

IMPUGNAÇÃO AO EDITAL

Pregão Eletrônico Nº 07/2018 – Conselho Regional de Enfermagem do Tocantins – COREN/TO.

Impugnante: Telefônica Brasil S/A.

Ao (À) Sr.(a) Pregoeiro (a) do(a) – Conselho Regional de Enfermagem do Tocantins – COREN/TO,

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 20/03/2018, 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 3.2 do edital do pregão em referência.

II - OBJETO DA LICITAÇÃO.

O Pregão em referência tem por objeto a “*Contratação de empresa especializada para prestação de serviços de Telefonia Móvel Pessoal – SMP, para comunicação de voz e dados, com fornecimento de aparelhos, em regime de comodato, sob demanda, por período de 12 (doze) meses, conforme condições e especificações presentes no 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.

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

III - FUNDAMENTOS DA IMPUGNAÇÃO AO EDITAL.

01. ESCLARECIMENTO ACERCA DO MODO DE ASSINATURA DO CONTRATO.

Em relação ao contrato, verifica-se uma previsão de comparecimento pessoal do responsável pela empresa contratada, no prazo de 15 (quinze) dias úteis, contados da convocação, para assinatura do contrato (item 18.2).

Todavia, deve ser retificada e conseqüentemente suprimida do ato convocatório eventual previsão de comparecimento dos administradores, responsáveis pela empresa adjudicatária ao local indicado pela contratante para assinatura do termo correspondente, bastando tão somente o envio da documentação (contrato) para contratada (via correio), que efetuará o cumprimento de tal diligência e reenvio à sede da contratante – modo esse eficaz, coeso e dinâmico ao cumprimento dessa prerrogativa de enlace contratual.

02. SOLICITAÇÃO DE EQUIPAMENTOS TABLETS. AUSÊNCIA DE COTAÇÃO DE PACOTES DE DADOS PARA TAIS OBJETOS NA PLANILHA. INCONGRUÊNCIA DO EDITAL.

O edital determina o fornecimento de aparelhos smartphones e SIM cards para tablets, com a disponibilização de pacotes de dados para tais acessos (ver item 6.13 do Anexo I).

Contudo, apesar de a transmissão de dados ser uma funcionalidade importante em relação aos *tablets* (e provável razão de ser da indicação de tais equipamentos), não houve a correspondente cotação desse serviço nas planilhas constantes do edital.

Neste contexto, considerada a pretensão administrativa em relação a tais equipamentos tablets, **deve ser incluída na planilha a cotação do serviço de dados para tais objetos**, adicionalmente aos demais itens lá indicados, **sob pena de se violar a vedação ao excesso expressa no art. 3º, inc. II da Lei 10520/2002.**

03. ESCLARECIMENTO QUANTO AO BLOQUEIO DE LIGAÇÕES E SERVIÇOS.

Os itens 6.8 e 6.9 do 5.5 do Anexo I preveem a obrigatoriedade da contratada em realizar a desabilitação (bloqueio) de serviços de voz e dados realizados em roaming bem como o bloqueio de ligações de longa distância que não sejam realizadas por meio do Código de Seleção de Prestadora (CSP) disponibilizados.

Todavia, nem todos os serviços atualmente disponíveis à Administração e que gerem algum custo podem ser atualmente e de imediato bloqueados por qualquer operadora de celular.

Caso possível o bloqueio, o mesmo deverá ser realizado por meio do serviço de gestão (mediante solicitação do Gestor do contrato), exclusivamente pela contratante, sem qualquer responsabilidade da contratada.

04. EXIGÊNCIA DE ENTREGA DE EQUIPAMENTOS ACESSÓRIOS. RESTRIÇÃO DA COMPETITIVIDADE.

O edital prevê no item 7.5 a disponibilização, pela contratada, de acessórios necessários ao funcionamento dos aparelhos, tais como carregadores.

Todavia, os acessórios são adquiridos à parte, não sendo todos os fabricantes que possuem tais equipamento no *kit* básico dos aparelhos celulares.

