

IMPUGNAÇÃO AO EDITAL

Pregão Eletrônico nº. 28/2014 SRP – Justiça Federal de Primeiro Grau -
Seção Judiciária do Estado de Mato Grosso/MT.

Impugnante: TELEFÔNICA BRASIL S/A

Ao (À) Sr. (a) Pregoeiro (a) da Justiça Federal de Primeiro Grau - Seção
Judiciária do Estado de Mato Grosso/MT,

TELEFÔNICA BRASIL S/A., Companhia Aberta, com sede na Avenida Engenheiro Luiz Carlos Berrini, nº. 1376, Bairro Cidade Monções, São Paulo/SP, CEP 04571-000, inscrita no CNPJ sob o nº. 02.558.157/0001-62, NIRE nº. 35.3.001.5881-4, sucessora por incorporação da **VIVO S/A**, sociedade anônima inscrita no CNPJ sob o nº 02.449.992/0072-58, com filial na Avenida Presidente Getúlio Vargas, nº 1300, Goiabeiras, Cuiabá/MT, CEP 78045-720, vem, respeitosamente, perante V. Sa, apresentar **IMPUGNAÇÃO AO EDITAL** do PREGÃO PRESENCIAL em epígrafe, com sustentação no §2.º do artigo 41 da lei 8666/1993 - aplicável por força do artigo 9.º da lei federal n.º 10520/2002 - e artigo 12 do Regulamento do Pregão aprovado pelo Decreto Federal n.º 3555/2000, pelos fundamentos demonstrados nesta peça.

I - TEMPESTIVIDADE.

Inicialmente, comprova-se a tempestividade desta impugnação, dado que a sessão pública eletrônica está prevista para 30/10/2014, tendo sido, portanto, cumprido o prazo pretérito de 02 (dois) dias úteis previsto no artigo 41, §2.º da lei 8666/1993 e artigo 18 do Decreto Federal n.º 5450/2005, bem como item 13.2 do edital do pregão em referência.



II - OBJETO DA LICITAÇÃO.

O Pregão Eletrônico em referência tem por objeto a "formação de registro de preços, pelo prazo de 12 (doze) meses, para eventual contratação de serviço móvel de internet para os magistrados da Seção Judiciária de Mato Grosso e Subseções, de acordo com as especificações constantes do Anexo I (Termo de Referência)".

A presente impugnação apresenta questões pontuais que viciam o ato convocatório, quer por discreparem do rito estabelecido na lei 8666/1993 (com alterações posteriores) e na lei federal n.º 10520/2002, 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.

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

III - FUNDAMENTOS DA IMPUGNAÇÃO AO EDITAL.

1) 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, em seu item 3 do Anexo I – Termo de Referência, apresentou uma planilha 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:

I - (...)

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:

I - (...)

II - orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários; .

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, conseqüentemente, 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.

2) AUSÊNCIA DE RESPONSABILIDADE DA CONTRATADA PELA ASSISTÊNCIA TÉCNICA AOS EQUIPAMENTOS.

O Anexo I – Termo de Referência indica as seguintes previsões acerca da assistência técnica aos equipamentos:

4.1.3 Ativação, suspensão, bloqueio e substituição de equipamentos:

(...)

d) O prazo máximo para substituição dos equipamentos defeituosos, dentro do prazo de garantia, é de 15 (quinze) dias, contados a partir da solicitação da CONTRATANTE, após constatação de dano irreversível no equipamento pela CONTRATADA, obedecidos os prazos de início e término de chamados de assistência técnica previstos no item 5.

5.7 No caso de defeito em equipamento fornecido pela CONTRATADA dentro do prazo de garantia, caberá à CONTRATANTE o encaminhamento para a empresa de assistência técnica autorizada, que deverá ser informada pela CONTRATADA no ato da entrega do equipamento.

5.8 Caso a assistência técnica autorizada não conserte ou substitua o equipamento danificado no prazo de 60 (sessenta) dias, caberá a CONTRATADA assumir o ônus de fazê-lo, no prazo de 15 dias, contados a partir de sua notificação, salvo se comprovado que o defeito é decorrente de má utilização.

Todavia, tal situação atua em descompasso com o regime de prestação do serviço, considerando que o **modem é apenas e tão-somente meio para que possa se efetivar o serviço de internet, equipamento 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 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 ao serviço de internet propriamente dito.

De fato, o modem é apenas meio para o exercício do serviço de internet, 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 objeto **exclusivamente pelo contratante** 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.

O prazo de troca pela operadora é comumente realizado em até 7 (sete) dias do recebimento do equipamento. Após esse prazo a garantia será fornecida pelo fabricante, mediante laudo da assistência técnica.

Dessa forma, os defeitos nos materiais são de responsabilidade do fabricante e não da operadora. Portanto, tais problemas técnicos serão analisados e prestados obedecendo às regras e prazos determinados por este (fabricante) e não pela operadora vencedora do certame.

Destarte, é fundamental mencionar que a garantia do equipamento, concedida pela Assistência Técnica do fabricante não abrange os defeitos ocasionados pela utilização incorreta dos objetos tampouco pelas quebras nos mesmos.

Neste contexto, deve ser previsto em edital a responsabilidade da contratada pela substituição dos equipamentos com defeito somente nos casos em que o defeito for constatado em até 07 (sete) dias da entrega dos equipamentos pela contratada.

