos envelopes está prevista para 09/09/2013, tendo sido, portanto, cumprido o prazo pretérito de 2 (dois) dias úteis previsto no artigo 41, §2.º da lei 8666/1993.

Mariana Bonifácio da Silva

II - OBJETO DA LICITAÇÃO.

A Carta Convite em referência tem por objeto a “contratação de solução corporativa de conectividade sem fio, área de registro na cidade de Jataí GO, para acesso à Internet, correio eletrônico, mensagens de texto, por meio de aparelhos móveis que assegurem comunicação cifrada fim-a-fim entre o aparelho e o servidor central e serviços de telefonia, nas modalidades SMP e STFC, para comunicação de voz e dados, com as características de serviços pós-pagos, via rede móvel, com tecnologia digital, com roaming nacional, a fim de atender à Câmara Municipal de Jataí.”.

A presente impugnação apresenta questões pontuais que viciam o ato convocatório, quer por discreparem do rito estabelecido na lei 8666/1993 (com alterações posteriores), 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.

Dez 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 o serviço de Telefonia Móvel no estado de Goiás.

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.

Mariana Bonifácio da Silva

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 edital 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 do contratante.

Mariana Bonifácio da Silva

2) DESCONTO LINEAR INDICADO NA PLANILHA INTEGRANTE DO EDITAL.

As planilhas formadoras de preços presente no Anexo I – Descrição do Objeto – e no Anexo II – Modelo de Proposta de Preço - apresentam coluna destinada à indicação de percentual de desconto sobre os preços ofertados.

Pela determinação das planilhas, há previsão de indicação específica de desconto para cada item a ser cotado (espaço para cotação por linha), não deixando claro se o percentual deve ser único para todos os itens ou se poderá ser indicado percentual diferente conforme cada espécie de serviço mencionado nas referidas planilhas.

Vale ressaltar, ainda, que o mais comum nas licitações é a inserção não de percentual de desconto em relação a valores prefixados, mas apenas e tão-somente da oferta de preços unitários que, multiplicados pela quantidade estimada, resultam em uma somatória final, objeto da planilha, que constitui o valor global para efeito de disputa.

De fato, a colocação de percentual de desconto apenas dificulta a percepção do valor global objeto do embate, notadamente porque, no caso concreto, a operadora pode ofertar valores unitários para cada tipo de ligação, habilitação, assinatura ou serviço.

Eventual “desconto” já poderá ser dado diretamente no momento da cotação do preço unitário, situação esta que torna prescindível o desconto (linear ou não) colocado na planilha de preços.

Desta forma, requer seja alterada a planilha para que seja retirada a coluna de percentual de desconto, formatando-se a disputa apenas pelo preço global resultante diretamente da oferta de cada licitante. Ainda que não seja alterado tal ponto, que seja definido se tal percentual de desconto deverá ser dado de forma linear ou se é possível apresentar percentuais diferentes conforme cada tipo de item a ser cotado.

Mariona Bonifácio da Silva

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

Verifica-se que o edital, apresentou planilha no Anexo I – Descrição do Objeto – e no Anexo II – Modelo de Proposta de Preço mas não **indicou o orçamento estimado para a prestação dos serviços.**

Tal omissão constitui direta violação ao artigo 7º, §2º, inciso II, e ao artigo 40, §2º, inciso II, ambos da lei 8666/1993, já transcritos anteriormente.

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 pela Comissão de Licitação.

A falta desta estimativa detalhada de custos inviabiliza a avaliação quanto à compatibilidade dos preços ofertados (avaliação esta a ser realizada na sessão publica de licitação). 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

Mariana Gonçalves da Silva

mesma lógica contida no artigo 40, §2.º, inciso II da lei 8666/1993 citado acima, não bastando a planilha contida no edital.