Ora, ainda que seja legítima a colocação de especificações mínimas para o atendimento integral da necessidade administrativa detectada na fase interna da licitação, **é essencial, para que a exigência seja válida, que não se restrinja o potencial de competidores, sob pena de ferimento ao artigo 3.º, §1.º, inciso I da lei 8666/93:**

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos. (Redação dada pela Lei nº 12.349, de 2010)

§ 1º **É vedado aos agentes públicos:**

I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 deste artigo e no art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991; (Redação dada pela Lei nº 12.349, de 2010) (grifos de nossa autoria)

De fato, a exigência do edital é exagerada e restritiva da competitividade, com ferimento direto ao artigo 3.º, §1.º, inciso I da lei 8666/93, já transcrito nesta peça, e ao artigo 3.º, inciso II da lei 10250/2002:

Art. 3º A fase preparatória do pregão observará o seguinte:
(...)

II - a definição do objeto deverá ser precisa, suficiente e clara, **vedadas especificações que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, limitem a competição**; (Grifos de nossa autoria)

Os aparelhos não são fabricados pelas operadoras de telefonia celular, que apenas repassam aos clientes equipamentos que são produzidos diretamente pelos respectivos fabricantes. O aparelho constitui instrumento (meio) por meio do qual é realizado o serviço de telefonia, não havendo ingerência das operadoras na constituição e produção dos equipamentos.

E, neste contexto, incabível a previsão de obrigatoriedade de fornecimento de acessórios pela empresa contratada, podendo tais equipamentos ser adquiridos a parte, sem onerar a prestação do serviço e sem restringir a competitividade, devendo o edital ser alterado, neste ponto.

05. NECESSIDADE DE FLEXIBILIZAÇÃO DAS ESPECIFICAÇÕES DOS EQUIPAMENTOS SOLICITADOS.

O item 8.7 (e subitens) do Anexo I estipula as especificações mínimas para os equipamentos Tipo 2 a serem cedidos pela contratada, destacando-se o item 8.7.13 que exige “*Memória externa mínima de 2 GB (Via Cartão MicroSD)*”.

As características dos equipamentos não devem ser limitadoras. Isto porque o fornecimento de equipamentos é obrigação acessória, pois a principal é o fornecimento do SMP (Serviço Móvel Pessoal).

Transcreva-se, neste contexto, o disposto no art. 3º, § 1º, inc. I da Lei 8.666/93, que veda o excesso na descrição das características da prestação dos serviços:

§ 1º É vedado aos agentes públicos:

I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância **impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato,** ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 deste artigo e no art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991; (Redação dada pela Lei nº 12.349, de 2010) (grifos de nossa autoria)

Assim, insta ser esclarecido se é possível o fornecimento de aparelhos com memória externa de 2Gb e possibilidade de expansão da memória via cartão de memória, de modo a atender as necessidades administrativas.

06. APARELHOS CEDIDOS EM REGIME DE COMODATO. AUSÊNCIA DE RESPONSABILIDADE DA CONTRATADA PELA ASSISTÊNCIA TÉCNICA AOS EQUIPAMENTOS.

O item 7.7 do Anexo I imputa à operadora contratada a responsabilidade por eventuais reparos e/ou substituições dos equipamentos em caso de defeito não motivada por uso indevido.

Os equipamentos que serão fornecidos **constituem meio para a execução do objeto licitado, identificado como prestação de telefonia móvel (SMP - Serviço Móvel Pessoal).**

Isto posto, qualquer equipamento cedido deterá função meramente instrumental em relação à prestação dos serviços efetivamente licitados.

Esclarecida a obrigação principal que justifica a instauração do procedimento licitatório, conclui-se que os equipamentos cedidos não correspondem ao fim da prestação do SMP, **sendo ainda projetados, produzidos e inicialmente distribuídos por terceiros estranhos à relação obrigacional, cabendo, portanto, aos fabricantes a responsabilidade pelo regular funcionamento do produto durante o prazo de garantia.**

Cumprida ainda destacar que o instrumento de convocação é claro ao determinar a cessão de equipamentos em regime de comodato, que implica necessariamente na manutenção da propriedade do bem pela comodante e pelo **dever de guarda e conservação do mesmo pelo comodatário.** Veja-se o regramento que o Código Civil dá ao instituto:

Art. 579. O comodato é o empréstimo gratuito de **coisas não fungíveis**. Perfaz-se com a tradição do objeto.