3) FALTA DE DEFINIÇÃO NO EDITAL QUANTO AO ÔNUS EM CASO DE PERDA, ROUBO OU FURTO. 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 modems que serão fornecidos pela operadora contratada.



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 gratuito dos equipamentos, 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 internet, mas não utilizar recursos próprios na hipótese de ocorrer eventuais perdas, furtos ou roubos de modems utilizados pelos servidores da contratante.**

A disponibilização do modem 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.**

O valor a ser reembolsado deve ser o valor real do objeto, representando o prejuízo sofrido pela Contratada com a perda do equipamento quando em posse e sob a guarda da contratante. **Este valor é aquele constante da nota fiscal do modem**, requerendo-se a inclusão dessa previsão no ato convocatório.

4) DESNECESSIDADE DE ENVIO DE DOCUMENTOS COMO CONDICIONANTE AO PAGAMENTO PELA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS.

O edital estipula no item 2 da Cláusula Nona do Anexo IV – Minuta de Contrato como condicionante a prestação de serviços a comprovação de regularidade perante o FGTS, o INSS, Dívida Ativa da União e dos Tributos Federais e a CNDT.

É fundamental esclarecer, a respeito da exigência supramencionada, que é inviável o seu cumprimento.



Em primeiro lugar, o envio mensal de tais documentos, pelo volume e especificidade, necessita de um grande dispêndio de tempo, o que causaria morosidade no envio das guias solicitadas e, por conseguinte, da fatura emitida pela prestação de serviços.

Em segundo lugar, será necessária à futura contratada a disponibilização de grande número de funcionários para permitir o fluxo mensal para envio dos documentos, o que resultaria no notório encarecimento da contratação.

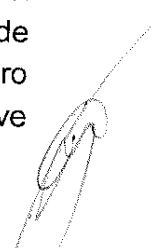
Em terceiro lugar, o envio mensal das guias solicitadas, pelo excessivo volume da documentação, resultaria em gastos desnecessários de papel. Neste ponto, é fundamental lembrar que a atual conjuntura do país é pela sustentabilidade e preservação do meio ambiente, no intuito de evitar desperdícios e danos à natureza.

Deve, portanto, ser evitado prejuízo ao meio ambiente na impressão de papéis que podem perfeitamente ser consultados por meio da internet, atendendo, de qualquer modo, a pretensão administrativa de acesso ao cumprimento, pela contratada, das obrigações indicadas.

Desta maneira, o fato das operadoras de telefonia celular e acesso à internet móvel não enviarem mensalmente tais documentos não acarreta em prejuízo à Administração, uma vez que todos os documentos solicitados podem ser constantemente pesquisados e disponibilizados via SICAF.

Noutro íterim, a análise da documentação da contratada, como condição para o pagamento da despesa, deve guardar relação com as exigências da habilitação da licitação, quer de regularidade, quer de qualificação, com fulcro no inciso XIII do artigo 55 da Lei 8.666/1993. Todavia, a lei não preleciona o modo pelo qual deve ser analisada a documentação.

Assim sendo, é importante ressaltar que da mesma forma que a Administração deve atentar para o disposto no artigo 3º, §1º, inciso I, da Lei 8.666/1993, observando que, em qualquer modalidade de licitação, não se pode exigir, mas se deve aceitar, a inscrição prévia no SICAF, ou em algum outro registro cadastral, como meio de prova da habilitação de interessado, deve



também a Administração acolher outros meios de comprovação de regularidade como pressuposto ao pagamento, não devendo, assim, ser necessário o envio mensal da documentação.

Neste contexto, deverá ser afastada tal obrigação indicada no edital, devendo ser enviado todo mês única e exclusivamente as Notas Fiscais/faturas decorrentes dos serviços prestados.

5) ESCLARECIMENTO ACERCA DOS DOCUMENTOS DE HABILITAÇÃO E DA PROPOSTA DE PREÇOS.

O edital em apreço tem como objeto o registro de preços para eventual contratação de serviço móvel de internet no Estado do Mato Grosso/MT.

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 pretense 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.

6) PRAZO EXÍGUO PARA ASSINATURA DO CONTRATO E DA ATA DE REGISTRO DE PREÇOS.

Em relação tanto ao contrato quanto a ata de registro de preços, verifica-se uma previsão de assinatura em apenas 05 (cinco) dias úteis, conforme previsão dos itens 9.1 e 10.3 do edital, sob pena de decair do direito à contratação.

Todavia, **tal prazo é exageradamente exíguo para que o contrato e a ata possam ser assinados por qualquer operadora**. A exiguidade do prazo pode ser verificada pelo simples fato de que o trâmite interno de uma grande empresa – como é também em relação à Justiça Federal de Primeiro Grau do Mato Grosso - 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 bem como da ata 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 destes prazos 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 e ata respectivos.

Vale ressaltar que o não cumprimento do prazo de assinatura dos ajustes 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 01/08/2014, 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 10520/2002 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 irrisignação da ora impugnante, para posterior juízo de anulação por parte da autoridade competente para tanto.

Pelo que **PEDE DEFERIMENTO**,

De Cuiabá/MT para Alto Taquari/MT, em 28 de julho de 2014.

TELEFÔNICA BRASIL S/A

Marcio Galina
Gerente de Seção
MT/RO/AC
Telefônica | vivo