Neste sentido, conforme a jurisprudência do Tribunal de Contas da União:

ACORDAM os ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão Plenária, com fundamento nos artigos 277, 285 e 286 do Regimento Interno do TCU, em:

9.1. conhecer do pedido de reexame para, no mérito, dar-lhe provimento parcial, mantendo-se o item 2.2 do Acórdão 664/2006-TCU - Plenário em seus exatos termos e alterar a redação do item 2.3 nos seguintes termos:

*"2.3 nos procedimentos licitatórios para aquisição de produtos e contratação de serviços de informática, **anexe aos instrumentos convocatórios o orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários, ressalvada a modalidade pregão, cujo orçamento deverá constar obrigatoriamente o Termo de Referência, ficando a critério do gestor, no caso concreto, a avaliação da oportunidade e conveniência de incluir tal Termo de Referência ou o próprio orçamento no edital ou de informar, nesse mesmo edital, a disponibilidade do orçamento aos interessados e os meios para obtê-los.***

(Acórdão 1.925/2006-TCU-Plenário) (grifos de nossa autoria)

Sendo assim, 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 prestação de serviço que se pretende licitar.

4) ESCLARECIMENTO QUANTO AO QUANTITATIVO A SER CONTRATADO – ESTIMATIVA ANUAL. PLANILHA DE FORMAÇÃO DE PREÇOS CONFUSA.

A planilha formadora de preços presente no Anexo I – Descrição do Objeto – e no Anexo II – Modelo de Proposta de Preço -, faz a cotação dos serviços de modo anual.

Tal situação, contudo, está equivocada, posto que as assinaturas são mensais e não anuais, devendo serem estimadas em **número mensal** compatível ao

Mariana Gonçalves da Silva

número de acessos. Ademais, o período de abrangência da cotação da minutagem a ser utilizada também foi feito por ano.

As informações do edital, portanto, estão confusas e as quantidades são cotadas de modo equivocado, razão pela qual se requer a retificação das planilhas presentes no instrumento convocatório, de modo que passem a prever estimativas mensais.

5) 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 Anexo I – Descrição do Objeto no item 3 das Características dos Aparelhos Fornecidos prevê a necessidade de fornecimento de 40 (quarenta) aparelhos em comodato, informando que deverão ser “Nokia C3, ou Similar”, da Categoria 1, demonstrando, dessa forma, uma certa escolha/preferência do usuário pelos aparelhos supracitados .

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.º, §5.º da lei 8666/1993:

Artigo 7.º (...)

§ 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

Mariana Bonifácio da Silva

materiais e serviços for feito sob o regime de administração contratada, previsto e discriminado no ato convocatório. (grifos nossos)

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.

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

6) AUSÊNCIA DE RESPONSABILIDADE DA CONTRATADA PELA ASSISTÊNCIA TÉCNICA DOS EQUIPAMENTOS.

Verifica-se que o edital estabelece a responsabilidade da contratada pela assistência técnica dos equipamentos cedidos em comodato. Senão, veja-se o disposto nos itens 1 e 3 do Anexo I – Descrição do Objeto/Da Garantia, Manutenção e Suporte Técnico—, respectivamente:

“A CONTRATADA, às suas expensas, por intermédio de seu pessoal técnico especializado ou representante técnico autorizado, deverá prestar assistência técnica, compreendendo manutenção corretiva, a qualquer momento em que o sistema apresente pane, deficiência ou dificuldade de operação, nos equipamentos, circuitos, hardware, softwares e sistemas fornecidos, durante o período contratual, sem quaisquer ônus adicionais para o CONTRATANTE;” (Grifos de nossa autoria).

“A CONTRATADA será a única e exclusiva responsável por qualquer equipamento, material ou serviço adquirido de terceiros e fornecido ao CONTRATANTE;”

Ademais, há previsão de substituição de equipamentos sem que seja especificada a ausência de ônus para a contratada –item 6 do mesmo Anexo – Da Garantia, Manutenção e Suporte Técnico.

Mariana Antunes da Silva

Todavia, tal situação atua em descompasso com o regime de prestação do serviço, considerando que os **aparelhos celulares e os modems são apenas e tão-somente meios para que possa se efetivar o serviço de telefonia e de acesso à Internet, equipamentos estes 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 e ao modem 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 aos serviços de telefonia e de acesso à Internet propriamente ditos.

De fato, os aparelhos celulares e os modems são apenas meios para o exercício do serviço de telefonia celular e de acesso à Internet, sendo a fabricação realizada por outras empresas diferentes da prestadora dos serviços em referência.