(...)

Art. 581. Se o comodato não tiver prazo convencional, presumir-se-lhe-á o necessário para o uso concedido; não podendo o comodante, salvo necessidade imprevista e urgente, reconhecida pelo juiz, suspender o uso e gozo da coisa emprestada, antes de findo o prazo convencional, ou o que se determine pelo uso outorgado.

Art. 582. O comodatário é obrigado a conservar, como se sua própria fora, a coisa emprestada, não podendo usá-la senão de acordo com o contrato ou a natureza dela, sob pena de responder por perdas e danos. O comodatário constituído em mora, além de por ela responder, pagará, até restituí-la, o aluguel da coisa que for arbitrado pelo comodante.

Art. 583. Se, correndo risco o objeto do comodato juntamente com outros do comodatário, antepuser este a salvação dos seus abandonando o do comodante, responderá pelo dano ocorrido, ainda que se possa atribuir a caso fortuito, ou força maior.

Art. 584. O comodatário não poderá jamais recobrar do comodante as despesas feitas com o uso e gozo da coisa emprestada.

Art. 585. Se duas ou mais pessoas forem simultaneamente comodatárias de uma coisa, ficarão solidariamente responsáveis para com o comodante. (grifos nossos)

Assim, atento à legislação consumerista brasileira que imputa ao fabricante a responsabilidade sobre o vício ou fato do produto, associado ao dever legal do comodatário acerca da guarda e conservação da coisa cedida em comodato, **como se sua própria fora**, conclui-se que, em caso de defeito técnico-operacional, o rito correto é o envio do objeto exclusivamente pela contratante para a assistência técnica do fabricante detectar eventual problema, bem como realizar um laudo técnico.

Somente após a apreciação criteriosa dos fatores que ocasionaram o defeito e a emissão do laudo técnico pela Assistência Técnica especializada e credenciada pelo fabricante será permitido adotar tantas diligências quantas forem necessárias à solução do problema, tais como o reparo do produto, a substituição do bem por modelo equivalente (em respeito às especificidades do terminal móvel) e encaminhamento ao contratante.

Por fim, é fundamental mencionar que a garantia concedida pela Assistência Técnica do fabricante não abrange os defeitos ocasionados pela utilização incorreta ou quebra do equipamento, visto que incumbe ao comodatário o reparo dos danos decorrentes de tais hipóteses.

Neste contexto, não é possível imputar à operadora a obrigação de iniciativa da manutenção dos aparelhos, dado que a responsabilidade relativa a tal conserto é exclusivamente do fabricante do equipamento, conforme exposto nestas razões, devendo ser alterado o ato convocatório neste aspecto.

07. DATA DE ENTREGA DA NOTA FISCAL/FATURA. REDUÇÃO DO PRAZO MÍNIMO PREVISTO NO EDITAL.

O item 9.2 do Anexo I prevê que a entrega da nota fiscal deverá ser realizada com antecedência mínima de 10 (dez) dias úteis em relação à data de seu vencimento.

Entretanto, tal prazo mínimo é muito grande para os serviços de telecomunicações, dado que a emissão das notas fiscais possui regência pela ANATEL, que admite a entrega das faturas com menor antecedência em relação ao prazo de pagamento, conforme disposição contida no artigo 44 da Regulamentação contida na Resolução da ANATEL n.º 477, de 07.08.2007:

“Art. 44. A entrega do documento de cobrança ao Usuário, constituído de demonstrativos e faturas dos serviços prestados, deve ocorrer pelo menos **5 (cinco) dias antes do seu vencimento.**” (grifos de nossa autoria)

Frisa-se que a licitação para serviços de telecomunicações, dentre os quais os de telefonia celular, possuem regência pela ANATEL, cuja normatização vincula o modo e os critérios da prestação do serviço, estando as operadoras adstritas a tal regramento.

As faturas são documentos padronizados, emitidas em modelos que respeitam a regência estabelecida pela ANATEL, sendo que a **média dos faturamentos é realizada com o prazo de 05 (cinco) dias antes do vencimento, pelas diretrizes da agência reguladora e conforme operações do mercado.**

Neste contexto, requer-se seja alterado tal prazo mínimo de faturamento, devendo ser reduzido para 05 (cinco) dias antes da data do pagamento, conforme a média de mercado para a emissão das faturas relativamente ao serviço objeto da licitação, flexibilizando o prazo de recebimento da fatura física, principalmente considerando que é disponibilizado o acesso a fatura com antecedência maior por meio de via eletrônica.

08. DÚVIDAS QUANTO AOS DEFEITOS QUE DEVERÃO SER PASSÍVEIS DE SUPERVISÃO PELA CONTRATADA

Verifica-se no Anexo I a previsão de meios de solicitação de serviços, nos seguintes termos:

6.17. Solicitação de Serviços:

6.17.1.A CONTRATADA deverá dispor de sistemas de supervisão para atuar preventivamente na detecção de defeitos; e

6.17.2. A CONTRATADA deverá manter um telefone franqueado, gratuito (tipo 0800), 24 horas por dia, sete dias por semana, para a solicitação de serviços e ou reparos, devendo corrigir no menor prazo possível, após notificação, qualquer ocorrência de interrupção na prestação dos serviços contratados.

Contudo, o edital não indica quais os defeitos deverão ser supervisionados, o que impossibilita que as empresas interessadas em participar do certame avaliem o sistema disponível que atenda aos interesses das administração.

Assim, requer-se seja esclarecido tal ponto, viabilizando análise de melhor serviço a ser oferecido na licitação.

09. OMISSÃO QUANTO AS PLATAFORMAS PARA SERVIÇO DE INTERNET BANDA LARGA

O item 6.14.1 do Anexo I estabelece que “*O serviço de acesso à internet banda larga móvel deverá ser disponibilizada por meio de diferentes plataformas, a partir de dispositivos fornecidos pelo PROPONENTE em regime de comodato, incluindo a assinatura de provedor para uso nacional*”.

No entanto, não foi previsto no edital quais seriam as plataformas a ser disponibilizadas para o serviço de acesso a internet, não havendo ainda espaço para cotação das plataformas na planilha de preços do edital.

Assim, requer-se seja suprida a omissão indicada com inclusão em planilha de todos os serviços objetos de contratação.

10. AUSÊNCIA DE PREVISÕES NA MINUTA DE CONTRATO DO EDITAL ESSENCIAIS NO CONTRATO. FERIMENTO AO ART. 55 DA LEI 8666/93

Verifica-se que a Minuta de contrato do edital foi omissa a informações essenciais para a contratação, que devem necessariamente estar presentes no contrato a ser firmado entre as partes.

A omissão de tais informações pode gerar transtornos no momento da assinatura e execução do contrato, sendo cláusulas obrigatórias em todo contrato, conforme disposto no art. 55 da lei 8666/93.

Nesta senda, cita-se a omissão de previsões acerca da franquia e velocidade de dados, previsão esta presente somente nos itens 6.14.6 e 6.14.7 do Anexo I e ainda, omissão quanto a previsão acerca do reajuste de preços, disposta somente no item 9.8 do Anexo I.

Assim, requer-se seja complementado o edital com a indicação das omissões indicadas na Minuta do Contrato que regerá a futura contratação a ser efetivada e ainda, que a Minuta seja elaborada contendo todas as possíveis alterações realizadas no edital após análise das impugnações encaminhadas.

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 20/03/2018, 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**,

Palmas/TO, 15 de março de 2018.

TELEFONICA BRASIL S/A

Nome do procurador: Aline Monteiro Cardoso

RG: 1.808.651 SSP-DF

CPF: 699.019.881-87