Assim, em caso de defeito, a ritualística correta é o envio do equipamento 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 objeto.

Destarte, é fundamental mencionar que a garantia dos aparelhos celulares e dos modems, concedida pela assistência técnica do fabricante, não abrange os defeitos ocasionados pela utilização incorreta dos objetos, tampouco pelas quebras nos equipamentos.

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

Mariana Penelope da Silva

7) ESCLARECIMENTO QUANTO À DESNECESSIDADE DE BACK UP. PERCENTUAL EXCESSIVAMENTE ALTO.

O item 9 do Anexo I – Descrição do Objeto/Da Especificação do Serviço – determina que, *ipsis litteris*:

“A CONTRATADA deverá fornecer, **no mínimo, 5%** da quantidade acordada neste Contrato de MODENS e SIM Cards adicionais, como unidade de reposição (backup);” (Grifos de nossa autoria).

Lado outro, o item 2 do Anexo I – Descrição do Objeto/Das Características dos Aparelhos Fornecidos – determina que:

“**CONTRATADA deverá fornecer**, no mínimo, 10% da quantidade acordada neste Contrato, de aparelhos e SIM Cards adicionais, como unidade de reposição (backup);” (Grifos de nossa autoria).

Nesse sentido, primeiramente, cumpre esclarecer que **a quantidade de aparelhos reserva solicitada de no mínimo 10%, é excessivamente alta.**

Ademais, há necessidade de que o instrumento convocatório seja coerente e harmônico entre si, o que enseja a necessidade de definição de qual será o percentual de aparelhos destinados a *backup*.

A indicação de uma quantidade maior de aparelhos para o atendimento da necessidade administrativa **gerará inevitavelmente um acréscimo ao valor da contratação pelo maior custo do referido equipamento.**

Não há necessidade de que haja qualquer montante reserva, dado que o fabricante do aparelho possui plena condição de suprir qualquer necessidade da Administração, mas, caso se insista em tal questão, deve ser indicada no edital solicitação de aparelhos em um percentual único, sugerido em, **no máximo, 05% (cinco por cento)**, percentual este suficiente para atender às necessidades da contratante, sem que haja o encarecimento da contratação.

Mariana Pontes da Silva

Requer-se, pois, seja fixado montante máximo de *back up* de 05% (cinco por cento) e seja prevista a utilização desses aparelhos reservas para substituição daqueles que estiverem em reparo, não havendo, pois, que se falar em obrigação da contratada em emprestar/repôr aparelhos que estejam na assistência técnica.

8) FALTA DE DEFINIÇÃO NO EDITAL QUANTO AO ÔNUS EM CASOS DE PERDAS, ROUBOS OU FURTOS. RESPONSABILIDADE QUE NÃO PODE SER IMPUTADA À CONTRATADA.

O edital foi omissivo quanto à definição do ônus em caso de perda, roubo ou furto dos equipamentos que serão cedidos a título de comodato.

Tal definição, contudo, passa necessariamente pela ausência de qualquer responsabilidade da contratada.

De fato, eventual imputação de responsabilidade à contratada, no decorrer da relação contratual, é absolutamente inviável, dado que o custo da futura contratada pode, sim, ser mensurado quanto ao fornecimento inicial dos serviços, junto aos aparelhos celulares e modems, mas, não, por eventuais perdas, furtos e roubos ocorridos no curso do contrato.

Tal situação, à evidência, ainda que por fato de terceiros, **não pode onerar o prestador de serviços, cuja responsabilidade se limita a disponibilizar o serviço de ligações e de acesso à Internet, mas não a utilizar recursos próprios na hipótese de ocorrer eventuais perdas, furtos ou roubos de equipamentos utilizados pelos servidores da contratante.**

A disponibilização dos aparelhos celulares e dos modems poderá, sim, ser assumida pela operadora de telefonia celular; entretanto, o **custo deste objeto "substituto" deverá ser assumido pela Administração Pública (ou pelo usuário), da mesma forma como deve ocorrer em relação aos danos pelo uso indevido do equipamento.**

Mariana Bonifácio da Silva

9) ESCLARECIMENTO QUANTO AO FORNECIMENTO DE SOFTWARES.

O item 3 do Anexo I – Descrição do Objeto/Da Especificação dos Serviços – determina que, *in verbis*:

“A solução deverá prover software para instalação na estação de trabalho (microcomputador) do usuário para administração da conexão entre o aparelho móvel e a sua conta de e-mail: (...)”

Todavia, impossível é que haja exigência de disponibilização e de atualização de softwares, conforme entendimento do órgão, posto que não se trata de produto/serviço oferecido por operadoras de Serviço Móvel Pessoal, cujo escopo se restringe à prestação do serviço de ligações e de acesso à Internet.

Para ter acesso aos softwares é fundamental a aquisição/licença, a qual não pode ser suportada pela contratada. Alguns softwares disponibilizam atualizações do sistema, no entanto, outros necessitam da aquisição de nova licença para seu pleno funcionamento, sendo tais questões relativas à contratante e ao fabricante. Não há, pois, qualquer responsabilidade de contratada no caso.

Neste contexto, não é possível imputar à operadora a obrigação de exigir disponibilização/atualização de softwares, devendo qualquer custo relacionado a estes ser de responsabilidade da contratante, a qual deve diligenciar tais questões diretamente com o fabricante dos produtos.

10) PRAZO DE PAGAMENTO EM DESACORDO COM A RESOLUÇÃO N.º 477/2007 DA ANATEL.

Há no edital incompatibilidade em relação às normas estabelecidas pela ANATEL no que se refere às regras de pagamento incluídas no item 12 do edital e Cláusula Quinta do Anexo V- Minuta do Contrato. Senão, veja-se:

*“O pagamento será efetuado no **prazo de até 5 (cinco) dias úteis**, a conta da apresentação da nota fiscal, pelo gestor do contrato, referente aos serviços prestados” (Sem destaques no original).*

Mariana Bonifácio da Silva

O prazo mínimo de pagamento estabelecido em até 5 (cinco) dias difere dos critérios estabelecidos pela ANATEL para a cobrança dos débitos dos serviços telefônicos, nas faturas previamente aprovadas, conforme exposto na Resolução 477/2007 desta Agência Reguladora.

Verifica-se, neste contexto, a inviabilidade de que o pagamento seja realizado de acordo com o prazo almejado pelo edital do certame em lume, dado que este se mostra em flagrante descompasso com a previsão do órgão regulador da matéria.

A definição de critérios para recebimento dos valores devidos pelo serviço de telefonia visa justamente a estabelecer uma relação isonômica entre as operadoras, justificando que as cobranças sejam efetivadas nos termos da norma estabelecida pelo órgão regulador. É ilegítima, portanto, qualquer alteração do prazo de pagamento inserida pelo órgão licitante em matéria cuja competência legislativa é privativa da União e cuja regulamentação foi outorgada à Agência Nacional de Telecomunicações.

Ademais, a data de pagamento da nota fiscal é sempre fixa, não podendo ser condicionada e variar de acordo com a data de entrega da fatura, devendo mensalmente ter vencimento pré-determinado.

Requer, portanto, seja adaptada a redação do edital, no que se refere ao prazo de pagamento, devendo ser estipulada uma data fixa neste caso, compatibilizando-o à normatividade da Resolução n.º 477/2007 da ANATEL.

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.

Mariana Benfício da Silva

Tendo em vista que a abertura dos envelopes está designada para 09/09/2012, requer, ainda, seja conferido **efeito suspensivo** a esta impugnação, adiando-se a reunião da Comissão de Licitação para data posterior à solução dos problemas ora apontados. Caso contrário, há o iminente risco de todo o ritual do artigo 43 da lei 8666/1993 ser considerado inválido, considerados os equívocos no edital ora apontados, com desperdício da atividade de análise dos documentos de habilitação e propostas eventualmente apresentadas.

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 Goiânia/GO para Jataí/GO, 30 de agosto de 2013.

Mariana Gonçalves da Silva
TELEFÔNICA BRASIL S/A